

Anne-Marlen Engler

# Rechts(t)räume

Territoriale Souveränität, Flüchtlingslager und  
Transformationen des Rechts im Deutschen Rechtsstaat

**VELBRÜCK  
WISSENSCHAFT**

Anne-Marlen Engler  
Rechts(t)räume



Anne-Marlen Engler

# Rechts(t)räume

Territoriale Souveränität, Flüchtlingslager und  
Transformationen des Rechts im Deutschen Rechtsstaat

**VELBRÜCK  
WISSENSCHAFT**

Die Veröffentlichung wurde gefördert aus dem Open-Access-Publikationsfonds  
der Humboldt-Universität zu Berlin.



Die Veröffentlichung wurde unterstützt durch die Hans-Böckler-Stiftung.



Dieses Werk ist im Open Access unter der Creative-Commons-Lizenz  
CC BY 4.0 lizenziert.



Die Bestimmungen der Creative-Commons-Lizenz beziehen sich nur auf  
das Originalmaterial der Open-Access-Publikation, nicht aber auf die  
Weiterverwendung von Fremdmaterialien (z.B. Abbildungen, Schaubildern  
oder auch Textauszügen, jeweils gekennzeichnet durch Quellenangaben).  
Diese erfordert ggf. das Einverständnis der jeweiligen Rechteinhaber.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,  
Dissertation, 2023, u. d. T.: Rechts(t)räume. Territoriale Souveränität.  
Flüchtlingslager und Transformation des Rechts im Deutschen Rechtsstaat.

© Anne-Marlen Engler

Publikation: Velbrück Wissenschaft

Erste Auflage 2025

Velbrück Wissenschaft in der Velbrück GmbH Verlage, 2025

Meckenheimer Str. 47 · 53919 Weilerswist-Metternich

info@velbrueck.de

www.velbrueck.de

Printed in Germany

ISBN 978-3-95832-399-5

eISBN: 978-3-7489-6452-0

doi.org/10.5771/9783748964520

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar

# Inhalt

|  |     |
|--|-----|
| Vorwort . . . . .  | 9   |
| A. Einleitung: Migration und der Traum<br>von einem anderen Recht . . . . .  | 11  |
| I. Im Ausnahme(t)raum:<br>Auf der Suche nach den Grenzen des Rechts . . . . .  | 15  |
| II. Faszination Entscheidung:<br>Agambens Anleihen bei Carl Schmitt . . . . .  | 18  |
| III. Albtraumhaftes Recht: Subjektive Rechte<br>als biopolitisches Instrument . . . . .  | 21  |
| IV. Rechtswüste <i>permanenter Ausnahmezustand</i> :<br>»Eine Leerstelle des Rechts« . . . . .   | 24  |
| V. Das Geisterwesen <i>homo sacer</i> :<br>Ein Antonym des Rechtssubjekts . . . . .  | 29  |
| VI. Albtraumwelt Lager: Ausnahmeraum und Nomos<br>der Moderne . . . . .  | 32  |
| VII. Die Entzauberung der Ausnahme: Lehren und<br>Aporien des <i>permanenten Ausnahmezustands</i><br>als Rechtsstaatstheorie . . . . . | 34  |
| VIII. Aus dem Traum in die Wirklichkeit:<br>Transformationen des Rechts. . . . .   | 41  |
| B. Auf dem Weg in die Rechtswirklichkeit:<br>Die Rechtsform als Transformation. . . . .  | 45  |
| I. Der moderne Traum von der Autonomie<br>des Rechts . . . . .   | 45  |
| 1. Ausnahmezustand als Krise<br>der Autonomie des Rechts . . . . .   | 46  |
| 2. Bürgerliche Souveränität<br>als Reflexionsstopp? . . . . .  | 62  |
| 3. Souveräne Exklusion<br>als Feld sozialer Kämpfe . . . . .   | 76  |
| II. Der moderne Albtraum von rechtloser Willkür . . . . .  | 89  |
| 1. (Rechts-)Normen:<br>Eine rechtssoziologische Betrachtung . . . . .  | 91  |
| 2. Reine Albtraumbilder:<br>Die Analyse anomischer Gewalt . . . . .  | 101 |
| 3. Sein und Sollen im Recht:<br>Rechtssoziologische Perspektiven und<br>Neujustierung des Problemgegenstands . . . . .                 | 112 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| III. | Entzauberung des Rechts:  |     |
|      | Vielschichtige Wirklichkeit. . . . .  | 114 |
|      | 1. Subjektivierungsprozesse:  |     |
|      | Der Bürger als kontingente Figur des Rechts . . . . .   | 118 |
|      | 2. ›Der‹ <i>homo sacer</i> und ›das‹ Rechtssubjekt:   |     |
|      | Prekarisierung, Autonomie und Intersektionalität<br>im Recht . . . . .  | 124 |
| IV.  | Die Möglichkeit zur Veränderung des Rechts:   |     |
|      | Kein enttäuschter Traum der Moderne . . . . .   | 138 |
|      | 1. Absolute Handlungsunfähigkeit und<br>albtraumhafte Allmacht als Symptome<br>einer »spätmodernen« Krise der Kritik . . . . .  | 138 |
|      | 2. Modernes Recht ist relationales Recht:<br>Die Möglichkeit zur Transformation . . . . .   | 145 |
|      | 3. Transformationen, Herrschaft und Rechtsstaat:<br>Überlegungen zu einer rechtssoziologischen<br>Methodologie . . . . .  | 149 |
|      | 4. Empirische Forschung . . . . .   | 158 |
| C.   | Rechtsräume: Das Flüchtlingslager<br>im deutschen Rechtsstaat . . . . .   | 167 |
|      | I. Rechtshistorische Schlaglichter:   |     |
|      | Die gesetzliche Wohnverpflichtung nach 1945 . . . . .   | 168 |
|      | 1. Die Nachkriegszeit: Grenzdurchgangs-,<br>Auffang- und DP-Lager . . . . .   | 169 |
|      | 2. Die Normalisierung der Gemeinschaftsunterkünfte:<br>Anwerbeabkommen und Gastarbeiter . . . . .   | 172 |
|      | 3. »Asylmissbrauch« und »Überfremdung«:<br>Flüchtlingslager werden zum<br>politischen Instrument . . . . .  | 175 |
|      | 4. Das System der deutschen Flüchtlingsunterbringung:<br>Vom »Asylkompromiss« bis heute . . . . .   | 179 |
|      | II. Rechtliche Rationalitäten:  |     |
|      | Wohnen als Gegenstand einer<br>souveränen Ordnungspolitik . . . . .   | 182 |
|      | 1. Wohnen als Ordnungspolitik . . . . .   | 183 |
|      | 2. Unterbringung als Gewährleistungsrecht . . . . .   | 208 |
|      | 3. Neue Impulse? Die Europäisierung<br>der Flüchtlingsunterbringung . . . . .   | 233 |
|      | 4. Kollision: Die Dominanz<br>der »ordnungsrechtlichen Funktion«<br>in der deutschen Flüchtlingsunterbringung<br>und die Produktion von<br>grundrechtseingeschränkten »Anderen« . . . . . | 254 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| III. | Verwaltungspraxen: Wohnen als Dienstleistung<br>im aktivierenden Gewährleistungsstaat? . . . . .  | 273 |
| 1.   | Neuere Entwicklungen im Verwaltungsrecht:<br><i>Migrationssteuerung</i> . . . . .   | 274 |
| 2.   | Privatisierung . . . . .  | 288 |
| 3.   | Aktivierung . . . . .   | 305 |
| 4.   | Flexibilisierung . . . . .  | 315 |
| 5.   | Paradox: Bewohner/innen als<br>isolierte Untertanen und Bürger zugleich . . . . .   | 336 |
| IV.  | Rechtliche Anfechtungen:<br>Einflussnahme auf, Aneignung von und<br>Devianz gegenüber Rechtsnormen . . . . .  | 342 |
| 1.   | Transformationen kollidierender Rationalitäten:<br>Lobbyismus zum<br>Sicherheitsdienstleistungsgesetz . . . . .   | 347 |
| 2.   | Interaktion mit den rechtsstaatlichen Institutionen:<br>Rechtsmobilisierung vor Gericht und kausale<br>Auswirkungen in der Rechtswirklichkeit . . . . . | 351 |
| 3.   | Deviante Aneignung der Anwendung<br>des Rechts: Hausordnungen. . . . .  | 386 |
| 4.   | Transformation: Prekarisierung, Devianz<br>und Subjektivierung im Flüchtlingslager . . . . .  | 389 |
| D.   | Fazit: Rechts(t)raum Flüchtlingslager . . . . .   | 392 |
| I.   | Recht als soziale Form und<br>rechtliche Transformation . . . . .   | 392 |
| II.  | Rechtsräume: Das rechtliche Regime<br>der deutschen Flüchtlingslager . . . . .  | 394 |
| III. | Autonomie des Rechts –<br>Autonomie der Migration? . . . . .  | 397 |
|      | Literaturverzeichnis . . . . .  | 400 |
|      | Anhang 1: Factsheet – NUK Tempelhof. . . . .  | 443 |
|      | Anhang 2: Hausordnung der NUK Tempelhof . . . . .   | 446 |
|      | Anhang 3: Hausordnung Ingolstadt-Manching . . . . .   | 450 |
|      | Anhang 4: Interviewleitfäden . . . . .  | 460 |



# Vorwort

Dieses Buch basiert auf meiner Dissertationsschrift, die ich in den Jahren 2016 bis 2023 an der Humboldt-Universität zu Berlin verfasst habe. Der Gesetzes- und Forschungsstand ist entsprechend der des Herbstes 2023. Inzwischen hat sich einiges getan: Das Europaparlament hat eine umfassende Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems verabschiedet, bei der nicht zuletzt die auch für dieses Buch relevante Aufnahme-richtlinie verändert wurde: Sozialleistungen in der Flüchtlingsaufnahme können nun noch stärker an Kontrollmaßnahmen der Mitgliedstaaten geknüpft werden. Das Arbeitsverbot für Geflüchtete in den Aufnahmeeinrichtungen wurde im deutschen Asylgesetz von neun auf sechs Monate verkürzt und der letzte Angeklagte im Fall systematischer Erniedrigung, Körperverletzung und Freiheitsentziehung durch die (Sicherheits-) Angestellten im Flüchtlingsheim Burbach wurde verurteilt. Bundesweit wurde die Bezahlkarte eingeführt, die das Leben in den Aufnahmeeinrichtungen weiter einschränkt und für bestimmte Geflüchteten Gruppen ist es nun gesetzlich möglich, sämtliche Leistungen, auch die Unterkunft, zu streichen. Die repressiven rechtlichen Rationalitäten in der deutschen Flüchtlingsunterbringung bleiben also bestehen. Das Buch ist insofern auch mit Blick auf die angekündigten Asylverschärfungen der kommenden Bundesregierung unter Friedrich Merz aktuell. Den vielfach beschworenen und vereinfachenden Mythen über Migration und Migrant/innen setzt es die empirische Forschung zur komplexen Rechtswirklichkeit in deutschen Flüchtlingsunterkünften entgegen, einem ausufernden Rechtsaktionismus das rechtssoziologische Wissen über die Grenzen der Wirksamkeit des Rechts.

Für die Unterstützung beim Verfassen der Studie möchte ich mich bei verschiedenen Menschen bedanken. Ich danke meiner Betreuerin Susanne Baer, die das Ziel der Studie von Anfang an verstanden und unterstützt hat. Nicht zuletzt das von ihr geleitete Forschungskolloquium stellte sich mir als ein in vielen Belangen herausragender Diskussionsraum dar, in dem ich von exzellenten Kolleg/innen umgeben oftmals die entscheidenden Hinweise für das Weiterkommen der Studie erhielt. Christoph Möllers danke ich für die Zweitbegutachtung der Dissertationsschrift. Walter Pauly danke ich für die vielen erkenntnisreichen Gespräche über Normativität und Poststrukturalismus. Die Hans-Böckler-Stiftung hat den ersten Teil der Promotionszeit finanziert, auch ihr möchte ich danken. Ich danke meinen Interviewpartner/innen und insbesondere den Bewohner/innen, die mir ihre Erfahrungen im Alltag der Lager anvertrauten. Drei Frauen, die sich auf den Abschluss der Promotion freuten, und ihn doch nicht mehr miterleben durften, möchte ich ebenfalls erwähnen: meine

## VORWORT

zwei Großmütter Anne Engler und Edith Schulze sowie Annegret Grafen haben mir zu verschiedenen Zeiten in meinem Leben den Ansporn gegeben, den ich zur Fertigstellung eines so großen Projektes brauchte. Ich danke meiner Mutter Eva Engler und meiner Schwester Jenny Engler dafür, dass sie stets an mich und die lang ersehnte Fertigstellung der Promotion geglaubt und mich mit ermutigenden Worten unterstützt haben. Meinen Freund/innen danke ich für die Inspiration, die politischen Debatten und die Räume des Möglichen, die sie mir tagtäglich schenken. Jacob Engert danke ich für die ersten und Eva Weber für die letzten Korrekturen dieser Studie. Ohne die Unterstützung meines Vaters Frank Schulze-Engler, der mich zur richtigen Zeit angetrieben und geduldig und engagiert sämtliche stilistischen und theoretischen Fragen mit mir ausgefochten hat, wäre dieses Buch niemals fertiggestellt worden.

Gewidmet ist das Buch all den Aktivist/innen, die ich im Verlauf meiner Forschung kennenlernen durfte (Bewohner/innen und Nicht-Bewohner/innen) und die sich nach wie vor für die Abschaffung der Lager engagieren.

Leipzig, 07.04.2025

# A. Einleitung: Migration und der Traum von einem anderen Recht

In ihrer viel beachteten Auseinandersetzung über territoriale Souveränität am Ende des 20. Jahrhunderts – *Empire* – beschreiben Antonio Negri und Michael Hardt das Verhältnis von Nationalstaaten und Migrationsbewegungen als ambivalentes: In dem Maße, in dem der Nationalstaat im Zuge globalisierter, interdependenter und transnationaler Ökonomien an faktischer Relevanz einbüßt,<sup>1</sup> wird Migration zum Gegenspieler des umkämpften Wissens-Macht-Komplexes<sup>2</sup> nationalstaatlicher Souveränität. Diese These hat auch in den deutschen Migrationswissenschaften Anklang gefunden. Unter dem Stichwort der »Autonomie der Migration«<sup>3</sup> wird etwa die Ansicht vertreten, dass die Faktizität der Bewegung der Migration imstande ist, die Ideologie territorialer Souveränität zu unterlaufen. Dabei folgt die Zuschreibung der Sprengkraft von Migrationsbewegungen einem klassischen Krisennarrativ, wie es in marxistischen Theorien vorzufinden ist: Mussten Nationalstaaten territoriale Souveränität notwendigerweise zunächst etablieren, um die kapitalistische Produktion zu gewährleisten,<sup>4</sup> führt die Transnationalisierung der kapitalistischen Produktion zu vermehrten Migrationsbewegungen und damit zur Deterritorialisierung bzw. Destabilisierung der Ideologie territorialer Souveränität.<sup>5</sup>

- 1 Antonio Negri und Michael Hardt beschreiben diesen Prozess etwa wie folgt: »Die großen transnationalen Konzerne schaffen in gewisser, entscheidender Weise das grundlegende Geflecht von Verbindungen in der biopolitischen Welt. [...] Sie strukturieren und artikulieren [...] unmittelbar Territorien und Bevölkerungen. Sie arbeiten daran, aus Nationalstaaten bloße Instrumente zu machen, die die Waren-, Geld- und Bevölkerungsströme überwachen, die sie selbst in Gang gesetzt haben«, *Hardt/Negri*, *Empire* (2002), S. 46. In ähnlicher Weise nennen Volker Beck und Edgar Grande es »mittlerweile eine Binsenweisheit, dass nationale Institutionen alleine die Regulierung des globalen Kapitalismus und die neuen globalen Risiken nicht bewältigen können«, *Beck/Grande*, *Soziale Welt* 2010, S. 188.
- 2 *Karakayali/Tsianos*, in: *Turbulente Ränder* (2015), S. 11. Mehr zum Begriff unter B IV 3 a.
- 3 *Bojadžijev*, *Zeitschrift für Kulturwissenschaft* 2011; *Bojadžijev/Karakayali*, in: *Turbulente Ränder* (2015). Zur Begriffsgeschichte und Debatte siehe Kapitel B, Fn. 203.
- 4 *Hardt/Negri*, *Empire* (2002), S. 100, 146f.
- 5 »Die wachsende Mobilität großer Teile des weltweiten Proletariats ist eine weitere wichtige Konsequenz der Tendenz zur Einheit des Weltmarkts. Im Unterschied zu den alten imperialistischen Regimes, in denen die Mobilität

In der Theorie von Negri und Hardt ist das *Empire* zwar gerade eine globale juristische Formation; diese Formation ist dabei von der Entstehung eines neuen supranationalen Rechts in Form eines weniger normativen als technischen »Polizeirechts« oder »Interventionsrechts« geprägt, das die eigentliche Grundlage globaler und nationaler Autorität darstellt.<sup>6</sup> Das Recht selbst bleibt aber merkwürdig unbeleuchtet und vage. So scheint das Recht einerseits stets unselbstständig und den ökonomischen Interessen des *Empire* untergeordnet;<sup>7</sup> zugleich wird in die Verrechtlichung einer Weltbürgerschaft<sup>8</sup> die Hoffnung auf eine Emanzipation aus kapitalistischer, nationalstaatlicher Herrschaft gelegt. Ganz grundsätzlich wird aber der Untergang rechtlicher Normativität und der Aufstieg polizeilicher Praxen im Rahmen globaler Sicherheitsdiskurse prognostiziert. Ist das Recht auf dem Weg zum »Interventionsrecht« im Prozess des Absterbens?

Die Suchbewegung nach dem Außen der Normativität territorialer Souveränität erfolgt dabei auch auf (Rechts-)Subjektebene: Wird etwa in der Idee universeller Staatsbürgerschaftsrechte die Verschleierung ihr zugrundeliegender Herrschaftslogiken des Nationalstaats bemängelt,<sup>9</sup> sollen »minoritäre« Subjekte sich herrschaftlicher Rationalisierung widersetzen können. Die Aufdeckung und Einbeziehung dieses Außens verspricht dann einen Weg aus der sich stets reproduzierenden Herrschaft territorialer Souveränität in den Rechten der Staatsbürgerschaft. Étienne Balibar hat dies wie folgt formuliert:

der Arbeitskraft in erster Linie vertikal zwischen Kolonie und Metropole geregelt war, eröffnet der Weltmarkt weitere horizontal angelegte Wege. [...] Diese neue transversale Mobilität der disziplinierten Arbeitskraft ist deshalb von Bedeutung, weil sie auf den Wunsch nach Freiheit verweist, der real und machtvoll auftritt und auf die Herausbildung eines neuen, nomadischen Begehrens [...]. Der Bereich kapitalistischer Kommandos ist nicht länger durch Nationalstaatsgrenzen oder traditionelle internationale Grenzziehungen beschränkt. Arbeiter, die aus der ›Dritten Welt‹ fliehen, um in der ›Ersten Welt‹ Arbeit oder Reichtum zu suchen, tragen dazu bei, die Grenzziehungen zwischen diesen beiden zu unterminieren«. *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 264f. Die Tendenz wachsender Mobilität wiederum vor dem Hintergrund der Klimakrise und die Entstehung neuer Industrien, die von deren Eindämmung profitieren, nennt der Geograph Thomas Nail den Climate-Migration-Industrial Complex, *Nail, The Climate-Migration-Industrial Complex*, Public Seminar vom 10.01.2020.

6 *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 32f.

7 *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 24ff.

8 *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 407.

9 Étienne Balibar nennt diese Ambivalenzen die Antinomie der Staatsbürgerschaft, *Balibar, Gleichfreiheit* (2012), S. 15ff.

[So] können wir sagen, dass in gewissem Sinne heute das politische Subjekt par excellence nicht das Norm-Subjekt ist, sondern der Flüchtling, homeless oder heimatlos, ›ohne Papiere‹ oder ›ohne Staat‹, also staatenlos. Oder wir können einen ähnlichen, aber nicht deckungsgleichen Hinweis bei Jaques Rancière wieder aufgreifen, der den unendlichen Charakter des Emanzipationsprozesses mit der Aufforderung verknüpft, in der bestehenden Gemeinschaft den ›Anteil der Anteilslosen‹ anzuerkennen.<sup>10</sup>

Das politische Subjekt unserer Zeit, so die These Balibars und Rancières, ist also dasjenige, das außerhalb des Rechtsstaats steht, keinen Zugriff auf diesen hat und sich aus der Notwendigkeit heraus jeder Teilnahme an der Gesellschaft entzieht. Dieses Subjekt, das in einem solchen Maße außerhalb des Rechts zu stehen scheint, dass Herrschaft es nicht korrumpieren kann, ist ein Mensch ohne Recht.<sup>11</sup> Die Rolle, die einem emanzipatorischen anderen Recht hierbei zugeschrieben wird, ist eben jene Verrechtlichung des Außerhalb, etwa der Weltbürgerschaft jenseits territorialer Souveränität (Hardt und Negri) oder einer neuen Staatsbürgerschaft (Balibar), die es mittels legaler Formen schafft, sich »nicht mehr als ausschließliche, exklusive Zugehörigkeit« zu definieren und einen »Teil der Anderen« einzubeziehen.<sup>12</sup> Im politischen Problem der rechtlichen Exklusion durch nationalstaatliche Staatsbürgerschaft wird das Recht zum Vehikel einer politischen Reflexion auf die Idee territorialer Herrschaft, der Einbeziehung der »Anteilslosen«. Auch auf der Ebene der Rechtssubjektivität scheint das Recht also einerseits *aktuell* auf die politischen Probleme der nationalen Staatsbürgerschaft reduziert, zugleich soll es jedoch in einer *utopischen* Version eine emanzipatorische Reflexion auf diese verteidigen. Was sagt eine solche Idee über das Verhältnis des Rechts zu seinem Außen? Weshalb scheint das moderne Recht auf (alb)traumhafte Art staatliche Herrschaft zu reproduzieren und zugleich ihr widerstehen zu können? Sind die von Balibar beschriebenen Momente der Normierung und Nicht-Normierung tatsächlich primär in »(Rechts-)Subjekt-Gruppen« wie »den Flüchtlingen« zu lokalisieren? Und liegen die Räume, die dem Lokalisieren dieser Anderen dienen, dann ebenfalls im Außerhalb des Rechts?

Zeitgleich lässt sich in der Tagespolitik die Debatte über das Verhältnis von Staatlichkeit und Recht etwa anhand der Reaktionen auf die jüngsten Bundesverfassungsgerichts-Entscheidungen zur Klimagesetzgebung<sup>13</sup>

10 *Balibar*, Gleichfreiheit (2012), S. 215.

11 Dieser Begriff ist Alexandra Schauers Analyse spätmoderner Vergesellschaftung entliehen, *Schauer*, Mensch ohne Welt (2023).

12 *Balibar*, Gleichfreiheit (2012), S. 251. Balibar nennt diese »Befehlsverweigerung zur Idee der Souveränität« auch einen »demokratischen Ausnahmezustand«, *Balibar*, Gleichfreiheit (2012), S. 252.

13 BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18.

und den Corona-Verordnungen<sup>14</sup> nachvollziehen. Hier wird dem Recht in der Verteidigung subjektiver Bürgerrechte wiederum eine durchaus eigenständige Rolle als Gegenspieler und Ausbalancierer ökonomischer (staatlicher) Interessen zugesprochen. Recht tritt hier der Exekutive autonom gegenüber, begrenzt staatliches Handeln, wird durch dieses in Form von neuen Gesetzen verändert und reagiert in Anrufung des Rechts durch Rechtssubjekte (etwa in Form von Verfassungsbeschwerden) auf gesellschaftliche Missstände. Es wird ein Recht sichtbar, das stets sein komplexes Verhältnis zu Gesellschaft und Staat austarierend auf gesellschaftliche Impulse reagiert und autonom, also auch entgegen politischer Interessen, neue setzt. Diese Debatten fixieren jedoch in der Verteidigung »des Rechts« gegenüber außerrechtlichen (faktischen) Eingriffen spezifische Rechtsverständnisse und setzen diese notwendigerweise voraus, ohne sie hinterfragen zu können. In der staatsrechtlichen Debatte über die vermeintliche »Öffnung der Grenzen«<sup>15</sup> 2015 durch Angela Merkel debattierten die rechtswissenschaftlichen Kontrahenten so darüber, ob Deutschlands rechtlich geschützte territoriale Souveränität durch Merkels vermeintliche Grenzöffnungen verletzt wurde oder nicht,<sup>16</sup> und nicht etwa über die Legitimität einer solchen Öffnung. Das Recht, in der Verteidigung der eigenen Autonomie, kann seine zugrundeliegenden Prämissen nicht hinterfragen, so scheint es. Hierzu gehört auch das Konzept der (territorial-)staatlichen Souveränität. Zugleich ist das Migrationsrecht die mitunter am schnellsten sich ändernde Materie des deutschen Rechts. Gesetze darüber, wer warum nach Deutschland migrieren darf, haben sich seit dem sogenannten »langen Sommer der Migration«<sup>17</sup> 2015 rasant geändert. Die rechtswissenschaftlichen Debatten über die Neuerungen des Migrationsrechts nehmen dabei ausschließlich die Vereinbarkeit der neuen Gesetze mit höherrangigem Recht ins Visier, etwa Menschenrechtskonventionen wie der Genfer Flüchtlingskonvention. Rechtliche Debatten referieren auch hier auf sich selbst, ohne die ihnen zugrundeliegenden Prämissen, wie das Konzept der Nationalstaatlichkeit, analysieren zu können.

Die vorliegende Studie wird die Gleichzeitigkeit dieser Perspektiven nicht verleugnen. Genauso wenig wird sie einer von ihnen in Gänze

14 BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21.

15 Dass es sich dabei eben gerade nicht um eine unbeschränkte Grenzöffnung handelte, zeigen *Detjen/Steinbeis*, Die Zauberlehrlinge (2019).

16 Ganz prominent hat sich etwa der ehemalige Bundesverfassungsrichter Udo di Fabio für eine solche Verletzung territorialer Souveränität ausgesprochen, siehe hierzu: *Bast/Möllers*, Dem Freistaat zum Gefallen: über Udo Di Fabios Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise, Verfassungsblog vom 16.01.2016 sowie *Detjen/Steinbeis*, Die Zauberlehrlinge (2019).

17 Vgl. *Hess et al.* (Hg.), Der lange Sommer der Migration (2016).

folgen. Vielmehr liegt ihr die These zugrunde, dass es kein Widerspruch ist, dass das moderne Recht einerseits in seiner Autonomie gegenüber gesellschaftlicher Einflussnahme aktuell und in einer utopischen Version verteidigt und andererseits so sehr der Herrschaftsreproduktion angeklagt wird, dass es nur als ganz anderes Recht wirksam werden soll. Beides – Anrufung und Anklage – des Rechts sind Ausdruck seiner Komplexität. Um dies zu zeigen, wird die Studie zunächst zahlreichen Träumen und Albträumen über das Recht nachgehen, wie etwa den Versprechungen des Anderen und der Ausnahme vom Recht. Dabei wird sich zeigen, dass die vagen Bilder des Rechts, wie sie bereits in Hardts und Negris *Empire* aufgetaucht sind, sich in verschiedenen Rechtsphilosophien finden lassen und insbesondere auch in Giorgio Agambens prominenter Theorie des Ausnahmezustands; sie können – so die These des Buchs – die Komplexität des Rechts jedoch nicht abbilden. Recht als gesellschaftliche Norm lässt sich nicht klar in Innen oder Außen, Herrschaft oder Emanzipation, repressiv oder konstruierend trennen. Es ist weder gänzlich Traum noch Albtraum. Modernes Recht wird vielmehr in seiner relationalen Autonomie sowohl als normative Ordnung herrschaftsreproduzierend als auch als soziale Norm intersubjektiv angewendet und bewegt sich dabei stets in der Spannung von Normativität und Faktizität. Diese Komplexität rechtlicher Wirklichkeit wird die Studie vor dem Hintergrund der Virulenz der Debatte um Migration nicht zuletzt in der empirischen Forschung zu Flüchtlingslagern in Deutschland vertiefen. In der empirischen Erforschung dieser rechtlichen Räume zeigt sich die Vielschichtigkeit des Rechts der Rechtswirklichkeit in all seinen Facetten: Als Rationalisierung souveräner Territorialität im Asylverfahren wirkt es repressiv und ordnend auf die Bewohnerinnen und Bewohner der Flüchtlingslager ein, als Instrument einer dezentralen Steuerungsverwaltung wird es zur Flexibilisierung, Privatisierung und Aktivierung eingesetzt, und als subjektives Recht wird es staatlicher Ordnung entgegengesetzt. Auf all diesen Ebenen bewegen sich die verschiedenen Akteure dabei durch, gegen und mit dem Recht zugleich. Sichtbar wird dabei nicht nur ein Geflecht rechtlicher Rationalisierung, Anwendung und Prekarisierung, sondern auch die Möglichkeit modernen Rechts zur Transformation.

## I. Im Ausnahme(t)raum: Auf der Suche nach den Grenzen des Rechts

Innerhalb des Systems des Rechts lässt sich also wenig über die Ursprünge, Motive oder Rationalitäten des Rechts und seinen Umgang mit Migration erfahren. Dies scheint gerade in Bezug auf Migration und den

Stellenwert, den sie in den europäischen aber auch globalen politischen Debatten einnimmt, riskant. Rechtliche Argumentationen können dann bei gesetzlichen Verschärfungen lediglich auf die (Nicht-)Vereinbarkeit mit Menschenrechtskonventionen verweisen. Diese Argumentation entpuppt sich jedoch als prekär, sofern etwa die Auslegung dieser Menschenrechte durch die obersten Gerichte sich stark verändert, wie aktuell in den USA in Bezug auf Abtreibungsrechte zu beobachten ist, oder die gesetzgebenden bzw. judikativen Organe sich ganz explizit von etwaigen Menschenrechtsverträgen distanzieren.<sup>18</sup> Die rechtliche Argumentation kann dann feststellen, dass etwa ein neues Gesetz gegen spezifische Menschenrechtsverträge verstößt, bleibt jedoch, sofern die Rechtsprechung dem Argument nicht folgt, auf die politische Debatte angewiesen.<sup>19</sup> Darüber hinaus kann die selbstreferenzielle Argumentation des Rechts oftmals nicht erfassen, welche (negativen) Auswirkungen das Recht in der Wirklichkeit hat, auch wenn (Menschen-)Rechte formell eingehalten werden, und welche Ausschlüsse es trotz seiner formellen ›Rechtmäßigkeit‹ produziert.

Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen hat sich eine Wissenschaftslinie entwickelt, die sich im Außen des Rechts auf die Suche nach dessen Analyse begeben hat.<sup>20</sup> Debatten über den Ausnahmezustand vom Recht könnten, so die These, zahlreiche Funktionen erfüllen, die das Recht aus sich heraus nicht leisten kann, und das Andere aufspüren, das in den selbstreferentiellen Argumentationen des Rechts verdrängt wird. Der Traum einer normativen Autonomie des Rechts kann durch die Rechtswirklichkeit der Ausnahme korrigiert werden. Die Suche nach

18 Das polnische Verfassungsgericht hat etwa 2021 Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention als unvereinbar mit der polnischen Verfassung erklärt – trotz der Unterzeichnung der Menschenrechtskonvention, vgl. *Kornmeier*, Polnische Staatsräson, LTO vom 04.12.2021.

19 Ein entsprechendes Plädoyer für die Verteidigung des Rechts bzw. der Gerichte lässt sich bei *Baer*, Transnational Legal Theory 2019 finden.

20 Exemplarisch: *Vischer*, Die Fremdheit des Rechts: Aufzeichnungen eines fragilen Versprechens (2021); *Barczak*, Der nervöse Staat (2020); *Franzki*, in: Neue Theorien des Rechts (2020); *Heller*, Mensch und Maßnahme (2018); *Frankenberg*, Kritische Justiz 2017; *Kretschmann/Legnaro*, PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft 2017; *Menke*, Kritik der Rechte (2015); *Opitz*, An der Grenze des Rechts (2012); *Frankenberg*, Staatstechnik (2010); *Prömmel*, Kriminologisches Journal 2006; *Volkmann*, Merkur 2008; *Steinhauer*, in: Neue Theorien des Rechts (2006). An der Humboldt-Universität wurde 2009 eine Tagung mit dem Titel »Das Andere des Rechts - Dimensionen der Rechtskritik in der Gegenwart« abgehalten, siehe hierzu *Boulanger et al.*, Kritische Justiz 2010. Kritisch wird diese Suchbewegung kommentiert in *Fischer-Lescano et al.* (Hg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018); *Augsberg et al.* (Hg.), Recht auf Nicht-Recht (2020).

der Ausnahme vom Recht bzw. den Anderen des Rechts folgt dann auf einer theoretischen Ebene, wie schon bei Balibar gesehen, dem Ziel, das Außerhalb des geschlossenen Systems (also das, was von der exkludierenden Herrschaft ausgeschlossen wird) sichtbar zu machen. Muss das Recht selbst blind für sein Außen bleiben, kann an den Grenzen des Rechts das Verhältnis zum Außen erforscht werden, um so letztendlich Erkenntnisse über das Recht selbst zu gewinnen. Die Ausnahme vom Recht, sei es in Form eines Ausnahmezustands oder konkreter Ausnahmefiguren wird zum Spiegel der normativen Ordnung des Rechts. Im Streit darüber, wann eine Ausnahme vom Recht vorliegt und ob sich diese ins Recht integrieren lässt, können so auch in der Rechtswissenschaft außerrechtliche Maßstäbe diskutiert werden: Beispielsweise inwiefern es Bereiche gibt, die nicht verrechtlicht werden sollten, wie das Recht mit Ordnungskrisen umgehen kann oder ob rechtliche Prozesse einer spezifischen Zeitlichkeit bedürfen und damit zu langsam sind, um auf akute Situationen zu reagieren. Ganz grundsätzlich wurde der Begriff des Ausnahmezustands und der Ausnahme, der aktuellen rechtswissenschaftlichen Debatten oftmals zugrunde liegt,<sup>21</sup> von Carl Schmitt geprägt, der ihn als den Zustand der extremen Not, in der »der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurücktritt«, beschreibt.<sup>22</sup> Wollte im Gegensatz hierzu der Rechtspositivist Hans Kelsen den Ausnahmezustand aus der Rechtswissenschaft verdrängt wissen, weil er in den Bereich der Soziologie falle,<sup>23</sup> lässt sich tatsächlich beobachten, wie eben jene Themen des Außen des Rechts im Rahmen der Frage des Verhältnisses des Rechts zu seiner Ausnahme in die rechtswissenschaftlichen Debatten integriert werden. An den Grenzen des Rechts findet die Rechtswirklichkeit so Einzug in ein vermeintlich geschlossenes System.

Insbesondere der Philosoph Giorgio Agamben hat es in diesem Zusammenhang verstanden, sich in die international geführten Ausnahmezustandsdebatten einzuschreiben und den Albtraum eines modernen<sup>24</sup> Rechts der Ausnahme par excellence zu formulieren. Seine Theorie steht deshalb nicht nur exemplarisch für die Suche nach der Ausnahme vom Recht, sondern ist vielmehr wegweisend für sie geworden. Dies liegt sicherlich auch in der Tatsache begründet, dass Agamben seine

21 *Kaiser*, in: Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht (2019). Vgl. hierzu auch *Boldt*, in: Geschichtliche Grundbegriffe (1972).

22 *Schmitt*, Politische Theologie (2015), S. 18.

23 Hans Kelsen hatte im Fazit seiner Abhandlung über »Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts« für eine »radikale« Verdrängung der Souveränitätsfrage plädiert und das Voranschreiten einer objektiven, von subjektiver Anerkennung unabhängigen, (Welt-)Rechtsordnung prognostiziert, *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (1981), S. 320.

24 Zum Begriff des modernen Rechts siehe B I 2.

Expeditionen ins Reich der Ausnahme akribisch über mehrere Bände hinweg dokumentiert und den Ausnahmezustand sowie die Ausnahme vom Recht dabei konkret ausbuchstabiert hat. Die vorliegende Studie wird diesem Beispiel einer Idee vom Recht, das sich nicht weiter von der Rechtswirklichkeit entfernt haben könnte, zunächst folgen, um sich exemplarisch ein Bild darüber zu verschaffen, welche theoretischen Prämissen der Suche nach dem Anderen des Rechts zugrunde liegen – im weiteren Verlauf wird sie dann jedoch einen anderen, rechtssoziologisch informierten Rechtsbegriff entwickeln.

Agamben radikalisiert mit der Reihe *homo sacer* Schmitts Konzept des Ausnahmezustands, indem er diesen in eine eigene Theorie der Souveränität integriert. Dabei geht Agamben einerseits klassischen rechtswissenschaftlichen Fragen im Anschluss an Hans Kelsen und Carl Schmitt nach der Rechtsgeltung und Wirkung des Rechts nach und integriert diese in eine Theorie der Regierungstechnik moderner Staaten. Andererseits beleuchtet er mit der Figur des *homo sacer* ›das Andere‹, das Nicht-Normierte (Balibar), der Rechtssubjektivität und überträgt diese Figur auf Flüchtlinge. Agamben legt damit eine Theorie vor, die die abstrakten Voraussetzungen souveräner Herrschaft durch das Recht betrachtet und diesen in ihrer konkreten Materialisierung in der Rechtswirklichkeit, etwa des Flüchtlings in der Form des *homo sacer*, nachgehen will – und stellt so nicht nur fundamentale rechtstheoretische, sondern auch rechtssoziologische Fragen. Entsprechend wird seine Theorie sowohl in migrations-theoretischen als auch rechtswissenschaftlichen Diskursen intensiv rezipiert und bildet nicht zuletzt eine Brücke zwischen Rechtswissenschaft und politikwissenschaftlichen Staatsanalysen. In dieses Brückendasein fügt sich auch die Besonderheit der räumlichen Verortung der Theorie Agambens: Insbesondere das Lager markiert für Agamben einen Raum, »der sich öffnet, wenn der Ausnahmezustand zur Regel zu werden beginnt«. <sup>25</sup> Was lässt sich also aus Agambens Theorie an den Grenzen des Rechts über das Recht lernen? Welche Erkenntnisse über die Herrschaft des Rechts lassen sich gewinnen, wenn man das Verhältnis von Geflüchteten und souveränen Rechtsstaaten als Ausnahmebeziehung analysiert?

## II. Faszination Entscheidung: Agambens Anleihen bei Carl Schmitt

Schon in der Einleitung des ersten Buchs der *homo sacer*-Reihe, *Die souveräne Macht und das nackte Leben*, bekundet Giorgio Agamben, die Lücke schließen zu wollen, die Michel Foucault und Hannah Arendt

25 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 177.

hinterlassen hätten, indem sie es ausließen, den »Kreuzpunkt zwischen juristisch-institutionellem und biopolitischem Modell zu bilden«. <sup>26</sup> Es geht Agamben hier um eine Neudefinition der Souveränität, für die die Ausnahme vom Recht im Anschluss an Carl Schmitt zentral ist. Deshalb beginnt Agamben mit der Redefinition des Souveränitätsbegriffs bei dem – für die Rechtswissenschaft nach wie vor fundamentalen – staatsrechtlichen Streit zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen. In der später als Weimarer »Methodenstreit« <sup>27</sup> bekannt gewordenen Debatte stritten deutsche und österreichische Staatsrechtler in den 20er und 30er Jahren des 20. Jahrhunderts über die Quellen des Rechts. Mit der historisch komplexen Situation einer neuen Verfassung ohne »Verfassungsrechtsprechung als Führerin der Interpretation« <sup>28</sup> konfrontiert und durch den aufkommenden Positivismus der Wiener Schule um Hans Kelsen und dessen »reine Rechtslehre« <sup>29</sup> herausgefordert, formte sich eine Opposition, die grob als »antipositivistisch« zusammengefasst werden kann. <sup>30</sup> Einer ihrer prominentesten Vertreter war der Staatsrechtler Carl Schmitt. Er entwickelte die Analyse des Verhältnisses von *Sein* und *Sollen* in der Rechtswissenschaft zu einer, die von »existenziellen Gegensätzen, [...] Grenzsituationen und Entscheidungen« <sup>31</sup> her zu denken sei. In Schmitts *Politischer Theologie* wurde der Grund der Rechtsgeltung nicht im Recht selbst, etwa durch dessen Ableitung von einer »Grundnorm« her (Kelsen), gesucht. Stattdessen ernannte er den Souverän und mit ihm die Entscheidung über die Ausnahme zur ursprünglichsten Rechtsquelle: »Souverän ist, wer über die Ausnahme entscheidet«. <sup>32</sup> Das Recht sollte demnach dann gelten, wenn der Souverän entschieden hatte, dass *kein* Ausnahmezustand bestehe.

26 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 16.

27 Ausführlich in: *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1999), S. 153ff.

28 *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1999), S. 156.

29 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (2008).

30 *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1999), S. 171ff. Siehe zu Carl Schmitts Rechts- bzw. Staatstheorie auch *Mehring*, *Carl Schmitt zur Einführung* (2017); *Dyzenhaus*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016); *Agamben*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016); *Posner/Vermeule*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016); *Meinel*, *Der Staat* 2013; *Blasius*, in: *Ausnahmezustand* (2013); *Förster*, *Leviathan* 2010; *Quaritsch*, *Der Staat* 1996.

31 *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1999), S. 180.

32 *Schmitt*, *Politische Theologie* (2015), S. 13. Schmitt entwickelte dabei schon im Vorgängerwerk »Die Diktatur« wichtige Bausteine, wie etwa die Figur des kommissarischen Diktators, der mit Hilfe des Ausnahmezustands die öffentliche Sicherheit und Ordnung wiederherstellt. *Schmitt*, *Die Diktatur* (2015), S. 25ff.

Dass man nach Schmitt »um Recht zu schaffen nicht Recht zu haben«<sup>33</sup> brauche, stellt auch nach Agamben das entscheidende Moment einer Definition der Souveränität dar. Auch für Agamben steht die Ausnahme deshalb im Mittelpunkt, weil »das positive Recht den Normalfall nur deshalb als Bereich seiner eigenen Gültigkeit bestimmen [kann], weil die Gültigkeit des positiven Rechts im Ausnahmezustand suspendiert ist.«<sup>34</sup> Gleichzeitig geht Agamben über Schmitts Ausnahmebegriff hinaus,<sup>35</sup> wenn er konstatiert, dass die Ausnahme eine einschließende Ausschließung sei, die nicht etwa durch ein Verbot ihr Äußeres kontrollieren wolle: Gerade durch die einschließende Ausschließung, bei der »zugelassen wird, dass sich die Ordnung von der Ausnahme zurückzieht«<sup>36</sup> komme es zur »Schaffung und Bestimmung des Raumes selbst, in dem die juristisch-politische Ordnung überhaupt«<sup>37</sup> ermöglicht werde. Während Schmitt Agamben zufolge auf eine klare Abgrenzung von Ausnahme und Norm zielt, stellt Agamben die »Schaffung einer Ununterschiedenheit zwischen Innen und Außen, Chaos und normaler Situation, das heißt des Ausnahmezustands«,<sup>38</sup> in den Mittelpunkt seiner Souveränitätstheorie. Anders als Schmitt sieht Agamben die souveräne Entscheidung über die Ausnahme gerade nicht als »Ausdruck des Willens eines Subjektes«,<sup>39</sup> sondern als »Einschreibung der Äußerlichkeit in den Körper des nomos«<sup>40</sup> und somit der Rechtsstaatlichkeit selbst. Daraus folgt auch, dass Souveränität nach Agamben kein vorrechtliches oder außerrechtliches Phänomen darstellt, wie Schmitt es in der *Politischen Theologie* denkt. In diesem Sinne wendet Agamben sich sowohl von Schmitts dezisionistischem Souveränitätsbegriff als auch von der Vorstellung ab, dass »der Souverän zum Gesetz gehört«, die sich wiederum

33 Schmitt, *Politische Theologie* (2014), S. 19.

34 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 27.

35 Anders sieht dies bspw. Sergei Prozorov, der in Agambens Affirmation von Schmitts Ausnahmetheorie weder eine Korrektur noch Vervollständigung sehen will: Prozorov, in: *Agamben's Philosophical Lineage* (2017), S. 87.

36 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 28.

37 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 29.

38 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 29.

39 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 36.

40 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 36. Dazu auch Steinhauer, in: *Neue Theorien des Rechts* (2006), S. 199f. Dementsprechend nimmt Agamben eine Neuinterpretation von Hobbes Souveränitätskonzept vor: Naturzustand und Recht(sstaat) seien insofern nicht voneinander zu trennen, als aufgrund des permanenten Ausnahmezustands der »Bürgerkrieg und revolutionäre Gewalt, also menschliches Handeln, das jede Beziehung zum Recht abgelegt hat«, in die Souveränität integriert würden, Agamben, *Homo Sacer* (2002), S. 46, 48. Agamben hat dem permanenten Bürgerkrieg ein ganzes Buch der *homo sacer* Reihe gewidmet: Agamben, *Stasis* (2016).

»von unserer heutigen Auffassung von Demokratie und Rechtsstaat«<sup>41</sup> nicht trennen lasse: Souveränität, verstanden nach Agamben, ist »weder ein ausschließlich politischer noch ein ausschließlich juridischer Begriff, weder eine dem Gesetz äußerliche Potenz (Schmitt) noch die höchste Norm der Rechtsordnung (Kelsen): Sie ist die originäre Struktur, in der sich das Gesetz auf das Leben bezieht und durch die eigene Aufhebung in sich einschließt«. <sup>42</sup> Agamben folgt deshalb auch der These, dass die Ausnahme als das »paradigmatisch-konstitutive Wesen der Rechtsordnung« für die moderne Regierungstechnik bestimmend wird: »Die Abschaffung der Unterscheidung zwischen Legislative, Exekutive und Jurisdiktion [...] [wandelt] sich in eine ständige Praxis des Regierens«. <sup>43</sup> Der *permanente Ausnahmezustand* als Regierungstechnik rührt Agamben zufolge dabei nicht aus absolutistischen, sondern gerade aus demokratischen Regierungstraditionen. <sup>44</sup> Agamben definiert das Konzept der Souveränität demnach weniger aus dessen Funktion für ökonomische oder staatliche Prozesse heraus, <sup>45</sup> sondern mehr über seine Verortung innerhalb und außerhalb des Rechts sowie den Modus der Bezugnahme auf das Leben der Beherrschten durch den Ausnahmezustand. Dieses biopolitische Interesse bildet nicht zuletzt den Grund für die fatale Verwobenheit des Rechts in Form der Menschenrechte mit der souveränen Herrschaft.

### III. Albtraumhaftes Recht: Subjektive Rechte als biopolitisches Instrument

Souveränität erscheint bei Agamben demnach weder rein rechtlich noch rein politisch. Darüber hinaus ist sie immer auch biopolitisch: Sie knüpft nicht nur an die Körper und das Leben der Beherrschten an, sondern macht auch die Produktion des Anderen des Rechts, des nackten Lebens, zur »fundamentale[n] Leistung der souveränen Macht«. <sup>46</sup> Gerade der Entstehung der Menschenrechte, die ihrer Idee nach absolutistischen Souveränitätsbestrebungen Einhalt gebieten sollten, schreibt Agamben dabei die fatale Funktion zu, das biopolitische Interesse in die Grundfesten westlicher Rechtsstaaten einzuschreiben.

Die mit Menschenrechten ausgestattete Figur des Staatsbürgers wird in diesem Narrativ nicht deshalb problematisch, weil sie verknüpft mit der Nationalstaatlichkeit exkludierend wirkt, sondern weil sie den

41 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 41.

42 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 39.

43 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 14.

44 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 12.

45 So etwa *Hardt/Negri*, *Empire* (2002), S. 83ff.

46 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 190.

biopolitischen Zugriff der Souveränität auf die Bürger verschleiert. War der *Untertan* im Ancien Régime seiner Funktion nach vom Nexus der Geburt und in der Antike schon rein begrifflich als *bíos* (politischer Bürger) von der *zoé* (dem nackten Leben) getrennt, so vereinigen sich nach Agamben im *Bürger* der französischen Erklärung der Menschenrechte »das Prinzip der Nativität und das Prinzip der Souveränität« zum »souveränen Subjekt«,<sup>47</sup> Insofern als die Entstehung der Menschenrechte vom biopolitischen Interesse an der Geburt der Bürger dominiert ist, seien die Menschenrechte dazu verdammt, ihre biopolitischen Prämissen stets zu reproduzieren.<sup>48</sup> Weil »das Recht [...] kein Dasein für sich [hat], sein Wesen vielmehr [...] das Leben der Menschen selbst [ist]«,<sup>49</sup> sind also die Menschenrechte die Rechtsnormen, mittels derer die Rechtsordnung auf das nackte Leben zugreift und die die Biopolitik moderner Staaten ermöglichen. Dabei schließt Agamben einerseits an eine den Menschenrechten immanente Ambivalenz an, die Hannah Arendt in *Ursprünge und Elemente totaler Herrschaft* dargelegt hatte. Menschenrechte, so Arendt, könnten ihrem proklamierten Ziel, alle Menschen zu schützen, insofern nie gerecht werden, als dass ihre Geltung als universelle Rechte von der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft abhängt, die ihren Mitgliedern diese zugesteht. Menschenrechte ohne das »Recht auf Rechte«<sup>50</sup> verblieben insofern in dem ihnen immanenten Dilemma verhaftet, dass vermeintlich *universelle* Rechte von *partikularen* Nationalstaaten gewährt werden müssten.<sup>51</sup> Agamben ergänzt diese Verwobenheit von Menschenrechten mit nationalstaatlichen Prämissen durch die Verknüpfung von Arendts Menschenrechtsskeptizismus mit Michel Foucaults Konzept der Biopolitik.<sup>52</sup> Dabei spitzt er seine biopolitische Souveränitätsanalyse so

47 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 137.

48 In diesem Kontext verortet er auch seine Kritik an Praktiken humanitärer Hilfe, die sich parallel zu den Menschenrechten vom Politischen abgelöst haben und schicksalhaft die Absonderung des nackten Lebens reproduzieren. *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 142f. Ähnlich auch *Fassin*, *Humanitarian Reason* (2012).

49 Agamben zitiert hier den Juristen Friedrich Carl von Savigny: *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 37f.

50 *Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (2003), S. 614. Hierzu mehr unter B I 3.

51 *Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (2003), S. 611ff.

52 Einführend: *Fink-Eitel*, *Foucault zur Einführung* (1989), S. 70ff. Zum Verhältnis von Agambens Theorie zu anderen Theoretikern der Biopolitik, siehe: *Coleman/Grove*, *Environment and Planning D: Society and Space* 2009 (zu Foucault und Negri); *Lechte/Newman*, *Agamben and the Politics of Human Rights* (2013), S. 53ff. (zu Esposito). Die Genauigkeit sowohl von Agambens Arendt- als auch Foucault-Rezeption wird teilweise hinterfragt. So *Geulen*, *Giorgio Agamben zur Einführung* (2009), S. 129ff. Weniger

weit zu, dass auch die Entwicklungen hin zum NS-Staat unter das biopolitische Narrativ fallen.<sup>53</sup> Die biopolitische Komponente der Souveränität, und nicht etwa eine totalitäre Bewegung, wie Hannah Arendt es noch vermutete,<sup>54</sup> sei der eigentlich Ursprung des NS-Regimes gewesen:

Faschismus und Nazismus sind vor allem eine Redefinition des Verhältnisses zwischen Mensch und Bürger und werden, so paradox das erscheinen mag, nur vor dem biopolitischen Hintergrund, den die nationale Souveränität und Menschenrechte eröffnet haben, ganz verstehbar.<sup>55</sup>

So schreibt Agamben den Menschenrechten eine traurige Rolle in der Normalisierung eines Souveränitätskonzeptes zu, das die »souveräne Entscheidung über das tötbare Leben« ebenso wie die »Übernahme der Sorge um den biopolitischen Volkskörper« hervorbringt. Der biopolitische Zugriff auf die Menschen im Sinne eines ›Leben machen‹ kippt insofern in ein ›Sterben machen‹ im NS; die Menschenrechte tragen die Latenz der Barbarei in sich.<sup>56</sup> Die vermeintliche moderne Errungenschaft der Menschenrechte, die losgelöst von göttlichen Autoritäten lediglich an ›den Menschen‹ anknüpfen sollten, schlägt aufgrund des biopolitischen Fundaments um in die Legitimation der nationalsozialistischen Vernichtung. Einen Weg aus dem Bann des Souveräns kann Agambens Analyse der Menschenrechte jedenfalls nicht aufzeigen. Im Gegenteil: Anders als Arendt setzt Agamben den »Aporien der Menschenrechte«<sup>57</sup>

stark in der Kritik: *Frost*, Oxford Journal of Legal Studies 2010; *Muhle*, in: Der Nomos der Moderne (2011), S. 55.

- 53 *Geulen* sieht dies als Antwort auf Savigny: »Das Recht hat kein Dasein für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen«. *Geulen*, Giorgio Agamben zur Einführung (2009), S. 61.
- 54 *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2003), S. 627ff. Zu den unterschiedlichen Lebensbegriffen bei Foucault und Agamben siehe *Muhle*, in: Der Nomos der Moderne (2011), S. 41; *Lemke*, in: Disziplinen des Lebens (2004), S. 257ff.; *Sarasin*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2003.
- 55 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 139. Diese Unterwerfung des NS unter das biopolitische Paradigma und die daher »monokausal« anmutende Erklärung historischer Verläufe stießen auf Kritik. Philosophisch: *Geulen et al.*, in: Hannah Arendt und Giorgio Agamben: Parallelen, Perspektiven, Kontroversen (2008), S. 7; *Laclau*, in: Der Nomos der Moderne (2011); *Prozorov*, in: Agamben's Philosophical Lineage (2017), S. 89f. Historisch: *Kramer*, in: Welt der Lager: Zur Erfolgsgeschichte einer Institution (2013), S. 16f.
- 56 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 151. Daniel Loick interpretiert diese pessimistische »Latenzstruktur« in Agambens Theorie in Anlehnung an die kritische Theorie Adornos und Horkheimers. *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 13.
- 57 *Menke*, in: Hannah Arendt und Giorgio Agamben: Parallelen, Perspektiven, Kontroversen (2008).

auch kein »Recht auf Rechte«<sup>58</sup> entgegen. Vielmehr gelte es, den biopolitischen Ursprung der Menschenrechte und damit das Subjekt des Bürgers zu demaskieren, denn nur »so wird es möglich, das Feld für eine nunmehr unaufschiebbare kategoriale Erneuerung zu räumen, im Hinblick auf eine Politik, die das nackte Leben nicht mehr in der staatlichen Ordnung absondert und ausstößt, auch nicht mittels der Figur der Menschenrechte.«<sup>59</sup> Auch bei Agamben gilt es demnach zunächst, das Andere des Rechts zu offenbaren. Nur die Deaktivierung der Menschenrechte kann zudem vor der latenten Gefahr eines Umkippens in die barbarischsten Verbrechen schützen.

#### IV. Rechtswüste *permanenter Ausnahmezustand*: »Eine Leerstelle des Rechts«

Was aber genau passiert mit dem Recht im Ausnahmezustand? Der zweite Band der *homo sacer*-Reihe, *Ausnahmezustand*, gibt hierüber Aufschluss. Er beginnt mit der Erklärung, dass die Arbeit zum Ziel habe, das »Niemandland [...] zwischen Öffentlichem Recht und politischer Faktizität, zwischen Rechtsordnung und Leben«<sup>60</sup> zu untersuchen; ein Bild, das Agamben durchweg für den Ausnahmezustand zeichnet, in dem das Recht den Einzelnen verlassen hat. Das Recht »steht still«<sup>61</sup> und ist abwesend. An anderen Stellen nennt Agamben den Ausnahmezustand auch eine »Zone der Anomie«,<sup>62</sup> ein »Rechtsvakuum«<sup>63</sup> oder eine »Leerstelle des Rechts«.<sup>64</sup> Auf das Recht scheint kein Verlass mehr zu sein, stattdessen erwartet den Einzelnen eine bedrohliche Anomie oder ein Nichts. Das Verlassensein des Individuums von staatlichen Institutionen zieht sich dabei durch Agambens Werk, es findet sich nicht nur in Bezug auf das Recht, sondern spiegelt sich im Bild des »leeren Throns«<sup>65</sup> wider, bei dem der Regierung die symbolische Funktion der Herrlichkeit abhandengekommen ist und taucht auch in der leerlaufenden Ökonomie auf.<sup>66</sup>

58 *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2003), S. 614.

59 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 143. Agamben zeichnet hier eine philosophisch-politische Konstante der Menschenrechte vom 18. bis ins 21. Jahrhundert, die umstritten ist: Vgl. *Menke/Pollmann*, Philosophie der Menschenrechte zur Einführung (2007), S. 16ff; *Krajewski*, Völkerrecht (2017), S. 285.

60 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 8.

61 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 59.

62 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 33.

63 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 12.

64 *Raulff*, *German Law Journal* 2004.

65 *Agamben*, *Herrschaft und Herrlichkeit* (2010), S. 13.

66 *Agamben*, Was ist ein Dispositiv? (2008), S. 41.

Souveränität muss ihre Macht gegenüber der Gesellschaft erhalten und tut dies, indem sie über die Ausnahmebeziehung an das *nackte Leben* anknüpft. Diese Ausnahmebeziehung nennt Agamben »eine Beziehung des Banns«. <sup>67</sup> So wie der Verbannte vom Gesetz *verlassen* wird, wird es das Leben unter souveräner Herrschaft vom Recht. Unter Rückgriff auf Kafkas berühmte Parabel *Vor dem Gesetz* konstatiert Agamben dabei, dass nicht die einfache Abwesenheit des Gesetzes der Kern dessen Banns sei, sondern die Tatsache, dass es wie dem Mann in der Parabel Kafkas, der vor einem geschlossenen Tor steht, unvollziehbar erscheine und gelte, »ohne zu bedeuten«. <sup>68</sup> Gerade aufgrund der »Grundlosigkeit des Rechts« <sup>69</sup> nehme es den Einzelnen in den Bann und verwirkliche seinen Geltungsanspruch. <sup>70</sup> Die erste Ausformulierung der »reine[n] Form des Gesetzes als Geltung ohne Bedeutung« <sup>71</sup> datiert Agamben dabei auf die *Kritik der praktischen Vernunft* von Immanuel Kant zurück. Dieser hatte mit der »bloßen Form des Gesetzes« beschrieben, dass »wenn man alle Materie, d.i. jeden Gegenstand des Willens (als Bestimmungsgrund) davon absondert, nichts übrig [bleibt] als die bloße Form einer allgemeinen Gesetzgebung«. <sup>72</sup> Ist das Gesetz aller Zwecke entleert, so bleibt den Menschen nichts anderes übrig als der »Achtung« des Gesetzes selbst nachzugehen. <sup>73</sup> »Denn das Gesetz in Ansehung des Formalen der Willkür ist ja das einzige, was übrig bleibt, wann ich die Materie der Willkür [...] aus dem Spiel gelassen habe«. <sup>74</sup> Da-

67 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 39, 190.

68 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 61. Kiesow kritisiert den Verweis auf Kafkas »Vor dem Gesetz« als unzeitgemäße Rechtskritik, ein passendere Analyse lasse sich vielmehr in Kafkas »In der Strafkolonie« und »der Prozess« finden, *Kiesow*, *Rechtsgeschichte* 2002.

69 *Brunhöber*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008, S. 120ff.

70 In diesem Sinne kehrt Agamben in den abschließenden Thesen des ersten Bandes auf seine Interpretation des Naturzustandes zurück und erklärt, dass das eigentliche »Fundament der souveränen Macht nicht in der freiwilligen Abtretung des Naturrechts« liegt. Der Fokus auf den Hobbesschen *Naturrechtsvertrag* sei insofern irreführend, als der unfreiwillige *Bann* das eigentliche Moment souveräner Macht sei.

71 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 62.

72 *Kant*, *Kritik der praktischen Vernunft* (1974), S. 135.

73 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 63.

74 *Kant*, *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik I* (1977), S. 135. Geltung ohne Bedeutung scheint anders als bei Kant für Agamben auch mit Willkürlichkeit einherzugehen. So gleiche das Leben unter einem Gesetz, das gelte, ohne zu bedeuten, dem im Ausnahmezustand, »in dem die unschuldigste Geste [...] die extremsten Konsequenzen haben [kann]«, *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 63. »Verlassen sein« bedeutet für Agamben dabei mit Jean-Luc Nancy sich einer »solchen Herrschaftsgewalt aussetzen, anvertrauen oder überlassen und ihrem bandon, das heißt ihrer Proklamation, ihrer Einberufung und ihrem Urteilspruch

bei verweist Agamben weiter auf den französischen Philosophen Jacques Derrida und dessen Essay *Gesetzeskraft: Der mystische Grund der Autorität*,<sup>75</sup> um die Gesetzeskraft als Gegenstück des nicht geltenden Rechts zu positionieren. So soll auch der Begriff der Gesetzeskraft in der modernen wie antiken Rechtslehre, der sich »nicht auf das Gesetz selbst bezieht, sondern auf Erlasse mit Gesetzeskraft«,<sup>76</sup> darauf hindeuten, dass es neben dem Gesetz selbst etwas gäbe, das sich aus dem Gesetz heraustrennen ließe, und das »zu verfügen die Exekutive in manchen Fällen berechtigt sein kann, namentlich im Fall des Ausnahmezustands«.<sup>77</sup> Die Gesetzeskraft ist für Agamben demnach in Anlehnung an Derrida das Eigene an der Rechtsanwendung, das nicht einfach unter die Norm subsumiert werden kann.<sup>78</sup> Die Handlungen im Ausnahmezustand gewinnen die »Kraft« von Gesetzen, während die Gesetze selbst suspendiert werden:

Der Ausnahmezustand definiert einen Zustand des Gesetzes, in dem die Norm zwar gilt, aber nicht angewandt wird (weil sie keine Kraft hat) und auf der anderen Seite Handlungen, die nicht den Stellenwert von Gesetzen haben, deren »Kraft« gewinnen. [...] Der Ausnahmezustand ist der anomische Raum, in dem eine Gesetzeskraft ohne Gesetz (die man jedoch Gesetzeskraft schreiben müsste) zum Einsatz kommt.<sup>79</sup>

Anwendung und Norm stellten, so Agamben weiter, ihre Getrenntheit zur Schau, so dass die Unvereinbarkeit von Norm und Wirklichkeit zu einer Logik und Praxis führten, die »ihre Bestimmtheit verliert und wo reine Gewalt [...] ohne logos eine Aussage ohne jeden realen Bezug zu

ausgesetzt, anvertraut oder überlassen zu sein« (*Nancy, Der kategorische Imperativ* (2017), S. 155) und mit Heideggers Seinsverlassenheit, »dass das Seyn das Seiende verlässt, dieses ihm selbst sich überlässt und es so zum Gegenstand der Machenschaft werden lässt« (*Heidegger, Gesamtausgabe*, 65 (2003), S. 111.). Insbesondere aus Heideggers sich selbst überlassenen »Im-Bann-seienden« schließt Agamben, dass die Beziehung des Verlassens neu gedacht werden müsse bis hin zum Eingeständnis, dass tatsächlich zwischen dem verlassenen Seienden und dem Gesetz, das ihn verlassen hat, keine Beziehung bestehe: »Deswegen muss man sich der Idee öffnen, dass die Beziehung der Verlassenheit gar keine Beziehung ist, dass das Zusammensein des Seins und des Seienden nicht die Form einer Beziehung hat«. *Agamben, Homo sacer* (2002), S. 71. Zu Kants Rechtsbegriff, der sich im 19. Jahrhundert in den Rechtswissenschaften etablieren konnte und anders als etwa Savignys Konzept des Volksgeistes als Quelle der Rechtsgeltung einen »beliebigen Willen« zur Quelle der Rechtsgeltung machte: *Vesting, Rechtstheorie* (2015), S. 94.

75 *Derrida, Gesetzeskraft* (2017), S. 46.

76 *Agamben, Ausnahmezustand* (2004), S. 48.

77 *Agamben, Ausnahmezustand* (2004), S. 48.

78 *Agamben, Ausnahmezustand* (2004), S. 50.

79 *Agamben, Ausnahmezustand* (2004), S. 49.

treffen beansprucht«. <sup>80</sup> Der Raum des Anomischen ist demnach ein bedrohlicher Ort reiner Willkür.

So herrscht bei Schmitt im Ausnahmezustand »immer noch etwas anderes als Anarchie oder Chaos«, denn es bestehe »im juristischen Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung«. <sup>81</sup> Sowohl die Norm als auch die Entscheidung verbleiben auch im Ausnahmezustand im »Rahmen des Juristischen«. <sup>82</sup> Agamben möchte zwar den »Rahmen des Juristischen« übernehmen, für ihn tritt im Ausnahmezustand jedoch nicht die Schmitt'sche Ordnung an den Platz der Rechtsnorm, sondern »ein Raum des Anomischen«, der von Willkür und *reiner Gewalt* geprägt ist. In einer Weiterführung der Theorie des Rechtshistorikers Adolf Nissens zum Iustitium zeichnet Agamben jedoch den Ausnahmezustand kontrastierend zur Idee einer »quasi-Diktatur« als einen »kenomatischen Zustand, Leere und Stillstand des Rechts«. <sup>83</sup> Statt um einen Rechtsbruch oder ein Überschreiten des Rechts handele es sich vielmehr um einen »Nicht-Vollzug« des Gesetzes. <sup>84</sup> Mithilfe Walter Benjamins philosophischer Auseinandersetzung mit dem Recht beleuchtet Agamben die »Zone der Anomie« <sup>85</sup> während des Ausnahmezustands tiefergehend. Die in Benjamins prominentem Essay *Zur Kritik der Gewalt* <sup>86</sup> entwickelte Idee einer *reinen Gewalt* betrachtet Agamben als eine »Spielposition in der Auseinandersetzung um den Ausnahmezustand, das was aus ihm resultiert«. <sup>87</sup> Benjamin entwickelt in seinem Essay einen Begriff der *reinen Gewalt*, die weder zum Ziel hat, das Recht zu erhalten, noch, es zu setzen, sondern die »absolut außerhalb und jenseits des Rechts steht«. <sup>88</sup> Diese Gewalt hat kein eigentliches Verhältnis zum Recht, sie »entsetzt« <sup>89</sup> es. Schmitts *Politische Theologie* ist nach Agamben genau der Versuch,

80 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 51. Dieser Fokus auf die Ununterscheidbarkeit von Ausnahme und Recht und die damit einhergehende Skepsis gegenüber der bestehenden Struktur des Rechts(staats) ist auszeichnend für die Strömung der Poststrukturalisten bzw. Postmoderne, als deren Vertreter Agamben gelesen wird, *Volkman*, Rechtsphilosophie (2018), S. 127; *Brunhöber*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2008, S. 113f.

81 *Schmitt*, Politische Theologie (2015), S. 18.

82 *Schmitt*, Politische Theologie (2015), S. 19.

83 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 59. Kritik an dieser Interpretation übt *Labusen*: Der Stillstand der Rechtspflege, Vortrag vom 07.06.2018.

84 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 61, 63.

85 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 72.

86 *Benjamin*, Gesammelte Schriften II.1 (1991), S. 179ff.

87 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 73.

88 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 65.

89 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 65. Zum Begriff der Entsetzung bei Benjamin und Schmitt: *Menke*, Recht und Gewalt (2012), S. 63ff. sowie B II 2.

Benjamins Idee der *reinen Gewalt* in die Rechtsordnung mit Hilfe des Ausnahmezustands zu integrieren.<sup>90</sup> »Rein« sei dabei eine Gewalt, die nicht als Mittel zu einem Zweck diene, sondern »vielmehr irgendwie anders sich verhalten würde.«<sup>91</sup> Eine solche Gewalt möchte nicht mehr regieren (schalten) sondern sich nur manifestieren (walten).<sup>92</sup>

Agambens Analyse des Ausnahmezustands als Raum des Anomischen soll sich demnach von dem Verhältnis, wie Schmitt es in der *politischen Theologie* gezeichnet hatte, unterscheiden. Dieser hatte den Ausnahmezustand zur Herstellung der Ordnung als Fundament der Rechtsordnung angesehen.<sup>93</sup> Agamben bestimmt jedoch gerade das Anomische zum Fundament der Souveränität: Der Ausnahmezustand ist kein auf den Zweck der Normerhaltung gerichteter Raum, es ist ein Raum ohne Richtung, ein Raum der *reinen Gewalt*, der reinen Faktizität. Ein moderner Albtraum.

90 *Agamben, Ausnahmezustand* (2004), S. 66ff. Agamben sieht dabei Schmitts »Politische Theologie« als eine Auseinandersetzung mit Benjamins Philosophie. Benjamin wiederum habe sich Schmitts Idee der Integrierbarkeit der Gewalt nach Agamben verwehrt, indem er in den acht Thesen über die Geschichte die Unmöglichkeit offenbart, die »Ausnahme, die zur Regel geworden ist« in die Rechtsordnung zu integrieren. *Agamben, Ausnahmezustand* (2004), S. 70f.

91 *Agamben, Ausnahmezustand* (2004), S. 74.

92 Ein solche sich manifestierende Gewalt ist etwa der Zorn, *Agamben, Ausnahmezustand* (2004), S. 75. Auch wenn Agamben Benjamin nur an dieser Stelle explizit zitiert, wird Benjamins »Zur Kritik der Gewalt« aufgrund der Verknüpfung von Gewalt, Souveränität und Recht nicht nur als Grundstein der *homo sacer*-Reihe, sondern von Agambens ganzem Œuvre gesehen, *Salzani*, in: *Agamben's philosophical lineage* (2017), S. 31; *Geulen*, Giorgio *Agamben zur Einführung* (2009), S. 142. Das Anomische als Gegenstück zum Recht findet Agamben schließlich schon in den römischen Verfassungsfiguren der *auctoritas* und *potestas* wieder. Diese hätten seit jeher das Rechtssystem bestimmt, das dadurch »aus zwei heterogenen und doch koordinierten Elementen [besteht]: ein normativ-rechtliches im engen Sinne, das wir hier der Einfachheit halber unter der Rubrik *potestas* fassen können und ein anomisches und metarechtliches, das wir mit dem Namen *auctoritas* benennen können.« *Agamben, Ausnahmezustand* (2004), S. 101.

93 »Die Ordnung muss hergestellt werden, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat. Es muss eine normale Situation geschaffen werden«, *Schmitt, Politische Theologie* (2015), S. 19.

## V. Das Geisterwesen *homo sacer*: Ein Antonym des Rechtssubjekts

Insbesondere die Entwicklung der Figur des *homo sacer* führt dabei zur intensiven Rezeption Agambens. Agamben entwirft den *homo sacer* als Materialisierung des Anderen der Souveränität par excellence und findet seine Wurzeln, wie auch die des Ausnahmezustands, in der Antike. Im Traktat über die Bedeutung der Wörter von Sextus Pompeius Festus<sup>94</sup> entdeckt er eine Figur, die zum ersten Mal die Verbindung von Heiligkeit und menschlichem Leben thematisiert, und deren Bedeutung als »Grenzbegriff der römischen Gesellschaftsordnung«<sup>95</sup> wegweisend sei: »Sacer aber ist derjenige, den das Volk wegen eines Delikts angeklagt hat; und es ist nicht erlaubt, ihn zu opfern; wer ihn jedoch umbringt, wird nicht wegen Mordes verurteilt.«<sup>96</sup> Wo bisherige Interpretationen es nicht geschafft hätten, die Gleichzeitigkeit der Strafflosigkeit der Tötung mit dem Verbot der Opferung herauszuarbeiten, greift Agamben die Figur des *homo sacer* auf, und entfaltet mit ihrer Hilfe eine Theorie des Individuums im *permanenten Ausnahmezustand*. Der *homo sacer* befinde sich im Grenzbereich zwischen dem Strafrecht und der religiösen Ordnung, was ihn zu einer symmetrischen Figur zur Souveränität mache:

Beide sind in der Figur eines Handelns verbunden, das, in dem es sich sowohl vom menschlichen Recht wie vom göttlichen Recht, vom *nomos* wie von der *physis* ausnimmt, in einem bestimmten Sinn den ersten eigentlichen politischen Raum absteckt [...].<sup>97</sup>

Der *homo sacer* ist als Verkörperung des Nicht-Normierten damit die paradigmatische Figur des nackten Lebens. Wie auch die Souveränität befindet sich der *homo sacer* an der Grenze der Rechtsordnung.

Erste Untersuchungen zum *homo sacer* stellt Agamben im ersten Band der *homo sacer*-Reihe an. In den Versuchspersonen der nationalsozialistischen Konzentrationslager, aber auch in zum Tode verurteilten US-Amerikanern, denen bei Teilnahme an medizinischen Versuchen Straferlasse versprochen wurden, sieht Agamben Menschen, die sich in einer Grauzone zwischen Leben und Tod bewegen, und »so in einem Ausnahmezustand den extremsten Wechselfällen überlassen«<sup>98</sup> werden. Inwiefern

94 Kritik an Agambens Quellengenauigkeit in Bezug auf den *homo sacer* übt Gratton. Er weist auf die verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten des Begriffs *homo sacer* im Römischen Recht sowie den beschränkten Quellenzugang von Festus selbst hin: Gratton, *The European Legacy* 2011, S. 606ff.

95 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 83.

96 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 81.

97 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 94.

98 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 168. Auch die Komatösen stellen für Agamben »eine extreme Inkarnation des *homo sacer*« dar, die sich innerhalb

die Figur des *homo sacer* überhaupt empirisch oder historisch haltbar ist, wird angezweifelt.<sup>99</sup> Als düsteres Bild bildet er jedoch den Schwerpunkt vom Agambens Theorie des Individuums im modernen Rechtsstaat bis hin zu der Aussage, dass es deshalb keine »vorbestimmbare Figur des *homo sacer*« gebe, »weil wir alle virtuell homines sacri sind«.<sup>100</sup>

Hier sticht eine Ohnmacht als herausragenden Charakteristikum des *homo sacer* ins Auge, die exemplarisch für die Bilder der Anteilslosen, Nicht-Normierten stehen kann. Er sei »extremsten Wechselfällen« überlassen und scheint jeder Handlungsmacht beraubt. Dieser allumfassende Fatalismus, bei dem die Individuen nur dann Gestaltungsmöglichkeiten erhalten werden, sofern das bestehende Rechtssystem allumfassend überwunden ist, ist zu einem der größten Kritikpunkte in der Rezeption von Agambens Werk geworden.<sup>101</sup> Indem das Recht bei Agamben auf das Individuum in Form der Biopolitik zugreift, eröffnet sich ein Verhältnis, das auf der Seite des Einzelnen von Passivität und Ohnmacht geprägt ist. Immer, wenn das Individuum auf das Recht zugreifen möchte, reproduziert es auch das eigene nackte Leben.<sup>102</sup> Alle anderen Verhältnisse zum Recht werden zu einem Schein, nur das nackte Leben sei »authentisch« bzw. wie auch bei Balibar »politisch«:

Im Gegensatz zu dem, was wir Modernen uns als politischen Raum in Begriffen der Bürgerrechte, des freien Willens und des Gesellschaftsvertrags vorzustellen gewohnt sind, ist vom Standpunkt der Souveränität aus gesehen allein das nackte Leben in authentischer Weise politisch.<sup>103</sup>

Das Recht erhält eine absolute Bestimmungsmacht über die Handlungsmöglichkeiten der Beherrschten, Versuche der Selbstbestimmung oder Befreiung innerhalb des bestehenden Rechtssystems sind zum Scheitern verurteilt.

der »beweglichen Grenzen« bzw. »biopolitischen Grenzen« dessen, was Leben und was Tod ist, befinden, *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 173.

99 Historisch: *Gratton*, *The European Legacy* 2011, S. 606. Empirisch: *Vasilache*, in: *Die gouvernementale Maschine: zur politischen Philosophie Giorgio Agambens* (2007).

100 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 124.

101 Exemplarisch: *Marchart*, *Die politische Differenz* (2013), S. 223; *Geulen*, *Giorgio Agamben zur Einführung* (2009), S. 32; *Gündoğdu*, *Contemporary Political Theory* 2012, S. 14.

102 Das kann man mit Adorno als die unausweichliche Produktion des Nicht-Identischen bezeichnen, *Brunhöber*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008, S. 128. Der totale biopolitische Zugriff auf das Leben der Menschen, der den Rest des Nicht-Identischen nur im allerletzten substanziellen Arcanum des nackten Lebens findet, legt eine andere Lesart Agambens nahe, bei der Agamben für seinen Essentialismus kritisiert werden kann, siehe B III 2.

103 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 116.

Insofern lässt sich der *homo sacer* als Antonym zur Idee der Rechtssubjektivität lesen. Dies verdeutlicht sich umso mehr mit der Einführung der Figur des *Muselmann* im vierten Band der *homo sacer*-Reihe. In *Das Archiv und der Zeuge. Was von Auschwitz bleibt* wird die Judenvernichtung zum Gegenstand von Agambens historischer Analyse. »Der Jude unter dem Nazismus« wurde für Agamben schon in *Die souveräne Macht und das nackte Leben* zu einem »flagranten Fall von *homo sacer*«. <sup>104</sup> Mit der Figur des Muselmanns, als scheinotem KZ-Insassen, zieht Agamben den Begriff des *homo sacer* von seiner extremsten Seite auf. <sup>105</sup> Das nackte Leben, der *homo sacer*, ist vom Recht verlassen und der Souveränität schutzlos ausgeliefert und sprachlos. Zweifelsohne übernimmt Agamben hier Arendts Bild der »abstrakten Nacktheit« der Staatenlosen und Überlebenden der Vernichtungslager, die in das zurückgefallen seien »was die politische Theorie den Naturzustand und die zivilisierte Welt die Barbarei nannte«. <sup>106</sup>

Agambens Konzept des nackten Lebens macht ihn dabei auch für die Analyse der Migration anschlussfähig. Denn unter Agambens Paradigma des nackten Lebens fallen nicht nur die Insassen der Vernichtungslager, sondern auch Flüchtlinge. <sup>107</sup> Diese sind nach Agamben »die prototypische Figur des *homo sacer*«. <sup>108</sup> Sie werden, wie auch bei Ba-libar, zur Konkretisierung der Anteilslosen des Rechts. Für westliche Nationalstaaten müssen sie deshalb als Bedrohung gelesen werden: Indem sie die Verbindung von »Nativität und Nationalität [...] aufbrechen«, <sup>109</sup> bringen sie »auf der politischen Bühne für einen Augenblick jenes nackte Leben zum Vorschein«, <sup>110</sup> das durch die »Maske des Bürgers« <sup>111</sup> verdeckt werde. In diesem Sinn plädiert Agamben dafür, den Flüchtling als das anzusehen, »was er ist, nämlich nicht weniger als ein Grenzbegriff«. <sup>112</sup> Auch für Agamben werden demnach die Akteure der Migration, die Migrierenden selbst, in ihrer authentischen Nicht-Normierung als Bürger, ihrem offensichtlichen nackten Leben,

104 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 124.

105 Hier sei erneut an die von Loick in Agambens Theorie identifizierte »Latenzstruktur« erinnert. *Loick*, in: *Der Nomos der Moderne* (2011), S. 13.

106 *Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (2003), S. 620.

107 Auf die Kritik an der Vergleichbarkeit von KZ-Insassen und anderen von Agamben erkannten *homini sacri* angesprochen, antwortet Agamben stets mit dem Verweis auf die paradigmatische Form seiner Forschung, *Raulff*, *German Law Journal* 2004, S. 610.

108 *Wessel*, in: *Migration, Asyl und (Post-)Migrantische Lebenswelten in Deutschland* (2014), S. 11.

109 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 140.

110 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 140.

111 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 141.

112 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 143.

zur Bedrohung der Normativität moderner Souveränität und damit zum Ausgangspunkt einer Emanzipation aus der souveränen rechtlichen Herrschaft. Auf die Reproduktion von Herrschaft verdammt, kann das Recht bei Agamben jedoch keine emanzipatorische Funktion entwickeln, es muss mittels Deaktivierung jede wirksame Funktion verlieren. Erst wenn es deaktiviert ist und sich seiner Faktizität, seines Daseins als Mittel zum Zweck entledigt hat, verliert es sein gefährliches Potenzial. In dieser Utopie wird es dann zu einem spielerischen Angebot, dessen sich die Menschen wie »ausgedienten Spielzeugen«<sup>113</sup> bedienen können – oder auch nicht.

## VI. Albtraumwelt Lager: Ausnahmeraum und Nomos der Moderne

Wenn der Kern der Souveränität die Ausnahme ist und Gegenstand souveräner Maßnahmen das Leben, dann scheint es logisch, dass Orte, die diese Beziehung offenbaren, paradigmatisch für tieferliegende gesellschaftliche Strukturen stehen. Einen solchen Ort sieht Agamben im Lager. Es stellt für Agamben die räumliche Materialisierung des *permanenten Ausnahmezustands* dar: Das Lager wird zum »Raum, der sich öffnet, wenn der Ausnahmezustand zur Regel zu werden beginnt«. <sup>114</sup> Als räumliche Einrichtung bleibt es dauerhaft außerhalb der Rechtsordnung.

Schon die rechtliche Entstehung der Lager zeige dabei, dass die Ausnahme wichtiger Bestandteil von deren Fundament ist. So sei die Einführung der ersten Lager sowohl in Kuba als auch den englischen Kolonien mit Hilfe von Kriegsrecht bzw. dem rechtlichen Ausnahmezustand durchgesetzt worden. <sup>115</sup> Insofern als das Lager sein eigenes ausnahmerechtliches Fundament als »dauerhaft räumliche Einrichtung«<sup>116</sup> normalisiert hat, wird es so »zum Hybrid von Recht und Faktum, in dem beide Glieder ununterscheidbar geworden sind«. <sup>117</sup> Anders als die einschlägige historische Literatur<sup>118</sup> definiert Agamben das Lager nicht über eine Typisierung. Für ihn gilt nur das Kriterium der Ununterscheidbarkeit. <sup>119</sup> So seien Lager

113 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 77.

114 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 177.

115 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 175.

116 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 178.

117 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 179.

118 Exemplarisch: *Kreiner/Gramer* (Hg.), Welt der Lager (2013); *Bispinckl/Hochmuth* (Hg.), Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland (2014).

119 Turner entwickelt von Agamben ausgehend eine Definition des Lagers anhand der zwei Dimensionen des Raums und der Zeitlichkeit. *Turner*, Journal of Refugee Studies 2015.

sowohl das Stadion von Bari, in dem 1991 die italienische Polizei illegale albanische Einwanderer provisorisch zusammenpferchte, bevor sie sie in ihr Land zurückbeförderte, als auch das Wintervelodrom, das den Behörden von Vichy als Sammelstelle für Juden diente, bevor sie sie an die Deutschen auslieferten, wie auch das Flüchtlingslager an der Grenze zu Spanien, in dessen Umgebung 1939 Antonio Machado zu Tode kam und die *zones d'attente* auf den internationalen Flughäfen Frankreichs, in denen Ausländer zurückgehalten werden, die die Anerkennung des Flüchtlingsstatus beantragen.<sup>120</sup>

Insofern als das Lager »den politischen Raum der Moderne als solchen in entscheidender Weise prägt«,<sup>121</sup> wird es zu dem Ort, der die Krise der modernen Rechtsstaaten offenbart. In ihm wird der Zugriff des Souveräns auf das Leben und dessen Scheitern sichtbar. Das Lager wird somit auch zur »verborgenen Matrix der Politik«.<sup>122</sup> Es zeigt auf, wie der permanente Ausnahmezustand als »entortende Verortung« »jede Lebensform und jede Rechtsform« erfassen kann.<sup>123</sup> Das Lager bei Agamben ist der Raum, der das Verhältnis von Recht und Faktum in der Moderne offenbart und somit zu deren Nomos wird.<sup>124</sup>

So schafft Agamben mit der räumlichen Verortung der souveränen Herrschaft im Lager einen äußerst interessanten Zugriff auf das Recht: Hat er schon mit der Beschreibung der Ausnahmebeziehung als Bann den Wirkmechanismus der Souveränität zu den Beherrschten durch das

120 *Agamben*, Mittel ohne Zweck (2006), S. 40f.

121 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 184.

122 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 185.

123 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 185.

124 Agambens Lagerbegriff wurde einerseits aufgrund seiner Weite stark kritisiert.

Um die heterogenen Ereignisse darunter einzuordnen, müsse dieser »völlig leer und formalistisch« gefasst sein, *Marchart*, Die politische Differenz (2013), S. 228. Dagegen wird eingewendet, dass die Herausarbeitung einer »tieferliegenden Verbindung« und nicht das Gleichsetzen von Vernichtungs- und Flüchtlingslagern Agambens Ziel sei. *Karakayali*, in: Der Nomos der Moderne (2011), S. 59. Ganz grundsätzlich kommt die empirische Forschung über den Ausnahmezustand im Lager aber zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Teilweise wird von einer »potenziellen Abwesenheit des Rechts« und entsprechend einem »potenziellen Ausnahmezustand« in den Unterkünften ausgegangen, *Pieper*, Die Gegenwart der Lager (2013), S. 355. Andere empirische Studien haben ergeben, dass Geflüchtete auch unter den schwierigen Bedingungen des Lagerlebens Strukturen aufbauen können, die ihnen ein gewisses Maß an Freiheit und Selbstbestimmtheit erlauben, *McConnachie*, Governing Refugees (2014), S. 155. Zudem wird, in Abgrenzung zu Agamben, teilweise die durch die Geflüchteten in Gang gebrachte Transformation des Lagers als sozialem Raum betont, *Agier*, Managing the Undesirables (2011), S. 215f. Aus historischer Perspektive wird die Entstehung der Lager als modernes Phänomen jedoch angezweifelt, *Kramer*, in: Welt der Lager (2013), S. 16.

Recht konkret beschrieben, lässt sich dieses Verhältnis nun räumlich im Lager nachvollziehen. Die Krise, die das Andere, die Migration im Konzept territorialer Souveränität aufzeigt, so die These, lässt sich demnach im Lager lokalisieren. Agamben spannt damit den Bogen auf fulminante Art von der abstrakten Idee der Souveränität zur konkret verorteten Rechtswirklichkeit des *homo sacer* im Raum des Lagers. Damit löst sich Agambens Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* von Souveränitätskonzepten, die in rein abstrakten Logiken verharren, und taucht in die soziale Wirklichkeit moderner Souveränität ein. Sie verspricht damit nichts weniger als eine rechtssoziologische Erklärung der Wirkungsweisen des Rechts auf Migrantinnen und Migranten vor dem Hintergrund der Idee territorialer Souveränität.

## VII. Die Entzauberung der Ausnahme: Lehren und Aporien des *permanenten Ausnahmezustands* als Rechtsstaatstheorie

Die intensive Rezeption Agambens über Fachgrenzen hinweg ist entsprechend nicht verwunderlich. Mit dem *permanenten Ausnahmezustand* und dem *homo sacer* ist Agamben angetreten, die Theorie der Souveränität zu revolutionieren; ein Unterfangen, das zahlreiche Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler herausgefordert hat, sich zu ihm zu verhalten.

Debatten um Souveränität und deren Verhältnis zum Recht sind in der Rechtswissenschaft zunächst mit der Frage nach der Rolle der Verfassung als Ausdruck oder rechtlichem Rahmen des souveränen Willens verknüpft. Insofern nimmt Agamben international Einfluss auf verfassungsrechtliche Debatten zum Ausnahmezustand darüber, inwiefern sich die Ausnahme ins Recht bzw. in die Verfassung integrieren lässt oder integriert werden sollte. Interessanterweise wird er dabei teilweise als »Extralegalist« eingestuft, der den Ausnahmezustand de facto nicht ins Recht integriert wissen wolle, da dieses dadurch »verkomme«. <sup>125</sup> Im anglo-amerikanischen Raum wurde Agambens Souveränitätstheorie insbesondere in der Debatte um George W. Bushs »war on terror« nach 9/11 und der Frage nach dessen verfassungsrechtlichen Schranken rezipiert. <sup>126</sup> In ähnlicher Weise

125 *Scheppele*, in: *The Oxford Handbook of Law and Politics* (2008), S. 167; *Gross/Aoláin*, *Law in Times of Crisis* (2006), S. 170. Kiesow kritisiert Agambens Skandalisierung der Ununterscheidbarkeit von Ausnahme und Recht als Sehnsucht nach einem »unbefleckten Recht«: *Kiesow*, *Rechtsgeschichte* 2002, S. 60.

126 Auch hier stehen sich Befürworter und Gegner von Agambens Souveränitätstheorie gegenüber. Befürwortend: *Posner/Vermeule*, *The University of*

findet Agamben in deutschsprachigen Verfassungsdiskussionen Anklang, etwa in Bezug auf das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit,<sup>127</sup> das insbesondere nach der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz 2006<sup>128</sup> debattiert wurde.<sup>129</sup> Obwohl sich der ›Flirt mit der Ausnahme‹ in unterschiedlichen Strömungen wiederfindet,<sup>130</sup> findet dabei jedoch selten eine kritische Auseinandersetzung mit Agambens Theorie statt. So wird Agambens empirische Diagnose westlicher Rechtsstaaten vielfach in der Rechtswissenschaft geteilt: Im Staatsrecht im Zusammenhang mit einem möglichen »neuen Verfassungszustand«, <sup>131</sup> in der Systemtheorie aufgrund der neuen »Gefährdungen der körperlichen und seelischen Integrität durch eine verselbstständigte kommunikative Matrix«<sup>132</sup> und in der Rechtsphilosophie wegen seines Verdienstes der Sichtbarmachung der »regelmäßigen« Verwendung des Ausnahmezustands auch in demokratischen Staaten.<sup>133</sup> In der Kriminologie findet die These der Verbreitung eines permanenten Ausnahmezustands im Zuge der Ausweitung eines Sicherheitsparadigmas Anklang,<sup>134</sup> wenn auch nicht notwendigerweise durch eine direkte Bezugnahme auf

Chicago Law Review 2013, S. 1768; *Vermeule*, Harvard Law Review 2009, S. 1100; *Humphreys*, European Journal of International Law 2006, S. 677. Stark widersprechend: *Mortenson*, Michigan Law Review 2014, S. 1018.

- 127 Eine exemplarische Darstellung der Debatte findet sich bei *Di Fabio*, Neue Juristische Wochenschrift 2008.
- 128 BVerfG, UrT. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05.
- 129 *Finke*, Archiv des öffentlichen Rechts 2015, S. 514; *Volkmann*, Merkur 2008, S. 369; *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020).
- 130 Höfling nennt Agamben »diskussionsprägend«, *Höfling*, in: Handbuch der Grundrechte – Band 5: Einzelgrundrechte II (2013), § 121 Rn. 34 (Fn. 145); Klein zitiert ihn in Bezug auf die Möglichkeit eines »neuen Verfassungszustands« durch »dauerhafte Freiheitsbeschränkung«, *Klein*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung (2014), § 280 Rn. 2. Frankenberg grenzt sich stark von Agambens Ausnahmezustandstheorie ab, wobei die Grenzen zu seiner Theorie der »Normalisierung der Ausnahme« nicht immer scharf gezogen werden können, *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 145, 235. Hierzu mehr unter B 1 d. Anders *Di Fabio*, der eine genuine Kritik am Ausnahmedenken für Verfassungsfragen formuliert, *Di Fabio*, Neue Juristische Wochenschrift 2008, S. 424.
- 131 *Klein*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung (2014), § 280 Rn. 2. Vgl. für die europäische bzw. völkerrechtliche Rechtsordnung auch *Kotzur*, Archiv des Völkerrechts 2004; *Kanalan et al.*, Der Staat 2017.
- 132 *Teubner*, in: Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert (2008), S. 458.
- 133 *Kaufmann*, in: Handbuch Rechtsphilosophie (2021), S. 374.
- 134 *Prömmel*, Kriminologisches Journal 2006, S. 242; *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft (2012), S. 69. Zu Agambens Definition des

Agamben.<sup>135</sup> Teilweise erfolgen Thesen zur »Normalisierung der Ausnahme« sogar in expliziter Abgrenzung zu Agamben, folgen jedoch denselben empirischen Prämissen und Analysen eines konstanten Abbaus der Rechtsstaatlichkeit aufgrund zunehmender Ausnahmebefugnisse der Exekutive.<sup>136</sup>

Agamben nimmt also »das Andere«, die Ausnahme, in den Blick und macht sie zum Grundstein seiner Theorie. Möchte man das Recht und seine Ausnahme jedoch jenseits von (alb)traumhaften Bildern verstehen, müssen beide entzaubert werden (zum entzauberten Rechtsbegriff siehe Kapitel B III). Denn mit der Ausnahme als zentraler Analysekategorie ziehen zahlreiche eigene Aporien in Agambens Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* ein, die exemplarisch für die Suche nach dem Außen des Rechts stehen. Diese rühren zunächst vom starken Einfluss Carl Schmitts her, von dessen Ausnahmezustandstheorie sich Agamben, wie auch zahlreiche gleichgesinnte Anhänger der Ausnahme, doch nicht zu lösen vermag. Der umfassenden Kritik am Rechtspositivismus, das dieser nichts als »positivistische Gleichgültigkeit gegen jede Metaphysik«<sup>137</sup> produzieren würde, stellt Schmitt selbst eine Analyse entgegen, die auf der Entscheidung der *auctoritas interpositio* ruht – und aus metaphysischer Sicht viele Fragen offen lässt. So postuliert Schmitt, dass die Entscheidung über die Ausnahme »normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren«<sup>138</sup> sei und eine Analogie zum religiösen Wunder darstelle und offenbart damit, dass seine ganze Theorie mit dem Glauben an die Ausnahme steht und fällt.<sup>139</sup> Der größte Kritiker der Idee der »Autonomie

Sicherheitsstaats: *Pile/Fisahn*, in: *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft* (2018), S. 34ff.

135 *Legnaro/Kretschmann*, *Kriminologisches Journal* 2018, S. 204.

136 *Frankenberg*, *Staatstechnik* (2010), S. 149, 231ff.

137 *Schmitt*, *Politische Theologie* (2015), S. 54.

138 *Schmitt*, *Politische Theologie* (2015), S. 38.

139 Inwiefern sich Schmitts Ausnahmedenken rechtswissenschaftlich bewährt, bleibt umstritten. Dies zeigt sich schon exemplarisch im »Oxford Handbook of Carl Schmitt«: Meinungen reichen von Posner und Vermeule, die Schmitts Ansatz trotz mangelhaftem theoretischen Fundament für »pionierhaft« halten, da dieses auch ohne theoretische Untermauerung für sich stehen könne, *Posner/Vermeule*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016), S. 624 über Dyzenhaus, der Schmitt eine Unkenntnis liberaler Theorie vorwirft, *Dyzenhaus*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016), S. 506 bis hin zu Paulson, der Schmitts Antwort auf den Rechtspositivismus Kelsens »less than helpful« findet, *Paulson*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016), S. 519. Kaiser verweist in Bezug auf Schmitts Überschätzung der Ausnahme auf deren historische Situiertheit und warnt gleichzeitig vor der »Ästhetisierung der Ausnahme«, *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 21ff. *Schmitt* selbst bezeichnet die Ausnahme als Analogie

des Rechts«<sup>140</sup> wird so zu einem Anhänger der Autonomie der Ausnahme – mit kritikbedürftigen Konsequenzen auch für Agambens Theorie des Ausnahmezustands: Agamben will die NS-Verbrechen aufgrund der biopolitischen Mechanismen des Ausnahme-Rechts kritisieren und orientiert sich dabei an einem Konzept, das selbst für das verbrecherische NS-Recht fruchtbar gemacht wurde.<sup>141</sup> Agambens Sicht auf die Ausnahme läuft so Gefahr sich in ähnlich verschwörungstheoretischer Manier in Schmitts Überhöhung von Ausnahme-Führern im Sinne einer totalen Ablehnung aller staatlicher Maßnahmen in Ausnahmezuständen zu spiegeln, statt sich von ihr abzugrenzen.<sup>142</sup> Wie auch bei Schmitt sind die Definitionsversuche der Souveränität bei Agamben so eher deskriptiver Natur.<sup>143</sup> Auch Agambens »Denken vom Ausnahmezustand her«<sup>144</sup> verharret

zum »Wunder«, *Schmitt*, Politische Theologie (2015), S. 43. Ob ihn dies eher zum Theologen als zum Rechtswissenschaftler macht, fragt *Mehring*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016). *Mehring* bemerkt in diesem Zusammenhang in seiner deutschen Einführung zu Schmitts Werken: »Wenn es Gott nicht gibt, muss man ihn um der staatlichen Autorität willen erfinden«. *Mehring*, Carl Schmitt zur Einführung (2017), S. 29.

140 Zum Begriff »Autonomie des Rechts« siehe Kapitel B I 1.

141 So zeigte sich die normative Unterbestimmtheit der Ausnahme sowie der Person des Souveräns bei Schmitt spätestens dann, als er 1934 Hitler als den Führer und die Volksgemeinschaft zum Souverän erklärte: »Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Mißbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft. [...] In der höchsten Not bewährt sich das höchste Recht und erscheint der höchste Grad richterlich rächender Verwirklichung dieses Rechts. Alles Recht stammt aus dem Lebensrecht des Volkes. Jedes staatliche Gesetz, jedes richterliche Urteil enthält nur soviel Recht, als ihm aus dieser Quelle zufließt. Das Uebrige ist kein Recht, sondern ein ›positives Zwangsnormengeflecht‹, dessen ein geschickter Verbrecher spottet«. *Schmitt*, Deutsche Juristen-Zeitung 1934, S. 945. Insofern gehen Positionen, die Schmitts Affirmation des Führerrechts als reine Fehlinterpretation der Idee des Souveräns als römischem Diktator deuten, fehl. Vgl. *McCormick*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016), S. 288. Auch Agamben selbst hat sich mit Schmitts nationalsozialistischen Einlassungen auseinandergesetzt: *Agamben*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016).

142 Dies ließ sich etwa in Bezug auf die Corona-Pandemie beobachten, bei der Agamben alle staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie als totalitäre Ausnahmeinstrumente verdammt, *Gumbrecht*, Wenn das nackte Leben plötzlich zum höchsten Wert wird: Giorgio Agambens Reflexionen zur Corona-Zeit, *Neue Züricher Zeitung* vom 04.02.2021.

143 Geulen spricht in diesem Zusammenhang auch von einer »Apolitik der bloßen Setzung«, *Geulen*, Giorgio Agamben zur Einführung (2009), S. 76.

144 Augsberg bemerkt hierzu: »Zusammenfassend kann man daher der echten Ausnahme zwar eine erkenntnistheoretische, nicht aber eine normative

in einer empiristischen Negativität,<sup>145</sup> bei der er die Ausnahme als analytischen Kern in der Wirklichkeit vorfindet, ohne dass die zugrundeliegende Frage geklärt werden kann, wann etwas als Ausnahme vom Recht bezeichnet wird oder werden sollte. Agamben möchte die Ununterscheidbarkeit zwischen Recht und Politik, Norm und Faktum, Innen und Außen, Chaos und normaler Situation herausarbeiten und kann sich doch nicht von der Absolutheit der Ausnahme lösen (etwas ist entweder innerhalb oder außerhalb des Rechts). Statt einer expliziten Ausbuchstabilisierung dessen, was Recht ist oder sein sollte, entfaltet sich der normative Gehalt ausschließlich in einer Negativität. Bestimmt wird, was Recht bzw. der Rechtsstaat nicht ist bzw. nicht sein sollte. Das Recht oder den Rechtsstaat von der Ausnahme her zu erforschen, bedeutet so, normative Annahmen zu tätigen, ohne die dahinterstehenden Debatten zu führen. Zu diesen Annahmen gehören etwa die Reduktion des Rechts auf die Form subjektiver Rechte oder die unbedingte Notwendigkeit seiner kausalen Wirkung. Der Ausnahmezustand wird deshalb schon dann als strukturell proklamiert, wenn etwa einzelne subjektive Menschenrechte nicht vollends zu Wirkung kommen oder einzelne Ausnahmezustände ausgerufen werden.<sup>146</sup> Der moderne Traum der normativen Autonomie des Rechts bleibt aber unberührt.

Dies hängt sicherlich auch mit Agambens starrem Rechtsgeltungsbegriff zusammen, der aufgrund der Dichotomie von Ausnahme und Norm keine wirkliche Vermittlung von Faktizität und Normativität leisten kann. Agambens Rekurs auf Kant will sich zwar von Kants formellem Gesetzesbegriff lösen, verbleibt jedoch mit der Ausnahme als Spiegel des Rechts in derselben positivistischen Perspektive auf das Recht und seines Außens verhaftet.<sup>147</sup> So erscheint die Abgrenzung zu Kant sowie klassisch rechtspositivistischen Rechtsgeltungstheorien insofern schwammig, als Agamben die Möglichkeit eines vollständigen Auseinanderfallens von Norm und Faktizität im Ausnahmezustand eröffnet. Spätestens hier wird offensichtlich, dass Agambens Rechtsgeltungsbegriff nicht haarscharf von der »normativen Geltungsbegründung« Kelsens zu trennen ist. Denn mit der Loslösung des Rechts von dessen Anwendung im Ausnahmezustand

Funktion zuerkennen«. *Augsberg*, in: *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, 48. Assistententagung Öffentliches Recht 2008 (2009), S. 33. Finke entwickelt einen Begriff der Ausnahme, der auf der Annahme basiert, »dass der Begriff der Ausnahme für sich genommen inhaltsleer ist«. *Finke*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2015, S. 517.

145 Siehe hierzu auch Marchart, der Agambens Theorie von Adornos negativer Dialektik abgrenzt: *Marchart*, *Die politische Differenz* (2013), S. 225.

146 So auch bei *Heller*, *Mensch und Maßnahme* (2018).

147 Anderer Meinung Brunhöber, die seine Theorie als Kritik an der »aufklärerische[n] Hoffnung der Gerechtigkeit durch Universalisierung« liest, *Brunhöber*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008, S. 123.

verwendet Agamben selbst einen Rechtsgeltungsbegriff, der von der tatsächlichen Anwendung (dem Sein) losgelöst werden kann und lediglich in der Sphäre des Normativen (dem Sollen) verbleibt. Bei einem solchen Rechtsgeltungsbegriff muss die Faktizität als Ausnahme markiert werden. Lesarten Agambens, die ihn als Gegner einer »dichotomischen Semantik«<sup>148</sup> des Rechts sehen wollen,<sup>149</sup> verkennen insofern, dass seine Konzeption des Ausnahmezustands als Raum des Anomischen zunächst auf dem Auseinanderfallen von Norm und Faktum und der Lokalisierung eines letzten unberührten Rests aufbaut, selbst wenn Agamben in einem zweiten Schritt deren Ununterscheidbarkeit<sup>150</sup> im Ausnahmezustand betont.<sup>151</sup> Agamben hatte sich bereits im Zusammenhang mit seiner Souveränitätsdefinition in einen Streit über den (nicht-)soziologischen Begriff des Rechts eingeschrieben und knüpfte an Schmitts Konzept des Ausnahmezustands an, das Kelsens Ablehnung des Faktischen im Recht kritisieren sollte. Das Konzept der Gesetzeskraft zeigt jedoch, dass er es selbst versäumt, das Faktische zu untersuchen. Stattdessen arbeitet er mit einem formellen Rechtsbegriff, der den Einfluss der sozialen Wirklichkeit ins Recht bzw. die Rechtsgeltung ausblendet. Die Faktizität des Rechts wird mithilfe des Begriffes der »Gesetzeskraft« dem Recht im Sinne einer Formanalyse gegenüber gestellt.<sup>152</sup> Die Untersuchung des Faktischen des Rechts ohne die Einbeziehung (rechts)soziologischer Perspektiven auf bestehende Rechtsgeltungstheorien wirkt jedoch wirklichkeitsfern und bleibt dem Blick auf staatliche Herrschaft verhaftet. Sie folgt außerdem einem

148 *Steinhauer*, in: *Neue Theorien des Rechts* (2006), S. 201.

149 *Watkin*, *Agamben and Indifference* (2013); *Brunhöber*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008; *Geulen*, *Giorgio Agamben zur Einführung* (2009); *Mills*, *The Philosophy of Agamben* (2008); *Teubner*, *German Law Journal* 2013.

150 *Watkin*, *Agamben and Indifference* (2013).

151 Er selbst spricht von einer »unmöglichen Vereinigung von Norm und Wirklichkeit« im Ausnahmezustand. Dass er zwei Sätze später auf das Motiv der »Schwelle« zurückkommt, wirkt in diesem Zusammenhang widersprüchlich, *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 51. Menke meint zu Agambens Rechtsbegriff, dass die souveräne Suspension des Rechts Norm und Faktum vermische, aber sie dennoch so lasse »wie sie sind«, *Menke*, *Kritik der Rechte* (2015), S. 162. Analog hierzu kann auch Marcharts Kritik an Agamben gelesen werden, der ihm im Zusammenhang mit seinem Politik-Begriff eine Differenz-Politik bzw. Sehnsucht nach der reinen Politik vorwirft, *Marchart*, *Die politische Differenz* (2013), S. 237.

152 Die mangelnde Untersuchung des Faktischen zeigt sich ebenfalls in Agambens Reduktion des Faktischen auf die Rechtsanwendungsnormen. Denn das Prozessrecht beweise bereits, dass die Anwendung der Norm keinesfalls in der Norm enthalten sei. Dass das Prozessrecht selbst der »Anwendung« bedarf, bleibt außer Acht, *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 51.

Rechtsverständnis, das die Transformation der Normativität des Rechts nicht erkennen kann, sondern lediglich seine Ausnahmen zu beschreiben vermag und so die Komplexitäten des Rechts brachial auf die Dichotomie von Recht und Ausnahme reduziert. Agambens Rechtstheorie des *permanenten Ausnahmezustands* lässt damit einen fundamentalen Teil der Rechtswirklichkeit (nämlich deren Transformationsprozesse) außer Acht.

Schließlich mangelt es Agamben mit der Figur des *homo sacer* an einem Konzept von Rechtssubjektivität, das die Ambivalenzen des Verhältnisses des Individuums zum Recht darstellen kann. Fast nebenbei beinhaltet die Analyse des zur Passivität verdammteten *homo sacer* eine allgemeine Absage an Subjektivität als Möglichkeit zum Entscheiden und erst recht eine Absage an einen anderen Begriff der Rechtssubjektivität, der sich nicht in der Idee radikaler Autonomie erschöpft. Der Theorie des *homo sacer* mangelt es aber nicht nur an der Fähigkeit, Möglichkeiten des Einzelnen zur Befreiung aus der souveränen Herrschaft zu denken.<sup>153</sup> Es fehlt auch an einem Verständnis dafür, wie Recht Individuen subjektiviert und welche Grenzen individueller Emanzipation innerhalb und außerhalb der Rechtsform bestehen bleiben. Agambens Theorie kennt nur den *homo sacer*, ein zur Passivität verdammtes Rechtsobjekt, und utopische Individuen, die »mit dem Recht spielen«<sup>154</sup> und ihm in absoluter Autonomie gegenüber treten. In beiden Fällen bleibt das Individuum gewissermaßen außerhalb des Rechts. Kritiken an der Idee der Freiheit oder Autonomie im Recht, etwa von der feministischen Rechtswissenschaft, die eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Grundbegriffen des liberalen Rechtsstaats fordert,<sup>155</sup> bis hin zu marxistischen Analysen, die der Rechtsform an sich begrenzte Emanzipationsmöglichkeiten des Individuums zusprechen,<sup>156</sup> müssen aufgrund der Negativität der Ausnahme ausgeblendet werden. Agambens Theorie des nicht-normierten Subjekts offenbart demnach Fallstricke bei der Suche nach dem Anderen: Die Subjekte sind in Dichotomien von Normierung und Nicht-Normierung unterteilt, die Normierung selbst scheint stark repressiv und die grundsätzlichen Abhängigkeiten der Subjekte vom durchweg negativ behafteten Recht werden unsichtbar.

- 153 Versuche einer Neuinterpretation der Menschenrechte mit Agamben jenseits souveräner Biopolitik, die eine potenzielle Handlungsmacht durch die Menschenrechte als das »nicht-ontologische Primat des Anderen« retten wollen, wirken mit Blick auf die fatale Ohnmacht des *homo sacer* eher hoffnungslos, vgl. *Lechte/Newman*, *Agamben and the Politics of Human Rights* (2013), S. 179.
- 154 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 77.
- 155 *Baer/Sacksofsky*, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 17.
- 156 *Buckel*, *Subjektivierung und Kohäsion* (2007), S. 312ff.

## VIII. Aus dem Traum in die Wirklichkeit: Transformationen des Rechts

Die Frage nach dem Verhältnis von Faktizität und Normativität im Recht bleibt so bestehen und drängt sich insbesondere vor dem Hintergrund des Verhältnisses der Autonomie von Migrationsbewegungen zur Normativität territorialer Souveränität auf. Kann das Recht in diesem Zusammenhang tatsächlich lediglich souveräne Herrschaft reproduzieren? Wenn sowohl Normativität als auch Faktizität in ihrer Dialektik eine fundamentale Rolle für das Recht spielen, gibt es einen Weg, das Verhältnis des Rechts zu seinem Außen auf der Ebene des Staats sowie der Subjektivierung jenseits der Ausnahme zu verstehen?

Die Suche nach dem Anderen des Rechts, so zeigt Agambens Theorie, verengt die Wahrnehmung der Rechtswirklichkeit. Wer die Faktizität des Rechts und damit die Rechtswirklichkeit beleuchten will, kann nicht bei der abstrakten Analyse der Ausnahme stehenbleiben. Der Suche nach dem Anderen des Rechts liegt zunächst die Idee zugrunde, dass das Außerhalb der Normierung, gerade weil es ausgesondert wird, nicht von ihr profitiert und damit der Reproduktion von Herrschaft widersteht. Während dabei Hardt und Negri das Außerhalb rechtlicher Herrschaft etwa in abstrakter Faktizität, das heißt der Immanenz der »Multitude« lokalisieren, wird sie bei Agamben und Balibar in konkreten (Nicht-)Subjekten, wie etwa Geflüchteten bzw. Staatenlosen gefunden. Agambens Theorie zeigt hier exemplarisch, dass mit dem Fokus auf die Ausnahme zwar einerseits Dichotomien eingerissen werden sollen; andererseits steht und fällt die Ausnahme selbst aber mit der Idee eines »Anderen« oder »nackten Lebens«, dem jegliche Handlungsmacht abgesprochen wird. Hier werden in Bezug auf den letzten lokalisierbaren Punkt des Außerhalb des Rechts dann doch scharfe Grenzen von Innen und Außen gezogen, die zuweilen stark essentialistisch anmuten (hierzu mehr in Kapitel B III). Eine ganze Reihe aktueller Rechtsphilosophen folgt in ähnlicher Weise einer Formanalyse des Rechts in der Dichotomie von Berechtigung und Entrechtung als primärem Erklärungsmodell. Analysiert wird dann, wer be- und wer entrechtigt ist, nicht aber, wozu etwa berechtigt wird.<sup>157</sup> Dies führt teilweise zu Theorien, die zwar den Ursprung der Rechtsform in ökonomischen *Strukturen* verorten, aber wie Agamben zu einer *individualistischen* Lösung kommen, bei dem sich Individuen in Verweigerung der Instrumentalisierung des Rechts entziehen sollen und das Recht damit »entsetzen«. Nicht selten gehen diese Positionen mit einem expliziten oder impliziten anarchischen Impetus einher. Oftmals, das wird im Verlauf des Buches gezeigt, entwickeln sie außerdem Rechtskonzepte, die sich denkbar weit von

157 Aktuell: Heller, Mensch und Maßnahme (2018); Loick, Kritische Justiz 2021.

der Rechtswirklichkeit entfernen: Die emanzipatorischen Denkfiguren des Anderen, mit denen sie angetreten sind, das Andere in eine *utopische* Version des Rechts zu integrieren, werden für die *Gegenwart* ins Außerhalb des Rechts verdrängt. Diese Denkbewegungen bleiben in der Gegenwart also einem schematischen Anderen verhaftet und können die komplexen (Subjektivierungs-)Prozesse und das untrennbare Verhältnis von Faktizität und Normativität in der Rechtswirklichkeit nicht fassen. Sie reproduzieren damit auf eine fast schon ästhetisierende Art<sup>158</sup> Rechtsbilder, die die Ohnmacht bzw. den Heroismus der etwa in den Staatenlosen lokalisierten Anderen affirmieren und gleichzeitig resignierend wirken.<sup>159</sup> Indem sie ihre Kritik mit Blick auf den Traum eines ganz anderen Rechts für die ferne Zukunft postulieren, bewegen sie sich zudem in sicherer Distanz zum aktuellen Rechtsgeschehen.<sup>160</sup>

Die vorliegende Studie ist das Unterfangen, genau das nicht zu tun. Sie stürzt sich rechtstheoretisch informiert in eben jene Widersprüche und Komplexitäten der Rechtswirklichkeit des deutschen Rechtsstaats und seines Umgangs mit Migrantinnen und Migranten im Lager. Dabei will sie zunächst den Rechtsbegriff selbst schärfen: Was ist eigentlich gemeint, wenn von »dem Recht« die Rede ist? Sie untersucht hierzu zunächst verschiedene (Alb)Träume über das moderne Recht und die Gefahr der Ausnahme. Im Laufe der Untersuchung entwickelt sie dann einen Rechtsbegriff, der mehr in Prozessen als Kategorien denkt. Das

158 Ein solcher mystischer Anklang lässt sich etwa in Benedict Vischers Beschreibung des Anderen des Rechts finden: »Die der Semantik und Form des Rechts eingeschriebene Fremdheit bezeugt den uneinholbaren Anspruch eines Anderen jenseits der Gewissheiten unseres individuellen und kollektiven Bewusstseins«. *Vischer, Die Fremdheit des Rechts: Aufzeichnungen eines fragilen Versprechens* (2021), S. 26.

159 Dies sollte spätestens dann zu denken geben, wenn etwa zur Begründung abolitionistischer Theorien sämtliche Bewohnerinnen und Bewohner des Lagers Moria mit allen ihren Ambitionen und autonomen Migrationsbegehren als »lebende Tote« bezeichnet werden, deren einzige Rettung die Abschaffung des Staats und die Etablierung von autonomen Rechtssubjekten sei, die sich der Unterwerfung des Rechts widersetzen. Die komplexe Lage der Migrantinnen und Migranten, die neben sehr wohl bestehenden rechtlichen Kämpfen ebenfalls eine Vulnerabilität und Abhängigkeit von staatlicher Versorgung beinhaltet, wird hier zynisch in den »Todeswelten« Morias begraben, *Loick, Kritische Justiz* 2021, S. 358 ff.

160 Dies lässt sich etwa in der jüngst erschienenen Abhandlung Jonas Hellers zum Ausnahmezustand und Menschenrechten nachvollziehen, bei der aus der simplen Tatsache, dass Menschenrechte nicht immer überall (faktisch) durchgesetzt werden und politische Ausnahmezustände auch in den letzten Jahren postuliert wurden, eine ganze Theorie der Verknüpfung des Ausnahmezustands mit Menschenrechten entwickelt wird: *Heller, Mensch und Maßnahme* (2018).

moderne Recht wird dabei – in Abgrenzung zum Traum der Autonomie des Rechts – zunächst als herrschaftsproduzierende und –destabilisierende, das heißt reflexive, Form positioniert (Kapitel B I). Ihre Besonderheit ist es, stets auf ihr faktisches Außen verweisen zu müssen und von ihm transformiert werden zu können. In einem zweiten Schritt beleuchtet die Studie den Albtraum der Ausnahme des Rechts als rechtloser Willkür. Als soziale Norm wird das Recht in eine Dialektik von Normativität und Faktizität gesetzt, bei der die Möglichkeit der Nicht-Anwendung des Rechts und der Devianz zum Recht als alltäglicher Bestandteil des Rechts etabliert wird (Kapitel B II). Die Einsichten in das Recht als soziale Norm wenden sich auch gegen einen staatszentrierten Rechtsbegriff, ohne die Herrschaft des Rechts zu verleugnen. Schließlich entwickelt sie einen entzauberten und damit komplexeren Rechtsbegriff. Die Subjektivierung durch das Recht wird im Sinne einer feministischen intersektionalen Rechtstheorie nicht lediglich als kategorialer Status der Berechtigung oder Entrechtung begriffen, sondern auch als steter, kontingenter Prozess, von dessen Wirksamkeit alle Individuen abhängig sind. Subjektivierungsprozesse durch das Recht spiegeln so zunächst unser aller *Prekär-Sein* wider, auch wenn die Ungleichheit produzierenden *Prekarisierungen* durch das Recht unterschiedliche Individuen unterschiedlich stark treffen (Kapitel B III). Agambens albraumhafte Bilder des modernen Rechts werden dabei teilweise in den untersuchten Theorien explizit aufgegriffen, teilweise schimmern sie implizit durch sie hindurch und machen sichtbar, dass Agambens brachialer Umgang mit dem Recht (auch in der Wissenschaft) einen Nerv zu treffen scheint.

Vor dem Hintergrund dieser Analyse widmet sich die Studie der Rechtswirklichkeit der Flüchtlingslager in Deutschland und macht damit die Komplexität des Verhältnisses von rechtlichen Regelungen und ihrer Anwendung sowie dessen, was unter »dem Recht« verstanden werden kann, sichtbar. Sie analysiert nach einem kurzen rechtsgeschichtlichen Abriss der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland (Kapitel C I) die Rationalitäten der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung und deren räumliche Konstruktionen (Kapitel C II). Sie zeigt sodann die unterschiedlichen Modi auf, in denen die Behörden das Recht im Umgang mit den Lagern anwenden und den Raum der Flüchtlingsunterbringung gestalten, und analysiert die in ihnen stattfindenden Subjektivierungsprozesse anhand der Erfahrungen der Bewohnenden der Unterkünfte sowie verschiedener Rechtsaktivistinnen und -aktivisten rund um die deutschen Lager (Kapitel C III und IV). Zahlreiche Ausschnitte der für diese Studie durchgeführten Interviews untermauern hierbei die Analyseergebnisse. Weder der Traum der Autonomie der Normativität des Rechts noch der Albtraum einer rechtlosen Willkür durch institutionelle Herrschaft werden dabei als gänzlich »falsch« verworfen. Sichtbar wird hingegen die komplexe Aufgabe des Rechts: Es muss sich zugleich

autonom zu seinem Außen fingieren und ist doch in ständiger Beeinflussung durch sein Außerhalb sowie durch die Varianzen in seiner Anwendung Prozessen der Transformation ausgesetzt. Diese Komplexität, so die These, ist Fluch und Segen des Rechts sowie der Möglichkeiten einer vom Recht ausgehenden Handlungsmacht zugleich. Das Recht der Rechtswirklichkeit, so wird die empirische Forschung der Studie zeigen, darf in seinen Herrschaftsmechanismen nicht unterschätzt werden. Es darf aber auch nicht als totalitäres System verstanden werden, das die Gesellschaft in Bann schlägt und keinerlei Möglichkeiten eines selbstbestimmten Umgangs mit ihm offenlässt. Vielmehr birgt die Idee einer durchgreifenden Verrechtlichung gesellschaftlicher Belange, ein Recht also ohne Ausnahmen, totalitäre Gefahren. Die Studie ist insofern zugleich kritisch und hoffnungsvoll. Sie dokumentiert für den Forschungszeitraum von 2015 bis 2023 das Leid, das die rechtliche Rationalität der territorialen Souveränität im Lager, beispielsweise in Bezug auf die Corona-Pandemie, produziert. Gleichzeitig wirft sie aber auch einen Blick auf Verweigerungs- und Organisationsmomente der Bewohnenden der Lager sowie die zahlreichen vielschichtigen Handlungen unterschiedlicher Akteure und insbesondere der Aktivisten im und gegen das Recht. Die Akteure, so wird gezeigt, bewegen sich dabei in einem komplexen Netz rechtlicher Rationalitäten, das von Kollisionen und Paradoxien durchzogen ist. Vor dem Hintergrund dieser komplexen Rechtswirklichkeit hofft das vorliegende Buch einen Beitrag zu den gegenwärtigen rechtspolitischen Debatten über den Ausnahmezustand und das deutsche Migrationsregime zu leisten, um nicht zuletzt wichtige Impulse aufgreifen und theoretische und praktische Fehlentwicklungen kritisch kommentieren zu können.

## B. Auf dem Weg in die Rechtswirklichkeit: Die Rechtsform als Transformation

### I. Der moderne Traum von der Autonomie des Rechts

In der Auseinandersetzung mit Agambens Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* wird eine Rechtsstaatstheorie sichtbar, in deren Zentrum der allmächtige Souverän dem von Ohnmacht geprägten *homo sacer* gegenübersteht. Agamben beschreibt moderne Rechtsstaaten demnach insofern als problematisch, als sie ihr Versprechen auf individuelle Freiheit durch das Recht selbst verunmöglichen müssen und ins Gegenteil verkehren. Menschenrechten spricht Agamben die oppositionelle Rolle zum Staat ab und versteht sie als Katalysatoren der biopolitischen Souveränität.

Mit der Frage nach dem Wirken der Souveränität rückt damit die Frage nach dem Wirken rechtsstaatlicher Herrschaft in den Vordergrund. Zwischen einem Souveränitätsbegriff, der in der Entscheidung des Souveräns die Faktizität priorisiert und einer normativen Theorie eines autonomen Rechts, das die Frage nach der Souveränität nicht stellen kann, versucht Agamben einen Mittelweg zu finden: Souveränität, verstanden nach Agamben, ist »weder ein ausschließlich politischer noch ein ausschließlich juridischer Begriff, weder eine dem Gesetz äußerliche Potenz (Schmitt) noch die höchste Norm der Rechtsordnung (Kelsen): Sie ist die originäre Struktur, in der sich das Gesetz auf das Leben bezieht und durch die eigene Aufhebung in sich einschließt.«<sup>1</sup> Recht wird so zum Bestandteil eines transzendenten und absoluten Souveränitätsbegriffs. Dieser Mystifizierung in Agambens Herrschaftsverständnis<sup>2</sup> lässt sich entgegenhalten, dass auf diese Weise das Narrativ einer Souveränitätsidee und ihr Wirken in rechtlichen Normen und rechtlichen Institutionen<sup>3</sup> nicht durch ihre Sichtbarmachung aufgedeckt und dekonstruiert,

1 *Agamben, Homo sacer* (2002), S. 39.

2 Dabei wirft Agamben der zwei-Körper-Lehre von Kantorowicz vom ›body natural‹ und ›body politic‹ vor, »den ›absoluten Charakter der souveränen Macht‹ – im Unterschied namentlich zu Carl Schmitts politischer Theologie – übergangen und stattdessen mittels seiner eigenen christologisch fundierten Körperlehre den ›harmloseren Aspekt‹ der institutionellen Kontinuität herausgestellt« zu haben, *Pauly*, in: *Staat und Historie* (2021), S. 324. Agamben entwickelt demnach »eine kritisierbare Genealogie integraler Körper«, bei der »die Immanenz des Politischen im Körper [...] zentral um die Souveränität« kreist, *Pauly*, in: *Staat und Historie* (2021), S. 354.

3 »Mythen gehen ein in die soziale Wirklichkeit, etablieren Normen, Organisationsstrukturen sowie Selbstverständnisse und gestalten auf diese Weise

sondern vielmehr affirmierend vorangetrieben wird. Der Prozess der Rationalisierung von Herrschaft in modernen Rechtsstaaten wird ausgeblendet. Ganz explizit grenzt sich Agamben in diesem Zuge von Habermas ab, der die Spannung zwischen Faktizität und Geltung des Rechts im modernen Rechtsstaat, die aus dessen Rationalisierung entsteht, nicht in einem transzendenten Souverän, sondern in der Theorie der kommunikativen Vernunft zu integrieren sucht. So scheitert die Idee kommunikativer Vernunft allein schon aufgrund der Sprachlosigkeit des *homo sacer*.<sup>4</sup> Die Substantialisierung der allmächtigen und willkürlichen Souveränität spiegelt sich dabei in der sprachlosen, irrationalen Substanz des *homo sacer* (dazu mehr unter Kapitel B III). Inwiefern ist diese Erzählung mystifizierter Herrschaft und deren Verknüpfung mit dem Recht schlüssig? Und welche Rolle spielt hier das moderne Ideal der Autonomie des Rechts? Im Folgenden sollen drei Problemanalysen moderner Rechtsstaatlichkeit in den Blick genommen werden, die sich explizit von Agambens Theorie des permanenten Ausnahmezustands abgrenzen und über die Prämissen seiner Rechtsstaatstheorie hinausweisen, indem sie eigene Erklärungen zu rechtsstaatlichen Krisen anbieten. All drei korrigieren sie den modernen Traum der Autonomie des Rechts bzw. der Autonomie subjektiver Rechte. Insofern wird zunächst auf Souveränität im Spannungsfeld von staatlicher Herrschaft und der Autonomie des Rechts eingegangen. In einem zweiten Schritt wird die formal-rechtliche Rechtsform als Herrschaftsform beleuchtet, um zum Schluss zur Reflexivität von rechtsstaatlicher Herrschaft zu gelangen.

## I. Ausnahmezustand als Krise der Autonomie des Rechts

Agamben startet seine Analyse des permanenten Ausnahmezustands bei der Debatte zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen im Weimarer Methodenstreit, den er trotz des gewählten »Mittelwegs« mystifizierend

nachhaltig die politische Ordnung«, *Pauly*, in: Staat und Historie (2021), S. 346f.

- 4 Während Agamben den sprachlosen *homo sacer* zudem als Inbegriff der Vermischung von Politischem und Heiligem konzipiert, weist Jürgen Habermas in Anlehnung an Emile Durkheim gerade auf die Versprachlichung des Sakralen im Zuge gesellschaftlicher Rationalisierung hin: »Wenn man diese Umstellung des Staates auf säkularisierte Grundlagen der Legitimation als Hintergrund berücksichtigt, legt die Entwicklung des Vertrags vom rituellen Formalismus zum wichtigsten Instrument bürgerlichen Privatrechts die Idee einer Versprachlichung, einer kommunikativen Verflüssigung des religiösen Grundkonsenses nahe«. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Band II (2019), S. 126.

wendet. Demgegenüber haben rechtssoziologische Analysen in Anschluss an Max Weber<sup>5</sup> die »Entzauberung der Welt« und die gesellschaftliche Rationalisierung hervorgehoben, der sowohl eine Rationalisierung souveräner Herrschaft in Form eines vertragsrechtlichen Naturrechts<sup>6</sup> als auch eine Rationalisierung und Ausdifferenzierung der konkreten Ausgestaltung rechtlicher Herrschaft in modernen Rechtsstaaten zugrunde liegt.<sup>7</sup> Die Epoche der Moderne<sup>8</sup> kann so zunächst als ein Prozess des

- 5 Der Begriff der rationalen Herrschaft geht auf die Herrschaftssoziologie Max Webers zurück, der die »legale Herrschaft als die rationale Herrschaftsform, im Gegensatz zur traditionellen und zur charismatischen Herrschaft« beschrieb, *Raiser*, Beiträge zur Rechtssoziologie (2011), S. 83. Modernes Recht ist nach Weber demnach durch seinen Formalismus geprägt: »Die allgemeine Entwicklung des Rechts und des Rechtsgangs führt, in theoretische ›Entwicklungsstufen‹ gegliedert, von der charismatischen Rechtsoffenbarung durch ›Rechtspropheten‹ zur empirischen Rechtsschöpfung und Rechtsfindung durch ›Rechtshonoratioren‹ [...] weiter zur Rechtsoktroyierung durch weltliches *imperium* und theokratische Gewalten und endlich zur systematischen Rechtssatzung und zur fachmäßigen auf Grund literarischer und formal logischer Schulung sich vollziehenden ›Rechtspflege‹ durch ›Rechtsgebildete‹ (Fachjuristen)«. Weber, Rechtssoziologie (1967), S. 330. Webers Rationalisierungsanalyse bildete den theoretischen Boden zahlreicher herrschaftskritischer Analysen des modernen Rechtsstaats, vgl. für die auf Weber aufbauenden Theorien Franz Neumanns und Max Horkheimers sowie Theodor W. Adornos: *Fisahn*, Eine kritische Theorie des Rechts (1995), S. 23ff.; *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Band I (2019), S. 455ff.
- 6 »Wir können das rationale Naturrecht in seinen verschiedenen Versionen von Locke und Hobbes über Rousseau und Kant bis Hegel als einen theoretischen Rahmen für Versuche der Begründung rechtlich organisierter Staats- und Gesellschaftsverfassungen verstehen. Dieses Vernunftrecht knüpft, wie Weber feststellt, die Legitimität des positiven Rechts an formale Bedingungen: ›Alles legitime Recht beruht auf Satzung, und Satzung ihrerseits letztlich immer auf rationaler Vereinbarung‹«. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Band I (2019), S. 356.
- 7 *Fisahn*, Herrschaft im Wandel. Überlegungen zu einer kritischen Theorie des Staates (2008), S. 173ff.
- 8 Die Epoche der Moderne dabei allein begrifflich abzugrenzen ist schwierig. Vielfach wird jedoch auf verschiedene veränderte gesellschaftliche Strukturmerkmale im Anschluss an die Zeit der Aufklärung verwiesen. Hierzu zählen etwa ein verändertes lineares Zeitlichkeitsverständnis, dass mit einer erlebten Beschleunigung bzw. mit der Idee des »Fortschritts« und Kontingenz überhaupt einhergeht, siehe hierzu *Gumbrecht*, in: Geschichtliche Grundbegriffe (2004), S. 101ff.; *Koselleck*, in: Geschichtliche Grundbegriffe (2004), S. 371ff.; *Schauer*, Mensch ohne Welt (2023), S. 64ff.; *Rosa*, Beschleunigung (2016). Anthony Giddens bezeichnet die Loslösung des Verständnisses von Zeit und Raum von personalen Beziehungen in der Moderne dabei

»doing generality« verstanden werden: »Indem moderne Praktiken die soziale Welt rationalisieren, versuchen sie, ihr allgemeine Formen aufzupressen und sie in Richtung der allgemeinen Formen zu gestalten.«<sup>9</sup> Zu diesen allgemeinen Formen gehört auch das Recht. Die von Agamben referierte Theorie der Autonomie des Rechts von Kelsen steht gerade exemplarisch für die Rationalisierung und Formalisierung des Rechts im modernen Rechtsstaat,<sup>10</sup> die ihre Spuren in der starken Bezugnahme aktueller deutscher Verfassungs- bzw. Staatsrechtsdebatten<sup>11</sup> auf den

als Prozess des »Disembedding«: »By disembedding I mean the ›lifting out‹ of social relations from local contexts of interaction and their restructuring across indefinite spans of time-space«. *Giddens, The Consequences of Modernity* (1990), S. 21 ff. Darüber hinaus wird die spezifisch moderne Reflexivität auf die historische Epoche selbst hervorgehoben, *Habermas, Der philosophische Diskurs der Moderne* (2022). Die schiere Vielzahl der Phänomene, die durch den Begriff der Moderne gefasst werden sollen, hat auch dazu geführt statt von »der Moderne« von »Modernen« oder »multiple modernities« zu reden, vgl. hierzu *Knöbl, Die Kontingenz der Moderne* (2007). Edward Said betont vor dem Hintergrund eines modernen Imperialismus und mit Hinblick auf die globale Vielzahl von Modernen, dass diese nicht voneinander getrennt werden könnten und spricht insofern von »entangled histories, intertwined territories«, *Said, Culture & Imperialism* (1994).

9 *Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten* (2017), S. 29.

10 Dass die Formalisierung des deutschen Staatsrechts maßgeblich im 19. Jahrhundert durch die Methodenlehren Gerbers und Labands geprägt wurde, lässt sich bei *Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus* (1993) nachlesen. Kelsen wurde entsprechend von den Weimarer Staatsrechtlern trotz seiner mangelnden Bezugnahme auf die »Gründer« des positivistischen Staatsrechts als deren »Nachfolger und Vollender« gesehen, »teils mit dem polemischen Zusatz, er habe das Projekt einer entpolitisierten Staatslehre endgültig ad absurdum geführt«, *Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus* (1993), S. 30. Als Vertreter der »Eigengesetzlichkeit« des formal-rationalen Rechts wird Kelsen auch in marxistischen Theorien rezipiert, siehe *Buckel, Subjektivierung und Kohäsion* (2007), S. 145f.

11 Ob oder wie sich Staat und Verfassung voneinander trennen lassen, ist umstritten. Zu den Debatten über die Unterscheidung von Staat und Verfassung in der deutschen Rechtswissenschaft siehe *Möllers, Staat als Argument* (2011). Dabei finden sich in der deutschen Rechtswissenschaft einerseits Positionen, die auf ein Substrat des Staats über die rechtliche Normativität hinaus verweisen, und die den Staat als Fundament der Verfassung verstehen: »Die Staatlichkeit weist aber über das Normative hinaus. So mag es denn einer rechtswissenschaftlichen Disziplin als entbehrlich, wenn nicht gar verfänglich erscheinen, sich ihr zuzuwenden. Dennoch ist Verfassung nicht zu verstehen ohne Staat. Dieser ist ihr Gegenstand und ihre Voraussetzung. In ihm erreicht sie Geltung und Wirklichkeit«. Sichtbar wird hier die Sorge vor einem »Staatsrecht ohne Staat. Staat ist nunmehr kein Argument. Staatsrecht reduziert sich auf Verfassungsrecht«,

Methodenstreit hinterlässt.<sup>12</sup> Vor diesem Hintergrund muss der Ausnahmezustand als ein modernes Problem verstanden werden, das gerade erst mit der Rationalisierung des Verfassungsrechts sowie rechtsstaatlicher Herrschaft »formulierbar« wird.<sup>13</sup> Erst mit der Entstehung des Ideals einer rational formalen Herrschaft durch das Recht (bzw. die Verfassung) wird dessen Ausnahme zur Gefahr. Wie gehen also aktuelle Debatten im Verfassungsrecht mit dem modernen ›Problem‹ der Ausnahme um? Und was lässt sich daraus über die Herrschaftsrationalisierung im Rechtsstaat lernen?

Beiträge zur Frage nach dem Vorliegen oder der Funktion des Ausnahmezustands finden sich in einer Reihe von Themen der deutschen Rechtswissenschaft: Sie treten nach wie vor prominent in Debatten zum Verhältnis von Sicherheit und Freiheit hervor, bei denen zum Teil einem

*Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts – Band 2: Verfassungsstaat (2004), § 15 Rn. 1, 6. Dem gegenüber stehen Ansichten, die den Staat »von der Verfassung her« denken – *Michael*, in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (2022), S. 125f. – und die die Entwicklung des deutschen Staats in seiner Funktion zur rechtlichen Eingrenzung der monarchistischen Exekutive sichtbar machen, *Huber*, in: Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive (2021), § 6 Rn. 7f. Der sich entwickelnde deutsche Staat ist in dieser Hinsicht schon immer Rechts- bzw. Verfassungsstaat, Recht konstruiert Staatlichkeit und Verfassungsrecht ist dann (sofern es materiell nicht nur als Recht des Verfassungstextes verstanden wird) Staatsrecht: *Münch*, Grundbegriffe des Staatsrechts (1979), S. 17. Siehe auch *Möllers*, Staat als Argument (2011), S. 429; *Herdegen*, in: Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive (2021), § 1 Rn. 95ff. Ganz deutlich werden diese unterschiedlichen Positionen auch in der Debatte um den Ausnahmezustand, wenn etwa der Ausnahmezustand als nicht kodifizierbare Krise der Verfassung und damit die Stunde des Staates proklamiert wird (siehe Kapitel B, Fn. 14, 15).

12 *Möllers*, Der vermisste Leviathan (2008), S. 97; *Möllers*, Staat als Argument (2011), S. 9.

13 »Der Ausnahmezustand kann nur richtig verstanden werden, wenn man ihn als Antwort auf das Problem versteht, was mit den in der Verfassung gewährten Freiheitsrechten und den organisationsrechtlichen Regelungen geschehen soll, wenn es zu Krieg oder Aufruhr kommt. [...] Erst mit dem Verfassungsstaat ist daher das Problem des Ausnahmezustands formulierbar. [...] Damit bleibt festzuhalten: Der Terminus Ausnahmezustand ist nicht zu verstehen als ›Inbegriff rechtlicher Regelungen, mit denen eine außerordentliche Situation gemeistert werden sollte‹. Eine solche Definition ist viel zu unspezifisch und vermag auch nicht den Einschnitt zu erklären, der in der Tat mit der Französischen Revolution eintrat. Vielmehr geht es um die Entdeckung von Krieg und Aufruhr als Verfassungsproblem. Hierfür wurde der Begriff des Ausnahmezustands geprägt« *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 52f. Siehe hierzu auch *Boldt*, in: Geschichtliche Grundbegriffe (2004).

»realitätsvergessene[n] Legalismus«<sup>14</sup> oder dem »Schönwetter-Rechtsstaat«<sup>15</sup> die Anerkennung eines übergesetzlichen Notrechts zur Gefahrenabwehr gegen terroristische Angriffe entgegengesetzt wird.<sup>16</sup> Sie reichen aber auch von der europäischen Finanz-<sup>17</sup> und Brexitkrise<sup>18</sup> über die ausgerufenen Ausnahmezustände in Frankreich nach den Terroranschlägen 2015<sup>19</sup> und der Türkei nach dem misslungenen Putsch-Ver such 2016<sup>20</sup> bis hin zur sogenannten Flüchtlingskrise.<sup>21</sup> Paradoxe rweise greifen sowohl Befürworter als auch Kritiker eines »Denken[s] vom Ausnahmezustand her«<sup>22</sup> Agambens Analyse des permanenten Ausnahmezustands immer wieder unhinterfragt auf.<sup>23</sup>

Inwiefern können verfassungsrechtliche Debatten Agambens Begriffe des Ausnahmezustands und der Ausnahme ergänzen und einen

- 14 *Isensee*, in: Resilienz des Rechts (2016), S. 51.
- 15 *Jakobs*, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 2006, S. 851.
- 16 *Isensee*, in: Resilienz des Rechts (2016); *Klein*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung (2014), § 280; *Jakobs*, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 2006; *Deppenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaates (2007). Kritisch hierzu: *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020); *Frankenberg*, Kritische Justiz 2017; *Finke*, Archiv des öffentlichen Rechts 2015; *Augsberg*, in: Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 48. Assistententagung Öffentliches Recht 2008 (2009); *Volkmann*, Merkur 2008; *Di Fabio*, Neue Juristische Wochenschrift 2008. Interessant hierzu auch Möllers, der der Frage nach dem Staatsnotstand selbst einen zugrundeliegenden Legalismus vorwirft: *Möllers*, Staat als Argument (2011), S. XXXI.
- 17 *Brachthäuser/Haffner*, Kriminologisches Journal 2017; *Wöhl*, Aus Politik und Zeitgeschichte 2016.
- 18 *Sturm*, Zeitschrift für Parlamentsfragen 2016.
- 19 *Kaiser*, Ad Legendum 2017; *Wöhl*, Aus Politik und Zeitgeschichte 2016.
- 20 *Polzin*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2018; *Krumm*, Politische Vierteljahresschrift 2018; *Göztepe*, in: Ausnahmezustand: Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017).
- 21 So schrieben Depenheuer und Grabenwarter zur vermeintlichen Grenzöffnung im Herbst 2015 durch Angela Merkel: »Der Rechtsstaat ist im Begriff, sich im Kontext der Flüchtlingswelle zu verflüchtigen, indem das geltende Recht faktisch außer Kraft gesetzt wird«, *Depenheuer/Grabenwarter*, in: Der Staat in der Flüchtlingskrise (2016), S. 7. Kanalan/Wilhelm/Maria sehen hingegen gerade in der Etablierung der Hot-Spots auf den griechischen Inseln einen *permanenten Ausnahmezustand*: *Kanalan et al.*, Der Staat 2017. So auch: *Pichl/Buckel*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2018.
- 22 *Augsberg*, in: Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 48. Assistententagung Öffentliches Recht 2008 (2009).
- 23 *Voigt*, Ausnahmezustand (2013), S. 13; *Klein*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung (2014), § 280; *Kanalan et al.*, Der Staat 2017; *Pichl/Buckel*,

Rechtsbegriff schärfen? In Bezug auf die deutsche Notstandsregelung des Grundgesetzes im Sinne eines »Ausnahmeverfassungsrechts«<sup>24</sup> lässt sich die Idee einer Suspendierung der Grundrechte und die Entstehung eines »anomischen Raums«<sup>25</sup> oder einer »Leerstelle des Rechts«<sup>26</sup> nicht halten.<sup>27</sup> Das liegt allein schon daran, dass die Ausnahme kein einheitlicher Begriff des Staatsrechts ist, sondern je nach Kontext seiner Verwendung unterschiedliche Konnotationen und Rechtsfolgen beinhaltet.<sup>28</sup> Eine Diskussion über die tatsächliche Suspendierung allen Rechts im Ausnahmezustand zu führen, ginge vor diesem Hintergrund an der rechtlichen Realität vorbei.

Die staatsrechtlichen Diskussionen übersetzen das Auseinanderfallen von Faktizität und Normativität im Ausnahmezustand zudem deutlicher als Agamben in konträre rechtsstaatliche Rationalitäten, speziell das Auseinanderfallen von staatlicher Herrschaft in Form der Exekutive auf der einen und Herrschaft der formal-rationalen Form des Rechts durch die Legislative und Judikative auf der anderen Seite.<sup>29</sup> Ein Blick auf staatsrechtliche Argumentationen kann hier zunächst die ganzheitliche

Blätter für deutsche und internationale Politik 2018. Kritisch hierzu: *Engler*, *Kriminologisches Journal* 2019.

- 24 In der gleichnamigen Publikation von Kaiser fasst diese das »Ausnahmeverfassungsrecht« als die »Gesamtheit der verfassungsrechtlichen Regelungen, die der Bewältigung krisenhafter Situationen gelten« zusammen, *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 76. Kaisers Bezugnahme auf den Begriff der Krise folgt den von ihr zuvor festgestellten Unschärfen des Begriffs der Ausnahme (S. 35ff.) und deutet darauf hin, dass der Ausnahmezustand weniger als starre Fixierung, sondern als »Verfassungsproblem« (S. 53) verstanden werden sollte. Siehe hierzu auch *Kersten*, *Juristische Schulung* 2016, der keinen Ausnahmezustand, wohl aber Krisenregelungen im Grundgesetz findet. Hierzu wiederum kritisch *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 51.
- 25 *Raulff*, *German Law Journal* 2004.
- 26 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 49.
- 27 *Kaiser*, in: *Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht* (2019); *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 53. Kaiser sieht diese, wenn überhaupt, auf europäischer Ebene in Art. 15 EMRK gegeben, *Kaiser*, in: *Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht* (2019), S. 34. Siehe hierzu auch: *Weber*, *Notstandskontrolle* (2019); *Nestler*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2018; *Polzin*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2018; *Vollmer*, *Die Geltung der Menschenrechte im Staatsnotstand* (2010).
- 28 *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 35ff. Finke schlägt insofern vor, die Ausnahme lediglich in ihrer Funktion für die Rechtsdogmatik zu bestimmen: *Finke*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2015, S. 514.
- 29 Kaiser zählt etwa die Idee, dass der Ausnahmezustand zur »Stunde der Exekutive« wird, zu einer der sieben gängigsten Thesen zum Verfassungsrecht in der Krise, *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 30.

Souveränitätstheorie des *permanenten Ausnahmezustands* mit der Ausdifferenzierung rechtsstaatlicher Herrschaft konfrontieren. Zugleich zeigt die verfassungsrechtliche Debatte darüber, ob der Ausnahmezustand sich verrechtlichen lässt, die Grenzen rechtlicher Rationalisierung auf. In diesem Zusammenhang weisen Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler auf die Notwendigkeit der Resilienz des Rechts hin, sich gegen außerrechtliche Einflüsse (auch in Krisenzeiten) zu bewähren,<sup>30</sup> und warnen vor der Idee, sämtliche in Krisen entstehenden Problemsituationen verrechtlichen zu wollen.<sup>31</sup>

Gleichzeitig liegen den rechtlichen Fragen zum Ausnahmezustand unterschiedliche Rechtstraditionen zugrunde, die einer Pauschalisierung nicht nur *des Ausnahmezustands* sondern auch *des Rechtsstaats* entgegenstehen. Der Ausnahmezustand wird im Bereich des Common Law beispielsweise oftmals als Ausfluss einer Prärogative des Monarchen diskutiert, die auch in der parlamentarischen Demokratie weiterhin bestehen bleibt.<sup>32</sup> Im deutschen Kontext wurde die Ausnahmefrage historisch dagegen als Frage der Suspension von Freiheitsrechten behandelt.<sup>33</sup> Diese Debatten sind nicht deckungsgleich, auch wenn aktuell in beiden Traditionen auf Carl Schmitt und Hans Kelsen als theoretische Referenzpunkte verwiesen wird.<sup>34</sup> Die Meta-Erzählung Agambens muss sich demnach regionalen Debatten zum Ausnahmezustand stellen, die auf historisch gewachsene Staatsrechtstraditionen und deren Gewichtung exekutiver Befugnisse verweisen. Dabei zeigen sich gerade in den historisch und regional verschiedenen Ausformungen der rechtswissenschaftlichen Debatten zum Ausnahmezustand die Kontingenzen und

- 30 Resilient ist das Recht demnach dann, wenn es eine »Gleichzeitigkeit von Rigidität und Flexibilität« aufweisen kann, *Barczak*, *Der nervöse Staat* (2020), S. 606. Siehe hierzu auch: *Lewinski* (Hg.), *Resilienz des Rechts* (2016).
- 31 Kaiser stellt insofern eine über das Ausnahmeverfassungsrecht hinausweisende Frage: »Was spricht dafür, dass eine ggf. bestehende ethische Pflicht (zur Folter in einem *ticking-bomb*-Fall, zum Flugzeugabschuss) in eine rechtliche Erlaubnis oder gar Rechtspflicht verwandelt wird?« *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 259.
- 32 *Loevy*, *Emergencies in Public Law* (2016), S. 25; *Scheppele*, in: *The Oxford Handbook of Law and Politics* (2008), S. 168; *Dyzenhaus*, *The Constitution of Law* (2006), S. 56ff.; *Gross/Aoláin*, *Law in Times of Crisis* (2006), S. 30ff.
- 33 *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 210. Der Grund hierfür ist wohl auch in der historischen Wurzel des Ausnahmezustands im französischen Belagerungszustand zu finden. Dessen Verrechtlichung 1849 sah etwa »besondere Eingriffsbefugnisse des Militärs (Art. 9)« vor, die rechtlich »mit einer Suspension der durch die Verfassung gewährten Grundrechte einher[gingen]«, *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 131.
- 34 Exemplarisch: *Dyzenhaus*, *The Constitution of Law* (2006), S. 34ff.

Transformationen in den ihnen zugrundeliegenden Rechtsstaatskonzepten.<sup>35</sup> Die Debatten des Verfassungsrechts bauen dabei auf diesen kontingenten Traditionen auf. Zugleich müssen sie (aus der Perspektive des Rechts) einen rechtlichen Umgang mit der Ausnahme fixieren<sup>36</sup> und sich demnach vor Strukturfragen zum Recht verschließen.

Günter Frankenberg hat 2010 eine Studie vorgelegt, die aus einer rechtstheoretischen Außenperspektive rechtsstaatliche Transformationen für den deutschen Kontext nachvollzieht und den Ausnahmezustand als historischen Kampf zwischen exekutiven und legislativen Befugnissen beschreibt. In *Staatstechnik. Perspektiven zu Rechtsstaat und Ausnahmezustand* zeichnet er den Angriff ausnahmerechtlicher Denkfiguren auf die »demokratisch-rechtsstaatliche Legalität«<sup>37</sup> nach und damit auf die Autonomie des Rechts. Frankenberg greift damit zunächst idealtypisch das in den rechtswissenschaftlichen Debatten zum Ausnahmezustand verhandelte Verhältnis von Exekutive zu Legislative und Judikative sowie ihren historischen Veränderungen auf. Seine These der Transformation des deutschen Rechtsstaats vom Freiheits- zum Sicherheitsstaat, die er als eine Normalisierung der Ausnahme bezeichnet, beschreibt dabei die spezifische Rechtswirklichkeit des sich ändernden deutschen Rechtsstaats. Auch bei Frankenberg hat sich das liberale Ideal des Schutzes individueller Freiheitsrechte im modernen Rechtsstaat tatsächlich in ein albraumhaftes Sicherheitsrecht verkehrt. Damit wird der Ausnahmebegriff über eine rechtstheoretische Debatte hinaus aber auch zur Analyse-kategorie der Rechtswirklichkeit; ein methodisches Vorgehen, das anschließende Fragen aufwirft.

#### *a. Ausnahme als exekutive Willkür und Autonomie des Rechts als Ideal*

Frankenberg beginnt seine Aufarbeitung des deutschen Rechtsstaats bei den Theorien der englischen Philosophen Thomas Hobbes und John

35 »Den Inbegriff oder Idealtyp eines Ausnahmezustands gibt es nicht. Er geht vielmehr mit der Zeit, wandelt sich mit der ihm zugrunde liegenden Staatsform«, *Barczak*, *Der nervöse Staat* (2020), S. 674. So auch Kaiser: »Dabei kann davon ausgegangen werden, dass eine bestimmte gesellschaftliche Verfasstheit einen bestimmten Typus des Ausnahmezustands hervorbringt«, *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 75.

36 Einen prominenten Versuch der rechtlichen Fixierung des Ausnahmezustands unter Bezugnahme auf ein übergesetzliches Notstandsrecht analog zu § 34 StGB unternahm *Böckenförde*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1978. Kaiser hingegen fixiert die Grenzen des Rechts, etwa indem sie sich gerade gegen eine Verrechtlichung aller Krisen ausspricht, *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 259ff.

37 *Frankenberg*, *Staatstechnik* (2010), S. 10.

Locke als Kontrastbilder zweier Rechtsstaatskonzepte, deren Prämissen sich in vergangenen und aktuellen Rechtsstaatsdebatten wiederfinden lassen. Dabei steht Hobbes Theorie des Staates als Leviathan nach Frankenberg für eine Rechtsstaatstheorie, die sich am Konzept der Sicherheit orientiert und auf eine zentrale Gewalt an der Spitze »fixiert bleibt«. <sup>38</sup> Zwar gebe es auch in Hobbes' Theorie einen vertraglichen Ursprung der souveränen Herrschaft. Diese kenne jedoch »weder eine Rückbindung an die Vertragsschließenden noch eine Gewaltenteilung«. <sup>39</sup> Vielmehr liege sämtliche Staatsmacht in den Händen des Souveräns, dem immerhin durch die »natürlichen und göttlichen Rechte« Pflichten auferlegt würden, die jedoch eher als »soft law« zu betrachten seien. <sup>40</sup> Im Mittelpunkt stehe hier eine uneingeschränkte »Sicherheitstechnik«, <sup>41</sup> die die Idee der Freiheit nicht kenne. <sup>42</sup> Ein Ausnahmezustand könne in diesem »halbierten Rechtsstaat« <sup>43</sup> folglich mangels rechtlicher Normalität außerhalb des Naturzustands nicht gedacht werden. Anders bewertet Frankenberg die Rechtsstaatskonzeption John Lockes. Dieser führe liberale Elemente in seine Rechtsstaatsidee ein, die »auf den ersten Blick mit dem Schutz der natürlichen Rechte nicht weiter von einer hobbesianischen Staatsicherheit entfernt sein könnte«. <sup>44</sup> Sicherheit als Leitidee würde jedoch nicht aus Lockes Rechtsstaat gebannt, sondern »neu organisiert«. <sup>45</sup> Im Vordergrund stehe nun die Legislative statt der Exekutive. Diese bilde bei Locke die »oberste Gewalt und institutionalisiert [...] die Herrschaft der Mehrheit«. <sup>46</sup> So führe der Staatsvertrag bei Locke nicht zu einem Rechtsverzicht sondern vielmehr zur Installation der Grundrechte und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. An die Stelle staatlicher Willkür durch eine zentrale Autorität trete das allgemeine Gesetz, die Rule of Law, und etabliere einen Zustand rechtlicher Normalität. <sup>47</sup> Durch diese werde die persönliche durch die unpersönliche Machtausübung ersetzt,

38 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 42.

39 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 24.

40 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 24.

41 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 24.

42 Demnach bleibe den Mitgliedern der Gesellschaft lediglich die Rolle als Untertanen: Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 25.

43 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 24.

44 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 27.

45 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 27.

46 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 27.

47 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 28. Frankenbergs Prämisse der rechtlichen Normalität als Fundament liberaler Gesellschaften steht demnach spielbildlich zur durch Carl Schmitt geprägten These, Normativität bedürfe der Normalität, die im Kontext staatsrechtlicher Debatten zum Ausnahmezustand nach wie vor prominent ist. Siehe hierzu: Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 25ff.

der »subjektive Faktor von politischer Herrschaft« werde so zwar nicht ganz ausgeschaltet, aber unter Kontrolle gebracht.<sup>48</sup> Erst durch die Etablierung der rechtlichen Normalität könne politische Willkür, anders als bei Hobbes, als Ausnahme vom Recht begriffen werden. Frankenberg's Ausnahmebegriff orientiert sich demnach nicht an bestehenden rechtlichen Ausnahmeregelungen. Vielmehr wird die Ausnahme zur Chiffre für die Willkür exekutiver Handlungen und damit einer spezifisch erlebten, angstvollen<sup>49</sup> Rechtswirklichkeit. Unter den Begriff der Ausnahme fallen so all diejenigen Phänomene, die die individuellen Freiheitsrechte einschränken. Freiheit wird dabei negativ verstanden als Freiheit vom Staat: Recht und Staat nehmen ein konträres Verhältnis zueinander ein.

### *b. Der deutsche Rechtsstaat als Sonderweg*

Vor dem Hintergrund dieser zwei Leitkonzepte des modernen Rechtsstaats – Hobbes und Locke – lässt sich Frankenberg zufolge die Entstehung des deutschen Rechtsstaats als »Sonderweg«<sup>50</sup> verstehen. Er führt aus, wie der deutsche Staat entgegen dem Lockeschen Prinzip der Rule of Law lange statt eines Gehorsams gegenüber den Parlamentsgesetzen durch einen Gehorsam gegenüber dem Staat und der Exekutive geprägt war.<sup>51</sup> Anders als die englische blieb die deutsche Staatsrechtslehre lange antiparlamentarisch und antidemokratisch geprägt.<sup>52</sup> Auch nach Beginn des bürgerlichen Zeitalters in Deutschland und damit einer Liberalisierung im staatsrechtlichen Denken Ende des 18. Jahrhunderts blieb die Vormachtstellung des Monarchen erhalten. Sie verstärkte sich insbesondere nach der gescheiterten Revolution 1848 und lässt sich nach Frankenberg noch im Spätkonstitutionalismus nachvollziehen.<sup>53</sup> Erst recht lasse sich die Methode Hobbes und somit die Dominanz der Exekutive in der Weimarer Reichsverfassung finden. Die exekutiven Vollmachten des Art. 48 WRV gingen über die der Bismarckschen

48 *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 29.

49 *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 185ff.

50 *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 81.

51 *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 77.

52 Frankenberg führt dies primär auf das Fehlen eines »ökonomisch-strukturell entwickelten, politisch bewussten und organisierten Bürgertum[s]« zurück, *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 84.

53 Die entstehenden rechtspositivistischen Lehren, etwa von Gerber, gingen zunächst »auf Distanz zum liberalen Paradigma« und somit zum Primat der rechtlichen Normalität. Diese entpolitisierten nach Frankenberg den Ausnahmezustand vielmehr, indem sie das »Recht der Ausnahmelage [...] als selbstverständliche Gegebenheit« hinnahmen *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 90f.

Reichsverfassung hinaus und ließen die Weimarer Republik nach Frankenberg in ihren letzten Jahren zu einer »kommissarischen Diktatur« mutieren.<sup>54</sup> Am Ende der Krise der Weimarer Republik komme die »Pendelbewegung« des deutschen Sonderwegs zum Stillstand: Die »operierenden Komponenten der Methode Locke – Rechtssicherheit, Berechenbarkeit staatlichen Handelns, Gewaltenteilung und Rechtsschutz – werden nun als »volksfremde«, liberalistische Schwächesymptome und Verfallerscheinungen verhöhnt.«<sup>55</sup> Die Verfehlungen der deutschen Staatsrechtslehre während des NS führten jedoch nicht zu einer Stärkung des Rechtspositivismus, sondern zu seiner Schwächung im postnazistischen Deutschland, bei dem insbesondere Gustav Radbruch »gegen das positive Recht des demokratischen Rechtsstaats ein Ausnahmerecht in Stellung [bringt], das sich die philosophische Würde des Überpositiven leiht.«<sup>56</sup> Auch wenn sich mit der Verabschiedung des Grundgesetzes dann doch die Methode Locke durchsetzte, konnte sich das Prinzip der Ausnahme in die Verfassung einschleichen: Sichtbar in den Debatten um den Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes wurde zunächst die Unsicherheit in »normativen« und »institutionellen«<sup>57</sup> Fragen des Rechtsstaats. Das Konzept der »wehrhaften Demokratie«<sup>58</sup> sowie die Einführung der Notstandsverfassung 1968 hätte zur »konstitutionelle[n] »Einregistrierung« des Ausnahmezustands«<sup>59</sup> geführt, die in der Transformation zum Sicherheitsstaat mündete. An diesem Punkt schließt sich so nach Frankenberg der Kreis: Unter dem Credo der Sicherheit kehre der Rechtsstaat »gewiss unter beachtlich veränderten Vorzeichen [...] zum Sicherheitspaternalismus seiner Frühgeschichte zurück, in der rechtsstaatliche Ordnung und Staatstechnik weder leicht noch sicher von einem ausnahmerechtlichen Exekutivregime zu unterscheiden waren.«<sup>60</sup>

All dies kann Agamben mit der Theorie des permanenten Ausnahmezustands laut Frankenberg nicht greifen. Tatsächlich unterscheidet Agamben hinsichtlich regionaler Spezifika in der Entstehung der Rechtsstaaten nicht.<sup>61</sup> So zeigt Frankenbergs Ausführung zum historischen

54 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 92f.

55 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 97.

56 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 99.

57 Frankenberg führt hier die Debatten um einen summativen oder integralen Rechtsstaatsbegriff an, bei dem sich ein Konzept des Rechtsstaats als *Summe* verfassungsrechtlicher Gewährleistungen oder als *eigenständiges* Verfassungsprinzip gegenüberstanden, Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 100ff.

58 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 104.

59 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 105f.

60 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 123.

61 Agamben geht zwar auf die regionalen Ausnahmezustandsregelungen ein, sieht diese jedoch alle gleichermaßen als Bestätigung des einen *permanenten Ausnahmezustands*, Agamben, Ausnahmezustand (2004), S. 20ff.

Verhältnis von Recht und Staat, dass der Bindung an Recht und Gesetz in Deutschland der graduelle Prozess einer rechtsstaatlichen Transformation vorausging. Agamben kann genau diese Transformationen im Verhältnis von Exekutive und Legislative nicht greifen. Er überspringt gewissermaßen das Verhältnis zwischen Recht und Staat, indem er beim Begriff der Souveränität ansetzt, den er als Zwischenbegriff bestimmt. Treffend stellt Frankenberg somit fest, dass Agambens »philosophische« Begründung des Ausnahmezustands auf einem »außerordentlich weichen Fundament«<sup>62</sup> beruhe. Insbesondere den »säkularen Trend im 20. Jahrhundert, den Ausnahmefall zu verrechtlichen«,<sup>63</sup> könne er nicht erklären.

### c. Normalisierter Ausnahmezustand

Wie genau lassen sich die ausnahmerechtlichen Transformationen nach Frankenberg verstehen? Frankenberg erkennt zwei Krisen in der Geschichte des deutschen Rechtsstaats seit 1945, die zu einer Hegemonie der Methode Hobbes geführt hätten. So etablierte sich in Reaktion auf die Studierendenproteste der 68er Jahre sowie die militanten Anschläge der RAF ein »Angstrecht«, das die »formale rationale Gesetzmäßigkeit«<sup>64</sup> des Lockeschen Rechtsstaats aus den Angeln hob. In dieser ersten Rechtsstaats-Krise der Bundesrepublik ließ sich eine »Durchbrechung der Gewaltenteilung«, eine Entkopplung der Staatstechnik vom Recht und schließlich die Entstehung von »Metagrundrechten« beobachten,<sup>65</sup> die nicht zuletzt zu einer Erosion des Grundrechtssystems<sup>66</sup> führten. In der zweiten Krise, dem Beginn eines »neuen« transnationalen Terrorismus in den 90er Jahren,<sup>67</sup> verfestigten sich dann ausnahmerechtliche Instrumente im Recht. Durch die »Einschleusung außerordentlicher Denkfiguren in die Rechtsdogmatik der Normallage«<sup>68</sup> habe sich der Ausnahmezustand »unter der Maske des

62 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 148.

63 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 149.

64 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 200. Diese These der »Entformalisierung des Rechts« lässt sich prominent auch in *Maus*, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus (1986) finden.

65 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 208ff.

66 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 229. Frankenberg verweist in diesem Zusammenhang provokant auf den von Ernst Fraenkel für das NS-Regime geprägten Begriff des »Maßnahmenstaats«, wenn er verkündet: »Der ›Maßnahmenstaat‹ verdrängt den Gesetzesstaat«. Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 205.

67 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 234.

68 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 236.

Normalrechts«<sup>69</sup> in das deutsche Recht eingeschlichen. Mit Hilfe des »aus der Taufe gehobenen« Metagrundrechts auf Sicherheit<sup>70</sup> entwickelte sich so ein Bekämpfungsrecht, das sich fundamental von den Grundrechten auf Freiheit und Gleichheit unterscheidet, weil es schrankenlos sei.<sup>71</sup> Das neue Bekämpfungsrecht als Ausfluss des Grundrechts auf Sicherheit kenne insofern keine Verhältnismäßigkeit, wie sie jedoch als fester Bestandteil zum »Lockschen Polizeirecht« gehöre.<sup>72</sup> Vielmehr werde es von »der Logik des Notwendigen«<sup>73</sup> bzw. dem Rettungsprinzip<sup>74</sup> bestimmt, und könne schließlich sogar mit dem Tabu der Folter brechen. Durch die Normalisierung des Ausnahmezustands »regrediert« der Rechtsstaat nach Frankenberg »hinter den hyperpräventiven Sicherheitsstaat zurück«.<sup>75</sup>

Im Sicherheitsstaat stößt zur Methode Hobbes und Locke eine dritte Methode: Die Methode Foucault. Denn unter dem Deckmantel des Lockeschen Rechts zieht die Hobbessche Methode so in den Rechtsstaat ein, dass sie im Foucaultschen Sinne kontrollierend und disziplinierend wirkt. Der Ausnahmezustand steht bei Frankenberg für Willkürlichkeit und ist mit Agamben in einer »dunklen Sphäre zwischen Recht und Chaos« zu verorten.<sup>76</sup> Dies macht ihn unweigerlich zum »düsteren Kontrastbild« des, wie Frankenberg selbst zugibt, »idealisierten« Freiheitszustand des Lockeschen Vertragsrechts.<sup>77</sup>

69 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 236.

70 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 243f.

71 »Allenfalls das Prinzip der Effektivität [vermag] eher schwach mäßigend wirken«: Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 245.

72 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 248.

73 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 256.

74 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 275ff.

75 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 237. Damit reiht sich Frankenberg in eine Reihe von Rechtstheorien ein, die in Anschluss an Franz Neumanns Verfallsthese des formalen Rechts (siehe hierzu *Fisahn*, Eine kritische Theorie des Rechts (1995), S. 189ff.) den Niedergang des modernen Rechtsstaats prognostizieren, etwa die Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats von *Maus*, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus (1986). Dass dieser Verfall empirisch nicht haltbar ist, stellt *Fisahn* treffend fest: »Wenn aber seit mehreren Jahrzehnten, beginnend mit den Analysen Abendroths, der fortwährende Verfall demokratisch-rechtsstaatlicher Prinzipien konstatiert wird, müsste doch als Ergebnis die Auflösung des Rechtsstaates, der Berechenbarkeit formal-rationalen Rechts inzwischen feststehen«. *Fisahn*, Eine kritische Theorie des Rechts (1995), S. 191f.

76 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 236.

77 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 235.

*d. Der Ausnahmezustand als Analysekategorie:  
Zwischen Autonomie des Rechts und Rechtswirklichkeit*

Frankenberg setzt der Meta-Erzählung Agambens so eine spezifisch deutsche Rechtsstaatsgeschichte entgegen, die in Bezug auf die historische Dominanz des Staats im deutschen Rechtsstaat geteilt wird.<sup>78</sup> Nicht die Abhängigkeit der Souveränität von der Ausnahme zum Recht, sondern der in der deutschen Entstehungsgeschichte angelegte starke Bezug auf die Exekutive führten demnach zur Entkopplung der Staatstechnik vom Recht und somit zum mangelnden Schutz bürgerlicher Freiheit. Hier werden historische Kontingenzen in lokalen Rechtsstaatskonzepten sichtbar, die Agambens Fundamentalkritik nicht berücksichtigen kann.

Dem »Mysterium«<sup>79</sup> des Begriffs des *permanenten Ausnahmezustands* stellt Frankenberg den Begriff der normalisierten Ausnahme entgegen. Deutlicher als Agamben knüpft Frankenberg den Begriff der Ausnahme an die Einschränkung von Freiheitsrechten, die nur unter den Prämissen eines rational-formalen Rechts effektiv vor der exekutiven Willkür geschützt werden könnten.<sup>80</sup> Damit setzt er eine Entgegensetzung von Staat und Recht, Exekutive und Legislative voraus, die vor dem Hintergrund des Schutzes individueller Freiheiten vor staatlichen Zugriffen sinnvoll erscheint. Der starke Fokus auf die Autonomie des Rechts in Zusammenhang mit dem Begriff der Ausnahme rührt nicht zuletzt aus den geschichtlichen Lehren zur Ausnahmezustandsregelung in Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung, die nicht nur Frankenberg zurecht als Schreckensbild einer unbeschränkten Exekutive gilt.<sup>81</sup> Die Debatte darüber, ob das nationalsozialistische Regime gänzlich ohne formal-rechtliche Rationalität agierte<sup>82</sup> und die

78 Möllers meint hierzu etwa: »Der Staat war für den Mainstream der juristischen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts nichts anderes als ein Synonym für die monarchische Exekutive, die sich im Medium des Rechtsstaates bestimmten Selbstbindungen unterwarf«. Möllers, *Der vermisste Leviathan* (2008), S. 16. Eine ähnliche Staatszentriertheit lässt sich zur selben Zeit auch in Nachbardisziplinen, wie etwa den Geschichtswissenschaften, entdecken, vgl. *Pauly/Ries*, in: *Staat und Historie* (2021), S. 11ff.

79 Frankenberg, *Staatstechnik* (2010), S. 148.

80 Zustimmend: *Jakab*, *Der Staat* 2012; *Scheuerman*, *Law & Social Inquiry* 2012, S. 744, 765. Dies kritisierend: *Gröschner*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2011.

81 Wie das Parlament mithilfe der exekutiven Befugnisse des Art. 48 WRV entmündigt wurde, lässt sich bei Kaiser nachlesen. Sie betont jedoch ebenfalls die »Ambivalenz« des Art. 48 WRV, der Reichspräsident Ebert ebenfalls zur Bekämpfung der Inflation gedient hatte, *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 133.

82 Hier stehen sich die Analysen von Franz Neumann und Ernst Fraenkel gegenüber. Neumann folgt in »Behemoth« den prognostizierten Gefahren des

darauffolgenden Verfallsthesen formaler Rationalität<sup>83</sup> zeigen so die Notwendigkeit der Autonomie des Rechts. Sichtbar wird hier, dass Recht sich zunächst im Rechtsstaat von Staatlichkeit abgrenzen und sich ihr gegenüberstellen muss, soll es diese zügeln.

Zugleich zeigt sich aber gerade im Begriff der *normalisierten Ausnahme*, dass die Analyse des Verhältnisses von Recht und Staat nicht bei der bloßen Gegenüberstellung von Exekutive und Legislative stehen bleiben kann. Denn »Recht kann nicht einfach nur als hemmende Bindung staatlichen Handelns verstanden werden. Recht ermöglicht und effektiert staatliches Handeln.«<sup>84</sup> Frankenberg bleibt jedoch mit seiner Kritik des Sicherheitsstaats spiegelbildlich in den Rechtsstaatskonzeptionen, die er kritisiert, gefangen: Wie Agamben denkt auch er den Rechtsstaat in einer reinen Dichotomie zwischen der willkürlichen Herrschaft der Exekutive und der Gewährleistung von Freiheit durch *das* Recht.<sup>85</sup> Frankenbergs Idee der *normalisierenden Ausnahme* läuft so Gefahr, die Autonomie des Rechts zu naturalisieren, ohne die gesellschaftliche Verwurzelung des Rechts und seiner Ausnahme greifen zu können. Frankenbergs Ausnahmebegriff rückt entsprechend trotz seiner Abgrenzungsversuche in eine inhaltliche Nähe zu Agamben: Mit der Idee der *normalisierten Ausnahme* vollzieht Frankenberg eine normative Deutung des Rechts. Die Ausnahme wird zur Ausnahme von einer spezifischen freiheitsrechtlichen Normativität. Alle Gesetze, die diese unterminieren, sind folglich Teil der *normalisierten Ausnahme* vom Recht. Frankenberg kann hier exemplarisch für eine Reihe von Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen gesehen werden, die den Begriff der Ausnahme verwenden, um einen Wandel des Rechts im Sinne einer »Entdemokratisierung« zu beschreiben.<sup>86</sup>

Abbaus formal-rationalen Rechts in der Weimarer Republik (vgl. *Neumann, Studies in Philosophy and Social Science 1937*) und analysiert das nationalsozialistische Regime als eines, das ohne formal-rechtliche Rationalität funktionierte, *Neumann, Behemoth (1942)*, S. 382. Fraenkel hält mit dem Begriff des »Doppelstaats« an dem Bestehen formaler Rationalität im Normenstaat zur Aufrechterhaltung der ökonomischen Sphäre des NS-Regimes fest, *Fraenkel, Der Doppelstaat (2012)*, S. 223ff. Agamben geht auf diese Debatte nicht ein. Vgl. hierzu *Staff, Rechtsgeschichte 2004*.

83 Siehe hierzu *Fisahn, Eine kritische Theorie des Rechts (1995)*, S. 189ff.

84 *Möllers, Staat als Argument (2011)*, S. XXX.

85 Mit Möllers lässt sich dieser Sichtweise ein Legalismus unterstellen: Denn »dass der heroische Retter der Ordnung auch illegal handeln oder sich vom Gesetzgeber ex post legitimieren lassen kann« (*Möllers, Staat als Argument (2011)*, S. XXXI.) ist sowohl bei Frankenberg als auch Agamben keine Option.

86 Dem mystischen Souveränitätsbegriff wird in diesem Rahmen der Begriff der »Volkssouveränität« entgegengesetzt. So schreibt Maus: »Dieselbe Entformalisierung des Verfassungsrechts [...] setzt zugleich das Prinzip der

Problematisch ist dann aber nicht der Staat oder das Recht, sondern eine spezifische (sicherheits-)rechtliche Rationalität, die eine spezifische Rechtswirklichkeit produziert. Sichtbar wird hier gerade in Bezug auf das von Frankenberg erwähnte »Sicherheitsrecht«, dass weniger die Frage nach *dem Recht* und seiner Anwendung im Vordergrund stehen sollten, sondern vielmehr die Ausdifferenzierung verschiedener rechtlicher *Rationalitäten* im Rechtsstaat. Die Ausnahme vom Recht wird zudem spätestens dann bei Frankenberg zu einer kritikwürdigen rechtssoziologischen Analysekategorie,<sup>87</sup> wenn sie den Verfall moderner Rechtsstaaten und ihrer Institutionen explizieren soll.

Sowohl die Normativität als auch die Rechtswirklichkeit wird also aus der Perspektive der Ausnahme und damit in einer Negativität gefasst. Statt einer expliziten Analyse dessen, was Recht ist oder sein sollte, entfaltet sich auch bei Frankenberg die Analyse des Rechts und seiner Anwendung in einer Negativität. Bestimmt wird primär, was Recht bzw. der Rechtsstaat nicht ist bzw. nicht sein sollte. Der Form des rationalen Rechts sind jedoch gerade aufgrund der laut Frankenberg zu schützenden formal-rechtlichen Logik Probleme immanent. Frankenberg spricht diese immanenten Probleme zwar kurz an und verweist hierzu etwa auf die nötigen staatlichen Interventionen zur Herstellung eines »sozio-ökonomischen Gleichgewichts«,<sup>88</sup> ohne das bürgerliche Freiheit nicht möglich ist. Dennoch verbleiben die Problemursachen bei Frankenberg dem zu verteidigenden Lockschen Rechtsstaat im Großen und Ganzen äußerlich. Agambens grundlegende Kritik kann so zunächst nur unzureichend beantwortet werden. Auf die These, dass dem westlichen

Volkssouveränität außer Kraft. Dessen wesentliche Elemente, die Ausgrenzung rechtsfreier Räume für rechtliche Innovation durch die demokratische Basis sowie die totale Verrechtlichung der Staatsapparate und die strenge funktionale Gewaltenteilung, sind zerstört, wenn die Innovation des Rechts an genau die Staatsapparate übergegangen ist, die einst ans Recht gebunden werden sollten«. *Maus*, Über Volkssouveränität (2011), S. 372. In Bezug auf die Ausnahme zum Recht lässt sich diese Argumentation ähnlich auch bei *Kretschmann/Legnaro*, PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft 2017 sowie *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft (2012) finden. Hier deutet sich eine Spannung zum Konzept der Militanten bzw. Wehrhaften Demokratie an, bei der die Demokratie gerade mittels einer entformalisierten, inhaltlichen Deutung der Verfassung geschützt werden soll: »das Normenbündel der Wehrhaften Demokratie stellt das eigentliche Ausnahmeverfassungsrecht der frühen Bundesrepublik dar«. *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 154. Siehe zur Entstehung des Konzepts Militanter Demokratie als Reaktion auf den Nationalsozialismus: *Müller*, in: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (2012), S. 1256ff.

87 Zur Kritik hieran siehe *Engler*, Kriminologisches Journal 2019.

88 *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 201.

(liberalen) Rechtsstaat die Ausnahme immanent sei, antwortet Frankenberg mit einem Verweis auf die liberalen rechtsstaatlichen Grundwerte, namentlich die Rationalisierung und Autonomie des Rechts in Form subjektiver Freiheitsrechte, die es zu verteidigen gelte, um die Ausnahme zu bannen.<sup>89</sup> Die Fallstricke der Rationalisierung des Rechts durch die Form der subjektiven Rechte können so jedoch nicht behandelt werden.<sup>90</sup> Die Transformation der Rechts ist zudem für die Analyse der durch Sicherheitstechniken geprägten Rechtswirklichkeit zwar zentral, gerät in der Analyse jedoch aufgrund des Primats der Autonomie der subjektiven Freiheitsrechte in den Hintergrund. Wie lässt sich jedoch das Verhältnis der Form der subjektiven Rechte zu außerrechtlichen Inhalten fassen, ohne die Autonomie subjektiver Rechte zu naturalisieren und die Transformationsmöglichkeit des Rechts zu verkennen? Und welche Schlüsse für das Verhältnis von rechtlicher Normativität und Faktizität lassen sich daraus ziehen?

## 2. Bürgerliche Souveränität als Reflexionsstopp?

Wie lassen sich also die Wandelbarkeit dessen, was unter einer Ausnahme des Rechts verstanden wird, bzw. die Verrechtlichung von »Ausnahmen« begreifen? Marxistische Theorien des Rechts wenden den Blick weg vom Schutz formell-rationaler Gesetze und deren Ausnahmen hin zur gesellschaftlichen Einbettung des Rechts selbst. Materialistische Theoretikerinnen und Theoretiker<sup>91</sup> problematisieren demnach nicht ein Zuwenig an formell-rationalem Recht und ein Zuviel an Ausnahme, sondern kritisieren die eigenen Prämissen des Rechts, speziell in seiner historischen Form des »bürgerlichen Rechts«. Diese Argumentationslinien

89 Diese Analyse wird von einigen aktuellen rechtssoziologischen Studien geteilt. Exemplarisch: *Kretschmann/Legnaro*, PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft 2017; *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft (2012).

90 Fisahn fasst diese Tendenz treffend für die im Anschluss an Neumanns Verfallthese moderner Rechtsstaaten entstandenen Rechtstheorien zusammen: »Wenn also [...] in der Tradition des Neumannschen Verfalltheorems eine Degeneration des Rechtsstaates prognostiziert wurde, leisteten solche Interpretationen zwar einen Beitrag zur Verteidigung demokratischer und rechtsstaatlicher Freiheitsrechte, beschränkten sich dabei aber auf eine defensive Position. Die Kritik der implizierten Herrschaftsstrukturen blieb aus unterschiedlichen Gründen aus«. *Fisahn*, Eine kritische Theorie des Rechts (1995), S. 193. Dieser Grund dürfte bei Frankenberg wie auch Agamben im Fokus auf die Ausnahme liegen.

91 Ein Überblick über marxistische Rechtstheorien findet sich bei *Buckel*, in: Neue Theorien des Rechts (2008), S. 75ff.

betonen, ähnlich wie Agamben, die dem liberalen Recht immanenten Fallstricke aber verorten diese in seinem gesellschaftlichen Fundament. In diesem Rahmen hat beispielsweise der russische Rechtstheoretiker Eugen Paschukanis die neuzeitliche Idee subjektiver Rechte einer Formanalyse unterzogen, um zu verstehen, weshalb die gesellschaftliche Rationalisierung des Rechts sich in der kapitalistischen Gesellschaft überhaupt in der Form des subjektiven Rechts vollzieht.<sup>92</sup> Sofern die Rechtsform bzw. Staatsform dabei auf die Ableitung<sup>93</sup> aus kapitalistischen Produktionsverhältnissen reduziert wird, verliert das Recht jedoch die Eigenständigkeit, in deren Rahmen der Ausnahmezustand überhaupt relevant wird. Eine ›Ausnahme‹ vom Recht als freiheitseinschränkende Ermächtigung der Exekutive ist dann ähnlich wie im Hobbeschen Sicherheitsstaat nicht mehr denkbar. Der Ausnahmezustand im abgeleiteten Rechtsstaat weist zwingender Weise auf die gesellschaftlichen Strukturen<sup>94</sup> zurück,

- 92 Paschukanis wendet sich bei seiner Formanalyse dabei einerseits gegen die von Kelsen propagierte Theorie des »reinen Rechts«, der er den Charakter einer wissenschaftlichen Theorie abspricht: »Denn es stellt sich heraus, dass die ›reine‹ von allen Bedingungen des Seienden, des Faktischen, von allen psychologischen und soziologischen ›Schlacken‹ gesäuberte Gesetzmäßigkeit des Sollens überhaupt keine vernunftgemäße Bestimmungen hat oder haben kann. [...] Eine solche allgemeine Rechtstheorie, die nicht erläutert, die von vornherein den Tatsachen der Wirklichkeit, das heißt des gesellschaftlichen Lebens den Rücken kehrt und mit Normen hantiert, ohne sich für deren Ursprung (eine metajuristische Frage!) noch für deren Zusammenhang mit irgendwelchen materiellen Belangen zu interessieren, kann freilich nur höchstens in dem Sinne auf den Namen Theorie Anspruch erheben, in den man zum Beispiel von einer Theorie des Schachspiels zu sprechen pflegt«. *Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (2020), S. 49. Recht wird bei ihm stattdessen auf einen Reflex gesellschaftlicher Verhältnisse reduziert und spiegelt in der Form der Rechtssubjektivität die Notwendigkeit freier und gleicher Rechtssubjekte zur Ermöglichung des freien Warentauschs wider: »Damit haben wir bis zu einem gewissen Grade die Antwort auf die eingangs gestellte Frage vorweggenommen, wo denn jenes gesellschaftliche Verhältnis *sui generis* zu suchen sei, dessen unausbleiblicher Reflex die Rechtsform ist. Wir werden im weiteren ausführlich zu beweisern suchen, dass dieses Verhältnis das Verhältnis der Warenbesitzer zueinander ist«. *Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (2020), S. 81.
- 93 Wie auch Paschukanis verstanden insbesondere in den 1970er Jahren eine Reihe marxistischer Rechtstheoretiker Recht und Staat als »Reflex« kapitalistischer Produktionsverhältnisse: *Buckel, Subjektivierung und Kohäsion* (2007), S. 116ff.
- 94 Die Ableitung wiederum aller gesellschaftlichen Verhältnisse aus dem Fundament der kapitalistischen Produktionsverhältnisse bezeichnet *Buckel* in Anschluss an Adorno als anti-dialektischen »Fundierungswahn«, *Buckel, Subjektivierung und Kohäsion* (2007), S. 120.

die Recht und Staat hervorgebracht haben: Faktizität und Normativität sind in dieser Hinsicht dasselbe. Die potenzielle Ermächtigung der Exekutive im Sinne eines Ausnahmezustands macht jedoch wie bereits gesehen nur Sinn, sofern in irgendeiner Form Freiheitsrechte bestehen, die der Exekutive gegenüber autonom bestehen können. Wie erhalten Freiheitsrechte also ihre Autonomie von Staat und Gesellschaft? Die Rechtswissenschaftlerin Sonja Buckel hat das Recht in diesem Zusammenhang als verdinglichte soziale Form beschrieben. Als solche entwickelt es einerseits eine »relative Autonomie«,<sup>95</sup> verbleibt jedoch in einem dialektischen Verhältnis mit den ihm zugrunde liegenden sozialen Praxen:

Die Verselbständigung sozialer Verhältnisse ist zugleich die Bedingung ihrer ›relativen Autonomie‹. Die spezifische kapitalistische Vergesellschaftung kreiert soziale Formen, ›ökonomische‹ nicht weniger als rechtliche oder politische. Es ist die Autonomisierung und Fetischisierung jener Verhältnisse, die eine eigene Materialität dieser Formen ermöglicht.<sup>96</sup>

Verdinglichung meint dabei eine Verselbstständigung sozialer Verhältnisse durch die Rechtsform; soziale Verhältnisse erscheinen demnach nicht nur wie uns gegenüberstehende Objekte (Dinge), sondern werden zu solchen: einer neuen »Realität mit eigener Dignität: eine kontrafaktische Faktizität (Brunkhorst)«. <sup>97</sup> Das Moment der Verdinglichung der Gesellschaft durch die formale Rationalität des Rechts kann demnach

95 Der Begriff der »relativen Autonomie« des Rechts wird so zur Abgrenzung von marxistischen Ableitungstheorien zentral. Buckel führt ihn zunächst auf Neumanns Rechtstheorie der 1920er Jahre zurück, findet ihn jedoch auch beim neomarxistischen Staatstheoretiker Poulantzas, *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 86, 153. Auch in der auf den Rechtsdiskurs fokussierten Analyse des französischen Soziologen Pierre Bourdieu lässt sich der Begriff der relativen Autonomie in ähnlicher Weise als Abgrenzung zu marxistischen Rechtstheorien finden: »Die sogenannten strukturalistischen Marxisten gehen in die Falle einer Tradition, die meint, dass den ›Ideologien‹ bereits dadurch in ausreichendem Maße beizukommen sei, dass man ihre Funktionen benennt (›Opium für das Volk‹). Damit ignorieren sie paradoxerweise gerade die Struktur der Symbolsysteme und – in unserem Fall – die spezifische Form des Rechtsdiskurses. Der Grund dafür ist, dass sie, in ihrer Betonung der relativen Autonomie von ›Ideologien‹, die Frage nach den sozialen Grundlagen dieser Autonomie ausblenden. Genauer gesagt: Sie stellen nicht die Frage nach den historischen Bedingungen, unter denen durch Kämpfe im Feld der Macht eine autonome soziale Welt entstehen kann, die in der Lage ist, mittels einer eigenständigen Logik einen von äußeren Zwängen relativ unabhängigen Rechtskorpus zu (re-)produzieren«. *Bourdieu*, in: *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus* (2019), S. 36.

96 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 242f.

97 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 242.

erklären, weshalb das Recht als ›zweite Natur‹, als autonom erscheint, zugleich jedoch in einer dialektischen Relation zu seinem Außen, zur Gesellschaft bleibt.<sup>98</sup>

Die Ausnahme bzw. der Ausnahmezustand wäre dann einerseits als eine Einschränkung der relationalen Autonomie des Rechts zu verstehen,<sup>99</sup> gleichzeitig jedoch selbst Ergebnis gesellschaftlicher Verhältnisse. Die Normativität des Rechts reflektiert somit faktische soziale Verhältnisse und konstruiert diese wiederum. Zugleich hat Franz Neumann gerade auf die Doppelbedeutung des Rechts hingewiesen, das sowohl aus dem pflichtengeprägten Gesetz durch den souveränen Staat und den freiheitsrechtlichen Ansprüchen gegenüber diesem bestehe.<sup>100</sup> Wie das Recht gesellschaftliche Verhältnisse transformiert ist demnach unterschiedlich.

Christoph Menke hat eine Analyse moderner bürgerlicher Verfassungsstaaten vorgelegt, die diese Einsichten aufgreift und der die Reflexivität des modernen Rechts als verrechtlichtem Anspruch zugrunde liegt. In *Kritik der Rechte* vertritt er die These, dass der bürgerliche Rechtsstaat aus sich heraus krisenhaft ist, gerade weil er die Reflexion des Rechts als Vermittlung von Faktizität und Normativität blockiert. Den Grund hierfür findet er weder in einer permanenten Ausnahme vom Recht noch in einer Normalisierung der Ausnahme, sondern in der spezifischen Form des bürgerlichen Rechts als einer Ausformung des modernen Rechts.

98 Buckel bezieht sich hierbei auf Adornos Dialektik-Begriff und verweist ihn zitierend auf die »absolute Vermitteltheit eines jeglichen Seienden«, *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 244. Adorno und Horkheimer haben hingegen den Begriff der Verdinglichung in der »Dialektik der Aufklärung« von der formalen Rationalität abgelöst und auf die Naturbeherrschung des Menschen, die zur *instrumentellen Vernunft* führt, ausgeweitet: »Das Ich, das sich in der Auseinandersetzung mit den Gewalten der äußeren Natur bildet, ist das Produkt erfolgreicher Selbstbehauptung, Resultat der Leistungen instrumenteller Vernunft in doppelter Hinsicht: es ist das unaufhaltsam im Aufklärungsprozess voranstürmende Subjekt, das sich die Natur unterwirft, die Produktivkräfte entwickelt, die Welt um sich herum entzaubert; aber es ist zugleich das Subjekt, das sich selbst zu beherrschen lernt, das die eigene Natur unterdrückt, die Selbstobjektivierung ins Innere vorantreibt und darüber sich selbst immer undurchsichtiger wird«. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Band I (2019), S. 509.

99 *Buckel et al.*, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2021, S. 74.

100 »In der juristischen Terminologie drückt sich dieser echte Widerspruch [von Souveränität und Freiheit] bereits in der Doppelbedeutung des Wortes ›Recht‹ aus. Denn Recht meint einmal das objektive Recht, d.h. das vom Souverän gesetzte oder jedenfalls der souveränen Gewalt zurechenbare Recht, zum anderen den Anspruch des Rechtssubjektes«. *Neumann*, Studies in Philosophy and Social Science 1937, S. 543.

a. *Subjektive Rechte: Eine neue Rechtsform*

Ebenjene Unterscheidung zwischen dem Recht als Anspruch und dem Recht »als verpflichtendem Gesetz« bildet zunächst den Ausgangspunkt von Menkes Untersuchung. Hobbes hatte diese Unterscheidung etwa wie folgt dargestellt: »Denn *Recht* besteht in der Freiheit, etwas zu tun oder zu unterlassen, während ein *Gesetz* dazu bestimmt und verpflichtet, etwas zu tun oder zu unterlassen.«<sup>101</sup> Zur Idee eines Rechts, durch das der Staat mittels Gesetz verpflichtet, tritt, geprägt durch die vertragstheoretischen Rationalisierungen von Herrschaft, demnach das Konzept des Rechts als (vertragliche) Freiheit gegenüber anderen oder dem Staat. Während dabei das Verhältnis dieses »Dualismus – von Anspruch und Gesetz« zum Teil als »Begründungsverhältnis«<sup>102</sup> markiert wird (der rechtliche Anspruch wird dabei zum Grund des Gesetzes), widerspricht Menke dieser Vorstellung und bezieht sich dabei auf Kelsens »Einsicht, dass es Rechte nur in *Rechtsverhältnissen* gibt«<sup>103</sup>:

Der Ausgangspunkt sind nicht Rechte, sondern Rechtsverhältnisse. Das besagt erstens, daß Rechte im *Verhältnis* zu Pflichten stehen; Rechte bezeichnen Positionen innerhalb eines Verhältnisses, in dem ihnen andere normative Positionen – vereinfacht: Positionen der Verpflichtung – korrelativ zugeordnet sind. Und dies bedeutet zugleich und gegen ihr naturrechtliches Verständnis, daß Berechtigungen auch nur Gründe für Verpflichtungen *innerhalb* des jeweiligen Rechtsverhältnisses sein können: Wo es Rechtsverhältnisse gibt, ist es möglich zu sagen, daß deshalb jemand zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, *weil* ein anderer dazu berechtigt ist, dieses Verhalten zu erwarten und einzufordern; wo es Rechtsverhältnisse gibt, können Rechte Pflichten begründen.<sup>104</sup>

101 *Hobbes*, *Leviathan* (1984), S. 99.

102 Menke bezieht sich hierbei auf den Philosophen Leo Strauß: »Der rhetorische *Sinn* oder *Zweck* der Unterscheidung zwischen dem Recht und einem Recht – so deutet Leo Strauß den Liberalismus, dessen Geschichte er mit Hobbes beginnen lässt – besteht jedoch darin, den Anspruch als Grund des Gesetzes, die Rechte als Grund des Rechts zu etablieren«. *Menke*, *Kritik der Rechte* (2015), S. 24. Diese Idee verwirft Menke mit Kelsen jedoch als »ideologisch« und »die Aporie des neuzeitlichen Rechts«. Denn, entweder könnten vorrechtliche Rechte keine durchsetzbaren Rechte sein, oder, sofern sie durch Gesetz durchgesetzt werden können, sind sie nicht im eigentlichen Sinne vorrechtlich, *Menke*, *Kritik der Rechte* (2015), S. 25f.

103 »Wird so der Begriff des subjektiven Rechts wie der des Rechtssubjekts jeder ideologischen Funktion entkleidet [...], dann treten immer nur rechtliche Beziehungen zwischen Menschen, genauer zwischen Tatbeständen menschlichen Verhaltens auf, die durch die Rechtsnorm, das heißt als Inhalt der Rechtsnorm miteinander verknüpft sind«, *Kelsen*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 1931, S. 494.

104 *Menke*, *Kritik der Rechte* (2015), S. 27.

Wenn die Revolutionierung des Rechts in der Moderne aber nicht in einem Begründungsverhältnis zu finden ist, worin liegt dann die Neuerung? Der »revolutionäre Akt der modernen Politik«<sup>105</sup> ist nach Menke in der »*Revolutionierung der rechtlichen Form*« zu finden: »Sie definiert das Recht als *das Recht der Rechte*«.<sup>106</sup> Die neue Rechtsform des Rechts als Anspruch sei dazu da »Rechte zu sichern«;<sup>107</sup> anders formuliert geht es »im Recht um die normative Sicherung natürlicher, das heißt vorrechtlich bestehender, dem Recht vorhergehender und vorgegebener Strebungen und Handlungen«.<sup>108</sup> Das Natürliche sollte nach Menke also nicht als Grund der subjektiven Rechte, sondern als deren Inhalt, »deren Material«<sup>109</sup> verstanden werden. Diese Form der modernen Rechte sei entsprechend funktional und nicht normativ zu verstehen. Dass das Material der Rechte das Natürliche ist, ändert zudem die Normativität des modernen Rechts selbst. Dieser Gedanke lässt sich ganz ähnlich schon beim Rechtssoziologen Niklas Luhmann finden. Dieser bemerkte für die Entwicklung des neuzeitlichen »positiven« Rechts dessen nunmehr *funktionale* Komponente, die der Verarbeitung der steigenden gesellschaftlichen Komplexität und Ausdifferenzierung in der Moderne dient:

Als Folge dieser Entwicklung wird positives Recht so ausdifferenziert, dass es nicht mehr mit der Gesamtheit generalisierter normativer Erwartungen schlicht identisch ist. Das Recht ändert seinen Charakter. Unsere Definition des Rechtsbegriffs kann nicht mehr ontologisch, sondern nur noch funktional gemeint werden. So erklärt sich das weitverbreitete Unbehagen am positiven Recht, das Aufkommen der Frage nach der Rechtfertigung des Rechts. Gerade der *funktionale* Bezug auf kongruente Generalisierung erzwingt unter komplexen, rasch veränderlichen Strukturbedingungen diese Nichtidentität: Das Recht kann nicht mehr einfach das *sein*, was es *leisten* soll. Daran zerbricht das Naturrecht. Und ›Gerechtigkeit‹ steht als ethisches Prinzip jetzt außerhalb des Rechts.<sup>110</sup>

Auch Menke markiert die Entstehung des modernen Rechts als einen fundamentalen Bruch in der *Form* des Rechts. Diese unterscheidet sich von antiken Rechtsverständnissen: Das *griechische* Rechtsverständnis könne etwa dadurch charakterisiert werden, dass sich »das Recht als

105 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 29.

106 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 29. Historisch kontingent ist dann nicht nur der Inhalt des Rechts, sondern auch seine Form: »Der historische Unterschied [...] betrifft vielmehr die *Form der Rechte* oder die *Rechte als Form*«, Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 38.

107 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 31.

108 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 32.

109 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 32.

110 Luhmann, Rechtssoziologie (1987), S. 226.

Anspruch des einzelnen [...] in dem Recht als gerechter Ordnung«<sup>111</sup> gründe. Das *römische* Rechtsverständnis »abstrahiere«<sup>112</sup> dann zwar schon von der Sittlichkeit des Rechts in der Ausübung der Rechte, indem es den Bürgern überlässt, mit ihrem Eigentum zu machen, was sie wollen. Das, was ihnen zusteht, wird jedoch immer noch sittlich bestimmt. Von beiden Konzepten unterscheidet sich die moderne Form der Rechte: Inhalt des Rechts als Anspruch wird »die rechtliche Macht zur Ausübung von vorrechtlicher Macht«.<sup>113</sup> Das moderne Recht gründet sich demnach nicht aus einer gerechten, sittlichen Ordnung oder gewährleistet einen gerechten Anteil an Sachen. Seine Funktion besteht gerade darin, mit dem Inhalt des Rechts verfahren zu können, wie man möchte.<sup>114</sup> »Das Recht auf Außerrechtliches« wird so zum Scharnier zwischen Normativem und Faktischen: Indem das Recht einen Anspruch auf das Außerrechtliche gewährleistet, bildet es den »äußeren Rahmen für in sich selbst Unbegrenztes«.<sup>115</sup> Es integriert das Außerrechtliche.

### b. Selbstreflexion statt Ausnahme

Schon hier lässt sich ein wichtiger Unterschied zu Agambens Rechtsanalyse erkennen. Bei beiden fängt das Recht mit dem Beginn der Moderne an, sich auf Außerrechtliches zu beziehen. Bei Agamben ist dies das »nackte Leben«. Es folgt die biopolitische Immanenz westlicher Rechtsstaaten, die mittels eines *permanenten Ausnahmezustands* regieren (müssen). Auch wenn Agamben die Regierungstechnik des Ausnahmezustands sowie die Entstehung der Figur des *homo sacer* schon im Römischen Recht findet, bildet die Moderne doch einen fundamentalen Bruch, indem mit ihr das außerrechtliche nackte Leben zum Gegenstand der Souveränität und des Rechts wird. Agambens Impetus ist jedoch nicht nur ein biopolitischer. Vielmehr steht der Einbezug des nackten Lebens ins Recht für das allgemeinere Verschwimmen von Normativem und Faktischem im Ausnahmezustand:

Der Ausnahmezustand definiert einen Zustand des Gesetzes, in dem die Norm zwar gilt, aber nicht angewandt wird (weil sie keine Kraft hat) und auf der anderen Seite Handlungen, die nicht den Stellenwert von

111 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 46.

112 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 47.

113 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 53.

114 Historisch wird dieser außerrechtliche Inhalt in der bürgerlichen Gesellschaft durch das Eigentum gefüllt, Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 55. Diese Freiheit beschreibt Menke auch als »Willkürfreiheit«, vgl. Menke, MenschenRechtsMagazin 2008, S. 200.

115 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 58.

Gesetzen haben, deren ›Kraft‹ gewinnen. [...] Der Ausnahmezustand ist der anomische Raum, in dem eine Gesetzeskraft ohne Gesetz (die man jedoch Gesetzeskraft schreiben müsste) zum Einsatz kommt.<sup>116</sup>

Anders analysiert Menke das moderne Recht. Dieses stellt für ihn gerade eine *Form* dar, in der ›Recht und Außerrechtliches voneinander getrennt und miteinander verbunden‹<sup>117</sup> werden. Mehr noch bedingen sich in der Form des modernen Rechts Normativität und Faktizität, da Rechte *nur* Natürliches berechtigen und nur Natürliches *berechtigt* werden könne.<sup>118</sup> Nicht das Auseinanderfallen von Norm und Faktizität in der Ausnahme, sondern gerade die Abhängigkeit des Rechts vom Nichtrecht sei es, die das moderne Recht zu einem ›Recht in der Krise‹<sup>119</sup> mache. Das traditionelle Recht begrenzte noch das Nichtrecht: Das paidäische Recht, indem es das Nichtrecht als Stufe auf dem Weg der Versittlichung, als ›*Nochnichtrecht*‹, und das Vernunftrecht in Rom, indem es das Nichtrecht als ›Ausdruck der Spaltung der menschlichen Natur‹<sup>120</sup> und damit als ›*Nichtmehrrecht*‹ begriff. Das moderne Recht kann hingegen gar keine Begrenzung des Nicht-Rechts wollen. Vielmehr bildet das Nicht-Recht ein notwendiges Fundament des Rechts. Dies ist der Grund, weshalb das moderne Recht nach Menke ein *im positiven Sinne krisenhaftes* Recht ist. Es kann das Nichtrecht nicht begrenzen, sondern muss sich selbst durch die Unterscheidung zu diesem hervorbringen um dieses zu seinem Gegenstand zu machen; einen Schritt, den Menke als Selbstreflexion bezeichnet.<sup>121</sup> Die Ausnahme diene dabei gerade als Mittel der Selbstreflexion:

Das Recht muss nichtrechtlich werden. Es muss seine rechtliche Form durchstreichen und nicht rechtlich wirken, um Recht sein zu können. Diese Situation ist die Ausnahme. [...] Die Ausnahme ist der Moment, in dem sich die Lücke des Rechts offenbart.<sup>122</sup>

Mit dieser Lücke kann das Recht unterschiedlich umgehen. Es kann sie verleugnen oder diese ›Paradoxie selbstreflexiv vollziehen‹.<sup>123</sup> Genau das erkenne Agamben nicht. Die mangelnde Selbstreflexion des modernen Rechts in Agambens Rechtstheorie führe zu einer ›reaktionären‹ Begriffsverwendung von Norm und Faktum.<sup>124</sup> Denn während die Selbstreflexion des Rechts sowohl den Begriff der Norm als auch des Faktums verändert, indem sie sie miteinander verschränkt, lasse Agamben beides

116 Agamben, Ausnahmezustand (2004), S. 49.

117 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 63.

118 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 63.

119 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 125.

120 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 125.

121 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 126.

122 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 120.

123 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 122.

124 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 163.

in der *permanenten Ausnahme* getrennt. Die Ausnahme »definiert das Recht weiterhin so wie immer, als normative Ordnung gegenüber dem Leben«. <sup>125</sup> Mit der Selbstreflexion des Rechts ändert sich jedoch auch dessen Normativität: »Die Normativität des Rechts begreift sich in seiner Selbstreflexion als prozessual und material – als Wirksamkeit des Materiellen in der Formierung, des Faktischen in der Normierung«. <sup>126</sup>

### c. Die Rechtsform als Herrschaftsform

In diesem Sinne knüpft auch der Zweck des bürgerlichen Rechtsstaats an das »Recht auf Außerrechtliches« an. Die Herrschaft des Rechts kann der Staat nach Menke in der Moderne nicht mehr als Instanz der sittlichen Erziehung (Athen) oder mit Verweis auf diese Instanz (Rom) rechtfertigen. Da der neuzeitliche Souverän durch »vertragsförmige Einsetzung hervorgebracht worden ist«, <sup>127</sup> mangelt es ihm an einer äußeren Setzungslegitimität. Alles, womit er seine Herrschaft durchsetzen kann, sind »Befehle, unter ihnen die Regeln des Rechts«. <sup>128</sup> Gerade weil der Souverän aber durch die Menschen selbst hervorgebracht und nicht durch eine gerechte Ordnung legitimiert wurde, ist seine Herrschaft äußerlich zugleich unbeschränkt: »Der Souverän darf alles tun«, <sup>129</sup> bis auf den Menschen ihr Selbsterhaltungsrecht zu verwehren. Schmitts Souveränitäts-Begriff, bei dem »derjenige, der über die Ausnahme entscheidet«, Souverän ist, ordnet Menke deshalb als einen modernen ein. Er verfüge über den Begriff der Lücke im Recht. <sup>130</sup> Anders als seine rechtspositivistischen Kontrahenten, deren Theorien Menke mit Habermas durch ihre »Abwesenheit der Reflexion« <sup>131</sup> charakterisiert, gehe Schmitt insofern von einem reflexiven Rechtsbegriff aus. Sowohl Schmitt als auch Kelsen verfallen jedoch nach Menke einem Empirismus, der darin besteht, dass beide davon ausgehen, »dass die Freiheit der individuellen Entscheidung, des Eigenwillens, eine quasinatürliche unabhängig von Recht und Politik vorfindliche Eigenschaft der Subjekte ist«. <sup>132</sup> So versuche auch Schmitt die Ambivalenz der Lücke des Rechts zu schließen, indem er die Unterscheidung zwischen Recht und Ausnahme unberührt lässt und die Ausnahme zum Herrscher über alles erhebt.

Die Selbstreflexion des Rechts bei Menke unterscheidet sich insofern jedoch von der Idee der Souveränität bei Schmitt und Agamben, als sich

125 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 163.

126 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 162.

127 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 74.

128 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 74.

129 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 75.

130 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 128.

131 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 167.

132 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 205.

mit ihr »die Form seiner Normativität«<sup>133</sup> verändert. Diese Veränderung der Normativität könne auch Agambens spielerischer Ausweg aus der Souveränität nicht leisten. Agambens Idee, dass die Menschheit »eines Tages mit dem Recht spielen wird wie Kinder mit ausgedienten Gegenständen« trage nur solange, wie es kein »Außen« des Rechts gebe: »Aber was passiert in dem Moment des Erwachens?«<sup>134</sup>

Die bürgerliche Revolution stellt nun einen »Neuvollzug und Nachvollzug« der Form des modernen Rechts dar:

Ein Nachvollzug, weil die Hervorbringung der Form der subjektiven Rechte bereits in dem Moment begonnen hat, als die politische Herrschaft nicht mehr als schon vorhandene und durch bestehende Sittlichkeit oder die natürliche Vernunft legitimierte verstanden wurde, sondern so, dass die sich herstellen und rechtfertigen muss [...]. Der neuzeitliche Name für diese neue ›legale‹ Form der Herrschaft ist Souveränität oder Staat: Die bürgerliche Revolution vollzieht den neuzeitlichen Umbruch in Herrschaft und Recht – der schon stattgefunden hat – nach. Aber zugleich vollzieht die bürgerliche Revolution ihn *neu*, weil erst sie in der Form der subjektiven Rechte sein normatives Prinzip erkennt und es als solches, durchgehend geltendes deklariert.<sup>135</sup>

Mit der Hervorbringung des neuzeitlichen Souveräns entstehen nach Menke auch die »Aporien der bürgerlichen Verfassung«.<sup>136</sup> Der neuzeitliche Souverän, der von sittlichen Grenzen losgelöst ist, löse mit der Erklärung der Grundrechte das Soziale von der Politik. Denn, so Menke, die Grundrechte als *subjektive Rechte* nähmen den Eigenwillen des Subjekts zur Prämisse, ohne dessen Inhalt sittlich zu rechtfertigen, und werden damit in sich widersprüchlich:

Das bürgerliche Recht *vollzieht* und *verleugnet* die moderne Selbstreflexion des Rechts. Das bürgerliche Recht ist selbstreflexiv – denn es öffnet das Recht für das Nichtrechtliche. Das bürgerliche Recht ist positivistisch (und verleugnet die Selbstreflexion) – denn es lässt das Nichtrechtliche als Gegebenes gelten.<sup>137</sup>

Damit werden die subjektiven Rechte der bürgerlichen Gesellschaft zu einer »Form des Rechts, die den Akt seiner revolutionären Prozessualisierung *blockiert*«.<sup>138</sup> Dies führt einerseits zur Produktion einer »Sphäre des Sozialen von oder jenseits der Politik«.<sup>139</sup> Hierin liege die *negative Krisenhaftigkeit* des bürgerlichen Verfassungsstaats. Da sich die

133 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 129.

134 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 130.

135 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 313.

136 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 316ff.

137 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 388.

138 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 165.

139 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 318.

sozialen Zusammenhänge nicht »naturwüchsig harmonisieren«, sondern vielmehr *autonome* Zusammenhänge bildeten, die »in sich selbst die Tendenz zu einer autoritären Monopolisierung sozialer Macht«<sup>140</sup> beherbergen, werde die Autonomie des Einzelnen permanent bedroht. Der Staat reagiert, indem er in die »freien gesellschaftlichen Abläufe« interveniert.<sup>141</sup> Grundrechte als Gewährleistungsrechte und Schutzrechte seien dabei kein »Bruch mit dem Grundprinzip der bürgerlichen Verfassung«, sondern als Interventionen in die autonomen sozialen Zusammenhänge »seine konsequente Verwirklichung«.<sup>142</sup> Auf die autoritären Entwicklungen der sozialen Zusammenhänge kann der bürgerliche Verfassungsstaat andererseits nur reagieren, indem er erneut »die gleiche rechtliche Ermächtigung der Subjekte geltend [mache], die deshalb auch wiederum gegenüber der Politik selbstständige soziale Zusammenhänge hervorbringt, durch die der Kreislauf erneut beginnt«.<sup>143</sup> Hierin sieht Menke die Aporie der bürgerlichen Verfassung: Sie muss sich zwangsläufig in »(rechtliche) Normativität« und »(soziale) Effektivität«<sup>144</sup> spalten. In diesem Moment der Krise verselbstständige sich die Macht der Gouvernementalität und werde zur »bloßen Gouvernementalität«, während die rechtliche Normativität zur »reinen Normativität« werde. Damit stoppt der bürgerliche Verfassungsstaat die Selbstreflexion des modernen Rechts. In ihm stehen sich nun doch wieder Faktizität und Normativität unvermittelt gegenüber.

#### d. Rechtsform und Transformation

Menke setzt seine Problemanalyse damit an anderer Stelle als Agamben und Frankenberg an. Nicht die Ausnahme vom Recht bzw. der Rechtsanwendung führe zu dessen *negativer Krisenhaftigkeit*, sondern die moderne Rechtsform in der bürgerlichen Gestalt der *subjektiven Rechte* selbst. Das bedeutet auch, dass Menke gerade nicht eine Stärkung der Freiheitsrechte als Problemlösung sieht, sondern nur eine Veränderung der Rechtsform selbst. Das Ideal findet er in den »Gegenrechten«, die

140 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 322.

141 Menke schließt sich hier Böckenfördes Analyse zum modernen Sozialstaat an, der durch Maßnahmen etwa der Daseinsvorsorge immer wieder in die gesellschaftliche Sphäre eingreifen und die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger einschränken muss, *Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit* (2019), S. 219ff. Diese Analyse der Bedrohung des formal-rationalen Rechts durch soziale Rechte lässt sich auch schon etwa bei *Neumann, Studies in Philosophy and Social Science 1937* oder *Weber, Wirtschaft und Gesellschaft* (1964), S. 583ff. finden.

142 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 323.

143 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 332.

144 Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 333.

allein die Selbstreflexion des Rechts ermöglichen könnten. Menke weicht in Bezug auf das moderne Recht mit dem Begriff der Selbstreflexion zwar von Agambens Rechtsanalyse ab. So wie Agamben für die modernen Verfassungen ein permanentes Auseinanderfallen in reine Normativität, das heißt Recht, das nicht gilt, und reine Faktizität, das heißt Gesetzeskraft diagnostiziert, teilt Menke diese Diagnose jedoch für den bürgerlichen Verfassungsstaat: In ihm entstehen die »reinen« Kategorien des Sozialen und der Normativität.

Menke setzt in der Auseinandersetzung mit der Rechtsform dennoch stärker als Agamben einen Fokus auf das Verhältnis von Recht und Außerrechtlichem, der zunächst eine Transformation des Rechts erkennen lässt. Dabei skandalisiert er anders als Agamben nicht die Ununterscheidbarkeit von Recht und Faktum, sondern sieht im modernen Recht gerade die *progressive* Möglichkeit der Selbstreflexion. Das Recht in der Form des modernen Rechts kann über die Integration des Außerrechtlichen anders als das sittlich eingehegte Recht Selbstreflexion erlauben und damit Transformation ermöglichen. Die für die Reflexion des Rechts notwendige Spannung zwischen Normativität und Faktizität entsteht insofern erst mit der modernen Positivierung des Rechts.

Weil aber die subjektiven Rechte im bürgerlichen Verfassungsstaat in ihrer Selbstreflexion gestoppt sind, erteilt Menke, wie auch Agamben, Grund- und Menschenrechten eine Absage: In der Form der bürgerlichen *subjektiven Rechte* erzeugen sie eine *negative Krisenhaftigkeit*. Er teilt damit zwar die bereits zutage getretene Verfallsthese des Rechtsstaats (s.o.). Eine Form des Rechts, die diese negative Krisenhaftigkeit aufzulösen vermag, sieht Menke jedoch in den Gegenrechten: Unter »Gegenrechten« versteht er jene Rechte, die »den Gegensatz von Recht und Nicht-recht anders vollziehen«<sup>145</sup> und in denen die verrechtlichte Berechtigung eine andere Struktur erfährt:

Anders als das bürgerliche Recht etabliert das ›neue Recht‹ somit nicht ein positiverbares Außerhalb von rechtlichen und politischen Zusammenhängen. Das naturalisierte bürgerliche Subjekt steht jenseits des politischen Zugriffs; im Gegensatz zum kommunistischen Recht sollen die ›Gegenrechte‹ vor einer allumfassenden Zwangspartizipation am Sozialen und damit vor einer totalitären Verschließung der Politik schützen, indem sie im Recht auf die Nichtteilnahme an politischen Prozessen pochen und mit dieser Skandierung allererst Politik ermöglichen.<sup>146</sup>

Mit dem Konzept der Gegenrechte wird jedoch die kritisierte Rationalität der subjektiven Rechte in einer Art und Weise über sich hinausgetrieben, die keine Abweichung mehr vom Recht erlaubt. Hier wird der

<sup>145</sup> Fischer-Lescano *et al.*, in: Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018), S. 3.

<sup>146</sup> Flatscher/Seitz, in: Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018), S. 176.

mangelnde rechtssoziologische Zugriff Menkes auf das Recht sichtbar. Die Idee, ein neues Recht solle Nichtteilnahme berechtigen, blendet aus, dass nicht-identisches deviantes Verhalten zur rechtlichen Normativität nicht nur notwendig ist, um ein dialektisches Verhältnis von Recht und Außerrechtlichem aufrecht zu erhalten;<sup>147</sup> vielmehr produziert auch im bürgerlichen Verfassungsstaat das Recht Devianz, und das nicht nur in Form der autonomen sozialen Zusammenhänge. Menke verkennt so die Rechtswirklichkeit des Rechts als *sozialer Norm*, die sowohl angewendet als auch nicht angewendet wird – und das auch durch die Rechtssubjekte selbst. Das Verhältnis von Normativität und Faktizität ist also jenseits der rein theoretischen Ebene auch im bürgerlichen Rechtsstaat weder ein rein getrenntes noch ein rein kausales (hierzu mehr unter B II 1).<sup>148</sup>

Menke kann aber Transformationen, Ambivalenzen und Potenziale des modernen Rechts, wenn überhaupt, nur aus dem Blickwinkel seiner Theorie der bürgerlichen Verfassung nachvollziehen und dies nur im Schema der intervenierenden Reaktion auf die »autoritäre Monopolisierung sozialer Macht«; sie werden zu bloßen *Reflexen* der verdinglichten subjektiven Rechte.<sup>149</sup> Folgerichtig muss er Transformationen des Inhalts der Rechte verleugnen: Inhalt der subjektiven Rechte kann nur das verdinglichte willkürliche Wollen des autonomen bürgerlichen Subjekts sein. Das Rechtsverhältnis von anspruchsbegründenden Rechten und pflichtennormierenden Gesetzen wird so in der Form der subjektiven Rechte aufgelöst und verschwindet. Kontingenzen, Verschiebungen, Errungenschaften sowie zahlreiche andere gesellschaftliche Prozesse, die

147 »Lässt sich in Menkes Konzeption des »neuen Rechts« samt der Affirmation der inneren Widersprüchlichkeit noch so etwas wie ein Rechtsanspruch oder eine Rechtssicherheit denken? Anders gesagt: Verschwimmt hier nicht in einer problematischen Art und Weise die Grenze zwischen Rechtskonformität und Devianz? Wenn die Ordnung des Rechts selbst dergestalt zur Politik – im Sinne der Infragestellung sämtlicher Regelungen – entsetzt wird, scheint damit nicht letztlich nichts – oder nachgerade alles – mit dem Recht und der Ordnung vereinbar?« *Flatscher/Seitz*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 178.

148 In diese Richtung weist auch Buckels Kritik, die Menke vorhält, eine Rechtstheorie zu entwerfen, die nicht mehr gesellschaftlich eingebettet ist: »Denn während die Bewegung der kritischen Theorie von Horkheimer bis zum frühen Habermas durch die Überführung von Erkenntnis- in Gesellschaftstheorie bestimmt ist, beschreitet Menke den Rückweg und assimiliert gesellschaftstheoretische Fragestellungen wieder an erkenntnistheoretische.« *Buckel*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 139.

149 In diesem Sinne kann die Kritik am »Fundierungswahn«, *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 120, auch gegenüber Menke in Anschlag gebracht werden.

auf das Recht einwirken, sind, wenn überhaupt, insofern »zweitrangig«, als sie nicht die Form des Rechts selbst angreifen.

Inwiefern sich diese Statik des Inhalts des Rechts mit der tatsächlichen rechtswissenschaftlichen Dogmatik und Praxis verbinden lässt, wird kritisch diskutiert.<sup>150</sup> Indem die Ausnahme und das Außerrechtliche, wie bei Agambens Biopolitik und Frankenbergs exekutiver Willkür auf der Ebene des Staats bleiben, zeigt sich zudem auch hier ein staatszentriertes Rechtsverständnis, bei dem die Rechtssubjekte geformt werden und soziale Praxen nur über die verdinglichte Berechtigung der *subjektiven Rechte* oder als passive Objekte der Intervention durch den Staat in Menkes Theorie integriert werden. Damit affirmiert Menke einerseits die ontologischen Prämissen der absoluten Autonomie oder Passivität der Menschen im bürgerlichen Rechtsstaat<sup>151</sup> und verkennt zugleich bestehende soziale Abhängigkeiten, die das Recht auch im bürgerlichen Rechtsstaat zu einer prekären sozialen Norm machen (dazu mehr unter B III 2 a).<sup>152</sup>

150 Denninger kritisiert in diesem Zusammenhang Menkes mangelnde Kenntnis der Grundrechtsdogmatik: »Mit dieser Verengung der Perspektive allein auf die negativwertigen Möglichkeiten des rechtlich relevanten Wollens zerstört Menke die Chance, die Privatrechtsordnung ebenso wie die Verfassungsordnung insgesamt an einem Menschenbild zu orientieren, wie es dem Grundgesetz zugrunde liegt: Dies ist nämlich nicht das Bild eines ›isolierten souveränen Individuums‹, nicht das eines nur egoistischen und schon gar nicht eines nur unsittlichen oder lasterhaften, unfreien oder sklavischen Einzelnen; vielmehr hat das Grundgesetz ›die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.‹ (« *Denninger*, Kritische Justiz 2018, S. 318. Siehe hierzu auch die Kritik an der Kritik: *Menke*, Kritische Justiz 2018. Siehe zudem zur Anwendbarkeit der »Gegenrechte« auch *Fischer-Lescano et al.* (Hg.), *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018). Eine ausführliche, rechtsdogmatische Aufarbeitung findet sich bei *Kutting*, *Die Normativitätsstruktur subjektiver Rechte* (2023).

151 »Damit scheinen Passivität und Sinnlichkeit aber immer noch von der Aktivität her gedacht zu werden, als ein selbst wiederum ›aktivisches‹ Aussetzen der Aktivität, und nicht als ein Phänomen eigenen Rechts, im Sinne einer Passivität, die jeder Aktivität radikal vorausginge und nicht auf sie zurückführbar wäre.« *Flatscher/Seitz*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 180.

152 Buckel bemerkt in ihrer Kritik an Menkes subjektiven Rechten treffend: »Es geht demnach nicht lediglich um die Ermöglichung des Warentauschs durch das Recht, sondern um eine Vergesellschaftung, in welcher der soziale Zusammenhang per se prekär ist und sich erst über naturwüchsig entstehende Kohäsionstechniken herstellen kann, deren Funktionieren selbst unsicher bleibt.« *Buckel*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 133. Und weiter: »Die materialistische Konzeption will daher Prozeduren entwickeln, mit denen die Subjekte nicht nur Autor\*innen ihrer Gesetze, sondern

Der absolute Stopp der Selbstreflexion des Rechts im Verfassungsstaat scheint also nur schlüssig, wenn man die paradoxen Funktionen<sup>153</sup> des Rechts und dessen relationales Verhältnis zur Gesellschaft bzw. zum Außerrechtlichen<sup>154</sup> sowie bereits bestehende Prozeduralisierungen des Rechts ausblendet. Eine Transformation des Rechts kann aber wiederum nur mit dem Bezug auf die soziale Wirklichkeit gedacht werden, in der gesellschaftliche Akteure das Recht sowohl reproduzieren als auch transformieren können. Damit stellt sich die Frage: »Wo sind die realen sozialen Kräfte und Bewegungen, die sich eine solche Forderung auf die Fahnen schreiben oder schreiben könnten?«<sup>155</sup>

### 3. Souveräne Exklusion als Feld sozialer Kämpfe

Dementsprechend lässt sich Agambens Souveränitätskonzept auch kritisieren, weil es das Verhältnis von Recht bzw. rechtlichen Rationalitäten und staatlicher Souveränität nicht differenziert genug darstellt. Wenn die Ausnahme vom Recht einerseits die relationale Autonomie des Rechts angreift, zugleich jedoch wie das Recht selbst aus der sozialen Wirklichkeit entsteht, muss der Einfluss der sozialen Wirklichkeit auf die Ausnahme und das Recht mit in den Blick genommen werden. Inwiefern in diesem Zusammenhang die Anrufung des liberalen Rechtsstaats individuelle Emanzipation nicht nur verhindern, sondern auch ermöglichen kann, wird dabei nicht nur in Bezug auf den Einfluss kapitalistischer Produktionsverhältnisse auf das Recht diskutiert. Verdinglichte Geschlechterverhältnisse<sup>156</sup> wirken etwa als vergeschlechtlichte Rollenzuschreibungen auf das Recht. Die feministische Rechtswissenschaft hat so auf die androzentrischen Subjektkonstruktionen der liberalen Vertragsrechtskonzeptionen hingewiesen,<sup>157</sup> in

auch Autor\*innen des Netzes der sie umgebenden politischen Verhältnisse werden. Dies beinhaltet die Infragestellung der Art zu produzieren nicht weniger als etwa die Zweigeschlechtlichkeit«. *Buckel*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 138.

153 *Brown*, *Constellations* 2000.

154 »Sie müssen die ganze Bürde gesellschaftlicher Subjektivierung tragen, wohingegen die relationale Autonomie, die überhaupt erst eine gesellschaftliche Wirksamkeit des Rechts begründen kann, dethematisiert bleibt«. *Buckel*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 135.

155 *Buckel*, *Kritische Justiz* 2017, S. 473.

156 Wie die Geschlechterverhältnisse dabei etwa mit Produktionsverhältnissen verknüpft sind, sich dabei jedoch nicht auf eine Funktion für diese reduzieren lassen, lässt sich etwa bei *Harding*, *The Feminist Standpoint Theory Reader* (2004) nachlesen.

157 *Pateman*, *The Sexual Contract* (1988); *Baer/Sacksosfsky*, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 11.

denen das männliche Subjekt als universelles Rechtssubjekt gesetzt wird, und gleichzeitig unter dem Stichwort »Dilemmata des Rechts«<sup>158</sup> oder »Paradoxien des Rechts«<sup>159</sup> die ambivalenten Effekte rechtlicher Kämpfe benannt (vgl. hierzu C IV 2). Das Dilemma besteht dann darin, dass die Anrufung des Rechts(-Staats) zugleich vergeschlechtlichte Herrschaft einschränkt und reproduziert. Indem das Recht Differenzen generalisiert, etwa »Frauen«-Rechte kodifiziert, konstruiert es neue vermeintlich differenzfreie Kategorien, wie etwa »die Frauen«.<sup>160</sup> Die ambivalenten Effekte des Rechts und des Rechtsstaats zwischen universeller Normativität und faktischer Differenz lassen sich auch auf einer anderen größeren Ebene, der Ebene der Menschenrechte, in Bezug auf die Form des Rechtsstaats als Nationalstaat feststellen. In Bezug auf die historisch entstandene Rationalität territorialer Souveränität (hierzu mehr unter C II 1 a) drängt sich zunächst die Spannung zwischen rechtlicher Normativität und Faktizität in der Durchsetzung der Menschenrechte als subjektiven Rechten im Territorialstaat auf. Menke hatte diese Spannung als eine Spannung zwischen subjektiven Rechten und dem Gesetz beschrieben, bei dem die Idee vorstaatlicher Rechte ohne ein staatliches Gesetz, dass diese umsetze, ins Leere laufen müsse (s.o.). Hannah Arendt hat dieses Dilemma, das daraus entsteht, dass universelle Normen (Menschenrechte) durch faktische Institutionen (Nationalstaaten) umgesetzt werden müssen, wie folgt charakterisiert:

Daß es so etwas gibt wie ein Recht, Rechte zu haben [...] wissen wir erst, seitdem Millionen von Menschen aufgetaucht sind, die dieses Recht verloren haben und zufolge der neuen Organisation der Welt nicht imstande sind, es wiederzugewinnen. [...] Bevor sich dies ereignete, wurde das, was wir heute als ein ›Recht‹ zu betrachten gelernt haben, eher als ein allgemeines Kennzeichen des Menschseins angesehen und die Rechte, die hier verlorengehen, als menschliche Fähigkeiten.<sup>161</sup>

158 *Baer*, *Kriminologisches Journal* 1996.

159 *Brown*, *Constellations* 2000; *Holzleithner*, *Kritische Justiz* 2008, S. 252.

160 Siehe hierzu *Baer*, *Kriminologisches Journal* 1996; *Minow*, *Making All the Difference* (1990), S. 19ff. Darüber hinaus kann die Verrechtlichung politischer Kämpfe die Kritik, etwa an staatlicher Herrschaft, delegitimieren. *Holzleithner* stellt etwa in Bezug auf die Umsetzung des Rechts durch den Staat zur Bekämpfung häuslicher Gewalt fest: »Die Umsetzung von Recht im Bereich von Gewalt und Diskriminierung ist notorisch ungenügend und führt häufig zu weiteren Verletzungen. Durch den Einsatz von Recht wird die Macht des Staats befördert und die Anwendung von Gewalt legitimiert. Ist dieser Preis zu hoch?« *Holzleithner*, *Kritische Justiz* 2008, S. 256. Ein Überblick über feministische Staatskritik findet sich bei *Ludwig et al.* (Hg.), *Staat und Geschlecht* (2009). Zu den Prozessen der Verrechtlichung und Ausschließung als Transformationsbedingung des Rechts, siehe B III 2.

161 *Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (2003), S. 614f. Die von Arendt benannte Aporie der Menschenrechte bildet auch heute noch

Was Arendt als Aporie der Menschenrechte problematisiert ist demnach ein Rechtsbegriff subjektiver Rechte, der suggeriert, an natürliche, vorstaatliche Eigenschaften anzuknüpfen, und verkennt, dass es eine rechtliche »Sphäre, die über den Nationen stünde« vorläufig nicht gibt.<sup>162</sup> Es handelt sich dabei aber nicht um ein praktisches Problem, das sich nach Arendt auflösen ließe, wenn man die Gemeinschaft, die die Rechte gewährleistet, auf eine Weltgemeinschaft erweitere. Vielmehr zeigt sich laut Arendt hierin ein grundlegendes Problem, das in ebenjener Aporie der modernen Rechtsauffassung liege, die nicht mehr auf religiöse, transzendente Maßstäbe zurückgreifen kann:

Wir begegnen hier auf höchst reale Weise einer der ältesten Aporien der politischen Philosophie, die uns nur so lange verborgen bleiben konnte, als eine unerschütterte christliche Theologie den Rahmen für alle politischen und philosophischen Probleme abgab, die aber bereits Plato dazu veranlasste, zu sagen: »Nicht der Mensch, sondern ein Gott muss das Maß aller Dinge sein«. Unsere neuesten Erfahrungen und die sich aus ihnen ergebenden Reflexionen muten wie eine verspätete ironische Bestätigung der berühmten Argumente an, die Edmund Burke einst der Erklärung der Menschenrechte durch die Französische Revolution entgegengehalten hat. Sie scheinen gleichsam experimentell zu beweisen, dass Menschenrechte nichts sind als eine sinnlose »Abstraktion«, dass sich Rechte wie eine »überkommene Erbschaft« tradieren, die man Kindern und Kindeskindern weitergibt wie das Leben selbst, und dass es politisch sinnlos ist, seine eigenen Rechte als unveräußerliche Menschenrechte zu reklamieren, da sie konkret niemals etwas anderes sein können als »die Rechte eines Engländers« oder eines Deutschen oder welche anderer Nation immer. Die einzige Rechtsquelle, die bleibt, wenn die Gesetze der Natur wie die Gebote Gottes nicht mehr gelten sollen, scheint in der Tat die Nation zu sein.<sup>163</sup>

Agamben wendet diese von Arendt beschriebene Aporie der Menschenrechte in eine spezifische Richtung und gibt auf die Frage nach den Potenzialen der Menschenrechte eine eindeutige Antwort: Es gibt keine. Menschenrechte sind dazu verdammt, biopolitische Herrschaft und das nackte Leben durch den Souverän zu reproduzieren. Diese fatale Analyse der Menschenrechte wirkt vor dem Hintergrund der Tatsache verständlich, dass das Zeitalter der Entstehung von Menschenrechten zeitgleich das Zeitalter des radikalen Bösen<sup>164</sup> ist, die Entstehung des modernen

den Ausgang philosophischer Auseinandersetzungen zum Subjekt der Menschenrechte, vgl. etwa *Balibar*, *South Atlantic Quarterly* 2004, S. 314; *Barbour*, in: *Hannah Arendt and the Law* (2012). Zur Möglichkeit einer Politik der Menschenrechte, siehe *Rancière*, *South Atlantic Quarterly* 2004.

162 Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (2003), S. 618.

163 Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (2003), S. 618f.

164 Zum Begriff des radikalen Bösen bei Arendt siehe *Thürmer-Rohr*, in: *Arendt-Handbuch* (2011); *Bernstein*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*

Rechts als Menschenrecht mit dem Zeitalter des Kolonialismus und der Shoa mit der Abwertung zahlreicher Menschen als Nicht-Menschenrechtssubjekte einherging und auch heute noch eine Kluft zwischen dem Versprechen universeller Menschenrechte und der faktischen Lebenssituation eines großen Teils der globalen Bevölkerung besteht.<sup>165</sup> (Menschen) Recht ist kein automatischer Garant für gesellschaftliche Emanzipation. Dies ergibt sich sowohl aus seinem gesellschaftlichen Ursprung, dessen Rationalitäten mitunter kritisiert werden müssen, als auch daraus, dass Recht nicht mit seiner Anwendung gleichzusetzen ist (dies gilt nicht nur für die Frage von Menschenrechten in einer globalen Welt der Nationalstaaten, sondern auch auf mikrosoziologischer Ebene für das Recht als soziale Norm; siehe hierzu S. 89ff.). Konzepte des Rechts, die dieses als Heilsbringer etablieren,<sup>166</sup> müssen insofern dann kritisch betrachtet werden, wenn sie die zuvor genannten Ambivalenzen verleugnen. Sollten Menschenrechte deshalb jedoch als gescheitertes Projekt verworfen werden? Die Politikwissenschaftlerin Ayten Gündoğdu widerspricht dieser Ansicht. In ihrem Buch *Rightlessness in an Age of Rights* entwickelt sie eine Analyse der Menschenrechte und ihrer Krise, die die Tatsache, dass Menschenrechten Ausschlüsse immanent sind, weder verleugnet noch zum Anlass nimmt, die Idee universeller Menschenrechte als gescheitert ad acta zu legen. Agambens Analyse der (Menschen-)Rechte setzt sie eine Konzeption der Menschenrechte entgegen, die im Anschluss an Arendt ihren Blick weg vom territorialen Souverän und hin zur transformativen Potenzialität der Menschenrechte wendet. Während Frankenberg und Menke dabei in einer autonomen Rechtsform verbleiben, die sich vom Außen des Rechts abgrenzen muss (Menke tut dies zumindest in Bezug auf die bürgerliche Gesellschaft), beobachtet Gündoğdu wie die Normativität des Rechts (auch in bürgerlichen Verfassungsstaaten) durch politische Praxen transformiert werden kann und dabei unberechenbare Effekte auf die Rationalität territorialer Souveränität erzeugt. Gündoğdu erschüttert damit ebenjene Annahme Burkes, dass die einzige Rechtsquelle der subjektiven Rechte die Nation sein könne, und weist auf ein

2007. Als »banal« analysierte sie das Böse prominent in *Arendt, Eichmann in Jerusalem* (2017).

165 Zur Kritik der Menschenrechte vor dem Hintergrund eines (post-)kolonialen Universalismus siehe *Upendra Baxi, The Future of Human Rights* (2008), S. 33ff., 115ff. m.w.N. Baxi nennt das Zeitalter der Menschenrechte dennoch »An Age of Radical Evil as well as an Age of Human Rights«, *Baxi, The Future of Human Rights* (2008), S. 27ff.

166 »Die Frage nach den Versprechungen des Rechts ist vielschichtig. Offensichtlich gibt es hier mächtige Zuschreibungen, besonders deutlich an das Verfassungsrecht und an Menschenrechte. Sie sollen sogar sehr große Versprechungen einlösen, Menschheitsträume sollen in Erfüllung gehen, Epochen wird statuiert«. *Baer, Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2016, S. 216.

komplexes Verhältnis zwischen rechtlicher Normativität und Faktizität im Nationalstaat hin. Beispiele hierfür findet sie dabei im Bereich der illegalisierten Migration.

*a. Das Dilemma der Menschenrechte im Nationalstaat*

Dabei bildet die Feststellung, dass im »Zeitalter der Rechte«<sup>167</sup> Millionen von Migrierenden die Erfahrung machen müssen, an den Grenzen der Nationalstaaten in einem »bürokratischen Niemandsland«<sup>168</sup> gefangen zu sein, den Ausgangspunkt von Gündoğdu theoretischer Arbeit. Grund dieses Phänomens sei das von Hannah Arendt bereits formulierte Paradox, dass Nationalstaaten immer noch zugleich Garanten und Verletzende der Menschenrechte sind. Seit dem zweiten Weltkrieg haben sich Menschenrechte so einerseits weltweit institutionalisiert: Als »lingua franca des globalen moralischen Denkens«<sup>169</sup> hätten sie auch die Herrschaft staatlicher Souveränität transformiert. Staaten könnten sich nach Gündoğdu in Bezug auf die Einhaltung der Menschenrechte nun nicht mehr auf ihre territoriale Souveränität zurückziehen, sondern müssten sich vor einer internationalen Gemeinschaft rechtfertigen, sofern sie Menschenrechte missachten.<sup>170</sup> Dem stehe jedoch nach wie vor die mangelnde Anwendung der Menschenrechte entgegen, die Gündoğdu mit Seyla Benhabib insbesondere in Bezug auf Asylantragsstellende, Geflüchtete und illegalisierte Migrierende ausmacht. Diese lebten, wie Benhabib zurecht sage, »am Rande aller Rechtsregime und offenbaren den blinden Fleck des Menschenrechtssystems, an dem Rechtsstaatlichkeit sich in ihr Gegenteil verkehrt: Den Ausnahmezustand und die alltägliche Gefahr der Gewalt«.<sup>171</sup> Hannah Arendts Kritik der Menschenrech-

167 *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 8.

168 [»bureaucratic netherworld«, Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 2.

169 *Ignatieff et al.*, *Human Rights as Politics and Idolatry* (2003), S. 53.

170 *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 8. Baxi spricht in diesem Zusammenhang auch von Menschenrechten als einer »Grammatik des Regierens«: »The normative human rights languages and logics offer conceptions of ›good‹ governance that seek to assure overall human rights integrity of state apparatuses and conduct; at a meta-level, these languages, and logics address the problem of legitimacy of the power to rule«. *Baxi*, *The Future of Human Rights* (2008), S. 16.

171 [»exist at the limit of all rights regimes and reveal the blind spot in the system of rights, where the rule of law flows into the opposite: the state of exception and the ever-present danger of violence«. Übersetzung A.E.], *Benhabib*, *The Rights of Others* (2004), S. 163. Ähnlich auch *Baxi*, *The Future of Human Rights* (2008), S. 8.

te bleibe hier insofern aktuell, als sie zu der Frage drängt, inwiefern das aktuelle internationale Menschenrechtssystem trotz seiner Entwicklungen weiterhin Ausschlüsse bestimmter Menschen reproduziert. Denn um Menschenrechte im Sinne eines politischen Konzepts umzusetzen, bedürfe es immer noch politischer Gemeinschaften oder Institutionen. Dies führe zu dem bekannten von Arendt formulierten Dilemma, das daraus bestünde, dass Menschenrechte ein universales Rechtssubjekt besäßen, aber für ihre Umsetzung partikuläre Menschenrechtseinrichtungen bräuchten:

Rechte bedürfen künstlicher Erfindungen wie Gesetzen und anderen institutionellen Strukturen um Gleichheit und Freiheit effektiv garantieren zu können. Jedoch können die Institutionen, die wir aufbauen, um eine relativ andauernde Garantie zu haben, dazu führen eben jene Rechte zu zerstören.<sup>172</sup>

Das von Arendt aufgeworfene Paradox sieht Gündoğdu jedoch nicht als Grund, die Menschenrechte zu verwerfen. Vielmehr verweist Gündoğdu auf Arendts Verortung in der Tradition des sokratischen Denkens. Dieses sei aporetisch: Es hätte keine finalen Antworten zur Folge, die die Perplexitäten eines philosophischen Problems ein für alle Mal auflösen. Vielmehr bildet das sokratische Denken eine »anziehende Alternative zu vorherrschenden philosophischen Traditionen, die annehmen, Denken müsste zwangsweise in einer Sicherheit enden«. <sup>173</sup> Arendt gehe es also nicht darum, die Ambivalenz der Menschenrechte aufzulösen, indem sie diese etwa wie Bentham zu einer rechtlichen »Natur« erkläre oder wie Burke auf Rechte aufgrund der Abstammung reduziere (s.o.). Es geht Arendt nach Gündoğdu auch nicht darum, Menschenrechte zu einem »dead end« zu erklären, wie Jacques Rancière es in seiner Interpretation von Arendts Menschenrechtskritik tue. <sup>174</sup> Vielmehr stehen in Arendts Denken die grundlegenden Spannungen und Ambivalenzen in der Idee der Menschenrechte im Vordergrund. Aus diesem Grund widerspricht Gündoğdu Agambens Arendt-Rezeption. Dieser teile mit Arendt die

172 [»Rights are in need of artificial inventions such as laws and other institutional structures to offer effective guarantees of equality and freedom. However, the institutions that we establish in order to have relatively permanent guarantees can end up destroying these rights«. Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 43. Gündoğdu nennt in diesem Zusammenhang den »autonomen Charakter« der Menschenrechte, den Balibar ihnen in Anlehnung an Arendt zugeschrieben hat. *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 43.

173 [»an appealing alternative to the predominant philosophical tradition that assumed thinking must necessarily result in certainty«, Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 33.

174 *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 56.

Offenlegung immanenter Ambivalenzen der Menschenrechte, sehe sie jedoch einzig und allein als Funktionen des biopolitischen Souveräns. Aus diesem Grund muss er »alle Konzepte, die mit Souveränität verknüpft sind [ablehnen], inklusive Staatsbürgerschaft und Menschenrechte, da er eine Kritik entwickelt, die letztendlich die komplexe, ambivalente Geschichte der Konzepte auslöscht«. <sup>175</sup> Stattdessen gilt es, die »multiplen, mehrdeutigen und kontingenten Effekte« <sup>176</sup> der Menschenrechte sichtbar zu machen.

### b. Menschenrechte, Souveränität und Politik

Welche Rolle spricht Gündoğdu den Menschenrechten in Bezug auf Souveränität zu? Wichtig ist hierbei zunächst, dass Gündoğdu Menschenrechte, anders als Menke, durchaus als Form von Politiken und Anti-Politiken begreift. Indem sie »Arendt gegen Arendt« liest, <sup>177</sup> weicht sie deren scharfes Politikverständnis auf, das diese in *The Human Condition* <sup>178</sup> entwickelte und bei dem sie das Politische vom Sozialen getrennt sehen wollte. Gündoğdu propagiert hingegen einen Arendtschen Politik-Begriff, bei dem

›Politik‹ [...] keinen separaten Bereich mit seinen unterschiedlichen Themen und Akteuren [bezeichnet]; stattdessen umfasst der Begriff Praktiken der Verwirklichung von Freiheit, verstanden als die Fähigkeit, etwas Neues zu beginnen und Prozesse zu unterbrechen, die als selbstverständlich angesehen wurden. <sup>179</sup>

175 [›renounces all concepts tied to sovereignty, including human rights and citizenship, since he offers a critique that ends up erasing the complex, ambivalent, and contingent histories of these concepts«. Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 51.

176 [›multiple, equivocal, and contingent effects«, Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 53. Siehe hierzu auch *Liska*, in: *Hannah Arendt and the Law* (2012), S. 97. Relevant ist in diesem Zusammenhang auch Arendts Bezugnahme auf das Römische Recht und dessen Unterscheidung von *nomos* und *lex*: »As Arendt understands them, *nomos* and *lex* have contrary referents and connotations. Pre-political and a product of fabrication, *nomos* involves setting boundaries, inscribing limits and closing down spaces; directly political and the result of praxis proper, *lex* implies opening up, reaching out and instituting new relationships«. *Breen*, in: *Hannah Arendt and the Law* (2012), S. 31.

177 *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 56.

178 *Arendt*, *The Human Condition* (1998).

179 [››politics‹ does not denote a separate realm with its distinct set of issues and actors; instead, it encompasses practices of enacting freedom understood as the capacity to begin something new and interrupt processes that were taken

Zu diesen gehöre die Unterscheidung von Politischem und Sozialem ebenso wie die Unterscheidung von Öffentlichem und Privatem. In diesem Sinne sind Menschenrechte dann politisch, wenn sie diese Unterscheidungen hinterfragen. Wie kann es aber zu einer Politisierung des Sozialen kommen? Gündoğdu weist hier auf die von Arendt erwähnten Nebeneffekte der politischen Emanzipation der modernen Arbeiter hin. Anders als Marx, der diese Emanzipation aufgrund der sozioökonomischen Ungleichheiten als illusorisch entlarven wollte, stellt Arendt die »wichtigen Nebeneffekte«<sup>180</sup> dieser politischen Emanzipation in den Vordergrund, die dazu geführt hätten, dass ein neuer Teil der Bevölkerung »in der Öffentlichkeit *erschien*«. Anders als die Sklaven, die keinerlei Rechte besaßen, gelang es der Arbeiterbewegung so, ihre Anliegen zu politisieren und eine »störende, radikal transformierende Kraft« zu entwickeln.<sup>181</sup>

In einer ähnlichen Weise konnten laut Gündoğdu staatenlose Migrantinnen und Migranten ihre Interessen politisieren. Diese sieht Gündoğdu jedoch zunächst mit der Herrschaft nationaler Souveränitätspolitik konfrontiert. Anhand des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte N. v. UK<sup>182</sup> veranschaulicht sie, wie Nationalstaaten ihre territoriale Souveränität gegen die Menschenrechte der Migrierenden uneingeschränkt durchsetzen können. Im Fall N. v. UK klagte eine HIV-positive Uganderin gegen die bevorstehende Abschiebung mit dem Verweis auf ihre körperliche Unversehrtheit. N. war auf die Behandlung mit antiretroviralen Medikamenten angewiesen, ohne die ihre Lebenserwartung auf unter ein Jahr geschätzt wurde. Obwohl die medikamentöse Behandlung in Uganda nicht verfügbar war, entschied der EGMR, dass die Abschiebung nicht zu einer unmenschlichen Behandlung nach Art. 3 EMRK führe. Laut Gündoğdu zeigt das Urteil die »tief verankerten Spannungen zwischen den Prinzipien der Gleichberechtigung und der territorialen Souveränität im Menschenrechtssystem«.<sup>183</sup> Die Menschenrechtsanwendung der Nationalstaaten fände nicht nur »im Bereich von

to be automatic«. Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 56.

180 [»important side effects«, Übersetzung A.E.] *Arendt*, *The Human Condition* (1998), S. 217.

181 [»*appeared* in public«; »disruptive, radically transformative power«, Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 85. Gündoğdu vergleicht diese Analyse mit Rancières Konzept der Polizei und dessen Betonung der Wirksamkeit politischer Rechte, *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 86.

182 EGMR, Urt. v. 27.05.2008 – 26565/05 (N./Vereinigtes Königreich).

183 [»deeply embedded tensions between the principles of equal personhood and territorial sovereignty in human rights law«. Übersetzung A.E.], *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 109.

Schmerz und Tod«<sup>184</sup> statt, sondern erschiene darüber hinaus angesichts der Frage, wann eine Menschenrechtsverletzung als schwerwiegend genug betrachtet wird, um die territoriale Souveränität einzuschränken, höchst willkürlich.<sup>185</sup> Zudem verblieb die menschenrechtliche Argumentation – sogar die der abweichenden Meinung im Urteil des EGMR – im Bild der »humanitären Ausnahme«<sup>186</sup> von der territorialen Souveränität. Diese humanitäre Argumentation reproduziere einen Diskurs emotionalen Mitleids, der N. als leidendes Opfer zeichnete und es erschwerte, N. als Rechtspersönlichkeit zu hören.<sup>187</sup> Andere Ambivalenzen ließen sich im Fall *Saadi v. UK* beobachten.<sup>188</sup> Der Fall gelangte 2008 vor den EGMR, als der irakische Arzt Shayan Baram Saadi nach seiner Asylantragsstellung am Heathrow Airport aufgrund seiner illegalen Einreise für 12 Tage inhaftiert wurde. Der EGMR bestärkte das souveräne Recht der Nationalstaaten auf Migrationssteuerung und sah in der Inhaftierung keine Menschenrechtsverletzung nach Art. 5 EMRK. Als problematisch betrachtet Gündoğdu die Begründung des Urteils: Dieses verwies auf das »Interesse der betroffenen Person« auf eine möglichst schnelle Entscheidung über den Asylantrag und setzte somit ein Primat der administrativen Notwendigkeit, bei der die Betroffenen nicht als Rechtssubjekte sondern Rechtsobjekte betrachtet würden.<sup>189</sup> Gleichzeitig weise auch hier die menschenrechtliche Argumentation der abweichenden Meinung grundsätzliche Limitierungen auf: »Diese kritisierten das Urteil hauptsächlich dafür, dass es die Grenzen zwischen Asylantragsstellenden und anderen Migrierten verwischte.«<sup>190</sup> Die Rechtspersönlichkeit von Migrantinnen und Migranten wurde so zu einer »geschichteten Kategorie«: Während die Inhaftierung Asylantragsstellender moralisch stark skandalisiert wurde, blieb der Großteil der Migrierenden der territorialen Souveränität schutzlos ausgeliefert.<sup>191</sup>

184 Cover, *The Yale Law Journal* 1986, S. 1601.

185 Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 113.

186 [»humanitarian exception«, Übersetzung A.E.] Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 114.

187 Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 116.

188 EGMR, Urt. v. 29.01.2008 – 13229/03 (Saadi/Vereinigtes Königreich).

189 Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 122.

190 [»They attacked the decision mainly for blurring the distinctions between asylum seekers and other migrants«, Übersetzung A.E.] Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 123.

191 [»stratified category«, Übersetzung A.E.] Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 124.

## c. Potenzialität der Menschenrechte

Diese souveräne Exklusion bedeutet nach Gündoğdu jedoch nicht, dass die von ihr Betroffenen sich ergeben unterordnen. Vielmehr spricht sie sich gegen die »verhängnisvolle Notwendigkeit«<sup>192</sup> von Agambens Menschenrechtstheorie aus, nur eine Politik jenseits der Menschenrechte anstreben zu können. So übersehe er die Potenzialität<sup>193</sup> der Menschenrechte und des Rechts allgemein, die sich nicht in ihren historischen und konkreten Verwirklichungen erschöpfe. Diese Potenzialität erkennt Gündoğdu insbesondere in der französischen *sans-papier* Bewegung. Die *sans-papier* Bewegung entstand in den 1990er Jahren, als illegalisierte Migrantinnen und Migranten begannen, unterschiedliche Kirchen in Paris zu besetzen, um Zugang zu Rechten wie dem Recht auf Aufenthalt zu fordern. Erstaunlich war hierbei, dass es sich bei den rechtlichen Forderungen nicht um solche handelte, die bereits in bestehenden Menschenrechtsverträgen angelegt waren, sondern dass sie über diese hinaus gingen. Da sie keinen legalen Aufenthaltsstatus besaßen, brachten sie sich mit jeder politischen Aktion in der Öffentlichkeit in die Gefahr einer Abschiebung. Dennoch veröffentlichten sie ein Manifest, in dem sie ihre Rechte »deklarierten«. Gündoğdu weist hier auf Arendts Konzept der »new beginnings« hin. Rechte und Souveränität, so Gündoğdu im Anschluss an Arendt, bräuchten nicht die Legitimation durch eine absolute göttliche oder weltliche Quelle, sondern die konstante Bestätigung durch »politische Praxen, die das in der Gründung manifestierte Prinzip erneut aufgreifen und ergänzen«. <sup>194</sup> Indem die *sans-papier* ihre Rechte deklarierten, widersprachen sie ihrem Ausschluss und der Idee von Menschenrechten als Bürgerrechten und erweiterten die normative Annahmen über die Rechtssubjekte der Menschenrechte. Die politischen Aktionen der *sans-papier* wurden zunächst durch die Polizei strikt unterbunden. Dennoch lösten sie eine globale Bewegungswelle aus und führten zu neuen Konzepten, die die

192 [»fated necessity«, Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, *Contemporary Political Theory* 2012, S. 14.

193 Gündoğdu verweist hier auf Aristoteles Begriff der Potenzialität. Der Begriff der Potenzialität (Latenz) bei Aristoteles, den Agamben selbst rezipiert, lässt sich ihrer Meinung nach nicht mit der Idee einer verhängnisvollen Notwendigkeit der Menschenrechte, biopolitische Souveränität zu reproduzieren, vereinbaren. Siehe hierzu auch Brunhöber: »Agamben betont im Gegensatz zur herkömmlichen Aristoteles-Interpretation, dass die Potenz theoretisch nicht nur das Vermögen, das im Akt verwirklicht wird, sondern auch das Vermögen, nicht zum Akt überzugehen, umfassen muss«, *Brunhöber*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008, S. 118.

194 [»political practices that reenact and augment the principle manifested in the founding«, Übersetzung A.E.], *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 182.

Dichotomie von Bürgerschaft und Nicht-Bürgerschaft aufhoben: »*sans-papiers*’ actions can be best described as political practices of founding, as they bring forth new subjects, propose new rights, and push already existing rights beyond their instituted formulations«. <sup>195</sup> Hierin zeige sich die Potenzialität der Menschenrechte: Sie lösen »mehrdeutige und unvorhersehbare Effekte« <sup>196</sup> aus, mit denen Menschenrechte »jenseits des Rahmens der territorialen Souveränität« <sup>197</sup> gedacht werden können. Das Menschenrechtsverständnis in dem Verständnis der *sans-papier* orientiert sich demnach nicht an konkreten Menschenrechtsverträgen. Vielmehr wird hier ein Bezug auf Menschenrechte als transnationaler, geteilter Bezugsrahmen, als politische Praxis universeller Gleichheit sichtbar. Dieser Rahmen ist nicht deckungsgleich mit völkerrechtlich etablierten Menschenrechten, bezieht sich jedoch auf deren Existenz als weiterzuentwickelndes Fundament. <sup>198</sup>

#### *d. Autonomie der Migration als Transformationsmoment territorialer Souveränität*

So ermöglicht Gündoğdu einen Blick auf das Recht und den Rechtsstaat, bei dem die souveräne Exklusion durch den nationalen Rechtsstaat keinesfalls statisch bleibt. Recht entwickelt im Rechtsstaat eine Autonomie, lässt sich jedoch nicht auf diese reduzieren. Seine Normativität wird durch die Vielzahl an Praxen, die sich auf das Recht beziehen, verändert. <sup>199</sup> Während Menke die Frage nach der Transformation

195 Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 191.

196 Gündoğdu, *Contemporary Political Theory* 2012, S. 18; Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 53.

197 Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 211.

198 Baxi unterscheidet etwa unterschiedliche Aspekte der Menschenrechte, darunter »Human Rights as Ethical Imperatives«, »Human Rights as Grammar of Governance«, »Human Rights as Languages of Global Governance«, »Human Rights as Insurrectionary Praxis«, »Human Rights as Juridical Production« sowie »Human Rights as ›Culture‹«, Baxi, *The Future of Human Rights* (2008), S. 12ff. In diesem Sinne bezieht sich die Bewegung der *sans-papiers* auf Menschenrechte als widerständige Praxis und »pluralisiert« das Verständnis von Menschenrechten »far beyond doctrinal disputations concerning ›relativism‹ and ›universality‹«, Baxi, *The Future of Human Rights* (2008), S. 20. Siehe hierzu auch Besson, in: Hannah Arendt and the Law (2012).

199 »In any event, the formations of the addressees, contents, and scope of human rights and obligations remain contested terrains, on which the power of politics for human rights warily, and warily, unfolds. Politics for human rights is extraordinarily diverse [...] precisely when the communities of the

und den Akteurinnen der Transformation unbeantwortet lässt, eröffnet Gündoğdu hier eine Menschenrechtsanalyse im Nationalstaat, bei der Menschenrechte Subjekte und soziale Wirklichkeiten formen und zugleich von ihnen geformt werden.

In Bezug auf die souveräne Exklusion vom Recht kann mit Gündoğdu gezeigt werden, dass auch diese Gegenstand sozialer Kämpfe ist. Anders als Agamben stehen die vom Recht ausgeschlossenen Einzelnen nicht rein passiv einer allmächtigen autonomen Souveränität gegenüber. Ihnen steht die Möglichkeit der Politisierung offen, sie können im Sinne der »new beginnings« neue Impulse für die Normativität des Rechts setzen. Auch außerhalb staatsbürgerlicher Rechte stehende Migrationsbewegungen können dabei auf das Verhältnis zwischen der Prämisse territorialer Souveränität und (Menschen-)Rechten einwirken und dabei ihnen gegenüber eine eigene Autonomie entwickeln. Migration ist damit nicht die letzte Bastion<sup>200</sup> einer natürlich gegebenen nationalstaatlichen Souveränität, sondern eines Wissens-Macht-Komplexes<sup>201</sup> der »Souveränität«. In der kritischen Migrationsforschung wurden in diesem Zusammenhang Debatten geführt, die die vielschichtigen Handlungsmöglichkeiten von Migrierenden sichtbar und die gängige Dichotomie über sie als »Schurken« oder »Opfer«<sup>202</sup> dekonstruieren: Unter dem bereits in der Einleitung erwähnten Begriff der *Autonomie der Migration*<sup>203</sup> wurde

disempowered seek to assume equal partnership with state actors in the production of human rights norms and standards and their futures«. *Baxi, The Future of Human Rights* (2008), S. 120f.

200 *Dawergne, Making People Illegal* (2008), S. 2f.

201 Hierzu mehr unter B IV 3 a.

202 *Bojadžijev, Zeitschrift für Kulturwissenschaft* 2011, S. 140.

203 Zur Begriffsherkunft siehe Binder, Ege und Färber, die sie »beiläufig, im Diskussionszusammenhang des Postoperaismus« verorten, *Binder et al., Zeitschrift für Kulturwissenschaften* 2011, S. 136. Vgl. hierzu auch die in der Einleitung der Arbeit erwähnte Theorie zur Multitude bei *Hardt/Negri, Empire* (2002). Sonja Buckel hat die Autonomie der Migration wie folgt beschrieben: »Der technokratische Glaube der Planungseuphorie fordristischer Staaten, ihre Regulierungsversuche könnten das Verhalten der ›Steuerungsobjekte‹ unmittelbar beeinflussen, sodass man Migration ›wie einen Wasserhahn durch angemessene Politik auf- und zudrehen‹ könnte, stellte sich als Illusion heraus (Castles 2005: 13). Denn Migration ist ein sozialer Prozess mit einer eigenen Dynamik, der nicht individuell, sondern in Migrationsnetzwerken erfolgt, in denen Familie und Gemeinschaft eine große Rolle spielen. [...] Restriktive Migrationsgesetze und gefährliche Reisewege erscheinen angesichts der Lebenssituation im globalen Süden oft als ›einfach eine weitere Barriere, die es zu überwinden gilt, um zu überleben‹ (ebd.: 15)«. *Buckel, Welcome to Europe* (2013), S. 53f. In der deutschen kritischen Migrationsforschung hat sich die Auffassung einer eigenständigen Dynamik von Migrationsbewegungen entsprechend etabliert: *Bojadžijev/*

ein Migrationsverständnis entwickelt, bei dem »die Perspektive der Migration« eingenommen und ein transnationales Migrationsverständnis etabliert werden sollte, das sich vom staatszentrierten Blick der Handlungsmacht durch Rechte abwendet. Migration im Sinne der *Autonomie der Migration* ist »kein Projekt Einzelner, sondern ein Prozess, der auf translokalen Netzwerken und einer globalen Bewegung aufruhet«. <sup>204</sup> Diese Perspektive macht die Vielschichtigkeit des Verhältnisses von Nationalstaaten und Migrierenden sichtbar. Statt eine Viktimisierung der Migrierenden zu wiederholen, und Migrationsbewegungen dann als »erfolgreich« zu proklamieren, wenn ihnen eine Anerkennung staatsbürgerlicher Rechte folgt, kann mit dem Fokus auf die *Autonomie der Migration* deutlich gemacht werden, »dass Handlungsspielräume auch unter Bedingungen der Entrechtung existieren, wenngleich diese immer erkämpft werden müssen«. <sup>205</sup> Dem Konzept der Autonomie der Migration liegt demnach ein Politik- und Staatsverständnis zugrunde, das sich von Agambens Zentrierung auf die Souveränität abwendet und stattdessen die Frage in den Vordergrund stellt »wie sich Politik durch Kämpfe formiert, wie sich gesellschaftliche Aushandlungen, gerade auch im Sinne einer imperceptible politics in Gesellschaft und Staat einschreiben«. <sup>206</sup> Den Ausgangspunkt bildet hier ein Migrationsverständnis, bei dem nicht der oder die Einzelne passiviert der souveränen Herrschaft entgegentritt, sondern Teil eines sozialen Migrationsnetzwerks ist. Dieses begibt sich durchaus in Kämpfe um subjektive Rechte, ist jedoch nicht vom modernen Traum eines für sich selbst verantwortlichen Rechtssubjekts abhängig. Andersherum werden Migrantinnen und Migranten nicht automatisch zu handlungsunfähigen Opfern, weil ihnen subjektive Rechte entzogen werden. Gefragt wird dann nicht mehr danach, ob der ohnmächtige *homo sacer* herrschaftlicher Souveränität gegenübersteht, sondern wie die rechtsstaatlichen Rationalitäten die Handlungsmacht der Migrierenden formen und von diesen geformt werden. Die Migrationsforschenden und politischen Aktivisten Bojadžijev, Karakayali und Tsianos beschreiben diese Perspektive etwa wie folgt:

*Karakayali*, in: *Turbulente Ränder*. (2015); *Bojadžijev*, *Zeitschrift für Kulturwissenschaft* 2011; *Karakayali/Tsianos*, in: *Turbulente Ränder*. (2015), S. 10ff.; *Hess/Kasperek* (Hg.), *Grenzregime*. [I] (2012); *Hess et al.* (Hg.), *Der lange Sommer der Migration* (2016); *Karakayali*, *Gespenster der Migration* (2008), S. 23ff.; *Kasperek/Tsianos*, *movements* 2015.

204 *Bojadžijev*, *Zeitschrift für Kulturwissenschaft* 2011, S. 140f.

205 *Bojadžijev*, *Zeitschrift für Kulturwissenschaft* 2011, S. 141. Ähnlich *Hess et al.*, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 275.

206 *Hess et al.*, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 271.

Worauf es ankommt, ist zu verstehen, unter welchen Bedingungen die Migration sich organisiert, d.h. die Modalitäten in den Blick zu nehmen, denen die Migrantinnen angesichts der Kontrollanstrengungen der europäischen Staaten sich gegenübersehen. Oder anders gesagt, wenn das fordistische Migrations-Regime der Gastarbeiter-Anwerbung auf einem spezifischen, korporatistischen und nationalen Kompromiss beruht, dann gilt es, die Konturen desjenigen Kompromisses zu zeichnen, der die Migration illegalisiert.<sup>207</sup>

Dieser Kompromiss (bzw. diese Rationalität) hätte dann »die Funktion, die in ihnen [den Migrationsbewegungen] entwickelten Dynamiken zu unterbrechen und zu sabotieren«. Er ist jedoch keineswegs starr, sondern wird von Migrationsbewegungen selbst permanent verändert: »Praktisch haben sie in ihren Kämpfen um Mobilität und Bürgerrechte den Kompromiss historisch unaufhörlich verschoben.«<sup>208</sup>

Daraus folgt auch eine stetige Verschiebung der prekären Prozesse der Subjektivierung durch das Recht (siehe hierzu B III c). Dass das Verhältnis von Faktizität und Normativität des Rechts ein umkämpftes, durchaus prekäres Unterfangen ist, liegt aber darüber hinaus an dem komplexen Verhältnis von normativem Recht und seiner faktischen Anwendung – das sich nicht nur in Zusammenhang mit der Durchsetzung von Menschenrechten im Nationalstaat zeigt. In diesem Sinne lässt Recht sich nicht nur auf der Makro-Ebene verdinglichter (Herrschafts-)Formen betrachten, sondern auch auf der Ebene der sozialen Normen, nämlich als einer Norm von vielen zur Handlungsorientierung. Auch auf dieser Ebene kommt Recht nicht notwendigerweise stets zur Anwendung. Die Frage danach, ob rechtliche Normen gelten, lässt sich nicht einzig und allein mit dem Verweis auf deren faktische Anwendung klären. Auch hier treten Normativität und Faktizität in ein komplexes dialektisches Verhältnis.

## II. Der moderne Albtraum von rechtloser Willkür

Für die Rolle der vom Recht exkludierenden Souveränität im *permanenten Ausnahmezustand* und die Frage nach dem Verhältnis von Faktizität und Normativität beruft sich Agamben auf den Streit zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen. Das Verhältnis von Normativität und Faktizität lässt sich jedoch nicht nur auf der Ebene der Souveränität – und damit von (staatlicher) Herrschaft – problematisieren. Mit dem Auftauchen der Gesetzeskraft im *permanenten Ausnahmezustand* und einem Recht, das gilt, aber nicht wirkt, eröffnet sich eine weitere Frage: Die Frage

<sup>207</sup> Bojadžijev et al., Kurswechsel 2003, S. 49.

<sup>208</sup> Bojadžijev et al., Kurswechsel 2003, S. 49f.

nach dem Verhältnis von Rechtsgeltung und Rechtswirkung bzw. der Rechtswirklichkeit. Agamben selbst zeichnet in diesem Zusammenhang einen Begriff des Rechts, der von der Faktizität insofern verunreinigt wird, als diese in der Form der Gesetzeskraft im Ausnahmezustand in reine Gewalt umschlägt. Dem unwirksamen Recht folgt im *permanenten Ausnahmezustand* ein Raum des Anomischen und der Willkür ohne jegliche normative Ordnung. Dieses Bedrohungs-Szenario lässt sich hinterfragen.

Fast zeitgleich zu seiner Debatte mit Carl Schmitt führte Hans Kelsen eine zweite Debatte, die für das Verhältnis von Normativem und Faktischen ebenfalls von zentraler Bedeutung ist – und bei Agamben keine Erwähnung findet. Sie entstand in Bezug auf den von Eugen Ehrlich in seinem Buch »Grundlegung der Soziologie des Rechts«<sup>209</sup> vertretenen Begriff des »lebenden Rechts«. Gegen die Idee eines am *Sein* orientierten Rechtsbegriffs verteidigte Kelsen vehement einen rein normativen Rechtsbegriff. Was unter geltendem Recht zu verstehen sei, müsse auf die Frage nach dem *Sollen*, nicht dem *Sein* gestützt werden:

Allein was kann diese Rechtssoziologie, die nichts als das Seiende betrachtet und erklärt, die, wie Ehrlich doch zugibt »die Tatsachen bloß zu verzeichnen, nicht zu bewerten hat« (314), darüber ausmachen, ob das was tatsächlich geschieth, auch geschehen *soll*, von wegen der Moral oder des Rechtes geschehen soll, oder m.a.W. was *Rechtens* ist?<sup>210</sup>

Worüber Kelsen und Ehrlich debattierten<sup>211</sup> ist nichts weniger als »die Problematik eines nachmetaphysischen Rechtsdenkens und des neuen, eigenständigen Dilemmas, das es der Rechtswelt seitdem präsentiert«.<sup>212</sup> Der Streit darum, ob der Rechtsbegriff danach bestimmt wird, was Recht sein *soll* oder was es *ist*, führt über die Frage nach der Rechtsform als verdinglichter Herrschaftsform und dem Ausnahmezustand hinaus hin zur Ebene der Rechtsnormen als zugleich normativen Ideen und stets aufrechtzuerhaltenden faktischen Praxen. Agambens Postulat eines normativen Rechts, das gilt, aber nicht zur Anwendung kommt, und einer Kraft, die keinen Bezug zum Recht (und damit zur Normativität überhaupt) hat, muss sich im Anschluss an den Streit zwischen Kelsen und Ehrlich fragen lassen, inwiefern ein solches Auseinanderfallen von Normativität und Faktizität im Recht überhaupt denkbar ist. Oder andersherum gefragt, ist

209 Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1989). Siehe hierzu auch Barta et al. (Hg.), Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag (2013).

210 Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft (2001), S. 52.

211 Dass die beiden tatsächlich eher aneinander vorbei debattiert haben, stellt u.a. Lüdersen fest. Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft (2001), S. XII.

212 Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft (2001), S. XI.

es nicht gerade ein bestimmendes Charakteristikum des Rechts, dass es weder auf seine Normativität noch auf seine kausale, faktische Wirkung reduziert werden kann? Und welchen Einfluss hat ein solcher rechtssoziologischer Rechtsbegriff auf die Idee einer rein faktischen Gewalt – dem modernen Albtraum der rechtlosen Willkür – als Gegenstück zur Idee eines rein normativen, nicht zur Anwendung kommenden Rechts, wie sie von Agamben entworfen wird?

### 1. (Rechts-)Normen: Eine rechtssoziologische Betrachtung

Eugen Ehrlich hatte mit dem Begriff des lebenden Rechts einen Grundstein für eine Perspektive auf das Recht gelegt, die dieses nicht nur als Herrschaftsinstrument, sondern als einen Bestandteil eines komplexen Geflechts normativer Ordnungen bzw. eines Rechtspluralismus versteht. Recht als soziale Norm,<sup>213</sup> so analysierte Ehrlich Anfang des 20. Jahrhunderts, lässt sich nicht allein über staatlichen Zwang abbilden<sup>214</sup> – die Rechtswirklichkeit gibt ein weitaus komplexeres Bild ab, in dem rechtliche Normen auf verschiedene Weisen der Steuerung sozialen Verhaltens dienen.<sup>215</sup> In der Rechtssoziologie hat sich der Begriff der sozialen Normen entsprechend etabliert, um Recht in seinen Anwendungspraxen

213 Im deutschen Kontext wurde der Begriff der sozialen Norm maßgeblich durch den Sozialwissenschaftler Heinrich Popitz geprägt, *Popitz, Soziale Normen* (2006). Soziale Normen normieren laut Popitz das Verhalten der Gesellschaftsmitglieder und schaffen damit Verhaltensorientierung. *Sozial* sind diese Normen dabei gerade deshalb, weil sie in der wechselseitigen Normierung der Gesellschaftsmitglieder Bedeutung gewinnen, *Popitz, Soziale Normen* (2006), S. 85f.

214 »Daraus folgt gewiß nicht, daß die große Mehrzahl der Menschen sich nur aus innerm Antrieb den Normen fügt; aber folgt doch daraus, daß die Furcht vor Strafe und Zwangsvollstreckung nicht das einzige ist, was sie dazu bestimmt, ganz abgesehen davon, daß es ja gesellschaftliche Normen genug gibt, bei denen dem Übertreter weder Strafe noch Zwangsvollstreckung droht und die trotzdem nicht ohne Wirkung bleiben. Der Zwang ist nicht die Eigentümlichkeit der Rechtsnorm«, *Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1989), S. 64f.

215 Niklas Luhmann beschreibt das Recht beispielsweise in seiner *Funktion* als »Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht«, *Luhmann, Rechtssoziologie* (1987), S. 105 – und sieht wohlgermerkt Ehrlichs »unklaren« Rechtsbegriff und »theoretisch unzulängliche« Forschung kritisch, *Luhmann, Rechtssoziologie* (1987), S. 22. Aus dieser Perspektive ist Recht eine »notwendige Funktion in jeder sinnhaft konstituierten Gesellschaft« und muss »daher immer vorhanden« sein, *Luhmann, Rechtssoziologie* (1987), S. 105.

jenseits staatlicher Herrschaft zu beschreiben. Allgemein wird der Begriff der »sozialen Norm« dabei vielfach für Normen verwendet, deren Einhaltung durch die Erwartungen des sozialen Umfelds durchgesetzt werden:

Social norms are, like legal ones, public and shared, but, unlike legal rules, which are supported by formal sanctions, social norms may not be enforced at all. [...] Social norms should also be distinguished from moral rules: As I shall argue in the following, expectations are crucial in sustaining the former but not necessarily the latter. In particular, conformity to a social norm is conditional on expectations about other people's behavior and/or beliefs.<sup>216</sup>

Recht als soziale Norm zu verstehen, kann demnach sichtbar machen, dass die Geltung des Rechts sowohl auf seiner kausalen Wirkung auf soziales Verhalten als auch seiner normativen Anerkennung durch die Rechtsanwendenden beruht – dies jedoch in einem sehr komplexen Verhältnis.<sup>217</sup> Rechtsgeltung wird nicht nur von staatlicher Herrschaft erzwungen; die Geltung des Rechts gründet auch in den mannigfachen Praxen und Reproduktionen des Rechts durch die Individuen und schränkt aus der Perspektive der sozialen Normen Handeln nicht nur repressiv ein, sondern ermöglicht es gerade.<sup>218</sup> Recht als soziale Norm zu analysieren, bedeutet demnach, Recht zusätzlich zu einer Herrschaftsform als

216 *Bicchieri*, *The Grammar of Society* (2005), S. 8. Vgl. auch *Licht*, *Review of Law & Economics* 2008, S. 717.

217 Die Rechtssoziologie stellt so Definitionen des Rechts als Norm, die durch Zwang durchgesetzt wird (sogenannte Zwangstheorien), mit Bezug auf Ehrlich Anerkennungstheorien gegenüber, die Recht aufgrund seiner gesellschaftlichen Anerkennung definieren: »In diesem Sinn ist nach Ehrlich für die Rechtsnorm die ›opinio necessitas‹ Erkennungsmerkmal, also der Glaube der Rechtsgenossen an die Notwendigkeit ihrer Geltung«. *Raiser*, *Das lebende Recht* (1999), S. 191. Vgl. auch *Röhl*, *Rechtssoziologie* (1987), S. 209ff. Diesem Fokus auf die Rechtsanwendenden entsprechend hat die Rechtssoziologie Kriterien für die Bedingungen der Rechtsanwendung bzw. Rechtsmobilisierung durch die Einzelnen entwickelt, wie etwa das Wissen darum, einen rechtlichen Anspruch zu haben (sog. Anspruchswissen), *Baer*, *Rechtssoziologie* (2021), S. 230ff. Hierzu mehr unter C IV 2, 3.

218 Luhmann bemerkt hierzu: »Von der Funktion kongruenter Generalisierung her gesehen gibt es in jeder Gesellschaft Recht; aber der Grad einer strukturellen Ausdifferenzierung des Rechts wandelt sich im Laufe der gesellschaftlichen Entwicklung, und zwar in dem Maße, als die Komplexität der Gesellschaft zunimmt und der Bedarf für kongruent generalisierte normative Verhaltenserwartungen infolgedessen sich schärfer profiliert. Das Recht kann allein unter dem Gesichtspunkt von Befehl und Verbot, Repression natürlicher Neigungen oder äußerem Zwang nicht angemessen begriffen werden [...]. Das Recht dient in erster Linie der Ermöglichung komplizierteren, voraussetzungsvolleren Handelns, und es leistet dies durch kongruente

prekäre soziale Praxis zu begreifen, die immer wieder durch die Gesellschaftsmitglieder (re-)produziert werden muss:

Wenn es eine menschliche Praxis ist, die das Recht erzeugt, lassen sich auch hier die ›Verfahren, Funktionen und Konsequenzen‹ dieses Tuns als Fragen des Rechts begreifen, müsste in gewisser Weise auch die Reproduktion des Rechts als ›Schauplatz von Kämpfen um Macht, Geld, Anerkennung und Prestige‹ lesbar zu machen sein, so wie es für Kulturwissenschaften allgemein gilt.<sup>219</sup>

In diesem Zusammenhang macht die Rechtssoziologie auch sichtbar, dass Zwang in der Wirklichkeit sozialer Normen nicht nur durch staatliches Handeln erlebt werden kann: »Staatliches Recht, so Ehrlich, spiele insbesondere zur Ausübung von Zwang nur eine untergeordnete Rolle, denn Zwang werde stärker durch Sitte und Moral, durch Vorstellungen von Ehre oder Takt, also durch ›außerrechtliche Normen‹ ausgeübt«. <sup>220</sup> Eine rechtssoziologische Analyse, die diese Erkenntnisse entsprechend aufgreift, lässt sich in dem Buch *Die Möglichkeit der Normen* von Christoph Möllers finden. In ihm entwickelt Möllers einen Normbegriff, der normative und faktische Elemente verbindet und Recht weder auf Sollensvorgaben noch Ist-Zustände reduziert. Auf der normativen Seite ist das Recht als soziale Norm laut Möllers von der *Möglichkeit* der Realisierung von Normen geprägt, faktisch wird es mit einem *Realisierungsmarker* versehen. Interessant ist dabei, dass Möllers eine Gleichsetzung von Rechtsgeltung mit der Normeinhaltung gerade aufgrund des normativen Gehalts des Rechts verwirft. Mehr noch: Er verweist darauf, dass die Möglichkeit zum *Normbruch* genauso Bestandteil des Rechts als sozialer Norm sei wie deren *Einhaltung* und eine gelingende Normativität sich durch die Möglichkeit zur Devianz auszeichnet.

#### a. Normen zwischen Moral und Kausalität

Möllers beginnt seine Begriffsentwicklung des Rechts als sozialer Norm mit der Zurückweisung von Normbegriffen, die die Norm »ins Reich der Gründe« <sup>221</sup> verbannen und damit das Recht lediglich vor dem Hintergrund seiner (mangelnden) Legitimität beleuchten. Diese seien zwar »für das Normativitätsverständnis der Gegenwart zentral«. <sup>222</sup> Die Debatte über

Generalisierung kontingenter Prämissen solchen Handelns«. *Luhmann*, Rechtssoziologie (1987), S. 103.

219 *Engelmann*, Rechtsgeltung als institutionelles Projekt (2020), S. 178. Siehe zum Recht als »Praxis« in der empirischen Forschung der Arbeit auch C IV 3.

220 *Baer*, Rechtssoziologie (2021), S. 105.

221 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 42.

222 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 26.

die Art der Gründe für Normen sei jedoch einerseits zu selbstbezüglich, um den Begriff des Normativen hinreichend zu schärfen.<sup>223</sup> Gleichzeitig reduziere die geläufige Identifikation von Gründen mit Rationalität Normen auf »abstrakte Gegenstände, denen keine raumzeitliche Individuation zu eigen ist.«<sup>224</sup> Für soziale Normen wie das Recht greife eine Reduzierung des Normbegriffs auf Rationalität deshalb zu kurz. Insbesondere anhand der Idee des Idealverfahrens für das Zustandekommen von Normen erläutert Möllers, dass eine rein rationale Idee für das Zustandekommen des Rechts nicht ausreicht. Denn die Entstehung des Rechts kann »ohne Bezug auf die raumzeitliche Seite von Verfahren, auf die Möglichkeit der Gewaltanwendung und auf Verschriftlichung [nicht] ergiebig beschrieben werden.«<sup>225</sup> Das Realverfahren dabei von einem unerreichbaren, philosophischen und abstrakten Idealverfahren zu trennen, hält Möllers für fragwürdig. Denn Realverfahren, wie etwa das Mehrheitsprinzip, als »defizitäre« Versionen der Idealverfahren zu bewerten, verkenne, dass die Kriterien rationaler Idealverfahren, »wie der Kategorische Imperativ und seine diskurstheoretischen Abkömmlinge überhaupt soziale Relevanz« erst durch die Realverfahren erhielten.<sup>226</sup> Auch über die Entstehung von Normen hinaus können moralische Normen laut Möllers »kein allgemeines Modell« für Normen bilden.<sup>227</sup> So seien Rechtsnormen als soziale Normen auf eine soziale Praxis angewiesen und müssten in diesem Zusammenhang »zwischen Menschen entäußer[t]« bzw. »artikulierte«<sup>228</sup> werden. Sie auf »ein Handeln *aus* praktischer Vernunft« zu reduzieren, entziehe sie jedoch »der Sphäre empirischer Beobachtbarkeit.«<sup>229</sup> Vor diesem Hintergrund kritisiert Möllers beispielsweise die Diskurstheorie von Habermas als »empirisch unzuverlässig, weil sie bestimmten beobachtbaren Praktiken Implikationen unterstellt, die nicht zwingend aus ihnen folgen.«<sup>230</sup> So würden in der Idee der Diskurstheorie Normen, die auf guten Gründen beruhten, im Verfahren der Deliberation mit Hilfe der kommunikativen Vernunft vermittelt. Ob oder inwiefern sich die Position, d.h. die Gründe der Verfahrensteilnehmenden, während des Verfahrens ändern, ließe sich empirisch jedoch nicht feststellen. Damit »vergeistige« Habermas Normativität einerseits und löse sie von »tatsächlich stattfindenden Selbstbestimmungselementen« ab, behandelt jedoch zugleich »relativ anspruchslöse Vorgänge

223 Zur Debatte darüber, inwiefern Handlungsgründe stets subjektbezogen sind oder sich als objektive Fakten in der Welt vorfinden lassen, siehe Möllers, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 26ff.

224 Möllers, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 42.

225 Möllers, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 45.

226 Möllers, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 48.

227 Möllers, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 63.

228 Möllers, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 127.

229 Möllers, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 67.

230 Möllers, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 75.

als hinreichend für eine Rechtfertigung politischer Institutionen«. <sup>231</sup> Recht kann demnach nicht auf seine normative Rationalität reduziert werden; eine Rechtswirklichkeit, die, wie etwa bei Menke, aus der Normativität des Rechts abgeleitet wird, verkennt den raumzeitlichen Bezug des Rechts. Diese Fehlannahme zeige sich etwa dann, wenn bei Habermas Faktizität keinen Zugriff auf Normen habe, »sondern diese nur durch kontrollierte Vermittlung prägen« solle. <sup>232</sup> Auf der anderen Seite kritisiert Möllers Luhmanns Normbegriff, der von der Erwartung ihrer Einhaltung geprägt ist, als einen Normbegriff, der die Normativität »unter der Hand faktualisiert«. <sup>233</sup> Luhmanns Normbegriff verbleibe zu stark in den »deskriptiven« Kategorien der Erwartung der Einhaltung der Normen sowie der gesellschaftlichen Stabilisierung. Dass Normen jedoch symbolisch gesetzt werden können, ohne dass ihre Einhaltung erwartet wird, oder sie zum Teil gerade einen dynamisierenden Effekt haben sollen, der – wie etwa im Fall der Grundrechte – sogar auf eine De-Stabilisierung zielt, könne mit Luhmanns Normbegriff nicht verstanden werden. <sup>234</sup> Es braucht also, laut Möllers, ein anderes Verständnis von Recht als sozialer Norm, eines, das »die Spannung zwischen [moralischer] Unabhängigkeit und [empirischer] Wirksamkeit bewahren« <sup>235</sup> könne.

### b. Die Möglichkeit zum Normbruch

Möllers betont entsprechend, dass Denkfiguren, die Normen als normativ autonom *oder* faktisch wirksam beschreiben wollen, *soziale* Normen nicht hinreichend analysieren können. Denn soziale Normen, so Möllers, seien gerade weder auf Normativität noch Faktizität zu reduzieren:

<sup>231</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 76.

<sup>232</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 85.

<sup>233</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 130.

<sup>234</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 128ff. Diese Analyse Luhmanns kann mit Verweis auf seine »Rechtssoziologie« durchaus relativiert werden. So beschreibt Luhmann die Nicht-Einhaltung von Normen einerseits auch als Quelle der Innovation: »Solche Überlegungen über strukturelle und prozeßmäßige Bedingtheit der Abweichungen in sozialen Systemen werden ergänzt durch die These, daß abweichendes Verhalten in manchen Hinsichten auch positive Funktionen erfülle [...] zum Beispiel [...] als Quelle von Innovationen oder gar als »variety pool«. *Luhmann*, Rechtssoziologie (1987), S. 123. Andererseits betont er, dass die Rechtsgeltung von Normen nicht mit ihrer faktischen Verwirklichung gleichgesetzt werden dürfe: »Um mit Max Weber zu formulieren: Die Tatsache der Orientiertheit des Handelns an einer Ordnung, nicht aber deren Befolgung, entscheidet über deren Geltung«, *Luhmann*, Rechtssoziologie (1987), S. 124.

<sup>235</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 110.

»Normen [können] als Teil der Welt ihre Selbstständigkeit gegenüber dieser behaupten«. <sup>236</sup> Aus diesem Grund entwickelt Möllers einen Normenbegriff, der die normative Selbstständigkeit mit der empirischen Wirksamkeit verbindet. Dabei geht er davon aus, dass Normen einerseits aus dem normativen Moment des Möglichen bestehen und zugleich eines empirischen Realisierungsmarkers bedürfen. Soziale Normen affirmieren laut Möllers ein »afaktisches« <sup>237</sup> Moment. Das, was affirmiert wird, beschreibt Möllers als Möglichkeit der Verwirklichung, wobei er betont, dass es sich hierbei um einen erkenntnistheoretischen Möglichkeitsbegriff handelt. Denn der Begriff des Möglichen kann nicht auf ein faktisches »Können« reduziert werden, wie Möllers am Beispiel des Drogenkonsums postuliert: »Der Standard, Drogen zu verbieten ist faktisch nicht durchsetzbar. Er wird beibehalten, weil die Gemeinschaft keine sein will, in der Drogen erlaubt sind. [...] Entscheidend ist aber, dass die Norm eine Möglichkeitsunterstellung transportiert«. <sup>238</sup> Möglichkeit wird bei Möllers also als Möglichkeitsunterstellung, das heißt als Wissen über die Möglichkeit der Verwirklichung, verstanden, und ist in diesem Sinn als epistemisch zu sehen. Dieser »Möglichkeitsbegriff definiert Möglichkeit [zudem] als Möglichkeitsunterstellung, die umstritten sein kann«. <sup>239</sup> Eine *Möglichkeit* der Verwirklichung zu unterstellen, bedeutet auch, ihre *Nichtverwirklichung* mit zu denken. Dies ist relevant, denn Normen beinhalten dann schon auf der normativen Ebene die Möglichkeit zum Normbruch. <sup>240</sup> Noch deutlicher wird die Notwendigkeit der Möglichkeit eines Normbruchs auf der empirischen Seite der Normen, der *Affirmation* der Möglichkeit. Die Möglichkeit als normativer Bestandteil von Normen ist kein »hinreichendes« Merkmal, es bedarf »einer weiteren Qualifikation«. <sup>241</sup> Diese sieht Möllers in der Markierung des Normativen in Form einer Affirmation des Möglichen: »Die Markierung muss die *Verwirklichung* der Möglichkeit positiv besetzen, denn was eine reine Möglichkeit von einer Norm unterscheidet, ist die Bewertung ihrer Verwirklichung«. <sup>242</sup> Diese Affirmation darf laut Möllers jedoch nicht mit einer faktischen Einhaltung der Norm verwechselt

236 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 127.

237 Möllers versteht Normativität dabei explizit nicht als *kontrafaktisch*, sondern als *afaktisch*, »um so die Differenz, nicht aber eine Konkurrenz zu Fakten zum Ausdruck zu bringen«. Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 131.

238 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 145.

239 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 150.

240 Darauf weist Möllers schon an früherer Stelle seiner Abhandlung hin: »Ohne die Möglichkeit zum Normbruch gibt es keine Normativität«. Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 110.

241 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 155.

242 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 156.

werden. Denn die Norm und ihre Etablierung müssten voneinander unterschieden werden. In diesem Sinne hängt der Begriff der Norm auch nicht von der Sanktionierung ihrer Nicht-Einhaltung ab.<sup>243</sup> Oftmals wird in diesem Zusammenhang exemplarisch auf Straßenverkehrsregeln hingewiesen. Die Tatsache, dass Menschen, die bei Rot über die Straße gehen, sanktioniert werden können, führt nicht dazu, dass immer alle Menschen nur bei Grün über die Straße laufen.<sup>244</sup> Oftmals, so Möllers, sei also der Zusammenhang zwischen Sanktionierungen des Normbruchs und der Wirksamkeit der Normen »so uneinheitlich, dass sich keine allgemeinen Schlüsse ziehen lassen«. <sup>245</sup> Und mehr noch: »Sanktionen machen Normen weder wirksam, noch wird in ihnen die Norm wirklich«. <sup>246</sup> Fest steht für Möllers aber auch, »dass die Norm nicht ihre eigene Anwendung erzwingen kann und dass es sich bei ihr [der Anwendung] um einen selbstständigen Akt handelt«. <sup>247</sup> Dass die Anwendung der Norm sich von der Norm unterscheide, dürfe aber nicht mit einer Gleichsetzung von Anwendung mit reiner Faktizität verwechselt werden. So seien die vermeintlich »faktischen« Sachverhalte der Anwendung allein schon durch die Linse einer normativ geprägten Sprache vermittelt: »Damit gibt es keine *Fakten als solche*, für die die Anwendung passt, sondern nur Fakten, die durch die Norm für die Norm relevant werden«. <sup>248</sup> Genauso wenig könne von einer »reinen Norm« gesprochen werden, ohne den Begriff der Norm aus jeglichem raum-zeitlichen Kontext, d.h. deren Anwendung, zu isolieren. Das bedeutet für Möllers nicht, dass es letztendlich keinen Unterschied zwischen der faktischen Anwendung und der Norm gebe; insbesondere könne man auf die Unterscheidung zwischen Faktizität und Norm »solange nicht verzichten, wie

243 Diese Analyse wird von der soziologischen Forschung zu sozialen Normen geteilt: »The common observation that norm transgression is often accompanied by punishment (or the expectation of punishment) does not entail that norms are only supported by sanctions, in the sense that if sanctions were not there, conformity would be entirely absent«, *Bicchieri*, *The Grammar of Society* (2005), S. 24. Popitz stellt hingegen noch provokanter fest, dass die Rechtsgeltung durch die lückenlose Sanktionierung aller Normbrüche gerade gefährdet würde: »Kein System sozialer Normen könnte einer perfekten Verhaltenstransparenz ausgesetzt werden, ohne sich zu Tode zu blamieren. Eine Gesellschaft, die jede Verhaltensabweichung aufdeckte, würde zugleich die Geltung ihrer Normen ruinieren«. *Popitz*, *Soziale Normen* (2006), S. 164.

244 Siehe auch zur Befolgung von Normen und deren Wirksamkeit: *Baer*, *Rechtssoziologie* (2021), S. 261ff.

245 *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 178.

246 *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 178.

247 *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 195.

248 *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 195.

wir normative Praktiken als spezifische Praktiken beschreiben wollen, die sich von anderen unterscheiden«. <sup>249</sup> Vielmehr begreift Möllers soziale Normen als »hybride Begriffe«, <sup>250</sup> die das »verschlungene Verhältnis zwischen Fakten und Normen in normativen Praktiken ausdrücklich machen«. <sup>251</sup>

### c. *Devianz und Transformation des Rechts*

Die Möglichkeit zum Normbruch bedeutet also, dass die Möglichkeit der Nicht-Anwendung als Bestandteil sozialer Normen gesehen werden muss. Das hat Folgen für das Verhältnis von Norm und Ausnahme im Recht und die Angst vor einer rechtlosen Willkür: Wenn auch die Normalität durch die Nicht-Anwendung der Normen geprägt ist, kann die Nicht-Anwendung bestimmter Rechtsnormen nicht *das* entscheidende Problem normativer Ordnungen sein – anders als Agambens *permanenter Ausnahmezustand* es impliziert. <sup>252</sup> Sie führt darüber hinaus zu einer Infragestellung der Annahme, dass der Nicht-Anwendung von Normen ein anomischer Raum folgt. Dies lässt sich mit Möllers Verweis auf den Begriff der Willkür zeigen. Als Gegenbegriff zu Ordnung ist der Begriff der Willkür laut Möllers oftmals nicht plausibel. So solle Willkür zumeist das »Fehlen einer angemessenen Ordnung« <sup>253</sup> beschreiben, nicht jedoch das Fehlen einer Ordnung per se. Sogar im Bürgerkrieg stoßen unterschiedliche Ordnungen aufeinander: Es geht also »nicht [um] Fälle der Kriterienlosigkeit, sondern Fälle der Anwendung falscher Kriterien«. <sup>254</sup> Die Einsicht darin, dass die Nicht-Anwendung der Normen ein Teil der fundamentalen Charakteristika von sozialen Normen ist, führt Möllers so zu einer Kritik postmoderner Theorie und von Agambens *permanenitem Ausnahmezustand*. Deren charakteristische Annahme, die Anwendung der Norm setze die Norm außer Kraft, führe zu einer falschen »Dissoziation der Norm und Normanwendung«. <sup>255</sup> Gleichzeitig seien »die systematische Überschätzung des Regelhafte[n] und Strikten einer

249 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 197.

250 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 210ff.

251 Und weiter: »Dazu ist es freilich notwendig, dass die Annahme einer Grenze zwischen Fakten und Normen bewahrt wird, auch wenn die Frage, wo diese im Einzelnen verläuft, nicht befriedigend geklärt werden kann«. Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 214.

252 Siehe hierzu Kaiser, die die Idee der Suspension aller Normen im Ausnahmezustand ohnehin für empirisch und historisch falsch hält, Kaiser, in: Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht (2019).

253 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 385.

254 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 385.

255 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 386.

normativen Ordnung und des Ausnahmebegriffs zwei Seiten derselben begrifflichen Medaille«. Beiden liege eine »eigentümlich statische Vorstellung einer zentral angeordneten Normgeltung« zugrunde, die »die Fixierung auf den Begriff der Ausnahme gestattet«. <sup>256</sup> Nur ein Normbegriff, der nicht legalistisch sei, könne die Labilität und zeitgleiche Stabilität normativer Ordnungen sehen. <sup>257</sup> Gelingende Normativität ist vor diesem Hintergrund nicht dadurch gekennzeichnet, dass sie die Spannung zwischen normativer Autonomie und kausaler Wirksamkeit auflöst, sondern dass sie sie gerade aufrechterhalten kann:

Normen, die nur kodifizieren, was voraussichtlich ohnehin passieren wird, gewinnen keinen Abstand [...]. Umgekehrt werden Normen, die sich so weit von den Zuständen entfernen, dass von der Affirmation einer »Möglichkeit« kaum noch gesprochen werden kann, entweder bedeutungslos [...] oder sie zielen auf Wirkungen ab, die auf die Beschaffenheit der sozialen Praxis gar keine Rücksicht mehr nehmen und das soziale Gefüge zerschneiden. <sup>258</sup>

Der Möglichkeit zum Normbruch und damit zur Devianz <sup>259</sup> kommt demnach die entscheidende Funktion zu, die Transformation des Rechts

256 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 387.

257 Dass normative Ordnungen gerade nicht statisch sind, hat nach Möllers auch Auswirkung auf das Souveränitätsverständnis. Dieses kann nicht nur als »Beitrag von oben« gedacht werden. Die Idee eines zentralen Normsetzers erweist sich laut Möllers als normative Konstruktion, die relativiert werden müsse, wenn man normative Ordnung realistisch beschreiben wolle: So wie diese zugleich stabil und instabil seien, seien sie zugleich zentral und dezentral, Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 391.

258 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 448. Insofern kann mit Möllers der Idee, dass »lebendes Recht, [...] geltendes Recht [ist], das wirksam ist« (Rehbinder, Rechtssoziologie (2007), S. 2.) entgegengehalten werden, dass andersherum gerade ein solches Recht tot ist, das auf seine kausale Wirkung reduziert ist und keine Transformationen mehr erlaubt.

259 In diesen Kontext fällt etwa die juristische Binsenweisheit: »Nirgendwo wird so viel gelogen wie vor Gericht«. Die Normadressaten des Rechts als sozialer Norm verfügen demnach unabhängig von rechtlichen Institutionen auch diesen gegenüber über die Möglichkeit, zu entscheiden, ob sie Recht für sich anwenden und wie sie es anwenden. Dies liegt nicht etwa in einer hinter den Normen liegenden substanziellen Essenz der Rechtssubjekte begründet, sondern gerade in der fragmentierten Performanz aller Rechtssubjekte (siehe hierzu C IV 3). Diese wird auch durch die Vielzahl der Normkreise bedingt, in denen sich alle Menschen zwangsläufig bewegen: »es bleibt die Tatsache, dass Menschen, die sich dauerhaft vergesellschaften, eine Pluralität von sozialen Einheiten mit eigenen, voneinander abgegrenzten normativen Gefügen entwerfen und in dieser Pluralität von Zugehörigkeiten leben«. Popitz, Soziale Normen (2006), S. 110.

zu ermöglichen. Insofern bewegt sich Möllers in den soziologischen Debatten des labeling-approaches,<sup>260</sup> die betonen, dass Normabweichungen als solche etikettiert, das heißt gelabelt, und damit produziert werden müssen und nicht schon unabhängig von normativen Konstruktionen der Wirklichkeit bestünden. Möllers geht jedoch über die Dekonstruktion eines naturalistischen Begriffs der Devianz im Recht hinaus, wenn er in der Möglichkeit zum Normbruch gerade die Möglichkeit zur Reflexion sieht und damit die Interaktion der Normadressaten mit dem Recht in den Fokus rückt.<sup>261</sup> Durch die Abweichung von der Norm kann laut Möllers eine Vergewisserung über diese erreicht werden, die die Reflexion ermöglicht. Rote Ampeln können so als ein Ort verstanden werden, »in dem ein eigenverantwortlicher Umgang mit Normen auch mit Hilfe derjenigen eingeübt wird, die sie ignorieren.«<sup>262</sup> Darüber hinaus wird das Recht mit dem Begriff der sozialen Norm von der Fixierung auf Herrschaft bzw. dem Staat gelöst. Zugleich wird ihm selbst die Möglichkeit einer allumfassenden Normierung genommen: Recht ist eine von vielen sozialen Normen. Dass Situationen zu rechtlichen werden, das heißt rechtliche Normen eine Wirkung entfalten, ist demnach ein durchaus prekärer Prozess, der auch scheitern kann.<sup>263</sup>

260 Der sogenannte *labeling approach* stammt aus der Kriminologie und beschreibt Devianz als gesellschaftlichen Zuschreibungsprozess, vgl. hierzu Becker, Außenseiter (1973). Die Konstruktion von Devianz im Sinne eines *labeling* zu verstehen, ist jedoch innerhalb der rechtssoziologischen Debatten durchaus umstritten, Dellwing, Recht und Devianz als Interaktion (2015), S. 37ff.

261 Ähnlich beschreibt der Soziologe Michael Dellwing dies für Erving Goffmans soziologische Analyse von Devianz: »Diese Beschreibungen finden sich in allen Werken Goffmans, am deutlichsten wohl in *Relations in Public* und in *Stigma*. Goffman beschreibt in *Stigma* zunächst zugeschriebene soziale Identitäten (1967, S. 10), die auch von der Person selbst zugeschrieben sein können (S. 12, 16), dann die Strategien der Diskreditierten und Diskreditierbaren, mit dieser Stigmatisierung umzugehen – sie zu verstecken, zu überspielen, Strategien, die eine Ich-Identität jenseits der Diskreditierung ermöglichen. [...] Zuschreibungen sind so keine Einbahnstraßen, sondern rufen einen Umgang mit Zuschreibungen hervor, der eine Ich-Leistung darstellt, der seinerseits ohne eine Wir-Leistung, in der sie verankert bleiben, undenkbar wäre«. Dellwing, Recht und Devianz als Interaktion. (2015), S. 40f. Der Aussage »Law without obedience is a contradiction in terms«, Sarat, *Law & Society Review* 1993, S. 647 kann insofern, so die hier in Anschluss an Möllers vertretene These, die Aussage entgegengehalten werden »Law without disobedience is a contradiction in terms«.

262 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 478.

263 Dellwing meint dazu treffend: »Recht durchzieht auch in unseren hochbürokratisierten Gegenwartsgesellschaften nicht alle sozialen Situationen. Situationen müssen zu Rechtssituationen gemacht werden; das ist eine Definition

Vor dem Hintergrund von Möllers Verweis auf die Rolle der Devianz in einer funktionierenden normativen Ordnung und der Alltäglichkeit der Nicht-Anwendung von Normen muss Agambens Skandalisierung der Nicht-Anwendung des Rechts im Ausnahmezustand als rechtssoziologisch uninformativ erscheinen: Genauso wenig wie ein rein normatives Recht kann es eine Rechtsanwendung ohne normativen Bezug geben. Agamben kann in dieser Hinsicht, wie auch Kelsen, mit einem rechtssoziologischen Normbegriff konfrontiert werden, der nicht ohne die soziale Interaktion und einen raum-zeitlichen Bezug gedacht werden kann.<sup>264</sup> Recht als soziale Norm ist genauso auf die normative Möglichkeit wie auf seine faktische (Nicht-)Anwendung angewiesen. Die Idee, die Spannung zwischen normativer Geltung und faktischer Anwendung im Ausnahmezustand aufzulösen, indem beides voneinander entkoppelt und somit ununterscheidbar wird, geht an der faktischen Komponente sozialer Normen vorbei. Diese verlangt zudem, dass die Frage, ob Rechtsnormen gelten, nicht mit der Frage, ob sie angewendet werden, gleichzusetzen ist. Wenn aber die Nicht-Anwendung sozialer Normen in Form einer Devianz Bestandteil einer gelingenden Normativität ist, kann auch die Idee, die Agamben von der »anomischen Gewalt« im Ausnahmezustand kreiert, in ein anderes Licht gerückt werden.

## 2. Reine Albtraumbilder: Die Analyse anomischer Gewalt

Insbesondere in der Analyse des Begriffs der Gewalt lässt sich nachvollziehen, wie der Begriff des Rechts bei Agamben normativiert und die Spannung zwischen normativer Geltung und faktischer Anwendung in einem von der Faktizität bereinigten Recht aufgelöst wird. Für Agamben zentral ist dabei der Begriff der »anomischen Gewalt«. *Anomische Gewalt* erscheint im *permanenten Ausnahmezustand* als rein willkürliche Faktizität, als *Gesetzeskraft*. Dem Begriff der Gewalt kommt insofern die Funktion zu, den willkürlich erlebten äußerlichen Zwang der Anwendung des Rechts zu fassen. Zugleich wird ein normativ gedachtes

der Situation und damit eine aktive Handlung, die auch scheitern kann. [...] Die Welt ist offen und wild; eine Rechtssoziologie, die die hohe juristische Ordnungsformalität reproduziert, scheitert damit bei der Analyse dieser Welt«. *Dellwing*, *Recht und Devianz als Interaktion* (2015), S. 10.

<sup>264</sup> Möllers Normbegriff ist durchaus kritisiert worden, vgl. etwa *Auer*, *Rechtsgeschichte – Legal History* 2016. Auch Robert Alexy hinterfragt Möllers Normbegriff, in dem »der Begriff des Sollens keine systematisch zentrale Rolle mehr spielt«, sieht jedoch gerade »in der Beschreibung der Realbedingungen des Normativen« die Stärke von Möllers Ausführungen, *Alexy*, *JuristenZeitung* 2017, S. 789.

Recht als gewaltloses Recht zum Ideal einer emanzipatorischen Gesellschaft. Dieses Verhältnis von Recht und Gewalt lässt sich auch bei gegenwärtigen Vertretern der kritischen Theorie finden. Für Christoph Menke etwa ist Gewalt die faktische Durchsetzung des Rechts und damit die Abwesenheit alles Normativen.<sup>265</sup> Dabei muss zunächst in einer theoriegeschichtlichen Einordnung festgestellt werden, dass die Identifikation des Ausnahmezustands mit der Suspension aller Normen eine Erscheinung des 20. Jahrhunderts ist, die auf Schmitts Definition des Ausnahmezustands zurückgeführt werden kann und sich seitdem durch die Ausnahmezustandstheorien zieht.<sup>266</sup> Darüber hinaus wird die Faktizität des Rechts einzig im gewaltvollen Souverän verortet und zentralisiert. Dieser verkörpert in der Folge den Zwang des Rechts.

Vor diesem Hintergrund scheint es plausibel, dass der Rechtsphilosoph Daniel Loick in seiner Abhandlung *Kritik der Souveränität* den Versuch unternommen hat, das Recht von der Gewalt zu befreien. Loick evaluiert auf der Grundlage von Walter Benjamins Gewaltbegriff moderne Souveränitätskonzepte und deren immanentes Gewaltpotenzial. Der Idee eines Rechts, das die Gesellschaft vom gewaltvollen Naturzustand befreit, setzt Loick eine Analyse entgegen, die sichtbar macht, inwiefern sich die Gesellschaft »unbewusst genau die gleichen Interaktionsweisen wieder ein [handelt]«. <sup>267</sup> In diesem Zusammenhang wird Agambens Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* zur Theorie einer »rechtsvorenhaltenden Gewalt«, die zeige, wie der Souverän im Prozess der Exklusion vom Recht Gewalt reproduziere. Für das Verhältnis von anomischer Gewalt und Recht in Agambens Ausnahmezustand ist Loicks Abhandlung interessant: Mit ihr kann einerseits gezeigt werden, dass seine Idee einer rechtsvorenhaltenden Gewalt sehr spezifische legalistische, normative Konzepte des Rechts reproduziert. Gleichzeitig kontrastiert Loick diese selbst mit der Souveränitätskritik Michel Foucaults, der »rechtsinterpretierenden« Gewalt bei Robert Cover und den Aporien des Rechts von Jacques Derrida. Diese, so die hier vertretene These, können im Gegensatz zur Idee einer »rechtsvorenhaltenden Gewalt« nach Agamben und einem Recht, das seiner Faktizität entledigt wird, der Wirklichkeit sozialer Normen gerechter werden. Die Auseinandersetzung mit dem an Walter Benjamin angelehnten Gewaltbegriff Loicks kann demnach exemplarisch problematische Prämissen über das Recht offenlegen, die auch über Loick hinaus in der Rezeption von Benjamins Gewaltbegriff

265 Menke, *Kritik der Rechte* (2015), S. 119. »Denn das Verhältnis von Recht und Nichtrecht ist kein normatives und daher auch kein kognitives. Es ist ein Gegensatz, der durch keine Einsicht überbrückt werden und durch keine Gründe vermittelt werden kann. Es ist ein Verhältnis bloßer Durchsetzung – bloßer Gewalt«. Menke, *Recht und Gewalt* (2012), S. 40.

266 Kaiser, in: *Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht* (2019).

267 Loick, *Kritik der Souveränität* (2012), S. 20.

sichtbar werden. Die Spannungen im Recht können, so wird sich zeigen, nicht aufgelöst werden – im Falle Loicks etwa in ein individualisiertes Rechtsverständnis, das Recht auf die Frage der Legitimation reduziert. Das Ideal eines Rechts, das den Individuen gegenüber niemals äußerlich durchgesetzt werden muss, sondern das diese stets aufgrund ihrer inneren Überzeugung freiwillig umsetzen, verkennt das Recht als soziale Form und Norm. Es birgt zudem die Gefahr, die Möglichkeit des Normbruchs abschaffen zu wollen und Recht zu einem totalitären Projekt zu machen.

### *a. Anomische Gewalt – rechtsvorenthaltende Gewalt*

Agamben versteht seine Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* als Weiterentwicklung verschiedener Theorien, darunter der Gewaltanalyse, wie sie von Walter Benjamin in seinem Essay *Zur Kritik der Gewalt*<sup>268</sup> entfaltet wurde. Auch Loick greift Benjamins Gewaltkritik als zentralen Ausgangstext einer kritischen Theorie der Souveränität auf, um mit ihrer Hilfe die in den traditionellen Souveränitätskonzepten (etwa von Hobbes, Rousseau und Kant) immanente Gewalt zu überwinden. Benjamin unterscheidet in seinem berühmten Essay zwei Arten der Gewalt: Rechtssetzende und rechtserhaltende Gewalt. Dabei sei Benjamins rechtssetzende Gewalt laut Loick »im Wesentlichen eine Gründungs- oder Stiftungsgewalt«. <sup>269</sup> In diesem Sinne vollzieht sich jede Setzung des Rechts durch Gewalt.<sup>270</sup> Gewalt wird dabei zur faktischen Etablierung des Rechts. Daneben erscheint die rechtserhaltende Gewalt. Als solche erfüllt Gewalt die Funktion der faktischen Durchsetzung des Rechts, indem sie »den Zwangscharakter des Rechts materiell realisiert«. <sup>271</sup>

268 *Benjamin*, Gesammelte Schriften II.1 (1991), S. 179ff..

269 *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 148.

270 Ähnlich beschreibt dies auch Menke in Kritik der Rechte: So müsse sich das Recht im Nichtrechtlichen gegen das Nichtrechtliche durchsetzen. Mit Hilfe der Ausnahme wird es »um normativ operieren zu können, nichtrechtlich«. Das Recht ist demnach nicht nur durch seine Mittel gewaltvoll, sondern vielmehr ist dem modernen Recht gerade dadurch, dass es sein »Anderes« immer wieder hervorbringen und sich in einem ewigen Kreislauf dagegen durchsetzen muss, die Gewalt immanent, *Menke*, Kritik der Rechte (2015), S. 120. Menke kritisiert zwar den Begriff Agambens souveräner Ausnahme als regressiv, weil dieser sich nicht selbst reflektiere und eine Transformation des Begriffs der Souveränität oder der Ausnahme nicht erlaube, statuiert Gewalt jedoch als reine Faktizität, die jeglicher normativen Transformation entzogen ist.

271 *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 150.

Der Ausgangspunkt von Loicks Bezug auf Benjamins Gewaltanalyse ist dessen Hinterfragung des Dogmas »Gerechte Zwecke können durch berechnete Mittel erreicht, berechnete Mittel an gerechte Zwecke gewendet werden.«.<sup>272</sup> Während Benjamin seine Ausführungen jedoch von den Gewaltbegriffen her denkt, denkt Loick Benjamins Analyse von einer Theorie moderner Souveränität her und zentralisiert rechtliche Gewalt damit im gewaltvollen Souverän. Aus Benjamins These, dass die Legitimität der Zwecke nicht zu einer Legitimität der Mittel führt, wird so eine Reduktion der Faktizität des Rechts auf Zwang und Gewalt: »Der Zwang ist das Mittel des Zwecks des Rechts, er ist die Exekution der Legislation.«.<sup>273</sup> Oder anders gesagt: »Wenn nicht aus Zwang, warum sonst sollten sich die Menschen aber überhaupt an das Recht halten?«<sup>274</sup>

Zunächst einmal sind die Gründe für die Einhaltung des Rechts vielfach und nicht nur an Zwang gekoppelt, wie sich mit Blick auf das Recht als soziale Norm bereits gezeigt hat (in diesem Zusammenhang wurde auch bereits hinterfragt, inwiefern eine staatszentrierte Analyse von Zwang sinnvoll ist). Darüber hinaus lässt sich aber mit dem starken Fokus auf die Problematik des Zwangs in Loicks Gewaltkritik die Prämisse einer absoluten Freiwilligkeit hinterfragen. Das problematische des Rechts ist hier die Kopplung von Zwang an normative Gründe, das heißt die Instrumentalisierung der Mittel für den Zweck. In der Folge wird ein solches Recht für ethisch gut erachtet, das von den Menschen *gewollt* und nicht *erzungen* ist.<sup>275</sup> Diese Idee birgt aber dann kritikwürdige Subjekt-Narrative, wenn dem aktuellen zwangvollen liberalen Recht ein emanzipatorisches Recht der autonomen Individuen entgegenstellt wird, die sich stets in radikaler Freiwilligkeit für die Einhaltung spezifischer Normen entscheiden. Denn diese Subjekt-Konzeption, so wird sich im nächsten Kapitel zeigen, reproduziert mit dem Fokus auf die Autonomie ein androzentrisches Menschenbild und verkennet, dass Menschen in ihrer Abhängigkeit von Anderen niemals absolut autonom agieren.

Darüber hinaus offenbart sich gerade in den Gewaltanalysen nach Benjamin ein (durchaus gängiges) Verständnis des Rechts, bei dem die Geltung des Rechts der Gegenwart mit faktischem Zwang gleichgesetzt

272 *Benjamin*, Gesammelte Schriften II.1 (1991), S. 180.

273 *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 182.

274 *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 313.

275 »Nur ein solches Recht könne auf freiwillige Zustimmung, und damit auf Befolgung hoffen, das ›ethisch attraktiv‹ sei. Während das liberale Recht durch die Trennung von Recht und Moral dem Individuum eine private Moral zugestehe, dafür aber auf Zwang zur Durchsetzung der Rechtsordnung angewiesen sei, müsse ein post-juridisches Recht rationale oder affektive Gründe für das Befolgen bieten.«. *Franzki*, in: *Neue Theorien des Rechts* (2020), S. 81.

wird. Es scheint folglich äußerst plausibel, dass man das Recht in dieser Form der Faktizität entkleiden und primär seine »normativen Potenziale« freisetzen möchte.<sup>276</sup> Dies geschieht etwa in der Praxis des »Studiums« des Rechts: »Im Studium ist die Gewaltdimension des Rechts suspendiert, wodurch es sich als Mittel von freiwilligen und nicht mehr nur erzwungenen Konfliktschlichtungen und Interessenausgleichen qualifiziert.«<sup>277</sup> Diese Reduktion rechtlicher Faktizität auf den Begriff der Gewalt findet Loick in Agambens *permanentem Ausnahmezustand*. Was bei Agamben als »reine« oder »anomische« Gewalt im Ausnahmezustand bezeichnet wird, erhält bei Loick die Funktion der rechtsvorenthaltenden Gewalt, mit deren Hilfe der Souverän die Menschen vom Recht exkludiert. Die Kritik an dieser agambenschen Gewaltanalyse als zu staatsbezogen oder blind für gesellschaftliche Kämpfe ums Recht verwirft Loick schnell mit dem Verweis, dass Agamben ja gerade »die Überwindung, nicht die Fortschreibung eines Politikzentrismus«<sup>278</sup> erreichen wolle. Diese Kritik sollte jedoch ernst genommen werden, möchte man eine Perspektive auf Souveränität, Recht und Ausnahme entwickeln, die die Dichotomien von Normativität und Faktizität in der eigenen Rechtskritik nicht spiegelbildlich reproduziert. Gewalt wird hier stellvertretend für eine ausufernde Exekutive einem autonomen und primär normativ gedachten Recht entgegengesetzt. Einerseits soll die Gewalt dem Recht immanent sein, zugleich kann sie aber relativ simpel in der Figur des Ausnahmezustands von der Gesellschaft und dem Recht abgetrennt werden und tritt diesen verselbständigt gegenüber. In diesem Szenario muss es das erklärte Ziel werden, das Recht vor der Gewalt und damit der Faktizität selbst zu schützen. Verkannt wird, dass Recht als soziale Norm auf verschiedenen Ebenen wirksam wird und auf faktische Institutionen angewiesen ist, die nicht nur als Produzenten staatlicher Herrschaft, sondern auch als Reproduzenten eines kollektiven »rechtlichen Bedeutungsgeflechtes« verstanden werden sollten.<sup>279</sup> Genauso wie die

276 Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 310.

277 Loick, in: Der Nomos der Moderne (2011), S. 210.

278 Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 232.

279 »Recht als kulturelle Angelegenheit zu betrachten heißt dann nicht, den Gegenstand Recht grundsätzlich anders zu begreifen oder die Ergebnisse der dogmatischen Wissenschaft mit großer Geste zu verwerfen. Es öffnet viel eher den Blick darauf, dass diese Ergebnisse selbst auf der Grundlage von institutionellen Arrangements produziert werden und dass diese institutionellen Arrangements für die Reproduktion eines rechtlichen Zustands unverzichtbar sind. Versteht man die Leistung der Institutionen im Anschluss an Wittgenstein und Douglas, dienen sie insbesondere der Selbstverständlichkeit eines geteilten Codes, eines Klassifikations- und Urteilssystems, in dem sich Recht und Kultur unentwirrbar ineinander verschränken. Mit Lawrence Rosen kann man die Verbindung von Recht und Kultur auch so

Autonomie des Rechts mit Buckel als relational zu sehen ist, das heißt, das Recht stets gesellschaftlich verankert bleibt, ist dies aber auch die Gewalt. Die Idee einer rechtsvorenthaltenden, anomischen Gewalt ist insofern unmaterialistisch, weil sie nicht auf sich selbst und die Faktizität oder Normativität reflektiert. Nur indem Gewalt nach wie vor außer-gesellschaftlich gedacht wird, kann sie aus dem Recht verbannt werden. Man könnte mit Möllers auch sagen, diese Definition von Gewalt ist legalistisch, weil sie Gewalt im Recht nicht als Produkt gesellschaftlicher Kämpfe und Recht nicht als eine von vielen sozialen Normen versteht, die es zu analysieren gilt.

Zugleich deutet sich hier eine strukturelle Problematik an: Die Spannung im Recht, die aus der Gleichzeitigkeit des Rechts als konkreter Praxis und abstrakter Normativität entsteht, muss auch als äußerlicher Zwang erfahren werden. Denn Recht als *soziale* Norm kann niemals mit den zahlreichen Interaktionen der Individuen, die es anwenden, identisch werden. Theorien, die ein emanzipatorisches Recht in einem normativen Wollen auflösen, überhöhen das utopische Individuum zwangsläufig (im Vordergrund steht dann, dass alle einzelnen Individuen überzeugt wurden) in demselben Maße, wie sie das Individuum der Gegenwart auf einen reinen Handlungsempfänger einer rechtlichen Totalität reduzieren. Recht als soziale Praxis wird jedoch immer *auch* als äußerlicher Zwang erlebt, soll es nicht zu einer ideologischen Überzeugungsfrage werden und die Möglichkeit der Transformation bestehen bleiben. Das heißt, gerade weil die Praxen der Anwendung des Rechts »Überschüsse«<sup>280</sup> produzieren, muss das Recht als soziale Norm den Individuen stets

formulieren, dass Recht eine doppelte kulturelle Bedingung hat: Es muss einen rechtlichen Code geben, der sowohl ›institutionell unterscheidbar‹ und gleichzeitig ›kulturell wiedererkennbar‹, das heißt anschlussfähig ist. Dieser Ansatz, der die Frage, ob es Recht gibt, in einer sozialen Praxis verortet, unterscheidet sich vielleicht nur in einer Nuance von dem, was Hart unter dem Namen ›internal point of view‹ vorgeschlagen hat«. *Engelmann*, Rechtsgeltung als institutionelles Projekt (2020), S. 176f.

- 280 Paula-Irene Villa hat diesen Überschuss in Anschluss an Judith Butler für die Frage vom Verhältnis von Sozialisation und Widerstand wie folgt beschrieben: »Normen sind wesentlich ›ordentlicher‹ als die vielfältige Wirklichkeit, in der konkrete Menschen leben. Wer auch immer sich sozialisatorisch mit auf das Geschlecht bezogenen Normen, Geboten, Traditionen oder Unterstellungen auseinandersetzt, macht aus diesen etwas in gewissem Grade ›Eigenes‹. Dies markiert den systematischen Stellenwert des Performativitätskonzepts in den Butlerschen Überlegungen: [...] performative Wiederholungen bzw. ›ritualisierte Produktionen‹ (ebd.), die als sprachliche oder nicht-sprachliche Praxis vollzogen werden, [sind] niemals originalgetreue Kopien. Sie sind niemals vollständig determinierbar (ebd.). Performative Praxen sind immer ›überschüssig‹ (Forster 2002: 42), sie garantieren aufgrund ihres

auch als äußerlicher Zwang erscheinen. Die Spannung von abstrakter Norm und individuellen Praxen kann deshalb nicht in einer umfassenden individuellen Überzeugung aufgelöst werden. Der Rest des »Nicht-Identischen«<sup>281</sup> ist jedoch kein Manko des Rechts. Gerade die Tatsache, dass Recht das Konkrete niemals ganz integrieren kann, ermöglicht seine Transformation. Das Recht kann der individuellen Erfahrung demnach niemals gänzlich gerecht werden: dies liegt aber nicht nur in seinen überindividuellen Institutionen begründet, sondern auch in der Tatsache, dass sich Recht als soziale Form verselbständigt und als soziale Norm (auch) von Gesellschaftsmitgliedern durchgesetzt wird.

### *b. Gewalt und Entscheidung: Covers und Derridas Rechtskritik*

In diesem Sinne muss auch die Skandalisierung der Willkür konkreter Entscheidungen in der Rechtsanwendung, wie Loick sie bei Robert Cover und Jaques Derrida zu finden glaubt, korrigiert werden. Loick geht hierbei einerseits auf den Aufsatz *Violence and the Word* von Robert Cover und andererseits auf Derridas Essay *Gesetzeskraft* ein. Beiden gemein sei, dass sie die Gewalt der richterlichen Entscheidung herausarbeiten. Während Cover dabei die »Nicht-Opposition« von Gewalt und Recht »skandalisieren«<sup>282</sup> will, entfaltet Derrida die Aporien der richterlichen Entscheidung anhand der Frage der Gerechtigkeit in der richterlichen Entscheidung. Mit Cover spricht Loick der richterlichen Entscheidung dabei einen eigenen Gewaltgehalt zu, der darin bestünde, dass diese »als Willkür [...] sich der Rechtfertigungsansprüche ihrer Opfer asymmetrisch verweigert«.<sup>283</sup> Auch aus den von Derrida analysierten Aporien könne geschlussfolgert werden, dass »jedes [...] richterliche Urteilen in

Wiederholungs-Charakters Differenz und Veränderbarkeit«, *Villa*, in: *Sozialisation und Geschlecht* (2006), S. 228. Siehe hierzu auch *Petran*, in: *Gewalt und Handlungsmacht* (2012).

281 Recht, das das Nicht-Identische verdrängen will, so könnte man mit Theodor W. Adorno und Max Horkheimer sagen, wird insofern »identifizierend« gedacht: »Die Triebfeder dieser Umschlagsbewegung ist das identifizierende Denken. Es wird dem Leben und den Individuen – dem Formlosen – nicht gerecht, da es mit vorgefertigten Unterscheidungen durch die Welt zieht, bloß von der Innenseite der Unterscheidung her subsumiert und das Nicht-Identische verdrängt«. *Möller*, *Soziale Systeme* 2016, S. 269. Insofern widerspricht die hier vorgestellte Analyse gerade der Idee, dass Agambens Rechtstheorie das Nicht-Identische fassen könne, wie sie etwa von Brunhöber vertreten wird, *Brunhöber*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008.

282 *Loick*, *Kritik der Souveränität* (2012), S. 234.

283 *Loick*, *Kritik der Souveränität* (2012), S. 237. Kritisiert wird hier demnach weniger staatliche Herrschaft als die Spannung, die sich aus eben jenem

gewissem Maße zu einem Akt der Willkür«<sup>284</sup> werde. Loicks Interpretation von Cover und Derrida ist von Benjamins Gewaltanalyse geprägt, ohne jedoch Derridas eigener Kritik am Benjaminschen Gewaltbegriff Raum zu geben. Covers und Derridas Ausführungen werden in diesem Zusammenhang zu Gunsten der Skandalisierung eines gewaltvollen, illegitimen Rechts genutzt.<sup>285</sup>

Doch worum geht es hier genau? Sowohl Cover als auch Derrida machen die Spannungen sichtbar, die darin bestehen, dass ein abstrakter Rechtsgedanke in der Entscheidung für einen konkreten Fall faktische Kraft entwickelt. Besonders deutlich wird dies in Derridas Erörterung der Idee der Gerechtigkeit. Diese verortet er stets als »Horizont«,<sup>286</sup> sie kann in der richterlichen Entscheidung nie gänzlich verwirklicht werden. So könne Gerechtigkeit einerseits nur dann zur Gerechtigkeit des Rechts werden, wenn sie »über Kraft verfügt und Gewalt in sich birgt«,<sup>287</sup> Dies tut sie in Form des rechtlichen Entscheidens. Das heißt, Recht wird hier nicht als rein normative Ordnung verstanden, »die das Recht auf ein selbstgenügsames System explizit formulierter Regeln reduziert«. »Gesetze [werden] im Sinn und Kontext von Handlungen verstanden [...]; (auch) darin besteht ihr ›performativer‹ Charakter«. <sup>288</sup> Zugleich beinhaltet jede richterliche Entscheidung die Aporie, dass sie das Unentscheidbare, »die Erfahrung dessen, was dem Berechenbaren, der Regel nicht zugeordnet werden kann, weil es ihnen fremd ist und ihnen gegenüber ungleichartig bleibt«<sup>289</sup> nicht vollständig auflösen kann. Es bleibt der Entscheidung immanent und wohnt ihr »wie ein Gespenst« inne.<sup>290</sup> Hier zeigt sich Derridas Kritik am Benjaminschen Gewaltverständnis: So könne weder zwischen rechtssetzender und rechtserhaltender Gewalt unterschieden noch könnten die »reinen« zweckfreien Mittel propagiert werden, wie Benjamin dies tue. Die Idee einer reinen Praxis, einer reinen Vermittlung ohne Gesetzeszwecke verwirft Derrida: Vermittlung müsse stets kontaminiert bleiben.<sup>291</sup>

Verhältnis zwischen der faktischen Entscheidung der Richterinnen und Richter und den abstrakten Normen ergibt.

284 Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 241.

285 Dass Cover dabei richterliches Entscheiden nicht nur als willkürliche, repressive Maßnahme, sondern als institutionelle Reproduktion des Rechts, als kulturelles Bedeutungsgeflecht, als »Welt, in der wir leben« begreift, lässt sich bei Engelmann nachlesen: Engelmann, Rechtsgeltung als institutionelles Projekt (2020), S. 161ff.

286 Derrida, Gesetzeskraft (2017), S. 53ff.

287 Derrida, Gesetzeskraft (2017), S. 21.

288 Menke, in: Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida – Benjamin (1994), S. 283.

289 Derrida, Gesetzeskraft (2017), S. 49.

290 Derrida, Gesetzeskraft (2017), S. 51.

291 Derrida zieht in diesem Zusammenhang die Analogie zur Sprache: »die Kontamination aber sei ›Gewalt‹, wie auch ›die‹ Sprache selbst kein ›reines‹

Die Stärke der Ausführungen von Derrida und Cover liegt demnach nicht darin, eine Vorstellung des Rechts als gewaltfreie, legitime Idee zu entwerfen, sondern das Recht als Reich der guten (gerechten) Gründe zu entzaubern: Das Recht kann demnach schon deshalb niemals unschuldig bleiben, weil die Spannungen zwischen abstrakter Normativität und konkreter Faktizität nie ganz aufgelöst werden können. Vielmehr liegt in dieser Spannung gerade ihr Potenzial: »Derrida interpretiert die Faktizität eines im Recht vorgefundenen ›Undekonstruierbaren‹ zugleich als ›Öffnung‹ auf Gerechtigkeit hin«. <sup>292</sup> Derrida wendet sich damit sowohl gegen die Idee eines pragmatischen, von legitimen Zwecken befreiten Rechts, als auch gegen die Vorstellung einer Überwindung des Rechts etwa in Form von Schmitts Dezisionismus oder eines Idealismus, der »die unendliche Idee der Gerechtigkeit den endlichen Bedingungen rechtlicher Institutionalisierung und gesetzlicher Kodifizierung äußerlich entgegensetz[t]«. <sup>293</sup> Genau das versuchen sowohl Agamben

Medium, sondern gewaltsam sei. [...] ›Gerecht‹ im Sinne von gewaltlos können folglich Recht wie Sprache nicht sein, es sei denn, man könne außerhalb ihrer treten«. *Gebring*, in: *Einsätze des Denkens: Zur Philosophie Jacques Derrida* (1997), S. 238.

292 *Gebring*, in: *Einsätze des Denkens: Zur Philosophie Jacques Derrida* (1997), S. 241. Aus einer funktionellen Perspektive auf das moderne positive Recht im Sinne Luhmanns führt darüber hinaus die Trennung von Gesetzgebungsverfahren und richterlichem Entscheiden gerade zur Ermöglichung gesellschaftlicher Komplexität: »Die Entlastungsfunktion von Strukturen erfordert zwar, dass die Struktur in den Situationen, die sie strukturiert, nicht zum Problem gemacht und selbst variiert wird; das schließt aber nicht aus, daß dies in anderen Situationen, zu anderen Zeitpunkten, in anderen Rollen oder Systemen geschieht, sofern nur für hinreichende Differenzierung und für ausreichende Kommunikation zwischen den einzelnen Entscheidungsbereichen gesorgt ist. [...] Der Richter hat, wenn rechtlich normierte Erwartungen verletzt werden, bei diesen Erwartungen zu bleiben und nicht etwa sie den Tatsachen anzupassen. Dem Gesetzgeber dagegen erscheinen Normen und Fakten in anderem Licht [...]. Er kann die reale Wirkung der Normen [...] kognitiv und ohne Entrüstung zur Kenntnis nehmen. Er kann sich für das heimliche Recht der Rebellen und Verbrecher, für die durch Vorschriften beeinträchtigten Interessen öffnen«, *Luhmann*, *Rechtssoziologie* (1987), S. 238f.

293 *Menke*, in: *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida – Benjamin* (1994), S. 281f. Diese Einsicht lässt sich auch in der Empirie zur Entscheidungsfindung von Richterinnen und Richtern finden. Peter Stegmaier spricht in diesem Zusammenhang etwa von »Linien«, die das richterliche Entscheiden prägen, indem sie als »normative Typologien« für verschiedene Falltypen begrenzte Regelungskraft entfalten: »Linien [...] wirken wie ›Probiernormen‹, wie explorative Normierungsangebote. Sie können sich bewähren oder scheitern, erweitert oder ersetzt werden, durch neue Versuche oder altbewährte

als auch Loick jedoch zu tun, wenn sie ein Recht »mit dem gespielt wird wie mit ausgedientem Spielzeug«<sup>294</sup> oder ein »Recht der Rechtsinterpretation«,<sup>295</sup> das »ethisch attraktiv« zur »anlockenden Einladung« wird,<sup>296</sup> propagieren.

*c. Vom Begriff der Gewalt zur Disziplinarmacht:  
Foucaults Kritik am Konzept der Souveränität*

Interessanterweise führt Loick, wie auch Agamben, mit dem Verweis auf Michel Foucault einen entscheidenden theoretischen Hinweis zur Kritik am »Juridischen Modell« der Macht<sup>297</sup> an: Michel Foucaults Ausführungen zur Entstehung der Disziplinarmacht. So lenke Foucault mit seinem Begriff der Disziplinarmacht den Blick weg von einer zentralen souveränen Gewalt hin zu den disziplinierenden Mikroökonomien. Diese neue Form des Regierens könne mittels der Disziplinarmacht mit der Stellung eines Familienvaters verglichen werden, der jedoch anders als Benjamins gewalttätiger Vater nicht mittels Zorn und Schwert die Geschichte der Familie lenke, sondern mittels Geduld.<sup>298</sup>

Foucault beschreibt das Konzept der Disziplinarmacht in »Überwachen und Strafen« als Überwindung des historisch zentralisierten Souveränitätskonzepts. Exemplarisch hierfür steht das Panopticum als neuzeitliche Überwachungsstrategie:

Das Panopticum bietet dafür die Lösung an, daß die Produktionssteigerung der Macht nur möglich ist, wenn die Macht ohne Unterbrechung bis in die elementarsten und feinsten Bestandteile der Gesellschaft eindringen kann und wenn sie auf die jähren, gewalttätigen und lückenhaften Verfahren der Souveränität verzichtet. Der Körper des Königs mit seiner merkwürdigen materiellen und mythischen Gegenwart, mit seiner Kraft, die er selber entfaltet oder anderen überträgt, bildet den extremen

Normen, in der engeren Fallarbeit genauso wie durch spätere Revisionen durch höhere Gerichte, Debatten in der Jurisprudenz oder schlichte Gegenargumentationen von Anwälten oder Staatsanwälten. Linien bieten Halt, wo der Boden des Normativen (noch) nicht sicher trägt. Sie sind zugleich Ausdruck eines vom konkreten Einzelfall abgelösten Rechtsverständnisses, das mehr auf Überblick über generalisierbare Rechtsprobleme sensibilisiert ist denn auf Schlussfolgerungen im Detail«. *Stegmaier*, Wissen, was Recht ist (2009), S. 408. Siehe hierzu auch *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (1987), S. 165.

294 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 77.

295 *Loick*, Juridismus (2017), S. 313ff.

296 *Loick*, Juridismus (2017), S. 324, 329.

297 *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 232.

298 *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 208.

Gegensatz zur neuen Physik der Macht, wie sie vom Panopticum definiert wird; ihr Bereich ist jene Niederung der ungeordneten Körper mit ihren Einzelheiten und vielfältigen Bewegungen, mit ihren heterogenen Kräften und räumlichen Beziehungen.<sup>299</sup>

Die Idee einer mythischen, allmächtigen souveränen Gewalt ersetzt Foucault durch den Begriff der Disziplinarmacht, die dezentral und ordnend auf die Körper der Bevölkerung einwirkt. An die Stelle der »Kraft« tritt eine analysierende strukturierende Strategie. Recht wird in diesem Zusammenhang antagonistisch zur Disziplinarmacht gedacht. Während das Recht abstrakte Gleichheit schafft, »charakterisieren, klassifizieren, spezialisieren« die Disziplinen und ordnen die Individuen »entlang einer Skala [...] um eine Norm herum an«.<sup>300</sup>

Die Idee der Disziplinarmacht spielt insofern auch für Foucaults Analyse des modernen Regierens mittels gouvernementaler Vernunft, der Gouvernementalität, eine Rolle. Diese fragt mit dem Aufkommen der politischen Ökonomie nicht mehr nach der Legitimität der Regierungspraxen, sondern nach deren Wirkung: »Die Legitimität wird also durch [den Erfolg] ersetzt«.<sup>301</sup> Für Loick führt das Konzept der Disziplinarmacht dazu, dass es mit Foucault nicht »mehr möglich [ist], eine abstrakte Geschichte des Staates zu schreiben, dessen substantielles Wesen durch die Zeit invariant bliebe, denn damit würde man eine Ontologie des Staates voraussetzen und sich selbst vom sakralen Glanz der Souveränität blenden lassen«.<sup>302</sup> Foucault verneine in diesem Sinne die Existenz einer souveränen Instanz zwar nicht, sie erhalte aber für ihn die Funktion einer ideologischen Legitimation zur Durchsetzung der Disziplinarmacht.<sup>303</sup> Für die Frage nach der exekutiven rechtvorethalenden, anomischen Gewalt bedeutet dies, »nicht die Ontologie des Souveräns, sondern die Präsenz der Regierungspraktiken in den Mittelpunkt zu stellen«.<sup>304</sup>

Loick legt damit eine äußerst relevante Kritik an der eigenen Gewaltkonzeption vor, die diese rechtssoziologischen Betrachtungen zugänglich macht. Er entzieht sich Foucaults Kritik am Konzept einer zentralen Souveränität jedoch zugleich mit dem Verweis darauf, dass die Frage, inwiefern die Idee einer zentralen Souveränität tatsächlich als dominantes

299 *Foucault*, Überwachen und Strafen (2017), S. 267f.

300 *Foucault*, Überwachen und Strafen (2017), S. 286.

301 *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernementalität II (2019), S. 34.

302 *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 201.

303 »Nicht die Existenz von Souveränität wird angezweifelt, sondern die ausschließliche Vorstellung von Gesellschaft und Staat in Souveränitätsbegriffen«. *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 210.

304 *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 211.

Herrschaftsverhältnis zu sehen sei, eine empirische sei.<sup>305</sup> Statt die Ebene des Wirkens des Rechts in die faktische Empirie zu verbannen, gilt es jedoch im Hinblick auf den Begriff des Rechts als sozialer Norm die Wirkung des Rechts in den Rechtsbegriff selbst zu integrieren. Mit Foucault kann so der Idee einer von Recht und Gesellschaft abgespaltenen souveränen Gewalt die Perspektive der Disziplinarmacht entgegengehalten werden, die nicht nach dem *ob* des Wirkens der Gewalt im Recht fragt, sondern danach, *wie* sie es tut.

### 3. Sein und Sollen im Recht: Rechtssoziologische Perspektiven und Neujustierung des Problemgegenstands

Was sich in den Ausführungen auf der Ebene der staatlichen Herrschaft bereits angedeutet hat, lässt sich mit den Ausführungen von Möllers und Loick auf der Ebene des Rechts als sozialer Norm konkretisieren: Modernes Recht als soziale Norm kann nicht als statische autonome Normativität oder faktische kausale Wirksamkeit gedacht werden. Um die Transformationsmöglichkeiten des Rechts zu berücksichtigen, muss es sowohl im Sollen als auch im Sein lokalisiert werden. Ein Bestandteil sowohl der normativen als auch der faktischen Seite des Rechts als sozialer Norm ist zudem, dass die Abweichung bzw. Devianz vom Recht, wenn überhaupt, etwas über das Gelingen der Normativität aussagen, nicht jedoch das Scheitern des Rechts attestieren kann. Das hat zur Folge, dass die Feststellung einer Ausnahme vom Recht einen relativ geringen Aussagegehalt über die Wirksamkeit und die Effekte des Rechts selbst beinhaltet. Denn ob Recht wirksam wird, hängt einerseits von zahlreichen Faktoren ab, die das Recht nicht aus sich selbst heraus produziert. Recht ist ein Set von sozialen Normen unter vielen anderen normativen Ordnungen. Recht bewegt sich andererseits stets in der Spannung zwischen dem Sollens-Anspruch seiner Normativität und der Notwendigkeit einer faktischen Wirksamkeit. Diese können weder als identisch noch getrennt voneinander gedacht werden.<sup>306</sup> Die Spannung kann also weder

305 Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 211, 212.

306 Loicks Rechtsphilosophie steht insofern exemplarisch für eine Rechtsanalyse, die die Faktizität aus dem Recht verbannen möchte. So kritisiert Möllers etwa Axel Honneths Theorie des Rechts in »Das Recht auf Freiheit«: »Sein Verständnis sozialer Freiheit, in der sich die Subjekte wechselseitig anerkennen und die eigenen Handlungsvollzüge auch als Bedingung der Handlungsvollzüge anderer erkennen, ist rein normativ. Seine Kritik an der Zerstörung sozialer Beziehungen durch Recht und Moral setzt aber einfach die Realität sozialer Beziehungen mit dieser normativen Bestimmung gleich«. Möllers, Axel Honneth: »Das Recht auf Freiheit«, FAZ vom 23.08.2011. Zu Möllers

aufgelöst werden, indem die Faktizität als Gewalt aus dem Recht verbannt wird, noch indem die Idee eines sich nicht vollziehenden Rechts propagiert wird. Interessanter als die Frage, *ob* Recht wirksam ist, ist deshalb die Frage, *wie* es wirksam wird. *Wie* Recht wirksam wird, lässt sich dabei insbesondere mit Blick auf eine dritte Ebene des Rechts, nämlich die Ebene der Rechtssubjektivierung, erforschen. Insofern als das Recht sich maßgeblich in den Subjektivierungsprozessen materialisiert, werden auch hier die zuvor benannten Spannungsverhältnisse sichtbar. Wie also konstruiert das Recht Subjekte?

Eine Gewaltanalyse, die bei alldem willkürliches Staatshandeln als primäres Problem identifiziert, bleibt jedoch unzulänglich und reproduziert schlimmsten Falls Dichotomien, die Ungleichheit verschärfen und den eigentlichen Problemgegenstand eines Rechts, das Ungleichheit schafft, verfehlt. Dabei haben zahlreiche feministische, antirassistische und postkoloniale Gewaltanalysen einen Gewaltbegriff entwickelt, bei dem Gewalt nichts von den Individuen Abtrennbares und ihnen in Gestalt einer Souveränität gegenüberstehendes ist. Mit Analysen wie der strukturellen,<sup>307</sup> normativen<sup>308</sup> oder epistemischen Gewalt<sup>309</sup> wurden Konzepte entwickelt, die zunächst den Gewaltbegriff ausweiten und das Problem nicht nur in einem den Individuen äußerlichen Zwang lokalisieren, sondern Gewalt als Strukturen der Ungleichheit verstehen, die sich in Form eines unterschiedlich großen Maßes an körperlicher Verletzungsoffenheit materialisieren:

Die Frauenbewegung führte einen weiten Gewaltbegriff in die politische und wissenschaftliche Debatte ein, um auf verborgene Geschlechtergewalt aufmerksam zu machen. Der weite feministische Gewaltbegriff umfasst also nicht nur physische, sondern auch psychische Verletzung. [...] Die »Verletzungsoffenheit« von Frauen, ihre »permanente Verletzbarkeit« [...] und Verletzungsgefährdung beziehen sich auf den Körper, auf die Psyche und den Geist, das heißt auf alles, was die Identität einer Person ausmacht (Sauer 2002). Auch körperliche Normierungen und Normalisierungen, wie die Disziplinierung zur Zweigeschlechtlichkeit, können gewaltsame Eingriffe in die Identität und Integrität von Menschen sein.<sup>310</sup>

Kritik an Loick siehe Möllers, Was das Recht nicht alles soll bewirken können, FAZ vom 06.12.2017.

307 Kailitz, in: Schlüsselwerke der Politikwissenschaft (2007).

308 Butler, *Frames of War* (2009).

309 Spivak, *Can the Subaltern Speak?* (2020).

310 Sauer, *GENDER - Zeitschrift für Geschlecht, Kultur und Gesellschaft* 2011, S. 52. Zu einer Genealogie des feministischen Gewaltbegriffs siehe auch *Petran/Thiel*, in: *Gewalt und Handlungsmacht* (2012); *O'Toole et al.* (Hg.), *Gender Violence* (2020).

Diese Perspektivverschiebung muss Konsequenzen für die Konzeption von Rechtssubjektivität haben. Denn vor dem Hintergrund der vielschichtigen komplexen Wirkungen des Rechts macht eine Dichotomie vom autonomen Rechtssubjekt, das dem Staat souverän gegenüber steht, auf der einen und dem ohnmächtigen *homo sacer*, der dem Staat hilflos ausgeliefert ist, auf der anderen Seite kaum mehr Sinn. Vielmehr entfaltet sich so eine Perspektive auf Rechtssubjektivität, die die Vielzahl an Rechtssubjektivitäten (im Sollen und Sein des Rechts) als rechtliche Realität, die zwingende Abhängigkeit aller Menschen voneinander und rechtliche Prekarisierungsprozesse in den Vordergrund stellt.

### III. Entzauberung des Rechts: Vielschichtige Wirklichkeit

Dem Blick auf das Wirken des Rechts muss demnach ein Blick auf Rechtssubjektivität folgen, der nicht lediglich durch die Definition einer zentralen, autoritären Souveränität geprägt ist, und sich weder auf ein normatives, abstraktes Konzept noch auf reine, konkrete Faktizität reduzieren lässt. Inwiefern wird Agambens Bild des Muselmanns im KZ als paradigmatische Figur eines *homo sacer* diesen Ansprüchen gerecht? Indem Agamben den *homo sacer* mit Verweis auf den Muselmann im Konzentrationslager als sprachloses Wesen konzipiert, partizipiert er zunächst an der Debatte darüber, wer sprechen kann – jedoch nicht mit im Sinne der Frage, wer gehört werden kann.<sup>311</sup> Es geht ihm tatsächlich um Individuen, die nicht sprechen können, um »Nicht-Menschen« und »die absolute Trennung von Lebewesen und sprechenden Wesen, von *zoé* und *bíos*, von Nicht-Mensch und Mensch«.<sup>312</sup> Der Muselmann ist ein »letztes *arcanum* [...], ein von jeder Möglichkeit des Zeugnisses getrenntes Überleben, eine Art absoluter biopolitischer Substanz, die in ihrer Isolierung die Zuweisung jeglicher demographischer, ethnischer, nationaler oder politischer Identität zulässt«.<sup>313</sup> Auch auf der Ebene des Subjekts spiegelt sich so Agambens Rechtsphilosophie: So wie er das Recht von der Ausnahme her denkt, denkt er das Subjekt vom »Nicht-Menschen« her. Anders als andere Philosophinnen und Philosophen beschreibt er

311 Diese Debatte wurde prominent etwa von Gayatri Chakravorty Spivak entfacht, die in ihrem Essay »Can the Subaltern Speak?« am Beispiel der Witwenverbrennung zeigt, wie die indischen Witwen weder von der britischen Kolonialmacht, die sich anschickte, sie »von den braunen Männern« zu befreien, noch von indischen Männern, die die Witwenverbrennung mit den Worten »die Frauen wollen sterben« stilisierten, gehört werden konnten. Spivak, *Can the Subaltern Speak?* (2020), S. 81ff.

312 Agamben, *Was von Auschwitz bleibt* (2003), S. 136.

313 Agamben, *Was von Auschwitz bleibt* (2003), S. 136.

dabei das Außen des durch Normen konstruierten Subjekts (das ›Andere‹ des Subjekts) jedoch nicht etwa als »innerpsychisches Szenario«<sup>314</sup> einer niemals kohärenten sondern immer schon fragmentierten Identität, sondern als tatsächliche, faktische Substanz. Daraus folgt auch, dass er die Hoffnung auf Widerstand gegen den souveränen Bann in der Offenbarung, Demaskierung und Offenlegung des nackten Lebens sucht.<sup>315</sup> Wie auf der Ebene der Rechtsanwendung stehen sich auch in Agambens Ontologie eine rechtliche Normativität und ihre Faktizität gegenüber: Auf der einen Seite das normative, sprachlich verfasste Subjekt als Bürger und auf der anderen Seite der sprachlose, faktisch-substanzielle Nicht-Mensch, der *homo sacer*. Sofern die »vereinheitlichte, vervollkommnete, sichere und kohärente Identität« des modernen souveränen und nationalstaatlichen Subjekts – des Bürgers – schon immer »eine Illusion«<sup>316</sup> war, gilt dies jedoch genauso für das vermeintliche Spiegelbild des nackten Lebens. Der Andere ist mit Stuart Hall als Idee zunächst »absolut notwendig« für die eigene Identitätsbildung<sup>317</sup> und wird gewissermaßen überhaupt erst mit der Entstehung eines modernen, universalistischen Wahrheitsregimes sichtbar:

314 Lorey, Immer Ärger mit dem Subjekt (1996), S. 136.

315 Diese Hoffnung lässt sich mit Theorien der Subjektkonstruktion, die das Außen des Subjekts nicht substanzial denken, kritisieren. Hannah Meißner bemerkt hierzu treffend: »Dies [die spezifische Subjektkonstruktion] schließt andere Formen des Seins aus – diese sind aber eben nicht ›an sich‹ vorhanden, sie stellen jedoch das konstitutive Außen der historisch realisierten Formen dar und verweisen damit zugleich auf die grundsätzliche Möglichkeit, dass durch eine kollektive Arbeit an den gesellschaftlichen Bedingungen der Intelligibilität neue Seinsweisen ›erfunden‹ werden. Emanzipation hieße in diesem Sinne nicht, dass ›eigentliche‹, menschliche Wesenszüge von den sie verhindernden oder sie einschränken Formen befreit werden, vielmehr geht es um kollektive Suchbewegungen, die ihren Ausdruck wiederum in bestimmten historischen Formen finden; ›emanzipatorisch‹ sind diese Suchbewegungen, sofern sie nach Formen streben, die weniger einengend und weniger ausschließend sind als die herrschenden«. Meißner, Jenseits des autonomen Subjekts (2014), S. 52. Interessanter Weise wird gerade im Zusammenhang mit Geflüchteten aus der Tatsache, dass diese zum Teil körperliche Praxen, wie etwa Selbstanzündungen, anwenden, geschlossen, dass es sich um eine Gruppe von auf »nacktes Leben« reduzierten und rechtlosen Menschen handele, Loick, Kritische Justiz 2021. Was hier zum Vorschein kommt ist jedoch weniger das exemplarische »nackte Leben« als das Narrativ eines rein rationalen, entkörperlichten Politikverständnisses, bei dem die (stets zwangsläufige) eigene Abhängigkeit und Körperlichkeit in das »Andere der Politik« verdrängt wird (siehe hierzu auch B II 3).

316 Hall, in: Widerspenstige Kulturen (1999), S. 396ff.

317 Hall, Das verhängnisvolle Dreieck (2018), S. 93.

Erst mit der Aufklärung – unter deren panoptischem, universalistischen Blick alle Abstufungen menschlicher Differenzen im Diskurs der Naturphilosophie als Teile eines einzigen Systems repräsentiert wurden – ging die diskursive Kennzeichnung von Differenz an einen neuen Ort über; sie war nun nicht mehr zwischen zwei sich gegenseitig ausschließenden Gattungen von Menschen lokalisiert, sondern saß zwischen unterschiedlichen Niveaus und Stufen von ›Zivilisation‹ und ›Barbarei‹ innerhalb eines einzigen Systems.<sup>318</sup>

Die Idee geschlossener Identitäten, sowohl die des Bürgers als auch des Anderen, wird jedoch insbesondere vor dem Hintergrund der Effekte der Globalisierung destabilisiert. Subjekte sind in der postmodernen, globalisierten Welt zunehmend von einer Hybridisierung geprägt, die ihrerseits immer wieder zu neuen politischen Identitäten führt.

›Schwarz‹ ist nicht nur ein Beispiel für den *politischen* Charakter neuer Identitäten, die in und für spezifische Zeitpunkte und Orte – positional und konjunktuell – gebildet werden, sondern auch dafür, dass Identität und Differenz unauflösbar miteinander artikuliert oder verknüpft sind, dass die eine die andere nie vollständig überlagert. Als vorläufige Schlussfolgerung halte ich fest, dass die Globalisierung den Effekt hat, die zentrierten und ›geschlossenen‹ Identitäten einer nationalen Kultur zu bekämpfen und zu zerstreuen. Sie hat eine pluralisierende Wirkung auf Identitäten, schafft eine Vielzahl von Möglichkeiten und neuen Positionen der Identifikation und gestaltet Identitäten positionaler, politischer, pluraler und vielfältiger sowie weniger fixiert, einheitlich und transhistorisch.<sup>319</sup>

Diese Entwicklungen werden selbstredend auch in aktuellen rechtlichen Debatten aufgegriffen, die auf Differenzen innerhalb rechtlicher Subjektivierungsprozesse und damit zunächst auf eine Diversität an Rechtssubjekten verweisen. Der Dezentrierung des Subjekts in der postmodernen globalisierten Welt folgt dabei keine Gleichheit aller in der Wahl, welche Identität sie gerade praktizieren möchten. Soziale Kategorisierungen von Menschen sind von Herrschaft, Privilegien und Diskriminierungen geprägt. Rechtliche Subjektivierungsprozesse sind in diesem Zusammenhang weder lediglich eine selbstbestimmte Praxis, noch lediglich durch Anrufung und Unterwerfung<sup>320</sup> durch das Recht geprägt. Der Blick auf

318 Hall, Das verhängnisvolle Dreieck (2018), S. 76f.

319 Hall, in: Widerspenstige Kulturen (1999), S. 434.

320 Der Prozess der Subjektwerdung durch Anrufung und Unterwerfung unter Ideologien wurde prominent von dem Philosophen Louis Althusser vertreten, der ihn als automatisierte Akzeptanz und Unterwerfung unter die herrschenden Ideologien beschreibt. Subjektivierungsprozesse werden hier unmittelbar aus den Ideologien abgeleitet: »die riesige Mehrzahl der (guten) Subjekte funktioniert tatsächlich ›ganz von alleine‹, d.h. innerhalb der

das Recht als komplexe Herrschaftsform *und* soziale Norm spiegelt sich auch in der Subjektivierung durch das Recht wider: Sie ist zugleich (etwa durch rechtsstaatliche Institutionen) fremdbestimmt und wird durch die eigene Anwendung durch die Adressierten praktiziert. Recht ist in diesem Zusammenhang zugleich repressiv, ermöglichend und konstruierend.<sup>321</sup> Das Gegensatzpaar des ohnmächtigen *homo sacer* und des souveränen Bürgers kann dabei jedoch nicht nur die komplexen rechtlichen Subjektivierungsprozesse nicht ausreichend beschreiben, sondern reproduziert auch kritikwürdige Ideale eines autonomen Rechtssubjekts, das sich so in der Rechtswirklichkeit nicht vorfinden lässt.

Möchte man also die Transformationen des Rechtssubjekts in seiner raum-zeitlichen Verankerung verstehen, braucht es deshalb ein Verständnis des (Rechts-)Subjekts, das sich jenseits der Dichotomie von autonomem, rationalem Subjekt und ohnmächtigem, körperlichem Nicht-Mensch bewegt – und damit unterschiedliche Rationalitäten des Rechts widerspiegelt. Hierzu lohnt es, zunächst zu verstehen, wie vielschichtig (und keineswegs nur autonom) Rechtssubjekte durch das Recht konstruiert werden. Dabei zeigt sich das Recht als soziale Norm auch als Ausdruck menschlichen Prekär-Seins; Recht ist insofern auch ein Ergebnis der Vergesellschaftung dieses Prekär-Seins. Der Blick auf die Debatten und Erfolge feministischer Rechtswissenschaft in Bezug auf einen materiellen Gleichheitsbegriff kann dabei die etwa von Menke getätigte

Ideologie (deren konkrete Formen in den Staatsapparaten realisiert sind). Sie fügen sich ein in Praxen, die von den Ritualen der ISAs [ideologischen Staatsapparate] beherrscht werden. Sie ›erkennen‹ *das Bestehende* ›an‹, sie erkennen an, daß es ›in der Tat so ist und nicht anders‹, daß man Gott, seinem Gewissen, dem Pfarrer, de Gaulle, dem Unternehmer und dem Ingenieur gehorchen muß, daß man seinen Nächsten lieben muß wie sich selbst‹ usw. Ihr konkretes materielles Verhalten ist nichts anderes, als die lebendige Verkörperung des bewundernswerten Wortes ihres Gebetes: ›Amen!‹« *Althusser*, *Ideologie und ideologische Staatsapparate* (1977), S. 148.

321 Vgl. hierzu *Baer*, in: *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie* (2010). Auch auf der Ebene der Subjektivierungsprozesse lässt sich mit Foucault der Blick weg von der Idee herrschender Souveränität hin zu gestaltender Disziplinierungen lenken (siehe hierzu B II 2 c). Vor diesem Hintergrund lässt sich das Andere der Rechtssubjektivität nicht als Essenz freilegen. Es ist genau die Konstruktionsleistung des Rechts, das Andere wie die Rechtssubjektivität selbst als natürlich erscheinen zu lassen. Insofern lässt sich etwa Roland Barthes Aussage über den Mythos auch auf das Recht als verdinglichte und zugleich konstruierende Herrschaftsform übertragen: »Der Mythos verbirgt nichts und stellt nichts zur Schau; er deformiert. Der Mythos lügt nicht und gesteht nichts; er verbiegt. [...] Hier sind wir beim eigentlichen Prinzip des Mythos: Er verwandelt Geschichte in Natur«, *Barthes*, *Mythen des Alltags* (2010), S. 277f.

Aufspaltung von Sozialstaat und subjektiven bürgerlichen Rechten mit Entwicklungen der aktuellen Rechtsdogmatik konfrontieren. Subjektivierungsprozesse im und durch das Recht sind dabei von komplexen Interdependenzen sozialer Kategorien geprägt und Prozesse rechtlicher Subjektivierung niemals ganz identisch mit diesen. Diese Komplexität zeigt sich zunächst auch in den vielfachen Fragmentierungen der Normierung des Bürgers im Verwaltungsrecht, die für die rechtliche Normierung der Lager und die sie Bewohnenden relevant sind (siehe hierzu etwa B III 1 b). Auf diese Weise kann eine Perspektive entwickelt werden, die den Rationalisierungen des Rechts und ihren Auswirkungen auf die Lebensrealitäten verschiedener Rechts-Subjektivitäten gerecht wird und zugleich Subjektivierung durch das Recht als (niemals abgeschlossenen) Prozess versteht.

### 1. Subjektivierungsprozesse:

#### Der Bürger als kontingente Figur des Rechts

In dem Wissen um »die Spannung zwischen Normierung und Selbstbestimmung, zwischen normativer Subjektkonstruktion und nicht normiertem Subjekt«<sup>322</sup> geht Susanne Baer in ihrem Buch »*Der Bürger*« im *Verwaltungsrecht* den rechtlichen Konstruktionen »des Bürgers« nach. Während Agamben den *homo sacer* zu der paradigmatischen Figur der westlichen Welt seit der Antike erhebt, lässt sich mit Baer die historische *Kontingenz* seines Gegenspielers, des Bürgers, für das deutsche Recht zeigen. Agamben markiert den Bürger als »souveränes Subjekt«, das die Schnittstelle zwischen nationalstaatlichem Denken und souveräner Biopolitik darstellt.<sup>323</sup> Um den raum-zeitlichen Bezug der rechtlichen Figur des Bürgers zu begreifen, können die lokalen und historischen Dimensionen des rechtlich spezifischen Bezugs auf den Bürger jedoch nicht ignoriert werden: Nur wenn verstanden wird, was in der deutschen Rechtswissenschaft tatsächlich als »Norm- und Normalsubjekt« konstruiert wird, kann analysiert werden, »welche Subjekte warum nicht ›unter die Norm fallen‹, sondern ausgegrenzt werden.«<sup>324</sup> Baer sieht den Bürger dabei anders als etwa den Begriff des Rechtssubjekts explizit »im Kontext staatlicher Ordnung«.<sup>325</sup> Als solches unterliegt er einer »wechsellvollen Geschichte«.<sup>326</sup> Wie unterschiedlich die rechtlichen Bürger-Konzeptionen dabei ausfallen, zeigt Baer unter anderem anhand

322 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 31.

323 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 137.

324 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 1.

325 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 17.

326 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 17.

der Bürger-Konstruktion des Verfassungsrechts, den Anfängen der Verwaltungsrechtswissenschaften und dem Bürger im »ermöglichenden, aktivierenden und gewährleistenden Staat«.<sup>327</sup> Deutlich wird dabei, dass Momente der Ohnmacht nicht in die permanente Ausnahme vom Recht verbannt werden müssen, sondern vielmehr in den normativen Bürger-Konstruktionen des Rechts selbst liegen.

*a. »Der Bürger« im Verfassungs- und Verwaltungsrecht*

Ihre Methode verortet Baer im Dekonstruktivismus. Die Analyse des Begriffs des Bürgers im Recht folgt deshalb der Annahme, dass es sich bei Begriffen immer nur um »Annäherungen an Konstruktionen«<sup>328</sup> handelt. Baers Vorgehen ist in Bezug auf Agambens Figur des *homo sacer* in zweierlei Hinsicht interessant.

Einerseits liegt Baers Analyse ein Verständnis des Rechts als *konstruktiver* Normierung zugrunde. Das heißt, Recht wirkt nicht nur *repressiv* auf die Individuen ein,<sup>329</sup> wie es etwa die Idee des in Bann-gehaltenen *homo sacer* impliziert. Vielmehr formt es Subjekte mittels rechtlicher Konstruktionen. In diesem Verständnis gibt es keine Subjekte außerhalb der Normen. Oder anders gesagt: »Vielmehr konstituieren die sozialen Verhältnisse erst diejenigen Entitäten, die dann als selbstständige Essentialitäten erscheinen.«<sup>330</sup> Nur ein Blick auf diese Konstruktionen könne dabei verstehen helfen, welche Subjekte vom Recht ein- und welche ausgeschlossen werden. Baer folgt hier der Prämisse, dass, auch wenn normative Begriffe bzw. normative Ordnungen nie alle Lebenssachverhalte total erfassen können, sie dennoch Lebenssachverhalte schaffen, indem sie diese normieren: Indem etwa das Verwaltungsrecht spezifische »Adressaten baut, formt es diese gleichzeitig, indem es bestimmte Aspekte subjektiver Lebenswirklichkeit als relevant aufnimmt, auch wenn es sie nie in Gänze, nie total wahrnehmen kann.«<sup>331</sup> Das bedeutet auch, dass eine fehlende Aufnahme ins Recht zu einer fehlenden Konstruktion als Rechtssubjekt führt. Oder anders gesagt: »Wer also im Verwaltungsrecht nicht vorkommt, *ist* kein Bürger.«<sup>332</sup> Nur das Wissen darum, wer aus den Subjekt Konstruktionen ein- und wer ausgeschlossen wird, kann

327 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 197ff.

328 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 27.

329 Das soll nicht bedeuten, dass diese sich dem Recht nicht für ihre Subjektwerdung unterordnen. Dies beschreibt etwa Meißner in Anlehnung an Butler, *Meißner*, *Jenseits des autonomen Subjekts* (2014), S. 51.

330 Buckel, *Subjektivierung und Kohäsion* (2007), S. 217.

331 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 30f.

332 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 31.

demnach Transformationen der Subjektkonstruktionen des Rechts ermöglichen.

Andererseits zeigt Baers Analyse die historischen Transformationen des Bürger-Begriffs auf. So folgt sie dem Begriff des Bürgers durch verschiedene Rechtsgebiete, wobei sie ihren Schwerpunkt auf das Öffentliche Recht legt. Hier werde das Rechtssubjekt im Verhältnis zum Staat konstruiert, weshalb insbesondere im Verwaltungsrecht die Spurensuche nach »dem Bürger« erfolgen könne.<sup>333</sup>

Schon das Verfassungsrecht füllt Baer zufolge den Begriff des Bürgers jedoch mit einer Vielzahl unterschiedlicher Funktionen. Während ein grundlegendes Menschenbild in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in einem »isolierten Individuum«, sondern in einer Person »im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit«<sup>334</sup> zu finden sei, fülle das Bundesverfassungsgericht im Verlauf seiner Geschichte den Begriff des Bürgers mit einer Vielzahl an Eigenschaften: »Er ist allerdings nicht etwa ›Black Box‹ und leerer Platzhalter, sondern ein Mann mit Eigenschaften. Meist befindet er sich in einer (besonders schlechten) Lage, oft hat er ein (individuelles) Interesse oder eine (bestimmte) Fähigkeit.«<sup>335</sup> Auch in der verfassungsrechtlichen Literatur gebe es zahlreiche Entwürfe für den Bürger, darunter der »aktiv, engagiert und sprechend« gedachte Bürger, der primär über die Abgrenzung gedachte Staats-Bürger<sup>336</sup> oder Bürgerkonstruktionen, die mit einer Hierarchisierung etwa über »essentialistische Bezugnahmen« oder einer Hierarchisierung in Bezug auf Ausländerinnen und Ausländer und Bürgerinnen und Bürger, die »mangels sozial-materieller Ressourcen nicht in der Lage sind, Bürgerrechte in Anspruch zu nehmen«,<sup>337</sup> arbeiten. Gerade aufgrund dieser Hierarchisierungen, die bestimmten Konzeptionen des Bürgers immanent sind, lohne es sich demnach, die dogmatische Figur des Bürgers in den Blick zu nehmen.

Für den deutschen Kontext<sup>338</sup> finden sich insbesondere im Verwaltungsrecht relevante Bürger-Konstruktionen, wobei die »Grundlinien« der Subjektivität und des Verfahrens, die im *allgemeinen* Verwaltungsrecht zu finden sind,<sup>339</sup> insofern besonders interessant seien, als sie das Fundament der Bürger-Konzeptionen im *besonderen* Verwaltungsrecht bilden. Sie seien durch Fragen der Zugehörigkeit, der zugeschriebenen

333 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 34.

334 BVerfG, Urt. v. 20.07.1954 – 1 BvR 459/52 – Rn. 29 (juris).

335 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 35f.

336 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 40f.

337 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 41.

338 Baer spricht europäische und internationale Konzeptionen des Bürgers kurz an, legt den Schwerpunkt jedoch auf das deutsche Recht, Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 43.

339 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 44.

Rechts- und Handlungsfähigkeit, Sprach- und Kommunikationsfähigkeit, Beteiligungsrechte, der Gewichtung der Interessen des Staats und des Bürgers, (Informations-) Rechte und Pflichten des Bürgers sowie der Organisation und Administration der Verwaltung geprägt. Grundsätzlich diagnostiziert Baer ähnlich wie Frankenberg einen Etatismus in der Bürger-Konstruktion des deutschen Verwaltungsrechts. Trotzdem: »Allgemeines Verwaltungsrecht konstruiert Bürgerinnen und Bürger auf sehr unterschiedliche Art und Weise«. <sup>340</sup>

*b. Spuren der Ohnmacht:  
Der Untertan im deutschen Verwaltungsrecht*

Momente der Ohnmacht und mangelnden Handlungsmacht in der Konstruktion des Bürgers lassen sich insbesondere in der Typologie des »Untertans« finden. Baer zeichnet in diesem Zusammenhang, wie auch Frankenberg in Bezug auf den Begriff der Souveränität in Deutschland, eine Geschichte des Verwaltungsrechts nach, die von den Prämissen eines Obrigkeitsstaats geprägt ist. Spuren einer Konstruktion des Bürgers als Untertan lassen sich laut Baer deshalb auch noch im heutigen Verwaltungsrecht finden.

So sei das Verwaltungsrecht nach wie vor von einer »isolierenden Individualisierung« <sup>341</sup> geprägt, die durch die »Koppelung von Subjektqualitäten an die Zuweisung von Rechtspositionen« erfolgt. Klageberechtigt im deutschen Verwaltungsrecht ist primär das individuelle Subjekt – wenn ihm der Staat eine eigene Rechtsposition zuspricht. Dasselbe gilt für Kollektive, die nur dann »als Gegenüber der Verwaltung« als im Verwaltungsprozess beteiligungsfähig angesehen werden, wenn ihnen »ein Recht zustehen kann«. <sup>342</sup> Auch »die Konzentration auf den Verwaltungsakt« trage Spurenelemente eines Obrigkeitsstaats in sich. Die Form des Verwaltungsakts sei nach wie vor durch Befehl geprägt, auch wenn »der umfassende gerichtliche Rechtsschutz den Untertan heute aus seiner Rolle heraus emanzipiert«. <sup>343</sup> Die Verwaltung fingiere den Bürger auch nach wie vor als Untertan, wenn sie die staatliche Informationsweitergabe dem Grundrechtsschutz entzieht und Informationen vorenthält, etwa in Bezug auf Verwaltungsvorschriften, die als »Innenrecht« regelmäßig nicht publiziert werden. Schließlich könne die »Renaissance der Pflichten« <sup>344</sup> im Verwaltungsrecht insofern Spurenelemente des Untertanen

340 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 80.

341 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 97.

342 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 96.

343 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 99.

344 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 106.

enthalten, als sie den Bürger auf seine Funktionen für den Staat reduziert.<sup>345</sup> Zusammenfassend lassen sich entsprechende Spurenelemente dann finden, wenn der Bürger aus einer staatlichen Perspektive heraus »zu bestimmten Zwecken in den Blick« genommen wird:

»Rechts- und Handlungsfähigkeit sind stark individualisiert gefasst, die primäre Handlungsform ist der Befehl. Auf die Beteiligung ›der Bürger‹ wird wenig Wert gelegt. Rechte wie der Antrag, die Anhörung, die Bekanntgabe, die Begründung oder die Rechtsbehelfsbelehrung sind funktional auf die Interessen der Verwaltung hin angelegt.«<sup>346</sup>

Die Konstruktion eines Bürgers, dessen Autonomie durch den Staat stark eingeschränkt wird, lässt sich demnach auch im heutigen Verwaltungsrecht finden. Dafür braucht es aber nicht mehr das explizit repressive Leitbild des Untertans. Autonomieverlust ist etwa ebenfalls Teil eines Sozialstaats, bei dem Selbstbestimmung und Autonomie der Rechtssubjekte in den Hintergrund eines staatlichen Paternalismus treten: Der Sozialstaat ist dann »freiheitsgefährdend, denn mit der Fürsorge gehen bevormundende Übergriffe einher.«<sup>347</sup> Andererseits konzipiert die Verwaltung im Schlanken Staat ein Gegenüber, in dem die Bürgerinnen und Bürger eher »als passive Konsumenten staatlicher Leistung, als ausgelieferte Kunden«<sup>348</sup> statt als autonom gesehen werden, und das damit dem Obrigkeitsstaat relativ nahe steht.

### *c. Selbstermächtigung und der Bürger im Gewährleistungsstaat*

Anders verhält es sich im liberalen Staat, der den Bürger als Bourgeois und damit primär privat und apolitisch denkt. Die Freiheit des Einzelnen und damit seine Autonomie, nicht seine Funktion für den Staat, steht hier zwar im Vordergrund, die Entgegensetzung von Öffentlichkeit und Privatheit, von politischem Staat und privatem Bürger führe Baer zufolge jedoch zu anderen Unfreiheiten, etwa dann, wenn der Bürger als Eigentümer und Patriarch konzipiert wird und damit etwa sozial Schwache oder Frauen exkludiert werden.<sup>349</sup> In der Tradition des liberalen Staats steht auch der sich neuerdings entwickelnde aktivierende Staat oder »Gewährleistungsstaat«. Er geht nach Baer insofern über den liberalen Staat hinaus, als er »einen Schwerpunkt nicht schlicht bei der Freiheit, sondern bei der Ermöglichung ihrer Inanspruchnahme«<sup>350</sup> setzt. Anders als der

345 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 104ff.

346 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 108.

347 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 130.

348 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 194.

349 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 116ff.

350 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 200.

liberale Staat, der auf eine »strikte Trennung zwischen Staat und Gesellschaft«<sup>351</sup> setzt, versucht die Verwaltung des Gewährleistungsstaats den Bürger und die Bürgerin durch Kooperation und Kommunikation in der Durchsetzung eigener Interessen zu aktivieren. Dies kann beispielsweise durch Beauftragte oder Beiräte erfolgen, denen aber keine Klage-rechte zugesprochen werden. Ziel ist nicht die staatliche Interessenvertretung *für* die Bürgerinnen und Bürger, sondern die Ermächtigung *zur* rechtlichen Selbsthilfe: »Entscheidendes Merkmal dieser Organisationsform ist die staatliche Verortung von Kommunikation und Kooperation zwischen Privaten und einer Verwaltungseinheit, die von vornherein auf Seiten der Privaten steht, um die Privaten letztlich zu befähigen, Interessen selbst durchzusetzen.«<sup>352</sup> Auch das Personal des aktivierenden Staats setzt entsprechend auf Kommunikation und Netzwerke: »Gesteuert wird weniger konditional und eher final und offen; weniger durch Weisung und eher durch das Gespräch; weniger durch Befehl und eher durch Kontrakt, namentlich durch Zielvereinbarungen.«<sup>353</sup>

#### *d. Der fragmentierte Bürger*

Baers Analyse zeigt, dass der Bürger im deutschen Rechtsstaat unterschiedliche Funktionen erfüllen kann bzw. soll und sich als kontingente Figur des Öffentlichen Rechts abzeichnet. Verschiedene relational autonome rechtliche Rationalitäten führen so zu unterschiedlichen Bürgernormierungen. Er trägt Spuren des ohnmächtigen, unterworfenen Untertans, der dem Recht als Befehlsempfänger unterliegt, in sich, wird im Rahmen des liberalen Staats aber auch als autonom gezeichnet und soll durch den Gewährleistungsstaat in seiner Inanspruchnahme des Rechts aktiviert werden. Diese Konstruktionen lösen einander dabei nicht ab, sondern bleiben gleichzeitig bestehen. Das heißt, dass der Bürger im deutschen Öffentlichen Recht stets eine fragmentierte Normierung ist. Die Idee einer kohärenten Konstruktion »des Bürgers« als autonomen ermächtigten Individuum ist demnach selbst eine spezifische rechtliche Normativierung, der spezifische gesellschaftliche Annahmen zugrunde liegen. Welche dies sind, lässt sich auch anhand der Wirkungen des Rechts zeigen, die über eine Subjektivierung von Ermächtigung und Unterwerfung hinaus ein vielschichtiges Bild rechtlicher Subjektivierungserfahrungen beinhalten.

351 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 227.

352 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 231.

353 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 251.

## 2. ›Der‹ *homo sacer* und ›das‹ Rechtssubjekt: Prekarisierung, Autonomie und Intersektionalität im Recht

Baers Analyse des Begriffs des Bürgers zeigt, wer im Recht normativ (nicht) gemeint ist. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie Recht für bzw. auf unterschiedliche Individuen wirkt. Inwiefern führt beispielsweise die Tatsache, dass Individuen auf *normativer* Ebene berechtigt werden, dazu, dass sie *faktisch* den Rechtsschutz erhalten, den sie benötigen? Wie können über die rechtliche Normierung hinaus die Wirkungen des Rechts auf Ebene der rechtlichen Subjektivierung verstanden werden? Ein Theorie-Strang, der sich ausführlich mit der Frage nach dem faktischen Wirken des Rechts beschäftigt hat, ist die feministische Rechtswissenschaft. Feministisch-rechtswissenschaftliche Debatten können durch die Betonung des Unterschieds von formeller und materieller Gleichheit bzw. mit ihren Analysen der Intersektionalität und Interdependenz Aufschluss darüber geben, dass die ambivalenten Wirkungen des Rechts jenseits der Achse einer exkludierenden Souveränität gedacht werden sollten – und geben insofern Einblick in eine rechtssoziologische Perspektive auf das Recht. Vor ihrem Hintergrund kann die Dichotomie des rechtlosen *homo sacer*s als Opfer staatlicher Gewalt auf der einen und des autonomen Bürgers auf der anderen Seite<sup>354</sup> durch ein Verständnis von komplexen Rechtssubjektivitäten ersetzt werden, das die grundlegende Prekarität von Rechtssubjektivität sowie die rechtlichen Prekarisierungen marginalisierter Rechtssubjektivitäten in den Blick nimmt.

### a. *Prekäre Rechtssubjektivierung*

Ayten Gündoğdu erwähnt in ihrer Abhandlung zu Souveränität und Menschenrechten (s.o.) ein Konzept, das für das Verständnis von Rechtssubjektivität jenseits des stets ohnmächtigen Opfers oder des stets autonomen Bürgers aufschlussreich ist. Gündoğdu sieht Flüchtlingslager zwar vom souveränen Recht der Nationalstaaten auf Migrationssteuerung geprägt. Dies führt jedoch nicht zur absoluten Ohnmacht der Migrierenden. Wie lässt sich dies verstehen? Gündoğdu orientiert sich am Konzept der Rechtspersönlichkeit, das für sie keine trennscharfe Kategorie darstellt, sondern in Anlehnung an Hannah Arendts Ausführungen zur Rechtspersönlichkeit ein sozial hergestelltes Instrument ist. Die Konstruktion der Rechtspersönlichkeit muss demnach für alle Menschen immer wieder neu

354 Insbesondere in Bezug auf Marginalisierte werden diese Dichotomien dabei verstärkt verwendet. So versucht etwa die bereits erwähnte Theorie der Autonomie der Migration Migrantinnen und Migranten jenseits von »Opfern« und »Schurken« zu verstehen, *Bojadžijev*, Zeitschrift für Kulturwissenschaft 2011.

erfolgen und ist keineswegs ein selbstverständlicher Prozess. Aus diesem Grund fasst Gündoğdu die rechtliche Stellung von Migrantinnen und Migranten nicht als absolut rechtlos, sondern bezeichnet sie vielmehr in ihrer Rechtspersönlichkeit als »prekär«. Was ist damit gemeint?

Der Begriff der Prekarität ist primär aus dem Kontext der prekären Lohnarbeit bekannt, bei dem der »Begriff der Prekarisierung die Zunahme von Arbeitsverhältnissen jenseits des sogenannten Normalarbeitsverhältnisses«<sup>355</sup> bezeichnet. Prekäre Arbeitsverhältnisse zeichnen sich dabei durch die zunehmende »Entsicherung« der Arbeitsplätze aus, etwa weil sie »kein existenzsicherndes Einkommen (mehr) garantieren«.<sup>356</sup> Während in der Arbeitssoziologie dabei die verstärkte Zunahme prekärer Arbeitsverhältnisse und die damit zunehmende gesellschaftliche Verunsicherung und Verletzbarkeit bis hin zu einem neuen »Regieren durch Unsicherheit«<sup>357</sup> als neoliberaler Paradigmenwechsel kritisiert wird,<sup>358</sup> haben feministische Theoretikerinnen und Theoretiker auf die zugrundeliegenden und zu problematisierenden Grundannahmen hinter der Sorge vor der Prekarisierung hingewiesen.

Isabell Lorey betont etwa in Anlehnung an Judith Butler, dass das Prekär-Sein das bezeichnet, »was Leben im Allgemeinen ausmacht«.<sup>359</sup> Das Prekär-Sein als Ontologie kann dabei nicht als vor-gesellschaftliche Essenz menschlicher Körper gedacht werden. Vielmehr handelt es sich um eine Ontologie,

»die nicht losgelöst von sozialen und politischen Bedingungen verstanden werden kann. Diese Bedingungen ermöglichen historisch-spezifische Seinsweisen, machen das Überleben von Körpern in bestimmter Weise möglich, die ohne Einbettung in soziale, politische, rechtliche und ökonomische Verhältnisse nicht überlebensfähig wären«.<sup>360</sup>

Der Begriff des Prekär-Seins ähnelt in dieser Hinsicht dem Begriff der Vulnerabilität und wird zum Teil synonym verwendet, wobei dem Begriff der Vulnerabilität die Konnotation des (körperlichen) Leidens immanenter erscheint:

Vulnerability speaks to our universal capacity for suffering, in two ways. First, I am vulnerable because I depend upon the co-operation of others (including, importantly, the State) [...] Second, I am vulnerable because

355 Scheele, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 363.

356 Scheele, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 363.

357 Lorey, *Die Regierung der Prekären* (2012), S. 25.

358 Lorey bezieht sich dabei stellvertretend auf Robert Castels *Arbeiten zu Prekarität: Lorey, Die Regierung der Prekären* (2012), S. 59ff.

359 Lorey, *Die Regierung der Prekären* (2012), S. 32.

360 Lorey, *Die Regierung der Prekären* (2012), S. 33.

I am penetrable; I am permanently open and exposed to hurts and harm of various kinds.<sup>361</sup>

Prekär-Sein (und Vulnerabilität) ist demnach ein fundamentaler Bestandteil gesellschaftlichen, sozialen Lebens.<sup>362</sup> Der Idee eines grundlegend unabhängigen Subjekts, das das »Eigene« beherrscht, liegt also keine neutrale, zeitlose Vorstellung des Individuums zugrunde. Die Idee eines autonomen Subjekts ist vielmehr »grundlegend für historisch spezifische, männlich konnotierte Ideen von Autonomie und Freiheit«<sup>363</sup> und dient dem modernen Menschenrechtsverständnis als »rationales und quasi-körperloses Subjekt«<sup>364</sup> als Fundament – eine Vorstellung, wie auch Agamben sie antizipiert. Agambens Skandalisierung des souveränen Staats, der die Autonomie einschränkt, statt sie zu ermöglichen, und die Figur des ohnmächtigen *homo sacer* als paradigmatische Figur, die im Mittelalter geboren wird und bis heute ihre Aktualität beibehält, muss demnach in der Idee ihrer Trans-Historizität zurückgewiesen werden. Vielmehr erscheint sie, ähnlich wie die Debatte um eine zunehmende Prekarisierung und Unsicherheit in der Gesellschaft, als »androzentrisch verfasst«.<sup>365</sup> Die Einsicht in menschliches Prekär-Sein kann zudem die Perspektive auf Zwang als problematisches Charakteristikum des Rechts verschieben, hin zu der Einsicht, dass die Forderung nach einer absoluten Abwesenheit von Zwang, etwa in utopischen Gesellschaftsentwürfen, verleugnet, dass alle Menschen in ihrer Abhängigkeit von anderen und der Abhängigkeit anderer von ihnen niemals radikal frei oder freiwillig handeln können, sondern gezwungenermaßen auf andere

361 *Neal*, *Liverpool Law Review* 2012, S. 186f. Zum Begriff der Vulnerabilität siehe etwa *Fineman*, *Yale Journal of Law & Feminism* 2016; *Fineman*, *Emory Law Journal* 2010. Der Begriff der Vulnerabilität wurde dabei auch in die Menschenrechts-Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eingeführt (dazu mehr unter C II 3 b), vgl. hierzu *Peroni/Timmer*, *International Journal of Constitutional Law* 2013. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird der Begriff der Prekarisierung gewählt, da er den Subjektivierungsprozess begrifflich besser fasst.

362 »We have different forms of embodiment and also are differently situated within webs of economic and institutional relationships. As a result, our vulnerabilities range in magnitude and potential at the individual level. Vulnerability, therefore, is both universal and particular; it is experienced uniquely by each of us«. *Fineman*, *Emory Law Journal* 2010, S. 269. »Vulnerability is therefore inherently a ›relational‹ concept, which supplements ›attention to the individual subject by placing him/her in social context.«, *Peroni/Timmer*, *International Journal of Constitutional Law* 2013, S. 1060.

363 *Lorey*, *Die Regierung der Prekären* (2012), S. 46.

364 *Peroni/Timmer*, *International Journal of Constitutional Law* 2013, S. 1061.

365 *Lorey*, *Die Regierung der Prekären* (2012), S. 65.

angewiesen bleiben.<sup>366</sup> Recht ist in diesem Zusammenhang eines der von Lorey angesprochenen »sozialen Verhältnisse« (s.o.), die das Überleben vieler Menschen sichern kann, etwa indem es eine staatliche Versorgung mit Pflege, ärztlicher Versorgung oder den Zugang zu Kinderbetreuung über-individuell regelt. Dieser Hinweis soll nicht aktuelle »Krisen der sozialen Reproduktion«<sup>367</sup> verleugnen, sondern den Blick für die Konsequenzen schärfen, die sich aus der Idee des radikal autonomen Subjekts (s.o.) oder der Verlagerung von Care-Arbeiten in private Gemeinschaften (etwa im Sinne von Care-Communities) jenseits des Rechts bzw. sozialer Rechte folgen.<sup>368</sup>

Der Begriff des Prekär-Seins ist aber auch für das Verhältnis von Normativität und Faktizität im Recht hilfreich: Recht als soziale Norm kann nicht auf seinen normativen Gehalt reduziert werden und muss entsprechend wirksam werden; zugleich kann Rechtsgeltung, wie Möllers gezeigt

366 Diese Debatte um die Notwendigkeit radikaler Freiwilligkeit in utopischen Gesellschaftsentwürfen und feministische Kritiken hieran lässt sich in etwa in Heide Lutoschs Aufsatz »Wenn das Baby schreit, dann möchte man doch hingehen« nachvollziehen, vgl. *Lutosch*, Wenn das Baby schreit, dann möchte man doch hingehen, *communaut* vom 30.04.2022.

367 Vgl. hierzu etwa *Federici*, Aufstand aus der Küche (2015); *Aulenbacher* (Hg.), Für sich und andere sorgen (2014).

368 Silke van Dyk und Tine Haubner zeigen in ihrem Buch »Community-Kapitalismus«, wie etwa die Verlagerung von staatlicher Sorge-Arbeit in ein freiwilliges Engagement der Zivilgesellschaft bestehende Ungleichheiten verschärft, indem bedürftige Individuen dem »sanften Terror« informeller Sorge-Beziehungen unterworfen werden: »Hinter der sich [...] ›rücksinnenden Sehnsucht nach der Unterstützung und Wärme ›kleiner Netze‹ verberge sich, so Pratorius, ein ›sanfter Terror der Geborgenheit‹, dem er den ›diskreten Charme‹ institutionalisierter sozialstaatlicher Leistungen gegenüberstellt. Tatsächlich ist es gerade das Verdienst historisch erkämpfter und institutionalisierter sozialer Rechte, diese vom Charakter und von der persönlichen Beziehung zu entkoppeln und die Fürsorge nicht denjenigen vorzubehalten, die über entsprechende (inner- und außerfamiliäre) soziale Kontakte verfügen, ›sozial-kompatibel‹ sind und sich durch Wohlverhalten und Liebenswürdigkeit qualifiziert haben. [...] Soziale Rechte schaffen Bedingungen, unter denen auch eine garstige Demenzkranke, die alle Freiwilligen verschreckt und keine Angehörigen hat, sozial betreut wird. Dass sorgende Gemeinschaften und Freiwillige dies nicht leisten können und/oder wollen, ist keine moralische Schwäche, an der zu arbeiten wäre, sondern das Grundprinzip der freiwilligen Gabe im Unterschied zum sozialen Recht«. *Dyk/Haubner*, Community-Kapitalismus (2021), S. 102f. Teil ihrer Kritik ist dabei auch die anti-moderne Romantisierung der Idee von authentischen, harmonischen, homogenen Gemeinschaften wie sie u.a. von Agamben propagiert wird (siehe *Agamben*, The Coming Community (2001)), und die der Privatisierung von Sorge-Arbeiten Vorschub leisten kann; *Dyk/Haubner*, Community-Kapitalismus (2021), S. 35.

hat, aber auch nicht mit der ausnahmslosen Anwendung gleichgesetzt werden. Die Anwendung des Rechts stellt sich also als prekär dar. Für Gündoğdu

weist (rechtliche Prekarität) auf zeitgenössische Praktiken und Prozesse hin, die im Rahmen des Konzepts der universellen Persönlichkeit zu Spaltungen, Schichtungen und Grenzziehungen führen und die Rechte verschiedener Kategorien von Migranten von völlig unberechenbaren Meinungen und höchst willkürlichen Entscheidungen abhängig machen.<sup>369</sup>

Tatsächlich ist rechtliches Prekär-Sein aber kein Phänomen, dass sich auf Migrantinnen und Migranten reduzieren lässt. Vielmehr ist das Recht als soziale Norm von der Anwendung der (lebenden) Individuen und Institutionen abhängig.<sup>370</sup> Genauso sind die (lebenden) Rechtssubjekte für ihre Konstruktion als Rechtssubjekte von der Anwendung des Rechts durch Andere (Individuen oder Institutionen) abhängig. Wenn Baer in ihrer Suche nach »dem Bürger« feststellt, dass das Recht die Spannung zwischen »normativer Subjekt konstruktion und nicht normiertem Subjekt«<sup>371</sup> nicht aufheben kann, das Recht die Lebenswirklichkeit also »nie in Gänze, nie *total* [kursiv A.E.] wahrnehmen kann«,<sup>372</sup> so können Rechtssubjekte auf der anderen Seite nicht davon ausgehen, dass das Recht immer auf ihre eigene Lebenswirklichkeit Anwendung findet. Darin sind sie stets prekär. Die Möglichkeit zum Normbruch (Möllers) oder die Aporien des Rechts (Derrida) verdeutlichen, dass die Art der Rechtsanwendung gerade nicht automatisch durch spezifische rechtliche Normativitäten vorgegeben wird. Mehr noch liegt gerade in der Möglichkeit zur Devianz und Nicht-Anwendung sowie in der Aporie der Rechtsanwendung ein Transformationspotenzial des Rechts und die Möglichkeit der Reflexion auf das eigene Außen des modernen Rechts (Menke). Die Unsicherheiten der Spannung zwischen Normativität und Faktizität im Recht sind demnach nicht in einer äußeren Bedrohung zu suchen, einem bürgerkriegsartigen,

369 Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 107.

370 Engelmann verdeutlicht hierbei die Rolle rechtlicher Institutionen in der prekären Reproduktion der Rechtsgeltung mithilfe von Robert Covers Werk »Normos and Narrative« treffend: »Wenn aber die ›dauerhafte Geltung jeder Norm als prekär und steter institutioneller Mühen der Vergegenwärtigung bedürftig‹ eingesehen wird, sind es am Ende die gesellschaftlich wirksamen Institutionen, in denen und durch die sich Recht vollzieht«. Engelmann, *Rechtsgeltung als institutionelles Projekt* (2020), S. 187. So auch wie bereits zitiert (Kapitel B, Fn. 152) Buckel: »Es geht demnach nicht lediglich um die Ermöglichung des Warentauschs durch das Recht, sondern um eine Vergesellschaftung, in welcher der soziale Zusammenhang per se prekär ist und sich erst über naturwüchsig entstehende Kohäsionstechniken herstellen kann, deren Funktionieren selbst unsicher bleibt«. Buckel, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 133.

371 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 31.

372 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 30f.

anomischen Ausnahmezustand, sondern ähnlich wie das Prekär-Sein, wie es etwa von Butler und Lorey beschrieben wird, fundamentaler Bestandteil des Rechts und von Subjektivierungsprozessen selbst. Rechtliches Prekär-Sein entsteht aus der Sozialität des Rechts und aus der Notwendigkeit zur Spannung zwischen der Norm und ihrer Anwendung.

Das bedeutet nicht, dass alle Rechtssubjekte in dieser rechtlichen Unsicherheit gleich sind.<sup>373</sup> Vielmehr muss rechtliches Prekär-Sein im Sinne einer intersektionalen Betroffenheit von rechtlichen Herrschaftspraktiken und somit mit als eine Vielzahl von »Spaltungen, Schichtungen und Grenzziehungen«<sup>374</sup> der Rechtssubjekte verstanden werden. Den Konzepten des autonomen Bürgers und des ohnmächtigen nackten Lebens treten dann jedoch die Konzepte der rechtlichen Prekarisierung und Komplizenschaft<sup>375</sup> gegenüber. Der Begriff der Prekarisierung steht demnach als Prozess der (Ent-)Subjektivierung neben dem Prekär-Sein. Er verdeutlicht, dass rechtliche Subjektivierung ein stetiger, kontingenter Prozess ist, bei dem Rechtssubjekte nicht nur ermächtigt oder unterworfen werden,<sup>376</sup> sondern immer ebenfalls ihre Abhängigkeit von sozialen Normen, kollektiven Praxen und Institutionen erfahren (müssen). Recht und Rechtssubjektivierung als prekären Prozess zu verstehen, bedeutet dabei nicht, die rechtliche Prekarisierung, die durch faktische oder normative Barrieren zum Recht entsteht (etwa indem Einzelne bereits auf normativer Ebene vom Begriff des Bürgers exkludiert werden, s.o.), zu verleugnen. Aber es verschiebt den Moment einer möglichen Befreiung aus Verhältnissen, die Ungleichheit produzieren, weg von der Offenlegung der biopolitischen Substanz oder des Anderen des Rechts hin zur Offenlegung des Prekär-Seins aller Rechtssubjekte.<sup>377</sup> Wie sollte aber eine

373 Lorey sagt etwa in Bezug auf Prekarisierung als biopolitische Regierungstechnik: »Der Normalisierungsprozess der Prekarisierung bedeutet keineswegs Gleichheit in der Unsicherheit. Im Rahmen der neoliberalen Gouvernementalität besteht keine Notwendigkeit, Ungleichheiten abzuschaffen, noch nicht einmal die, eine Gleichheit in der Unsicherheit herzustellen«. Lorey, *Die Regierung der Prekären* (2012), S. 88.

374 *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 107.

375 Michael Rothberg spricht in diesem Zusammenhang in Bezug auf rassistische Herrschaft etwa vom »implicated subject«, *Rothberg*, *The Implicated Subject* (2019).

376 So etwa aber Loick in *Loick*, *Kritische Justiz* 2021.

377 Eine solche Offenlegung lässt sich etwa im Hinblick auf das Prekär-Sein und die Abhängigkeit aller Menschen von der Sorge-Arbeit bei der spanischen »Precarias a la deriva« finden, *Precarias a la deriva*, *Was ist dein Streik?* (2014). Eine solche Offenlegung kann dann andersherum das Narrativ des autonomen, unangreifbaren Bürgers entlarven und die vielen Mythen (der Autonomie) sichtbar machen, durch die spezifische Rechtssubjekte tatsächlich weniger angreifbar werden.

Ungleichheit im Prekär-Sein gedacht werden, die das Recht als soziale Norm denkt? Und was lässt sich unter Intersektionalität im Recht verstehen?

*b. Autonomes Rechtssubjekt und materieller Gleichheitsbegriff*

Feministische Rechtswissenschaft hat insbesondere durch die Analyse des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit eine rechtssoziologische Perspektive auf das Recht entwickelt, bei der die faktische Wirkung rechtlicher Normen an die normative Rationalität des Rechts zurückgekoppelt wird. Agambens Sorge vor der absoluten Ohnmacht des *homo sacer* und dessen Freiheitsverlust korreliert, wie zuvor gezeigt, mit der Idee des Bürgers als autonomem Rechtssubjekt. Seiner Vorstellung, das Recht zu deaktivieren und durch die Befreiung vom Zwang des Souveräns Freiheit zu ermöglichen, kann insofern ein anarchistischer Impetus unterstellt werden,<sup>378</sup> als die Idee eines Rechts, mit dem je nach Belieben der Einzelnen gespielt werden kann, einen Fokus auf die *individuelle* Freiheit und *individuelle* Autonomie impliziert. Im Mittelpunkt steht hier ein (nicht eingehaltenes) normatives Freiheitsversprechen der Menschenrechte als Freiheit *vom* Souverän, das durch den souveränen Bann in faktische Ohnmacht und Handlungsunfähigkeit umschlägt. Freiheit wird als negative Freiheit *vom* Recht und *vom* staatlichen Souverän gedacht und unterliegt damit einem historisch liberalen Verständnis von Freiheit, dessen »grundlegende Historizität und gesellschaftliche Bedingtheit«<sup>379</sup> mitbedacht werden müssen. Mehr noch: eine so gedachte »Freiheit ist vielmehr, wie sie vornehmlich gefasst wird und wie sie derzeit zudem eine neoliberale Zuspitzung erfährt, selbst Teil des Problems«.<sup>380</sup> Dieser Feststellung folgend hat die feministische Rechtswissenschaft für ein Freiheitsverständnis plädiert, das ohne Gleichheit nicht gedacht werden kann.

378 *Loick*, in: *Der Nomos der Moderne* (2011), S. 211.

379 *Maihofer*, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 36.

380 *Maihofer*, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 36. Dabei wird die Idealisierung des autonomen Subjekts nicht nur in Abgrenzung zu androzentrischen Narrativen, sondern auch innerhalb der feministischen Frauenbewegung selbst, etwa in Bezug auf den Begriff der Selbstbestimmung und das Recht auf Abtreibung, kritisiert. Insbesondere die sogenannte Krüppelbewegung hat auf die Fallstricke der Idealisierung eines Rechts auf eine absolute Selbstbestimmung im Kontext von Abtreibungen hingewiesen, die behindertenfeindliche Prämissen reproduzieren kann, indem etwa Embryonen mit potenziellen Behinderungen abgetrieben werden. Vgl. hierzu *Achtelik*, *Selbstbestimmte Norm* (2018).

Dieser Forderung liegt die Annahme zugrunde, dass Freiheit ohne Gleichheit oder im Gegensatz zu Gleichheit zu denken, ausblendet, dass Freiheit nicht gleichermaßen von allen Mitgliedern der Gesellschaft in Anspruch genommen werden kann. So zeigt sich historisch, »dass Recht auf dem Papier (›law in the books‹) gerade in Fragen Geschlechterordnung kaum je von autorisierten Akteuren in Recht im Leben (›law in life‹) umgesetzt worden ist.«<sup>381</sup> Recht und Gewalt dabei »im Kontext gesellschaftlicher Strukturen« zu verstehen, führte die feministische Rechtswissenschaft zu einem Gleichheitsverständnis, das die normative Struktur des Rechts sowie seine Wirkungen gleichermaßen in den Blick nimmt: »Hier wird bis heute insbesondere daran gearbeitet, ein formelles Gleichheitsverständnis als de facto diskriminierend zu entlarven und Gleichheit als Recht auf materielle Gleichberechtigung und den daraus abzuleitenden Diskriminierungsschutz zu konzeptionieren.«<sup>382</sup> Die Forderung nach einem materiellen Gleichheitsbegriff basierte somit auf der Einsicht, dass sich gesellschaftliche Ungleichheit zwischen Männern und Frauen »nicht länger durch Rechtsnormen, die zwischen Männern und Frauen differenzieren«<sup>383</sup> erklären lässt. In *formeller* Hinsicht sind Frauen und Männer rechtlich zwar gleichgestellt, *faktisch* lassen sich jedoch immer noch erhebliche Unterschiede, etwa im Bereich der Führungspositionen in Unternehmen, feststellen. Problematisiert wird demnach nicht, dass das normative Recht keine faktische Anwendung findet (Agamben), sondern, dass die Art, *wie* es Anwendung findet, der gesellschaftlichen Einbettung der Rechtssubjekte nicht gerecht wird. Die vergeschlechtlichte Rollenaufteilung, nach der Frauen sich um den Haushalt und familiäre Angelegenheiten kümmern, führt praktisch dazu, dass Frauen im Erwerbsleben stärkere Hürden bewältigen müssen als Männer. Auch wenn diese Hürden nicht mehr explizit auf normativer Ebene bestehen, das heißt, vielleicht formell-rechtlich nicht mehr zwischen Männern und Frauen differenziert wird, reproduziert die formelle Gleichheit Diskriminierung, indem sie die gesellschaftliche Wirklichkeit von Frauen nicht berücksichtigt. Die Ungleichheit wird so *mittelbar* verstärkt:

381 Baer, in: Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie (2010), S. 556.

382 Baer/Sacksofsky, in: Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermes- sen (2018), S. 14.

383 Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung (1996), S. 187. Siehe hierzu auch Baer, Würde oder Gleichheit? (1995); Gerhard, Für eine andere Gerechtigkeit (2018), S. 29ff; Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung: Frauen im Recht (1990); Böttger, Das Recht auf Gleichheit und Differenz: Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 3. II Grundgesetz (1990). Wegweisend im englischsprachigen Raum: MacKinnon, Only Words (1993); Nedelsky, Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law (2011).

Ganz überwiegend sind es Frauen, für die die ›Verbindung von Beruf und Familie‹ Karriereeinbußen zur Folge hat. Doch beschränkt sich die Konsequenz eingeschränkter Karrieremöglichkeiten für Frauen nicht auf den Bereich des Faktischen. Zahlreiche Rechtsnormen setzen den unbeschränkt Erwerbstätigen voraus und errichten somit mittelbare und unmittelbare Hemmnisse für eine Berufstätigkeit von Frauen.<sup>384</sup>

In Anschluss an einen materiellen Gleichheitsbegriff hat sich demnach bereits eine Rechtsdogmatik und Rechtsprechung entwickelt, die das *Sein* des Rechts in das *Sollen* mit einbezieht. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>385</sup> schließt das Bundesverfassungsgericht etwa in das Recht auf Gleichstellung, Art 3 Abs. 2 GG, die *mittelbare* Diskriminierung mit ein.<sup>386</sup>

*c. Intersektionalität und Interdependenz:  
Die Verwobenheit des Rechts in strukturelle Kategorien*

Das Geschlechterverhältnis als gesellschaftliches Strukturmerkmal beeinflusst demnach einerseits rechtliche Rationalitäten, zugleich wird es vom Recht selbst reproduziert und gestaltet kontingente Subjektivierungsprozesse in der Rechtswirklichkeit mit. Dass Geschlecht dabei nur eines von einer Vielzahl gesellschaftlicher Strukturmerkmale ist, die miteinander verwoben sind, wurde insbesondere durch Schwarze Feministinnen und ihre Kritik an der zweiten Welle der Frauenbewegung und deren starkem Fokus auf die Lebensrealität von *weißen*, mittelständischen Frauen deutlich. Verschiedene feministische Gruppen machten dabei auf die Ausschlüsse dieser

384 Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung (1996), S. 189. Dass die Forderung nach materieller Gleichheit nach wie vor aktuell ist, zeigt bspw. *Maihofer*, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermesen* (2018), S. 34ff.

385 EuGH, Urt. v. 13.05.1986 – 170/84 (*Bilka/Weber von Hartz*). Zur Entwicklung der Rechtsdogmatik zur mittelbaren Diskriminierung durch den EuGH siehe *Liebscher*, in: *Feministische Rechtswissenschaft* (2011), S. 116 ff.

386 Das Bundesverfassungsgericht hat die mittelbare Diskriminierung von Frauen im Anschluss an den EuGH in einem Urteil von 1997 zur Teilzeitarbeit das erste Mal wie folgt definiert: »Eine Anknüpfung an das Geschlecht kann nach der Rechtsprechung auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist«, BVerfG, Beschl. v. 27.11.1997 – 1 BvL 12/91 – Rn. 34 (juris). Zur mittelbaren Diskriminierung in der Grundrechtsdogmatik siehe auch *Baer/Markard*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck. Grundgesetz Kommentar*, 7. Aufl. (2018), Art. 3 Abs. 2 und 3; *Röhner*, *Ungleichheit und Verfassung* (2019); *Wrase/Klose*, in: *Feministische Rechtswissenschaft* (2011).

vermeintlich universalen feministischen Identität aufmerksam, prominent etwa Schwarze Feministinnen in den USA,<sup>387</sup> aber auch Feministinnen und Feministen der sogenannten Krüppelbewegung.<sup>388</sup> Dem universellen *weißen* Mittelklasse-Subjekt der Frauenbewegung wurde so zunächst eine Diversität von vergeschlechtlichten Identitäten entgeggestellt.<sup>389</sup> Die Sichtbarmachung dieser Differenzen<sup>390</sup> weist dabei auf die Kontingenz und Komplexität rechtlicher Subjektivierungsprozesse hin und schärft auch das Verständnis vom Recht der Rechtswirklichkeit: Wie Recht Subjekte konstruiert, wie Rechtswirklichkeit erlebt wird und welches faktische Erfahrungswissen Individuen mit dem Recht machen, hängt zunächst von diversen sozialen Kategorien wie etwa Klasse, Geschlecht oder race ab.

Die Juristin Kimberley Crenshaw prägte dabei im Kontext rechtlicher Verfahren den Begriff der Intersektionalität, der die Komplexität verschiedener Subjektivierungsprozesse im Recht greifbar macht.<sup>391</sup> Ausgangspunkt der Entwicklung des Konzepts waren dabei rechtliche Schutzlücken, die im amerikanischen Antidiskriminierungsrecht der 80er Jahre auftraten, weil dieses nur vor Diskriminierungen schützte, die »entlang einer einzelnen kategorialen Achse«<sup>392</sup> stattfanden. Für die

387 *hooks*, in: *The Black Feminist Reader* (2000); *Combahee River Collective*, in: *The Black Feminist Reader* (2000); *Collins*, in: *The Black Feminist Reader* (2000).

388 *Walgenbach*, in: *Gender als interdependente Kategorie* (2012), S. 30ff. Siehe hierzu auch *Winker*, *Intersektionalität* (2015); *Markard*, *Kritische Justiz* 2009; *Baer et al.*, *Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse* (2010).

389 Schwarze Feministinnen entwickelten entsprechend eine Politik der eigenen Identität: »This focusing upon our own oppression is embodied in the concept of identity politics. We believe that the most profound and potentially the most radical politics come directly out of our own identity, as opposed to working to end somebody else's oppression. In the case of Black women this is a particularly repugnant, dangerous, threatening, and therefore revolutionary concept because it is obvious from looking at all the political movements that have preceded us that anyone is more worthy of liberation than ourselves.« *Combahee River Collective*, in: *The Black Feminist Reader* (2000), S. 264.

390 Unter dem Stichwort »doing difference« haben Feministinnen dabei auf die vielen alltäglichen Praxen aufmerksam gemacht, mit denen Individuen diese Differenzen produzieren, *West/Fenstermaker*, *Gender and Society* 1995. Die Politisierung dieser Differenzen als »Politik der Differenz« findet sich aber auch über feministische Kontexte hinaus, vgl. etwa *Hall*, in: *Widerspenstige Kulturen* (1999), S. 400.

391 *Crenshaw*, *University of Chicago Legal Forum* 1989.

392 *Crenshaw*, *University of Chicago Legal Forum* 1989, S. 140. Crenshaw analysiert dabei drei Anti-Diskriminierungs Fälle aus den USA, in denen schwarze Frauen gegen eine Arbeits-Diskriminierung klagten. Während das Gericht im ersten Fall *DeGraffenreid v. General Motors* eine Diskriminierung

Diskriminierungserfahrungen von Schwarzen Frauen wählt Crenshaw deshalb das Bild einer Kreuzung (intersection):

Denken Sie an eine Analogie zum Verkehr an einer Kreuzung, der aus allen vier Richtungen kommt und geht. Diskriminierung kann, wie der Verkehr durch eine Kreuzung, sowohl in die eine als auch in die andere Richtung fließen. Wenn sich ein Unfall an einer Kreuzung ereignet, kann er von Autos verursacht werden, die aus einer beliebigen Anzahl von Richtungen und manchmal aus allen Richtungen zugleich kommen.<sup>393</sup>

Individuen sind demnach entlang unterschiedlicher Herrschaftsachsen situiert, was wiederum Einfluss auf ihre (rechtliche) Subjektivierung und damit Erfahrung mit der Rechtswirklichkeit hat.<sup>394</sup> Das Konzept der Intersektionalität macht die Beziehung verschiedener Macht-Strukturen untereinander sichtbar und konnte so in der feministischen Theorie einen breiten Anschluss finden.<sup>395</sup> Intersektionalität kann im Anschluss an Foucault »das Wirken der Disziplinarmacht sichtbar [machen] und theoretisiert die Art und Weise, wie Rechtskonstruktionen kontinuierlich Kategorien von Körpern außerhalb der Grenzen des Rechtsschutzes hervorbringen.«<sup>396</sup> In diesem Zusammenhang macht Intersektionalität über die Frage des Wirkens der eindimensionalen Kategorien des amerikanischen

verneinte, weil es weder eine signifikante Diskriminierung gegen Frauen noch gegen Schwarze feststellen konnte, wurde den Klägerinnen in den zwei Fällen *Moore v. Hughes Helicopter, Inc.* und *Payne v. Travenol* eine Diskriminierung abgesprochen, weil ihre Diskriminierung als schwarze Frauen weder stellvertretend für die Gruppe aller Frauen noch stellvertretend für die Gruppe aller Schwarzen gelten könnte.

- 393 [Consider an analogy to traffic in an intersection, coming and going in all four directions. Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars traveling from any number of directions and, sometimes, from all of them. Similarly, if a Black woman is harmed because she is in the intersection, her injury could result from sex discrimination or race discrimination. Übersetzung A.E.], *Crenshaw*, University of Chicago Legal Forum 1989, S. 149.
- 394 Kritische Rechtswissenschaften bzw. Critical Legal Studies sind dann insofern notwendigerweise genuin rechtssoziologische Wissenschaften, weil sie faktisches marginalisiertes Erfahrungswissen spezifischer Subjektivierungsprozesse im Recht in Abgrenzung zu den zur universellen Norm erhobenen, tatsächlich jedoch partiellen Erfahrungen etwa von Männern oder *weißen* Menschen sichtbar machen. Vgl. für den US-amerikanischen Kontext und das diskutierte Einbringen von soziologischer Forschung durch die Bürgerrechtsbewegung in das Recht, *Moran*, Law & Society Review 2010.
- 395 Siehe hierzu die Überblicke bei *Cooper*, in: The Oxford Handbook of Feminist Theory (2016); *Walgenbach*, in: Gender als interdependente Kategorie (2012).
- 396 *Cooper*, in: The Oxford Handbook of Feminist Theory (2016), S. 397.

Antidiskriminierungsrechts hinaus die rechtlichen Prekarisierungen sichtbar, die nicht durch die explizite Ausnahme vom Recht entstehen, sondern in den vielschichtigen Subjektivierungsprozessen und Wirkungen des Rechts begründet liegen.<sup>397</sup> Dabei trägt schon der Ursprung des Konzepts einen Fokus auf die Kämpfe um rechtlich anerkannte Identitäten und damit die Handlungsmacht der Marginalisierten in sich, statt diese auf die Rolle von dem Souverän ausgelieferten Opfern zu reduzieren.<sup>398</sup>

Kann der Begriff der Intersektionalität grundsätzlich das Zusammenspiel verschiedener Herrschaftsachsen darstellen, haben verschiedene feministische Analysen die konzeptionellen Lücken des Konzepts in Bezug auf die ganz grundlegende Verwobenheit sozialer Kategorien in den Vordergrund gestellt und damit die Verwobenheit rechtlicher Konstruktionsprozesse weiter geschärft. Ausgang dieser Neujustierung des Begriffs ist dabei die Frage, inwiefern die Idee einer Addition von Diskriminierungen die Idee von klar abgrenzbaren sozialen Kategorien reproduziert. Crenshaw selbst hat zwar den transformativen Charakter ihres Konzepts betont, als dessen Ergebnis sie nicht das Auffinden einer neuen totalen Identität sieht, sondern »eine Sichtweise [...], die letztlich die Verwobenheit der Widerstandsformen in die Machtverhältnisse einbezieht und den kontinuierlichen Transformationen Rechnung trägt«. <sup>399</sup> Dennoch impliziert das Bild sich kreuzender Herrschaftsachsen die Möglichkeit zunächst getrennter Kategorien, die sich dann erst an einer Kreuzung treffen. Dass Kategorien wie Geschlecht, race oder Klasse als gesellschaftliche Strukturmerkmale immer schon in Abhängigkeit voneinander bestehen und keine eigentliche »Essenz« bzw. keinen »Kern« aufweisen, wird mit dem Bild der Kreuzung nicht deutlich. Der Begriff der Interdependenz soll hingegen die schon immer bestehenden Abhängigkeiten von sozialen Kategorien untereinander sichtbar machen und essentialistischen Vorstellungen von sozialen Kategorien vorbeugen:

397 Inwiefern das Konzept der Intersektionalität im Rahmen einer Methodologie, die auch andere Marginalisierungen in den Blick nimmt, vom Standpunkt der schwarzen Frauen also losgelöst werden kann, ist durchaus umstritten: *Cooper*, in: *The Oxford Handbook of Feminist Theory* (2016), S. 397ff.

398 Diesen Aspekt will insbesondere Lorey verstanden wissen: »Intersektionalität ist historisch ein Konzept des politischen Kampfes. Doch davon ist durch den Import und die allmähliche Implementierung in ein mehrheitlich weißes, hegemonial werdendes Forschungsdesign nicht mehr viel übrig. Das vorrangige Interesse liegt gegenwärtig in der Kategorisierung gesellschaftlicher Positionierungen von Subjekten«. *Lorey*, in: *Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven* (2012), S. 35ff. So auch *Maly*, in: *Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven* (2012).

399 *Maly*, in: *Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven* (2012), S. 44.

Zusammengefasst lässt sich die bereits angeführte Kritik an dem Intersectionality-Ansatz (Crenshaw) auf die Vorstellungen von Achsen, Überkreuzungen oder Schnittpunkte übertragen: erneut werden Dominanzverhältnisse vor bzw. nach ihrer Kreuzung getrennt voneinander gedacht. Als weiterer Kritikpunkt am Modell der Überkreuzung kann angeführt werden, dass es mitunter unklar bleibt, was sich überschneidet: Kategorien, Achsen, Relationen, Prozesse oder Identitäten (Knapp 2007, 9). Aufgrund der bisher genannten Kritikpunkte erscheint mir der Begriff Interdependenzen produktiver. Wie in der Einleitung dieses Bandes angeführt, fokussiert dieser die gegenseitige Abhängigkeit von sozialen Kategorien und stellt damit die komplexen Beziehungen von Dominanzverhältnissen in den Vordergrund.<sup>400</sup>

Damit wird nicht nur ein schärferes Verständnis der Komplexität von (rechtlicher) Herrschaft und (Recht als) sozialen Praxen etabliert, sondern auch deutlich, dass die Idee reiner, sich kreuzender Kategorien Ausschlüsse und Diskriminierung im Recht reproduzieren kann. Besser gesagt hat die feministische Rechtswissenschaft das Dilemma der Differenz<sup>401</sup> herausgearbeitet, das darin besteht, dass das Recht, indem es eine Diversität von Identitäten benennt, diese fixiert, vereinheitlicht und damit Ausschlüsse von sozialen Positionierungen jenseits fixierter Kategorien schafft. Konzepte des postkategorialen Antidiskriminierungsrechts versuchen demnach Antworten auf die Frage zu geben, wie etwa ein »Antidiskriminierungsrecht formuliert werden [kann], das die rechtliche Beurteilung auf Prozesse der Benachteiligung im Kontext von Macht und Herrschaftsverhältnissen lenkt.«<sup>402</sup> Vorschläge der feministischen Rechtswissenschaft sehen dabei eine Verrechtlichung von Prozessen oder Verhältnissen (etwa Heterosexismus) statt Merkmalen (Geschlecht) vor.<sup>403</sup>

Der Blick auf die Debatten der feministischen Rechtswissenschaft zeigt, wie komplex sich rechtliche Subjektivierungsprozesse durch normative und faktische Ausschlüsse gestalten. Es geht demnach nicht darum, ein »Innen« oder »Außen« rechtlicher Subjektivität sichtbar zu machen, sondern vielmehr die verwobenen Subjektivierungsprozesse herauszuarbeiten, durch die Individuen sich in einem Netz von interdependenten rechtlichen Rationalitäten und gesellschaftlichen Strukturmerkmalen verorten, von denen sie beherrscht werden und die sie zugleich selbst reproduzieren. Auch hier wird demnach die relationale Autonomie

400 *Walgenbach*, in: *Gender als interdependente Kategorie* (2012), S. 60f.

401 Hierzu wegweisend für den deutschen Kontext: *Baer*, *Kriminologisches Journal* 1996.

402 *Liebscher et al.*, *Kritische Justiz* 2012, S. 212.

403 *Baer*, *Kriminologisches Journal* 1996; *Baer et al.*, *Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse* (2010); *Liebscher et al.*, *Kritische Justiz* 2012.

des Rechts sichtbar: das Recht muss kulturelle Identitäten verarbeiten und fixieren und produziert gleichzeitig im Prozess der Festschreibung dieser Identitäten neue Ausschlüsse. Festzuhalten bleibt dabei jedoch auch, dass gerade die Analyse des Rechts als konstruierende Norm darauf verweist, dass diese Prozesse niemals abgeschlossen sein können; dem Recht ist es niemals möglich, das Andere vollständig zu integrieren, ist es doch gerade seine Konstruktionsleistung, das Andere herzustellen. Mehr noch: gerade die Hybridisierung von kulturellen Identitäten stellt eine Quelle der Transformation dar. Das relational autonome Recht kann der Neuschöpfung und Entstehung neuer kultureller Identitäten deshalb nie entrinnen und die vielschichtigen kulturellen Subjektivierungsprozesse niemals vollends mit dem Recht identifizieren.<sup>404</sup> Andererseits hat der Blick auf die Bewegung der *sans-papier* sowie die Autonomie der Migration (s.o.) gezeigt, dass es gerade auch die Prozesse des sich Entziehens sozialer Vergesellschaftung, wie dem Recht, sind, mit denen etwa Migrantinnen und Migranten neue Formen des Lebens und der (Rechts-)Politik konstituieren.<sup>405</sup>

404 Stuart Hall hat dies für Schwarze Identitäten wie folgt festgehalten: »Aus diesem hier von mir verfolgten diskursiven Ansatz folgt, dass Spezifität und Transformation – die Transkodierung, Rekonstruktion und Neuformulierung signifizierender Elemente – genau jene historische und politische ›Arbeit‹ sind, die die Kultur leistet. Da dieser diskursiven Auffassung von Rassepolitik zufolge Bedeutung alles ist, können wir sagen, dass wir dem porösen, durchlässigen Charakter kultureller Formationen nicht entrinnen können, trotz der Tatsache, dass ihre Bewegungen nicht willkürlich oder unendlich variabel sind; und dies resultiert in der Heteroglossie der Kultur, der multiplen Quellen aus denen sie schöpft, und der Neukombinationen, die sie stets hervorbringt. Es gibt keinen Ausweg aus der von Michail Bachtin sogenannten ›Multiakzentualität‹ rassistischer Bedeutung, keine Möglichkeit, die Kultur vor dem Hin- und Hergleiten innerhalb der unbestimmten Bedeutungssemiose zu bewahren; daher gibt es auch *keine Möglichkeit zur Eingrenzung und Fixierung der Vielfalt von Subjekten, zu denen schwarze Menschen werden können*«. Hall, *Das verhängnisvolle Dreieck* (2018), S. 98.

405 Den ›Überschuss‹ in sozialen Praxen macht Bojadžijev als eben jenes Merkmal der Autonomie der Migration fest: »Autonomie entsteht in sozialen Auseinandersetzungen, in denen neue Formen von Kooperation und Kommunikation, neue Formen des Lebens konstituiert werden. [...] Im Prozess der Migration entziehen sich Migrantinnen und Migranten bestehenden Formen der Vergesellschaftung. Allerdings liegt eine Dialektik in jedem Aspekt der Autonomie der Migration. [...] Migration ist weder frei von bestehenden Formen der Vergesellschaftung, noch lässt sie sich vollkommen kanalisiert denken – sie beruht auf einem Kalkül«, *Bojadžijev, Die windige*

## IV. Die Möglichkeit zur Veränderung des Rechts: Kein enttäuschter Traum der Moderne.

### 1. Absolute Handlungsunfähigkeit und alpträumhafte Allmacht als Symptome einer »spätmodernen« Krise der Kritik

Die grundlegende Schwäche der Kategorie der Ausnahme lässt sich nach diesen theoretischen Auseinandersetzungen wie folgt diagnostizieren: Indem Agamben Souveränität und Recht von der empiristischen Negativität der Ausnahme her denkt, kann er modernes Recht nicht als transformierbar bzw. kontingent denken. Er entwirft stattdessen einen Albtraum des Rechts, bei dem der allmächtige Souverän dem ohnmächtigen Subjekt gegenübersteht. Mit dieser Analyse ist Agamben nicht allein: Vielmehr kann auf sie, so die hier vertretene These, aus gesellschaftstheoretischer Perspektive als exemplarische Theorie einer spätmodernen »Krise der Kritik« reflektiert werden. Dabei wird die Spätmoderne in der Soziologie als der Epochenabschnitt der Moderne<sup>406</sup> charakterisiert, in dem das Singuläre in den Vordergrund tritt, während das Allgemeine Hintergrundfunktionen annimmt:

Das Verhältnis zwischen der sozialen Logik des Allgemeinen und der des Besonderen erfährt in der Spätmoderne eine grundlegende Transformation. An die Stelle der Auseinandersetzung zwischen rationalistischem Mainstream und Gegenkultur tritt nun mehr und mehr das Muster einer Komplementarität: Die soziale Logik des Allgemeinen und der Rationalisierung übernimmt die Rolle einer Hintergrundstruktur oder

Internationale (2008), S. 147. Für Lorey stellt dabei die Perspektive des »Sich-Entziehens« eine Möglichkeit dar, nicht in »identitäre Haltungen zurückzufallen«, Lorey, in: Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven (2012), S. 40.

<sup>406</sup> Vor dem Hintergrund des ganz grundlegend schwer einzugrenzenden Begriffs der Moderne (siehe hierzu Kapitel B, Fn. 8) unterscheiden soziologische Theorien innerhalb der Moderne verschiedene Epochen, mittels derer sich ein Strukturwandel nachvollziehen lässt. Unterschieden wird dabei neben der Frühmoderne die Bürgerliche Moderne zu Beginn der Industrialisierung, die Industrielle Moderne Anfang des 20. Jahrhunderts und die Spätmoderne, die sich seit dem Ende des 20. Jahrhunderts entwickelt hat und mit tiefgreifenden Veränderungen etwa im Bereich der Wirtschaft oder der Kultur einhergeht, siehe hierzu *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten (2017); *Reckwitz/Rosa*, Spätmoderne in der Krise (2021); *Schauer*, Mensch ohne Welt (2023). Dabei wird der Begriff der Spätmoderne vorliegend nicht verwendet, um ein »Ende der Moderne« zu markieren, sondern um einen grundsätzlichen Strukturwandel zu kennzeichnen.

Infrastruktur für eine Gesellschaft der Singularitäten, die durch Aufmerksamkeits- und Valorisierungsdynamiken geprägt ist, in denen die soziale Logik der Singularitäten eine im historischen Vergleich bisher unerreichte strukturbildende Kraft erlangt. In der Spätmoderne wirken Singularisierungsprozesse somit erstmals über soziale und kulturelle Nischen hinaus: Die Gegenkultur wird zum *Mainstream*.<sup>407</sup>

Der moderne Traum vom Allgemeinen, der Autonomie des Rechts, gerät vor dem Hintergrund der spätmodernen Fokussierung aufs Besondere in die Krise;<sup>408</sup> der Zugang zu allgemeinen abstrakten Formen wie dem Recht wird dann als abgeschnitten wahrgenommen: Wo eine größtmögliche Freiheit von allgemeinen Formen im Sinne der bestmöglichen Verwirklichung des Besonderen erstrebt wird,<sup>409</sup> wird Recht als allgemeine Form *par excellence* als lediglich repressiv erlebt. Gesucht wird deshalb

407 Und weiter: »Charakteristisch ist hierfür zum einen der postindustrielle Kapitalismus, dessen Singularitätsmärkte für kognitive und kulturelle Güter im Vordergrund die standardisierte Produktion und die Normalisierungsarbeit im Hintergrund voraussetzen. Charakteristisch hierfür sind zum anderen die digitalen Technologien, deren Rechenleistungen und Algorithmen, deren digitale Vereinheitlichung vormals voneinander getrennter Medien und deren universaler Kommunikationsraum ein umfassendes *doing generality* bewirken, das die infrastrukturelle Voraussetzung für die Spiele von Identität und Differenz auf den Aufmerksamkeits- und Valorisierungsmärkten liefert«. *Reckwitz/Rosa*, Spätmoderne in der Krise (2021), S. 113ff. Schauer macht diesen spätmodernen Strukturwandel etwa anhand der Veränderung des Zeitverständnisses, der Öffentlichkeit und der Städte deutlich, *Schauer*, Mensch ohne Welt (2023).

408 Wenn vorliegend von Krise gesprochen wird, ist nicht die These des Verfalls des Rechtsstaats, wie sie etwa bei einigen Vertretern der Frankfurter Schule zu finden ist (siehe Kapitel B, Fn. 82, 83) gemeint. Zur Krise der Spätmoderne hat Reckwitz ausgeführt: »Dass sich eine Form der Moderne in der Krise befindet, in der sie aufgrund erkennbarer Mängel und Defizite grundsätzlicher Kritik ausgesetzt ist, ist also nicht nur alles andere als neu – es gehört, wie wir oben gesehen haben, gewissermaßen zur Grundstruktur als Moderne. Die Moderne ist prinzipiell eine Gesellschaft in der Dauerrevision und daher auch in der *Dauerkrise* [...]. Spezifisch sind allerdings die jeweiligen Widersprüche und empfundenen Mängel der einzelnen Phasen, die sich zu bestimmten Zeitpunkten zu Transformationsschwellen strukturellen Wandels verdichten. Hinsichtlich der Spätmoderne kann man insbesondere drei Krisenmomente unterscheiden: eine soziale Krise der Anerkennung, eine kulturelle Krise der Selbstverwirklichung und eine Krise des Politischen. Sie lassen sich vor dem Hintergrund der Strukturmerkmale einer Gesellschaft der Singularitäten allesamt als Aspekte einer *Krise des Allgemeinen* interpretieren«. *Reckwitz/Rosa*, Spätmoderne in der Krise (2021), S. 119; *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten (2017), S. 431ff.

409 *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten (2017), S. 435.

dann nach dem Außerhalb der Rationalisierung: Dem authentischen Anderen.<sup>410</sup> Es ist dieser gesellschaftliche Strukturwandel, so die hier vertretene These, der spezifische Kritiken des den modernen Rationalisierungen widerstehenden Anderen des Rechts antreibt.<sup>411</sup> Wo der Mensch in der Spätmoderne sich als Mensch ohne Welt erlebt, affizieren Theorien des Anderen des Rechts ebene Ohnmacht und Entfremdungstendenzen:

Gezeigt werden soll, dass sich der Mensch heute mit einem fundamentalen Wandel seiner Weltbezüge konfrontiert sieht, der sich als Verlust von Welt verstehen lässt. Es handelt sich dabei um eine Entwicklung mit zwei Seiten: Einerseits entfremdet sich der Mensch von der Welt, die nicht mehr als Ort kollektiver Selbstverständigung und politischer Gesellschaftsgestaltung angeeignet wird. Andererseits entfremdet er sich von sich selbst, weil er nicht versteht, wie sein eigenes Leben mit der Gesellschaft, die ihn umgibt, im Zusammenhang steht. *Mensch ohne Welt* soll heißen: In der Gegenwart geht das Verständnis dafür verloren, wie das Leben des Einzelnen mit dem Leben der Anderen durch ein Beziehungsgeflecht verbunden ist, das durch gemeinsames Handeln gestaltet werden kann.<sup>412</sup>

- 410 *Reckwitz* nennt diese Suche »Authentizitätsperformanz«: »Ist einer sozialen Entität – sei es ein Mensch, eine Gruppe, ein Ort oder ein Ding – eine *besondere*, eigentümliche Struktur zu eigen, dann ist sie in den Augen des Betrachters authentisch, folgt sie dagegen nur den *allgemeinen* Regeln des Immergleichen, dann ist sie es nicht. Authentizität ist ein Affekt- und Erlebnisbegriff: Etwas wird unmittelbar als authentisch erlebt und empfunden – es affiziert und erscheint als *echt*. Der Eindruck von Authentizität hat oft einen spontanen Charakter, aber dahinter verbirgt sich die Eigenkomplexität, Dichte und Andersheit der Entität. [...] Aus soziologischer Sicht basiert Authentizität dabei auf einer Paradoxie, denn im Raum des Sozialen ist ja alles *gemacht* und im strengen Sinne *fake* – nichts ist natürlich«. *Reckwitz*, *Die Gesellschaft der Singularitäten* (2017), S. 137ff.
- 411 Der Traum vom Allgemeinen wird so etwa bei Menke rückwirkend zum Traum des Singulären: »Denninger hat daher ganz recht, wenn er schreibt, dass es in Kritik der Rechte um ›den Traum von Herrschaftslosigkeit, von An-Archie‹ geht (326). Aber Denninger sieht nicht, dass dies nicht mein Traum ist, sondern derjenige, den die Rechte selbst träumen – der Traum, ohne den es sie gar nicht gäbe; die Rechte gründen in dem anarchischen Impuls, nicht regiert zu werden. Dass jede Figur der Rechte diesen Impuls nur in paradoxer Weise realisieren kann, ist offensichtlich. In der Figur eines anderen Rechts – eines Rechts der ›Gegenrechte‹, mit dessen Skizze Kritik der Rechte schließt – geht es um die Rettung dieses anarchischen Anspruchs am Grund der Rechte. Rechte als ›Gegenrechte‹ sichern und schützen das Dissentierende, Idiosynkratische und Singuläre«. *Menke*, *Kritische Justiz* 2018, S. 478.
- 412 *Schauer*, *Mensch ohne Welt* (2023), S. 14f. So auch Hartmut Rosa, wenn er von »Resonanzkrisen der Spätmoderne« und damit einer gestörten Weltbeziehung spricht, *Rosa*, *Resonanz* (2016).

Das von Schauer angesprochene Beziehungsgeflecht ist, wie gezeigt, auch das Recht als soziale Norm.<sup>413</sup> Insofern als der Mensch in der Spätmoderne den Bezug zum Recht als Teil seines Weltbezugs verliert, lässt er sich deshalb als »Mensch ohne Recht« bezeichnen. Dieser Zustand ist dann aber kein natürliches Resultat eines repressiven Rechts, durch das die Menschen sich lediglich fremdbestimmt fühlen können, sondern vielmehr Ausdruck eines grundlegenden gesellschaftlichen Strukturwandels, der es erschwert, das Recht als geteilte soziale Praxis zu begreifen, in die Menschen aufgrund ihrer aller Prekär-Seins eingebettet sind. In einer ähnlichen Bewegung muss dann ebenfalls die Rechtskritik in die Krise<sup>414</sup> geraten, sofern sie dieses diffuse Unwohlsein mit dem Allgemeinen naturalisiert und versucht, das Spannungsverhältnis zwischen Allgemeinem und Besonderem, Normativität und Faktizität im Primat des Besonderen bzw. der Faktizität des Anderen aufzulösen und als Konsequenz für eine grenzenlose Dekonstruktion des Allgemeinen bzw. allgemeiner Formen plädiert.<sup>415</sup> Wo die Rechtswissenschaft sich – wie gezeigt – schon

- 413 Zum Recht als »Welt« schrieb Robert Cover: »We inhabit a nomos – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. The student of law may come to identify the normative world with the professional paraphernalia of social control. The rules and principles of justice, the formal institutions of the law, and the conventions of a social order are, indeed, important to that world; they are, however, but a small part of the normative universe that ought to claim our attention. No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live«. Cover, *Havard Law Review*, S. 4f. Vgl. zum Recht als Prozess des räumlichen »world-making« auch *Delaney, The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making* (2010). Diese Welt verkennen Theorien der Spätmoderne jedoch, wenn sie eine Krise nur für das »politisch *gemeinsam Geteilte*« attestieren, *Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten* (2017), S. 437 und dem Recht dabei nur eine verschwommene Hintergrundfunktion zusprechen.
- 414 »Und doch ist vom Schwinden des Möglichkeitssinns [...] nicht nur das politische Handeln, sondern auch das kritische Denken betroffen, das jenes begleiten und kommentieren, hinterfragen und umlenken will. Der spätmoderne Weltverlust bedeutet auch eine Krise der Kritik«. *Schauer, Mensch ohne Welt* (2023), S. 636. Siehe auch *Reckwitz/Rosa, Spätmoderne in der Krise* (2021), S. 144ff.
- 415 Bruno Latour hat in diesem Zusammenhang eine prominente Kritik einer grenzenlosen dekonstruktivistischen Kritik verfasst, *Latour, Elend der Kritik* (2007). In ähnlicher Weise findet sich eine solche Selbstkritik in den Geisteswissenschaften bei *Felski, The Limits of Critique* (2015). Dabei kritisiert

längst mit den eigenen Widersprüchlichkeiten und Dilemmata von Konstruktio(n) und Dekonstruktio(n) des Rechts auseinandergesetzt hat, erlangen in neuester Zeit vermehrt Rechtskritiken Prominenz, die eben jenes Unbehagen gegen moderne Rationalisierung auf das Recht übertragen und dieses aktuell als ein grundsätzlich gescheitertes Projekt charakterisieren.<sup>416</sup> In der Ablehnung eines vermeintlich rein formell-rationalen und *toten* Rechts verliert eine solche Rechtskritik den Kontakt zu ihrem eigenen *lebenden* Gegenstand und verirrt sich in Bildern eines aktuell ganz und gar falschen und utopischen ganz und gar anderen Rechts. Verkannt wird hier, dass auch schon das aktuelle Recht als soziale Form der Vergesellschaftung auch Ausdruck menschlichen Prekär-Seins ist, und Subjektivierung überhaupt erst durch Rationalisierung möglich wird. Dass das Primat eines formell-rationalen Rechts dabei durchaus Ungleichheit schafft, wo es (faktische, kulturelle) Differenzen ignoriert, ist eine

Latour auch die weitverbreitete Bezugnahme auf Heideggers Kritik eines toten Rechtsformalismus, die dessen scharfe Unterscheidung zwischen »Dingen« und »Gegenständen« übernimmt: »Im Gegenteil zielt sein [Heideggers] ganzes Schreiben darauf ab, eine möglichst scharfe Unterscheidung zwischen Objekten, *Gegenständen*, auf der einen Seite und dem berühmten *Ding* auf der anderen zu treffen. Der von Hand gemachte Krug kann ein Ding sein, während die industriell hergestellte Coladose ein Gegenstand bleibt. Während letztere der leeren Herrschaft von Wissenschaft und Technologie überlassen wird, kann der erstere, gehegt im respektablen Idiom von Kunst, Handwerk und Poesie, seinen reichen Vorrat an Verbindungen entfalten und sammeln. Diese Gabelung wird oftmals deutlich markiert, in entscheidender Weise jedoch in dem Buch über Kant: ›Solche Fragen sind bis zur Stunde offen. Sie werden in ihrer Fragwürdigkeit durch die Ergebnisse und Fortschritte der wissenschaftlichen Arbeit überdeckt. Eine dieser brennenden Fragen betrifft das Recht und die Grenzen des mathematischen Formalismus gegenüber der Forderung eines unmittelbaren Rückgangs auf die anschaulich gegebene Natur.‹ Was mit denen geschah, die wie Heidegger versucht haben, sich auf die Unmittelbarkeit, die Anschauung, die Natur zu stützen, braucht nicht wiederholt werden – jeder weiß es«. Latour, *Elend der Kritik* (2007), S. 24f. Es ist diese Affirmation des Unmittelbaren, die sich Agamben mit seiner Theorie des nackten, außerhalb des Recht stehenden Lebens, und mit ihm seine Rezipienten vorwerfen lassen müssen (zu Agambens Heidegger-Bezug siehe Kapitel A, Fn. 74).

416 Die Forderung nach einer Bekämpfung des Allgemeinen findet sich so in Agambens Idee eines Rechts, mit dem gespielt werden kann, das aber eigentlich keine gesellschaftliche Relevanz mehr besitzt (siehe Kapitel B, Fn. 294, 295) oder implizit in Menkes Idee der »Gegenrechte«, bei denen durch die Form der Gegenrechte die Möglichkeit zum sich-Entziehen des Rechts gewährleistet werden soll, das heißt mit einer allgemeinen Form gegen eine allgemeine Form gearbeitet werden soll und die »Rechte vor sich selbst gerettet« werden, *Menke*, *Kritische Justiz* 2018, S. 476.

wichtige Erkenntnis einer kritischen Rechtswissenschaft, die, wie etwa im Falle der feministischen Rechtswissenschaft, vermeintlich universelle Subjekte wie das souveräne autonome Subjekt in seiner problematischen androzentrischen oder rassistischen Färbung sichtbar macht (siehe hierzu B III 2 c). Es kann kein Ziel sein, das Singuläre oder Faktizität per se zu zerstören.<sup>417</sup> Die Möglichkeit zur Transformation der Normativität modernen Rechts ist auch nicht als Erzählung über einen automatischen Fortschritt durch Recht zu verstehen,<sup>418</sup> der den modernen Universalismus als historische Legitimation für koloniale Verbrechen verleugnet.<sup>419</sup> Ein ›Zurück‹ zur unhinterfragten Affirmation eines modernen Rechts ist für eine Rechtskritik, die Recht als soziale Form versteht, demnach keine

417 »Die Sensibilisierung der menschlichen Wahrnehmung für das Singuläre, für die Eigenkomplexität der Menschen und Dinge [...] ist für mich ein ›Ding von Belang‹, kein Sachverhalt, der zu dekonstruieren wäre«. *Reckwitz/Rosa*, Spätmoderne in der Krise (2021), S. 142. Auf der Ebene der Menschenrechte bedeutet dies, weder nur das Allgemeine noch nur das Singuläre, weder Einheit noch Differenz, weder das Globale noch das Lokale zu präferieren. Insofern stimmt die vorliegende Untersuchung Auffassungen wie etwa der von Baxi, »the local, not the global, it needs to be emphasized, remains the crucial site of struggle for the enunciation, implementation, and enjoyment and exercise of human rights«, *Baxi*, The future of human rights Upendra Baxi (2008), S. 158 nicht zu. Auch die Idee des »authentischen Lokalen« ist vor dem Hintergrund einer globalisierten Welt eine Konstruktion. Hardt und Negri haben dies etwa wie folgt formuliert: »We maintain, however, that today this localist position, although we admire and respect the spirit of some of its proponents, is both false and damaging. It is false first of all because the problem is poorly posed. In many characterizations the problem rests on a false dichotomy between the global and the local, assuming that the global entails homogenization and undifferentiated identity whereas the local preserves heterogeneity and difference«, *Hardt/Negri*, Empire (2002), S. 44.

418 Baxi plädiert in Bezug auf Menschenrechte vor dem Hintergrund der postkolonialen Gefahren, die in den Erzählungen über die ›Dritte Welt‹ und ihrem vermeintlichen Veränderungsbedarf liegen, Veränderung zu »lesen« und nicht zu »schreiben«: »By ›reading development‹ I here signify practices of critique of both legible and hidden scripts of development; ineluctably, these remain multifarious as well as nefarious. Multifarious because those who construct texts of development and those who deconstruct and reconstruct these do not constitute any homogenous class of theorists and practitioners of the Idea; nefarious because those who would dare read development scripts do not always succeed in new modes of re-reading and re-writing development«. *Baxi*, Human rights in a posthuman world (2009), S. 108.

419 Gerade in diesem Wissen wird jedoch an den Möglichkeiten modernen Rechts festgehalten, vgl. hierzu das Plädoyer von Olufemi Táíwò, die Moderne nicht als per se koloniales Projekt zu verwerfen *Táíwò*, Against Decolonisation (2022), S. 16, 206f.

Option. Susanne Baer hat die Zumutungen dieser Ambivalenzen in ihrem Plädoyer für rechtssoziologische Forschung aufschlussreich formuliert:

Die Rechtssoziologin Carol Smart hat dafür das schöne Bild benutzt, dem Ruf dieser Sirene nicht folgen zu dürfen [...]. Die Versprechungen des rights talk [...] als der Übersetzung von Bedürfnissen in Ansprüche sind groß und gefährlich. Recht führt uns ständig in Versuchung, weil es so viel verspricht – Fairness, Handlungsmacht (agency), Gerechtigkeit. Aber wer die Versprechungen enttarnen will – und das ist für kritische Forschung Teil des Programms! –, muss Abstand halten. Die liebevolle Zuwendung ist damit durchaus eine Zumutung. Immerhin ist die Ko-Produzentin des Rechts, die Rechtswissenschaft, traditionell nicht sehr begeistert von uns, der kritischen Rechtsforschung, der Rechtssoziologie. Aber es führt umgekehrt auch nicht sehr weit, möglichst kritisch, möglichst anders, möglichst dagegen zu sein.<sup>420</sup>

Es muss demnach vielmehr um eine Balance<sup>421</sup> gehen und damit darum, das Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem, Normativität und Faktizität im Recht sichtbar zu machen: Im Mittelpunkt steht hier die relationale Autonomie des Rechts,<sup>422</sup> seine soziale Form, die für Veränderungen offen bleibt, sowie die zahlreichen Akteure, die auf sie einwirken. Wie die theoretische Untersuchung gezeigt hat, hat sich das moderne Spannungsverhältnis von Normativität und Faktizität im Recht also keinesfalls in einen reinen Albtraum der Ohnmacht verkehrt. Die Rechtswirklichkeit des modernen Rechts eröffnet durchaus Möglichkeitsräume der Transformation.<sup>423</sup>

420 Baer, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2016, S. 22 ff.

421 Diese Balance beschreibt Latour wie folgt: »Der Kritiker ist nicht der, der beliebig zwischen Antifetischismus und Positivismus schwankt wie der betrunkenen Bilderstürmer von Goya; vielmehr ist er derjenige, für den, was konstruiert wird, zerbrechlich ist und der Pflege und Vorsicht bedarf«. *Latour, Elend der Kritik* (2007), S. 55.

422 Im deutschsprachigen Raum wurde der Begriff der relationalen Autonomie des Rechts stark von *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007) geprägt. Er findet sich als gefestigte Analyse auch in der feministischen Rechtswissenschaft: *Nedelsky, Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law* (2011); *Röhmer, Ungleichheit und Verfassung* (2019); *Baer/Sacksofsky*, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 11 ff.. Weil aber in dieser Arbeit die Struktur modernen Rechts als relational autonom verstanden wird, schließt sich die Arbeit nicht der von Baxi getätigten Unterscheidung in *moderne* und *zeitgenössische* Menschenrechte an, wobei *moderne* Menschenrechte (auch unter Verweis auf Agamben) lediglich durch Exklusion und *zeitgenössische* Menschenrechte primär durch Inklusion geprägt seien, *Baxi, The Future of Human Rights* (2008), S. 17, 42.

423 Die vorliegende Untersuchung folgt demnach der Aufforderung Schauers: »Versuchen wir, was unmöglich erscheint, retten wir das Mögliche!« *Schauer, Mensch ohne Welt* (2023), S. 637.

## 2. Modernes Recht ist relationales Recht: Die Möglichkeit zur Transformation

So lässt sich zunächst anhand der Debatte um das Verhältnis von Exekutive und Legislative in Günther Frankenberg's Abhandlung zum Ausnahmezustand, bei der die Ausnahme als Angriff auf die Autonomie des Rechts im liberalen Rechtsstaat verstanden wird, nachvollziehen, wie Analysen des Rechts als rein formell-rationaler Form die Transformationen im Recht nicht greifen können. Aus dieser Perspektive wird der rechtsstaatliche Status Quo (gerechtfertigter Weise) gegen die Bedrohung der Ausnahme als exekutiver Willkür verteidigt, mit dem Nachteil, dass die Legitimation der formal-rationalen Form des Rechts in den Vordergrund tritt, diese Form des Rechts jedoch nicht als transformierbar begriffen werden kann. Einen anderen Weg beschreitet Christoph Menke, dessen Analyse der Rechtsform das Recht und seine Ausnahme von der Frage nach der Legitimation des Rechts loslöst. Modernes Recht und Souveränität werden hier als selbstreflexiv auf das ihnen äußerliche Nicht-Recht gedacht. Die Frage nach dem Verhältnis von Normativität und Faktizität kann so als Formfrage gestellt werden, die das Recht für gesellschaftliche Inhalte öffnet und eine Transformation der Normativität des Rechts ermöglicht. Dass dabei auch vom Recht Exkludierte auf das rechtliche Verständnis von Souveränität einwirken können, zeigt Ayten Gündoğdu mit ihrem Verweis auf die Kämpfe der *sans-papiers*. Menschenrechte reproduzieren in diesem Zusammenhang nicht nur die Form der biopolitischen Ausnahme (Agamben) oder der entpolitisierten subjektiven Rechte (Menke), sondern beinhalten eine Potenzialität der Politisierung des Konzepts der Souveränität, das gesellschaftliche Kämpfe anstoßen und normative Konzepte verändern kann.

Agamben's Konzept des permanenten Ausnahmezustands als Auseinanderfallen von Rechtsgeltung und Rechtsanwendung wird darüber hinaus dem Recht als sozialer Norm nicht gerecht, wie Christoph Möllers treffend zeigt. Als solches kann es weder auf seine Normativität noch auf die Kausalität seiner Wirkung reduziert werden. Vielmehr bedarf der Begriff des Rechts sowohl einer normativen als auch einer faktischen Komponente, um die Komplexität der Selbstreflexion des Rechts begreifbar zu machen: Gerade die Möglichkeit zur Nicht-Anwendung, zur Devianz vom Recht ermöglicht, gesellschaftliche Aushandlungen in der Anwendung des Rechts zu reflektieren und das Recht zu transformieren. So wie das Recht gesellschaftlich eingebettet ist, ist es zudem auch die Gewalt. Anders als Agamben's Idee einer anomischen Gewalt dies tut, sollte Gewalt weder als Gegensatz zur Normativität noch als ins Recht verbannt und von der Gesellschaft abgespalten verstanden werden. Zugleich unterliegt ein Gewaltbegriff, der Gewalt mit Zwang gleichsetzt und deshalb die Idee einer radikalen Freiheit von allem Zwang propagiert, der

androzentrisch verfassten Ideologie subjektiver Autonomie. Denn er erkennt diejenigen Zwänge, denen der Mensch als soziales Wesen aufgrund seines Prekär-Seins nicht entkommen kann und die im Recht im Rahmen einer Formalisierung durch soziale Rechte transparent verteilt werden können.

Die theoretische Kontingenz modernen Rechts wird dann anhand von Baers Analyse des Bürgers im Verwaltungsrecht mit dem Recht selbst als empirischem Gegenstand expliziert. Bürger-Konstruktionen im Recht der Verwaltung, so zeigt Baer, wie etwa die des Untertans oder Konsumenten, sind historisch verschieden, lösen sich niemals ganz voneinander ab und lassen sich als Spuren im Recht nach wie vor wiederfinden. Aus der Selbstreflexion und Komplexität der Anwendung des Rechts ergibt sich zudem die grundlegende Prekarität aller Rechtssubjekte. Die Unsicherheit der Konstituierung als Rechtssubjekt ist jedoch nicht als etwas Bedrohliches im Außen des Rechts oder in seiner Ausnahme zu suchen, sondern ist fundamentaler Bestandteil des Rechts als sozialer Norm und der Möglichkeit zur Transformation. Aus diesem Grund kann nicht die Prekarität einer biopolitischen Substanz im Mittelpunkt einer rechtssoziologisch informierten Rechtsstaatstheorie stehen. Vielmehr müssen Prozesse der rechtlichen Prekarisierung in den Blick genommen werden, die Ungleichheit erzeugen. Das von der feministischen Rechtswissenschaft erkämpfte Konzept der materiellen Gleichheit kann hier als ein reflexives, im deutschen und europäischen Recht bereits etabliertes, Verständnis von Gleichheit dienen, bei dem die faktischen Wirkungen des Rechts in dessen Normativität integriert werden. Dabei zeigt sich insbesondere in der rechtlichen Subjektivierung die Komplexität des Verhältnisses von Normativität und Faktizität im Recht, bei dem die in die interdependenten sozialen Kategorien verwobenen Prozesse der Subjektivierung die Hybridisierung kultureller Identitäten niemals vollends ins Recht integrieren können: Recht kann und muss sich zugleich immer wieder an gesellschaftliche Kontingenzen anpassen und mittels der Fixierung kultureller Kategorien bzw. Identitäten neue Ausschlüsse schaffen.

Modernes Recht bleibt bei alledem also transformierbares Recht. Gerade die moderne Positivierung und Funktionalisierung des Rechts führt dazu, dass modernes Recht kontingentes Recht ist (siehe S. 45ff.). Es ist, wie gesehen, außerdem relationales, reflexives Recht. Wie lässt sich aber diese Relation in der Rechtswirklichkeit verstehen und erforschen? Kehrt man nun zu Agamben und dem Lager als Ort des permanenten Ausnahmezustands zurück, zeigt sich, dass eine Analyse der Flüchtlingslager als Ausnahmeräume dieser Relation nicht gerecht wird. Die verlockende Trennschärfe vom Außen und Innen des Rechts verkennt beim genaueren Hinsehen dessen grundlegende Ambivalenzen und Unsicherheiten in der Rechtsanwendung und die Kontingenz und Transformativen seiner Normativität. Diese treten auch außerhalb der Dichotomie

von Ausnahme und Rechtsanwendung auf und müssen beachtet werden, um keine totalitären Rechtskonzepte zu reproduzieren, die Rechtsgeltung mit Rechtsanwendung gleichsetzen. Die Frage danach, ob es sich in (deutschen) Flüchtlingslagern um (nicht-)rechtliche Räume handelt, muss demnach wie folgt ausdifferenziert werden: Gefragt wird einerseits nach den normativen Konstruktionen (Rationalitäten) des Rechts in der deutschen Flüchtlingsunterbringung. Andererseits steht nicht mehr das starre Kriterium, ob Recht angewendet wird oder ob es wirkt im Fokus, sondern wie es wirkt und wie es angewendet wird.

Dabei soll weder die Notwendigkeit einer Autonomie des Rechts im Wege einer formellen Rationalisierung noch dessen »Fiktion« verleugnet werden. Vielmehr steht die Offenlegung der Relation von Normativität und Faktizität im Recht im Fokus. Denn darin besteht das dialektische Verhältnis von Normativität und Faktizität im Recht: Rechtsnormen müssen sich von anderen Normen distinguieren und normativ autonom fingieren, ohne sich jemals von ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit lösen zu können. In der Logik des autonomen Rechts müssen konkrete Lebenssachverhalte fixiert werden. Zugleich muss Recht transformierbar bleiben, soll es gesellschaftlich relevant werden.

Rechtliche Räume, das heißt Recht in der sozialen Wirklichkeit der Flüchtlingsunterbringung, können demnach nur dann erforscht werden, wenn die relationale Autonomie, das heißt das Verhältnis zur Gesellschaft sowie die rechtlichen Wirkungen auf die Gesellschaft, in den Blick genommen wird. Der Soziologe Michael Dellwing hat diesbezüglich in Anlehnung an Ervin Goffman treffend auf das komplexe Verhältnis von »Vorder-« und »Hinterbühne« des Rechts verwiesen:

Goffmans eingängigstes Beispiel für diese Trennung war die Küche des Hotels, in dem er auf den Shetland-Inseln seine Promotionsforschung vorgenommen hatte: Für Gäste musste eine formal-höfliche Dienstleistungsshow aufgeführt werden, die die (physischen und darstellerischen) Unreinheiten der Handlungen auf der Hinterbühne versteckt hielt. Für ein Gericht gilt nichts anderes: Die Darstellung vor Publikum muss eine formal-rechtliche sein, die die Würde des Amtes und die Festigkeit des Rechts dramatisiert, aus dem die Unreinheiten ferngehalten werden müssen, die bei der Zubereitung dieser Darstellung in der »Rechtsküche«, dem Tagungsraum, zu dem die Öffentlichkeit keinen Zugang hat, vorfallen.<sup>424</sup>

Die vorliegende Untersuchung der deutschen Flüchtlingsunterbringung geht über dieses Bild hinaus: sie fragt im Bild Goffmans nicht nur nach der »Rechtsküche«, sondern auch nach den »Rechtszutaten« sowie dem »Rechtsgeschmack« der Beteiligten. Sie folgt der Entstehung spezifischer rechtlicher Rationalitäten der Flüchtlingsunterbringung im deutschen Rechtsstaat (die Rechtszutaten) und untersucht im Verlauf deren

424 Dellwing, *Recht und Devianz als Interaktion* (2015), S. 7.

Anwendung durch die Verwaltung und andere relevante Akteure in der Flüchtlingsunterbringung (die Rechtsküche) sowie deren Wirkung auf die Betroffenen (den Rechtsgeschmack).

Aus dem (kritischen) Interesse an den Konstruktionen und Wirkungen der Rechtsküche folgen drei methodologische Prämissen, die sich durch alle zuvor erwähnten Ebenen der empirischen Forschung zur deutschen Flüchtlingsunterbringung (Rationalisierung, Anwendung und Subjektivierung) ziehen. Zunächst erfährt der Begriff der Souveränität aus methodologischer Sicht eine Bedeutungsverschiebung: Gefragt wird nicht mehr, wo territoriale Souveränität herrscht, sondern (a) wie das Konzept der territorialen Souveränität auf das Regime der Flüchtlingsunterbringung Einfluss hat. Mit der sozialen Wirklichkeit des Rechts in der Flüchtlingsunterbringung, die durch die Anwendung des Rechts durch die verschiedenen Akteure geformt wird, tritt dann (b) zudem die Analyse des Rechts im sozialen, zu konstruierendem Raum der Flüchtlingsunterkunft in den Vordergrund. Und schließlich untersucht die vorliegende Studie nicht die Ausnahmen des Rechts, sondern will dessen relationale Autonomie offenlegen. Diese lässt sich in Anlehnung an Rudolf Wiethölter in den Kollisionen und Paradoxien rechtlicher Rationalitäten in der Rechtswirklichkeit (c) finden: Denn als Risse in der normativen Autonomie des Rechts (im Bild Goffmanns: Unreinheiten auf dem servierten Teller) machen sie dessen dialektisches Verhältnis zur Gesellschaft – und damit dessen relationale Autonomie – besonders gut sichtbar.

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist vor diesem Hintergrund aber auch nicht die Frage danach, welches Recht in Bezug auf die Flüchtlingsunterbringung legitim bzw. gerecht wäre oder welches Recht gelten sollte, sondern zunächst die Entwicklung eines Verständnisses der sozialen Wirklichkeit des Rechts; sie fällt in den Forschungsbereich der Rechtssoziologie.<sup>425</sup> Recht wird im Verlauf der Untersuchung im Gegensatz zur gelegentlich in der Rechtssoziologie vorzufindenden Praxis der kategorischen Unterscheidung von Normativität und Faktizität<sup>426</sup> in seiner relationalen Autonomie betrachtet, weshalb auch die Faktizität des Rechts nicht primärer Gegenstand dieser Untersuchung sein kann. Vielmehr ergibt sich aus dem Gang der theoretischen Untersuchung, dass der Gegenstand der folgenden rechtssoziologischen Analyse des Raums der Flüchtlingsunterkunft sowohl die normative Konstruktion als auch die faktische Wirkung des Rechts und damit rechtlicher Praxen sein muss.

425 *Baer*, Rechtssoziologie (2021), S. 27; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie (2009), S. 7; *Rehbinder*, Rechtssoziologie (2007), S. 1. Zur Geschichte der deutschen Rechtssoziologie siehe *Wrase*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2006. Diese unterscheidet sich durchaus von der Geschichte der amerikanischen Law & Society Forschung, siehe hierzu *Sterett*, in: The Handbook of Law and Society (2015); *Morrill/Mayo*, in: The Handbook of Law and Society (2015).

426 Anders bei: *Rehbinder*, Rechtssoziologie (2007), S. 2.

### 3. Transformationen, Herrschaft und Rechtsstaat: Überlegungen zu einer rechtssoziologischen Methodologie

#### a. *Regime*

Sofern Recht als soziale Form in seiner kontingenten Normativität und als soziale Norm in der Prekarität seiner Anwendung verstanden werden soll, wird ein Verständnis rechtlicher Herrschaft benötigt, das kontingente rechtliche Konstruktionen genauso wie die Anwendung des Rechts durch die jeweils relevanten Akteure begreifen kann.

Aus diesem Grund bietet es sich an, den methodologischen Blick weg vom Begriff der Souveränität und hin zum Begriff des Regimes zu wenden. Der Begriff des Regimes umfasst »Prinzipien, Normen, Regeln und Verfahren zur Entscheidungsfindung, um die herum Erwartungen von Akteuren in einem gegebenen Sachgebiet konvergieren«. <sup>427</sup> In den Politikwissenschaften wurde der Begriff in den 1970er Jahren eingeführt, um die Kooperation verschiedener Akteure auf globaler Ebene zu beschreiben. <sup>428</sup> In der Rechtswissenschaft findet er ebenfalls Anwendung, um etwa die der »Fragmentierung des globalen Rechts« zugrundeliegenden »gesellschaftlichen Widersprüche« zu analysieren. <sup>429</sup> Rechtsstaatliche Herrschaft kann mit Hilfe des Regime-Begriffs in ihrer Dezentralität und ihren zahlreichen Netzwerken und Hybriden verstanden werden, statt auf die Idee einer allmächtigen Souveränität abstellen zu müssen: »Statt als einheitliche Organisation mit einem festen Kern (>der Staat<) erscheint Staatlichkeit eher als Referenzierungskette, die sich durch Konfigurationen multizentrischer, polyvalenter und multiskalarer Akteurs- und Organisationsnetzwerke zieht«. <sup>430</sup> Mit dem Regime-Begriff können deshalb über die Dichotomien Rechtsgeltung/Rechtsanwendung hinaus die Relationen der unterschiedlichen Akteure in den Blick genommen

427 *Krasner*, zitiert nach *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen* (2006), S. 18.

428 *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen* (2006), S. 18.

429 *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen* (2006), S. 24. Der Regime-Begriff erfährt in den Rechtswissenschaften inzwischen eine breite Anwendung. So wird von spezifisch öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsregimen, von Grundrechtsregimen oder Menschenrechtsregimen gesprochen, vgl. *Burgi*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation* (2012), § 18; *Drüen*, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht* (2020); *Höfling/Augsberg*, *Juristen Zeitung* 2005; *Möllers*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2015.

430 *Nieswand*, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 90. Siehe hierzu auch *Karakayali*, *Gespenster der Migration* (2008), S. 47ff.

werden.<sup>431</sup> Die rechtliche Regulierung<sup>432</sup> der deutschen Flüchtlingsunterbringung wird so zum Bestandteil eines Migrationsregimes bzw. zum Bestandteil des Regierens von Migration,<sup>433</sup> das von Widersprüchen und den unterschiedlichen Motiven der Akteure im, mit dem und gegen das Recht durchzogen ist. Im Fokus stehen nicht Momente der Exklusion, sondern Prozesse der Prekarisierung: »Eine solche Perspektive stellt gerade weniger die Abschottung und mehr das Moment der Entrechtung oder eines Rechts-Differenzials als zentrale Funktionsweise des Migrations- und Grenzregimes in den Mittelpunkt.«<sup>434</sup>

- 431 »Vielmehr gilt es, die Gesamtheit der objektiven Verhältnisse zwischen dem juristischen Feld – das einer relativ autonomen Logik folgt und selbst schon einen Ort komplexer Verhältnisse darstellt – zum Feld der Macht sowie darüber hinaus zum gesellschaftlichen Feld insgesamt in den Blick zu nehmen. In diesem Bezugsgeflecht bestimmen sich die Mittel, die Zwecke und die spezifischen Wirkungen rechtlichen Handelns«. *Bourdieu*, in: *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus* (2019), S. 63.
- 432 Der Begriff des Migrationsregimes nimmt insofern im Verhältnis zum Regulierungsbegriff eine Verschiebung der Perspektive vor. Der Begriff der rechtlichen Regulierung deutet auf eine »Vielzahl von Regeln (den Rechtspluralismus) und auf die Beziehungen, die dadurch konstruiert werden (je nachdem als Netzwerke, als Governance, als Ungleichheiten, als Diskurse – mehr dazu in § 6 C) [hin]. Der Begriff der Regulierung betont auch, dass Recht nicht ›ist‹, sondern gemacht wird, und zwar durch Rechtsetzung, aber auch durch Interpretation in der Rechtsanwendung«. *Baer*, *Rechtssoziologie* (2021), S. 92. Die Analyse der Lager als Rechtsräume im Migrationsregime knüpft an die Analyse von Recht als Regulierung an, forciert jedoch stärker die Perspektive der rechtspolitischen Widersprüche, Konflikte und Kämpfe sowie ihrer Akteure.
- 433 Sabine Hess et al. verorten die Regimeanalyse als methodologische Loslösung von zu kritisierenden Migrationstheorien: »Der Migrationsregimeansatz scheint die nur halb umgesetzten Versprechen des Transnationalismus-Ansatzes – beispielsweise eine macht- und politikensible Perspektive zu stärken und eine transnationale Perspektive auf das neoliberale Regieren der Migration voranzubringen – einzulösen. Er verspricht damit auch, eine Antwort auf die genannten migrationstheoretischen Engführungen zu geben: So versucht er gar nicht erst, Migrationsbewegungen auf (irgendwelche) Motive zurückzuführen und damit die Migrationsentscheidung zu ergründen und zu messen; er setzt auch nicht an der Ökonomie und polit-ökonomischen Fragestellungen an. Vielmehr widmet er sich der Analyse des (oftmals transnationalen) Zusammenspiels verschiedener Institutionen und Kräfte bei der Hervorbringung einer spezifischen historischen Situation«. *Hess et al.*, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 264. Siehe hierzu auch *Hess/Kasperek* (Hg.), *Grenzregime. [I]* (2012); *Kasperek/Tsianos*, *movements* 2015.
- 434 *Karakayali*, *Gespenster der Migration* (2008), S. 50.

Die Bedeutung des Begriffs der Souveränität und der Aspekt der Herrschaft für rechtliche Rationalitäten und die Rechtswirklichkeit wird so nicht aufgegeben. Allerdings verschiebt sich die Bedeutung des Konzeptes für die Rechtswirklichkeit: In dem Wissen um die Komplexität moderner staatlicher Herrschaft<sup>435</sup> wird (territoriale) Souveränität zur Konstruktionsleistung mit entsprechenden Materialisierungen im Recht und nicht als die Form des Staats empirisch erforscht.<sup>436</sup> Gefragt wird entsprechend, wie Recht einerseits Migration als »letzte Bastion« des Wissens-Macht-Komplexes Souveränität in den Unterkünften kontrolliert<sup>437</sup> und diesem Wissens-Macht-Komplex zugleich entgegenwirkt. Mit dem Begriff des Regimes soll demnach nicht verneint werden, dass das Konzept der Souveränität durchaus zur Legitimation bestimmter Regierungstechniken (Foucault) der Migration herangezogen wird. Es ist jedoch nicht die einzige rechtliche Rationalität, die Einfluss auf die rechtliche Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung hat. Mit ihm können zudem die migrationsrechtlichen Kämpfe, etwa der Bewohnenden von Flüchtlingsunterkünften, mit in den Blick genommen werden. Das unterscheidet ihn auch von Foucaults Konzept der Gouvernamentalität: »Der Begriff der Gouvernamentalität verweist darauf, dass ein Regime

- 435 Wiethölter hat diese Komplexität wie folgt zusammengefasst: »Denn wir haben es zu tun mit einer *Gesellschaft*, die nicht mehr feudalistisch-patriarchalisch-hierarchisch zusammengehalten wird, sondern als demokratische Industriegesellschaft alle Halterungen und Sicherungen selbst zu schaffen hat, mit einem *Bürger- und Menschenbild*, das nicht ausgehen darf von freien, gleichen, vernünftigen und ausschließlich nach Unabhängigkeit und Selbstbestimmung strebenden Individuen, sondern von dem in tausend Abhängigkeiten verstrickten »salié«, schließlich mit einem Staatsbild, das sich nicht in Rechtsstaatlichkeit erschöpfen kann, weil damit die Existenzfragen der Bürger nicht zu lösen sind, das aber bei totaler Versorgung erst recht die Gefahr des Verlustes an Freiheit, Personalität und Menschenwürde heraufbeschwört«. *Zumbansen/Amstutz* (Hg.), *Recht in Recht-Fertigungen* (2014), S. 299f. Den multiplen Aufgaben des modernen Staats folgt entsprechend eine Vielzahl an rechtlichen Rationalitäten, die man unter dem Stichwort »Multinormativität« fassen kann, *Duwe*, *Rechtsgeschichte* 2017.
- 436 Wie der »rechtliche Nomos« (siehe hierzu auch Arendts Unterscheidung von *nomos* und *lex*, Kapitel B, Fn. 176) müssen auch spezifische Formen der Staatlichkeit zunächst hergestellt werden: »Die andere Seite, die aus dem Prozess der Staatswerdung keinesfalls ausgeklammert werden darf, ist der *Prozess der imaginären Fabrikation des Staats*, ohne den er nicht als erlebbare und handlungsfähige Einheit vorgestellt werden kann«, *Schuppert*, *Staat als Prozess* (2010), S. 48. Zur Kritik am »methodologischen Nationalismus« siehe auch *Beck/Grande*, *Soziale Welt* 2010; *Karakayali/Tsianos*, in: *Turbulente Ränder* (2015).
- 437 *Dawergne*, *Making People Illegal* (2008), S. 3. Vgl. hierzu auch *Nail*, *Theory of the Border* (2016).

aus einer bestimmten Wissensordnung besteht [...]. Der Regime-Begriff ermöglicht jedoch – über das Regierungswissen hinaus – den Aspekt der Kämpfe zu konzeptionalisieren«. <sup>438</sup>

### *b. Sozialer Raum*

Darüber hinaus wird der Raum der Flüchtlingsunterkunft nicht durch statische, objektiv auffindbare Kriterien, wie etwa die territoriale Abgrenzung durch Zäune oder die möblierte Ausstattung definiert und untersucht, <sup>439</sup> sondern in zweierlei Hinsicht als sozial konstruiert verstanden.

Erstens sind Räume »als soziale Formen zu verstehen, als situations- und kontextabhängige Herstellungsleistung, deren Bedeutung variieren kann«. <sup>440</sup> Als solche sind sie »nicht nur in Bewegung, sie werden alltäglich neu verhandelt und auf vielfältige Art und Weise symbolisch und materiell reproduziert«. <sup>441</sup> Räume sind demnach nicht statisch, sondern kontingent. Im Zusammenhang mit den widersprüchlichen Positionen unterschiedlicher Akteure innerhalb des Migrationsregimes können sie jedoch einen »Ordnungs- und Stabilisierungsmechanismus« darstellen, indem sie »ansonsten voneinander unabhängige Akteure, Systeme oder Organisationen in eine durch Orientierung an ihnen [den Räumen] vermittelte Beziehung setzen«. <sup>442</sup> Vor diesem Hintergrund kann das Verhältnis von Recht und Raum nicht als eines verstanden werden, bei dem Recht Einfluss auf bereits bestehende Räume nimmt. <sup>443</sup> Vielmehr

438 *Karakayali*, *Gespenster der Migration* (2008), S. 54. Mit Fokus auf die Kämpfe innerhalb des Regimes wird oftmals auf den Staatsbegriff von Nicos Poulantzas verwiesen, der den Staat als verdichtetes Kräfteverhältnis bezeichnet, *Poulantzas et al.*, *Staatstheorie* (2011), S. 64, 154ff.

439 Diese Idee wird in der Raumforschung in Anschluss an den Soziologen Henri Lefebvre als Konzept des Raums als »Container« beschrieben: »Hierbei wendet sich Lefebvre explizit gegen den Mainstream der Wissenschaften, welcher die Dinge betrachtet und den Raum als Container der Dinge entwirft. Wiewohl die Philosophie lange mit der Vorstellung vom absoluten Raum geliebäugelt habe, sei die Vorstellung einer vorgängigen Leere, eines Containers, der auf Füllung wartet, doch als partikuläre Repräsentation zu verwerfen«. *Löw*, *Vom Raum aus die Stadt denken* (2018), S. 29.

440 *Pott*, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 114.

441 *Pott*, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 114.

442 *Pott*, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 128.

443 Vgl. hierzu etwa *Dreier et al.*, *Raum und Recht* (2002).

hat die Legal Geography darauf hingewiesen, dass Recht selbst Räume konstruiert, sie also formt und zugleich von räumlichen Bedingungen geformt wird – eine Bewegung, die man mit David Delaney als »world-making« bezeichnen kann.<sup>444</sup> Insofern wurden auch die empirisch beforschten Flüchtlingsunterkünfte in der vorliegenden Studie als soziale Räume verstanden, die durch rechtliche Rationalitäten geformt werden, in denen aber zugleich die Anwendung des Rechts durch ihre räumlichen Bedingungen beeinflusst wird. In der politischen Geografie wird zudem in ähnlicher Weise auf einer Makro-Ebene angezweifelt, dass sich die räumlichen Dimensionen von Souveränität auf Territorien innerhalb nationalstaatlicher Grenzen beschränken:

While political geographers have long centered the nation state, recent interests have shifted to more ambiguous spatial arrangements or ›gray‹ zones through which sovereign power operates and is produced.[...] This constellation reflects new global spatial relations of conflict, encounter, mobility, legality, military strategy and social movements.<sup>445</sup>

Die neuere Forschung in der politischen Geografie im Zusammenhang mit Souveränität wendet ihren Fokus demnach weg von der Idee eines zentralen Nationalstaats hin zu widersprüchlichen, umkämpften

444 »The worlds of human experience are composed of an uncountable number and innumerable variety of social spaces. [...] These spaces are meaningful – they signify, represent, and refer. They are, therefore, interpretable. The interpretations of social space may serve as unexamined premises for conclusions. The meanings in play may register widely within a culture or community (keep out) or they may be highly technical, specialized (the rule against refolement, the exceptions to the knock-and-wait rule, the scope of the plenary power doctrine) or even idiosyncratic. But meanings are not extrinsic to the spaces; rather, spaces are *constituted* by their meanings, or, as it is commonly expressed, such meanings are ›inscribed‹ onto segments of the lived, material world. [...] There are a lot of kinds of meanings that may be so inscribed, performed, and materialized. Segments of social space or place may be invested with affective significance. One kind of meaning that is of profound significance for the production of social space is legal meaning«, *Delaney*, *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making* (2010), S. 4f. Vgl. hierzu auch den von Nicholas Blomley entwickelten Begriff ›splice«, der Phänomene beschreibt, die zugleich räumlich und rechtlich verstanden werden müssen und nicht auf einen der beiden Aspekte reduziert werden können. *Blomley/Labove*, *Law and Geography* (2015), S. 477.

445 *Mountz*, *Progress in Human Geography* 2013, S. 830. Dieser Einsicht muss auch der Blick auf die räumliche Kolonisation westlicher Staaten und die daraus folgenden Verflechtungen post-kolonialer Staatlichkeiten folgen, *Bönnemann/Pichl*, in: *Neue Theorien des Rechts* (2020), S. 372f., die das »andere« Rechtssubjekt des Migrationsrecht maßgeblich geprägt hat, *Castro Varela/Mansouri*, in: *Philosophie des Migrationsrechts* (2020).

Räumen der Politik.<sup>446</sup> In diesem Sinn ist es eine wesentliche Funktion des für die Flüchtlingsunterbringung relevanten Migrationsrechts, nationale Territorialität in unterschiedlichen Räumen zu konstruieren:

Inhaltlich zeichnet sich das so etablierte Migrationsregime durch seine mobilitätsraumbezogene Territorialität aus, indem es zur Schaffung eines nach außen relativ geschlossenen, nach innen tendenziell einheitlich regulierten Wirtschafts- und Mobilitätsraums beiträgt. [...] Die Staatsgrenze fungiert dabei nicht in erster Linie als ›biopolitischer‹ Filter, sondern als Ort der symbolischen Inszenierung von Territorialität, während die Grenze als Ort der Aushandlung der Bedingungen von Migration eine nachgeordnete Bedeutung hat.<sup>447</sup>

Zweitens ist die empirische Migrationsforschung selbst an der Produktion der von ihr untersuchten Räume beteiligt: »Gerade die empirische Forschung wählt – üblicherweise in exemplarischer Absicht – Ausschnitte der sozialen Welt aus, die sie nicht selten räumlich indiziert.«<sup>448</sup> Die Segregationsforschung, die »die Ungleichverteilung von ausgewählten Bevölkerungsgruppen in Städten [untersucht], indem sie Wohn-Standorte und städtische Teil-Räume miteinander vergleicht«, kann (neben der wichtigen Analyse von Ungleichheit im sozialen Raum der Stadt)<sup>449</sup> so etwa im Rahmen der »Verknüpfung von Gruppen mit Räumen«<sup>450</sup> homogenisierende Aussagen über bestimmte Stadtviertel (re-)produzieren und verfestigen. Die Untersuchung von deutschen Flüchtlingslagern als Räumen der institutionellen Entrechtung<sup>451</sup> oder Exklusion<sup>452</sup> kann so ein Bild dieser Räume (re-)produzieren, das die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte als reine Opfer staatlicher Politiken zeichnet, statt Perspektiven der (rechtlichen) Handlungsmacht zu eröffnen.<sup>453</sup> Auf der anderen Seite läuft die Markierung der Flüchtlingsunterkünfte als Wohnräume Gefahr, rechtliche Normierungen, die den Unterkünften gerade den Status des

446 *Mountz*, *Progress in Human Geography* 2013, S. 831.

447 *Bast*, in: *Philosophie des Migrationsrechts* (2020), S. 33. *Nieswand* nutzt in diesem Zusammenhang den Begriff des »Grenzspektakels«, *Nieswand*, in: *Migrationsregime vor Ort und lokales Aushandeln von Migration* (2018), S. 351.

448 *Pott*, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 122.

449 Diese Analysen können dann wiederum Gesetze inspirieren, die Segregationstendenzen im städtischen Raum bekämpfen sollen, vgl. *Kutscher*, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2020.

450 *Pott*, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 117.

451 *Pieper*, *Die Gegenwart der Lager* (2013), S. 270, 358.

452 Vgl. *Blandy/Sibley*, *Social & Legal Studies* 2010, S. 276.

453 Zur Kritik an einer Perspektive auf Migrierende als reine Objekte einer Sicherheitsverwaltung siehe *Fuchs et al.*, *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 2016.

Wohnens abschreiben sollen (siehe hierzu C II 4 a), nicht genug Gewicht zu geben.<sup>454</sup> Aus diesem Grund wurden Flüchtlingsunterkünfte in der vorliegenden Untersuchung nicht als spezifische Wohn-, Exklusions- usw. Räume untersucht, sondern zunächst ganz allgemein als soziale Räume. Teilweise wurde der Aspekt des Wohnens jedoch in Abgrenzung zu Perspektiven einer ordnungspolitischen Unterbringung hervorgehoben.

*c. Rechts-Kollisionen und Paradoxien als Ausdruck  
relationaler Autonomie und rechtlicher Transformation*

Wie lässt sich die Form des Rechts als relational autonom im Regime der deutschen Flüchtlingsunterbringung und im sozialen Raum der Flüchtlingsunterkunft nachvollziehen? Der Gegenstand der vorliegenden rechtssoziologischen Analyse beschränkt sich zunächst nicht nur auf die Perspektive der Institutionen<sup>455</sup> oder der Rechtsmobilisierung;<sup>456</sup> Ziel ist es auch nicht, Hegemoniekämpfe<sup>457</sup> im Regime der Flüchtlingsunterbringung oder eine umfangreiche Genealogie<sup>458</sup> des sozialen Raums der Flüchtlingsunterkunft in Deutschland darzustellen. Vielmehr vereint sie unterschiedliche Perspektiven in der rechtlichen Konstruktion des Raums der Flüchtlingsunterkunft. Sie untersucht demnach sowohl die rechtlichen Rationalitäten, als auch Anwendungen des Rechts sowie die Wirkungen der Rationalitäten und Anwendungen auf die adressierten Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte. In diesem Zusammenspiel der verschiedenen Ebenen des Raums der Flüchtlingsunterbringung sucht sie stets nach der relationalen Autonomie des Rechts, nach der Gleichzeitigkeit von der Autonomie des Rechts bzw. rechtlicher Rationalitäten und seinem bzw. ihrem gesellschaftlichen Ursprung. Um dieses dialektische Verhältnis des Rechts sichtbar zu machen, nimmt sie die Rechts-Kollisionen und Paradoxien als Ausdruck gesellschaftlicher Widersprüche im Regime der Flüchtlingsunterbringung in den Blick und orientiert sich damit an der von Rudolph Wiethölter entwickelten Rechtstheorie und seinem Begriff der Kollision:

Jedenfalls trifft die Rechtsanwendung Vorzugsentscheidungen über kollidierende ›Interessen‹ kraft einer Kollisionsnorm (genauer: Kollisionsregel),

454 Vgl. etwa Franziska Werner, die auch aus einer soziologischen Perspektive explizit von Flüchtlingsunterkünften als Räumen des »Nicht-Wohnens« spricht, Werner, in: Handbuch Wohnsoziologie (2020).

455 Denkbar wäre es in diesem Zusammenhang etwa, nur den »Rechtsstab« zu analysieren, und damit Richterinnen und Richter, Anwältinnen und Anwälte und die Verwaltung ins Visier zu nehmen, vgl. Baer, Rechtssoziologie (2021), S. 168ff.

456 Vgl. hierzu Baer, Rechtssoziologie (2021), S. 226ff.

457 Buckel, Welcome to Europe (2013).

458 Karakayali, Gespenster der Migration (2008).

die fortentwickelt, interpretiert und angewendet wird. [...] Will man die Zaubereien dieses ›positiven‹ Rechts als richtigen Rechts aufspüren, muß man an Entscheidungen die zugrundeliegenden Kollisionsregeln rekonstruieren. Auf sie stößt man meist, indem man in Entscheidungen die – ausdrücklich oder verborgen – zugrundegelegte ›Sache‹ freilegt. In der Sache als Inhalt und in der Kollision als Form konstituiert sich die Rechts- als Gesellschaftsrationalität.<sup>459</sup>

Die zentrale Stellung der Dichotomie vom Recht und seiner Ausnahme wird in der Abwendung von der Idee *einer* rechtlichen Rationalität (etwa im Sinne der subjektiven Rechte) und mit der Einsicht, dass vielmehr eine Vielzahl an rechtlichen Rationalitäten unsere Gesellschaft prägen, ersetzt. An ihre Stelle tritt nun die Kollision verschiedener rechtlicher Rationalitäten, die die Beziehung des Rechts zu den gesellschaftlichen Debatten, Diskursen, Rationalitäten offenbart. Im Falle der deutschen Flüchtlingsunterbringung wird sich so zeigen, dass auf der Ebene der rechtlichen Regulierung primär drei rechtliche Rationalitäten kollidieren: Einerseits ein ordnungspolitischer Zugriff, der objektive Pflichten der Bewohnerinnen und Bewohner in den Vordergrund stellt (Kapitel C II 1), andererseits ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums (Kapitel C II 2) und schließlich die Integration des deutschen Rechtsstaats in das Gemeinsame Europäische Asylsystem (Kapitel C II 3). Diese Rationalitäten werden in der Untersuchung auf ihre gesellschaftlichen Ursprünge zurückgeführt und in ihrer Kollision untersucht. Dabei wird sich in den Gesetzen selbst aber auch in gerichtlichen Zuständigkeitsfragen und der teilweise halbherzigen Umsetzung europäischen Rechts zeigen, dass die ordnungspolitische Rationalität dominiert (Kapitel C II 4).

Diese Kollisionen werden mit Wiethölter als Ausdruck der dahinterstehenden gesellschaftlichen Paradoxien verstanden. Der Begriff der Paradoxien kann dabei in der Analyse des rechtlichen Raums der Flüchtlingsunterbringung eine weitere Ebene der relationalen Autonomie und der Beziehung von Recht und Gesellschaft bieten:

Kollisionen lassen sich durch Entscheidung zwischen Alternativen auflösen. Oder sie erlauben einen Kompromiss. Beide Wege sind bei Paradoxien verstellt. Durch Entscheidung kann man der Oszillation zwischen ihren Polen nicht entkommen, da jede Entscheidung den selbstrückbezüglichen Zirkel wieder in Gang setzt. Die Situation ist prinzipielle Unentscheidbarkeit. Resultat des Paradoxes ist Paralyse. Hier liegt der Grund dafür, dass Paradoxien gemeinhin entweder ridikulisiert oder tabuisiert werden. [...] Paradoxien sind keine logischen Fehler, die man harmonisierend auflösen muss, wenn man weiterkommen will. Wie sehr sie heute als ubiquitäres und zentrales Moment gesellschaftlicher Dynamik benötigt werden, wird in folgender extremer Formulierung deutlich:

459 Zumbansen/Amstutz (Hg.), *Recht in Recht-Fertigungen* (2014), S. 258.

Paradoxien treten an die Stelle des transzendentalen Subjekts, typische Strukturen sind historisch kontingente Phänomene.<sup>460</sup>

Paradoxien zeigen sich dabei auf der Ebene der Anwendung des Rechts in der Verwaltung der deutschen Flüchtlingsunterbringung. Diese will die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte zugleich ordnend unterwerfen und aktivieren, die Flüchtlingsunterbringung also zugleich ordnend kontrollieren und entsprechend der Modernisierung der deutschen Verwaltung durch Privatisierung flexibilisieren und die Geflüchteten aktivierend integrieren. Ergebnis dieser Gleichzeitigkeit, so wird sich zeigen, sind zahlreiche Graubereiche in der Rechtsdogmatik, Verantwortungsverflechtungen und der Umstand, dass zahlreiche (sehr wohl vorhandene) Verbesserungsversuche der Akteure in der Flüchtlingsunterbringung nicht greifen. Auch hier zeigen sich also die komplexen Verflechtungen des Rechts; einerseits mit gesellschaftlichen Prozessen aber auch mit anderen rechtlichen Rationalitäten. Die vorliegende Studie sucht also nicht nach der Ausnahme. Sie sucht nach ebenjenen Rissen in der Autonomie des Rechts, die sich in den Kollisionen und Paradoxien zeigen und die vielen verschiedenen gesellschaftlichen Einflüsse auf die Entstehung und Anwendung des Rechts sichtbar machen sowie den sozialen Raum der Flüchtlingsunterbringung mitkonstruieren.

Die im Folgenden zugrundeliegende These zum Raum der deutschen Flüchtlingsunterbringung lässt sich vor diesem Hintergrund wie folgt formulieren: Deutsche Flüchtlingslager lassen sich nicht als rechtsfreie Räume beschreiben. Sie sind im Gegenteil von einer Vielzahl von rechtlichen Normen durchzogen und werden durch diese konstruiert. Die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner in deutschen Flüchtlingslagern ist durch die (mit anderen Rationalitäten kollidierende) Rationalität einer souveränen Migrationssteuerung und deren rechtlicher Umsetzung geprägt, die die Bewohnerinnen und Bewohner rechtlich als Adressaten einer rigiden Ordnungspolitik positioniert und in ihrer rechtlichen Handlungsmacht einschränkt. Verschärft werden die rechtlichen Prekarisierungen jedoch durch die Paradoxien, die dadurch entstehen, dass der deutsche Rechtsstaat in den Flüchtlingsunterkünften zugleich als souveräner Obrigkeitsstaat Migration steuern und als aktivierender Gewährleistungsstaat ökonomisch effizient regieren will.

Gerade in Hinblick auf die Gleichzeitigkeit dieser verschiedenen Rationalitäten<sup>461</sup> und den daraus entstehenden Paradoxien bietet sich das Konzept des Regimes an:

»[Es] handelt sich [...] um eine nicht-essentialistische Forschungs- und Analyseperspektive, die mit wenigen theoretischen Annahmen und einer

460 *Fischer-Lescano/Teubner*, in: *Neue Theorien des Rechts* (2020), S. 163.

461 Vgl. für eine Transformationsperspektive in der soziologischen Migrationsforschung: *Horvath*, *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 2016; *Castles*, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2010.

Handvoll lose bestimmter Begrifflichkeiten auskommt, die Beobachtungen eine Richtung weist und es erlaubt, Vergleichsdimension[en] im engen Bezug zu den Gegenständen zu entwickeln. Sinnvoll und produktiv wird die Perspektive erst in der Zuwendung zu konkreten Fallkonstellationen«. <sup>462</sup> Diese werden im Folgenden vorgestellt.

#### 4. Empirische Forschung

Die rechtssoziologische Methodologie zur Erforschung von Rechts(tr)äumen rahmte dabei die Forschungsperspektive und wurde von den Ergebnissen der empirischen Forschung korrigiert. Dabei wurden vor dem Hintergrund erster theoretischer Analysen des Rechts mithilfe von leitfaden-gestützten Interviews Daten in zwei Flüchtlingsunterkünften in den Jahren 2016 bis 2021 erhoben, die dann wiederum die theoretischen Analysen beeinflussten. Im Folgenden werden die zwei Forschungsfelder <sup>463</sup> sowie das methodische Vorgehen der empirischen Forschung erörtert.

##### a. Forschungsfelder

Für die empirische Forschung wurden zwei Forschungsfelder ausgewählt: Die Notunterkunft im ehemaligen Flughafen Tempelhof in Berlin Tempelhof sowie das AnKER-Zentrum Ingolstadt-Manching im Regierungsbezirk Oberbayern. Beide stehen exemplarisch für verschiedene Phasen des politischen Umgangs mit der sogenannten Flüchtlingskrise 2015. Während die Notunterkunft in Berlin Tempelhof zunächst in einer ersten Reaktion auf die steigenden Asylantragszahlen eine vorläufige Unterbringung darstellen sollte, die sich auf eine Dauer von über zwei Jahren verstetigte, ist das AnKER-Zentrum Ingolstadt-Manching Teil der als Reaktion auf den »Sommer der Migration« <sup>464</sup> entstehenden Migrationspolitik, die die dezentrale Unterbringung von Geflüchteten hin zu zentralen AnKER-Zentren umstrukturieren will. Im Koalitionsvertrag »Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD« von 2018 wird dieses Ziel auf Seite 107 wie folgt beschrieben:

462 Nieswand, in: Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018), S. 94.

463 Zur Konzeption sozialgeographischer Feldforschung siehe Breidenstein et al., Ethnografie (2015); Meyer et al. (Hg.), Ins Feld und zurück – Praktische Probleme qualitativer Forschung in der Sozialgeographie (2018).

464 Hess et al. (Hg.), Der lange Sommer der Migration (2016).

Menschen, die in Deutschland Schutz suchen, brauchen Asylverfahren, die schnell, umfassend und rechtssicher bearbeitet werden. Deren Bearbeitung erfolgt künftig in zentralen Aufnahme-, Entscheidungs- und Rückführungseinrichtungen, in denen BAMF, BA, Jugendämter, Justiz, Ausländerbehörden und andere Hand in Hand arbeiten.

Beide Forschungsfelder stehen somit exemplarisch für verschiedene Phasen der Migrationspolitik nach 2015, sie stehen jedoch nicht exemplarisch für die Flüchtlingsunterbringung in Deutschland im Allgemeinen. Diese ist durch äußerst heterogene Unterbringungsstandards geprägt, die von Bundesland zu Bundesland und von Kommune zu Kommune variieren (zur Varianz der rechtlichen Regelungen siehe C III 1 a).<sup>465</sup> Teilweise wird die Flüchtlingsunterbringung in den Kommunen nicht durch Sammellager gewährleistet, sondern eine Versorgung mit Wohnraum findet durch dezentrale Wohnungen statt. Die beiden Forschungsfelder stellen deshalb allein schon durch die Größe ihrer Aufnahmekapazitäten »Extreme« der deutschen Flüchtlingsunterbringung dar, was sich auch in der verstärkten medialen und politischen Aufmerksamkeit für die Unterkünfte spiegelt. Rechtlich fallen sie in die Kategorie der »Erstaufnahmeeinrichtungen«.<sup>466</sup> Sie bieten sich vor diesem Hintergrund dennoch als geeignete Forschungsfelder an: Der mediale Fokus führte dazu, dass die Betreiber und die Behörden den Betrieb der Unterkunft als Politikum und damit repräsentativ für eine gelingende Migrationspolitik verstanden. Er fungierte somit als Brennglas für die Frage danach, wie rechtliche Rationalitäten den rechtlichen Rahmen der für die Migrationspolitik repräsentativen Flüchtlingsunterkünfte formen und wie Recht in ihnen angewendet wird.

### (1) Notunterkunft im Flughafen Berlin Tempelhof

Die Notunterkunft im ehemaligen Flughafen Tempelhof wurde im Dezember 2015 in Reaktion auf die vermehrte Migration syrischer Geflüchteter eröffnet. Die Notunterkunft wurde 2017 geschlossen, wobei das Berliner Ankunftscenter bis 2019 in den Hangars blieb. Inzwischen im Jahr 2023 ist die Notunterkunft wiedereröffnet worden, jedoch mit Containern in den Hangars statt offenen Abteilen. In den ersten Zeitraum der Notunterkunft (2015 bis 2017) fällt die Datenerhebung für diese Studie

465 *Aumüller et al.*, Die Aufnahme von Flüchtlingen in den Bundesländern und Kommunen: Behördliche Praxis und zivilgesellschaftliches Engagement (2015); *Wendel*, Unterbringung von Flüchtlingen in Deutschland: Regelungen und Praxis der Bundesländer im Vergleich (2014); *Schamann/Kühn*, Kommunale Flüchtlingspolitik in Deutschland (2016). Zur rechtlichen Einordnung der diversen (nicht vorhandenen) Mindeststandards siehe C III 1 a.

466 Siehe zum rechtlichen Begriff der Erstaufnahmeeinrichtung C II 1 b.

mittels Interviews. Der 1941 erbaute Flughafen Tempelhof wurde während des NS-Regimes zur Zwangsarbeit benutzt, und auf dem Gelände des Flughafens wurde ein Konzentrationslager betrieben. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde die sogenannte Luftbrücke über den Tempelhofer Flughafen organisiert, 2008 wurde der Betrieb des Flughafens eingestellt.<sup>467</sup> Die Hangars des Flughafens erstrecken sich über eine Länge von 1,2 Kilometern. Mehrere Busstationen sowie die U-Bahn-Station »Platz der Luftbrücke« schließen das Gelände an den öffentlichen Nahverkehr an.

Die Notunterkunft wurde zu Beginn der Forschung vom Landesamt für Gesundheit und Soziales<sup>468</sup> (Lageso) geleitet, ab 2016 vom Landesamt für Flüchtlingsangelegenheiten (LAF).<sup>469</sup> Berlin hat ein zweistufiges Unterbringungssystem, bei dem die Geflüchteten von der Erstaufnahme in Gemeinschaftsunterkünfte verteilt werden.<sup>470</sup> Berlin war zum Zeitpunkt der Forschung außerdem das einzige Bundesland ohne ein eigenständiges Landesaufnahmegesetz. Die Mindeststandards in der Flüchtlingsunterbringung wurden als Vertragsanhang bei der Auftragsvergabe festgelegt.<sup>471</sup> Über die Organisation der Flüchtlingsunterbringung durch das Lageso sowie das LAF wurden zahlreiche Machtmissbräuche bekannt, von Korruption in der Unterkunftsvergabe<sup>472</sup> bis hin zu der von den beauftragten Sicherheitsfirmen organisierten Prostitution in der Unterbringung.<sup>473</sup>

Vor allem aber die Größe der Notunterkunft hat dazu geführt, dass das erste Forschungsfeld medial in den Jahren 2015 und 2016 stark im

467 Online: <https://www.thf-berlin.de/standortinfos/standortgeschichte/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).

468 Vgl. Gesetz über die Errichtung eines Landesamtes für Gesundheit und Soziales Berlin und eines Landesamtes für Arbeitsschutz, Gesundheitsschutz und technische Sicherheit Berlin vom 12.11.1997 (GVBl. S. 596).

469 Die Zuständigkeit des Landesamts für Flüchtlingsangelegenheiten ergibt sich aus § 2 Gesetz zur Errichtung eines Landesamtes für Flüchtlingsangelegenheiten und zur Anpassung betroffener Gesetze vom 14.03.2016 (GVBl. S. 93) i.V.m. § 4 sowie Anlage Nr. 14 (16) Gesetz über die Zuständigkeiten in der Allgemeinen Berliner Verwaltung vom 22.07.1996, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.05.2022 (GVBl. S. 191).

470 § 2 Abs. 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 2 Gesetz zur Errichtung eines Landesamtes für Flüchtlingsangelegenheiten und zur Anpassung betroffener Gesetze.

471 *Landesamt für Flüchtlingsangelegenheiten Berlin*, Anlage 1: Leistungs- und Qualitätsbeschreibung. GU 2 zum Betreibervertrag Flüchtlingsunterbringung vom 12.04.2018.

472 2017 wurde etwa ein Beamter zu zwei Jahren und acht Monaten Gefängnisstrafe verurteilt, weil er 143.000 € Bestechungsgeld einer Sicherheitsfirma angenommen hatte, die er im Anschluss mit der Bewachung einer Flüchtlingsunterkunft beauftragte, vgl. *Memarnia*, Korruptionsvorwurf in Berlin: Lageso-Referatsleiter festgenommen, taz online vom 25.02.2016.

473 *Santina/UL-Haq*, Flüchtlinge zur Prostitution gezwungen, Frontal 21 vom 24.10.2017.

Fokus stand. Die Belegzahlen betrug zu Höchstzeiten bis zu 2300 Personen.<sup>474</sup> Ermöglicht wurden diese hohen Belegungszahlen durch kleinräumige Abteile in den Hangars, in denen die Bewohnerinnen und Bewohner in Hochbetten schliefen. Diese Abteile hatten weder eine Decke noch abschließbare Türen. Die Hangars, in denen die Notunterkunft eingerichtet wurde, waren umzäunt. Betrieben wurde die Notunterkunft von der privaten Firma Tamaja GmbH.<sup>475</sup> Zur Zeit der Forschung in der Unterkunft wurde der Eingang zeitweise durch einen Sicherheitsdienst mittels Flughafenkontrolle kontrolliert, das heißt Taschen wurden gescannt und die Personen abgetastet. Obwohl die Notunterkunft zunächst nur für Kurzaufenthalte gedacht war, gab es Geflüchtete, die teilweise bis zu über einem Jahr in der Notunterbringung wohnten.<sup>476</sup>

In der Unterkunft selbst gab es während der Zeit der Forschung keine Kochmöglichkeiten für die Bewohnerinnen und Bewohner, das Essen wurde durch einen externen Caterer gestellt. In den Hangars waren verschiedene Initiativen angesiedelt, etwa das »Willkommen in Arbeit«-Büro,<sup>477</sup> zudem gab es neben den festangestellten Sozialarbeitenden externe Sozialarbeitende, die eine aufsuchende Sozialarbeit betrieben. Es gab während der Zeit der empirischen Forschung zudem einen Medi-Point, zu dem die Bewohnerinnen und Bewohner gehen sollten, bevor sie das reguläre Gesundheitssystem aufsuchten. Zu Beginn der Unterbringung in den Hangars verfügte die Notunterkunft über keine eigenen Duschen,<sup>478</sup> so dass die Geflüchteten mit Bussen zu den nächstgelegenen Turnhallen gefahren wurden. Die Unterkunft stellte keinen WLAN-Anschluss zur Verfügung. Während des Forschungszeitraums bot die Refugee Law Clinic einmal die Woche eine kostenlose Rechtsberatung an.

Die Hausordnung verbot das Mitbringen von Essen, gefährlichen Gegenständen sowie Alkohol und erlaubte Besuch nur tagsüber in den hierfür vorgesehenen Besuchsräumen.<sup>479</sup>

## (2) AnKER-Zentrum Ingolstadt-Manching

Das AnKER-Zentrum in Ingolstadt-Manching fungiert als Teil der »AnKER«-Strategie der Großen Koalition (2017-2021); der Begriff AnKER

474 Anhang 1: Factsheet – NUK Tempelhof.

475 Siehe zur Privatisierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung Kapitel C III 2.

476 Vgl. etwa *Götzke*, Flüchtlinge in Dauer-Notunterkunft – Eheleben im Hangar, DLF-Magazin vom 19.10.2017.

477 *Müller*, Erstes »Willkommen-in-Arbeit-Büro« für Flüchtlinge eröffnet, tagesspiegel online vom 27.01.2016.

478 *Flüchtlingsrat Berlin*, »Konflikte sind hausgemacht – Massenunterkunft in Tempelhofer Hangars ist unverantwortlich«, Pressemitteilung vom 30.11.2015.

479 Zur Einsicht in die Hausordnung der NUK Tempelhof, siehe Anhang 2.

steht für Ankunft, Entscheidung und Rückführung. Die AnKER-Einrichtungen selbst haben als Unterbringungsform keine eigenständige gesetzliche Grundlage, sondern ihren Ursprung lediglich im Koalitionsvertrag der Großen Koalition »Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD« aus dem Jahr 2018. Die AnKER-Einrichtung Ingolstadt-Manching entstand aus der Ankunfts- und Rückführungseinrichtung (ARE) Ingolstadt-Manching, die zunächst der Bearbeitung der Asylanträge von Geflüchteten aus dem Westbalkan dienen sollte.<sup>480</sup> Sie wurde 2018 zur AnKER-Einrichtung. Die AnKER-Einrichtung bestand aus acht Dependancen in Ingolstadt, Manching, München, Garmisch, Fürstenfeldbruck und Waldkraiburg.<sup>481</sup> Für die vorliegende Feldforschung wurden Bewohnerinnen und Bewohner der Dependance in der Max-Immelmann-Kaserne, Manching (einer Dependance des AnKER-Zentrums mit einer Kapazität von bis zu 500 Bewohnern), sowie der etwas kleineren Dependance Ingolstadt Marie-Curie-Straße interviewt sowie drei Dependancen des AnKER-Zentrums Ingolstadt/Manching zusammen mit dem Infos-Bus des Münchner Flüchtlingsrats besucht. Die besuchten Dependancen lagen abgelegen am Ortsrand und in Industriegebieten und waren eingezäunt, die Eingänge wurden von Sicherheitspersonal kontrolliert. Die Hauptdependance in der Max-Immelmann-Kaserne bestand aus ehemaligen Militär-Baracken, in denen zusätzlich zur Geflüchtetenunterbringung die für das Asylverfahren relevanten Behörden vor Ort gebündelt wurden: das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF), die Zentrale Ausländerbehörde (ZAb.), das Sozialamt und eine Außenstelle des Verwaltungsgerichts.

Die Regierung von Oberbayern ist als mittlere Behörde für den Betrieb des AnKER-Zentrums zuständig<sup>482</sup> und hat hierzu private Firmen beauftragt. Der private Betreiber des AnKER-Zentrums war zunächst das private Unternehmen PulsM; ab 2021 wurde das AnKER-Zentrum vom Unternehmen JonasBetterplace GmbH betrieben. Im Jahr 2018 erteilte die Regierung von Oberbayern der mobilen Rechtsberatung des Flüchtlingsrats und Amnesty International Hausverbot für die Unterkünfte mit der Begründung

480 *Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Max-Immelmann-Kaserne Ankunfts- und Rückführungseinrichtung für Asylbewerber vom Balkan, Pressemitteilung vom 30.07.2015.

481 *ANKER-Watch*, AnKER-Zentren und Dependancen.

482 Die Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 Gesetz über die Aufnahme und Unterbringung der Leistungsberechtigten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz vom 24.05.2002 (GVBl. S. 192) i.V.m. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 und 2 Verordnung zur Durchführung des Asylgesetzes, des Asylbewerberleistungsgesetzes, des Aufnahmegesetzes und des § 12a des Aufenthaltsgesetzes vom 16.08.2016 (GVBl. S. 258).

von Sicherheitsgefahren, worauf der Münchner Flüchtlingsrat Klage vor dem Verwaltungsgericht einreichte (hierzu mehr unter C III 4 b (2)).<sup>483</sup>

Die Bewohnerinnen und Bewohner waren in Mehrbettzimmern, zum Teil in Hochbetten, untergebracht. Es gab keine Kochgelegenheiten, das Essen wurde in Kantinen verteilt. Zur Zeit der Feldforschung gab es ebenfalls keinen von der Heimleitung zentral angebotenen Internetanschluss in den Dependancen. Die Hausordnung zum Zeitpunkt der Feldforschung verbot das Mitbringen von Essen, Elektrogeräten, scharfen Gegenständen und Alkohol sowie den Besuch von Menschen, die nicht in der AnKER-Einrichtung wohnen. Sie erlaubte den Sicherheitsmitarbeitenden zudem den Zutritt zu den Zimmern der Bewohnerinnen und Bewohner sowie verdachtslose Taschendurchsuchungen auf dem Grundstück der AnKER-Einrichtungen.<sup>484</sup>

Es gab in der AnKER-Einrichtung zum Zeitpunkt der Forschung keine aufsuchende Sozialarbeit, sondern regelmäßige Sozialarbeits-Sprechstunden der Caritas.<sup>485</sup> Die medizinische Versorgung wurde durch nur für die Dependancen zuständige Hausärzte gewährleistet, die dann Überweisungen an die Spezialisten tätigten.<sup>486</sup>

## b. Daten-Korpus

### (1) Rechtliche Regelung der Flüchtlingsunterbringung

Gegenstand der empirischen Untersuchung war dabei einerseits die rechtliche Regelung der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland im Forschungszeitraum, das heißt bis September 2023. In diesem Zusammenhang wurden die Gesetzgebung des Asylgesetzes, Asylbewerberleistungsgesetzes sowie des Aufenthaltsgesetzes, die dazugehörige rechtsdogmatische Literatur sowie Gerichtsverfahren der Verwaltungsgerichte, Sozialgerichte sowie des Bundesverfassungsgerichts gesichtet und in den Datenkorpus der empirischen Forschung integriert. Ziel war es dabei, zu analysieren, was die deutsche Rechtswissenschaft sowie die gerichtliche Praxis als »Sollen« in der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland

483 *Münchner Flüchtlingsrat*, Münchner Flüchtlingsrat erhebt Klage gegen Regierung von Oberbayern wegen Zugangsverbot des Info-Busses, Pressemitteilung vom 8.2.2018.

484 Für die Hausordnung der AnKER-Einrichtung zur Zeit der Forschung, siehe Anhang 3.

485 Online: <https://www.caritas-nah-am-naechsten.de/caritas-zentrum-pfaffenhofen/content/39747> (zuletzt besucht am 24.03.2022).

486 Die Gesundheitsversorgung folgt hier insofern dem Sachleistungsprinzip, vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 AsylLG.

konstruieren und damit die verschiedenen rechtlichen Rationalitäten und deren Kollisionen herauszuarbeiten. Die Einbeziehung der Gesetzestexte selbst sowie der Rechtsdogmatik folgt dabei – wir zuvor erörtert – der Annahme, dass Recht als soziale Norm sich nicht in rein normative Sollensgeltung und rein faktische Seinsgeltung aufspalten lässt.<sup>487</sup> Für die Rechtssoziologie bedeutet das, dass ihr Gegenstand sich nicht auf ein Verständnis des »lebenden Rechts« reduzieren lässt, das dieses mit seiner Wirksamkeit gleichsetzt und sich klassischer Weise auf die tatsächliche Umsetzung der Rechtsnormen, etwa in Form von Gerichtsentscheidungen, konzentriert.<sup>488</sup> Vor dem Hintergrund, dass Rechtswissenschaft Recht hervorbringt,<sup>489</sup> muss vielmehr die »eigenständige juristische Wahrheit des Rechts als soziales Phänomen in den Blick«<sup>490</sup> genommen werden, um die verschiedenen rechtlichen Rationalitäten offenzulegen.

## (2) Leitfaden-gestützte Interviews

Zusätzlich zu den »Daten« aus der Rechtswissenschaft wurden Daten mit Hilfe von qualitativen Interviews erhoben. Die Interviews zur Flüchtlingsunterkunft Berlin Tempelhof wurden in den Jahren 2016 und 2017 durchgeführt, die Interviews zum AnKER-Zentrum Ingolstadt-Manching in den Jahren 2020 und 2021. Insgesamt wurden 30 Menschen aus

487 »Die wichtigste Frage, die diese in unserer Zeit zu lösen hat, ist: mit welchen Erscheinungen sich der Soziologe zu beschäftigen und in welcher Weise er die Tatsachen für deren Erkenntnis und Erklärung zu sammeln hat. Die gesellschaftlichen Erscheinungen auf dem Rechtsgebiete, auf die es für die wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts ankommt, sind vor allem die Tatsachen des Rechts selbst: die Übung, die in den menschlichen Verbänden jedem Einzelnen seine Stellung und seine Aufgabe bestimmt, die Herrschafts- und Besitzverhältnisse, die Verträge, Satzungen, letztwilligen Anordnungen und sonstigen Verfügungen und der Erbgang. Dann kommt der Rechtssatz, bloß als Tatsache, also nur nach seinem Ursprung und seiner Wirkung, nicht auf seine praktische Anwendung und Auslegung hin betrachtet; endlich alle die gesellschaftlichen Kräfte, die zur Rechtsbildung führen. Auf diese Erscheinungen müsste daher das Auge des Soziologen gerichtet sein, und er müsste die Tatsachen sammeln, die diese Erscheinungen ergeben und erklären«. *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1989), S. 533.

488 Schulz-Schaeffner hebt in diesem Zusammenhang den Einfluss des Legal Realism und der Rechtsstabsatheorie hervor, die einen Rechtsbegriff entwickelten, »der in keiner Weise mehr auf den normativen Rechtsbegriff der Juristen zurückgreifen muss, sondern allein am empirischen Phänomen orientiert ist«. *Schulz-Schaeffner*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2004, S. 146ff.

489 Klaus nach *Schulz-Schaeffner*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2004, S. 169.

490 *Schulz-Schaeffner*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2004, S. 169.

verschiedenen Statusgruppen<sup>491</sup> in den beiden Unterkünften interviewt.<sup>492</sup> Die Auswahl der Interviewten folgte den methodologischen Prämissen der Regime-Analyse. Es wurden deshalb nicht etwa nur die Betreiber oder Behördenmitarbeiterinnen und -mitarbeiter interviewt, sondern verschiedene »Regime-Akteure«. Interviewt wurden neun Bewohnerinnen und Bewohner, zwei Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter, vier Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte und vier Rechtsberatende, vier Behördenmitarbeitende, fünf Expert/innen sowie teilweise Unterkunftsbetreiber selbst. Bei den Interviews handelt es sich um 30-60minütige leitfadengestützte Interviews, deren Transkripte ausgewertet wurden. Auch die Erstellung der Interview-Leitfäden folgte methodologischen Annahmen, die dem theoretisch entwickelten Rechtsbegriff des Rechts als sozialer Norm folgten. So wurde nicht nur gefragt, ob Recht in den Unterkünften Anwendung findet, sondern auch, wie es angewendet wird und welchen Stellenwert es für die unterschiedlichen Statusgruppen in der Unterkunft einnimmt. Die Interviews mit den Bewohnerinnen und Bewohnern wurden zum größten Teil auf Englisch geführt. Sie haben zudem einen männlichen Bias; unter den Interviewten befand sich nur eine Frau.

### c. Datenauswertung

Als Methode der Datenauswertung wurde das Konzept der thematischen Analyse nach Braun und Clarke<sup>493</sup> verwendet. Die thematische Analy-

491 Für die Leitfäden der Interviews siehe Anhang 4. Einzelne Personen wurden dabei auch zweimal interviewt.

492 Die Erhebung und Verarbeitung der Interviewdaten war wiederum vom subjektiven Blick der Forscherin geprägt, der sich jedoch nicht unabhängig von den »beforschten« Interviewten entwickelte, vgl. hierzu *Breuer*, Forum Qualitative Sozialforschung 2003. Die Interaktion mit den Interviewten war in der vorliegenden Forschung zunächst durch Sprachbarrieren geprägt, aber auch Hemmungen der Interviewten, in den Interviews offen zu sprechen. Die *weiße*, akademische Forscherin führte diese Hemmungen auf die stark voneinander abweichenden Lebensrealitäten von ihr und den Interviewten zurück in Bezug auf den (unsicheren) Aufenthaltsstatus, Arbeitsverbote, Bildung sowie rassistische Diskriminierungserfahrungen im Lager. Die Schärfe dieses differenzierenden Blicks weichte sich im Verlauf der Forschung auf: Die Interviewten ließen sich aufgrund ihrer heterogenen Hintergründe und Ansichten nicht in starre Diskriminierungs-Kategorien einordnen, sondern waren in ein Netz von sich verschränkenden Diskriminierungsachsen eingespannt. Zugleich ermöglichten die Einblicke der ersten Interviews in den Lageralltag der Forscherin, in den folgenden Interviews schneller Vertrauen aufzubauen, etwa indem sie teilweise an die Erfahrungen anderer Interviewter anknüpfte.

493 *Braun/Clarke*, Qualitative Research in Psychology 2006.

se ist eine von vielen Auswertungsmethoden qualitativer empirischer Forschung. Sie zeichnet sich zunächst durch ihre Anwendungsoffenheit aus, da sie nicht an eine spezifische Methodologie gebunden ist,<sup>494</sup> und geht, anders als etwa die qualitative Inhaltsanalyse, weniger streng regelgeleitet vor.<sup>495</sup> Im Rahmen der thematischen Analyse wird nach »Themen« und Mustern mittels eines Codierungsprozesses mit aufeinanderfolgenden Schritten gesucht. Die Daten-Auswertung erfolgt in der Regel in sechs Schritten: Nachdem sich die Forscherin mit dem Datenmaterial vertraut gemacht hat (1), werden erste zusammenfassende Codes für das Datenmaterial erstellt (2). In der vorliegenden Forschung wurden die Codes in einem ersten Schritt mit dem Programm MaxQDA erstellt und orientierten sich teilweise an den Fragen der leitfadengestützten Interviews, die mit deduktiven theoretischen Prämissen arbeiteten (s.o.). Da die Interviewten beispielsweise nach Konflikten in der Unterkunft gefragt wurden, tauchte das Thema der »Konflikte« auch als Code im ersten Auswertungsschritt auf. Andere Codes, wie etwa »Misstrauen gegenüber den Behörden« ergaben sich induktiv aus dem Interviewmaterial, ohne dass explizit danach gefragt wurde.

Im Anschluss werden die ersten größeren Themen entwickelt (3), die dann erneut mit dem Datenmaterial abgeglichen werden (4). Ist dieser Abgleich erfolgt, werden die Themen endgültig definiert und benannt (5) und die abschließende Analyse verfasst (6).<sup>496</sup> Was dabei als »Thema« gewertet wird, orientiert sich nicht an starren Kriterien, wie etwa dem quantitativen Vorkommen eines Themas in den Daten: »Furthermore, the ›keyness‹ of a theme is not necessarily dependent on quantifiable measures – but rather on whether it captures something important in relation to the overall research question«. <sup>497</sup> In Bezug auf die Frage danach, wie die rechtlichen Räume in der deutschen Flüchtlingsunterbringung geschaffen werden, ergaben sich zunächst die Oberthemen »Migrationssteuerung«, »Verwaltung« und »Autonomie der Bewohnenden«, denen sich wiederum mehrere Codes zuordnen ließen. Diese drei Oberthemen waren zunächst von den verschiedenen Perspektiven geprägt, bei denen sich die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner abzeichnete, während die Betreiber und Behördenmitarbeitenden auf verschiedene tatsächlich vorhandene Unterstützungsangebote hinwiesen. Die These der rechtlichen Paradoxie ergab sich demnach induktiv aus der Auswertung des Datenmaterials und wurde im Rahmen der Interpretation und Rückbindung an rechtstheoretische Analysen präzisiert.

494 *Braun/Clarke*, *Qualitative Research in Psychology* 2006, S. 78.

495 *Mayring/Fenzl*, in: *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung* (2019), S. 546.

496 *Braun/Clarke*, *Qualitative Research in Psychology* 2006, S. 87ff.

497 *Braun/Clarke*, *Qualitative Research in Psychology* 2006, S. 82.

## C. Rechtsräume: Das Flüchtlingslager im deutschen Rechtsstaat

Ziel des letzten Kapitels war es, die verschiedenen *Rechtsräume* 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 Wohnungspolitik 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.

1 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 (UNRRA) und später dann von ihrer Nachfolgeorganisation, der International Refugee Organisation (IRO), zusammen mit den Militärregierungen der Alliierten

- 2 *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.
- 3 *Beer*, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 51.
- 4 *Beer*, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 52; *Laak*, Einrichten im Übergang (2017), S. 31f.
- 5 *Beer*, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 53. So etwa im Falle des Aufnahmelagers 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 Aufnahmelager 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 Besatzungszone 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 Notaufnahmelager in der Bundesrepublik gebaut, von denen die größten in Gießen, Uelzen und Marienfelde lagen.<sup>8</sup> Um insbesondere den Zuzug aus der sowjetischen Besatzungszone zu beschränken und zu lenken,<sup>9</sup> wurde 1950 das Notaufnahmegesetz<sup>10</sup> verabschiedet. Dieses sah eine Unterbringung in zentralen Notaufnahmelagern vor, die aber nicht zwingend war.<sup>11</sup> Vielmehr erklärte sich die Regierung in den Verordnungen zur Durchführung des Notaufnahmegesetzes als verpflichtet, Unterkünfte für die steigende Zahl der Flüchtlinge zur Verfügung zu stellen.<sup>12</sup> Geflüchtete sollten sich dabei nach § 2 Notaufnahmegesetz in einem Notaufnahmelager<sup>13</sup> melden und dortbleiben, bis ihr Aufnahmeverfahren

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 Notaufnahmelagers 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 Aufnahmeunterkünfte als »Lager« im Notaufnahmegesetz dem Selbstbild der Unterkunftsverwaltungen widersprach, zeigte van Laak mit Verweis auf den Umbau des Notaufnahmelagers 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 »Illegale«,<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.

- 14 Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz) vom 19.05.1953, BGBl I Nr. 22 1953, S. 201.
- 15 *Beer*, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 66ff.; *Carstens*, Die Flüchtlingslager der Stadt Kiel (1992), S. 13.
- 16 Als »Illegale« 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.
- 17 BT-Drucks. 1/2959, Bericht über Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 27.12.1951, S. 4.
- 18 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

19 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.

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

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

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

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

24 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 unregelt 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 Kristallisationspunkt 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 Ausnahmeerlass 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 Aufnahmehaus in Zirndorf, Bayern.<sup>35</sup> Die Asylbehrenden mussten nach

32 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«.

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

34 Ausländergesetz vom 28.04.1965, BGBl I Nr. 19 1965, S. 353.

35 »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 Aufnahmelager 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.

36 § 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«.

37 Münch, Asylpolitik in der Bundesrepublik Deutschland (1992), S. 65.

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

39 Wolken, Das Grundrecht auf Asyl als Gegenstand der Innen- und Rechts politik in der Bundesrepublik Deutschland (1988), S. 344.

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

41 Wolken, Das Grundrecht auf Asyl als Gegenstand der Innen- und Rechts politik 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 Rechts politik 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 jedermann 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 verschleiern 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 Sammelunterkünften, 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 Spät 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 Bundeststaat 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.

51 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 Asylbewerberheime, die vermehrt Ziel von mitunter tödlichen

- 52 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 *Wiefner*, Informationsbrief Ausländerrecht 1981.
- 53 *Spörl*, Politisches Asyl: Empörung mit Methode. Ein interner Bericht über die Bonner Praxis verärgert den Innenminister, *Zeit* vom 22.11.2012.
- 54 *Wolken*, Das Grundrecht auf Asyl als Gegenstand der Innen- und Rechtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland (1988), S. 69ff.
- 55 *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 Antiasyldebatte, *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 ausgliederte. 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 *Wouterschek*, 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, arbeitsurlaubnisrechtlicher 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 Geflüchteten Gruppen 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 fest schrieb; 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 Gesetzesvorhaben 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 »Fehlansätzen« 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.

## I. 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 Ständegesellschaft 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

73 Thym, Migrationsverwaltungsrecht (2010).

74 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.

75 Vesting, Staatstheorie (2018), S. 69.

76 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, obrigkeitsstaatliches 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; *Randelzhofer*, 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 *Dauwergne*, *The Modern Law Review* 2004, S. 594. Dies lässt sich auch bei den Staatsrechtlern *Deppenheuer* 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 [...]«. *Deppenheuer/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 »rechtli-

89 Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung (2011), S. 25. Siehe auch Farabat/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 Flughafen transitbereich 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, Urte. 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 eingeordnet, 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, Urte. v. 06.11.1980 – 7367/76 (Guzzardi/Italien) – Rn. 95 (hudoc); EGMR, Urte. v. 25.06.1996 – 19776/92 (Amuur/Frankreich) – Rn. 42, 48 (hudoc); EGMR, Urte. v. 08.10.2019 – 15428/16 (O.M./Ungarn) – Rn. 53 (hudoc); EGMR, Urte. 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 Strafkompagnie [...]«, EGMR, Urte. 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), Aufenthaltsgesetz<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 Aufenthaltsgesetz (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

- 103 *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.
- 104 *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. Aufenthaltsgesetz/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.
- 105 *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022), § 53 AsylG Rn. 7.
- 106 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).
- 107 »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 Sorgberechtigten 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. 1 a 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

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

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

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

112 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.

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

114 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.

115 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 AsylG 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 spezialgesetzliche 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 *Abschreckungseffekt* erzielt werden, aus asylfremden Gründen nach Deutschland zu kommen. Dass hierdurch die Rechtspflicht 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.

116 »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 Aufenthaltsgestattung 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

117 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).

118 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).

119 *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 bezeugen 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.

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

121 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 Arnberg, Beschl. v. 11.04.2022 – 9 L 228/22 – Rn. 38 (juris).

122 *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.

123 VG Arnberg, 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 vereinzelt 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

124 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.

125 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.

126 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.

127 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 Asylbegehrenden 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 Unversehrtheit 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).

- 130 Keine der für diese Arbeit interviewten Bewohnerinnen oder Bewohner hatte zum Zeitpunkt der Interviews eine solche rechtliche Aufklärung erhalten.
- 131 Dies hat das Bundesverwaltungsgericht am 28.03.2023 entschieden. Weder aus § 12a AsylG noch aus Art. 18 Abs. 2 Buchst. c der Aufnahmerichtlinie (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 – 1 C 40/21 – Rn. 19ff., 47ff. (juris).
- 132 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).
- 133 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).
- 134 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 verstoße, 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 gewalttätigen 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 Antragstellers 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 Obergericht 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).

135 Interessant ist in diesem Zusammenhang das Urteil des VG München, das sich mit der Frage, für welche Asylantragstellenden 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.

136 *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 Landesaufnahmegesetzen 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.

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

138 VG Karlsruhe, *Beschl. v. 29.08.2017 – A 4 K 7956/17 – Rn. 4f. (juris)*. Anderer Ansicht: OVG Nordrhein-Westfalen, *Urt. v. 30.04.2003 – 17 A 3163/01 – Rn. 37 (juris)*; VG Düsseldorf, *Urt. v. 05.07.2019 – I 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>

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

140 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.

141 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, Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 3. Aufl. (2021) § 49 AsylG, Rn. 6.

142 Eine Ermessensreduzierung auf Null wurde 2015 beispielsweise im Fall eines an Lymphdrüsenkrebs erkrankten 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 »*grundlegend 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.

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

144 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«.

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

verteilt. Die Verteilung erfolgt nach den Vorgaben der Landesaufnahmegesetze 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 Ausländers 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 Asylbehrenden 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 Unversehrtheit 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

146 Zu den unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltungen siehe C III 1 a.

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

148 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.

149 Zum Recht auf menschenwürdiges Wohnen siehe C II 2 a.

150 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.

151 *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.

152 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).

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

Nach Teilen der Literatur müssten diese persönlichen Interessen keine unumgehbare 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

- 154 *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*, 14. Aufl. (2022) § 53 AsylG Rn. 18.
- 155 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.
- 156 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).
- 157 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 milderer 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.

158 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).

159 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 (ZAS) sowie Schleswig-Holstein mit dem Landesamt für Ausländerangelegenheiten in Neumünster«. Grote, Irreguläre Migration und freiwillige Rückkehr – Ansätze und Herausforderungen der Informationsvermittlung (2015), S. 23.

160 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009, GMBI 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, Ur. v. 09.11.2009 – 23 K 4949/08 – Rn. 58 (juris). Gegenteilig 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 Arnberg 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 Asylanspruchs, zur Gefahrenabwehr möglichst intensiv durch den Staat kontrolliert werden müssen. Mit *Baer* lässt sich das Rechtssubjekt dieser von Pflichten dominierten Verwaltungsrationalität 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 Arnberg, 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 Zielstaatsuche 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

165 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 Lebensschicksal des Einzelnen reagieren«, begrenzt, während mit dem Wohlfahrtsstaat die umfassende »Erweiterung von staatlichen Aufgaben und Leistungen verbunden werden« kann. *Vesting*, Staatstheorie (2018), S. 138.

166 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 Staatsrechtsdebatten 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.

167 *Vesting*, Staatstheorie (2018), S. 138.

168 *Vesting*, Staatstheorie (2018), S. 139.

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

170 *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

- 171 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.
- 172 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.
- 173 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 – 1 BvL 4/74 – Rn. 44 (juris)*, und bestätigte dies in der folgenden Rechtsprechung: BVerfG, *Beschl. v. 12.10.1976 – 1 BvL 9/74 – Rn. 34 (juris)*; BVerfG, *Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 – Rn. 146 (juris)*; BVerfG, *Beschl. v. 29.05.1990 – 1 BvL 20/84 – Rn. 100 (juris)*; BVerfG, *Beschl. v. 12.06.1991 (3. Kammer) – 1 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

174 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09.

175 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 Berlitz, Kritische Justiz 2010; Aabel, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2011); von Arnould, in: Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts (2009).

176 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, Aabel, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2011), S. 276.

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

178 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11.

179 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 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 völkerrechtliche Vorgaben: So sei der Gesetzgeber sowohl

- 180 *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 Hoheitsrecht 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 bürgerschaftlicher 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.
- 181 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. 8 ff.) 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 allein, 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 verpflichte 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.

187 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.

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

189 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10 – Rn. 74 (juris).

190 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10 – Rn. 73 (juris).

mit Daueraufenthaltsrecht und Einschränkungen in der Leistungsberechnung 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

191 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10 – Rn. 74 (juris).

192 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10 – Rn. 90ff. (juris).

193 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.

194 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16.

195 BVerfG, Beschl. v. 19.10.2022 – 1 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

196 BVerfG, Beschl. v. 19.10.2022 – 1 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 Zieles stehen, die Bedürftigkeit zu überwinden«, BVerfG, Ur. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16 – Rn. 133 (juris).

197 BVerfG, Ur. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10 – Rn. 95 (juris).

198 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.

- 199 *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.
- 200 *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.
- 201 *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, Beschlußempfehlung 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.
- 202 *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

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

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

205 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*, *Asylbewerberleistungsgesetz* (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

208 »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.

209 *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.

210 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 Aufenthaltrechts 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 Sozialhilferecht 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> I 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*, *Asylbewerberleistungsgesetz* (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

- 213 *Wahrendorf*, Asylbewerberleistungsgesetz (2017), § 3 Rn. 30; *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 150; *Cantzler*, Asylbewerberleistungsgesetz (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 Klagenden insofern eine Erstattung von Mietkosten nach dem AsylbLG zu, die über der Angemessenheitsgrenze des SGB XII liegen.
- 214 *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.
- 215 *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.
- 216 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 SGBII 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>

219 Vgl. hierzu die Ausführungen des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen: »Die Ermessensentscheidung hat die Umstände des Einzelfalls, die besondere Situation eines Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland und die Besonderheiten des AsylbLG zu berücksichtigen. Ausschlaggebend können insbesondere Zweckmäßigkeitserwägungen 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.

220 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.

221 *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.

- 222 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 Zwölfte 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 Leistungsbegehren« unterscheiden will, *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 139f.

- 223 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.
- 224 *Wahrendorf*, Asylbewerberleistungsgesetz (2017), § 2 Rn. 45; *Cantzler*, Asylbewerberleistungsgesetz (2019), § 2 Rn. 53.
- 225 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 begehrt«. 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 verstoße und die Leistungsempfänger insofern 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

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

228 »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 – 1 BvL 3/21 – Rn. 97 (juris).

229 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: Asylbegehrenden wird 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 unhinterfragte 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.

230 *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. Europarechtskonformität<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 verstoße.<sup>235</sup> Zudem verstoße die Schlechterstellung in Höhe und Art der Leistungsgewährung gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>236</sup> Während jedoch die Leistungskürzungen

- 231 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.
- 232 Bayerisches LSG, Urt. v. 18.07.2017 – L 8 AY 18/15; BSG, Urt. v. 12.05.2017 – B 7 AY 1/16 R.
- 233 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.
- 234 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.
- 235 *Kanalan/Classen*, info also 2010; *Janda*, Zeitschrift für Ausländerrecht 2013; *Frerichs*, in: Juris PraxisKommentar SGB XII, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 50ff.; *Voigt*, info also 2016.
- 236 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 Anforderungen 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 affirmiert 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 Asylbewerberleistungsrecht 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. Aabel verweist hingegen auf den *lex specialis*-Charakter des Gewährleistungsrechts gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG; der Gleichheitssatz werde somit verdrängt, *Aabel*, in: *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (2011), S. 284.

237 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.

238 »Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung sind typologisierte Modelle aufgabenspezifisch 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-

239 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.

240 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 gleichzucht ist« (BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, Leitsatz). Es behält sich jedoch den Schutz der »Verfassungsidentität« 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.

241 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).

242 *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung II (2012), S. 154.

243 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.

244 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=iMFLUc3](https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=iMFLUc3) (zuletzt besucht am 11.02.2021).

245 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.

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

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

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

der Europäische Rat die Bedeutung [beträchtigt], die die Union und die Mitgliedstaaten der unbedingten Achtung des Rechts auf Asyl beimessen. 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

248 *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.

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

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

251 *Chetail*, in: *Reforming the Common European Asylum System* (2016), S. 4. Chetail expliziert hierbei die bereits im Maastrichter 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.

252 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 EU L 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, ABl 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, ABl 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 Flüchtlingeigenschaft, ABl EU L 326 vom 13.12.2005, S. 13.

- 253 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, ABl 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, ABl EU L 50 vom 25.02.2003, S. 1.
- 254 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.
- 255 Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27.01.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl EU L 31 vom 06.02.2003, S. 18.
- 256 *Chetail*, in: *Reforming the Common European Asylum System* (2016), S. 12, 14f.
- 257 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, ABl EU C 306/01 vom 17.12.2007, S. 1.
- 258 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).

259 Vgl. Erwägungsgrund 5 und 8 AufnahmeRL.

260 *Chetail*, in: Reforming the Common European Asylum System (2016), S. 25ff.

261 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.

262 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 Unterbringungs politik. 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

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

264 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)

265 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

266 Zu den Reformvorschlägen siehe *Slingenberg*, 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, 311 ff.

267 Siehe Kapitel C, Fn. 183.

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

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

270 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 Vollaustattung 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,

271 Art. 7 Abs. 3 RückführungsRL.

272 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.

273 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 Anforderungen 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

274 Siehe hierzu C II 1 b (1).

275 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 Entstehungsgeschichte, 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

276 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/AEUV*, 6. Aufl. (2016), Art. 288 AEUV Rn. 12; *Geismann*, in: *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. (2015), Art. 288 AEUV Rn. 44.

277 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, Urv. 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).

278 Siehe Kapitel C, Fn. 264.

279 »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 vulnerabel 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 Aufnahme-Richtlinie 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, verletze. 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 einstufte, überprüfte sie das Dublin-System auf die tatsächliche Umsetzung der Aufnahme-Richtlinie 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.

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

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

282 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. *Vedsted-Hansen* verweist zudem auf die Interpretation von Art. 3 EMRK, die der EGMR im Lichte der Aufnahmeleitlinie 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.

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

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

285 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 erniedrigender 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 underprivileged 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 *Sußner*, 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 Rechtsprechungspraxis 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

289 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 Schutzpflichten herleitet, *Sußner*, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2019.

290 Der Begriff der vulnerablen Gruppe wurde dabei im Verfahren *Chapman v. the United Kingdom* eingeführt, bei dem die Anstrangsstellerin, eine Romnja, in der Zwangsraumdung von ihrem eigenen Land aufgrund einer gesetzeswidrigen 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.

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

292 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.

293 *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« hochsetzten und damit möglicherweise eher die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Aufnahmerichtlinie<sup>296</sup> übernahmen.

294 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).

295 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).

296 In einer Reihe von Verfahren, die die Aufnahmebedingungen 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 ›foulement 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 handelten 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 verletzungsoffnende 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.

297 EGMR, Urte. v. 04.11.2014 (Große Kammer) – 29217/12 (*Tarakhel/Schweiz*) (hudoc).

298 Vgl. EGMR, Urte. v. 04.11.2014 (Große Kammer) – 29217/12 (*Tarakhel/Schweiz*) – Rn. 118 (hudoc).

299 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, Urte. 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&qid=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 Aufnahmeleitlinie 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 Aufnahmeleitlinie, 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 Aufnahmeleitlinie 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.

- 302 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 (I. Kammer) – 2 BvR 157/17; Bundesverfassungsgericht, Beschl. v. 31.07.2018 (I. Kammer) – 2 BvR 714/18.
- 303 Vgl. etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.06.2020 – IO LA 111/20.
- 304 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.
- 305 *Europäische Kommission*, Vertragsverletzungsverfahren im Oktober: Entscheidungen zu Deutschland, Pressemitteilung vom 10.10.2019.
- 306 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).
- 307 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).
- 308 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 Asylbegehrender 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

309 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 Zuverlässigkeitsprüfung 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.

310 Hierzu mehr unter C III 4 a (1).

311 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 Aufnahme richtlinie überhaupt bestimmt genug sind, um eine direkte Anwendung der Aufnahme richtlinie 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

312 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: *Callies/Ruffert. EUV/AEUV*, 6 Aufl. (2022), Art. 288 AEUV Rn. 64. Vgl. speziell für die Aufnahme richtlinie auch *Pelzer/Pichl*, *Asylmagazin* 2015.

313 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

- 314 *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 fällt 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).
- 315 *Lederer/Engler*, Grundrechtliche Anforderungen an die Hausordnung der Landeserstaufnahmeeinrichtung Freiburg (2020).
- 316 *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.
- 317 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.
- 318 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 verbietet, 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

319 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)«.

320 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.

321 *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 Flughafens:

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

323 Interview Bewohner/in 3.

324 Interview Bewohner/in 2.

325 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 28.03.2022 – 1 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 – 1 K 9602/18 –, juris; a.A. VG Kassel, PKH-Beschluss vom 27.12.2017 – 1 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 vorneherein 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 Fürsorgepflichtung auch unterhalb der Gefahrenschwelle des Art. 13 Abs. 7 GG Zimmer zu gesetzlich festgelegten Zwecken betreten können dürfen, um ein störungsfreies und sicheres Zusammenleben in der Einrichtung gewährleisten zu können.<sup>327</sup>

326 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.02.2022 – 12 S 4089/20 – Rn. 106 f. (juris).

327 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.02.2022 – 12 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 – 12

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 prekariert. 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 Rechtsschutzbarrieren 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 Schutzpflicht 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 – 1 BvR 1541/20 – Rn. 99 ff. m.w.N. (juris). Diese Schutzpflicht gilt zudem nicht nur für bereits eingetretene Verletzungen, sondern auch für die Zukunft: »Die Schutzpflicht 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 – 1 BvR 2656/18 – Rn. 146 (juris). Die Schutzpflicht 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 Ankunftszenrum 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. #00:18:18-1#

I: Die Verteilung in die Anschlussaufnahme, die kam dann nicht in Frage für Sie? #00:18:26-5#

B: Was meinen Sie? #00:18:26-5#

I: Naja, dass man nicht Hotels anmietet, sondern sagt, man verteilt die Bewohner in dezentrale Unterkünfte. #00:18:34-1#

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 Handlungsbedarf ist. In der Anschlussunterbringung ist das alles natürlich schwieriger, weil letzten Endes ist die Fürsorgedichte da nicht so hoch wie in der Erstaufnahmeeinrichtung. #00:20:05-0#<sup>334</sup>

Deutlich wird, dass die Bewohnerinnen und Bewohner gerade nicht vollständig entrechtet 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 Pflegeheimen, 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. 15-5422/22, 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).

339 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).

340 *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.

341 *Anlauf*, Nach Tod von Flüchtling 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 gedankvoller 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... #00:08:03-2#

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? #00:08:28-4#

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 unverlegt, 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. #00:12:04-4#

I: Und haben Sie da dann auch eine Strafanzeige gestellt? #00:12:08-1#

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. #00:12:51-5#

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. #00:13:13-9#

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. #00:14:30-3#

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 paradoxerweise 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 »einige (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 Ordnungsidee (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 Steuerungs-begriff im Allgemeinen Verwaltungsrecht: *Franzius*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 4 Rn. 1 ff. Der Steuerungs-begriff 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 »funktio-

– 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.

345 *Vofskuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 1 Rn. 11.

346 Schuppert macht diesen Wandel der Staatlichkeit dabei an externen (Europäisierung, Transnationalisierung) sowie internen (Aufgabenwandel, Wandel der Handlungsformen, Wandel der Organisationsform öffentlicher Aufgabenwahrnehmung und Instrumentenwandel) Faktoren fest; *Schuppert*, Der Staat 2008.

347 *Vofskuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 1 Rn. 20.

348 *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.

349 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«. *Vofskuhle*, 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 undurchschaubar 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* Metazählung beschreiben zu können«. Vesting, *Staatstheorie* (2018), S. 159f.
- 351 Diese Prozesse wurden von Joachim Hirsch etwa als Wechsel von der fordistischen 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

353 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.

354 Vesting, Staatstheorie (2018), S. 173.

355 »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.

356 Thym, Migrationsverwaltungsrecht (2010), S. 37.

357 »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 rühren bereits aus der föderalen Verantwortungsteilung 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 Aufnahmequote 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.

358 Voßkuhle, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation* (2012), § 1 Rn. 57ff.

359 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).

360 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«. Kongruent 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 Landesaufnahmegesetze erlassen und geben die ihnen obliegenden Ausgestaltungsmöglichkeiten im Rahmen von Ausführungsverordnungen der Aufnahmegesetze 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. Flüchtlingsaufnahmegesetz,<sup>361</sup> und Bayern, Art. 2 Abs. 2 Aufnahmegesetz,<sup>362</sup> Gebrauch

361 Gesetz über die Aufnahme von Flüchtlingen (Flüchtlingsaufnahmegesetz – 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.

362 Gesetz über die Aufnahme und Unterbringung der Leistungsberechtigten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (Aufnahmegesetz – 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

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

364 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).

365 § 1 des Niedersächsischen Aufnahmegesetzes besagt beispielsweise, dass Asylsuchende in die Gemeinden verteilt werden können. Eine ähnliche Regelung findet sich in § 2 Landesaufnahmegesetz 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 Aufnahmegesetz<sup>367</sup> fest schreibt, dass Asylsuchende in der Regel in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden »sollen«, besagt § 3 Abs. 1 Landesaufnahmegesetz 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 Flüchtlingsaufnahmegesetz<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

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

367 Siehe Kapitel C, Fn. 362.

368 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).

369 Art. 4 Abs. 5 Bayerisches Aufnahmegesetz nennt vier Ausnahmefälle für den Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft, darunter Krankheit und Schwangerschaft.

370 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).

371 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 Aufnahmegesetze oder Ausführungsverordnungen festgelegt. § 5 der Verordnung des Innenministeriums über die Durchführung des Flüchtlingsaufnahmegesetzes Baden-Württemberg (DVO FlüAG) schreibt zum einen Standards innerhalb der Gemeinschaftsunterkünfte vor, wie etwa getrennte Sanitärebereiche, 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.

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

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

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

375 *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

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

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

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

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

380 *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 Obrigkeitsstaates, 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 gesellschaftliche 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

381 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 200.

382 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.

383 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 226.

384 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 228.

385 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>

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

387 *Baer*, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 231.

388 *Baer*, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 232.

389 *Baer*, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 233.

390 *Baer*, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 251.

391 *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? #00:03:36-9#

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. [...] #00:06:20-0#

I: Und das heißt, man sucht sich zuerst einen Betreiber und dann spricht man wahrscheinlich auch mit der [kommunale Untereinheit]? #00:06:28-5#

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 mitbezogen. 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 abgehende 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

393 Exemplarisch mit Verweisen auf weitere Literatur: *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 12 Rn. 91ff.; *Vofskuhle*, 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 Singelstein/Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft (2012), S. 103.

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

401 Singelstein/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); Döhmman 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 Gemeindecensatzungen 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 innehat. 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

403 Vgl. hierzu auch *Glauben*, Die Öffentliche Verwaltung 1994.

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

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

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

407 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 gesetzestreuer 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).

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

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

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

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

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

413 *Burgi*, in: Handbuch des Sicherheitsgewerberechts (2004), S. 589.

414 *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

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

416 *Stober* bezeichnet die reine Bewachung der Abschiebehaftlinge 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.

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

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

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

420 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.

421 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.

422 So hat das VG Bremen im Falle der Entfernung eines Altkleidercontainers durch einen privaten Dritten ohne behördlich festgehaltene Anordnung bestimmt, dass die »Letzentscheidungsverantwortung« 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

423 *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 428.

424 *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 432f.

425 *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 430.

426 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

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

428 *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 438.

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

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

431 »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

432 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 Auftraggeber, 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« handle, 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, Gewerbearchiv 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 tagtäglich 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 Securitys zum Beispiel gibt? #00:18:11-5#

B: Einerseits ist es Willkürlichkeit, das heißt, 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 Securitys 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 Securitys 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 Securitys 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. #00:20:53-0#<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 ... #00:17:17-1#

I: Handschuhe? #00:17:17-1#

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 Security. »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«. #00:18:54-0#

I: Und dann hat er angerufen? #00:18:57-2

B: Ja. #00:19:09-4#<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? #00:14:25-1#

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. #00:15:29-0#

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? #00:15:49-3#

440 Interview Bewohner/in 5.

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 deviante 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 girlfriend. 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 entrechtet, 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. 22off.; 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 zurückfedert 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 »diametral« 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 Zuwanderung.<sup>454</sup>

451 *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 Bundestagswahlkampfes«, *Wolf*, *Der aktivierende Sozialstaat zwischen Freiheit und Zwang* (2011), S. 228.

452 *Baer*, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 203.

453 *Goebel*, in: *Migration und Arbeit* (2019), S. 108.

454 *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 heranzuführen 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),

<sup>460</sup> 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 realistisch 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 Gefangenenlohn. 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 verstoße, BVerfG, Urt. v. 20.06.2023 – 2 BvR 166/16 – Rn. 153 ff. (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 »Zwangsarbeit«, 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 Zwangsarbeit, Art. 12 Abs. 2, Abs. 3 GG, als einheitlichen Schutzbereich, und verknüpft die Auslegung eng mit der deutschen Geschichte der Zwangsarbeit 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 *Cantzer*, 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 gemeinnützige 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 – I. 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 – 1 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 *Lehrian*, 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 ebene »Aktivierung« des Gewährleistungsstaats 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 – I 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 berechtigt.

<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 Analogeleistungen 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 Abschiebungsandrohung 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 bezwecken.<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

469 Leopold, in: Grube/Wahrendorf/Flint. SGB XII, 7. Aufl. (2020), § 5a AsylbLG Rn. 2.

470 Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Richtlinie für das Arbeitsmarktprogramm »Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen« vom 20.07.2016, BAnz AT 27.07.2016 B2, S. 1.

471 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.«, *Lehrian*, *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? #00:15:58-2#

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,

472 »Wie die einzelnen Verbindungen des Vierecksverhältnisses rechtlich einzuordnen 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.

473 BT-Drucks. 18/8615, Entwurf eines Integrationsgesetzes vom 31.05.2016, S. 1.

aber zumindest bringen sie alles mit, um gut reinwachsen zu können.  
[...] #00:20:22-3#

I: Das Flüchtlinge in Arbeit Projekt, [...] haben Sie da ein Büro?  
#00:20:39-0#

B: Nein. #00:20:39-8#

I: Das heißt die Leute wenden sich... #00:20:43-0#

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. #00:21:14-3#

I: Und wie werden die Leute dafür vorgeschlagen? #00:21:17-4#

B: Na, über die Betreiber. #00:21:17-5#<sup>474</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 Prämisse der Unterbringung in Sammelunterkünften im Anschluss an die sogenannte Flüchtlingskrise 2016 zu einer Aufweichung gewährleistungsrechtlicher Standards wie etwa Bau- bzw. Brandschutzvorschriften in vielen Flüchtlingsunterkünften: Statt beispielsweise die Unterbringung im Flughafen Tempelhof aufgrund mangelnder Einhaltung der Brandschutzvorschriften 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.

475 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.

476 »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 Mitgliedsstaaten 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,

491 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).

492 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.

493 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«.

494 *Landesregierung Nordrhein-Westfalen*, Land legt Gewaltschutzkonzept für Flüchtlingseinrichtungen vor, Pressemitteilung vom 30.03.2017.

495 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 Flüchtlingsunterkünfte 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 »verbindlichen« 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 prekariisierenden Abhängigkeit von der selbstaufgelegten Umsetzung der Gewaltenschutzmaßnahmen 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 vereinzelt 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. #00:13:19-9#

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 [Straßenname] 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. [...] #00:17:57-5#

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. #00:25:21-4#<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 neuestem eine Beschwerdestelle, von der Regierung aus, ein Beschwerdemanagement, 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...  
#00:21:29-4#

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? #00:21:42-4#

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 beschwerten irgendwie. [...]  
#00:23:22-1#<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 verstoßen. 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

501 *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).

502 *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, Pressemitteilung vom 18.12.2014.

503 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. Erwaige formelle Gesetze der Landesaufnahmegesetze, 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

504 *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 433.

505 *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 442.

506 *Lange*, Kommunalrecht (2013), S. 795.

507 *Cremer/Engelmann*, Hausordnungen menschenrechtskonform gestalten (2018); *Engler*, Asylmagazin 2018; *Lederer*, Grundrechte für Geflüchtete in Gemeinschaftsunterkünften (2018).

508 Vgl. etwa § 6 Abs. 3 S. 2 Flüchtlingsaufnahmegesetz Baden-Württemberg.

509 »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.

510 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

511 *Mahlberg*, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen (1988), S. 174.

512 BGH, Urt. v. 09.03.2012 – V ZR 115/11 – Rn. 8 (juris).

513 SG Dortmund, Beschl. v. 09.11.2017 – S 30 AS 5263/17 ER – Rn. 11 (juris).

514 LSG Sachsen, Urt. v. 13.08.2015 – L 3 AS 708/15 – Rn. 43 (juris).

515 VG Kassel, Beschl. v. 27.12.2017 – 1 K 1933/16.KS – Rn. 7f. (juris).

516 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 08.10.1997 – 25 B 2208/97 – Rn. 3 (juris).

517 Vgl. etwa § 6 Abs. 3 S. 1 Flüchtlingsaufnahmegesetz Baden-Württemberg: »Für die Dauer der Erstaufnahme wird ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis begründet«.

518 *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 Hausverboten 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>

519 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.

520 Vgl. § 1 Abs. 7 Aufnahmegesetz Sachsen-Anhalt.

521 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011 – 1 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).

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

523 Für private Abschleppdienste: BGH, Urt. v. 18.02.2014 – VI ZR 383/12.

524 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 verschwimmen. 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 eingriffsintensiven 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 einzugreifen. 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 – 1 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 – 1 BvQ 25/15.

525 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.02.2022 – 12 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 prekarierten 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

526 Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 28.03.2023 – I C 40/21.

527 *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 ›tiefergreifender‹ 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 Felddesuch 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?  
#00:03:53-6#

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. #00:04:46-0#

I: Wie kam es zu diesem Betretungsverbot? Gab es einen bestimmten Vorfall, weshalb das auf einmal erlassen wurde, oder wie erklärt ihr euch das? #00:04:52-6#

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. #00:05:35-7#

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? #00:05:41-3#

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. #00:05:51-5#

I: Und die Leute dürfen das auch machen, oder machen die das dann eher heimlich? #00:05:58-1#

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. #00:06:22-6#

Der Münchner Flüchtlingsrat reichte Klage gegen das Zugangsverbot mit teilweise 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

530 Das Bundesverwaltungsgericht hat inzwischen über die Klage entschieden: Siehe hierzu Kapitel C, Fn. 131.

531 Sommer, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 5.

532 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 unbürokratisch 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

533 *Sommer*, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 28.

534 So bspw. im Umweltrecht, *Sommer*, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 13.

535 *Sommer*, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 17.

536 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.

537 *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 Rechtswirksamkeit 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#

538 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 Baugenehmigung 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 prekariisiert. 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 privatrechtliche 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

539 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 Korrekturen 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 diene, 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? #00:14:29-0#

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. #00:14:48-2#

540 *Hardenberg*, Sie sollen Platz machen, Süddeutsche vom 27.03.2022.

541 Vgl. hierzu den Bericht in der Broschüre des Münchner Flüchtlingsrats: *Münchner 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 Zwangsprostitution. 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. [...] #00:17:36-0#

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? #00:17:58-6#

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. #00:18:15-2#

Wie willkürlich dabei die Verteilungsentscheidungen, sowohl innerhalb der Unterkünfte als auch zwischen den Unterkünften, erlebt werden, er zählt 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? #00:11:50-4#

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«. #00:13:52-3#

I: Ok, aber erst am Ende. #00:13:52-3#

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. Danach 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 canteen to eat, they told us the canteen 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 (paradoxen) 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 Selbstorganisation 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 prekarisierend 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.

- 548 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).
- 549 Über diese Praxis berichtete eine Mitarbeiterin des bayerischen Flüchtlingsrats im Gespräch mit der Autorin.
- 550 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 Kantinensens (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 prekariert 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-

551 Zur Idee des »doing law« siehe etwa *Scheffer*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2006.

552 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.

553 In ähnlicher Weise, aber mit Fokus auf das »Rechtsempfinden«, hat etwa Dominik Kohlhausen in seiner rechtssoziologischen Forschung danach gefragt, »wie sich die Erfahrung von »Illegalität« im europäischen Rechtssinne im Verhältnis zur juristischen Gedankenwelt der Migranten« darstellt, *Kohlhausen*, *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 Karakayalis 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/Karakayali, in: Turbulente Ränder (2015), S. 206.

556 Für die Reflexion auf die Fallbeispiele möchte ich ausdrücklich Albert Scherr sowie Aino Korvensyrjä 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«.

## I. 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 beachtet, 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 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-

558 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.

559 Piechaczek, *Lobbyismus im Deutschen Bundestag* (2014), S. 13.

560 So etwa bei Fliedner, *Rechtsetzung in Deutschland* (2013), S. 128f.

561 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 Nichtregierungsorganisationen,<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 beitrugen, während die politischen Organisationen Öffentlichkeitsarbeit etwa durch das Veranstellen 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 Sicherheitsgewerberecht zu entwickeln.<sup>564</sup> Im Laufe der Recherche 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,

562 *Litschko*, Security-Firmen fordern Gesetz: Ungezügelter Sicherheit, taz vom 15.09.2021.

563 Vgl. *Lager-Watch*, Mehr Befugnisse für private Sicherheitsdienste? Ein weiterer Angriff auf die Grundrechte. Informations- und Diskussionsveranstaltung vom 05.07.2021.

564 *GrotelAndrae*, 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.

565 »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, Sammel-lager 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 Sammelagern 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

566 *Bundesverband der Sicherheitswirtschaft*, Deutschland (noch) sicherer machen: Sicherheitswirtschaft stärken – Sicherheitsdienstleistungsgesetz verabschieden (2021), S. 2.

567 *Bundesverband der Sicherheitswirtschaft*, Deutschland (noch) sicherer machen: Sicherheitswirtschaft stärken – Sicherheitsdienstleistungsgesetz verabschieden (2021), S. 12.

568 »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 eingehegte 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 rechtssoziologische 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

569 *Allianz für Sicherheit in der Wirtschaft e.V.*, ASW Wahlprüfsteine Bundestagswahl (2021), S. 12.

570 »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 Kriminsoziologie* (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

571 *Baer*, Rechtssoziologie (2014), S. 219ff.; *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts (1995), S. 37, 49.

572 *Baer*, Rechtssoziologie (2017), S. 227.

573 *Baer*, Rechtssoziologie (2017), S. 229; *Hahn*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2019.

574 Zum Begriff siehe etwa *Hahn*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2019.

575 Buckel et al. führen zum Begriff der Rechtskämpfe aus: »Soziale Formen sind keine Struktur determinanten, 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); *Lehnert*, movements 2015; *Pichl*, in: Kämpfe um Migrationspolitik seit 2015 (2021).

576 Zum Begriff siehe etwa *Prabhat*, Unleashing the Force of Law (2016), S. 1.

577 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. [...] Darum 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«. *Jbering*, *Der Kampf ums Recht* (2003), S. 33.

- 578 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.
- 579 *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.
- 580 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).
- 581 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 Muselmanns« 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 accommodation. #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?

#00:13:35-4#

B: How would I, I'm new in this country. #00:13:40-5#

I: Mhm (bejahend)... #00:13:41-1#

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. #00:14:01-5#

I: It just didn't occur to you that you could? #00:14:02-6#

B: Ja. I couldn't imagine that I could complain about something in this place. #00:14:11-8#

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? #00:28:05-3#

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>583</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 Anwalt/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 Anwalt/in demnach als von Anfang an schlechter ein. Diese Barriere ist, wie auch der/die interviewte Anwalt/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 Anwalt/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

586 »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 Erfolgsaussichten nicht zur Anzeige gebracht zu haben«. *Singelstein*, *Gewalt im Amt* (2023), S. 434.

587 Interview Bewohner/in 3.

588 *Blankenburg*, *Mobilisierung des Rechts* (1995), S. 39ff.

589 *Blankenburg* nennt hier etwa das Arbeits-, Miets- oder Eheverhältnis als Beispiele, *Blankenburg*, *Mobilisierung des Rechts* (1995), S. 43ff.

590 »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 Hungerstreiksituationen. 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 Rechtsparagrafen 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.*

591 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

592 Interview Rechtsberater/in 3.

593 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.

594 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 lawyers 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. [...] #00:23:13-3#

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? #00:23:23-3#

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 versteh 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 irgendetwas scheine ich da der/die Einzige zu sein. [...] #00:25:45-3#

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 entgegensetzten. 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 Mustervorlagen 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. 20 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 Haushaltsführung 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.
- 599 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 Haushaltsführung 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).
- 600 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. #00:07:08-0#

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. #00:31:39-1#

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 Vorlagebeschluss 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 Erfahrungsschätzen 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. #00:36:59-5#

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 Rechtsberatern 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, das 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.

604 Vgl. hierzu etwa *Hermann*, Zeitschrift für Ausländerrecht 2017; *Habbe*, Asylmagazin 2018.

605 »Die Kläger, ein Ehepaar aus dem Irak mit zwei zehn und sieben Jahre 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).

606 VG Hamburg, Urt. v. 15.02.2019 – 9 K 1669/18 – Rn. 35 (juris).

607 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« einstufen, 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? [...] #00:09:42-7#

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. [...] #00:11:18-5#

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 [...] ? #00:11:48-2#

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 konnten, 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. [...] #00:13:33-9#

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? #00:18:26-4#

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. #00:20:26-0#

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>

611 Siehe hierzu *Vu*, Horst Seehofer: Kein Witz, Zeit Online vom 11.07.2018.

612 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 vereinzelte 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.

613 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.

614 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.

615 »[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 Hilfestruktur 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 Hilfestruktur gefragt und in Dölzig durch den Infobus, eine Leipziger Initiative, die regelmäßig in Dölzig 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 verstoße 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 Gemeinschaftsunterkünften 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 bescheiden, 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>  
[...] #00:07:55-3#

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

617 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).

618 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.

619 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 243.

620 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 66.

621 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 Spitze. [...] #00:19:37-9#

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 Dölzig 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. [...] #00:23:47-2#

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 Rechtssetzung 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

625 »Stimmen aus Dölzig – Interview des SFR mit Mohsen und François« (video, 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 rekurren die Akteure in den zwei im Folgenden vorgestellten Beispielen andererseits nicht auf ein grundlegend positives Konzept des modernen Rechtsstaats, das lediglich in vereinzelt 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 prekarisierenden 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« Verfassungsklagen reagieren, vgl. § 34 Abs. 2 BundesverfassungsgerichtsG.

628 »Ob explizit in Form von wissenschaftlichen Theoretisierungen, implizit in v 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 Münkler, 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«. *Münkler*, 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 stellen 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.

630 *Bayerischer Flüchtlingsrat*, Flüchtlingsrat zeigt Innenministerium wegen Flüchtlingsunterbringung an, Pressemitteilung vom 02.04.2020.

631 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? #00:03:40-0#

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,

632 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 liefen 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 »Lärm-machens« 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 (situieretes) 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 juristischen 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 Anwalt\*innen, Richter\*innen oder allgemein Rechtsexpert\*innen, können die in sozialen Kämpfen hervorgerufenen Forderungen rechtlich übersetzen und in den juristischen 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. #00:09:59-3#

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. #00:12:20-7#

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. #00:08:50-1#

Diese Art des rechtliche Aktivismus in der Flüchtlingsunterbringung, bei der das Erlangen von Handlungsmacht in juristischen Anfechtungen und Kämpfen gesucht wird, führt Aino Korvensyrjä 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 herrührt.<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 formalrechtliche 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. #00:17:09-3#

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 Rechtsmobilisierungen 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

636 Die Interviewte spielt hier auf ein 2020 veröffentlichtes Rechtsgutachten an, vgl. *Lederer/Engler*, Grundrechtliche Anforderungen an die Hausordnung der Landeserstaufnahmeeinrichtung Freiburg (2020).

637 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. So eine Watch-Arbeit. #00:21:24-4#

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.

638 »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.

639 »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

640 Siehe hierzu *Baer*, Rechtssoziologie (2021), S. 245.

641 Zum Übergang vom deutschen Gastarbeiter- zum Asylregime und der Entstehung »Illegale[r] Migration als Hauptmigrationsform«: *Karakayali*, Gespenster 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).

642 Zur Glaubwürdigkeitsprüfung im verwaltungsrechtlichen Verfahren: *Scheffer*, Asylgewährung (2001), S. 139. Im Gerichtsverfahren: *Arndt*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2016.

643 *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. #00:17:58-8#<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 Zimmerverlegung 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 kontingent 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 eingriffsintensiven 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 Verwaltungsobjekts 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 Rechtsberatern 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 prekarierten 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 alledem 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. Gleiches 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.

## D. Fazit: Rechts(t)raum Flüchtlingslager

### I. Recht als soziale Form und rechtliche Transformation

Das Recht, das hat die rechtstheoretische Auseinandersetzung gezeigt, muss als reflexive, relational autonome Herrschaftsform verstanden werden, die verschiedene gesellschaftliche Rationalitäten aufgreift. Zur Analyse des Rechts in der Rechtswirklichkeit ist es nicht sinnvoll, pauschal von einem allgemeinen Abbau des Rechts im Zuge zunehmender staatlicher Sicherheitspraxen und in der Folge einem Verfall des Rechtsstaats auszugehen. Statt den Begriff »des Rechts« auf formal-juridische Bürgerrechte zu verengen, die durch ein neues »Sicherheitsrecht« angegriffen werden, müssen Analysen der Rechtswirklichkeit die verschiedenen Rationalitäten des Rechts sowohl in Form von subjektiven Rechten als auch objektiven Gesetzen beachten. Dabei spiegeln sich verschiedene gesellschaftliche Rationalisierungsprozesse im Recht, das sie verarbeitet und sodann in seiner verdinglichten Form relational autonom zu ihnen wird. Es reflektiert als modernes Recht dabei gerade deshalb auf sein Außen, weil es nicht in ein sittliches Wertesystem eingeordnet ist, sondern in der Form der subjektiven Rechte sein Außen zum Gegenstand machen muss (Menke) und damit (in gewissem Maße) für Transformationen offen bleibt. Durch die Verselbstständigung der Form des Rechts erlangt dieses eine durchaus wichtige Autonomie, die jedoch stets relational auf dessen gesellschaftlichen Ursprung zurückverweist (Buckel). Die Rechtsform als souveräne Herrschaftsform ist dabei auch in der bürgerlichen Gesellschaft kein geschlossenes, entpolitisiertes System. Vielmehr lässt sich mit den Ausführungen Gündoğdu zeigen, dass auch die vermeintlich als anteilslos markierten *sans-papier* durch ihre Inanspruchnahme von subjektiven (Menschen-)Rechten Einfluss auf die rechtliche Rationalität der Souveränität nehmen können – trotz ihrer äußerst prekären politischen Positionierung als illegalisierte Migrantinnen und Migranten. Deshalb lebt das Recht als *soziale Form*, es ist das Produkt einer sozialen Vergesellschaftung.

Als *soziale Norm* ist Recht dabei sowohl auf seinen normativen Gehalt als auch seine kausale Wirkung angewiesen, ohne dass diese Spannung in die eine oder andere Richtung aufgelöst werden oder das Recht auf einen der beiden Aspekte reduziert werden könnte (Möllers). Die komplexe Position des Rechts zwischen Normativität und Faktizität macht es zu einer sozialen Norm, die wirksam werden muss, allerdings nicht ausschließlich von ihrer faktischen Wirksamkeit abhängig ist. Im Gegenzug bedeutet dies, dass die Nicht-Anwendung des Rechts keine Ausnahmeerscheinung ist, sondern einer seiner fundamentalen Bestandteile.

Ebenso wird die Möglichkeit zum Normbruch zur Möglichkeit der Individuen, auf die Anwendung des Rechts als sozialer Norm zu reflektieren. Sie stellt deshalb kein bedrohendes Übel dar, sondern ist vielmehr Ausdruck einer gelingenden Normativität. Zugleich gilt es, den Blick auf das Recht als soziale Norm in Bezug auf einen staatszentrierten Rechtsbegriff zu korrigieren. Die Kritik der Gewalt im Recht, wie sie etwa von Agamben, aber auch anderen aktuellen Rechtsphilosophen formuliert wird, geht aufgrund dieser Verengung fehl: Sofern diese zum Ziel hat, die dialektische Spannung von Normativität und Faktizität im Recht aufzulösen und das Recht etwa seiner Faktizität zu entledigen, indem seine Anwendung zu einer Frage der inneren Überzeugung gemacht wird, erhält sie totalitäre Züge. Gerade die den Rechtsanwendenden äußerliche Faktizität des Rechts erlaubt es, eine ablehnende bzw. deviante Haltung zu ihm einzunehmen.

Schließlich darf der Subjektivierungsprozess nicht nur als Prozess der Berechtigung und Entrechtung verstanden werden; wie mit Baer gezeigt wurde, stellt er vielmehr einen kontingenten Prozess dar, der einer spezifischen Betrachtung der unterschiedlichen Rechtsgebiete bedarf. Schon die Analyse der verschiedenen Konstruktionen des Verwaltungsrechts im Zusammenhang mit der Figur des »Bürgers« zeigt so, dass das Recht nicht lediglich entrechtete Untertanen oder berechtigte autonome Vertragspartner konstruiert, sondern etwa im Rahmen der Entwicklung der Sozialstaatlichkeit abhängige Konsumenten und im aktivierenden Gewährleistungsstaat engagierte, eigeninitiative Kommunikatoren entwirft. Diese Konstruktionen lösen einander nicht ab, auch wenn sie in spezifischen historischen Phasen entstanden sind; Spuren von ihnen lassen sich vielmehr parallel und sich teils widersprechend im Recht finden. Darüber hinaus liegen der Rechtssubjektskonstruktion des entrechteten Untertans oder autonomen Bürgers spezifisch androzentrische Subjektkonstruktionen zugrunde, die soziale Abhängigkeiten unterschlagen. Mithilfe von Loreys Theorie der Prekarität wurde so darauf hingewiesen, dass das *Prekär-Sein* aller Menschen auch im Recht beachtet werden muss. Rechtssubjektivierungsprozesse und die Anwendung des Rechts als sozialer Norm sind so zunächst einmal Prozesse, von denen alle Menschen (Institutionen und anderen Menschen gegenüber) abhängig sind. Dabei sind Prozesse der *Prekarisierung* jedoch von Ungleichheit geprägt und betreffen unterschiedliche Menschen im Sinne einer intersektionalen Perspektive unterschiedlich stark. Hierbei kann es allerdings nicht darum gehen, im Sinne einer Suche nach dem am stärksten diskriminierten Subjekt doch noch das Andere des Rechtssubjekts zu finden; die intersektionale Perspektive einzunehmen, schärft vielmehr den Blick für die vielschichtigen Prozesse der (materiellen, das heißt faktischen) Ungleichheit im Recht.

Das Recht lässt sich demnach mit Goffman als ein Restaurant mit Vorder- und Hinterbühne verstehen, bei der sich die Autonomie des Rechts

ähnlich wie die servierten Gerichte glatt und sauber nach außen präsentieren muss, auch wenn die Rechtsküche im Hintergrund von zahlreichen Kollisionen, Rissen und »Unreinheiten« geprägt ist. Vor diesem Hintergrund liegt der vorliegenden Studie eine rechtssoziologische Methodologie zugrunde, die die Rationalität der territorialen Souveränität als Wissens-Macht-Komplex, das heißt als Narrativ, und nicht als vorfindbare Entität analysiert. Das Konzept des Regimes kann die Rechtswirklichkeit des Rechtsstaats dabei insofern treffender abbilden, als es den Raum der Flüchtlingsunterkünfte als Ergebnis unterschiedlicher rechtlicher Netzwerke und Akteure begreift. Dabei wurde mit Wiethölter davon ausgegangen, dass insbesondere die Kollisionen und Paradoxien der rechtlichen Rationalitäten und Anwendungen des Rechts in der deutschen Flüchtlingsunterbringung dessen gesellschaftlichen Ursprung offenbaren und Transformationsprozesse sichtbar machen können.

## II. Rechtsräume:

### Das rechtliche Regime der deutschen Flüchtlingslager

Die Kollisionen, Paradoxien und Transformationsprozesse des Rechts lassen sich entsprechend in der Rechtswirklichkeit der Flüchtlingsunterkünfte nachvollziehen. Schon der rechtsgeschichtliche Einblick zeigt dabei, dass die Geschichte der Entstehung der rechtlichen Regelung der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland von teils widersprüchlichen Rationalitäten geprägt ist: Arbeitsmarktpolitiken trafen auf fremdenfeindliche Anti-Asylkampagnen und die rechtlichen Komplexitäten des deutschen Föderalismus. Ganz deutlich wird durch den Blick in die Geschichte der Lager dabei, dass die rechtliche Regelung der Wohnpflicht für Geflüchtete in Deutschland in ihrer aktuellen Form als Reaktion auf fremdenfeindliche Anti-Asylkampagnen der 70er Jahre geschaffen wurde und keinesfalls schon immer in ihrer derzeitigen repressiven Härte bestand.

Ein Blick in die aktuellen Rationalitäten der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung zeigt, wie sich die Rationalität territorialer Souveränität in einer ordnungsrechtlichen Normierung des Raums der Lager äußert, die durch einen strengen Pflichtenkatalog der Bewohnerinnen und Bewohner geprägt ist. Diese Rationalität steht jedoch nicht allein. Das Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum könnte die Flüchtlingsunterbringung im Sinne eines subjektiven Rechts mit Gewährleistungsgehalt normieren. Und auch im europäischen Recht, der EU-Aufnahmerichtlinie sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention lassen sich Impulse finden, die die Vulnerabilität der Geflüchteten betonen und die Unterbringung weniger als

ordnungspolitische Funktion und mehr als Hilfestellung für die ankommenden Migrantinnen und Migranten verstehen. Allerdings, so hat die Analyse der rechtlichen Regelung der Unterbringung gezeigt, werden diese kollidierenden Rationalitäten von der ordnungspolitischen Rationalität verdrängt. Daraus folgt eine rechtliche Normierung der Unterkünfte als Räume der Sicherheit, in denen der individuelle Grundrechtsschutz der Bewohnerinnen und Bewohner hinter den ordnungsrechtlichen Zugriff tritt und diese rechtlich prekariert werden. Konkret äußert sich dies etwa in dem geminderten Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG, wie exemplarisch anhand der Gefährdung der Bewohnerinnen und Bewohner durch die Corona-Pandemie-Maßnahmen in den Lagern gezeigt wurde.

Dabei verstärken die Anwendungen der rechtlichen Regelungen durch die Behörden im Rahmen der Rationalität des aktivierenden Gewährleistungsstaats die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner auf teilweise paradoxe Weise. Während die ordnungspolitische Rationalität mit expliziten Grundrechtseingriffen arbeitet, agiert der Rechtsstaat als aktivierender Gewährleistungsstaat im Rahmen von indirekten Steuerungs-, Kommunikations- und Privatisierungskonzepten. Die Maßnahmen der Behördenmitarbeitenden erfolgen zunächst vor dem Hintergrund der unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen der einzelnen Bundesländer zu den Standards der Unterbringung, bei denen es grundsätzlich keine bundesweiten, einheitlichen Standards für die Flüchtlingslager gibt. Zahlreiche Maßnahmen der Privatisierung, etwa in Bezug auf die Sicherheit der Unterkünfte, aber auch die starke Rolle der Hausordnungen als quasi-formellem Recht, fragmentieren den rechtlichen Rahmen der deutschen Flüchtlingsunterbringung weiter. In diesem Dickicht der rechtlichen Regelungen, das zeigte die empirische Forschung, finden sich weder die Bewohnerinnen und Bewohner, noch das Personal oder die Behördenmitarbeitenden in einer Weise zurecht, die verfassungsrechtlichen Maßstäben gerecht wird. Die räumliche Geschlossenheit der Unterkünfte wird nicht zuletzt durch diese rechtlichen Unübersichtlichkeiten verstärkt. In dieser Situation erhalten einzelne Akteure, wie etwa die privaten Sicherheitsfirmen, einen weiten Handlungsspielraum und eine machtvolle Rolle im Alltag der Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte. Gewaltschutzmaßnahmen, die im Rahmen von Selbstbindungskonzepten durchaus von den Behörden und privaten Unterkunftsbetreibern angestoßen werden, setzen dabei stark auf die Eigeninitiative der Bewohnerinnen und Bewohner, erreichen diese in ihren äußerst prekarierten Positionen aber größtenteils nicht. Dabei löst die Rationalität des aktivierenden Gewährleistungsstaats die ordnungspolitische Funktionalisierung der Flüchtlingsunterbringung nicht ab, sondern bleibt parallel zu ihr bestehen, wie sich im Kontext der rechtlichen

Normierung von Arbeit in den Unterkünften zeigen ließ. Den Bewohnerinnen und Bewohner wird in den Lagern ordnungspolitisch verboten, eine Arbeit aufzunehmen, während gleichzeitig ihre Arbeitskraft für die Instandhaltung der Unterkünfte eingesetzt und außerhalb der Unterkünfte in informellen Arbeitsmarktprogrammen als potenzielle Ressource in den Arbeitssektor vermittelt wird.

Die rechtlichen Prekarisierungen äußern sich auf der Seite der Bewohnerinnen und Bewohner schließlich in eingeschränkten Möglichkeiten einer Rechtsmobilisierung, auch wenn durchaus Unterschiede in Bezug auf das Rechtswissen bestehen. Hier zeigt sich, wie die rechtliche Rationalität der Herrschaft territorialer Souveränität zu einer Gefahr für die Bewohnerinnen und Bewohner werden kann, etwa dann, wenn diese den potenziellen Schutz der Autonomie des Rechts nicht nutzen können. Dies führt jedoch nicht ausschließlich zu Subjektivierungsprozessen, bei denen die Bewohnerinnen und Bewohner dem rechtlichen Raum der Flüchtlingsunterkunft devot gegenüberstehen. Vielmehr ließ sich in den Interviews mit den Bewohnerinnen und Bewohnern immer wieder der Verweis auf eine transnationale menschenrechtsbasierte Rechtssubjektivität finden, die dem als unrechtmäßig empfundenen Verhalten der Behörden und Mitarbeitenden entgegengehalten wurde. Darüber hinaus lassen sich zahlreiche Anfechtungen rund um den rechtlichen Raum der Flüchtlingsunterkunft finden. Diese formieren sich oftmals in Netzwerken und Bündnissen, die der ordnungspolitischen Normierung der Flüchtlingsunterbringung zusammen mit Bewohnerinnen und Bewohnern deren subjektive Rechte entgegenhalten. So finden Transformationsversuche durch die Aktivistinnen und Aktivisten teils schon beim Lobbyismus der Gesetzgebung, etwa eines neuen Sicherheitsgesetzes, statt, zeigen sich aber auch in organisierten Verfassungsklagen durch Klagekollektive. Die politischen Aktiven haben dabei auch einen durchaus strategischen Umgang mit dem Recht, bei dem dieses als Vehikel einer Aufklärungsarbeit über die vom Rechtsstaat selbst produzierten Fallstricke benutzt wird. Schließlich finden Transformationsprozesse auch in der Anwendung des Rechts durch die Bewohnerinnen und Bewohner selbst statt. Auch diese machen einerseits von der Möglichkeit zur Nicht-Anwendung des Rechts Gebrauch. Andererseits zeigt sich aber in der Umdeutung der Anwendung der repressiven Hausordnungen als Möglichkeit des selbstbestimmten Auszugs aus der Unterkunft, dass die Transformationsprozesse des lebenden Rechts nicht nur als konfrontative, heroische Kämpfe verstanden werden sollten, sondern auch in die subtileren Alltagspraxen der Rechtsanwendenden Eingang finden.

### III. Autonomie des Rechts – Autonomie der Migration?

In der Rechtsküche des deutschen Rechtsstaats nimmt die Migration also eine entscheidende Rolle ein – und zugleich tut sie es nicht. Allein schon in der Tatsache, dass der deutsche Rechtsstaat die Fluchtmigration als Frage der Sicherheit im verwaltungsrechtlichen Asylgesetz normiert und die Geflüchteten für den schnellen Zugriff im Lager lokalisierbar machen will, zeigen sich die Auswirkungen der Migrationsbewegungen. Dabei steckt in der »Autonomie« oder »Faktizität« der Migration jedoch kein qualitativ anderer Aspekt als in der allgemeinen Verschränkung des Rechts mit seinem faktischen Außen. Rechtliche Grenzen werden täglich von uns allen übertreten. Die in der Idee der »Autonomie der Migration« stark normierte potenzielle Bedrohung bzw. Befreiung ließe sich insofern eher als ein der territorialen Souveränität gegenläufiger Wissens-Macht-Komplex beschreiben, als eine lokalisierbare Faktizität besonderen Ausmaßes. Das heißt, das Verhältnis, das sich in der illegalisierten Migration zur Rationalität territorialer Souveränität zeigt, ist jenes der Spannung zwischen Normativität und Faktizität im Recht und erhält erst durch die Funktion territorialer Souveränität für den modernen Rechtsstaat seine spezifische Aufladung. Dabei sollen weder die Gefahren für diejenigen, die sich territorialer Herrschaft widersetzen, noch der starke Wille, der in der Autonomie der Migration sichtbar wird, relativiert werden. Vielmehr geht es auch auf rechtlicher Ebene darum, Migrantinnen und Migranten weder als reine »Opfer noch Schurken« (Bojadžijev) zu sehen, die ohne weiteres aus dem einen oder anderen Motiv an den Rand der Rechtsordnung gedrängt werden können. Gerade der (geringe, aber dennoch vorhandene) Spielraum an Handlungsmacht, die eigenen Positionierungen als (Menschen)Rechtssubjekt und die devianten Aneignungen der prekarisierenden Normativität der Bewohnerinnen und Bewohner machen einerseits sichtbar, wie stark das Recht sie einschränkt. Andererseits liegt in der Offenlegung des *Prekär-Seins* im und der ungleichen *Prekarisierung* durch das Recht die Möglichkeit, weitere Handlungsfelder aufzuzeigen, die weder auf kämpferischen Heroismus setzen noch vor dem Hintergrund eines verlorenen »Kampfes« eine absolute Handlungsunfähigkeit proklamieren, die so in der Rechtswirklichkeit nicht vorzufinden ist. Aus diesem Grund ist auch der rechtliche Raum der Flüchtlingsunterkunft zugleich ein besonderer und exemplarischer Raum des Spannungsverhältnisses von Normativität und Faktizität im Recht. Die rechtlichen Prekarisierungen verdichten sich verstärkt aufgrund der ordnungspolitischen Rationalität im Lager. Diese rechtlichen Prekarisierungsprozesse als Ausnahme zu beschreiben, wird jedoch der Tatsache nicht gerecht, dass der Umgang des Rechts mit der »Autonomie der Migration« qualitativ gesehen kein anderer ist als in anderen Kontexten im deutschen Rechtsstaat.

Denn das Recht hat stets ein komplexes Verhältnis zu seinem Außen: Es muss sich zugleich autonom zu seinem Außen fingieren und ist doch in ständiger Beeinflussung durch sein Außerhalb sowie durch die Varianzen in seiner Anwendung Prozessen der Transformation ausgesetzt. Schon zu Beginn des Buchs wurde diese Komplexität als Fluch und Segen des Rechts zugleich bezeichnet. Gerade weil das Recht den Individuen nicht nur als entfremdete Herrschaftsform gegenübersteht, sondern als soziale Norm tagtäglich von allen mitgetragen und -reproduziert wird, dringt es in die mikrosoziologischen Aspekte des Lebens ein und formt diese. Insofern als das Recht uns nicht nur als homogener Block, etwa in Form von rechtsstaatlichen Institutionen, begegnet, lässt sich nicht einfach der *eine* Ort lokalisieren, an dem es transformiert werden kann bzw. sollte. Dass Gesetze, die die Situation der Bewohnerinnen und Bewohner verbessern sollen, erlassen werden – das hat die Empirie der Studie gezeigt – führt je nachdem, in welches Netz von Rationalitäten, Behörden und Akteuren sie eingespannt sind, nicht automatisch zu deren Anwendung. Umgekehrt können Handlungsmacht und Verbesserungen im Lager auch vor dem Hintergrund prekarisierender Gesetze erreicht werden. Das Potenzial der Transformation im Recht zu erkennen und das Verhältnis von Normativität und Faktizität dialektisch zu betrachten, heißt deshalb auch zu erkennen, dass Ungleichheit und gewaltproduzierende Rationalitäten des Rechts von jeder (mikrosoziologischen) Stelle aus transformiert werden können. Gerade weil auch die Individuen selbst das Recht zur Anwendung bringen müssen, können sie es in einem gewissen Spielraum auch anders anwenden. Dies mag eine Binsenweisheit für Konflikte zwischen Parteien auf Augenhöhe sein, wird jedoch mit Blick auf prekarierte Rechtssubjekte und in der Suche nach den Anderen des Rechts oftmals verkannt. Die rechtliche Herrschaft wird dann zu einer vermeintlichen Totalität, die stets jede Handlungsoption unweigerlich vorherzubestimmen scheint.

Dabei sind nicht nur die Rechtssubjekte in ihrer Subjektivierung prekär. Auch die Autonomie des Rechts selbst ist es. Gerade weil Normativität und Faktizität des Rechts nicht gleichzusetzen sind, sondern in einem Spannungsverhältnis stehen, ist das Recht auf die Anwendung durch seine Institutionen und die Rechtssubjekte angewiesen: Die Herrschaft des Rechts ist – in gewisser Weise – prekär. Nur mit dem Wissen um eben jene paradoxe Prekarität lässt es sich so, sofern es emanzipatorische Werte schützt, bewusst verteidigen – ebenso wie sich vor diesem Hintergrund rechtliche Rationalitäten, die Leid und Elend verursachen, angreifen lassen.

Hierzu zählt sicherlich auch die Rationalität territorialer Souveränität. Das Fazit dieses Buches wurde in der 30-jährigen Gedenkwoche der Brandanschläge auf die Zentrale Aufnahme- und Unterbringung für Geflüchtete in Rostock-Lichtenhagen verfasst, die von einem erneuten Brandanschlag auf eine Gemeinschaftsunterkunft in Leipzig Grünau geprägt war. Auch

hier geht die Rationalität territorialer Souveränität eine verhängnisvolle Komplizenschaft mit der Abwertung eines »Anderen« ein, die das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte gefährdet. Diese reelle Gefahr für die Bewohnerinnen und Bewohner im Alltag der Lagerunterbringung aufzuzeigen und zugleich nicht in ästhetisierende Bilder eines »ganz Anderen« zu verfallen, ist das rechtspolitische Anliegen dieser Studie. Nur Theorien, die die komplexe Rechtswirklichkeit der Lager verstehen, können die Anliegen der Bewohnerinnen und Bewohner tatsächlich aufgreifen und einen Beitrag dazu leisten, die gefährdende rechtliche Normierung der Lager im deutschen Rechtsstaat zu transformieren.

Die Suche nach den einem schillernden Anderen, so lässt sich abschließend feststellen, mag zwar attraktive Theorieentwürfe hervorbringen, kann aber kaum für Orientierung im Dickicht des Rechts sorgen. Die Wirkungsweisen des Rechts entfalten sich als ein stets kontingenter Prozess, der die Transformationen des Rechts sowie dessen Normativität und Faktizität reflektiert. Eine rechtliche Verbesserung der Situation in den Lagern ist gerade deshalb *möglich* – und sie ist *notwendig*. Nicht zuletzt die schnelle Verteilung vieler ukrainischer Geflüchteter auf Sozialwohnungen hat gezeigt, dass ein anderer wohnungspolitischer Umgang mit Fluchtmigration möglich ist. Es geht auch nicht darum, das Ziel der Abschaffung der Lager aufzugeben, sondern gerade jene Möglichkeiten in der aktuellen rechtlichen Lage zu erkennen, die einen ersten Schritt darstellen können – und dabei Irrwege eines naiven Rechtsglaubens zu vermeiden. Wenig sinnvoll ist es deshalb, sich von Albträumen vom Recht lähmen zu lassen oder die Hoffnung auf eine Verbesserung in den Traum eines ganz anderen, ganz und gar guten Rechts zu legen: Die Antworten auf den Handlungsauftrag, vor den uns diese Notwendigkeit der Veränderung stellt, können nur genauso komplex aussehen wie die Rechtswirklichkeit, die sie vorfinden. Rechtliche Veränderungen, wie etwa die Stärkung eines universell gedachten Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, können in Zukunft zwar weder das Prinzip territorialer Souveränität aufheben, noch das moderne Recht aus der ambivalenten Position zwischen Herrschaftsreproduktion und -einschränkung lösen. Sie könnten jedoch dem Konzept einer erzwungenen Flüchtlingsunterbringung ein soziales Menschenrecht auf Wohnen entgegensetzen, das die deutsche Lagerstruktur durchaus transformieren und das Leid vieler derzeitiger Bewohnerinnen und Bewohner verringern würde.

Die Faktizität des Rechts lässt sich auf vielen Ebenen finden, in seinem gesellschaftlichen Ursprung ebenso wie in seiner (Nicht-)Anwendung. Sie ist nicht einfach ein bedrohlicher Albtraum. Ihre Abschaffung ist auch nicht seine emanzipierende Rettung. Sie ist seit jeher die Wirklichkeit, in der modernes Recht bestehen muss und sich verändern kann.

# Literaturverzeichnis

- Abrams, Kathy*: Three Faces of Privatization, in: Martha Albertson Fineman et al. (Hg.): Privatization, Vulnerability, and Social Responsibility: A Comparative Perspective. London, Taylor and Francis 2016: S. 9–23.
- Achtelik, Kirsten*: Selbstbestimmte Norm: Feminismus, Pränataldiagnostik, Abtreibung. 2. Aufl., Berlin, Verbrecher Verlag 2018.
- Agamben, Giorgio*: The Coming Community. 3. Aufl., Minneapolis [Minnesota] u.a., University of Minnesota Press 2001.
- Agamben, Giorgio*: Homo sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben. 13. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2002.
- Agamben, Giorgio*: Was von Auschwitz bleibt: Das Archiv und der Zeuge, Homo sacer III. 7. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2003.
- Agamben, Giorgio*: Ausnahmezustand, Homo sacer II.1. 8. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2004.
- Agamben, Giorgio*: Mittel ohne Zweck: Noten zur Politik. 2. Aufl., Zürich/Berlin, Diaphanes 2006.
- Agamben, Giorgio*: Was ist ein Dispositiv? Zürich/Berlin, Diaphanes 2008.
- Agamben, Giorgio*: Herrschaft und Herrlichkeit: Zur theologischen Genealogie von Ökonomie und Regierung, Homo sacer II.2. Berlin, Suhrkamp 2010.
- Agamben, Giorgio*: A Jurist Confronting Himself, in: Jens Meierhenrich/Oliver Simons (Hg.): The Oxford Handbook of Carl Schmitt. New York, Oxford University Press 2016: S. 475–470.
- Agamben, Giorgio*: Stasis: Der Bürgerkrieg als politisches Paradigma. S. Fischer, Frankfurt am Main 2016.
- Agier, Michel*: Managing the Undesirables: Refugee Camps and Humanitarian Government. Cambridge, Polity 2011.
- Alexy, Robert*: Christoph Möllers: Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität. JuristenZeitung, Jg. 72, Nr. 15–16 2017: S. 788–789.
- Allianz für Sicherheit in der Wirtschaft e.V.*: ASW Wahlprüfsteine Bundestagswahl (2021), online: [https://asw-bundesverband.de/wp-content/uploads/2021-BTW\\_2021-Wahlpruefsteine\\_-\\_Auswertung.pdf](https://asw-bundesverband.de/wp-content/uploads/2021-BTW_2021-Wahlpruefsteine_-_Auswertung.pdf) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Althusser, Louis*: Ideologie und ideologische Staatsapparate: Aufsätze zur marxistischen Theorie. Hamburg, VSA-Verlag 1977.
- ANKER-Watch*, AnKER-Zentren und Dependancen, anker-watch.de, online: <https://www.anker-watch.de/ankerzentren-und-dependancen/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Anlauf, Thomas*: Nach Tod von Flüchtling durch Covid-19: Strafanzeige gegen Regierung, Süddeutsche Zeitung vom 15.05.2020, online: <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/coronavirus-muenchen-fluechtling-gestorben-anzeige-1.4909125> (zuletzt besucht am 15.05.2022).
- Anon.*: Offenes Bekenntnis. Unionspolitiker wollen den Andrang der

- Asylbewerber aus der Dritten Welt stoppen, Sozialdemokraten möchten Polen zurück in ihre Heimat schicken. Spiegel vom 17.02.1985, online: <https://www.spiegel.de/politik/offenes-bekanntnis-a-d3b9d9b1-0002-0001-0000-000013512529> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Anon.:* Der Druck muß sich erst noch erhöhen. Wie CDU und CSU mit dem Thema Asyl die Wahlen im Bund und in Bayern gewinnen wollen. Spiegel vom 24.08.1986, online: <https://www.spiegel.de/politik/der-druck-muss-sich-erst-noch-erhoehen-a-cf6b1dd7-0002-0001-0000-000013520281> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Arendt, Hannah:* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft: Antisemitismus. Imperialismus. Totale Herrschaft. 9. Aufl., München, Piper 2003.
- Arendt, Hannah:* Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen. 14. Aufl., München, Piper 2017.
- Arendt, Hannah:* The Human Condition, 2. Aufl., London, University of Chicago Press 1998.
- Arnauld, Andreas von:* Das Existenzminimum, in: Andreas von Arnauld/Andreas Musil (Hg.): Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts. Tübingen, Mohr Siebeck 2009: S. 252–308.
- Arndt, Sophie:* Ambivalente Rechtssubjektivität. Zur Position Asylsuchender in der gerichtlichen Interaktion. Zeitschrift für Rechtssoziologie, Jg. 35, Nr. 1 2016: S. 117–142.
- Atterdal, Fridtjof:* Corona-Quarantäne sorgt in einem Augsburger Asylheim für Ärger, Augsburger Allgemeine vom 07.05.2021, online: <https://www.augsburger-allgemeine.de/augsburg/Augsburg-Corona-Quarantaene-sorgt-in-einem-Augsburger-Asylheim-fuer-Aerger-id59631456.html> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Aubel, Tobias:* Das Gewährleistungsrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, in: Sigrid Emmenegger/Ariane Wiedmann (Hg.): Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern (Jg. 2). Berlin, De Gruyter 2011: S. 273–298.
- Auer, Marietta:* Hundert Klassiker der Weltliteratur. Rechtsgeschichte – Legal History, Nr. 24 2016: S. 430–433.
- Augsberg, Ino et al. (Hg.):* Recht auf Nicht-Recht: Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft. Weilerswist, Velbrück Wissenschaft 2020.
- Augsberg, Steffen:* Denken vom Ausnahmezustand her. Über die Unzulässigkeit der anormalen Konstruktion und Destruktion des Normativen, in: Felix Arndt et al (Hg.): Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 48. Assistententagung Öffentliches Recht 2008. Baden-Baden, Nomos 2009: S. 17–39.
- Aulenbacher, Brigitte (Hg.):* Für sich und andere sorgen: Krise und Zukunft von Care in der modernen Gesellschaft. Weinheim, Beltz Juventa 2014.
- Aumüller, Jutta et al.:* Die Aufnahme von Flüchtlingen in den Bundesländern und Kommunen: Behördliche Praxis und zivilgesellschaftliches Engagement. Stuttgart, Robert Bosch Stiftung 2015, online: [https://www.bosch-stiftung.de/sites/default/files/publications/pdf\\_import/Studie\\_Aufnahme\\_Fluechtlinge\\_2015.pdf](https://www.bosch-stiftung.de/sites/default/files/publications/pdf_import/Studie_Aufnahme_Fluechtlinge_2015.pdf) (zuletzt besucht am 10.08.2023).

- Baer, Susanne*: Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot – Der Abschied von Thelma und Louise. *Kriminologisches Journal*, Jg. 28, Nr. 4 1996: S. 242–260.
- Baer, Susanne*: Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.): *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*. Baden-Baden, Nomos 2004: S. 223–251.
- Baer, Susanne*: »Der Bürger« im Verwaltungsrecht: Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat. Tübingen, Mohr Siebeck 2006.
- Baer, Susanne*: Recht, in: Ruth Becker/Beate Kortendiek (Hg.): *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2010: S. 555–563.
- Baer, Susanne et al.*: Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse. Berlin, Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2010, online: [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise\\_mehrdimensionale\\_diskriminierung\\_jur\\_analyse.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_mehrdimensionale_diskriminierung_jur_analyse.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Baer, Susanne*: Recht als Praxis. Herausforderungen der Rechtsforschung heute. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jg. 36, Nr. 2 2016: S. 213–232.
- Baer, Susanne/Markard, Nora*: Art. 3 Abs. 2 und 3, in: Hermann von Mangoldt et al. (Hg.): *v. Mangoldt/Klein/Starck. Grundgesetz Kommentar – Band 1*. 7. Aufl., München, C.H. Beck 2018.
- Baer, Susanne/Sacksofsky, Ute*: Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, in: dies. (Hg.): *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*. Baden-Baden, Nomos 2018: S. 11–30.
- Baer, Susanne*: Democracy in Peril: a Call for Amici and Amicae Curiae and Critical Lawyering. *Transnational Legal Theory*, Jg. 10, Nr. 2 2019: S. 140–162.
- Baer, Susanne*: *Rechtssoziologie: Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*. 4. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2021.
- Bakewell, Oliver*: Unsettling the boundaries between forced and voluntary migration, in: Emma Carmel et al. (Hg.): *Handbook on the Governance and Politics of Migration*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing 2021: S. 124–136.
- Balibar, Étienne*: Is a Philosophy of Human Civic Rights Possible? New Reflections on Equaliberty. *South Atlantic Quarterly*, Jg. 103, Nr. 2–3 2004: S. 311–322.
- Balibar, Étienne*: *Gleichfreiheit: Politische Essays*. Berlin, Suhrkamp 2012.
- Barbour, Charles*: Between Politics and Law: Hannah Arendt and the Subject of Rights, in: Marco Goldoni/Chris McCorkindale (Hg.): *Hannah Arendt and the Law*. London, Bloomsbury Publishing 2012: S. 307–319.
- Barczak, Tristan*: *Der nervöse Staat : Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft*. Tübingen, Mohr Siebeck 2020.
- Barta, Heinz et al.* (Hg.): *Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag*. Innsbruck, Innsbruck Univ. Press 2013.

- Barthes, Roland*: Mythen des Alltags. Berlin, Suhrkamp 2010.
- Bast, Jürgen*: Zur Territorialität des Migrationsrechts, in: Frederik von Harbou/Jekaterina Markow (Hg.): Philosophie des Migrationsrechts. Tübingen, Mohr Siebeck 2020: S. 17–37.
- Bast, Jürgen*: Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung. Tübingen, Mohr Siebeck 2011.
- Bast, Jürgen/Möllers, Christoph*: Dem Freistaat zum Gefallen: über Udo Di Fabio's Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise. Verfassungsblog vom 16.01.2016, online: <https://verfassungsblog.de/dem-freistaat-zum-gefallen-ueber-udo-di-fabios-gutachten-zur-staatsrechtlichen-beurteilung-der-fluechtlingskrise/> (zuletzt besucht am 14.07.2023).
- Baumgärtel, Moritz*: The Challenge of Migratory Vulnerability in the European Court of Human Rights. Netherlands Quarterly of Human Rights, Jg. 38, Nr. 1 2020: S. 12–29.
- Baxi, Upendra*: The Future of Human Rights. 3. Aufl., New Delhi/Oxford, Oxford University Press 2008.
- Baxi, Upendra*: Human Rights in a Posthuman World. Critical Essays. New Delhi/Oxford, Oxford University Press 2009.
- Bayerischer Flüchtlingsrat*: Flüchtlingsrat zeigt Innenministerium wegen Flüchtlingsunterbringung an, Pressemitteilung vom 02.04.2020, online: <https://www.fluechtlingsrat-bayern.de/fluechtlingsrat-zeigt-innenministerium-und-bezirksregierungen-wegen-fluechtlingsunterbringung-an/> (zuletzt besucht am 15.10.21).
- Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*: Max-Immelmann-Kaserne Ankunfts- und Rückführungseinrichtung für Asylbewerber vom Balkan, Pressemitteilung vom 30.07.2015, online: <https://www.bayern.de/max-immelmann-kaserne-ankunfts-und-rueckfuehrungseinrichtung-fuer-asylbewerber-vom-balkan/> (zuletzt besucht am 20.08.2023).
- Beck, Ulrich/Grande, Edgar*: Jenseits des methodologischen Nationalismus: Außereuropäische und europäische Variationen der Zweiten Moderne. Soziale Welt, Jg. 61, Nr. 3–4 2010: S. 187–216.
- Becker, Howard S.*: Außenseiter: Zur Soziologie abweichenden Verhaltens. Frankfurt am Main, Fischer 1973.
- Becker, Florian*: § 230 Gebiets- und Personalhoheit des Staates, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.): Handbuch des Staatsrechts – Band 11: Internationale Bezüge. Heidelberg, C.F. Müller 2013.
- Beer, Mathias*: Die deutsche Nachkriegszeit als Lagergeschichte: Zur Funktion von Flüchtlingslagern im Prozess der Eingliederung, in: Henrik Bispinck/Katharina Hochmuth (Hg.): Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung. Berlin, Ch. Links Verlag 2014: S. 47–71.
- Benda, Ernst*: Der soziale Rechtsstaat, in: Ernst Benda et al. (Hg.): Handbuch des Verfassungsrechts. Berlin/New York, De Gruyter 1994: S. 719–797.
- Bender, Dominik/Bethke, Maria*: § 44 AsylG Schaffung und Unterhaltung von Aufnahmeeinrichtungen, in: Rainer Hofmann (Hg.): Hofmann. Ausländerrecht. 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2016.

- Benhabib, Seyla*: *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*. Cambridge, Cambridge University Press 2004.
- Benjamin, Walter*: *Gesammelte Schriften – Band II.1* (Hg. v. Rolf Tiedemann und Hermann Schweppenhäuser). Frankfurt am Main, Suhrkamp 1991.
- Bergmann, Jan*: § 47 AsylG Aufenthalt in Aufnahmeeinrichtungen, in: Jan Bergmann/Klaus Dienelt (Hg.): *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*. 14. Aufl, München, C.H. Beck 2022.
- Bergmann, Jan*: § 49 AsylG Entlassung aus der Aufnahmeeinrichtung, in: Jan Bergmann/Klaus Dienelt (Hg.): *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*. 14. Aufl, München, C.H. Beck 2022.
- Bergmann, Jan*: § 50 AsylG Landesinterne Verteilung, in: Jan Bergmann/Klaus Dienelt (Hg.): *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*. 14. Aufl, München, C.H. Beck 2022.
- Bergmann, Jan*: § 53 AsylG Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften, in: Jan Bergmann/Klaus Dienelt (Hg.): *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*. 14. Aufl, München, C.H. Beck 2022.
- Bergmann, Jan*: § 61 AsylG Erwerbstätigkeit, in: Jan Bergmann/Klaus Dienelt (Hg.): *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*. 14. Aufl, München, C.H. Beck 2022.
- Berlit, Uwe*: Paukenschlag mit Kompromisscharakter – zum SGBII-Regelleistungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010. *Kritische Justiz*, Jg. 43, Nr. 2 2010: S. 145–162.
- Bernstein, Richard J.*: Sind Hannah Arendts Reflexionen über das Böse noch relevant? *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Jg. 55, Nr. 4 2007: S. 573–586.
- Besson, Samantha*: *The Right to Have Rights: From Human Rights to Citizens' Rights and Back*, in: Marco Goldoni/Chris McCorkindale (Hg.): *Hannah Arendt and the Law*. London, Bloomsbury Publishing 2012: S. 335–355.
- Bicchieri, Cristina*: *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norms*. Cambridge, Cambridge University Press 2005.
- Binder, Beate et al.*: *Debatte: Autonomie der Migration*. *Zeitschrift für Kulturwissenschaften*, Jg. 5, Nr. 2 2011: S. 135–138.
- Birgül, Demirtas et al.* (Hg.): *Solingen, 30 Jahre nach dem Brandanschlag: Rassismus, extrem rechte Gewalt und die Narben einer vernachlässigten Aufarbeitung*. Bielefeld, transcript 2023.
- Birk, Ulrich-Arthur*: § 1 AsylbLG Leistungsberechtigte, in: Renate Bieritz-Harder et al. (Hg.): *Bieritz-Harder/Conradis/Thie. Sozialgesetzbuch XII. Lehr- und Praxiskommentar*. 12. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2020.
- Bischoff, Doerte et al.* (Hg.): *Exil, Flucht, Migration: Konfligierende Begriffe, vernetzte Diskurse?* Berlin/Boston, De Gruyter 2022.
- Bispinck, Henrik/Hochmuth, Katharina* (Hg.): *Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung*. Berlin, Ch. Links Verlag 2014.
- Blandy, Sarah/Sibley, David*: *Law, Boundaries and the Production of Space*. *Social & Legal Studies*, Jg. 19, Nr. 3 2010: S. 275–284.
- Blankenburg, Erhard*: *Mobilisierung des Rechts: Eine Einführung in die Rechtssoziologie*. Berlin/Heidelberg, Springer 1995.
- Blasius, Dirk*: *Preußische Bindungen. Carl Schmitts »Ausnahmezustand« in*

- verfassungsgeschichtlicher Perspektive, in: Rüdiger Voigt (Hg.): Ausnahmezustand. Baden-Baden, Nomos 2013: S. 115–127.
- Blöndal, Erna Kristín/Arnardóttir, Oddný Mjöll*: Non-Refoulement in Strasbourg: Making Sense of the Assessment of Individual Circumstances. Oslo Law Review, Jg. 5, Nr. 3 2018: S. 147–174.
- Bodenbender, Werner*: § 53 Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften, in: Michael Funke-Kaiser (Hg.): Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz (Aktualisierungslieferung Nr. 143/August 2023). Neuwied u.a., Luchterhand 1992.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen. Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 31, Nr. 38 1978: S. 1881–1890.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. 7. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2019.
- Bogdandy, Armin von*: § 232 Prinzipien von Staat und Organisation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.): Handbuch des Staatsrechts – Band 11: Internationale Bezüge. Heidelberg, C.F. Müller 2013.
- Bojadžijev, Manuela*: Das Spiel der Autonomie der Migration. Zeitschrift für Kulturwissenschaft, Jg. 5, Nr. 2 2011: S. 139–146.
- Bojadžijev, Manuela*: Die windige Internationale: Rassismus und Kämpfe der Migration. Münster, Westfälisches Dampfboot 2008.
- Bojadžijev, Manuela et al.*: Das Rätsel der Ankunft. Von Lagern und Gespennern. Kurswechsel, Nr. 3 2003: S. 39–52.
- Bojadžijev, Manuela/Karakayali, Serbat*: Autonomie der Migration. 10 Thesen zu einer Methode, in: TRANSIT MIGRATION Forschungsgruppe (Hg.): Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas. Bielefeld, transcript 2015: S. 203–209.
- Boldt, Hans*: Ausnahmezustand, in: Otto Brunner et al. (Hg.): Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Stuttgart, Klett-Cotta 2004: S. 343–376.
- Bönnemann, Maxim/Pichl, Maximilian*: Postkoloniale Rechtstheorie, in: Sonja Buckel et al. (Hg.): Neue Theorien des Rechts. 3. Aufl., Tübingen/Stuttgart, Mohr Siebeck/UTB 2020: S. 359–375.
- Born, Manuela*: Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Leistungen für Asylbewerber. Hamburg, Kovač 2014.
- Boulanger, Christian et al.*: Interdisziplinäre Rechtskritik und das Andere des Rechts. Kritische Justiz, Jg. 43, Nr. 4 2010: S. 431–435.
- Bourdieu, Pierre*: Die Kraft des Rechts. Elemente einer Soziologie des juristischen Feldes, in: Andrea Kretschmann (Hg.): Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus. Weilerswist, Velbrück Wissenschaft 2019: S. 35–76.
- Brachthäuser, Franziska/Haffner, Anton*: Gekommen, um zu bleiben. Das Krisenregime in Europa und die Rede vom Ausnahmezustand. Kritische Justiz, Jg. 50, Nr. 1 2017: S. 19–29.
- Braun, Virginia/Clarke, Victoria*: Using Thematic Analysis in Psychology. Qualitative Research in Psychology, Jg. 3, Nr. 2 2006: S. 77–101.

- Brauser-Jung, Gerrit/Lange, Meik*: Das neue Bewachungsgewerberecht auf dem Prüfstand. *Gewerbearchiv*, Jg. 49, Nr. 6 2003: S. 224–230.
- Breen, Keith*: Law beyond Command? An Evaluation, in: Marco Goldoni/Chris McCorkindale (Hg.): *Hannah Arendt and the Law*. London, Bloomsbury Publishing 2012: S. 15–34.
- Breidenstein, Georg et al.*: *Ethnografie: Die Praxis der Feldforschung*. Konstanz, UTB 2015.
- Breuer, Franz*: Subjectivity and Reflexivity in the Social Sciences: Epistemic Windows and Methodical Consequences. *Forum Qualitative Sozialforschung*, Jg. 4, Nr. 2 2003, online: <https://doi.org/10.17169/fqs-4.2.698> (zuletzt besucht am 20.07.2023).
- Broderick, Andrea*: A Reflection on Substantive Equality Jurisprudence: The standard of scrutiny at the ECtHR for differential treatment of Roma and persons with disabilities. *International Journal of Discrimination and the Law*, Jg. 15, Nr. 1–2 2015: S. 101–122.
- Broß, Siegfried*: Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben aus verfassungsrechtlicher Sicht. *WSI-Mitteilungen*, Nr. 10 2008: S. 577–579.
- Brown, Wendy*: Suffering Rights as Paradoxes. *Constellations*, Jg. 7, Nr. 2 2000: S. 208–229.
- Brunhöber, Beatrice*: Recht als Potenz: Agambens »Homo Sacer« und eine (postmoderne) Rechtsgeltungstheorie des potentiellen Rechts. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Jg. 94, Nr. 1 2008: S. 111–130.
- Buckel, Sonja*: Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts. 2. Aufl., Weilerswist, Velbrück Wissenschaft 2007.
- Buckel, Sonja*: Neo-Materialistische Rechtstheorie, in: Sonja Buckel et al. (Hg.): *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart, Lucius & Lucius 2008: S. 113–137.
- Buckel, Sonja*: »Welcome to Europe«: die Grenzen des europäischen Migrationsrechts; juristische Auseinandersetzungen um das »Staatsprojekt Europa«. Bielefeld, transcript 2013.
- Buckel, Sonja et al.*: Staat, Europa und Migrationskontrollen: Theoretische Grundlagen einer materialistischen Perspektive, in: Forschungsgruppe »Staatsprojekt Europa« (Hg.): *Kämpfe um Migrationspolitik. Theorie, Methode und Analysen kritischer Europaforschung*. Bielefeld, transcript 2014: S. 21–42.
- Buckel, Sonja*: Die Bürde der subjektiven Rechte – Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsphilosophie Christoph Menkes. *Kritische Justiz*, Jg. 50, Nr. 4 2017: S. 461–474. Auch erschienen in: Andreas Fischer-Lescano et al. (Hg.): *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*. Tübingen, Mohr Siebeck 2018: S. 126–140.
- Buckel, Sonja et al.* (Hg.): *Kämpfe um Migrationspolitik seit 2015. Zur Transformation des europäischen Migrationsregimes*. Bielefeld, transcript 2021.
- Buckel, Sonja et al.*: Rechtskämpfe. Eine gesellschaftstheoretische Perspektive auf strategische Prozessführung und Rechtsmobilisierung. *Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft*, Jg. 7, 2021: S. 45–82.

- Buckel, Sonja/Wissel, Jens*: State Project Europe: The Transformation of the European Border Regime and the Production of Bare Life. *International Political Sociology*, Jg. 4, Nr. 1 2010: S. 33–49.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und UNICEF*: Mindeststandards zum Schutz von geflüchteten Menschen in Flüchtlingsunterkünften. 2021, online: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/117472/7b4cb6a1c8395449cc26a51f407436d8/mindeststandards-zum-schutz-von-gefluechteten-menschen-in-fluechtlingsunterkuenften-data.pdf> (zuletzt besucht am 20.07.2023).
- Bundesverband der Sicherheitswirtschaft*: Deutschland (noch) sicherer machen – Sicherheitsdienstleistungsgesetz verabschieden. Positions- und Forderungspapier des BDSW (Bundesverband der Sicherheitswirtschaft) zur Bundestagswahl 2021 und für die 20. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages. Berlin/Bad Homburg, 2021, online: [https://www.bdsw.de/images/broschueren/Deutschland\\_sicherer\\_machen\\_-\\_Eckpunkt Papier\\_BDSW\\_-\\_2021.pdf](https://www.bdsw.de/images/broschueren/Deutschland_sicherer_machen_-_Eckpunkt Papier_BDSW_-_2021.pdf) (zuletzt besucht am: 08.10.2021).
- Bundesverwaltungsgericht*: Pressemitteilung Nr. 48/2023 vom 15.06.2023, online: <https://www.bverwg.de/pm/2023/48> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Burghart, Axel*: Art. 2 GG, in: Gerhard Leibholz/Hans-Justus Rinck (Hg.): Grundgesetz Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (85. Aktualisierungslieferung). Köln, Dr. Otto Schmidt 2022.
- Burgi, Martin*: § 18 Rechtsregime, in: Wolfgang Hoffmann-Riem et al. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation. 2. Aufl., München, C.H. Beck 2012.
- Burgi, Martin*: Beleihung und Verwaltungshilfe, in: Rolf Stober et al. (Hg.): Handbuch des Sicherheitsgewerberechts. München, C.H. Beck 2004: S. 585–602.
- Burgi, Martin*: § 75 Privatisierung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.): Handbuch des Staatsrechts – Band 4: Aufgaben des Staates. 3. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller 2006.
- Butler, Judith*: *Frames of War: When Is Life Grievable?* London/New York, Verso 2009.
- Cantzler, Constantin*: Asylbewerberleistungsgesetz: Handkommentar. Baden-Baden, Nomos 2019.
- Carstens, Uwe*: Die Flüchtlingslager der Stadt Kiel: Sammelunterkünfte als desintegrierender Faktor der Flüchtlingspolitik. Marburg, Elwert 1992.
- Castles, Stephen*: Understanding Global Migration: A Social Transformation Perspective. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Jg. 36, Nr. 10 2010: S. 1565–1586.
- Castro Varela, María do Mar/Mansouri, Malika*: Das Erbe kritisch betrachten: Verflechtungen von Kolonialismus, Rassismus und Migrationsrechtsetzung, in: Frederik von Harbou/Jekaterina Markow (Hg.): Philosophie des Migrationsrechts. Tübingen, Mohr Siebeck 2020: S. 291–316.
- Chetail, Vincent*: Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of

- Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel. *European Journal of International Law*, Jg. 27, Nr. 4 2016: S. 901–922.
- Chetail, Vincent*: The Common European Asylum System: Bric-à-brac or System?, in: Vincent Chetail et al. (Hg.): *Reforming the Common European Asylum System. The new European Refugee Law*. Leiden, Netherlands/Boston [Massachusetts], Brill Nijhoff 2016: S. 1–38.
- Christ, Simone et al.*: »All day waiting«: Konflikte in Unterkünften für Geflüchtete in NRW. BICC Working Paper 3, Bonn 2017, online: [https://www.bicc.de/uploads/tx\\_bicctools/BICC\\_WP\\_3\\_2017\\_web\\_01.pdf](https://www.bicc.de/uploads/tx_bicctools/BICC_WP_3_2017_web_01.pdf) (zuletzt besucht am 20.07.2023).
- Clayton, Gina*: Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v. Belgium and Greece. *Human Rights Law Review*, Jg. 11, Nr. 4 2011: S. 758–773.
- Cohen, Jean L.*: *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*. Cambridge, Cambridge University Press 2012.
- Coleman, Mathew/Grove, Kevin*: Biopolitics, Biopower, and the Return of Sovereignty. *Environment and Planning D: Society and Space*, Jg. 27, Nr. 3 2009: S. 489–507.
- Collins, Patricia Hill*: The Social Construction of Black Feminist Thought, in: Joy James/T. Denean Sharpley-Whiting (Hg.): *The Black Feminist Reader*. Malden [Massachusetts], Blackwell 2000: S. 183–207.
- Combahee River Collective*: A Black Feminist Statement, in: Joy James/T. Denean Sharpley-Whiting (Hg.): *The Black Feminist Reader*. Malden [Massachusetts], Blackwell 2000: S. 261–270.
- Cooper, Brittney*: Intersectionality, in: Mary Hawkesworth/Lisa Disch (Hg.): *The Oxford Handbook of Feminist Theory*. New York, Oxford University Press 2016: S. 385–406.
- Cords, Lars-Christian*: *Das Verfahren vor dem Oberlandesgericht Schleswig über die Anschläge in Mölln im November 1992: Dokumente und Eindrücke*. Kiel, Landeszentrale für Politische Bildung Schleswig-Holstein 1994.
- Cover, *Robert M.*: The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, Jg. 97, Nr. 1 1983: S. 1–306.
- Cover, *Robert M.*: Violence and the Word. *The Yale Law Journal*, Jg. 95, Nr. 8 1986: S. 1601–1629.
- Cremer, Hendrik*: *Menschenrechtliche Verpflichtungen bei der Unterbringung von Flüchtlingen. Empfehlungen an die Länder, Kommunen und den Bund*. Berlin, Deutsches Institut für Menschenrechte 2014, online: [https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/\\_migrated/tx\\_commerce/Policy\\_Paper\\_26\\_Menschenrechtliche\\_Verpflichtungen\\_bei\\_der\\_Unterbringung\\_von\\_Fluechtlingen\\_01.pdf](https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/_migrated/tx_commerce/Policy_Paper_26_Menschenrechtliche_Verpflichtungen_bei_der_Unterbringung_von_Fluechtlingen_01.pdf) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Cremer, Hendrik/Engelmann, Claudia*: *Hausordnungen menschenrechtskonform gestalten: das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung*. Berlin Deutsches Institut für Menschenrechte 2018, online: [https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Analyse\\_Studie/Analyse\\_Hausordnungen\\_menschenrechtskonform\\_gestalten.pdf](https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Analyse_Studie/Analyse_Hausordnungen_menschenrechtskonform_gestalten.pdf) (zuletzt besucht am 20.07.2023).

- Crenshaw, Kimberlé*: Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. University of Chicago Legal Forum, Nr. 1 1989: S. 139–167.
- Dauvergne, Catherine*: Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times. The Modern Law Review, Jg. 67, Nr. 4 2004: S. 588–615.
- Dauvergne, Catherine*: Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law. Cambridge, Cambridge University Press 2008.
- Decker, Andreas*: § 5 AsylbLG Arbeitsgelegenheiten, in: Andreas Decker et al. (Hg.): BeckOK Migrations- und Integrationsrecht. 11. Aufl., München, C.H. Beck 2022.
- Delaney, David*: The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations. New York, Routledge 2010.
- Dellwing, Michael*: Recht und Devianz als Interaktion. Devianz- und Rechtssoziologie in Prozessstudien. Wiesbaden, Springer 2015.
- Denninger, Erhard*: Ende der ›subjektiven Rechte‹? Anmerkungen zu Christoph Menke, Kritik der Rechte. Kritische Justiz, Jg. 51, Nr. 3 2018: S. 316–326.
- Depenheuer, Otto*: Selbstbehauptung des Rechtsstaates. Paderborn, Schöningh 2007.
- Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph*: Vorwort, in: dies. (Hg.): Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht. Paderborn, Schöningh 2016: S. 7–8.
- Derrida, Jacques*: Gesetzeskraft: Der »mystische Grund der Autorität«. 8. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2017.
- Detjen, Stephan/Steinbeis, Maximilian*: Die Zauberlehrlinge: Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch. Stuttgart, Klett-Cotta 2019.
- Deutsches Institut für Menschenrechte*: Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland Januar 2015 – Juni 2016 (Menschenrechtsbericht). Berlin, 2016, online: [https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Menschenrechtsbericht\\_2016.pdf](https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Menschenrechtsbericht_2016.pdf) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Di Fabio, Udo*: Sicherheit in Freiheit. Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 61, Nr. 7 2008: S. 421–425.
- Dingeldey, Irene*: Wohlfahrtsstaatlicher Wandel zwischen Arbeitszwang und Befähigung: Eine vergleichende Analyse aktivierender Arbeitsmarktpolitik in Deutschland, Dänemark und Großbritannien. Berliner Journal für Soziologie, Jg. 17, Nr. 2 2007: S. 189–209.
- Döbmann, Indra Spiecker et al.* (Hg.): Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – Band 77: Fragmentierungen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Jg. 77 2018.
- Dollinger, Franz-Wilhelm*: § 1 Leistungsberechtigte, in: Jutta Siefert (Hg.): Siefert/Dollinger/Krauß. AsylbLG: Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar. 2. Aufl., München, C.H. Beck 2020.

- Dombert, Matthias/Scharfenberg, Laura*: Qualitätsanforderungen an den Betrieb von Notunterkünften in Berlin – Gutachten. Potsdam, 2016 (Das Gutachten liegt der Verfasserin vor).
- Doßmann, Axel et al.*: Barackenlager. Zur Nutzung einer Architektur der Moderne, in: Ludger Schwarte (Hg.): Auszug aus dem Lager. Zur Überwindung des modernen Raumparadigmas. Bielefeld, transcript 2007: S. 220–245.
- Dreier, Horst et al.* (Hg.): Raum und Recht. Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät. Berlin, Duncker & Humblot 2002.
- Drüen, Klaus-Dieter*: Verschränkungen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Regime im Verwaltungsrecht, in: Ute Sacksofsky (Hg.): Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – Band 79: Öffentliches Recht und Privatrecht, Jg. 79 2020: S. 127–244.
- Dümmel, Nikolaus*: Social Law's Stories. Moralien im Gebrauch des Sozialhilferechts, in: Herbert Leirer et al. (Hg.): Sozialer Ausschluss – Begriffe, Praktiken und Gegenwehr. Baden-Baden, Nomos 2000: S. 113–128.
- Duwe, Thomas*: Was ist ›Multinormativität‹? – Einführende Bemerkungen. Rechtsgeschichte – Legal History, Jg. 25 2017: S. 88–101.
- Dyk, Silke van/Haubner, Tine*: Community-Kapitalismus. Hamburg, Hamburger Edition 2021.
- Dyzenhaus, David*: The Constitution of Law: Legality In A Time Of Emergency. Cambridge/New York, Cambridge University Press 2006.
- Dyzenhaus, David*: The Concept of the Rule-of-Law State in Carl Schmitt's Verfassungslehre, in: Jens Meierhenrich/Oliver Simons (Hg.): The Oxford Handbook of Carl Schmitt. New York, Oxford University Press 2016: S. 490–510.
- Ehlers, Dirk*: Allgemeines Verwaltungsrecht. 15. Aufl., Berlin, De Gruyter 2016.
- Ehrlich, Eugen*: Grundlegung der Soziologie des Rechts. 4. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot 1989.
- Eichenhofer, Eberhard*: Kapitel 1 Gesellschaftliche und gesamtwirtschaftliche Bedeutung existenzsichernder Sozialleistungen, in: Uwe Berlit et al. (Hg.): Existenzsicherungsrecht. SGB II, SGB XII, AsylbLG, Verfahrensrecht: Handbuch. 3. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2019.
- Eick, Volker et al.*: Zwischen Sozialintegration und Arbeitszwang: Gemeinnützige Beschäftigungsinitiativen in den USA und der Bundesrepublik. WSI Mitteilungen, Jg. 57, Nr. 11 2004: S. 610–616.
- Eicken, Barbara von*: Fürsorglicher Zwang: eine Untersuchung zur Legitimation von Freiheitsbeschränkung und Heilbehandlung in Einrichtungen für psychisch kranke, für geistig behinderte und für alte Menschen. Köln, Bundesanzeiger 1990.
- Eifert, Martin*: § 19 Regulierungsstrategien, in: Wolfgang Hoffmann-Riem et al. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation. 2. Aufl., München, C.H. Beck 2012.
- Engelmann, Andreas*: Rechtsgeltung als institutionelles Projekt. Zur kulturellen Verortung eines rechtswissenschaftlichen Begriffs. Weilerswist, Velbrück Wissenschaft 2020.

- Engler, Anne-Marlen*: Hausverbote in Flüchtlingsunterkünften. Asylmagazin, Nr. 5 2018: S. 154–161.
- Engler, Anne-Marlen*: Der Ausnahmezustand als rechtssoziologische Analyse. Ein Debattenbeitrag. Kriminologisches Journal, Jg. 52, Nr. 2 2019: S. 143–149.
- Engler, Anne-Marlen/Sußner, Petra*: Ordnungspolitische Funktion und struktursensibler Gewaltschutz. Zur Durchsetzung von Gewaltschutzansprüchen schutzbedürftiger Personen in Geflüchtetenunterkünften, in: J. Olaf Kleist et al. (Hg.): Gewaltschutz in Geflüchtetenunterkünften. Bielefeld, transcript 2019: S. 127–151.
- Engler, Anne-Marlen*: Private Sicherheitsfirmen in Flüchtlingsunterkünften. Probleme, Befugnisse, Grenzen des Handelns privater Akteure im öffentlichen Auftrag. Asylmagazin, Nr. 4 2019: S. 94–100.
- Engler, Anne-Marlen*: Wohnen als ordnungspolitische Funktion: Deutsche Flüchtlingsunterbringung zwischen dem Recht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung und der Abgrenzung zum Freiheitsentzug. Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, Jg. 39, Nr. 9–10 2019: S. 323–27.
- Engler, Anne-Marlen/Wiesmann, Martin*: Die Wohnung ist manchmal verletztlich – Art. 13 GG in Erstaufnahmeeinrichtungen. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Jg. 42, Nr. 12 2023: S. 881–886.
- Erbguth, Wilfried/Guckelberger, Annette*: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht. Baden-Baden, Nomos 2018.
- Ernst, Christian*: Die Wahrnehmung des öffentlichen Hausrechts durch private Sicherheitsdienste. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Jg. 34, Nr. 6 2015: S. 333–338.
- 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, online: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_15\\_5699](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_5699) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Europäische Kommission*: Vertragsverletzungsverfahren im Oktober: Entscheidungen zu Deutschland, Pressemitteilung vom 10.10.2019, online: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf\\_20\\_1687](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_20_1687) (zuletzt besucht am 31.03.2022).
- Europäisches Parlament*: Tampere Europäischer Rat 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitizes, online: [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm) (zuletzt besucht am 21.02.2021).
- Farabat, Anuscheh/Markard, Nora*: Forced Migration Governance: In Search of Sovereignty. German Law Journal, Jg. 17, Nr. 6 2016: S. 923–948.
- Fasselt, Ursula*: Vor § 1 AsylbLG, in: Otto Fichtner/Gerd Wenzel (Hg.): Fichtner/Wenzel. Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe: Asylbewerberleistungsgesetz. 4. Aufl., München, Vahlen 2009.
- Fasselt, Ursula*: § 3 AsylbLG Grundleistungen, in: Otto Fichtner/Gerd Wenzel (Hg.): Fichtner/Wenzel. Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe: Asylbewerberleistungsgesetz. 4. Aufl., München, Vahlen 2009.

- Fassin, Didier*: Humanitarian Reason: a Moral History of the Present. Berkeley/Los Angeles, University of California Press 2012.
- Federici, Silvia*: Aufstand aus der Küche: Reproduktionsarbeit im globalen Kapitalismus und die unvollendete feministische Revolution. 2. Aufl., Münster, edition assemblage 2015.
- Felski, Rita*: The Limits of Critique. Chicago u.a., University of Chicago Press 2015.
- Fineman, Martha*: The Vulnerable Subject and the Responsive State. Emory Law Journal, Jg. 60, Emory Public Law Research Paper Nr. 10 – 130 2010, online: <https://ssrn.com/abstract=1694740> (zuletzt besucht am 19.07.2023).
- Fineman, Martha*: The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. Yale Journal of Law & Feminism, Jg. 20, Nr. 1 2008: S. 1–23.
- Finke, Jasper*: Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht. Archiv des öffentlichen Rechts, Jg. 140, Nr. 4 2015: S. 514–541.
- Fink-Eitel, Hinrich*: Foucault zur Einführung. Hamburg, Junius 1989.
- Fisahn, Andreas*: Eine kritische Theorie des Rechts: Zur Diskussion der Staats- und Rechtstheorie von Franz L. Neumann. Aachen, Shaker 1995.
- Fisahn, Andreas*: Herrschaft im Wandel. Überlegungen zu einer kritischen Theorie des Staates. Köln, PapyRossa 2008.
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther*: Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts. Frankfurt am Main, Suhrkamp 2006.
- Fischer-Lescano et al.*: Einleitung, in: ders. et al. (Hg.): Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts. Tübingen, Mohr Siebeck 2018: S. I–II.
- Fischer-Lescano, Andreas et al.* (Hg.): Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts. Tübingen, Mohr Siebeck 2018.
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther*: Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter, in: Sonja Buckel et al. (Hg.): Neue Theorien des Rechts. 3. Aufl., Tübingen/Stuttgart, Mohr Siebeck/UTB 2020: S. 157–170.
- Flatscher, Matthias/Seitz, Sergej*: Destruktion der Souveränität. Das Verhältnis von Ordnung und Störung in Christoph Menkes Rechtsphilosophie, in: Andreas Fischer-Lescano et al. (Hg.): Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts. Tübingen, Mohr Siebeck 2018: S. 165–185.
- Fließner, Ortlieb*: Rechtsetzung in Deutschland: Gesetzgebung in der Demokratie. Baden-Baden, Nomos 2013.
- Flüchtlingsrat Berlin*: »Konflikte sind hausgemacht – Massenunterkunft in Tempelhofer Hangars ist unverantwortlich«, Pressemitteilung vom 30.11.2015, online: <https://fluechtlingsrat-berlin.de/presseerklaerung/konflikte-sind-hausgemacht-massenunterkunft-in-tempelhofer-hangars-ist-unverantwortlich/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Flüchtlingsrat Berlin*: Rechtsfreie Zone im Bezirksamt Mitte? Sozialbehörde bekämpft Obdachlose statt Obdachlosigkeit, Pressemitteilung vom 16.01.2018, online: <https://fluechtlingsrat-berlin.de/presseerklaerung/rechtsfreie-zone-im-bezirksamt-mitte/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Flüchtlingsrat Brandenburg*: Christkind in Oberhavel nicht willkommen,

- Pressmitteilung vom 18.12.2014, online: <https://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/christkind-in-oberhavel-nicht-willkommen/> (zuletzt besucht am 10.08.2022).
- Förster, Jürgen*: Taking Schmitt Seriously. *Leviathan*, Jg. 38, Nr. 4 2010: S. 617–635.
- Foucault, Michel*: Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses. 20. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2017.
- Foucault, Michel*: Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernementalität II: Vorlesungen am Collège de France. 7. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2019.
- Fraenkel, Ernst*: Der Doppelstaat. 3. Aufl., Hamburg, Europäische Verlagsanstalt/Rotbuch Verlag 2012.
- Frankenberg, Günter*: Staatstechnik: Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand. Berlin, Suhrkamp 2010.
- Frankenberg, Günter*: Im Ausnahmezustand. *Kritische Justiz*, Jg. 50, Nr. 1 2017: S. 3–18.
- Franzius, Claudio*: Der »Gewährleistungsstaat« – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat? *Der Staat*, Jg. 42, Nr. 4 2003: S. 493–517.
- Franzius, Claudio*: Gewährleistung im Recht. Tübingen, Mohr Siebeck 2009.
- Franzius, Claudio*: § 4 Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem et al. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation. 2. Aufl., München, C.H. Beck 2012.
- Franzki, Hannah*: Post-Juridische Rechtstheorien: Benjamin, Menke, Loick, in: Sonja Buckel et al. (Hg.): Neue Theorien des Rechts. 3. Aufl., Tübingen/Stuttgart, Mohr Siebeck/UTB 2020: S. 67–84.
- Fraser, Nancy*: Die Transnationalisierung der Öffentlichkeit, in: Johanna Dorer et al. (Hg.): Medien – Politik – Geschlecht: Feministische Befunde zur politischen Kommunikationsforschung. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2008: S. 18–34.
- Frerichs, Konrad*: § 1 AsylbLG Leistungsberechtigte, in: Rainer Schlegel/Thomas Voelzke (Hg.): *juris PraxisKommentar SGB XII*. 3. Auflage (Werkstand: 05.2023), Saarbrücken, Juris 2020.
- Frerichs, Konrad*: § 3a AsylbLG Bedarfssätze der Grundleistungen, in: Rainer Schlegel/Thomas Voelzke (Hg.): *juris PraxisKommentar SGB XII*. 3. Auflage (Werkstand: 12.2022), Saarbrücken, Juris 2020.
- Frerichs, Konrad*: § 3 AsylbLG Grundleistungen, in: Rainer Schlegel/Thomas Voelzke (Hg.): *juris PraxisKommentar SGB XII*. 3. Auflage (Werkstand: 05.2023), Saarbrücken, Juris 2020.
- Frerichs, Konrad*: Verfassungsrechtliche Spielräume des Gesetzgebers bei der Verhinderung sozialleistungsmotivierter Wanderbewegungen. *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, Nr. 7 2014: S. 279–288.
- Frings, Dorothee*: Gewaltschutz in Flüchtlingseinrichtungen. *Streit*, Nr. 4 2015: S. 148–156.
- Frohwerk, Arno*: Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR. Tübingen, Mohr Siebeck 2012.

- Frost, Tom*: Agamben's Sovereign Legalization of Foucault. *Oxford Journal of Legal Studies*, Jg. 30, Nr. 3 2010: S. 545–577.
- Fuchs, Gesine*: Rechtsmobilisierung. Ein Systematisierungsversuch. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jg. 41, Nr. 1 2021: S. 1–23.
- Fuchs, Walter et al.*: Migration, Legalität und Kriminalität: Rechtssoziologische Wissensdefizite im Schatten administrativen Wissens. *Österreichische Zeitschrift für Soziologie*, Jg. 41, Nr. 2 2016: S. 103–123.
- Funke-Kaiser, Michael*: § 44 Schaffung und Unterhaltung von Aufnahmeeinrichtungen, in: ders. (Hg.): *Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz (Aktualisierungslieferung Nr. 143/August 2023)*. Neuwied u.a., Luchterhand 1992.
- Funke-Kaiser, Michael*: § 47 Aufenthalt in Aufnahmeeinrichtungen, in: ders. (Hg.): *Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz (Aktualisierungslieferung Nr. 143/August 2023)*. Neuwied u.a., Luchterhand 1992.
- Ganter, Jonas*: Das menschenwürdige Existenzminimum zwischen Karlsruhe und Luxemburg. *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, Nr. 3 2020: S. 113–119.
- Gehring, Petra*: Gesetzeskraft und mystischer Grund. Die Dekonstruktion nähert sich dem Recht, in: Hans-Dieter Gondek/Bernhard Waldenfels (Hg.): *Einsätze des Denkens: Zur Philosophie von Jacques Derrida*. Frankfurt am Main, Suhrkamp 1997: S. 226–255.
- Geiger, Theodor*: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. 4. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot 1987.
- Geismann, Maria*: Artikel 288 AEUV, in: Hans von der Groeben et al. (Hg.): *Europäisches Unionsrecht. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 7. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2015.
- Georgi, Fabian et al.*: Fachkräftemangel, Lohndumping und Puzzle-Politik: Die europäische »Blue Card« als arbeitskraftpolitisches Projekt, in: Forschungsgruppe »Staatsprojekt Europa« (Hg.): *Kämpfe um Migrationspolitik. Theorie, Methoden und Analysen kritischer Europaforschung*. Bielefeld, transcript 2014: S. 209–226.
- Gerhard, Ute*: *Für eine andere Gerechtigkeit: Dimensionen feministischer Rechtskritik*. Frankfurt/New York, Campus 2018.
- Gerloff, Volker*: Der neue Regelbedarfssatz für alleinlebende Erwachsene in Sammelunterkünften nach dem AsylbLG. *Anwalt/Anwältin im Sozialrecht*, Nr. 2 2020: S. 49–54.
- Gerloff, Volker*: Wucherpreise für Sammelunterkünfte in Berlin? *Asylmagazin*, Nr. 6 2022: S. 189 – 194.
- Gern, Alfons/Brining, Christoph*: *Deutsches Kommunalrecht*. 4. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2019.
- Gesellschaft für Freiheitsrechte*: Ich bin stolz, dass meine Klage nun zum Verfassungsgericht geht, Interview mit Kamalraj G vom 19.04.2021, online: <https://freiheitsrechte.org/themen/soziale-teilhabe/existenzminimum/interview-kamalraj-g> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Geulen, Eva*: *Giorgio Agamben zur Einführung*. 2. Aufl., Hamburg, Junfermann 2009.

- Geulen, Eva et al.*: Vorwort der Herausgeber, in: Eva Geulen et al. (Hg.): Hannah Arendt und Giorgio Agamben: Parallelen, Perspektiven, Kontroversen. Paderborn/München Wilhelm Fink 2008: S. 7–10.
- Giddens, Anthony*: *The Consequences of Modernity*. Stanford [Calif.], Stanford University Press 1990.
- Giesler, Susanne*: § 44 AsylG Schaffung und Unterhaltung von Aufnahmeeinrichtungen, in: Bertold Huber/Johanna Mantel (Hg.): Huber/Mantel. Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz. Kommentar. 3. Aufl., München, C.H. Beck 2021.
- Giesler, Susanne*: § 47 AsylG Aufenthalt in Aufnahmeeinrichtungen, in: Bertold Huber/Johanna Mantel (Hg.): Huber/Mantel. Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz. Kommentar. 3. Aufl., München, C.H. Beck 2021.
- Giesler, Susanne*: § 49 AsylG Entlassung aus der Aufnahmeeinrichtung, in: Bertold Huber/Johanna Mantel (Hg.): Huber/Mantel. Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz. Kommentar. 3. Aufl., München, C.H. Beck 2021.
- Glauben, Paul J.*: Unterbringung von Flüchtlingen als Pflichtaufgabe der kommunalen Selbstverwaltung. *Die Öffentliche Verwaltung*, Jg. 47, 1994: S. 821–824.
- Goebel, Simon*: Push back und pull down. Arbeit als Steuerungsinstrument der Asylpolitik, in: Alexandra David et al. (Hg.): *Migration und Arbeit. Herausforderungen, Problemlagen und Gestaltungsinstrumente*. Opladen/Berlin/Toronto Barbara, Budrich 2019: S. 105–128.
- Goffman, Erving*: *Asyle: Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen*. Frankfurt am Main, Suhrkamp 1973.
- Goldner, Gloria*: Beschwerdeverfahren für geflüchtete Menschen in Unterkünften. Berlin, Frauenhauskoordinierung e. V. 2019, online: [https://www.frauenhauskoordinierung.de/fileadmin/redakteure/Publikationen/Handreichung\\_BM\\_Flucht/FHK\\_Handreichung\\_BM\\_fuer\\_gefuechtete\\_Menschen\\_web.pdf](https://www.frauenhauskoordinierung.de/fileadmin/redakteure/Publikationen/Handreichung_BM_Flucht/FHK_Handreichung_BM_fuer_gefuechtete_Menschen_web.pdf) (zuletzt abgerufen am 01.12.2022).
- Götzke, Mafred*: Flüchtlinge in Dauer-Notunterkunft – Eheleben im Hangar, DLF-Magazin vom 19.10.2017, online: <https://www.deutschlandfunk.de/fluechtlinge-in-dauer-notunterkunft-eheleben-im-hangar-100.html> (zuletzt besucht am 24.03.2022).
- Göztepe, Ece*: Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat, in: Matthias Lemke (Hg.): *Ausnahmezustand: Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven*. Wiesbaden, Springer 2017: S. 105–127.
- Graebisch, Christine M.*: Krimmigration: Die Verwobenheit strafrechtlicher mit migrationsrechtlicher Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung des Pre-Crime-Rechts für »Gefährder«. *Kriminologie – Das Online-Journal*, Nr. 1 2019: S. 75–103.
- Gramm, Christof*: Schranken der Personalprivatisierung bei der inneren Sicherheit. *Zugleich ein Beitrag zur Rechtsdogmatik des Art. 33 Abs. 4 GG*. *Verwaltungsarchiv*, Jg. 90, 1999: S. 329–360.
- Gratton, Peter*: What More Is There to Say? Revisiting Agamben's Depiction of Homo Sacer. *The European Legacy*, Jg. 16, Nr. 5 2011: S. 599–613.
- Greiner, Bettina/Kramer, Alan* (Hg.): *Welt der Lager : Zur Erfolgsgeschichte einer Institution*. Hamburg, Hamburger Edition 2013.

- Grimm, Dieter*: Recht und Politik, Juristische Schulung, Nr. 9 – 10 1969: S. 501–510.
- Grimm, Dieter*: Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs. Berlin, Berlin University Press 2009.
- Grimm, Dieter*: Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung. Berlin, Suhrkamp 2012.
- Gröschner, Rolf*: Günter Frankenberg: Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand. Archiv des öffentlichen Rechts, Jg. 136, Nr. 1 2011: S. 182–184.
- Gross, Oren/Aoláin, Fionnuala Ní*: Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice. Cambridge, Cambridge University Press 2006.
- Grote, Janne*: Irreguläre Migration und freiwillige Rückkehr – Ansätze und Herausforderungen der Informationsvermittlung. Fokus-Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN). Nürnberg, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) Forschungszentrum Migration, Integration und Asyl (FZ) 2015, online: [https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/67702/ssoar-2015-grote-Irregulare\\_Migration\\_und\\_freiwillige\\_Ruckkehr.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2015-grote-Irregulare\\_Migration\\_und\\_freiwillige\\_Ruckkehr.pdf](https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/67702/ssoar-2015-grote-Irregulare_Migration_und_freiwillige_Ruckkehr.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2015-grote-Irregulare_Migration_und_freiwillige_Ruckkehr.pdf) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Grote, Katharina/Andrae, Agnes*: Sicherheitsdienstleistungsgesetz: Grenzlose Befugnisse für private Sicherheitsdienste. Interview mit Anne-Marlen Engler und Walter Schlecht. Hinterland Magazin, Nr. 49 2021: S. 50–54.
- Gumbrecht, Hans Ulrich*: Modern. Modernität, Moderne, in: Otto Brunner et al. (Hg.): Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Stuttgart, Klett-Cotta 2004: S. 93–131.
- Gumbrecht, Hans Ulrich*: Wenn das nackte Leben plötzlich zum höchsten Wert wird: Giorgio Agambens Reflexionen zur Corona-Zeit, Neue Züricher Zeitung vom 04.02.2021, online: <https://www.nzz.ch/feuilleton/giorgio-agamben-ueber-corona-und-das-leben-im-ausnahmezustand-ld.1599539> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Gündoğdu, Ayten*: Potentialities of Human Rights: Agamben and the Narrative of Fated Necessity. Contemporary Political Theory, Jg. 11, Nr. 1 2012: S. 2–22.
- Gündoğdu, Ayten*: Rightlessness in an Age of Rights: Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants. New York, Oxford University Press 2015.
- Haack, Stefan*: Verlust der Staatlichkeit. Tübingen, Mohr Siebeck 2007.
- Habbe, Heiko*: Der (un-?) geschützte Wohnraum. Betretens- und Durchsuchungsrechte der Behörden in Flüchtlingsunterkünften. Asylmagazin, Nr. 8–9 2018: S. 55–59.
- Häberle, Peter*: Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität. Archiv des öffentlichen Rechts, Jg. 92, Nr. 2 1967: S. 259–287.
- Habermas, Jürgen*: Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main, Suhrkamp 1990.

- Habermas, Jürgen*: Theorie des kommunikativen Handelns Band I. 11. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2019.
- Habermas, Jürgen*: Theorie des kommunikativen Handelns Band II. 11. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2019.
- Habermas, Jürgen*: Der philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen. 14. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2022.
- Hahn, Lisa*: Strategische Prozessführung. Zeitschrift für Rechtssoziologie, Jg. 39, Nr. 1 2019: S. 5–32.
- Hahn, Lisa/von Fromberg, Myriam*: Klagekollektive als »Watchdogs«. Zeitschrift für Politik-wissenschaft, Jg. 31, Nr. 2 2021: S. 217–239.
- Hailbronner, Kay*: § 44 AsylG Schaffung und Unterhaltung von Aufnahmeeinrichtungen, in: Kay Hailbronner (Hg.): Hailbronner. Ausländerrecht: Kommentar (Aktualisierungslieferung 129/2023). Heidelberg, Rehm 1943.
- Hailbronner, Kay*: § 47 AsylG Aufenthalt in Aufnahmeeinrichtungen, in: Kay Hailbronner (Hg.): Hailbronner. Ausländerrecht: Kommentar (Aktualisierungslieferung 129/2023). Heidelberg, Rehm 1943.
- Hailbronner, Kay*: § 53 AsylG Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften, in: Kay Hailbronner (Hg.): Hailbronner. Ausländerrecht: Kommentar (Aktualisierungslieferung 129/2023). Heidelberg, Rehm 1943.
- Hall, Stuart*: Kulturelle Identität und Globalisierung, in: Karl H. Hörnig/Rainer Winter (Hg.): Widerspenstige Kulturen. Cultural Studies als Herausforderung. Frankfurt am Main, Suhrkamp 1999: S. 393–441.
- Hall, Stuart*: Das verhängnisvolle Dreieck: Rasse, Ethnie, Nation. Berlin, Suhrkamp 2018.
- Haraway, Donna*: Die Neuerfindung der Natur. Primaten, Cyborgs und Frauen (Hg. v. Carmen Hammer und Immanuel Stieß). Frankfurt/New York, Campus Verlag 1995.
- Hardenberg, Nina von*: Wenn das Virus eingezäunt wird, Süddeutsche vom 26.11.2020, online: <https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-fluechtlinge-quarantaene-1.5127779> (zuletzt besucht am 15.05.2022).
- Hardenberg, Nina von*: Sie sollen Platz machen, Süddeutsche vom 27.03.2022, online: <https://www.sueddeutsche.de/politik/fluechtlingsunterkuenfte-sie-sollen-platz-machen-1.5555534> (zuletzt besucht am 06.06.2022).
- Harding, Sandra G.* (Hg.): The Feminist Standpoint Theory Reader: Intellectual and Political Controversies. New York/London, Routledge 2004.
- Hardt, Michael/Negri, Antonio*: Empire: Die neue Weltordnung. Frankfurt am Main, Campus 2002.
- Hauschild, Annette*: Misshandelte Geflüchtete in Heim Burbach. Geldstrafe fürs Einsperren, taz vom 07.07.2021, online: <https://taz.de/Misshandelte-Gefluechtete-in-Heim-Burbach!/5784504/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Heidegger, Martin*: Gesamtausgabe. 65: Abt. III, Unveröffentlichte Abhandlungen, Vorträge – Gedachtes, Beiträge zur Philosophie (Vom Ereignis) (Hg. v. Friedrich-Wilhelm von Herrmann). 2. Aufl., Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann 2003.
- Heller, Jonas*: Mensch und Maßnahme. Weilerswist, Velbrück Wissenschaft 2018.

- Herbert, Ulrich*: Geschichte der Ausländerbeschäftigung in Deutschland 1880 bis 1980. Saisonarbeiter, Zwangsarbeiter, Gastarbeiter. Berlin/Bonn, J.H.W. Dietz 1986.
- Herdegen, Matthias*: § 1 Das Grundgesetz im Gefüge des westlichen Konstitutionalismus, in: Matthias Herdegen et al. (Hg.): Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive. München, C.H. Beck 2021.
- Heri, Corina*: Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR. Oxford, Hart Publishing 2021.
- Hermann, Klaus*: Vollstreckung oder Durchsicherung – Vollzugsrechtliche Abgrenzungsfragen am Beispiel der Flüchtlingsabschiebung. Zeitschrift für Ausländerrecht, Jg. 37, Nr. 5–6 2017: S. 201–207.
- Hess, Sabine/Kasperek, Bernd* (Hg.): Grenzregime. [I], Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa. 2. Aufl., Berlin/Hamburg, Assoziation A 2012.
- Hess, Sabine et al.* (Hg.): Der lange Sommer der Migration: Grenzregime III. Berlin/Hamburg, Assoziation A 2016.
- Hess, Sabine/Elle, Johanna*: Leben jenseits von Mindeststandards. Dokumentation zur Situation in Gemeinschaftsunterkünften in Niedersachsen. Göttingen, Universität Göttingen und Rat der Migration 2018, online: [https://www.gender-flucht.uni-osnabrueck.de/fileadmin/MWK-Projekt/Publikationen/Jenseits\\_von\\_Mindeststandards\\_Final.pdf](https://www.gender-flucht.uni-osnabrueck.de/fileadmin/MWK-Projekt/Publikationen/Jenseits_von_Mindeststandards_Final.pdf) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Hess, Sabine et al.*: Regime ist nicht Regime ist nicht Regime. Zum theoretischen Einsatz der ethnografischen (Grenz-)Regimeanalyse, in: Andreas Pott et al. (Hg.): Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? Wiesbaden, Springer 2018: S. 257–283.
- Heusch, Andreas*: § 44 AsylG Schaffung und Unterhaltung von Aufnahmeeinrichtungen, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hg.): BeckOK Ausländerrecht. 36. Aufl., München, C.H. Beck 2023.
- Heusch, Andreas*: § 47 AsylG Aufenthalt in Aufnahmeeinrichtungen, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hg.): BeckOK Ausländerrecht. 36. Aufl., München, C.H. Beck 2023.
- Heusch, Andreas*: § 53 AsylG Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hg.): BeckOK Ausländerrecht. 36. Aufl., München, C.H. Beck 2023.
- Hirsch, Joachim*: Fordismus und Postfordismus: Die gegenwärtige gesellschaftliche Krise und ihre Folgen. Politische Vierteljahresschrift, Jg. 26, Nr. 2 1985: S. 160–182.
- Hobbes, Thomas*: Leviathan, oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates (Hg. v. Iring Fetcher). Frankfurt am Main, Suhrkamp 1984.
- Höfling, Wolfram/Augsberg, Steffen*: Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand. JuristenZeitung, Jg. 60, Nr. 22 2005: S. 1080–1088.
- Hohm, Karl-Heinz*: Vor § 1 AsylbLG, in: Walter Schellhorn et al. (Hg.): Schellhorn/Hohm/Scheider. Kommentar zum Sozialgesetzbuch XII. 19. Aufl., Köln, Luchterhand-Verlag 2015.

- Hohm, Karl-Heinz*: § 3 AsylbLG, in: Walter Schellhorn et al. (Hg.): Schellhorn/Hohm/Scheider. Kommentar zum Sozialgesetzbuch XII. 19. Aufl., Köln, Luchterhand-Verlag 2015.
- Holzleithner, Elisabeth*: Emanzipation durch Recht? Kritische Justiz, Jg. 41, Nr. 3 2008: S. 250–256.
- hooks, bell*: Black Women: Shaping Feminist Theory, in: Joy James/T. Denean Sharpley-Whiting (Hg.): The Black Feminist Reader. Malden [Massachusetts], Blackwell 2000: S. 131–145.
- Horvath, Kenneth*: Die unbekanntenen Pfade der Migrationspolitik: Historische, methodische und theoretische Wissenslücken in der Analyse migrationspolitischer Transformationsprozesse. Österreichische Zeitschrift für Soziologie, Jg. 41, Nr. 2 2016: S. 15–36.
- Hossain, Nina et al.*: Partizipation – Migration – Gender: eine Studie über politische Partizipation und Repräsentation von Migrant\_innen in Deutschland. Baden-Baden, Nomos 2016.
- Huber, Peter M.*: § 6 Rechtsstaat, in: Matthias Herdegen et al. (Hg.): Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive. München, C.H. Beck 2021.
- Humphreys, Stephen*: Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State of Exception. European Journal of International Law, Jg. 17, Nr. 3 2006: S. 677–687.
- Huke, Nikolai*: »Bedeutet unser Leben nichts?« Erfahrungen von Asylsuchenden in Flüchtlingsunterkünften während der Corona-Pandemie in Deutschland. Frankfurt am Main, Pro Asyl 2021, online: [https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/210809\\_PA\\_Lager.pdf](https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/210809_PA_Lager.pdf) (zuletzt besucht am 15.05.2022).
- Huwer, Jörg*: »Gastarbeiter« im Streik: die Arbeitsniederlegung bei Ford Köln im August 1973. Köln, Ed. DOMiD 2013.
- Ignatieff, Michael et al.*: Human Rights as Politics and Idolatry. 3. Aufl., Princeton [New Jersey] u.a., Princeton University Press 2003.
- Ippolito, Francesca/González, Carmen Pérez*: »Handle with Care« in Strasbourg. The Effective Access of Vulnerable Undocumented Migrants to Minimum Socio-economic Rights, in: Başak Çalı et al. (Hg.): Migration and the European Convention on Human Rights. Oxford, Oxford University Press 2021: S. 138–156.
- Isensee, Josef*: § 15 Staat und Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.): Handbuch des Staatsrechts – Band 2: Verfassungsstaat. 3. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller 2004.
- Isensee, Josef*: Resilienz von Recht im Ausnahmefall, in: Kai von Lewinski (Hg.): Resilienz des Rechts. Baden-Baden, Nomos 2016: S. 33–56.
- Isensee, Josef*: Menschenwürde: Rettungsinsel in der Flüchtlingsflut?, in: Otto Depenheuer/ Christoph Grabenwarter (Hg.): Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht. Paderborn, Schöningh 2016: S. 231–249.
- Jakab, Andreas*: Frankenberg, Günter, Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand. Der Staat, Jg. 51, Nr. 1 2012: S. 138–139.

- Jakobs, Walter*: CDU plante die Antiasyldebatte, taz vom 08.10.1991, online: <https://taz.de/!1699589/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Jakuleviciene, Lyra*: Vulnerable Persons as a New Sub-Group of Asylum Seekers?, in: Vincent Chetail et al. (Hg.): Reforming the Common European Asylum System. The new European Refugee Law. Leiden, Netherlands/Boston [Massachusetts], Brill Nijhoff 2016: S. 353–373.
- Janda, Constanze*: Quo vadis, AsylLG? Möglichkeiten der Neugestaltung der existenzsichernden Leistungen für Personen mit vorübergehendem Aufenthalt nach dem Urteil des BVerfG. Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, Jg. 33, Nr. 5–6 2013: S. 175–182.
- Jarass, Hans D.*: Art. 12 GG, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth: Jarass/Pieroth. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG. Kommentar, 14. Aufl., München, C.H. Beck 2016.
- Jarass, Hans D.*: Art. 13 GG, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth: Jarass/Pieroth. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG. Kommentar, 14. Aufl., München, C.H. Beck 2016.
- Jhering, Rudolf von*: Der Kampf ums Recht (Bearb. v. Alexander Hollerbach). 8. Aufl., Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann 2003.
- Judith, Wiebke/Brehme, Ricardo*: Plädoyer für die Abschaffung des Asylbewerberleistungsgesetzes. Verfassungsrechtliche Gründe und Vorschläge zur Umsetzung. Kritische Justiz, Jg. 47, Nr. 3 2014: S. 330–340.
- Jung, Heinz/Bessau, Elisabeth*: Die Septembertreiks 1969: Darstellung, Analyse, Dokumente der Streiks in der Stahlindustrie, im Bergbau, in der metallverarbeitenden Industrie und anderen Wirtschaftsbereichen. Frankfurt am Main, Institut für Marxistische Studien und Forschungen (IMSF) 1969.
- Kailitz, Susanne*: Johan Galtung, Strukturelle Gewalt, in: Steffen Kailitz (Hg.): Schlüsselwerke der Politikwissenschaft. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2007: S. 133–136.
- Kaiser, Anna-Bettina*: Ausnahmezustand, Ad Legendum, Nr. 3 2017: S. 200–207.
- Kaiser, Anna-Bettina*: Suspension der Rechtsordnung im Ausnahmezustand?, in: Jan-Hendrik Dietrich/Klaus Ferdinand Gärditz (Hg.): Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht. Festgabe für Kurt Graulich zum 70. Geburtstag. Tübingen, Mohr Siebeck 2019: S. 26–35.
- Kaiser, Anna-Bettina*: Ausnahmeverfassungsrecht. Tübingen, Mohr Siebeck 2020.
- Kanalan, Ibrahim/Classen, Georg*: Verfassungsmäßigkeit des Asylbewerberleistungsgesetzes. info also, Nr. 6 2010: S. 243–249.
- Kanalan, Ibrahim et al.*: Die Unverzichtbarkeit der Werte? Der Staat, Jg. 56, Nr. 2 2017: S. 193–226.
- Kant, Immanuel*: Kritik der praktischen Vernunft: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten – Band 7 der Werkausgabe (Hg. v. Wilhelm Weischedel). Frankfurt am Main, Suhrkamp 1974.
- Kant, Immanuel*: Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1 – Band 11 der Werkausgabe (Hg. v. Wilhelm Weischedel). Frankfurt am Main, Suhrkamp 1977.

- Karakayali, Serhat*: Gespenster der Migration: Zur Genealogie illegaler Einwanderung in der Bundesrepublik Deutschland. Bielefeld, transcript 2008.
- Karakayali, Serhat*: Vom Staat zum Lager. Von der Biopolitik zur Biokratie, in: Daniel Loick (Hg.): Der Nomos der Moderne. Baden-Baden, Nomos 2011: S. 59–77.
- Karakayali, Serhat/Tsianos, Vassilis*: Movements that matter. Eine Einleitung, in: Transit Migration Forschungsgruppe (Hg.): Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Rändern Europas. Bielefeld, transcript 2015: S. 7–22.
- Karazman-Morawetz, Inge/Hanak, Gerhard*: Episoden sozialer Ausschließung. Zwischenergebnisse und methodologische Überlegungen aus einer Befragungsstudie, in: Herbert Leirer et al. (Hg.): Sozialer Ausschluss – Begriffe, Praktiken und Gegenwehr. Baden-Baden, Nomos 2000: S. 157–180.
- Kasperek, Bernd/Tsianos, Vassilis S.*: Back to the Future. Blair-Schily reloaded. movements. Journal for Critical Migration and Border Regime Studies, Jg. 1, Nr. 1 2015: S. 1–25.
- Kaufmann, Matthias*: Politik und Recht, in: Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hg.): Handbuch Rechtsphilosophie. Stuttgart, J.B. Metzler 2021: S. 371–381.
- Kawar, Leila*: Contesting Migration Governance through Legal Mobilization, in: Emma Carmel et al. (Hg.): Handbook on the Governance and Politics of Migration. Cheltenham, Edward Elgar Publishing 2021: S. 380–390.
- Kelsen, Hans*: Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Jg. 66, 1931: S. 449–521.
- Kelsen, Hans*: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. 2. Aufl., Aalen, Scientia-Verlag 1981.
- Kelsen, Hans/Ehrlich, Eugen*: Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: Eine Kontroverse (1915/17), Baden-Baden, Nomos 2001.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausg. der 1. Aufl. 1934, Tübingen, Mohr Siebeck 2008.
- Kersten, Jens*: Ausnahmezustand? Juristische Schulung, Jg. 56, Nr. 3 2016: S. 193–203.
- Kiesow, Rainer Maria*: Ius sacrum. Giorgio Agamben und das nackte Recht. Rechtsgeschichte – Legal History, Nr. 1 2002: S. 56–70.
- Kingreen, Thorsten*: Soziale Rechte und Migration. Baden-Baden, Nomos 2010.
- Kingreen, Thorsten*: Schätzungen »ins Blaue hinein«: Zu den Auswirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylwerberleistungsgesetz. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Jg. 29, Nr. 9 2010: S. 558–562.
- Kirchhof, Gregor*: § 267 Allgemeinheit des Verfassungsgesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.): Handbuch des Staatsrechts – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung. 3. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller 2014.

- Kirchmair, Lando*: Europäische Souveränität? Zur Autonomie des Unionsrechts im Verhältnis zum Völkerrecht sowie den Mitgliedstaaten am Beispiel der Corona-Krise. *Europarecht*, Jg. 56, Nr. 1 2021: S. 28–39.
- Klein, Wasmuth*: § 280 Innerer Staatsnotstand, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.): *Handbuch des Staatsrechts – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung*. 3. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller 2014.
- Kluth, Winfried*: Berechtigungen der Zivilpersonen, insbesondere die subjektiven öffentlichen Rechte, in: Rolf Stober et al. (Hg.): *Wolff/Bachof/Stober/Kluth. Verwaltungsrecht I*. 13. Aufl., München, C.H. Beck 2017: S. 476–503.
- Knauff, Matthias*: Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge: eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV. Berlin, Duncker & Humblot 2004.
- Knöbl, Wolfgang*: Die Kontingenz der Moderne: Wege in Europa, Asien und Amerika. Frankfurt am Main u.a., Campus 2007.
- Kötter, Ute*: Kapitel 34 Ausländer\*innen, in: Uwe Berlit et al. (Hg.): *Existenzsicherungsrecht. SGB II, SGB XII, AsylbLG, Verfahrensrecht: Handbuch*. 3. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2019.
- Kohlhagen, Dominik*: »Illegale« Migration und Rechtskultur – Beobachtungen aus einer Feldforschung unter Afrikanern in Deutschland. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jg. 27, Nr. 2 2016: S. 239–250.
- Kopetzki, Christian*: Erving Goffmans »Totale Institutionen« und das besondere Gewaltverhältnis. *Wiener Zeitschrift zur Geschichte der Neuzeit*, Jg. 8, 2008: S. 143–150.
- Korff, Karla*: § 3 AsylbLG Grundleistungen, in: Christian Rolfs et al. (Hg.): *BeckOK Sozialrecht*. 67. Aufl., München, C.H. Beck 2022.
- Kornmeier, Claudia*: Polnische Staatsräson. LTO vom 04.12.2021, online: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/polen-verfassungsgericht-emr-justiz-kein-gericht-k621-staatsraeson/> (zuletzt besucht am 08.08.2023).
- Koselleck, Reinhart*: Fortschritt, in: Otto Brunner et al. (Hg.): *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*. Stuttgart, Klett-Cotta 2004: S. 351–376.
- Kotzur, Markus*: Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand? Politische Einheitsbildung im Zeichen der Prävention – eine Skizze. *Archiv des Völkerrechts*, Jg. 42, Nr. 4 2004: S. 353–388.
- Kotzur, Markus*: Art. 288 AEUV, in: Rudolf Geiger et al. (Hg.): *Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair. EUV/AUEV. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Kommentar*. 6. Aufl., München, C.H. Beck 2016.
- Koval, Alla et al.*: Migration und Teilhabe. Begriffe – Grundlagen – Praxisrelevanz. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 2018.
- Krajewski, Markus*: *Völkerrecht*. Baden-Baden, Nomos 2017.
- Kramer, Alan*: Einleitung, in: Bettina Greiner/Alan Kramer (Hg.): *Welt der Lager: Zur Erfolgsgeschichte einer Institution*. Hamburg, Hamburger Edition 2013: S. 7–42.
- Kretschmann, Andrea/Legnaro, Aldo*: Ausnahmezustände, PROKLA. *Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft*, Nr. 3 2017: S. 471–486.

- Kretschmann, Andrea/Legnaro, Aldo*: Ausnahmezustände. Kriminologisches Journal, Nr. 3 2018: S. 204–210.
- Kretschmann, Andrea et al.*: Thema: Wissen im Recht: Vorwort der Gastherausgeber\_innen. Zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft, Nr. 2 2018: S. 206–209.
- Kretschmann, Andrea*: Pierre Bourdieus Beitrag zur Analyse des Rechts, in: dies. (Hg.): Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus. Weilerswist, Velbrück Wissenschaft 2019: S. 10–26.
- Krivenko, Ekaterina Yahyaoui*: Reassessing the Relationship between Equality and Vulnerability in relation to Refugees and Asylum Seekers in the ECtHR: The MSS Case 10 Years On. International Journal of Refugee Law, Nr. 2 2022: S. 192–214.
- Krumm, Thomas*: Dekonstruktion liberaler Demokratie? – Schmitt'sche Kategorien im Präsidentialisierungsdiskurs der Türkei. Politische Vierteljahresschrift, Jg. 59, Sonderheft 2018: S. 245–267.
- Kunig, Philip/Kotzur, Markus*: Art. 1 Würde des Menschen, Grundrechtsbindung, in: Jörn-Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hg.): von Münch/Kunig. Grundgesetz Kommentar – Band 1: Präambel bis Art. 69. 7. Aufl, München, C.H. Beck 2021.
- Kutscher, Marcus*: Umgang mit Segregationsformen am Beispiel der dänischen »Anti-Ghetto-Strategie«. Zeitschrift für Ausländerrecht, Jg. 40, Nr. 9 2020: S. 320–326.
- Kutting, Isabelle*: Die Normativitätsstruktur subjektiver Rechte. Eine rechtsdogmatische Untersuchung ausgehend von Menkes *Kritik der Rechte*. Berlin, Duncker & Humblot 2023.
- Laak, Jeannette van*: Einrichten im Übergang: das Aufnahmelager Gießen (1946–1990). Frankfurt am Main/New York, Campus 2017.
- Laclau, Ernesto*: Nacktes Leben oder soziale Unbestimmtheit?, in: Daniel Loick (Hg.): Der Nomos der Moderne. Baden-Baden, Nomos 2011: S. 77–90.
- Lager Mobilisation Network Berlin*: Wie BTB Bildungszentrum die Menschen im Lager Osloerstr. 23-26 segregiert, Pressemitteilung vom 06.02.2017. online: <https://lmbn.oplatz.net/wie-btb-bildungszentrum-die-menschen-im-lager-osloerstr-23-26-segregiert-closethecamp-lagerosloer23/> (zuletzt besucht am 06.08.2018).
- Lager-Watch*: Mehr Befugnisse für private Sicherheitsdienste? Ein weiterer Angriff auf die Grundrechte. Informations- und Diskussionsveranstaltung vom 05.07.2021, 19:00 Uhr, Veranstaltung von Lager-Watch (Aktion Bleiberecht, Freiburg/Brsg.; Pro Bleiberecht, Mecklenburg-Vorpommern; Bayerischer Flüchtlingsrat) und Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein (RAV e.V.), online: <https://www.fluechtlingsrat-bayern.de/mehr-befugnisse-fuer-private-sicherheitsdienste/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Labusen, Benjamin*: Der Stillstand der Rechtspflege, Vortrag vom 07.06.2018, Räume des Anomischen am 07. und 08.06.2018, Humboldt-Universität zu Berlin.

- Landesamt für Flüchtlingsangelegenheiten Berlin*, Anlage 1: Leistungs- und Qualitätsbeschreibung. GU 2 zum Betreibervertrag Flüchtlingsunterbringung vom 12.04.2018, online: [https://fluechtlingsrat-berlin.de/wp-content/uploads/leistungs\\_qualitaetsbeschreibung\\_gu2\\_april2018.pdf](https://fluechtlingsrat-berlin.de/wp-content/uploads/leistungs_qualitaetsbeschreibung_gu2_april2018.pdf) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Landesaufnahmebehörde Niedersachsen*: Der Standort GDL Friedland, online: [https://www.lab.niedersachsen.de/startseite/standorte/standort\\_gdl\\_friedland/der-standort-gdl-friedland-106937.html%20](https://www.lab.niedersachsen.de/startseite/standorte/standort_gdl_friedland/der-standort-gdl-friedland-106937.html%20) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Landesdirektion Sachsen*: Asylsuchende in Aufnahmeeinrichtungen auch während der zweiten Welle wirksam gegen Corona schützen, Pressemitteilung vom 29.10.2020, online: [https://www.lids.sachsen.de/?ID=17036&art\\_param=936](https://www.lids.sachsen.de/?ID=17036&art_param=936) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Landesregierung Nordrhein-Westfalen*: Land legt Gewaltschutzkonzept für Flüchtlingseinrichtungen vor, Pressemitteilung vom 30.03.2017, online: <https://www.land.nrw/de/tags/gewaltschutzkonzept> (zuletzt besucht am 18.11.2019).
- Lange, Klaus*: Kommunalrecht. Tübingen, Mohr Siebeck 2013.
- Lange, Meik*: XI. Einsatz Privater im Strafvollzug, in: Rolf Stober/Harald Olschok (Hg.): Handbuch des Sicherheitsgewerbes. München, C.H. Beck 2004: S. 741–755.
- Lange, Pia*: Handlungsoptionen der Kommunen bei der Unterbringung von Flüchtlingen – die BauGB-Novelle 2015 und neue Standardmaßnahmen im Polizeirecht. Niedersächsische Verwaltungsblätter, 2016: S. 72–78.
- Latour, Bruno*: Elend der Kritik: Vom Krieg um Fakten zu Dingen von Belang. Zürich/Berlin, Diaphanes 2007.
- Lechte, John/Newman, Saul*: Agamben and the Politics of Human Rights: Statelessness, Images, Violence. Edinburgh, Edinburgh University Press 2013.
- Lederer, Anja/Engler, Anne-Marlen*: Grundrechtliche Anforderungen an die Hausordnung der Landeserstaufnahmeeinrichtung – Gutachten. Freiburg 2020, online: <https://www.aktionbleiberecht.de/blog/wp-content/uploads/2020/08/Rechtsgutachten-Hausordnung-Landeserstaufnahmeeinrichtung-Freiburg.pdf> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Lee, Everett S.*: A Theory of Migration. Demography, Jg. 3, Nr. 1 1966: S. 47–57.
- Lehnert, Matthias*: Kämpfe ums Recht. Neue Entwicklungen im europäischen Flüchtlings- und Grenzschutzrecht. movements. Journal for Critical Migration and Border Regime Studies, Nr. 1 2015: S. 1–22.
- Lehrian, Melina*: Arbeitsgelegenheiten nach § 5a AsylbLG. Asylmagazin, Nr. 12 2016: S. 405–411.
- Lenke, Thomas*: Die politische Ökonomie des Lebens. Biopolitik und Rassismus bei Michel Foucault und Giorgio Agamben, in: Ulrich Bröckling et al. (Hg.): Disziplinen des Lebens. Zwischen Anthropologie, Literatur und Politik. Tübingen, Narr 2004: S. 257–274.
- Leopold, Anders*: § 5 a AsylbLG Arbeitsgelegenheiten, in: Thomas Flint (Hg.): Grube/Wahrendorf/Flint. SGB XII: Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe

- (SGB IX Teil 2) und Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar. 7. Aufl., München, C.H. Beck 2020.
- Lewinski, Kai von* (Hg.): Resilienz des Rechts. Baden-Baden, Nomos 2016.
- Licht, Amir N.*: Social Norms and the Law: Why People Obey the Law. Review of Law & Economics, Jg. 4, Nr. 3 2008: S. 715–750.
- Liebscher, Doris*: Erweiterte Horizonte: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und europäische Antidiskriminierungsrichtlinien, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hg.): Feministische Rechtswissenschaft. 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2011: S. 109–132.
- Liebscher, Doris et al.*: Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht. Kritische Justiz, Jg. 45, Nr. 2 2012: S. 204–218.
- Linz, Justus*: Abschiebungen aus der Wohnung unterfallen Richtervorbehalt. Kritische Justiz, Jg. 53, Nr. 4 2020: S. 579–582.
- Liska, Vivian*: A Lawless Legacy: Hannah Arendt and Giorgio Agamben, in: Marco Goldoni/Chris McCorkindale (Hg.): Hannah Arendt and the Law. London, Bloomsbury Publishing 2012: S. 89–97.
- Litschko, Konrad*: Polizeieinsatz gegen Geflüchtete in Suhl: »Absolut chaotische Situation«, taz vom 18.03.2020, online: <https://taz.de/Polizeieinsatz-gegen-Gefluechtete-in-Suhl/!5668971/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Litschko, Konrad*: Security-Firmen fordern Gesetz: Ungezügelter Sicherheit, taz vom 15.09.2021, online: <https://taz.de/Security-Firmen-fordern-Gesetz/!5797270/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Loevy, Karin*: Emergencies in Public Law: The Legal Politics of Containment. New York, Cambridge University Press 2016.
- Loick, Daniel*: Rechtsvorenthaltende Gewalt. Zum Staatsverständnis Giorgio Agambens, in: ders. (Hg.): Der Nomos der Moderne. Baden-Baden, Nomos 2011: S. 9–20.
- Loick, Daniel*: Von der (Gesetzes)kraft zum Gesetz(eskraft). Studium, Spiel, Deaktivierung: drei Strategien zur Entsetzung der Rechtsgewalt, in: ders. (Hg.): Der Nomos der Moderne. Baden-Baden, Nomos 2011: S. 194–213.
- Loick, Daniel*: Kritik der Souveränität. Frankfurt am Main, Campus 2012.
- Loick, Daniel*: Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts. Berlin, Suhrkamp 2017.
- Loick, Daniel*: Das Anrecht auf Grausamkeit Recht und Affekt; Moria, abolitionistische Strategien. Kritische Justiz, Jg. 54, Nr. 3 2021: S. 348–360.
- Lorey, Isabell*: Immer Ärger mit dem Subjekt. Theoretische und politische Konsequenzen eines juristischen Machtmodells: Judith Butler. Tübingen, Ed. discord 1996.
- Lorey, Isabell*: Die Regierung der Prekären. Wien u.a., Turia und Kant 2012.
- Lorey, Isabell*: Von den Kämpfen aus: Eine Problematisierung grundlegender Kategorien, in: Gender Initiativkolleg (Hg.): Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven. Frankfurt am Main/New York, Campus 2012: S. 29–40.
- Löw, Martina*: Vom Raum aus die Stadt denken: Grundlagen einer raumtheoretischen Stadtsoziologie. Bielefeld, transcript 2018.

- Ludwig, Gundula et al.* (Hg.): Staat und Geschlecht: Grundlagen und aktuelle Herausforderungen feministischer Staatstheorie. Baden-Baden, Nomos 2009.
- Lubmann, Niklas*: Rechtssoziologie. 3. Aufl., Opladen, Westdeutscher Verl. 1987.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*: Das Asylgrundrecht nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996. Deutsches Verwaltungsblatt, Jg. 111, 1996: S. 825–841.
- Lührs, Lisa-Marie*: Europäische Souveränität als mehrdimensionaler Rechtsbegriff. Europarecht, Jg. 57, Nr. 6 2022: S. 673–687.
- Lutosch, Heide*: Wenn das Baby schreit, dann möchte man doch hingehen. Communaut vom 30.04.2022, online: <https://communaut.org/de/wenn-das-baby-schreit-dann-moechte-man-doch-hingehen> (zuletzt besucht am 11.01.2013).
- Macioce, Fabio*: Asymmetrical Recognition. Group Vulnerability and Group Rights, beyond Cultural Identities. International Journal on Minority & Group Rights, Jg. 25, Nr. 1 2018: S. 132–151.
- MacKinnon, Catharine A.*: Only Words. Cambridge [Massachusetts], Harvard University Press 1993.
- Mahlberg, Lothar*: Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen. Berlin, Duncker & Humblot 1988.
- Maihofer, Andrea*: Freiheit – Selbstbestimmung – Autonomie, in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hg.): Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen. Baden-Baden, Nomos 2018: S. 31–60.
- Maly, Katharina*: Verharren in der Spannung: Intersektionalität und Kategorie, in: Gender Initiativkolleg (Hg.): Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven. Frankfurt am Main New York, Campus 2012: S. 41–47.
- Marchart, Oliver*: Die politische Differenz: Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben. Berlin, Suhrkamp 2013.
- Markard, Nora*: Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analysekategorie im Recht. Kritische Justiz, Jg. 42, Nr. 4 2009: S. 353–364.
- Marx, Reinhard*: AsylG. Kommentar zum AsylG. 11. Aufl., Köln, Luchterhand Verlag 2022.
- Masing, Johannes*: § 7 Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem et al. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation. 2. Aufl., München, C.H. Beck 2012.
- Maus, Ingeborg*: Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus. München, Fink 1986.
- Maus, Ingeborg*: Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie. Berlin, Suhrkamp 2011.
- Mayring, Philipp/Fenzl, Thomas*: Qualitative Inhaltsanalyse, in: Nina Baur/Jörg Blasius (Hg.): Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung. Wiesbaden, Springer 2019: S. 633–648.
- McConnachie, Kirsten*: Governing Refugees: Justice, Order, and Legal Pluralism. London u.a., Routledge 2014.

- McCormick, John P.*: Teaching in Vain, in: Jens Meierhenrich/Oliver Simons (Hg.): The Oxford Handbook of Carl Schmitt. New York, Oxford University Press 2016: S. 269–290.
- Mehring, Reinhard*: Carl Schmitt zur Einführung. 5. Aufl., Hamburg, Junius 2017.
- Mehring, Reinhard*: A »Catholic Layman of German Nationality and Citizenship«?, in: Jens Meierhenrich/Oliver Simons (Hg.): The Oxford Handbook of Carl Schmitt. New York, Oxford University Press 2016: S. 73–96.
- Meinel, Florian*: Diktatur der Besiegten? Ein Fragment Carl Schmitts zur Notstandsverfassung der Bundesrepublik. Der Staat, Jg. 52, Nr. 3 2013: S. 455–472.
- Meißner, Hanna*: Jenseits des autonomen Subjekts: Zur gesellschaftlichen Konstitution von Handlungsfähigkeit im Anschluss an Butler, Foucault und Marx. Bielefeld, transcript 2014.
- Menke, Christoph*: Für eine Politik der Dekonstruktion. Jacques Derrida über Recht und Gerechtigkeit, in: Anselm Haverkamp (Hg.): Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida – Benjamin. Frankfurt am Main, Suhrkamp 1994: S. 279–287.
- Menke, Christoph/Pollmann, Arnd*: Philosophie der Menschenrechte zur Einführung. Hamburg, Junius 2007.
- Menke, Christoph*: »Aporien der Menschenrechte« und das »einzigste Menschenrecht«. Zur Einheit von Hannah Arendts Argumentation, in: Eva Geulen et al. (Hg.): Hannah Arendt und Giorgio Agamben: Parallelen, Perspektiven, Kontroversen. München, Fink 2008: S. 131–147.
- Menke, Christoph*: Subjektive Rechte: Zur Form der Differenz. Menschen-RechtsMagazin, Nr. 2 2008: S. 197–204.
- Menke, Christoph*: Recht und Gewalt: Kleine Edition 4. 2. Aufl., Berlin, August Verlag 2012.
- Menke, Christoph*: Kritik der Rechte. Berlin, Suhrkamp 2015.
- Menke, Christoph*: Der Traum der Rechte. Eine Antwort auf Erhard Denninger. Kritische Justiz, Jg. 51, Nr. 4 2018: S. 475–478.
- Memarnia, Susanne*: Korruptionsvorwurf in Berlin: Lageso-Referatsleiter festgenommen, taz online vom 25.02.2016, online: <https://taz.de/Korruptionsvorwurf-in-Berlin!/5281792/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Meyer, Frank et al.* (Hg.): Ins Feld und zurück – Praktische Probleme qualitativer Forschung in der Sozialgeographie. Berlin, Springer 2018.
- Michael, Lothar*: Konzeptionen und Methoden einer auf Staat und Verfassung bezogenen Rechtswissenschaft, in: Klaus Stern et al. (Hg.): Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl., München, C.H. Beck 2022: S. 109–156.
- Mills, Catherine*: The Philosophy of Agamben. Montréal u.a., McGill-Queen's University Press 2008.
- Minow, Martha*: Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law. Ithaca/London, Cornell University Press 1990.
- Möller, Kolja*: Strukturelle Gewalt und funktionale Differenzierung. Anschlüsse

- an Luhmann, Benjamin und Adorno. Soziale Systeme, Jg. 20, Nr. 2 2016: S. 257–279.
- Möllers, *Christoph*: Der vermisste Leviathan: Staatstheorie in der Bundesrepublik. Frankfurt am Main, Suhrkamp 2008.
- Möllers, *Christoph*: Axel Honneth: Das Recht der Freiheit, FAZ vom 23.08.2011, online: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/rezensionen/sachbuch/axel-honneth-das-recht-der-freiheit-frei-macht-was-ohneingeschieht-11114837.html> (zuletzt besucht am 14.07.2023).
- Möllers, *Christoph*: Staat als Argument. 2. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck 2011.
- Möllers, *Christoph*: Grundrechtsschutz: Wäre weniger mehr? – zu Friktionen im europäischen Mehrebenensystem. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Nr. 3 2015: S. 461–468.
- Möllers, *Christoph*: Was das Recht nicht alles soll bewirken können. Spätbürgerliche Theorieseligkeit: Daniel Loick folgt den Pfaden einer philosophischen Kritik der Rechte, FAZ vom 06.12.2017.
- Möllers, *Christoph*: Die Möglichkeit der Normen: Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität. Berlin, Suhrkamp 2018.
- Mönch, *Kathrin*: Arbeit, Subjekt, Widerstand: Eine Genealogie der Subjektivierung zum Arbeiten. Bielefeld, transcript 2018.
- Moran, *Rachel F.*: What Counts As Knowledge? A Reflection on Race, Social Science, and the Law. Law & Society Review, Jg. 44, Nr. 3–4 2010: S. 515–551.
- Morrill, *Calvin/Mayo, Kelsey*: Charting the »Classics« in Law and Society, in: Austin Sarat/Patricia Ewick (Hg.): The Handbook of Law and Society. Chichester [West Sussex], Wiley-Blackwell 2015: S. 18–36.
- Mortenson, *Julian*: Law Matters, Even to the Executive. Michigan Law Review, Jg. 112, Nr. 6 2014: S. 1015–1042.
- Mountz, *Alison*: Political Geography I: Reconfiguring Geographies of Sovereignty. Progress in Human Geography, Jg. 37, Nr. 6 2013: S. 829–841.
- Muckel, *Stefan*: Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Juristische Ausbildung, Jg. 44, Nr. 10 2012: S. 794–796.
- Muhle, *Maria*: Biopolitik – ein polemischer Begriff. Von Foucault zu Agamben und zurück, in: Daniel Loick (Hg.): Der Nomos der Moderne. Baden-Baden, Nomos 2011: S. 41–58.
- Müller, *Jan-Werner*: Militant Democracy, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hg.): The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford, Oxford University Press 2012: S. 1253–1269.
- Müller, *Pascale*: Erstes »Willkommen-in-Arbeit-Büro« für Flüchtlinge eröffnet, tagesspiegel online vom 27.01.2016, online: <https://www.tagesspiegel.de/berlin/notunterkunft-tempelhof-erstes-willkommen-in-arbeit-buero-fuer-fluechtlinge-eroeffnet/12887568.html> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Münch, *Ursula*: Asylpolitik in der Bundesrepublik Deutschland: Entwicklung und Alternativen. Opladen, Leske und Budrich 1992.
- Münch, *Ingo von*: Grundbegriffe des Staatsrechts, Stuttgart u.a., Kohlhammer 1979.

- Münchner Flüchtlingsrat*: Münchner Flüchtlingsrat erhebt Klage gegen Regierung von Oberbayern wegen Zugangsverbot des Info-Busses, Pressemitteilung vom 08.02.2018, online: <https://muenchner-fluechtlingsrat.de/infobus-fuer-fluechtlinge-klagt-gegen-das-zugangsverbot-der-regierung-von-oberbayern-rechtsstreit-mit-bundesweiter-bedeutung-geht-in-die-naechste-instanz/> (zuletzt besucht am 24.03.2022).
- Münchner Flüchtlingsrat*: System »AnKER«. München 2021, online: [https://muenchner-fluechtlingsrat.de/wp-content/uploads/2021/08/Ankerbroschuere\\_V6\\_Ansichtsversion-komprimiert.pdf](https://muenchner-fluechtlingsrat.de/wp-content/uploads/2021/08/Ankerbroschuere_V6_Ansichtsversion-komprimiert.pdf) (zuletzt besucht 06.06.2022).
- Münkler, Laura*: Wissen – ein blinder Fleck des Rechts? Aspekte eines Spannungsverhältnisses, in: dies. (Hg.): Dimensionen des Wissens im Recht. Tübingen, Mohr Siebeck 2019: S. 3–25.
- Muy, Sebastian*: Über Widersprüche Sozialer Arbeit in Sammelunterkünften für Asylsuchende, in: Johannes Steht et al. (Hg.): Konflikt als Verhältnis – Konflikt als Verhalten – Konflikt als Widerstand. Wiesbaden, Springer (2018): S. 155–167.
- Nail, Thomas*: Theory of the Border. New York, Oxford University Press 2016.
- Nail, Thomas*: The Climate-Migration-Industrial Complex. Public Seminar vom 10.01.2020, online: <https://publicseminar.org/essays/the-climate-migration-industrial-complex/> (zuletzt besucht am 20.07.2023).
- Nancy, Jean-Luc*: Der kategorische Imperativ. Zürich, Diaphanes 2017.
- Neal, Mary*: »Not Gods But Animals«: Human Dignity and Vulnerable Subjecthood. Liverpool Law Review, Jg. 33, Nr. 3 2012: S. 177–200.
- Nedelsky, Jennifer*: Law’s Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law. New York, Oxford University Press 2011.
- Negt, Oskar/Kluge, Alexander*: Schriften – Band 4: Öffentlichkeit und Erfahrung: zur Organisationsanalyse von bürgerlicher und proletarischer Öffentlichkeit. Göttingen, Steidl 2016.
- Nestler, Robert*: Terrorismus als Ausnahmezustand? Analyse von Voraussetzungen und Anwendung der Art. 15 EMRK/4 IPbPr zur Suspendierung von Menschenrechten. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Nr. 1 2018: S. 24–55.
- Neumann, Franz*: Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der Bürgerlichen Gesellschaft. Studies in Philosophy and Social Science, Nr. 6 1937: S. 542–596.
- Neumann, Franz*: Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism. Toronto u.a., Oxford University Press 1942.
- Neundorff, Kathleen*: § 61 AsylG Erwerbstätigkeit, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hg.): BeckOK Ausländerrecht. 36. Aufl., München, C.H. Beck 2023.
- Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport*: Grenzdurchgangslager Friedland 1945–2005, Dezember 2005, online: <https://docplayer.org/47104232-Grenzdurchgangslager-friedland-niedersachsen.html> (zuletzt abgerufen am 24.03.2022).
- Nieswand, Boris*: Problematisierung und Emergenz. Die Regimeperspektive

- in der Migrationsforschung, in: Andreas Pott et al. (Hg.): Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? Wiesbaden, Springer 2018: S. 81–105.
- Nieswand, Boris*: Die Transitzone und die Fiktion der Nichteinreise. Das Flughafenasyilverfahren im Zwielficht von Normalität und Ausnahme, in: Jochen Oltmer (Hg.): Migrationsregime vor Ort und lokales Aushandeln von Migration. Wiesbaden, Springer 2018: S. 345–376.
- Opitz, Sven*: An der Grenze des Rechts: Inklusion/Exklusion im Zeichen der Sicherheit. Weilerswist, Velbrück Wissenschaft 2012.
- Oppermann, Dagmar*: Leistungseinschränkungen und Sanktionen als Mittel zur Bewältigung der Flüchtlingswelle. Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht, Nr. 2 2017: S. 55–62.
- Oppermann, Dagmar*: § 1a AsylbLG Anspruchseinschränkung, in: Rainer Schlegel/Thomas Voelzke (Hg.): Juris PraxisKommentar SGB XII. 3. Aufl. (Werkstand: 27.02.2023), Saarbrücken, juris 2020.
- Oppermann, Dagmar/Filges, Sven*: § 2 AsylbLG Leistungen in besonderen Fällen, in: Rainer Schlegel/Thomas Voelzke (Hg.): Juris PraxisKommentar SGB XII. 3. Aufl. (Werkstand: 21.12.2022), Saarbrücken, juris 2020.
- O'Toole, Laura L. et al.* (Hg.): Gender Violence: Interdisciplinary Perspectives. 3. Aufl., New York, NYU Press 2020.
- Papier, Hans-Jürgen*: Art. 13, in: Matthias Herdegen et al. (Hg.): Dürig/Herzog/Scholz. Grundgesetz. Kommentar (Aktualisierungslieferung 09.2017). München, C.H. Beck 1958.
- Paschukanis, Eugen*: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus: Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe. Freiburg, ça-ira-Verlag 2020.
- Pateman, Carole*: The Sexual Contract. Stanford, Stanford University Press 1988.
- Paula-Irene Villa*: Scheitern – ein produktives Konzept zur Neuorientierung der Sozialisationsforschung?, in: Helga Bilden/Bettina Dausien (Hg.): Sozialisation und Geschlecht: Theoretische und methodologische Aspekte. Opladen, Barbara Budrich 2006: S. 219–238.
- Paulson, Stanley L.*: Hans Kelsen and Carl Schmitt, in: Jens Meierhenrich/Oliver Simons (Hg.): The Oxford Handbook of Carl Schmitt. New York, Oxford University Press 2016: S. 510–547.
- Pauly, Walter*: Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus: Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert. Tübingen, Mohr Siebeck 1993.
- Pauly, Walter*: Kantorowicz' Kenotaph. Von Referenzen bei Foucault und Agamben zu antiken, mittelalterlichen und neuzeitlichen Belegungen, in: Walter Pauly/Klaus Ries (Hg.): Staat und Historie. Baden-Baden, Nomos 2021: S. 323–360.
- Pauly, Walter/Ries, Klaus*: Staat und Historie: Affäre und Misere einer »verspäteten Nation«, in: dies. (Hg.): Staat und Historie. Baden-Baden, Nomos 2021: S. 11–18.
- Pelzer, Marei/Pichl, Max*: Die Geltung der EU-Aufnahme- und Asylverfahrensrichtlinien. Zu den unmittelbaren Rechten für Asylsuchende. Asylmagazin, Nr. 10 2015: S. 331–338.

- Pelzer, Mareil/Pichl, Maximilian*: Die Asylpakete I und II – Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Probleme. Kritische Justiz, Jg. 49, Nr. 2 2016: S. 207–219.
- Peroni, Lourdes/Timmer, Alexandra*: Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law. International Journal of Constitutional Law, Jg. 11, Nr. 4 2013: S. 1056–1085.
- Petran, Anna*: Gewalt und Widerstand, in: Gender Initiativkolleg (Hg.): Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven. Frankfurt am Main New York, Campus 2012: S. 69–83.
- Petran, Anna/Thiel, Johanna Louise*: Weiterentwicklung und (neue) Widersprüche – eine Einleitung zu queer\_feministischen Gewaltdebatten, in: Gender Initiativkolleg (Hg.): Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven. Frankfurt am Main New York, Campus 2012: S. 9–26.
- Pfersich, Andreas*: Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 18.07.2012 (1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11; ZAR 2012, 339) – Zum Existenzminimum von Asylbewerbern. Zeitschrift für Ausländerrecht, Ja. 42, Nr. 5–6 2012: S. 343–344.
- Pichl, Maximilian*: Rechtskämpfe gegen die Asylrechtsverschärfungen. Die juristischen Auseinandersetzungen um die deutschen Asyl- und Migrationspakete zwischen 2015 und 2020, in: Sonja Buckel et al. (Hg.): Kämpfe um Migrationspolitik seit 2015. Zur Transformation des europäischen Migrationsregimes. Bielefeld, transcript 2021: S. 125–156.
- Pichl, Maximilian/Buckel, Sonja*: Europa: Die Politik der Lager. Blätter für deutsche und internationale Politik, Nr. 8 2018: S. 9–12.
- Piechaczek, Oliver*: Lobbyismus im Deutschen Bundestag: Lobbytätigkeiten von Bundestagsabgeordneten (Built-in-Lobbyismus) im Lichte des Verfassungs- und des Abgeordnetenrechts. Tübingen, Mohr Siebeck 2014.
- Pieper, Tobias*: Das dezentrale Lagersystem für Flüchtlinge – Scharnier zwischen regulären und irregulären Arbeitsmarktsegmenten. PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft, Jg. 34, Nr. 3 2004: S. 435–455.
- Pieper, Tobias*: Die Gegenwart der Lager: Zur Mikrophysik der Herrschaft in der deutschen Flüchtlingspolitik. 2. Aufl., Münster, Westfälisches Dampfboot 2013.
- Pile, Kadriye/Fisahn, Andreas*: Sicherheitsstaat und neue Formen des Autoritären (Staates) in Europa?, in: Jens Puschke/Tobias Singelstein (Hg.): Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft. Wiesbaden, Springer 2018: S. 33–53.
- Polzin, Monika*: Der verrechtlichte Ausnahmezustand. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Jg. 78, 2018: S. 635–669.
- Popitz, Heinrich*: Soziale Normen. 2. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp 2006.
- Posner, Eric A./Vermeule, Adrian*: Inside or Outside the System? The University of Chicago Law Review, Jg. 80, Nr. 4 2013: S. 1743–1797.
- Posner, Eric/Vermeule, Adrian*: Demystifying Schmitt, in: Jens Meierhenrich/Oliver Simons (Hg.): The Oxford Handbook of Carl Schmitt. New York, Oxford University Press 2016: S. 612–629.
- Pott, Andreas*: Migrationsregime und ihre Räume, in: ders. et al. (Hg.): Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? Wiesbaden, Springer 2018: S. 107–135.

- Poulantzas, Nicos*: Staatstheorie: Politischer Überbau, Ideologie, Autoritärer Etatismus. Hamburg, VSA 2011.
- Prabhat, Devyani*: Unleashing the Force of Law: Legal Mobilization, National Security, and Basic Freedoms. London, Palgrave Macmillan UK 2016.
- Precarias a la deriva*: Was ist dein Streik? Militante Streifzüge durch die Kreisläufe der Prekarität. Wien/Linz, transversal texts 2014.
- Pro Asyl*: Offener Brief zur Abstimmung zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, Pressemitteilung vom 14.10.2015, online: <https://www.proasyl.de/pressemitteilung/offener-brief-zur-abstimmung-zum-asylverfahrensbeschleunigungsgesetz/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Prömmel, Erdmann*: Souveräne Ausnahme, nacktes Leben und modernes Strafrecht. Kriminologisches Journal, Jg. 38, Nr. 4 2006: S. 242–257.
- Prozorov, Sergei*: Carl Schmitt, in: Adam Kotsko/Carlo Salzani (Hg.): Agamben's Philosophical Lineage. Edinburgh, Edinburgh University Press 2017: S. 87–98.
- Quaritsch, Helmut*: Souveränität im Ausnahmezustand: Zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitts. Der Staat, Jg. 35, Nr. 1 1996: S. 1–30.
- Quinkert, Andreas/Jäger, Andreas*: Warum dieser Haß in Hoyerswerda? Die rassistische Hetze von Bild gegen Flüchtlinge im Herbst 1991. Duisburg, Duisburger Institut für Sprach- und Sozialforschung 1994.
- Rabe, Heike*: Effektiver Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt – auch in Flüchtlingsunterkünften. Berlin, Deutsches Institut für Menschenrechte 2015, online: [https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user\\_upload/Publikationen/Policy\\_Paper/Policy\\_Paper\\_32\\_Effektiver\\_Schutz\\_vor\\_geschlechtsspezifischer\\_Gewalt.pdf](https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Policy_Paper/Policy_Paper_32_Effektiver_Schutz_vor_geschlechtsspezifischer_Gewalt.pdf) (zuletzt besucht am 08.08.2023).
- Raiser, Thomas*: Das lebende Recht: Rechtssoziologie in Deutschland. 3. Aufl., Baden-Baden, Nomos 1999.
- Raiser, Thomas*: Grundlagen der Rechtssoziologie. 5. Aufl., Stuttgart/Tübingen, UTB/Mohr Siebeck 2009.
- Raiser, Thomas*: Beiträge zur Rechtssoziologie. Baden-Baden, Nomos 2011.
- Rancière, Jacques*: Who Is the Subject of the Rights of Man? South Atlantic Quarterly, Jg. 103, Nr. 2–3 2004: S. 297–310.
- Randelzhofer, Albrecht*: § 17 Staatsgewalt und Souveränität, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.): Handbuch des Staatsrechts – Band 2: Verfassungsstaat. Heidelberg, C.F. Müller 2004.
- Raulff, Ulrich*: An Interview with Giorgio Agamben. German Law Journal, Jg. 5, Nr. 5 2004: S. 609–614.
- Reckwitz, Andreas*: Die Gesellschaft der Singularitäten: Zum Strukturwandel der Moderne. 6. Aufl., Berlin, Suhrkamp 2017.
- Reckwitz, Andreas/Rosa, Hartmut*: Spätmoderne in der Krise: Was leistet die Gesellschaftstheorie? Berlin, Suhrkamp 2021.
- refugees4refugees*: Was ist in Ellwangen passiert? Ein Statement von den Geflüchteten in Ellwangen. 2018, online: <https://oplatz.net/was-ist-in-ellwangen-passiert-ein-statement-von-den-gefluechteten-in-ellwangen/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Rebbinder, Manfred*: Rechtssoziologie. 6. Aufl., München, C.H. Beck 2007.

- Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein*: Keine Ausweitung der Befugnisse für das kommerzielle Sicherheitsgewerbe!, Pressemitteilung 8/21 vom 15.9.2021, online: <https://www.rav.de/publikationen/mitteilungen/mitteilung/keine-ausweitung-der-befugnisse-fuer-das-kommerzielle-sicherheitsgewerbe-809> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Rixen, Stephan*: Grundrecht auf Existenzminimum. Die Sozialgerichtsbarkeit, Nr. 4 2010: S. 227–245.
- Roggan, Fredrik*: Rechtsprobleme von privatisierter Sicherheit – Überlegungen zu einem verdrängten Phänomen. Kritische Justiz, Jg. 41, Nr. 3 2008: S. 324–332.
- Röhl, Klaus F.*: Rechtssoziologie: ein Lehrbuch. Köln u.a., Heymann 1987.
- Röhner, Cara*: Ungleichheit und Verfassung: Vorschlag für eine relationale Rechtsanalyse. Weilerswist, Velbrück Wissenschaft 2019.
- Rosa, Hartmut*: Beschleunigung: Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne. Frankfurt am Main, Suhrkamp 2016.
- Rosa, Hartmut*: Resonanz: Eine Soziologie der Weltbeziehung. Berlin, Suhrkamp 2016.
- Rossi, Matthias*: AEUV Art. 78 [Asylpolitik], in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hg.): Calliess/Ruffert. EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. 6. Aufl., München, C. H. Beck 2022.
- Roth, Andreas*: Das Grundrecht auf Asyl – ein (fast) abgeschafftes Grundrecht? Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, Jg. 18, Nr. 2 1998: S. 54–58.
- Rothberg, Michael*: The Implicated Subject: Beyond Victims and Perpetrators. Redwood City [U.S.], Stanford University Press 2019.
- Rothkegel, Ralf*: Das Gericht wird's richten – das AsylbLG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Ausstrahlungswirkungen. Zeitschrift für Ausländerrecht, Jg. 32, Nr. 10 2012: S. 357–369.
- Rottleuthner, Hubert*: Soziale Merkmale, Einstellungen und Verhaltensweisen von Arbeitsrichtern, in: Hubert Rottleuthner (Hg.): Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit. Baden-Baden, Nomos 1984: S. 291–310.
- Ruffert, Matthias*: § 17 Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem et al. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation. 2. Aufl., München, C.H. Beck 2012.
- Ruffert, Matthias*: § 40 VwVfG – Ermessen, in: Hans-Joachim Knack/Hans-Günter Henneke (Hg.): Knack/Henneke. Verwaltungsverfahrensgesetz. 10. Aufl., Köln, Heymanns 2014.
- Ruffert, Matthias*: Art. 288 AEUV, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hg.): Calliess/Ruffert. EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar. 6. Aufl. München, C. H. Beck 2022.
- Sacksofsky, Ute*: Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes. 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos 1996.

- Sachs, Michael*: § 40 Ermessen, in: ders. et al. (Hg.): Stelkens/Bonk/Sachs. Verwaltungs-verfahrensgesetz. 10. Aufl., München, C.H. Beck 2023.
- Sächsischer Flüchtlingsrat*: Beschluss Nummer 4: Chemnitz zieht nach – Sachsens Verwaltungsgerichte tenorieren einheitlich, Pressemitteilung vom 30.04.2020, online: <https://www.saechsischer-fluechtlingsrat.de/de/2020/04/30/pm-beschluss-nummer-4-chemnitz-zieht-nach-sachsens-verwaltungsgerichte-tenorieren-einheitlich/> (zuletzt besucht am 10.10.2021).
- Sächsischer Flüchtlingsrat*: Leid im Lager sichtbar machen, Pressemitteilung vom 14.12.2021, online: <https://www.tolerantes-sachsen.de/leid-im-lager-sichtbar-machen-gefuechtete-in-schneeberg-organisieren-protest-am-19-09-make-suffer-in-the-camp-visible-refugees-in-schneeberg-organize-a-protest-for-19-09/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Sächsischer Flüchtlingsrat*: Belegung in sächsischen Erstaufnahmeeinrichtungen (2021), online: [https://www.saechsischer-fluechtlingsrat.de/wp-content/uploads/2021/03/2020\\_11\\_16-Unterbringung-Lager.png](https://www.saechsischer-fluechtlingsrat.de/wp-content/uploads/2021/03/2020_11_16-Unterbringung-Lager.png) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Said, Edward W.*: Culture & Imperialism. London, Vintage Books 1994.
- Sainsbury, Diane*: Social Democratic Welfare States and Immigrants' Social Rights. Oxford, Oxford University Press 2012.
- Salzani, Carlo*: Benjamin, in: Adam Kotsko/Carlo Salzani (Hg.): Agamben's Philosophical Lineage. Edinburgh, Edinburgh University Press 2017: S. 27–38.
- Santina, Susana/Ul-Haq, Shams*: Flüchtlinge zur Prostitution gezwungen, Frontal 21 vom 24.10.2017, <https://www.zdf.de/politik/frontal/fluechtlinge-zur-prostitution-gezwungen-100.html> (zuletzt besucht am 24.03.2022).
- Sarasin, Philipp*: Agamben – oder doch Foucault? Deutsche Zeitschrift für Philosophie, Jg. 51, Nr. 2 2003: S. 348–354.
- Sarat, Austin*: Authority, Anxiety, and Procedural Justice: Moving from Scientific Detachment to Critical Engagement. Law & Society Review, Jg. 27, Nr. 3 1993: S. 647–671.
- Sauer, Birgit*: Migration, Geschlecht, Gewalt: Überlegungen zu einem intersektionellen Gewalt-begriff. GENDER – Zeitschrift für Geschlecht, Kultur und Gesellschaft, Jg. 3, Nr. 2 2011: S. 44–60.
- Schamann, Hannes/Kühn, Boris*: Kommunale Flüchtlingspolitik in Deutschland. Bonn, Friedrich-Ebert Stiftung 2016, online: <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/12763.pdf> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Schattauer, Göran*: Prozess um Tumulte bei Abschiebe-Einsatz: Zeugen schildern dramatische Szenen, Focus-Online vom 03.02.2020, online: [https://www.focus.de/politik/gerichte-in-deutschland/fluechtlingsunterkunft-in-bayern-prozess-um-tumulte-bei-abschiebe-einsatz-zeugen-schildern-dramatische-szenen\\_id\\_11621397.html](https://www.focus.de/politik/gerichte-in-deutschland/fluechtlingsunterkunft-in-bayern-prozess-um-tumulte-bei-abschiebe-einsatz-zeugen-schildern-dramatische-szenen_id_11621397.html) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Scheele, Alexandra*: Prekarität und Prekärsein als Normalzustand? Überlegungen zu einer Zeitdiagnose, in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hg.): Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen. Baden-Baden, Nomos 2018: S. 361–372.
- Scheffer, Thomas*: Asylgewährung: eine ethnographische Analyse des deutschen Asylverfahrens. Stuttgart, Lucius & Lucius 2001.

- Scheffer, Thomas*: Law-in-action versus Science-in-action. Zeitschrift für Rechtssoziologie, Jg. 27, Nr. 1 2006: S. 67–86.
- Scheppele, Kim Lane*: Legal and Extralegal Emergencies, in: Keith E. Whittington et al. (Hg.): The Oxford Handbook of Law and Politics. Oxford u.a.: Oxford University Press 2008: S. 165–184.
- Scherr, Albert*: Probleme und Perspektiven der Flucht- und Flüchtlingsforschung. Zeitschrift für Migrationsforschung, Jg. 1, Nr. 2 2021: S. 97–121.
- Scheuerman, William E.*: Emergencies, Executive Power, and the Uncertain Future of US Presidential Democracy. Law & Social Inquiry, Jg. 37, Nr. 3 2012: S. 743–767.
- Schliesky, Utz*: Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem. Tübingen, Mohr Siebeck 2004.
- Schmalz, Dana*: Refugees, Democracy and the Law: Political Rights at the Margins of the State. London/New York, Routledge 2020.
- Schmidt, Jochen*: Politische Brandstiftung: Warum 1992 in Rostock das Ausländerwohnheim in Flammen aufging. Berlin, Ed. Ost 2002.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. 2. Aufl., Berlin/Heidelberg, Springer 2006.
- Schmitt, Carl*: Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934. Deutsche Juristen-Zeitung, Jg. 39, Nr. 15 1934: S. 945–950.
- Schmitt, Carl*: Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 10. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot 2015.
- Schmitt, Carl*: Die Diktatur. 8. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot 2015
- Schnath, Matthias*: Das neue Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Neue Zeitschrift für Sozialrecht, Nr. 6 2010: S. 297–302.
- Schnekenburger, Franz*: Rechtsstellung und Aufgaben des privaten Sicherheitsgewerbes. Köln/München u. a., Heymann 1999.
- Schneider, Jochen*: Rechtstatsachen und Juristisches Informationssystem »Juris«, in: Aristide Chiottellis/Wolfgang Fikentscher (Hg.): Rechtstatsachenforschung: methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht. Köln, O. Schmidt 1985: S. 107–125.
- Schneider, Wolfgang*: Prozess um misshandelte Flüchtlinge in Siegen gestartet, WDR vom 08.11.2018, online: <https://www1.wdr.de/nachrichten/westfalen-lippe/burbach-fluechtlinge-misshandlung-prozess-100.html> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Scholz, Antonia*: Warum Deutschland? Einflussfaktoren bei der Zielstaatssuche von Asylbewerbern. Ergebnisse einer Expertenbefragung. Forschungsbericht 19, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Paderborn, Bonifatius GmbH/Druck-Buch-Verlag 2013.
- Scholz, Benjamin/Werdermann, David*: Wohnung zweiter Klasse? Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung in Flüchtlingsunterkünften. Asylmagazin, Nr. 7–8 2022: S. 235–241.

- Schütze, Fritz*: Strategische Interaktion im Verwaltungsgericht – eine sozilinguistische Analyse zum Kommunikationsverlauf im Verfahren zur Anerkennung als Wehrdienstverweigerer in: Winfried Hassemer et al. (Hg.): *Interaktion vor Gericht. Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie – Bd. 2.* Baden-Baden Nomos 1978: S. 19–100.
- Schulz-Fielitz, Helmuth*: § 12 Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem et al. (Hg.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation.* 2. Aufl., München, C.H. Beck 2012.
- Schulz-Schaeffer, Ingo*: Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie: für eine Rechtssoziologie »mit noch mehr Recht«. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jg. 25, Nr. 2 2004: S. 141–174.
- Shuppert, Gunnar Folke*: Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit? *Der Staat*, Jg. 47, Nr. 3 2008: S. 325–358.
- Shuppert, Gunnar Folke*: *Staat als Prozess: Eine staatstheoretische Skizze in sieben Aufzügen.* Frankfurt am Main/New York, Campus 2010.
- Seidl, Julian*: Die Leistungskürzungen des AsylbLG unter dem Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit. *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, Nr. 5 2020: S. 213–217.
- Seidl, Julian/Veekmann, Verena*: »Grundrechtsfreie Räume?« Das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung in Sammelunterkünften für Geflüchtete. *Asylmagazin*, Nr. 6 2021: S. 193–197.
- Siefert, Jutta*: § 3 Grundleistungen, in: dies. (Hg.): *Siefert/Dollinger/Krauß. AsylbLG: Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar.* 2. Aufl., München, C.H. Beck 2020.
- Siefert, Jutta*: § 3 a Bedarfssätze der Grundleistungen, in: dies. (Hg.): *Siefert/Dollinger/Krauß. AsylbLG: Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar.* 2. Aufl., München, C.H. Beck 2020.
- Singelstein, Tobias/Stolle, Peer*: Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2012.
- Singelstein, Tobias*: *Gewalt im Amt. Übermäßige polizeiliche Gewaltanwendung und ihre Aufarbeitung.* Frankfurt am Main/New York, Campus 2023.
- Slingenberg, Lieneke*: Political Agreement on a Recast Asylum Reception Conditions Directive: Continuation of Tents, Containment and Discipline?, in: Danien Thym et al. (Hg.): *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum.* Baden-Baden, Nomos 2022: S. 257–276.
- Sommer, Jan D.*: *Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht.* Frankfurt am Main, Peter Lang 2017.
- Spivak, Gayatri Chakravorty*: *Can the Subaltern Speak? Postkolonialität und subalterne Artikulation.* Wien, Turia und Kant 2020.
- Spörl, Gerhard*: Politisches Asyl: Empörung mit Methode. Ein interner Bericht über die Bonner Praxis verärgert den Innenminister, *Zeit* vom 23.09.1983, online: <https://www.zeit.de/1983/39/empoeerung-mit-methode> (zuletzt besucht am 22.03.2022).

- Squire, Vicki*: The Construction and Contestation of Illegality, in: Emma Carmel et al. (Hg.): Handbook on the Governance and Politics of Migration. Cheltenham, Edward Elgar Publishing 2021: S. 137–147.
- Staff, Ilse*: Im Niemandsland. Rechtsgeschichte – Legal History, Nr. 5 2004: S. 207–215.
- Starck, Christian*: Art. 2, in: Hermann von Mangoldt et al. (Hg.): v. Mangoldt/Klein/Starck. Grundgesetz Kommentar – Band 1. 7. Aufl., München, C.H. Beck 2018.
- Statistische Ämter des Bundes und der Länder* (Hg.): Soziale Mindestsicherung in Deutschland 2017. Wiesbaden 2019, online: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Mindestsicherung/Publikationen/Downloads-Sozialberichterstattung/soziale-mindestsicherung-5228101177004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Mindestsicherung/Publikationen/Downloads-Sozialberichterstattung/soziale-mindestsicherung-5228101177004.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Stegmaier, Peter*: Wissen, was Recht ist: richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologisch-ethnografischer Sicht. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2009.
- Steinhauer, Fabian*: Gestaltung des Rechts: Agamben, in: Sonja Buckel et al. (Hg.): Neue Theorien des Rechts. Stuttgart, Lucius & Lucius 2006: S. 187–211.
- Sterett, Susan M.*: What is Law and Society? in: Austin Sarat/Patricia Ewick (Hg.): The Handbook of Law and Society. Chichester [West Sussex], Wiley-Blackwell 2015: S. 1–17.
- Stober, Rolf*: Private Sicherheitsdienste als Dienstleister für die öffentliche Sicherheit? Zeitschrift für Rechtspolitik, Jg. 34, Nr. 6 2001: S. 260–266.
- Stolleis, Michael*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Band 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur: 1914–1945. München, C.H. Beck 1999.
- Stumpf, Juliet*: The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. American University Law Review, Jg. 56, Nr. 2 2006: S. 367–419.
- Sturm, Roland*: Brexit – das Vereinigte Königreich im Ausnahmezustand? Zeitschrift für Parlamentsfragen, Jg. 47, Nr. 4 2016: S. 878–892.
- Sußner, Petra*: Wer geht, ist selber schuld? Unionsrechtliche Perspektiven auf Gewaltschutz-ansprüche von LGBTIQ-Asylsuchenden in Unterkünften – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR. Europäische Grundrechte Zeitschrift, Jg. 46, Nr. 17–19 2019: S. 437–453.
- Sußner, Petra*: Flucht – Geschlecht – Sexualität: Eine menschenrechtsbasierte Perspektive auf Grundversorgung und Asylberechtigung. Wien, Verlag Österreich 2020.
- Táiwò, Olúfẹ̀mi*: Against decolonisation: Taking African Agency Seriously. London, Hurst & Company 2022.
- Tettinger, Peter et al.*: Besonderes Verwaltungsrecht: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht. 10. Aufl., Heidelberg, Müller 2009.
- Teubner, Gunther*: Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch »private« transnationale Akteure, in: Winfried Brugger et al. (Hg.): Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert. Frankfurt am Main, Suhrkamp 2008: S. 440–472.

- Teubner, Gunther*: Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions, in: ders. (Hg.): *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*. Berlin/ New York, De Gruyter 2012: S. 3–48.
- Teubner, Gunther*: The Law Before It Is Law: Franz Kafka and the (im)possibility of the law's self-reflection. *German Law Journal*, Jg. 14, Nr. 2 2013: S. 405–422.
- Thiel, Thorsten*: Öffentlichkeit, digitale: Zum neuen Strukturwandel der öffentlichen Sphäre, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hg.): *Stichworte zur Zeit*. Bielefeld, transcript 2020: S. 197–210.
- Thürmer-Rohr, Christina*: Das Böse, in: Wolfgang Heuer, Stefanie Rosenmüller (Hg.): *Arendt-Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*. 2. Aufl., Berlin, Springer 2022: S. 334–335.
- Thurn, John Philipp*: *Welcher Sozialstaat?* Tübingen, Mohr Siebeck 2013.
- Thym, Daniel*: *Migrationsverwaltungsrecht*. Tübingen, Mohr Siebeck 2010.
- Thym, Daniel*: Vom »Fremdenrecht« über die »Denizenship« zur »Bürgerschaft«: Gewandeltes Selbstverständnis im deutschen Migrationsrecht. *Der Staat*, Jg. 57, Nr. 1 2018: S. 77–117.
- Thym, Daniel*: Europäisches Asylrecht auf der Überholspur. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Jg. 53, Nr. 2 2020: S. 52–55.
- Thym, Daniel*: AEUV Art. 78 Asylrecht, in: Eberhard Grabitz et al. (Hg.): *Grabitz/Hilf/Nettesheim. Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV (78. Aktualisierungslieferung)*, München, C.H. Beck 2023.
- Thym, Daniel*: *European Migration Law*. Oxford, Oxford University Press 2023.
- Tiedemann, Paul*: Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG vom 18.07.2012 (1 BvL 10/10, NJW 2010, 505) – Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Leistungssätze des Asylbewerberleistungsgesetzes. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Jg. 31, Nr. 31 2012: S. 1031–1033.
- Tsourd, Evangelia*: EU Reception Conditions: A Dignified Standard of Living for Asylum Seekers?, in: Vincent Chetail et al. (Hg.): *Reforming the Common European Asylum System. The new European Refugee Law*. Leiden, Netherlands/Boston [Massachusetts], Brill Nijhoff 2016: S. 269–316.
- Turner, Simon*: What Is a Refugee Camp? Explorations of the Limits and Effects of the Camp. *Journal of Refugee Studies*, Jg. 29, Nr. 2 2015: S. 139–148.
- UNHCR: *Selection of Documents from UNHCR Archives. Refugee Survey Quarterly*, Jg. 27, Nr. 1 2008, 121–184.
- Vasilache, Andreas*: Gibt es überhaupt »Homines sacri«? Das nackte Leben zwischen Theorie und Empirie, in: Janine Böckelmann/Frank Meier (Hg.): *Die gouvernementale Maschine: zur politischen Philosophie Giorgio Agambens*. Münster, Unrast 2007: S. 58–75.
- Vedsted-Hansen, Jens*: Reception Conditions as Human Rights: Pan-European Standard or Systemic Deficiencies?, in: Vincent Chetail et al. (Hg.): *Reforming the Common European Asylum System. The new European Refugee Law*. Leiden, Netherlands/Boston, [Massachusetts], Brill Nijhoff 2016: 317–352.

- Vermeule, Adrian*: Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, Jg. 122, Nr. 4 2009: S. 1095–1149.
- Vesting, Thomas*: *Rechtstheorie*: Ein Studienbuch. 2. Aufl., München, C.H. Beck 2015.
- Vesting, Thomas*: *Staatstheorie*: Ein Studienbuch. München, C.H. Beck 2018.
- Vetters, Larissa et al.*: *Migration and the Transformation of German Administrative Law: An Interdisciplinary Research Agenda*, Max Planck Institute for Social Anthropology, Working Paper Nr. 188, online: <https://www.eth.mpg.de/pubs/wps/pdf/mpi-eth-working-paper-0188> (zuletzt besucht am 20.07.2023).
- Vischer, Benedict*: Die Fremdheit des Rechts. Aufzeichnungen eines fragilen Versprechens. Weilerswist, Velbrück Wissenschaft 2021.
- Voigt, Claudius*: *Asylbewerberleistungsgesetz: Feindliche Übernahme durch das Ausländerrecht*. info also, Nr. 3 2016: S. 99–107.
- Voigt, Rüdiger*: *Ausnahmestand: Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur*. Baden-Baden, Nomos 2013.
- Volkman, Uwe*: *Der alltägliche Ausnahmestand oder: Not kennt viele Gebote*. *Merkur*, Jg. 62, Nr. 708 2008: S. 369–379.
- Volkman, Uwe*: *Rechtsphilosophie*: Ein Studienbuch. München, C.H. Beck 2018.
- Vollmer, Bettina*: *Die Geltung der Menschenrechte im Staatsnotstand: Eine völkerrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Spanien und dem Vereinigten Königreich*. Baden-Baden, Nomos 2010.
- Vollmer, Julia*: *Häftlinge aus Abschiebehaft geflohen*, *Sächsische.de* vom 19.01.2020, online: <https://www.saechsische.de/plus/haeftlinge-aus-dresdner-abschiebehaft-ausgebrochen-5162885.html> (zuletzt besucht am 10.10.21).
- Voßkuhle, Andreas*: § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem et al. (Hg.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*. 2. Aufl., München, C.H. Beck 2012.
- Vu, Vanessa*: Horst Seehofer: Kein Witz, *Zeit Online* vom 11.07.2018, online: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-07/horst-seehofer-69-abschiebung-afghanistan-69-geburtstag-fluechtlinge> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Wahrendorf, Volker*: *Asylbewerberleistungsgesetz: AsylbLG. Kommentar*. München, C.H. Beck 2017.
- Walgenbach, Katharina*: *Gender als interdependente Kategorie*, in: dies. et al. (Hg.): *Gender als interdependente Kategorie. Neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität*. Leverkusen, Barbara Budrich 2012: S. 23–64.
- Wallrabenstein, Astrid*: § 7 Sozialstaat, in: Herdegen et al. (Hg.): *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*. München, C.H. Beck 2021.
- Watkin, William*: *Agamben and Indifference: A Critical Overview*. London u.a., Rowman & Littlefield International 2013.
- Weber, Felix*: *Notstandskontrolle. Notstand und Beurteilungsspielraum in*

- der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Baden-Baden, Nomos 2019.
- Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. Köln, Kiepenheuer & Witsch 1964.
- Weber, Max: Rechtssoziologie (Hg. v. Johannes Winckelmann). Neuwied, Luchterhand 1967.
- Wendel, Kai: Unterbringung von Flüchtlingen in Deutschland: Regelungen und Praxis der Bundesländer im Vergleich. Frankfurt am Main, Pro Asyl 2014, online: [https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2014/09/Laendervergleich\\_Unterbringung\\_2014-09-23\\_02.pdf](https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2014/09/Laendervergleich_Unterbringung_2014-09-23_02.pdf) (zuletzt besucht am 27.08.2023).
- Werner, Franziska: (Nicht-)Wohnen von Geflüchteten, in: Frank Eckardt/Sabine Meier (Hg.): Handbuch Wohnsoziologie. Wiesbaden, Springer 2020: S. 1–30.
- Wessel, Julia Schulze: Vom Lager zur Grenze: Giorgio Agamben über Ausnahmeräume und Flüchtlinge, in: Miriam Aced et al. (Hg.): Migration, Asyl und (Post-)Migrantische Lebenswelten in Deutschland. Berlin, LIT Verlag 2014: S. 11–28.
- West, Candace/Fenstermaker, Sarah: Doing Difference. Gender and Society, Jg. 9, Nr. 1 1995: S. 8–37.
- Whittington, Keith E. (Hg.): The Oxford Handbook of Law and Politics. Oxford u.a., Oxford University Press 2008.
- Wieland, Joachim: Art. 12, in: Horst Dreier (Hg.): Dreier. Grundgesetz Kommentar: GG – Band 1: Art. 1 – 19. 3. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck 2013.
- Wießner, Siegfried: Die rechtliche Problematik der Sammellager für Asylbewerber in Baden-Württemberg. Informationsbrief Ausländerrecht, Nr. 3 1981: S. 261–270.
- Wilde, Frank: Wenn Armut zur Strafe wird: Die freie, gemeinnützige Arbeit in der aktuellen Sanktionspraxis. Neue Kriminalpolitik, Jg. 29, Nr. 2 2017: S. 205–219.
- Winker, Gabriele/Degele, Nina: Intersektionalität. Zur Analyse sozialer Ungleichheiten. Bielefeld, transcript 2015.
- Winter, Katja: Visitenkarte für gelebte Demokratie und Freiheit, FAZ.net vom 25.05.2021, online: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/giessen-ehemaliges-notaufnahmelager-wird-zu-gedenkstaette-17356845.html> (zuletzt besucht am 10.08.2023).
- Wöhl, Stefanie: Machtverschiebungen vom Parlament zur Exekutive. Aus Politik und Zeitgeschichte, Jg. 66, Nr. 40–42 2016: S. 42–46.
- Wolf, Thomas: Der aktivierende Sozialstaat zwischen Freiheit und Zwang: Der begrenzte Spielraum moderner Sozialpolitik. Paderborn u.a., Ferdinand Schöningh 2011.
- Wolken, Simone: Das Grundrecht auf Asyl als Gegenstand der Innen- und Rechtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland. Frankfurt am Main u.a., Lang 1987.
- Women in Exile e.V.: Breaking Borders to Build Bridges. 20 Years of Women in Exile. Münster, edition assemblage 2022.

- Wowtscherk, Christoph*: Was wird, wenn die Zeitbombe hochgeht? Eine sozialgeschichtliche Analyse der fremdenfeindlichen Ausschreitungen in Hoyerswerda im September 1991. Göttingen, V&R Unipress 2014.
- Wrase, Michael*: Rechtssoziologie und Law and Society – Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2006, 289–312.
- Wrase, Michael/Klose, Alexander*: Gleichheit unter dem Grundgesetz, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hg.): *Feministische Rechtswissenschaft*. 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2011: S. 87–108.
- Zeitler, Stefan*: Das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen im Zusammenhang mit der Abschiebung. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Jg. 47, Nr. 10 2014: S. 365–369.
- Zölls, Anselm*: Die polizeiliche Betretungsbefugnis von Asylbewerberunterkünften nach Art. 23 III Nr. 3 Bayerisches Polizeiaufgabengesetz (PAG). *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Jg. 38, Nr. 2 2018: S. 56–61.
- Zumbansen, Peer/Amstutz, Marc*: *Recht in Recht-Fertigungen: Ausgewählte Schriften von Rudolf Wiethölter*. Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag 2014.



# Anhang I: Factsheet – NUK Tempelhof



## Factsheet - NUK Tempelhof

letzter Stand: Mai 2016

Die TAMAJA Soziale Dienstleistung GmbH ist ein ganzheitlich denkender und handelnder Dienstleister der öffentlichen Hand, der sich in Zusammenarbeit mit Vertretern/innen aller Bereiche an der Entwicklung und Organisation, einer am Menschen orientierten sozialen Infrastruktur beteiligt. Die Beherbergung, Betreuung und Integration von Geflüchteten ist eine Aufgabe, die nur unter Einbeziehung aller gesellschaftlichen Kräfte gestaltet werden kann. In dieser Aufgabe verstehen wir uns als Schnittstelle zwischen den geflüchteten Menschen und den Akteuren/innen aus Politik, Verwaltung, Wohlfahrt und Zivilgesellschaft in der Verantwortung.

Die Notunterkunft im Flughafen Tempelhof ist die größte Berlins. Das TAMAJA – Team arbeitet in Zusammenarbeit mit allen zuständigen Parteien unter Hochdruck am Aufbau des Standortes. Seit dem 24.10.2015 betreibt die TAMAJA eine Notunterkunft im Flughafen Tempelhof, bei der vier der sieben Hangars belegt sind. Die Belegungskapazität dieser vier Hangar beträgt 2.324 Plätze. Aktuell sind 1.316 Plätze belegt.

Alle belegten Hangars sind mit Messebauten ausgestattet. In den Abteilen befinden sich je nach Größe drei bis sechs Doppelstockbetten. Vereinzelt sind einige Abteile nicht zu 100% belegt, da z.B. bei der Unterbringung einer sechsköpfigen Familie keine weitere Belegung der noch freien Betten erfolgt. Zudem werden aufgrund der langen Verweildauer momentan nur 8-10 Betten pro Kabine belegt, um den Bewohner/innen mehr Platz zu bieten.

## Vorstellung der einzelnen Bereiche

### 1. Sanitäre Anlagen

Insgesamt stehen den Bewohnern und Bewohnerinnen 147 Duschen und 190 Toiletten zur Verfügung. Diese sind auf die einzelnen Hangars verteilt. Das entspricht bei einer Belegkapazität von 2.324 einer Quote von 1:16 bei den Duschen und 1:12 bei den Toiletten. Die dauerhaft vorgesehenen sanitären Einrichtungen werden als „Inhouse- Lösung“ installiert.

### 2. Arztpraxis

In Hangar 1 befindet sich die Arztpraxis, welche durch Vivantes Wenckeback betrieben wird. Die Öffnungszeiten sind Mo - Fr von 08:30 bis 17:00 Uhr. Ein Dolmetscher in Arabisch und Farsi ist vor Ort. Bewohner/innen können diese ohne Anmeldung aufsuchen und sich untersuchen sowie beraten lassen. Gegebenenfalls werden Medikamente vergeben. Weiterhin wird am Montag, Mittwoch und Freitag von 10:00 – 14:00 Uhr eine Kindersprechstunde in der Arztpraxis angeboten. Am Dienstag und Donnerstag wird um 09:30 Uhr in Kooperation mit dem St. Josephs Krankenhaus eine gynäkologische Sprechstunde angeboten.

### 3. Medi Point

Der Notdienst von der Johanner leistet eine 24 Stunden Gesundheitsversorgung, welche auch an allen Feiertagen, Samstagen und Sonntagen gewährleistet ist. Im Medi Point erfolgt ein Gesundheitsscreening von allen Personen die neu und/oder wiederholt nach Abwesenheit in die Unterkunft kommen. Ein Notarzt, ein Einsatzleiter und zwei Rettungssanitäter sind rund um die Uhr einsatzbereit.

### 4. Essensausgabe

In der Essensausgabe bekommen die Bewohnerinnen und Bewohner täglich drei verschiedene Mahlzeiten. In jedem Hangar befindet sich eine Cafeteria mit einem Aufenthaltsraum, in dem die Mahlzeiten eingenommen werden können. Die angebotenen Mahlzeiten sind nicht halal, jedoch wird kein Schweinefleisch zubereitet. Während der Essenszeit wird die Babynahrung für die Kleinkinder ausgegeben.

### 5. Wäscheservice

Bewohner/innen können ihre schmutzige Wäsche bei dem Wäscheservice abgeben. Innerhalb von 48 Stunden kann die saubere Wäsche wieder abgeholt werden.

### 6. Sozialarbeit

Die Sozialarbeit ist die zentrale Anlaufstelle für die erste Orientierung und Hilfestellung der Bewohnerinnen und Bewohner. In jedem Hangar befindet sich ein Sozialarbeiterbüro, in dem die Geflüchteten Auskunft über den Ablauf ihres Aufenthalts, Hilfe bei der Unterstützung ihres Asylverfahrens und allen damit zusammenhängenden Anträgen erhalten.

Die Sozialarbeit umfasst außerdem eine tägliche Kinder- und Jugendbetreuung. Die Betreuungsräume hierfür befinden sich in den Hangars 1, 4, 6 und 7. Babys und Kleinkinder können in Begleitung der Eltern im Kleinkindbereich betreut werden. Ältere Kinder zwischen 3- 16 Jahren hingegen werden in Spiel- und Kreativarbeit angeleitet. Die Kinder- und Jugendbetreuung wird in Zusammenarbeit von TAMAJA und [REDACTED] geleistet. Save the Children ermöglicht außerdem eine Absolvierung einer Kinderschutzschulung für die Betreuer/innen und arbeitet gemeinsam mit TAMAJA an einer am Kinderschutz orientierten Betreuung. Weiterhin gibt es eine Kooperation mit dem Kinder- und Jugendzirkus [REDACTED] bei der die inter- kulturelle Begegnung wichtiger Bestandteil der Arbeit ist.

### 7. Ehrenamt

Die Bereitschaft Geflüchtete zu unterstützen ist in der Gesellschaft groß. Das Engagement der Ehrenamtlichen ist Voraussetzung dafür, dass die Integration der zu uns kommenden Menschen als gesellschaftspolitische Aufgabe gelingt. Das tägliche ehrenamtliche Engagement ist in den unterschiedlichsten Bereichen möglich. Ziel ist vor allem die allgemeine und individuelle Unterstützung der Bewohner/innen. Angefangen bei der Organisation der Kleiderkammer, bis hin zur Orientierungshilfe oder Unterstützung bei Behördengängen und Arztbesuchen, aber auch bei der Durchführung von Aktivitäten. Wir sind dankbar für jede Unterstützung und es ist unser Ziel möglichst viel Raum für Begegnung und Austausch zu schaffen. Eine große Anzahl von ehrenamtlichen Initiativen ( [REDACTED] u.v.a.) sind bereits am Standort tätig, helfen, unterstützen und begleiten die Flüchtlinge.

### 8. Weitere Kooperationen

Um den Bewohnerinnen und Bewohnern ein weitreichendes Angebot zu Weiterbildung, Musik, Kultur und Sport anzubieten, bestehen mehrere Kooperationen mit unterschiedlichen Bildungsträgern. Neben täglichen Deutschkursen vor Ort, werden z.B. auch IT-Ausbildungsplätze von [REDACTED] und eine Ausbildung zum Fußball - Übungsleiter vom Landessportbund angeboten. Die Deutschkurse werden unter anderem vom [REDACTED] durchgeführt.

Außerdem widmet sich seit Anfang 2016 die Beratungsfirma [REDACTED] der Entwicklung, Koordination und Verfestigung von Kommunikations- und Organisationsstrukturen im Feld der Integration. In Zusammenarbeit fördert [REDACTED] in einem Pilotprojekt derzeit die Vernetzung allein reisender Männer mit Sozial-, Freizeit- und Arbeitsaktivitäten.

Des Weiteren gibt es in Hangar 6 seit kurzem ein Willkommen in Arbeit Büro. In diesem werden Beratungsangebote für Ausbildung und Beschäftigung des Landes Berlin, wie Integrationslotsinnen und -lotsen, Bildungsberaterinnen und -berater und Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter der Unterkünfte, aber auch Angebote der Bundesagentur für Arbeit koordiniert.

### 9. Beschwerdemanagement

Bewohner/innen haben die Möglichkeit ihre Sorgen und Beschwerden in dem TAMAJA Beschwerdebüro vorzubringen. Das Beschwerdebüro ist täglich von 19:00 - 21:00 Uhr geöffnet. Weiterhin können Anregungen, Probleme und Beschwerden anonym, in allen Sprachen in die dafür vorgesehene grüne Briefkästen eingeworfen werden. Vorfälle, die strafrechtlich relevant sind, werden von uns direkt an die Polizei weitergereicht.

Die TAMAJA Mitarbeiter stehen den Bewohner/innen weiterhin 16 Stunden am Tag als Ansprechpartner zur Verfügung. Außerdem besteht die Möglichkeit an offenen Gesprächsrunden teilzunehmen, die in Frauen- und Männergesprächsrunden unterteilt sind.

Kontakt Presse

Werktags zwischen 17 - 18 Uhr

Tel.: [REDACTED]

Email: [REDACTED]

# Anhang 2: Hausordnung der NUK Tempelhof



## HAUSORDNUNG



## GRUNDREGELN

1. Die Standortleitung übt das Hausrecht aus und ist berechtigt zu entscheiden, wer Zugang zur Unterkunft erhält. Dieses Hausrecht kann in Einzelfällen auch dem Schichtleiter der Security übertragen werden. Dieses Hausrecht beinhaltet auch das Recht, jederzeit und fristlos den vom LAGeSo zugewiesenen Platz zu kündigen.
2. Die Unterkunft ist 24 Stunden geöffnet. Alle Bewohner können jederzeit die Unterkunft betreten oder verlassen ohne Angabe von Gründen. Kinder dürfen die Unterkunft ausschliesslich in Begleitung ihrer Eltern betreten oder verlassen.
3. Jede\*r Bewohner\*in erhält einen Bewohnerausweis, der den Zugang legitimiert. Dieser Bewohnerausweis gilt gleichzeitig als Nachweis bei der Essensausgabe und anderen Leistungen wie z.B. der Kleiderkammer.
4. Jedem\*r Bewohner\*in ist ein fester Platz zugeordnet. Ein Wechsel kann nur durch die Leitung der TAMAJA erfolgen. Selbständiges Umziehen kann nicht erfolgen.
5. Jede\*r Bewohner\*in hat das Recht, die Beratungsleistungen der Sozialarbeiter während der Bürozeiten in Anspruch zu nehmen und sich bei Asyl-Fragen beraten zu lassen. Eine Rechtsberatung kann nicht angeboten werden.
6. Jede\*r Bewohner\*in hat das Recht auf die Bereitstellung von Hygieneartikeln (Seife/Shampoo, Zahnbürste und Zahnpasta). Dies Ausgabe erfolgt alle 14 Tage und im akuten Bedarfsfall.
7. In den Räumen der Unterkunft besteht absolutes Rauchverbot. Ebenso sind offenes Feuer sowie Heizgeräte jeder Art (Wasserkocher, Heizungen u.ä.) aus Sicherheitsgründen untersagt.
8. In der Unterkunft dürfen ohne ausdrückliche Genehmigung der Standortleitung keine Fotos oder Filmaufnahmen gemacht werden. Werden diese dennoch gemacht, ist die Security berechtigt, das unverzüglich Löschen der Aufnahmen in deren Gegenwart zu fordern.
9. Alle öffentlichen Flächen werden durch die TAMAJA ordnungsgemäß gereinigt. Eine regelmäßige und gründliche Reinigung der Zimmer wird von den Bewohnern erwartet. Die Einrichtungsgegenstände sind pfleglich zu behandeln. Beschädigungen sind der TAMAJA unverzüglich zu melden. Reinigungsmaterial (Besen, Schrubber etc.) wird zur Verfügung gestellt. Bewohner, die materielle Schäden verursachen werden hierfür haftbar gemacht und haben den Schaden zu erstatten.
10. Eltern sind für das Verhalten ihrer Kinder jederzeit verantwortlich. (Aufsichtspflicht, Schulpflicht, materielle Haftung für Beschädigungen der Kinder)
11. Jede\*r Bewohner\*in erhält bei Einzug Bettwäsche, Handtücher und sowie Hygienematerial. Bei Auszug sind alle heimeigenen Gegenstände vollzählig und ordentlich zurückzugeben.
12. Sollten Bewohner\*innen in dringenden Ausnahmefällen Rat oder Hilfe benötigen oder konnte eine notwendige Klärung mit der TAMAJA nicht erreicht werden, so können sich die Bewohner\*innen an die zuständigen Sachbearbeiter/innen der Berliner Unterbringungsleitstelle (BUL) im Landesamt für Gesundheit und Soziales wenden, die für die begleitende Heimverwaltung und Überwachung des Qualitätsstandards in Aufnahme- und Gemeinschaftseinrichtungen zuständig sind.
13. Die Übernachtung hausfremder Personen ist grundsätzlich untersagt.
14. Bei einer Abwesenheit von mehr als einem Tag (Krankenhaus, Urlaub, Auszug) muss die Leitung der Unterkunft sofort informiert werden. Fehlende Informationen können spätestens nach dem 3. Tag der Abwesenheit zum Verlust des Anspruches auf Ihren derzeitigen Wohnplatz führen.
15. Das Halten von Tieren ist grundsätzlich nicht gestattet.
16. Die Feuerverhütungsvorschriften sind unbedingt zu beachten (siehe Aushang/Merkblatt). In der gesamten Notunterkunft herrscht Rauchverbot. Eine Zuwiderhandlung kann zum Verlust des Wohnplatzes führen.

### Ruhezeiten und sonstige Öffnungszeiten

Ruhezeiten sind von 22:00h bis 06:00h.

Während dieser Zeiten ist in den Unterkünften absolute Ruhe zu wahren. In jeder Unterkunft stehen 24 Stunden Aufenthaltsräume zur Verfügung, in denen auch innerhalb der Ruhezeiten Platz für Gespräche und Spielen ist.

Sämtliche Öffnungszeiten, wie z.B. die der Arztpraxis, Essensausgabe, Kleiderkammer, Wäschedi- enst u.ä. werden an den zentralen Mitteilungsbrettern ausgeschrieben.

### Recht auf Beschwerde

**Jede\*r Bewohner\*in hat das Recht, sich bei der Standortleitung der TAMAJA zu beschweren und seine\*ihre Rechte einzufordern.**

Berlin, 18.12.2015  
Gez. [REDACTED] - Geschäftsführung

### Sicherheitsregeln

Jeder ist in unseren Unterkünften herzlich willkommen und wird mit Offenheit und Freundlichkeit behandelt. Wir treten stets höflich und verbindlich auf, gegenüber den Bewohnern, Besuchern, Lieferanten, Mitarbeiter und Kollegen. Herzlichkeit, Verständnis, Ruhe, Gelassenheit sowie ein Lächeln gehören zur „Grundausstattung“ unserer täglichen Arbeit.

**In den Unterkünften der TAMAJA gilt die Null-Toleranz-Regeln bei Drohungen und Gewalt jeder Art. Bei sicherheitsbedrohenden Situationen kommen gelten folgende Regeln:**

- Bedrohung sofort (!!!) aus den Räumen nach Außen verlagern (Festsetzen und nach draußen führen). Umgehend Standortleitung der Tamaja informieren.
- Keine (!!!) Diskussionen im Stehen in den Gebäuden. Gespräch im Sitzen im Security-Raum oder bei der Standortleitung anbieten (Deeskalation versuchen).
- Zeugenlage schaffen. Keine (!!!) Einzeldiskussionen zulassen oder sich verwickeln lassen und sofort Kollegen oder Mitarbeiter der Tamaja hinzuziehen.
- Niemals (!!!) Körperkontakt herstellen, außer zur dringlichen Festsetzung oder zur akuten Gefahrenabwendung (Selbstschutz/-verteidigung).
- Niemals (!!!) versuchen eine bedrohliche Situation alleine zu lösen.
- Es gibt keine (!!!) erste, zweite oder dritte Verwarnung bei Drohungen, Beleidigungen, Ballen der Fäuste (oder ähnlichem) und bei körperlicher Gewalt. In diesen Fällen ist die betreffende Person oder Personengruppe ausnahmslos und unverzüglich (!!!) festzusetzen und der Standortleitung vorzuführen.

**Hausverbote und/oder sonstige Verbote werden ausnahmslos von der Standortleitung und der Geschäftsleitung der Tamaja ausgesprochen und niemals (!!!) durch Mitarbeiter der Security. Hausverbote werden umgehend erteilt bei:**

- groben Beleidigungen und Beschimpfungen
- direkter und indirekter Androhung von Gewalt
- Ballung von Fäusten, Griff zu Gegenständen oder ähnlichem
- Aufruf zu Gewalt, Protesten oder Gruppenbildungen
- Anwendung von Gewalt (ungeachtet ob Personenschaden entstanden ist oder nicht)
- Diebstahl (es gibt keine (!!!) Bagatellgrenze)
- Vorsätzlicher und gezielter Sachbeschädigung
- Besitz und/oder Konsum von Drogen jeglicher Art

### **Umgang mit Alkohol**

- Das Mitbringen von Alkoholischen Getränken ist ausnahmslos (!!!) untersagt.
- Die Schichtleiter entscheiden, ob alkoholisierte Besucher die Unterkünfte betreten dürfen oder nicht.
- Bei Unsicherheit steht am Flughafen Tempelhof ein Alkohol-Tester bereit, der ausnahmslos (!!!) vom Standortleiter der Tamaja im Bedarfsfall eingesetzt wird.

### **Besucherregelung in den Unterkünften**

#### **Generelle Besucher**

- Gegenseitige Besuche zwischen den Bewohner verschiedener Unterkünften ist leider nicht möglich. Konkret bedeutet dies, dass jeder Bewohner nur Zutritt zu dem ihm zugewiesenen Unterkunft hat.
- Private Besuche sind in den dafür ausgewiesenen Räumen (Besucherbereiche) in der Zeit von 08h bis 22h möglich. Es ist leider nicht möglich an allen Standorten einen Besucherbereich vorzuhalten.
- Mitarbeiter der Polizei, der Senatsverwaltung, des LAGeSo (Landesamt für Gesundheit und Soziales) sowie vom Tempelhof Projekt haben freien Zutritt in die Unterkünfte nach Vorlage ihrer Dienstaussweise. Die Dienstaussweise sind stets sorgfältig zu prüfen. Diese Besucher sind stets (!!!) der Standortleitung zu melden.

#### **Besucher für Tamaja, Sanitäter oder Caterer**

- Alle Besucher für die Tamaja, die Sanitäter oder Caterer werden am Eingang abgeholt. Dazu werden die Besucher entsprechend angemeldet und warten am Eingang auf ihre Abholung.
- Kein (!!!) Besucher betritt die Hangas ohne Begleitung von Mitarbeitern der o.g. Team. Dies gilt auch ausnahmslos (!!!) für bereits bekannte Besucher, die z.B. öfter und regelmäßig kommen.
- Kein (!!!) Besucher bewegt sich ohne Begleitung der o.g. Mitarbeiter frei in den Unterkünften.

#### **Lieferanten**

- Alle Lieferanten werden ebenfalls am Empfang abgeholt, egal wie regelmäßig und wie oft sie schon gekommen sind.
- Kein (!!!) Lieferant betritt die Unterkünfte ohne Begleitung von Mitarbeitern der Tamaja, der Sanitäter oder des Caterer.
- Kein (!!!) Lieferant bewegt sich ohne Begleitung der o.g. Mitarbeiter frei in den Unterkünften.

#### **Freiwillige und Ehrenamtliche**

Alle freiwilligen und ehrenamtliche Unterstützer müssen bei der Tamaja registriert sein. Sie erhalten Tagesausweise, die im Büro der TAMAJA ausgegeben werden. Das auf den Tagesausweisen vermerkte Datum ist an den Eingängen stets (!!!) sorgfältig zu prüfen.

#### **Presse und sonstige Besucher**

- Vertreter der Presse sowie sonstige Besucher sind stets der Standortleitung zu melden. Diese holt diese Besucher am Eingang ab. In keinem Fall (!!!) sind diese Besucher ohne Begleitung in die Unterkünfte zu lassen.

Berlin, 18.12.2015  
Gez. [REDACTED] - Geschäftsführung

# Anhang 3: Hausordnung Ingolstadt-Manching

*Anlage 2*



Regierung von Oberbayern



14.2-Hausordnung

Fassung 10.08.2018

Die Regierung von Oberbayern erlässt für:

**ANKER Oberbayern einschließlich der Unterkunfts-Dependancen, das Ankunfts-zentrum und die Kurzaufnahme**

folgende

## Hausordnung:

### 1. Geltungsbereich

Diese Hausordnung gilt für alle Personen, die sich in Liegenschaften der ANKER-Einrichtung Oberbayern (Behördengebäude der Regierung von Oberbayern im Zuständigkeitsbereich von SG 14.2, Unterkunfts-Dependancen) und des Ankunfts-zentrums sowie der Kurzaufnahme aufhalten.

Insbesondere haben sich auch die Mitarbeiter der in den Gebäuden tätigen Behörden und Firmen (insbesondere Unterkunftsleitung, Sicherheitsdienst, Reinigungsdienst, Handwerker) sowie das medizinische Personal, die Sozialverbände und Ehrenamtlichen an die Hausordnung zu halten.

Das Hausrecht erstreckt sich auf alle Gebäude insbesondere für die Verwaltung sowie Versorgung und die eigentlichen Unterkünfte sowie die zugehörigen Freiflächen im Besitzrecht des Freistaates Bayern (im Folgenden nur noch als „Unterkunft“ bezeichnet).

Besondere schriftliche Dienstanordnungen der Regierung von Oberbayern gehen der Hausordnung vor. Die Hausordnung ist in allen Unterkünften gut sichtbar auszuhängen.

### 2. Betreiber, Ausübung Hausrecht

2.1 Betreiber des Gebäudes bzw. der Unterkunft ist der Freistaat Bayern, vertreten durch die Regierung von Oberbayern, Sachgebiet 14.2. Sie ist Inhaberin des Hausrechts.

2.2 Die Ausübung des Hausrechts ist den Vertretern des Unterkunftsbetreibers (im Folgenden nur noch als „Betreiber“ bezeichnet), der im Einzelfall vorhandenen, im Auftrag des Betreibers tätigen Unterkunftsleitung sowie dem ebenfalls im Auftrag des Betreibers tätigen und von der Unterkunftsleitung weisungsabhängigen Sicherheitsdienst übertragen. Bei Unklarheiten entscheiden der Betreiber vor der Unterkunftsleitung und diese vor dem Sicherheitsdienst. Im Ankunfts-zentrum übt die Leitung des Ankunfts-zentrums bzw. bei deren Abwesenheit die Schichtleitung und nach deren Weisung alle Mitarbeitenden sowie ebenfalls weisungsabhängig der Sicherheitsdienst das Hausrecht aus. Die Einhaltung der Bestimmungen der Hausordnung kann im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden. Soweit die erforderlichen Maßnahmen durch das Verschulden des Bewoh-

Postadresse  
80634 München

Telefon Vermittlung

E-Mail



Internet  
www.regierung-oberbayern.de

- ners oder sonstiger sich in der Unterkunft aufhaltender Personen verursacht wurden, sind diese zum Ersatz der dabei entstandenen Schäden und Aufwendungen verpflichtet.
- 2.3 In Ausübung des Hausrechts können insbesondere Zimmer zugewiesen, Verlegungen vorgenommen, Räume bzw. Zimmer betreten (Einzelheiten dazu in 5.7) und durchsucht, Spinde und sonstige Gegenstände durchsucht, Ausweiskontrollen durchgeführt, unberechtigte Personen auch mit Gewalt der Unterkunft verwiesen oder Hausverbote erteilt werden. Zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung sowie zur Wahrung des häuslichen Friedens können zusätzliche Verbote und Maßnahmen erlassen werden. Auch Anordnungen des Betreibers oder der Unterkunftsleitung (nach Möglichkeit in Absprache mit dem Betreiber) an den Sicherheitsdienst zur Ausübung des Hausrechts sind möglich.
- 2.4 Am Zugang des abgegrenzten Geländes jeder Unterkunft kann der Betreiber, die Unterkunftsleitung oder der Sicherheitsdienst in Ausübung des Hausrechts Zugangskontrollen und Durchsuchungen zum Schutz der dort aufhältigen Personen und der Gebäude durchführen. Insbesondere im Ankunftscenter sind ergänzende Regelungen möglich. Dabei werden Durchsuchungen der Oberbekleidung von Personen sowie mitgeführter Sachen (z. B. Gepäck) nach unzulässigen Gegenständen (siehe insbesondere Ziff. 4.3 bis 4.7, 15.3, 15.4) durchgeführt. Die Personen dürfen nur von Beschäftigten gleichen Geschlechts durchsucht werden. Ist ein Beschäftigter gleichen Geschlechts nicht anwesend, so dürfen nur die mitgeführten Sachen insbesondere Gepäckstücke sowie die dann auszuhängenden Oberbekleidungsstücke durchsucht werden. In diesem Fall müssen die Personen zudem die Taschen der am Körper getragenen Oberbekleidung (insbes. Hosentaschen) ausleeren. Die Durchsuchung hat so zu erfolgen, dass das Ehrgefühl der Personen nicht verletzt und die Verhältnismäßigkeit gewahrt wird. Personen, die unzulässige Gegenstände mitführen oder sich die Durchsuchung verweigern, wird der Zugang verweigert. Sie können die unzulässigen Gegenstände freiwillig vor dem Zugang entsorgen. In der Unterkunft können bei begründetem Verdacht entsprechende Kontrollen durchgeführt werden.
3. Bewohner und Berechtigte in der Unterkunft
- 3.1 Bewohnerinnen und Bewohner der jeweiligen Unterkunft (im Folgenden nur noch als „Bewohner“ bezeichnet) sind Asylsuchende, die in der Unterkunft aufgenommen wurden. Nicht mehr berechtigte Personen haben die Unterkunft unverzüglich zu verlassen.
- 3.2 Die Bewohner und Besucher sind zu gegenseitiger Rücksicht verpflichtet. Sie haben sich so zu verhalten, dass andere Mitbewohner, der Betreiber sowie Beschäftigte (insbesondere auch Unterkunftsleitung und Sicherheitsdienst) und Nachbarn der Unterkunft weder gefährdet noch geschädigt oder belästigt werden. Dies gilt auch für den für den Unterkunftsträger sowie Beschäftigte. Die Bewohner und Besucher haben den Anweisungen des Betreibers, der Unterkunftsleitung sowie des Sicherheitsdienstes Folge zu leisten, insbesondere unberechtigte Personen die Unterkunft zu verlassen.
- 3.3 Die Bewohner erhalten einen Hausausweis und die Besucher (gegen Hinterlegung eines Ausweisdokumentes oder eines anderen Pfandes) einen Besucherausweis, die sie stets bei sich zu führen und auf Verlangen dem Betreiber, der Unterkunftsleitung, dem Sicherheitsdienst oder sonstigen Beauftragten, die vom Betreiber hierzu gesondert ermächtigt wurden, vorzuzeigen haben. Auf Aufforderung der genannten Personen haben die Bewohner und Besucher auch ihre amtlichen Personaldokumente (z. B. Ankunftsnachweis oder Aufenthaltsgestaltung) vorzuzeigen.
- 3.4 Die Bewohner sind grundsätzlich berechtigt und verpflichtet, in der Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Es werden regelmäßige Anwesenheitskontrollen durchgeführt. Taucht ein Bewohner unter, wird dieser ausgebucht und zur Aufenthaltsermittlung ausgeschrieben. Damit ist in der Regel eine Einstellung der Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (insb. Taschengeld) verbunden.

- 3.5 Zutrittsberechtigt sind neben Polizei, Zoll und Rettungsdiensten im Einsatz grundsätzlich nur Bewohner, der Betreiber, die Unterkunftseitung sowie dauerhaft (regelmäßig eigenes Büro) in der Unterkunft Beschäftigte (insbesondere Dienstleister, Asylsozialberatung).  
Besuchern ist der Aufenthalt in der Unterkunft aus Sicherheitsgründen grundsätzlich nicht gestattet. In bestimmten Fällen (insbesondere Menschen mit Behinderung, Familienangehörige, Rechtsbeistände oder Berater) kann der Betreiber auf mindestens drei Werktage zuvor schriftlich gestellten und begründeten Antrag eine Ausnahme gewähren. In Eilfällen ist der Antrag frist- und formlos möglich.  
Kurzfristig in der Unterkunft Beschäftigten (insbesondere Handwerker, Lieferanten, Behördenvertreter) ist gegen Nachweis der Berechtigung (z. B. Auftrag, Dienstausweis, Rücksprache mit dem Betreiber) Zugang zu gewähren.
4. Allgemeines
- 4.1 Vertretern, Händlern, Hausierern, Vertretern von Glaubensgemeinschaften, Vereinen oder anderen Organisationen ist das Betreten der Unterkunft zum Abschluss von Verträgen, Abonnements, zur Werbung von Mitgliedern, zu missionarischen Tätigkeiten oder Ähnlichem verboten; dies gilt auch für Personen, die entgeltliche Waren oder Dienste anbieten bzw. Werbung betreiben. Zuwiderhandlungen werden strafrechtlich wegen Hausfriedensbruch verfolgt.  
Jeder Bewohner ist verpflichtet, solche Personen dem Betreiber bzw. der Unterkunftseitung unverzüglich zu melden.
- 4.2 Das Betreten der Unterkunft durch Vertreter der Medien zum Zwecke öffentlicher Berichterstattung ist nur mit Genehmigung der Pressestelle der Regierung von Oberbayern zulässig.  
Bei Lichtbildaufnahmen und sonstigen Aufnahmen sind von allen Personen, die sich in der Unterkunft aufhalten, die Persönlichkeitsrechte, insbesondere das Recht am eigenen Bild, zu wahren.
- 4.3 Das Betreten der Unterkunft mit Tieren sowie das Halten von Tieren aller Art in der Unterkunft sind grundsätzlich nicht gestattet. In begründeten Fällen kann der Betreiber auf schriftlich gestellten und begründeten Antrag eine Ausnahme gewähren, etwa für Assistenzhunde oder Diensthunde des Sicherheitsdienstes.
- 4.4 Der Besitz von Waffen gem. § 1 Abs. 2 Waffengesetz jeglicher Art (auch Gas- und Schreckschusspistolen), Anscheinswaffen, gefährlichen Gegenständen, wie beispielsweise gefährlichen Messern ist in der Unterkunft verboten. Für den Sicherheitsdienst sind Ausnahmen möglich, diese müssen ausdrücklich durch den Betreiber festgelegt werden. Den Bewohnern ist der Besitz von Passivbewaffnung verboten.  
Die unzulässigen Gegenstände werden eingezogen und verwertet. Im Falle einer möglichen Strafbarkeit des Besitzes wird Strafanzeige erstattet.
- 4.5 Der Besitz und der Konsum von Suchtmitteln nach den Anlagen I bis III zum Betäubungsmittelgesetz in der jeweils geltenden Fassung sowie der Handel mit diesen sind in der Unterkunft verboten. Die unzulässigen Gegenstände werden eingezogen und verwertet. Im Falle einer möglichen Strafbarkeit des Besitzes wird Strafanzeige erstattet.
- 4.6 Der Besitz von mobilen Kochgeräten (z. B. Strom oder Gas) und von leicht verderblichen sowie speziell zum Kochen geeigneten Speisen und Getränken sind den Bewohnern in der Unterkunft verboten. Die unzulässigen Gegenstände werden eingezogen und grundsätzlich verwertet.
- 4.7 Der Besitz und der Konsum von alkoholischen Getränken sind den Bewohnern in der Unterkunft verboten. Die unzulässigen Gegenstände werden eingezogen und verwertet.

- 4.8 Es ist verboten, sich in einer Aufmachung, die geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet ist, die Feststellung der Identität zu verhindern, in der Unterkunft aufzuhalten oder Gegenstände zu besitzen, die geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, die Feststellung der Identität zu verhindern. Die unzulässigen Gegenstände werden eingezogen und grundsätzlich verwertet.
- 4.9 Jegliche Art der Prostitution und Zuhälterei ist verboten.
- 4.10 Die durch Aushang bekanntgegebenen Essenszeiten müssen eingehalten werden, wenn der Bewohner an der jeweiligen Verpflegung teilnimmt. Darunter fällt auch, die Speiseräume pünktlich wieder zu verlassen.
- 4.11 Dem Betreiber bzw. der Unterkunftsleitung und dem Sicherheitsdienst sind unverzüglich zu melden:
- Feuergefahren, Brände,
  - ansteckende Krankheiten,
  - Auftreten von Ungeziefer,
  - Schäden an und in den Gebäuden und Einrichtungsgegenständen,
  - in der Unterkunft begangene strafbare Handlungen, insbesondere Diebstahl, Sachbeschädigung, Körperverletzung und Bedrohungen sowie
  - sonstige wichtige Vorkommnisse, aus denen auf eine drohende Gefährdung der Sicherheit und Ordnung geschlossen werden kann, insbesondere geplante Straftaten, Benachteiligungen aufgrund der religiösen Einstellung oder sexuellen Gesinnung, Gewalt in der Familie, Prostitution und Suizidversuche.
- Die Unterkunftsleitung bzw. der Sicherheitsdienst melden diese Vorfälle unverzüglich dem Betreiber und veranlassen die erforderlichen Schritte, wenn Gefahr im Verzug besteht.
- 4.12 Dem Betreiber bzw. der Unterkunftsleitung ist rechtzeitig zu melden:
- die Abwesenheit von der Essensausgabe sowie
  - Abfahrt, Rückkehr und Aufenthaltsort bei längerer Abwesenheit (mehr als 1 Tag).
- 4.13 Fundsachen sind unverzüglich bei dem Betreiber bzw. der Unterkunftsleitung, bei deren Abwesenheit der Schichtleitung des Sicherheitsdienstes abzugeben. Die Schichtleitung übergibt die Fundsachen am nächsten Werktag dem Betreiber bzw. der Unterkunftsleitung.
5. Zuteilung, Ausstattung und Betreten der Zimmer
- 5.1 Die Zimmer werden von dem Betreiber bzw. der Unterkunftsleitung sowie den durch diese im Einzelfall Beauftragten zugewiesen. Der Bewohner hat keinen Anspruch auf die Zuweisung eines bestimmten Zimmers. Der Betreiber bzw. die Unterkunftsleitung haben das Recht, aus organisatorischen Gründen, insbesondere zur Kapazitätsauslastung, Verlegungen innerhalb der Unterkunft oder in andere Unterkünfte anzuordnen. Eine Verlegungsanordnung hat der Bewohner zu befolgen. Sie bedarf keiner gesonderten Begründung. Ohne vorherige Zustimmung des Betreibers bzw. der Unterkunftsleitung darf ein Zimmer nicht gewechselt werden.
- 5.2 Besonders schutzbedürftigen Bewohnern, dazu können in Einzelfällen Frauen, Familien mit kleinen Kindern oder weitere Personen zählen, denen besonderer Schutz zuteilwerden muss, soll nach Möglichkeit und in Absprache mit dem Betreiber, ein besonders geeignetes Zimmer, gegebenenfalls in einem gesonderten Gebäude(-trakt/-teil) oder Stockwerk zuteil werden. Medizinische Gesichtspunkte sind, soweit möglich, zu berücksichtigen.
- 5.3 Die zur Verfügung gestellten Einrichtungsgegenstände sind pfleglich zu behandeln und müssen an den hierfür vorgesehenen Plätzen bzw. Zimmern verbleiben. Bei Schäden

oder Verlust haftet der Schadensverursacher, wenn er den Schaden mindestens fahrlässig verursacht hat.

Das Aufstellen von zusätzlichem Mobiliar ist grundsätzlich nicht gestattet. Der Betreiber bzw. die Unterkunftsleitung kann auf schriftlich gestellten und begründeten Antrag eine Ausnahme gewähren. Für eingebrachte Gegenstände wird seitens des Betreibers oder der Unterkunftsleitung nicht gehaftet, mit Ausnahme der Fälle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Wird die Belegkapazität der jeweiligen Zimmer durch das zusätzliche Mobiliar beeinträchtigt, kann vom Betreiber bzw. der Unterkunftsleitung eine Zwangsäumung durchgeführt werden.

- 5.4 Eigenmächtige bauliche oder technische Veränderungen z. B. an Heizungs-, Sanitär- und Elektroanlagen sind verboten.
  - 5.5 Bei Auszug aus der Unterkunft hat der Bewohner alle zur Verfügung gestellten Gegenstände an den Betreiber bzw. die Unterkunftsleitung zurückzugeben. Ausgenommen sind Gegenstände, die zum Verbrauch oder Verbleib ausgehändigt wurden. Das Zimmer, insbesondere das Bett und der Spind sind in einem sauberen Zustand zu übergeben.
  - 5.6 Der Bewohner hat selbst auf seine persönlichen Gegenstände zu achten. Bei Verlust oder Diebstahl haften der Betreiber und die Unterkunftsleitung nicht, mit Ausnahme der Fälle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Beim Auszug aus der Unterkunft hat der Bewohner alle persönlichen Gegenstände zu entfernen. Persönliche Gegenstände, die nicht entfernt werden, können innerhalb von zwei Wochen nach dem Auszug abgeholt werden. Anschließend werden sie auf Kosten des ehemaligen Besitzers verwertet.
  - 5.7 Dem Betreiber bzw. der Unterkunftsleitung und dem Sicherheitsdienst sowie den durch diese im Einzelfall Beauftragten ist der Zutritt zu den Zimmern in begründeten Fällen jederzeit und auch in Abwesenheit des Bewohners gestattet. Gründe hierfür können insbesondere die Abwehr von Gefahr für Leib und Leben, die Aufrechterhaltung der Betriebsfähigkeit der Unterbringung oder der konkrete Verdacht auf einen Verstoß gegen die Hausordnung sein. Nach Möglichkeit sollen Zimmer nur von zwei Personen, wovon zumindest eine das gleiche Geschlecht wie der Bewohner bzw. die Bewohnerin besitzen sollte, betreten werden und nur dann, wenn der Bewohner anwesend ist. Die Privatsphäre der Bewohner ist zu beachten und so weit wie möglich zu gewährleisten. Das Betreten ist in der Regel durch eine vorherige Ankündigung, etwa ein Klopfen, und angemessene Wartezeit anzukündigen. Der Zutritt soll in der Regel tagsüber stattfinden, während der Nachtzeit nur in begründeten Ausnahmefällen. Unterbringungsspezifische Besonderheiten sollen beachtet werden, etwa Zimmer, die nur von Frauen belegt werden, zunächst und vorrangig nur von Frauen betreten werden.
- 6. Pflege der Zimmer und der Gemeinschaftsanlage**
- 6.1 Die Bewohner sind verpflichtet, die benutzten Gebäudeteile, Einrichtungen und Anlagen sauber zu halten und zu schonen. Insbesondere die Reinigung und die regelmäßige Raumbelüftung (mindestens drei Mal tägliche Stoßlüftung für mindestens fünf Minuten zur Verhinderung von Schimmelbildung) des eigenen Zimmers und der Gemeinschaftsräume obliegen jedem Bewohner selbst. Am Tag des Auszugs ist das Zimmer von persönlichen Gegenständen und Müll zu leeren sowie zu reinigen.
  - 6.2 Hauseingangs-, Teeküchen-, Waschraum- und Kellerraumtüren sind stets geschlossen zu halten.
  - 6.3 Bei Eintritt von Kälte ist der Bewohner verpflichtet, Vorkehrungen zum Schutz gegen Frostschäden zu treffen. Bei Schneefall, Regen und Sturm sind Treppenhaus-, Teeküchen-, Waschküchen-, Toiletten-, Bad- und Zimmerfenster geschlossen zu halten. Die Verpflichtung zum Schließen der Fenster trifft in erster Linie die Bewohner und Nutzer der jeweiligen Gebäude.

- 6.4 Die Bewohner sind verpflichtet, Schäden im Haus, in den Zimmern, in den Gemeinschaftsanlagen und an allen technischen Einrichtungen sowie das Auftreten von Schädlingsbefall unverzüglich dem Betreiber bzw. der Unterkunftsleitung zu melden.

#### 7. Allgemeine Hausruhe (Nachtzeit)

- 7.1 Von 22.00 Uhr abends bis 07.00 Uhr morgens besteht allgemeine Hausruhe. Lärmverursachende Tätigkeiten sind in dieser Zeit innerhalb der gesamten Unterkunft nicht gestattet.
- 7.2 Geräusche, insbesondere von Radiogeräten oder Handys sind auch außerhalb der Ruhezeiten auf Zimmerlautstärke zu halten.
- 7.3 Durch Zusammenkünfte in den Zimmern dürfen andere Bewohner und Nachbarn der Unterkunft in ihrer Wohnruhe nicht gestört werden.

#### 8. Müllbeseitigung

- 8.1 Müll und Zigarettenkippen sind in den dafür vorgesehenen Mülleimern und Aschern zu sammeln. Es ist insbesondere verboten, Zigarettenkippen in die Grünanlagen zu werfen.
- 8.2 Abfälle, Verpackungsmaterial und dergleichen sind zu zerkleinern. Es ist untersagt, Abfall, Gläser oder Flaschen neben den Müllcontainern oder im Freien abzustellen. Essensabfälle sind umgehend zu entsorgen.
- 8.3 Es ist verboten, die Abflüsse von Toiletten, Badewannen, Spül- und Waschbecken zur Abfallbeseitigung zu benutzen oder aus sonstigem Grund irgendwelche Gegenstände, die eine Verstopfung herbeiführen können, dort einzuführen. Der Verursacher haftet für die Reinigung und etwaige Schäden.
- 8.4 Auch außerhalb der Unterkunft, insbesondere in unmittelbarer Umgebung, ist Müll stets in Mülleimern zu entsorgen.

#### 9. Antennen, Telefone

Es dürfen keinerlei An- oder Umbaumaßnahmen durchgeführt werden, insbesondere dürfen keine Dach- und Fensterantennen sowie Satellitenschüsseln angebracht werden. Außerdem ist es verboten, Löcher für Kabeldurchführungen in Mauern, Fenster- und Türstöcke zu bohren.

#### 10. Schilder

- 10.1 Das Anbringen von Schildern, Flugblättern, Plakaten und sonstigen Anschlägen jeglicher Art ist grundsätzlich nicht gestattet. Dies gilt nicht für Anschläge des Betreibers, der Unterkunftsleitung sowie der in der Unterkunft beschäftigten Sozialverbände und Ehrenamtlichen über deren Beratungsangebote. Der Betreiber bzw. die Unterkunftsleitung kann auf mindestens drei Werktage zuvor schriftlich gestellten und begründeten Antrag eine Ausnahme gewähren.
- 10.2 Das Beschmieren, Bemalen, Besprühen und Einritzen oder eine sonstige Art von Vandalismus an Gebäuden oder Gegenständen der Unterkunft ist verboten.
- 10.3 Das unbefugte Entfernen und Be- und Übermalen von Aushängen, Schildern und Hinweistafeln der Unterkunft ist verboten.

#### 11. Schlüssel

- 11.1 Dem Bewohner werden grundsätzlich keine Zimmerschlüssel ausgehändigt. Bei vorübergehendem Verlassen der Unterkunft durch alle Bewohner des Zimmers kann der

Sicherheitsdienst das Zimmer auf Verlangen der Bewohner verschließen, soweit bautechnisch möglich.

Für Frauen-Familienzimmer bzw. geschützte Bereiche kann der Betreiber bzw. die Unterkunftsleitung auf begründeten Antrag eine Ausnahme gewähren, soweit technisch möglich. Ein Anspruch auf einen eigenen Zimmerschlüssel kann nicht begründet werden. Für die Ausgabe der Schlüssel kann ein Pfand verlangt werden. Das Nähere regelt eine Ergänzung zu dieser Hausordnung.

- 11.2 Veränderungen an den Schlössern und Sicherheitsvorrichtungen aller Art durch die Bewohner sind verboten.

#### 12. Wasser- und Stromverbrauch

- 12.1 Jeder unnütze Verbrauch von Wasser, Strom und Heizung ist zu vermeiden.

- 12.2 Wasserabsperrhähne müssen, sofern sie in Bewohnerräumen liegen, jederzeit zugänglich sein.

#### 13. Waschen und Trocknen der Wäsche

- 13.1 Wäsche darf grundsätzlich nur in den vorhandenen Waschräumen gewaschen werden. Zum Trocknen dürfen nur die für diese Zwecke bestimmten Räume und Plätze und die hierfür angebrachten Vorrichtungen benutzt werden. Insbesondere ist das Aufhängen von Wäsche in den Bewohnerzimmern, an oder vor den Fenstern, an Heizkörpern und in Fluren grundsätzlich untersagt.

- 13.2 Eine Haftung des Betreibers oder der Unterkunftsleitung bei Diebstahl oder Beschädigung der Wäsche ist, mit Ausnahme der Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, ausgeschlossen.

#### 14. Nutzung der Teeküchen

- 14.1 Jeder Bewohner erhält in Umsetzung des Sachleistungsprinzips eine Vollverpflegung mit Frühstück, Mittagessen und Abendessen. Eine Möglichkeit, selbst zu kochen, ist daher nicht erforderlich. Zur Zubereitung von Nahrung für Säuglinge/Kleinkinder (vor allem Auskochen von Babyfläschchen, Erwärmen von Milch bzw. Brei) oder in gesundheitlich begründeten Fällen, wird die Nutzung von Teeküchen, sofern vorhanden, ermöglicht. Die Teeküchen sind, abhängig von der Ausstattung und dem Gesamtkonzept der Unterkunft, versperrt zu halten und nur auf begründete Anforderung durch den Sicherheitsdienst aufzusperren bzw. ist der Schlüssel auszuhändigen. Jeder Benutzer ist zur Sauberhaltung der Teeküche (Kochplatte, Arbeitsfläche) verpflichtet. In Betrieb genommene Kochplatten sind wieder abzuschalten. Nach Benutzung sind die Teeküchen wieder zu verschließen. Die Teeküchen dürfen ausschließlich zur zweckgemäßen Nutzung verwendet werden.

- 14.2 Das Aufbewahren von Speisen in den Teeküchen ist verboten.

#### 15. Brandschutz

- 15.1 Die feuerpolizeilichen Vorschriften und Bestimmungen der Brandschutzordnung (siehe Aushang) sind zu beachten.

Der Sicherheitsdienst setzt Brandschutzhelfer in jedem Wohngebäude ein und regelt eventuelle Maßnahmen. Den Anweisungen der Brandschutzhelfer ist Folge zu leisten. Im Brandfall Ruhe bewahren, einen Brandmelder betätigen, den Betreiber bzw. die Unterkunftsleitung oder den Sicherheitsdienst bzw. wenn von diesen niemand erreichbar ist, unmittelbar die Feuerwehr (Telefon: 112) verständigen und sich in Sicherheit bringen.

- 15.2 Notausgänge, Fluchtwege und Hausflure sind stets freizuhalten. Brandschutztüren dürfen nicht durch Keile oder sonst blockiert werden.

- 15.3 Vorhandene Brandmelder dürfen nicht beschädigt, abmontiert oder manipuliert (z. B. durch Batterieentnahme) werden. Der Missbrauch von Notrufeinrichtungen ist strafbar und wird zur Anzeige gebracht; darüber hinaus werden entstandene Kosten dem Verursacher in Rechnung gestellt.
- 15.4 Das Aufstellen bzw. die Inbetriebnahme von Heiz- und Kochgeräten (insbesondere Strom oder Gas), Bügel- und Haarglätteisen sowie Fernsehgeräten in den Zimmern ist verboten. Steckdosen dürfen nicht manipuliert und nur mit ordnungsgemäßen Steckern verwendet werden. Stromleitungen dürfen nicht überlastet werden. Widerrechtlich aufgestellte und betriebene Geräte werden von dem Betreiber bzw. der Unterkunftsleitung eingezogen. Sie sind dem Besitzer beim Auszug zurückzugeben, wenn die Aufbewahrung gefahrlos möglich ist und keine Gefahr für andere Asylbewerberunterkünfte darstellen, ansonsten verwertet. Geräte, die nicht innerhalb von zwei Wochen nach dem Auszug abgeholt werden, können auf Kosten des ehemaligen Besitzers verwertet werden. Geräte, die ein Sicherheitsrisiko darstellen, werden unmittelbar auf Kosten des ehemaligen Besitzers verwertet.
- 15.5 Der Umgang mit offenem Feuer und Licht sowie das Lagern leicht entzündlicher Stoffe und Flüssigkeiten sind in der Unterkunft verboten. Dies gilt auch für Feuerwerkskörper. Bei Zuwiderhandlungen werden die unzulässigen Gegenstände eingezogen und verwertet.
- 15.6 In den Gebäuden der Unterkunft herrscht striktes Rauchverbot (auch Wasserpfeifen und elektronische Zigaretten). Dies gilt auch für die Bereiche vor den Fenstern. Bei Zuwiderhandlungen werden die Rauchutensilien eingezogen und verwertet.
16. Parken und Befahren mit Kraftfahrzeugen
- 16.1 Das Parken und Befahren mit Kraftfahrzeugen auf dem Gelände der Unterkunft ist den Bewohnern nicht gestattet. Der Betreiber, die Unterkunftsleitung, der Sicherheitsdienst und Beschäftigte dürfen auf dem Gelände parken, soweit möglich und erforderlich. Feuerwehrezufahrten sind zu jeder Zeit freizuhalten. Eine Haftung des Betreibers oder der Unterkunftsleitung für Beschädigungen an Kraftfahrzeugen ist ausgeschlossen, mit Ausnahme der Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Es gelten die Regelungen der Straßenverkehrsordnung.
- 16.2 Die Lagerung von Reifen, Kfz-Ersatzteilen, usw. ist in und auf dem Gelände der Unterkunft nicht gestattet, soweit nicht zum Erhalt der Unterkunft oder dem Betreiber dienend.
- 16.3 Bei Zuwiderhandlung kann der Betreiber bzw. die Unterkunftsleitung das Fahrzeug oder das Material kostenpflichtig entfernen oder dies auf Kosten des Eigentümers bzw. Verursachers veranlassen. Daneben ist Nr. 19.1 anwendbar.
17. Benutzung von Fahrrädern, Kinderwägen und anderen Gegenständen
- 17.1 Das Befahren mit Fahrrädern, Rollschuhen, Skateboards, Inline-Skates und Ähnlichem ist auf dem Gelände der Unterkunft nur in geeigneten Bereichen und nur so gestattet, dass eine Gefährdung von Personen oder Sachen nicht zu befürchten ist. Eine Haftung des Betreibers für Beschädigungen an Fahrgegenständen ist ausgeschlossen, mit Ausnahme der Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Es gelten die Regelungen der Straßenverkehrsordnung.

- 17.2 Das Benutzen von Fahrrädern, Rollschuhen, Skateboards, Inline-Skates und Ähnlichem innerhalb der Gebäude der Unterkunft ist grundsätzlich verboten.
- 17.3 Das Abstellen von Fahrrädern, Kinderwägen und sonstigen sperrigen Gegenständen (Kisten, sperriges Umzugsgut, Schuhkästen, Wäschetrockner, Stühle, usw.) auf Gehwegen, in Hausfluren, Vorplätzen und Treppenhäusern ist grundsätzlich verboten.
- 17.4 Bei Zuwiderhandlung kann der Betreiber bzw. die Unterkunftsleitung die Fahrräder, Kinderwägen und sperrigen Gegenstände entfernen oder dies auf Kosten des Eigentümers bzw. Verursachers veranlassen. Daneben ist Nr. 19.1 anwendbar.

#### 18. Sicherheitsbestimmungen

- 18.1 Das Besteigen der Umzäunung des Unterkunftsgeländes oder von Bedachungen der Unterkunft ist verboten.
- 18.2 Gegenstände dürfen nicht über die Umzäunung geworfen oder hindurchgereicht werden.
- 18.3 Nachbargrundstücke dürfen nicht ohne Genehmigung betreten werden.
- 18.4 Eltern obliegt die Aufsichtspflicht über ihre Kinder und sie haben Sorge zu tragen, dass ihre Kinder die Ordnung in der Einrichtung beachten. Sie haften im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften für ihre Kinder.

#### 19. Zuwiderhandlungen

- 19.1 Bei Zuwiderhandlungen gegen die Hausordnung kann der Betreiber auch Bewohnern ein vorübergehendes Hausverbot erteilen, bei beharrlichen und intensiven Zuwiderhandlungen auch ein dauerhaftes Hausverbot. Ein vorübergehendes Hausverbot kann auch durch die Unterkunftsleistung oder den Sicherheitsdienst ausgesprochen werden. Wird gegen Nr. 15.4 verstoßen, kann der Betreiber die Steckdose(n) im Zimmer sperren. Im Falle des Mitführens unzulässiger Gegenstände oder einer Verweigerung der Durchsichtung am Zugang kann der Betreiber, die Unterkunftsleitung oder der Sicherheitsdienst auch mit Gewalt den Eintritt verwehren. Stark alkoholisierten/berauschten oder aggressiven Personen kann der Zutritt zur Unterkunft verwehrt werden oder sie können der Unterkunft zeitweise verwiesen werden.
- 19.2 Insbesondere bei Verstößen gegen ein bestehendes Hausverbot, einem Missbrauch von Notrufen (z. B. unnötiges Auslösen Brandmelder), einer Beeinträchtigung von Unfallverhütungs- und Nothilfemitteln (z. B. Beschädigung von Brandmeldern oder Feuerlöschern, Blockieren von Brandschutztüren) oder bei Sachbeschädigungen (z. B. Vandalismus oder Ziehen des Sicherungsbolzens von Feuerlöschern) wird Strafanzeige erstattet.

#### 20. Datenschutz

In (Teilbereichen) der Unterkunft können Videoaufnahmen von Verkehrsflächen angefertigt werden. Gesonderte Schilder weisen darauf hin. Die Videoaufnahmen dienen dem Schutz der in der Unterkunft befindlichen Personen, sowie den baulichen Anlagen und eingebrachten Sachen, aber auch zur Beweissicherung, etwa des Missbrauchs von Brandmeldern. Rechtsgrundlage ist Art. 24 Absatz 1 BayDSG Die Aufnahmen werden spätestens nach zwei Monaten automatisch gelöscht, wenn sie nicht zur Abwehr von Gefahren, zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten, Straftaten oder Geltendmachung von Rechtsansprüchen benötigt werden. Für Auskunftsansprüche steht der verantwortliche Sachgebietsleiter 14.2, Regierung von Oberbayern, Hofmannstraße 51, 81379 München zur Verfügung. Bei Fragen zum Thema Datenschutz steht der/die Datenschutzbeauftragte der Regierung von Oberbayern Maximilianstraße 39, 80538 München zur Verfügung.

21. Beschwerden

Bei Beschwerden oder Fragen stehen der Betreiber bzw. die Unterkunftsleitung zur Verfügung.

Zusätzlich stehen in jeder Dependance Briefkästen bereit, die ausschließlich von Mitarbeitenden der Regierung von Oberbayern geleert werden. Jeder Bewohner hat so die Möglichkeit, sich auch anonym an den Betreiber zu wenden.

22. Gültigkeit

22.1 Sollte eine Bestimmung dieser Hausordnung unwirksam sein oder werden, oder eine notwendige Regelung nicht enthalten sein, so wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen dieser Hausordnung nicht berührt.

Anstelle der unwirksamen Bestimmung oder zur Ausfüllung der Regelungslücke gilt eine rechtlich zulässige Regelung, die soweit wie möglich dem entspricht, was der Aufsteller der Ordnung gewollt hat, oder nach Sinn und Zweck gewollt haben würde, wenn er den Mangel erkannt hätte.

22.2 Diese Hausordnung gilt ab sofort. Frühere Hausordnungen verlieren hiermit ihre Gültigkeit.

  
Oberregierungsrat

## Anhang 4: Interviewleitfäden

### a) Interviewleitfaden für Bewohner/innen von Flüchtlingsunterkünften

**Forschungsleitende Frage:** Fühlen sich Bewohner/innen von Flüchtlingsunterkünften als Rechtssubjekte?

| Themenkomplex                                  | Erzählaufforderung   | Unterfragen   |
|--|--|---|
| Eisbrecher/Einstieg                            | Erzählen Sie mir, wie sind Sie in die Unterkunft gekommen, wie lange haben Sie dort gewohnt, wie fanden Sie es dort? |   |
| Grundrechte/Menschenrechte/ Qualitätsstandards | Wie war der Alltag in der Unterkunft?  | <p>Hatten Sie Privatsphäre? Konnten Sie Besuch empfangen?</p> <p>Wurden Sie religiös diskriminiert?</p> <p>Wie war das Essen?</p> <p>Konnten die Kinder zur Schule gehen?</p> <p>Haben Sie Kleidung bekommen?</p> <p>Wie war der Zugang zu Kultur?</p> <p>Wie ist die medizinische Versorgung?</p> <p>Wurden religiöse Gruppen getrennt?</p> <p>Gibt es Rückzugsorte für Frauen? Kinder?</p> <p>Informationsmaterial über Zugang zum Frauenarzt, geschlechtsbezogene Gewalt?</p> <p>Wie waren die Sanitäranlagen?</p> <p>Wie ist der Zugang zum Arbeitsmarkt?</p> <p>Gab es Videoanlagen, wurden Sie Ihnen gezeigt?</p> |

|  |  |  |
|--|--|--|
| <p>Konflikte in der Unterkunft</p>             | <p>Gab es Konflikte in der Unterkunft? Wie wurde damit umgegangen?</p>                     | <p>Wer ist an diesen Situationen beteiligt?<br/>Was löst sie aus?<br/>Wie gehen Sie damit um?<br/>Wie gehen andere damit um?<br/>Haben Sie die Polizei geholt? Was ist dann passiert?<br/>Wie sieht es mit religionsbezogener Gewalt aus? Wie mit geschlechtsspezifischer Gewalt?<br/>Gab es Hausverbote?<br/>Wer hat diese ausgesprochen?</p> |
| <p>Situation im Heimatland/Außerhalb</p>       | <p>Wie war das in Ihrem Heimatland? Wie ist es in anderen Unterkünften/ jetzt?</p>         | <p>Gab es dort manchmal ähnliche Situationen?<br/>Kennen Sie sich mit dem Recht in Ihrem Herkunftsland aus? Woher haben Sie dieses Wissen?<br/>Wie haben Sie dort in Konfliktsituationen reagiert?</p>   |
| <p>Rechtsbewusstsein/ Anspruchsbewusstsein</p> | <p>Wenn Sie sich ungerecht behandelt fühlen in der Unterkunft, wie haben Sie reagiert?</p> | <p>Haben Sie einen Anwalt?<br/>Wie beschweren Sie sich?<br/>Stoßen Sie dabei auf Widerstand?<br/>Was hindert Sie daran, sich zu beschweren?<br/>Was motiviert Sie dazu, sich zu beschweren?<br/>Suchen Sie anwaltliche Hilfe?</p>  |

Rechtsmobilisierungsfaktoren

Haben Sie das Gefühl, die Unterkunft hindert Sie daran, rechtlich aktiv zu werden?

Bekommen Sie Ihre Bescheide rechtzeitig zugestellt?

Nutzen Sie Rechtsberatungen?

Nutzen Sie das Beschwerdesystem?

Haben Sie Angst vor rechtlichen Konsequenzen, wenn Sie rechtlich gegen das Essen/Sanitäranlagen etc. vorgehen würden?

Haben Sie schon mal überlegt, rechtlich gegen den (Dauer)Aufenthalt in der Unterkunft vorzugehen?

b) Interviewleitfaden für die Sozialarbeiter/innen in Flüchtlingsunterkünften

**Forschungsleitende Frage:** Inwiefern handelt es sich bei den Unterkünften um rechtliche Räume?

| Themenkomplex  | Erzählaufforderung  | Unterfragen   |
|--|---|---|
| Eisbrecher/ Einstieg                                   | Wie sieht ein typischer Arbeitstag in der Unterkunft aus?                         |   |
| Konflikte in der Unterkunft                            | Beobachten Sie manchmal Konflikte in der Unterkunft?                              | Um was für Konflikte handelt es sich?<br>Zwischen wem entstehen die Konflikte?<br>Was ist der Inhalt der Konflikte?<br>Mischen Sie sich in die Konflikte ein?   |
| Verhalten der Sozialarbeiter/in in Konfliktsituationen | In welcher Rolle sehen Sie sich in der Unterkunft in Konfliktsituationen?         | Im Verhältnis zu den Bewohnern?<br>Im Verhältnis zur Heimleitung?<br>Beziehen Sie bei Konflikten Stellung?  |
| Rolle der Heimleitung in Konfliktsituationen           | In welcher Rolle sehen Sie die Heimleitung in Konfliktsituationen?                | Wie erleben Sie das Auftreten der Heimleitung bei Konflikten?<br>Kommt es vor, dass die Heimleitung die Bewohner/innen sanktioniert?<br>Wenn ja: Wie begründet sie das, und wie wirkt das auf Sie?<br>Können Sie ein Beispiel nennen?<br>Was für eine Rolle spielt die Heimordnung dabei? |
| Rechtsstellung der Bewohner/innen                      | Wie schätzen Sie die Möglichkeiten der Bewohner/innen in Konfliktsituationen ein? | Beschweren sich die Bewohner/innen über den Umgang mit Konflikten?<br>Über was beschweren sie sich?<br>Finden Sie das gerechtfertigt? Warum ja/warum nein?<br>Beim wem beschweren sie sich?<br>Würden Sie sagen, dass die Beschwerden Folgen haben?                                       |

## c) Interviewleitfaden für Anwält/innen im Asylrecht

**Forschungsleitende Frage:** Inwiefern handelt es sich bei den Unterkünften um rechtliche Räume?

| Themenkomplex                      | Erzählaufforderung  | Unterfragen  |
|------------------------------------|---|--|
| Eisbrecher/Einstieg                | Was sind klassische Anliegen der Bewohner/innen der Unterkünfte jenseits des eigentlichen Asylverfahrens? |  |
| Rechtsverstöße in den Unterkünften | Wissen Sie von Rechtsverstößen in den Unterkünften seitens der Heimleitung?                               | Was für Rechtsverstöße sind das?<br>Haben Sie Beispiele?<br>Wie erfahren Sie davon?<br>Inwiefern spielen Heimordnungen eine Rolle?<br>Wie steht hier das deutsche Recht im Verhältnis zu menschenrechtlichen Konventionen?   |
| Bewohner/innen als Rechtssubjekte? | Wie würden Sie die rechtliche Stellung der Bewohner/innen beschreiben?                                    | Nutzen Sie »ihre Rechte« als Argument in Konflikten mit der Heimleitung?<br>Glauben Sie, es hat eine Wirkung auf die Heimleitung, wenn Bewohner/innen mit »ihren Rechten« argumentieren? Kennen Sie Beispiele?<br>Welche Rolle spielen Sie in diesem Zusammenhang? |
| Rechtsmobilisierung                | Gehen die Bewohner/innen gegen Rechtsverstöße vor?  | Was für Barrieren gibt es diesbezüglich?<br>Raten Sie den Bewohner/innen dazu, gegen Rechtsverstöße vorzugehen?<br>Wenn ja, warum? Wenn nein, warum nicht?   |

d) Interviewleitfaden für Behörden-Mitarbeiter/innen/Politiker/innen

**Forschungsleitende Frage:** Wie werden die Unterkünfte rechtlich reguliert?

| Themenkomplex                        | Erzählaufforderung   | Unterfragen  |
|--------------------------------------|--|--|
| Eisbrecher/Einstieg                  | Wie wurden die Qualitätsstandards für die GUs und NUKs entwickelt?                                   |  |
| Beschwerden der Bewohner/innen       | Bekommen Sie rechtliche Beschwerden seitens der Bewohner/innen aus den Unterkünften, wenn ja welche? | Was sind das für Beschwerden?<br>Wer beschwert sich?<br>Von wem bekommen Sie Beschwerden?<br>Was für einen Inhalt haben die Beschwerden?<br>Wie reagieren Sie auf die Beschwerden?   |
| Rechtsverstöße in den Unterkünften   | Wissen Sie von Rechtsverstößen in den Unterkünften?  | Um was für Rechtsverstöße handelt es sich?<br>Von wem werden diese ausgeübt?<br>Wie reagieren Sie darauf?  |
| Die Unterkünfte als rechtlicher Raum | Inwiefern finden Kontrollen der Unterkünfte statt?   | Wie reagieren Sie auf Regelverstöße der Heimleitungen?<br>Wie regelmäßig finden solche Kontrollen statt?<br>Was genau wird kontrolliert?   |
| Verhältnis Staat/Private             | Sind sie für die Bewohner/innen in Konfliktfällen ansprechbar?                                       | Wie erreichen Bewohner/innen Sie im Konfliktfall?<br>Inwiefern ist Ihre Behörde für Beschwerden der Bewohner/innen zuständig?<br>Inwiefern ist Ihre Behörde für Beschwerden der Bewohner/innen ansprechbar?<br>Wie können Sie kontaktiert werden?<br>Wie können Sie weiterhelfen bei Konflikten in den Unterkünften? |

## e) Interviewleitfaden Betreiberfirma

**Forschungsleitende Frage:** Wie werden die Unterkünfte rechtlich „gemanaged“?

| Themenkomplex                        | Erzählaufforderung   | Unterfragen  |
|--------------------------------------|--|--|
| Eisbrecher/Einstieg                  | Wie sieht Ihr typischer Arbeitstag aus?  |  |
| Beschwerden der Bewohner/innen       | Bekommen Sie rechtliche Beschwerden seitens der Bewohner/innen aus den Unterkünften? | Was sind das für Beschwerden?<br>Wer beschwert sich?<br>Von wem bekommen Sie Beschwerden?<br>Was für einen Inhalt haben die Beschwerden?<br>Wie reagieren Sie auf die Beschwerden?   |
| Rechtsverstöße in den Unterkünften   | Wissen Sie von Rechtsverstößen in den Unterkünften?                                  | Um was für Rechtsverstöße handelt es sich?<br>Von wem werden diese ausgeübt?<br>Wie reagieren Sie darauf?  |
| Die Unterkünfte als rechtlicher Raum | Inwiefern finden Kontrollen der Unterkünfte statt?                                   | Wie reagieren Sie auf Regelverstöße der Heimleitungen?<br>Wie regelmäßig finden solche Kontrollen statt?<br>Was genau wird kontrolliert?   |
| Verhältnis Staat/Private             | Sind Sie für die Bewohner/innen in Konfliktfällen ansprechbar?                       | Wie erreichen Bewohner/innen Sie im Konfliktfall?<br>Inwiefern ist Ihre Behörde für Beschwerden der Bewohner/innen zuständig?<br>Inwiefern ist Ihre Behörde für Beschwerden der Bewohner/innen ansprechbar?<br>Wie können Sie kontaktiert werden?<br>Wie können Sie weiterhelfen bei Konflikten in den Unterkünften? |

*Rechtssoziologie*  

---

*bei Velbrück Wissenschaft*

Alfons Bora, Andrea Kretschmann (Hg.)  
**Soziologische Theorien des Rechts**  
Eine Einführung anhand von Schlüsseltexten  
416 Seiten · ISBN 978-3-95832-361-2 · EUR 49,90

Sonja Buckel  
**Subjektivierung und Kohäsion**  
Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts  
360 Seiten · ISBN 978-3-938808-29-0 · EUR 38,00

Dominik Hofmann  
**Impunität**  
Zur Frage, was es bedeutet, wenn nicht gestraft wird  
536 Seiten · ISBN 978-3-95832-294-3 · EUR 59,90

Andrea Kretschmann (Hg.)  
**Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus**  
280 Seiten · ISBN 978-3-95832-147-2 · EUR 39,90

Eva Kocher  
**Das Andere des Arbeitsrechts**  
Perspektiven feministischen Rechtsdenkens  
268 Seiten · ISBN 978-3-95832-366-7 · EUR 39,90

Rüdiger Lautmann  
**Die Idee des Sozialen im Denken des Rechts**  
Ein Jahrhundert streitiger Diskurse  
504 Seiten · ISBN 978-3-95832-384-1 · EUR 49,90

Maximilian Pichl  
**Untersuchung im Rechtsstaat**  
Eine deskriptiv-kritische Beobachtung  
der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse zur NSU-Mordserie  
348 Seiten · ISBN 978-3-95832-287-5 · EUR 39,90

Sarah Schulz  
**Die freiheitliche demokratische Grundordnung**  
Ergebnis und Folgen eines historisch-politischen Prozesses  
404 Seiten · ISBN 978-3-95832-165-6 · EUR 49,90

Carolina Alves Vestena  
**Das Recht in Bewegung**  
Kollektive Mobilisierung des Rechts in Zeiten der Austeritätspolitik  
336 Seiten · ISBN 978-3-95832-290-5 · EUR 44,90

