

# INFORMATIONSBRIEF #123 2022

Republikanischer  
Anwältinnen- und  
Anwälteverein e.V.

RAV

08

## Die »Kritische Justiz« zu Gast beim RAV

*Mit Beiträgen von Christoph Tometten, Peer Stolle, Justus Linz, Gabriele Heinecke, Sebastian Baunack, Fenna Busmann, Lea Mechsner, Oriane Lafargue, Lukas Theune, Christine Lüth, Anya Lean, Jasper Prigge*

62

## NSU 2.0-Verfahren. Der Schutz der hessischen Polizei durch die Einzeltäterthese

*Antonia von der Behrens, Kristin Pietrzyk und Anna Luczak*

69

## Armutsbefrafung in Deutschland. Eine Veranstaltung sucht Lösungen

*Lukas Theune*

70

## Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich – Neue Klassenjustiz

*Fritz Sack*

# Inhalt

- 4 EDITORIAL 123**
- 6 DOKUMENTATION**  
RAV-Kolleg\*innen zur Rechtspraxis  
in der »Kritischen Justiz«  
*Volker Eick*
- 8 MISSBRAUCH IM  
ABSTAMMUNGSRECHT**  
Zur Feststellung der missbräuchlichen  
Anerkennung der Vaterschaft  
(§ 85a AufenthG)  
*Christoph Tometten*
- 14 RECHTSWIDRIGER EINSATZ  
VON ZIVILBEAMT\*INNEN  
AUF VERSAMMLUNGEN**  
Die sog. Tatbeobachter\*innen  
*Peer Stolle*
- 16 ABSCHIEBUNGEN AUS DER  
WOHNUNG UNTERFALLEN  
RICHTERVORBEHALT**  
Die Unverletzlichkeit der Wohnung  
*Justus Linz*
- 20 BLEIBEN SIE DEMOKRATISCH!**  
Besprechung der Beschlüsse des  
Verwaltungsgerichts Hamburg und  
des Hamburgischen Oberverwaltungs-  
gerichts  
*Gabriele Heinecke*
- 26 DEMOKRATIE VS. MITBESTIMMUNG  
IM ÖFFENTLICHEN DIENST?**  
Die Novelle des BPersVG  
*Sebastian Baunack*
- 32 EIN- UND AUSGANGSSPERRE  
IM HAMBURGER STRAFVOLLZUG**  
Zum Beschluss des Hanseatischen  
Oberlandesgerichts  
*Fenna Busmann und Lea Mechsner*
- 36 EuGH ZUR RÜCKFÜHRUNG UN-  
BEGLEITETER MINDERJÄHRIGER**  
Bleibeperspektive in der Praxis unklar  
*Oriane Lafargue*
- 42 ENCROCHAT**  
Begründet allein der Besitz eines  
sicheren Telefons einen hinreichenden  
Straftatverdacht, der den staatlichen  
Hack erlaubt?  
*Lukas Theune*
- 48 DIE BEGRIFFSBESTIMMUNG  
DES »FLÜCHTIGSEINS« IM  
DUBLINVERFAHREN**  
Besprechung des Urteils des  
Bundesverwaltungsgerichts  
vom 17.8.2021  
*Christine Lüth und Anya Lean*
- 54 ZUM FILMEN POLIZEILICHER  
MASSNAHMEN**  
Besprechung zum Beschluss des  
LG Osnabrück vom 24.9.21  
*Jasper Prigge*
- 58 VERBOT KURDISCHER  
KUNST UND KULTUR**  
Bundesverfassungsgericht muss  
zu Diskriminierung entscheiden  
*Peer Stolle und Lukas Theune*
- 62 NSU 2.0-VERFAHREN**  
Der Schutz der hessischen Polizei  
durch die Einzeltäterthese  
*Antonia von der Behrens, Kristin Pietrzyk  
und Anna Luczak*
- 69 ARMUTSBESTRAFUNG  
IN DEUTSCHLAND**  
Eine Veranstaltung im April  
sucht nach Lösungen  
*Lukas Theune*
- REZENSIONEN**
- 70 Ronen Steinke**  
**VOR DEM GESETZ SIND NICHT  
ALLE GLEICH – NEUE KLASSEN-  
JUSTIZ**  
*Fritz Sack*
- 72 Benjamin Derin & Tobias Singelstein**  
**DIE POLIZEI: HELFER, GEGNER,  
STAATSGEWALT – INSPEKTION  
EINER MÄCHTIGEN INSTITUTION**  
*Peer Stolle*
- 75 Autorinnenkollektiv Meuterei**  
**KAMPF GEGEN WINDMÜHLEN –  
DER UNERKLÄRTE KRIEG DER EU  
GEGEN FLÜCHTENDE**  
*Volker Eick*

**D**er russische Angriffskrieg gegen die Ukraine überschattet in diesen Monaten alles. Die Orte Butscha und Irpin stehen für unfassbares Leid und völkerrechtswidrige Verbrechen und zwingen Hunderttausende zur Flucht.

Bei der Aufnahme der Geflüchteten erkennen wir ein weiteres Mal eine europäische Doppelmoral, die von rassistischen Kriterien bestimmt ist. Während die Menschen mit einem ukrainischen Pass erfreulicherweise mit offenen Armen und ohne größere bürokratische Hürden in Deutschland aufgenommen werden, zeigt die ›Festung Europa‹ an den europäischen Außengrenzen weiter ihr unmenschliches Gesicht und es werden internationale Menschenrechtsvereinbarungen täglich missachtet.

Selbst wem die Flucht nach Deutschland gegen FRONTEx, gegen osteuropäische Militär- und Grenzschutztruppen und gegen die deutsche Bundespolizei gelang, muss nun in andere Lager weichen: selektive und interessengedrungene Subventionsmenschlichkeit, statt universeller Menschenrechte.

Dass die zentrale Antwort Deutschlands auf die gegenwärtigen Herausforderungen ausgerechnet ein 100 Milliarden-Sonderhaushalt für die Bundeswehr und die Fixierung auf das Zwei-Prozent-Ziel der NATO sein soll, ist ein weiterer beschämender Sachverhalt.

Dass und wie die alltägliche Rechtspraxis solcherart politische Entscheidungen häufig absichert, aber auch in Zweifel zieht oder gelegentlich als rechtswidrig qualifiziert, haben wir in einem Schwerpunkt (ab S. 6) fixiert, der auf eine Initiative des RAV und der Zeitschrift Kritische Justiz zurückgeht. Das Verbot kurdischer Kunst und Kultur ist Gegenstand eines weiteren Beitrags (S. 58ff.). In einer detaillierten Analyse zeigen zudem drei RAV-Kolleginnen, wie in dem NSU 2.0-Verfahren am Frankfurter Landgericht gegen viele Widerstände die Einzeltäterhypothese in Frage gestellt und die Verwicklung der hessischen Polizei untersucht wird.

Weiter möchten wir zum einen auf unser neues Fortbildungsprogramm für das

2. Halbjahr 2022 hinweisen (S. 41), das den Mitgliedern mit Sendung des RAV InfoBrief auch separat beiliegt und zudem stets auf der Website zu finden ist (<https://www.rav.de/fortbildung>). Und – darüber freuen wir uns sehr – zum anderen auf unsere Summer School Migrationsrecht (vgl. S. 53), die diejenigen Grundkenntnisse vermittelt, die den beruflichen Einstieg in dieses Rechtsgebiet ermöglichen. Sie bilden das Fundament, um später gewinnbringender am ›Fachlehrgang Migrationsrecht‹ teilzunehmen und dort das Wissen umfassend zu vertiefen.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!

Die REDAKTION

Volker Eick, Ursula Groos, Ulrich von Klinggräff, Anya Lean, Peer Stolle und Lukas Theune

# Dokumentation

RAV-KOLLEG\*INNEN ZUR RECHTSPRAXIS IN DER »KRITISCHEN JUSTIZ«

VOLKER EICK

Seit Ende November 2020 kooperieren die Zeitschrift »Kritische Justiz« (KJ) und der RAV in der KJ mit einer »Praxisrubrik«, um so dem Austausch zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zu intensivieren.

Seitdem werden drei oder vier aktuelle gerichtliche Entscheidungen vorgestellt und besprochen, die aus kritischer Sicht erwähnenswert sind; mit einem kurzen Kommentar werden sie zudem eingeordnet. In der Bekanntgabe heißt es: »Die Justiz und ihre Entwicklungen verdienen auch in der Praxis Aufmerksamkeit, auch hier manifestieren sich Entwicklungen, werden aktuelle Kämpfe ausgetragen. Die Herausforderung des bürgerlich-rechtlichen Status Quo durch aktuelle Mietkämpfe, die sich in gerichtlichen Entscheidungen widerspiegeln; familienrechtliche Entscheidungen, die über sexistische Grundannahmen im Gericht Auskunft geben können; oder versammlungsrechtliche Versuche, die zunehmende polizeiliche Hegemonie zurückzudrängen: hier werden wir einige dieser Entscheidungen besprechen.«

Wer sich mit Einsendungen und Vorschlägen beteiligen mag, kann sich gern an [lukas.theune@rav.de](mailto:lukas.theune@rav.de) wenden. Die autonome Praxis-Redaktion besteht aus den Kolleg\*innen Julius Becker, Carsten Gericke, Benjamin Hersch, Henriette Scharnhorst, Dr. Lukas Theune.

In Erwägung, dass (noch) nicht alle Kolleg\*innen die KJ abonniert haben, sind wir auf den Nomos-Verlag mit der Bitte zugegangen, einen Nachdruck einer Auswahl von Texten im RAV *InfoBrief* zuzustimmen. Dieser Bitte kam der Verlag nunmehr und gern nach, sodass wir nachfolgend zehn Texte aus den KJ-Ausgaben 53 bis 55 (2020–2022) dokumentieren können.

Auch wenn es sich um textidentische Fassungen handelt, bleibt die relevante Quelle weiterhin die KJ und damit auch die vom Verlag vergebene DOI (*Digital Object Identifier*), die wir nachfolgend dokumentieren.



Christoph Tometten  
Missbrauch im Abstammungsrecht.  
In: KJ 53 (2020) Heft 3  
DOI: 10.5771/0023 4834 2020 3 400

Peer Stolle  
Rechtswidriger Einsatz von Zivilbeamt\*innen auf Versammlungen. In: KJ 53 (2020) Heft 3  
DOI: 10.5771/0023 4834 2020 3 398

Justus Linz  
Abschiebungen aus der Wohnung unterfallen Richtervorbehalt. In: KJ 53 (2020) Heft 4  
DOI: 10.5771/0023 4834 2020 4 579

Gabriele Heinecke  
Bleiben Sie demokratisch! In: KJ 54 (2021) Heft 1  
DOI: 10.5771/0023 4834 2021 1 88

Sebastian Baunack  
Demokratie vs. Mitbestimmung im öffentlichen Dienst? In: KJ 54 (2021) Heft 2  
DOI: 10.5771/0023 4834 2021 2 222

Fenna Busmann/Lea Mechsner  
Ein- und Ausgangssperre im Hamburger Strafvollzug. In: KJ 54 (2021) Heft 3  
DOI: 10.5771/0023 4834 2021 3 382

Oriane Lafargue  
EuGH zur Rückführung unbegleiteter Minderjähriger. In: KJ 54 (2021) Heft 4  
DOI: 10.5771/0023 4834 2021 4

Lukas Theune  
EncroChat – Begründet allein der Besitz eines sicheren Telefons einen hinreichenden Straftatverdacht, der den staatlichen Hack erlaubt? In: KJ 54 (2021) Heft 4  
DOI:10.5771/0023 4834 2021 4 413

Christine Lüth/Any Leao  
Die Begriffsbestimmung des »Flüchtigseins« im Dublinverfahren. In: KJ 55 (2022) Heft 1  
DOI: 10.5771/0023 4834 2022 1 104

Jasper Prigge  
Zum Filmen polizeilicher Maßnahmen. In: KJ 55 (2022) Heft 1  
DOI: 10.5771/0023 4834 2022 1 114

**Volker Eick** ist Politikwissenschaftler und Mitglied im erweiterten Vorstand des RAV.

# Missbrauch im Abstammungsrecht

ZUR FESTSTELLUNG DER MISSBRÄUCLICHEN  
ANERKENNUNG DER VATERSCHAFT  
(§ 85A AUFENTHG)

CHRISTOPH TOMETTEN

## I. EINLEITUNG

Verwandschaft im rechtlichen Sinne wird nicht genetisch, sondern rechtlich begründet. Im Aufenthaltsrecht war dies immer wieder Anlass für Beschränkungen des Familiennachzugs. Bis zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.2013<sup>1</sup> konnte die Vaterschaft gem. § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB behördlich angefochten werden. Nachdem diese Regelung für nichtig erklärt worden war, hat der Gesetzgeber ein neues Instrument geschaffen:<sup>2</sup> die präventive Feststellung der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung, die verhindert, dass ein Verwandtschaftsverhältnis überhaupt erst entsteht.

In einem Urteil vom 30.1.2020 hat sich das OVG Berlin-Brandenburg unter anderem mit der Verfassungsmäßigkeit dieses Instruments befasst.<sup>3</sup> Das Gericht hält zwar ein enges Verständnis der gesetzlichen Neuregelungen verfassungsrechtlich für geboten. Durchgreifende Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit hat es jedoch nicht. Dabei nimmt das Gericht die verfassungs-

rechtlichen Bedenken, denen die Neuregelungen begegnen, nur selektiv in den Blick und misst auch rechtssystematischen Bedenken keine weitere Bedeutung zu.

Dieser Beitrag schließt diese Lücke, geht auf Strategien bei der Vertretung von Betroffenen ein und kommt zu dem Schluss, dass die Feststellung der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung menschenrechtlich verfehlt ist.

## II. DER REGELUNGSGEHALT DES § 85A AUFENTHG

Nach der Regelungstechnik des § 85a AufenthG stellt die Ausländerbehörde infolge der Mitteilung konkreter Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung i.S.d. § 1597a BGB durch eine beurkundende Stelle<sup>4</sup> fest, ob eine solche vorliegt; die Übergabe des Verfahrens an die Ausländerbehörde steht einer wirksamen Beurkundung bis zu einer Entscheidung der Ausländerbehörde entgegen.<sup>5</sup> Missbräuchlich ist die Vaterschaftsanerkennung jedenfalls, wenn die Regelvermutung des § 85a

Abs. 2 AufenthG nicht widerlegt wird. Die Regelvermutung greift, wenn der anerkennende Mann oder die zustimmende Mutter (ausdrücklich) erklärt, dass die Anerkennung gezielt gerade der Erlangung eines Aufenthaltsrechts bzw. der Staatsangehörigkeit dient (S. 1 und 2); dies dürfte in der Praxis keine große Rolle spielen.<sup>6</sup> Die Regelvermutung greift auch, wenn der Anerkennende bereits mehrfach die Vaterschaft von Kindern verschiedener Frauen anerkannt und damit aufenthalts- oder staatsangehörigkeitsrechtliche Voraussetzungen geschaffen hat (S. 3); auch dies dürfte nicht besonders häufig vorkommen. Die Regelvermutung greift schließlich, wenn dem Anerkennenden oder der Mutter ein Vermögensvorteil gewährt oder versprochen worden ist (S. 4); insoweit entstehen in erster Linie Beweisschwierigkeiten. Die Regelvermutung greift nicht, wenn die Erfüllung aufenthalts- oder staatsangehörigkeitsrechtlicher Tatbestände lediglich ein Motiv von mehreren für die Vaterschaftsanerkennung ist.<sup>7</sup>

Es ist schon in diesen Fällen zweifelhaft, ob es grund- und menschenrechtlich zulässig und rechtspolitisch wünschenswert ist, einem Kind die rechtliche Zugehörigkeit zu zwei Elternteilen und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten zu verwehren, weil es aufenthalts- oder staatsangehörigkeitsrechtlich opportun erscheint. Auf solche grundsätzlichen Bedenken geht die Rechtsprechung jedoch nicht ein; auch das OVG Berlin-Brandenburg hält die aufenthalts- und staatsangehörigkeitsrechtliche Zielrichtung der Regelungen ohne Weiteres für legitim.<sup>8</sup>

Besonders problematisch ist die Feststellung der missbräuchlichen Vaterschaftsan-

erkennung aber, wenn sie unmittelbar auf § 85a Abs. 1 AufenthG gestützt wird. Nach der Gesetzesbegründung<sup>9</sup> soll dies etwa möglich sein, wenn kein Hinweis auf eine tatsächliche Begegnung oder eine soziale oder emotionale Beziehung beider Elternteile vorliegt.<sup>10</sup> Dass gerade Letzteres den missbräuchlichen Charakter der Vaterschaftsanerkennung indizieren soll, überzeugt nicht, da es dem genetischen Vater eines bei einem One-Night-Stand gezeugten Kindes oftmals verwehren würde, die Vaterschaft anzuerkennen. Das aber steht im Widerspruch zu den verfassungsrechtlich verankerten Wertungen des Familienrechts.

## III. RECHTLICHE BEDENKEN

Die Feststellung einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung unmittelbar aufgrund § 85a Abs. 1 AufenthG steht im Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz und zum rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit, da das Gesetz jenseits der Regelvermutungen keine Kriterien für die Prüfung eines Missbrauchs aufstellt. Etwas zurückhaltender weist das OVG Berlin-Brandenburg darauf hin, dass ein enges Verständnis der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung verfassungsrechtlich geboten ist.<sup>11</sup>

### Eine verfehltete Regelungstechnik

Zwar darf nach § 1597a Abs. 1 BGB die Vaterschaft »nicht gezielt gerade zu dem Zweck anerkannt werden, die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes,

des Anerkennenden oder der Mutter zu schaffen, auch nicht, um die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes durch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes [...] zu schaffen. Das Verbot wird in Klammern als »missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft« bezeichnet, sodass der Eindruck einer Legaldefinition entsteht. Doch handelt es sich hierbei nicht um eine Definition, sondern um ein Verbot eines bestimmten Handelns, das nicht mit einer bestimmten Rechtsfolge versehen wird. Schon deshalb bestehen Bedenken, ob sich die Regelung in § 85a Abs. 1 AufenthG unter Wahrung des Bestimmtheitsgebots auf diesen Text beziehen kann. Durch Auslegung ist es kaum möglich, den Normtext mit Inhalt zu füllen. Was ein Handeln »gezielt gerade zu dem Zweck« von einem Handeln »gezielt zu dem Zweck«, einem Handeln »gerade zu dem Zweck«, einem Handeln »zu dem Zweck« und einem »gezielten Handeln« unterscheiden soll, erschließt sich nicht.

Die Kriterien des § 1597a Abs. 2 Satz 2 BGB jedenfalls können die Feststellung der missbräuchlichen Vaterschaft nicht begründen. Es mag sich dabei zwar um Anhaltspunkte dafür handeln, dass aufenthalts- oder staatsangehörigkeitsrechtliche Rechtspositionen erworben werden sollen. Das ist notwendige, aber gerade nicht hinreichende Voraussetzung für die Feststellung einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung. Die mehrfache Anerkennung von Kindern verschiedener ausländischer Frauen (Nr. 4) und die Gewährung eines Vermögensvorteils (Nr. 5) entsprechen den Regelvermutungen in § 85a Abs. 2 Satz 1

Nr. 3 und 4 AufenthG, sodass es schon deshalb des Rückgriffs auf § 85a Abs. 1 AufenthG nicht bedarf. Die vollziehbare Ausreisepflicht eines Beteiligten (Nr. 1) vermag für sich genommen den missbräuchlichen Charakter einer Vaterschaftsanerkennung ebenso wenig zu begründen wie die Tatsache, dass ein Beteiligter als Staatsangehöriger eines sog. sicheren Herkunftsstaates einen Asylantrag gestellt hat (Nr. 2). Denn sonst würde in diesen Fällen die Wirksamkeit einer Vaterschaftsanerkennung stets von der Beibringung eines genetischen Abstammungsgutachtens abhängen; dies würde die Rechte der Betroffenen in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigen. Dies gilt auch für das Fehlen persönlicher Beziehungen zwischen den Beteiligten (Nr. 3). Denn obgleich Vaterschaft im rechtlichen Sinne die genetische Abstammung nicht voraussetzt,<sup>12</sup> dürfte unstreitig sein, dass der genetische Vater rechtlich als Vater anerkannt werden sollte, auch wenn er keinerlei Beziehungen zu Mutter und Kind unterhält. Anderenfalls hätte die Mutter allein die Verantwortung für das Kind zu tragen. Dies aber kann mit den schutzwürdigen Interessen der Mutter und des Kindes nicht in Einklang gebracht werden.

### **Grund- und menschenrechtliche Erwägungen**

Die Regelung des § 85a AufenthG verkennt die prekäre Lage, in der sich die betroffenen Frauen und Kinder befinden und in der sie des Schutzes und der Fürsorge der Gemeinschaft in besonderem Maße bedürfen. Die Feststellung der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung betrifft typischer-

weise alleinerziehende, ausreisepflichtige Frauen, die allenfalls rudimentäre Kenntnisse der deutschen Sprache und der hiesigen Rechts- und Gesellschaftsordnung haben.

Die frühzeitige Zuordnung des Kindes zu zwei Elternteilen liegt aber im Interesse jedes Kindes und unterliegt stets dem grund- und menschenrechtlichen Schutz der Familie. Dies gilt wegen des Gebots der Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder (Art. 6 Abs. 5 GG) und dem nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention stets vorrangig zu berücksichtigenden Kindeswohl auch für Kinder aus einer Verbindung, die sich auf den einmaligen Geschlechtsverkehr der Eltern beschränkt. Auch sie müssen die moralisierende Einmischung des Staates in die rechtliche wie auch faktische Absicherung ihrer familienrechtlichen Rechtspositionen nicht hinnehmen. Befremdlich ist daher die Auffassung des VG Berlin, dass eine »nachträglich aufgebaute sozial-familiäre Beziehung« zwischen Vater und Kind der Feststellung einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung nicht entgegenstehe.<sup>13</sup> Der Bestand einer rechtlichen Vater-Kind-Beziehung steht zudem im ebenfalls grund- und menschenrechtlich geschützten Interesse der Mutter,<sup>14</sup> das von ihrem grundrechtlichen Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft erfasst wird (Art. 6 Abs. 4 GG).

Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 6 Abs. 5 GG und das Grundrecht der Mutter aus Art. 6 Abs. 4 GG nimmt die Rechtsprechung bislang aber ebenso wenig in den Blick wie die Gewährleistungen der UN-Kinderrechtskonvention. Auch das OVG Berlin-Brandenburg geht auf diese grund-

rechtlichen Aspekte nicht ein und begnügt sich in seinem Urteil vom 30.1.2020 mit der Betrachtung von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG.<sup>15</sup>

Dass ein Mann kein Interesse an der Wahrnehmung seiner Rechte als Vater hat, darf aber nicht zulasten von Mutter und Kind gehen, da sich aus der Vaterschaft nicht bloß Rechte, sondern auch und in erster Linie Pflichten ergeben, an deren tatsächlicher Erfüllbarkeit durch die fortgesetzte und rechtlich abgesicherte Anwesenheit des Mannes in Deutschland ein erhebliches, auch öffentliches Interesse besteht. Die Erfüllung von Unterhaltspflichten etwa mag dem Unterhaltspflichtigen zuweilen lästig sein, sodass die Feststellung der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung in solchen Fällen gar als einfacher Ausweg aus der Unterhaltspflicht erscheinen kann.

### **STRATEGISCHE ÜBERLEGUNGEN**

Es besteht nach alledem noch Hoffnung auf einen Wandel der Rechtsprechung. Bei der anwaltlichen Vertretung sollte gleichwohl erwogen werden, sich von der Mutter zugleich mit der Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber dem Anerkennenden, etwa in Hinblick auf ein gerichtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren (§ 1600d BGB) beauftragen zu lassen – insbesondere wenn familienrechtliche Konflikte absehbar sind. Dies dürfte meist gegenüber der gleichzeitigen Vertretung beider Elternteile vorzugswürdig sein, die berufsrechtlich problematisch sein kann.

Ungeachtet dessen kann im aufenthalts- oder staatsangehörigkeitsrechtlichen Verfahren darauf hingewirkt werden, dass über



die genetische Abstammung Beweis erhoben wird, da die Vaterschaftsanerkennung bei Nachweis der genetischen Abstammung nicht missbräuchlich sein kann (§ 1597a Abs. 5 BGB). Es ist prozessökonomisch und zur effektiven Wahrung der Rechte der Beteiligten ggf. erforderlich, die Abstammung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu klären, statt das Verfahren in Erwartung einer familiengerichtlichen Entscheidung zu verzögern. Zwar greift die Beweiserhebung über die genetische Abstammung in die Grundrechte des Anerkennenden ein. Der Eingriff dürfte jedoch gerechtfertigt sein, da der Anerkennende selbst durch die Abgabe seiner Erklärung vor einer beurkundenden Stelle Anlass für die Einholung eines solchen Gutachtens gegeben hat. Zudem dürften die schutzwürdigen Interessen von Mutter und Kind schwerer wiegen als jene des Anerkennenden. Darauf deutet auch der Beschluss des OVG Lüneburg vom 12.12.2019 hin,<sup>16</sup> wonach die Behauptung des Kindesvaters, leiblicher Vater zu sein, stets erheblich ist und im Zweifelsfall im Wege der Beweiserhebung durch das Gericht aufgeklärt werden muss. Dass dies anders sein sollte, wenn die Mutter dies behauptet, erschließt sich nicht.

Darüber hinaus kann es für eine effektive Interessenvertretung von Bedeutung sein, dass die Abschiebung aller Beteiligten bis zu einer vollziehbaren Entscheidung der Ausländerbehörde gem. § 60a Abs. 2 Satz 4 AufenthG auszusetzen und dementsprechend eine Duldung zu erteilen ist. Widerspruch und Klage gegen den Feststellungsbescheid der Ausländerbehörde entfalten gem. § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 AufenthG zwar keine aufschiebende Wirkung, sodass

nicht mit längeren Duldungszeiten zu rechnen ist.<sup>17</sup> Allerdings ist die Duldung auch für die Dauer des Rechtsbehelfsverfahrens zu erteilen, wenn die aufschiebende Wirkung von Widerspruch oder Klage gerichtlich angeordnet wurde. Ein solcher Antrag dürfte angesichts des besonderen Schutzes der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und des vorrangig zu berücksichtigenden Kindeswohls (Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention) nicht selten aussichtsreich sein.

## AUSBLICK

Die Feststellung der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung ist regelungstechnisch wie auch grund- und menschenrechtlich verfehlt. Die beschriebenen Bedenken wurden zwar bislang von der Rechtsprechung meist nicht geteilt; von einer gefestigten Rechtsprechung kann jedoch nicht die Rede sein. Bei der Vertretung betroffener Frauen und Kinder bietet es sich dennoch an, sich zugleich mit der Wahrnehmung der Interessen gegenüber dem Anerkennenden beauftragen zu lassen. Neben dem gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahren gem. § 1600d BGB kommt die Beweiserhebung über die genetische Abstammung auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren in Betracht – auch gegen den Willen des Anerkennenden.

**Christoph Tometten** ist Rechtsanwalt in Berlin und RAV-Mitglied.

- 1 BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, BVerfGE 135, 48.
- 2 Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.7.2017 (BGBl. I, 2780).
- 3 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30.1.2020 – OVG 3 B 31.19; gegen das Urteil ist die zugelassene Revision eingelegt worden (anhängig unter BVerwG 1 C 30.20).  
Zur Beurkundung ermächtigte Beschäftigte des Jugendamtes, Urkundsbeamte der Amtsgerichte, Standesbeamte, Notare oder Konsularbeamte deutscher Auslandsvertretungen, vgl. Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen v. 21.12.2017, Rn. 1.1.1., <https://www.famrz.de/files/Media/dokumente/arbeitshilfen-dokumente/rundschreiben-bmi-bmjv-verhinderung-missbraeuchlicher-vaterschaftsanerkennungen-21122017.pdf>. Nach Ansicht des OLG Köln soll die Mitteilungspflicht auch das mit der Berichtigung eines Registereintrags befasste Gericht treffen (OLG Köln, Beschl. v. 1.4.2019 – 21 Wx 2/18); diese umstrittene Entscheidung betraf allerdings den nicht zu verallgemeinernden Sonderfall einer Vaterschaftsanerkennung, deren Wirksamkeit von der Zustimmung des geschiedenen Ehemanns der Mutter abhing, da dessen Vaterschaft heimatrechtlich begründet war.
- 4 Näheres bei OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.11.2019 – OVG 11 S 68.19; OLG Frankfurt, Beschl. v. 19.9.2019 – 20 W 311/18; VG Göttingen, Beschl. v. 29.7.2019 – 1 A 137/19.
- 5 So auch Samel in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 85a AufenthG Rn. 13.
- 6 Samel, ebd., Rn. 13.
- 7 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30.1.2020 – OVG 3 B 31.19 (Rn. 38).
- 8 BT-Drs. 18/12415, 7.
- 9 So auch Rundschreiben (Fn. 4), Rn. 1.2.1.; VG Berlin, Urt. v. 7.6.2019 – 11 K 381.18; VG Düsseldorf, Gerichtsbescheid v. 16.8.2018 – 24 K 1442/18.
- 10 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30.1.2020 – OVG 3 B 31.19 (Rn. 46).
- 11 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30.1.2020 – OVG 3 B 31.19 (Rn. 46).
- 12 VG München, Urt. v. 19.12.2019 – M 24 K 18.2412 (Rn. 25).
- 13 VG Berlin, Urt. v. 7.6.2019 – 11 K 381.18 (Rn. 31).
- 14 VG Düsseldorf, Beschl. v. 2.4.2019 – 7 L 152/19.
- 15 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30.1.2020 – OVG 3 B 31.19 (Rn. 38 f.).
- 16 OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.12.2019 – 13 PA 365/19.
- 17 Im Land Berlin soll das Verfahren in der Regel innerhalb von drei Monaten abgeschlossen sein, vgl. Landesamt für Einwanderung, Verfahrenshinweise zum Aufenthalt in Berlin, Ziffer 85a, <https://www.berlin.de/einwanderung/service/downloads/artikel.875097.php>.

# Rechtswidriger Einsatz von Zivilbeamt\*innen auf Versammlungen

DIE SOG. TATBEOBACHTER\*INNEN

PEER STOLLE

Es gehört zu der Praxis (nicht nur) der Berliner Polizei, dass auf Versammlungen Polizeibeamt\*innen in Zivil, sogenannte Tatbeobachter\*innen, eingesetzt werden. Diese nehmen an der Versammlung teil, ohne dass sie als Polizeibeamt\*innen erkennbar sind oder sich vorher gegenüber der Versammlungsleitung zu erkennen geben. Ihr Aufgabengebiet ist dabei sehr unterschiedlich. Neben dem allgemeinen Beobachten, dem Mitteilen über allgemeine Vorkommnisse innerhalb der Versammlung, bis hin zu dem Auftrag, bei Gefahren oder Straftaten diese zu beobachten und entsprechende Mitteilungen an die Einsatzleitung zu geben, sind viele Einsatzzwecke möglich. Die Beamt\*innen greifen in den seltensten Fällen selbst ein. Das Beobachten und die Informationssammlung ist ihre primäre Aufgabe.

Dieser Einsatz ist höchst problematisch. Das Recht der Bürger\*innen, durch Ausübung der Versammlungsfreiheit aktiv am politischen Meinungs- und Willensbildungsprozess teilzunehmen, gehört zu den unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens.<sup>1</sup> Die Versammlungsfreiheit wird im Wesentlichen von Minderheiten bzw. von Personen-

gruppen, die zu der aktuell herrschenden Politik oder gesellschaftlichen Situation eine abweichende Meinung haben, wahrgenommen. Es ist daher von wesentlicher Bedeutung, dass die Durchführung von Versammlungen möglichst frei von staatlichen Einflüssen vollzogen werden kann. Der Grundsatz der Staatsfreiheit wird nicht gewährleistet, wenn Teilnehmer\*innen von Versammlungen damit rechnen müssen, dass die Person neben ihnen möglicherweise ein\*e Vertreter\*in des Staates ist, gegen dessen Politik sich die Versammlung richtet und die Informationen über die Zusammensetzung und das Verhalten der Versammlung erhebt.

Um die Staatsferne der Versammlung zu gewährleisten, sieht u.a. § 12 Versammlungsgesetz Bund vor, dass sich die Polizeibeamt\*innen, die in eine öffentliche Versammlung entsandt werden, der Leitung der Versammlung gegenüber zu erkennen zu geben haben.<sup>2</sup> So hat bspw. das VG Göttingen<sup>3</sup> entschieden, dass die Entsendung von Polizeibeamt\*innen in Zivil in eine Demonstration zur »Aufklärung« rechtswidrig ist, wenn diese sich nicht vorher gegenüber der Leitung zu erkennen gegeben haben.

Vor dem VG Berlin sollte nunmehr auch die Frage, ob diese rechtlichen Grundlagen auch für sogenannte Tatbeobachter\*innen gelten, verhandelt werden. Gegenstand des Verfahrens (Az:VG 1 K 153.19) war der Einsatz von Tatbeobachter\*innen auf der im Oktober 2018 durchgeführten #unteilbar-Demonstration in Berlin. Deren Einsatz ergab sich aus Straftaten im Zusammenhang mit dem Zeigen von bestimmten Transparenten bzw. dem Abbrennen von Pyrotechnik. Nachdem daraufhin der Anmelder der Versammlung beim Verwaltungsgericht Berlin Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit erhoben hatte, verteidigte sich die Berliner Polizei zunächst mit dem offensichtlich unzutreffenden Vortrag, dass die Beamt\*innen erst dann in die Versammlung entsandt worden seien, nachdem Informationen vorgelegen hätten, dass Straftaten begangen worden seien bzw. deren Begehung unmittelbar bevorstanden hätte. Nachdem dies durch die Klägerseite bestritten wurde – es ist üblich, dass die Beamt\*innen bereits zu Beginn der Versammlung anlassunabhängig in die Versammlung entsandt werden –, wurde dann ein Anerkenntnis seitens der Berliner Polizei abgegeben.

Dieses Anerkenntnis ist zu begrüßen, wenn auch Zweifel bestehen, ob sich an der Praxis der Berliner Polizei etwas ändern wird. Zumindest kann aber jetzt davon ausgegangen werden, dass in der Berliner Polizei Kenntnis von der Rechtswidrigkeit eines anlassunabhängigen Einsatzes von Polizeibeamt\*en im Rahmen einer Versammlung besteht und deswegen in Zukunft von einem willkürlichen Vorgehen und damit von der Rechtswidrigkeit des Einsatzes ausgegangen werden kann. Die aufgrund des Einsatzes von sogenannten Tatbeobachter\*innen erlangten Erkenntnisse dürften somit in einem Strafverfahren einem Verwertungsverbot unterliegen.

**Dr. Peer Stolle** ist Rechtsanwalt in Berlin und Vorsitzender des RAV. Die Unterüberschrift wurde von der Redaktion hinzugefügt.

- <sup>1</sup> Vgl. die Brokdorf-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 69, 1).
- <sup>2</sup> Da Berlin noch kein eigenes Versammlungsgesetz hat, gilt das alte Versammlungsgesetz des Bundes weiter fort. Der Ende Mai 2020 vorgelegte Entwurf eines Versammlungsfreiheitsgesetzes enthält zu der derzeitigen Rechtslage keine Änderung.
- <sup>3</sup> U. v. 6.11.2013 – 1 A 98/12.



# Abschiebungen aus der Wohnung unterfallen Richtervorbehalt

## DIE UNVERLETZLICHKEIT DER WOHNUNG

JUSTUS LINZ

Abschiebungen aus Deutschland finden meist im Morgengrauen statt. Die Menschen werden in ihren Wohnungen aufgesucht und aus dem Schlaf gerissen. Was das für häufig bereits traumatisierte Geflüchtete und insbesondere Kinder<sup>1</sup> bedeutet, wird rechtlich kaum beachtet und ist zu selten Gegenstand (rechts-)politischer Diskussionen. Auch wurde diese ständige ausländerbehördliche Praxis in der Vergangenheit nur vereinzelt an Art. 13 GG gemessen<sup>2</sup> – Entscheidungen der (Ober)Verwaltungsgerichte Berlin und Hamburg haben das geändert.

Art. 13 GG bestimmt, die Wohnung sei »unverletzlich«. Schutzgut ist dabei die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet. Das Grundrecht gewährleistet das Recht, in diesen Räumen in Ruhe gelassen zu werden und verbietet es staatlichen Stellen grundsätzlich, gegen den Willen der Wohnungsinhaber\*innen in die Wohnung einzudringen oder darin zu verweilen.<sup>3</sup> Art. 13 Abs. 2 GG regelt, dass Durchsuchungen, außer bei Gefahr im Verzug, nur durch Richter\*innen angeordnet werden dürfen. In Hamburg und den meisten anderen Bundesländern gingen Ausländerbehörden gleichwohl davon aus, dass es keiner richterlichen Anordnung bedürfe, um Menschen in ihren Wohnräumen aufzusuchen und abzuschieben. Bei dem Eindringen in die Wohnung zum Zwecke der Abschiebung handele sich um bloßes *Betreten* (vgl. Art. 13 Abs. 7 GG), sodass der verfassungsrechtliche Richter\*innenvorbehalt keine Anwendung finde. Die vereinzelte verwaltungsgericht-

liche Rechtsprechung bewegte sich in der Vergangenheit zwischen der Annahme, Zimmer in Geflüchteten-Unterkünften seien zum Zeitpunkt der Abschiebung schon keine Wohnungen im Sinne des Art.13 GG,<sup>4</sup> ob eine Durchsuchung vorliege, hänge von der Beschaffenheit der Wohnung<sup>5</sup>, sowie der Annahme, dass ein Betreten zum Zweck der Abschiebung grundsätzlich eine dem Richter\*innenvorbehalt unterliegende Durchsuchung darstelle.<sup>6</sup>

Entsprechend ihrer ständigen Praxis suchte die Hamburger Ausländerbehörde eine êzidische Familie aus dem Irak im Februar 2017 ohne richterlichen Beschluss früh morgens in ihrem Unterkunftsraum auf, um sie in die Niederlande abzuschieben. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge hatte den Asylantrag – weil die niederländischen Behörden für dessen Bearbeitung zuständig seien – auf Grundlage der Dublin III- VO als unzulässig abgelehnt und die Abschiebung in die Niederlande angeordnet. Der städtische Unterkunftsbe-

treiber *fördern und wohnen* händigte der Ausländerbehörde wie üblich die Schlüssel zum Wohnraum der Familie aus. Die Eltern und ihre zwei Kinder wurden im Schlaf von einem halben Dutzend Personen überrascht und unter Androhung körperlicher Gewalt aufgefordert, der Abschiebungsanordnung nachzukommen. Die Mitarbeiter\*innen der Ausländerbehörde stellten die Identität der Familienmitglieder fest und durchsuchten ihre Kleidung. Da die Mutter hochschwanger war, wurde sie zurückgelassen. Der Vater und die beiden Kinder wurden von ihr getrennt und gegen ihren Willen in die Niederlande abgeschoben.

Um die Rechtswidrigkeit der Maßnahme im Hinblick auf die Verletzung des Art. 13 GG festzustellen, erhob die kirchliche Hilfsstelle für Flüchtlinge *fluchtpunkt* Feststellungsklage beim Verwaltungsgericht Hamburg. Bei historischer und teleologischer Auslegung des Art. 13 Abs. 2 GG stelle ein Aufsuchen von Personen, um diese unter Zwang aus der Wohnung an einen anderen Ort zu bringen, eine Durchsuchung dar. Dementsprechend müsse auch die maßgebliche Norm des § 23 Abs. 3 Hamburgisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz (HmbVwVG)<sup>7</sup> ausgelegt werden: Das Aufsuchen der Kläger\*innen zum Zweck der Abschiebung hätte richterlich angeordnet werden müssen. Die Stadt Hamburg berief sich darauf, dass es eines Durchsuchungsbeschlusses nicht bedürft hätte, da nicht im Wortsinn hätte *gesucht* werden müssen. Die abzuschiebenden Personen hätten sich nicht versteckt, sondern seien nach dem Eindringen in die Wohnung angetroffen worden. Ein Betreten der Wohnung, um Personen abzuschieben, würde erst dann zu

einer Durchsuchung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 GG, wenn *zusätzlicher Suchaufwand* erforderlich werde.

In überraschender Klarheit urteilte das VG Hamburg im Januar 2019, dass es für die Annahme einer Durchsuchung ausreiche, dass Vollstreckungspersonen eine Wohnung öffnen und betreten, um darin bestimmte Personen aufzufinden und zu ergreifen<sup>8</sup>. Es *»kommt [...] nicht auf die Größe und Übersichtlichkeit der zu durchsuchenden Räume sowie darauf an, ob sich die zu ergreifenden Personen – etwa unter einem Bett oder in einem Schrank – in der Wohnung verborgen halten. Bei einem gegenteiligen Verständnis wäre [...] in der Praxis eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Durchsuchung und bloßem Betreten einer Wohnung auch kaum möglich«*.

Die Stadt Hamburg legte gegen das Urteil Berufung ein und änderte nichts an der Praxis, Abschiebungen aus Wohnungen ohne richterliche Anordnung durchzuführen. In Berlin hatte es schon vorher eine ähnliche – obergerichtlich bestätigte – Entscheidung des Verwaltungsgerichts gegeben, wonach das Aufsuchen zum Zwecke der Abschiebung eine Durchsuchung darstellt.<sup>9</sup> Hierfür fehlte es in Berlin bereits an einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage.

Dass Abschiebungen von Menschen aus ihrer Wohnung einer richterlichen Anordnung bedürfen, widerstrebte Innenbehörden und -ministerien derart, dass eine neue bundesgesetzliche Regelung Abhilfe schaffen sollte. Noch nach der letzten Sachverständigenanhörung zum »Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht«<sup>10</sup> und zwei Tage vor der Abstimmung darüber wurde ein Änderungsantrag

eingbracht, der entsprechend vom Bundestag verabschiedet wurde.<sup>11</sup> Seit Ende August 2019 gilt deshalb bundesweit, dass »die die Abschiebung durchführende Behörde die Wohnung des abzuschubenden Ausländers zu dem Zweck seiner Ergreifung betreten [kann], wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass sich der Ausländer dort befindet«. (§ 58 Abs. 5 Satz 1 AufenthG)

Im August 2020 wurde vor dem OVG Hamburg die Berufung der Stadt verhandelt. Diese trug im Wesentlichen erneut vor, dass nur dann eine Durchsuchung vorliege, wenn in der Wohnung nach verborgenen Personen gesucht werden müsse. Eine Abgrenzung, wann genau die bloße Zurkenntnisnahme im Rahmen des Betretens zu einem Suchen (und damit in eine Durchsuchung) umschlage, blieb sie schuldig. In der mündlichen Verhandlung führte der Prozessvertreter der Innenbehörde aus: Für den Fall, dass Mitarbeiter\*innen der Ausländerbehörde im Zuge der Maßnahme feststellten, dass entgegen ihrer Prognose ein über das vermeintliche Betreten hinausgehender Suchaufwand erforderlich werde, brächen diese die Maßnahme ab und holten einen entsprechenden richterlichen Beschluss ein. Zweifel daran, dass die Behörde tatsächlich entsprechend handelt, ergaben sich u.a. bereits aus Antworten auf Parlamentarische Anfragen, wonach in den Jahren 2018 und 2019 in Hamburg nicht ein einziger Durchsuchungsbeschluss zum Zwecke der Abschiebungen eingeholt worden war.<sup>12</sup> Dieser empirische Befund bestätigt die grundrechtstypische Gefährdungslage, die Hintergrund des verfassungsrechtlichen Richter\*innenvorbehaltes und des

damit verbundenen präventiven Grundrechtsschutzes durch Verfahren ist. Dessen Eingreifen von behördlichen Prognosen abhängig zu machen, ließe den verfassungsrechtlich intendierten Schutz leerlaufen.<sup>13</sup>

Das OVG wies die Berufung der Stadt Hamburg zurück und bestätigte die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts. Es ging der Stadt »- aus der ex ante Perspektive - [...] nicht darum, die Wohnung der Kläger zu betreten und zu besichtigen - etwa um deren baulichen Zustand zu kontrollieren -, sondern gezielt darum, die Kläger aufzufinden. Sie hat dabei in einer für Durchsuchungen typischen Weise in das private Leben der Kläger und die räumliche Sphäre, in der es sich entfaltet, eingegriffen«.<sup>14</sup>

Maßstab für diese Entscheidung war noch die Rechtslage vor der Gesetzesänderung, d.h. die Regelungen des § 23 HmbVwVG und nicht des § 58 Abs. 5 AufenthG. Gleichwohl sind auch in Bezug auf die neue Rechtslage Schlüsse aus dem Urteil zu ziehen. § 58 Abs. 5 AufenthG dürfte insbesondere unter zwei Gesichtspunkten verfassungswidrig sein: Die Regelung ist wohl schon nicht dahingehend verfassungskonform auslegbar, dass ein Fall denkbar wäre, in dem eine Wohnung betreten wird, wenn dies zu dem vorab bestimmten Zweck erfolgt, eine Person zu ergreifen und abzuschieben. Insbesondere ist die Frage, ob eine Durchsuchung oder ein bloßes Betreten vorliegt, eine verfassungsrechtliche Frage, die einer Regelung durch den einfachen Gesetzgeber nicht offensteht. Selbst wenn man jedoch davon ausginge, dass Fälle denkbar wären, in denen eine Wohnung zum Zwecke der Abschiebung bloß betreten wird, wäre die Regelung auch im Einzelfall an Art. 13 Abs.

7 GG zu messen, d.h. das Betreten müsste aufgrund des § 58 Abs. 5 AufenthG »zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung« erfolgen. Dass ein Verbleiben – regelmäßig geduldet – Personen in ihrer Wohnung eine solche dringende Gefahr, d.h. die Gefahr eines erheblichen Schadensausmaßes,<sup>15</sup> darstellt, ist nicht ersichtlich.

Nunmehr wird es darum gehen, die Verfassungsmäßigkeit der neuen gesetzlichen Regelungen anzugreifen und zu prüfen, welche Auswirkungen die Entscheidungen auch auf andere Rechtsgebiete haben könnten. Klar gestellt haben die oberverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, dass der Schutz des Art. 13 GG auch für Geflüchtete und – aus staatlicher Sicht – abzuschiebende Personen gilt. Hoffentlich dienen sie als Anregung, das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung auch in Lagerunterbringungen durchzusetzen<sup>16</sup> und generell widerstand gegen das mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG schwerlich vereinbare Sonderrecht für sog. Ausländer\*innen zu entwickeln.

**Justus Linz** ist Rechtsanwalt in Hamburg und RAV-Mitglied. Die Unterüberschrift wurde von der Redaktion hinzugefügt.

1 Im ersten Halbjahr 2020 waren mehr als die Hälfte der Asylantragsteller\*innen minderjährig (53,1%), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Aktuelle Zahlen – Ausgabe Juni 2020, [https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/AsylinZahlen/aktuelle-zahlen-j-anuar-2020.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&t=3](https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/AsylinZahlen/aktuelle-zahlen-j-anuar-2020.pdf?__blob=publicationFile&t=3); der Anteil von Kindern unter den Abgeschobenen dürfte nur unwesentlich niedriger sein.

2 Grund hierfür ist, dass die meisten Menschen im Anschluss „erfolgreich“ aus der BRD abgeschoben worden sind und selbst im Falle der Rückkehr angesichts einer regelmäßig erneut drohenden Abschiebung akutere Probleme haben, als nachträglich

chen Rechtsschutz zu suchen. Regelmäßig verfügen die Betroffenen auch nicht über die notwendigen, insbesondere finanziellen, Ressourcen.

3 BVerfGE 89, 1 (11 ff.).

4 VG Neustadt, Beschluss vom 28.6.2002 – 7 N 1804/02 NW, InfAuslR 2002, 410.

5 VG Oldenburg, Urteil vom 6.6.2012 – 11 A 3099/12, openjur.de.

6 VG Bremen, Urteil vom 13.1.2012 – 2 K 2625/08, asyl.net.

7 § 23 Abs. 3 HmbVwVG bestimmt, dass die Wohn- und Geschäftsräume der pflichtigen Person ohne deren Einwilligung nur auf Grund einer richterlichen Anordnung durchsucht werden dürfen, die bei der Vollstreckung vorzuzeigen ist. Dies gilt nicht, wenn die Einholung der Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde.

8 VG Hamburg, Urteil vom 15.2.2019 – 9 K 1669/18.

9 VG Berlin, Beschluss vom 16.2.2018 – 19 M 62.18, bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19.2.2018 – OVG 6 L 14.18.

10 Gesetz v. 15.8.2019, BGBl. I, 2019, 1294 – auch „Hau-ab-Gesetz“ genannt.

11 Beschlussempfehlung des Ausschusses für Inneres und Heimat, BTt-Drs.19/10706 vom 5.6.2019, 2. und 3. Lesung und Abstimmung am 7.6.2019.

12 Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drucksache 21/17506; Drucksache 21/20265.

13 Sehr instruktiv: Franke/Kerkemeyer, Zum verfassungsrechtlichen Durchsuchungsbegriff und der »Betretungserlaubnis« in § 58 V AufenthG, NVwZ 2020, 760.

14 OVG Hamburg, Urteil vom 18.8.2020 – 4 Bf 160/19.

15 Das Merkmal der dringenden Gefahr ist qualitativ zu verstehen; vgl. auch die enumerative Aufzählung des Art. 13 Abs. 7 GG für Einschränkungen aufgrund eines Gesetzes: »zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher«.

16 Siehe bspw. zu den Betretens-Befugnissen nach dem Bayerischen Polizeiaufgabengesetz: Yunus Ziyal, Asylbewerberunterkünfte als gefährliche Orte im bayerischen Polizeirecht?, [https://archiv.fluechtlingsrat-bayern.de/tl\\_files/Materialien/Asylbewerberunterkuenfte%20als%20gefaehrliche%20Orte%20im%20bayerischen%20Polizeirecht\\_Final.pdf](https://archiv.fluechtlingsrat-bayern.de/tl_files/Materialien/Asylbewerberunterkuenfte%20als%20gefaehrliche%20Orte%20im%20bayerischen%20Polizeirecht_Final.pdf).

# Bleiben Sie demokratisch!

BESPRECHUNG DER BESCHLÜSSE DES VERWALTUNGSGERICHTS  
HAMBURG UND DES HAMBURGISCHEN OBERVERWALTUNGSGERICHTS

Beide vom 16. April 2020: Az. 17 E 1648/20 und Az. 5 Bs 58/20

GABRIELE HEINECKE

Nach einer ersten Schockstarre über den ›Lock-Down‹ regte sich in der ersten Phase der Corona-Pandemie in Hamburg Widerstand gegen das durch Verordnung verfügte totale Versammlungsverbot. Der Kampf um die Durchsetzung der Versammlungsfreiheit erbrachte zwei an demselben Tage erlassene verwaltungsgerichtliche Entscheidungen: der sich auf die »überragende Bedeutung« des Schutzes des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit« (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie »des öffentlichen Interesses am Schutz des Gesundheitssystems vor einer Überlastung aufgrund steigender Infektionszahlen« stützende Beschluss des 5. Senats des Hamburgischen Obergerichtes gegen den für die Geltung der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) streitende Beschluss der 17. Kammer des Verwaltungsgerichts.

## CORONA-PANDEMIE UND STAATLICHE REAKTION

Als die ersten Fälle von Covid-19 im Dezember 2019 auf einem Wildtiermarkt in Wuhan bekannt wurden, schien alles noch

weit weg zu sein. Aber im Februar 2020 starben die ersten Menschen in Europa an der Seuche, in Italien breitete sich der Krankheitserreger in besorgniserregender Schnelligkeit aus. Bilder des Abtransports von Corona-Toten im nächtlichen Konvoi der Militärlastwagen in Bergamo erschreckten Europa und die Welt mit apokalyptischen Szenen. Die Kapazitäten der Krankenhäuser, der Intensivstationen waren erschöpft, die Krematorien waren überlastet. Die WHO stufte die Ausbreitung des SARS-CoV-2<sup>1</sup> als weltweite Pandemie ein.

In Deutschland wurde Ende März 2020 innerhalb einer Woche das *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*<sup>2</sup> verabschiedet. Es ist ein das im Jahre 2001 in Kraft getretene Infektionsschutzgesetz änderndes Artikelgesetz, das dem Bundesministerium für Gesundheit die Ermächtigung zu weitreichenden Maßnahmen der Gesundheitsversorgung im Ordnungswege ohne Zustimmung des Bundesrates geschaffen hat.

Das Infektionsschutzgesetz<sup>3</sup> erlaubt zur Seuchenbekämpfung Eingriffe in die Grundrechte der Freiheit der Person, der Freizü-

gigkeit, der Versammlungsfreiheit und der Unverletzlichkeit der Wohnung. Aufgrund der §§ 17 Abs. 4 und 32 Infektionsschutzgesetz sind die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnungen die »notwendigen Schutzmaßnahmen« gegen Störer – das Infektionsschutzgesetz nennt sie »Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider« – zu treffen, »soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist«. Zu den »Schutzmaßnahmen« gehören nach dem Gesetz auch die Beschränkung und das Verbot von Veranstaltungen und Menschenansammlungen aller Art. Hamburg hat von der Ermächtigung des Infektionsschutzgesetzes Gebrauch gemacht und Anfang April 2020 eine »SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung« erlassen.<sup>4</sup>

Das Infektionsschutzgesetz ist Polizeirecht, ist Gefahrenabwehr. Nach dessen Grundsätzen ist zwischen Störern und Nichtstörern zu unterscheiden, Ermessen muss ausgeübt und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Passt dieses Instrumentarium, wenn nicht be-

kannt ist, welche Teile der Bevölkerung Träger\*innen des Virus sind? Dürfen alle Bürger\*innen seuchenrechtlich als »Verdächtige« definiert und aufgrund einer Verordnung polizeirechtlichen Maßnahmen unterworfen werden, die sogar zur – wenn auch zeitweisen – Vernichtung von Grundrechten führen? Taugt eine Verordnung als Rechtsgrundlage für die Einschränkung oder gar Vernichtung eines Grundrechts?

## TAUSCHE GRUNDGESETZ GEGEN ALLGEMEINVERFÜGUNG

Nach Übertragung der Zuständigkeit für den Erlass von Allgemeinverfügungen zur Bekämpfung des COVID-19-Virus erließ die Gesundheitsbehörde der Stadt Hamburg am 22. März 2020 zunächst eine alle Menschenansammlungen an öffentlichen Orten verbietende Allgemeinverfügung, damit auch Versammlungen im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG.

Der erste Akt der Allgemeinverfügung war der Abriss des sogenannten ›Lampedusa-Zeltes‹ durch die Polizei, das seit Jahren in der Innenstadt Anlaufstelle für in Ham-

burg lebende Menschen ohne anerkannten ausländerrechtlichen Status war. Gegen diese Maßnahme wurde bei der Versammlungsbehörde eine Protestkundgebung unter Zusicherung des Tragens von Masken und des Abstandhaltens angemeldet. Statt eines Auflagenbescheides kam von der Behörde die Nachricht, die Anmeldung sei als Antrag an die Gesundheitsbehörde interpretiert worden, eine Ausnahme von dem Versammlungsverbot der Allgemeinverfügung zuzulassen. Die Ausnahmegenehmigung sei nicht erteilt worden, die Versammlung bleibe daher verboten.

Das gegen diese grundrechtsvernichtende Maßnahme eingeleitete verwaltungsrechtliche Eilverfahren argumentierte mit der Verfassung, rügte das Fehlen einer Ermessensentscheidung und den Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Doch der Antrag war erfolglos. In seiner ersten »Corona-Entscheidung«<sup>5</sup> erklärte das Verwaltungsgericht, die Allgemeinverfügung finde ihre Berechtigung in dem Infektionsschutzgesetz, Ermächtigungsgrundlage sei § 28 Abs. 1 IfSG. Das überragende Schutzgut der menschlichen Gesundheit und des Lebens sei gegenüber der temporären Aussetzung des Versammlungsrechts als höherrangig einzustufen. Eine abschließende Prüfung eines Ermessensfehlgebrauchs mit Verletzung der Rechte aus Art. 8 Abs. 1 GG sei der Kammer in der Kürze der Zeit nicht möglich.

## TAUSCHE GRUNDGESETZ GEGEN RECHTSVERORDNUNG

Noch am Tag der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung setzte sich im Senat

der Stadt Hamburg der Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vorgehens per Allgemeinverfügung durch. Am 2. April 2020 wurde eine »Eindämmungs-Verordnung« erlassen, die alle Versammlungen untersagte und lediglich »in besonders gelagerten Einzelfällen auf Antrag Ausnahmen vom Verbot« vorsah. Die Freiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG, sich »ohne Anmeldung oder Erlaubnis« zu versammeln, war vom Tisch gewischt.

Auch in einem zweiten Beschluss vom 4. April 2020<sup>6</sup> über eine angemeldete Protestversammlung der *Seebrücke* zum Thema der Lage der Flüchtlinge in Griechenland in Pandemiezeiten entschied das Verwaltungsgericht gegen den Anmelder und hielt ihm vor: Nicht Art. 8 Abs. 1 GG, sondern allein die Ausnahmeregelung der Seuchen-Verordnung könne Anspruchsgrundlage für das Rechtsschutzbegehren sein. Dass Anspruch auf eine Ausnahme vom generellen Verbot bestehe, habe er aber nicht glaubhaft gemacht.

Von diesen Entscheidungen hoch irritiert meldeten Hamburger Jurist\*innen für den April 2020 auf dem Rathausmarkt eine Kundgebung »Abstand statt Notstand – Verwaltungsrechtler\*innen gegen eine faktische Aussetzung der Versammlungsfreiheit« an, die sich wie eine Parodie las: Mit einer versammlungsrechtlichen Anmeldung *und* einem Antrag auf Ausnahmegenehmigung von dem Versammlungsverbot der SARS-CoV-2-Verordnung garantierten sie eine Begrenzung auf 36 Teilnehmer\*innen auf dem 15.000 qm großen Rathausmarkt, teilten mit, dass es keine öffentliche Werbung für die Aktion und stets einen Abstand von zwei Metern geben

werde. Die Teilnehmenden hätten sich bei der Ankunft bei der Versammlungsleitung zu melden und zu warten, bis sie an der Reihe seien. Auf dem Boden würden Markierungen angebracht und die Teilnehmenden durch Ordner auf den ihnen durch die Versammlungsleitung zugewiesenen Platz geleitet. Mund-Nasenschutz sei zu tragen. Das Mikrofon werde nach jeder Rede desinfiziert und mit einem frischen Überzug versehen. Transparente würden auf dem Boden positioniert, um das gemeinsame Halten zu verhindern.

Die Übertreibung bei der Anmeldung war beabsichtigt. Exekutive und Justiz sollten darauf gestoßen werden, dass das totale Versammlungsverbot absurd *und* verfassungswidrig war. Die Versammlungsbehörde ließ sich weder auf ein versammlungsrechtlich sinnvolles Kooperationsgespräch ein, noch erließ sie einen Auflagenbescheid, sondern verwies auf das in der Verordnung geregelte strafbewehrte generelle Versammlungsverbot.

## BESONDERE BEDEUTUNG DER VERSAMMLUNGSFREIHEIT IN KRISEN- UND GEFAHRENLAGEN

Die Entscheidung über das gegen das allgemeine Verbot eingeleitete Eilverfahren erging durch die 17. Kammer des Verwaltungsgerichts<sup>7</sup> in grundlegender Abkehr von den vorherigen verwaltungsgerichtlichen Beschlüssen unter Anerkennung eines verfassungsrechtlichen Anspruchs aus Art. 8 Abs. 1 GG. Die Stadt Hamburg wurde verpflichtet, die Versammlung am 16. April 2020 auf dem Rathausmarkt zu ermöglichen.

Die Kammer argumentierte: Die SARS-CoV-2-EindämmungsVO könne höchstwahrscheinlich keine taugliche Grundlage für die Grundrechtsbeschränkung sein. Das präventive Verbot von Versammlungen mit Ausnahmevorbehalt kehre das verfassungsrechtlich vorgegebene Regel-Ausnahme-Verhältnis von (Erlaubnis) Freiheit und der Beschränkung der Freiheit um, sei wahrscheinlich unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Es fehle eine konkrete Rechtsgüterabwägung, denn ein bloßes Risiko könne nicht ohne Weiteres mit einer „unmittelbaren Gefahr“ für Leben und körperliche Unversehrtheit gleichgesetzt werden. Für eine freiheitlich demokratische Staatsform erfahre die Versammlungsfreiheit gerade bei Krisen und in Gefahrenlagen besondere Bedeutung, weil deren Bewältigung und Bekämpfung mit weitgehenden Beschränkungen grundrechtlicher Freiheiten einhergehe.

Auch bestünden Zweifel an der Zulässigkeit der Regelung im Ordnungswege. Der Eingriff in die Grundrechte sei eine wesentliche Entscheidung, die in einem demokratischen Gemeinwesen der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zu treffen habe. Angesichts der konstituierenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung sei es naheliegend, »ein generelles präventives Versammlungsverbot der Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber vorzubehalten«.

Während der Anmelder auf dem Rathausmarkt schon alles vorbereitet hatte, die Teilnehmenden der Versammlung sich eingefunden hatten, die Masken verteilt und



Bodenmarkierungen angebracht worden waren, kam fünf Minuten vor Beginn der Versammlung die Nachricht über die Aufhebung des Beschlusses der 17. Kammer und die Ablehnung des Eilantrages durch den 5. Senat des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts.<sup>8</sup>

## RECHTSFRAGEN IN DER KÜRZE DER ZEIT NICHT ZU BEANTWORTEN

Der Senat verneinte ausdrücklich einen Vorrang der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG. Nach summarischer Prüfung sei es nicht überwiegend wahrscheinlich, dass das Versammlungsverbot mit Ausnahmevorbehalt nach § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sich im Rahmen des Hauptsacheverfahrens als rechtswidrig erweisen werde. Der Rechtsstreit werfe eine Vielzahl von Rechtsfragen auf, die in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht zu beantworten seien.

Im Rahmen der Rechtsfolgenabwägung überwiege das öffentliche Interesse am Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Der Senat berücksichtige insoweit die überragende Bedeutung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG sowie des öffentlichen Interesses am Schutz des Gesundheitssystems vor einer Überlastung aufgrund steigender Infektionszahlen. Das Versammlungsverbot sei befristet und »die Intensität des Eingriffs dadurch – entgegen der Auffassung der Antragsteller – erheblich gemindert«. Es erscheine zumutbar, für diesen vorübergehenden Zeitraum die gemeinsame Meinungskundgabe »in anderer Form, etwa im Wege digitaler Medien zu vollziehen«.

## AUTORITÄRE VARIANTE DER PANDEMIEBEKÄMPFUNG

Art. 8 Abs. 1 GG garantiert das Recht zu entscheiden, wann, wo, wie und mit welchem Inhalt eine Versammlung stattfindet. Das Grundrecht ist von dem Bundesverfassungsgericht als »unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit und als eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt« benannt worden. In die Brokdorf-Entscheidung aus dem Jahre 1985<sup>9</sup> hat das Bundesverfassungsgericht geschrieben, erst die Versammlungsfreiheit ermögliche »die ständige geistige Auseinandersetzung und den Kampf der Meinungen als Lebelement dieser Staatsform«.

Aufgrund der in ihrer Auswirkung autoritären Restriktionen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wurden und werden die Versammlungsfreiheit und andere Grundrechte in so nicht gekannter Weise in Frage gestellt. Man gewinnt mitunter den Eindruck, die Exekutive befreie sich von den lästigen Fesseln des demokratischen Rechts. Sie begründet ihr aktuelles Vorgehen mit einer angeblich »überragenden Bedeutung« eines anderen Rechts als des Versammlungsrechts. Solche Argumentation ist beliebig, das »andere Recht« ist austauschbar. Heribert Prantl hat im April 2020 die Lage treffend unter dem Titel »Der vom Virus befallene Rechtsstaat«<sup>10</sup> beschrieben und erklärt, der Ausnahmezustand, der Notstand luge nicht mehr nur um die Ecke, er sei da.

Während ein von der Verfassung nicht vorgesehenes »Bund-Länder-Treffen« der Ministerpräsident\*innen mit der Kanzlerin die Maßnahmen zur Bekämpfung der

Corona-Pandemie festlegt, werden in den Ländern weiter Grundrechtseinschränkungen im Verordnungswege vorgenommen.

Beruhigend ist einerseits, dass das Bundesverfassungsgericht in zwei Beschlüssen vom 15. und 17. April 2020<sup>11</sup> in vergleichbaren Fällen die Wertigkeit der Versammlungsfreiheit betont und die offensichtliche Grundrechtsverletzung der generellen Verbotsverfügungen festgestellt hat. Die Verfassungsrichter\*innen haben von den Behörden Einzelfallentscheidungen und das Bemühen um Lösungen gefordert, die die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Ziel des Infektionsschutzes und des Schutzes von Leib und Leben auf der einen und der Versammlungsfreiheit auf der anderen Seite ermöglicht. Die Verordnungen der Länder sind in der Folge zwar angepasst worden, Versammlung kommt wieder vor, aber die Regelungen sind schwammig.

Beunruhigend ist die Orientierungslosigkeit der Mehrheit der Hamburger Verwaltungsrichter\*innen. In den oben zitierten Fällen waren von 12 Richter\*innen neun mit ihrer Haltung und ihrem juristischen Verstand jenseits der Grenzen der Verfassungsrechte, einer Bewertung der konkreten Fälle entzogen, haben die Kürze der Zeit vorgeschoben und so im Zweifel gegen die Freiheit entschieden.

Zum Schluss noch einmal Prantl, er schreibt: die beliebteste Grußformel laute derzeit »Bleiben Sie gesund«. Zur Gesundheit des Gemeinwesens gehöre aber auch eine funktionierende Demokratie. Sein Vorschlag: »Bleiben Sie demokratisch!«, wäre auch kein schlechter Gruß in diesen Zeiten.

**Gabriele Heinecke** ist Rechtsanwältin in Hamburg und Mitglied im erweiterten Vorstand des RAV. Die Unterüberschrift und einige Zwischenüberschriften wurden von der Redaktion behutsam angepasst.

- 1 SARS steht für »Severe Acute Respiratory Syndrome«, COVID-19 für »Corona Virus Disease 2019«.
- 2 Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, BGBl. 2020 I, 587 ff.
- 3 IfSG in der Fassung vom 27.3.2020, BGBl. I, 1045, inzwischen geändert durch das IfSG vom 18.11.2020, BGBl. I, 2397 mit dem neu eingefügten § 28a IfSG.
- 4 Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 2. April 2020, die mit Änderungsverordnungen fortgeschrieben wird.
- 5 VG Hamburg, B. v. 2.4.2020 – 2 E 1550/20.
- 6 VG Hamburg, B. v. 4.4.2020 – 3 E 1568/20.
- 7 VG Hamburg, B. v. 16.4.2020 – 17 E 1648/20.
- 8 Beschluss des HmbOVG vom 16.4.2020 – 5 Bs 58/20.
- 9 BVerfGE 69, 315 ff.
- 10 Kommentar: Die Folgen der Anti-Corona-Maßnahmen | NDR.de – Nachrichten – NDR Info.
- 11 BVerfG, B. v. 15.4.2020 – 1 BvR 828/20; B. v. 17.4.2020 – 1 BvQ 37/20.

# Demokratie vs. Mitbestimmung im öffentlichen Dienst?

DIE NOVELLE DES BPersVG

SEBASTIAN BAUNACK

In ihrem Koalitionsvertrag von 2017 haben sich CDU, CSU und SPD geeinigt, das Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG)<sup>1</sup> zu novellieren.<sup>2</sup> Kurz vor Ablauf der Legislaturperiode hat das Bundesinnenministerium einen Referent\*innenentwurf in die Verbändebeteiligung gegeben. Dieser Entwurf sieht vor, die Mitbestimmungsrechte der Personalräte mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts maßgeblich zu beschränken.<sup>3</sup> Der Referent\*innenentwurf ist durch den DGB stark kritisiert worden.<sup>4</sup> Die Bundesregierung hat in ihrer im Dezember 2020 vorgelegten Kabinettsfassung des Gesetzentwurfs jedoch von der Einschränkung der Mitbestimmungsrechte keinen Abstand genommen.<sup>5</sup> Die Novelle des BPersVG soll im Sommer 2021 in Kraft treten. Dies gibt Anlass, die zugrundeliegende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die daraus nunmehr folgenden Gesetzesänderungen kritisch zu beleuchten.

## MITBESTIMMUNG IM ÖFFENTLICHEN DIENST

Die betriebliche Mitbestimmung gilt als zentrale Säule der sozialen Marktwirtschaft.<sup>6</sup> In der Privatwirtschaft kommen den Betriebsräten gemäß § 87 BetrVG starke Mitbestimmungsrechte zu, der öffentliche Dienst ist nach § 130 BetrVG jedoch vollständig von der Geltung des BetrVG ausgenommen. Hier gelten die Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder. § 70 Abs. 1 BPersVG n.F.<sup>7</sup> sieht vor, dass in mitbestimmungsbedürftigen Angelegenheiten des öffentlichen Dienstes die Dienststellenleitungen Maßnahmen nur umsetzen dürfen, wenn der Personalrat zugestimmt hat. Verweigert er die Zustimmung, so ist das Mitbestimmungsverfahren von der obersten Dienstbehörde und der Stufenvertretung<sup>8</sup> fortzusetzen. Kommt auch dort keine Einigung zustande, greift ein Einigungsstellenverfahren, das demjenigen in § 76 BetrVG nachgebildet ist.

Dieses Verfahren gilt bei personellen Maßnahmen gegenüber den Tarifbeschäftigten und Beamt\*innen und bei den organisatorischen Angelegenheiten, wie etwa der Anordnung von Überstunden, der Aufstellung von Urlaubsplänen oder der Installation von Videokameras. Dabei entscheidet eine paritätisch besetzte Einigungsstelle unter einem unabhängigen Vorsitz, auf deren Person sich beide Parteien nach § 73 Abs. 2 Satz 1 BPersVG n.F.<sup>9</sup> einigen sollen, abschließend. Die Mitglieder der Einigungsstelle entscheiden frei von Weisungen. In § 75 Abs. 3 BPersVG n.F.<sup>10</sup> sind jedoch konkrete Angelegenheiten geregelt, zu welchen die Einigungsstelle nur eine Empfehlung an die Dienststellenleitung ausspricht, welche dann abschließend entscheiden darf. Dies betrifft

- alle Personalangelegenheiten der Beamt\*innen und Tarifbeschäftigten (§ 78 Abs. 1 BPersVG n.F.),<sup>11</sup>
- die Aufstellung von Regelungen zu allgemeinen Fragen der Fortbildung

der Beschäftigten (§ 80 Abs. 1 Nr. 10 BPersVG n.F.),<sup>11</sup>

- Beurteilungsrichtlinien (§ 80 Abs. 1 Nr. 11 BPersVG n.F.),<sup>13</sup>
- den Erlass von Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen (§ 80 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG n.F.),<sup>14</sup>
- Maßnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf und der Gleichstellung (§ 80 Abs. 1 Nr. 13 BPersVG n.F.),<sup>15</sup>
- Maßnahmen zur Hebung der Arbeitsleistung oder zur Erleichterung des Arbeitsablaufs (§ 80 Abs. 1 Nr. 19 BPersVG n.F.),<sup>16</sup>
- die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden (§ 80 Abs. 1 Nr. 20 BPersVG n.F.)<sup>17</sup> und
- die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen (§ 80 Abs. 1 Nr. 21 BPersVG n.F.).<sup>18</sup>



In all diesen Angelegenheiten soll die Einigungsstelle nicht (mehr) abschließend entscheiden dürfen, sondern nur eine Empfehlung an die Dienststellenleitung abgeben, welche dann abschließend entscheidet. Vor der Novelle 2021 sah § 69 Abs. 4 Satz 3 BPersVG a.F. eine solche eingeschränkte Mitbestimmung nur in den personellen Angelegenheiten der Beamt\*innen (§ 76 Abs. 1 BPersVG a.F.) und bei der Versagung bzw. dem Widerruf einer Nebentätigkeit (§ 75 Abs. 1 Nr. 7 BPersVG a.F.) vor.

### **DEMOKRATIE ALS GRENZE DER MITBESTIMMUNG: DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS**

Die gesetzlich verankerten Mitbestimmungsrechte der Personalräte wurden allerdings bereits vor der Novelle des BPersVG 2021 über den Wortlaut des § 69 Abs. 4 Satz 3 BPersVG a.F. hinaus durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stark überformt und begrenzt. Das Bundesverfassungsgericht setzte sich schon vor Einführung des BPersVG von 1974 mit der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst auseinander. Bereits 1959 hatte es über das Bremische Personalvertretungsgesetz (BremPVG) zu entscheiden.<sup>19</sup> Das Bundesverfassungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass das BremPVG wegen Verstoßes gegen Art. 28 Abs. 1 Satz 1 (Demokratieprinzip) und Art. 33 Abs. 5 GG (hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums) für nichtig zu erklären sei, soweit es in den Fällen der Mitbestimmung des Personalrats in personellen Angelegenheiten der Beamt\*innen eine abschließende Entscheidung einer Einigungsstelle vorsah. Dies

begründete das Bundesverfassungsgericht damit, dass es den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums entspreche, dass über Personalangelegenheiten von Beamt\*innen allein die ihnen vorgesetzten Dienstbehörden entscheiden, die in einem hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnis stehen. Diese Grenzen verschärfte das Bundesverfassungsgericht 1995 noch mit seinem Beschluss zum Schleswig-Holsteinischen Mitbestimmungsgesetz.<sup>20</sup> In diesem kam es zu dem Ergebnis, dass Entscheidungen der Einigungsstelle in Mitbestimmungsangelegenheiten, soweit es sich um Maßnahmen handelt, die den Amtsauftrag der Beschäftigten typischerweise nicht nur unerheblich berühren, nicht hinreichend demokratisch legitimiert seien. Dies folge aus der Zusammensetzung der Einigungsstelle und aus der ihr gewährten Weisungsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht etablierte ein Dreistufenmodell zur Klärung der Frage, inwieweit eine zwingende Mitbestimmung der Personalräte zulässig sei und wo sie gegen das Demokratieprinzip verstoße. Es grenzte Bereiche ab, in denen innerdienstliche Maßnahmen nur unerhebliche (Stufe 1), nicht nur unerhebliche (Stufe 2) und schließlich erhebliche (Stufe 3) Auswirkungen auf die Wahrnehmung der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung haben. 2001 entschied das Bundesverfassungsgericht weiter, dass die Beschlüsse der Einigungsstelle einem Evokationsrecht der obersten Dienstbehörde unterliegen, dessen Ausübung nicht von der Darlegung abhängt, dass diese wegen ihrer Auswirkungen auf das Gemeinwesen die Regierungsverantwortung wesentlich berühren.<sup>21</sup> Diese Rechtsprechung wurde

durch die Fachgerichtsbarkeit weiter ausgedeutet und auf zahlreiche Mitbestimmungsrechte der Personalräte erstreckt.<sup>22</sup>

### **DIE AUSWIRKUNGEN AUF DIE NOVELLE DES BPersVG**

Viele Jahre lang änderte der Gesetzgeber das BPersVG trotz der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht mit Hinblick auf die Entscheidungsrechte der Einigungsstelle ab. Die Grenzen der Mitbestimmung aufgrund der Rechtsprechung ergaben sich daher bis 2021 nicht aus dem Gesetzeswortlaut. Erst dieses Jahr, voraussichtlich im Juli 2021, soll das BPersVG umfassend novelliert werden. Unter Berufung auf die Rechtsprechung aus den Jahren 1995 und 2001<sup>23</sup> sieht der Gesetzentwurf zu § 75 Abs. 3 BPersVG n.F.<sup>24</sup> auch jenseits des Beamtenverhältnisses in zahlreichen wichtigen Angelegenheiten keine zwingende Mitbestimmung des Personalrats mehr vor, die dieser ggf. im Einigungsstellenverfahren durchsetzen kann, sondern ein Letztentscheidungsrecht der Dienststellenleitung. In diesen Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung soll die Einigungsstelle nur eine Empfehlung an die Dienststellenleitung aussprechen dürfen, welcher dieser aber nicht folgen müsse. Zur Kategorie der einer zwingenden Mitbestimmung entzogenen Materien sollen nach nunmehriger ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch organisatorische Maßnahmen gehören, darunter insbesondere die besonders umstrittene Einführung technischer Einrichtungen zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle.<sup>25</sup> Gerade hier wiegt die Einschränkung der Mitbestimmung der Personalräte schwer,

da diesem Mitbestimmungsrecht bei der Digitalisierung der Verwaltung erhebliche Bedeutung zukommt; man denke nur an Bodycams für Polizeibeamt\*innen, die Verwaltungs-eAkte nach dem eGovG oder elektronische Personalakten.

### **KRITIK: DAS DEMOKRATIEPRINZIP LÄSST SICH AUCH OHNE BESCHRÄNKUNG DES MITBESTIMMUNGSRECHTS WAHREN**

Die geplante Novelle des BPersVG hätte zur Folge, dass die Einigungsstelle in zentralen Angelegenheiten nur noch Empfehlungen an die Dienststellenleiter\*in aussprechen darf, was zu einer gänzlichen Entwertung des gesamten Mitbestimmungsverfahrens führt. Denn ohne die Androhung einer zwingenden Entscheidung durch die Einigungsstelle können die Personalräte in diesen Angelegenheiten von Anfang an keinerlei Druck mehr aufbauen, um der Verhandlungsübermacht der Dienststellenleitung etwas entgegenzusetzen und ihr Kompromisse abzurufen. Ohne effektive Eskalationsstufen zur Herstellung von Kompromissfähigkeit verkommen die Mitbestimmungsrechte der Personalräte zum »kollektiven Betteln«. <sup>26</sup> Ein fairer und ausgewogener Ausgleich gegensätzlicher Interessen im Wege kollektiver Verhandlungen beruht insoweit auf annähernd gleicher Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft,<sup>27</sup> die durch eine Entwertung der Einigungsstelle nicht mehr gewährleistet ist. Das Demokratieprinzip erfordert solche schwerwiegenden Einschränkungen der Mitbestimmungsrechte der Personalräte nicht. Das Bundesverfassungsgericht ver-

kennt hier den Charakter der Mitbestimmung. Ein Mitbestimmungsrecht besteht nur dort, wo die jeweilige Dienststellenleitung eine Maßnahme im eigenen Ermessen umsetzen darf und dies auch beabsichtigt. Der Gesetzgeber setzt den Rahmen der Mitbestimmung, die Verwaltung zieht in ihren Verwaltungsvorschriften weitere Grenzen. Wo diese rechtlichen Vorgaben abschließende Regelungen vorsehen, besteht nach § 80 Abs. 1 Eingangssatz BPersVG n.F.<sup>28</sup> kein Raum mehr für eine Mitbestimmung des Personalrats. Der Wille der\*s Normsetzer\*in ist zu respektieren. Schon dadurch ist das Demokratieprinzip gewahrt. Ist der Dienststellenleitung ein Ermessen eingeräumt, so entspricht dies dem Willen der rechtsetzenden Stelle. Nur auf das verbleibende Ermessen der Dienststellenleitung nimmt die Mitbestimmung Einfluss. Durch den Spruch der Einigungsstelle kann sich das Ermessen der Dienststellenleitung zwar auf Null reduzieren; hierdurch wird die Maßnahme der Dienststellenleitung aber nicht eine des Personalrats. Es ist daher immer die demokratisch legitimierte Dienststellenleiter\*in, der\*die die Maßnahme trifft, egal ob eine zwingende Mitbestimmung erfolgt ist oder nicht. In welchem Rahmen sich ihr Ermessen bewegt, ist in demokratisch verabschiedeten Gesetzen niedergelegt.

Aber selbst unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hätte der Gesetzgeber weniger invasive Möglichkeiten, das demokratische Legitimationsdefizit der Einigungsstelle in den Fällen des § 75 Abs. 3 BPersVG n.F. zu beheben. Dies wäre dadurch möglich, dass für die Fälle des § 75 Abs. 3 BPersVG n.F. eine besondere Einigungsstelle durch eine

demokratisch legitimierte Stelle jeweils für eine Amtszeit der Personalvertretungen eingesetzt wird, dieser zu berichten hat und durch diese auch wieder abberufen werden kann. Diese demokratisch legitimierte Stelle könnte für die Bundespersonalvertretungen etwa der Innenausschuss oder der Ausschuss für Arbeit und Soziales des Bundestages sein. Dieser könnte – auf Vorschlag der örtlichen Dienststellenleitungen und Personalvertretungen – Dauererstellungsstellen für die Angelegenheiten des § 75 Abs. 3 BPersVG n.F. bestellen.<sup>29</sup> Dadurch wäre das Demokratieprinzip gewahrt, auch wenn keine Letztentscheidung der Dienststellenleiter\*in vorgesehen wäre. Die Verhandlungspartität zwischen Dienststellenleitungs- und Beschäftigtenseite bliebe zudem durch eine solche Regelung gewahrt.

Ob der Beschluss der Einigungsstelle sich innerhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraumes bewegt, lässt sich zudem gerichtlich überprüfen: Denn die Dienststellenparteien können Beschlüsse der Einigungsstelle vor den Verwaltungsgerichten anfechten (§ 108 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG n.F.).<sup>30</sup> Hier lässt sich auch überprüfen, ob im Einzelfall verfassungsrechtliche Erwägungen einer Entscheidung der Einigungsstelle entgegenstehen. Es bedarf daher keiner gesetzlichen Regelungen, nach welchen eine zwingende Mitbestimmung für bestimmte Angelegenheiten per se ausgeschlossen wird. Entscheidend ist vielmehr der Einzelfall, der im gerichtlichen Anfechtungsverfahren überprüft werden kann. Die Einschränkung der Mitbestimmungsrechte der Personalräte in § 75 Abs. 3 BPersVG n.F. ist daher weder erforderlich noch sinn-

voll. Sie verhindert die Demokratisierung der Verwaltung gerade mit Hinblick auf wichtige Digitalisierungsvorhaben. Damit untergräbt sie die Akzeptanz innerbehördlicher Organisationsentscheidungen. Die Novelle führt zu einer bedeutenden Schwächung einer zentralen Säule des sozialen Rechtsstaats, der innerbetrieblichen Mitbestimmung der Beschäftigten. Diese muss aber in einer demokratischen Gesellschaft auch und gerade im öffentlichen Dienst gewährleistet sein.

**Sebastian Baunack** ist Rechtsanwalt in Berlin und RAV-Mitglied.

- 1 Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15. März 1974 (BGBl. I S. 693), zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 25. Mai 2020 (BGBl. I S. 1063) geändert.
- 2 Koalitionsvertrag 2017, Rn. 6035.
- 3 Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat: Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Bundespersonalvertretungsgesetzes, Stand 6.7.2020, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwurf/gesetz-zur-novellierung-des-bundespersonalvertretungsgesetzes.pdf?blob=publicationFile&v=3>.
- 4 Stellungnahme des DGB vom 7.8.2020, <https://www.dgb.de/downloadcenter/++co++9d4db38c-dd60-11ea-9b26-001a4a160123>.
- 5 BT-Drs. 19/26820; auch im Änderungsantrag des Innenausschusses, Ausschussdrucksache 19(4)808 vom 16.4.2021 wurden diese Einschränkungen nicht zurückgenommen.
- 6 So etwa Bundesminister Sigmar Gabriel zur Entscheidung des OLG Düsseldorf im Ministererlaubnisverfahren EDEKA/Kaiser's Tengelmann, 13.7.2016, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Rede/2016/20160713-gabriel-zur-entscheidung-des-oberlandesgerichts-duesseldorf-im-ministererlaubnisverfahren-edeka-tengelmann.html>.

- 7 Zitiert wird in diesem Artikel jeweils die neue Fassung gemäß der BT-Drs. 19/26820. Die entsprechenden Vorgängerregelungen werden in den Fußnoten genannt. Hier: Vor der Novelle des BPersVG 2021 geregelt in § 69 Abs. 1 BPersVG a.F.
- 8 Bezirkspersonalrat, Hauptpersonalrat nach § 88 BPersVG n.F.
- 9 Vor der Novelle 2021: § 71 Abs. 1 Satz 2 BPersVG a.F.
- 10 Vor der Novelle des BPersVG 2021 geregelt in § 69 Abs. 4.
- 11 § 75 Abs. 1 und § 76 Abs. 1 BPersVG a.F.
- 12 § 76 Abs. 2 Nr. 6 BPersVG a.F.
- 13 § 75 Abs. 3 Nr. 9 BPersVG a.F. (für Tarifbeschäftigte) und § 76 Abs. 2 Nr. 3 BPersVG a.F. (für Beamte\*innen).
- 14 § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG a.F.
- 15 In Erweiterung des § 76 Abs. 2 Nr. 10 BPersVG a.F.
- 16 § 76 Abs. 2 Nr. 5 BPersVG a.F.
- 17 § 76 Abs. 2 Nr. 7 BPersVG a.F.
- 18 § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG a.F.
- 19 BVerfGE 9, 268.
- 20 BVerfGE 93, 37-85.
- 21 BVerfG PersV 2001, 557; dazu auch Altvater, PersR 2002, 192.
- 22 BVerwG ZBR 2002, 361; BVerwGE 121, 38; BAG PersV 2007, 181; BVerwG NZA-RR 2010, 502; BAG PersV 2011, 392; BVerwG NZA-RR 2019, 602.
- 23 RefE, 110; RegE, BR-Drs. 14/21, 131.
- 24 Vor der Novelle des BPersVG § 69 Abs. 4 BPersVG a.F.
- 25 BT-Drs. 19/26820, 15 f.
- 26 Den Begriff prägend zum Arbeitskämpfrecht BAGE 46, 322, juris Rn. 96 – *Warnstreiks und ultima-ratio-Prinzip* (1984).
- 27 Zum Arbeitskampf BVerfG (K) NZA 2020, 1118.
- 28 Vor der Novelle § 75 Abs. 3 Eingangssatz und § 76 Abs. 2 Eingangssatz BPersVG.
- 29 Vergleichbar die Regelung des § 82 LPersVG Berlin, welcher jedoch eine Bestellung durch die Senatverwaltung für Finanzen vorsieht und nicht durch das Abgeordnetenhaus.
- 30 Vor der Novelle § 83 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG a.F.

# Ein- und Ausgangssperre im Hamburger Strafvollzug

ZUM BESCHLUSS DES HANSEATISCHEN OBERLANDESGERICHTS

Beschluss vom 2.3.2021 – 5 Ws 3/21 Vollz

FENNA BUSMANN UND LEA MECHSNER

Während sich die Stimmen in der aktuellen Mitgliederzeitschrift der Strafverteidigervereinigung mit dem Titel »Jeden Tag Lockdown – Corona und Strafvollzug« einig sind und zeitgemäße Kommunikation für Inhaftierte fordern<sup>1</sup>, entscheidet das Hanseatische Oberlandesgericht mit Beschluss vom 2.3.2021,<sup>2</sup> dass der Widerruf einer erteilten Nutzungserlaubnis eines Mobiltelefons durch die Justizvollzugsanstalt Fuhlsbüttel rechtmäßig war. Dem ging folgende Entwicklung voraus.

## LOCKDOWN

Innerhalb des Hamburger Strafvollzuges wurden im Zuge des bundesweit beschlossenen sog. Lockdowns die Besuchsmöglichkeiten der Gefangenen der Justizvollzugsanstalt Fuhlsbüttel im März 2020 zunächst vollständig eingestellt. Zur Kompensation der komplett gestrichenen Besuchsmöglichkeiten wurde den meisten Gefangenen

im April 2020 unter bestimmten Bedingungen eine Erlaubnis zum Erwerb und zur Nutzung von Mobiltelefonen erteilt. Neben den regulären Besuchen fielen auch Langzeitbesuche weg. Langzeitbesuche sind unüberwachte Besuche von einigen Stunden, die geeigneten Inhaftierten zur Pflege der partnerschaftlichen und familiären Beziehungen erlaubt werden. Diese werden bis heute noch nicht wieder gewährt. Auch Lockerungen, die für geeignete Inhaftierte des geschlossenen Vollzugs in Form von Ausführungen und Ausgängen möglich waren, wurden nur noch eingeschränkt und je nach konkretem Infektionsgeschehen genehmigt. Je nachdem, wohin die Ausführung ging und wie lange sie andauerte, mussten anschließend Quarantänen in Kauf genommen werden, die einer Isolationshaft gleichkamen.

Nach wenigen Wochen wurden Besuche im Rahmen des Hygienekonzepts sehr eingeschränkt (seltener und mit Hygienevorkehrungen versehen) wieder möglich. Be-

suche mit Kindern waren nur in zwei Besuchsräumen mit vollständig abgetrennter Gefangenzelle möglich.

## DER WIDERRUF

Im September 2020 wurde gegenüber allen Gefangenen die Genehmigung zum Besitz der Mobiltelefone mit gleichlautenden Bescheiden, ohne vorherige Anhörung der Gefangenen und ohne einzelfallbezogene Prüfung, widerrufen.

Vonseiten der Anstalt wurde begründet, man befinde sich nun in einer »neuen Normalität«, und die Gefangenen müssten die weiterhin bestehenden Einschränkungen in den Besuchsregelungen hinnehmen.

Die Strafvollstreckungskammern des Landgerichts Hamburg erließen auf die zahlreichen Eilanträge der Gefangenen hin Aussetzungsbeschlüsse, woraufhin die Gefangenen ihre Handys zunächst behalten durften. Zur Begründung verwiesen sie darauf, dass schon keine Einzelfallentscheidung vonseiten der Anstalt getroffen worden sei. In der Hauptsache erging zunächst nur in wenigen Fällen ein Beschluss, ebenfalls zugunsten des jeweiligen Gefangenen. Auf die Rechtsbeschwerde des Hamburgischen Justizvollzugsamtes wurde dieser aber vom HansOLG aufgehoben.

## DER BESCHLUSS

Das HansOLG kommt zu dem Ergebnis, die Anstalt habe trotz fehlender Einzelfallprüfung das ihr zustehende Ermessen fehlerfrei ausgeübt, da die persönlichen Interessen des Inhaftierten hinreichend berücksichtigt worden seien. Und zwar dadurch, dass

die Anstalt das Vorliegen bestimmter Umstände, die für den Gefangenen streiten, als pauschal gegeben unterstellt habe. Zwar seien jene Umstände, die sich als abwägungsrelevant erwiesen, in der Person des Antragsstellers liegen und sich zu seinen Gunsten auswirken, in die Entscheidung einzustellen. Deren tatsächliches Vorliegen hätte aber vom Landgericht festgestellt werden müssen, so das HansOLG. Über die Besuchsbeschränkungen hinausgehende außergewöhnliche Umstände, etwa wenn der Gefangene daran gehindert werde, Besuch von maßgeblichen Bezugspersonen zu empfangen, müssten darüber hinaus jeweils im Einzelfall vorgebracht werden. Derartige Umstände habe das Landgericht nicht festgestellt, ein entsprechender Vortrag des Gefangenen ließe sich der Entscheidung auch nicht entnehmen. Die Maßnahme sei auch verhältnismäßig, denn das legitime Ziel – Sicherheit im Strafvollzug, die durch die Nutzung von individuellen Handys gefährdet werde – sei gegeben, und dessen Verfolgung überwiege das individuelle Interesse des Gefangenen am Erhalt der Besitz- und Benutzungserlaubnis für das Mobiltelefon.

Das HansOLG führt weiterhin aus, dass auch das Vertrauen des Inhaftierten in die Besitz- und Benutzungserlaubnis, in der die vorübergehende Natur der Regelung zum Ausdruck gekommen sei, nur eingeschränkt schutzwürdig sei. Die Annahme der Anstalt, dass der Erwerb und die Nutzung für die Dauer der SARS-CoV2-Pandemie gestattet worden sei, sei »unglücklich« und »retrospektiv naiv«, so das HansOLG. Der Vertrauensschutz der Gefangenen habe sich in dem Maße relativiert, wie sich die Erkenntnis zu den Möglichkeiten einer

schlichten Beendigung der Pandemie relativiert habe. Dem verfassungsrechtlich verbürgten Ziel der Resozialisierung werde hinreichend Rechnung getragen. Die Pflege und Festigung von Sozialkontakten außerhalb der Haft sei mittels Nutzung des Telio-Systems und der gegenwärtigen Besuchsmöglichkeiten hinreichend gewährleistet. Das Entfallen des Langzeitbesuchs stehe nicht in einem Kompensationszusammenhang mit der Nutzung eines Mobiltelefons, da auch die Mobiltelefonie keinen körperlichen Kontakt vermitteln könne.

## KRITIK

Diese Entscheidung verkennt vollständig den Gedanken des in Deutschland geltenden Angleichungsgrundsatzes, der besagt, dass das Leben im Vollzug den Lebensverhältnissen in Freiheit so weit wie möglich anzugleichen ist. Ein wesentlicher Baustein der Angleichung bildet dabei die Haftraumtelefonie sowie ein sicherer Zugang zu digitalen Medien.

Die Entscheidung des HansOLG erscheint zudem willkürlich. Das Gericht hätte nach § 119 Abs. 4 Satz 3 StVollzG an das Landgericht zurückverweisen müssen, um die im Einzelfall relevanten individuellen Umstände durch die Strafvollstreckungskammer ermitteln zu lassen. Dies war bisher – wie dem HansOLG bekannt war – nicht erfolgt, da das Landgericht seine Entscheidung, den Widerrufsbescheid aufzuheben, allein darauf gestützt hatte, dass kein Ermessen im Einzelfall ausgeübt wurde. Entsprechend hatte es festgestellt: »*Es kann dahinstehen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen* [des § 92 Abs. 2 Nr. 1 HmbStVollzG] *erfüllt*

*sind*«. Dass der Tatbestand der Entscheidung des Landgerichts aus diesen Gründen keine Feststellungen zu den individuellen Umständen enthält, die aber vorgetragen worden sind, hat das Gericht erkannt und dennoch nicht berücksichtigt.

Dadurch wurde die Anstalt aus ihrer Ermittlungspflicht für die zu treffende Einzelfallentscheidung vollständig entlassen. Dies ist jedoch nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinbar, wonach – gerade vor dem Hintergrund des Resozialisierungsgedankens – im Einzelfall immer eine Interessenabwägung erfolgen muss.<sup>3</sup> Das HansOLG schraubt die Anforderungen an eine Einzelfallentscheidung derart herunter, dass diese faktisch nicht mehr erforderlich ist und der Erlass hunderter gleichlautender Bescheide ermöglicht wurde.

Im Übrigen ist die Rücknahme auch unverhältnismäßig.

Von den Mobiltelefonen ging zu keinem Zeitpunkt eine schwere und unkontrollierbare Gefahr für die Anstaltssicherheit aus. Dies ergibt sich zum einen aus der geringen Anzahl und dem geringen Gewicht der dokumentierten Verstöße gegen die Nutzungsbedingungen.<sup>4</sup> Zum anderen ergibt sich dies aus dem Umstand, dass die Anstalt es zu Beginn der Pandemie für geboten erachtet hat, Mobiltelefone an die Gefangenen zu verteilen. Hätte eine Gefahr, wie von der Anstalt nun vorgetragen, tatsächlich bestanden, hätte sie die Mobiltelefone von Anfang an nicht erlauben dürfen. Es läuft dem streng geschützten Vertrauensschutzgrundsatz, der eine Ausprägung des Rechtsstaatsgebots aus Art. 20 Abs. 3 GG darstellt, entgegen, dass sich die Be-

wertung der Gefährlichkeit von Mobiltelefonen innerhalb kürzester Zeit – ohne dass die Gefangenen selbst oder sonstige äußere Umstände dafür einen Anlass gegeben hätten – durch die Anstalt so verändert, dass es zu einem Verlust von bedeutenden Rechtspositionen kommt.

Die Argumentation des HansOLG, dass der Vertrauensschutz des Gefangenen nur eingeschränkt schutzwürdig sei, überzeugt ebenfalls nicht. Ausweislich der Nutzungsbedingungen sollte die Nutzung des Mobiltelefons »für die Dauer der SARS CoV-2 (»Corona-«) Pandemie« und bis eine »normale Besuchsregelung« umgesetzt werden kann, gestattet werden. Beide Bedingungen sind noch nicht einmal ansatzweise eingetreten.

Die dagegen streitenden Güter der Anstaltssicherheit wiegen weniger schwer, zumal der beste Schutz vor missbräuchlicher Verwendung der fehlende Wille hierzu ist und der Großteil der Gefangenen verantwortungsvoll und regelkonform mit den Handys umgegangen ist, wie sich den dazu vorgelegten Zahlen der Antwort auf die Kleine Anfrage des Hamburger Senats entnehmen lässt.

Schließlich geht die Argumentation des HansOLG fehl, wenn es heißt, für die weiterhin nicht stattfindenden Langzeitbesuche fehle es in Bezug auf die Mobiltelefonie an einem Kompensationszusammenhang, da auch die Mobiltelefonie einen Körperkontakt nicht vermitteln könne. Diese Argumentation hätte ansonsten ebenfalls für fehlende Besuche gelten müssen, da es bei allen Besuchen auch um die körperliche Anwesenheit der Besucher\*innen geht. Die Besuche unter den aktuellen Bedingungen

weichen erheblich von dem ab, was den Gefangenen vor dem sog. Lockdown zustand: Körperkontakt mit Besucher\*innen, mit denen man sich ungehindert und privat unterhalten konnte, weil man sich nahekommen und damit auch leise sprechen konnte. Grundrechtlich ist hier neben dem Resozialisierungsinteresse, insbesondere auch Art. 6 GG berührt, denn der Schutzbereich dieses Grundrechts umfasst auch den privaten Kontakt zur Familie. Ein Telefonat ist keine Umarmung, kein Handhalten, kein „auf dem Schoß des Vaters sitzen“, kein Gesicht streicheln. Aber das Telefonieren in der Privatsphäre des eigenen Haftraums zu jeder Tages- und Nachtzeit stellt selbstverständlich gerade für den fehlenden unüberwachten Langzeitbesuch eine Kompensation dar. Die Möglichkeit, hierbei auch über intimste Inhalte zu sprechen, ist geeignet, den Zweck der Erhaltung der Beziehung im Sinne eines sozialen Empfangsraums zu erreichen. An einem Stationstelefon auf dem Flur ist dies keinesfalls möglich.

Die Hoffnung der Korrektur dieser falschen Entscheidung wurde enttäuscht. Anfang Mai erging ein Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts.

**Fenna Busmann** und **Lea Mechsner** sind Rechtsanwältinnen in Hamburg und RAV-Mitglieder. Die Redaktion hat die Unterüberschrift leicht modifiziert.

1 Freispruch, Nummer 16, April/Mai 2021, darin Florian Knauer, 68, Helmut Pollähne, 56.

2 HansOLG, B. v. 2.3.2021 – 5 Ws 3/21 Vollz.

3 BVerfG, Kammerbeschluss v. 29.10.1993 – 2 BvR 672/93, Rn. 11, NStZ 1994, 100.

4 Antwort des Senats auf die schriftliche Kleine Anfrage vom 26.8.2020, Bürgerschafts-Drs. 22/1195.



# EuGH zur Rückführung unbegleiteter Minderjähriger

BLEIBEPERSPEKTIVE IN DER PRAXIS UNKLAR

ORIANE LAFARGUE

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 14. Januar 2021 entschieden<sup>1</sup>, dass gegenüber unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen keine Rückkehrentscheidung getroffen werden darf, wenn die Abschiebung nicht möglich ist. Dies hat auch Auswirkungen auf die deutsche Abschiebep Praxis. Im September 2021 stärkte er zudem die Rechte der Eltern minderjähriger Geflüchteter.<sup>2</sup>

## DER FALL TQ

Hintergrund der Vorlage war der abgelehnte Asylantrag eines 15-jährigen unbegleiteten Minderjährigen aus Guinea, TQ. Er hatte eine befristete Aufenthaltserlaubnis für Asylbewerber beantragt und vorgetragen, er sei in Amsterdam Opfer von Menschenhandel und sexueller Ausbeutung geworden, weshalb er derzeit unter schwerwiegenden psychischen Störungen leide. Im März 2018 entschied das niederländische Ministerium für Sicherheit und Justiz (*Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*), dass TQ keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden könne und er auch keinen Anspruch auf den Flüchtlingsstatus oder auf subsidiären Schutz habe. Nach

niederländischem Recht gilt diese Entscheidung als Rückkehrentscheidung. Der Jugendliche galt sodann als vollziehbar ausreisepflichtig und hielt sich illegal in den Niederlanden auf.

Daraufhin erhob der Minderjährige Klage gegen diese Entscheidung und begründete dies u.a. damit, dass er nicht wisse, wo seine Eltern wohnten und er sie bei einer Rückkehr nicht wiedererkennen könne, da er weder Familienangehörige kenne, geschweige denn wisse, ob es überhaupt Familienangehörige gebe.

Das vorliegende Gericht erklärte, dass die niederländische Regelung nach dem Alter des unbegleiteten Minderjährigen unterscheidet. Bei einem unbegleiteten Minderjährigen, der zum Zeitpunkt der Beantragung von Asyl jünger als 15 Jahre sei, werde gemäß Art. 10 der Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG) vor Erlass einer Entscheidung untersucht, ob für ihn eine geeignete Aufnahmemöglichkeit im Rückkehrstaat besteht. Fehlt es daran, erhält er einen regulären Aufenthaltstitel. Bei unbegleiteten Minderjährigen, die zum Zeitpunkt des Asylantrags 15 Jahre oder älter sind, findet solche Untersuchung jedoch nicht statt. Das Gericht stellte fest,

dass die niederländischen Behörden dann aber oftmals abzuwarten schienen, bis die Minderjährigen das Alter von 18 Jahren erreichten, um anschließend die Rückkehrentscheidung umzusetzen und die Minderjährigen abzuschicken.

Daher ist der Aufenthalt eines 15 Jahre alten oder älteren unbegleiteten Minderjährigen im Zeitraum zwischen seinem Asylantrag und dem Erreichen der Volljährigkeit in den Niederlanden illegal, aber geduldet.

In diesem Kontext hat das vorliegende Gericht beschlossen, den Gerichtshof nach der Vereinbarkeit der Unterscheidung zwischen unbegleiteten Minderjährigen über und unter 15 Jahren zu fragen.

Weiter wollte das vorliegende Gericht wissen, ob es nach Art. 8 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie unzulässig ist, wenn ein Mitgliedstaat nach Erlass einer Rückkehrentscheidung gegenüber einem unbegleiteten Minderjährigen von dem Vollzug so lange absieht, bis er das Alter von 18 Jahren erreicht. Dies hat für die Behörden den Vorteil, dass die Beachtung des Kindeswohls bei der Abschiebung durch den Eintritt in die Volljährigkeit nicht mehr von Relevanz ist.

## DIE ENTSCHEIDUNG DES EUGH: ABWARTEN DER ABSCHIEBUNG IST UNIONSRECHTSWIDRIG

Der EuGH erteilte dieser Galgenfrist eine Absage und entschied, dass im Falle eines über 15 Jahre alten Asylbewerbers es unzulässig sei, nicht zu prüfen, ob im Rückführungsstaat eine geeignete Aufnahmemöglichkeit vorhanden ist.

Die zuständige Behörde muss somit prüfen, ob die Übergabe an ein Mitglied seiner Familie, einen offiziellen Vormund oder eine geeignete Aufnahmeeinrichtung möglich ist. Sie hat den Minderjährigen deshalb auch zu den Umständen, die er im Falle der Rückführung im Herkunftsstaat antreffen würde, anzuhören.

Auch die Praxis des Abwartens befand der EuGH für unionsrechtswidrig. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Mitgliedstaat verpflichtet, alle Maßnahmen zu ergreifen, die zur Durchführung der Abschiebung des Betroffenen erforderlich sind, wenn eine Rückkehrentscheidung gegen einen Drittstaatsangehörigen erlassen worden ist und dieser nicht innerhalb der gesetzten Frist freiwillig ausgewandert ist. Diese in Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2008/115/EG normierte Verpflichtung der Mitgliedstaaten soll die Effizienz von Rückkehrverfahren gewährleisten. Die Behörden sind also gehalten, grundsätzlich auch Minderjährige unverzüglich abzuschicken, wobei dann aber das Kindeswohl umfassend geprüft werden muss. Das Abwarten bis zum Eintritt der Volljährigkeit, allein um die Prüfung des Kindeswohls zu umgehen, wird dieser Verpflichtung somit nicht gerecht.

## DIE SITUATION IN DEUTSCHLAND

Auch in Deutschland wird die Ablehnung eines Asylantrages in aller Regel mit einer Rückkehrentscheidung in Gestalt einer Abschiebungsandrohung verbunden (vgl. § 34 Abs. 2 AsylG). Bis zur Abschiebung (also der zwangsweisen Durchsetzung der Ausreisepflicht)<sup>3</sup> leben die Betroffenen,

auch unbegleitete Minderjährige, mit einer sogenannten Duldung in Deutschland. Die Duldung bescheinigt, dass der Inhaber ausreisepflichtig ist, aber aktuell nicht abgeschoben werden kann. Sie gibt der geduldeten Person jedoch explizit kein Aufenthaltserlaubnisrecht. In der Regel wird die Duldung lediglich für eine kurze Dauer ausgestellt und muss regelmäßig verlängert werden. Das auf der Duldung angegebene Datum hat aber wenig Gewicht, da die Abschiebung gleichwohl jederzeit möglich ist, wenn das Abschiebehindernis wegfällt.

Einen besonderen Duldungsgrund für Minderjährige enthält § 58 Abs. 1a AufenthG. Danach setzt die Abschiebung für Minderjährige im Zielland die Übergabe an eine geeignete Einrichtung oder die Übergabe an eine sorgeberechtigte Person voraus; sonst wird eine Duldung erteilt. Die Anforderungen an diesen Nachweis sind sehr hoch. Allein die abstrakte Möglichkeit, den Minderjährigen an Verwandte zu übergeben, reicht nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dafür nicht aus.<sup>4</sup> Die Behörden sollen sich vielmehr in jedem Einzelfall vergewissern, dass die Übergabe des unbegleiteten Minderjährigen an die geeignete Stelle oder sorgeberechtigte Person konkret möglich ist.

Auch Deutschland ist aufgrund der Aufnahmerichtlinie 2013/33/EU (AufnRL) und der Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU (VerfRL) verpflichtet, die besonderen Schutzbedürfnisse Schutzsuchender im Aufnahme- und Anerkennungsverfahren frühestmöglich zu identifizieren und eine bedarfsgerechte Behandlung während des gesamten Asylverfahrens sicherzustellen.<sup>5</sup>

## **GRUND- UND MENSCHENRECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN DEN NACHWEIS EINER GEEIGNETEN UNTERBRINGUNG**

Aufgrund des fundamentalen Leitmotivs des Kindeswohls (Art. 6 GG, Art. 24 GrCh, Art. 3 UN-KRK) muss die Ausländerbehörde sich auch über die konkrete Eignung der Aufnahmeeinrichtung vergewissern. Hierzu sind Informationen über die grundsätzlichen Strukturen vor Ort und die auch tatsächliche Verfügbarkeit eines Platzes in einer für den jeweiligen Minderjährigen geeigneten Aufnahmeeinrichtung erforderlich. Die abstrakte Bereitschaft der Behörde im Zielstaat zur Unterbringung von Minderjährigen, beispielsweise aufgrund von Abkommen oder einer Aufnahmezusage, ist hier gänzlich irrelevant und entbindet die Ausländerbehörde explizit nicht von ihrer Nachweispflicht.

Der gesetzliche Vormund ist über das Ergebnis dieser Ermittlungen der Ausländerbehörde in Kenntnis zu setzen. Dies hat in einem Bescheid zu geschehen, der mit Rechtsmitteln angreifbar ist.

## **UNIONSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN DIE DEUTSCHE PRAXIS**

Noch bedeutsamer ist die Einschätzung des EuGH zur Duldungserteilung bzw. zum tatsächlichen Vollzug der Abschiebung.

### **Rückkehrentscheidung**

Der EuGH weist in Bezug auf die Rückkehrentscheidung sehr deutlich auf seine bisherige Rechtsprechung hin. Aus der Rückführungsrichtlinie ergibt sich ein zwingendes Programm für die Mitgliedstaaten. Wenn

einem Drittstaatsangehörigen kein Aufenthaltstitel erteilt wird und er sich deshalb illegal in einem Mitgliedstaat aufhält, muss die mitgliedstaatliche Behörde eine Rückkehrentscheidung erlassen und diese auch vollziehen.

Damit sind jedenfalls die Duldungen, die wie die Ausbildungsuldung (§ 60c AufenthG) und die Beschäftigungsduldung (§ 60d AufenthG) einen längerfristigen illegalen Aufenthalt ermöglichen sollen, nicht vereinbar. Von der sich aus der Rückführungsrichtlinie ergebenden Pflicht zum Vollzug der Abschiebung unbegleiteter Minderjähriger kann aber abgesehen werden, wenn den Minderjährigen eine qualifizierte Berufsausbildung oder Assistenz- oder Helferausbildung erlaubt wurde, die sie nach erfolglosem Asylverfahren fortsetzen können<sup>6</sup>, und deswegen geduldet werden. Denn in diesen Fällen liegt, trotz Abschiebungsandrohung des BAMF und bestehender Bindungswirkung, noch keine vollstreckbare Rückkehrentscheidung vor, da unter diesen Umständen die Ausreisefrist unterbrochen ist.<sup>7</sup> Bei erfolgreichem Ausbildungsabschluss kann der Ausländer einen legalen Aufenthalt zum Zwecke der Beschäftigung erlangen.

### **Duldung**

Bei Abschiebungsverboten nach § 60 Abs. 5 und Abs. 7 AufenthG, die ebenfalls zu einer Duldung führen, muss differenziert werden. Unproblematisch wäre es, wenn sich an den Duldungsgrund die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG anschließt. Nicht mit Unionsrecht vereinbar ist es dagegen, wenn die Erteilung eines Aufenthaltstitels verweigert

wird, ohne dass eine Rückkehrentscheidung ergeht oder die Absicht besteht, diese zu vollziehen.

Doch auch aufgrund der Grund- und Menschenrechte gibt es Einwände gegen die bisherige Praxis: Wird ein unbegleiteter Minderjähriger nicht abgeschoben, obwohl eine verbindliche und vollstreckbare Rückkehrentscheidung vorliegt, so steht das der in Art. 6 GG geschützten Familieneinheit entgegen. Ist es jedoch für das Kindeswohl notwendig, dass der Minderjährige im Bundesgebiet bleibt (vgl. § 6 Abs. 5 Satz 2 FreizügG/EU), besteht ein Duldungsgrund aus verfassungs- und völkerrechtlichen Gründen (Art. 24 GRCh; Art. 8 EMRK; Art. 6 GG).<sup>8</sup>

## **FOLGEN DES EUGH-URTEILS FÜR DIE ABSCHIEBEPRAxis IN DEUTSCHLAND**

Die Entscheidung des EuGHs beruht zwar auf einer niederländischen Vorlage, sie zwingt aber gleichwohl die Bundesrepublik Deutschland, ihre Verwaltungspraxis zu ändern und gesetzliche Regelungen zu überdenken.

### **Rückkehrentscheidung nur nach Prüfung**

Zwar hat sich an den Voraussetzungen für die Abschiebung selbst unter Berücksichtigung des Minderjährigenschutzes nichts geändert. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge wird allerdings bei Ablehnung des Asylantrags eines unbegleiteten Minderjährigen nun nicht mehr direkt eine Rückkehrentscheidung treffen können, ohne konkret die Möglichkeit der tatsächlichen Abschiebung geprüft zu haben.

Die zuständige Behörde muss nun also



vor Erlass der Abschiebungsandrohung prüfen, ob die Übergabe an ein Mitglied seiner Familie, einen offiziellen Vormund oder eine geeignete Aufnahmeeinrichtung möglich ist. Sie hat den Minderjährigen auch zu den Umständen, die er im Falle der Rückführung im Herkunftsstaat antreffen würde, anzuhören. Dabei hat der Minderjährige Anspruch auf Unterstützung durch einen Amtsvormund.

### Aufenthaltserlaubnis statt Duldung

Die Abschiebung darf auf der Grundlage der Abschiebungsandrohung erst erfolgen, wenn nochmals überprüft worden ist, ob die Übergabe an eine der zulässigen Personen oder Stellen möglich ist. Ist eine solche Abschiebung nicht möglich, könnte den Minderjährigen nun sogar eine Aufenthaltserlaubnis zustehen. Die bisherige Praxis, dass zur Wahrung des Kindeswohls lediglich eine Duldung erteilt wird, dürfte damit rechtswidrig sein.

### WEITERES URTEIL IM FALL SE: FAMILIENNACHZUG UND AGING OUT

Am 9. September 2021 stärkte der EuGH zudem auf eine deutsche Vorlage hin die Rechte von Eltern minderjähriger Geflüchteter.<sup>9</sup> Danach haben die Eltern von minderjährigen Geflüchteten ebenfalls einen Anspruch auf subsidiären Schutz, wenn sie vor Eintritt der Volljährigkeit ihres Kindes formlos (!) einen entsprechenden Antrag gestellt haben. Eine Einschränkung des Schutzstatus und des daraus resultierenden Rechts auf einen Aufenthaltstitel sowie auf Zugang zu einer Beschäftigung und zu Wohnraum nach Eintritt der Volljährigkeit ist unzulässig.

### FAZIT

Mit der Entscheidung stärkt der EuGH die Rechte von unbegleiteten Minderjährigen deutlich und öffnet diesen eine echte Bleibeperspektive. Unter Berücksichtigung des Kindeswohls ist die Entscheidung des EuGHs folgerichtig. Von besonderer Bedeutung ist die Absage an die Praxis der Mitgliedstaaten, mit der Abschiebung abzuwarten, bis der abgelehnte Drittstaatsgehörige das Erwachsenenalter erreicht hat, um sich so den besonderen Anforderungen an den Minderjährigenschutz zu entziehen.

Wie genau diese neue Rechtsprechung nun sinnvoll vor dem Hintergrund der deutschen Rechtslage umgesetzt werden wird, kann allerdings noch nicht abschließend beurteilt werden.

**Oriane Lafargue** ist Rechtsanwältin in Frankfurt/M. Die Unterüberschrift wurde von der Redaktion eingefügt.

- 1 EuGH, U. v. 14.1.2021, C-441/19 (TQ).
- 2 EuGH, U. v. 9.9.2021, C-768/19 (SE).
- 3 Dollinger, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 58 Rn. 2.
- 4 BVerwG, U. v. 13.6.2013 – BVerwG 10 C 13.12.
- 5 Heuser/Junghans/Kluth, ZAR 2021, 265.
- 6 § 60a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a, Nr. 1b AufenthG.
- 7 § 59 Abs. 1 Satz 6 AufenthG.
- 8 Welte, ZAR 2021, 221.
- 9 EuGH, Urt. v. 9.9.2021, C-768/19 (SE).

# Fortbildungen des RAV

HERBST-/WINTERPROGRAMM 2022

## Mietpreisbremse und Eigenbedarf vor Gericht

3.9.22, Berlin

## Sprechtraining für Strafverteidiger\*innen

10.9.22, Berlin

## Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen – Möglichkeiten für die Verteidigung

14.9.22, Berlin

## Das papierlose Büro

15.9.22 [ONLINE](#)

## Polizei- und Versammlungsrecht workshop – Erfahrungsaustausch für im Polizeirecht tätige Anwält\*innen

23.9.22, Berlin

## Das Recht der Arbeitsmigration in der Praxis – Spezialitätenköch\*innen und Basics nach dem Fachkräfteeinwanderungsgesetz

24.9.22, Köln

## Migrationsrechtliche Tage 2022 – Bayern

7.10. – 9.10.22, Berching

## Vertretung von Asylsuchenden aus dem Herkunftsland Afghanistan

8.10.22 [ONLINE](#)

## Schnittstellen: Vertretung von Betroffenen von Gewalt im sozialen Nahraum im Familienrecht und im Strafrecht

12.10.22, Berlin

## Herausforderungen für Strafverteidigerinnen\*

14.10.22, Berlin

## Medizin- und Arztstrafrecht aus der Verteidigungsperspektive

15.10.22, Hamburg

## Psychologie im Migrationsrecht und rechtliche Probleme rund um ‚Krankheiten‘

15.10.22, Berlin

## Balint Gruppenarbeit mit Anwältinnen und Anwälten

21.-23.10.22, auf Burg Bodenstein, Thüringen

## Dublin- und Drittstaatenverfahren

22.10.22, Köln

## Ausweisungs- und Abschiebungshaftrecht

5.11.22, Dortmund

## Verteidigung auch gegenüber der Presse – Presserecht für Strafverteidiger\*innen

24.11.22, Leipzig

## RAV Regionalgruppe NRW – Neues Versammlungsgesetz NRW und dessen strafrechtliche Auswirkungen

2.12.22, Düsseldorf

## Die Verfestigung des Aufenthaltes – national und europäisch

2.12.22 und 3.12.22, Leipzig

## Migrationsrecht – Duldungen

5.12.22 und 6.12.22 [ONLINE](#)

Kontakt: [fortbildung@rav.de](mailto:fortbildung@rav.de)

# EncroChat

BEGRÜNDET ALLEIN DER BESITZ EINES SICHEREN TELEFONS EINEN HINREICHENDEN STRAFTATVERDACHT, DER DEN STAATLICHEN HACK ERLAUBT?

LUKAS THEUNE

## WAS IST ENCROCHAT?

Spektakuläre Bilder waren europaweit in den Medien zu sehen, nachdem französische und niederländische Behörden im Sommer 2020 nach und nach öffentlich gemacht hatten, welchen Datenschatz sie über die vergangenen vier Monate ausgebeutet hatten. »Folter-Container« in den Niederlanden, Bilder von großen Mengen illegalisierter Substanzen, Schusswaffen und anderem Verbotenem. Was war geschehen? Den französischen und niederländischen Ermittler\*innen war es gelungen, über ein fingiertes Update, das in Wahrheit eine Schadsoftware enthielt, die Chats von Nutzer\*innen eines sogenannten Kryptophones, also vermeintlich besonders gut gesicherter Mobiltelefone, live mitzulesen – inklusive sämtlicher geteilter Bilder. Freigiebig teilten sie den Schatz mit den anderen europäischen Ländern über einen Europol-Server, so auch mit der Bundesrepublik, je nachdem, wo die Nutzer\*innen sich befanden; täglich übermittelte Europol die entsprechenden Daten an das Bundeskriminalamt.<sup>1</sup>

Irgendwann fiel wohl einer Beamtin im Bundeskriminalamt auf, dass die Strafprozessordnung eigentlich Regeln für ein Strafverfahren vorsieht, zumal wenn es internationale Bezüge gibt. Im Juni, zwei

Monate täglicher Lieferungen später, erließ die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main eine Europäische Ermittlungsanordnung, auf die das Untersuchungsgericht in Lille die Genehmigung erteilte, die (längst erhaltenen) Daten nach Deutschland zu übersenden und in deutschen Strafverfahren zu verwenden. Vom *Datenhub* Frankfurt aus wurden die Nutzer\*innen dann in sogenannten Trennverfahren selektiert und an die lokalen Staatsanwaltschaften weitergeleitet.

Dieses eher »hemdsärmelige« Vorgehen kollidiert vor allem mit zwei bürgerschützenden Regeln, einer europäischen und einer universalen, auch in der deutschen Strafprozessordnung verankerten. Zum einen ist dies die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung (bzw. ihre Umsetzung im Gesetz über internationale Rechtshilfe – IRG) und zum anderen der Grundsatz, dass Ermittlungshandlungen einen Anfangsverdacht gegen die Betroffenen voraussetzen. Betroffen sind die Grundrechte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausprägung als Schutz der Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen (im Folgenden: IT-Grundrecht) sowie das Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 GG). Wie geht man um mit einem solchen Datenschatz, der so erlangt wurde?

## DER NICHTERÖFFNUNGSBESCHLUSS DES LANDGERICHTS

Die 25. Strafkammer des LG Berlin – Nichteröffnungsbeschluss vom 1.7.2021, (525 KLS) 254 Js 592/20 (10/21) – lehnte bereits die Eröffnung des Hauptverfahrens ab, hebt den Haftbefehl gegen einen Betroffenen auf und kommt sodann in den Gründen nach einer schulbuchmäßigen Prüfung zu dem einzigen aus rechtsstaatlicher Sicht vertretbaren Ergebnis: Es existiere keine »Strafverfolgung um jeden Preis«.

### Verstoß gegen die EEA-Richtlinie

»Wenn ein Mitgliedstaat den Telekommunikationsverkehr von Personen auf deutschem Hoheitsgebiet überwachen will, muss er die zuständige deutsche Stelle vor Beginn der Maßnahme (bzw. sobald ihm der Aufenthalt der Person bekannt wird) darüber unterrichten (Art. 31 Abs. 1 Richtlinie 2014/41/EU – im Folgenden: RiLi-EEA)«. Das dafür im Anhang C der Richtlinie vorgesehene Formblatt fordert unter anderem »alle erforderlichen Angaben, einschließlich einer Beschreibung des Falles [...], damit die unterrichtende Behörde bewerten kann, ob die Überwachung in einem ähnlichen innerstaatlichen Fall genehmigt würde und ob das dabei erlangte Material in einem Gerichtsverfahren verwendet werden kann«.

»Kommt die deutsche Stelle auf der Grundlage dieser Angaben zu dem Ergebnis, dass die Maßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde, hat sie dieser binnen 96 Stunden zu widersprechen. Die ausländische Maßnahme kann dann nicht durchgeführt bzw. nicht fortgeführt werden; etwaige schon

gesammelte Daten dürfen vom ersuchenden Staat nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen verwendet werden (§ 91g Abs. 6, § 91c Abs. 2 Nr. 2).

c) dd), § 59 Abs. 3 IRG; Art. 31 Abs. 3 RiLi EEA).

Nach den bislang bekannt gewordenen Informationen ist davon auszugehen, dass es ein solches Ersuchen des französischen Staats und eine Überprüfung durch die zuständige deutsche Stelle hier nicht gegeben hat«. (LG Berlin ebd., Rn. 25f.)

Nun könnte man meinen, dass es sich hierbei um einen formalen Fehler handele, der – etwa durch die nachträgliche Korrespondenz zwischen Frankfurt und Lille oder einfach durch die Verwendung der Daten in den einzelnen Trennverfahren vor deutschen Gerichten – »geheilt« werden könnte. Doch das Landgericht erkennt in den Vorgaben der EEA-Richtlinie auch einen inhaltlichen Grund. Denn Deutschland etwa darf eine solche Überwachung von Personen auf deutschem Staatsgebiet nur dann überwachen, wenn es einen Anfangsverdacht gibt. Die flächendeckende Überwachung unzähliger Personen auf deutschem Staatsgebiet ist, gleich ob von deutschen oder ausländischen Polizeibehörden, mit dem Grundgesetz unvereinbar:

»Die Prüfung nach Art. 31 RiLi-EEA, § 91g Abs. 6 IRG hätte hier ergeben, dass die Maßnahme mit den §§ 100a, 100b StPO nicht vereinbar ist. Der danach erforderliche qualifizierte Tatverdacht gegen die betroffenen deutschen Nutzer – einschließlich des hiesigen Angeschuldigten – lag nicht vor [...].

Dieser Umstand ist für die Frage der Verwertbarkeit auch unabhängig von dem for-

malen Verstoß gegen das Rechtshilferecht beachtlich. Die Überwachungsmaßnahme ist in vollem Umfang am Maßstab der deutschen Strafprozessordnung zu überprüfen. (LG Berlin, ebd., Rn. 28).

### Gab es einen hinreichenden Tatverdacht gegen den EncroChat-Nutzer?

Damit kommt das Gericht zum auch die Allgemeinheit interessierenden Kern der Auseinandersetzung. Der lässt sich im Wesentlichen in folgender Frage formulieren: Macht sich jemand allein dadurch verdächtig, dass er ein (vermeintlich) gut geschütztes Telefon zur Kommunikation erwirbt und nutzt?

Dies hatten das OLG Schleswig, das OLG Bremen, das OLG Rostock und das OLG Hamburg vor allem mit einer praktischerweise durch die französischen Behörden mitgelieferten Statistik bejaht. Demnach hatten sich bei rund zwei Drittel der von den französischen Behörden ausgewerteten Telefonen Hinweise auf kriminelle Nutzung (weiter differenziert wurde nicht) ergeben. Das LG Berlin erteilt dem unter Hinweis auf den europäischen und deutschen Gesetzgeber eine Absage:

»Die bloße Verwendung eines Krypto-Handys – auch eines solchen mit weit überdurchschnittlich hohem Sicherheitsstandard – lässt nicht nur keinen Schluss auf ein seiner Art nach und in zeitlicher Hinsicht zumindest in groben Zügen umrissenes strafbares Verhalten zu; sie trägt für sich gesehen (entgegen OLG Rostock (Beschlüsse vom 23. März 2021 – 20 Ws 70/21 –, juris Rn. 11 und vom 11. Mai 2021 – 20 Ws 121/21 – BeckRS 2021, 11981 Rn. 14) sowie OLG Bremen (Beschluss vom

18. Dezember 2020 – 1 Ws 166/20 –, juris Rn. 16) nicht einmal den allgemeinen Schluss auf irgendeine Straftat.

Dass Straftäter häufig ein besonderes Interesse am Schutz ihrer Kommunikation gegen staatliche Zugriffe haben und deshalb schwer zu überwachende Kommunikationswege – etwa die VoIP-Telefonie über Messenger-Dienste oder den Tor-Browser – bevorzugen, ist allgemein bekannt. Ein genereller Schluss aus einem besonderen Sicherheitsbedürfnis auf ein strafbares Verhalten wäre aber genauso unzulässig, wie etwa allein der Besitz von typischerweise bei Einbrüchen oder Fahrraddiebstählen genutzten Werkzeugen (Brechtstangen, Bolzenschneider) nicht den für eine Durchsuchung nötigen Anfangsverdacht liefern kann.

Verschlüsselungstechnologien sind auch deshalb für sich gesehen kein tauglicher Anknüpfungspunkt für einen Tatverdacht, weil ihre Nutzung aus staatlicher Sicht nicht etwa unerwünscht ist, sondern im Gegenteil zum Schutz vertraulicher Daten vor den Zugriffen Dritter gestärkt werden soll. So heißt es in der Digitalen Agenda der Bundesregierung für 2014–2017 (S. 3), einfach zu nutzende Verschlüsselungsverfahren müssten gefördert werden, um »die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Potenziale des digitalen Wandels zu erschließen«. Auf diese politischen Entscheidungen nimmt auch die Gesetzesbegründung zu §§ 100a, 100b StPO n.F. Bezug (BT-Drucksache 18/12785, S. 48).

Von der Möglichkeit, Anbieter derartiger Dienste zur Implementierung von »Hinter-türen« (back doors) zu verpflichten, wollte der deutsche Gesetzgeber deshalb bewusst keinen Gebrauch machen (aaO., S. 48).

Allerdings drängt sich auf, dass (EncroChat) durch seine besonderen Sicherheitsvorrichtungen auch in besonderem Maße attraktiv für Kriminelle wurde; ein entscheidender Unterschied zu anderen verschlüsselten Diensten liegt darin aber nicht. Der besonders hohe Sicherheitsstandard machte (EncroChat) zudem gleichermaßen interessant für andere Personen mit ausgeprägtem Sicherheitsbedürfnis – wie etwa Journalisten, politische Aktivisten, die eine staatliche Verfolgung oder die Beobachtung durch Geheimdienste fürchten, oder Mitarbeiter von Unternehmen, die sich vor Industriespionage schützen wollen. (...)

Die berechtigten Interessen der Nutzer ohne strafrechtlichen Hintergrund können so gewichtig gewesen sein, dass sie ohne Weiteres bereit waren, die vergleichsweise hohen, angesichts des technischen Aufwands aber auch nicht offensichtlich übersetzten Kosten für die Anschaffung und laufende Nutzung der ...-Telefone zu akzeptieren. Auch unabhängig davon können die Preise der Telefone keinen Tatverdacht begründen. Diese liegen keinesfalls in einem typischerweise nur durch Straftaten zu erwirtschaftenden Bereich und entfernen sich nicht wesentlich von den Preisen für handelsübliche Mobiltelefone der Oberklasse, die ebenfalls weit über 1.000 € liegen können. (LG Berlin ebd., Rn. 41ff.).

Und zuletzt widmet sich die 25. Strafkammer noch den angeführten Statistiken und Ermittlungserfolgen im Nachhinein:

»Eine andere Beurteilung ist auch nicht mit Blick auf die durch die Maßnahme ermöglichten europaweiten Ermittlungserfolge geboten. Spätere Erkenntnisse, insbesondere solche aus der Überwachungsmaß-

nahme selbst, haben bei der Beurteilung des Tatverdachts außer Betracht zu bleiben; ob ein solcher begründet war, ist allein auf der Grundlage des Ermittlungsstandes zum Zeitpunkt der Anordnung zu beurteilen (BGH NStZ 1995, 510, 511). Zudem sind die Erfolge – so spektakulär etwa die großen sichergestellten Drogenmengen oder der in den Niederlanden entdeckte »Folter-Container« auch anmuten mögen – selbst rückblickend nicht geeignet, die Vermutung eines vollständig oder zumindest zum ganz überwiegenden Teil kriminellen Nutzerkreises zu bestätigen. Nach einer Mitteilung der Europäischen Kommission vom 14. April 2021 (COM/2021/170, abrufbar bei juris) waren bis zu diesem Zeitpunkt, d.h. fast ein Jahr nach Beendigung der Maßnahme, insgesamt nur 1500 Ermittlungsverfahren eingeleitet und 1800 Personen (entspricht 2,72% der Gesamtnutzer bzw. 5,54% der überwachten Nutzer) festgenommen worden« (LG Berlin, ebd., Rn. 54).

### Folge: Beweisverwertungsverbot

Damit ist klar, die Erhebung der Daten war unzulässig. Das Landgericht übergeht dann etwas überraschend die Frage nach der Verwendbarkeit der Daten in einem deutschen Strafverfahren.<sup>2</sup> Aber, weil von vornherein die sachlichen Voraussetzungen der Anordnung fehlten, folgt daraus jedenfalls ein Verwertungsverbot im Strafverfahren:

»Im Fall der Telekommunikationsüberwachung sind ein Verwertungsverbot auslösende übergeordnete wichtige Gründe anzunehmen, wenn wesentliche sachliche Voraussetzungen für die Anordnung der Überwachungsmaßnahme fehlen (BGH, Beschlüsse vom 7. März 2006 – 1 StR 316/05



–, juris Rn. 7 m.w.N.; vom 1. August 2002 – 3 StR 122/02 –, juris Rn. 10). Das gilt erst recht, wenn es sich bei der Maßnahme um den besonders intensiven Eingriff der heimlichen Online-Durchsuchung bzw. Quellen-Telekommunikationsüberwachung handelt« (LG Berlin edd., Rn. 87).

## KAMMERGERICHT HEBT ENTSCHEIDUNG DES LANDGERICHTS AUF

Mit Beschluss vom 30.8.2021 hat das Kammergericht indes die Entscheidung des Landgerichts wieder aufgehoben, und, weil die 25. Kammer sich »in einer Weise festgelegt [habe], die besorgen lässt, dass sie sich die Auffassung des Senats nicht innerlich zu eigen machen kann«, das Verfahren bei einer anderen Kammer des Landgerichts eröffnet. Die Argumente des Landgerichts überzeugen das Kammergericht nicht:

**Es seien ja reine Zufallsfunde, keine bewussten Ermittlungsmaßnahmen gewesen:**

Die Erkenntnisse gegen den Beschuldigten seien nämlich »Zufallsfunde« aus einem anderen Verfahren, weil ihnen kein förmliches Rechtshilfeersuchen deutscher Behörden vorausgegangen sei, sondern die Daten von sich aus von den französischen an die deutschen Behörden übermittelt worden seien. Von daher »wäre es mit dem hinter dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung stehenden Gedanken des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht zu vereinbaren, eine in einem Mitgliedstaat ergangene, dort nicht aufgehobene gerichtliche Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat mit

der Begründung als rechtswidrig zu bewerten, die Gerichte des Entscheidungsstaates hätten ihre eigene nationale Rechtsordnung nicht eingehalten«. (KG, ebd.)

## Nun sind die Daten halt da:

Zwar gesteht auch das Kammergericht zu, dass »die Anordnung der von den französischen Behörden durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen nach bisherigem Erkenntnisstand nicht den Anforderungen zu genügen scheinen, die nach deutschem Recht an eine Überwachung des internetbasierten Datenaustausches und der Telekommunikation zu stellen wären«. Denn nach deutschem Recht ist »eine verdachtslose Überwachung der Kommunikation dagegen grundsätzlich unzulässig« (KG, ebd.).

Allerdings ist das Kind ja nun ohne deutsche Veranlassung in den Brunnen gefallen und die Daten sind da: »Die ermittelten Daten sind anfänglich vielmehr ohne vorherige Absprache spontan an die deutsche Polizei übermittelt worden« (KG, ebd.).

## Außerdem: gute Verschlüsselung ist doch verdächtig

Das Kammergericht geht aber auch darüber hinaus und findet schon die Nutzung guter Verschlüsselungstechnik verdächtig genug: »Schon die Nutzung der mit Verschlüsselungstechnik versehenen, hochpreisigen Endgeräte begründete im Übrigen jedenfalls vor dem Hintergrund der französischen Ermittlungsergebnisse in den Ausgangsverfahren wegen der Beteiligung am organisierten illegalen Betäubungsmittelhandel einen entsprechenden Anfangsverdacht gegen die Nutzer solcher – für eine konventionelle Kommunikation eher ungeeigneter – Geräte«.

## Nichts gegen Frankreich, das Mutterland der Menschenrechte

Schließlich kommt dann noch ein Argument, dass die deutschen Gerichte schon seit dem Reichsgericht gern heranziehen, wenn etwas »halt nicht sein kann«: »Die Nichtverwertung von legal durch Behörden der Republik Frankreich – nicht nur eines Gründungsmitgliedes der europäischen Union, sondern auch eines der Mutterländer des modernen Menschenrechtsverständnisses – beschaffter Informationen über derart schwerwiegende Straftaten, verstieße auch in erheblicher Weise gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden der rechtstreuen Bevölkerung«.

Damit offenbart der 2. Senat des Kammergerichts – im Übrigen im Einklang mit den Oberlandesgerichten Schleswig, Bremen, Hamburg und Rostock – *en passant* das gewichtigste Argument für die Verwendung und Verwertung des vergifteten Apfels, des Datenschatzes aus Frankreich: des Volkes Zorn, oftmals artikuliert durch Boulevardpresse und *social media*. Neben der von Burhoff aufgeworfenen Frage, ob diejenigen, die die Verwendung und Verwertung kritisch sehen, keine rechtstreuen Bürger\*innen mehr seien,<sup>3</sup> handelt es sich bei dem Konstrukt der idealisierten »rechtstreuen Bevölkerung« (die es aus kriminologischer Sicht ohnehin nicht geben dürfte) um eine empirisch nicht belegte Größe, die auch und gerade in Deutschland vor historischen Hintergründen besonders kritisch betrachtet werden sollte.

Die Entscheidung des Kammergerichts ist, so erwartbar sie war, enttäuschend. Verschlüsselte Kommunikation ist erwünscht und nicht verdächtig. Die Begehrlichkeiten

der Polizeien und Staatsanwaltschaften werden weiter auf verschlüsselte Kommunikation zielen; der Gesetzgeber hat dafür mittlerweile die sog. Online-Durchsuchung und die Quellen-TKÜ in den §§ 100a und 100b StPO normiert. Er hat dafür Voraussetzungen aufgestellt, die denen des LG Berlin entsprechen. Vor allem ist ein auf bestimmten Tatsachen begründeter Verdacht einer konkreten (schweren) Straftat erforderlich. Damit zeigt sich zugleich, dass allein die Nutzung verschlüsselter Kommunikation einen solchen Tatverdacht nicht begründet. Denn wenn dem so wäre, wären ja keine weiteren Voraussetzungen notwendig, um den staatlichen Angriff auf die verschlüsselten Systeme zu rechtfertigen.

Letztendlich wird EncroChat wohl noch das Bundesverfassungsgericht und wohl auch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte beschäftigen.

**Dr. Lukas Theune** ist Rechtsanwalt in Berlin und Geschäftsführer des RAV.

1 Kammergericht, Beschluss vom 30.8.2021 – 2 Ws 79/21 gegen LG Berlin, Nichteröffnungsbeschluss vom 1.7.2021, (525 KLS) 254 Js 592/20 (10/21)

2 Vgl. dazu Derin/Singelstein NSTz 2021, 449.

3 <https://blog.burhoff.de/2021/09/63718/>.

# Die Begriffsbestimmung des »Flüchtigseins« im Dublinverfahren

BESPRECHUNG DES URTEILS DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHT  
VOM 17.8.2021 – 1 C 26.20

CHRISTINE LÜTH UND ANYA LEAN

*»Bitte finden Sie sich am 1. Juni 2019 um 8:30 Uhr zur Durchführung Ihrer Abschiebung beim Polizeipräsidenten in Berlin ein«.*

**A**m 17. August 2021 hatte das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Parallelverfahren über die Frage zu entscheiden, welche rechtlichen Folgen daran zu knüpfen sind, wenn eine schutzsuchende Person einer solchen Aufforderung zu erscheinen keine Folge leistet und damit nicht freiwillig an ihrer Abschiebung mitwirkt. Das Gericht entschied zugunsten der Betroffenen, dass allein das Nichterscheinen zu diesem Termin nicht dazu führt, dass die Person als »flüchtig« im Sinne der Dublin III-VO gelten darf, so dass eine Verlängerung der Überstellungsfrist von sechs auf 18 Monate nicht gerechtfertigt ist.

## SACHVERHALT

Den Entscheidungen lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die drittstaatsangehörigen Kläger\*innen reisten in das Bundesgebiet ein und äußerten gegenüber dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Bundesamt) ein Schutzersuchen, nachdem sie bereits in einem anderen EU-Mitgliedstaat

einen Asylantrag gestellt hatten. Daraufhin lehnte das Bundesamt die Asylanträge als unzulässig ab (§ 29 Abs. 1 Nr. 1a AsylG), stellte fest, dass Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 Satz 1 AufenthG nicht vorlägen, und ordnete die Abschiebung der Kläger\*innen in die jeweiligen zuständigen EU-Mitgliedstaaten an. Nach mehreren gescheiterten Überstellungsversuchen (siehe hierzu nächster Absatz), forderte die Ausländerbehörde des Landes Berlin die Kläger\*innen auf, sich zur Durchführung der Abschiebung an einem bestimmten Tag bei der Polizeibehörde einzufinden. Zu diesem Termin erschienen die Kläger\*innen nicht, weshalb das Bundesamt die Überstellungsfrist auf 18 Monate verlängerte mit der Begründung, dass die Kläger\*innen sich der Abschiebung bewusst entzogen hätten und somit »flüchtig« seien (Art. 29 Abs. 2 Satz 2 HS. 2 Dublin III-VO). Zur Erklärung führte das Bundesamt im Wesentlichen aus, dass »Flüchtigkeit« auch dann angenommen werden könne, wenn eine betroffene Person die Überstellung vereitele, weil sie

sich ihr durch ihr Nichterscheinen entziehe. In diesem Fall habe sie das Scheitern der Überstellung verursacht und dürfe nicht bessergestellt werden als Personen, deren Überstellung aufgrund ihres unbekanntes Aufenthaltsortes scheitere.

Zusätzlich zu der Selbstgestellungsproblematik hatte das Bundesverwaltungsgericht auch darüber zu entscheiden, ob ein Flüchtigsein dann angenommen werden könne, wenn – wie in einem Fall – der Kläger im Flugzeug erkläre, dass er nicht nach Italien fliegen wolle, denn auch in diesem Fall hatte das Bundesamt die Überstellungsfrist verlängert, da es angenommen hatte, dass diese Weigerung, die Abschiebung hinzunehmen, als »Flüchtigkeit« einzustufen sei.

Die Vorinstanzen<sup>1</sup> hatten die Unzulässigkeitsentscheidungen des Bundesamtes allesamt aufgehoben, da sie der Ansicht waren, dass das Verhalten der Kläger\*innen keine »Flüchtigkeit« in dem Sinne der Dublin III-VO darstelle und die Überstellungsfrist nicht hätte verlängert werden dürfen. Folglich sei die Zuständigkeit für die Durchführung der Asylverfahren inzwischen auf die Bundesrepublik Deutschland übergegangen. Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts haben diese Auffassung im Ergebnis bestätigt.

## DIE BEDEUTUNG DER ÜBERSTELLUNGEN IN ZAHLEN

Die Entscheidung ist praktisch relevant, denn sie betrifft eine Vielzahl von Verfahren und berührt gleichzeitig verfassungsrechtliche Fragen nach dem Umfang von Mitwirkungspflichten in behördlichen Ver-

fahren bei entgegenstehendem Willen der Betroffenen. Vorab möchten wir einen kurzen Einblick in die europaweite Praxis der Asyl- und ihrer Vollzugbehörden im Dublin-Verfahren geben, die – stellt man die Zahlen einmal gegenüber – absurd wirken kann.

Ziel des Dublin-Verfahrens ist, dass jeder im sogenannten »Dublin-Gebiet« gestellte Antrag auf internationalen Schutz nur einmal geprüft wird. Rechtsgrundlage des Verfahrens zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats ist die Dublin III-Verordnung, welche seit 2013 in Kraft ist. Ziel der Verordnung ist es, die Sekundärmigration innerhalb Europas zu steuern und zu begrenzen. In der Praxis bedeutet dies, dass ein erneuter Asylantrag in Deutschland nicht inhaltlich bearbeitet und die Rückkehr in den Staat der ersten Asylantragstellung vorbereitet und durchgesetzt wird. Voraussetzung ist in der Regel, dass der andere Mitgliedstaat der Rückkehr zustimmt (Zustimmung zum Übernahmehersuchen). Auf diese Zustimmung folgen dann sechs Monate, in denen die Überstellung stattfinden muss. Andernfalls geht die Zuständigkeit für die Bearbeitung des Asylantrags auf den anderen Mitgliedstaat über. Die Frist kann nur in besonderen Fällen auf 18 Monate verlängert werden (z.B., weil eine Person als »flüchtig« gilt). Die Zahl der an Deutschland gestellten Übernahmehersuchen betrug 17.253 im Jahr 2020, von denen 4.369 Überstellungen durchgeführt wurden. Deutschland selbst stellte 30.135 – also fast doppelt so viele – Übernahmehersuchen an die anderen Mitgliedstaaten, von denen 2.953 Überstellungen durchgeführt wurden.<sup>2</sup> Das bedeutet, dass aus

unterschiedlichen Gründen nur ca. 10% der möglichen Überstellungen von Deutschland umgesetzt werden. Als im Asylrecht tätige Anwältin oder Beraterin können wir den Ratsuchenden in den wenigsten Fällen sagen, ob sie zu diesen 10% gehören werden. Vor dem Hintergrund dieser Zahlen ist die Frage berechtigt, welchen Sinn es hat, an dem Prinzip des Dublin-Verfahrens in seiner aktuellen Form festzuhalten, wenn das bedeutet, dass in 90% der Verfahren die inhaltliche Entscheidung über ein Schutzgesuch trotzdem in Deutschland getroffen, jedoch um viele Monate verzögert wird, und das Dublin-Verfahren für Betroffene häufig eine erhebliche Belastung darstellt, da man davon ausgehen kann, dass es in den meisten Fällen Gründe für die Weiterwanderung gibt (z.B. um mit nahen Verwandten zusammenleben zu können oder weil die humanitären Bedingungen in den zuerst betretenen Ländern eine Verletzung grundlegender Menschenrechte darstellen).

## BEGRIFFSBESTIMMUNG AUS SICHT DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS

Die hier besprochene Entscheidung ergeht vor dem Hintergrund weiterer Entscheidungen, die sich mit der Anwendung der Dublin III-VO und dem Begriff des »Flüchtigseins« beschäftigen. So hatte der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) bereits entschieden, dass eine schutzsuchende Person nur dann »flüchtig« im Sinne der Dublin III-VO sei, wenn sie sich den für die Durchführung der Abschiebung zuständigen nationalen Behörden gezielt entziehe, um die Überstellung zu vereiteln, und ihr Verhalten kausal für die gescheiterte Ab-

schiebung sei. Dabei seien alle relevanten Umstände zu berücksichtigen.<sup>3</sup>

Unter Bezugnahme auf das oben genannte Urteil des EuGH entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass in den Fällen des »offenen Kirchenasyls« die schutzsuchende Person nicht als »flüchtig« gilt, wenn der Behörde ihr Aufenthaltsort bekannt ist. In diesem Fall könne die Frist zur Überstellung in den zuständigen Mitgliedstaat nicht auf 18 Monate verlängert werden.<sup>4</sup>

Nun erging im August eine weitere Entscheidung zum Begriff des »Flüchtigseins«. Dabei wurde explizit auf die Ziele der Dublin III-VO als Bezugspunkt der Auslegung eingegangen:

*»Mit Blick auf die von der Dublin III-Verordnung verfolgten Ziele (schnelle Bestimmung des für die Prüfung eines Asylantrags zuständigen Mitgliedstaats und Gewährleistung eines effektiven Zugangs zum Verfahren zur Gewährung internationalen Schutzes) ist der Begriff als Voraussetzung für ein ausnahmsweises Abweichen von der grundsätzlich einzuhaltenden sechsmonatigen Überstellungsfrist eng auszulegen«.* (Urteil, S. 8)

Anschließend wiederholte das Bundesverwaltungsgericht die Notwendigkeit einer Absicht der betroffenen Person, sich der Abschiebung gezielt zu entziehen, um die Überstellung zu vereiteln, sodass eine kausale Verknüpfung dieses Verhaltens mit dem Scheitern der Abschiebung gegeben sein muss. Es ist also ein Aufeinandertreffen von subjektiven und objektiven Elementen und eine kausale Verknüpfung der unterschiedlichen Elemente erforderlich.

*»Allein eine Verletzung von Mitwirkungspflichten rechtfertigt jedenfalls bei ei-*

*ner zwangsweisen Überstellung im Dublin-Verfahren grundsätzlich nicht die Annahme eines Flüchtigseins im Sinne von Art. 29 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 Dublin III-VO, solange der zuständigen Behörde der Aufenthalt des Antragstellers bekannt ist und sie die objektive Möglichkeit einer Überstellung – gegebenenfalls unter Anwendung unmittelbaren Zwangs – hat«.* (Urteil, S. 9)

Nicht jedes Verhalten, auch wenn dies die Abschiebung faktisch erschwere, könne als kausal angesehen werden.

*»Entgegen der Auffassung der Beklagten genügt für ein kausales Sichentziehen nicht jedes sich irgendwie nachteilig auf die Durchführbarkeit einer angesetzten Überstellung auswirkende Verhalten des Betroffenen bzw. jedwede vorübergehende Verunmöglichung einer Überstellung. Insbesondere entzieht sich ein Ausländer jedenfalls bei einer zwangsweisen Überstellung regelmäßig nicht allein durch ein passives – wenn auch möglicherweise pflichtwidriges – Verhalten (objektiv) dem staatlichen Zugriff«.* (Urteil, S. 10)

Die fehlende Mitwirkung könne in diesem Fall, soweit der Aufenthaltsort der Person bekannt sei, durch eine zwangsweise Überstellung ersetzt werden. Insbesondere gebe es keine Verpflichtung zur aktiven Mitwirkung an der eigenen Überstellung.

*»Der Ausreisepflichtige kann selbst entscheiden, ob er an einer ihm angebotenen kontrollierten Überstellung mitwirkt oder nicht. Verweigert er seine Mitwirkung, bedarf es einer begleiteten Überstellung, die er passiv dulden muss. Allein der Umstand, dass sich wegen der fehlenden Mitwirkung bzw. Kooperation des Betroffenen der für eine zwangsweise Überstellung erforderli-*

*che Aufwand für die Vollzugsbehörde erhöht und sein Verhalten möglicherweise zu einer Verzögerung führt, weil die Vollzugsbehörde keine Vorsorge für eine begleitete Überstellung getroffen hat, stellt objektiv kein Sichentziehen dar«.*

Die Verlängerung der Überstellungsfrist sei auch wegen der erheblichen Folgen für die Betroffenen nur in Fällen tatsächlichen »Flüchtigseins« und als Ausnahme zulässig (vgl. Urteil, Rn. 23 unter Bezugnahme auf die Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet vom 25. Juli 2018 – Rs. C-163/17 – Rn. 59).

Schließlich begründe auch ein wegen Flugunwilligkeit abgebrochener Überstellungsversuch regelmäßig kein »Flüchtigsein«, weil der Staat weder rechtlich noch tatsächlich an der (zwangsweisen) Durchführung der Überstellung gehindert sei. Betroffene seien insbesondere nicht zum freiwilligen Betreten eines Beförderungsmittels und zum dortigen Verbleib verpflichtet (Urteil, Rn. 30).

*»Dies gilt jedenfalls, wenn der Betroffene sich – wie hier – lediglich verbal weigert. Mit einer derartigen Reaktion muss die Vollzugsbehörde bei einer staatlich überwachten Überstellung rechnen und entsprechende Vorsorge treffen«.* (Urteil, Rn. 31)

Das Verhalten der betroffenen Person muss also dazu führen, dass sie dem staatlichen Vollstreckungszugriff nicht (mehr) ausgesetzt ist. Daher kommt es grundsätzlich auch nicht darauf an, ob eine Person gegen Mitwirkungspflichten zur Förderung ihrer Überstellung verstößt, wenn es den zuständigen Behörden weiterhin möglich bleibt, sie zu überstellen. Diese Auslegung ergibt sich nicht nur aus der angeführten



Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, die ein gezieltes Entziehen zur Vereitelung der Überstellung fordert, sondern wird auch durch den Wortlaut des Art. 29 Abs. 2 Satz 2 Dublin III-VO gestützt. Sowohl die deutsche Fassung der Verordnung (»flüchtig«) als auch die französische (»prend la fuite«), die italienische (»sia fuggito«), die spanische (»en caso de fuga«) und erst recht die niederländische (»onderduikt«) Sprachfassung stellen auf eine Flucht oder ein Untertauchen der betroffenen Person ab, was ein aktives Sich-Entziehen aus dem Zugriffsbereich der zuständigen Behörden voraussetzt.

Deutlich wird dies auch im Vergleich zu einer Überstellung auf Initiative der schutzsuchenden Person nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. a Dublin-DVO, da es sich auch hierbei um eine staatlich überwachte Ausreise handelt, die hinsichtlich der Orts- und Terminabstimmung der behördlichen Organisation bedarf.

Bei der Definition des Begriffs »flüchtig« wird hingegen nicht auf die Überstellungsmodalitäten gemäß Art. 7 Dublin-DVO abgestellt oder nach diesen differenziert. Demzufolge ist kein Zusammenhang zwischen Überstellungsmodalitäten und hieraus resultierenden Mitwirkungspflichten auf der einen Seite und der Flüchtigkeit i.S.d. Art. 29 Abs. 2 Satz 2 Dublin III-VO auf der anderen Seite ersichtlich. Eine derartige Mitwirkungspflicht lässt sich auch nicht dem § 82 Abs. 4 Satz 1 AufenthG entnehmen, da die Norm keine Anordnungen erfasst, die – wie die Aufforderung zur Selbstgestaltung – unmittelbar die Durchsetzung der Ausreisepflicht betreffen. Dies verdeutlicht auch § 82 Abs. 4 Satz 2 Auf-

enthG, der die zwangsweise Durchsetzung einer Anordnung nach Satz 1 zulässt, wenn die betroffene Person ihr nicht nachkommt. Eine zwangsweise Durchsetzung der Aufforderung zur Selbstgestaltung ist jedoch sinnlos.

## FAZIT

Mit seiner Entscheidung stärkt das Bundesverwaltungsgericht die Rechte Betroffener, die sich auf ihren freien Willen berufen und sich weigern, aktiv an ihrer eigenen Abschiebung mitzuwirken. Gleichzeitig klärt es den unionsrechtlichen Begriff des »Flüchtigseins« für die Verwaltungspraxis weiter in unterschiedlichen Fallkonstellationen. Und das Urteil erinnert daran, dass die nationalen Asylbehörden gehalten sind, das Beschleunigungsgebot weiterhin als eine der wichtigen Verfahrensmaxime im Asylverfahren zu achten. Es bleibt abzuwarten, welche Folgen das Urteil für zukünftiges Behördenhandeln haben wird.

**Christine Lüth** und **Anya Lean** sind Rechtsanwältinnen in Berlin und Mitglieder im RAV.

- 1 VG Berlin, U. v. 27.2.2019 – VG 31 K 646.17 A; v. 1.3.2019 – 31 K 1004.18 A; OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 20.2.2019 – OVG 3 B 22.19; Urteil vom 24.8.2020 – OVG 3 B 35.19.
- 2 Bundesamt in Zahlen 2020, 40 (<https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/Bundesamt-in-Zahlen/bundesamt-in-zahlen-2020.pdf?blob=publicationFile&t=5>).
- 3 EuGH, U. v. 19.3.2019 – C-163/17 (Jawo gg. Deutschland), Asylmagazin 5/2019, 196 ff. – asyl.net: M27096.
- 4 BVerwG, U. v. 26.1.2021 – 1 C 42.20, Asylmagazin 7-8/2021, 290 ff. – asyl.net: M29531.

# RAV-Summer School 2022

## 25.8.–1.9.22, GRUNDZÜGE DER ANWALTlichen TÄTIGKEIT IM MIGRATIONSRECHT

Die *Summer School* soll Grundlagen im Migrationsrecht vermitteln, die den Einstieg in dieses Rechtsgebiet ermöglichen. Die hier zu erwerbenden Kenntnisse können sich dann später gewinnbringend bei der Teilnahme am »Fachlehrgang Migrationsrecht« auswirken, den der RAV auch für 2023 plant.

---

Tag 1 | 25.8. | 9–13 Uhr und 14–18 Uhr  
**Grundzüge des materiellen Asylrechts**  
3,5 Std. | Barbara Wessel  
**Krankheit als Abschiebungsschutz**  
3,5 Std. | Oda Jentsch

---

Tag 2 | 26.8. | 9–13 Uhr und 14–18 Uhr  
**Grundzüge des Dublinverfahrens**  
3,5 Std. | Berenice Böhlo  
**Nationales Asylverfahren, sichere Herkunftsländer, Folgeverfahren**  
3,5 Std. | Andrea Würdinger oder Heiko Habbe

---

Tag 3 | 27.8. | 9–13 Uhr und 14–18 Uhr  
**Grundzüge gerichtlicher Asylverfahren**  
3,5 Std. | Andrea Würdinger  
**Aufenthalt und Nachzug bei Schutzgewährung**  
3,5 Std. | Andrea Würdinger

**Termine:** 25.8.22–01.9.22 | jeweils 9–18 Uhr  
**Kursort:** Franz-Mehring-Platz 1 | 10243 Berlin

**Kursgebühren gesamt**  
650€ für Berufsanfänger\*innen mit einer Zulassung, die nicht älter als 2 Jahre ist und gleichzeitiger RAV-Mitgliedschaft  
850€ für Berufsanfänger\*innen mit einer Zulassung, die nicht älter als 2 Jahre ist, Nichtmitglied  
700€ für RAV-Mitglieder  
900€ für Nichtmitglieder (jew. incl. MwSt.)

Tag 4 | 29.8. | 9–13 Uhr und 14–18 Uhr  
**Regelerteilungsvoraussetzungen incl. Sicherung des Lebensunterhalts, Verfestigungsperspektiven**  
7 Std. | Sven Hasse

---

Tag 5 | 30.8. | 9–13 Uhr und 14–18 Uhr  
**Grundzüge Unionsbürgerrecht, Assoziationsrecht**  
3,5 Std. | Ünal Zeran  
**Grundzüge Familiennachzug**  
3,5 Std. | Imeke de Weldige

---

Tag 6 | 31.8. | 9–13 Uhr und 14–18 Uhr  
**Duldung, Abschiebungsabwehr**  
3,5 Std. | Andrea Würdinger  
**Humanitäre Aufenthaltstitel nach erfolglosem Asylverfahren**  
3,5 Std. | Markus Protting

---

Tag 7 | 1.9. | 9–13 Uhr und 14–18 Uhr  
**Verfahrensrechtliche Fragen**  
3,5 Std. | Björn Cziesky-Reis  
**Geld – Finanzen, Kosten und Einkommen**  
3,5 Std. | Markus Protting

Die Fortbildungstage können auch einzeln gebucht werden, jeweils 7 Zeitstunden nach FAO.

**Teilnahmebetrag je Einzeltag**  
120/170€ für Berufsanfänger\*innen bis 2 Jahre Zulassung mit/ohne RAV-Mitgliedschaft  
200/280€ RAV-Mitglieder/Nichtmitglieder (jew. incl. MwSt.)

Berufsanfänger\*innen und die Teilnahme an der gesamten Summerschool werden vorrangig berücksichtigt.

Mindestanzahl 20 Teilnehmer\*innen  
Maximal 35 Teilnehmer\*innen  
Insgesamt 49 Zeitstunden nach FAO bei sieben Kurstagen

Den Anmeldebogen finden Sie unter [rav.de/fortbildung/seminare](https://rav.de/fortbildung/seminare)

# Zum Filmen polizeilicher Maßnahmen

BESPRECHUNG ZUM BESCHLUSS DES LG OSNABRÜCK

VOM 24.9.2021 – 10 QS 49/21

JASPER PRIGGE

**D**ürfen Beamtinnen und Beamte der Polizei gefilmt werden, wenn sie dienstlich tätig sind? Diese Frage berührt das unbestreitbar bestehende Spannungsverhältnis zwischen notwendiger Kontrolle staatlichen Handelns einerseits und Persönlichkeitsrechten andererseits.<sup>1</sup> Besondere Brisanz hat sie durch die national wie international beachteten Vorfälle rassistischer Polizeigewalt erlangt. Ohne das Video, in dem zu sehen ist, wie George Floyd nach Luft ringt, hätte es die *Black Lives Matter*-Bewegung und die durch sie geschaffene öffentliche Aufmerksamkeit für den Zusammenhang der Ausübung von (Staats-)Gewalt und Rassismus nicht gegeben. Videoaufnahmen können ein wichtiges Beweismittel vor Gericht sein. Es ist also nicht verwunderlich, dass Betroffene polizeilicher Maßnahmen oder Umstehende zum Smartphone greifen.<sup>2</sup> Nicht selten stellt das Filmen aber den Anlass für gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen der Polizei dar, gefolgt von einer Strafanzeige wegen einer Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 Abs. 1 StGB). Die Gerichte haben in der jüngeren Vergangen-

heit verschiedentlich mit Blick auf eine »faktische Öffentlichkeit« eine Strafbarkeit verneint.<sup>3</sup> Ein aktueller Beschluss des LG Osnabrück<sup>4</sup> verdeutlicht einmal mehr, dass ein Anfangsverdacht nicht vorschnell angenommen werden darf.

## SACHVERHALT

Der Fall spielte in der Innenstadt von Osnabrück. Während Einsatzkräfte der Polizei eine, wie es im Beschluss heißt, »renitente Person« auf dem Boden fixierten, wurde der Vorfall durch den Beschwerdeführer gefilmt. Polizeibeamte wiesen ihn darauf hin, dass Tonaufnahmen strafbar seien und er das Filmen zu unterlassen habe. Kurz darauf stellten sie das Smartphone mit den Filmaufnahmen sicher. Die Staatsanwaltschaft beantragte beim Amtsgericht Osnabrück, die Beschlagnahme zu bestätigen, weil der Gegenstand als Beweismittel für das Verfahren von Bedeutung sei und eine Einziehung in Betracht komme. Der Betroffene legte Beschwerde gegen den bestätigenden Beschluss des Amtsgerichts ein.

## ENTSCHEIDUNG DES LANDGERICHTS OSNABRÜCK

Das Landgericht stellt fest, dass auch »dem persönlichen Lebensbereich des agierenden Beamten entrückte dienstliche Äußerungen« von § 201 StGB erfasst sind. Es folgert daraus, dass grundsätzlich auch die Aufzeichnung des gesprochenen Worts, etwa bei polizeilichen Kontrollen, strafbar sei. Im konkreten Fall führte dies allerdings nicht dazu, dass die von den Polizeibeamten angeordnete Beschlagnahme rechtmäßig war. Denn für diese fehle es, so das Landgericht, an einem Anfangsverdacht für eine strafbare Handlung.

§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt tatbestandlich die Aufnahme des »nichtöffentlich« gesprochenen Worts voraus. Diese tatbestandliche Voraussetzung sei erfüllt bei einer individuellen Begrenzung des Teilnehmerkreises, also Dritten der Zutritt zu der aufgenommenen Szene nicht beliebig offenstehe. Eine solche »faktische Öffentlichkeit« könne unbeschadet des ansonsten privaten Charakters eines Gesprächs bestehen, wenn unbeteiligte Personen mithören könnten.

Nach Auffassung des Landgerichts reicht bereits die Möglichkeit aus, dass »beliebige andere Personen von frei zugänglichen öffentlichen Flächen oder allgemein zugänglichen Gebäuden und Räumen [...] – mithin eine beliebige Öffentlichkeit – die Diensthandlungen hätten beobachten und akustisch wie optisch wahrnehmen können«. Dabei komme es auf die Anzahl von weiteren Personen nicht an. Auch sei nicht entscheidend, ob die Äußerung auch tatsächlich wahrgenommen wurde.

In Anwendung dieser Grundsätze geht das LG Osnabrück davon aus, dass im zu entscheidenden Fall eine »faktische Öffentlichkeit« vorlag. Dabei stellt es auf die freie Zugänglichkeit des Ortes ab. Einer erweiternden Auslegung des Merkmals »nichtöffentlich« erteilt das Gericht eine ausdrückliche Absage: »Eines Schutzes der Unbefangenheit bedarf ein Amtsträger, dessen Handeln rechtlich gebunden ist und als solches der rechtlichen Überprüfung unterliegt, indes nicht«. Zudem sei das Anfertigen von Bildaufnahmen im öffentlichen Raum grundsätzlich, von besondere Konstellationen nach § 201a Abs. 1 Nr. 1

und 3 StGB abgesehen, nicht strafbewehrt, und es sei auch »kein Grund ersichtlich«, warum die Strafbarkeit von Tonaufnahmen weiterreichen solle.

## BEWERTUNG DER ENTSCHEIDUNG

Bei der Auslegung des Tatbestandes des § 201 StGB ist dem öffentlichen Interesse an einer Kontrolle staatlichen Handelns Rechnung zu tragen.<sup>5</sup> Vor allem, wenn ein Fehlverhalten der Polizei im Raum steht, sind Videoaufnahmen zumeist das einzige zuverlässige Beweismittel. Zeugenaussagen sind aufgrund der bestehenden Interessenlage der Beteiligten kritisch zu bewerten. Hinzu kommt, dass der Sachverhaltsaufklärung durch die Gerichte und Staatsanwaltschaften bisweilen strukturelle Mängel attestiert werden müssen.<sup>6</sup> Die Entscheidung ist daher zu begrüßen, weil nach den Erwägungen des Gerichts die Dokumentation polizeilicher Maßnahmen durch Dritte im öffentlichen Raum generell straffrei ist.

Ob dienstliche Äußerungen von Polizeibeamten überhaupt vom Schutzzweck der Norm erfasst sind, wird in der Literatur mit guten Gründen bezweifelt.<sup>7</sup> Der Charakter von Äußerungen des Staates gegenüber Bürgerinnen und Bürgern soll hiernach stets als »öffentlich« anzusehen sein.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang ist auch der Verweis des LG Osnabrück von Bedeutung, dass § 201 StGB die freie Entfaltung der Persönlichkeit schützt. Dienstliche Äußerungen erfolgen aber gerade nicht in Ausübung grundrechtlicher Freiheit, sondern sind vielmehr durch die Gesetze gebunden. Eine unbefangene menschliche Kommuni-

kation liegt bei hoheitlichem Handeln gegenüber Bürgerinnen und Bürgern gerade nicht vor. Zum Teil wird auch vertreten, die Anfertigung von Aufnahmen sei wegen Notstands gem. § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>9</sup>

Die Gerichte – etwas inkonsequent ist insoweit auch das LG Osnabrück – sind dem bislang nicht gefolgt und gehen davon aus, dass auch Beamtinnen und Beamte sich im Rahmen ihrer Dienstausbübung auf ihr Recht am eigenen Bild berufen können.<sup>10</sup> Eine einheitliche Linie für die Beurteilung, wann eine Äußerung »nichtöffentlich« im Sinne des § 201 StGB ist, hat sich in der Rechtsprechung noch nicht herausgebildet.

Zu Recht vereinzelt geblieben ist die sehr weitgehende Auffassung des LG München,<sup>11</sup> das vertreten hat, einer Öffentlichkeit des Gesprächs stehe entgegen, wenn Beamtinnen und Beamte ihre Worte gezielt an eine Person richten, selbst wenn neben dieser eine weitere Person stehe. Sie überbetont den Verfügungswillen des Äußeren, zumal für Außenstehende mitunter nicht erkennbar sein wird, wann denn nun ein Gespräch ausschließlich an eine einzelne Person gerichtet sein soll. Auf den Adressaten einer Äußerung oder den Willen der betroffenen Person kann es nicht maßgeblich ankommen, wenn letztere damit rechnen musste, dass sie von Dritten wahrgenommen wird und daher eine Kontrollmöglichkeit über die eigene Reichweite der Äußerung nicht bestand.<sup>12</sup>

Aufnahmen durch Unbeteiligte an öffentlichen Plätzen wie z.B. in einem Bahnhof<sup>13</sup> können einen Anfangsverdacht insoweit regelmäßig nicht begründen. Bei ihnen handelt es sich um eine »faktische Öffentlichkeit«,<sup>14</sup> die Äußerungen der Beamtin-

nen und Beamten akustisch wahrnehmen kann. Auf die Anzahl der Personen kommt es dabei nicht an, insbesondere ist keine »größere Versammlung« erforderlich.<sup>15</sup> Auch ist nicht erheblich, ob Äußerungen tatsächlich wahrgenommen wurden.

Nach wie vor ungeklärt sind demgegenüber Situationen, in denen sich Beamtinnen und Beamte mit den Adressaten einer Maßnahme so weit absondern, dass sie, wenngleich sie sich im öffentlichen Raum befinden, nicht davon ausgehen müssen, dass sie belauscht werden. Eine Strafbarkeit wird jedenfalls dann nicht anzunehmen sein, wenn schon ein einzelner Dritter hinzutritt, weil in diesem Falle erneut eine »faktische Öffentlichkeit« geschaffen wird. Vor diesem Hintergrund ist allerdings schwer verständlich, warum nicht auch dem Betroffenen eine Aufnahme dienstlicher Kommunikation möglich sein soll. Da auch das Bedürfnis des Betroffenen an einer Dokumentation polizeilichen Handelns gegenüber seiner Person von einigem Gewicht ist,<sup>16</sup> spricht im Ergebnis insgesamt nicht von § 201 StGB erfasst sind, erst Recht wenn sie Außenwirkung haben. Wenn – mit Ausnahme der Beamtinnen und Beamten – für den Fall eines gerichtlichen Verfahrens keine Zeuginnen und Zeugen zur Verfügung stehen, sind Betroffene einer polizeilichen Maßnahme zumeist in Beweisnot. Hinzu kommt, dass letztlich alle Beteiligten von einer solchen Auslegung profitieren, weil sie Rechtsunsicherheiten erheblich reduziert. Ob letztlich auch die Rechtsprechung diese Konsequenz ziehen wird, bleibt allerdings abzuwarten.

Jasper Prigge ist Rechtsanwalt in Düsseldorf und RAV-Mitglied. Die Unterüberschrift wurde durch die Redaktion behutsam modifiziert.

<sup>1</sup> Vgl. Wyderka, ZD Aktuell 2019, 06823.

<sup>2</sup> Zur Problematik des Filmens von Polizeieinsätzen grundlegend Baumhöfener, K&R 2015, 760; Ullenboom, NJW 2019, 3108; Kirchhoff, NVwZ 2021, 1177; Reuschel, NJW 2021, 17.

<sup>3</sup> LG Kassel, B. v. 23.9.2019 – 2 Qs 111/19; LG Aachen, B. v. 19.8.2020 – 60 Qs 34/20.

<sup>4</sup> LG Osnabrück, B. v. 24.9.2021 – 10 Qs 49/21.

<sup>5</sup> Vgl. das Anfertigen von Bildaufnahmen von Polizeibeamten bei einer Versammlung zu Beweis Zwecken, BVerfG, GRUR 2016, 311.

<sup>6</sup> Im Bereich der Körperverletzung im Amt wird durch die Staatsanwaltschaften nur in ca. zwei Prozent der Fälle Anklage erhoben oder der Erlass eines Strafbefehls beantragt, Abdul-Rahman/Grau/Singelstein, Polizeiliche Gewaltanwendungen aus Sicht der Betroffenen, 2. Aufl. 2020, 75.

<sup>7</sup> Roggan, StV 2020, 328; Klefisch, jurisPR–StrafR 6/2021, Anm. 4.

<sup>8</sup> Roggan, StV 2020, 328; Wyderka, ZD Aktuell 2019, 06823; Klefisch, jurisPR–StrafR 6/2021, Anm. 4.

<sup>9</sup> Ullenboom, NJW 2019, 3108.

<sup>10</sup> LG München I, U. v. 11.2.2019 – 25 Ns 116 Js 165870/17; LG Kassel, B. v. 23.9.2019 – 2 Qs 111/19; LG Frankenthal, B. v. 17.12.2020 – 7 Qs 311/20. Das LG Aachen hat die Argumente der Literatur als »beachtlich« angesehen, ohne allerdings selbst eine Entscheidung zu treffen, LG Aachen, B. v. 19.8.2020 – 60 Qs 34/20.

<sup>11</sup> LG München I, U. v. 11.2.2019 – 25 Ns 116 Js 165870/17.

<sup>12</sup> LG Kassel, B. v. 23.9.2019 – 2 Qs 111/19; LG Aachen, B. v. 19.8.2020 – 60 Qs 34/20.

<sup>13</sup> Vgl. LG Kassel, B. v. 23.9.2019 – 2 Qs 111/19.

<sup>14</sup> LG Kassel, B. v. 23.9.2019 – 2 Qs 111/19; LG Aachen, B. v. 19.8.2020 – 60 Qs 34/20; LG Osnabrück, B. v. 24.9.2021 – 10 Qs 49/21.

<sup>15</sup> So aber LG Frankenthal, B. v. 17.12.2020 – 7 Qs 311/20.

<sup>16</sup> Wyderka, ZD Aktuell 2019, 06823.

# Verbot kurdischer Kunst und Kultur

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT MUSS ZU DISKRIMINIERUNG ENTSCHEIDEN

PEER STOLLE UND LUKAS THEUNE

Von der Öffentlichkeit viel zu wenig beachtet fanden am 8. März 2018 Durchsuchungen des Mezopotamien-Verlages und des MIR-Musikvertriebes in Neuss/NRW statt. Beide Kulturbetriebe sind spezialisiert auf kurdische Kunst und Kultur, bringen aber auch internationale Literatur in kurdischer Sprache heraus. Hintergrund war ein vom Bundesinnenministerium angestregtes vereinsrechtliches Verfahren, mit dem geprüft werden sollte, ob der Verlag und der Vertrieb dem PKK-Betätigungsverbot unterliegen. Folge davon war der Abtransport von mehreren LKW-Ladungen an Büchern, Zeitschriften und Audioträgern.

Ein Jahr später, am 8. Februar 2019 erging ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot gegen die beiden Gesellschaften.<sup>1</sup> Begründet wurde das Verbot mit der Argumentation, dass es sich bei dem Mezopotamien-Verlag und der MIR Multimedia um nichtgebietliche Teilorganisationen der PKK

handele, sodass diese deshalb auch dem 1993 ausgesprochenen vereinsrechtlichen Betätigungsverbot unterlägen. Die beiden Gesellschaften würden von der Europaführung gesteuert, wären von dieser finanziell abhängig und daher rechenschaftspflichtig. Ihre Mitarbeiter\*innen seien PKK-Kader, wodurch die Organisation sicherstelle, dass ihre Weisungen auch durchgeführt würden. Sie würden PKK-Propaganda vertreiben, mit der PKK zugerechneten Vereinigungen geschäftliche Kontakte betreiben und PKK-Veranstaltungen sponsern.

Gegen diese Verbotsverfügung wurde Klage beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht. Die Begründung der Klage und die Führung des Verfahrens standen vor einigen Problemen. Die Verbotsbehörde hatte sämtliche Unterlagen, Datenträger und Erzeugnisse der Gesellschaften sichergestellt und die Homepage abgeschaltet. Den Klägerinnen standen somit keinerlei Unterlagen und Material mehr zur Verfügung, um

gegen die aufgestellten Behauptungen in der Verbotsverfügung substantiiert vorgehen zu können. Nach mehrmaligen Anträgen wurde zwar seitens der Verbotsbehörde den Vertretern der Klägerinnen die Möglichkeit eingeräumt, einen Teil der Asservate einzusehen. Allerdings bedeutete dies, dass die Vertreter der Klägerinnen innerhalb eines Tages beim Bundesverwaltungsamt unter Aufsicht von Mitarbeiter\*innen des Bundesamtes für Verfassungsschutz 42 Umzugskisten mit Leitz-Ordern sichten mussten, was aufgrund des zeitlichen Aufwandes nur ansatzweise möglich war.

## BUNDESVERWALTUNGSGERICHT ZIEHT KEINE SCHLÜSSE

Hinzu kam, dass die Verbotsbehörde keinen paginierten Verwaltungsvorgang zum Verfahren reichte, sondern nur eine Sammlung der Beweismittel, die sie für die Einleitung des Verfahrens und die Verbotsbegründung

als erforderlich ansah. Die den Grundsatz des § 29 VwVfG sowie des Anspruches auf Gewährung rechtlichen Gehörs und der Waffengleichheit verletzende Praxis wurde auch in der unter dem 26. Januar 2022 durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht seitens der Klägerinnen beanstandet. Dort stellte sich heraus, dass diese rechts- und verfassungswidrige Praxis mittlerweile Standard beim Bundesinnenministerium zu sein scheint; ein Problembewusstsein ließen die Behördenvertreter\*innen in der mündlichen Verhandlung nicht erkennen. Von dem Senat wurde diese Praxis sowohl in der mündlichen Verhandlung als auch in den schriftlichen Urteilsgründen in erstaunlicher Deutlichkeit kritisiert. Folgen für das Verfahren wurden daraus aber nicht abgeleitet. Die Klagen wurden abgewiesen.

Gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts haben die Klägerinnen nunmehr Verfassungsbeschwerden erhoben

und eine Verletzung von Art. 9 GG gerügt. Bei der Entscheidung, ob Vereinigungen, die sich – wie hier – selbst auf die Kunst- und Pressefreiheit berufen können, als Teilorganisationen verboten werden dürfen, muss, so die Argumentation in den Verfassungsbeschwerden, die Prüfung, ob eine nichtgebietliche Teilorganisation vorliegt, besonders strengen Beweisanforderungen genügen. Nur so kann vermieden werden, dass über diese Verbotsersreckung der Schutz von Art. 5 Abs. 1 und 3 GG ausgehebelt werden kann. Ein Vereinigungsverbot darf, wie das Bundesverfassungsgericht formuliert, nicht bewirken, dass auf diesem Wege untersagt wird, was die Freiheitsrechte sonst erlauben<sup>2</sup>. Und das Verlegen und Vertreiben von Büchern von Abdullah Öcalan bzw. zur PKK – erst recht von sonstiger internationaler Literatur oder sogar Musik – ist für sich nicht verboten, auch nicht strafbar. Zudem macht das Verbot der beiden Verlage auch vielen kurdischen Künstler\*innen eine künstlerische Betätigung de facto unmöglich, denn die verbotenen Verlagsgesellschaften waren in Deutschland die einzigen etablierten kurdischen Verlagshäuser. Das Bundesverwaltungsgericht stellt zwar in dem Urteil vom 26.01.2022 fest, dass der Vertrieb kurdischer Kultur und Kunst nichts PKK-spezifisches ist. Die notwendigen Schlüsse zieht das Gericht aber nicht.

## EINSCHÜCHTERUNG VON MINDERHEITEN

Erschwerend hinzu kommt aus gesellschaftspolitischer Sicht auch die Auswirkung der repressiven Strategie des Bun-

desinnenministeriums auf Dritte, nämlich auf Angehörige der kurdischen (wie auch auf andere) Minderheit in Deutschland. Das Verbot führt zu einer Einschüchterung der kurdischen Minderheit in Deutschland, die gerade deswegen derart gravierend ins Gewicht fällt, weil die kurdische Minderheit auch in ihren Herkunftsstaaten Türkei, Syrien, Iran und Irak immer wieder der ethnischen Verfolgung ausgesetzt war und ist, insbesondere ihre Sprache und Kultur, ihre Bücher und Lieder verboten und verfolgt wurden. Gerade aus diesem Grund, so argumentieren die Verfassungsbeschwerdeführer, ist das Innenministerium auch gehalten, die Pressefreiheit und die Kunstfreiheit der Verlage stärker in den Blick zu nehmen und so höhere Anforderungen an das Vorliegen einer Teilorganisation anzulegen als geschehen. Das Werben in kurdischen – nicht verbotenen – Fernsehsendern und das Sponsoring von Veranstaltungen, die ebenfalls den geltenden Gesetzen gemäß angemeldet und durchgeführt werden, vermögen das Verbot eines kurdischen Literatur- und eines kurdischen Musikverlages daher nicht zu rechtfertigen.

## VERBOTSVERFAHREN AUS DEM NICHTS

Außerdem muss auch im Fall der Annahme einer nichtgebietlichen Teilorganisation der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Anwendung finden. In dem Fall der beiden betroffenen Gesellschaften wurde in den Jahrzehnten ihres Bestehens kein einziges der herausgebrachten Werke beanstandet. Auch erfolgte nie eine Verurteilung einer der Mitarbeiter\*innen wegen Verstoßes ge-

gen das Vereinsgesetz oder sonstiger Delikte. Gerade vor diesem Hintergrund hätten zunächst auch mildere Mittel, wie bspw. die Unterbindung von angeblichen Geldflüssen von der PKK an die Gesellschaften, angewendet werden müssen.

Bezeichnend ist, dass die Tätigkeit der beiden Verlage im Wesentlichen seit ihrer Gründung beanstandungsfrei blieb. Das Verbotsverfahren kam quasi aus dem Nichts, kein einziges milderes Mittel wurde erfolglos ausprobiert. Damit lassen Innenministerium und Bundesverwaltungsgericht nicht wenige aus der kurdischen *community* wieder mit dem Gefühl zurück, dass Verbote kurdischer Vereine als Symbol gewährt werden, um sich bei dem türkischen Regime, dem NATO- und Flüchtlingspakt-Partner, lieb Kind zu machen. Es bleibt nunmehr erneut dem Bundesverfassungsgericht überlassen, dem einen Riegel vorzuschieben und Kunst und Kultur von Minderheiten gerade eingedenk der deutschen Historie zu stärken und das Verbot von Büchern und Musik wieder aufzuheben.

**Dr. Peer Stolle** und **Dr. Lukas Theune** sind Rechtsanwälte in Berlin und Vorsitzender bzw. Geschäftsführer des RAV. Unterüberschrift und Zwischenüberschriften wurden von der Redaktion hinzugefügt.

- 1 Transparenzhinweis: Beide Autoren vertreten die Klägerinnen vor Gericht.
- 2 BVerfGE 149, 60, Rn. 113.



# NSU 2.0-Verfahren

DER SCHUTZ DER HESSISCHEN POLIZEI DURCH DIE EINZELTÄTERTHESE

ANTONIA VON DER BEHRENS, KRISTIN PIETRZYK UND ANNA LUCZAK

Seit dem 16. Februar 2022 läuft vor dem Landgericht Frankfurt am Main das sogenannte NSU 2.0-Verfahren.<sup>1</sup> Alleiniger Angeklagter ist der am 3. Mai 2021 verhaftete Alexander M., ein 54-jähriger, vorbestrafter Mann aus Berlin. Ihm wird vorgeworfen, 82 Schreiben mit rassistischen und sexistischen Bedrohungen, Nötigungen und Beleidigungen versandt zu haben. Gegen ihn wurde als Einzeltäter ermittelt, und er wurde als Einzeltäter angeklagt.

**A**us dem, was der Nebenklage bisher bekannt ist, lässt sich jedoch schließen, dass zumindest das erste Drohschreiben der NSU 2.0-Serie entgegen der Anklage nicht von Alexander M., sondern von einem Polizeibeamten des 1. Frankfurter Polizeireviers versandt wurde. Seit der Festnahme des Alexander M. wird von den Strafverfolgungsbehörden alles dafür getan, diesen Umstand aus der Öffentlichkeit und dem Verfahren herauszuhalten und die vorgebliche Alleintäterschaft von Alexander M. auch durch das Gericht festschreiben zu lassen.

## DROHSERIE NSU 2.0

Von August 2018 bis März 2021 erhielten überwiegend Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens, die sich gegen Rassismus und Antisemitismus ausgesprochen hatten, mit

NSU 2.0 unterzeichnete Drohschreiben. Zu den Betroffenen gehörten unter anderem die Frankfurter Rechtsanwältin Seda Başay-Yıldız, die Bundestagesabgeordnete Martina Renner, die Autor\*in Hengameh Yaghoobifarah und die Kabarettistin Idil Baydar. Die Schreiben waren in einer Mischung aus Behördendeutsch und nationalsozialistischer Sprache verfasst und durchsetzt mit rassistischen und sexistischen Beleidigungen und Bedrohungen. Die Drohwirkung war besonders hoch, weil mehrere dieser Schreiben persönliche zum Teil nicht öffentlich verfügbare Daten der Bedrohten wie Adressen, Geburtsdaten oder Namen von Familienangehörigen enthielten. Auch war bekannt geworden, dass einige diese Daten kurz vor dem jeweiligen Versand von Polizeicomputern abgerufen worden waren. Dieser Umstand Betroffenen das Gefühl vermittelte, sich wegen der Bedro-

hungen nicht vorbehaltlos an die Polizei wenden zu können und verstärkte noch die Drohwirkung.

## VERDACHT GEGEN POLIZEIBEAMT\*INNEN

Das erste, mit NSU 2.0 unterzeichnete Drohfax erhielt Seda Başay-Yıldız am 2. August 2018. In diesem wurde ihre Tochter mit dem Tode bedroht und die nicht öffentlich bekannte Meldeadresse der Familie und der Name der Tochter genannt. Eineinhalb Stunden vor dem Versenden des Drohfaxes waren genau diese die Adresse und weitere persönliche Daten von Seda Başay-Yıldız und ihren Familienangehörigen auf dem 1. Frankfurter Polizeirevier unter der Kennung einer Polizeibeamtin abgerufen worden.

Aufgrund des offenkundigen zeitlichen Zusammenhangs wurde gegen die Polizeibeamtin Miriam D. ein Ermittlungsverfahren u.a. wegen Bedrohung eingeleitet, und bei der einige Wochen später stattfindenden Durchsuchung wurde unter anderem ihr Mobiltelefon sichergestellt. Die Beamtin behauptete, sich nicht an die Abfrage erinnern zu können, gab aber an, es sei üb-

lich, dass andere Beamt\*innen unter ihrer Kennung Abfragen tätigten. Auch alle übrigen zur fraglichen Zeit auf dem Revier eingesetzten Beamt\*innen gaben an, den Datenabruf nicht getätigt zu haben.

Über vier Monate hinweg gab es keine weiteren Drohungen, bis Mitte Dezember 2018 in den Medien über das Drohfax an Seda Başay-Yıldız und dessen Inhalt und die Unterschrift NSU 2.0 berichtet wurde. Erst zu diesem Zeitpunkt begann die eigentliche Drohserie, nämlich die Droh-E-Mails und Faxschreiben, die von der E-Mailadresse [tuerkensau@yandex.com](mailto:tuerkensau@yandex.com) abgesandt wurden. Die erste von dieser E-Mailadresse abgesandte Drohung erhielt Rechtsanwalt Dr. Mehmet Daimagüler und die nächste erneut Seda Başay-Yıldız und auch alle folgenden der 82 angeklagten Drohschreiben wurden von der fraglichen E-Mailadresse versandt, waren mit NSU 2.0 unterschrieben und ähnelten sich sprachlich.

## EINZELTÄTERTHESE 1.0

Auf dem bei der Durchsuchung sichergestellten Mobiltelefon der Polizeibeamtin Miriam D. wurde ein WhatsApp-Chat mit



unvorstellbar menschenverachtenden, anti-semitischen und rassistischen Memes und Kommentaren gefunden, die zu weiteren Ermittlungsverfahren führten. Unter anderem gegen den ebenfalls auf dem 1. Polizeirevier tätigen Polizeibeamten Johannes S., der sich in dem Chat besonders hervorgetan hatte. Die Ermittlungen wegen dieses Chats förderten außerdem eine Vielzahl von Indizien dafür zu Tage, dass er es war, der die Daten von Seda Başay-Yıldız abgerufen und das erste Drohfax versandt hatte.

Als einziger Beamter verfügte Johannes S. über die zeitlichen und technischen Möglichkeiten für den Datenabruf und das Versenden des Drohfaxes. Außerdem wurden falsche Einträge zu seinen Einsatzzeiten an dem fraglichen Tag festgestellt, die ihm ein falsches Alibi hätten geben können, und sein i-Pad, auf dem sich ein Torbrowser befand – wie er zum Versenden des Drohfaxes verwandt worden war –, hatte er nur wenige Tage nach dem 2. August 2018 verkauft.

Aufgrund dieser Verdachtslage kam es zu umfangreichen verdeckten Maßnahmen, wie Telefonkommunikationsüberwachung und Observationen gegen Johannes S.. Als sich aus diesen jedoch ein faktisches Alibi für das Versenden eines späteren Drohschreibens ergab, wurden die Ermittlungen gegen Johannes S. faktisch nicht weiter betrieben. Dahinter stand offenkundig die Ermittlungshypothese vom Einzeltäter: Wer das erste Drohschreiben versandt hatte, sollte auch alle anderen mit NSU 2.0 unterschriebenen verantwortlich sein, und wer ein Alibi für ein späteres Drohschreiben hatte, sollte auch nicht für die anderen, also auch nicht für das Drohschreiben von 2. August 2018, verantwortlich sein.

Das Verfahren gegen Johannes S. ist bis heute nicht förmlich eingestellt, jedoch ist auch nie der These nachgegangen worden, dass es sich um mindestens zwei miteinander vernetzte Drohschreiber handelt: Johannes S., der für den Datenabruf und das erste Drohfax verantwortlich ist, und Alexander M., der die Verantwortung für das zweite trägt und dass die beide die abgerufenen persönlichen Daten von Başay-Yıldız direkt oder indirekt über das *Darknet* ausgetauscht haben. Dieser Ablauf ist der Einzige, der mit den vorhandenen Daten und Indizien in Einklang zu bringen ist, hingegen wurde aber Alexander M. auch wegen des 1. Drohschreibens angeklagt.

#### VERDACHT GEGEN ALEXANDER M.

Nachdem die Ermittlungen sich Mitte des Jahres 2019 von dem Polizeibeamten Johannes S. entfernt hatten, stocherten die Ermittler lange im Nebel, bis nach über zwei Jahren eine Linguistin des BKA die zu Alexander M. führende Spur fand. Sie war bei einer Google-Suche von textlichen Versatzstücken aus den Drohschreiben auf einen Kommentator der rechten Seite PI-News gestoßen, der ganz ähnliche juristische Phrasen wie der Drohbriefschreiber nutzte. Von dort wurde – ebenfalls durch eine Google-Suche – ein identisches und auffälliges Profil auf einer Schachspielseite gefunden und schließlich Alexander M. identifiziert. Die Durchsuchung bei Alexander M. brachte eine Fülle von elektronischen Hinweisen, dass er seit Dezember 2018 der Verfasser und Versender der mit NSU 2.0 unterschriebenen Drohschreiben ist und es so mit seiner Festnahme endete.

#### PRESSEKONFERENZ

Dieser Ermittlungserfolg löste große Erleichterung in den hessischen Strafverfolgungsbehörden aus, hatten sie doch aufgrund der Datenabrufe in Frankfurt und Wiesbaden und des Skandals wegen der in der Folge gefundenen Vielzahl von Chatgruppen von Polizeibeamt\*innen mit rechtsextremen Inhalten unter großem Druck gestanden. Entsprechend traten am 4. und 5. Mai 2021 die Politik – in Person von Innenminister Beuth<sup>2</sup> – und die Ermittler in förmlichen Pressekonferenzen vor die Presse. Die Message der öffentlichen Äußerungen war eindeutig und wurde von den Medien auch so verstanden: Die hessische Polizei sei durch die Festnahme von Alexander M. entlastet.<sup>3</sup> Oberstaatsanwalt und Abteilungsleiter Loer von der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main ging sogar so weit, zu sagen, seit der Festnahme von Alexander M. stehe fest, dass der in Verdacht geratene Polizeibeamte – also Johannes S. – nicht verantwortlich für das Verfassen und Versenden der Drohschreiben sei.<sup>4</sup> Diese Aussagen muss er in dem Wissen um die dichte Verdachtslage gegen Johannes S. gemacht haben.

#### EINZELTÄTERTHESE 2.0

An dieser bereits am 5. Mai 2021 – zwei Tage nach der Festnahme und vor einer gründlichen Auswertung des Computers des Alexander M. – vorgegebenen Ermittlungsrichtung, hält die Staatsanwaltschaft bis heute fest. Die im November 2021 erhobene Anklage umfasste dieser »Vorgabe« entsprechend auch das erste Drohschreiben

vom 2. August 2018, ohne dass es für die Täterschaft von Alexander M. in Bezug auf dieses Drohschreiben substantielle Indizien gibt.<sup>5</sup>

Die Version der Staatsanwaltschaft lautete hingegen, Alexander M. habe am 2. August 2018, sich als Polizist oder Staatsanwalt ausgebend, auf dem 1. Polizeirevier angerufen und die Daten von Seda Başay-Yıldız abgefragt. Diese These ist jedoch nach der bisherigen Beweisaufnahme widerlegt; der Datenabruf war viel zu komplex – er erfolgte in drei Datenbanken über fünf Minuten hinweg –, als dass er einem Unbekannten ungesehen am Telefon erteilt worden wäre, auch wenn man unterstellt, Datenschutz wurde auf dem 1. Revier nicht betrieben.

Wofür die Anklage bis heute keine Erklärung hat, ist die Verwendung einer weiteren, neuen Wohnadresse von Seda Başay-Yıldız in Drohschreiben ab Anfang 2020. Diese Adresse war mit einer Auskunftssperre belegt. Wie der Verfasser der fraglichen Drohschreiben, also mutmaßlich Alexander M., diese in Erfahrung gebracht hat, konnte bisher nicht geklärt werden. Allerdings könnte sie aufgrund von Akteneinsicht den beschuldigten Polizeibeamt\*innen bekannt geworden sein.

#### INFORMATIONSRÜCKHALT GEGENÜBER DEN BETROFFENEN

Der öffentlich vertretenen These von der Alleintäterschaft des Alexander M. und der Entlastung hessischer Polizeibeamt\*innen konnten die Betroffenen lange nichts entgegenzusetzen.

Zwar äußerten sich unter anderem Seda Başay-Yıldız und Martina Renner unmittel-

bar nach der Festnahme von Alexander M. und stellten fest, dass bei aller Erleichterung über die Festnahme diese nicht den Verdacht ausräume, Polizeibeamt\*innen könnten beteiligt sein,<sup>6</sup> jedoch fanden sie mit dieser Mahnung in der Öffentlichkeit kaum Gehör, zu effektiv war die Erzählung der Strafverfolgungsbehörden, die hessische Polizei sei entlastet.

Nur Akteneinsicht hätte es den Betroffenen ermöglicht, der Öffentlichkeit offensive der Strafverfolgungsbehörden etwas entgegen zu setzen und die These vom Einzeltäter in Frage zu stellen.

Stattdessen wurden den Betroffenen Başay-Yıldız und Renner noch mehrere Monate nach der Verhaftung von Alexander M. Akteneinsicht mit der Begründung verweigert, diese gefährde den Ermittlungszweck. Eine groteske Annahme, hatte doch der Verteidiger des Angeklagten bereits unmittelbar nach der Verhaftung Akteneinsicht erhalten. Die einzige Gefahr, die von den Betroffenen ausging, war, dass diese bei Aktenkenntnis öffentlich der Einzeltäterthese widersprechen würden. Wohl deshalb wurde erst sechs Monate nach der Festnahme schließlich eine erste Teilakten-einsicht gewährt.

Auch darüber hinaus tat – und tut – die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main alles, damit die Ermittlungen insbesondere in Bezug auf den Datenabruf auf dem 1. Polizeirevier und das erste Drohschreiben möglichst schwer durchschaubar bleiben. Es wurde eine sachlich nicht zu begründende verwirrende Zahl von Verfahren eingeleitet, diese Verfahren wurden vielfach verbunden oder abgetrennt und Asservate, nach dem Versuch der Nebenklage, diese

einzusehen, plötzlich anderen Verfahren zugeordnet.

## MÄNGEL DER ERMITTLUNGEN

Die Ermittlungen wiesen von Anfang an eine Vielzahl von Mängeln auf. Der grundlegende Fehler war, dass die Ermittlungen nicht, sobald der Datenabruf auf dem 1. Polizeirevier kurz vor dem Versenden des ersten Drohfaxes bekannt geworden war, vom Polizeipräsidium an das hessische LKA abgegeben worden waren. Die Folge war, dass vier Monate lang das Polizeipräsidium Frankfurt gegen sich selber ermittelte. Erst nach dem Versenden des 2. Drohschreibens im Dezember 2018 übernahm das LKA die Ermittlungen und führte diese professioneller. Allerdings konnten die anfänglich gemachten Ermittlungsfehler – wie zum Beispiel die frühe und konzeptlose Durchsuchung bei Miriam D., die unvorbereiteten Polizeizeug\*innenvernehmungen und die unvorbereitete Beschuldigtenvernehmung der Miriam D., die Möglichkeit der Absprache der Zeug\*innen untereinander oder die unvollständige Dokumentation von Ermittlungshandlungen – nicht mehr korrigiert werden.

Jedoch machte auch das LKA Ermittlungsfehler. Zwar wurde sehr intensiv und ohne Schonung gegen den Johannes S. ermittelt,<sup>7</sup> aber die fehlerhafte Fixierung auf die Einzeltäterhypothese, hat – wie dargestellt – auch diese Ermittlungen ins Leere laufen lassen.

Im Verfahren als Zeug\*innen gehörte Ermittlungsbeamt\*innen haben zwar immer wieder betont, dass man ganz allgemein auch im *Darknet* nach möglichen Verbin-

dungen zu anderen Personen gesucht und mit dem BKA zusammengearbeitet habe, was konkret gemacht worden sei, konnten sie jedoch nicht angeben<sup>8</sup> und in der Akte finden sich keinerlei Vermerke oder Berichte zu derartigen Ermittlungen.

Ebenso haben die Ermittlungsbehörden sich nicht näher bzw. nicht aktenkundig mit der Ideologie und dem besonderen Tätertypus befasst. Offenkundig sind die Drohschreiben rassistisch und sexistisch, jedoch wäre es wichtig, die dahinterstehende spezifische Ideologie und Wirkungsweise aufzuzeigen, dass der Täter also nicht eine neue Form des Agierens im digitalen Raum erfunden hat, sondern zu einer online vernetzten Bewegung gehört, die mit dieser Art der Bedrohungen und Beleidigungen maximale Einschüchterung erreichen und Menschen zum Schweigen bringen will, die sich öffentlich antifaschistisch äußern.

## GERICHTLICHES VERFAHREN

Es ist nunmehr an der zuständigen Kammer des Landgerichts Frankfurt am Main aufgrund der mangelhaften Ermittlungen, der schlecht strukturierten Akte und der überschießenden Anklage das Verfahren zu führen. Zugleich muss die Kammer Ermittlungsaufgaben übernehmen und erstmals Hinweisen – insbesondere von Betroffenen<sup>9</sup> – nachgehen, die für die Täterschaft des Alexander M. sprechen, aber nie ermittelt worden sind. Ebenso macht die Kammer die Indizien, die gegen eine Täterschaft des Alexander M. für das erste Drohschreiben vom 2. August 2018 und für eine Täterschaft des Johannes S., sprechen, zum Gegenstand der Hauptverhandlung. Obwohl die Frage des

Datenabrufs auf dem 1. Polizeirevier aus der Anklage herausgehalten wurde, hält die Kammer es für verfahrensrelevant und schon einige Polizeibeamt\*innen wurden als Zeug\*innen gehört, die am 2. August 2018 auf dem 1. Polizeirevier Wachdienst hatten. Ebenso wurde bereits der Ermittler, der gegen Johannes S. ermittelt hat, als Zeuge gehört, und weitere Einvernahmen unter anderem von Miriam D. und Johannes S. stehen noch an. Das Gericht scheint die erste Instanz zu sein, die Interesse an der tatsächlichen Klärung des angeklagten Sachverhaltes hat und nicht daran, die Erzählung von Alleintäterschaft des Alexander M. und der Entlastung der hessischen Polizei um jeden Preis aufrecht zu erhalten.

**Antonia von der Behrens, Kristin Pietrzyk und Dr. Anna Luczak** sind Rechtsanwältinnen in Berlin bzw. Jena und RAV-Mitglieder.

- 1 Verfahren vor der Großen Strafkammer des LG Frankfurt am Main – 5/17 KlS – 6190 Js 216386/21 (24/21); Zusammenfassungen zu den Prozesstagen finden sich hier: <https://www.linksfraktion-hessen.de/rechtsterror/nsu-20/> und als Thread auf Twitter von NSU Watch an den Verhandlungstagen.
- 2 Pressekonferenz des hessischen Innenminister Beuth am 04.05.2021, <https://www.youtube.com/watch?v=7w9ag4KBZsM>.
- 3 Vgl. das Video der Statements der Ermittler auf der Pressekonferenz, <https://www.youtube.com/watch?v=p2G02lyp7vU>; Elena Zompi: »NSU 2.0-Skandal. Das Aufatmen des Peter Beuth, Journal Frankfurt online v. 5. Mai 2021, [https://www.journal-frankfurt.de/journal\\_news/Gesellschaft-2/NSU-20-Skandal-Das-Aufatmen-des-Peter-Beuth-37345.html](https://www.journal-frankfurt.de/journal_news/Gesellschaft-2/NSU-20-Skandal-Das-Aufatmen-des-Peter-Beuth-37345.html); Katharina Iskandar, und Julian Staib: Die Polizei als Opfer eines Trickbetrugs?, FAZ v. 6. Mai 2021, S. 4.
- 4 Statement von OStA Loer auf der Pressekonferenz vom 5. Mai 2021, Video ab Minute 14.25, EN 3.
- 5 Auch Innenminister Beuth bestärkte die Lesart des Einzeltäters Alexander M. nach der Erhebung der Anklage und sprach erneut – zumindest in der Zusammenfassung der Medien – von der Entlastung der hessischen Polizei. O.V.: Beuth: Polizisten waren bei »NSU 2.0« keine Mittäter, Zeit online vom 28. November 2021, [https://www.zeit.de/news/2021-10/28/beuth-polizisten-waren-bei-nsu-20-keine-mittaeter?utm\\_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.zeit.de/news/2021-10/28/beuth-polizisten-waren-bei-nsu-20-keine-mittaeter?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F).
- 6 Seda Başay-Yıldız, Idil Baydar, Anne Helm, Martina Renner, Janine Wissler und Hengameh Yaghoobifarah: NSU-2.0-Morddrohungen: Wir stehen erst am Anfang der Aufklärung, Presserklärung vom 5. Mai 2021, Quelle: <https://www.linksfraktion-hessen.de/aktuelles/detail/news/nsu-2-0-morddrohungen-wir-stehen-erst-am-anfang-der-aufklaerung0/>.
- 7 Vgl. die eindrückliche Darstellung der Ermittlungen und der Verdachtslage gegen Johannes S. durch KHK Holger T. am 12. Mai 2022; <https://www.linksfraktion-hessen.de/rechtsterror/nsu-20/detail-bericht/16-prozesstag-zeugenvernehmung-von-holger-t/>.
- 8 Vgl. z.B. die Vernehmung des stellvertretenden Ermittlungsführers KHK Bäcker am 28. März 2022, Zusammenfassung unter: <https://www.linksfraktion-hessen.de/rechtsterror/nsu-20/detail-bericht/news/9-prozesstag-aussagen-von-jan-boehmermann-maybrit-illner-kriminalhauptkommissar-becker/>.
- 9 Dies gilt z.B. für die Einvernahme der Zeug\*innen Anja Reschke und Hengameh Yaghoobifarah am 16. März 2022, vgl. <https://www.linksfraktion-hessen.de/rechtsterror/nsu-20/detail-bericht/news/6-prozesstag-aussagen-von-lukas-m-anja-reschke-hengameh-yaghoobifarah/> oder der von Jan Böhmermann am 28. März 2022, vgl. EN 8.

# Armutbestrafung in Deutschland

EINE VERANSTALTUNG IM APRIL SUCHT NACH LÖSUNGEN

LUKAS THEUNE

Als der SZ-Journalist Dr. Ronen Steinke mit Unterstützung vieler RAV-Kolleg\*innen zum Jahresbeginn seinen neuen Bestseller »Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich« veröffentlichte, war der *AG Strafverteidigung* im RAV sofort klar, dass das Thema als genuines Thema des RAV von uns aufgegriffen werden sollte. Allein, eine bloße Lesung erschien uns zu wenig, denn die Lektüre des Buches hatten wir ohnehin allen Mitgliedern ans Herz gelegt. So kamen wir auf die Idee, zudem eine Diskussionsveranstaltung zu organisieren und luden neben Steinke auch unsere geschätzte Kollegin und Expertin im Bereich des Strafvollzuges und der Strafvollstreckung, Prof. Dr. Christine Graebisch, und die uns noch nicht weiter bekannte, neue Berliner Justizsenatorin Prof. Dr. Lena Kreck zur Diskussion von Steinkes Thesen ein.

Schwerpunkt der Veranstaltung, die von Franziska Nedelmann hervorragend moderiert wurde, sollte das Thema »Ersatzfreiheitsstrafe« werden, denn hier verspricht auch der Ampel-Koalitionsvertrag Änderungen. Das Werk scheint ja wieder einen Nerv der Zeit getroffen haben, zum Glück, und so erschienen in Präsenz 100 Besucher\*innen, darunter neben Kolleg\*innen auch viele Justizbedienstete, sogar Staatsanwält\*innen und der Kriminologe Prof. Fritz Sack, der für den *InfoBrief* das Buch

auch gleich rezensierte (vgl. die Rezension auf S. 70 in diesem Heft); hinzu kamen noch etwa 100 Interessierte, die den von *leftvision* (<https://www.leftvision.de/who-is/>) organisierten online-Stream sahen.

Als wahrer Glückfall erwies sich auch die Zusammenarbeit bei der Planung der Veranstaltung mit der AG zur Vermeidung der Ersatzfreiheitsstrafe beim *Runden Tisch für ausländische Strafgefangene*, die auf der Veranstaltung auch ihr Thesenpapier vorstellen konnte. Großzügig und gerne unterstützt wurde die Veranstaltung zudem von der *Berliner Rechtsanwaltskammer* (mit Grußwort der Kollegin Dr. Vera Hofmann), der *Vereinigung Berliner Strafverteidiger* und der *Baden-Württembergischen Vereinigung von Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger*.

Die *AG Strafverteidigung* im RAV bleibt nun an dem Thema weiter dran und wird sich demnächst dem Thema »Tagessatzhöhe aus verfassungsrechtlicher Sicht« – Anknüpfungspunkt soll die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit von Harzt-IV-Sanktionen sein – widmen.

Wer Interesse hat sich an der AG zu beteiligen, kann mir gerne eine E-Mail schreiben: [lukas.theune@rav.de](mailto:lukas.theune@rav.de)

**Dr. Lukas Theune** ist Rechtsanwalt in Berlin und Geschäftsführer des RAV.

## VOR DEM GESETZ SIND NICHT ALLE GLEICH – NEUE KLASSENJUSTIZ

Ronen Steinke

Einige Rezensionen-  
anmerkungen von  
Fritz Sack



R. Steinke, *Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich. Die neue Klassenjustiz*. Berlin 2022

Nicht jeder Leser wird die Brisanz und den Bezug des schaufensterleserlichen Titels dieser empirischen Studie von Ronen Steinke auf den ersten und schnellen Blick und im Vorbeigehen in seiner vollen historischen und aktuellen Bedeutung erfassen.

Das Buch reizt zu einem kräftigen und erfreulichen Einerseits und einem nicht zu unterdrückenden Andererseits. Ich will das in wenigen Strichen darlegen.

Einerseits verdanken sich die Ergebnisse einer sorgfältigen Lektüre von zahlreichen justiziellen Dokumenten, Begehungen und Beobachtungen von öffentlich zugänglichen Stätten der Justiz, Diskussionen und Befragungen mit auf zwei Seiten namentlich ausgewiesenen Praktiker-Experten aus der Justiz, der Strafverteidigung sowie der Wissenschaft – davon zwei Professor\*innen aus dem seit 1984 erprobten kriminologischen Studiengang der Universität Hamburg, dessen Schließung seit einiger Zeit von Seiten der Universität betrieben wird.

Die Befunde ebenso wie das kriminal- und rechtspolitische Votum dieses Buches erhalten ihr besonderes Gewicht, ja: ihre Legitimation aus der spezifischen Kompetenz sei-

nes Autors: Ronen Steinke ist als ausgewiesener und erfolgreicher SZ-Journalist auch promovierter Rechtswissenschaftler und damit gefeit gegen jeden Verdacht der rechtlichen Inkompetenz und des »populistischen« Außenseiters der zu diskutierenden Sache.

In der Tat: manche Leser und Besucher der zahlreichen Lesungen des Autors mögen die unerhörten Befunde der Recherche nur mit dem Verweis auf ihre Unausgewogenheit, Übertreibung, fehlende Repräsentativität oder auch Ausnahme von der Regel etc. von sich fernhalten. Wie dieselben Hörer und Leser vielleicht weniger Unglauben gegen die lässige Spruch- und Volksweisheit »die Kleinen fängt man und die Großen lässt man laufen« hegen mögen. Nachdem auch die Kriminologie diese soziale Schieflage der Strafjustiz durch zahlreiche Studien belegt hat.

Dies hat nicht nur, übrigens, der kriminologische Blick auf die Justiz der Bundesrepublik, sondern auch auf alle kapitalistischen Länder des Westens, vornehmlich dem der USA, die englischsprachige Studie der argentinischen Autorin Valeria Vegh Weis, die derzeit als Humboldt-Stipendiatin in Berlin lebt, erbracht. Diese

Studie ist bereits vor fünf Jahren bei Haymarket (Chicago) und Brill (Leiden) erschienen, hat aber bisher keinen deutschen Verlag gefunden. Dafür mag der Titel des Buches verantwortlich sein: »*Marxism and Criminology*«, obwohl es wegen seiner historischen Perspektive über ein halbes Jahrtausend hinweg den besonders herausgestellten interdisziplinären Anspruch der Kriminologie in deutlicher Weise gerecht wird. Ronen Steinke schreibt jedoch in seinem fünfseitigen Vorwort sehr offen: »Das Wort »Klasse« kommt mir dabei schwer über die Lippen«. – Verlag oder Autor haben sich allerdings nicht gescheut, auf dem Titelumschlag sowie auf der dritten Buchseite der Studie die vorgefundene deutsche Justiz als »Die neue Klassenjustiz« zu kennzeichnen.

Als Verdienst indessen hat der Verfasser seine empirische Sonde auf einen Aspekt strafrechtlicher Sozialkontrolle gerichtet, der nicht zum »beliebtesten« kriminologischen Forschungsinteresse gehört: die systemischen sozialen und vor allem ökonomischen Unwuchten der Rechtsanwendung, teilweise auch des Rechts selbst – und damit der *Kriminalisierung*, nicht der

*Kriminalität*, dem ureigsten und ältesten Gelände der Kriminologie. Nicht nur hier vermisst man das Stichwort des *Symbolrechts*, für das das Strafrecht in besonderer Weise anfällig ist.

Schließlich nicht nur eine weitere, ja: die aus meiner Sicht sogar grundsätzlichere Frage, die sich mir bei der Lektüre der Studie gestellt hat, von der ich allerdings nicht weiß, ob sie dem Inhalt der Studie oder »lediglich« ihrem Marketing zu verdanken ist. Der Umschlag des Buches bedient sich zwei drucktechnischer Heraushebungen: die grundgesetzliche deskriptive Aussage des Art. 3 Abs. 1 – »Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich« – entlarvt der Studieninhalt durch ein gleichsam trotzig in Fettdruck gesetztes *nicht* als eine Art *fake news*. Dieser Eindruck findet eine typografische Steigerung durch den in Petit gesetzten Untertitel: »Die neue Klassenjustiz«. Diese die Aufmerksamkeit steigernden typografischen Merkmale finden sich auch auf der dritten Seite des Buches selbst, was wohl gegen eine verkaufsfördernde Eigenmächtigkeit des Verlags spricht.

Dennoch: Kaum finden in den einzelnen materialen Kapiteln des Buches klassenjustizielle

Argumentationen Eingang in den Text. Allerdings gibt Ronen Steinke im fünfseitigen Vorwort auch seine Erklärung dafür, warum das so ist. Zwar spricht er analogisch und unwidersprochen von der »gelegentlich« beklagten »Zweiklassenmedizin« sowie »Zweiklassenbildung«, zwei Sätze später aber von dem »bösen alten Wort »Klassenjustiz« auf der Titelseite«, obwohl er etwas später die Justiz wie die Schule als »Orte« gleichsetzt, »... an denen der Staat alle Menschen gleichbehandeln muss«.

Dass der Staat dies nun gerade nicht tut, ist die vielfache empirische Quintessenz des zahlreichen Besuchs des Verfassers von Gerichtsentscheidungen, der Analyse von den daraus resultierten Entscheidungen, der vielen Gespräche mit Entscheidern und deren Adressaten ... und schließlich bekennt Ronen Steinke: »Das Wort »Klasse« kommt mir dabei schwer über die Lippen« – nachdem er bereits eine Seite davor von einem »simplen Klassenstandpunkt« gesprochen hatte – gegenüber Begriffen wie »Mentalitäten«, »Vorverständnisse«, über deren Herkunft freilich nicht weiter sinniert wird. Und natürlich darf nicht der Vorwurf der



»Vereinfachung eines Problems, das viel komplexer ist«, fehlen, jener berühmte Vorwurf fehlender Differenzierung. Da hat Steinke offensichtlich nicht hingehört, als kein Geringerer als der frühere oberste Strafrichter am BGH, Thomas Fischer, in einem Interview von der Strafjustiz als »Unterschichtsprojekt« gesprochen hat.

Ein Schlüssel der Position des promovierten Juristen Steinke findet sich schließlich ebenfalls im Vorwort des Buches, allerdings verwiesen in die Anmerkung 8 des Textes. Dort bezieht sich der Verfasser affirmativ auf eine Feststellung der Rechtssoziologin Susanne Baer, wonach »Wissen über das Sozialprofil von Berufen [...] noch kein Wissen darüber [ist], warum Menschen wie entscheiden«. – Diese Aussage ist nicht weit entfernt von einer höchstrichterlichen Feststellung zur Frage der strafrechtlichen Schuld und Verantwortung eines Verurteilten, »dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl [...] er sich für das Recht hätte entscheiden können« (BGH St 2, 194). Eine Feststellung, die schlicht als eine Absage an die eigentliche Ursache und Erklärung der vom Verfasser unbestrittenen Missstände der Justiz zu werten ist.

Den Erscheinungsort dieser Rezension in einem Organ des *Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins*, an dessen Gründung in Hannover während der siebziger Jahre ich selbst mitbeteiligt war, möchte ich als Legitimation für einen Hinweis an den Autor des rezensierten Buches auf eine rechtssoziologische Studie des berühmten französischen Soziologen des vergangenen Jahrhunderts, Pierre Bourdieu, nehmen: Dieser hat unter dem Titel »Die Juristen – Türhüter der kollektiven Heuchelei« eine ideologie-kritische Skizze des Rechts und seiner Anwender gestellt.

**Prof. Dr. Dr. h.c. em. Fritz Sack** ist Kriminologe und Soziologe sowie »Urgestein« des RAV.

## DIE POLIZEI: HELFER, GEGNER, STAATSGEWALT INSPEKTION EINER MÄCHTIGEN INSTITUTION

Benjamin Derin und  
Tobias Singelstein

Rezension von  
Peer Stolle



B. Derin und T. Singelstein, Die Polizei: Helfer, Gegner, Staatsgewalt – Inspektion einer mächtigen Organisation. Berlin 2022

Im Frühjahr dieses Jahres kam im Econ-Verlag ein Buch zur Polizei heraus, geschrieben von Prof. Dr. Tobias Singelstein, der den meisten Mitgliedern nicht nur von der Studie zur (rechtswidrigen) Polizeigewalt bekannt sein dürfte, und unserem Kollegen und RAV-Mitstreiter Benjamin Derin. Schon der Titel »Die Polizei: Helfer, Gegner, Staatsgewalt. Inspektion einer mächtigen Institution« klingt vielversprechend, und – das kann jetzt schon gesagt werden – der/die Leser\*in wird nicht enttäuscht.

Wenige Tage, bevor der Autor diese Rezension schrieb, wurde in den (sozialen) Medien ausführlich über einen gewaltvollen Polizeieinsatz in Mannheim berichtet und debattiert, in dessen Folge ein 47-jähriger Mann aus Mannheim zu Tode kam.

Nach Berichten soll ein Arzt des »Zentralinstituts für seelische Gesundheit Mannheim« die Polizei über einen Patienten informiert haben, der hilfebedürftig sei. Die beiden Beamten hätten sodann zusammen mit dem Arzt den Mann in der Innenstadt gesucht und auch gefunden. Als die Beamten eine »Kontrolle« – von was und zu welchem Zweck blieb offen – durchführen wollten, soll sich der offenbar psychisch beeinträchtigte Mann dieser »Kontrolle« widersetzt haben. Um den von den Beamten geltend gemachten Anspruch auf Kontrolle durchzusetzen, wurde der Betroffene mittels

Gewalt zu Boden gebracht, auf dem Boden fixiert und von einem der Beamten mehrmals mit der Faust auf ihn, u.a. auf den Kopf, eingeschlagen. Der Mann blieb bewusstlos liegen und verstarb.

Dieser Fall steht exemplarisch für eine Vielzahl von Fällen, die verdeutlichen, dass etwas mit der Polizei – von ihrem Aufgabenbereich und ihrem Handeln her, aber auch als Institution – nicht stimmt. Eine offensichtlich hilfebedürftige Person kommt zu Tode, weil die Polizei ihren Machtanspruch mit Gewalt durchsetzt.

Dieser Fall ist kein Einzelfall. Was die Gründe dafür sind, welche systemischen Ursachen dem zugrunde liegen und wie man mit solchen Problemen und vielen anderen umgehen sollte, diesem Thema haben sich dankenswerterweise der Strafrechtsprofessor Tobias Singelstein und der Strafverteidiger Benjamin Derin in ihrer »Inspektion einer mächtigen Organisation« angenommen. In fünf Kapiteln (»Die Polizei in der Gesellschaft«, »Die Polizei als Organisation«, »Polizei-probleme«, »Polizei im Wandel« und »Perspektiven«) widmen sich die Autoren einer Vielzahl von Facetten, die die Institution Polizei ausmachen und prägen. In dem durchweg allgemein verständlichen und lesbaren Werk (obwohl berechtigte Zweifel daran bestehen, dass der Rezensent diese Frage angemessen beurtei-

len kann) üben die Autoren nicht einseitige Kritik, sondern versuchen, sich dem komplexen und vielschichtigen Feld der Polizei aus unterschiedlichen Perspektiven zu nähern.

Obwohl beide Autoren Volljuristen sind, ist die Perspektive eine sozialwissenschaftliche. Nicht die rechtlich definierten Zwecke polizeilichen Handelns werden als Ausgangspunkt der »Inspektion« gewählt, sondern die der Polizei obliegenden gesellschaftlichen Funktionen, die mit der Durchsetzung der herrschenden Ordnung und der Sicherung der bestehenden gesellschaftlichen treffend beschrieben werden. Da diese soziale Ordnung auf Ungleichheit und Rassismus basiert, prägen diese Verhältnisse die Arbeit der Polizei, die wiederum durch ihr Tätigwerden diese Verhältnisse reproduziert. Dieses funktionale Handeln ist nicht zwingend intentional, sondern der Polizei als Institution eingeschrieben. Diese Herangehensweise ermöglicht einen unaufgeregten, analytischen Blick auf die Funktion und Arbeitsweise der Polizei und ihr Verhältnis zum Recht und seine Anwendung. Die selektive Anwendung des Rechts wird vor diesem Hintergrund nicht als Ausnahme gesehen, sondern functional als *der Sinn der Sache*.

*»Das Recht sorgt daher nur für eine relative Bindung der polizeilichen Praxis, die ebenso von den Vorstellungen der*

*jeweiligen Beamt:innen wie auch den gesellschaftlichen Verhältnissen geprägt ist – nicht mit den politischen, sondern auch den sozialen und wirtschaftlichen».*

Davon ausgehend wird die Polizei als Organisation in ihrer Vielschichtigkeit beschrieben, die Probleme, die Beamt\*innen in ihrer Arbeit und mit der Behörde haben, wie die Sicht auf die Polizei und die Sicht der Polizist\*innen auf die Welt ist, welche Funktionen die Entwicklung einer *Cop-Culture* aufweist und welche Probleme damit verbunden sind.

Dem schließt sich die Darstellung der zwar allseits bekannten, in dem Buch aber sehr erkenntnisreich und pointiert zusammengefassten Probleme der Polizei mit Gewalt, Rassismus, Rechtsextremismus und fehlender Fehlerkultur an. Besonders gewinnbringend ist sodann die Darstellung der Wandlungsprozesse innerhalb der Polizei, die sich nicht nur durch neue Aufgaben und Befugnisse auszeichnen, sondern auch durch besorgniserregende und alarmierende Verselbständigungstendenzen. Diese Rolle bzw. besondere gesellschaftliche Stellung, die die Polizei im Gegensatz zu anderen Berufen in der Gesellschaft ausmacht, nämlich ihre Ausstattung mit Machtfülle und Autorität, hat zwangsläufig zur Folge, dass die Polizei Anerkennung, Respekt und Belohnung für ihre

Arbeit erwartet. Diese Erwartungshaltung kollidiert aber mit einer immer selbstbewussteren Gesellschaft, insbesondere ihre diskriminierten und benachteiligten Teile, die immer macht- und damit auch polizeikritischer auftreten. Das Hinterfragen der Rolle und Funktion der Polizei erfolgt in einem viel stärkerem Maße als zu früheren Zeiten.

Die Reaktion der Polizei auf dieses zunehmende öffentliche Hinterfragen ihres Handelns lässt eine »Fragilität in der Burg« offenbar werden, die zu einer Zuspitzung einer Vielzahl von Problemen führt. Wenn die Definitionsmacht der Polizei nicht hingenommen, sondern herausgefordert wird, kann dies bei der Polizei als mangelnder Respekt und Anerkennung aufgefasst werden. Dadurch entwickelt diese eine »Opferrolle«, was vermehrt dazu führt, dass Ungehorsamkeiten oder Unfreundlichkeiten als Angriff auf diese fragile Position wahrgenommen und mit mehr Zwang und Gewalt durchgesetzt werden. Vor dem Hintergrund, dass sich die Polizei immer mehr verselbständigt und nicht nur in ihren Gewerkschaften mächtige und einflussreiche Fürsprecher hat, droht die Gefahr der Entstehung eines nur noch schwer zu kontrollierenden Apparates.

Vor diesem Hintergrund nimmt sich das Buch den Perspektiven an, die dieser Entwicklung entgegensteuern können. Die Autoren untersuchen in diesem durch

und durch lesenswerten Buch die verschiedenen Ansätze von Demokratisierung, *Defund* und *Abolish* und beleuchten diese Reformansätze von verschiedenen Seiten. An dieser Stelle hätte es dem Buch gutgetan, einige Reformansätze noch detaillierter auszubuchstabieren, um in der konkreten Auseinandersetzung mehr Ansatzpunkte zu haben.

Fazit: Das Werk zeichnet aus, dass es sich nicht nur auf einzelne Probleme oder Perspektiven von und auf die Polizei beschränkt, sondern diese »mächtige Institution« aus einer juristisch und kriminologisch fundierten sozialwissenschaftlichen Perspektive seziert und vor dem/der geneigten Leser\*in ausbreitet. Aufgrund des Schreibstils und des Aufbaus bleibt es dem Buch zu wünschen, dass sich seine Leser\*innenschaft nicht auf ein Fachpublikum beschränken wird. Wer sich in Zukunft über die Polizei informieren und sich fundiert über diese Institution austauschen oder äußern will, wird um »Die Polizei: Helfer, Gegner, Staatsgewalt« nicht herumkommen.

**Dr. Peer Stolle** ist Rechtsanwalt in Berlin und Vorsitzender des RAV.

## KAMPF GEGEN WINDMÜHLEN DER UNERKLÄRTE KRIEG DER EU GEGEN FLÜCHTENDE

Rezension von  
Volker Eick



Autorinnenkollektiv Meuterei,  
Grenzenlose Gewalt.  
Der unerklärte Krieg der  
EU gegen Flüchtende.  
Berlin/Hamburg 2022

Das EU-Grenzregime tut wirklich alles, um Bürger-, Menschen- und Völkerrecht sowie humanitäre Vereinbarungen (und deren Einhaltung) zu unterminieren. Dieser Band zeigt das in einer detaillierten Analyse, indem er die EU-Abschottungspolitik<sup>1</sup> der Friedensnobelpreisträgerin des Jahres 2012 in sechs Kapiteln seziert. Im Zentrum stehen die laut UN weltweit mehr als 84 Millionen Menschen auf der Flucht.

Das Kapitel »Europas Außengrenzen – Systematische Abschottung und Gewalt« durchmisst das Mittelmeer von West nach Ost (Unterkapitel: »Westliches Mittelmeer und Kanaren«, »Östliches Mittelmeer«), um sodann über den »Balkan und die östliche EU« zu den »Europäischen Grenzen fernab der EU« zu kommen. Kapitel 2, »Kriminalisierung von Flüchtenden«, und Kapitel 3, »Behinderung von Fluchthilfen«, führen sodann zum Umgang mit Flüchtenden in Deutschland (»Asylverfahren in der EU«). Das abschließende Kapitel, »Gute Aussichten? – Panorama der Gewalt«, fokussiert auf technologisch ausgefeilte Maßnahmen der EU zur Abwehr Flüchtender und Perspektiven des Widerstands: »In Europa wächst eine neue Generation von Menschen mit Migrationsgeschichte heran, die sich von dem Bild des\* »genügsamen Gastarbeiters\*in« oder des »dankbaren Flüchtlings« emanzipiert hat [...]. Es ist eine

*Generation, die die Folgen der Kolonialisierung thematisiert und kritisiert und gleichzeitig Teil der europäischen Gesellschaft ist und viele Verbündete findet».* Angesichts der Wirklichkeit tönt das etwas sehr optimistisch.

**Volker Eick** ist Politikwissenschaftler und Mitglied im erweiterten Vorstand des RAV.

<sup>1</sup> Die Abwehr und Kriminalisierung Flüchtender sowie die Militarisierung des Mittelmeers ist allerdings deutlich älter als die EU, vgl. RAV Sonderbrief (April 2016), Mediterrane Migrationsregime, S. 10ff.

## IMPRESSUM

### **Informationsbrief #123, Juni 2022**

*RAV InfoBrief*, 43. Jg., Heft 123

ISSN 2511-6916

© Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein  
V.i.S.d.P.

Rechtsanwalt Dr. Lukas Theune  
Greifswalder Straße 4  
10405 Berlin

Geschäftsstelle  
Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein  
Greifswalder Straße 4  
10405 Berlin  
Tel.: 030 41 72 35 55  
Fax: 030 41 72 35 57  
kontakt@rav.de  
www.rav.de

Gestaltung: ■ sichtagitation.de, Hamburg

Druck: RESET ST. PAULI Druckerei GmbH, Hamburg