

Abschiebung aus der Wohnung in der Praxis



Rechtsanwalt Volker Gerloff
Fachanwalt für Sozialrecht
Anwaltsbüro Gerloff & Gilsbach

Art. 13 GG

(1) Die Wohnung ist unverletzlich.

(2) **Durchsuchungen** dürfen nur **durch den Richter**, bei **Gefahr im Verzuge** auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet [...] werden.

[...]

(7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur **zur Abwehr einer gemeinen Gefahr** oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch **zur Verhütung dringender Gefahren** für die öff. Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

Wohnung

Weite Auslegung

Räumliche Abschottung

Stätte privaten Lebens und Wirkens

Durchsuchung

- **ziel- und zweckgerichtetes Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen** oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will
- Vornahme von **Handlungen** in den Räumen
 - **Längeres Verweilen** in den Räumen

(BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 1987 – 1 BvR 1202/84, BVerfGE 76, 83-92, Rn. 26)

„durch den Richter“

Schriftlicher Beschluss mit Begründung
des zuständigen Gerichts

Angaben zu Ziel, Art und Weise, Dauer
nach

schriftlichem Antrag mit Angaben zu Ziel,
Art und Weise, Dauer

„Gefahr im Verzug“

Der Begriff "Gefahr im Verzug" in Art. 13 Abs. 2 GG ist **eng auszulegen**; die richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist die Regel, die nichtrichterliche die **Ausnahme**. "Gefahr im Verzug" muss mit **Tatsachen** begründet werden, die **auf den Einzelfall bezogen** sind. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus.

(BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00)

Betreten

bloßes Hineingehen, kurzzeitiges
Aufhalten und Besichtigen

„gemeine Gefahr“

Gefahren für eine unbestimmte Zahl von Personen
oder Sachen = Gefahren für die Allgemeinheit

Bspw.: Überschwemmungen, Seuchen,
Feuersbrunst, Erdbeben, Lawinen, radioaktive
Strahlung etc.

„dringende Gefahr“

Schädigung eines „wichtigen Rechtsguts“ muss
hinreichend wahrscheinlich sein

Bsp. in Art. 13 Abs. 7 GG selbst: Raumnot,
Seuchen, Gefährdung von Jugendlichen

Bsp. aus Rspr.: BauR (str.), Tiersch., Brandsch.,
WaffR (str.), GaststR, LebensmR, AtomR

meist Geschäftsräume betroffen

je stärker Wohnräume betroffen, je höher die
Anforderungen

Verwaltungsakt

Soll ein Wohnraum aufgrund eines Gesetzes wegen „dringender Gefahr“ betreten werden = zwingend Verwaltungsakt erforderlich

VA muss Besichtigungsbefugnis konkretisieren:
Zweck, Gegenstand, Umfang

Vollzug der Abschiebung

Zuständigkeit der Landespolizei,

§ 71 Abs. 5 AufenthG

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist zu beachten

Abschiebung = freiheitsentziehende Maßnahme?

Eine Freiheitsentziehung liegt vor, wenn die tatsächliche **körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben** ist, wobei es bei der Abgrenzung zur Freiheitsbeschränkung vor allem auch auf die Intensität und Dauer des Eingriffs und den angestrebten Zweck ankommt.

BVerwG: Freiheitsbeschränkung bei Abschiebung ist „Nebeneffekt einer Vollstreckungsmaßnahme“ und damit nicht freiheitsentziehend

Rechtsgrundlage

Stand: bis 20.08.2019

Speziell in Berlin

§ 58 AufenthG i.V.m. § 8 VwVfGBIn
i.V.m. § 12 VwVG i.V.m. § 1 UZwGBIn: Nein

§ 36 ASOG: Nein

AufenthG: Nein

RF-RL: Nein

in anderen Bundesländern

Vollstreckungs- oder Polizeigesetze: Nein

Wichtig!

§ 58 Abs. 5-10 AufenthG sind lex specialis zu den bis zum 20.08.2019 anwendbaren Landes-Vollstreckungs- und Polizeigesetzen

Das heißt: wenn die Maßnahme an der stümperhaften Fassung und Verfassungswidrigkeit des § 58 Abs. 5-10 AufenthG scheitert:

kein Rückgriff auf Landes-Vollstreckungs- und Polizeigesetze möglich

Rechtsgrundlage (1)

Stand: seit 21.08.2019

§ 58 Abs. 5 AufenthG

Kann einfaches Gesetz aus Durchsuchung ein Betreten machen?

Was ist mit Art. 13 Abs. 7 GG?

Welche Wirkung hat ein offensichtlich verfassungswidriges Gesetz?

Rechtsgrundlage (2)

Stand: seit 21.08.2019

§ 58 Abs. 6 i.V.m. Abs. 8 AufenthG

Offenbar ist das „Verstecken im Schrank“ gemeint

Abs. 8 S. 2 lässt den Richtervorbehalt leerlaufen

Kann „Gefahr im Verzug“ vorliegen?

Rechtsgrundlage (3)

Stand: seit 21.08.2019

§ 58 Abs. 7 AufenthG

Anwendungsbereich?

Verhältnismäßigkeit!

Nachtzeit (1)

Ableitung aus § 104 Abs. 3 StPO

1. April bis 30. September

21:00 Uhr bis 04:00 Uhr

1. Oktober bis 31. März

21:00 Uhr bis 06:00 Uhr

Wohnungsdurchsuchungen zur Nachtzeit grds. unzulässig –
bestenfalls bei erheblicher Gefahr – Verhältnismäßigkeit
wird regelmäßig nicht gegeben sein

Nachtzeit (2)

Soweit die in § 104 Abs. 3 StPO definierte Nachtzeit in den Monaten April bis September bereits um 4 Uhr morgens enden, bildet die Vorschrift **nicht mehr die Lebenswirklichkeit** ab. Vielmehr sind nach den heutigen Lebensgewohnheiten **mindestens die Stunden zwischen 4 Uhr und 6 Uhr noch der Nacht zuzurechnen** (Hinweis auf § 758a Abs 4 S 2 ZPO)

(BVerfG, Beschluss vom 12. März 2019 – 2 BvR 675/14)

Rechtsgrundlage (4)

Stand: seit 21.08.2019

§ 58 Abs. 8 AufenthG

Umdeutung der verfassungsrechtlichen Definition des Begriffs „Gefahr im Verzug“ – geht das?

Verfassungsrechtlich vorgegebenes Regel-Ausnahme-System umkehren – geht das?

Rechtsgrundlage (5)

Stand: seit 21.08.2019

Verstöße gegen GG

Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung: verletzt

Recht auf effektiven Rechtsschutz: verletzt

Zitiergebot: verletzt

entfällt nur bei Betretensermächtigung bei gemeiner Gefahr

Verstoß gegen EMRK

Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und Privatleben:
verletzt

Remonstrationspflicht der Beamten

Landesbeamtengesetze oder § 36 BeamtenstatusG

Im Ergebnis: Beamter muss sich einer Weisung zur Wohnungsdurchsuchung zum Zweck der Ergreifung eines abzuschiebenden Ausländers widersetzen – besteht der Dienstherr auf der Weisung (wegen Gefahr im Verzug) muss sich Beamter schriftliche Bestätigung geben lassen

Nur so kann eigene Verantwortlichkeit entfallen



Familientrennung

Verhältnismäßigkeit ist besonders zu beachten

Art. 6 Abs. 1 GG ist wertentscheidende Grundsatznorm, die sämtliche Staatsgewalten verpflichtet, die Familie zu schützen und zu fördern. Ausländerbehörde ist verpflichtet, die familiären Bindungen bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen pflichtgemäß zu prüfen und zu beachten.

(vgl. Sächsisches OVG v. 23.11.2009 – 3 B 487/09)

Rechtsschutz?

(Fortsetzungs)Feststellungsklage

beim VG kann die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme beantragt werden – Vorlage ans BVerfG, wenn VG von Verfassungswidrigkeit überzeugt ist

Staatshaftung

bspw. § 59 Abs. 2 ASOG: Schäden, die durch eine rw polizeiliche Maßnahme entstehen, sind zu erstatten

Amtshaftung

Strafantrag / Dienstaufsichtsbeschwerde

Vielen Dank!

Anwaltsbüro Gerloff & Gilsbach

Rechtsanwalt Volker Gerloff

Fachanwalt für Sozialrecht

Immanuelkirchstraße · 3 – 4

10405 Berlin

Telefon 030 446792-42

mail@ra-gerloff.de



Anwaltsbüro Gerloff & Gilsbach

Rechtsanwalt Volker Gerloff | Rechtsanwältin Anna Gilsbach, LL.M.
Fachanwälte für Sozialrecht
Immanuelkirchstr. 3-4 (2. Hinterhof, 1.OG), 10405 Berlin
Sekretariat Jacqueline Schröder Tel.: 030-44 67 92-42, Fax: 030-44 67 92-20,
www.rae-gerloff-gilsbach.de

RAe Gerloff & Gilsbach, Immanuelkirchstr. 3-4, 10405 Berlin

**bei Antwort und Zahlung
bitte angeben:**

XXX VGE

Berlin, den 01.10.2019 VGE

Einschätzung zur Rechtslage bzgl. Wohnungsdurchsuchungen in Sammelunterkünften zum Zweck der Durchführung von Abschiebungen (zur Nachtzeit)

I. Wohnungsdurchsuchung?

Regelmäßig wird bei einer Abschiebung die zuständige Landespolizei (zuständig gem. § 71 Abs. 5 AufenthG) auch die **Wohnung** des Ausländers **betreten**. Angesichts des Richtervorbehalts aus Art. 13 Abs. 2 GG wird hier die Abgrenzung zwischen bloßem Betreten der Wohnung und der **Durchsuchung der Wohnung** maßgeblich.

Maßgeblich ist Art. 13 Abs. 1, 2 und 7 GG:

(1) Die **Wohnung** ist unverletzlich.

(2) **Durchsuchungen** dürfen nur **durch den Richter**, bei **Gefahr im Verzuge** auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet [...] werden.

[...]

(7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur **zur Abwehr einer gemeinen Gefahr** oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung **dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung**, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

Unter die „Eingriffe und Beschränkungen“ im Sinne von Art. 13 Abs. 7 GG fällt vor allem das „Betreten“. Ein Betreten in diesem Sinne liegt vor, wenn keine Durchsuchung vorliegt. Die maßgeblichen Begriffe sind zunächst unter I.1. – I.6. zu klären.

I.1. Begriff der Wohnung

Der Schutz der Wohnung ist über Art. 13 GG verfassungsrechtlich verankert. Da Art. 13 Abs. 1 GG die freie Entfaltung der Persönlichkeit in räumlicher Hinsicht garantiert, wird der **Begriff der Wohnung weit ausgelegt**: Wohnung sind alle Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch eine **räumliche Abschottung** entzogen sind und zur **Stätte privaten Lebens und Wirkens** gemacht wurden. Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es dabei nicht an. Auch

Bürozeiten:

Mo-Fr 10-13:00 Uhr

Mo, Di, Do 15-17:00 Uhr

Bankverbindung:

IBAN: DE86 4401 0046 0209 2264 60

BIC: PBNKDEFFXXX / Postbank Dortmund

USt-ID-Nr: DE301780634

Steuer-Nr.: 31/305/00881

Nebenräume, Keller, Hotelzimmer, Wohnmobile, ans Haus angrenzende Gärten etc. sind vom verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriff umfasst. Gewährleistet wird ein elementarer Lebensraum und das **Recht, darin in Ruhe gelassen zu werden**.

Auch völkerrechtlich ist der Schutz der Wohnung über Art. 8 EMRK normiert. Auch der EGMR geht beim Recht auf Achtung der Wohnung von einer weiten Auslegung aus (EGMR Urteil vom 16.12.1992, Niemetz ./.. Deutschland, Application no. 13.710/88, Ziffer 31) und interpretiert diese als **räumlich abgegrenzten Bereich, in dem sich das Privat- und Familienleben abspielt** (EGMR Entscheidung vom 03.07.2007, GAIDA ./.. Deutschland, Application no. 32 015/02).

Diese Definition vorausgesetzt, müssen Räume in Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften als Wohnung im Sinne des Art. 13 GG angesehen werden. Da Sammelunterkünfte sehr unterschiedlich gestaltet sind, führt das Deutsche Institut für Menschenrechte (Hendrik Cremer / Claudia Engelmann, Analyse Hausordnungen menschenrechtskonform gestalten – Das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung [Art. 13 GG] in Gemeinschaftsunterkünften für Geflüchtete, S. 15) Folgendes aus:

*Ob Räume in Gemeinschaftsunterkünften dem Schutz von Art. 13 GG – oder auch von Art. 8 EMRK – unterfallen, lässt sich nicht pauschal beantworten, zumal die Unterkünfte in ihrer Größe und Ausgestaltung sehr unterschiedlich sind. Für Gemeinschaftsunterkünfte kommt es daher maßgeblich darauf an, **ob und inwieweit die Bewohner_innen eigene Privatheit entfalten können**. Es ist also auf die konkreten Umstände im Einzelfall abzustellen. Diese können von Unterkunft zu Unterkunft sehr unterschiedlich sein. Dabei ist im Grunde **für jeden Raum einzeln zu bewerten**, ob er als Wohnung zu qualifizieren ist. Eine zentrale Rolle spielt hierbei die Art der Nutzung der Räume. Während etwa **reine Betriebsräume** für die Bewohner_innen nicht dazu bestimmt sind, Privatheit zu entfalten, liegt es nahe, **Wohn- und Schlafräume** sehr wohl als Wohnung im Sinne des Art. 13 GG zu verstehen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob auch **Gemeinschaftsräume** als Wohnung im Sinne des Art. 13 GG qualifiziert werden können. Existieren in der Gemeinschaftsunterkunft – im Unterschied zu großen Speisesälen – etwa separate, räumlich abgegrenzte Esszimmer oder Küchen, in denen die Bewohner_innen ihr Essen selbst zubereiten können, sind auch solche Räume als Orte privater Entfaltung zu begreifen. **Grundsätzlich gehört das Essen – wie auch das Zubereiten von Essen – zu den Tätigkeiten, die zum privaten täglichen Leben dazugehören und daher als Entfaltung eigener Privatheit gelten müssen**. Auch Aufenthaltsräume können Orte sein, in denen die Bewohner_innen eigene Privatheit entfalten: beispielsweise wenn sie von Bewohner_innen mit familiären Bindungen als **Ort ihres Familienlebens** oder von Einzelpersonen für **private Tätigkeiten** und als **kommunikativer Raum** genutzt werden, nicht zuletzt für **Besuch von Freund_innen**. Orte der Privatheit sind ebenfalls **Räume, in denen sich Duschen, Waschbecken oder Toiletten befinden**, die als Sanitärbereiche und damit zur Körperpflege genutzt werden. Hier ist auch die grundrechtlich (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) und menschenrechtlich (Art. 8 EMRK) **geschützte Intimsphäre** zu beachten, die etwa durch das Betreten der Räumlichkeiten verletzt werden kann. Wenngleich die genannten Gemeinschaftsräume als Orte zu verstehen sind, in denen die Bewohner_innen eigene Privatheit entfalten können, so unterliegen die Räume allerdings **nicht dem ausschließlichen Wohn- und Dispositionsrecht (Verfügungsrecht) der Bewohner_innen**. Vielmehr erfordert die gemeinschaftliche Nutzung gewisse Einschränkungen: Dazu gehört etwa, dass sich das Personal bei der*

*Ausübung seiner Tätigkeiten in Gemeinschaftsräumen bewegen kann, oder dass der Zutritt zu Gemeinschaftsräumen eingeschränkt wird, wenn zum Beispiel in Toiletten, Duschen, Aufenthaltszimmern oder Küchen Reinigungsarbeiten durchgeführt werden, die der Gewährleistung ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs dienen. Anders liegt der Fall bei **Schlaf- beziehungsweise Wohnräumen**: Sie sind den Bewohner_innen, Familien oder Einzelpersonen grundsätzlich in einer Weise zugewiesen, dass ihnen das **exklusive „Hausrecht“** zukommt. Wohn- und Schlafräume dürften aufgrund der Art der Nutzung in der Regel als Wohnung im Sinne des Art. 13 GG zu qualifizieren sein. Auch für das Amtsgericht Kerpen (AG Kerpen, Beschluss vom 23. Januar 2004, Az. 68 XIV 3/04) besteht daran kein Zweifel, solange es sich nicht „bloß um einen Schlafsaal für 10 oder mehr Personen handelt“. Zu der Einschränkung sei allerdings angemerkt, dass der Schlafraum grundsätzlich ein privater Ort ist, an dem jeder Mensch prinzipiell das Recht hat, ungestört zu sein, auch wenn es zwischen den Personen, die gemeinsam in einem Raum schlafen, keine familiären oder sonstigen Bindungen gibt. Mögen die Gesamtumstände im Einzelfall etwas Anderes nahelegen, insbesondere wenn sehr viele Menschen beengt in einem Raum schlafen, so ist doch bei Wohn- und Schlafräumen in Gemeinschaftsunterkünften grundsätzlich von einer Wohnung auszugehen.*

I.2. Betreten / Durchsuchungen

Art. 13 Abs. 2 GG besagt: „Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden.“. Klar ist zudem, dass ein Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung stets eine Rechtsgrundlage – also eine Norm in einem Gesetz – braucht.

Laut BVerfG zeichnet sich eine Durchsuchung durch ein ziel- und zweckgerichtetes Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren aus. Sobald Handlungen in den Wohnräumen geplant sind (hier: Aufgreifen eines Ausländers), liegt eine Wohnungsdurchsuchung vor. Auch das längere Verweilen in Wohnräumen führt zur Überschreitung der Schwelle vom Betreten zum Durchsuchen (BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 1987 – 1 BvR 1202/84 –, BVerfGE 76, 83-92, Rn. 26). Ein Betreten liegt also nur dann vor, wenn staatliche Organe kurzzeitig in die Wohnung eindringen und diese bloß in Augenschein nehmen.

Da eine richterliche Entscheidung zur Durchsuchung der Wohnung vorab einzuholen ist, ist stets auf das geplante Vorgehen der Ausländerbehörde bzw. der Polizei abzustellen. Gehen die Behörden also davon aus, dass sie die Wohnung durchsuchen werden, ist zwingend eine richterliche Entscheidung erforderlich. **Das Dabeihaben eines Rammbocks o.ä. zeigt dabei regelmäßig, dass kein bloß kurzzeitiges Betreten beabsichtigt ist – das gewaltsame Öffnen einer Wohnungstür ist eine Handlung, die die Maßnahme als Durchsuchung qualifiziert. Gleiches gilt für die „Kampfmontur“ der eingesetzten Beamten – wer eine Wohnung nur kurzzeitig betreten möchte, ohne eine Handlung vorzunehmen, der benötigt keine Schutzkleidung.**

Nochmal: Eine Durchsuchung im Zusammenhang mit einer Abschiebung ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen, um diese aufzuspüren, wenn der Inhaber der Wohnung dies nicht von sich aus zulassen will. Eine Durchsuchung geht dabei über das bloße Betreten der Wohnung hinaus und verlangt auch die Vornahme von tatsächlichen Handlungen in den Räumen. Sobald die Behörden also davon ausgehen, dass

die Polizei vor Ort die Wohnung nicht nur betreten wird, sondern sich in der Wohnung auch umsehen wird oder sonstige Handlungen zum Aufspüren des gesuchten Ausländers vornehmen wird, ist eine richterliche Entscheidung erforderlich (vgl. LG Verden vom 25.08.2004 – 6 T 120/04; OLG Celle vom 07.01.2003 – 10 W 1/03; VG Oldenburg vom 06.06.2012 – 11 A 3099/12; unten ausführlich zitierte Entscheidungen).

I.3. „durch den Richter“

Eine Durchsuchung muss grds. durch den Richter angeordnet werden. Das verlangt einen begründeten Antrag der Polizei beim zuständigen Gericht und daraufhin einen schriftlichen Beschluss des Gerichts. Aus dem Beschluss muss konkret hervorgehen, welche Räume von wem zu welcher Zeit mit welchem Ziel durchsucht werden sollen. Der Beschluss muss begründet werden.

Fehlt es an einem solchen Beschluss, führt bereits der Verstoß gegen den verfassungsrechtlich verankerten Richtervorbehalt zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme.

I.4. Gefahr im Verzug

Der Begriff "Gefahr im Verzug" in Art. 13 Abs. 2 GG ist eng auszulegen; die richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist die Regel, die nichtrichterliche die Ausnahme. "Gefahr im Verzug" muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus (BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00).

I.5. gemeine Gefahr

Die gemeine Gefahr im Sinne des Art. 13 Abs. 7 GG – die stets zwingend vorliegen muss, um ein Betreten einer Wohnung zu rechtfertigen – ist anzunehmen, bei bestehenden Gefahren für eine unbestimmte Zahl von Personen oder Sachen, mithin für die Allgemeinheit, wie sie beispielsweise bei Überschwemmungen, Seuchen, Feuersbrunst, Erdbeben, Lawinen oder radioaktiver Strahlung bestehen kann (Stern in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar - die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, 3. Aufl., Art. 13, Rn. 89).

I.6. dringende Gefahr

Eine dringende Gefahr für die **öffentliche Sicherheit** und Ordnung liegt regelmäßig vor, wenn ohne Einschreiten staatlicher Organe mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein **wichtiges Rechtsgut** geschädigt wird. Selbst wenn ein Schaden für ein solches wichtiges Rechtsgut droht, müssen die allgemeinen Grundsätze des Ordnungsrechts gewahrt sein, insbesondere muss das Betreten der Wohnung **geeignet, notwendig und verhältnismäßig** sein (Bay VerfGH vom 30.01.2006 – Vf.5-VII-05; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 29.06.2009 – 3 L 18/08). Zudem muss ein Gesetz, dass sich auf die Abwehr einer dringenden Gefahr beruft, den **Zweck des Betretens** erkennen lassen, den **Gegenstand** und den **Umfang der** zugelassenen **Besichtigung** deutlich benennen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen (BVerfG vom 13.10.1971 – 1 BvR 280/66). An den Grad der hinreichenden Wahrscheinlichkeit sind umso geringere Anforderungen zu stellen, je höherwertiger das betroffene Rechtsgut ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 06.09.1974 – 1 C 17.73; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.02.2006 – 8 A 11500/05; Hess. VGH, Beschluss vom 26.10.1990 – 4 TH 1480/90). Soll eine Norm angewendet werden, die ein Betreten der Wohnung wegen einer

dringenden Gefahr rechtfertigt, dann sind hohe Anforderungen an die Prüfung des Tatbestandes zu stellen (Gatz, jurisPR-BVerwG 19/2006 Anm. 1; Bay VGH, Beschluss vom 25.02.2009 – 9 C 08.2245).

a) öffentliche Sicherheit

Der Begriff der öffentlichen Sicherheit ist im Ordnungsrecht ein ganz zentraler Begriff. Er umfasst die gesamte Rechtsordnung, alle subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen (soweit ein effektiver Schutz nicht durch ordentliche Gerichte erreichbar ist) sowie die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates. Hier kann es bestenfalls um den Schutz der Rechtsordnung gehen.

b) wichtiges Rechtsgut

Was ein wichtiges Rechtsgut ist, wird beispielhaft in Art. 13 Abs. 7 GG selbst bekannt: Raumnot, Seuchengefahren oder die Gefährdung von Jugendlichen (vgl. auch: BayVGH, Urteil vom 02.10.2012 – 10 BV 09.1860; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.11.2009 – OVG 9 B 71.08).

Darüber hinaus wird regelmäßig die Einhaltung des Baurechts als wichtiges Rechtsgut angesehen (BayVGH, Beschluss vom 09.12.2015 – 1 ZB 14.1937; BVerwG, Beschluss vom 07.06.2006 – 4 B 36/06; ablehnend: Christoph Suttman, BauR 2006, 1986-1991), schließlich kann die Nichteinhaltung des Baurechts zu lebensgefährlichen Situationen führen (VG Ansbach, Beschluss vom 29.11.2018 – AN 3 S 18.02282: für die Nichteinhaltung von Brandschutzbestimmungen).

Weitere, von der Rechtsprechung anerkannte, wichtige Rechtsgüter sind der Tierschutz (§ 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TierSchG; VG Würzburg, Beschluss vom 15.05.2007 – W 5 S 07.624) oder die Gefahren, die von Feuerungsanlagen ausgehen können (§ 1 Abs. 3 SchonsteinfegerG; VG Berlin, Urteil vom 13. Juni 2008 – 4 A 144.04). Ein Betretensrecht für Behörden im Waffenrecht (§ 36 Abs. 3 S. 3 WaffG), dass sich auf die Abwehr einer dringenden Gefahr stützt, wird teilweise als verfassungswidrig angesehen, da keine dringende Gefahr erkennbar sei und zumindest das Verhältnismäßigkeitsgebot verletzt sei (Alexander Fandrey, Agrar- und Umweltrecht, 2010, 1-5). Im Übrigen gibt es Betretens- und Nachschaurechte für Behörden insb. im Gaststättenrecht (§ 22 Abs. 2 GastG), im Personenbeförderungsrecht (§ 54a Abs. 1 PBefG), im Güterkraftverkehrsrecht (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 GüKG), im Lebensmittelrecht (§ 41 Abs. 3 LMBG), im Abgabenrecht (§§ 99, 210 AO), im Immissionsschutzrecht (§52 Abs. 2 BImSchG) und im Atomkraftrecht (§ 19 Abs. 2 AtG).

Nach all dem wird deutlich, dass die anerkannten Betretensrechte in der Regel Geschäftsräume betreffen. Wenn es um Wohnungen geht, geht es in der Regel um die Ermöglichung der Prüfung gefahrgeneigter Anlagen o.ä.. Je stärker die Maßnahme Privaträume statt Geschäftsräume betrifft, je höher werden die Anforderungen an die Rechtfertigung (Wendt in: Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 7. Aufl., Art. 13 Rn 51 mit Verweis auf st. Rspr., bspw. BVerfGE 97, 228, 266).

Wenn ein Wohnraum aufgrund eines Gesetzes i.S. von Art. 13 Abs. 7 Fall 2 GG betreten werden soll, muss dazu vorab zwingend ein konkretisierender Verwaltungsakt ergehen (Wendt in: Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 7. Aufl., Art. 13 Rn 52 mit Bezug auf BayVerfGHE 59, 23, 26). Dies ergibt sich auch aus den oben zitierten Gerichtsentscheidungen, die stets einen entsprechenden Verwaltungsakt betrafen.

Da § 58 Abs. 5 AufenthG nicht erkennen lässt, welche Gefahr hier als dringend angesehen werden soll und welches wichtige Rechtsgut geschützt werden soll, wird deutlich, dass der Gesetzgeber Art. 13 Abs. 7 GG schlicht „übersehen“ hat. Anderenfalls müsste in der Norm zwingend die dringende Gefahr als Tatbestandsmerkmal aufgenommen und ggf. spezifiziert werden. Die „Gefahr“, dass sich ein abzuschiebender Ausländer in seiner Wohnung aufhält, ist bisher jedenfalls von der Rechtsprechung nicht als dringende Gefahr anerkannt, die einer Raumnot, Seuchengefahr oder der Gefährdung von Jugendlichen gleichzusetzen wäre.

c) Verhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeit ist grds. bei jeder staatlichen Zwangsmaßnahme zu beachten. Die Maßnahme muss einem verfassungsmäßigen Zweck dienen, geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Geeignet ist eine Maßnahme, wenn der Zweck damit (auf legalem Weg) erreicht werden kann. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn es kein milderes Mittel gibt, das den Zweck ebenso effektiv erreichen könnte. Schließlich darf der Zweck der Maßnahme nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

d) Konkretisierung der Besichtigungsbefugnis

Das BVerfG verlangt die Konkretisierung der Besichtigungsbefugnis. Der Zweck des Betretens, der Gegenstand und der Umfang der zugelassenen Besichtigung müssen im Gesetz deutlich werden (BVerfG vom 13.10.1971 – 1 BvR 280/66).

Hier scheidet es freilich bereits daran, dass keine bloße Besichtigung der Wohnung normiert ist. Unabhängig davon ist zumindest der Zweck des Betretens klar erkennbar: eine Durchsuchung der Wohnung im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GG. Eine Konkretisierung des Umfangs der zugelassenen Besichtigung (unterstellt, es läge eine bloße Ermächtigung zur Besichtigung vor) fehlt.

I.7. Direkt-Abschiebung als freiheitsentziehende Maßnahme?

Eine Freiheitsentziehung liegt vor, wenn die tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben ist, wobei es bei der Abgrenzung zur Freiheitsbeschränkung vor allem auch auf die Intensität und Dauer des Eingriffs und den angestrebten Zweck ankommt. Das BVerwG hat geklärt, dass die Freiheitsbeschränkung bei einer Abschiebung nur ein „Nebeneffekt einer Vollstreckungsmaßnahme“ sei und damit nicht freiheitsentziehend sein könne.

Das überzeugt zwar nicht, da das zwangsweise Verbringen einer Person durch die Polizei von A nach B stets eine vollständige Entziehung der Bewegungsfreiheit mit sich bringt (zwangsweise Fahrt mit Polizei von A nach B ist Freiheitsentziehung: EGMR vom 02.12.1987 – Bozano ./ . Frankreich – Beschwerde-Nr. 9990/82; Söllner in: Pewestorf/Söllner/Tölle, Polizei- und Ordnungsrecht – Berliner Kommentar, ASOG § 30 Rn 5; Rachor in: Lisken/Denninger, F Rn 559; LG Hamburg, NVwZ-RR 1997, 537; Einkesseln von Personen durch Polizeikräfte ist Freiheitsentziehung: VG Berlin NVwZ-RR 1990, 188ff.; KG NVwZ 2000, 348ff.), dennoch gilt die abschiebungsfreundlich-pragmatische BVerwG-Rechtsprechung.

II. Rechtslage in Berlin bis zum 20.08.2019

Für das Land Berlin fehlte es bis zum 20.08.2019 an einer Rechtsgrundlage für ein Betreten und Durchsuchen einer Sammelunterkunft/Wohnung zum Zweck der Durchführung einer Abschiebung:

Im Gesetz über den unmittelbaren Zwang (UZwGBln) ist keine Rechtsgrundlage erkennbar. Wenn ein Gesetz die Unverletzlichkeit der Wohnung einschränkt, muss dies besonders gekennzeichnet werden – im Gesetz muss das Grundrecht zitiert werden und erklärt werden, dass dieses Grundrecht durch dieses Gesetz eingeschränkt wird (Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG). § 7 UZwGBln nennt Art. 13 GG und erklärt, dass dieses Grundrecht durch dieses Gesetz eingeschränkt werde. Eine Rechtsgrundlage dafür, dass Wohnungen im Rahmen des unmittelbaren Zwangs betreten oder durchsucht werden könnten, ist aber schlicht nicht vorhanden.

Im Aufenthaltsgesetz fand sich ebenso wenig eine Rechtsgrundlage.

Gleiches gilt für das Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Landes Berlin (VwVGBln). Auch hier findet sich keine geeignete Rechtsgrundlage. In Hamburg sind bspw. mit § 23 HmbVwVG Betretens- und Durchsuchungsrechte ausdrücklich geregelt:

- (1) Die Vollziehungsperson ist befugt, Wohnungen, Geschäftsräume und sonstiges Besitztum der pflichtigen Person zu betreten und zu durchsuchen, soweit der Zweck der Vollstreckung es erfordert.*
- (2) Sie ist befugt, verschlossene Türen und Behältnisse zu öffnen oder öffnen zu lassen.*
- (3) Die Wohn- und Geschäftsräume der pflichtigen Person dürfen ohne deren Einwilligung nur auf Grund einer richterlichen Anordnung durchsucht werden, die bei der Vollstreckung vorzuzeigen ist. Dies gilt nicht, wenn die Einholung der Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde. Für die richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist das Verwaltungsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Durchsuchung vorgenommen werden soll. Von einer Anhörung der betroffenen Person durch das Gericht und der Bekanntgabe der richterlichen Entscheidung an die betroffene Person kann abgesehen werden, wenn dies erforderlich ist, um den Erfolg der Durchsuchung nicht zu gefährden. Wenn von der Bekanntgabe der richterlichen Entscheidung abgesehen wird, wird diese mit ihrer Bekanntgabe an die beantragende Stelle wirksam.*
- (4) Personen, die Mitgewahrsam an den Wohn- oder Geschäftsräumen der pflichtigen Person haben, haben eine Durchsuchung zu dulden, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 3 vorliegen.*
- (5) Zusammen mit der Vollziehungsperson dürfen die Gläubigerin bzw. der Gläubiger oder seine Vertreterin bzw. sein Vertreter, zugeteilte Hilfspersonen oder Auszubildende, Zeuginnen und Zeugen gemäß § 24, Sachverständige und Polizeivollzugsbeamtinnen bzw. Polizeivollzugsbeamte sowie sonstige Personen, die sich durch einen schriftlichen Auftrag der Vollstreckungsbehörde ausweisen können, die Wohn- und Geschäftsräume der pflichtigen Person betreten.*

Eine ähnliche Regelung fehlt in Berlin.

II.1. Rechtsprechung

Die Gerichte hatten wie folgt entschieden:

VG Berlin, Beschluss vom 16.02.2018 – 19 M 62.18

[...] für die konkret geplante Maßnahme ist eine **gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht gegeben**.

a) Das von dem Antragsteller geplante Vorgehen erweist sich als Durchsuchung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 GG. Zwar erfüllt nicht jedes Eindringen von Amtsträgern in eine Wohnung den Tatbestand der **Durchsuchung** im Sinne des Absatzes 2; eine solche ist vielmehr nur dann gegeben, wenn es um die Suche nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung geht (vgl. zum Ganzen Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Stand: 9/2017, Art. 13 Rn. 22). Genau dies - **das Auffinden und Ergreifen des Antragsgegners** - ist jedoch das Ziel der beantragten Maßnahme (S. 3 des Antrags). Ein solches Durchsuchen einer Wohnung steht nicht nur unter einem aus Art. 13 Abs. 2 GG folgenden **Richtervorbehalt**. Art. 13 Abs. 2 GG enthält auch einen ausdrücklichen **Gesetzesvorbehalt**. Dieser wird im Absatz 2 zwar etwas „verklausuliert“ geregelt, kommt aber durch den Hinweis auf die „in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe“ und auf die „dort vorgeschriebene(n) Form“ hinreichend zum Ausdruck (ebd., Art. 13 Rn. 21). Die Durchsuchung bedarf deshalb einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. **Dementsprechend kann die Anordnung hierfür auch nicht direkt auf Art. 13 Abs. 2 GG gestützt werden** (insoweit nicht konsequent Zeitler, Das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen im Zusammenhang mit der Abschiebung, ZAR 2014, 365 <369>).

b) An der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage fehlt es vorliegend. Diese kann entgegen dem Vorbringen des Antragstellers nicht dem Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges bei der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Landes Berlin (im Folgenden: UZwG Bln) entnommen werden. Zwar ist in § 7 UZwG Bln Art. 13 Abs. 1 GG als eingeschränktes Grundrecht zitiert. Dennoch **beinhaltet das UZwG Bln keine Ermächtigungsgrundlage** im Sinne von Art. 13 Abs. 2 GG (zum inhaltsgleichen § 3 UZwG s. Wehr, UZwG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 2). Das UZwG Bln ermächtigt insofern nur zur Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Beseitigung von Hindernissen, die dem Betreten oder Durchsuchen einer Wohnung entgegenstehen, berechtigt aber nicht zum Durchsuchen der Wohnung (ebd., a.A. VG Berlin, Beschlüsse vom 8. September 2011 - 6 M 2.11 -, juris sowie vom 12. April 2017 - 10 M 308.17 -, S. 4 ff. d. amtl. Abdr.; krit. dazu Wehr, UZwG, a.a.O., § 2 Rn. 3 sowie Ruthig, in: Schenke/Graulich/ders., UZwG, 1. Aufl. 2014, § 3 Rn. 2; zum Ganzen Herrmann, Vollstreckung oder Durchsuchung, ZAR 2017, 201 <204>).

Eine Befugnis zum Durchsuchen von Wohnungen findet sich **auch nicht im Aufenthaltsgesetz**, etwa als Annex zur zwangsweisen Durchsetzung der gesetzlichen Ausreisepflicht (§ 50 Abs. 1 AufenthG, § 58 Abs. 1 AufenthG). Dies muss bereits deshalb ausscheiden, weil § 106 AufenthG Art. 13 Abs. 1 GG nicht zitiert (vgl. Zeitler, a.a.O., 365, <367>), was das Zitiergebot aber erforderte (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG).

Auch das Berliner Landesvollstreckungsrecht bietet hierfür keine Grundlage. Denn das Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes (i. V. m. § 8 Abs. 1 VwVfG Bln) sieht eine Betretens- oder Durchsuchungsbefugnis, unabhängig von der Frage, ob das Verwaltungsvollstreckungsrecht überhaupt anwendbar ist, wenn kein Verwaltungsakt, sondern eine gesetzliche Ausreisepflicht vollstreckt wird (krit. Zeitler, a.a.O., <367>), nicht vor. Eine Vorschrift wie etwa § 6 Abs. 1 oder Abs. 2 LVwVG BW, wonach Vollstreckungsbeamte befugt sind, das Besitztum bzw. - nach richterlicher

Anordnungen - Wohnungen zu betreten und zu durchsuchen, gibt es im Verwaltungsvollstreckungsgesetz gerade nicht. Das Verwaltungsvollstreckungsgesetz legitimiert nur dazu, eine (aus anderen Vorschriften folgende) Betretens- oder Durchsuchungsberechtigung mittels Zwang durchzusetzen, nicht jedoch zum Betreten oder Durchsuchen selbst.

Ebenso wenig kann die EU-Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG (RF-RL) eine Grundlage für die begehrte Maßnahme bieten - losgelöst von der Frage, ob eine Richtlinie überhaupt dem verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt genügt. In der Rückführungsrichtlinie ist zwar in Art. 8 Abs. 1 und Abs. 4 RF-RL geregelt, dass die Behörden alle erforderlichen Maßnahmen zur Vollstreckung der Rückführungsentscheidung treffen, auch Zwangsmaßnahmen. Diese müssen aber „nach dem einzelstaatlichen Recht im Einklang mit den Grundrechten (...) angewandt werden“ (Art. 8 Abs. 4 Satz 2 RF-RL), also dem verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt genügen.

Der Kammer ist bewusst, dass damit die polizeiliche Durchsetzung der Ausreisepflicht zunächst verhindert wird. Der Antragsteller hätte es aber in der Hand gehabt bzw. hat es noch in der Hand, sich bei den ordentlichen Gerichten um die im Aufenthaltsgesetz dafür vorgesehenen Instrumente zu bemühen, namentlich einen Ausreisegewahrsam bzw. ggf. Abschiebungshaft (§§ 62, 62b AufenthG) zu beantragen.

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19.02.2018 – OVG 6 L 14.18

Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass das Verwaltungsvollstreckungsrecht für die beantragte Maßnahme keine Rechtsgrundlage biete, ist aus den zutreffenden Gründen des erstinstanzlichen Beschlusses nicht zu beanstanden.

Das Verwaltungsgericht geht zutreffend davon aus, dass es für die beabsichtigte Wohnungsdurchsuchung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Das im Land Berlin anwendbare Vollstreckungsgesetz des Bundes (vgl. § 8 Abs. 1 VwVfG Bln) enthält jedoch keine Rechtsgrundlage für die richterliche Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung und damit einen Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts Bezug genommen, mit denen sich das Beschwerdevorbringen nicht auseinandergesetzt hat.

Soweit in § 7 UZwG Bln Art. 13 Abs. 1 GG als eingeschränktes Grundrecht zitiert wird, ersetzt dies nicht die nach Art. 13 Abs. 2 GG erforderliche gesetzliche Grundlage für die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung. In die Befugnis zur Ausübung unmittelbaren Zwangs kann mit Blick auf den Gesetzesvorbehalt in Art. 13 Abs. 2 GG auch keine Ermächtigung zur Durchsuchung von Wohnungen hineingelesen werden. Das UZwG Bln ermächtigt zur Anwendung unmittelbaren Zwangs in Form eines Einwirkens auf Personen und Sachen durch körperliche Gewalt, durch Hilfsmittel der körperlichen Gewalt und durch Waffen (§ 1 UZwG Bln) im Rahmen einer Verwaltungsvollstreckungsmaßnahme. Die Regelung macht jedoch trotz der Zitierung des Art. 13 Abs. 1 GG eine landesgesetzliche Ermächtigungsnorm zur Wohnungsdurchsuchung nicht entbehrlich (vgl. Wehr, UzWG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 2; wohl auch Ruthig in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Aufl. 2014, § 4 UzWG Rn. 2 unter Hinweis auf verfassungsrechtliche Bedenken). Dem Landesgesetzgeber steht es offen, im Landesvollstreckungsrecht eine solche Ermächtigungsgrundlage zu schaffen (siehe etwa § 6 LVwVG Baden-Württemberg). Davon ist bislang im Land Berlin kein Gebrauch gemacht worden. Soweit das Verwaltungsgericht Berlin eine richterliche Durchsuchungsanordnung im Land Brandenburg nach § 26 Abs. 1 VwVG Bbg in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 GG für zulässig gehalten hat, da die Einschränkung des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der

Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) im Landesverwaltungsvollstreckungsrecht (§ 40 VwVG Bbg) zitiert sei (VG Berlin, Beschluss vom 8. September 2011 - VG 6 M 2.11 - NVwZ-RR 2012, 167, juris Rn. 9), bedarf dies keiner näheren Betrachtung, da das Berliner Landesverwaltungsvollstreckungsrecht eine solche Einschränkung nicht vorsieht. Die Antragstellerin kann sich auch nicht mit Erfolg auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 12. April 2017 - VG 10 M 308.17 - stützen, da sich dieser zu der hier inmitten stehenden Frage nach der Rechtsgrundlage für eine Durchsuchungsanordnung nicht näher verhält.

Da es bereits an einer verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage fehlt, kommt es nicht entscheidungserheblich auf die auch von der Vorinstanz offengelassene Frage an, ob das Verwaltungsvollstreckungsrecht im vorliegenden Fall anwendbar wäre, da es nicht um die Vollstreckung eines Verwaltungsaktes (vgl. § 6 Abs. 1 VwVG), sondern der gesetzlichen Ausreisepflicht geht.

Der Senat sieht keinen Anlass, über die Frage zu entscheiden, ob im vorliegenden Fall eine Durchsuchung auf das **Berliner Polizeirecht (§ 36 ASOG)** gestützt werden könnte, da der Antragsteller eine solche Maßnahme, die er im Übrigen bei dem Amtsgericht Tiergarten hätte beantragen müssen (§ 37 Abs. 1 ASOG), ersichtlich nicht beantragt hat. Soweit das Verwaltungsgericht Berlin sich im Rahmen seiner Zuständigkeit nach § 40 Abs. 1 VwGO mit dieser Frage beschäftigt hat, verhält sich das Beschwerdevorbringen hierzu nicht. Auch die von dem Verwaltungsgericht angesprochenen Möglichkeiten des Ausreisegewahrsams bzw. der Abschiebungshaft (§§ 62, 62b AufenthG) sind unabhängig davon, ob deren Voraussetzungen im vorliegenden Fall gegeben wären, nicht Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens.

KG Berlin, Beschluss vom 20.03.2018 – 1 W 51/18

Allerdings findet das Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz Anwendung, soweit das Aufenthaltsgesetz die Abschiebung nicht abschließend regelt. **Die Abschiebung nach § 58 AufenthG ist eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung** (Hailbronner, Ausländerrecht, Stand Nov. 2017, § 58 Rn. 4; Huber, AufenthG, 2. Aufl., § 58 Rn.2; Zeitler, ZAR 2014, 365, 369), **für die gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 VwVfG BE das Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz gilt**. Dem steht nicht entgegen, dass mit der Abschiebung als unmittelbarem Zwang regelmäßig kein Verwaltungsakt (§ 6 Abs. 1 VwVG, § 35 VwVfG), sondern die gesetzliche Ausreisepflicht (§§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 2 AufenthG) durchgesetzt wird. **Der Grundverwaltungsakt wird durch die Androhung der Abschiebung nach § 59 AufenthG ersetzt, die auch als Rückkehrenscheidung i.S.v. Art. 3 Nr. 4, Art. 8 RL 2008/115/EG anzusehen ist** (BT-Drucks. 17/5470 S. 24; VGH Baden-Württemberg, InfAuslR 2013, 98; Hailbronner, a.a.O., § 59 Rn. 2a; Huber, a.a.O., § 59 Rn. 7).

Das Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz und auch das Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges bei der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Landes Berlin enthalten keine Rechtsgrundlage für die richterliche Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung. Hierzu wird auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts Berlin (Beschluss vom 16. Februar 2018 - 19 M 62.18 -, bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19. Februar 2018 - 6 L 14.18 - jew. juris) verwiesen, denen sich der Senat anschließt. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, eine Ermächtigungsgrundlage für eine Durchsuchung zur Verwaltungsvollstreckung (vgl. z.B. § 6 Abs. 1 VwVG BW, Art. 37 Abs. 3 VwZVG BY; zur Zwangsvollstreckung § 758 ZPO) oder auch speziell zur Durchführung der Abschiebung zu schaffen. Hiervon haben der Bund und das Land Berlin aber keinen Gebrauch gemacht.

Auch die Voraussetzungen für eine nunmehr geltend gemachte Durchsuchung nach

dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht liegen nicht vor. **Die Voraussetzungen von § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ASOG sind nicht erfüllt.** Zur Begründung wird auf die zutreffenden Erwägungen des Amtsgerichts verwiesen, die der Antragsteller nicht beanstandet hat. Die Durchsuchung kann aus den Gründen der Nichtabhilfeentscheidung nicht auf § 36 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 Nr. 3 ASOG gestützt werden. Schließlich sind auch die Voraussetzungen von § 36 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG nicht gegeben.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Betroffene mit dem Aufenthalt im Inland eine Straftat (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) fortsetzt. Ebenso ist es unerheblich, ob eine solche Straftat die Ingewahrsamnahme nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG begründen kann, wenn die Polizei nicht auf Anordnung der Ausländerbehörde handelt (vgl. dazu KG, InfAuslR 2002, 315; Beschluss vom 31. Dezember 2003 - 25 W 62/03 - juris; s. aber auch die jetzt geltende Spezialregelung § 62 Abs. 5 AufenthG). Denn der Antragsteller beabsichtigt nicht, den Betroffenen in Unterbindungsgewahrsam zu nehmen. Das aber ist Voraussetzung für eine Durchsuchung, die auf die Befugnis nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG gestützt wird (a.A. wohl OLG Hamm, FGPrax 2004, 306); die Durchsuchung kann nur eine Vorbereitungsmaßnahme sein, um die Ingewahrsamnahme zu ermöglichen (vgl. Pewestorf/Söllner, Praxishandbuch Polizei- und Ordnungsrecht, Kap. 3 Rn. 289; Drewes/Malmberg/Walter, BPolG, 5. Aufl., § 45 Rn. 14). **Die geplante Direktabschiebung des Betroffenen ist keine Ingewahrsamnahme, d.h. Freiheitsentziehung** (BVerwG, NJW 1982, 537; InfAuslR 1982, 276; Hailbronner, a.a.O., § 58 Rn. 57). Andernfalls hätten das Landesamt bzw. der Antragsteller auch die - ggf. einstweilige (§ 427 FamFG) - Anordnung von Sicherungshaft oder Ausreisegewahrsam (§ 62 Abs. 2, § 62b AufenthG) beantragen müssen.

Ohnehin ist nicht festzustellen, dass die beabsichtigte Durchsuchung den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** wahrt. Nach dem Vorbringen des Antragstellers erscheint der Betroffene regelmäßig bei der Ausländerbehörde. Er könnte dort verhaftet werden. Seine Abschiebungshaft erscheint gegenüber dem unangekündigten gewaltsamen Eindringen in die Wohnung, die von mindestens 3 weiteren (unbeteiligten) Personen bewohnt wird, und der Durchsuchung durch ein Spezialeinsatzkommando als das mildere Mittel.

VG Hamburg, Urteil vom 15.02.2019 – 9 K 1669/18

Die **Ermächtigungsgrundlage** für das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung ergibt sich aus **§ 23 HmbVwVG**. Die Vollziehungsperson ist danach befugt, Wohnungen, Geschäftsräume und sonstiges Besitztum der pflichtigen Person zu betreten und zu durchsuchen, soweit der Zweck der Vollstreckung es erfordert (§ 23 Abs. 1 HmbVwVG). Sie ist befugt, verschlossene Türen und Behältnisse zu öffnen oder öffnen zu lassen (§ 23 Abs. 2 HmbVwVG). Die Wohn- und Geschäftsräume der pflichtigen Person dürfen ohne deren Einwilligung nur auf Grund einer richterlichen Anordnung durchsucht werden, die bei der Vollstreckung vorzuzeigen ist. Dies gilt nicht, wenn die Einholung der Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde (§ 23 Abs. 3 Sätze 1 u. 2 HmbVwVG). Mit diesen gesetzlichen Vorgaben stand das Vorgehen der Beklagten nicht im Einklang.

a) Bei den beiden Zimmern der Kläger in der Wohnunterkunft handelt es sich um eine Wohnung im Sinne von § 23 HmbVwVG und Art. 13 Abs. 1 GG.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist Wohnung die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet (BVerfG, Beschl. v. 13.10.1971, 1 BvR 280/66, Schnellreinigung, Betriebsbetretungsrecht, juris Rn. 45; Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a., Volkszählung, Mikrozensus, juris Rn. 141). Im Interesse eines wirksamen Schutzes der Wohnung hat das Bundesverfassungsgericht

diesen Begriff weit ausgelegt (BVerfG, Urt. v. 17.2.1998, 1 BvF 1/91, Kurzberichterstattung im Fernsehen, juris Rn. 134). Danach sind die **Zimmer der Kläger in der Wohnunterkunft Curslacker Neuer Deich 57 als Wohnung zu qualifizieren**, und zwar als Wohnung im engeren Sinne, die zu Wohnzwecken genutzt wurde und nicht – wie Betriebs- und Geschäftsräume – zur Aufnahme sozialer Kontakte mit der Außenwelt bestimmt war (s. auch Zölls, ZAR 2018, 56 (58); Herrmann, ZAR 2017, 201 (202); Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012, Art. 13 Rn. 15; Herdegen, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 71. Lfg. Oktober 1993, Art. 13 Rn. 36).

Das **Asylgesetz verwendet** im Zusammenhang mit dem Aufenthalt von Asylbewerbern in Aufnahmeeinrichtungen (§ 47 AsylG) und Gemeinschaftseinrichtungen (§ 53 AsylG) **selbst den Begriff des Wohnens**. Im konkreten Fall hatten die Kläger in der Wohnunterkunft Curslacker Neuer Deich 57 in Bergedorf, die 360 Plätze für Geflüchtete und Wohnungslose bietet (<https://www.foerdernundwohnen.de/unternehmen/standorte/>, letzter Abruf am 18.12.2018), in einem Wohncontainer zwei Zimmer für sich zur Verfügung, die sie nicht mit Fremden teilen mussten. Nach den Informationen auf der Homepage der f & w fördern und wohnen AöR leben Familien in den Wohnunterkünften wie in einer eigenen Wohnung, Alleinstehende und/oder Paare wie in einer Wohngemeinschaft. Zwei Personen teilen sich ein Zimmer. Für ihren Haushalt sind sie selbst verantwortlich (<https://www.foerdernundwohnen.de/unterkuenfte/wohnunterkuenfte/>, letzter Abruf am 18.12.2018). In den beiden Zimmern der Wohnunterkunft fand nach dem Vortrag der Kläger ihr Privatleben statt, insbesondere hatten sie dort ihre Schlafstätte.

Der Umstand, dass ausreisepflichtige Asylbewerber mit ihrer Abschiebung auch die Zimmer ihrer Wohnunterkunft räumen müssen und darin deshalb anschließend nicht mehr ihr Privatleben entfalten können, vermag diesen Räumlichkeiten vor einer Abschiebung nicht die Eigenschaft als räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet, zu nehmen (a. A. VG Neustadt an der Weinstraße, Beschl. v. 28.6.2002, 7 N 1804/02 NW, InfAusIR 2002, 410 f.). Es kommt zudem nicht darauf an, dass es sich um eine Wohnunterkunft der Beklagten selbst handelt, da **Träger des Grundrechts aus Art. 13 GG unabhängig von den Eigentumsverhältnissen jeder unmittelbare Besitzer bzw. Träger der tatsächlichen Sachherrschaft** ist (Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Lieferung 71, März 2014, Art. 13 Rn. 22; Hermes, in: Dreier, GG, 3. Auflage 2013, Art. 13 Rn. 21; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Auflage 2018, Art. 13 Rn. 6).

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dazu, dass es sich bei einem **Haftraum** nicht um eine Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG handelt, da von dessen Zuweisung als persönlicher und vom allgemeinen Anstaltsbereich abgegrenzter Lebensbereich das Hausrecht der Anstalt unberührt bleibt (BVerfG, Kammerbeschl. v. 30.5.1996, 2 BvR 727/94 u.a., juris Rn. 13), **lässt sich nicht auf Zimmer in Gemeinschaftsunterkünften im Sinne von § 53 AsylG übertragen**. Auch der dortige Aufenthalt beruht zwar nicht auf einer freiwilligen Entscheidung der Betroffenen, sondern auf einer behördlichen Entscheidung zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung. Die **Privatsphäre** der Asylbewerber ist in den ihnen zugewiesenen Zimmern in Gemeinschaftsunterkünften jedoch **deutlich weniger eingeschränkt als bei Gefangenen in Hafträumen**.

b) Die Durchsuchung der klägerischen Wohnung war rechtswidrig.

aa) Die Maßnahmen der Beklagten sind – unabhängig davon, ob die Wohnung auch nach Sachen durchsucht wurde – als Durchsuchung im Sinne von § 23 Abs. 3 Satz 1 HmbVwVG und Art. 13 Abs. 2 GG zu qualifizieren.

Für den Begriff der Durchsuchung kennzeichnend ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines

Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will (BVerfG, Beschl. v. 3.4.1979, 1 BvR 994/76, Durchsuchungsanordnung, Zwangsvollstreckung, juris Rn. 26; Beschl. v. 5.5.1987, 1 BvR 1113/85, Betretungsrecht des Sachverständigen, Sachverständiger, juris Rn. 26; Kammerbeschl. v. 19.11.1999, 1 BvR 2017/97, juris Rn. 11). Die Durchsuchung erschöpft sich nicht in einem Betreten der Wohnung, sondern umfasst als zweites Element die Vornahme von Handlungen in den Räumen (BVerfG, Beschl. v. 16.6.1987, 1 BvR 1202/84, Zwangsvollstreckung, Durchsuchungsanordnung, juris Rn. 26). Die gesetzlich zulässigen Durchsuchungen dienen als Mittel zum Auffinden und Ergreifen einer Person, zum Auffinden, Sicherstellen oder zur Beschlagnahme einer Sache oder zur Verfolgung von Spuren. Begriffsmerkmal der Durchsuchung ist somit die Suche nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung. Kennzeichnend für die Durchsuchung ist die Absicht, etwas nicht klar zutage Liegendes, vielleicht Verborgenes aufzudecken oder ein Geheimnis zu lüften, mithin das Ausforschen eines für die freie Entfaltung der Persönlichkeit wesentlichen Lebensbereichs, das unter Umständen bis in die Intimsphäre des Betroffenen dringen kann (BVerfG, Urt. v. 6.9.1974, I C 17.73, juris Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 25.8.2004, 6 C 26/03, juris Rn. 24; als Betreten geschützter Räume, verbunden mit der Vornahme von Augenschein an Personen, Sachen und Spuren bezeichnet die Durchsuchung: Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Lieferung 71, März 2014, Art. 13 Rn. 22).

(1) Gemessen an diesen Vorgaben handelt es sich um eine **Durchsuchung, wenn Vollstreckungspersonen eine Wohnung öffnen und betreten, um darin bestimmte Personen aufzufinden und zu ergreifen** (s. auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19.2.2018, OVG 6 L 14.18, juris Rn. 2; VG Berlin, Beschl. v. 16.2.2018, 19 M 62.18, juris Rn. 9; VG Bremen, Urt. v. 13.1.2012, 2 K 2625/08, www.asyl.net; Herrmann, ZAR 2017, 201 (204); Zeitler, ZAR 2014, 365 (367); LG Verden, Beschl. v. 25.8.2004, 6 T 120/04, BeckRS 2004, 31369220). Soweit insbesondere zu § 102 StPO vertreten wird, es liege keine Durchsuchung, sondern nur eine Nachschau vor, wenn die Behördenmitarbeiter eine Wohnung zum Zweck der Ergreifung eines Betroffenen betreten, wenn sie bemerkt haben, dass der Betroffene sich nicht in seiner Wohnung verbirgt, sondern sich nur dort aufhält (KG, Beschl. v. 19.2.1999, (5) 1 Ss 363/98 (6/99), BeckRS 2014, 02694; Kaiser, NJW 1980, 875 (876); Hauschildt, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Auflage 2014, § 102 Rn. 6; Schmitt, in: Meyer-Goßner, StPO, 61. Auflage 2018, § 102 Rn. 8; Zscheschack, NJW 2005, 3318 (3319); vgl. auch VG Oldenburg, Urt. v. 6.6.2012, 11 A 3099/12, juris Rn. 22; a. A. Malek/Wohlers, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe, 2. Auflage 2001, S. 12), ist dem nach Auffassung der Kammer nicht zu folgen.

Die als Beleg für die Gegenauffassung genannten höchstrichterlichen Entscheidungen tragen diese nicht, sondern stehen ihr entgegen. So hat das Bundesverfassungsgericht in der angeführten Entscheidung (BVerfG, Beschl. v. 13.10.1971, 1 BvR 280/66, Schnellreinigung, Betriebsbetretungsrecht, juris), in der es näher begründet hat, dass vom Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG auch Betriebs- und Geschäftsräume erfasst sind (a.a.O., Rn. 39 ff.), es sich bei der Wahrnehmung handwerksrechtlicher Betretungs- und Besichtigungsrechte in solchen Betriebs- und Geschäftsräume aber nicht um Durchsuchungen oder sonstige Eingriffe in Art. 13 GG handelt (a.a.O., Rn. 48 ff.), ausdrücklich klargestellt, dass ein solches Betretungs- und Besichtigungsrecht bei Wohnräumen ausgeschlossen ist (a.a.O., Rn. 51). Die darüber hinaus genannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urt. v. 6.9.1974, I C 17.73, juris) betraf nicht einen Fall, in dem Mitarbeiter staatlicher Behörden eine Wohnung zu dem Zweck betreten haben, eine bestimmte Person aufzufinden. Wie das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich ausgeführt hat, sei das polizeiliche

Einschreiten durch gewaltsame Einwirkungen von Personen in dem Hause auf dessen Umgebung bedingt gewesen. Diese Störungen hätten durch das Eindringen der Polizei in das Haus unterbunden werden sollen. Daher seien dort nicht Nachforschungen angestellt worden, sondern Personen außerhalb des Hauses dadurch geschützt worden, dass die Polizei einen Teil der im Hause angetroffenen Personen hinausgedrängt habe, um dadurch das weitere Werfen von Gegenständen auf Polizeibeamte zu verhindern. Die Polizei sei nicht in verschlossene Zimmer der Studenten eingedrungen, sondern habe nur Personen, die sie in den Fluren und offenen Zimmern angetroffen habe, zum Verlassen des Wohnheims aufgefordert (a.a.O., Rn. 18).

Reicht es für die Annahme einer Durchsuchung aus, dass Vollstreckungspersonen eine Wohnung öffnen und betreten, um darin bestimmte Personen aufzufinden und zu ergreifen, kommt es 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 nach Auffassung der Kammer in der Praxis eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Durchsuchung und bloßem Betreten einer Wohnung auch kaum möglich.

Die in § 23 HmbVwVG angelegte Unterscheidung zwischen dem Betreten und dem Durchsuchen einer Wohnung steht dem nicht entgegen. Das Betreten ist zwar notwendiges Begriffsmerkmal jeder Wohnungsdurchsuchung. Dies gilt auch beim Öffnen und Betreten einer Wohnung zwecks Auffindung und Ergreifung einer bestimmten Person. Unbeschadet dessen kann es in anderen Fällen als bei Ergreifungsdurchsuchungen Konstellationen geben, in denen eine Wohnung nicht durchsucht, sondern lediglich betreten wird.

(2) Im vorliegenden Fall sind die Maßnahmen der Beklagten bei diesem Verständnis des Durchsuchungsbegriffs als Durchsuchung zu qualifizieren. Die Mitarbeiter der Beklagten öffneten und betraten die Zimmer der Kläger zu dem Zweck, sie dort aufzufinden und zu ergreifen, um sie anschließend in die Niederlande abschieben zu können. Vor dem Betreten der Zimmer stand es für die Mitarbeiter der Beklagten im Übrigen nicht sicher fest, dass die Kläger sich zum damaligen Zeitpunkt tatsächlich (vollzählig) in ihren Zimmern aufhielten. Bei vorangegangenen Überstellungsversuchen war dies teilweise nicht der Fall gewesen. Vor dem Betreten der Zimmer konnte die Beklagte auch nicht davon ausgehen, dass die Kläger für sie unmittelbar sichtbar sein würden und eine Suche nach ihnen nicht erforderlich wäre. Auch in kleinen Zimmern eines Wohncontainers kann es insbesondere für Kinder Möglichkeiten geben, sich verborgen zu halten.

*bb) **Eine richterliche Anordnung** zur Durchsuchung der Wohnung der Kläger **lag** entgegen § 23 Abs. 3 Sätze 1 u. 2 HmbVwVG und Art. 13 Abs. 2 GG **nicht vor**. Die Beklagte durfte von der Einholung einer richterlichen Anordnung nicht absehen, weil dies nicht den Erfolg der Durchsuchung gefährdet hätte. Es bestand **keine Gefahr im Verzug**. Die Beklagte hat die Durchführung der Abschiebung vielmehr mit einem Vorlauf von mehreren Wochen geplant, in dem eine richterliche Anordnung hätte beantragt werden können. Bereits am 12. Januar 2017 und damit mehr als einen Monat vor dem Überstellungstermin hatte die Beklagte dem zuständigen Referat den Auftrag erteilt, die vollziehbare Ausreisepflicht der Kläger durch Zugriff in der Wohnung zu vollstrecken.*

*c) **Auch ein bloßes Betreten** der klägerischen Wohnung – ohne eine Durchsuchung in Gestalt des Aufsuchens und Ergreifens der Kläger – **wäre rechtswidrig gewesen**. Die Ermächtigungsgrundlage für das Betreten von Wohnungen in § 23 Abs. 1 HmbVwVG ist im Hinblick auf **Art. 13 Abs. 7 GG** verfassungskonform auszulegen.*

Eingriffe, die weder als Durchsuchungen noch als technische Wohnraumüberwachung einzustufen sind, unterfallen Art. 13 Abs. 7 GG. Danach dürfen Eingriffe im Übrigen **nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen**, aufgrund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutz gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden. Gemessen an diesen Vorgaben hätten die Voraussetzungen für ein Betreten der Zimmer der Wohnunterkunft – ohne eine Durchsuchung in Gestalt des Aufsuchens und Ergreifens der Kläger – nicht vorgelegen. Insbesondere wäre das Betreten der Zimmer nicht aufgrund der Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gerechtfertigt gewesen.

Eine dringende Gefahr braucht für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht bereits eingetreten zu sein; es genügt, dass die Beschränkung des Grundrechts dem Zweck dient, einen Zustand nicht eintreten zu lassen, der seinerseits eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen würde. Daraus folgt, dass eine dringende Gefahr vorliegt, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wichtiges Rechtsgut schädigen wird. An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sind nach dem aus dem Grundgesetz ableitbaren Grundsatz der Verhältnismäßigkeit umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist; aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergibt sich ferner, dass in die Wohnungsfreiheit nur eingegriffen werden darf, wenn und soweit die Maßnahme zur Gefahrenabwehr geeignet und erforderlich ist, und dass im Einzelfall die rechtsstaatliche Bedeutung der Unverletzlichkeit der Wohnung mit dem öffentlichen Interesse an der Wahrung von Recht und Ordnung abgewogen werden muss (BVerwG, Urt. v. 6.9.1974, I C 17.73, juris Rn. 23; Beschl. v. 7.6.2006, 4 B 36/06, juris Rn. 5; s. auch Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Lieferung 71, März 2014, Art. 13 Rn. 126 ff.; Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012, Art. 13 Rn. 7). Nach diesen Vorgaben wäre das Betreten der klägerischen Zimmer in der Wohnunterkunft nicht zur Verhütung einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit gerechtfertigt gewesen.

Als betroffenes Schutzgut der öffentlichen Sicherheit wäre die Ausreisepflicht nach § 50 Abs. 1 AufenthG in Betracht gekommen, die aufgrund der unterbliebenen Ausreise der Kläger gestört war und weiterhin gestört zu werden drohte. Die Ausreisepflicht bestand aufgrund des Erlöschens der Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylverfahrens (§ 55 Abs. 1 AsylG) durch den Eintritt der Vollziehbarkeit der Abschiebungsanordnung (§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AsylG). Es bedarf an dieser Stelle keiner abschließenden Klärung, ob es sich bei der Ausreisepflicht um ein hinreichend wichtiges Rechtsgut handelt, das einen Eingriff in die Wohnungsfreiheit rechtfertigen könnte. Das reine Betreten der Zimmer in der Wohnunterkunft – ohne eine Durchsuchung in Gestalt des Aufsuchens und Ergreifens der Kläger – hätte die weiterhin drohende Störung der Ausreisepflicht jedenfalls nicht wirksam zu verhindern vermocht. In Betracht gekommen wäre nur die Befragung der Kläger, ob sie bereit wären, die Zimmer der Wohnunterkunft freiwillig zwecks ihrer Abschiebung zu verlassen. Dies hätte sich jedoch auch klären lassen, ohne die Zimmer zu betreten.

In diesem Zusammenhang weist die Kammer darauf hin, dass die Annahme, die zu überstellenden Asylbewerber seien flüchtig im Sinne von Art. 29 Abs. 2 Satz 2 der Dublin III Verordnung (zu den Anforderungen im Einzelnen s. VG Hamburg, Urt. v. 20.11.2018, 9 A 1450/18, juris Rn. 25), regelmäßig auch dann nicht zu beanstanden sein wird, wenn die Mitarbeiter der Beklagten die den Asylbewerbern zugewiesenen

Zimmer zu einer Zeit, in der mit ihrem dortigen Aufenthalt zu rechnen ist, aufsuchen und dort anklopfen oder klingeln, ihnen aber nicht geöffnet wird.

AG Ellwangen, Vermerk vom 05.03.2019 – 1 Cs 17 Js 13976/18 jug.

Es handelt sich bei den Zimmern der LEA um eine Wohnung [...]. Der Begriff Wohnung wird insofern im Lichte des Grundgesetzes weit ausgelegt und umfasst insofern jegliche Räumlichkeiten, die der tatsächlichen privaten und beruflichen Nutzung dienen. Zur Einstufung von Zimmern in Asylunterkünften als Wohnung wird im Übrigen auf das aktuelle – nicht rechtskräftige – Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg, 9 K 1669/18 verwiesen.

Nach Auffassung des Gerichts sind die Asylbewerber zudem Wohnungsinhaber [...] Als Wohnungsinhaber gilt derjenige, wer die Räumlichkeit berechtigterweise nutzt, also die tatsächliche Gewalt im Sinne der Sachherrschaft ausübt. Bei Gemeinschaftsunterkünften sind bei denjenigen Räumen, die einzelnen Menschen zu Wohnzwecken zugewiesen sind, diese Menschen als Wohnungsinhaber zu sehen (vgl. BeckOK PolR/BW, § 31 Rn 19). Lediglich bei den gemeinschaftlich genutzten Räumlichkeiten – Sanitär- oder Küchenbereich – gilt der Leiter der Einrichtung als Wohnungsinhaber.

II.2. Auffassung der Berliner Polizei

In einem Schreiben des Polizeipräsidenten in Berlin (Polizeipräsidium Stab) vom 21. August 2018 an eine Gemeinschaftsunterkunft erklärte die Berliner Polizei folgendes:

„Regelmäßig werden die Polizeibediensteten aufgrund eines Festnahmeersuchens der Ausländerbehörde Berlin tätig.“

Diese Aussage war zumindest ungenau aber letztlich falsch. Ein Festnahmeersuchen beinhaltet den Auftrag, eine Person in Gewahrsam zu nehmen, ihr also die Freiheit zu entziehen. Wenn dem so wäre, benötigte die Polizei bereits dafür einen richterlichen Beschluss. Da eine Direktabschiebung aber nicht als freiheitsentziehende Maßnahme bewertet wird, kann bereits kein Festnahmeersuchen vorliegen. Vielmehr geht es um den Auftrag der Ausländerbehörde, eine bestimmte Person aufzufinden und direkt abzuschicken.

„Hierbei bildet die formell gesetzliche Bestimmung über das Zwangsmittel des unmittelbaren Zwangs selbst, § 8 VwVfGBln i.V.m. § 12 VwVG bzw. die spezialgesetzliche Regelung des unmittelbaren Zwangs in § 58 AufenthG, eine ausreichende gesetzliche Grundlage für das Betreten der Wohnung.“

Auch diese Aussage war und ist schlicht in mehrfacher Hinsicht unzutreffend. Dass sich aus dem Berliner Vollstreckungsrecht keine Rechtsgrundlage für ein Betreten oder Durchsuchung der Wohnung ergibt, wurde durch das Verwaltungsgericht Berlin, das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg und das Kammergericht ausführlich dargelegt. Auch § 58 AufenthG enthielt offensichtlich keine entsprechende Rechtsgrundlage. § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG besagte:

Der Ausländer ist abzuschicken, wenn die Ausreisepflicht vollziehbar ist, eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist, und die freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht nicht gesichert ist oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Überwachung der Ausreise erforderlich erscheint.

In dieser Norm war nicht ansatzweise das Betreten oder Durchsuchung einer Wohnung geregelt.

„Es handelt sich nicht um eine Einschränkung des Grundrechts nach Art. 13 Abs. 2 GG wie beispielsweise bei einer Durchsuchung, sondern um eine Einschränkung nach Art. 13 Abs. 7 GG, die keines Durchsuchungsbeschlusses bedarf.“

Das bloße Abstellen auf eine Grundlage für das Betreten der Wohnung (Art. 13 Abs. 7 GG) zeigt, dass die Berliner Polizei auch nicht bereit ist, anzuerkennen, dass das Ziel, eine Person in ihrer Wohnung aufzugreifen stets als Durchsuchung der Wohnung anzusehen ist. Auch dies wurde durch die Gerichte bereits mehrfach festgestellt. Schließlich ist die Feststellung zwar zutreffend, dass für ein bloßes Betreten der Wohnung kein Durchsuchungsbeschluss erforderlich ist – eine ausdrückliche Rechtsgrundlage ist dennoch erforderlich. Eine solche Rechtsgrundlage besteht für das Land Berlin schlicht nicht.

„Eine Wesensart des Betretens ist hierbei, dass in der Wohnung nicht nach versteckten Personen gesucht wird, z.B. in verschlossenen Behältnissen wie einem Schrank, sondern lediglich frei zugängliche Räumlichkeiten in Augenschein genommen werden. Dieser Eingriff umfasst ggf. auch das zwangsweise Öffnen der Räumlichkeit oder ein betreten der frei zugänglichen Räumlichkeiten (Gemeinschaftsräume) innerhalb der Unterkunft auch gegen bzw. ohne den Willen des Hausrechtsinhabers.“

Hier muss sich die Berliner Polizei fragen lassen, warum frei zugängliche Räume zwangsweise geöffnet werden sollen(?). Offensichtlich besteht der Auftrag – der oben noch als Festnahmeersuchen bezeichnet wurde – nicht nur darin, Räumlichkeiten in Augenschein zu nehmen, sondern eben gerade darin, nach bestimmten Personen zu suchen und diese aufzugreifen. Die Rechtsansicht, dass es sich um einen bloßen Auftrag zum Betreten der Wohnung handeln würde, ist nicht vertretbar. Und es muss immer wieder betont werden: auch für das Betreten der Wohnung bedarf es einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage. **Das Dabeihaben eines Rammbocks bspw. zeigt regelmäßig, dass nicht nur eine kurzzeitige Inaugenscheinnahme geplant ist – das Aufstemmen, -rammen der Wohnungstür ist eine Handlung, die die Maßnahme zwangsläufig als Durchsuchung qualifiziert**

Schließlich verkennt die Berliner Polizei den Regelungsgehalt des Art. 13 Abs. 7 GG. Diese Norm besagt (siehe auch oben):

*Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur **Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen**, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.*

Eine „gemeine Gefahr“ ist anzunehmen, bei bestehenden Gefahren für eine unbestimmte Zahl von Personen oder Sachen, mithin für die Allgemeinheit, wie sie beispielsweise bei Überschwemmungen, Seuchen, Feuersbrunst, Erdbeben, Lawinen oder radioaktiver Strahlung bestehen kann (Stern in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar - die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, 3. Aufl., Art. 13, Rn. 89). Eine solche Gefahr ist offensichtlich in den hier gegenständlichen Fällen nicht gegeben.

III. Abschiebung zur Nachtzeit

III.1. Nachtzeit

Gem. § 104 StPO umfasst die Nachtzeit vom 1. April bis 30. September die Stunden von 9:00 Uhr abends bis 4:00 Uhr morgens und in dem Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. März die Stunden von 9:00 Uhr abends bis 6:00 Uhr morgens.

Allerdings muss § 104 StPO verfassungskonform ausgelegt werden. Das BVerfG hat festgestellt: Soweit die in § 104 Abs. 3 StPO definierte Nachtzeit in den Monaten April bis September bereits um 4 Uhr morgens endet, bildet die Vorschrift **nicht mehr die Lebenswirklichkeit** ab. Vielmehr sind nach den heutigen Lebensgewohnheiten **mindestens die Stunden zwischen 4 Uhr und 6 Uhr noch der Nacht zuzurechnen** (Hinweis auf § 758a Abs 4 S 2 ZPO) (BVerfG, Beschluss vom 12. März 2019 – 2 BvR 675/14). Dabei ist zu beachten, dass das BVerfG das Wort „mindestens“ benutzt – es kann also auch Fälle geben, in denen Zeiten nach 6 Uhr noch als Nachtzeit zu bewerten sind. Bspw. wäre das denkbar, wenn es entsprechende „Nachtzeit-Regelungen“ in einer Sammelunterkunft gibt, die „Nachtruhe“ o.ä. für Zeiten nach 6 Uhr anordnen.

III.2. Unzulässigkeit von Wohnungsdurchsuchungen zur Nachtzeit (bis 20.08.2019)

Da oben bereits festgestellt wurde, dass Wohnungsdurchsuchungen zum Zweck der Abschiebung in Berlin grundsätzlich nicht zulässig sein können, entfällt letztlich die Frage, ob solche Durchsuchungen zur Nachtzeit möglich sind.

Unterstellt, das Betreten oder Durchsuchen von Wohnungen wäre im Land Berlin grundsätzlich zulässig, wären für Durchsuchungen zum Zweck der Abschiebung dennoch richterliche Beschlüsse erforderlich. Ein solcher richterlicher Beschluss müsste dann auch erkennen lassen, ob die verfügte Durchsuchungsmaßnahme auch zur Nachtzeit möglich sein soll. Enthält der Beschluss dazu keine Angaben, ist eine Durchsuchung zur Nachtzeit ausgeschlossen (es sei denn, es gäbe ein Gesetz, das ausdrücklich die Durchsuchung zur Nachtzeit zulassen würde).

Sind keine landesgesetzlichen Regelungen für Maßnahmen in der Nachtzeit vorhanden und wäre eine Durchsuchung aber grundsätzlich (mit richterlichem Beschluss) möglich, würde sich die Frage, ob eine Durchsuchung zur Nachtzeit zulässig ist, allein am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entscheiden. Dazu kann auf die zutreffenden Ausführungen von Professor Klaus Hermann (Vollstreckung oder Durchsuchung – vollzugsrechtliche Abgrenzungsfragen am Beispiel der Flüchtlingsabschiebung, ZAR 5-6/2017, S. 201, 207) Bezug genommen werden:

in der Praxis werden Durchsuchungen zur Vorbereitung der Abschiebung zur Nachtzeit regelmäßig ausscheiden. Soweit die Polizeigesetze der Länder die Durchsuchung zur Nachtzeit nicht bereits ausdrücklich auf Beseitigung erheblicher Beeinträchtigungen der Nachbarschaft oder die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert beschränken, ergibt sich dies aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot. Insbesondere soll die Gewährleistung einer verwaltungsseitig geplanten Durchführung der Abschiebung zu einer bestimmten Flugzeit oder durch eine abgestimmte Sammelrückführung nicht die hohen Anforderungen für eine Durchsuchung zur Nachtzeit rechtfertigen (AG Kerpen, Beschluss vom 22.01.2004 – 68 XIV 3/04).

III.3. Auffassung des Berliner Senats für Inneres

Der Berliner Senat für Inneres teilte zunächst die Auffassung der Berliner Polizei, dass § 58 AufenthG i.V.m. § 8 VwVfGBln i.V.m. § 12 VwVG i.V.m. § 1 UZwGBln eine geeignete Rechtsgrundlage für Durchsuchungen zum Zweck der Abschiebung wäre. Innerhalb dieser Fehlvorstellung erkennt der Senat aber zumindest, dass diese vermeintliche Rechtsgrundlage keine Regelung über die Nachtzeit enthält und deshalb das Verhältnismäßigkeitsgebot anzuwenden ist. Dazu führt der Berliner Senat für Inneres aus:

Danach kommt eine Festnahme zur Abschiebung während der Nachtzeit jedenfalls dann in Betracht, wenn sie aus organisatorischen Gründen zwingend erforderlich ist. Die Entscheidung hierüber treffen die Ausländerbehörde und die Polizei.

Diese Aussage ist äußerst bedenklich, da hier nicht nur eine bloße Missachtung geltenden Rechts zu Tage tritt sondern schon von einer Verachtung gegenüber grundlegenden Rechtsgrundsätzen erkennbar wird.

Wieder ist von einer Festnahme zur Abschiebung die Rede. Dazu wurde oben bereits etwas gesagt.

Das lapidare Abstellen auf organisatorische Gründe zeigt, dass keine Bereitschaft besteht, den verfassungsrechtlich garantierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ernsthaft anzuwenden. Darin ist eine höchst bedenkliche Missachtung gegenüber der Verfassung erkennbar. Die Grundrechte der Betroffenen spielen bei den Überlegungen des Senats offensichtlich keine Rolle. Es geht allein um die Frage, ob die Maßnahme für die Berliner Verwaltung „verhältnismäßig“ sei. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ab wann die hohen Hürden für eine Durchsuchung zur Nachtzeit (die sich insbesondere aus den Regelungen im Polizeirecht anderer Bundesländer und Art. 13 Abs. 7 GG ergeben) überwunden sein können, fehlt. Der Schutz vor staatlichen Zwangsmaßnahmen zur Nachtzeit ist ein Ausdruck des Schutzes der Privatsphäre und damit von Art. 2 Abs. 1 GG im Allgemeinen und hier von Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK im Besonderen. Diese hohen Schutzgüter können offensichtlich nicht durch bloße Organisationsfragen vernachlässigt werden. Vielmehr müssen besondere Anforderungen an eine abzuwendende Gefahr gestellt werden. Die bloße Gefahr, dass die Durchsetzung einer vollziehbaren Ausreisepflicht nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen kann, kann diesen hohen Anforderungen nicht genügen. Vielmehr sind erhebliche Gefahren für die Allgemeinheit, oder eine Lebensgefahr zu fordern.

Die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beinhaltet grundsätzlich folgende Prüfungspunkte: a) legitimer Zweck für die Maßnahme, b) Geeignetheit der Maßnahme, c) Erforderlichkeit der Maßnahme, d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Der legitime Zweck der Maßnahme ist hier offensichtlich die Durchsetzung einer bestehenden Ausreisepflicht.

Die Maßnahme ist geeignet, wenn der Zweck tatsächlich erreicht werden kann oder die Erreichung des Zwecks zumindest gefördert werden kann.

Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn kein gleich geeignetes, mindestens genauso effektives, milderes Mittel zur Erreichung des Zwecks zur Verfügung steht. Insbesondere hier haben die Gerichte (siehe oben) auf die Möglichkeiten von Zwangsmaßnahmen im Aufenthaltsgesetz

verwiesen. An dieser Stelle wird auch zu fordern sein, dass zunächst mildere Maßnahmen zumindest versucht wurden (Aufforderung zur Bereithaltung zur Abschiebung o. ä.).

Bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist abzuwägen, ob die angewendete Maßnahme in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.

Letztlich kann eine detaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung hier aber entfallen, da es bereits an einer Rechtsgrundlage fehlt.

IV. Die Änderung des § 58 AufenthG zum 21.08.2019

Mit dem „Geordnete Rückkehr Gesetz“ wurde § 58 AufenthG mit dem Ziel geändert, Wohnungsdurchsuchungen zum Zweck der Abschiebung für die Polizei zu erleichtern. Es wurden dafür die Absätze 5 bis 8 eingefügt:

***Abs. 5:** Soweit der Zweck der Durchführung der Abschiebung es erfordert, kann die die Abschiebung durchführende Behörde die Wohnung des abzuschiebenden Ausländers **zu dem Zweck seiner Ergreifung betreten**, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass sich der Ausländer dort befindet. Die Wohnung umfasst die Wohn- und Nebenräume, Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie anderes befriedetes Besitztum.*

***Abs. 6:** Soweit der Zweck der Durchführung der Abschiebung es erfordert, kann die die Abschiebung durchführende Behörde eine **Durchsuchung der Wohnung des abzuschiebenden Ausländers zu dem Zweck seiner Ergreifung** vornehmen. Bei anderen Personen sind Durchsuchungen nur zur Ergreifung des abzuschiebenden Ausländers zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass der Ausländer sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Absatz 5 Satz 2 gilt entsprechend.*

Abs. 7:** Zur **Nachtzeit** darf die Wohnung nur betreten oder durchsucht werden, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die **Ergreifung des Ausländers zum Zweck seiner Abschiebung andernfalls vereitelt** wird. **Die Organisation der Abschiebung ist keine Tatsache im Sinne von Satz 1.

Abs. 8:** Durchsuchungen nach Absatz 6 dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die die Abschiebung durchführende Behörde angeordnet werden. Die Annahme von **Gefahr im Verzug kann** nach Betreten der Wohnung nach Absatz 5 **nicht darauf gestützt werden, dass der Ausländer nicht angetroffen wurde.

Daneben wurden Verfahrensvorgaben in Absatz 9 und eine Klarstellung, das Landes-Rechtsgrundlagen für Wohnungsdurchsuchungen unberührt bleiben in Absatz 10 eingeführt:

***Abs. 9:** Der Inhaber der zu durchsuchenden Räume darf der Durchsuchung beiwohnen. Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Nachbar hinzuzuziehen. Dem Inhaber oder der in dessen Abwesenheit hinzugezogenen Person ist in den Fällen des Absatzes 6 Satz 2 der Zweck der Durchsuchung vor deren Beginn bekannt zu machen. Über die Durchsuchung ist eine Niederschrift zu fertigen. Sie muss die verantwortliche Dienststelle, Grund, Zeit und Ort der Durchsuchung und, falls keine gerichtliche Anordnung ergangen ist, auch Tatsachen, welche die Annahme einer Gefahr im Verzug begründet haben, enthalten. Dem Wohnungsinhaber oder seinem Vertreter ist auf Verlangen eine Abschrift der Niederschrift auszuhändigen. Ist die Anfertigung der Niederschrift oder die Aushändigung einer Abschrift nach den besonderen Umständen*

des Falles nicht möglich oder würde sie den Zweck der Durchsuchung gefährden, so sind dem Wohnungsinhaber oder der hinzugezogenen Person lediglich die Durchsuchung unter Angabe der verantwortlichen Dienststelle sowie Zeit und Ort der Durchsuchung schriftlich zu bestätigen.

Abs. 10: Weitergehende Regelungen der Länder, die den Regelungsgehalt der Absätze 5 bis 9 betreffen, bleiben unberührt.

IV.1. Durchsuchung bleibt Durchsuchung; § 58 Abs. 5 AufenthG ist verfassungswidrig

Zunächst soll die Durchsuchung der Wohnung per neuem Abs. 5 zum bloßen „Betreten“ degradiert werden, um das Erfordernis einer richterlichen Entscheidung zu umgehen. Ein „Betreten“ braucht schließlich keine richterliche Entscheidung (Art. 13 Abs. 7 GG) – eine „Durchsuchung“ verlangt stets eine richterliche Entscheidung, außer bei Gefahr im Verzug (Art. 13 Abs. 2 GG). Die oben dargestellte Rechtsprechung soll somit ausgehebelt werden.

Die Polizei kann sich auf § 58 Abs. 5 AufenthG berufen, wonach sie nicht das Gericht anrufen muss – alle Beteiligten wissen zwar, dass dies Art. 13 GG verletzt, doch wo es keine Gerichtseteiligung gibt, gibt es auch keine störende Rechtsprechung mehr. Dass ein Betroffener gegen eine solche Wohnungsdurchsuchung gerichtlichen vorgehen wird, ist unwahrscheinlich und würde ggf. Jahre dauern, bis das BVerfG die Neuregelungen des § 58 AufenthG für nichtig erklären kann.

Da der Begriff der Durchsuchung in Art. 13 GG geregelt ist, kommt es auf die verfassungsrechtliche Auslegung dieses Begriffs an. Das BVerfG hat diesen Begriff bereits ausgelegt (BVerfGE 76, 83, 89) und die Instanzgerichte haben in ständiger Rspr., im Lichte von Art. 13 GG und dieser BVerfG-Definition, immer wieder festgestellt, dass das Betreten einer Wohnung zum Zweck der Ergreifung einer Person eine Durchsuchung i.S.d. Art. 13 GG ist (VG Berlin, Beschluss vom 16.02.2018 – 19 M 62.18; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19.02.2018 – OVG 6 L 14.18; KG Berlin, Beschluss vom 20.03.2018 – 1 W 51/18; VG Hamburg, Urteil vom 15.02.2019 – 9 K 1669/18; AG Kerpen, Beschluss vom 22.01.2004 – 68 XIV 3/04; Klaus Hermann, Vollstreckung oder Durchsuchung – vollzugsrechtliche Abgrenzungsfragen am Beispiel der Flüchtlingsabschiebung, ZAR 5-6/2017, S. 201, 207). Der Gesetzeswortlaut, wonach die Wohnung des abzuschiebenden Ausländers zu dem Zweck seiner Ergreifung betreten werden soll, entspricht eindeutig der verfassungsrechtlichen Definition einer Durchsuchung – dafür braucht es aber zwingend einen Gerichtsbeschluss (Art. 13 Abs. 2 GG).

Dass der Gesetzgeber versucht, die Verfassung (Art. 13 GG) per einfachem Gesetz umzudefinieren, ist streng genommen verfassungsfeindlich. Mehr kann dazu eigentlich nicht gesagt werden. Verfassungsfeindlich ist jede Maßnahme, die sich gegen grundlegende Werte der Verfassung richtet. § 58 Abs. 5 AufenthG nF richtet sich gegen die verfassungsrechtliche Definition des Begriffs „Durchsuchung“ der den grundlegenden verfassungsrechtlichen Wert des Schutzes der Wohnung widerspiegeln soll.

Exkurs – Remonstrationspflicht der Polizeibeamten

Angesichts der Offensichtlichkeit der Verfassungswidrigkeit ist jeder Berliner Polizeibeamte verpflichtet(!), sich einer Weisung zu widersetzen, die ein Betreten einer Wohnung zum Zweck der Ergreifung eines abzuschiebenden Ausländers ohne Gerichtsbeschluss verlangt. Die Rechtslage zu dieser „Remonstrationspflicht“ ist wie folgt:

§ 36 Beamtenstatusgesetz

(1) *Beamtinnen und Beamte tragen für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die **volle persönliche Verantwortung**.*

(2) ***Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen haben Beamtinnen und Beamte unverzüglich auf dem Dienstweg geltend zu machen.** Wird die Anordnung aufrechterhalten, haben sie sich, wenn die Bedenken fortbestehen, an die nächst höhere Vorgesetzte oder den nächst höheren Vorgesetzten zu wenden. **Wird die Anordnung bestätigt, müssen die Beamtinnen und Beamten sie ausführen und sind von der eigenen Verantwortung befreit. Dies gilt nicht, wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen oder Beamten erkennbar ist.** Die Bestätigung hat auf Verlangen schriftlich zu erfolgen.*

(3) *Wird von den Beamtinnen oder Beamten die sofortige Ausführung der Anordnung verlangt, weil Gefahr im Verzug besteht und die Entscheidung der oder des höheren Vorgesetzten nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, gilt Absatz 2 Satz 3 und 4 entsprechend. Die Anordnung ist durch die anordnende oder den anordnenden Vorgesetzten schriftlich zu bestätigen, wenn die Beamtin oder der Beamte dies unverzüglich nach Ausführung der Anordnung verlangt.*

Lehrbrief, Verwaltungsakademie Berlin, Ausgabe 2016, Beamtenrecht Berlin, Detlef Treubrodt, S. 87:

Es [gemeint ist die Remonstrationspflicht] regelt ausdrücklich den Fall, dass der Beamte Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Anordnung hat. Wenn er solche Bedenken hat, muss er diese unverzüglich (das heißt ohne schuldhaftes Zögern) bei seinem unmittelbaren Vorgesetzten geltend machen (zum Beispiel der Mitarbeiter beim Sachbearbeiter). Wenn der unmittelbare Vorgesetzte die Anordnung aufrechterhält und die Bedenken des Beamten fortbestehen, dann hat er sich an den nächsthöheren Vorgesetzten zu wenden (zum Beispiel an den Gruppenleiter oder Referats- bzw. Amtsleiter). Bestätigt auch dieser die Anordnung, so muss der Beamte sie ausführen, ist aber von der eigenen Verantwortung befreit. Von der Pflicht zur Ausführung ist er allerdings nicht befreit, wenn das ihm aufgetragene Verhalten strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für ihn erkennbar ist oder das ihm aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt. Nun kann man sich sicher vorstellen, dass dieses zeitraubende Verfahren mit der Notwendigkeit zum Handeln der Behörde im Widerspruch stehen kann. Dann sieht Abs. 3 vor, dass die Anordnung auszuführen ist, ohne dass der nächsthöhere Vorgesetzte angesprochen zu werden braucht.

Da die Verletzung des Rechts auf die Unverletzlichkeit der Wohnung als Hausfriedensbruch strafbar ist und dies auch erkennbar ist, muss sich der eingesetzte Beamte der Weisung widersetzen, um nicht persönlich verantwortlich zu sein. Wenn eine Gefahr im Verzug angenommen würde, müsste der Beamte zumindest eine schriftliche Bestätigung der verfassungswidrigen Weisung vorweisen können.

IV.2. Beachtung von Art. 13 Abs. 7 GG; § 58 Abs. 5 AufenthG ist verfassungswidrig a) die gemeine Gefahr

Selbst wenn es zulässig wäre, Art. 13 Abs. 2 GG per AufenthG für die Abschiebung von Ausländern außer Kraft zu setzen, wäre auch für das Betreten einer Wohnung Art. 13 Abs. 7 GG zu beachten. Diese Vorschrift besagt (vgl. auch oben):

*Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur **Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen**, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.*

Diese Verfassungsvorschrift verlangt (für die hier vorliegende Konstellation) also eine „gemeine Gefahr“, um das Betreten einer Wohnung zu rechtfertigen. Eine „gemeine Gefahr“ ist anzunehmen, bei bestehenden Gefahren für eine unbestimmte Zahl von Personen oder Sachen, mithin für die Allgemeinheit, wie sie beispielsweise bei Überschwemmungen, Seuchen, Feuersbrunst, Erdbeben, Lawinen oder radioaktiver Strahlung bestehen kann (Stern in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar – die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, 3. Aufl., Art. 13, Rn. 89). Eine solche Gefahr ist offensichtlich in den hier gegenständlichen Fällen nicht gegeben (so vor allem auch: VG Hamburg, Urteil vom 15.02.2019 – 9 K 1669/18). § 58 Abs. 5 AufenthG sagt aber implizit, dass ein Ausländer in seiner Wohnung eine „gemeine Gefahr“ darstellt. Wenn diese Norm schließlich den Anspruch haben soll, Art. 13 Abs. 7 GG nicht zu verletzen, dann bleibt keine andere Interpretation übrig. Auch hier gilt aber, dass ein einfaches Gesetz einen verfassungsrechtlich gefestigten Begriff („gemeine Gefahr“) nicht umdefinieren darf – ein abzuschiebender Ausländer in seiner Wohnung ist keine Gefahr für die Allgemeinheit!

Der neue § 58 Abs. 5 AufenthG ist im Ergebnis schlicht verfassungswidrig und selbst wenn er das nicht wäre, gäbe es keinen Anwendungsspielraum, weil das Betreten zum Ergreifen einer Person eine Durchsuchung ist und damit ein Gerichtsbeschluss nötig wird (der für die Polizei unerreichbar ist) und weil selbst bei der Annahme eines bloßen Betretens nie eine „gemeine Gefahr“ vorliegen wird.

b) die dringende Gefahr

Sämtliche Gerichte, die sich bisher mit der „dringenden Gefahr“ im Sinn des Art. 13 Abs. 7 GG befasst haben (vgl. oben I.6.), betonen, dass eine solche dringende Gefahr allein ein Betretensrecht im Sinne eines Besichtigungsrechts rechtfertigen kann. Sind Handlungen in den Wohnräumen beabsichtigt, ist sofort der Anwendungsbereich des Art. 13 Abs. 2 GG eröffnet und es bedarf zwingend einer gerichtlichen Entscheidung (bspw. BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 15. März 2007 – 1 BvR 2138/05: Besichtigung zur Aufklärung eines Owi-Sachverhalts ist bereits Durchsuchung i.S.d. Art. 13 Abs. 2 GG, da Zweck der Maßnahme nicht auf Besichtigung beschränkt ist). § 58 Abs. 5 AufenthG enthält jedoch die klare Maßgabe, dass das Betreten der Wohnung zum Zweck der Ergreifung einer Person erfolgen soll. Es gelten also zwingen die Maßstäbe des Art. 13 Abs. 2 GG.

Selbst wenn aber Art. 13 Abs. 7 GG anwendbar wäre, läge keine dringende Gefahr vor. Denkbar ist allein, das vorgebracht werden könnte, das Fehlschlagen der Abschiebung stelle eine dringende Gefahr dar, da die Durchsetzung der Abschiebung ein wichtiges Rechtsgut sei. Dazu kann auf die Ausführungen des VG Hamburg Bezug genommen werden:

Die Ermächtigungsgrundlage für das Betreten von Wohnungen in § 23 Abs. 1 HmbVwVG ist im Hinblick auf Art. 13 Abs. 7 GG verfassungskonform auszulegen. Eingriffe, die weder als Durchsuchungen noch als technische Wohnraumüberwachung einzustufen sind, unterfallen Art. 13 Abs. 7 GG. Danach dürfen Eingriffe im Übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, aufgrund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche

*Sicherheit oder Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutz gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden. Gemessen an diesen Vorgaben hätten die Voraussetzungen für ein Betreten der Zimmer der Wohnunterkunft – ohne eine Durchsuchung in Gestalt des Aufsuchens und Ergreifens der Kläger – nicht vorgelegen. **Insbesondere wäre das Betreten der Zimmer nicht aufgrund der Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gerechtfertigt gewesen.***

*Eine dringende Gefahr braucht für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht bereits eingetreten zu sein; es genügt, dass die Beschränkung des Grundrechts dem Zweck dient, einen Zustand nicht eintreten zu lassen, der seinerseits eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen würde. Daraus folgt, dass eine dringende Gefahr vorliegt, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wichtiges Rechtsgut schädigen wird. An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sind nach dem aus dem Grundgesetz ableitbaren Grundsatz der Verhältnismäßigkeit umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist; aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergibt sich ferner, dass in die Wohnungsfreiheit nur eingegriffen werden darf, wenn und soweit die Maßnahme zur Gefahrenabwehr geeignet und erforderlich ist, und dass im Einzelfall die **rechtsstaatliche Bedeutung der Unverletzlichkeit der Wohnung** mit dem öffentlichen Interesse an der Wahrung von Recht und Ordnung abgewogen werden muss (BVerwG, Urt. v. 6.9.1974, I C 17.73, juris Rn. 23; Beschl. v. 7.6.2006, 4 B 36/06, juris Rn. 5; s. auch Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Lieferung 71, März 2014, Art. 13 Rn. 126 ff.; Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012, Art. 13 Rn. 7). Nach diesen Vorgaben wäre das Betreten der klägerischen Zimmer in der Wohnunterkunft nicht zur Verhütung einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit gerechtfertigt gewesen.*

(VG Hamburg, Urteil vom 15. Februar 2019 – 9 K 1669/18 –, Rn. 45 - 46, juris)

Im Klartext: Selbst wenn die Durchsetzung der Abschiebung als wichtiges Rechtsgut eingestuft würde, liegt die Annahme, dass ein Betreten der Wohnung verhältnismäßig sein könnte, so fern, dass unter keinen Umständen von einer dringenden Gefahr ausgegangen werden kann. Zudem bestünden wohl erheblich Zweifel, ob eine bloße Besichtigung der Wohnung – nur dies wäre ohne gerichtliche Entscheidung legal – überhaupt geeignet sein kann. Nach der strengen Auslegung des BVerfG muss schon die Ansprache der Polizei an den Ausländer „Kommen Sie mit uns mit, wir schieben Sie jetzt ab“ o.ä. als Überschreiten der Schwelle zur Durchsuchung gewertet werden. Nähme man eine gemeine oder eine dringende Gefahr an, so wäre es also allein zulässig, dass die Polizei die Wohnung betritt und sich kurzzeitig umsieht.

Schließlich müsste der Tatbestand klar und eindeutig auf die Abwehr von dringenden Gefahren begrenzt werden (vgl. bspw.: BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, Rn 344; aber auch die oben zitierte Rechtsprechung [unter I.6.], die stets Normen zu prüfen hatte, in denen die „dringende Gefahr“ im Tatbestand enthalten ist). § 58 Abs. 5 AufenthG enthält aber nicht einmal ansatzweise einen Hinweis darauf, dass eine dringende Gefahr notwendig sein soll. Auch dies führt zwingend zur Verfassungswidrigkeit.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird durch § 58 Abs. 5 GG verletzt.

Der verfassungsmäßige Zweck wäre hier bereits zweifelhaft, da das Durchsuchen einer Wohnung ohne richterlichen Beschluss nicht verfassungsmäßig ist. § 58 Abs. 5 AufenthG

bezweckt aber ausdrücklich, das Betreten einer Wohnung zur Ergreifung eines abzuschiebenden Ausländers (Durchsuchung) ohne richterlichen Beschluss zuzulassen – bezweckt ist objektiv die Umgehung von Art. 13 Abs. 2 GG. Die Abschiebung als solche kann hier nicht als Zweck herangezogen werden, da die Abschiebung selbst ihre Grundlage in § 58 Abs. 1 AufenthG findet. Die Abschiebung ist hier lediglich der Rahmen, in dem sich die Wohnungsdurchsuchung gem. § 58 Abs. 5 AufenthG bewegt. Unmittelbarer Zweck des § 58 Abs. 5 AufenthG bleibt ausschließlich das Betreten der Wohnung zur Ergreifung des abzuschiebenden Ausländers (Durchsuchung) ohne richterliche Entscheidung. Dieser Zweck ist gegen Art. 13 Abs. 2 GG gerichtet und damit offensichtlich verfassungswidrig.

Um Verhältnismäßig zu sein, müsste die Maßnahme auch geeignet sein (unterstellt, der Zweck ist verfassungskonform). Geeignet ist eine Maßnahme, wenn der Zweck überhaupt erreicht werden kann. Da schon kein verfassungsmäßiger Zweck vorliegt, ist eine sachgerechte (fiktive) Prüfung kaum möglich. Schließlich kann ein Durchsuchen einer Wohnung (objektiver Zweck der Norm) unmöglich (legal) ohne richterlichen Beschluss erreicht werden. Nur wenn Art. 13 GG vollständig unbeachtet bliebe, könnte eine Geeignetheit bejaht werden. Es scheitert also zwingend an der Geeignetheit.

Auch die Erforderlichkeit ist nicht ansatzweise erkennbar. Um einen Ausländer abzuschieben, ist die Durchsuchung seiner Wohnung schlicht nicht nötig. Ein Ergreifen kann bei unzähligen Möglichkeiten außerhalb der Wohnung erfolgen, so dass stets ein milderes, gleich effektives Mittel zur Verfügung steht. Dass diese milderen Mittel ggf. erhöhten Verwaltungsaufwand erfordern, ändert nichts daran, dass sie gleich geeignet sind. Der Grundrechtsschutz schützt schließlich den Grundrechtsträger und nicht die Verwaltung.

Der Eingriff in die grundsätzliche Unverletzlichkeit(!) der Wohnung wiegt stets schwer. Der Zweck des § 58 Abs. 5 AufenthG steht erkennbar außer Verhältnis zu der Schwere dieses Eingriffs.

Wie oben dargestellt, bedarf es eines Verwaltungsaktes, der das von der Polizei geltend gemachte Betretungsrecht konkretisiert (I.6.b). Sinnvollerweise kann ein solcher Verwaltungsakt nur schriftlich ergehen – das Ermessen bzgl. der Form gem. § 37 Abs. 2 VwVfG ist insofern auf Null reduziert. **Legt die Polizei also weder einen Durchsuchungsbeschluss noch einen Betretens-Verwaltungsakt vor, muss der Zutritt zur Unterkunft versagt werden.**

Hat die Polizei einen Verwaltungsakt dabei, der ausreichend bestimmt ist – also Name des Betroffenen, zu betretende Räume, Zweck der Maßnahme etc. benennt – muss der Betroffene belehrt werden. Die **Belehrung** muss darüber aufklären, dass der Betroffene dem Betreten durch die Polizei zustimmen kann, dies aber auch verweigern darf und dass im Fall der Weigerung ein zwangsweises Betreten erfolgen würde. Letztlich müssen die tragenden Verfügungen und Gründe des Bescheides erläutert werden, damit der Betroffene die Rechtsgrundlage und seine Rechtsposition verstehen kann und entscheiden kann, ob der einem Betreten zustimmen möchte oder nicht (Stern in: Stern/Becker, Grundrechtekommentar, 3. Aufl., Art. 13 Rn 101 mit Bezug auf Stern, Staatsrecht III/2, S. 912). Ob auch weitere (anwesende) Bewohner entsprechend belehrt werden müssen, ist umstritten (ja: Stern in: Stern/Becker, Grundrechtekommentar, 3. Aufl., Art. 13 Fn 147; Kunig in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar I, Art. 13 Rn 21; nein: BGH, NJW 1991, 2651 f.; BayVGh, KKZ 1997, 34 f.; Kühne in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., Art. 13 Rn 24).

IV.3. Durchsuchung zur Nachtzeit; § 58 Abs. 7 AufenthG ist verfassungswidrig

Zur Nachtzeit soll eine Wohnung durchsucht werden dürfen, wenn sonst das Ergreifen des Ausländers vereitelt würde. Zur Nachtzeit ist jedoch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (hat Verfassungsrang!) besonders zu beachten (siehe oben). Es ist allgemein anerkannt, dass das Ergreifen zur Abschiebung in der Regel zur Nachtzeit unverhältnismäßig ist (siehe oben). Dabei wird bisher kaum beachtet, dass Durchsuchungen zur Nachtzeit grds. alle Bewohner*innen von Unterkünften stark belasten, zu Schlafstörungen, psychischen Störungen, Angst, Unruhe, Panik etc. führen. Zu beachten ist hier § 58 Abs. 7 S. 2 AufenthG: **Die Organisation der Abschiebung ist keine Tatsache im Sinne von Satz 1.** Das bedeutet, dass das Argument, die Abschiebung sei nur so (durch Abholung in der Unterkunft zur Nachtzeit) möglich, nie greifen kann. Die oben dargestellte Rechtfertigung des Berliner Innensenats scheidet nun also auch am § 58 Abs. 7 S. 2 AufenthG.

IV.4. keine Gefahr im Verzug; § 58 Abs. 8 AufenthG ist verfassungswidrig

§ 58 Abs. 8 AufenthG soll normieren, dass ausdrücklich „Gefahr im Verzug“ auch bei Abschiebungen angenommen werden soll. Das ist schlicht (legal) unmöglich. Das BVerfG sagt (BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00):

Der Begriff "Gefahr im Verzug" in Art. 13 Abs. 2 GG ist eng auszulegen; die richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist die Regel, die nichtrichterliche die Ausnahme. "Gefahr im Verzug" muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus.

Die Instanzgerichte sind sich daher einig, dass eine Wohnungsdurchsuchung zur Ergreifung zur Abschiebung nie eine Gefahr im Verzug begründen kann, da der Abschiebungstermin stets mehrere Tage im Voraus feststeht und daher immer ein Gericht angerufen werden kann.

IV.5. Recht auf effektiven Rechtsschutz; § 58 Abs. 5-8 AufenthG sind verfassungswidrig

Die Neuregelungen betreffend die Wohnungsdurchsuchung sind im besten Fall reine Symbolgesetzgebung – im schlechtesten Fall kommt eine verfassungsfeindliche Haltung des Gesetzgebers zum Ausdruck, die bedenklich ist. Art. 13 GG soll aufgeweicht und umgangen werden. Dabei wird einkalkuliert, dass die Betroffenen in der Regel keine Rechtsmittel geltend machen können oder wollen – entweder sind sie abgeschoben oder so eingeschüchtert, dass sie Angst vor dem Rechtsweg haben. Selbst wenn sich ein Kläger finden würde, müsste dieser mit einem jahrelangen Verfahren rechnen. Dieser Umstand verstärkt den Verdacht der Verfassungsfeindlichkeit. Es wird schließlich nicht nur Art. 13 GG bezogen auf Ausländer relativiert, es wird auch bewusst der faktische Ausschluss des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) einkalkuliert. Insbesondere § 58 Abs. 5 AufenthG ist darauf gerichtet, staatliches Handeln der Kontrolle durch Gerichte zu entziehen. Die Gesetzeslyrik der neuen Absätze 5 ff. des § 58 kann auf den faktischen Sinngehalt zusammengefasst werden: a) Ausländerbehörde und Polizei können und sollen tun, was zur Abschiebung nötig ist, b) Rechte der Bewohner der Sammelunterkünfte sind außer Acht zu lassen, c) das Ganze wird solange betrieben, bis es einem Kläger gelingt, vor das BVerfG zu ziehen (das kann Jahre oder Jahrzehnte dauern).

Derlei Gesetze sind juristisch nur schwer zu greifen, da sie nicht von Erwägungen des Rechts getragen sind. Alle Staatsgewalten sind aufgerufen, diese Gesetze zumindest extrem restriktiv

anzuwenden und alles dafür zu tun, dass es schnell und auf direktem Weg zu einer Überprüfung durch das BVerfG kommen kann.

IV.6. Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG; § 58 Abs. 5-8 AufenthG sind verfassungswidrig

Weder § 58 AufenthG noch § 106 AufenthG (Einschränkung von Grundrechten) enthält einen Hinweis darauf, dass durch § 58 Abs. 5-8 AufenthG das Recht aus Art. 13 GG eingeschränkt werde. Damit ist das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG verletzt und führt zwingend zur Verfassungswidrigkeit der Norm (Brüning in Stern/Becker, Grundrechtskommentar, 3. Aufl., Art. 19 Rn 36; BVerfGE 113, 348, 367).

Das Zitiergebot gilt nur dann nicht, wenn sich ein Gesetz allein auf Art. 13 Abs. 7 Fall 1 GG (gemeine Gefahr) beruft. Eine gemeine Gefahr kann hier aber unter keinem denkbaren Gesichtspunkt konstruiert werden.

§ 58 Abs. 6-8 AufenthG sind wegen Verstoß gegen das Zitiergebot zwingend verfassungswidrig. § 58 Abs. 5 AufenthG müsste nur dann das Zitiergebot nicht beachten, wenn er sich ausschließlich auf eine gemeine Gefahr bezöge und keine Durchsuchung beträfe. Beides ist nicht der Fall (siehe oben), so dass auch diese Norm gegen das Zitiergebot verstößt, da sie eine Durchsuchung normiert.

IV.7. Art. 8 EMRK; § 58 Abs. 5-8 AufenthG ist menschenrechtswidrig.

Auch Art. 8 EMRK schützt die Unverletzlichkeit der Wohnung. Die Eingriffsschranken für den Staat sind dabei durchaus verschieden vom Art. 13 GG.

Art. 8 Abs. 2 EMRK bedarf jeder Eingriff (also auch das bloße Betreten) einer gesetzlichen Grundlage. Mit § 58 Abs. 5-8 AufenthG ist dieses Erfordernis aber zumindest erfüllt.

Weiter verlangt Art. 8 Abs. 2 EMRK, dass der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Als wesentliche Kriterien, was eine „demokratische Gesellschaft“ ausmacht benennt der EGMR Pluralismus, Toleranz und offene Geisteshaltung (EGMR, NJW 2000, 2098). Gefährdet die Anwesenheit eines abzuschiebenden Ausländers in seiner Wohnung (§ 58 Abs. 5 AufenthG) aber ernsthaft den Pluralismus, die Toleranz und die offene Geisteshaltung in Deutschland und besteht deshalb ein „dringendes soziales Bedürfnis“ zur Wohnungsdurchsuchung zum Zweck der Durchsetzung der Abschiebung (Stern in Stern/Becker, Grundrechtskommentar, 3. Aufl., Art. 13 Rn 156)? Diese Frage müsste bejaht werden, um die Neuregelungen des § 58 AufenthG als mit der EMRK vereinbar anzusehen. Es stellt sich dann aber die weitere Frage, ob überhaupt noch eine von Toleranz und offener Geisteshaltung geprägte Gesellschaft (demokratische Gesellschaft) besteht, in der diese Frage bejaht würde?!

Als wichtige Rechtsgüter, deren Gefährdung einen Eingriff in das Recht auf Wohnung rechtfertigen kann, werden in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannt:

- Die nationale oder öffentliche Sicherheit;
- Das wirtschaftliche Wohl des Landes;
- Die Aufrechterhaltung der Ordnung;
- Die Verhütung von Straftaten;
- Der Schutz der Gesundheit oder der Moral;
- Der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Diese Beispiele können auch zur Auslegung des „wichtigen Rechtsguts“ im Rahmen der „dringenden Gefahr“ i.S.d. Art. 13 Abs. 7 Fall 2 GG herangezogen werden.

Damit § 58 AufenthG mit Art. 8 EMRK vereinbar wäre, müsste diese Norm genügend Sicherheit dafür bieten, dass ein Missbrauch ausgeschlossen ist (EGMR-E 1, 320). Dazu gehört vor allem, dass eine Durchsuchung nur nach richterlicher Entscheidung erfolgen darf (Frowein in: Frowein/Peukert, EGMR Kommentar, 3. Aufl., Art. 8 Rn 45). Da insb. § 58 Abs. 5 AufenthG gerade darauf gerichtet ist, Gerichte außen vor zu lassen, dient die Norm selbst letztlich der Ermöglichung von Missbrauch. Die Norm enthält ausdrücklich gerade keine verfahrensrechtliche Sicherung, so dass § 58 Abs. 5 AufenthG gegen Art. 8 EMRK verstößt.

V. Rechtsschutz – kurzer Überblick

V.1. (Fortsetzungs)Feststellungsklage

Wenn eine polizeiliche Maßnahme rechtswidrig war, hat sie sich grds. bereits erledigt, bevor man dagegen vorgehen kann. Es bleibt eine Klage mit dem Antrag zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme. Dazu braucht es vor allem ein Feststellungsinteresse. Dieses Interesse kann sich hier aus der Wiederholungsgefahr und einem schwerwiegenden Eingriff in Grundrechte in Verbindung mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz ergeben.

Zur Wiederholungsgefahr (OVG Lüneburg, Urteil vom 30.08.2012 – 11 LB 372/10):

Ein berechtigtes Interesse ist wegen Wiederholungsgefahr gegeben, wenn die hinreichend bestimmte Gefahr besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein gleichartiger Verwaltungs- oder Realakt ergehen wird (vgl. zum Folgenden: BVerwG, Urt. v. 18.12.2007 - 6 C 47/06 -, juris, Rn. 13 f., m. w. N.). Allerdings müssen einem zukünftigen behördlichen Vorgehen nicht in allen Einzelheiten die gleichen Umstände zugrunde liegen, wie dies vor Erledigung des Verwaltungs- oder Realakts der Fall war. Für das Feststellungsinteresse ist vielmehr entscheidend, ob die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen künftigen Verwaltungshandelns unter Anwendung der dafür maßgeblichen Rechtsvorschriften geklärt werden können. Dazu reicht es aus, wenn sich zwar die Rechtmäßigkeit eines konkreten Verwaltungs- oder Realaktes auch nach den Umständen des Einzelfalls bestimmt, zwischen den Beteiligten aber hinsichtlich Vorfragen ein grundsätzlicher Dissens besteht und sich diese streitigen Vorfragen mutmaßlich auch zukünftig in gleicher Weise stellen werden. Dass einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren unter diesen Umständen eine "Leitfunktion" zukommen kann, begründet das berechtigte Feststellungsinteresse (vgl. ergänzend BVerwG, Beschl. v. 21.10.1999 - 1 B 37/99 -, juris, Rn. 5).

Zum schwerwiegenden Grundrechtseingriff (OVG Lüneburg, Urteil vom 30.08.2012 – 11 LB 372/10):

Darüber hinaus ist ein berechtigtes Feststellungsinteresse auch in Fällen tiefgreifender Grundrechtseingriffe gegeben, bei denen sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt nach dem typischen Geschehensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann. Effektiver Grundrechtsschutz gebietet es in diesen Fällen, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, die Berechtigung des schwerwiegenden - wenn auch tatsächlich nicht mehr fortwirkenden - Grundrechtseingriffes gerichtlich klären zu lassen (BVerfG, Urt. v. 27.2.2007 - 1 BvR 538/06 und 1 BvR 204/06 -, BVerfGE 117, 244 ff., Rn. 69 f., m. w.

N.; Senatsbeschl. v. 3.1.2011 - 11 LA 507/09-, juris, Rn. 8). Regelmäßig wird dabei über die Schwere des Grundrechtseingriffs kein Dissens bestehen. Besteht hingegen - wie vorliegend - gerade Streit über die Frage, ob und in welchem Umfang ein Grundrecht, wie hier die gemäß Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit von Rechtsanwälten, Schutz vor behördlichen Maßnahmen bietet, und lässt sich diese Frage nicht eindeutig verneinen, so reicht es nach Ansicht des Senats zur Bejahung des berechtigten Interesse aus, dass ein tiefgreifender Grundrechtseingriff durch den erledigten Hoheitsakt zumindest rechtlich möglich erscheint (vgl. auch Sächs. OVG, Urt. v. 20.2.2001 - 2 B 167/99 -, juris, Leitsatz 1, Rn. 24; Kopp/Schenke, VwGO, a. a. O., Rn. 142, Fn. 254). Diese Möglichkeit ergibt sich hier aus dem Vorbringen der Kläger, aus Art. 12 Abs. 1 GG ergäben sich für sie als "Rechtsanwälte im Einsatz" berufsbezogene Sonderrechte, in die durch die Verzögerungen beim Zugang zu den angeketteten Personen und durch den Verweis aus dem inneren Ring um die Pyramide schwerwiegend eingegriffen worden sei. Ob dieser Ansicht zu folgen ist, ist im Rahmen der Begründetheit der Fortsetzungsfeststellungsklage zu klären.

Klagebefugt ist jeder, der in einem eigenen subjektiven Recht verletzt sein könnte. Der Betroffene selbst und ggf. seine Zimmergenossen sind in ihrem Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung betroffenen. Andere Bewohner, die im Schlaf gestört werden o.ä. können ihre Rechte auf körperliche Unversehrtheit (Gesundheitsschädigungen müssten nachgewiesen werden) aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und auf ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht und Privatheit aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EGMR geltend machen.

Wenn die Unterkunftsleitung den Zutritt der Polizei zur Unterkunft versagt hat – weil sie nicht Teil einer offensichtlich rechtswidrigen und strafrechtlich relevanten Maßnahme werden möchte – kann auch der Inhaber des Hausrechts dieses Hausrecht als subjektives Recht, welches verletzt worden ist, im Klageweg geltend machen. Für ihn würde stets eine Wiederholungsgefahr anzunehmen sein, solange die Polizei nicht ausdrücklich für die Zukunft die Unterlassung rechtswidriger Hausdurchsuchungen erklärt.

Die (Fortsetzungs)Feststellungsklage wäre beim Verwaltungsgericht zu erheben. Eine Frist gibt es dafür nicht. Bzgl. des Klägers muss zwingend eine ladungsfähige Anschrift angegeben werden, wobei es irrelevant ist, ob diese Anschrift im Ausland oder in Deutschland ist.

V.2. Staatshaftung

§ 59 Abs. 2 ASOG sieht vor, dass ein Schaden, der kausal durch eine rechtswidrige polizeiliche Maßnahme entstanden ist, von der Polizei bzw. dem Land Berlin zu erstatten ist. Der Schaden und die Kausalität sind nachzuweisen. Gem. § 65 ASOG wäre hier, falls der Schaden nicht außergerichtlich ausgeglichen wird, vor dem zuständigen Amtsgericht (Streitwert unter 5.000 EUR) oder dem Landgericht Berlin (Streitwert ab 5.000 EUR) Klage zu erheben.

Ggf. kommt auch ein Amtshaftungsanspruch in Betracht, der aber mehr Tatbestandsvoraussetzungen hat, als nur eine rechtswidrige polizeiliche Maßnahme. Eine Darstellung dazu würde hier zu weit führen. Wenn ein Amtshaftungsanspruch geltend gemacht wird und außergerichtlich keine Einigung zu erzielen ist, kann Klage vor dem Landgericht Berlin erhoben werden. Die Klage ist – streitwertunabhängig, zwingend vor dem Landgericht zu erheben, § 71 Abs. 1 Nr. 2 GVG. Das hat u.a. zur Folge, dass ein hohes Prozesskostenrisiko entsteht (Anwaltszwang = eigene und gegnerische Anwaltskosten + Gerichtskosten).

V.3. Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe

Wer finanziell bedürftig ist und einen Rechtsbeistand braucht, der kann Anspruch auf Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe haben. Beratungshilfe gilt für außergerichtliche Tätigkeiten eines Rechtsanwalts – sobald es vor ein Gericht geht, geht es um Prozesskostenhilfe. Bei der Bewilligung von Prozesskostenhilfe prüft das Gericht auch, ob die Klageaussichten zumindest nicht völlig fernliegend sind und/oder ob die Klage mutwillig ist. Die hier gegenständlichen Klagen dürften regelmäßig nicht mutwillig und erfolgversprechend sein, so dass bei Bedürftigkeit Prozesskostenhilfe zu gewähren wäre.

Bzgl. eines Amtshaftungsprozesses sei darauf hingewiesen, dass die Prozesskostenhilfe „nur“ die Gerichtskosten und die eigenen Anwaltskosten abdeckt. Die gegnerischen Anwaltskosten trägt der Klage auch mit Prozesskostenhilfe, wenn die Klage verloren geht.

V.4. Strafantrag

Unterkunftsbetreiber und Betroffene der Maßnahme können Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) stellen. Der Hausfriedensbruch wird nicht von amtswegen verfolgt – es muss zwingend ein Strafantrag gestellt werden. Der Strafantrag muss innerhalb von 3 Monaten nach der Tat gestellt werden.

gez.
Volker Gerloff
Rechtsanwalt