

E. Fallstudien zu Migration und Überwachung

Die bisherige Analyse hat die Individualisierung bei der Rechtsdurchsetzung als Zugangsproblem identifiziert und vermessen, wie strategische Prozessführung als kollektiver Modus und Zugangsbrücke dazu beitragen kann, diese zu lösen. Damit ist noch nicht beantwortet, inwiefern sich diese Potenziale strategischer Prozessführung tatsächlich verwirklichen. Zwei Fallstudien zu Klagekollektiven in Aktion widmen sich nun dieser Frage. Anhand konkreter Fälle lässt sich aufzeigen, unter welchen Bedingungen und aus welchen Gründen Recht kollektiv mobilisiert wird und wie sich das auf den Zugang zu Recht auswirkt. Im Mittelpunkt steht die Interaktion von Klagekollektiven mit politischen und rechtlichen Mobilisierungsregeln und -kontexten, beeinflusst durch ihre Ressourcen und geprägt von ihren Erwartungen. Um der Bedeutung von Klagekollektiven für den Zugang zu Recht nachzuspüren, bieten sich Rechtsbereiche an, in denen der Zugang zu Recht besonders schwierig ist und es in den vergangenen Jahren zu strategischer Prozessführung kam: dem Themenbereich Überwachung mit einer Verfassungsbeschwerde gegen Auslandsaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst (BND) sowie dem Thema Migration mit Gerichtsverfahren zum Familiennachzug von Geflüchteten.

In methodischer Hinsicht ist zunächst zu klären, wie sich zwei derart unterschiedliche Rechtsbereiche vergleichen lassen, weshalb sich qualitative Fallstudien für die empirische Erforschung von strategischer Prozessführung eignen und welchen Regeln die Datenerhebung und -analyse folgt (I.). Sodann interessiert, welche Faktoren den Zugang zu Recht in den Bereichen Migration und Überwachung jeweils prägen und wie sich die strategischen Prozesse in beiden Feldern vollzogen haben (II./III.). Aus einem Vergleich der Fälle ergeben sich schließlich übergreifende Erkenntnisse zur Bedeutung strategischer Prozessführung für den Zugang zu Recht und als Instrument für gesellschaftliche Veränderungen (IV.).

I. Methodik und Material

Wie Klagekollektive Recht mit strategischer Prozessführung „in Aktion setzen“¹⁶²⁷, kann mit Fallstudien untersucht werden. Fallstudien sind ein Forschungsansatz zur vertieften Analyse eines Phänomens anhand eines exemplarischen Ausschnitts aus der Wirklichkeit – dem Fall.¹⁶²⁸ Eine Fallstudie erfüllt eine andere Funktion als ein Beispiel: Sie illustriert nicht nur anekdotisch, sondern ergründet Zusammenhänge. Um anhand einzelner Fälle zu allgemeineren Erkenntnissen über das Phänomen strategischer Prozessführung gelangen zu können, sind methodische Regeln qualitativer Forschung zu beachten.¹⁶²⁹ Diese betreffen die systematische und der Forschungsfrage angemessene Auswahl von Fällen sowie von Erhebungs- und Auswertungsmethoden.¹⁶³⁰ Ein vertieftes Verständnis für den Fall lässt sich über die Kombination mehrerer Methoden und Materialien im Wege der sogenannten Triangulation erzielen.¹⁶³¹ Ein Vergleich mehrerer Fälle erlaubt es, die gefundenen Erkenntnisse zu erhärten.¹⁶³²

Zur Umsetzung dieser methodischen Vorgaben wurde ein Forschungsdesign mit zwei Fällen gewählt und das Material in drei Forschungsphasen (2017–2018, 2019–2020, 2022) erhoben. Bei der Erhebung kamen Dokumentenrecherchen, teilnehmende Beobachtungen und Interviews zum Einsatz. Die Auswertung erfolgte als qualitative Inhaltsanalyse mit anschlie-

1627 Baer, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2021, § 7 Rn. 3; Pound, Am. L. Rev. 1910, S. 12 ff.

1628 Zu den methodischen Grundlagen Flick, Qualitative Sozialforschung, 10. Aufl. 2021, S. 177 ff.; ausführlich Yin, Case Study Research, 2018, S. 14 ff.; Stake, The Art of Case Study Research, 1995, S. 1 ff. Zu Fallstudien in der interdisziplinären Rechtsforschung Argyrou, Utrecht L. Rev. 2017, S. 95 (99 f.); Webley, LaM 2016, S. 1 (2 ff.). Siehe mit einem Anwendungsbeispiel de Souza/Hahn, The Socio-Legal Lab, 2022, S. 218 ff.

1629 Zur Erstellung qualitativer Forschungsdesigns Flick, Design und Prozess qualitativer Forschung, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 252 ff.; zu den bei aller Diversität qualitativer Forschung zu wahren Kernkriterien Steinke, Gütekriterien qualitativer Forschung, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 319 ff.; speziell für Fallstudien Yin, Case Study Research, 2018, S. 43 ff.

1630 Zur Gegenstandsangemessenheit und Indikation des Forschungsprozesses als Gütekriterium Steinke, Gütekriterien qualitativer Forschung, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 319 (326 ff.).

1631 Hier verwendet als Daten-Triangulation, dazu Flick, Triangulation in der qualitativen Forschung, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 309 (311 f., 316); zur Triangulation bei Fallstudien Stake, The Art of Case Study Research, 1995, S. 107 ff.

1632 Yin, Case Study Research, 2018, S. 54 f., 60.

ßender Fallsynthese. Ein solches Durchlaufen mehrerer Erhebungs- und Auswertungszyklen hat den Vorteil, dass sich erste Einblicke und Schlussfolgerungen durch ein „Hin- und Herlavieren zwischen Empirie und Theorie“¹⁶³³ in einem „iterative[n] Vorgehen“¹⁶³⁴ überprüfen lassen.¹⁶³⁵ Während des Forschungsprozesses sind die Schritte zu dokumentieren, anschließend ist dieser transparent zu machen.¹⁶³⁶ Darüber lässt sich die Subjektivität des qualitativen Forschungsprozesses methodisch reflektieren, was die intersubjektive Nachvollziehbarkeit sichert.¹⁶³⁷ Dem dienen die folgenden Ausführungen.

1. Fallstudien als qualitativer Forschungsansatz

Um herauszufinden, welche der Mobilisierungsfaktoren in der Rechtswirklichkeit wie zur Geltung kommen und ob Klagekollektive wie erwartet die Zugangschancen zu Recht und die Erfolgchancen vor Gericht beeinflussen, eignet sich ein qualitativer Forschungsansatz. Qualitative Sozialforschung untersucht „Gegenstände [...] in ihrer Komplexität und Ganzheit in ihrem alltäglichen Kontext“.¹⁶³⁸ In der interdisziplinären Rechtsforschung erlaubt ein qualitativer Ansatz zu ergründen, wie Menschen Recht erleben.¹⁶³⁹ In qualitativen Fallstudien werden diese persönlichen Erfahrungen in einem Einzelfall rekonstruiert und dadurch sichtbar, wie Recht in der Wirklichkeit verstanden und genutzt wird.¹⁶⁴⁰ Qualitative Fallstudien

1633 Scheffer, Das Beobachten als sozialwissenschaftliche Methode, in: Schaeffer/Müller-Mundt (Hrsg.), 2002, S. 351 (366).

1634 Hering/Jungmann, Einzelfallanalyse, in: HdB Methoden der empirischen Sozialforschung, 2019, S. 619 (623).

1635 Zum Wechsel zwischen Beobachtung- und Analysephase als typisch für ein ethnografisches Vorgehen Breidenstein u. a., Ethnografie, 3. Aufl. 2020, S. 11; zu Forschungszyklen bei der hier verwendeten Inhaltsanalyse Kuckartz/Rädiker, Qualitative Inhaltsanalyse, 5. Aufl. 2022, S. 106.

1636 Steinke, Gütekriterien qualitativer Forschung, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 319 (324 f.).

1637 Als ein weiteres Gütekriterium qualitativer Forschung, dazu Ebd., S. 326 ff.; zur Bedeutung bei Interviews Helferich, Leitfaden- und Experteninterviews, in: HdB Methoden der empirischen Sozialforschung, 2019, S. 669 (683).

1638 Flick, Qualitative Sozialforschung, 10. Aufl. 2021, S. 27.

1639 Baer, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 14; Webley, Qualitative Approaches to Empirical Legal Research, in: Cane/Kritzer (Hrsg.), 2010, S. 926 ff.

1640 Webley, LaM 2016, S. 1 (2 f.). Fallstudien eignen sich besonders für Forschung, die ein gegenwärtiges Phänomen in seinem Kontext untersucht, so Yin, Case Study Research, 2018, S. 15.

ermöglichen es somit, über Einblicke in das Besondere das Allgemeine zu verstehen. Welcher Ausschnitt aus der Wirklichkeit als Fall betrachtet wird, hängt davon ab, welcher Aspekt des Allgemeinen über das Konkrete verstanden werden soll. Zu klären ist daher, wofür ein Fall hier stehen soll.¹⁶⁴¹

a) Erkenntnisgewinn: Über das Konkrete das Allgemeine verstehen

Wie ist es möglich, anhand einzelner strategischer Prozesse, noch dazu aus unterschiedlichen Rechtsbereichen, verallgemeinerbare Aussagen abzuleiten? Eine Antwort liegt in der Art und Weise, wie bei qualitativer Forschung Generalisierung erfolgt. Ausgangspunkt ist die Annahme, dass „das Allgemeine nur in Form des Konkreten existiert“ und gerade durch den Fokus auf das Partikulare offengelegt werden kann.¹⁶⁴² Einblicke aus dem Konkreten zu verallgemeinern ist möglich, indem Muster und Mechanismen identifiziert werden, die die Spezifika des untersuchten Ausschnitts aus der Wirklichkeit – Zeitpunkt, Ort, Personen – übersteigen.¹⁶⁴³ Generalisierung erfolgt dann über Theoretisierung.¹⁶⁴⁴ Ein Beispiel hierfür ist die Protestforschung, die aus der Analyse einzelner sozialer Bewegungen Theorien über kollektives Handeln (weiter)entwickelt.¹⁶⁴⁵ Ähnlich geht es vorliegend darum, über die Beobachtung von konkreten strategischen Prozessen mit ihren Anlässen, Verläufen und den involvierten Akteur*innen allgemeinere Erkenntnisse darüber zu gewinnen, wie Recht gemeinsam

1641 Zu der bei Fallstudien zentralen Frage „A case of what?“ siehe *Snow/Trom*, *The Case Study and the Study of Social Movements*, in: Klandermans/Staggenborg (Hrsg.), 2002, S. 146 (147).

1642 *Breidenstein u. a.*, *Ethnografie*, 3. Aufl. 2020, S. 158.

1643 *Rubin*, *Rocking Qualitative Social Science*, 2021, S. 23 f.

1644 Zur theoretischen Generalisierung als prägend für die qualitative Forschung im Unterschied zur numerischen Generalisierung bei quantitativen Ansätzen *Flick*, *Design und Prozess qualitativer Forschung*, in: *Flick/von Kardorff/Steinke* (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 252 (260); ähnlich zur analytischen Generalisierung („analytic generalization“) bei Fallstudien *Yin*, *Case Study Research*, 2018, S. 20 f., 37 ff. „Theorie“ kann je nach Erkenntnisziel vieles bedeuten (siehe schon Kapitel A.III.2.), ist hier aber gemeint im Sinne von soziologischen Theorien mittlerer Reichweite, weil fallorientierte und vor allem inhaltsanalytische, qualitative Ansätze sich dafür besonders eignen, so *Kuckartz/Rädiker*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 5. Aufl. 2022, S. 52.

1645 Zu Generalisierung über Theoretisierung in der Bewegungsforschung *Snow/Trom*, *The Case Study and the Study of Social Movements*, in: Klandermans/Staggenborg (Hrsg.), 2002, S. 146 (164 f.); *McCann*, *Law & Soc. Inquiry* 1996, S. 457 (472 ff.).

mobilisiert wird. Mit den zuvor behandelten mobilisierungstheoretischen Perspektiven ist zu erwarten, dass Mobilisierungsregeln, Ressourcen und subjektive Erwartungen die Handlungsspielräume der Akteur*innen beeinflussen. Die hier angestrebte Form der Verallgemeinerung liegt mithin darin, solche Mobilisierungstheorien zu überprüfen, sie zu konkretisieren oder zu modifizieren, wo sie das Beobachtete nicht erklären können.

Einen besonderen Erkenntnisgewinn im Sinne einer theoretischen Erweiterung verspricht die Arbeit am Fall bezüglich der sozialen Beziehungen, die im Kontext von Gerichtsverfahren im Klagekollektiv entstehen. Diese lassen sich – anders als objektive Faktoren wie prozessrechtliche Mobilisierungsregeln – kaum abstrakt erfassen, sondern nur über die Betrachtung konkreter Interaktionen zwischen Menschen. Bisher ist wenig darüber bekannt, wie die Rollen in Klagekollektiven konkret ausgefüllt werden, wie die Akteur*innen jeweils mitwirken und ob die Arbeit mit dem Recht zum Aufbau von Beziehungen führt. Interessant ist auch, inwiefern es zu Spannungen zwischen den Akteur*innen kommt und wie diese aufgelöst werden. Anhand konkreter Beispiele strategischer Prozessführung lassen sich zentrale Elemente von Kollaborationen spezifizieren. Ein solches Erkenntnisinteresse entspricht einem relationalen Zugriff auf empirische Phänomene.¹⁶⁴⁶ Dies kann allgemeinere Erkenntnisse darüber hervorbringen, welche Bedeutung die Einbindung in soziale Strukturen für die Rechtsmobilisierung hat.

Um Missverständnissen vorzubeugen, ist noch auf die Grenzen dessen hinzuweisen, was qualitative Fallstudien leisten können. Anders als mit quantitativer Forschung lassen sich keine Aussagen über statistische Zu-

1646 Angelehnt ist dies an qualitative Forschung zu sozialen Netzwerken. Diese blickt auf „Handlungen und Interaktionsmuster in ihrem Kontext“ und untersucht Unterstützungsnetzwerke, die darin eingebundenen Akteur*innen, ihre Wirkungen und Bedingungen, siehe dazu *Hollstein*, *Qualitative Netzwerkdaten*, in: *HdB Methoden der empirischen Sozialforschung*, 2019, S. 1301 (1301 ff.). Nicht zu verwechseln ist dies mit der quantitativen Netzwerkforschung, die die formalen und quantifizierbaren Strukturen zwischen Akteur*innen betrachtet, zu den Unterschieden *Hollstein*, *Qualitative Methoden und Netzwerkanalyse – ein Widerspruch?*, in: *Hollstein/Straus* (Hrsg.), 2006, S. 11 (12 f.). Zu differenzieren ist dies auch von Netzwerktheorien, siehe *Franke/Wald*, *Möglichkeiten der Triangulation quantitativer und qualitativer Methoden in der Netzwerkanalyse*, in: *Hollstein/Straus* (Hrsg.), 2006, S. 153 (154).

sammenhänge oder Häufigkeiten treffen.¹⁶⁴⁷ Daher wird es hier nicht darum gehen, wie häufig strategische Prozessführung im Klagekollektiv in der Rechtswirklichkeit auftritt oder inwiefern ein kollektiver Modus messbar im Sinne einer Quantifizierung den Zugang zu Recht fördert. Ebenso wenig sollen kausale Zusammenhänge zwischen der Intervention eines Klagekollektivs und rechtlichen oder politischen Entwicklungen nachgewiesen werden. Vielmehr ist das Ziel, typische Abläufe kollektiver Mobilisierung anhand von Einzelfällen zu beschreiben und dabei Mechanismen zu verstehen, über die objektive und subjektive Mobilisierungsfaktoren zusammenspielen und mit denen das gemeinsame Mobilisieren von Recht die Zugangsbedingungen zu ebendiesem beeinflusst.¹⁶⁴⁸

b) Fallauswahl: Wieso Migration und Überwachung vergleichen?

Der Fallauswahl kommt bei Fallstudien eine entscheidende Bedeutung zu.¹⁶⁴⁹ Zur Überprüfung und Erweiterung theoretischer Überlegungen eignen sich Fälle, die besonders typisch für ein Phänomen oder Problem sind.¹⁶⁵⁰ Um zu untersuchen, ob strategische Prozessführung den Zugang zu Recht wie vermutet beeinflusst und individualisierungs-basierte Zugangshürden adressiert, sind somit Fälle auszuwählen, in denen erstens strategische Prozessführung als kollektiver Modus zu beobachten ist und zweitens nahe liegt, dass dies mit der Mobilisierungsbarriere Individualisierung zusammenhängt. Die Themen Migration und Überwachung erfüllen diese Voraussetzungen. Dies mag überraschen, haben das Migrationsrecht und das Nachrichtendienstrecht auf den ersten Blick jenseits ihrer Einordnung als besonderes Verwaltungsrecht wenig gemeinsam. Erstaunlicherweise kam es aber in beiden Bereichen in den vergangenen Jahren zu Gerichtsverfahren, welche die hier entwickelten Kriterien strategischer

1647 Es besteht mithin kein Anspruch auf statistische Generalisierung, wie sie bei quantitativer Forschung erfolgt. Zum Unterschied zu der hier verfolgten analytischen Generalisierung Yin, *Case Study Research*, 2018, S. 20 f.

1648 Auf der Suche nach interpretativen statt nach kausalen Erklärungen im Anschluss an McCann, *Law & Soc. Inquiry* 1996, S. 457 ff.

1649 Yin, *Case Study Research*, 2018, S. 28 ff.

1650 Flick, *Qualitative Sozialforschung*, 10. Aufl. 2021, S. 178. Zur Verallgemeinerung mittels typischer Fälle Webley, *Qualitative Approaches to Empirical Legal Research*, in: Cane/Kritzer (Hrsg.), 2010, S. 926 (940); Rubin, *Rocking Qualitative Social Science*, 2021, S. 120 f.

Prozessführung erfüllen: Betroffene, NGOs und Personen aus der Anwaltschaft wie Wissenschaft schlossen sich zusammen, um langfristige Ziele mit taktischem Vorgehen im Einzelfall zu verfolgen. Im ersten Fall ging es um Familiennachzug zu Personen mit subsidiärem Schutzstatus, im zweiten um Auslandsüberwachung durch den BND. Allein der Umstand, dass es zu strategischer Prozessführung kam, ist noch keine Besonderheit, sondern seit vielen Jahren auch in anderen Bereichen wie dem Antidiskriminierungsrecht oder Umweltrecht zu beobachten.¹⁶⁵¹ Die Verfahren gegen das BND-Gesetz und für Familiennachzug eignen sich aber für einen Vergleich, weil sich – wie noch zu zeigen sein wird – in beiden Fällen Klagekollektive bildeten, die ähnlich vorgingen.

Hinsichtlich des Modus der Rechtsmobilisierung gibt es somit geringe Unterschiede, was einen minimal kontrastierenden Vergleich dieser ähnlichen Fälle ermöglicht.¹⁶⁵² So waren jeweils in den vergangenen Jahren gegründete Prozessführungsorganisationen involviert, erstens die seit 2015 aktive GFF und zweitens der 2016 ins Leben gerufene Verein JUMEN. Auch der kollektive Modus, in dem die Verfahren durchgeführt wurden, ähnelte sich. Daher eignen sich die Fälle, um zu vergleichen, wie die gemeinsame Rechtsmobilisierung jeweils den Zugang zu Recht veränderte. Auch ohne eine vertiefte Betrachtung deutet sich eine weitere Gemeinsamkeit an: Im Migrations- und Nachrichtendienstrecht dürften die allgemeinen Zugangslücken und -hürden bei Rechtsschutz gegen staatliche Maßnahmen in verschärftem Maße gelten. Kommentierungen zu den grund- und menschenrechtlichen Verfahrensrechten nennen die beiden Felder sogar als die zentralen „Problemschwerpunkte“ beim Zugang zu Recht.¹⁶⁵³ Zugangshürden bestehen zwar ebenso in anderen Bereichen, etwa ökonomische Hindernisse im Sozialrecht.¹⁶⁵⁴ Vorliegend geht es aber darum zu ergrün-

1651 Kapitel B.II.3.b).

1652 Zum Forschungsdesign als maximal ähnlicher Fall („most similar case design“) siehe *Hering/Jungmann*, Einzelfallanalyse, in: *HdB Methoden der empirischen Sozialforschung*, 2019, S. 619 (622). Möglich wird dadurch ein minimal kontrastierender Vergleich, dazu *Rosenthal*, *Interpretative Sozialforschung*, 5. Aufl. 2015, S. 103.

1653 Siehe nur *Richter*, *Das Recht auf eine wirksame Beschwerde*, in: *EMRK/GG*, 3. Aufl. 2022, S. 1271 ff., Rn. 89 ff.

1654 Zur Mobilisierung von Sozialrecht gibt es bereits – anders als zu den meisten anderen verwaltungsrechtlichen Rechtsbereichen – aktuelle empirische Studien. Diese kommen zu dem Ergebnis, dass das Sozialrecht von zahlreichen Besonderheiten geprägt ist, die den Zugang zu Recht erleichtern. Umfassend zu den Besonderheiten und der Mobilisierung von „sozialem Recht“ vor der Sozialgerichtsbarkeit

den, wie zugänglich Verwaltungs- und Verfassungsgerichte sind. Rechtsbereiche mit eigenen Prozessordnungen wie das Sozialrecht mit der Sozialgerichtsordnung (SGO) und Sozialgerichtsbarkeit oder die Finanzgerichtsbarkeit mit ihrer Finanzgerichtsordnung (FGO) scheiden daher aus. Für das Migrationsrecht und das Nachrichtendienstrecht spricht zudem, dass im Unterschied zu Feldern wie dem Umweltrecht oder Sozialrecht keine kollektiven oder überindividuellen Klagebefugnisse existieren. Strategische Prozessführung ist nur über die Unterstützung einzelner Personen möglich, die eine subjektive Rechtsverletzung geltend machen. Somit lässt sich an beiden Feldern beobachten, wie kollektive Belange in ein individualschützendes System Einzug erhalten.

Trotz dieser Gemeinsamkeiten ist zu erwarten, dass die Fälle Unterschiede aufweisen. Denn es handelt sich um sehr spezifische Rechtsbereiche und um Fälle mit anderen Hintergründen und Akteur*innen. Methodisch hindern Unterschiede einen Vergleich nicht, schränken aber die Aspekte ein, hinsichtlich derer eine Generalisierung möglich ist.¹⁶⁵⁵ Wichtig ist es daher, präzise zu bestimmen, hinsichtlich welcher Aspekte eine Varianz besteht. Das BND-Verfahren und die Klagen für Familiennachzug sind hauptsächlich vergleichbar mit Blick auf den Umstand, dass Zugangsprobleme existieren und dass es zu strategischer Prozessführung kam. Typisch sind die Fälle für den kollektiven Modus, in dieser Hinsicht lassen sich allgemeinere Schlussfolgerungen ziehen. Hinsichtlich der Ursachen von Zugangshürden repräsentierten die Fälle eher „das Spektrum der Möglichkeiten“¹⁶⁵⁶ und die Vielfalt der Schattenseiten des Individualrechtsschutzes. Die Fallstudie Migration behandelt Klagen von Geflüchteten und damit besonders vulnerablen Personen. Die Unsicherheit des Rechtsstatus und die existenziellen Sorgen, die damit verbunden sind, treffen Menschen in anderen Feldern weniger. Hinzu kommt, dass es zahlreiche Sonderregelungen im Aufenthalts- und Asylrecht gibt, die die Rechtsschutzmöglichkeiten einschränken. Die zweite Fallstudie zum BND-Gesetz und zur Auslandsüberwachung ist wiederum von Spezifika geprägt, die aus der nachrichtendienstlichen Tätigkeit resultieren und sich unter anderem in

Müller, Protest und Rechtsstreit, 2021, S. 46 ff.; 227 ff.; 293 f.; zur Rechtshilfe als Zugangsfaktor Weyrich, Wird der Zugang zum Recht durch sozialrechtliche Beratung erleichtert?, in: Druschel u. a. (Hrsg.), 2020, S. 275 ff.

1655 Siehe zu solchen maximal unterschiedlichen Fällen („most different case design“) Hering/Jungmann, Einzelfallanalyse, in: HdB Methoden der empirischen Sozialforschung, 2019, S. 619 (622).

1656 Breidenstein u. a., Ethnografie, 3. Aufl. 2020, S. 160.

einer mehrgliedrigeren Kontrollstruktur aus gerichtlicher, parlamentarischer und exekutiver Kontrolle niederschlagen, die in anderen Bereichen fehlt. Damit ist eine Abweichung vom strikten Individualrechtsschutz in diesem Rechtsbereich bereits angelegt. Wenngleich damit zu erwarten ist, dass sich die Arten der Zugangshürden in beiden Feldern unterscheiden, kann ihr Vergleich zu einem besseren Verständnis beitragen, wie sich Menschen in Anbetracht von Rechtsschutzschwierigkeiten – gleich welcher Natur – zusammenschließen, um Recht zu mobilisieren.

2. Erhebung

Um mit qualitativen Fallstudien beantworten zu können, wie die kollektive Mobilisierung Zugänge zu Recht schafft und dieses in der Wirklichkeit verändert, bedarf es unterschiedlicher Materialien. Da deren Erhebung je nach Methode spezifischen Regeln folgt, sollen diese im Folgenden zunächst dargestellt und ihre Auswahl begründet werden. Sodann lässt sich nachvollziehen, wie die Daten in mehreren Phasen zwischen den Jahren 2017 und 2022 bei Feldforschung am Verwaltungsgericht Berlin, während einer Projektevaluation für die Prozessführungsorganisation GFF und in einer abschließenden, parallelen Forschungsphase erhoben wurden.

a) Methoden

Mit der Entscheidung für qualitative Fallstudien ist noch keine Festlegung auf Methoden verbunden. Denn Fallstudien können sich unterschiedlicher Methoden bedienen, darin liegt ein Vorteil dieses Forschungsansatzes.¹⁶⁵⁷ Insbesondere teilnehmende Beobachtungen, Interviews und Dokumente bieten sich als komplementäre Quellen an.¹⁶⁵⁸

aa) Teilnehmende Beobachtung

Teilnehmende Beobachtung ist eine Erhebungsmethode, bei der sich die forschende Person selbst für einige Zeit in ihren Untersuchungskontext

1657 Yin, *Case Study Research*, 2018, S. 126 ff.; *Argyrou*, *Utrecht L. Rev.* 2017, S. 95 (102).

1658 Yin, *Case Study Research*, 2018, S. 113 ff.

begibt und diesen erlebt.¹⁶⁵⁹ Dies bot sich hier an, um die soziale Produktion von Gerichtsentscheidungen und Aushandlungsprozesse im Klagekollektiv zu erfassen. Über Beobachtungen wird sichtbar, worüber der bloße Entscheidungstext und das Sitzungsprotokoll schweigen: der Austausch der Beteiligten über die Sach- und Rechtslage, ihre Sprache und Emotionen.¹⁶⁶⁰ Beobachtungsdaten sind besonders geeignet, um „Beziehungsinhalte, Interaktionen und Netzwerkpraktiken“ zu erforschen, da die retrospektive Rekonstruktion solcher Beziehungen – durch die Akteur*innen selbst in Gesprächen oder die Forschenden durch Dokumentenanalysen – in der Regel weniger genau sind.¹⁶⁶¹ Gleichzeitig sind Beobachtungen selektiv und von der subjektiven Wahrnehmung geprägt.¹⁶⁶² Die Teilnahme der Forscher*in an der beobachteten Situation beeinflusst zudem das Geschehen. Um dies methodisch einzufangen, sind Feldnotizen zum Geschehen anzufertigen, die auch die eigene Rolle der Forscher*in reflektieren.¹⁶⁶³

bb) Interviews

Mit Beobachtungen können vorwiegend Ereignisse und Verhaltensweisen erfasst werden. Demgegenüber sind qualitative Interviews eine Erhebungsmethode, mit der sich subjektive Deutungen, Erfahrungen und Reflexionen im Gespräch ergründen lassen.¹⁶⁶⁴ In der interdisziplinären Rechtsforschung werden Interviews genutzt, um subjektive Annahmen über und Erfahrungen mit dem Recht zu untersuchen.¹⁶⁶⁵ Vorliegend kamen Interviews

1659 Traditionell genutzt im Rahmen der ethnografischen Feldforschung, zu den Grundlagen *Breidenstein u. a.*, Ethnografie, 3. Aufl. 2020, S. 15 ff., zur teilnehmenden Beobachtung S. 83 ff.

1660 Methodisch zur Gerichtsbeobachtung *Vetters/Eggers/Hahn*, Migration and the Transformation of German Administrative Law, 2017, S. 32 f.; *Arndt*, ZfRSoz 2015, S. 117 (121 f.). Exemplarisch für die ethnografische Gerichtsforschung *Bens*, J. Leg. Plur. Unoff. Law 2018, S. 336 ff.

1661 *Hollstein*, Qualitative Netzwerkdaten, in: HdB Methoden der empirischen Sozialforschung, 2019, S. 1301 (1303).

1662 Zu solchen methodischen Herausforderungen bei Beobachtungen *Scheffer*, Das Beobachten als sozialwissenschaftliche Methode, in: Schaeffer/Müller-Mundt (Hrsg.), 2002, S. 351 ff.

1663 *Breidenstein u. a.*, Ethnografie, 3. Aufl. 2020, S. 100 ff.

1664 *Helfferich*, Leitfaden- und Experteninterviews, in: HdB Methoden der empirischen Sozialforschung, 2019, S. 669 (669, 672 f.).

1665 *Webley*, Qualitative Approaches to Empirical Legal Research, in: Cane/Kritzer (Hrsg.), 2010, S. 926 (936 f.).

zum Einsatz, um sich den subjektiven Hoffnungen sowie strategischen und taktischen Überlegungen der Akteur*innen eines Klagekollektivs zu nähern. Interviews ergaben sich zum Teil im Rahmen der Feldforschung als informelle Gespräche, beispielsweise nach einer beobachteten Gerichtsverhandlung mit den Anwalt*innen oder Richter*innen.¹⁶⁶⁶ Um systematischer die Perspektiven der Akteur*innen zu erfassen, wurden zudem Interviews in Form von formellen Gesprächen mit Leitfäden geführt.

Um die sozialen Beziehungen zwischen Akteur*innen in Kollektiven zu untersuchen, sind Aussagen von Personen besonders aufschlussreich, die zentral für ein solches Bündnis sind.¹⁶⁶⁷ Dies waren all jene Personen, die aktiv in die strategischen Prozesse zum Familiennachzug und BND-Gesetz involviert waren. Je nach Gesprächspartner*in unterschieden sich die methodischen Herausforderungen. Die Interviews mit den klagenden Personen hatten zum Ziel herauszufinden, wie sie strategische Prozesse erlebten, die ihre individuelle Situation zum Ausgangspunkt nahmen. Sie waren als Betroffene besonders vulnerabel, was in den Gesprächen zu berücksichtigen war. Wo ein Interview mit den Betroffenen aufgrund der belastenden Situation ethisch nicht vertretbar war, wurde darauf verzichtet.

Eine zentrale Rolle für die Klagekollektive spielten die Prozessführungsorganisationen GFF und JUMEN, die die Verfahren anstießen und koordinierten. Daher waren Personen zu interviewen, die die Prozesse federführend betreuten. Sie können als „Expert*innen“ qualifiziert werden, denn sie sind in einem spezialisierten Handlungsfeld tätig und verfügen über besonderes Wissen.¹⁶⁶⁸ Dieses Wissen beschränkt sich nicht auf bloßes Fachwissen, vielmehr sind mehrere Wissensdimensionen prägend: ein technisches Wissen über Inhalte und Abläufe aus dem Handlungsfeld, ein Prozesswissen aus der praktischen Erfahrung mit Organisationsroutinen und Ereignissen und ein Deutungswissen, verstanden als subjektive Interpretationen

1666 Zu beiläufig geführten Gesprächen als Form ethnografischer Interviews *Breidenstein u. a.*, Ethnografie, 3. Aufl. 2020, S. 93 f.

1667 So für soziale Netzwerke *Hollstein*, Qualitative Netzwerkdaten, in: HdB Methoden der empirischen Sozialforschung, 2019, S. 1301 (1304).

1668 Zu Expert*inneninterviews als Methode qualitativer Sozialforschung *Meuser/Nagel*, Experteninterview und der Wandel der Wissensproduktion, in: Bogner/Littig/Menz (Hrsg.), 3. Aufl. 2009, S. 35 ff.; aus der Politikwissenschaft *Kaiser*, Qualitative Experteninterviews, 2014. Zu Interviews mit juristischen Expert*innen siehe *Gupta/Harvey*, IJQM 2022, (3 ff.), insbesondere zu Anwalt*innen *Korkea-Aho/Leino*, EJLS 2019, S. 17 (36 ff.).

und Sichtweisen.¹⁶⁶⁹ Solche „spezifischen Wissenskonfiguration[en]“¹⁶⁷⁰ waren in Interviews mit Mitarbeitenden der Prozessführungs-NGOs zu ergründen. Für Expert*inneninterviews kamen die Prozessbevollmächtigten in Betracht sowie Mitarbeitende in Kooperationsorganisationen, die in die Verfahrensplanung und -durchführung einbezogen waren.

Die Leitfäden für die Interviews waren so offen wie möglich, aber so strukturiert wie nötig formuliert.¹⁶⁷¹ Solche teilstrukturierten Leitfäden haben den Vorteil, dass sie vorher festgelegte Kernaspekte abdecken und gleichzeitig im Gespräch Freiraum lassen, um auf unvorhergesehene und neuartige Aspekte einzugehen. Bei der Formulierung von Fragen war darauf zu achten, offene Fragen mit Anschlussfragen zu kombinieren und Suggestivfragen zu vermeiden.¹⁶⁷² Dies beinhaltete, nicht wörtlich nach Analysekatégorien oder Konzepten – etwa Klagekollektiven oder einer Individualisierung – zu fragen, sondern die ihnen zugrunde liegenden Ideen in Interviewfragen zu übersetzen.

Die Interviews wurden teils persönlich und teils telefonisch durchgeführt. Aus forschungsethischen und datenschutzrechtlichen Gründen war es wichtig, die informierte Einwilligung der Gesprächspartner*innen einzuholen.¹⁶⁷³ Um die Gespräche für die spätere Analyse zu dokumentieren, wurden sie aufgenommen und als bereinigtes Gesprächsprotokoll transkribiert.¹⁶⁷⁴ Erste Gesprächseindrücke wurden in Dokumentationsbögen festgehalten.

1669 Bogner/Menz, Das theoriegenerierende Experteninterview, in: Bogner/Littig/Menz (Hrsg.), 3. Aufl. 2009, S. 61 (70 f., 73). Für eine solche Entkoppelung des Expert*innenbegriffs von formalen Berufsrollen hin zu dem Fokus auf die Art des generierten Wissens ebenso Meuser/Nagel, Experteninterview und der Wandel der Wissensproduktion, in: Bogner/Littig/Menz (Hrsg.), 3. Aufl. 2009, S. 35 (44).

1670 Bogner/Menz, Das theoriegenerierende Experteninterview, in: Bogner/Littig/Menz (Hrsg.), 3. Aufl. 2009, S. 61 (93).

1671 Zur Leitfadenerstellung nach diesem Grundsatz Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews, in: HdB Methoden der empirischen Sozialforschung, 2019, S. 669 (675 ff.).

1672 Zur Gesprächsführung und Interviewtechniken Hermanns, Interviewen als Tätigkeit, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 360 ff.

1673 Hopf, Forschungsethik und qualitative Forschung, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 588 (591 ff.).

1674 Da keine Sprachanalyse erfolgen sollte, war ein um Pausen und Versprecher bereinigtes Transkript ausreichend. Zu Transkriptionsregel siehe Flick, Qualitative Sozialforschung, 10. Aufl. 2021, S. 379 ff.

cc) Dokumentenrecherche

In Ergänzung zu diesen selbst generierten Materialien bot sich eine Dokumentenrecherche an, um Informationen über die strategischen Prozesse zusammenzutragen, die öffentlich verfügbar waren.¹⁶⁷⁵ Für den rechtlichen Hintergrund der strategischen Prozesse waren dies Materialien zur Rechtslage beim Familiennachzug und dem Recht gegen Überwachung, das heißt Gesetzestexte, Gesetzgebungsmaterialien, Rechtsprechung und rechtswissenschaftliche Literatur. Der Blick in die Gesetzesbegründungen ließ Schlüsse über die parlamentarische Bearbeitung zu, die Sachverständigenstellungnahmen zu Gesetzesentwürfen gaben Auskunft über die Aushandlung widerstreitender Positionen und die politischen Gelegenheitsstrukturen. Zu einem Verständnis des Kontexts von Verfahren gehörte auch die mediale Berichterstattung über diese, vor allem Zeitungsberichte.

Rechtlich manifestierten sich die Forderungen der Klagekollektive in den erstrittenen Entscheidungen zum Familiennachzug und gegen das BND-Gesetz. Sie bildeten das direkte juristische Ziel, auf das die Prozessführungen hinausliefen. Entsprechend waren sie die zentralen Quellen, um zu untersuchen, inwiefern Zugänge zum Recht gelungen waren. Um die Geschichten hinter den strategischen Prozessen nachzuvollziehen, war ferner Material zu berücksichtigen, aus dem sich die subjektiven Hoffnungen und Erlebnisse der Akteur*innen der beiden Klagekollektive ergaben. Dies umfasste die Schriftsätze und Klage- beziehungsweise Beschwerde begründungen als in rechtliche Argumentation gegossene Positionen. Allerdings lässt sich mit diesem Material nur erfassen, was juristisch formulierbar ist. Hinweise auf die Strategie und Taktik der Klagekollektive, die das Verfassen dieser Dokumente motivierte, ergaben sich zusätzlich aus der öffentlichen Darstellung der Akteur*innen. Dies umfasste Informationen in Internetauftritten und Pressemitteilungen.

Bei der Mobilisierung von Recht werden gesellschaftliche und politische Kämpfe in das Recht und aus dem Recht übersetzt.¹⁶⁷⁶ Wie dies abläuft, ließ sich mit Materialien rekonstruieren, die Auskunft über rechtspolitische Entwicklungen im Nachgang der Entscheidungen gaben. Dies waren die Folgeverfahren, in denen Gerichte Bezug auf die Entscheidungen nahmen,

1675 Zu Dokumentenrecherche und deren qualitativer Auswertung als Methode der empirischen Rechtsforschung *Webley*, *Qualitative Approaches to Empirical Legal Research*, in: Cane/Kritzer (Hrsg.), 2010, S. 926 (938).

1676 *Buckel/Pichl/Vestena*, *ZKKW* 2021, S. 45 (72 f.).

aber auch parlamentarische Aktivitäten wie Entwürfe von Gesetzesreformen und weitere Aktivitäten der Klagekollektive.

b) Feldforschung zum Migrationsrecht (2017/2018 und 2022)

Das Material für die Fallstudie Migration wurde im Großteil in der ersten Forschungsphase (2017–2018) erhoben, eine Nacherhebung fand in der letzten Forschungsphase im Frühjahr 2022 statt. Der Datensatz zum Fall Familiennachzug umfasst neben den recherchierten Dokumenten insgesamt drei Verhandlungsprotokolle zu Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Berlin, vier Interviews mit Richter*innen und sechs mit Anwalt*innen beziehungsweise Rechtsberatern.

Die erste Erhebungsphase 2017/2018 fand im Rahmen des empirischen Forschungsprojekts „Was ‚macht‘ Migration mit Verwaltungsrecht?“ statt.¹⁶⁷⁷ Unter der Leitung der promovierten Ethnologin Larissa Veters und gemeinsam mit der Ethnologin Judith Eggers wurde zwischen März und November 2017 ein Feldforschungsaufenthalt am Verwaltungsgericht Berlin durchgeführt. Die dabei gewonnenen Eindrücke von der Institution Verwaltungsgericht sowie von der Berliner Rechtsberatungslandschaft bilden die Hintergrundfolie für die Fallstudie zum Familiennachzug. Von den dabei erhobenen Materialien fließen direkt nur solche ein, in denen es thematisch um den Familiennachzug geht, sowie solche, die rechtliche Strategien – Musterschriftsätze, strategische Prozessführung, Beratungsformen – thematisieren.

Ein Teil der Feldforschung bestand aus teilnehmenden Beobachtungen in mündlichen Verhandlungen zum Asyl- und Aufenthaltsrecht. Die Dokumentation erfolgte mit standardisierten Beobachtungsbögen. Erfasst wurden die Eckdaten eines Verfahrens (Datum, Aktenzeichen, Spruchkörper, Referenzgebiet, Thema, Verfahrensart und -ausgang, Beratungs- und Prozesskostenhilfe, Akteur*innen) und der Ablauf der mündlichen Verhandlung. Sofern es möglich war, wurden am Rande der Verhandlungen Gespräche mit den Richter*innen, Anwalt*innen und Klagenden geführt. Ergänzt wurde dies durch leitfadengestützte Interviews mit Richter*innen, die im

1677 Das Forschungsprojekt wurde zwischen 2015 und 2017 von der Fritz Thyssen Stiftung gefördert (Az. 10.15.2.00RE). Zu den Forschungsfragen siehe *Veters/Eggers/Hahn*, *Migration and the Transformation of German Administrative Law*, 2017, S. 6; zu Erkenntnissen aus dem Projekt siehe *Veters*, *Citizenship Stud.* 2022, S. 927 ff.

Tandem mit Judith Eggers durchgeführt wurden. Darin ging es nicht um konkrete Fälle, sondern allgemeine Aspekte der Gerichtsorganisation angesichts der gestiegenen Fallzahlen im Migrationsrecht, um die Praxis der Fallbearbeitung und Entscheidungsfindung in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren sowie um die Beziehungen zu den Akteur*innen im Verfahren, insbesondere den Klagenden und den Anwalt*innen.

Die Interviews mit Anwalt*innen und Rechtsberatern behandelten die Herausforderungen des erhöhten Fallaufkommens in den Jahren nach 2015 durch die Migration nach Europa und Deutschland, die Beziehung zu ihren Mandant*innen sowie die Vernetzung mit weiteren Akteur*innen. Zu den strategischen Prozessen des Vereins JUMEN, dessen Zielen und Vorgehensweisen, wurden in den Jahren zwischen 2017 und 2022 zudem mehrere informelle Interviews mit Adriana Kessler geführt, einer der Vereinsgründerinnen. In der dritten Forschungsphase im Jahr 2022 kam ein weiteres leitfadengestütztes Interview hinzu. Dieses hatte besondere Bedeutung, weil parallel dazu weitere Materialien zum BND-Fall erhoben wurden. Um einen direkten Vergleich beider Fälle zu ermöglichen, wurde ein einheitlicher Interviewleitfaden erstellt. Die Themen umfassten eine Rückschau zu den ursprünglichen Zielen der Prozesse und ihrer Entwicklung. Ferner ging es um eine Einschätzung der ergangenen Gerichtsentscheidungen und den politischen Kontext der Verfahren. Expliziter als in den Interviews zuvor enthielt der Leitfaden zudem Fragen rund um mögliche Zugangshürden zu Recht, der Vereinzelung der Klagenden und anderen Rechtsschutzformen. Eine Reihe zentraler Fragen betraf die Zusammenarbeit mit den Klagenden, Anwalt*innen und anderen Vereinen.

Eine Stärke des Datensatzes ergibt sich daraus, dass einige der Beobachtungen und Gespräche zu zweit oder zu dritt erfolgten. Da alle Forschenden eigene Feldnotizen anfertigten, gab es zu den beobachteten Situationen mehrere Perspektiven, die sich abgleichen ließen.¹⁶⁷⁸ Die hier einbezogenen Beobachtungsnotizen wurden so einer intersubjektiven Kontrolle unterzogen. Deren Auswertung erfolgte sodann selbstständig durch die Verfasserin. Eine Schwierigkeit bei der Materialerhebung bestand in der vulnerablen Situation der klagenden Personen. Zu deren Schutz hielt der Verein JUMEN sie, bis auf wenige Ausnahmen, gezielt von der Öffentlichkeit fern. Aufgrund der im Regelfall emotional belastenden Ausnahmesituation für

1678 Eine sogenannte Triangulation von Forschenden, dazu *Flick*, Triangulation in der qualitativen Forschung, in: *Flick/von Kardorff/Steinke* (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 309 (312).

die Klagenden, zum Teil Minderjährige, wurde aus ethischen Gründen auf Interviews im unmittelbaren Vorfeld und Nachgang des Verfahrens verzichtet. Insofern können die Ansichten der Klagenden nur vermittelt über ihre Aussagen in den mündlichen Verhandlungen, die Darstellung des Vereins und öffentlich zugängliche Quellen einbezogen werden.

c) Feldforschung zum BND-Verfahren (2019/2020 und 2022)

Das Material für die Fallstudie Überwachung wurde in der zweiten Forschungsphase zwischen 2019 und 2020 erhoben, eine Nacherhebung folgte im Frühjahr 2022. In dieser Zeit wurden insgesamt acht Interviews geführt und Notizen aus Beobachtungen angefertigt. Abgeglichen und ergänzt wurden diese Gesprächseindrücke durch interne Dokumente wie Schriftsätze oder Fallübersichten sowie öffentlich verfügbare Materialien über das BND-Verfahren.

Die erste Erhebung fand im Rahmen einer Projektevaluation für die GFF statt.¹⁶⁷⁹ Diese erlaubte Einblicke in die interne Vereinsarbeit. Zum BND-Verfahren wurden vier Interviews geführt, darunter mit dem in der GFF zuständigen Rechtsanwalt und promovierten Juristen Bijan Moini, dem Prozessbevollmächtigten Professor Matthias Bäcker, dem Journalisten und Beschwerdeführer Richard Norton-Taylor sowie mit Daniel Moßbrucker, der das Verfahren bei der Organisation Reporter ohne Grenzen (Reporters sans frontières – RSF) bis zum Jahr 2019 federführend betreut hatte. Die Interviewleitfäden in der ersten Erhebungsphase umfassten Fragen zum strategischen Hintergrund des Verfahrens und den Motiven, den politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen, den taktischen Überlegungen, der Kooperation zwischen den Akteur*innen und den Ressourcen. Die Teilnahme an Teamsitzungen ermöglichte es zudem, Verständnisse der Mitarbeitenden über strategische Prozessführung und die Arbeit des Vereins zu beobachten. Bei den Interviews und Treffen war die Sozialwissenschaftlerin und Juristin Anna-Lena Dohmann anwesend, die an der Evaluation mitwirkte. Die Gesprächsführung, Transkription und Auswertung der hier verwendeten Interviews lagen in der Verantwortung der Verfasserin.

Die erste Materialerhebung fand vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BND-Gesetz im Mai 2020 statt und ist damit eine

1679 Im Sinne angewandter Sozialforschung, zu den methodischen Grundlagen siehe von Kardoff, *Qualitative Evaluationsforschung*, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 238 ff.

Momentaufnahme dessen, was sich die befragten Personen von dem Urteil erhofften. Um die langfristigen Entwicklungen analysieren zu können, erfolgte im Januar 2022 eine Nacherhebung. Dazu wurden vier weitere Interviews geführt, erneut mit Bijan Moini, Matthias Bäcker und Daniel Moßbrucker. Hinzu kam ein Interview mit einem weiteren Beschwerdeführer, dem Journalisten Goran Lefkov, zu seinen Motiven und Erwartungen, der Einbeziehung in das Verfahren und einer Einschätzung zu dessen Bedeutung. Wie erwähnt deckten sich die Interviewleitfäden in dieser Phase im Kern mit dem Leitfaden aus der Nacherhebung zum Migrationsfall. Eine Anpassung war hinsichtlich des anderen Rechtsbereichs, des unterschiedlichen Verfahrensgangs und je nach Rolle der interviewten Person nötig. Dadurch kamen Fragen zur mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht und der Reform im Anschluss an dessen Urteil hinzu – zwei Entwicklungen, die es beim Migrationsfall mangels Entscheidung des Gerichts in der Hauptsache nicht gab. Eine Lücke im Datensatz bildet der Umstand, dass keine Beobachtung der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht möglich war. Für diesen Teil stützt sich die Analyse auf veröffentlichte Berichte und Eindrücke der Akteur*innen des Klagekollektivs, die in Interviews abgefragt wurden.

3. Auswertung

Welche Forschungsmethode für die Materialauswertung geeignet ist, hängt vom Erkenntnisinteresse und der Art der erhobenen Daten ab.¹⁶⁸⁰ Vorliegend brauchte es Analysewerkzeuge, die es ermöglichten, die Genese strategischer Prozesse in zwei Fällen nachzuvollziehen und zu vergleichen. Diese mussten zudem für verschiedene Materialtypen geeignet sein und sich in Auswertungsschleifen in den Forschungsprozess integrieren lassen. Die Wahl fiel auf eine qualitative Inhaltsanalyse, eine an Kategorien orientierte Textanalyse.¹⁶⁸¹ Denn diese Analysemethode hat den Vorteil, dass

1680 Zur zentralen Bedeutung der Forschungsfrage *Kuckartz/Rädiker*, Qualitative Inhaltsanalyse, 5. Aufl. 2022, S. 29; zu Kriterien einer angemessenen Methodewahl *Steinke*, Gütekriterien qualitativer Forschung, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 319 (327).

1681 Es gibt zahlreiche Formen und Traditionen der qualitativen Inhaltsanalyse, siehe nur den Überblick bei *Schreier*, FQS 2014. Diese haben gemeinsam, dass der Auswertung Kategorien zugrunde liegen. Um die Vorzüge verschiedener Ansätze fruchtbar zu machen, wurden hier, wie im Folgenden beschrieben, mehrere inhaltsanalytische Ansätze kombiniert. Dabei wird Inhaltsanalyse verstanden als

sie verstanden als „Werkzeugkasten“¹⁶⁸² flexibel an das Forschungsdesign angepasst werden kann, aber durch feste Regeln für den Auswertungsablauf die intersubjektive Nachvollziehbarkeit sicherstellt.¹⁶⁸³ Wichtig ist es dabei, systematisch in mehreren Schritten vorzugehen. Nach der Festlegung von Forschungsfragen und auszuwertenden Materialien sind das die Erarbeitung eines Systems aus Analyse kategorien, dessen testweise Anwendung auf das Material und die Weiterentwicklung gefolgt von der Hauptauswertung und Interpretation.¹⁶⁸⁴ Zu dem hier verwendeten Forschungsansatz in Phasen passte es, die Kategorien zunächst unabhängig vom Material auf Grundlage vorheriger Systematisierung – also deduktiv – zu erstellen und sie im weiteren Analyseprozesse aus dem Material – das heißt induktiv – zu ergänzen.¹⁶⁸⁵ Da inhaltlich strukturierende Kategorien die Analysegrundlage bilden, ist diese Methode zur Auswertung verschiedener Materialien geeignet, hier den Dokumenten, Interviewtranskripten und Beobachtungsprotokollen.¹⁶⁸⁶

„die systematische und methodisch kontrollierte wissenschaftliche Analyse von Texten [...]“; siehe dazu *Kuckartz/Rädiker*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 5. Aufl. 2022, S. 39. Der Vorzug des Ansatzes von Udo Kuckartz und Stefan Rädiker ist, dass er eine Kombination von Kategorienbildung aus der Theorie und aus dem Material ermöglicht, und zudem offen ist für eine fallorientierte Anwendung. Zu diesen Besonderheiten des Ansatzes Ebd., S. 113 f. In vielen Teilen bestehen Ähnlichkeiten zu dem viel rezipierten, aber weniger offenen und daher hier nur ergänzend herangezogenen Ansatz von *Mayring*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 12. Aufl. 2015; *Mayring/Fenzl*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, in: HdB *Methoden der empirischen Sozialforschung*, 2019, S. 633 ff.

- 1682 Im Anschluss an Margrit Schreier, die vorschlägt, zwar festgelegte Schritte zu befolgen, deren konkrete Ausgestaltung aber an den Forschungsgegenstand anzupassen. Daraus ergibt sich ein Basisablauf einer Inhaltsanalyse mit je nach Erkenntnisinteresse unterschiedlichen Optionen, siehe *Schreier*, *FQS* 2014, Art. 18, Abs. 53 ff.
- 1683 *Kuckartz/Rädiker*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 5. Aufl. 2022, S. 49; *Mayring/Fenzl*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, in: HdB *Methoden der empirischen Sozialforschung*, 2019, S. 633 (635).
- 1684 Siehe dazu mit jeweils unterschiedlichen Bezeichnungen, die aber den im Kern selben Ablauf vorgeben *Kuckartz/Rädiker*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 5. Aufl. 2022, S. 106; *Schreier*, *FQS* 2014, Art. 18, Abs. 57.
- 1685 Zu dieser deduktiv-induktiven Kategorienbildung als typisch für qualitative Inhaltsanalyse *Kuckartz/Rädiker*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 5. Aufl. 2022, S. 102; siehe auch *Flick*, *Qualitative Sozialforschung*, 10. Aufl. 2021, S. 387 ff.
- 1686 *Kuckartz/Rädiker*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 5. Aufl. 2022, S. 130. Da die Materialien mit jeweils eigenem Erkenntnisinteresse erhoben wurden, sind die Besonderheiten des Materialtypus bei der Auswertung zu berücksichtigen. Bei der Auswertung von Interviews interessiert vor allem die Einstellungen und Erfahrungen

Die Auswertung der erhobenen Daten erfolgte somit über material- und fallübergreifende Analysekategorien. Die Fälle wurden zunächst zeitlich nacheinander getrennt analysiert, um ihre Genese und das Zusammenspiel der Akteur*innen in der Tiefe zu verstehen.¹⁶⁸⁷ Anschließend wurden sie verglichen. Dies entspricht dem Analyseansatz der Fallvergleich-Synthese, mit dem sich fallinterne Muster sowie Ähnlichkeiten zwischen Fällen feststellen lassen.¹⁶⁸⁸ Als technische Unterstützung kam bei der Auswertung eine Software zur qualitativen Datenanalyse (MAXQDA) zum Einsatz. Kategorien lassen sich dort als Codes anlegen und das Material diesen zuordnen, das heißt codieren.¹⁶⁸⁹

a) Charakteristika strategischer Prozesse und Mobilisierungstheorien als Kategorien

Der erste Schritt einer Inhaltsanalyse ist die Erarbeitung eines Kategoriensystems.¹⁶⁹⁰ In dieses floss Vorwissen über strategische Prozessführung ein, sodass der erste Entwurf konzept- und theoriegesteuert war.¹⁶⁹¹ Da die Analyse neben der Beschreibung von Mobilisierungsbedingungen auch ihre Bewertung in Zugangshürden und -brücken zum Ziel hatte, bot es sich an, inhaltlich strukturierende mit evaluierenden Kategorien zu kombinieren.¹⁶⁹²

der Interviewpartner*innen, zu den entsprechenden Anpassungen inhaltsanalytischer Verfahren siehe *Kaiser*, Qualitative Experteninterviews, 2014, S. 89 ff. Zu den im Grunde ähnlichen Analyseschritten siehe *Schmidt*, Analyse von Leitfadenterviews, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 447 ff.

1687 Zu analytischen Techniken bei der vertieften Fallanalyse siehe *Yin*, Case Study Research, 2018, S. 165 ff.; *Stake*, The Art of Case Study Research, 1995, S. 71 ff.

1688 Als Fallvergleich-Synthese diskutiert bei *Hering/Jungmann*, Einzelfallanalyse, in: HdB Methoden der empirischen Sozialforschung, 2019, S. 619 (624 f.), mit Verweis auf den Ansatz der „cross-case-synthesis“ von *Yin*, Case Study Research, 2018, S. 196. Einen solchen Ansatz zwischen Einzelfall und Vergleichsstudie verortend *Flick*, Qualitative Sozialforschung, 10. Aufl. 2021, S. 180.

1689 „Kategorie“ meint hier die analytische Kategorie, der Begriff „Code“ ist im Zusammenhang mit Analysesoftware verbreitet, siehe *Kuckartz/Rädiker*, Qualitative Inhaltsanalyse, 5. Aufl. 2022, S. 58 ff.

1690 Ebd., S. 70 ff.

1691 Auch als a-priori oder deduktive Kategorienbildung bezeichnet, weil diese nicht zwingend an Theorien orientiert sein muss, wohl aber an zuvor gebildeten Systematisierungen, zum Ganzen Ebd., S. 70 ff.

1692 Zu dieser Form der kombinierten inhaltlich-strukturierenden und evaluierenden Inhaltsanalyse Ebd., S. 175. Die evaluierende Inhaltsanalyse zielt vor allem auf die Bewertung von Inhalten und kann als punktuelle Ergänzung zur inhaltlich-struk-

Leitend bei der Erstellung erster inhaltlich-strukturierender Analysekat-egorien war das zuvor entwickelte Verständnis von strategischer Prozessfüh-rung als kollektivem Modus und die Arbeitshypothese, dass die strategische Nutzung von Recht nicht nur von Mobilisierungsregeln, sondern ebenso von Klagekollektiven als Ressourcen und den subjektiven Erwartungen der Akteur*innen beeinflusst wird. Die Analysekategorien folgten somit der inhaltlichen Systematisierung aus Merkmalen strategischer Prozessfüh-rung – Strategie, Taktik, Klagekollektiv – und den Mobilisierungsbedingun-gen – Mobilisierungsregeln, Kosten und subjektive Faktoren. Innerhalb dieser deduktiv hergeleiteten Oberkategorien entstanden Unterkategorien, für Klagekollektive etwa die Rollen der Akteur*innen und Stichworte wie „Arbeitsteilung“, „Zusammenarbeit“ oder „Organisation“. Die Kategorien zu den Mobilisierungsbedingungen sollten die Faktoren abbilden, von denen theoretisch informiert anzunehmen war, dass sie für die Mobilisierung von Recht von Bedeutung sind. Diese waren anfangs noch breit gefasst, laute-ten bei Mobilisierungskosten beispielsweise „materielle“ und „immaterielle Ressourcen“. Über die Codes „positiv/negativ“ erfolgte eine Bewertung der Bedingungen.

b) Anwendung und Modifikation am Material

Am Ende der ersten Forschungsphase wurde das Material der Fallstudie Migration mit diesen Kategorien ausgewertet. Dies diente der Erprobung der entwickelten Kategorien.¹⁶⁹³ Auch galt es, sie materialspezifisch zu schärfen. So ging es bei der Analyse der Prozessbeobachtungen darum zu verstehen, wie individuelle und kollektive Anliegen in der mündlichen Verhandlung formuliert wurden und wie sich die Interaktionen im Ge-richtssaal vollzogen. Besonders aufschlussreich war dies für Kategorien wie die subjektiven Hoffnungen und ihre Übersetzbarkeit in rechtliche Ansprü-che, den durch Mobilisierungsregeln choreographierten Verhandlungsab-lauf oder die Rechtssprache als eine immaterielle Ressource. Eine größere Rolle als zuvor vermutet – und als in den späteren Urteilen sichtbar wird – spielte in den mündlichen Verhandlungen der rechtspolitische Kontext der Aussetzung des Familiennachzugs als Mittel der Migrationskontrolle.

turierenden Analyse eingesetzt werden. Das ist möglich, da sich der Ablauf nicht unterscheidet, sondern nur die Art der Kategorienbildung, dazu Ebd., S. 157 ff.

1693 Zu diesem ersten Codierprozess *Kuckartz/Rädiker*, Qualitative Inhaltsanalyse, 5. Aufl. 2022, S. 134 ff.; als „Probecodieren“ bei *Schreier*, FQS 2014, Art. 18, Abs. 57.

Die Analyse der Gespräche abseits des Sitzungsprotokolls erlaubte es, den Fall in seinem politischen Kontext zu verorten. Durch die Auswertung der Interviews mit Richter*innen ließ sich zudem begreifen, wie sie ihre Rolle in ebendiesem Kontext wahrnahmen und angesichts der gestiegenen Klagezahlen und prozessualen Besonderheiten des Aufenthalts- und Asylrechts mit ihrer Aufgabe umgingen, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Im Kontrast dazu wurden bei der Auswertung der Interviews mit Anwält*innen und Berater*innen sowie von Gesprächen mit Klagenden am Rande von Verhandlungen vorwiegend die Rechtsschutzschwierigkeiten deutlich.

Die erste vorläufige Analyse dieser Materialien bestätigte einige der Vorannahmen. So wurde deutlich, dass Kooperationen und Netzwerkarbeit wichtig für die Planung der Verfahren zum Familiennachzug waren, somit Klagekollektive eine zentrale Rolle einzunehmen schienen. Gleichzeitig kamen neue Erkenntnisse hinzu, etwa wurde deutlich, dass zwischen individuellen Interessen und der mit strategischer Prozessführung erhofften Breitenwirkung Spannungen auftreten können. Zu der Kategorie „Klagekollektiv“ war mithin die Unterkategorie „Interessenkollision“ zu ergänzen. Zudem fanden sich im Material Hinweise darauf, dass viele der erkennbaren Hürden mit der Ausgestaltung des Zugangs zu Recht als Individualrechtsschutz zusammenhingen und darin Aspekte wie die Mobilisierungskosten oder -regeln zusammenkamen.

Mit diesen neuen Hinweisen galt es das Kategoriensystem zu modifizieren, ein weiterer zentraler Schritt bei der Inhaltsanalyse.¹⁶⁹⁴ Im Analyseprogramm MAXQDA wurden die aus dem Material gewonnenen Kategorien mit anderen Farben eingefügt, um sie von den theoriegeleiteten Kategorien unterscheiden zu können. Auf Grundlage des erweiterten Kategoriensystems wurde der Fall zur Auslandsüberwachung durch den BND am Ende der zweiten Forschungsphase 2020/2021 ausgewertet. In den Interviews spielten Aspekte wie die Abstimmung von gemeinsamen Schritten zwischen den Akteur*innen eine überraschend große Rolle, ebenso war die Suche nach den Beschwerdeführenden ein zentrales Thema. Die Auswertung dieser Passagen ermöglichte es, die Wahrnehmung der Akteur*innen von ihrer Zusammenarbeit zu begreifen und machte eine Ausdifferenzierung der Unterkategorien nötig, etwa über Stichworte wie „Zusammenhalt“. Auch wurde deutlich, dass in einem Klagekollektiv, in dem sich alle abstimmen,

1694 Kuckartz/Rädiker, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 5. Aufl. 2022, S. 138 ff.; als „Evaluation und Modifikation des Kategoriensystems“ bei Schreier, FQS 2014, Art. 18, Abs. 57.

nicht alle gleich aktiv sind. Daher wurde etwa der evaluierende Code „aktiv/passiv“ ergänzt.

c) Finale Analyse und die Herausforderungen des zirkulären und fallvergleichenden Forschens

Die letzte und vergleichende Auswertung erfolgte am Ende der dritten Forschungsphase zwischen 2021 und 2022. Dabei lag der Fokus auf der Frage, inwiefern strategische Prozessführung im Klagekollektiv jeweils die Mobilisierungsbarriere Individualisierung adressierte und den Zugang zu Recht in seinen verschiedenen Dimensionen beeinflusste. Das Ziel war es, in beiden Fällen erkennbare und insofern typische Muster herauszuarbeiten, die sich bei der Zusammenarbeit im Rahmen strategischer Prozessführung zeigten.

Eine Herausforderung bei der vergleichenden Auswertung war es, dass die Materialerhebung und -auswertung bis dahin in mehreren Zyklen nacheinander durchgeführt wurde. Die konzeptuell und theoretisch informierte Perspektive auf strategische Prozessführung wurde über die Zeit mit Eindrücken aus dem Feld angereichert und weiterentwickelt. Diese Einblicke flossen wiederum in die nächste Erhebungs- und Auswertungsphase ein. Die Stärke eines solchen zirkulären Vorgehens liegt in der Offenheit für neue Erkenntnisse aus dem Material.¹⁶⁹⁵ Allerdings erschwert es den Vergleich zweier Fälle, wenn unterschiedliche Materialtypen vorliegen, die zu anderen Zeitpunkten und mit sich veränderndem Fokus erhoben wurden. Dies galt es in der letzten Auswertung aufzufangen, wozu mehrere methodische Vorkehrungen getroffen wurden.

Eine erste war es, nicht nur das nacherhobene Material zu codieren, sondern ebenso das bereits codierte Material mit den neuen Analysekatégorien zu überprüfen, etwa den verschiedenen Facetten von Individualisierung. Grundlage dafür war das inzwischen getestete und erweiterte System aus Analysekatégorien. Eine zweite methodische Entscheidung war es, bei der Analyse den Schwerpunkt auf solches Material zu legen, das für beide Fälle in ähnlicher Weise zur Verfügung stand. Neben den Gesetzgebungsmaterialien, den Gerichtsentscheidungen und dem Fachdiskurs, also der Rechtsla-

1695 Zum Prinzip der Offenheit als kennzeichnend für qualitative Forschung *Flick/von Kardorff/Steinke*, Was ist qualitative Forschung?, in: *Flick/von Kardorff/Steinke* (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 13 (24); zu der damit notwendigerweise verbundenen Veränderung der Forschungsfragen und -schwerpunkte *Stake*, *The Art of Case Study Research*, 1995, S. 20 f.

ge, waren dies hauptsächlich die Interviews mit Akteur*innen aus dem Klagekollektiv in der letzten Erhebungsphase. Anders als in den Phasen zuvor erfolgte die Materialerhebung im Frühjahr 2022 parallel und unter Nutzung eines einheitlichen Interviewleitfadens. Für die Analyse hatte das den Vorteil, einen direkten Vergleich anstellen zu können. Im Abgleich der Interviews zeigte sich so beispielsweise, dass Interviewpartner*innen in beiden Fällen auf die Frage nach der Art der Zusammenarbeit mit anderen Akteur*innen betonten, wie wichtig die Vernetzung war, um die Verfahren überhaupt durchführen zu können. Anhand dessen ließ sich die Bedeutung des Klagekollektivs, die spezifische Rollenverteilung und dessen Sichtbarkeit nach außen analysieren.

Eine zweite methodische Vorkehrung war es, die Interviewanalyse mit Informationen aus weiteren Materialien zu kontrastieren. Eine solche Triangulation verschiedener Materialien trägt dazu bei, diverse Perspektiven auf den Fall einzubeziehen und mögliche Widersprüche aufzudecken.¹⁶⁹⁶ Zum Zeitpunkt der letzten Auswertung lagen zu beiden Fällen Gerichtsentscheidungen vor. Deren Analyse bildete einen fruchtbaren Ausgangspunkt für einen Abgleich mit den subjektiven Wahrnehmungen der erzielten Erfolge, wie sie die befragten Personen in den Interviews schilderten. Dazu waren sie vor und nach den Entscheidungen befragt worden, was einer retrospektiven Verzerrung entgegenwirkte. Ferner wurde es durch einen Vergleich der Entscheidungsgründe und der Schriftsätze möglich aufzudecken, welche Argumente sich in den Entscheidungen wiederfanden. Auch wie die Akteur*innen die Entscheidungen nach außen darstellten, war interessant. Erst im Vergleich all dieser unterschiedlichen Materialien wurde deutlich, dass etwa der juristische Ausgang des BND-Verfahrens in der Außendarstellung als großer Erfolg kommuniziert wurde, die in den Interviews geäußerten Einschätzungen aber ein differenzierteres Bild zeichneten.

4. Darstellung

Mit den Fallstudien sollen Mobilisierungsgeschichten hinter Gerichtsverfahren sichtbar werden. An diesem Ziel orientiert sich die Darstellung, die der vergleichenden Analyse (IV.) eine ausführliche Beschreibung beider

¹⁶⁹⁶ Yin, *Case Study Research*, 2018, S. 127 ff.; Flick, *Qualitative Sozialforschung*, 10. Aufl. 2021, S. 519 f.

Fälle voranstellt (II./III.). Eine solche „dichte Beschreibung“ dient dazu, die Abläufe und Dynamiken offenzulegen.¹⁶⁹⁷ Zur Rekonstruktion der Fälle bietet es sich an, Auszüge aus dem empirischen Material zu präsentieren.¹⁶⁹⁸ Dies macht die gezogenen Schlüsse für die Lesenden intersubjektiv nachvollziehbar, was wie erwähnt ein Gütekriterium qualitativer Forschung ist.¹⁶⁹⁹ Zudem erhalten die Forschungsteilnehmenden auf diese Weise eine Stimme.¹⁷⁰⁰ Die Quelle im Material wird im Folgenden in Fußnoten mit Kürzeln angegeben, die die Erhebungsart, das Datum und die codierte Zeile ausweisen.¹⁷⁰¹

Je nach Materialtyp gibt es Besonderheiten in der Darstellung. Bei Interviewzitatzen handelt es sich um wortwörtlich aus den Interviewaufnahmen transkribierte Aussagen. Um möglichst nah an den Formulierungen zu bleiben, werden die englischsprachigen Zitate im BND-Fall im Original wiedergegeben und nur in den Fußnoten übersetzt. Ferner werden Auszüge aus Prozessbeobachtungen dargestellt. Dabei handelt es sich nicht um wortwörtliche Zitate, sondern Dialoge, die über Feldnotizen sinngemäß notiert wurden.¹⁷⁰² Aus Gründen der Lesbarkeit weggelassen wird die Übersetzung durch Dolmetschende, wie sie in aufenthalts- und asylrechtlichen Verfahren die Regel ist.

Schließlich beeinflussen einige forschungsethische Überlegungen die Darstellung. Die Forschungspartner*innen müssen mit ihrer Studienteilnahme einverstanden sein, zudem darf die Studiendurchführung und die

1697 Hollstein, Qualitative Netzwerkdaten, in: HdB Methoden der empirischen Sozialforschung, 2019, S. 1301 (1308), in Anlehnung an die dichte Beschreibung als ethnografischen Ansatz geprägt durch Geertz, Dichte Beschreibung, 13. Aufl. 2015.

1698 Rosenthal, Interpretative Sozialforschung, 5. Aufl. 2015, S. 104; zur (Re)präsentation der Feldforschung Breidenstein u. a., Ethnografie, 3. Aufl. 2020, S. 206 f.

1699 Steinke, Gütekriterien qualitativer Forschung, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 319 (326 ff.); zur Bedeutung für die Darstellung auch Rosenthal, Interpretative Sozialforschung, 5. Aufl. 2015, S. 104.

1700 de Souza/Hahn, The Socio-Legal Lab, 2022, S. 240 f.; zu dieser Haltung gegenüber den Beforschten als Forschungssubjekten Breidenstein u. a., Ethnografie, 3. Aufl. 2020, S. 210.

1701 Der Verweis auf die Interviewtranskripte und die Feldnotizen aus Prozessbeobachtungen erfolgt über die Benennung der Materialart, der involvierten Person, dem Erhebungsdatum, dem Materialkürzel (Fallstudie/Feld (Anwaltschaft = A, Gericht = G)/Erhebungsform (Interview = I, Beobachtung = B)/Nummer) sowie der Ziffer der codierten Zeile in MAXQDA. Beispiel: Interview Adriana Kessler v. 06.03.2017 (MIG/A/I/2), 3.

1702 Ein bei ethnografischer Feldforschung übliches Vorgehen, zu Feldnotizen Breidenstein u. a., Ethnografie, 3. Aufl. 2020, S. 100 ff.

Veröffentlichung der Ergebnisse diese nicht schädigen.¹⁷⁰³ Die Namen der Forschungspartner*innen werden daher nur genannt, soweit diese einer Veröffentlichung ihres Namens zustimmten. Die namentlich nachvollziehbaren Zitate wurden den Gesprächspartner*innen vor der Veröffentlichung vorgelegt. Alle anderen Bezüge zu Personen erfolgen pseudonymisiert oder mit geschlechtsneutralen Funktionsbezeichnungen wie „Anwält*in“ oder „Richter*in“.

II. Familiennachzug: Humanitäres Migrationsrecht erstreiten

Mit dem Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren traten im Jahr 2016 mehrere Gesetzesänderungen im Aufenthalts- und Asylrecht in Kraft.¹⁷⁰⁴ Unter anderem wurde das Recht auf Familiennachzug für Personen mit subsidiärem Schutzstatus durch § 104 Abs. 13 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) für zwei Jahre ausgesetzt.¹⁷⁰⁵ Mit dieser Änderung war ein sicherer und viel genutzter Weg der Einwanderung aus Drittstaaten nach Deutschland vorübergehend verschlossen.¹⁷⁰⁶ Dies traf überwiegend schutzsuchende Personen aus Syrien, die zu diesem Zeitpunkt größte Gruppe der Antragstellenden. Die Gesetzesänderung war eine Reaktion auf die steigenden Zahlen schutzsuchender Menschen, die unter anderem wegen des syrischen Bürgerkriegs nach Deutschland gekommen waren. Zugleich löste die Reform eine bis heute anhaltende rechtspolitische Kontroverse aus. Die dabei aufeinander treffenden Positionen laufen parallel zu den Zwecken, denen das Aufenthaltsrecht ausweislich § 1 Abs. 1 AufenthG dient: Die „Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland“ einerseits, die „Erfüllung der humanitären Verpflichtungen“ andererseits, konkret der internationale Schutz von geflüchteten Menschen und ihre Menschenrechte als Kinder und Famili-

1703 Hopf, Forschungsethik und qualitative Forschung, in: Flick/von Kardorff/Steinke (Hrsg.), 14. Aufl. 2022, S. 588 (594 ff.).

1704 Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren v. 11.03.2016 (BGBl. 2016 I, S. 390). Im Folgenden wird nur auf die Norm in der alten Fassung zwischen März 2016 und August 2018 Bezug genommen und aus Gründen der Lesbarkeit auf den Zusatz a. F. verzichtet.

1705 Zur Regelungshistorie Gröhe, Die Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, 2022, S. 103 ff.

1706 Zur historischen Bedeutung des Familiennachzugs Lingl, Der Familiennachzug in die Bundesrepublik Deutschland, 2018, S. 19 ff.

en.¹⁷⁰⁷ Was die Aussetzung für einzelne Familien bedeutete und wie sich die abstrakt kollidierenden Zwecke in konkreten Schicksalen niederschlugen, illustriert eine Szene aus einer mündlichen Verhandlung am Verwaltungsgericht Berlin.¹⁷⁰⁸ Der Familienvater Staif wurde darin als Beigeladener (§ 65 VwGO) zum Nachzug seiner Frau und Töchter befragt:

*Beklagtenvertreter*in: Gehen ihre Töchter regelmäßig zur Schule?*

Beigeladener: Ja, häufig.

*Beklagtenvertreter*in: Was genau bedeutet häufig?*

Beigeladener: Wenn es viele Bombardements gibt, erlaubt ihre Mutter nicht, dass sie gehen.

*Beklagtenvertreter*in: Keine weiteren Fragen.*

*Anwält*in: Wie oft telefonieren Sie mit Ihrer Familie?*

Beigeladener: Zwei- bis dreimal in der Woche.

*Anwält*in: Wie oft werden Sie gefragt, wann sie hierherkommen können?*

Beigeladener: Um ehrlich zu sein: Früher haben sie ständig gefragt, jetzt nicht mehr.

*Anwält*in: Warum?*

Beigeladener: Sie glauben mir nicht mehr.

Um die Gerichtsverfahren dieser und anderer Familien, die zwischen 2016 und 2018 mit der Forderung „Familienleben für alle“¹⁷⁰⁹ Recht vor Gericht mobilisierten, soll es im Folgenden gehen. Der Familiennachzug steht dabei für einen Bereich mit Zugangshürden zu Recht, die typisch für das Migrationsrecht sind (1.). Trotz dieser Hürden kam es zu Klagen vor den Verwaltungsgerichten und dem Bundesverfassungsgericht, strategisch angestoßen und unterstützt von dem Verein JUMEN mit Kooperationsanwält*innen und -organisationen (2.). Manche der Verfahren wie die des Familienvaters Staif wurden abgewiesen, andere erreichten den Nachzug ihrer Familien über stattgebende Urteile (3.). Der Weg dorthin führte über Anpassungen der Prozesstaktik und eine pragmatische Abwägung zwischen

1707 Zu den Zwecken im Einzelnen *Eichenhofer*, in: BeckOK Ausländerrecht, 35 Ed. 2022, § 1 AufenthG Rn. 7 ff. Kritisch zu Visa als Instrument der selektiven Verteilung von Mobilitätsrechten *Kirsch*, Das Visum und die Verlagerung der Grenzkontrolle, in: Pichl/Tohidipur (Hrsg.), 2019, S. 149 ff.

1708 Prozessbeobachtung v. 19.02.2018 (MIG/VG/B/52), 160, sinngemäß wiedergegeben und Namen pseudonymisiert. Mehr zu dem Fall unten in Kapitel E.II.2.b)bb)(1)(a) und auf: JUMEN, Fall 04 – Staif, <https://jumen.org/fall-04-staif/>.

1709 So die gleichnamige Initiative, dazu die Darstellung bei: Initiativen für Familienleben für Alle, Wir نحن, <https://familienlebenfueralle.net/wir/>.

den Interessen der Klagenden im Einzelfall und denen von weiteren betroffenen Familien. Seit einer erneuten Änderung des Aufenthaltsrechts im Jahr 2018 ist der Nachzug für Personen mit subsidiärem Schutzstatus wieder begrenzt möglich.¹⁷¹⁰ Nach wie vor ungeklärt ist, inwiefern Beschränkungen des Nachzugsrechts mit den Grund- und Menschenrechten auf Familie und Kinderrechten vereinbar sind (4.).

1. Zugang zum Recht auf Familie

Der Konflikt um den Familiennachzug ab dem Jahr 2015 kann nicht ohne einen Blick in den Rechtsrahmen von Familienmigration nach Deutschland begriffen werden. Das nationale Familiennachzugsrecht ist durch völker-, europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben geprägt, zudem greifen das Aufenthalts- und Asylrecht ineinander. Dieses verschachtelte System aus juristischen Mobilisierungsregeln formt die Möglichkeiten für Familiennachzug und die Zugangschancen zur Justiz.

a) Familiennachzug als akzessorisches Recht

Worum es beim Familiennachzug geht, definiert § 27 Abs. 1 AufenthG: „Die Aufenthaltserlaubnis zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet für ausländische Familienangehörige (Familiennachzug) wird zum Schutz von Ehe und Familie gemäß Artikel 6 des Grundgesetzes erteilt und verlängert.“ Naturgemäß sind an einem solchen Nachzug mehrere Personen beteiligt.¹⁷¹¹ Erstens ein Familienmitglied in Deutschland, zu dem der Nachzug erfolgen soll. Diese sogenannte zusammenführende Person oder Referenzperson bildet den personellen Bezugspunkt des Nachzugs.¹⁷¹² Von ihr hängt der Familiennachzug ab, er ist akzessorisch. Zweitens gibt es ein nachzugswilliges Familienmitglied im

1710 Seit August 2018 bis heute gilt eine Kontingentlösung, nach der monatlich 1.000 Menschen nachziehen dürfen (§ 36a AufenthG). Die folgende Analyse legt den Schwerpunkt auf die Gesetzeslage zwischen 2016 und 2018.

1711 Zum Folgenden, insbesondere den ausländerrechtlichen Begrifflichkeiten und Fallgruppen des Familiennachzugs, *Druschke*, Der Familienbegriff im deutschen Ausländerrecht, 2019, S. 29.

1712 Auch als „Stammberechtigter*“ bezeichnet. Im Anschluss an unionsrechtliche Terminologien wird im Folgenden der Begriff „zusammenführende Person“ verwendet, siehe *Oberhäuser*, Familienzusammenführung, in: *Oberhäuser* (Hrsg.), 2019, S. 303 ff., Rn. 4.

Ausland. Unter welchen Voraussetzungen diese Person einreisen und im Bundesgebiet verweilen darf, regelt das Aufenthaltsgesetz.

Bei der Auslegung und Anwendung des Aufenthaltsgesetzes sind wie stets Grund- und Menschenrechte zu wahren.¹⁷¹³ Das Grundgesetz schützt Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG. Daraus folgt zwar kein grundrechtlicher Anspruch auf Einreise und Aufenthalt zum Zwecke des Familiennachzugs, die verfassungsrechtlich geschützten Belange der ehelichen und familiären Gemeinschaft sind aber bei der Ausgestaltung und Anwendung aufenthaltsrechtlicher Nachzugsvorschriften zu berücksichtigen.¹⁷¹⁴ Beim Familiennachzug gilt es zudem das Menschenrecht auf Familie und Kinderrechte zu wahren.¹⁷¹⁵ Die Rechte von Familien schützen unter anderem der UN-Zivilpakt (Art. 23 Abs. 1 ICCPR) und der UN-Sozialpakt (Art. 10 Abs. 1 ICESCR). Den Schutz des Kindeswohls gewährleistet überdies die UN-Kinderrechtskonvention (Art. 3, Art. 10 CRC), im Zusammenhang mit Aspekten von Erziehung und Elternschaft zudem die UN-Frauenrechtskonvention (Art. 5 b), Art. 16 Abs. 1 d) und f) CEDAW.¹⁷¹⁶ Bei der Prüfung von Familiennachzugsanträgen zu berücksichtigen sind ferner das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Art. 8 Abs. 1 EMRK sowie Art. 7 GRCh.¹⁷¹⁷

1713 Im Themenkomplex Migration und Familie sind dies eine Vielzahl von Vorschriften, von denen hier nur eine fallrelevante Auswahl dargestellt wird. Im Überblick *Cremer*, InfAuslR 2018, S. 81 ff.; umfassend *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 23 ff.

1714 St. Rspr. seit BVerfGE 51, 386 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 18.07.1979 – 1 BvR 650/77 (Ausweisung), juris Rn. 32, 35; BVerfGE 76, 1 = BVerfG, Beschluss 2. Senat v. 12.05.1987 – 2 BvR 1226/83 (Familiennachzug), Rn. 96. Dazu und den Ausprägungen der Berücksichtigungspflicht m. w. N. *Uhle*, in: BeckOK GG, 53. Ed. 2022, Art. 6 GG Rn. 44 ff.

1715 Zum Folgenden *Kessler/Krause*, Kinderrechtliche Aspekte zum Thema „Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten nach § 104 Abs. 13 AufenthG“, 2018. Zu den in Menschenrechtskonventionen garantierten Verfahrensrechten bereits Kapitel C.I.1., 2.

1716 Zum Recht auf Gehör für Kinder in Asylverfahren siehe CRC, General Comment No. 12 v. 20.07.2009, CRC/C/GC/12, Ziff. 32; für eine kindgerechte Anhörung im Asylverfahren *Zaiane/Schiller*, Beteiligung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), 2020, S. 473 (497 f.).

1717 *Oberhäuser*, Familienzusammenführung, in: Oberhäuser (Hrsg.), 2019, S. 303 ff., Rn. 13 f.; *Zimmerer*, in: BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 13 Ed. 2022, § 27 AufenthG Rn. 7.

Insgesamt ist das Recht des Familiennachzugs – wie das Migrationsrecht generell – stark unionsrechtlich determiniert.¹⁷¹⁸ Den Schutz der Rechte des Kindes zu fördern, ist bereits nach europäischem Primärrecht ein Ziel der Europäischen Union (Art. 3 Abs. 3 EUV). Das Sekundärrecht macht sodann konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung des Nachzugs, insbesondere mit der Familiennachzugsrichtlinie.¹⁷¹⁹ Diese sieht in Art. 4 Abs. 1 sogar einen Anspruch auf Familienzusammenführung von Drittstaatenangehörigen vor und geht damit über die geschilderten grund- und menschenrechtlichen Vorgaben hinaus.¹⁷²⁰ Relevant sind zudem Richtlinien, die den Rechtsstatus der zusammenführenden Person regeln. Dies sind für Drittstaatenangehörige mit der Perspektive auf internationalen Schutz vor allem die Qualifikationsrichtlinie¹⁷²¹, die Aufnahmerichtlinie¹⁷²² und die Asylverfahrensrichtlinie¹⁷²³, jeweils in ihrer Neufassung. Wie sind diese

1718 Die unionsrechtlichen Vorgaben im Überblick bei *Eichhorn*, in: Huber/Mantel, *AufenthG/AsylG*, 3. Aufl. 2021, § 27 *AufenthG* Rn. 20 ff.; *Oberhäuser*, *Familienzusammenführung*, in: Oberhäuser (Hrsg.), 2019, S. 303 ff., Rn. 17 ff.

1719 Richtlinie 2003/86/EG des Rates v. 22.09.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (ABL. L 251 v. 03.10.2003, S. 12). Die Richtlinie regelt die Bedingungen für die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung durch Drittstaatsangehörige, die sich innerhalb der Europäischen Union aufhalten.

1720 Dazu und dem dabei verwendeten weiten Familienbegriff *Dörig*, *Verfassungsrechtliche und Unionsrechtliche Grundlagen*, in: *MigrationsR-HdB*, 2. Aufl. 2020, S. 99 ff., Rn. 34 ff.

1721 Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung) (ABL. L 337 v. 20.12.2011, S. 9). Mit der Richtlinie wurden die Vorgaben für die Anerkennung und den Inhalt des internationalen Schutzes, konkret die Flüchtlingseigenschaft und den subsidiären Schutzstatus, vereinheitlicht.

1722 Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung) (ABL. L 180 v. 29.06.2013, S. 96). Ziel der Richtlinie war es, vergleichbare Lebensbedingungen für Antragstellende in allen Mitgliedsstaaten zu schaffen. Geregelt sind Rechte während des Aufnahmeverfahrens wie Information, Dokumentation oder Bewegungsfreiheit.

1723 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung) (ABL. L 180 v. 29.06.2013, S. 60). Die Richtlinie trifft verfahrensrechtliche Regelungen zum internationalen Schutz im Sinne der Qualifikationsrichtlinie (2011/95/EU) mit dem Ziel eines gemeinsamen Asylverfahrens in der Union.

Vorgaben im nationalen Recht umgesetzt und unter welchen Voraussetzungen ist demnach ein Nachzug in der hier interessierenden Konstellation – von und zu Drittstaatenangehörigen¹⁷²⁴ – möglich?

aa) Familiennachzug von und zu Drittstaatenangehörigen

Eine Antwort beginnt im Aufenthaltsgesetz, das diese Vorgaben höherrangigen Rechts umsetzt und „die Einreise, den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern“ regelt (§ 1 Abs. 1 S. 4 AufenthG). Zentral für die legale Einreise ist ein Visum. Dabei handelt es sich um einen Aufenthaltstitel, der zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt (§ 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AufenthG).¹⁷²⁵ Wer zu einer Person nach Deutschland nachziehen möchte, muss somit zunächst ein Visum im Sinne des § 6 AufenthG bei einer deutschen Auslandsvertretung (§ 71 Abs. 2 S. 1 AufenthG) beantragen. Da der Familiennachzug auf einen dauerhaften Aufenthalt zielt, ist ein Visum für einen längerfristigen Aufenthalt im Sinne des § 6 Abs. 3 AufenthG erforderlich.¹⁷²⁶ An dieser Stelle greifen nun spezielle Vorschriften zum Familiennachzug: Die Erteilung eines solchen Visums richtet sich nach den Vorschriften zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen (§ 6 Abs. 3 S. 2 Var. 1 i. V. m. §§ 27–36a AufenthG).

Die Erteilung eines Familiennachzugsvisums ist an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft, die sich auf die folgende „Formel“ herunterbrechen

1724 Im Folgenden liegt der Fokus auf den Vorschriften zum Familiennachzug, die für die Rechtsfragen um den Familiennachzug zu syrischen Zusammenführenden in Deutschland relevant wurden, die entweder den Flüchtlingsstatus oder subsidiären Schutz zuerkannt bekommen hatten. Weitere, hier nicht behandelte Konstellationen sind der Nachzug zu deutschen Staatsangehörigen oder Unionsbürger*innen, dazu *Druschke*, Der Familienbegriff im deutschen Ausländerrecht, 2019, S. 41 ff. Ausgeklammert werden ebenso Fälle, in denen sich Familienangehörige bereits im Bundesgebiet befinden (§ 26 Abs. 5 AsylG; § 33 AufenthG), siehe *Marx*, AufenthaltsR-HdB, 7. Aufl. 2020, § 5 Rn. 22.

1725 Von diesem Grundsatz, dass die Einreise und der Aufenthalt einen Aufenthaltstitel wie ein Visum voraussetzen, gibt es mehrere Ausnahmen, dazu *Beiderbeck*, in: BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 13 Ed. 2022, § 4 AufenthG Rn. 2 ff. Die hier relevanteste ist die im Asylgesetz, wonach bei Flucht keine Einreise mit Visum erfolgen muss.

1726 Dieses sogenannte nationale Visum berechtigt nur zum Aufenthalt im Bundesgebiet, zu den Einzelheiten *Beiderbeck*, in: BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 13 Ed. 2022, § 6 AufenthG Rn. 11 ff.

lassen: Der Familiennachzug hängt im Allgemeinen von den Voraussetzungen des Aufenthaltstitels (§ 5 AufenthG) und des Familiennachzugs (§ 27 AufenthG) ab und unterscheidet sich im Besonderen, je nachdem, wer nachzieht und zu wem der Nachzug erfolgt.¹⁷²⁷ Vorliegend geht es um den Nachzug zu ausländischen Personen, für den § 29 AufenthG die näheren Voraussetzungen bestimmt.

Bei der Frage, wer nachziehen darf, trifft das Aufenthaltsgesetz unterschiedliche Regelungen für die einzelnen Familienangehörigen.¹⁷²⁸ Nachzugsberechtigt sind Ehegatten (§ 30 AufenthG), minderjährige Kinder zu ihren Eltern (§ 32 AufenthG) oder andersherum Elternteile zu ihren minderjährigen Kindern (§ 36 Abs. 1 AufenthG). § 36 Abs. 2 AufenthG enthält eine Auffangnorm für alle sonstigen Familienangehörigen in Härtefällen. Nicht explizit geregelt ist der Geschwisternachzug.¹⁷²⁹ Sind die Voraussetzungen für einen Nachzug über diese regulären Vorschriften nicht erfüllt, bleiben allgemeine Härtefallregelungen in §§ 22, 23 AufenthG, die eine Aufnahme aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen vorsehen.

Liegt der Schwerpunkt bei der Frage der nachzugswilligen Person rechtlich allein im Ausländerrecht, kann bei der zusammenführenden Person mittelbar das Asylrecht eine Rolle spielen. Denn § 29 AufenthG stellt für die Nachzugsvoraussetzungen zu Ausländer*innen auf den Aufenthaltstitel der Referenzperson in Deutschland ab.¹⁷³⁰ Für die noch näher zu betrachtende Konstellation syrischer Geflüchteter in den Jahren ab 2015 kam vor allem ein internationaler Schutz in Betracht, das heißt der Flüchtlingsstatus und

1727 Zu dieser Formel, auch als Übersicht grafisch visualisiert, siehe *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 479 ff. Zu den allgemeinen Voraussetzungen nach § 5 AufenthG zählt vor allem die Sicherung des Lebensunterhalts, im Einzelnen *Oberhäuser*, Familienzusammenführung, in: *Oberhäuser* (Hrsg.), 2019, S. 303 ff., Rn. 25 ff. Die zentrale Voraussetzung nach § 27 Abs. 1 AufenthG ist die familiäre Lebensgemeinschaft, Ebd., S. 50 ff.

1728 Zur Systematik im Überblick *Dienelt*, in: *Bergmann/Dienelt*, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 29 AufenthG Rn. 5 f.; ausführlich *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 497 ff.

1729 Zu den damit verbundenen Problemen, den „Hilfskonstruktionen“ eines Nachzugs über § 32 Abs. 1 AufenthG oder § 36 Abs. 2 AufenthG sowie der Vereinbarkeit der nationalen Rechtslage mit höherrangigem Recht *Eckert*, *Asylmagazin* 2020, S. 189 ff.

1730 *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 492 ff.

der subsidiäre Schutz.¹⁷³¹ Zwischen diesen beiden Schutzformen bestehen Unterschiede, insbesondere beim Recht auf Familiennachzug.

bb) Privilegierter Nachzug bei Flüchtlingsstatus gegenüber subsidiärem Schutz

Der Flüchtlingsstatus ist ein internationaler Schutzgrund, der auf die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) zurückgeht.¹⁷³² Im nationalen Recht ist er in §§ 3 ff. AsylG geregelt, der in seiner heutigen Fassung eine Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie ist.¹⁷³³ Flüchtling ist nach § 3 Abs. 1 AsylG eine ausländische Person, die sich aus begründeter Furcht vor Verfolgung (§ 3a AsylG) wegen eines der genannten Gründe (§ 3b AsylG) außerhalb ihres Herkunftslandes aufhält. Eine Furcht vor Verfolgung kann etwa aufgrund einer rassistischen Zuschreibung, Religion, Nationalität, der politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe bestehen. Liegt ein Verfolgungsgrund vor und steht kein Versagungsgrund (§ 3 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 Hs. 2 AsylG i. V. m. § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG) entgegen, ist die Flüchtlingseigenschaft nach § 3 Abs. 4, Abs. 1 AsylG zuzuerkennen.¹⁷³⁴ Zuständig für die Entscheidung ist das Bundesamt

1731 Zu den Begriffen vergleiche Art. 2 a) bis g) Qualifikationsrichtlinie 2011. Daneben gibt es eine Reihe weiterer Schutzberechtigungen, die bei der hier untersuchten Konstellation von geflüchteten Drittstaatenangehörigen aus Syrien eine untergeordnete Rolle spielten und daher nicht vertieft werden. Dies ist erstens die Aufnahme über ein Resettlement oder humanitäres Aufnahmeprogramm, bei dem die Aufnahme an eine Verpflichtungserklärung geknüpft ist (§ 68 AufenthG). Zweitens gibt es die Asylberechtigung aus Art. 16a Abs. 1 GG. Diese spielt aber aufgrund des 1993 eingeführten Ausschlussgrundes der Einreise über einen europäischen Mitgliedsstaat oder sicheren Drittstaat (Art. 16a Abs. 2 GG) nur noch eine geringe Rolle, siehe unten Kapitel E.II.1.a)bb). Drittens vermitteln § 60 Abs. 5 AufenthG und § 60 Abs. 7 AufenthG als nationale Schutzvorschriften ein Aufenthaltsrecht bei andernfalls drohenden Menschenrechtsverletzungen. Einen Überblick gibt *Mantel*, Asylmagazin 2018, S. 397 (398).

1732 Convention Relating to the Status of Refugees v. 28.07.1951, 189 UNTS 137 – Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, ratifiziert durch Gesetz v. 01.09.1953 (BGBl. 1953 II, S. 559). Die GFK wurde erweitert durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Protocol Relating to the Status of Refugees) v. 31.1.1967, 606 UNTS 267 (BGBl. 1969 II, S. 1294).

1733 *Marx*, AufenthaltsR-HdB, 7. Aufl. 2020, § 5 Rn. 8 f.; *Mantel*, Asylmagazin 2018, S. 397 (397).

1734 *Marx*, AufenthaltsR-HdB, 7. Aufl. 2020, § 5 Rn. 9.

für Migration und Flüchtlinge (BAMF), § 5 Abs. 1 S. 1 AsylG.¹⁷³⁵ Details dieses sogenannten Statusverfahrens regelt das Asylgesetz im vierten Abschnitt. Sobald eine Zuerkennung erfolgt ist, greift das Aufenthaltsrecht. Zuständig sind dann die Ausländerbehörden auf Landesebene (§ 71 Abs. 1 S. 1 AufenthG). Die zuständige Ausländerbehörde hat nach § 25 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Alt. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Mit der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gehen neben einer Aufenthaltserlaubnis eine Reihe weiterer Rechte einher, insbesondere der Familiennachzug. Bei rechtzeitiger Antragstellung besteht ein Anspruch auf Familiennachzug (§ 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG), andernfalls steht die Entscheidung im Ermessen der Behörde (§ 29 Abs. 2 S. 1 AufenthG). Dabei gelten Erleichterungen bei der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen, weshalb er auch als „privilegierter Familiennachzug“ bezeichnet wird.¹⁷³⁶ Diese Erleichterungen betreffen den Nachweis der familiären Beziehung sowie die allgemeinen Nachzugsvoraussetzungen wie Lebensunterhalt und Wohnraum.¹⁷³⁷

Diese Privilegierungen beim Familiennachzug gelten nicht beim subsidiären Schutz, einem unionsrechtlichen Schutzstatus. Dieser wurde im Jahr 2004 durch die Qualifikationsrichtlinie eingeführt, um Schutzlücken der Genfer Flüchtlingskonvention für Bürgerkriegsflüchtlinge zu schließen.¹⁷³⁸ Nach der Neufassung der Richtlinie im Jahr 2011 fand der subsidiäre Schutz 2013 in § 4 AsylG Eingang in das Bundesrecht.¹⁷³⁹ Nach § 4 Abs. 1 AsylG greift der subsidiäre Schutz, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme vorliegen, dass einer Person in ihrem Herkunftsland ein ernsthafter Schaden droht. Bejaht das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge dies und spricht den subsidiären Schutz zu, haben die zuständigen Ausländerbehörden eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen (§ 25 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 AufenthG).

1735 Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge ist eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Innern und für Heimat (BMI).

1736 Dazu und den folgenden Begünstigungen *Mantel*, Asylmagazin 2018, S. 397 (399 ff.).

1737 *Oberhäuser*, Familienzusammenführung, in: Oberhäuser (Hrsg.), 2019, S. 303 ff., Rn. 163 ff.

1738 Zu vorherigen Schutzregelungen und der Regelungshistorie *Gröhe*, Die Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, 2022, S. 55 ff.

1739 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU v. 28.08.2013 (BGBl. 2013 I, S. 3474).

Die aus der Anerkennung folgenden Rechte unterscheiden sich von denen des Flüchtlingsstatus, was mit dem Bild einer „fragmentierten“ oder „abgestuften Rechtsgewährung“ beschrieben wird.¹⁷⁴⁰ Unterschiede finden sich auf Tatbestands- ebenso wie auf Rechtsfolgenebene, etwa bei der Dauer der erteilten Aufenthaltserlaubnis, der Aufenthaltsverfestigung oder dem Widerruf der Schutzberechtigung.¹⁷⁴¹ Der hier zentrale Unterschied betrifft die Voraussetzungen des Familiennachzugs. Die deutsche Rechtslage dazu hat sich in den vergangenen Jahren mehrfach geändert.¹⁷⁴² Nach der Einführung des subsidiären Schutzes im Jahr 2013 war dieser zunächst nur unter engen Voraussetzungen möglich. Im Jahr 2015 wurde ein Anspruch auf Nachzug der Kernfamilie eingeführt.¹⁷⁴³ Diese Gleichstellung mit dem Nachzugsrecht von Flüchtlingen wurde bereits 2016, nur ein Jahr später, rückgängig gemacht. Seit dem August 2018 bis heute gilt wiederum eine Kontingentlösung in § 36a AufenthG. Auf die Umstände der Gesetzesänderungen ab 2016 und die heute geltende Rechtslage wird noch einzugehen sein. An dieser Stelle bleibt festzuhalten, dass ein Nachzug zu Personen mit dem subsidiären Schutzstatus unter schwierigeren Bedingungen möglich ist als zu Personen mit dem Flüchtlingsstatus.

b) Rechtsschutz im Migrationsrecht

Die Akzessorietät des Rechts auf Familiennachzug wirkt sich auf Zugangsfragen zum Recht aus. Denn entlang der identifizierten Zweigleisigkeit aus Aufenthalts- und Asylrecht unterscheiden sich auch die Bedingungen der Rechtsdurchsetzung. Für die nachziehenden Individuen sind Mobilisierungsregeln im Verwaltungsprozessrecht-, Aufenthalts- und Visumrecht einschlägig; für die Referenzperson sind es solche des Asylprozessrechts

1740 Dazu und einer Kritik *Pichl*, Diskriminierung von Flüchtlingen und Geduldeten, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), 2017, S. 449 (455 f.). Dass sich diese unterschiedlichen Regelungen zum Familiennachzug auf die Integration von Drittstaatenangehörigen in Deutschland auswirken, zeigt *Carlitz*, Integration durch Familiennachzug, 2020.

1741 Ausführlich im Vergleich *Gröhe*, Die Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, 2022, S. 73 ff.; kritisch im Überblick *Mantel*, Asylmagazin 2018, S. 397 ff.

1742 Im Überblick *Gröhe*, Die Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, 2022, S. 102 ff.

1743 Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung v. 27.07.2015 (BGBl. 2015 I, S. 1386).

als vorgelagerte Frage bei der Erlangung eines Schutzstatus. Erschwerend kommen übergreifende Aspekte wie Mobilisierungskosten und subjektive Faktoren hinzu. In der Summe führen diese Mobilisierungsfaktoren dazu, dass der Zugang zu Migrationsrecht besonders schwer ist.

aa) Verschärfte Zugangshürden zu Recht

Für Rechtsschutz im Migrationsrecht gelten die auf öffentlich-rechtliche Verfahren anwendbaren grund- und menschenrechtlichen Verfahrensgarantien, denn sie schützen Personen unabhängig von der Staatsbürgerschaft.¹⁷⁴⁴ Bei der tatsächlichen Berufung auf diese Ansprüche in der Rechtswirklichkeit treten viele der Zugangshürden auf, die allgemein für Rechtsschutz gegen staatliche Maßnahmen beobachtet wurden.¹⁷⁴⁵ Auch in migrationsrechtlichen Verfahren geht es um subjektive Rechte von Individuen, denen die Bereitschaft und Fähigkeit zur Mitwirkung abverlangt wird.¹⁷⁴⁶ Eine Zugangshürde liegt bereits darin, dass Migrant*innen in der Regel wenige Informationen über das komplexe deutsche Migrationsrecht haben. Vor Gericht stehen sie als Einmalprozessierende Behördenvertreter*innen gegenüber, die als Vielfachprozessierende regelmäßig vor Gericht auftreten und einen Wissens- und Ressourcenvorsprung haben.¹⁷⁴⁷

Ein rechtsstaatliches und faires Verfahren setzt ferner voraus, dass sich die Klagenden aktiv am Verfahren beteiligen können. Die Gerichtssprache Deutsch (§ 55 VwGO i. V. m. § 184 S. 1 GVG) ist insofern ein Zugangshin-

1744 Siehe Kapitel C.I. Zu verfassungsrechtlichen Vorgaben für Rechtsschutz im Aufenthaltsrecht, vor allem aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, siehe *Pietzsch*, Rechtsschutz, in: *ZuwanderungR-HdB*, 3. Aufl. 2020, S. 711 ff., Rn. 2 ff. Speziell zu Verfahrensrechten und Familiennachzug *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 459 ff., zum Verfahrensschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention S. 316 ff., der Grundrechtecharta S. 350 ff. und den Richtlinien S. 396 ff.

1745 Zu den Zugangshürden Kapitel C.II., D.I.2. Einen Überblick über Zugangsprobleme im Flüchtlingsrecht gibt *Graser*, ZIAS 2020, S. 13 (16 ff.).

1746 *Berlit*, Asylmagazin 2019, S. 84 (86).

1747 Im Sinne von *Galanter*, *Law & Soc'y Rev.* 1974, S. 95 ff., siehe Kapitel D.I.2.a)bb). Im asyl- und aufenthaltsrechtlichen Klageverfahren ist Beklagte im Sinne des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Bundesrepublik Deutschland, je nach Verfahren vertreten durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, das Auswärtige Amt oder die Ausländerbehörden.

dernis.¹⁷⁴⁸ Die Übersetzung durch Dolmetscher*innen wirkt dem in der mündlichen Verhandlung entgegen (§ 55 VwGO i. V. m. § 185 GVG), schafft aber eine besondere Kommunikationssituation, bei der die Erörterung der Streitsache in übersetzbaren und „diktatgerechte[n] ‚Häppchen‘“ erfolgt.¹⁷⁴⁹ Ebenso ambivalent ist die Möglichkeit, den Rechtsstreit erstinstanzlich selbst zu führen (§ 67 Abs. 1 VwGO), was Gerichtsverfahren zugänglicher machen soll. Praktisch ist eine „verständige und sachgerechte Prozessführung“¹⁷⁵⁰ ohne anwaltliche Unterstützung kaum möglich, denn migrationsrechtliche Fälle sind durch das Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsgebiete mit den jeweils unterschiedlichen Behörden sehr komplex. Hinzu kommen Beweisfragen. Zwar gilt der Untersuchungsgrundsatz des § 86 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO, die Beteiligten trifft aber eine Mitwirkungspflicht für in ihrer Sphäre liegende Umstände. Beim Familiennachzug sind diese etwa der Nachweis der familiären Beziehung durch öffentliche Urkunden.¹⁷⁵¹ Auch im Asylprozess stößt der Untersuchungsgrundsatz an Grenzen: Bei offenen Fragen müssen Klagende Fakten aus ihrer Sphäre wie das im Herkunftsland Erlebte beibringen; dafür haben sie oft kaum Nachweise.¹⁷⁵² Ein Beweisantrag nach § 86 Abs. 2 VwGO kann Entlastung bringen. Um eine Bescheidungsspflicht des Gerichts und weitere Sachverhaltsaufklärung auszulösen, ist er rechtzeitig und formgerecht – das heißt unbedingt und substantiiert – zu stellen.¹⁷⁵³ Diese hohen Voraussetzungen sind ohne Rechtskenntnisse kaum einzuhalten.

Vor diesem Hintergrund haben Rechtsberatung und -vertretung im Migrationsrecht eine besondere Bedeutung. Historisch begannen sich bereits ab den 1960er-Jahren, nach dem „Politisierungsschub“ der Studierendenbewegung ab 1968, Anwält*innen auf das Asyl- und Aufenthaltsrecht zu spezialisieren.¹⁷⁵⁴ Seit dem Jahr 2015 gibt es einen Fachanwalt für Migrationsrecht, im Jahr 2022 waren es deutschlandweit 218 Anwält*innen mit

1748 Pietzsch, Rechtsschutz, in: *ZuwanderungR-HdB*, 3. Aufl. 2020, S. 711 ff., Rn. 5.

1749 Arndt, *ZfRSoz* 2015, S. 117 (123).

1750 Marx, *AufenthaltsR-HdB*, 7. Aufl. 2020, § 9 Rn. 151.

1751 Insbesondere stellt sich die Frage nach dem Beweiswert in- und ausländischer öffentlicher Urkunden, Druschke, *Der Familienbegriff im deutschen Ausländerrecht*, 2019, S. 65 ff.

1752 Arndt, *ZfRSoz* 2015, S. 117 (131).

1753 Marx, *AufenthaltsR-HdB*, 7. Aufl. 2020, § 9 Rn. 152 ff.; Pietzsch, *Rechtsschutz*, in: *ZuwanderungR-HdB*, 3. Aufl. 2020, S. 711 ff., Rn. 29 ff.

1754 Zum politischen Selbstverständnis und den historischen Entwicklungen Pichl, *Rechtskämpfe*, 2021, S. 287; Pichl, *KJ* 2021, S. 17 ff.

dieser Spezialisierung.¹⁷⁵⁵ Diese vergleichsweise geringe Zahl an Expert*innen ballt sich in großen Städten wie Berlin, Frankfurt oder München, kaum welche gibt es in ländlichen Gebieten.¹⁷⁵⁶ Dass eher wenige und vor allem von einem politischen Selbstverständnis motivierte Anwalt*innen im Migrationsrecht tätig sind, dürfte mit den besonderen Herausforderungen zusammenhängen, die das Rechtsgebiet mit sich bringt. Bei den vielen und oft komplizierten Fälle mit zugleich geringem Streitwert ist eine kostendeckende Tätigkeit nur schwer möglich.¹⁷⁵⁷ Zugleich gilt es, auf die „emotionalen Bedürfnisse der Ratsuchenden“ in oft existenziellen Lebenssituationen einzugehen und diese mit „rationalen Erwägungen“ des juristischen Vorgehens in Einklang zu bringen.¹⁷⁵⁸

Angesichts dieser besonderen Bedarfe bei zugleich großer Nachfrage erfüllen Beratungsstellen im Migrationsbereich eine wichtige Funktion. Unentgeltliche Rechtsberatung bieten eine Reihe von Stellen an, sie reichen von regionalen Initiativen über Refugee Law Clinics an Universitäten bis zu bundesweit aktiven Organisationen wie PRO ASYL oder Wohlfahrtsverbänden.¹⁷⁵⁹ Ihre Arbeit erfüllt mehr als eine Auffangfunktion: Beratende unterstützen Anwalt*innen mit Zuarbeit und begleiten Ratsuchende emo-

1755 Bundesrechtsanwaltskammer (Hrsg.), *Fachanwaltsstatistik*, 01.01.2022, S. 3. Zum Vergleich: Die meisten Fachanwält*innen gab es 2022 im Arbeitsrecht (11.055), gefolgt vom Familienrecht (9.137) und Steuerrecht (4.812).

1756 In Bundesländern wie Brandenburg oder Mecklenburg-Vorpommern gab es im Jahr 2022 keine einzige Fachanwält*in für Migrationsrecht, siehe Ebd., S. 3.

1757 *Berlit*, *Asylmagazin* 2019, S. 84 (92 f.); rechtssoziologisch untersucht in einer Studie zu Berliner Anwalt*innen von Müller, *KJ* 2011, S. 448 (454 ff.). Dass die Gebührensätze für Beratungs- und Prozesskostenhilfe unzureichend für eine Kostendeckung ihrer Arbeit seien, kritisieren Anwalt*innen und Berater*innen im Migrationsrecht, siehe: *Rechtsberaterkonferenz der mit den Wohlfahrtsverbänden zusammenarbeitenden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte* (Hrsg.), *50 Forderungen zum Flüchtlings-, Aufenthalts-, Staatsangehörigkeits- und Sozialrecht*, 2017, S. 20.

1758 *Jacobs*, *KJ* 2021, S. 294 (296). Die Besonderheiten des aufenthaltsrechtlichen Mandats aus anwaltlicher Sicht erörtert *Prottung*, *Das anwaltliche Mandat*, in: *Oberhäuser* (Hrsg.), 2019, S. 615 ff.

1759 Laut einer Datenbank des Informationsverbundes Asyl & Migration waren es am 20.12.2023 deutschlandweit 2223 Beratungsstellen, Informationsverbund Asyl & Migration, *Suche nach Beratungsangeboten zu Flucht & Migration*, <https://adresse.n.asyl.net/>. Zur Bedeutung von Beratungsstellen für den Familiennachzug *Mantel*, *Asylmagazin* 2018, S. 397 (405). Für eine Analyse solcher Beratungsstellen und Migrationsanwält*innen als rechtspolitischen Akteur*innen *Pichl*, *Rechtskämpfe*, 2021, S. 286 ff.

tional durch die Verfahren.¹⁷⁶⁰ Begrenzt ist dieses Angebot dadurch, dass es in weiten Teilen von ehrenamtlichem Engagement abhängt und die Finanzierung der Vereinsarbeit oft unsicher ist.¹⁷⁶¹

Ökonomische Aspekte beeinflussen nicht nur das Beratungsangebot, sondern auch die Mobilisierungsmöglichkeiten von Migrant*innen. Rechtsverfolgungskosten treffen Migrant*innen besonders schwer, die bereits unter prekären finanziellen Umständen der Flucht zu leiden haben. Entsprechend wichtig ist die Möglichkeit von Beratungs- und Prozesskostenhilfe als gesetzlich vorgesehener Zugangsbrücke.¹⁷⁶² Inwiefern diese ihre Wirkung entfaltet, hängt von der Gewährungspraxis der Gerichte ab. Diese sei im Migrationsrecht zu restriktiv, mahnen Beratungsstellen und Anwält*innen.¹⁷⁶³ Ein Blick in die Rechtsprechung stützt diese Kritik. So hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach Verletzungen der Rechtsschutzgleichheit seitens der Fachgerichte festgestellt, die trotz anspruchsvoller und ungeklärter Rechtsfragen im Migrationsrecht zu hohe Anforderungen an die Erfolgsaussichten stellten und Prozesskostenhilfe ablehnten.¹⁷⁶⁴

1760 Zu dieser „Beziehungsarbeit“ *Jacobs*, KJ 2021, S. 294 (296, 299); als „zentraler Faktor der Aktivierung“ und Rechtsmobilisierung durch das Eingehen auf subjektive Ängste, *Cyrus/Kip*, IndBez 2015, S. 33 (7).

1761 Kapitel D.II.3.c). Eine Verbesserung verspricht das zum Januar 2023 eingeführte Fördergebot von behördenunabhängiger, unentgeltlicher, individueller und freiwilliger Asylverfahrensberatung nach § 12a AsylG, siehe Gesetz zur Beschleunigung der Asylgerichtsverfahren und Asylverfahren v. 21.12.2022 (BGBl. 2022 I, S. 2817).

1762 Kapitel C.I.3.d)cc).

1763 Rechtsberaterkonferenz der mit den Wohlfahrtsverbänden zusammenarbeitenden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Hrsg.), 50 Forderungen zum Flüchtlings-, Aufenthalts-, Staatsangehörigkeits- und Sozialrecht, 2017, S. 20. Zum Teil ist das im Recht bereits angelegt: Nach § 166 Abs. 1 S. 1 VwGO i. V. m. § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO wird Prozesskostenhilfe nur bei hinreichenden Erfolgsaussichten des Verfahrens gewährt. Dieses Kriterium sei für das Migrationsrecht zu eng, denn angesichts der oft sehr komplexen Fälle brauche bereits die Prüfung der Erfolgsaussichten Detailwissen und eine entsprechende Finanzierungssicherheit, so die Rechtsberaterkonferenz.

1764 Grundlegend zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine mit der Rechtsschutzgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) vereinbare Prozesskostenhilfe BVerfGE 81, 347 = BVerfG, Beschluss 2. Senat v. 13.03.1990 – 2 BvR 94/88 (Prozesskostenhilfe II), juris Rn. 23 ff. Ein Beispiel aus der jüngeren Rechtsprechung sind die im Folgenden behandelten Verpflichtungsklagen von Syrer*innen auf eine Aufstockung vom subsidiären Schutz auf den Flüchtlingsstatus. Eine Versagung von Prozesskostenhilfe verletze die Rechtsschutzgleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, so BVerfG, Beschluss 2. Senat I. Kammer v. 04.10.2017 – 2 BvR 846/17, Rn. 9 ff.; BVerfG, Beschluss 2. Senat I. Kammer

bb) Komplexes Visumverfahren

Im Visumverfahren gelten zudem eine Reihe besonderer Mobilisierungsregeln.¹⁷⁶⁵ Dies betrifft bereits das behördliche Verfahren. Wird ein Visum versagt, gibt es verschiedene Rechtsschutzmöglichkeiten.¹⁷⁶⁶ Ein Widerspruchsverfahren findet nicht statt, da mit dem Auswärtigen Amt und seinen Auslandsvertretungen eine oberste Bundesbehörde (§ 2 Gesetz über den Auswärtigen Dienst (GAD)) den Erlass eines Verwaltungsaktes abgelehnt hat (§§ 68 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO).¹⁷⁶⁷ Zur Überprüfung dieser Ablehnung kann ein Remonstrationsverfahren durchgeführt werden. Dieses formlose, gewohnheitsrechtlich etablierte Rechtsbehelfsverfahren vor den deutschen Auslandsvertretungen ist vor oder parallel zu einer Klage möglich.¹⁷⁶⁸ Ein entsprechender Antrag ist „bürgerfreundlich auszulegen“.¹⁷⁶⁹ Damit Antragstellende überhaupt entscheiden können, ob eine Remonstration oder eine direkte Klage zielführender sind, benötigen sie juristisches Detailwissen um die Vor- und Nachteile beider Wege.¹⁷⁷⁰ Ohne professionelle Beratung wird dies schwer möglich sein.

v. 29.08.2017 – 2 BvR 351/17, Rn. 8. Siehe die Rechtsprechung im Überblick bei *Zimmermann*, Ausgewählte verfassungsrechtliche Anforderungen an behördliche und gerichtliche Asylverfahren, in: Müller/Dittrich (Hrsg.), 2022, S. 649 (663 ff.).

1765 Die Besonderheiten erläutert mit Blick auf die behördliche Praxis in: Auswärtiges Amt (Hrsg.), *Visumhandbuch*, 2022.

1766 Die Besonderheiten des Rechtsschutzes im Visumverfahren im Überblick bei *Beiderbeck*, in: BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 13 Ed. 2022, § 6 AufenthG Rn. 18 ff.; *Samel*, Aufenthaltsgesetz, in: *MigrationsR-HdB*, 2. Aufl. 2020, S. 109 ff., Rn. 40 ff.; ausführlich *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 520 ff. Zu dem – verfassungsrechtlich problematischen – vollständigen Ausschluss von Rechtsschutz nach § 83 Abs. 1 AufenthG gegen die Versagung eines nationalen Visums oder eines Passersatzes an der Grenze siehe *Pietzsch*, Rechtsschutz, in: *ZuwanderungR-HdB*, 3. Aufl. 2020, S. 711 ff., Rn. 8.

1767 *Pietzsch*, Rechtsschutz, in: *ZuwanderungR-HdB*, 3. Aufl. 2020, S. 711 ff., Rn. 112.

1768 Zum Zweck und Ablauf siehe Auswärtiges Amt (Hrsg.), *Visumhandbuch*, 2022, Remonstrationsverfahren, 73. EL (05/2021); vertiefend *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 527 ff.

1769 Auswärtiges Amt (Hrsg.), *Visumhandbuch*, 2022 Remonstrationsverfahren, 73. EL (05/2021), S. 3.

1770 Gegenüber einer Klage hat dies den Vorzug einer kostengünstigen und ortsnahen Entscheidung. Nachteilig sind die Zeitverzögerung und das Fehlen von Kostenersatzmöglichkeiten, siehe *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 533 f.

Ähnlich komplex sind die Erhebung und Durchführung einer verwaltungsgerichtlichen Klage. Um einen Anspruch auf Erteilung eines Visums durchzusetzen, ist die Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) statthaft.¹⁷⁷¹ In der Praxis stellt sich allerdings ein Problem für die zügige gerichtliche Klärung: Entscheiden Auslandsvertretungen gar nicht erst über das Visum, fehlt ein angreifbarer Erstbescheid.¹⁷⁷² Eine Verpflichtungsklage kann dennoch erhoben werden, in Form der Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO. Die Untätigkeitsklage ist daher ein wichtiges Mittel für die Beratungspraxis.¹⁷⁷³ Möglich ist sie aber frühestens drei Monate nach Antragstellung (§ 75 S. 2 VwGO) und nur, sofern kein zureichender Grund für die Untätigkeit vorliegt (§ 75 S. 3 VwGO).¹⁷⁷⁴ Die damit verbundene Verzögerung ist besonders in Fällen des Familiennachzugs problematisch, in denen minderjährige Kinder involviert sind. Denn ein Nachzug von und zu Kindern ist nur bis zu deren Volljährigkeit möglich (§§ 32, 36 Abs. 1 AufenthG). Dass rechtlich umstritten ist, auf welchen Zeitpunkt es für die Altersbestimmung ankommt, führt zu zusätzlicher Rechtsunsicherheit.¹⁷⁷⁵ Dem drohenden Verlust des Anspruchs durch Volljährigkeit mit einem Eilantrag zu begegnen ist nur begrenzt möglich, denn eine einstweilige Anordnung der Visumerteilung nach § 123 Abs. 1 VwGO hätte mit der Einreise die

1771 Beklagte ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Auswärtige Amt. Die Ausländerbehörden sind im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen. Örtlich zuständig ist das Verwaltungsgericht Berlin nach § 52 Nr. 5 VwGO.

1772 Bei den Interviews am Verwaltungsgericht Berlin berichteten Richter*innen ihren Eindruck, dass sie relativ viele Untätigkeitsklagen zu entscheiden hätten, sogar noch aus dem Jahr 2015 (Interview Richter*in v. 01.06.2017 (MIG/VG/1/6), 36). Eine Anwält*in berichtete von einer Situation, in der eine Mitarbeiterin sogar einmal indirekt gebeten hätte, Untätigkeitsklage zu erheben: „Einmal hatte ich einen Fall, da habe ich sechs Monate gewartet, nur damit die Ausländerbehörde einen Titel erteilt, das war ein glasklarer Fall. Ich habe mit einer Frau im Amt telefoniert und sie meinte: ‚Bitte erheben sie Untätigkeitsklage, ich habe zwei Mitarbeiter, eine dauerhaft krank, anders lernt es das Ministerium nicht!‘“ (Interview Anwält*in v. 13.09.2017 (MIG/A/1/7), 31).

1773 Kessler, Asylmagazin 2019, S. 295 (299).

1774 Zu der Frage, wann eine hohe Antragszahl einen solchen zureichenden Grund darstellt, siehe mit Nachweisen zur Rechtsprechung Samel, Aufenthaltsgesetz, in: MigrationsR-HdB, 2. Aufl. 2020, S. 109 ff., Rn. 45.

1775 Zum Streit Marx, AufenthaltsR-HdB, 7. Aufl. 2020, § 5 Rn. 35 m. w. N.; siehe unten Kapitel E.II.4.c).

Vorwegnahme der Hauptsache zur Folge und wird daher nur in extremen Ausnahmefällen gewährt.¹⁷⁷⁶

Eine weitere Besonderheit betrifft die Klagebefugnis. Klagebefugigt ist nach § 42 Abs. 2 Hs. 2 VwGO die Person, deren eigene Rechte durch die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes potenziell verletzt sind. Dies ist zunächst die nachzugswillige Person als Antragsteller*in. Gegen die Versagung des Visums klagen können zudem die zusammenführenden Ehepartner*innen oder Familienmitglieder im Bundesgebiet.¹⁷⁷⁷ Ihre Klagebefugnis folgt aus dem persönlichen Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG, in den sie als Mitglieder einer Ehe- oder Familiengemeinschaft einbezogen sind.¹⁷⁷⁸ Daher sind sie im Sinne des § 42 Abs. 2 Hs. 2 VwGO befugt, die behauptete Verletzung in ihrem Recht aus Art. 6 Abs. 1 GG geltend zu machen.¹⁷⁷⁹ Auf den ersten Blick verbessert dies die Zugangschancen zu Recht, da dann eine Person klagt, die bereits im Bundesgebiet lebt und dadurch vor Ort juristische Beratung erhalten sowie aktiv am Verfahren teilnehmen kann. In der Praxis verbreitet ist dies nicht, es klagt – wohl aus Kostengründen¹⁷⁸⁰ oder wegen der unklaren Erfolgswahrscheinlichkeit einer Klage von zusammenführenden Personen¹⁷⁸¹ – die nachzugswillige Person.

Dass sich die Kläger*innen bei Familiennachzugsverfahren somit in der Regel im Ausland befinden, bereitet bei der Verfahrensdurchführung und Rechtsberatung Schwierigkeiten. Bereits die rechtliche Beratung muss über die Distanz organisiert werden. Zudem ist eine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung nicht möglich. Die Einreise nur zur Teilnahme zu erlauben, böte die Gefahr, die Hauptsache vorwegzunehmen.¹⁷⁸² Denkbar und nach § 102a VwGO rechtlich möglich ist eine Videofernschaltung.¹⁷⁸³

1776 *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 27 AufenthG Rn. 117 m. w. N.; *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 526.

1777 *Zimmerer*, in: BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 13 Ed. 2022, § 27 AufenthG Rn. 49.

1778 BVerfGE 76, 1 = BVerfG, Beschluss 2. Senat v. 12.05.1987 – 2 BvR 1226/83 (Familiennachzug), juris Rn. 90 f.

1779 BVerwGE 102, 12 = BVerwG, Urteil 1. Senat v. 27.08.1996 – 1 C 8/94, 102, juris Rn. 21.

1780 *Marx*, AufenthaltsR-HdB, 7. Aufl. 2020, § 6 Rn. 46.

1781 *Schmitt*, Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, 2020, S. 523, Fn. 625.

1782 Ebd., S. 521 f.

1783 Ebd., S. 522.

Jedenfalls können die zusammenführenden Personen einbezogen werden, etwa über eine Beiladung nach § 65 Abs. 1 VwGO und Anordnung des persönlichen Erscheinens nach § 95 Abs. 1 S. 1 VwGO.¹⁷⁸⁴ In der mündlichen Verhandlung kann die zusammenführende Person informatorisch befragt oder als Zeug*in vernommen werden.¹⁷⁸⁵ Mit der Beiladung ist allerdings ein Kostenrisiko verbunden: Stellen zusammenführende Personen als Beigeladene Anträge oder legen sie Rechtsmittel ein, können ihnen nach § 154 Abs. 3 VwGO Kosten des Verfahrens auferlegt werden.

cc) Sonderasylprozessrecht

Erfolgt der Nachzug zu einer Person, für die ein humanitärer Aufenthaltstitel in Betracht kommt, gelten für den Rechtsschutz wiederum die besonderen Schutzvorschriften des Flüchtlingsrechts. Verfahrensrechte normieren das nationale Asylrecht sowie die internationalen und europarechtlichen Rechtsquellen. Manche dieser Vorschriften stärken den Zugang zu Recht. Im internationalen Recht gewährt Art. 16 Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) einen Anspruch auf „freien und ungehinderten Zugang zu den Gerichten“ für Flüchtlinge.¹⁷⁸⁶ Im europäischen Primärrecht statuiert Art. 18 GRCh das Asylrecht nach Maßgabe der Flüchtlingskonvention und des europäischen Rechts; Art. 19 GRCh garantiert einen Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung.¹⁷⁸⁷ Im Sekundärrecht der Union zum internationalen Schutz und Familiennachzug sind das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf Rechtsberatung in Richtlinien verankert.¹⁷⁸⁸ Auf den ersten Blick steht das Recht auf effektiven Rechts-

1784 *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, 13. Aufl. 2020, § 27 AufenthG Rn. 121; *Schmitt*, *Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA*, 2020, S. 522.

1785 *Marx*, *AufenthaltsR-HdB*, 7. Aufl. 2020, § 6 Rn. 47; *Schmitt*, *Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA*, 2020, S. 522.

1786 Zu den Tatbestandsvoraussetzungen und Gewährleistungsgehalten *Wittmann*, in: *BeckOK Migrations- und Integrationsrecht*, 13 Ed. 2022, Art. 16 GFK Rn. 6 ff.

1787 Im Einzelnen *Jarass*, GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 1 ff., 19 Rn. 1 ff.

1788 Nach Art. 18 der Familienzusammenführungsrichtlinie müssen Zusammenführende und/oder die Familienangehörigen im Fall der Ablehnung des Antrags auf Familienzusammenführung, der Nichtverlängerung oder des Entzugs des Aufenthaltstitels sowie der Rückführung Rechtsbehelfe einlegen können. In der Asylverfahrensrichtlinie regeln Art. 19 ff. Ansprüche im Verfahren wie etwa das Recht auf eine unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung. Art. 46 enthält das Recht

schutz im Asylprozess auf einer breiteren Grundlage als das im Aufenthaltsrecht.¹⁷⁸⁹ Im nationalen Asylrecht finden sich ebenso Vorschriften, die die Inanspruchnahme von Rechtsschutz erleichtern. Beispielsweise werden laut § 83b AsylG für Streitigkeiten nach dem Asylgesetz keine Gerichtskosten erhoben.¹⁷⁹⁰

Gleichzeitig gibt es im Asylgesetz zahlreiche Vorschriften, die den Rechtsschutz modifizieren und dadurch verkürzen.¹⁷⁹¹ Die aufschiebende Wirkung einer Klage entfällt unter den Voraussetzungen des § 75 AsylG, zudem gelten laut § 74 Abs. 1 AsylG verkürzte Fristen. Rechtsberatende berichten aus der Praxis, dass es den „sprach- und rechtsunkundigen Geflüchteten“ häufig nicht möglich sei, in der sehr kurzen Frist von zwei Wochen für die Klageerhebung und nur einer Woche für einen Eilrechtsschutzantrag qualifizierten Rechtsrat zu finden.¹⁷⁹² Dass der Rechtsstreit in Asylsachen nach § 76 Abs. 1 AsylG regelmäßig Einzelrichter*innen zu über-

auf einen wirksamen Rechtsbehelf. Art. 26 Aufnahmerichtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten Rechtsbehelfe bei Entscheidungen im Zusammenhang mit der Gewährung, dem Entzug oder der Einschränkung von Vorteilen gemäß der Richtlinie sicherzustellen.

1789 In der Praxis kommt diesen Normen vor allem dort eine Bedeutung zu, wo sie über die nationale Rechtslage hinausgehende Rechte garantieren. Dies gilt weniger für Art. 16 GFK, der sich mit den Verfahrensgrundrechten des Grundgesetzes deckt, siehe *Wittmann*, in: BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 13. Ed. 2022, Art. 16 GFK Rn. 23. Anders beim Recht auf eine wirksame Beschwerde nach der EMRK, wo der Flüchtlingsschutz einen Problembereich bildet, dazu *Richter*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde, in: EMRK/GG, 3. Aufl. 2022, S. 1271 (98 ff.).

1790 Eingeführt wurde diese Regelung allerdings nicht, um die Beteiligten von den Kosten zu entlasten, sondern um den Verwaltungsaufwand zu minimieren, siehe BT-Drs. 12/4450, S. 29. Denn die Einziehung fälliger Gerichtskosten, so die Gesetzesbegründung, bereite in Asylstreitigkeiten erhebliche Schwierigkeiten, da die „Kostenschuldner in der Regel entweder mittellos oder nicht mehr auffindbar“ seien. Zudem gilt die Vorschrift nicht für die außergerichtlichen Kosten, die die Kostenschuldner*innen tragen.

1791 Im Überblick bei *Markard*, VERW 2019, S. 337 (348). Der Schwerpunkt liegt im Folgenden auf den Vorschriften im Asylgesetz. Zusätzliche Modifikationen gibt es in hier nicht vertieften Verfahrenskonstellationen wie der Anordnungen und Androhungen der Abschiebung (§§ 58a Abs. 4, 59 Abs. 4 AufenthG), dem Flughafenverfahren (§ 18a AsylG) oder bei in Ankunftscentren untergebrachten Personen, dazu und zu den Schwierigkeiten bei der Beratung *Armbruster/Classen/Stübinger*, Asylmagazin 2018, S. 345 ff.

1792 Rechtsberaterkonferenz der mit den Wohlfahrtsverbänden zusammenarbeitenden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Hrsg.), 50 Forderungen zum Flüchtlings-, Aufenthalts-, Staatsangehörigkeits- und Sozialrecht, 2017, S. 10.

tragen ist, soll Kammern an Verwaltungsgerichten entlasten und Verfahren beschleunigen, nimmt dem Verfahren aber zugleich die „qualitätssichernde Funktion der Spruchkörperbindung“.¹⁷⁹³ In Kombination mit den nach § 78 AsylG eingeschränkten Rechtsmitteln führt diese Regelung zu einer zersplitterten Rechtsprechung.¹⁷⁹⁴

Die Summe dieser Abweichungen vom allgemeinen Verwaltungsprozessrecht wird als „Sonderasylprozessrecht“¹⁷⁹⁵ bezeichnet. Darin kommt zum Ausdruck, was sich rechtssoziologisch als ungünstige Gelegenheitsstruktur für Rechtsmobilisierung beschreiben lässt.¹⁷⁹⁶ Viele der Regelungen wurden in den 1990er-Jahren eingeführt, der letzten Hochphase der Asylanträge und Klageverfahren.¹⁷⁹⁷ Die Beschränkung von Rechtsschutz im Asylverfahren sollte Prozesse beschleunigen und effizienter machen, um die Gerichte zu entlasten.¹⁷⁹⁸ Wie wirkungsvoll dies war, zeigt die Gerichtsstatistik: Nach der Einschränkung des Asylrechts und -verfahrens im Jahr 1993 sank die Zahl der Asylverfahren stark.¹⁷⁹⁹ Diese „Geschichte der Beschleunigungsgesetzgebung“¹⁸⁰⁰ lässt sich bis heute fortschreiben, wo jüngst das „Gesetz zur Beschleunigung der Asylgerichtsverfahren und Asylverfahren“ zum Januar 2023 weitere Änderungen ergänzte.¹⁸⁰¹ Die Verfahrensmodifikationen im Asylverfahren schränken die Justizgrundrechte ein, allen voran

1793 *Berlit*, InfAuslR 2018, S. 309 (312).

1794 *Ebd.*, S. 314.

1795 *Berlit*, InfAuslR 2018, S. 309 ff. Zur verfassungsrechtlichen Bewertung des „Sonderprozessrechts“ schon *Harries-Lehmann*, Rechtsweggarantie, Rechtsschutzanspruch und richterliche Prozessleitung im Verwaltungsprozess, 2004, S. 283 ff.

1796 Kapitel D.I.1.b), 2.a), 3.a).

1797 Damals noch geregelt im Asylverfahrensgesetz, das grundlegend reformiert wurde durch das Gesetz zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften v. 30.06.1993 (BGBl. 1993 I, S. 1062). Die Änderungen erfolgten im Zuge des sogenannten Asylkompromisses, in dem auch das Grundrecht auf Asyl (Art. 16a GG) beschränkt wurde durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16 und 18) v. 28.06.1993 (BGBl. 1993 I, S. 1002). Seither hat das Grundrecht kaum noch praktische Anwendungsfälle, zum Hintergrund *Mantel*, in: *Huber/Mantel, AufenthG/AsylG*, 3. Aufl. 2021, Vorbemerkung Rn. 9 ff.

1798 *Berlit*, Asylmagazin 2019, S. 84 (90 f.). Mit einer Analyse der Rechtsänderungen zur Verfahrensbeschleunigung in ihrem politischen Kontext *Soennecken, L. & Pol'y* 2016, S. 304 ff. Zu Effizienz und Beschleunigung im Migrationsverwaltungsrecht *Markard*, VERW 2019, S. 337 (345 ff.).

1799 BpB, Asylanträge in Deutschland, <https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/flucht/zahlen-zu-asyl/265708/asylantraege-und-asylsuchende>.

1800 *Berlit*, InfAuslR 2018, S. 309 (310).

1801 Gesetz zur Beschleunigung der Asylgerichtsverfahren und Asylverfahren v. 21.12.2022 (BGBl. 2022 I, S. 2817).

die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Bisher hielten sie einer verfassungsrechtlichen Überprüfung stand, da es im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen Sache der Gesetzgebung ist, den Rechtsweg aus- und umzugestalten.¹⁸⁰² „Auf dem Papier“ ist der Zugang zu Recht unter den Vorgaben von Art. 19 Abs. 4 GG mithin gewährleistet.¹⁸⁰³ Die zuvor geschilderten praktischen Hürden, die es zu überwinden gilt, um derart verkürzte Verfahren überhaupt in Anspruch nehmen zu können, lassen sich als Verstoß gegen die Rechtsweggarantie nur schwer fassen. Aufgabe der Gerichte ist es daher im Asylrecht, wie es eine Verwaltungsrichter*in in einem Interview formulierte, den „spärlichen Rechtsschutz, der den Flüchtlingen nur noch zusteht“, zu wahren.¹⁸⁰⁴

Erschwerend kommt in der „Verfahrensrealität“ des Asylprozesses hinzu, dass das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in Vertretung der beklagten Bundesrepublik Deutschland selten in den mündlichen Verhandlungen (§ 101 Abs. 1 VwGO) auftritt.¹⁸⁰⁵ Statistische Erhebungen gibt es nicht, allerdings zahlreiche Berichte zu dieser „über die Jahrzehnte“ etablierten „Prozesspraxis“.¹⁸⁰⁶ Die Abwesenheit des Bundesamtes in Asylverfahren ließ sich auch am Verwaltungsgericht Berlin in den Jahren 2017 und 2018 beobachten, die befragten Richter*innen bestätigen diesen Eindruck. Das Asylrecht sei das einzige Rechtsgebiet, wo „ein Beteiligter systematisch nicht da ist“.¹⁸⁰⁷ In „wirklich sehr, sehr vielen Fällen“ bliebe das Bundesamt der Verhandlung fern, zudem sei es für das Gericht „unheimlich schwer,

1802 Das Bundesverfassungsgericht hielt die Grundgesetzänderung in Art. 16a GG und die damit einhergehenden Verfahrensmodifikationen auch gemessen an Art. 19 Abs. 4 GG für verfassungskonform, siehe vor allem BVerfGE 94, 49 = BVerfG, Urteil 2. Senat v. 14.05.1996 – 2 BvR 1938 (Sichere Drittstaaten), Rn. 202 ff.; BVerfGE 94, 166 = BVerfG, Urteil 2. Senat v. 14.05.1996 – 2 BvR 1516/93 (Flughafenverfahren), Rn. 136 ff. Zu Art. 16a GG ebenfalls BVerfGE 94, 115 = BVerfG, Urteil 2. Senat v. 14.05.1996 – 2 BvR 1507 (Sichere Herkunftsstaaten).

1803 Zum Folgenden *Pichl*, Rechtskämpfe, 2021, S. 291 f.

1804 Interview Richter*in v. 11.07.2017 (MIG/VG/I/11), 76.

1805 *Berlit*, InfAuslR 2018, S. 309 (311).

1806 Etwa *Marx*, AufenthaltsR-HdB, 7. Aufl. 2020, § 9, Rn. 141; *Müller*, Das erstinstanzliche Verfahren im Asylrecht, in: Oberhäuser (Hrsg.), 2019, S. 759 ff., Rn. 1; *Berlit*, Asylmagazin 2019, S. 84 (89).

1807 Interview Richter*in v. 04.07.2017 (MIG/VG/I/10), 119. In einer beobachteten Verhandlung erschien eine Vertretung des Bundesamtes, daraufhin die Richter*in: „Wir freuen uns sehr, dass das Bundesamt wieder zu unseren Verhandlungen kommt. Vielleicht ist das ein Neustart.“ (Prozessbeobachtung v. 22.11.2017 (MIG/VG/B/51), 62).

diese Behörde zu erreichen“.¹⁸⁰⁸ Dessen Abwesenheit beschrieb eine Richter*in als „latente Missachtung des Gerichts“ und sah eine Herausforderung für die Verfahrensdynamik: Das Gericht müsse aufpassen, nicht in die Rolle des fehlenden Gegenübers der Klagenden im kontradiktorischen Verfahren gedrängt zu werden, weil „der Böse“ fehle.¹⁸⁰⁹ Darin läge weniger ein Problem für das Gericht oder den Ausgang des Verfahrens – im Asylrecht gebe es anders als im Ausländerrecht ohnehin kaum Vergleichspotenzial –, wohl aber für die Klagenden, so die Vermutung. Für diese bleibe alles „abstrakt“, es fehle jemand, an dem sie die Rolle der Behörde festmachen könnten. Ähnliche Bedenken mit Blick auf die Wahrnehmung der Rechtsschutzsuchenden äußerte eine andere Richter*in:

„Es macht einen großen Unterschied, wenn mal die Behörde da ist, im Gespräch Stellung nimmt, sich mit den Einwänden der Klägerseite auseinandersetzt und nicht bloß aus der Ferne Schriftsätze schreibt. Ich habe das Gefühl, das macht auch für die Kläger einen Unterschied, dass sie ihr Anliegen ganz anders adressiert fühlen, wenn ein Mensch kommt und sich der Sache annimmt.“¹⁸¹⁰

Angesichts der Bedeutung der mündlichen Verhandlung ist diese Entwicklung problematisch. Deren Durchführung soll nicht nur den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG wahren, sondern auch die Transparenz und Kontrolle der Entscheidung sicherstellen und deren Akzeptanz durch die Klagenden mittels persönlicher Interaktion fördern.¹⁸¹¹

1808 Interview Richter*in v. 01.06.2017 (MIG/VG/I/6), 88.

1809 Interview Richter*in v. 04.07.2017 (MIG/VG/I/10), 119.

1810 Interview Richter*in v. 11.07.2017 (MIG/VG/I/11), 33. Wichtig sei dies auch für die richterliche Entscheidungsfindung, so eine andere Richter*in: „Im Asylrecht braucht es unbedingt die mündliche Verhandlung, weil da der ganze Mensch zum Menschen wird und man sich nicht mehr von dem persönlichen Eindruck lossagen kann. Sonst kann man die Akte zuklappen und weglegen, aber das geht nach einer mündlichen Verhandlung nicht mehr.“ (Interview Richter*in v. 05.05.2017 (MIG/VG/I/7), 90).

1811 Zu den Zwecken Pietzsch, Rechtsschutz, in: ZuwanderungR-HdB, 3. Aufl. 2020, S. 711 ff., Rn. 40.

2. Familiennachzug vor Gericht erstreiten

Beim Zugang zu Migrationsrecht im Allgemeinen und beim Familiennachzug im Besonderen stehen Einzelne und ihre Familien wie gezeigt vor einer Reihe von Hürden. Im Jahr 2016 verschärfte sich die Lage mit dem Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren, dem sogenannten Asylpaket II.¹⁸¹² In dessen Zuge wurde der Familiennachzug zum „Zankapfel des deutschen Migrationsrechts“.¹⁸¹³ Wie kam es zu dieser Veränderung der juristischen Mobilisierungsregeln und der politischen Gelegenheitsstrukturen? Welche rechtlichen Möglichkeiten standen den Familien zur Verfügung und wie nutzten sie innerhalb dieser Mobilisierungsumwelt strategische Prozessführung?

a) Kontext: Historischer Höchststand der Migration nach Deutschland

Im Jahr 2015 flohen viele Tausende Menschen nach Europa, unter anderem vor dem sich verschärfenden syrischen Bürgerkrieg. Die Fluchtbewegung nach dem „Sommer der Migration“¹⁸¹⁴ erreichte über offene innereuropäische Grenzen auch Deutschland. In der Folge stieg die Zahl der Asylanträge auf einen historischen Höchststand: Im Jahr 2016 wurden in Deutschland 745.545 Erst- und Folgeanträge auf Asyl gestellt.¹⁸¹⁵ Zum Vergleich: Der bis dato höchste Stand waren 438.191 im Jahr 1992. Gegenüber 2015 stieg allein die Zahl der Erstanträge im Jahr 2016 um 63,5 Prozent.¹⁸¹⁶ Es erhöhte

1812 Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren v. 11.03.2016 (BGBl. 2016 I, S. 390).

1813 Riebau, Verfassungsblog v. 18.10.2017, <https://verfassungsblog.de/karlsruhe-zum-familiennachzug-fuer-subsidiaer-schutzberechtigte-eine-vertane-chance/>.

1814 Begriffsprägend Kasperek/Speer, bordermonitoring v. 07.09.2015, <https://bordermonitoring.eu/ungarn/2015/09/of-hope/>; dies als Ausgangspunkt für eine Analyse von Rechtsmobilisierung in den Folgejahren nehmend Pichl, Rechtskämpfe, 2021.

1815 Zu den folgenden Zahlen: BpB, Asylanträge in Deutschland, <https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/flucht/zahlen-zu-asyl/265708/asylantraege-und-asylsuchende>; BAMF (Hrsg.), Aktuelle Zahlen zu Asyl, 2017, S. 3 ff. Unter dem Oberbegriff „Asyl“ fasst die Asylstatistik alle Schutzformen zusammen und beinhaltet damit die Anerkennung als Flüchtling (§ 3 AsylG), die Asylberechtigung (Art. 16a GG), den subsidiären Schutz (§ 4 AsylG) und Abschiebverbote (§ 60 Abs. 5 und 7 AufenthG) samt des Familiennachzugs zu diesen Statusgruppen.

1816 BAMF (Hrsg.), Das Bundesamt in Zahlen 2016, 2017, S. 10.

sich der politische Druck, Migration „im Interesse der Aufnahme- und Integrationssysteme in Staat und Gesellschaft“¹⁸¹⁷ zu begrenzen.

aa) Asylpaket II: Kein Familiennachzug bei subsidiärem Schutz

Angesichts der hohen Zahlen von Asylanträgen war zu erwarten, dass auf die vielen in Deutschland schutzsuchenden Personen langfristig ihre Familien folgen würden.¹⁸¹⁸ In einem Gesetzesentwurf schlugen die Regierungsfractionen CDU/CSU und SPD daher vor, den Familiennachzug vorübergehend auszusetzen. Die Neuregelung in § 104 Abs. 13 AufenthG lautete: „Bis zum 16. März 2018 wird ein Familiennachzug zu Personen, denen nach dem 17. März 2016 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 2 Satz 1 zweite Alternative erteilt worden ist, nicht gewährt. [...] Die §§ 22, 23 bleiben unberührt.“¹⁸¹⁹ Der Entwurf war bereits im Gesetzgebungsprozess höchst umstritten. Die Oppositionsfraction BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hielt die Gesetzesänderungen für „integrationspolitisch problematisch und verfassungsrechtlich fragwürdig“.¹⁸²⁰ Ähnlich sah es die Fraction DIE LINKE und kritisierte zudem, dass diese „umstrittenen und grundrechtssensiblen Gesetze innerhalb von fünf Tagen durchs Parlament gepeitscht“ wurden.¹⁸²¹

Nicht nur die Bundestagsfractionen, sondern auch die im Gesetzgebungsverfahren angehörten Sachverständigen und die migrationsrechtliche Fachliteratur bewerteten die Vereinbarkeit der Regelung mit höher-rangigem Recht unterschiedlich. Der zentrale rechtliche Streitpunkt war, inwiefern Personen mit subsidiärem Schutz einen subjektiven Anspruch auf Familiennachzug haben, gestützt auf die unionsrechtlichen Vorgaben zum Familiennachzug in der Familienzusammenführungs-, Aufnahme- oder Verfahrensrichtlinie oder auf menschenrechtliche Rechtsquellen wie

1817 Gesetzesentwurf der Fraction der CDU/CSU und SPD – BT-Drs. 18/7538, S. 1.

1818 Ebd., S. 1.

1819 So der Wortlaut der späteren Regelung im Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren v. 11.03.2016, BGBl. 2016 I, 392.

1820 So im Bericht des Innenausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung beschleunigter Asylverfahren, BT-Drs. 18/7685, S. 3.

1821 So die Abgeordnete Ulla Jelpke laut Wortprotokoll, dazu und den folgenden mündlichen und schriftlichen Stellungnahmen siehe: *Asylpaket II*, Deutscher Bundestag, Wortprotokoll Nr. 18/72 der 72. Sitzung des Innenausschusses, Öffentliche Anhörung am 22.02.2016, S. 14 (im Folgenden: BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/72).

die UN-Kinderrechtskonvention oder die Europäische Menschenrechtskonvention.¹⁸²² In verfassungsrechtlicher Hinsicht war die Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und Elternschaft (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) strittig.¹⁸²³ Ferner stellten sich praktische Fragen zur „Realitätstauglichkeit“¹⁸²⁴ der Härtefallklauseln in §§ 22, 23 AufenthG und den integrationspolitischen Folgen der Aussetzung.¹⁸²⁵ Trotz aller Bedenken verabschiedete der Bundestag das Asylpaket II inklusive der Aussetzung in § 104 Abs. 13 AufenthG. Die vorläufige Regelung wurde später bis Ende Juli

-
- 1822 Befürwortende eines solchen Anspruchs hielten die Gesetzesreform für grund- und menschenrechtswidrig, im Gesetzgebungsverfahren etwa die Diakonie Deutschland (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/72, S. 46), das Deutsche Institut für Menschenrechte (S. 151), PRO ASYL (S. 169 f.), der Deutsche Anwaltverein (S. 139). In der Literatur *Keßler*, Asylmagazin 2016, S. 18 ff.; *Bast*, ZAR 2018, S. 41 (45 f.). Für eine menschenrechtsfreundliche Auslegung und einen unbeschränkten Familiennachzug plädierte später auch der CEDAW-Ausschuss in den Abschließenden Bemerkungen zum periodischen Bericht über die Bundesrepublik Deutschland (CEDAW, Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Germany v. 09.03.2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, Ziff. 47 f.), dazu auch *Kessler/Krause*, Kinderrechtliche Aspekte zum Thema „Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten nach § 104 Abs. 13 AufenthG“, 2018, S. 11. Keinen Verstoß mangels Anwendbarkeit der Richtlinie und subjektiven Nachzugsanspruchs sahen die angehörten Professoren Winfried Kluth (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/72, S. 95 f.) und Daniel Thym (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/72, S. 68 ff.; *Thym*, NVwZ 2016, S. 409 (413 f.)). In diese Richtung auch Teile der Literatur, etwa *Dörig*, Verfassungsrechtliche und Unionsrechtliche Grundlagen, in: *MigrationsR-HdB*, 2. Aufl. 2020, S. 99 ff., Rn. 36.
- 1823 Für verfassungsrechtlich unbedenklich hielten sie die Sachverständigen Winfried Kluth (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/72, S. 96 f.) und Daniel Thym (S. 68 ff.). Anders die Diakonie (S. 46), das Deutsche Institut für Menschenrechte (S. 151), PRO ASYL (S. 169 f.) und der Deutsche Anwaltverein (S. 140). Ebenso aus der Literatur *Heuser*, Asylmagazin 2017, S. 125 ff.
- 1824 So kritisch die Abgeordnete Luise Amtsberg (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/72, S. 24.
- 1825 In der Praxis werde die Härtefallklausel zu restriktiv gehandhabt und sei keine echte Option für Nachzug, mahnte die Diakonie in ihrer Stellungnahme (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/72, S. 46 f.). Auf die Gefahr, dass die Aussetzung Menschen nicht am Nachzug hindern, sondern diesen nur auf gefährliche Fluchtrouten verlagern würde, wiesen neben der Diakonie (S. 47) auch PRO ASYL (S. 169) und die UNHCR-Vertretung in Deutschland (S. 57) hin. Ein Risiko sah der Bevollmächtigte des Rates der EKD in einer Hinderung der Integration bei langfristiger Trennung der Familien (S. 173). Ebenso die spätere Literatur, etwa *Stetter-Karp*, ZAR 2018, S. 200 (201 ff.).

2018 verlängert.¹⁸²⁶ Zwischen März 2016 und August 2018 war somit kein Familiennachzug zu Personen mit subsidiärem Schutzstatus möglich.

bb) Behördenpraxis: Subsidiärer Schutz statt Flüchtlingsstatus

Dass die gesetzliche Aussetzung des Familiennachzugs überhaupt eine große Begrenzungswirkung entfalten konnte, lag an einer zeitgleichen Änderung der Entscheidungspraxis des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge.¹⁸²⁷ Als die Aussetzung 2016 eingeführt wurde, waren Personen mit syrischer Staatsbürgerschaft die größte Gruppe der Asylantragstellenden.¹⁸²⁸ Im Jahr 2015 erhielten noch 95,8 Prozent der Syrer*innen die Rechtsstellung als Flüchtling und nur 0,1 Prozent den subsidiären Schutz.¹⁸²⁹ Mit der Flüchtlingsstellung ging das Recht auf Familiennachzug einher. Von diesem machten viele Gebrauch: Im Jahr 2015 wurden die meisten Aufenthaltstitel zu familiären Zwecken syrischen Staatsangehörigen gewährt.¹⁸³⁰ Parallel zur gesetzlichen Aussetzung des Familiennachzugs im Jahr 2016 änderte das Bundesamt allerdings seine Anerkennungspraxis. Anstatt des Flüchtlingsstatus – wie bis dahin üblich – erhielten syrische Antragstellende fast nur noch subsidiären Schutz.¹⁸³¹ Die Zahl der Flüchtlingsanerkennung sank im Jahr 2016 auf 56,4 Prozent und die des subsidiären Schutzes stieg auf 41,2 Prozent.¹⁸³² Im Jahr 2017 kehrte sich das Verhältnis sogar um und es wurde überwiegend der subsidiäre Schutz gewährt (56 Prozent).¹⁸³³ Im Jahr 2018 waren die Quoten zwischen subsidiärem Schutz (38,7 Prozent) und Flüchtlingsstatus (41,6 Prozent) fast gleich.¹⁸³⁴ Erst diese Kombination der Änderungen in Gesetzgebung und Verwaltungspraxis führte zu der tatsächlichen Begrenzung der Migration.

1826 Die Verlängerung erfolgte bis zum 31.07.2018, siehe Gesetz zur Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten v. 08.03.2018 (BGBl. 2018 I, S. 342).

1827 Schwarz, Asylmagazin 2017, S. 145 (145).

1828 Mit 266.250 Erstanträgen (36,9 Prozent) aller Asylanträge laut: BAMF (Hrsg.), Asylgeschäftsstatistik für den Monat Dezember 2016, 2016, S. 2.

1829 BAMF (Hrsg.), Das Bundesamt in Zahlen 2015, 2016, S. 51.

1830 Mit 15.956 Nachzügen (19,4 Prozent), Grote, Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen nach Deutschland, 2017, S. 18.

1831 Für eine Analyse der Argumente für den jeweiligen Schutzstatus siehe Gröhe, Die Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, 2022, S. 83 ff.

1832 BAMF (Hrsg.), Das Bundesamt in Zahlen 2016, 2017, S. 50 f.

1833 BAMF (Hrsg.), Das Bundesamt in Zahlen 2017, 2018, S. 53.

1834 BAMF (Hrsg.), Das Bundesamt in Zahlen 2018, 2019, S. 56.

cc) Was tun? Aufstockungsklagen mit Musterschriftsätzen als Umweg

Von der Aussetzung des Familiennachzugs in § 104 Abs. 13 AufenthG waren nur Personen mit subsidiärem Schutz betroffen, nicht hingegen Personen mit Flüchtlingsstatus. Ein Weg, mittelbar das Recht auf Familiennachzug zu erlangen, waren daher sogenannte „Aufstockungsklagen“.¹⁸³⁵ Dabei begehrten Schutzsuchende die Verpflichtung auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach § 3 Abs. 4, Abs. 1 AsylG. Dies aktivierte die Akzessorietät des Rechts auf Familiennachzug, das als Anspruch bei einer stattgebenden Entscheidung mit dem Flüchtlingsstatus verbundenen wäre – ein zentrales Motiv für die Rechtsmobilisierung.¹⁸³⁶ Diesen Weg wählten eine Vielzahl von syrischen Geflüchteten, was zu einem Anstieg der Gerichtsverfahren vor den Verwaltungsgerichten führte. Allein am Verwaltungsgericht Berlin vervierfachte sich die Zahl anhängiger Asylverfahren und stieg von 2.350 im Jahr 2015 auf 10.600 im Jahr 2016.¹⁸³⁷ Im gesamtdeutschen Vergleich der Verwaltungsgerichte setzte dieser Trend in ähnlicher Weise, nur mit einer Verzögerung, ein: Die Zahl der anhängigen Asylverfahren verdreifachte sich knapp von 32.447 im Jahr 2016 auf 104.060 im Jahr 2017, im Jahr 2018 verdoppelte sie sich erneut auf den historischen Höchststand von 242.077.¹⁸³⁸

Diese Zahlen deuten eher auf eine rege Rechtsmobilisierung als auf Probleme beim Zugang zu Recht hin. Womit ist der Anstieg der Verfahren zu erklären? Erstens ist das Asylrecht rechtlich vorstrukturiert: Die Klagen reagierten auf ablehnende Behördenbescheide, was die Mobilisierung wahrscheinlicher macht.¹⁸³⁹ Eine Aufstockungsklage zu erheben war insofern ein

1835 Ausführlich *Ellerbrok/Hartmann*, NVwZ 2017, S. 522 ff.

1836 Interview Anwalt*in v. 13.09.2017 (MIG/A/I/7), 21 ff.; Interview Katharina Voss (ehem. Stamm) v. 15.08.2017 (MIG/A/I/1) 17 ff.; ebenso *de Oliveira*, Verfassungsblog v. 22.10.2016, <https://verfassungsblog.de/wer-ist-fluechtling-zum-hin-und-her-der-entscheidungspraxis-zu-asylsuchenden-aus-syrien/>.

1837 *Scheerhorn*, OVG Berlin-Brandenburg – Jahrespressegespräch 2017 und Geschäftsbericht 2016, 27.03.2017, <https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2017/pressemitteilung.576570.php>. Dadurch verdoppelte sich auch die Zahl aller dort anhängigen Verfahren, wobei Asylverfahren knapp die Hälfte aller Neueingänge ausmachten, dazu: Präsidentin des Verwaltungsgerichts Berlin (Hrsg.), Bericht zur Geschäftslage 2016 und Ausblick auf 2017, 13.02.2017.

1838 Destatis (Hrsg.), Rechtspflege – Verwaltungsgerichte 2020, 2021, S. 14.

1839 Aufgrund geringerer emotionaler Kosten durch soziale Distanz, siehe Kapitel D.I.2.b)bb).

naheliegender Schritt, wenngleich er nur mittelbar zum erhofften Familiennachzug führte. Zweitens erleichterte ein Musterschriftsatz die Erhebung solcher Aufstockungsklagen. Eine Mitarbeiterin der Diakonie, Katharina Voss, hatte eine entsprechende Vorlage in Zusammenarbeit mit Migrationsanwält*innen erstellt.¹⁸⁴⁰ Anlass für die Erstellung des Musterschriftsatzes war die enorme Zahl an Beratungsnachfragen, die unter zeitlichem Druck bedient werden mussten.¹⁸⁴¹ Die Verpflichtungsklage auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft war innerhalb der kurzen Frist von zwei Wochen nach Zuerkennung des subsidiären Schutzes zu erheben. Die Musterschriftsätze sollten dabei helfen und waren somit eine Notlösung, um den Zugang zu Recht zu ermöglichen:

„Natürlich wird eine solche Musterklage dem BAMF nicht gefallen, aber es überwiegt uE doch das notwendige Herstellen einer Waffengleichheit in einem vom BMI bewusst in Kauf genommenen Konflikt durch die Änderung der BAMF Spruchpraxis und der Aussetzung des Familiennachzugs, die in der Beratungsarbeit gegenüber Menschen in großer Sorge um Angehörige der Kernfamilie kaum vermittelbar sind.“¹⁸⁴²

Der Musterschriftsatz enthielt die Vorlage einer Klageerhebung auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Individuelle Risikoprofile konnten im Muster ergänzt werden. Dadurch wurde die rechtliche Argumentation vom Einzelfall abstrahiert und so einer Vielzahl anderer Klagender zugänglich gemacht. Da die Klagen durch Einzelne unabhängig voneinander erhoben wurden, handelt es sich zwar um eine durch die Vorlage unterstützte Rechtsmobilisierung, nicht aber um strategische Prozessführung im Sinne eines kollektiven Modus.

b) Strategische Prozessführung im Klagekollektiv

Einen direkten Weg, die Aussetzung des Familiennachzugs rechtlich anzugreifen, wählte demgegenüber die Organisation JUMEN. Der Verein

1840 Berlin hilft!, Asylverfahren: Muster für Klage gegen Nicht-Anerkennung des Flüchtlingsstatus für Syrer, 14.08.2016, <https://berlin-hilft.com/2016/08/14/asyl-verfahren-muster-fuer-klage-gegen-nicht-erkennung-des-fluechtlingsstatus-fuer-syrer/>.

1841 Interview Katharina Voss (ehem. Stamm) v. 15.08.2017 (MIG/A/I/1), 105 ff.

1842 Stamm, Rundschreiben: Musterklage GFK-Schutz für SyrerInnen (Teilklage), 02.08.2016, S. 2.

wurde im Jahr 2016 von den Rechtsanwältinnen Adriana Kessler und Sigrun Krause sowie der Politologin Ullika Borkamp mit dem erklärten Ziel ins Leben gerufen, mit juristischen Mitteln gegen Grund- und Menschenrechtsverletzungen in Deutschland vorzugehen.¹⁸⁴³ Die drei Gründerinnen hatten bereits das Gesetzgebungsverfahren begleitet. Da die grund- und menschenrechtlichen Wertungen ihrer Wahrnehmung nach im Gesetzgebungsprozess nicht hinreichend beachtet worden waren, sahen sie rechtlichen Handlungsbedarf. Die Rücksprache mit Betroffenen und ihren Netzwerken ergab, dass von den vielen rechtlich problematischen Aspekten des Asylpakets II der Familiennachzug am drängendsten empfunden wurde.¹⁸⁴⁴ Auf diese Weise kam es zu sieben Verfahren von syrischen Familien vor den Verwaltungsgerichten und dem Bundesverfassungsgericht zur Rechtslage zwischen 2016 und 2018, die JUMEN in Kooperation mit Migrationsrechtsanwält*innen und Unterstützung weiterer NGOs begleitete und als strategische Prozessführung koordinierte.¹⁸⁴⁵

aa) Strategie und Motive

Das übergreifende Ziel der Prozesse war es, den Familiennachzug als Ausdruck einer inklusiven Migrationspolitik zu ermöglichen. Da restriktive Migrationspolitiken „ihren Niederschlag in gesetzlichen Regelungen“¹⁸⁴⁶ gefunden hatten, schien es folgerichtig, sie rechtlich zu adressieren. Als „Korrektiv für das Handeln von Gesetzgebung und Verwaltung“¹⁸⁴⁷ sollten die grund- und menschenrechtlichen Wertungen Berücksichtigung finden, die nach den JUMEN-Gründerinnen bei der Ausarbeitung der Regelung ignoriert worden waren. Das Ziel jenseits des Einzelfalls war es, mit einer grund- und menschenrechtlichen Argumentation einen Präzedenzfall zu erstreiten, der den Familiennachzug wieder ermöglichen und so eine Ver-

1843 Kessler, Asylmagazin 2017, S. 123 (123 ff.).

1844 Interview Adriana Kessler v. 06.03.2017 (MIG/A/I/2).

1845 Die nachfolgende Analyse konzentriert sich auf die sieben Fälle von syrischen Familien zur Rechtslage zwischen 2016 und 2018, die während der Feldforschung beobachtet wurden. Die Falldarstellungen stammen primär von der Website von JUMEN, wo die Fälle mit geänderten Namen dokumentiert sind: JUMEN, Familiennachzug vor August 2018, <https://jumen.org/familiennachzug-vor-august-2018-2/>.

1846 Kessler, ZfMR 2018, S. 103 (104).

1847 Ebd., S. 107.

besserung für alle Schutzsuchenden in Deutschland und ihre Familien im Ausland bringen würde:

„Unser Ziel war es, die Aussetzung zu beenden, die Frage der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Aussetzung zu thematisieren und Familien zu empoweren, vor Gericht ihr Recht auf Familie einzuklagen.“¹⁸⁴⁸

Dadurch sollte das Thema zugleich im öffentlichen Diskurs sichtbar gemacht und die praktischen Folgen der Gesetzesänderung anhand von Lebensschicksalen verdeutlicht werden.¹⁸⁴⁹ Zudem ging es darum zu zeigen, wen die Gesetzesänderung primär betraf: Im Jahr 2015 erfolgten 91,5 Prozent aller syrischen Familiennachzüge von Kindern, Ehefrauen und Lebenspartnerinnen nach Deutschland.¹⁸⁵⁰ Damit hatte die Beschränkung eine Geschlechterdimension: Die Schließung legaler Fluchttrouten verwies überwiegend Frauen und Kinder auf gefährliche alternative Fluchtwege.¹⁸⁵¹ Solche Exklusionsmechanismen und die möglichen grund- und menschenrechtlichen Verstöße hinter der Aussetzung aufzudecken, führte aber nicht unbedingt zu der schnellstmöglichen Lösung für die einzelnen Betroffenen – eine generelle Schwierigkeit strategischer Prozessführung im Migrationsrecht:

„Das ist ein Dilemma: Wir haben hier Menschen in sehr prekären Situationen, die dringend eine Verbesserung brauchen. Und der Grund für ihre Situation ist ein Gesetz, von dem wir annehmen, dass es gegen die Verfassung oder gegen Menschenrechte verstößt. Darum ging es, das strategisch anzugehen und zu sagen: Wir brauchen eine höchstrichterliche Klärung. Gleichzeitig kann die Person darauf eigentlich nicht warten, um ihre eigene Situation zu verbessern.“¹⁸⁵²

Für die betroffenen Familien war diese Situation emotional belastend. Während der überwiegende Teil der Familie im Bürgerkrieg in Syrien verweilte, kümmerten sich die einzelnen Familienmitglieder in Deutschland

1848 JUMEN, Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, <https://jumen.org/familiennachzug-zu-subsidiaer-schutzberechtigten/>.

1849 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 7.

1850 Grote, Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen nach Deutschland, 2017, S. 20. Ausführlich zu den Rechten von Frauen und Kindern beim Familiennachzug zu Drittstaatenangehörigen *Manoharan*, Der Familiennachzug zu Drittstaatsangehörigen, 2021, S. 54 ff.

1851 Zu Flucht und Geschlechterverhältnissen *Sußner*, Flucht – Geschlecht – Sexualität, 2020; *Markard*, Kriegsflüchtlinge, 2012, S. 89 ff.

1852 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 5.

um die Bürokratie des Nachzugs. Die Trennung war für viele schwer zu ertragen. So berichtet Adriana Kessler von einem der Fälle, den der Familienvater in Deutschland fast abgebrochen hätte:

„Dieses Warten, das war glaube ich eine Situation, die er nicht aushalten konnte. Er meinte, das geht so nicht, ich kann hier nicht untätig sitzen und warten, dass irgendwelche Akten bearbeitet werden. Wir konnten ihm auf emotionaler Ebene wenig Hoffnung machen, sondern nur kommunizieren: Wir verstehen dich. Es ist alles andere als sicher, dass das klappen wird. Es macht aus einem deutschen Blickwinkel heraus Sinn, das Verfahren weiter zu betreiben, weil wir noch keine ablehnende Entscheidung haben. Aber ob wir die erreichen werden und vor allem in welchem Zeithorizont, hier können wir keine Versprechungen machen.“¹⁸⁵³

Dass er sich trotz dieser Zweifel dafür entschieden habe, in Deutschland zu bleiben und das Verfahren weiterzuverfolgen, erklärt sich die JUMEN-Gründerin mit einer Motivation, die auch in anderen Fällen zu beobachten gewesen sei: Sollte die Klage abgewiesen werden, kann die Familie nicht einreisen. Das Gleiche gilt, wenn sie gar nichts unternehmen.¹⁸⁵⁴ Anders gewendet: „Mehr konnten sie nach eigener Aussage nicht mehr verlieren, da ihnen das Recht auf Familie bereits durch die Gesetzesverschärfung genommen war“.¹⁸⁵⁵ Für die Klagenden war das Betreiben der Gerichtsverfahren somit ein Weg aus der Passivität. Zudem lag darin eine Möglichkeit, etwas gegen die als willkürlich wahrgenommenen Unterschiede bei den Nachzugsregelungen für Personen mit subsidiärem Schutz und Flüchtlingsstatus und die geänderte Gewährungspraxis zu tun.¹⁸⁵⁶ Denn der subsidiäre Schutz gewährt zwar einen sicheren Aufenthaltsstatus, aber keinen Familiennachzug, wie einer der von JUMEN unterstützten Kläger in einem Zeitungsinterview von seiner Enttäuschung berichtet:

1853 Ebd., 100.

1854 Interview Adriana Kessler v. 06.03.2017 (MIG/A/I/2).

1855 Kessler/Borkamp, JUMEN e. V., in: Graser/Helmrich (Hrsg.), 2019, S. 73 (76).

1856 Diese Wahrnehmung berichten auch Personen in einer Online-Befragung der „Initiativen für Familienleben für Alle“, dazu deren Einschätzung: „Die Stimmen von Betroffenen machen deutlich, welches Leiden die Einschränkungen des Familiennachzugs bedeuten und welche Emotionen es auslöst, dass aus dem Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung für Flüchtlinge ein willkürlicher Gnadenakt im Ermessen der Behörden wurde.“ Die Stimmen sind dokumentiert auf: Initiativen für Familienleben für Alle, „Das Aufenthaltsgesetz ist unfair“, 31.01.2020, <https://familienlebenfueralle.net/2020/01/das-aufenthalts-gesetz-ist-unfair/>.

„Dann liest er, dass sein Antrag auf Flüchtlingsschutz abgelehnt sei. Er bekomme den Status ‚subsidiärer Schutz‘ zugesprochen. Mustafa sagt, er habe danach vier Stunden auf dem Bett in seinem Zimmer gelegen und geweint. Er weiß, was das bedeutet.“¹⁸⁵⁷

bb) Taktik

Unterstützt durch JUMEN stellten eine Reihe von Familien Anträge im behördlichen Verfahren und erhoben Klagen vor den Verwaltungsgerichten sowie Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht. Prozesstaktisch war ein mehrgleisiges Vorgehen nötig, um die Neuregelung des Familiennachzugs einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.

(1) Optionen: Asyl- und Visumverfahren, hilfsweise Härtefall, Eilverfahren

Mehrere Umstände beeinflussten die Wahl der prozessualen Schritte. Die rechtliche Kritik an der Aussetzung des Familiennachzugs durch § 104 Abs. 13 AufenthG bezog sich auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht. Das Verwerfungsmonopol für materielle Gesetze hat nur das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof entscheidet über die Auslegung europäischen Rechts. Das Ziel war es daher, eines der beiden Gerichte zu erreichen. Die damit verbundene Hoffnung war, dass die Richter*innen die Gesetzesänderung für verfassungs- beziehungsweise unionsrechtswidrig erklären würde.¹⁸⁵⁸ Dies hätte die bis 2016 geltende Regelung reaktiviert und den Familiennachzug für alle subsidiär Schutzberechtigten ermöglicht.

Zwei Wege führten theoretisch zu den Gerichten. Der schnellere und daher bevorzugte Weg war eine Vorlage der Instanzgerichte, entweder an das Bundesverfassungsgericht und dessen Entscheidung im Wege der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG) oder an den Europäischen Gerichtshof mit einem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV). Der zweite Weg war eine Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG). Dass nach § 90 Abs. 2

1857 Unger, Berliner Morgenpost v. 12.06.2017, <https://www.morgenpost.de/politik/artikel210881187/Wie-ein-Syrer-um-seine-verlorene-Familie-kaempft.html>.

1858 Interview Adriana Kessler v. 06.03.2017 (MIG/A/1/2).

BVerfGG zunächst der Rechtsweg zu erschöpfen ist, machte die vorherige Anrufung der Verwaltungsgerichte nötig.¹⁸⁵⁹

Aufgrund dieser Erwägungen wählten die Prozessführenden einen Weg, der von anderen Anwält*innen als wenig vielversprechend abgelehnt oder gar nicht erst angedacht worden war: Sie beantragten ein Visum zum Zwecke des Familiennachzugs nach den regulären Vorschriften (§§ 27 ff. AufenthG) – der Aussetzung dieser Regelungen zum Trotz.¹⁸⁶⁰ Aufgrund der Aussetzung ebendieser Bestimmungen wurden die Anträge – wie geplant – von der zuständigen deutschen Auslandsvertretung abgelehnt oder gar nicht erst bearbeitet. Gegen die Ablehnung beziehungsweise Untätigkeit der Behörde klagten die Antragstellenden vor dem für Visumstreitigkeiten zuständigen Verwaltungsgericht Berlin. Sie begehrten die Verpflichtung zur Erteilung eines Visums zur Einreise in der Hauptsache (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) sowie im Eilrechtsschutz (§ 123 VwGO). Anders als bei den Aufstockungsklagen erhoben dabei nicht die Schutzsuchenden in Deutschland Klage, sondern ihre Familienangehörigen. Von Nachteil an diesem Weg war, dass im Visumverfahren als Teil des Aufenthaltsrechts – anders als im Asylrecht und den Aufstockungsklagen – keine erleichternden Regelungen gelten. Die Verfahren waren damit nicht gerichtskostenfrei.

Ein weiterer wesentlicher Faktor, der die Prozesstaktik beeinflusste, war der Zeitdruck: Manche der Kinder standen kurz vor der Volljährigkeit, wodurch der Anspruch auf Nachzug zu erlöschen drohte. Parallel zu den Klagen vor den Verwaltungsgerichten erhoben die Familien daher bereits Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht und stellten einen Antrag auf einstweilige Anordnung (§ 32 BVerfGG). Für den Fall, dass die Taktik nicht aufgehen würde, gab es zwei Notlösungen.¹⁸⁶¹ Die erste waren die Härtefallvorschriften in §§ 22, 23 AufenthG, die als besondere Anspruchsgrundlage für ein Visum in Betracht kamen. Die Gesetzesänderung ließ diese Regelungen laut § 104 Abs. 13 S. 2 AufenthG unberührt.

1859 Niesler, in: BeckOK BVerfGG, 14. Ed. 2022, § 90 Abs. 2 BVerfGG Rn. 5, 18 ff.

1860 Interview Adriana Kessler v. 06.03.2017 (MIG/A/I/2); Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 5: „Als wir damit angefangen haben, gab es ja auch tatsächlich kaum Anwälte und Anwältinnen, die diese Verfahren geführt haben, weil es immer hieß: ‚Das ist ausgesetzt, was soll man denn da machen?‘ Und allein das war glaube ich schon der Ansatz zu sagen: Das kann ja wohl nicht sein.“ Dies bestätigen Interviews mit Anwält*innen, die diesen Weg nicht in Erwägung zogen (Interview Anwält*in v. 15.12.2017 (MIG/A/I/10), 77; Interview Rechtsberatung v. 20.09.2017 (MIG/A/I/9), 76 ff.).

1861 Interview Adriana Kessler v. 06.03.2017 (MIG/A/I/2).

So blieb die Aufnahme aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen möglich – zumindest theoretisch, denn praktisch wurden die Vorschriften kaum angewandt. Dieses „verbliebene Schlupfloch“¹⁸⁶² im Aufenthaltsrecht nutzten die nachzugswilligen Familienmitglieder und beantragten hilfsweise ein Visum nach § 22 S. 1 AufenthG. Die zweite Notlösung waren Aufstockungsklagen, die die zusammenführenden Personen in Deutschland parallel anstrebten.

(a) Klagebefugte Familien im Ausland finden und begleiten

Die Suche nach „sorgfältig ausgewählten Einzelfällen“¹⁸⁶³ war eine der großen Herausforderung der Verfahren. Da die klagebefugten Familienangehörigen im Ausland lebten, waren sie schwer zu erreichen. Die Trennung der Familie war emotional eine schwere Belastung. Aufgrund der vulnerablen Situationen, in denen sich die Klagenden, teilweise Minderjährige, befanden, mussten die in Betracht kommenden Familien emotional bereit sein für das potenziell langwierige Verfahren. Um klagebereite Personen für die Einzelfallbegleitung ausfindig zu machen, erstellte JUMEN Fallprofile.¹⁸⁶⁴ Die Fallprofile bildeten die Grundlage für die Fallauswahl. Der Verein plante mehrere Fälle zu unterstützen, die in jeweils typischer Weise unterschiedliche Betroffenheiten von der Regelung offenbaren sollten. Mit diesen Profilen veranstaltete JUMEN Vernetzungstreffen mit Anwalt*innen, wo sie ihre Ideen teilten.¹⁸⁶⁵

Über ihre Netzwerke fand die Organisation insgesamt sieben Fälle von klagebereiten Familien. Diese spiegelten die aufenthaltsrechtliche Logik wider, die zwischen dem Nachzug von Ehegatten (§ 30 AufenthG), Kindern (§ 32 AufenthG), Eltern (§ 36 Abs. 1 AufenthG) und sonstigen Familienangehörigen (§ 36 Abs. 2 AufenthG) unterscheidet. In einer Konstellation ging es um den Nachzug von Ehegatten und Kindern zu einer zusammenführenden Person in Deutschland. Dies betraf Staif, dessen Frau und Tochter auf Nachzug klagten.¹⁸⁶⁶ In der umgekehrten Konstellation war die zusammen-

1862 *Kastner*, Süddeutsche Zeitung v. 14.10.2017, <http://www.sueddeutsche.de/leben/familiennachzug-ein-menschenrecht-auf-eltern-1.3707523>.

1863 JUMEN, Familiennachzug vor August 2018, <https://jumen.org/familiennachzug-vor-august-2018-2/>.

1864 *Kessler*, ZfMR 2018, S. 103 (107).

1865 Interview Adriana Kessler v. 06.03.2017 (MIG/A/I/2).

1866 JUMEN, Fall 04 – Staif, <https://jumen.org/fall-04-staif/>.

führende Person ein in Deutschland lebendes, minderjähriges Kind. So war es in den sechs Fällen von Bashar¹⁸⁶⁷, Jilal¹⁸⁶⁸, Mohammed¹⁸⁶⁹, Jacob¹⁸⁷⁰, Mousa¹⁸⁷¹ und Adil¹⁸⁷². Sie waren bei Beginn der Verfahren minderjährig und ihre Eltern und Geschwister lebten noch im Ausland. Bei Jacob war der Vater zudem durch den Krieg schwer verletzt und die Familie als Christen religiöser Diskriminierung ausgesetzt. Bei Mousa lebte die Mutter in der Türkei. Manche der Kinder waren allein geflohen, andere mit Verwandten. Die Konstellationen unterschieden sich nicht nur hinsichtlich der familiären Situation, sondern auch hinsichtlich des Alters und Gesundheitszustandes der Kinder. Bei Jilal stand die Volljährigkeit kurz bevor.¹⁸⁷³ Andere wie Mousa waren noch sehr jung. Er war mit acht Jahren geflohen und litt besonders unter der Trennung.¹⁸⁷⁴ Die Minderjährigen hatten zudem diagnostizierte psychische Erkrankungen wie eine posttraumatische Belastungsstörung infolge der Flucht. Bei Adil war der gesundheitliche Zustand besonders dramatisch, er war an einer Bewegungsstörung mit Lähmungserscheinungen erkrankt. Aufgrund der emotionalen Belastung für die Minderjährigen wurden alle Verfahrensschritte an ihren Bedürfnissen ausgerichtet. Die emotionale Unterstützung gelang nicht immer. Manche der angestrebten oder zunächst angedachten Verfahren mussten abgebrochen werden.¹⁸⁷⁵

1867 JUMEN, Fall 02 – Bashar, <https://jumen.org/fall-02-bashar/>.

1868 JUMEN, Fall 07 – Jilal, <https://jumen.org/fall-07-jilal/>.

1869 JUMEN, Fall 03 – Mohammed, <https://jumen.org/fall-03-mohammed/>.

1870 JUMEN, Fall 05 – Jacob, <https://jumen.org/fall-05-jacob/>.

1871 JUMEN, Fall 01 – Mousa, <https://jumen.org/fall-01-mousa/>; *Kastner*, *Süddeutsche Zeitung* v. 27.02.2018, <http://www.sueddeutsche.de/politik/migration-familiennachzug-ausgesetzt-1.3883696>.

1872 JUMEN, Fall 09 – Adil, <https://jumen.org/fall-09-adil/>.

1873 JUMEN, Fall 07 – Jilal, <https://jumen.org/fall-07-jilal/>: „Ich werde bald 18, doch das Gesetz verbietet es meiner Familie nachzukommen.“

1874 JUMEN, Fall 01 – Mousa, <https://jumen.org/fall-01-mousa/>; *Kastner*, *Süddeutsche Zeitung* v. 27.02.2018, <http://www.sueddeutsche.de/politik/migration-familiennachzug-ausgesetzt-1.3883696>.

1875 So der Fall von Jilal, siehe im Folgenden und JUMEN, Fall 07 – Jilal, <https://jumen.org/fall-07-jilal/>; Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/1/11), 94.

(b) Grund- und menschenrechtliche Argumentation: Recht auf Familie für alle

Eine zentrale Aufgabe bestand zudem in der Ausarbeitung der grund- und menschenrechtlichen Argumentation. JUMEN war der Ansicht, die Aussetzung des Familiennachzugs für Personen mit subsidiärem Schutzstatus verstoße gegen höherrangiges Recht.¹⁸⁷⁶ Ein Anspruch auf Familiennachzug ergebe sich bereits aus dem Unionsrecht, konkret der Familienzusammenführungsrichtlinie. Diese garantiere einen subjektiven Anspruch auf Familiennachzug, der auch für Personen mit subsidiärem Schutz gelte. Denn diese seien Flüchtling im Sinne der Qualifikationsrichtlinie. Wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts sei § 104 Abs. 13 AufenthG bereits unanwendbar. Zudem sei die Norm verfassungswidrig: Die Schlechterstellung gegenüber Flüchtlingen verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG, die pauschale Aussetzung sei unverhältnismäßig und verletze das Recht auf Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG und das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Dass in Härtefällen ein Nachzug über § 22 S. 1 AufenthG möglich sei, ändere daran nichts, denn die Norm werde kaum angewendet und genüge daher nicht, den grund- und menschenrechtlichen Garantien Rechnung zu tragen.

Einen Schwerpunkt legte JUMEN auf menschenrechtliche Argumente im Zusammenhang mit dem Kindeswohl, die bei der Auslegung des Verfassungsrechts zu beachten sind. Die diesbezüglichen Recherchen für die Klagebegründungen fanden später Niederschlag in einem Gutachten zu den kinderrechtlichen Aspekten der Aussetzung. Dieses kommt – wie die Schriftsätze im Verfahren – zu dem Ergebnis, dass die Aussetzung unter anderem gegen die UN-Kinderrechtskonvention verstoße.¹⁸⁷⁷ Die Konvention verpflichtet Vertragsstaaten wie Deutschland in Art. 3 Abs. 1 CRC, das Kindeswohl bei allen staatlichen Maßnahmen vorrangig zu beachten. Anträge auf Familienzusammenführung von und zu Kindern sind laut Art. 10 Abs. 1 CRC „wohlwollend, human und beschleunigt“ zu behandeln. Die in § 104 Abs. 13 AufenthG vorgesehene mindestens zweijährige Tren-

1876 Zum Folgenden der in den späteren Urteilen wiedergegebene streitige Vortrag der Kläger*innen in VG Berlin, Urteil v. 07.11.2017 – 36 K 92.17 V und VG Berlin, Urteil v. 19.02.2018 – 16 K 466.17 V.

1877 Kessler, ZfMR 2018, S. 103; Kessler/Krause, Kinderrechtliche Aspekte zum Thema „Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten nach § 104 Abs. 13 AufenthG“, 2018; siehe ausführlich die Klagebegründungen wiedergegeben in den Urteilen des VG Berlin, Urteil v. 07.11.2017 – 36 K 92.17 V und VG Berlin, Urteil v. 19.02.2018 – 16 K 466.17 V.

nung während der Aussetzung zwischen 2016 und 2018 werde dem nicht gerecht, so JUMEN. Ein Anspruch auf Familiennachzug folge zudem aus dem Menschenrecht auf Familie, geschützt in Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 7 GRCh, Art. 23 Abs. 1 UN-Zivilpakt (ICCPR), Art. 10 Abs. 1 UN-Sozialpakt (ICESCR) und Art. 5 b), Art. 16 Abs. 1 d) und f) UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW).

Für die Klagebegründung der einzelnen Fälle folgte aus dieser menschenrechtlichen Argumentation ein „Spagat“: Einerseits ging es darum, die „eine große Entscheidung zu erzielen und die ganze Regelung zu kippen“, gleichzeitig bedeuteten die grund- und menschenrechtlichen Garantien, „wenn man sie ernst nimmt: Eigentlich ist jeder Fall, den wir vor Gericht bringen, ein Härtefall“.¹⁸⁷⁸

(2) Flankierend: Öffentlichkeits- und Netzwerkarbeit, Fachstellungennahmen

Ein Ziel der strategischen Prozesse war es, das Thema Familiennachzug und die Schicksale der Familien sichtbar zu machen.¹⁸⁷⁹ Daher wurden die Klagen durch Öffentlichkeitsarbeit mit Pressemitteilungen und Interviews flankiert.¹⁸⁸⁰ JUMEN beantwortete alle Presseanfragen und verstand sich als Filter für das öffentliche Interesse. Dies sollte die Familien von Gesprächsanfragen in der ohnehin emotional angespannten Situation entlasten.¹⁸⁸¹ Gleichzeitig ging es darum, sie vor potenziellen Drohungen aus migrationskritischen Kreisen zu schützen. Dies führte mitunter zu Unverständnis bei anderen Unterstützer*innen, wie Adriana Kessler berichtet:

„Klar, phasenweise gab es Kritik und Frust. Zum Beispiel einen Vormund, der nicht einsehen wollte, warum wir das Kind so stark schützen wollten vor Presseanfragen. Da mussten wir einmal sehr stark intervenieren und sagen: ‚Hier wird kein Interview gegeben, jegliche Kommunikation nur noch über uns.‘ Im Nachhinein war es genau das Richtige, weil der Vor-

1878 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 12.

1879 Ebd., 113.

1880 Kessler/Borkamp, JUMEN e. V., in: Graser/Helmrich (Hrsg.), 2019, S. 73 (79). Die Presseberichterstattung im Überblick auf: JUMEN, Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, <https://jumen.org/familiennachzug-zu-subsidiaer-schutzberechtigten/>.

1881 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 79.

*mund selbst in die Öffentlichkeit trat und dabei mitzog, den Minderjährigen zu schützen.*¹⁸⁸²

Um dennoch die Fallhintergründe kommunizieren zu können, dokumentierte der Verein pseudonymisierte Fallgeschichten auf seiner Website.¹⁸⁸³ Über die Fälle berichtete der Verein auf Vorträgen und Konferenzen. Ergänzend verfasste die NGO Aufsätze und Fachstellungnahmen zur kinderrechtlichen Beurteilung der Aussetzung¹⁸⁸⁴ und zu den praktischen Problemen des Familiennachzugs¹⁸⁸⁵. Damit leistete sie Beiträge zum Fachdiskurs. Der Verein und das Netzwerk Familiennachzug nutzten diese Stellungnahmen zudem für politische Lobbyarbeit, unter anderem im Bundestagswahlkampf 2020 und der anschließenden Regierungsbildung, um auf die Problemlagen beim Familiennachzug aufmerksam zu machen und eine umfassende Reform zu fordern.¹⁸⁸⁶ Zudem wirkte JUMEN am Alternativbericht zur UN-Frauenrechtskonvention im Jahr 2016 mit.¹⁸⁸⁷

Ein weiterer Bestandteil der strategischen Prozessführung war die Netzwerkarbeit, auch jenseits der direkt involvierten Akteur*innen. Auf Fachkonferenzen wie den Jahrestagungen des Netzwerks Migrationsrecht tauschte sich JUMEN mit Wissenschaft und Praxis aus, in Vorträgen und Workshops erklärten sie ihren strategischen Ansatz.¹⁸⁸⁸ Zudem veröffentlichten sie die erstrittenen Entscheidungen und teilten ihren Schriftsatz aus den Visumverfahren mit anderen Anwält*innen, um diese zu ermutigen, mit einer – stets auf den Einzelfall anzupassenden – Argumentation ebenso gegen die Aussetzung vorzugehen.¹⁸⁸⁹

1882 Ebd., 96.

1883 JUMEN, Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, <https://jumen.org/familiennachzug-zu-subsidiaer-schutzberechtigten/>.

1884 Kessler/Krause, Kinderrechtliche Aspekte zum Thema „Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten nach § 104 Abs. 13 AufenthG“, 2018.

1885 Zur Rechtslage ab August 2018 Krause u. a., Zerrissene Familien, 2021.

1886 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 28.

1887 CEDAW-Allianz zivilgesellschaftlicher Organisationen in Deutschland (Hrsg.), Alternativbericht CEDAW, 2016.

1888 Zu den Vortragsaktivitäten siehe JUMEN, Aktuelles, <https://jumen.org/aktuelles/>.

1889 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 63.

cc) Klagekollektiv

Das Thema Familiennachzug beschäftigte neben Fachanwält*innen im Migrationsrecht auch regional oder deutschlandweit tätige Beratungsstellen und Organisationen, darunter den Hohen Kommissar der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR) in Deutschland. Vertreter*innen verschiedener Stellen standen über ein „Netzwerk Familiennachzug“ in regelmäßigem Austausch.¹⁸⁹⁰ Aus diesem großen und lose organisierten Netzwerk fand sich für einzelne Prozesse ein kleinerer Kreis von Akteur*innen zusammen und bildete, was sich als Klagekollektiv beschreiben lässt. Dieses bestand jeweils aus den Familien, dem Verein JUMEN und Kooperationsanwält*innen als Prozessvertretung. Hinzu kamen je nach Fall Organisationen mit einem thematischen Fokus. Ging es etwa um den Nachzug von oder zu minderjährigen Kindern, war der Bundesfachverband für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (BumF) involviert. Zum Teil kam Unterstützung von PRO ASYL.

Innerhalb dieser Klagekollektive übernahmen die Prozessvertreter*innen jeweils die direkte Betreuung der Familien.¹⁸⁹¹ Teils waren es externe Anwält*innen, teils eine der Mitgründerinnen von JUMEN, die Migrationsrechtsanwältin Sigrun Krause. Die Anwält*innen informierten ihre Mandant*innen über den Verfahrensstand und sprachen alle Schritte ab. JUMEN fungierte als Koordinationsstelle mit Fachexpertise, die die Verfahren übergreifend begleitete und koordinierte. Der Verein hatte zuvor die Prozesstaktik über die Untätigkeitsklagen sowie die grund- und menschenrechtliche Argumentation entwickelt, die nun in ausgewählten Fällen zum Einsatz kam. Wo nötig, unterstützte der Verein die Familien in der emotional belastenden Situation durch die Ermöglichung „sensible[r] und intensive[r] Betreuung“ und mit „medizinischer oder psychologischer Behandlung“.¹⁸⁹² Bei alledem ging es darum, die Familien weitgehend von der Prozessführung zu entlasten. Dies erleichterte zugleich die Arbeit der Anwält*innen, die in der alltäglichen Mandatsbetreuung kaum Kapazitäten für eine aufwendige grund- und menschenrechtliche Argumentation oder intensive Öffentlichkeitsarbeit haben. Dies galt umso mehr in den Jahren ab 2015, in denen die Nachfrage nach Beratung und damit die Arbeitsbelas-

1890 Ebd. 40.

1891 Zum Folgenden Ebd., 79.

1892 *Deller*, Grund- und Menschenrechtsblog v. 14.12.2021, <http://grundundmenschenechtsblog.de/5-jahre-jumen-juristische-menschenrechtsarbeit-in-deutschland/>.

tung bei Migrationsanwält*innen gestiegen war.¹⁸⁹³ Insgesamt positioniert sich JUMEN somit als Ergänzung zur Beratungspraxis mit der Aufgabe, über strategische Prozessführung „die strukturelle Ebene aufzuzeigen“¹⁸⁹⁴:

*„Wir sehen unsere Stärke in dem, was andere oft nicht schaffen: Die juristische Argumentation zu Grund- und Menschenrechtsthemen so aufzubereiten, dass sie in der alltäglichen Arbeit z. B. von Anwält*innen und Beratungsstellen genutzt werden kann.“¹⁸⁹⁵*

Für die Familien selbst blieb diese Unterstützung, so die Vermutung von Adriana Kessler, weniger sichtbar im Hintergrund:

„Wir haben immer versucht, das transparent zu machen: Das ist kein normales Verfahren, sondern das wird von einer NGO unterstützt und begleitet. Letztendlich haben die Familien im Weiteren glauben wir davon gar nicht so viel gemerkt, außer dass sie aus deren Sicht gut betreut wurden, was aber natürlich viele Ressourcen und Kapazitäten erfordert hat, immer alles vorzubereiten, was die Anwältinnen jeweils kommuniziert haben.“¹⁸⁹⁶

dd) Finanzierung

Die finanziellen Ressourcen für diese Unterstützungsarbeit kamen aus verschiedenen Quellen. Die Vereinsarbeit von JUMEN finanziert sich über Fördermitgliedschaften und Spenden.¹⁸⁹⁷ Seit 2018 erhält JUMEN zudem eine Basisförderung von der Bewegungsstiftung.¹⁸⁹⁸ Projektbezogene Förderung für die Kampagne „Recht auf Familie – für eine humane Asylpolitik“ kam ferner über eine Kampagnenförderung der Bewegungsstiftung, von der Eberhard-Schulz-Stiftung und dem Deutschen Kinderhilfswerk; in

1893 Lehnert, *Anwaltliche Arbeit im Asylrecht seit 2015*, in: Lehner/Wapler (Hrsg.), 2018, S. 257 (279 ff.).

1894 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 65.

1895 Kessler, *Asylmagazin* 2017, S. 123.

1896 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 88.

1897 Zum Folgenden JUMEN, Unterstützer*innen/Förder*innen, <https://jumen.org/unterstuetzerinnen-foerderinnen/>.

1898 Die 2002 gegründete Gemeinschaftsstiftung fördert soziale Bewegungen mit Zuschüssen und Beratung, die sich für Ökologie, Frieden und Menschenrechte engagieren, siehe: Bewegungsstiftung, Idee, <https://www.bewegungsstiftung.de/gut-zu-wissen/ueber-uns/aufbau>.

Einzelfällen halfen die Rechtshilfefonds von PRO ASYL und dem Bundesfachverband für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge.¹⁸⁹⁹ Diese Finanzierungsmöglichkeiten des Vereins waren bedeutsam, da für die Gerichtsverfahren mehrere Kostenpunkte anfielen, die andernfalls die Familien hätten tragen müssen. Die kostenrechtlichen Erleichterungen des Asylgesetzes gelten im Aufenthaltsrecht nicht. Die Kosten richten sich im Visumprozess somit nach den allgemeinen Regeln zur Kostenlast (§§ 154 ff. VwGO) und Kostenhöhe (GKG, RVG). Durch Prozesskostenhilfe wurden die Kläger*innen jedenfalls in den ersten Verfahren nicht entlastet, denn ihre Anträge wurden mangels Erfolgsaussichten in der Hauptsache wegen der Aussetzung abgelehnt.¹⁹⁰⁰ Ein finanzielles Risiko bestand zudem darin, wie ein späteres Urteil zeigte, sich als Beigeladener zu sehr im Verfahren zu engagieren. In dem Fall von Staif wurden ihm neben den Kläger*innen – seiner Frau und den Kindern – die Hälfte der Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten auferlegt. In den Entscheidungsgründen hieß es zu dieser Kostenentscheidung nach §§ 154 Abs. 1, Abs. 3, § 155 Abs. 2, § 162 Abs. 2 VwGO, ihm seien „Kosten in erheblichem Maße aufzuerlegen, nachdem er selbst Anträge gestellt“ und „gerade er, ersichtlich in seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung, das Verfahren aktiv betrieben“ habe.¹⁹⁰¹

3. Gerichtsverfahren

Von den insgesamt sieben Fällen, die noch unter Geltung der Aussetzung in § 104 Abs. 13 AufenthG zwischen 2016 und 2018 begonnen worden waren, konnten in bisher fünf Fällen die Familien einreisen, allerdings aus ganz unterschiedlichen Gründen. In den zwei Fällen von Bashar und Mohammed waren die verwaltungsgerichtlichen Klagen erfolgreich, bei Jacob erteilte das Auswärtige Amt im behördlichen Verfahren Härtefallvisa. In zwei weiteren Fällen überholte die Rechtsänderung 2018 die anhängigen

1899 Die Eberhard-Schulz-Stiftung für soziale Menschenrechte und Partizipation wurde 2011 von dem gleichnamigen Menschenrechtsanwalt gegründet und fördert Projekte zum Recht auf Arbeit, Bildung, Gesundheit und Wohnen, siehe: Eberhard-Schulz-Stiftung, Über uns, <https://sozialemenschenrechtsstiftung.org/ueber-uns/>. Zur Geschichte des Rechtshilfefonds von PRO ASYL als Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Flughafenverfahren in den 1990er-Jahren *Pichl*, Rechtskämpfe, 2021, S. 287 f.

1900 Etwa BVerfG, Beschluss 2. Senat 1. Kammer v. 11.10.2017 – 2 BvR 1758/17; BVerfG, Beschluss 2. Senat 1. Kammer v. 20.03.2018 – 2 BvR 1266/17.

1901 VG Berlin, Urteil v. 19.02.2018 – 16 K 466.17 V, S. 31.

Gerichtsverfahren: Die Familien von Mousa und Staif konnten über die im August 2018 neu eingeführte Kontingentregelung nach § 36a AufenthG einreisen. Die Familien von Jilal und Adil, die beide inzwischen volljährig sind, leben soweit bekannt nach wie vor in Syrien.

a) Bundesverfassungsgericht: Eilverfahren abgewiesen

Ziel der strategischen Prozessführung war es, die Verfassungsmäßigkeit der Aussetzung des Familiennachzugs klären zu lassen. Ob die Neuregelung in § 104 Abs. 13 AufenthG mit Grund- und Menschenrechten vereinbar war, hat das Bundesverfassungsgericht bis heute nicht entschieden. Im Fall von Jilal äußerte sich das Bundesverfassungsgericht im Oktober 2017 erstmals im Eilrechtsschutz zur Aussetzung des Familiennachzugs.¹⁹⁰² Die Erste Kammer des Zweiten Senats führte aus, dass im Hauptsacheverfahren zu klären wäre, ob § 104 Abs. 13 AufenthG mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar sei.¹⁹⁰³ Eine einstweilige Anordnung lehnte die Kammer mit der Überlegung ab, dass eine solche „im Ergebnis der Aussetzung des Vollzugs der gesetzlichen Regelung gleichkäme“, denn dies müsste „für alle anderen Fälle des Familiennachzugs zu minderjährigen unbegleiteten Flüchtlingen mit subsidiärem Schutzstatus ebenso gelten“¹⁹⁰⁴ – genau, was seitens der Prozessführenden gewollt war. Demgegenüber übte die Kammer Zurückhaltung angesichts des damit verbundenen „erheblichen Eingriff[s] in die originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers“.¹⁹⁰⁵ Mit einer ähnlichen Begründung lehnte die Kammer ebenfalls den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung von Mousa ab.¹⁹⁰⁶ Zu Hauptsachentscheidungen kam es nicht, weil durch die Volljährigkeit oder einen späteren Nachzug auf anderem Wege Erledigung eintrat.

Vor dem Bundesverfassungsgericht scheiterten die Ambitionen der Prozessführenden mithin an den Grenzen, die das Verfassungsprozessrecht für Entscheidungen über Gesetze einzieht. Da deren Aussetzung im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 32 BVerfGG) in die Zuständigkeit der

1902 BVerfG, Beschluss 2. Senat 1. Kammer v. 11.10.2017 – 2 BvR 1758/17; JUMEN, Fall 07 – Jilal, <https://jumen.org/fall-07-jilal/>.

1903 BVerfG, Beschluss 2. Senat 1. Kammer v. 11.10.2017 – 2 BvR 1758/17, Rn. 11.

1904 Ebd., Rn. 18.

1905 Ebd., Rn. 19.

1906 BVerfG, Beschluss 2. Senat 1. Kammer v. 20.03.2018 – 2 BvR 1266/17; JUMEN, Fall 01 – Mousa, <https://jumen.org/fall-01-mousa/>.

Legislative eingreift, gelten zur Wahrung des Gewaltenteilungsgrundsatzes (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) strenge Anforderungen.¹⁹⁰⁷ Dies begrenzt die Möglichkeiten für strategische Prozessführung, die wie hier den Hebel einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung für eine Aussetzung oder Änderung einer Gesetzeslage zu nutzen bezweckt.

b) Verwaltungsgericht Berlin

Eine Einschätzung zur Verfassungsmäßigkeit lieferte das Verwaltungsgericht Berlin. Zwei Kammern hielten die Aussetzung bei verfassungskonformer Auslegung für noch mit den Grund- und Menschenrechten der Familien und Kinder vereinbar. Die Entscheidungen ergingen aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 101 Abs. 1 VwGO), in der die emotionalen Folgen der Aussetzung für die Familien offensichtlich wurden. Pragmatische Erwägungen, den Nachzug schnellstmöglich zu erzielen, überlagerten dabei die strategischen Ambitionen, eine Klärung der Rechtslage durch eine Vorlage zu erzielen.

aa) Verfassungskonforme Auslegung

In einer von JUMEN als Präzedenzfall bezeichneten Entscheidung gab eine erste Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin der Klage im Fall von Bashar mit Urteil vom 07.11.2017 statt.¹⁹⁰⁸ Das Auswärtige Amt wurde darin verpflichtet, den Eltern und Geschwistern Visa zum Zuzug aus Syrien zu erteilen.¹⁹⁰⁹ In der Begründung wählte das Gericht allerdings einen anderen Weg als von den Prozessführenden beabsichtigt: Es legte § 104 Abs. 13 AufenthG verfassungskonform aus und verneinte einen Nachzugsanspruch unmittelbar gestützt auf Grund- und Menschenrechte. Im Ergebnis hatte die Klage nur aufgrund der Härtefallregelung in

1907 BVerfG, Beschluss 2. Senat 1. Kammer v. 20.03.2018 – 2 BvR 1266/17, Rn. 20. Das Gericht führte aus, dass es die mit Blick auf die Gewaltenteilung notwendige Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts verbiete, Gesetze auszusetzen, bevor nicht geklärt sei, ob sie mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Dazu auch BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 10.02.2022 – 1 BvR 2649/21, Rn. 11, m. w. N.; *Walter*, in: BeckOK BVerfGG, 14. Ed. 2022, § 32 BVerfGG Rn. 56 f.

1908 JUMEN, Fall 02 – Bashar, <https://jumen.org/fall-02-bashar/>.

1909 VG Berlin, Urteil v. 07.11.2017 – 36 K 92.17 V.

§ 22 S. 1 AufenthG Erfolg – dem prozesstaktischen Notfallplan, falls eine Vorlage unterbliebe.

Zunächst verneinte das Verwaltungsgericht eine Verletzung von Unionsrecht durch die Aussetzung in § 104 Abs. 13 AufenthG. Entgegen der Ansicht der Kläger*innen ergebe sich kein subjektiver Nachzugsanspruch aus der Familienzusammenführungsrichtlinie, denn diese sei ausweislich ihres Wortlauts in Art. 2 b) und Art. 3 Abs. 2 c) nur auf Personen mit dem Flüchtlingsstatus anwendbar, nicht beim subsidiären Schutz. Nichts anderes ergebe sich aus der Qualifikationsrichtlinie und der Aufnahme richtlinie. Beide sähen zwar eine Pflicht der Mitgliedsstaaten vor, geeignete Maßnahmen zum Schutz der Familieneinheit zu treffen (Art. 23 Qualifikationsrichtlinie, Art. 12 Aufnahme richtlinie). Dies gelte nicht schon vor der Einreise, sondern laut Art. 2 j) Qualifikationsrichtlinie und Art. 2 c) Aufnahme richtlinie nur für Familien, die sich bereits in ihrem Hoheitsgebiet aufhielten.¹⁹¹⁰ § 104 Abs. 13 AufenthG sei auch nicht wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig. Der Gleichheitssatz gebiete nicht, Personen mit subsidiärem Schutzstatus und dem Flüchtlingsstatus gleich zu behandeln. Angesichts der unterschiedlichen Schutzzwecke und -regelungen sei eine Ungleichbehandlung beim Familiennachzug gerechtfertigt.¹⁹¹¹

Einen Verstoß gegen das Recht auf Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), ausgelegt im Lichte von Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 10 UN-Kinderrechtskonvention (CRC), verneinte das Gericht ebenfalls.¹⁹¹² In der Abwägung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes überwiege das öffentliche Interesse an einer „Begrenzung des weiteren Zuzugs“ die „privaten Interessen an einem familiären Zusammenleben“.¹⁹¹³ Im Einzelfall könne es anders liegen und den grundrechtlich geschützten Belangen der Familien Vorrang zu gewähren sein. „Verfassungsrechtlich bedenklich“ wäre daher eine ausnahmslose Aussetzung des Nachzugs.¹⁹¹⁴ Eine solche läge nicht vor, denn § 22 S. 1 AufenthG erlaube es, Härtefällen Rechnung zu tragen. Das von der Vorschrift eröffnete Ermessen müsse grund- und menschenrechtskonform ausgeübt werden und könnte in schwerwiegenden Einzelfällen sogar auf null reduziert sein.

1910 Ebd., S. 8 f.

1911 Ebd., S. 9 f.

1912 Ebd., S. 10.

1913 Ebd., S. 13.

1914 Ebd., S. 14.

Eine solche Ermessensreduzierung sah das Gericht im Fall von Bashar als gegeben an. Bemerkenswerterweise stellen die Entscheidungsgründe dafür nicht – wie es die Beklagte vertreten hatte – auf die Situation der aufzunehmenden Familienmitglieder im Bürgerkriegsland Syrien ab, sondern auf die des Jugendlichen in Deutschland. Dessen Kindeswohl sei erheblich und akut gefährdet, eine Herstellung der Familieneinheit daher dringend geboten.¹⁹¹⁵ Bereits in der mündlichen Verhandlung hatte sich angedeutet, dass der Jugendliche besonders unter der Trennung litt, psychologische Atteste erkannten eine Suizidgefahr an. Seine „sehr schlechte psychische Verfassung“, so auch die Urteilsbegründung, „war auch in der mündlichen Verhandlung für das Gericht offenkundig.“¹⁹¹⁶ In dieser hatte das Gericht Bashar als Zeuge vernommen, auf Fragen zu seinem psychologischen Zustand aber verzichtet, um ihn nicht noch mehr zu belasten. Der ebenfalls als Zeuge vernommene Vormund von Bashar berichtete von den Schwierigkeiten, eine Beziehung zu ihm aufzubauen.¹⁹¹⁷ Auf die Frage des Gerichts zur psychologischen Situation des Kindes führte er aus:

Zeuge (überlegt, hält inne): Wenn er etwas fragt, dann, wann seine Eltern kommen können. Wenn ich die Situation mit meinen eigenen Kindern vergleiche, da sind so viele Interventionen nötig. Ich dringe einfach nicht zu ihm durch. Er ist auf sich allein gestellt.

*Anwält*in: Können Sie absehen, was passiert, wenn seine Familie nicht kommen kann?*

Zeuge: Er wird weiter nicht ankommen. Er wird es auch nicht verstehen.

Dass das Gericht unter dem Eindruck dieser Aussagen einen Härtefall annahm, entsprach nicht dem ursprünglichen Ziel der Prozessführenden, über eine Vorlage zum Bundesverfassungsgericht oder zum Europäischen Gerichtshof die Aussetzung überprüfen zu lassen. Wenig empfänglich für das strategische Ziel der Prozessführenden führten die Richter*innen in der mündlichen Verhandlung aus, dass es für den individuellen Kläger nicht zielführend sei, ein jahrelanges Vorlageverfahren anzustreben, während die Familie noch immer im syrischen Bürgerkrieg verbliebe.¹⁹¹⁸ Damit fassten die Richter*innen den Zielkonflikt in Worte, der bei strategischer Prozessführung regelmäßig im Raum steht: Die Interessen Einzelner –

1915 Ebd., S. 14 f.

1916 Ebd., S. 16.

1917 Zum Folgenden Prozessbeobachtung v. 07.11.2017 (MIG/VG/B/50), 175.

1918 Ebd., 82.

hier an einer schnellen Entscheidung – können denen des Klagekollektivs – an einer Klärung der Rechtslage – widersprechen.¹⁹¹⁹ Bashar und seiner Familie war mit dem Verzicht auf die Vorlage und der Entscheidung des Verwaltungsgerichts dennoch geholfen. Das Urteil wurde bereits nach der ersten Instanz rechtskräftig, nachdem das Auswärtige Amt eine zunächst eingelegte Berufung zurücknahm.¹⁹²⁰ Im März 2018 reiste Bashars Familie nach Deutschland ein.

bb) „Denken am Einzelfall“

Im Nachgang der ersten Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin zum Familiennachzug im November 2017 gewann die Härtefallregelung immer mehr an Bedeutung. Das Auswärtige Amt hatte bis dahin kaum Anträgen nach § 22 S. 1 AufenthG stattgegeben, auch waren die Maßstäbe der Tatbestandsvoraussetzung von „völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen“ mangels Rechtsprechung unklar. Die Entscheidung im Fall von Bashar brachte als positiven und nicht intendierten Nebeneffekt Klarheit: Das Verwaltungsgericht Berlin präziserte in der Urteilsbegründung die Maßstäbe für eine Ermessensreduzierung auf null. In einem weiteren von JUMEN unterstützten Fall hatte das Vorbringen eines „singulären Einzelschicksals“ ebenfalls Erfolg, sogar ohne Klage bereits im Behördenverfahren: Die Eltern und die Schwester von Jacob durften im Dezember 2017 über die Härtefallregelung aus Syrien nach Deutschland kommen.¹⁹²¹

Anders verlief es in dem Fall von Staif. Dessen Frau und die Töchter durften zwar im Oktober 2018 einreisen, allerdings nicht infolge eines gewonnenen Rechtsstreits, sondern aufgrund der inzwischen erfolgten Neuregelung des Familiennachzugs.¹⁹²² Ihre vorherige Klage auf Visumerteilung hatte das Verwaltungsgericht Berlin mit Urteil vom 19.02.2018 abgewiesen.¹⁹²³ Die zentrale Rechtsfrage, um die sich auch diese mündli-

1919 Dazu bereits Kapitel D.III.3.

1920 Sogar die Tagesschau und Tageszeitungen berichteten darüber: Tagesschau v. 22.12.2017, Beim Familiennachzug zählt das Kindeswohl, <https://www.tagesschau.de/ausland/urteil-familiennachzug-101.html>; *Kastner*, Süddeutsche Zeitung v. 23.12.2017, <https://www.sueddeutsche.de/politik/familiennachzug-16-jaehriger-syrer-darf-seine-familie-nach-deutschland-holen-1.3802935>.

1921 JUMEN, Fall 05 – Jacob, <https://jumen.org/fall-05-jacob/>.

1922 Dazu mehr unten in Kapitel E.II.4.b).

1923 VG Berlin, Urteil v. 19.02.2018 – 16 K 466.17 V.

che Verhandlung gedreht hatte, war die nach der Verfassungsmäßigkeit des § 104 Abs. 13 AufenthG unter Einbeziehung der Härtefallregelung in § 22 S. 1 AufenthG als „Korrektiv“, wie es die Richter*in formulierte.¹⁹²⁴ Die Ausführungen zur Rechtslage leitete die Richter*in mit einem Gedankenexperiment ein, das auf den Grundsatzstreit um die Verfassungsmäßigkeit der Norm Bezug nahm. Man müsse sich nur vorstellen, der Gesetzgeber verlängere die Aussetzung immer wieder, über 25 Jahre, über 100 Jahre. Irgendwann gäbe es einen Zustand, der rechtlich nicht mehr vertretbar sei. Wann dieser eintrete, müsse in dem Verfahren nicht entschieden werden, denn der § 22 S. 1 AufenthG gäbe ausreichend Spielraum für eine gerechte Einzelfalllösung. Zur Begründung verwies die Richter*in auf die vorherigen Schilderungen der Beklagtenvertreter*in: Die Linie des Auswärtigen Amtes gehe weg von der restriktiven Handhabung von Härtefällen und hin in Richtung Einzelfallbetrachtung, einem „Denken am Einzelfall“.

Da sich während der mündlichen Verhandlung die Tendenz des Gerichts abzeichnete, die Aussetzung für verfassungskonform zu halten, nahm die Anwält*in den Antrag auf ein Visum nach den regulären Vorschriften zurück. Für den Hilfsantrag blieb die tatsächliche Frage zu klären, ob das Familienschicksal die Tatbestandsvoraussetzungen eines Härtefalls in § 22 S. 1 AufenthG erfüllte und ein dringender humanitärer Grund für eine Aufnahme vorlag. Die Prozessvertreter*in des Auswärtigen Amtes argumentierte dagegen:

Wenn man den Einzelfall ansieht, scheitern wir an der Hürde, dass wir einen dringenden humanitären Grund benötigen. Es muss eine Familie sein, deren Schicksal besonders hervorsteht, eine dringende Lage. Ich sehe hier eine Familie, die zwar unter der Trennung leidet, aber damit nicht von anderen Familien hervorsteht.¹⁹²⁵

Die Härtefallregelung, die impliziert die Aussage, zwingt zur Fokussierung auf das Singuläre. Die individualistische Grundstruktur von Recht zeigt sich dabei in besonderem Maße. Die rechtliche Übersetzung in Kriterien eines Härtefalls individualisiert familiäre Schicksale, die sich in ihren Ursachen – Flucht und Vertreibung in Folge von Kriegen – ähneln. In solchen Situationen, in denen jeder Fall ein Härtefall sein könnte, verläuft die Grenze entlang erschwerender Umstände wie einem starken Leiden unter der Trennung. Wie sehr die Trennung die Familie belastete, schilderte der

1924 Zum Folgenden Prozessbeobachtung v. 19.02.2018 (MIG/VG/B/52), 180.

1925 Ebd., 173, 175.

Familienvater in der mündlichen Verhandlung.¹⁹²⁶ Thematisiert hatte die psychische Situation seine Anwält*in, was sich als Versuch lesen lässt, die Lebensrealität der Familie für das Gericht in juristische Härtefallkriterien zu übersetzen. Staif berichtete von seinen Sorgen, dass der Familie etwas zustoße, von der psychischen Belastung und von der Perspektivlosigkeit ihrer Situation:

Staif: Meine Tochter spricht mit ihrer Mutter, nicht direkt mit mir. Seitdem ich ausgeist bin, bis jetzt habe ich mit meiner Tochter höchstens viermal gesprochen. Es ist sehr schwer für uns.

*Richter*in diktiert. [...]*

Staif: Wenn sie mich fragen: Wann kommen wir zu dir nach Deutschland, sage ich: Ich weiß es nicht.

*Richter*in diktiert. [...]*

Staif: Das ist alles, was ich habe.

*Richter*in diktiert die Anträge und spielt sie laut vor. Staif hört zu, die Hand an den Kopf gestützt, er wirkt erschöpft.¹⁹²⁷*

Trotz der geschilderten emotionalen Belastung sah das Gericht in dem Familienschicksal keinen Härtefall – noch nicht, wie es betonte.¹⁹²⁸ Einzig die räumliche Trennung begründe keine humanitäre Notlage, immerhin könnten sie per Telefon oder per Videoanruf kommunizieren. Der Kläger sei „erwachsen und lebenserfahren“ und eine erhebliche psychische Betroffenheit nicht substantiiert, so die Entscheidungsgründe.¹⁹²⁹ In dieser Begründung zeigt sich die paradoxe Konsequenz der Härtefallregelung, auf die das Auswärtige Amt in der mündlichen Verhandlung im Fall von Bashar zuvor sogar selbst hingewiesen hatte:

Das Tragische ist, dass jemand, der länger wegen persönlicher Stärke aushält, es etwas schwerer hat, die gesetzlichen Kriterien zu erfüllen. Das ist paradox.¹⁹³⁰

Wie sich in der mündlichen Verhandlung zu dem Fall von Staif angedeutet hatte, schloss sich die Kammer in der Grundsatzfrage des Verfahrens, der Verfassungsmäßigkeit der Aussetzung, der vorangegangenen Entscheidung

1926 Zum Folgenden Ebd., 173, 116 ff.

1927 Ebd., 173, 127 ff.

1928 VG Berlin, Urteil v. 19.02.2018 – 16 K 466.17 V, S. 19 ff.

1929 Ebd., S. 30 f.

1930 Prozessbeobachtung v. 07.11.2017 (MIG/VG/B/50), 209.

an.¹⁹³¹ Das Gericht legte § 104 Abs. 13 AufenthG verfassungskonform aus und sah ebenfalls keinen Grund für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht oder den Europäischen Gerichtshof, die die Anwalt*in erneut angeregt hatte.¹⁹³² Angesichts „durch Asylklagen und sonstige aufenthaltsrechtliche Klagen überlasteter Verwaltungsgerichte und Behörden“ sei die gesetzgeberische Abwägung zugunsten des öffentlichen Interesses an einer Begrenzung weiteren Zuzugs verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.¹⁹³³ Dass in diesem Rechtsstreit, wie in dem Fall zuvor, die Härtefallklausel zum zentralen Hebel für eine verfassungskonforme Auslegung wurde, verdeutlicht eine Grenze dessen, was sich im Rahmen eines Individualverfahrens mit strategischer Prozessführung erreichen lässt.

c) Und der Umweg Aufstockungsklage?

Die beim Familiennachzug kollidierenden Interessen – die Migrationssteuerung und -begrenzung einerseits, die grund- und menschenrechtlichen Belange der Familien andererseits – ließen sich in den strategischen Klagen immerhin thematisieren. Schwieriger war dies bei den Aufstockungsklagen, dem zweiten möglichen Weg beziehungsweise Umweg zum Familiennachzug. Denn bei diesen ging es rechtlich nur um den Status, zu dem akzessorisch das Recht auf Familiennachzug gehört. Alle Rechtsfragen zum Familiennachzug waren für die Statusentscheidung rechtlich irrelevant. Versuche von Klagenden, die familiäre Situation in den mündlichen Verhandlungen vor dem Verwaltungsgericht als Grund für ihre Aufstockungsklage zu thematisieren, wurden vom Gericht als nicht entscheidungserheblich abgetan. Die Familienangehörigen im Ausland hatten in diesen Verfahren zudem keine Rolle. Trotz allem boten die Aufstockungsklagen eine Aussicht auf den Familiennachzug. Die Musterschriftsätze erleichterten diesen Weg. Schwer zu ermitteln ist, wie häufig die Muster in der Praxis genutzt wurden und ob sie, wie von den Initiator*innen erhofft, flächendeckend den Zugang zu Recht ermöglichten. Die befragten Beratungsorganisationen verwendeten nach eigener Aussage überwiegend die Musterschriftsätze als Grundlage für ihre Beratung.¹⁹³⁴ Ihre große Ver-

1931 VG Berlin, Urteil v. 19.02.2018 – 16 K 466.17 V, S. 12 ff.

1932 Ebd., S. 18.

1933 Ebd., S. 16.

1934 Interview Rechtsberatung v. 20.09.2017 (MIG/A/I/9), 46.

breitung bestätigten Richter*innen am Verwaltungsgericht Berlin, sahen dies aber durchaus kritisch:

*„Musterklagen haben wir fast nur. Es ist vielleicht übertrieben oder zuge-
spitzt gesagt [...], aber leider ist es so: Das schnellstmögliche, was einem
passieren kann, ist irgendein Jemand von irgendeiner sehr wohlmeinenden
Beratungsstelle, der die Klage für einen schreibt. Das geht häufig oder
meistens schief.“¹⁹³⁵*

Ob diese Einschätzung zutrifft, lässt sich anhand der Zahlen nicht zweifels-
frei beurteilen. Erstinstanzlich hatten die Aufstockungsklagen eine hohe Er-
folgsquote, je nach Quelle zwischen 69 Prozent¹⁹³⁶ und 75 Prozent¹⁹³⁷. Die
Oberverwaltungsgerichte entschieden in den Berufungsverfahren unein-
heitlich und eine höchstrichterliche Klärung war aufgrund der damals noch
fehlenden Revisionsmöglichkeit bei Tatsachenfragen nicht möglich.¹⁹³⁸ Die
große Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung in den Aufstockungsklagen
stieß Diskussionen über die Reformbedürftigkeit des Asylprozessrechts
an.¹⁹³⁹

4. Nach den Entscheidungen

Die Aussetzung des Familiennachzugs zwischen 2016 und 2018 durch
§ 104 Abs. 13 AufenthG hatte trotz der strategisch angestrebten Prozes-
se rechtlich Bestand. Nach einer Reform im Jahr 2018 zeichnete sich zw-
schenzeitlich ab, dass die vom Klagekollektiv angestrebte Rechtslage doch
noch verwirklicht werden könnte – und zwar nicht über den Rechtsweg,
sondern im Zuge politischer Veränderungen. In ihrem Koalitionsvertrag

1935 Interview Richter*in v. 04.07.2017 (MIG/VG/I/10), 91.

1936 Zeit v. 15.01.2018, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-01/bamf-klagen-asylbescheide-erfolg>.

1937 *Ellerbrok/Hartmann*, NVwZ 2017, S. 522, Fn. 5, m. w. N.

1938 Kritisch dazu für die Fallkonstellation der Wehrpflicht: *Podolski*, LTO v. 23.05.2018, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/rechtsprechung-ovg-fluechtlinge-syrien-status-wehrpflicht-subsidiärer-schutz/>.

1939 Diese fand ihren Niederschlag jüngst in einer Gesetzesänderung von § 78 AsylG zum 01.01.2023. In § 78 Abs. 8 AsylG wurde die Revisionsmöglichkeit in Asylsachen von Rechtsfragen auf asyl-, abschiebungs- und überstellungsrelevante Tatsachenfragen erweitert, siehe Gesetz zur Beschleunigung der Asylgerichtsverfahren und Asylverfahren v. 21.12.2022 (BGBl. 2022 I, S. 2817). Zur dadurch erhofften „Vereinheitlichung der asylrechtlichen Rechtsprechung“ siehe BT-Drs. 20/4327, S. 15 f., 43.

haben sich die Fraktionen aus SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP darauf verständigt, die Rechtslage von vor 2016 wiederherzustellen: „Familienzusammenführung muss im Sinne der Integration und der Aufnahmefähigkeit der Gesellschaft gestaltet werden. Wir werden die Familienzusammenführung zu subsidiär Geschützten mit den GFK-Flüchtlingen gleichstellen.“¹⁹⁴⁰

a) Reaktionen

Die unmittelbare Bilanz der strategischen Prozesse zum Familiennachzug ist ein „gemischter Erfolg“.¹⁹⁴¹ Für die direkt unterstützten Familien wurde der Nachzug möglich. Die Beschränkungen des Familiennachzugs aufzuheben und damit eine Verbesserung für weitere Betroffene zu erzielen, gelang nicht. Allerdings veränderten die Verfahren und die Debatte, die sie begleiteten, die Auslegung der vom Klagekollektiv kritisierten Vorschriften und machten die Familienschicksale sichtbar.

aa) „Die Klärung im Eilverfahren war utopisch.“

Das Gelingen anwaltlicher Arbeit, so ein Beratungshandbuch zum Migrationsrecht, lässt sich beim Familiennachzug leicht feststellen: Klappt der Nachzug, ist „der Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit für jeden Laien sichtbar.“¹⁹⁴² Daran gemessen verliefen die Fälle positiv, denn die meisten Familien konnten früher oder später einreisen. Allerdings vergingen oft Jahre, in manchen Fällen gaben die Familien auf. So in dem Fall von Jilal, dessen Verfahren JUMEN nach dem abgewiesenen Eilverfahren nicht weiter begleitete.¹⁹⁴³ Andere waren zwischenzeitlich so enttäuscht vom deutschen

1940 Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP v. 07.12.2021, III.

1941 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/II), 113.

1942 *Oberhäuser*, Familienzusammenführung, in: *Oberhäuser* (Hrsg.), 2019, S. 303 ff., Rn. 1.

1943 JUMEN, Fall 07 – Jilal, <https://jumen.org/fall-07-jilal/>: „Jilal und seine Familie können die Entscheidung nur schwer ertragen. Sie möchten nicht weiterkämpfen.“ Dazu Adriana Kessler: „Das war ein recht tragischer Fall. Als wir dafür angefragt wurden, hatte die Anwältin kaum noch Kontakt zu ihm, er war psychisch sehr angeschlagen. Dann haben wir abgesagt, allein aus der Tatsache heraus, dass keine Kommunikation mehr möglich war. Wir brauchen ja auch eine Grundlage, quasi

Justizsystem, dass sie die Verfahren abbrechen wollten, wie Adriana Kessler von dem Familienvater Staif berichtet, der erstinstanzlich verloren hatte:

„Nach der Entscheidung meinte er: So hätte ich mir nie vorstellen können, in einem Gerichtssystem behandelt zu werden. Dass seine Geschichte so klar zwar gehört, aber dann abgelehnt wird, das war für ihn wirklich unvorstellbar. Er sei so enttäuscht, dass er in einem Land wie Deutschland nicht mehr bleiben mochte, sondern woanders hingeh. Wir haben das dann intensiv besprochen und eingeordnet, letztlich hat er weitergemacht und die Familie durfte irgendwann einreisen. Aber es ist eben nicht immer so ganz linear.“¹⁹⁴⁴

Jenseits der Einzelfallebene und mit Blick auf die strategischen Prozessziele sieht Adriana Kessler von JUMEN mehrere Teilerfolge. Dass es überhaupt zu Klagen gegen die Aussetzung gekommen war, sei bereits ein Erfolg, denn bevor der Verein aktiv wurde, habe es – soweit ersichtlich – keine solchen Verfahren gegeben.¹⁹⁴⁵ Das Urteil im November 2017 war nach der Einschätzung von JUMEN der „erste große Erfolg vor dem Verwaltungsgericht Berlin in der Hauptsache“, das der restriktiven Anwendungspraxis von § 22 S. 1 AufenthG „eine Absage“ erteilte.¹⁹⁴⁶ Grund- und menschenrechtliche Wertungen hatten Eingang in die Auslegung des Aufenthaltsrechts durch das Verwaltungsgericht Berlin gefunden, wie es JUMEN und die Anwält*innen gefordert hatten. Wenngleich die erhoffte Vorlage ausblieb, konkretisierte das Gericht mit der Entscheidung die Maßstäbe für eine Ermessensreduzierung auf null im Rahmen von § 22 S. 1 AufenthG. Dass die Richter*innen Art. 6 Abs. 1 GG und vor allem die UN-Kinderrechtskonvention und das Kindeswohl zentral stellten, sei ein wichtiger Schritt gewesen. Realistischerweise habe man mehr, insbesondere eine schnelle verfassungsgerichtliche Klärung, nicht erwarten können, reflektiert Adriana Kessler rückblickend:

„Um schnell die höchstrichterliche Klärung herbeizuführen, haben wir es mit den Eilverfahren zum Bundesverfassungsgericht versucht. Das war so

jetzt ein Unterstützungssystem aufzubauen. Wir müssen kommunizieren können, über wen auch immer. Und das war nicht möglich.“ (Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 94.).

1944 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 102.

1945 Ebd., 5.

1946 Deller, Grund- und Menschenrechtsblog v. 14.12.2021, <http://grundundmenschenechtsblog.de/5-jahre-jumen-juristische-menschenrechtsarbeit-in-deutschland/>.

*gesehen von vornherein utopisch, im Eilverfahren schon eine Klärung in der Hauptsache herbeizuführen. Wenn uns das gelungen wäre, klar, dann wäre das natürlich ein riesen Paukenschlag gewesen, aber rechtlich war das einfach sehr unwahrscheinlich.*¹⁹⁴⁷

Unabhängig vom rechtlichen Ausgang hätten die Verfahren dem Thema öffentliche Sichtbarkeit verliehen, „es wurde benannt und diskutiert“.¹⁹⁴⁸ Tageszeitungen berichteten über die Gerichtsverfahren, etwa über Jacob als einen derjenigen, „über die gerade so viele Politiker reden.“¹⁹⁴⁹ Die Schicksale von Jacob oder Mousa wurden zu Beispielen dafür, „was die abstrakten Beschlüsse zum Familiennachzug von Flüchtlingen anrichten“ und wie aus ihrem Leben „ein Fall geworden“ ist.¹⁹⁵⁰ In Zeiten des politischen Rechtsrucks sei es, so Adriana Kessler, eine positive Erfahrung gewesen, dem etwas entgegenzusetzen, auch in den Medien. So sei zu beobachten gewesen, wie aus der Berichterstattung über ihre Fallarbeit Gegenerzählungen im öffentlichen Diskurs wurden.¹⁹⁵¹ Direkte Anfeindungen habe es kaum gegeben. Langfristig sei aus dieser Erfahrung und der Zusammenarbeit in den Fällen sogar eine dauerhafte Vernetzung von Akteur*innen entstanden:

*„Was ich als sehr positiv bewerte, ist die Netzwerkstärkung. Wir haben den Eindruck, dass sich Leute darüber zusammengefunden haben, die immer noch zu dem Thema oder auch zu verwandten Themen arbeiten. Die gemerkt haben: Wenn wir uns zusammentun, dann hat das Power und kann was bewirken. Dass diese Gruppen immer noch aktiv sind, ist sicherlich etwas Strukturelles, was sich weiterträgt und sobald es politisch noch mal höher auf der Agenda steht, auch wieder schnell aktiviert werden kann.“*¹⁹⁵²

1947 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 5.

1948 Ebd., 113.

1949 *Kastner*, Süddeutsche Zeitung v. 14.10.2017, <http://www.sueddeutsche.de/leben/familiennachzug-ein-menschenrecht-auf-eltern-1.3707523>.

1950 *Kastner*, Süddeutsche Zeitung v. 27.02.2018, <http://www.sueddeutsche.de/politik/migration-familiennachzug-ausgesetzt-1.3883696>.

1951 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 117.

1952 Ebd., 113.

bb) Korrektur der Behördenpraxis über verfassungsrechtlichen „Rettungsanker“?

Das gemischte Stimmungsbild findet sich auch in der Rezeption der Gerichtsentscheidungen und mit Blick auf Änderungen der Beratungspraxis. Enttäuschung herrschte über die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im einstweiligen Rechtsschutz, mit der die Grundsatzfrage nach der Verfassungsmäßigkeit der Regelung weiter offenblieb.¹⁹⁵³ Andere begrüßten, dass die Verfassungsbeschwerden immerhin nicht als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden waren.¹⁹⁵⁴ Was das Verfassungsgericht in den beiden ablehnenden Beschlüssen angedeutet hatte, griff das Verwaltungsgericht Berlin auf: Die Härtefallklausel bot einen verfassungsrechtlichen „Rettungsanker“¹⁹⁵⁵ für eine verfassungskonforme Auslegung. Die Urteile seien ein notwendiges Korrektiv der Rechtslage, so die Einschätzung des Deutschen Instituts für Menschenrechte. Denn es obliege „den Gerichten, die bisher restriktive behördliche Praxis bei der Anwendung und Auslegung von § 22 S. 1 AufenthG zu korrigieren, damit der Staat seinen grund- und menschenrechtlichen Verpflichtungen zur Realisierung des Rechts auf Familienleben in jedem Einzelfall gerecht wird.“¹⁹⁵⁶ Darauf in der Beratung hinzuwirken, empfiehlt ein Beratungsratgeber, der die Entscheidung ebenfalls erwähnt.¹⁹⁵⁷ Inwiefern sich die Vorgaben des Verwaltungsgerichts Berlin in die Behördenpraxis übersetzten und seither mehr Visa nach § 22 AufenthG erteilt wurden, lässt sich nur schwer feststellen. In der mündlichen Verhandlung zu dem Verfahren von Staifs Familie hatte das Auswärtige Amt noch betont, die Vorschrift inzwischen weniger restriktiv zu handhaben.¹⁹⁵⁸ Die Zahlen bestätigen diese Aussage allerdings nicht, Visa nach § 22 AufenthG blieben die Ausnahme. Seit Beginn der statistischen Erfassung der Härtefallvisa im Jahr 2017 bis Januar 2019 – also während der

1953 JAmt 2017, S. 611 (614).

1954 In diese Richtung *Habbe*, Asylmagazin 2018, S. 149 (152), Fn. 11.

1955 *Thym*, NVwZ 2018, S. 1340 (1343 f.).

1956 Ausführlich zu den menschenrechtlichen Verpflichtungen bei der Auslegung und Anwendung des einfachgesetzlich geregelten Familiennachzugs *Cremer*, Asylmagazin 2018, S. 65 (70).

1957 Etwa in Deutscher Caritasverband (Hrsg.), *Der Familiennachzug im Härtefall über § 22 AufenthG*, 2018, S. 6 f.

1958 Prozessbeobachtung v. 19.02.2018 (MIG/VG/B/52), 173.

Aussetzung – wurden nur 278 solcher Visa erteilt.¹⁹⁵⁹ 160 davon fielen in den Zeitraum bis zum 05.04.2018, was nahelegt, dass die vom Auswärtigen Amt in den Verfahren 2017/2018 für die Zukunft angekündigte und vom Verwaltungsgericht Berlin für eine verfassungskonforme Auslegung eingeforderte, großzügige Auslegungspraxis nicht nachhaltig eingesetzt hat.¹⁹⁶⁰

b) Kontingentlösung 2018 und ein gebrochenes Koalitionsversprechen

Die Aussetzung des Familiennachzugs für Personen mit subsidiärem Schutz durch § 104 Abs. 13 AufenthG galt nur zwischen März 2016 und August 2018. Abgelöst wurde sie durch eine bis heute geltende Kontingentregelung in § 36a AufenthG.¹⁹⁶¹ Die Vorschrift ist eine Sonderregelung zu den allgemeinen Nachzugsvorschriften für Personen mit subsidiärem Schutz.¹⁹⁶² Sie ermöglicht einen Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten aus humanitären Gründen, aber nur für bis zu 1.000 Personen pro Monat. Wie die Aussetzung des Familiennachzugs 2016 erfuhr auch die Kontingentregelung bereits im Gesetzgebungsverfahren 2018 Zuspruch wie Kritik.¹⁹⁶³ Etwas sei nun, so befürwortende Stimmen, anders als 2016: Die pauschale Aussetzung sei beendet und die Kontingentlösung eine ausgewogene Abwägung zwischen den Rechten der Familien und den Aufnahmekapazitäten der

1959 Antwort der Bundesregierung v. 21.01.2019 auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke und anderer und der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 19/6702, S. 10). Im November 2018 waren es 277 laut einer Antwort der Bundesregierung v. 13.11.2018 auf die Schriftliche Frage der Abgeordneten Ulla Jelpke (BT-Drs. 19/5815, S. 27). Zur restriktiven Gewährungspraxis noch im Jahr 2017 *Schmitt/Muy*, Asylmagazin 2017, S. 217 (217, 222).

1960 Antwort des Auswärtigen Amtes v. 05.04.2018 auf die Schriftliche Frage der Abgeordneten Ulla Jelpke Nr. 3–431, <https://www.ulla-jelpke.de/2018/04/familiennachzug-ist-ein-menschenrecht-und-kein-humanitaerer-gnadenakt/sf-nr-3-431-erteilung-von-visa-nach-%c2%a7-22-aufenthg/>.

1961 Gesetz zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten (Familiennachzugsneuregelungsgesetz) v. 12.07.2018 (BGBl. 2018 I, S. 1147). Mit dem Gesetz wurden zugleich die Nachzugsvoraussetzungen zu allen Zusammenführenden verschärft, „von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt“, kritisch dazu *Oberhäuser*, Familienzusammenführung, in: *Oberhäuser* (Hrsg.), 2019, S. 303 ff., Rn. 49.

1962 Zur „neuen Komplexität“ der Regelung im Überblick *Kluth*, ZAR 2018, S. 375 ff.

1963 Zu den Stellungnahmen zum Familiennachzugsneuregelungsgesetz, siehe: Deutscher Bundestag, Wortprotokoll Nr. 19/17 der 17. Sitzung des Ausschusses für Inneres und Heimat, Öffentliche Anhörung am 11.06.2018 (im Folgenden: BT, Innenausschuss, 2018, Protokoll 19/17).

Bundesrepublik.¹⁹⁶⁴ Kritiker*innen widersprachen: In der Obergrenze von 1.000 Visa läge eine „Willkür“¹⁹⁶⁵, die den Nachzug erschwere und – wie bereits die vorherige Aussetzung – das Grund- und Menschenrecht auf Familie sowie Kinderrechte verletze, zudem gebe es integrationspolitische Bedenken.¹⁹⁶⁶

Trotz solcher Kritiken trat die Neuregelung in § 36a AufenthG im August 2018 in Kraft. Die juristische Fachliteratur streitet nach wie vor über ihre Verfassungs- und Unionsrechtskonformität.¹⁹⁶⁷ Kritik kommt

1964 Keine durchgreifenden völker-, europa- oder verfassungsrechtlichen Bedenken sahen in ihren Stellungnahmen die Professoren Marcel Lau (BT, Innenausschuss, 2018, Protokoll 19/17, S. 112 ff.), Daniel Thym (S. 123 ff.) und Kay Hailbronner (S. 62 ff.). Letzter machte aber angesichts einzelner Kritikpunkte und prognostizierter Umsetzungsprobleme einen Alternativvorschlag (S. 73 ff.). Das Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten Berlin hielt die vorgeschlagene Regelung für zulässig, aber unpraktikabel (S. 79 ff.). Kontingentregelungen seien dem Ausländerrecht bislang fremd, die vorgesehenen Regelungen böten wegen ihrer „Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe und offenen Bewertungskriterien bietet viel Raum für dysfunktionales Verwaltungshandeln“ (S. 79). Für eine noch stärkere Migrationsbegrenzung plädierte der Deutsche Städte- und Gemeindebund (S. 57).

1965 Gutmann, NVwZ 2019, S. 277 (279 f.).

1966 Kritisch die Stellungnahmen von PRO ASYL (BT, Innenausschuss, 2018, Protokoll 19/17, S. 96 ff.), UNCHR (50 ff.). Zudem auf integrations- und sozial-psychologische Probleme verweisend die Diakonie Deutschland (S. 157 ff.), die Berliner Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales (S. 85 ff.) und Ärzte ohne Grenzen (S. 154 ff.) mit dem Hinweis, dass die Begrenzung aus „medizinisch-psychologischer Sicht [...] zu einer starken Belastung einer besonders vulnerablen Gruppe“ führe sowie „den negativen Einfluss der Trennung von der Familie als post-migratorischem Belastungsfaktor“ verstärke.

1967 Dafür im Ergebnis etwa Thym, NVwZ 2018, S. 1340 ff.; Kluth, in: BeckOK Ausländerrecht, 35. Ed. 2022, § 36a AufenthG Rn. 3. Für einen weiten Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung mangels individuellen Anspruchs auf Familiennachzug beim subsidiären Schutz ebenso Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 36a AufenthG Rn. 13. Demgegenüber sehen Grund- und Menschenrechtsverstöße: Marx, AufenthaltsR-HdB, 7. Aufl. 2020, § 5 Rn. 33 f.; Mungan/Muy/Weber, Asylmagazin 2018, S. 406 (412 ff.); Bartolucci/Pelzer, ZAR 2018, S. 133 ff.; Hoffmann, Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls, in: Barwig u. a. (Hrsg.), 2019, S. 173 (192). Zu dem differenzierten Ergebnis, dass die Vorschrift zwar verfassungsgemäß, aber teilweise europarechtswidrig ist, kommt in einer ausführlichen Analyse Gröhe, Die Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, 2022, S. 202 ff., 248 ff. Andere schlagen eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend vor, dass im Einzelfall wegen der Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 GG auch bei Überschreitung des Kontingents nach einer mehrjährigen Wartezeit ein Nachzug möglich sein muss, so Dörig, Verfassungsrechtliche und Unionsrechtliche Grundlagen, in: MigrationsR-HdB, 2. Aufl. 2020, S. 99 ff., Rn. 5, mit Verweis auf

auch vom UN-Menschenrechtsausschuss, der die Abschaffung der Quote empfiehlt.¹⁹⁶⁸ Probleme zeigen sich zudem bei ihrer Umsetzung.¹⁹⁶⁹ Praktiker*innen berichten von langwierigen und komplizierten Verfahren mit intransparenter Terminvergabe.¹⁹⁷⁰ Nach der Einschätzung von JUMEN sind die „Fragen des Zugangs zum Recht“ komplizierter geworden, es gebe nicht mehr „diese eine Regelung“ als rechtliches und mit strategischer Prozessführung angreifbares Problem.¹⁹⁷¹ Daher verschob sich die Tätigkeit des Vereins hin zu einer Aufarbeitung der Nachzugspraxis mit dem Ziel, über eine Aufdeckung von Umsetzungsschwierigkeiten eine Veränderung zu erreichen. Gemeinsam mit PRO ASYL verfasste der Verein einen Praxisbericht, der mit Zahlen belegte, dass die Kontingente zeitweise nicht voll ausgeschöpft wurden.¹⁹⁷² Die Recherche stieß wie erhofft bei politischen Entscheidungsträger*innen auf Interesse. Die Organisationen wurden zu politischen Gesprächen mit Vertreter*innen aus dem Bundeskanzleramt, dem Auswärtigen Amt sowie dem Bundesministerium des Innern und für Heimat eingeladen, der Bericht bildete die Gesprächsgrundlage.¹⁹⁷³

Politische Forderungen nach einer Abschaffung von § 36a AufenthG und einer Gleichstellung mit Flüchtlingen beim Familiennachzug erhoben auch die betroffenen Familien selbst. Im Jahr 2018 gründete sich aus Protest gegen die Neuregelung die Initiative „Familienleben für Alle“, ein Bündnis von syrischen Geflüchteten mit subsidiärem Schutz und Aktivist*innen.¹⁹⁷⁴ Ihre zentrale Forderung: „Gesetze und bürokratische Verfahren zu ändern, die das Familienleben einschränken.“ Dafür organisierten sie Demonstrationen, Kundgebungen und schrieben Petitionen. Einzelfallberatung boten

die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die bereits 1987 Bedenken an einer Kontingentlösung äußerte (BVerfGE 76, 1 = BVerfG, Beschluss 2. Senat v. 12.05.1987 – 2 BvR 1226/83 (Familiennachzug), juris Rn. 134).

1968 CCPR, Concluding observations on the seventh periodic report of Germany v. 30.11.2021, CCPR/C/DEU/CO/7, Ziff. 39 (a).

1969 Deutsches Institut für Menschenrecht (Hrsg.), Hürden beim Familiennachzug, 2020; Hoffmann, Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls, in: Barwitz u. a. (Hrsg.), 2019, S. 173 ff.

1970 Oberhäuser, Familienzusammenführung, in: Oberhäuser (Hrsg.), 2019, S. 303 ff., Rn. 168; Mungan/Muy/Weber, Asylmagazin 2018, S. 406 (411 f.); Kessler, Asylmagazin 2019, S. 295 (296 ff.); Kupffer, JAmt 2019, S. 547 (551).

1971 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 18, 28.

1972 Krause u. a., Zerrissene Familien, 2021, S. 3 ff.

1973 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 28.

1974 Dazu und zum Folgenden die Darstellung der Initiative, siehe Initiativen für Familienleben für Alle, Wir نحن, <https://familienlebenfueralle.net/wir/>.

die Aktivist*innen nicht an, wohl aber Unterstützung in ausgewählten Fällen, indem sie diese öffentlich machten.¹⁹⁷⁵ Schon in den Jahren zuvor hatte es immer wieder Protest von Geflüchteten gegen die Trennung von ihren Familien und die langen Verfahren gegeben, unter anderem im Jahr 2015 mit einem Protestcamp in Dortmund.¹⁹⁷⁶

Sei es durch eben solche politische Mobilisierung, die strategisch angestregten Gerichtsverfahren oder durch die Lobbyarbeit und Veröffentlichungen zu praktischen Problemen beim Familiennachzug – mit dem Regierungswechsel nach der Bundestagswahl 2021 stand vorübergehend in Aussicht, dass sich langfristig verwirklichen würde, wofür die Familien gestritten hatten. Die im Koalitionsvertrag von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP angekündigte Öffnung des Familiennachzugs ist insofern überraschend, als nach der Bundestagswahl 2017 die Frage des Familiennachzugs einer der zentralen Streitpunkte bei der – dann gescheiterten – Regierungsbildung gewesen war.¹⁹⁷⁷ Einen Beitrag zur neuen Kompromissbereitschaft und dem Kurswechsel dürfte der nachhaltige Druck geleistet haben, resümiert Adriana Kessler:

„Zu erwarten, dass der subsidiäre Schutz angeglichen wird, war vielleicht als Forderung utopisch. Aber letztendlich ist es genau das, was sich ausgezahlt hat, ganz grundsätzlich bei diesen Forderungen zu bleiben und nicht so sehr darauf zu achten, was realistisch ist, sondern was rechtlich und vor allem menschenrechtlich geboten ist.“¹⁹⁷⁸

Vor diesem Hintergrund sei der Fokus auf strategische Prozessführung nicht mehr so wichtig, nun gehe es darum sicherzustellen, dass „der politische Wille seinen Weg in die legislative Umsetzung findet“.¹⁹⁷⁹ Mit einem Positionspapier unterstrich JUMEN diese Forderung und schlug als Gesetzesänderung unter anderem vor: „§ 36a AufenthG wird aufgehoben.“¹⁹⁸⁰

1975 Als Hilfestellung für die Frage, ob sich ein Fall für die Öffentlichkeit eignete, erstellte die Initiative sogar einen Leitfaden: Initiativen für Familienleben für Alle, Soll ich mit einen Einzelfall an die Öffentlichkeit gehen?, 19.02.2020, <https://familienlebenfueralle.net/2020/02/mit-einen-einzelfall-an-die-oeffentlichkeit/>.

1976 Volk, Anthropol. Middle East 2021, S. 92 ff.

1977 Zu den geplanten Änderungen siehe Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP v. 07.12.2021, III.

1978 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 117.

1979 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 36.

1980 JUMEN (Hrsg.), Positionspapier: Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, 2022, S. 4.

Allerdings wurde bislang weder diese Forderung noch die Koalitionsvereinbarung umgesetzt.¹⁹⁸¹ Inzwischen hat sogar ein gegenteiliger Trend eingesetzt, der eine Reform erneut in weitere Ferne rücken lässt: Als eine Reaktion auf die im Jahr 2023 wieder verstärkt geführten migrationskritischen Debatten entschieden Bund und Länder im November 2023, dass der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten nicht ausgeweitet wird – ein „abbestelltes Koalitionsversprechen“, wie JUMEN es bewertet.¹⁹⁸² Hinzu kommen fast zeitgleich auf Unionsebene beschlossene Änderungen im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS), die unter anderem Grenzverfahren einführen und dabei keine Ausnahmen für Kinder und Familien zulassen.¹⁹⁸³ Diese Entwicklung zeigt, wie schnell sich politische Gelegenheitsfenster öffnen und wieder schließen können. Es wird zu beobachten sein, inwiefern diese politischen Auseinandersetzungen um Migration vor den nationalen und europäischen Gerichten mit strategischen Prozessen fortgeführt werden.

c) Rechtsprechungsentwicklung

Auch nach Einführung der Kontingentregelung im Jahr 2018 blieben eine Reihe offener Rechtsfragen zum Familiennachzug, die die Gerichte seither beschäftigen.¹⁹⁸⁴ Rechtlich besonders umstritten ist der Zeitpunkt, auf den es für die Minderjährigkeit ankommt. Der Nachzugsanspruch steht und fällt in allen Konstellationen mit Kindern mit deren Minderjährigkeit, denn diese ist für den Kindernachzug (§ 32 AufenthG) sowie den Elternnachzug

1981 Insbesondere wurde im Zuge der Aufenthaltsreform Ende 2022 der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten nicht mit geregelt. Zu den Änderungen siehe das Gesetz zur Einführung eines Chancen-Aufenthaltsrechts v. 21.12.2022 (BGBl. 2022 I, S. 2847); BT-Drs. 20/3717.

1982 Siehe die „Besprechung des Bundeskanzlers mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 6. November 2023“, Beschluss zu Top 6: Flüchtlingspolitik – Humanität und Ordnung, S. 6; kritisch dazu JUMEN, Newsletter v. 22.12.2023, <https://archive.newsletter2go.com/?n2g=d9mq3iv-e67olsfq-3dd>.

1983 Darauf einigten sich am 20.12.2023 der Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament, siehe Europäischer Rat/Rat der Europäischen Union, Asyl- und Migrationsvorschriften der EU, 20.12.2023, <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/eu-migration-policy/eu-migration-asylum-reform-pact/>.

1984 Mit Blick auf die Neuregelung in § 36a AufenthG unklar sind vor allem Fragen der Volljährigkeit und der Ausschlussgründe. Eine Rechtsprechungsübersicht bei Krause, Asylmagazin 2020, S. 189 ff.

(§ 36 Abs. 1 AufenthG) Anspruchsvoraussetzung.¹⁹⁸⁵ In Betracht kommen mehrere Zeitpunkte: die Asylantragstellung der zusammenführenden Person in Deutschland, die Stellung des Visumantrags oder die Entscheidung über ebendiese Anträge, bei einer Klage mithin der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.¹⁹⁸⁶ Auf den ersten Zeitpunkt stellte der Europäische Gerichtshof zuletzt in mehreren Vorabentscheidungsverfahren aus Deutschland ab.¹⁹⁸⁷ Andernfalls würden Verzögerungen bei der Antragsbearbeitung den unionsrechtlich garantierten Anspruch auf Familiennachzug vereiteln.¹⁹⁸⁸ Der Nachzugsanspruch besteht demnach fort, wenn ein Kind zum Zeitpunkt der Asylantragstellung minderjährig war und im Laufe des Verfahrens volljährig wird. Die Entscheidungen betrafen nur den Flüchtlingsstatus, nicht den subsidiären Schutz.

JUMEN vertritt die Ansicht, dass dies ebenso für den subsidiären Schutz gelten muss. Das Bundesverwaltungsgericht teilte diese Rechtsansicht zuletzt nicht.¹⁹⁸⁹ Geklagt hatten Walid und seine Familie, unterstützt von JUMEN in Kooperation mit der Anwältin Nizaqeta Bislimi-Hošo.¹⁹⁹⁰ Das inzwischen volljährige Kind und andere Familienangehörige begehrten den Nachzug aus Afghanistan zu dem in Deutschland lebenden Vater. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte einen Anspruch auf Erteilung eines

1985 Kapitel E.II.1.a)aa).

1986 *Zimmerer*, in: BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 13 Ed. 2022, § 32 AufenthG Rn. 38 ff.

1987 Vorgelegt hatte das Bundesverwaltungsgericht mit Fragen zur Auslegung der Familiennachzugsrichtlinie (Richtlinie 2003/86/EG). In einem Fall ging es um den Kindernachzug zu anerkannten Flüchtlingen (EuGH, Urteil v. 01.08.2022 – C-279/20 (XC)), in weiteren Fällen um den Elternnachzug zu unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen (EuGH, Urteil v. 01.08.2022 – C-273/20, C-355/20 (SW/BL/BC)). Siehe zuvor schon zur Auslegung des Begriffs „Minderjähriger“ nach Art. 2 f) i. V. m. Art. 10 Abs. 3 a) der Familiennachzugsrichtlinie EuGH, Urteil v. 12.04.2018 – C-550/16 (A. und S.).

1988 EuGH, Urteil v. 01.08.2022 – C-279/20 (XC), Rn. 48 ff.

1989 BVerwG, Urteil I. Senat v. 08.12.2022 – 1 C 8.21. Mit einer kritischen Besprechung dieser und weiterer am selben Tag ergangener Entscheidungen *Engel*, KJ 2024, S. 458 ff.

1990 JUMEN, Fall 08 – Walid, <https://jumen.org/fall-08-walid/>. Walid's Vater floh aus Afghanistan nach Deutschland und erhielt im Mai 2016 den subsidiären Schutz. Im September 2016 stellte der damals 17-jährige Walid gemeinsam mit seinen Geschwistern und der Mutter einen Visumantrag zum Ehegatten- und Kindernachzug bei der Botschaft in Kabul. Erst im März 2019 erhielten sie einen Termin zur Vorsprache. Die Botschaft gewährte der Mutter und den minderjährigen Geschwistern ein Visum, dem am 09.06.2017 volljährig gewordenen Walid und seinem schon seit einigen Jahren volljährigen Bruder hingegen nicht.

nationalen Visums zum Familiennachzug. Zur Begründung führte es aus, die unionsrechtlichen Wertungen aus der Familiennachzugsrichtlinie seien nicht auf den subsidiären Schutz übertragbar, sondern beträfen nur den Flüchtlingsschutz.¹⁹⁹¹ Bei den relevanten Zeitpunkten für die Minderjährigkeit differenzierte das Bundesverwaltungsgericht sodann: Für den Kindernachzug käme es auf den Zeitpunkt der Visumantragstellung an, für den Elternnachzug auf den der letzten gerichtlichen Entscheidung.¹⁹⁹² Dass daher für Walid kein Anspruch bestand, ist ein weiterer beachtlicher Aspekt, der für alle Familien relevant ist, deren Anträge zwischen die beiden Gesetzesreformen fielen und bei denen die Kinder während der Aussetzung (2016–2018) volljährig wurden.¹⁹⁹³ Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht oder den Europäischen Gerichtshof – wie von JUMEN gefordert – lehnte das Gericht ab. Die zwischen 2016 und 2018 geltende Aussetzung des Familiennachzugs nach § 104 Abs. 13 AufenthG halte einer grund- und menschenrechtlichen Prüfung stand, da § 22 S. 1 AufenthG die Möglichkeit zur Einzelfallprüfung eröffne.¹⁹⁹⁴ Diese Bewertung deckt sich mit den von JUMEN erstrittenen Urteilen zu Staif und Bashar vor dem Verwaltungsgericht Berlin. Walid und seiner Familie bleibt noch die Erhebung von Verfassungsbeschwerden. Auf diese Weise könnte es einige Jahre nach der Aussetzung des Familiennachzugs doch noch zu einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung kommen.

5. Zusammenfassung

Der Zugang zu Migrationsrecht ist mit modifizierten Mobilisierungsregeln im Aufenthalts- und Asylrecht, wenigen Ressourcen für Mobilisierungskosten und subjektiven Hürden wie fehlender Rechtskenntnisse über die Vor-

1991 BVerwG, Urteil I. Senat v. 08.12.2022 – 1 C 8.21, Rn. 13 f.

1992 Ebd., Rn. 8 f. Zum Elternnachzug entschied das Gericht am selben Tag in den Verfahren 1 C 56.20, 1 C 59.20 und 1 C 31.21.

1993 Wieso deshalb kein Anspruch bestand, hängt mit der zwischenzeitlichen Änderung der Rechtslage zusammen, dazu die Begründung in BVerwG, Urteil I. Senat v. 08.12.2022 – 1 C 8.21, Rn. 15 ff. Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung war Walid volljährig und könne sich daher nicht auf § 36a AufenthG berufen. Zum Zeitpunkt der Antragstellung im September 2016 war er noch minderjährig, die Neuregelung in § 36a AufenthG galt damals aber noch, eine rückwirkende Berufung scheidet aus. Zum damaligen Zeitpunkt habe vielmehr die Aussetzung des Familiennachzugs nach § 104 Abs. 13 AufenthG gegolten.

1994 Ebd., Rn. 12.

schriften und Verfahren schwer wahrzunehmen. Dies gilt vor allem beim Familiennachzug, bei dem Antragstellende ein komplexes Visumverfahren durchlaufen müssen und in das – je nach Rechtsstatus der zusammenführenden Person – das Asylrecht hineinwirkt. Zwischen den Jahren 2016 bis 2018 kam erschwerend hinzu, dass der Familiennachzug zu Personen mit subsidiärem Schutzstatus durch § 104 Abs. 13 AufenthG ausgesetzt war. Innerhalb dieser ungünstigen Mobilisierungsumwelt gab es für Personen mit subsidiärem Schutzstatus und ihre Familien in dieser Zeit nur zwei rechtliche Wege zum Familiennachzug: Erstens die asylrechtliche Aufstockungsklage auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft mit dem akzessorischen Nachzugsrecht als Nebeneffekt. Der zweite Weg führte über das Aufenthaltsrecht und bestand in einer Verpflichtungsklage auf ein Visum zum Zwecke des Familiennachzugs – der Aussetzung zum Trotz. Da sich nur auf diesem Wege die Verfassungsmäßigkeit der Aussetzung thematisieren ließ, wählte der Verein JUMEN gezielt diesen Weg und initiierte strategische Prozesse gemeinsam mit Familien, Partneranwält*innen und anderen Organisationen in einem Klagekollektiv. Anders als bei den Aufstockungsklagen ging es nicht um die Rechtsdurchsetzung in einer Vielzahl von Einzelfällen, sondern um die Rechtsgestaltung in einigen herausgehobenen Verfahren. Das Bundesverfassungsgericht sollte die Aussetzung als verfassungswidrig aufheben, was allen Personen mit subsidiärem Schutz einen Familiennachzug ermöglichen hätte. Die erhoffte Entscheidung blieb aus; Eilverfahren wies das Bundesverfassungsgericht ab. Die Verwaltungsgerichte legten die Vorschrift über einen Verweis auf Härtefallvorschriften verfassungskonform aus. In manchen Fällen führte dies zu einer Stattgabe, andere wurden abgewiesen.

Lag darin dennoch ein „Sieg durch Niederlage“ für die übergreifenden Ziele des Klagekollektivs, wie ihn subjektive Mobilisierungstheorien anerkennen? Und waren es gerade die im Klagekollektiv gebündelten Ressourcen, die die Rechtsmobilisierung angesichts rechtlicher und tatsächlicher Zugangshindernisse möglich machten? Welche Rolle spielte dabei der im Zuge der Flüchtlingsschutzkrise veränderte politische Kontext? Antworten auf diese Fragen zu den Mobilisierungsbedingungen und der Bedeutung strategischer Prozessführung für den Zugang zu Recht lassen sich im Vergleich mit dem Prozess gegen das BND-Gesetz verstehen, gegen das sich in ähnlicher Weise ein Klagekollektiv formierte. Wie das BND-Verfahren ablief, ist zunächst noch vorzustellen.

III. BND-Gesetz: Globaler Grundrechtsschutz gegen Überwachung

Mit dem BND-Urteil vom 19.05.2020 erklärte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts Teile des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst (BND-Gesetz) für verfassungswidrig.¹⁹⁹⁵ Die Vorschriften ermächtigten den BND, die Kommunikation zwischen ausländischen Personen im Ausland von Deutschland aus zu überwachen. Ziel dieser sogenannten Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist es, Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung zu gewinnen. Dazu stehen dem BND durch die Digitalisierung immer weitreichendere technische Möglichkeiten der Datenerfassung, -auswertung und -übermittlung zur Verfügung. Dies verbessert staatliche Aufklärungsmöglichkeiten, bringt aber potenziell Grundrechtseingriffe mit sich. Diese sind für Einzelne wegen ihrer verdeckten Natur nicht immer spürbar, haben aber gesamtgesellschaftlich einen Abschreckungseffekt („chilling effect“), der von der Wahrnehmung der Freiheitsrechte abhalten kann.¹⁹⁹⁶ Das BND-Verfahren steht exemplarisch für dieses „Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit“¹⁹⁹⁷ in der „Sicherheitsgesellschaft“¹⁹⁹⁸ des 21. Jahrhunderts.

Das BND-Verfahren ist zudem Ausdruck von Bemühungen, nachrichtendienstliche Tätigkeit einer Kontrolle zuzuführen. Eine solche im Wege des Individualrechtsschutzes zu erreichen, ist aufgrund der Heimlichkeit staatlicher Überwachungsmaßnahmen herausfordernd (1.). Daher taten sich im Jahr 2018 die Prozessführungsorganisation GFF, mehrere Medienorganisationen und Individuen aus aller Welt zusammen, um eine Verfassungsbeschwerde gegen das im Jahr 2016 reformierte BND-Gesetz zu erheben (2.). Nach einer mündlichen Verhandlung gab das Gericht der Beschwerde statt (3.). Es folgten erneute Reformen des BND-Gesetzes in den Jahren 2021 bis 2023 (4.).

1995 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND).

1996 Mit Beispielen *Moßbrucker*, *Humanitäres Völkerrecht* 2018, S. 69 (78 f.); unter Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Studien und mit einer Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Effekt siehe *Staben*, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung*, 2017, S. 155 ff.

1997 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 108.

1998 Kritisch dazu *Singelstein/Stolle*, *Die Sicherheitsgesellschaft*, 3. Aufl. 2012.

1. Zugang zu Recht gegen Überwachung

Um die Hintergründe der strategischen Prozessführung gegen das BND-Gesetz zu verstehen, sind zunächst die Struktur der Nachrichtendienste in Deutschland und die Schwierigkeiten ihrer Kontrolle zu betrachten. Dass die Nachrichtendienste einer rechtsstaatlichen Kontrolle unterliegen, folgt bereits aus den Grundrechten. Denn diese schützen die Privatsphäre auch in der digitalisierten Welt.¹⁹⁹⁹ Als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst dies das Recht auf informationelle Selbstbestimmung²⁰⁰⁰ und das Recht auf Vergessen²⁰⁰¹. Garantiert ist zudem die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.²⁰⁰² Den Schutz der Kommunikationsfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 GG) erweitern das Brief- und Postgeheimnis auf ihre Privatheit; mit dem Fernmeldegeheimnis ist auch die digitale Kommunikation geschützt (Art. 10 GG).²⁰⁰³ Menschenrechtlich sind die Achtung von Privatheit und Kommunikation zudem durch Art. 7 und Art. 8 GRCh, Art. 8 EMRK, Art. 17 UN-Zivilpakt (ICCPR) und Art. 12 AEMR abgesichert.²⁰⁰⁴

1999 Im Überblick *Heckmann/Paschke*, Digitalisierung und Grundrechte, in: StaatsR, IV, 2. Aufl. 2022, S. 747 ff.

2000 BVerfGE 65, 1 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 (Volkszählung); *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, I, 99. EL 2022, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 173 ff.

2001 Als äußerungsrechtlicher Schutzgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) hergeleitet in BVerfGE 152, 152 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I); verankert in dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und auf Schutz personenbezogener Daten in Art. 7 und Art. 8 GRCh laut BVerfGE 152, 216 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II).

2002 BVerfGE 120, 274 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 (Online-Durchsuchung).

2003 Zum Schutz kommunikativer Privatheit und dem Verhältnis zu Art. 5 GG siehe *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, I, 7. Aufl. 2018, Art. 10 GG Rn. 14 ff., 41; im Verhältnis zur informationellen Selbstbestimmung BVerfGE 100, 313 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94 (Telekommunikationsüberwachung I), Rn. 158; *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, II, 99. EL 2022, Art. 10 GG Rn. 77.

2004 Die völkerrechtlichen Gewährleistungen kommunikativer Vertraulichkeit im Überblick bei *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, II, 99. EL 2022, Art. 10 GG Rn. 29 ff.; speziell zu menschenrechtlichen Vorgaben an Nachrichtendienste von *Bernstorff/Asche*, Nachrichtendienste und Menschenrechte, in: HdB des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 79 ff.

All diese grund- und menschenrechtlich geschützten Freiheitsinteressen stehen in einem Spannungsverhältnis zu staatlichen Sicherheitsinteressen. Bei der Ausgestaltung nachrichtendienstlicher Aufklärungstätigkeit ist daher eine „angemessene Balance zwischen Freiheit und Sicherheit“ zu wahren.²⁰⁰⁵ Einfachgesetzlich konkretisiert sich diese Leitlinie des „Sicherheitsverfassungsrechts“²⁰⁰⁶ in zahlreichen Vorschriften des Nachrichtendienstrechts.²⁰⁰⁷ Diese sprechen unterschiedlichen Behörden Aufklärungsaufgaben und -befugnisse zu, entsprechend komplex ist die Kontrolle ihrer Maßnahmen.

a) Aufgaben und Aufklärungsbefugnisse der Nachrichtendienste

Überwachungsmaßnahmen können von verschiedenen staatlichen Stellen ausgehen. Je nachdem, ob es dabei um die Aufklärung von Bedrohungslagen aus dem Inland oder aus dem Ausland geht, sind unterschiedliche Nachrichtendienste zuständig.²⁰⁰⁸ Ein erster ist der Auslandsnachrichtendienst BND. Dessen Aufgabe ist es, Erkenntnisse über das Ausland zu gewinnen, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind (§ 1 Abs. 2 BND-Gesetz).²⁰⁰⁹ Der Dienst ist befugt, die dafür erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten zu sammeln, zu verarbeiten und weiterzuleiten (§§ 2 ff. BND-Gesetz). Zweitens gibt es die Inlandsnachrichtendienste, das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) und die Verfassungsschutzbehörden der Länder. Sie sind zuständig für die Inlandsaufklärung zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, dem Bestand und der Sicherheit von Bund und Ländern (§ 1 Abs. 1 Bundesverfassungsschutzge-

2005 BVerfGE 115, 320 = BVerfG, Beschluss I. Senat v. 04.04.2006 – 1 BvR 518/02 (Rasterfahndung II), Rn. 128.

2006 *Bäcker*, Sicherheitsverfassungsrecht, in: *VerfassungsR-HdB*, 2021, S. 1715 ff., Rn. 1 ff.

2007 Zur Regelungssystematik *Diétrich*, Das Recht der Nachrichtendienste, in: *HdB des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, S. 249 ff., Rn. 51 ff.; ausführlich und mit Darstellung der komplexen Verweise zwischen Rechtsgrundlagen für Inlands- und Auslandsdienste *Kornblum*, Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, 2011, S. 50 ff.

2008 Zur Organisationsstruktur *Gusy*, Organisation und Aufbau der deutschen Nachrichtendienste, in: *HdB des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, S. 297 ff.

2009 *Ader*, Struktur und Prozesse der Auslandsaufklärung, in: *HdB Sicherheits- und Staatsschutzrecht*, 2022, S. 612 ff., Rn. 12 ff.; *Gusy*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig*, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 1 BNDG Rn. 23 ff.

setz – BVerfSchG). Drittens ist die militärbezogene Aufklärung Aufgabe des Militärischen Abschirmdienstes des Bundesministeriums der Verteidigung (§ 1 Gesetz über den militärischen Abschirmdienst – MAD-Gesetz).

Eines verbindet die Inlands- und Auslandsnachrichtendienste: Ihre Tätigkeit bewegt sich im Vorfeld von Gefährdungslagen.²⁰¹⁰ Sie zielt darauf, diese zu erkennen und Entscheidungen zur Sicherheitslage zu ermöglichen. Nachrichtendienstliche Aufklärung dient der politischen Information, nicht der Gefahrenabwehr. Darin unterscheidet sie sich von den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden von Bund und Ländern.²⁰¹¹ Polizeiliche Befugnisse stehen den Nachrichtendiensten nicht zu (§ 2 Abs. 3 BND-Gesetz, § 8 Abs. 3 BVerfSchG, § 4 Abs. 2 MADG). Sie sind auf das Sammeln von sicherheitsrelevanten Informationen beschränkt. Aufgrund dieser begrenzten Zielrichtung verfügen sie im Gegenzug über weitreichende Datenerhebungs- und Verarbeitungsbefugnisse.²⁰¹² Die große Streubreite der damit verbundenen Grundrechtseingriffe und ihre heimliche Natur machen staatliche Überwachung mit ihrer „diffusen Bedrohlichkeit“²⁰¹³ besonders gefährlich. Entsprechend wichtig ist eine effektive Kontrolle der Nachrichtendienste.

b) Wie staatliche Überwachung überprüfen?

Die Kontrolle der Nachrichtendienste erfolgt durch mehrere Institutionen und Verfahren. Im gewaltenteiligen Gefüge ist es Aufgabe der Gerichte, staatliche Maßnahmen wie die der Nachrichtendienste auf ihre Recht-

2010 Zum Folgenden BVerfGE 133, 277 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 (Antiterrordateigesetz I), Rn. 115 ff.; BVerfGE 156, 11 = BVerfG, Beschluss I. Senat v. 10.11.2020 – 1 BvR 3214/15 (Antiterrordateigesetz II), Rn. 103 ff.

2011 Hintergrund ist die Trennung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, siehe *Bäcker*, Sicherheitsverfassungsrecht, in: VerfassungsR-HdB, 2021, S. 1715 ff., Rn. 57 ff.; *Gusy*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 1 BNDG Rn. 12 ff. Die Aufgabe von Strafverfolgungsbehörden ist es, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, Straftaten vorzubeugen und zu verfolgen. Entsprechend haben sie neben Überwachungsbefugnissen im Rahmen präventiver und repressiver Tätigkeit auch die Befugnis, Maßnahmen gegenüber Einzelnen mit Zwang durchzusetzen.

2012 So der BND im Bereich der Auslandsaufklärung, zu den Befugnissen *Ader*, Struktur und Prozesse der Auslandsaufklärung, in: HdB Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, S. 612 ff., Rn. 70 ff.

2013 BVerfGE 141, 220 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 (BKA-Gesetz), Rn. 135.

und Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Individueller Rechtsschutz gegen Nachrichtendienste ist allerdings nur begrenzt möglich.²⁰¹⁴ Denn zu den allgemeinen Problemen beim Zugang zu Recht kommen spezifische rechtliche Begrenzungen und tatsächliche Herausforderungen im Überwachungsbereich. Daher flankieren gerichtsähnliche, parlamentarische und exekutive Mechanismen die Kontrolle der Nachrichtendienste.

aa) Faktischer Ausschluss des Individualrechtsschutzes

Individualrechtsschutz gegen Überwachungsmaßnahmen steht vor einer grundlegenden Herausforderung: Nachrichtendienste sind auf Geheimhaltung angewiesen, demgegenüber setzt Rechtsschutz die Kenntnis der Betroffenen voraus.²⁰¹⁵ Die verdeckte Natur nachrichtendienstlicher Maßnahmen führt zu einer strukturellen Informationsasymmetrie zwischen den Kontrollierenden und den Kontrollierten, was die gerichtliche Überprüfung erschwert.²⁰¹⁶ Geheimhaltung vereitelt den Zugang zu Recht bereits im Vorfeld, denn wer eine Maßnahme nicht wahrnimmt, kann Rechtsschutzmöglichkeiten kaum in Anspruch nehmen.²⁰¹⁷ Instrumente wie Mitteilungspflichten der Nachrichtendienste und Auskunftsansprüche der Betroffenen sollen dem entgegenwirken.²⁰¹⁸ Allerdings sind Mitteilungspflichten nur punktuell für manche Maßnahmen geregelt.²⁰¹⁹ Eine Generalklausel bei

2014 So schon BVerfGE 133, 277 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 (Antiterrordateigesetz I), Rn. 117. Siehe auch *Marxsen*, VERW 2020, S. 215 (232 ff.); ausführlich samt verfassungsrechtlicher Grundlagen *Kornblum*, Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, 2011, S. 115 ff., 277 ff. Rechtsschutz vor Überwachung als einen Problembereich beim Konventionsrecht auf eine wirksame Beschwerde diskutiert *Richter*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde, in: EMRK/GG, 3. Aufl. 2022, S. 1271 ff., Rn. 89 ff.

2015 *Wöckel*, Justizielle Kontrolle, in: HdB des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1607 ff., Rn. 1b.

2016 *Bantlin*, Die G 10-Kommission, 2021, S. 93, 96 f. Zu Heimlichkeit als typischem Hindernis für effektiven Rechtsschutz auch *Gärditz*, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: VerfassungsR-HdB, 2021, S. 847 ff., Rn. 89 ff.

2017 *Rudolf*, Rechte haben – Recht bekommen, 2014, S. 21; *Graulich*, Justizgewährung und Geheimdienste, in: *Graulich/Simon* (Hrsg.), 2007, S. 143 (154).

2018 Ausführlich zur einfachgesetzlichen Verankerung und den verfassungsrechtlichen Grundlagen *Kornblum*, Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, 2011, S. 122 ff., 278 ff.

2019 Im Überblick bei *Buchberger*, Gerichtlicher Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten?, in: *Dietrich u. a.* (Hrsg.), 2018, S. 107 (111). Sofern eine einfache

der Datenerhebung, wie sie das Datenschutzrecht kennt, fehlt im Nachrichtendienstrecht.²⁰²⁰ Nicht benachrichtigt werden müssen zudem Personen, deren Kommunikation nur zufällig miterfasst wird.²⁰²¹ Anders als die Mitteilungspflicht erlauben Auskunftsrechte Betroffenen selbst aktiv zu werden und in Erfahrung zu bringen, ob Nachrichtendienste Daten zu ihrer Person gespeichert haben.²⁰²² Ein Blick in § 9 BND-Gesetz i. V. m. § 15 BVerfSchG verrät aber die Grenzen des Auskunftsanspruchs: Voraussetzung ist ein konkreter Sachverhalt und ein besonderes Interesse an einer Auskunft, nicht mitgeteilt wird die Herkunft der Daten und an wen sie übermittelt wurden. Ferner kann die Auskunft aus einer Reihe von Gründen ganz unterbleiben, was keiner Begründung bedarf, soweit dadurch der Zweck der Auskunftsverweigerung gefährdet würde.

Hürden bestehen zudem bei der Erhebung einer zulässigen Klage. Deren Voraussetzungen hängen davon ab, was begehrt wird: die Auskunft über erhobene Daten, vorbeugend die Unterlassung befürchteter Überwachung oder retrospektiv die Kontrolle ihrer Rechtmäßigkeit?²⁰²³ Schwierig sind Konstellationen, bei denen die tatsächliche Betroffenheit der klagenden Person darzulegen ist. Dies fordert das Bundesverwaltungsgericht etwa für den letztgenannten Fall, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Überwachungsmaßnahme im Wege der Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO).²⁰²⁴ Zuständig ist das Bundesverwaltungsgericht als erste und letzte Instanz für Vorgänge im Geschäftsbereich des BND

gesetzliche Regelung fehlt, ergibt sich direkt aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ein Anspruch auf Kenntnisgewähr, so *Kornblum*, Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, 2011, S. 233 ff., 334.

- 2020 *Kornblum*, Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, 2011, S. 153 f., 287 f.
- 2021 Strenge Benachrichtigungspflichten sind in solchen Fällen nicht verfassungsrechtlich geboten, so BVerfGE 125, 260 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 (Vorratsdatenspeicherung), Rn. 245.
- 2022 Zum Folgenden auch *Buchberger*, Gerichtlicher Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten?, in: Dietrich u. a. (Hrsg.), 2018, S. 107 (111); ausführlich *Kornblum*, Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, 2011, S. 125 ff., 279 ff.
- 2023 Die statthafte Klageart hängt von der Natur der nachrichtendienstlichen Maßnahme ab. Bei Verwaltungsakten wie der Auskunftserteilung ist es die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage (§ 42 VwGO), bei verdeckten Überwachungsmaßnahmen zur Informationsbeschaffung als Realakte die Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO) oder die allgemeine Leistungsklage, siehe *Wöckel*, Justizielle Kontrolle, in: HdB des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1607 ff., Rn. 31 ff.
- 2024 Siehe nur die unzulässigen Klagen in BVerwGE 149, 359 = BVerwG, Urteil 6. Senat v. 28.05.2014 – 6 A 1/13, Rn. 20 ff.; BVerwGE 157, 8 = BVerwG, Urteil 6. Senat v. 14.12.2016 – 6 A 9/14, Rn. 11 ff. Zum Ganzen *Marxsen*, VERW 2020, S. 215 (233).

(§ 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO). Eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Feststellungsklage ist, dass ein Rechtsverhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten besteht. Daran legt das Gericht hohe Maßstäbe an.²⁰²⁵ Eine rechtliche Beziehung sei erst anzunehmen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehe, dass die Kommunikation der klagenden Person erfasst wurde.²⁰²⁶ Die bloße Möglichkeit und Vermutung der Überwachung genüge nicht, sondern es bedürfe der konkreten, eigenen Betroffenheit. Ist gerade dieser Umstand unsicher, fehle es an einem konkreten Anwendungsakt auf einen feststehenden Sachverhalt und damit an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis.

Ein weiteres Nachweisproblem entsteht durch Vorschriften, die eigentlich dem Rechtsschutz dienen sollen: Nachrichtendienste müssen die erhobenen Daten regelmäßig löschen.²⁰²⁷ Sofern eine Überwachung stattgefunden hat, ist sie in solchen Fällen nicht mehr nachweisbar. Damit fehlt es erneut an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis, eine entsprechende Klage wäre unzulässig.²⁰²⁸ Selbst wenn erhobene Daten nicht gelöscht wurden, sind sie mitunter geheimhaltungsbedürftig, was wiederum die Rechtsschutzmöglichkeiten beschränkt. Dem tragen zwar Sondervorschriften wie die zum sogenannten *in-camera*-Verfahren Rechnung (§ 99 Abs. 2 VwGO).²⁰²⁹ Dabei erhält aber nur das Gericht und nicht die rechtsschutzsuchende Person Einblick in die geheimhaltungsbedürftigen Urkunden, Akten oder elektronischen Dokumente. Zudem gibt es Fälle,

2025 Zum Folgenden BVerwGE 149, 359 = BVerwG, Urteil 6. Senat v. 28.05.2014 – 6 A 1/13, Rn. 20 ff.; kritisch zu den zu hohen Anforderungen *Marxsen*, VERW 2020, S. 215 (233 f.); im Ergebnis befürwortend *Buchberger*, Gerichtlicher Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten?, in: Dietrich u. a. (Hrsg.), 2018, S. 107 (114).

2026 Insbesondere verneinte das Gericht eine Absenkung des Beweismaßes hin zu einer bloß überwiegender Wahrscheinlichkeit oder Glaubhaftmachung. Die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gebiete dies nicht, so BVerwGE 149, 359 = BVerwG, Urteil 6. Senat v. 28.05.2014 – 6 A 1/13, Rn. 35 ff.

2027 Dazu und den Sonderregelungen, nach denen Daten nur zu sperren statt zu löschen sind, um Rechtsschutz zu ermöglichen, *Buchberger*, Gerichtlicher Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten?, in: Dietrich u. a. (Hrsg.), 2018, S. 107 (115).

2028 BVerwGE 157, 8 = BVerwG, Urteil 6. Senat v. 14.12.2016 – 6 A 9/14, Rn. 18.

2029 Da andernfalls wirksamer Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht gewährt ist, so BVerfGE 101, 106 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 (Akteneinsichtsrecht), Rn. 62 ff. Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund und *in-camera*-Verfahren im Einzelnen *Wöckel*, Justizielle Kontrolle, in: HdB des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1607 ff., Rn. 34 ff.

in denen dies nicht genügt, um effektiven Rechtsschutz zu erlangen, etwa wenn dafür, wie beim Eilrechtsschutz, keine Zeit bleibt.²⁰³⁰

Hinzu kommt ein übergreifendes Problem, das die Regelungstechnik mit vielen Verweisen im Nachrichtendienstrecht mit sich bringt.²⁰³¹ Unklare Rechtsnormen führen dazu, dass Betroffene nicht eindeutig erkennen können, wann ihr Verhalten Anlass zur Überwachung gibt. Ferner erschwert es die Überprüfbarkeit, wenn die Voraussetzungen und Zwecke potenzieller Grundrechtseingriffe nicht klar normiert sind. Mit Blick auf die Gebote der Normenklarheit und Bestimmtheit, die ebendies sicherstellen sollen, sind die verschachtelten Verweise, die das Nachrichtendienstrecht prägen, problematisch.²⁰³²

Der Zugang zu Recht gegen Überwachung ist somit durch eine Verkettung mehrerer Umstände erheblich erschwert. Das zentrale Problem liegt in dem auf subjektive Rechtsverletzungen zugeschnittenen Modell des Individualrechtsschutzes, das an den sachbereichsspezifischen Besonderheiten im Nachrichtendienstrecht scheitert.²⁰³³ Denn typisch für nachrichtendienstliche Tätigkeiten sind Eingriffe mit großer Streubreite und potenziell vielen und schwer individualisierbaren Betroffenen. Dies mit den Kriterien des Individualrechtsschutzes erfassen zu wollen, führt dazu, dass dieser leerläuft – ein Dilemma.²⁰³⁴ Das ist problematisch, denn wirksamer Rechtsschutz gegen Nachrichtendienste ist ein zentrales Element von Rechtsstaatlichkeit.²⁰³⁵

bb) Gerichtsähnliche, parlamentarische und administrative Kontrolle

Angesichts der Schwächen des Individualrechtsschutzes gegen staatliche Überwachung braucht es weitere Mechanismen, die die Rechtmäßigkeit nachrichtendienstlicher Tätigkeit kontrollieren und Transparenz herstellen. Parlamentarische und exekutive Kontrollmechanismen, zum Teil mit ge-

2030 Kornblum, Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, 2011, S. 293.

2031 Ebd., S. 275 ff.

2032 Kritisch mit Beispielen Ebd., S. 296 f.

2033 Zum Folgenden *Marxsen*, VERW 2020, S. 215 (234 f., 238); *Wöckel*, Justizielle Kontrolle, in: HdB des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1607 ff., Rn. 55.

2034 *Marxsen*, VERW 2020, S. 215 (238).

2035 *Uerpmann-Witzack*, Jura 2020, S. 953 (953).

richtsähnlichen Funktionen, sollen dies leisten.²⁰³⁶ Gerade die Vielzahl der Kontrollinstanzen mit ihren jeweils unterschiedlichen Kontrollbefugnissen und gremienspezifischen Problemen führt in der Summe aber zu einer Fragmentierung der Kontrolle.²⁰³⁷

Eine exekutive Kontrolle übt etwa der oder die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit aus; über den BND hat zudem das Bundeskanzleramt die Fach- und Dienstaufsicht (§ 1 Abs. 1 S. 1 BND-Gesetz).²⁰³⁸ Hinzu kommt die parlamentarische Kontrolle durch das Bundestagsplenum, die Fraktionen und Abgeordneten sowie Ausschüsse.²⁰³⁹ Speziell für die Nachrichtendienste des Bundes gibt es außerdem das parlamentarische Kontrollgremium (Art. 45d GG; § 14 G 10, § 1 Kontrollgremiumgesetz (PKGrG)). Dessen Aufgabe ist es, nachrichtendienstliche Tätigkeit transparent und einer politischen Bewertung zugänglich zu machen. An Grenzen stößt dies dort, wo das Gremium zwar Zugriff auf geheimhaltungsbedürftige Informationen hat, diese seinerseits aber nicht veröffentlichen darf.²⁰⁴⁰ Ebenso läuft die Kontrolle durch parlamentarische Fragerechte leer, wenn Abgeordnete wegen der Geheimhaltungsbedürftigkeit keine Anhaltspunkte für Fragen haben.²⁰⁴¹

Eine besondere Rolle nimmt die sogenannte G 10-Kommission ein. Sie ist ein vom Bundestag bestelltes Gremium, das in die Exekutive eingebunden ist und zugleich gerichtsähnliche Aufgaben wie eine Rechtskontrolle

2036 Die Kontrollmechanismen im Überblick bei *Ader*, Struktur und Prozesse der Auslandsaufklärung, in: HdB Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, S. 612 ff., Rn. 141 ff.; vertieft *Kornblum*, Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, 2011, S. 79 ff. Zu den Grenzen von Rechtskontrolle, politischer sowie gesellschaftlicher Kontrolle *Bäcker*, Sicherheitsverfassungsrecht, in: VerfassungsR-HdB, 2021, S. 1715 ff., Rn. 117 ff.

2037 Die Kritiken im Überblick mit Nachweisen bei *Ader*, Struktur und Prozesse der Auslandsaufklärung, in: HdB Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, S. 612 ff., Rn. 141 ff.; speziell für den BND mit Reformvorschlägen *Wetzling/Moßbrucker*, BND-Reform, die Zweite, 2020, S. 13 ff.

2038 *Ader*, Struktur und Prozesse der Auslandsaufklärung, in: HdB Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, S. 612 ff., Rn. 143 ff.; ausführlich *Eiffler*, Exekutivkontrolle, in: HdB des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1499 ff.

2039 *Bartodziej*, Parlamentarische Kontrolle, in: HdB des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1533 ff., Rn. 28 ff.

2040 *Bäcker*, Sicherheitsverfassungsrecht, in: VerfassungsR-HdB, 2021, S. 1715 ff., Rn. 122.

2041 Ebd., Rn. 123.

wahrnimmt.²⁰⁴² Warum ein solches Kontrollorgan eigener Art erforderlich ist, erklärt sich mit einer verfassungsrechtlichen Besonderheit, die beim Rechtsschutz gegen Eingriffe in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis gilt. Nach Art. 19 Abs. 4 S. 3 i. V. m. Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG kann der Rechtsweg ausnahmsweise durch Gesetz ausgeschlossen werden, sofern dies dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder dem Bestand oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes dient.²⁰⁴³ Einen solchen Ausschluss regelt das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz – G 10) in § 13. Eine Kontrolle entfällt nicht ganz, denn an die Stelle des gerichtlichen Rechtsschutzes tritt eine Überprüfung durch die G 10-Kommission.²⁰⁴⁴ Beim BND stößt dies allerdings an Grenzen: Die Kommission kontrolliert laut § 5 G 10 nur die Überwachung internationaler Kommunikation, das heißt die Kommunikation aus dem Ausland nach Deutschland oder umgekehrt.²⁰⁴⁵ Dass sie nicht für die reine Auslandskommunikation zuständig

2042 Zur Einordnung als Kontrollorgan eigener Art BVerfGE 143, 1 = BVerfG, Beschluss 2. Senat v. 20.09.2016 – 2 BvE 5/15 (G 10-Kommission), Rn. 41 ff.; *Huber*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, Artikel 10-Gesetz § 15 Rn. 5 ff., 14.

2043 Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG erlaubt es, durch Gesetz zu bestimmen, dass eine Grundrechtseinschränkung den Betroffenen nicht mitgeteilt wird und dass an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt. Die Vorschrift wurde in einer umstrittenen Grundgesetzänderung im Jahr 1968 eingeführt und vom Bundesverfassungsgericht für verfassungskonform befunden (Siebzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 24.06.1968 (BGBl. 1968 I, S. 709); BVerfGE 30, 1 = BVerfG, Urteil 2. Senat v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69 (Abhörurteil)). Zur Historie *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, II, 99. EL 2022, Art. 10 GG Rn. 24 ff., 212 ff.

2044 *Huber*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, Artikel 10-Gesetz § 15 Rn. 2 ff. Die G 10-Kommission prüft die Zulässigkeit und Notwendigkeit von Beschränkungen des Rechtsweges in der Regel vor ihrer Durchführung als vorbeugende Kontrolle (§ 15 Abs. 6 G10) sowie nachträglich auf Grund von Beschwerden (§ 15 Abs. 5 S. 1 G10). Zum Verfahren und der Rolle der Kommission *Bantlin*, Die G 10-Kommission, 2021, S. 118 ff.; *Bartodziej*, Parlamentarische Kontrolle, in: HdB des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1533 ff., Rn. 103 ff.

2045 Hinzu kommen praktische Schwierigkeiten, Personen im Ausland nach Durchführung von Maßnahmen aufzufinden und zu informieren, *Ader*, Struktur und Prozesse der Auslandsaufklärung, in: HdB Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, S. 612 ff., Rn. 161; zum weiteren Kritikpunkt, dass eine Rechtskontrolle durch die G 10-Kommission ressourcenintensiv ist und diese nicht nur von ehrenamtlichen Mitgliedern durchgeführt werden sollte, *Bäcker*, Sicherheitsverfassungsrecht, in: VerfassungsR-HdB, 2021, S. 1715 ff., Rn. 119.

ist, führte zu Kontrolllücken und war einer der Gründe, der die im Folgenden betrachtete Reform des BND-Gesetzes im Jahr 2016 notwendig machte.

2. Der Weg nach Karlsruhe: Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz

Der Zugang zu Recht gegen Überwachung unterliegt rechtlichen Besonderheiten und begegnet praktischen Problemen. Weitere Kontrollbedarfe zog eine Reform des BND-Gesetzes im Jahr 2016 nach sich. Diese stellte die Befugnisse des Auslandsnachrichtendienstes im Bereich der Ausland-Ausland-Aufklärung auf eine neue gesetzliche Grundlage. Was war der Hintergrund und wie kam es trotz der Zugangshindernisse zu Recht gegen Überwachung zu einer dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerde?

a) Kontext: NSA-Skandal 2013 und Reform des BND-Gesetzes 2016

Die BND-Reform im Jahr 2016 steht im Zusammenhang mit der Veröffentlichung geheimer Dokumente der National Security Agency (NSA) durch Edward Snowden im Jahr 2013.²⁰⁴⁶ Durch diesen „NSA-Skandal“²⁰⁴⁷ wurde bekannt, dass auch der deutsche Auslandsgeheimdienst BND weltweit und verdachtsunabhängig die Telekommunikation von Personen im Ausland überwacht – allerdings ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage.²⁰⁴⁸ Daraufhin richtete der Bundestag im Jahr 2014 den NSA-Untersuchungsausschuss ein.²⁰⁴⁹ Infolge des Untersuchungsausschusses stieg der Druck auf eine Reform des BND-Gesetzes.

Im Jahr 2016 legte die Bundesregierung einen Entwurf für ein Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung durch den BND vor. Ziel des Gesetzes war es, „eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die

2046 Eine kommentierte Veröffentlichung ausgewählter Dokumente bei Fidler/Ganguly (Hrsg.), *The Snowden Reader*, 2015.

2047 *Lamla/Ochs*, *Der NSA-Skandal als Krise der Demokratie?*, in: Hahn/Langenohl (Hrsg.), 2017, S. 83 ff.

2048 Bis in die 1990er-Jahre war die Tätigkeit des BND nicht geregelt, ab dann nur im Bereich der internationalen Fernmeldeaufklärung, das heißt zwischen Inland und Ausland. Für die Ausland-Ausland-Aufklärung gab es nur Aufgabennormen. Dazu als Hintergrund des Verfahrens *Aust*, DÖV 2020, S. 715 (716).

2049 Zum Bericht BT-Drs. 18/12850; kritisch die Beiträge in vorgänge 3/2016, etwa *Roth*, vorgänge 2016, S. 3 ff.

Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung vom Inland aus zu schaffen.²⁰⁵⁰ Die Neuregelungen betrafen drei Kompetenzbereiche. Erstens erhielt der BND umfassende Kompetenzen zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§§ 6, 7 BND-Gesetz²⁰⁵¹).²⁰⁵² Technisch verläuft diese Aufklärung wie folgt: Der BND erfasst aus dem Inland mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen von Ausländer*innen im Ausland und verarbeitet diese. Diese Erfassung erfolgt zunächst ohne konkreten Anlass oder Verdacht, sondern ist als „strategische Fernmeldeaufklärung“ breit angelegt.²⁰⁵³ Erst danach filtert der Nachrichtendienst Kommunikation mit nachrichtendienstlicher Relevanz anhand von vordefinierten Suchbegriffen heraus. Zweitens erhielt der BND die Kompetenz, die dabei gewonnenen Erkenntnisse an inländische und ausländische Stellen zu übermitteln (§§ 19 Abs. 1, 24 BND-Gesetz). Drittens wurde der BND ermächtigt, im Rahmen der Ausland-Ausland-Aufklärung mit ausländischen Nachrichtendiensten zu kooperieren (§§ 13–15 BND-Gesetz). Für die Kontrolle der Ausland-Ausland-Aufklärung wurde schließlich ein Unabhängiges Gremium eingerichtet, um bis dato vorhandene Kontrolllücken zu schließen (§ 16 BND-Gesetz).

In der Konsequenz bedeuteten diese umfassenden Kompetenzen, dass potenziell sämtlicher Telekommunikationsverkehr von ausländischen Personen im Ausland durch den BND erfasst, gespeichert, ausgewertet und übermittelt werden durfte. Inwiefern dies verfassungskonform war, wurde im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutiert.²⁰⁵⁴ Besonders umstritten war, inwiefern es sich um eine Reform mit Augenmaß²⁰⁵⁵ handelte oder, im

2050 BT-Drs. 18/9041, S. 19.

2051 Die im Folgenden zitierten Regelungen sind solche nach der alten Fassung des BND-Gesetzes zwischen 2016 bis zur Reform 2021. Auf den Zusatz a. F. wird aus Gründen der Lesbarkeit verzichtet.

2052 Zum Begriff und Ablauf der Fernmeldeüberwachung sowie den Neuregelungen im Jahr 2016 *Marxsen*, DÖV 2018, S. 218 ff.

2053 Der Begriff „strategisch“ entspringt in diesem Zusammenhang dem dritten Abschnitt des G 10 („Strategische Beschränkungen“). Siehe auch *Graulich*, Justizgewährung und Geheimdienste, in: *Graulich/Simon* (Hrsg.), 2007, S. 143 (155); ausführlich *Schneider*, Fernmeldegeheimnis und Fernmeldeaufklärung, 2020, S. 277 ff.

2054 Zum Folgenden die Stellungnahmen und Anhörungen zum Entwurf des BND-Gesetzes (BT-Drs. 18/9041) in: Deutscher Bundestag, Wortprotokoll Nr. 18/89 der 89. Sitzung des Innenausschusses, Öffentliche Anhörung am 26.09.2016, S. 3 f. (im Folgenden: BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89).

2055 Für im Ergebnis verfassungskonform hielten den Entwurf die Professoren Klaus Ferdinand Gärditz (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 67 f.) und Heinrich Amadeus Wolff (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 162 f.) sowie

Gegenteil, um einen Verstoß der deutschen Staatsgewalt gegen Grundrechte – insbesondere Art. 10 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG²⁰⁵⁶ – und Menschenrechte²⁰⁵⁷. Überwiegend einig waren sich die Kritiken hinsichtlich zwei weiterer Aspekte: Entgegen dem Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG wurde eine Grundrechtsbeeinträchtigung nicht einmal erwähnt²⁰⁵⁸, defizitär sei zudem die Kontrolle durch das Unabhängige Gremium²⁰⁵⁹. Ähnlich kontrovers diskutierte die juristische Fachliteratur, wobei manche die Vorschriften als „normenklare und bereichsspezifische gesetzliche Grundlage“²⁰⁶⁰ für verfassungskonform hielten, während andere – wie die überwiegende Zahl der Sachverständigen – Verfassungsverstöße²⁰⁶¹ konstatierten.

– trotz einzelner Kritikpunkte – Kurt Graulich, Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D. (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 71 f.). Die gewonnene Rechtssicherheit begrüßte der ehemalige Präsident des BND, Gerhard Schindler (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 129).

- 2056 Zum Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) vor allem Professor Matthias Bäcker (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 189 ff.) und die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Andrea Voßhoff (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 227 ff.); zur Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) die Stellungnahme des Medienbündnisses aus ARD/BDZV/DJV/Deutscher Presserat/VDZ/ver.di/VPRT/ZDF (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 215 ff.).
- 2057 Insbesondere Art. 17 UN-Zivilpakt (ICCPR) und Art. 8 EMRK, siehe die Stellungnahme von Eric Töpfer für das Deutsche Institut für Menschenrechte (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 145).
- 2058 Ein „latentes Problem“ sah darin Klaus Ferdinand Gärditz (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 46); ein klarer Verfassungsverstoß laut Matthias Bäcker (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 206).
- 2059 Ausführlich Thorsten Wetzling für die Stiftung Neue Verantwortung (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 122 ff.); zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen Kurt Graulich (BT, Innenausschuss, 2016, Protokoll 18/89, S. 83 ff.).
- 2060 *Karl/Soigné*, NJW 2017, S. 919 (925); wegen fehlender Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt für verfassungskonform hielt die Regelung ebenfalls *Löffelmann*, Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, in: Dietrich u. a. (Hrsg.), 2019, S. 33 ff.; ähnlich und nur einen teilweisen Verstoß sehend *Schneider*, Fernmeldegeheimnis und Fernmeldeaufklärung, 2020, S. 336 ff.; als verhältnismäßigen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG bewertet von *Gärditz*, DVBl 2017, S. 525 (528 ff.). Zurückhaltender als begrüßenswerte Neureglungen, die aber „angesichts ihrer lediglich zurückhaltend ausgeprägten Bestimmtheit noch zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führen könnten“, diskutiert bei *Brissa*, DÖV 2017, S. 765 (773 f.).
- 2061 Die Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt im Ausland zu verneinen, sei eine „überholte verfassungsrechtliche Mehrheitsmeinung des letzten Jahrhunderts“, so *Huber*, ZRP 2016, S. 162 (163, 166). Ausführlich mit einer Herleitung der extraterritorialen Grundrechtsbindung *Schwander*, Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem, 2019, S. 273 ff.; *Schaller*, GLJ 2018, S. 941 (977 ff.). Im Überblick mit verschiedenen Kritikpunkten, unter anderem den Vorgaben von

Vor den praktischen Folgen des Gesetzes für Anwält*innen und Journalist*innen warnten zudem Berufsverbände wie der Deutsche Anwaltsverein sowie Recherchenetzwerke und Interessenvertretungen von Journalist*innen, unter anderem Reporter ohne Grenzen.²⁰⁶² Überwachung sei für diese Berufsgruppen besonders gefährlich, da diese auf vertrauliche Kommunikation angewiesen seien. Internationale Kritik kam zudem von der OSZE-Beauftragten für Medienfreiheit²⁰⁶³ ebenso wie von UN-Sonderberichterstattenden des Büros des Hohen Kommissariats der Vereinten Nationen für Menschenrechte²⁰⁶⁴. Die rechtlichen und praktischen Bedenken konnten die parlamentarische Mehrheit nicht überzeugen: Das Gesetz wurde vom Bundestag verabschiedet und trat am 31.12.2016 in Kraft.²⁰⁶⁵

b) Strategische Prozessführung im Klagekollektiv

Nach Verabschiedung des BND-Gesetzes schlossen sich im Jahr 2017 mehrere Einzelpersonen und Organisationen zusammen, um eine Verfassungsbeschwerde gegen die Neuregelungen anzustrengen.²⁰⁶⁶ In diesem Klagekollektiv koordinierte die GFF die rechtlichen Schritte.²⁰⁶⁷ Im Vereinsvorstand wirkten der Generalsekretär Malte Spitz und der promovierte Jurist Ulf Buermeyer an dem Verfahren mit. Betreut und vor dem Bundesverfas-

Art. 10 Abs. 1 GG an eine Auslandsüberwachung, technischen Unzulänglichkeiten und den Anforderungen an eine effektive Kontrolle *Marxsen*, DÖV 2018, S. 218 (225 ff.); *Hölscheidt*, Jura 2017, S. 148 (155 f.); *Papier*, DRiZ 2017, S. 18 ff.

2062 Siehe dazu die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum Entwurf des BND-Gesetzes (Stellungnahme Nr.: 65/2016, Oktober 2016). Reporter ohne Grenzen startete gegen das Gesetz im Jahr 2016 eine Petition, die allerdings das Ziel von 10.000 Unterschriften mit 7881 verfehlte (Reporter ohne Grenzen, Petition: Ausländische Journalisten vor Überwachung durch den BND schützen, <https://www.reporter-ohne-grenzen.de/mitmachen/petitionen-protestmails/abgeschlossene-petitionen/petition-gegen-das-bnd-gesetz>).

2063 OSCE, Surveillance amendments in new law in Germany pose a threat to media freedom, OSCE Representative says, asks Bundestag to reconsider bill, 08.07.2016, <https://www.osce.org/fom/252076>.

2064 United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Brief der Sonderberichterstatter, 29.08.2016, OL DEU 2/2016.

2065 Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes v. 23.12.2016 (BGBl. 2016 I, S. 3346).

2066 Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, <https://freiheitsrechte.org/themen/freiheit-im-digitalen/bnd-gesetz-2>.

2067 GFF, BND-Gesetz, 13.05.2020, <https://freiheitsrechte.org/themen/freiheit-im-digitalen/bnd-gesetz-2>.

sungsgericht in der mündlichen Verhandlung vertreten wurde das Verfahren von Bijan Moini, einem promovierten Juristen und Syndikusanwalt der GFF. Matthias Bäcker wurde als externer Prozessbevollmächtigter bestellt, ein auf das Recht der Nachrichtendienste spezialisierter Professor für Öffentliches Recht und Informationsrecht, insbesondere Datenschutzrecht, von der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Ein Bündnis aus mehreren Medienorganisationen unterstützte das Verfahren: die Deutsche Journalistinnen- und Journalisten-Union, der Deutsche Journalisten-Verband, das Netzwerk n-ost, netzwerk recherche und Reporter ohne Grenzen. Vor allem letztere Organisation war aktiv in die Verfahrensplanung involviert, zuständig war der Referent Daniel Moßbrucker. Als juristische Person trat Reporter ohne Grenzen zudem als eine von acht Beschwerdeführenden auf. Hinzu kamen sieben im Ausland lebende und tätige natürliche Personen, darunter Investigativjournalist*innen und ein Anwalt.

aa) Strategie und Motive

Die Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz stand im breiteren Kontext weltweiter zivilgesellschaftlicher Forderungen nach effektiver Kontrolle von Nachrichtendiensten. Das übergreifende Ziel der Beschwerde war es, Minimalstandards für die Arbeit des BND zu etablieren, gegen eine Ausweitung nachrichtendienstlicher Überwachungsbefugnisse einzutreten und ihre effektive Kontrolle einzufordern. Das Verfahren werfe Probleme auf, die Nachrichtendienste weltweit betreffen, so der Journalist Richard Norton-Taylor, einer der Beschwerdeführenden:

„The aim is proper and effective democratic accountability of Intelligence Agencies. We need constitutionally-established, independent and effective scrutiny of Intelligence and Security Agencies which are becoming more and more powerful for understandable reasons but at a time they are benefitting from developments in new technologies. National laws can never keep up with increasing surveillance technology.“²⁰⁶⁸

2068 Interview Richard Norton-Taylor v. 08.10.2019 (BND/I/4), 27. Übersetzung der Verfasserin: „Das Ziel ist eine angemessene und wirksame demokratische Kontrolle der Geheimdienste. Wir brauchen eine verfassungsmäßig verankerte, unabhängige und wirksame Kontrolle von Geheimdiensten und Sicherheitsbehörden, die aus verständlichen Gründen immer mächtiger werden und zugleich von den

Die internationale Signalwirkung des BND-Verfahrens betonte auch der nordmazedonische Journalist Goran Lefkov, ebenfalls ein Beschwerdeführer. Deutschland habe eine Vorbildfunktion im Hinblick auf Rechtsstaatlichkeit. Umso überraschender sei es, dass weitreichende Überwachung durch den BND nun gesetzlich erlaubt sei:

„One thing that really motivated me to go until the end was that Germany, in my eyes and the eyes of everyone in the Balkans or even Europe, is iconic when it comes to respecting the law and law enforcement. To be honest, I was surprised that Germany can have such a law. It's different in my country, a small and ex-communist country. I know they are wiretapping me, but illegally and not by the law. So my expectation was that this case could really do some good for the democracy, in all the countries.“²⁰⁶⁹

Die Bedeutung des BND-Verfahrens lag zudem in der großen Zahl Betroffener. Die neuen Überwachungsbefugnisse waren so weit gefasst, dass jegliche Auslandskommunikation potenziell darunterfiel. Dass das BND-Gesetz heimliche Überwachung ohne Regelungen zum Schutz besonderer Vertrauensverhältnisse erlaubte, erschwerte nach Ansicht des Klagekollektivs den Quellenschutz und damit die Arbeit von investigativ arbeitenden Journalist*innen.²⁰⁷⁰ Das übergeordnete grund- und menschenrechtliche Anliegen war somit der Schutz der Kommunikationsfreiheiten und der Pressefreiheit.

Ein rechtliches Vorgehen gegen das BND-Gesetz eignete sich aus mehreren Gründen als Präzedenzfall. Die neuen Befugnisse des BND waren ein „Paradebeispiel dafür, was man mit heutiger Technik alles machen kann.“²⁰⁷¹ Ferner warf die Gesetzesänderung zahlreiche prozessuale und

Entwicklungen der neuen Technologien profitieren. Nationale Gesetze können mit der Entwicklung von Überwachungstechnologien nicht mithalten.“

2069 Interview Goran Lefkov v. 25.01.2022 (BND/I/7), 15, 41. Übersetzung der Verfasserin: „Eine Sache, die mich wirklich motiviert hat, bis zum Ende zu gehen, war, dass Deutschland in meinen Augen und in den Augen aller Menschen auf dem Balkan oder sogar in Europa eine Vorreiterrolle hat, wenn es um die Einhaltung von Gesetzen und Rechtsdurchsetzung geht. Um ehrlich zu sein war ich überrascht, dass Deutschland ein solches Gesetz haben kann. In meinem Land, einem kleinen, ehemals kommunistischen Land, ist das anders. Ich weiß, dass sie mich abhören, aber illegal und ohne Gesetzesgrundlage. Meine Erwartung war, dass dieser Fall wirklich etwas Gutes für die Demokratie in allen Ländern bewirken könnte.“

2070 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 67; Interview Goran Lefkov v. 25.01.2022 (BND/I/7), 8.

2071 Interview Matthias Bäcker v. 26.09.2019 (BND/I/2), 43.

materiellrechtliche Fragen auf, die im Nachrichtendienstrecht schon lange ungeklärt waren. Diese Chance galt es nach Einschätzung der Prozessführenden zu ergreifen: „Das ist jetzt ein Verfahren, darauf kommt es wirklich an, das passiert alle zehn bis 15 Jahre.“²⁰⁷² Das direkte rechtliche Ziel war es, die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes feststellen zu lassen und eine verfassungskonforme Gesetzesgrundlage zu erstreiten, die Schutz für besonders gefährdete Gruppen wie Journalist*innen oder Regimegegner*innen berücksichtigte.²⁰⁷³ Es war zu klären, welchen Vorgaben die strategische Auslandsüberwachung unterliegt und welchen Grundrechtsschutz Ausländer*innen im Ausland gegenüber Überwachungsmaßnahmen des deutschen Staates genießen.²⁰⁷⁴ Neben diesen direkten juristischen Zielen sollte das Verfahren eine Fernwirkung haben: Ein juristischer Erfolg könne die nachrichtendienstliche Gesetzgebung in Zukunft prägen und wäre zugleich ein Zeichen an den parlamentarischen Prozess:

„Man kann so mit den Grundrechten nicht umgehen, dass man erst einmal heimlich in Freiheitsrechte eingreift und dann ein Gesetz erlässt, das alles, was heimlich gemacht wurde, einschränkungslos legitimiert, ohne zu hinterfragen, ob das wirklich erforderlich ist.“²⁰⁷⁵

Hinsichtlich der Erfolgsaussichten, all diese Ziele zu erreichen, hatten die Akteur*innen unterschiedliche Erwartungen. Verschiedene Verfahrensausgänge waren denkbar: Sollte das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtsbindung bejahen, wäre das Gesetz nach Einschätzung des Prozessbevollmächtigten Matthias Bäcker unhaltbar.²⁰⁷⁶ Wie weitreichend der Erfolg in diesem Fall wäre, hinge von den Maßstäben ab, die das Gericht für Überwachung aufstellen würde. Mit einem vollständigen Verbot von anlassloser Überwachung sei aber eher nicht zu rechnen. Ein zweites Szenario war die verfassungskonforme Auslegung der angegriffenen Vorschriften. Aber auch das wäre schon ein „großer Erfolg“²⁰⁷⁷, „wenn das Bundesverfassungsgericht für die Auslegung des Gesetzes Maßgaben aufstellt“²⁰⁷⁸. Der Beschwerdeführer Richard Norton-Taylor zeigte sich pessimistischer. Trotz

2072 Interview Daniel Moßbrucker v. 07.10.2019 (BND/I/3), 123.

2073 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 12; Interview Daniel Moßbrucker v. 07.10.2019 (BND/I/3), 28.

2074 Interview Matthias Bäcker v. 26.09.2019 (BND/I/2), 41.

2075 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 1, 15; 19.

2076 Interview Matthias Bäcker v. 26.09.2019 (BND/I/2), 170.

2077 Ebd., 2, 187.

2078 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 37.

der Überzeugung, dass irgendwo in Deutschland nachrichtendienstliche Informationen über ihn vorhanden seien²⁰⁷⁹, befand er:

*„Honestly, I am not very optimistic about a successful result. I have no expectation of success, but of course it is very welcome and that shouldn't stop encouraging people.“*²⁰⁸⁰

Eine weitere Sorge war, dass das Verfahren sogar zu einer Verschlechterung führen könnte, gerade auf internationaler Ebene:

*„One danger was that if we lost the case in the German Constitutional Court, the law could be copied in all other dictatorships like Turkey or Hungary. And that is going to be a big, negative impact. Other countries could then say: If there is such a law in Germany, why should we change our surveillance laws?“*²⁰⁸¹

Auf individueller Ebene hingegen gebe es wenig zu verlieren und viel zu gewinnen, so der Journalist weiter:

*„I believe they are wiretapping you anyway, even in the European Union. And only if they need some evidence, they will go and look for permission of the courts. So at the end, I thought I have nothing to lose but I can do something and change the future and the lives of the local investigative journalists and of the sources. It's really important to protect whistleblowers and sensitive sources.“*²⁰⁸²

2079 Interview Richard Norton-Taylor v. 08.10.2019 (BND/I/4), 8: „I am convinced that there is information on me somewhere in Germany“. Übersetzung der Verfasserin: „Ich bin überzeugt, dass es irgendwo in Deutschland Informationen über mich gibt.“

2080 Ebd., 24. Übersetzung der Verfasserin: „Ehrlich gesagt bin ich nicht sehr optimistisch, was ein erfolgreiches Ergebnis angeht. Ich erwarte keinen Erfolg, aber natürlich ist er sehr willkommen, und das sollte Menschen nicht entmutigen.“

2081 Interview Goran Lefkov v. 25.01.2022 (BND/I/7), 15. Übersetzung der Verfasserin: „Eine Gefahr war, dass, wenn wir den Fall vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht verlieren, das Gesetz in allen Diktaturen wie der Türkei oder Ungarn kopiert werden könnte. Das wäre eine große, negative Auswirkung gewesen. Andere Länder hätten dann sagen können: Wenn es ein solches Gesetz in Deutschland gibt, wieso sollten wir unsere Überwachungsgesetze ändern?“

2082 Ebd., 14. Übersetzung der Verfasserin: „Ich glaube, sie hören dich ohnehin ab, auch in der Europäischen Union. Und nur, wenn sie Beweise brauchen, holen sie sich die Erlaubnis der Gerichte ein. Am Ende dachte ich also, ich habe nichts zu verlieren, aber ich kann etwas tun und die Zukunft und das Leben der lokalen investigativen Journalisten und der Quellen verändern. Es ist wirklich wichtig, Whistleblower und sensible Quellen zu schützen.“

Wieso die Akteur*innen trotz der teils gemäßigten Erwartungen das Verfahren verfolgten, hängt auch mit organisationsinternen Aspekten zusammen. Für die im Jahr 2015 gegründete GFF war das BND-Verfahren eines ihrer ersten großen Projekte. Das Thema bot sich an, weil bereits Expertise und Kontakte im Verein vorhanden waren. Als neue Organisation erhoffte sich die GFF mit dem Verfahren und einem spezifischen Ansatz zu etablieren:

„Das Verfahren steht exemplarisch für unsere Arbeit, auch was die potenzielle Wirkung eines positiven Urteils angeht, vor allem die Fernwirkungen, dass es über einzelne Gesetz hinauswirkt und die Gesetzgebung in Zukunft prägen kann, wird, muss.“²⁰⁸³

Ungewöhnlich ist auf den ersten Blick die aktive Beteiligung von Reporter ohne Grenzen, eigentlich eine *Advocacy*-Organisation. Juristische Einzelfälle unterstützte die Organisation zwar schon seit vielen Jahren. Eine damals noch neuere Entwicklung sei hingegen das Engagement in strategischen Prozessen, so die Einschätzung von Daniel Moßbrucker auf die Frage, ob Rechtsmobilisierung schon vor dem Fall zu den Handlungsinstrumenten der Organisation zählte. Woran das liege?

„Im Konflikt Freiheit versus Sicherheit ist es mit den klassischen advocacy tools sehr schwierig geworden. 9/11 hat das Sicherheitsgefühl der westlichen Demokratien nachhaltig verändert. Da bleibt nur das Recht als ultima ratio.“²⁰⁸⁴

bb) Taktik

Um diese Ziele zu erreichen, schien prozesstaktisch eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Gesetz, eine sogenannte Rechtsatzverfassungsbeschwerde, am geeignetsten. Mit der Ende 2017 erhobenen Beschwerde rügten die Beschwerdeführenden eine Verletzung ihres Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG), der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) sowie des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) durch die Befugnisnormen des BND zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 6 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, Abs. 6, § 7 Abs. 1 BND-Gesetz), zur

2083 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 19.

2084 Interview Daniel Moßbrucker v. 07.10.2019 (BND/I/3), 38.

Übermittlung (§ 19 Abs. 1, § 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, Abs. 3 BND-Gesetz) und zur Kooperation der Nachrichtendienste (§ 13 Abs. 4, § 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, § 15 Abs. 1 BND-Gesetz).²⁰⁸⁵

(1) Rechtssatzverfassungsbeschwerde als vielversprechendster Weg

Rechtlich gab es zwei Möglichkeiten, das BND-Gesetz einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung zuzuführen: die Anrufung der Fachgerichte samt einer Rechtswegerschöpfung oder die direkte Erhebung einer Verfassungsbeschwerde. Gegen den Weg über die Fachgerichte sprachen die wie geschildert hohen Hürden bei einer fachgerichtlichen Überprüfung von verdeckten Überwachungsmaßnahmen. Hinzu kam eine Besonderheit der nachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung: Sie richtet sich naturgemäß gegen Personen im Ausland. Inwiefern sich diese auf eine Rechtsverletzung vor deutschen Gerichten berufen können, war wegen der offenen Frage der Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland unklar. Hierin lag eine rechtsdogmatische Zugangslücke – ganz zu schweigen von den praktischen Schwierigkeiten, als Ausländer*in aus dem Ausland juristisch derartige Eingriffe abzuwehren. Fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen das BND-Gesetz war daher „quasi unmöglich, da man von Überwachung erst Jahre später erfährt, im Zweifel sitzt man als Journalist in autoritären Staaten dann im Gefängnis.“²⁰⁸⁶ Prozessual schien die Rechtssatzverfassungsbeschwerde das vielversprechendste Instrument. Diese hat zudem den großen Vorteil, das langwierige und kostenintensive Ausschöpfen des Rechtswegs zu vermeiden.²⁰⁸⁷ Die Prozesstaktik zielte somit darauf, Argumente gegen das BND-Gesetz und für die Zulässigkeit und Begründetheit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde zu entwickeln.

2085 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 33 ff.; Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, S. 43 ff.

2086 Interview Matthias Bäcker v. 26.09.2019 (BND/I/2), 58.

2087 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 33, 35: „Wenn wir eine Gesetzesverfassungsbeschwerde einreichen können, dann ist das immer der bevorzugte Weg, denn das hat eine größere Wirkung, ist am schnellsten und günstigsten.“

(a) Beschwerdeführende weltweit suchen

Bereits die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde warf einige Herausforderungen auf. Insbesondere brauchte es beschwerdebefugte Personen. Diese mussten nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG darlegen, durch die Regelungen im BND-Gesetz möglicherweise in eigenen Grundrechten verletzt sowie selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen zu sein.²⁰⁸⁸ Solche potenziell von Auslandsüberwachung betroffenen Personen weltweit zu finden, war die zentrale Aufgabe in Vorbereitung des Verfahrens.²⁰⁸⁹ Diese Suche nach den Beschwerdeführenden ging arbeitsteilig vonstatten. Um die unterschiedliche Betroffenheit von natürlichen und juristischen Personen ebenso wie von Inländer*innen, EU-Ausländer*innen und Nicht-EU-Ausländer*innen abzubilden, wurden Beschwerdeprofile entwickelt. Der Prozessbevollmächtigte Matthias Bäcker formulierte die Kriterien, die die Personen erfüllen mussten. Mit diesen Fallprofilen machten sich die Kooperationsorganisationen, vorrangig Daniel Moßbrucker bei Reporter ohne Grenzen, über ihre Netzwerke auf die Suche nach geeigneten Personen.

Durch die gezielte Suche fanden sich acht Beschwerdeführende: die Organisation Reporter ohne Grenzen (Beschwerdeführende zu 1), die Journalist*innen Khadija Ismayilova in Aserbaidschan (zu 2), Paul van Gageldonk aus den Niederlanden, der in Deutschland lebte (zu 3), Richard Norton-Taylor im Vereinigten Königreich (zu 4), Blaz Zgaga in Slowenien (zu 5), Raul Olmos in Mexiko (zu 6) und Goran Lefkov in Nordmazedonien (zu 7). Hinzu kam Michael Mörth, ein deutscher Anwalt, der in Guatemala lebte und arbeitete (zu 8). Diese acht Beschwerdeführenden repräsentierten unterschiedliche grundrechtliche Gefährdungslagen und damit verfassungsrechtliche Probleme der Vorschriften des BND-Gesetzes. Zunächst teilten sie die Gemeinsamkeit, dass sie alle regelmäßig aus dem Ausland mit Personen im Ausland kommunizierten. Sie waren auf diese Kommunikation im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit angewiesen und nutzten dazu elektronische Kommunikationsdienste. Ebenso waren sie da-

2088 Zu diesen Anforderungen mit Nachweisen zur Rechtsprechung siehe Kapitel C.I.3.a). Zu den Besonderheiten bei Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze, die den BND zu Überwachungsmaßnahmen ermächtigen, siehe BVerfGE 100, 313 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94 (Telekommunikationsüberwachung I), Rn. 144.

2089 Interview Daniel Moßbrucker v. 07.10.2019 (BND/I/3), 85; Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 70.

rauf angewiesen, dass die Identität ihrer Kontaktpersonen vertraulich blieb, weil ihnen andernfalls Repressionen drohten.²⁰⁹⁰ Durch ihre investigativen und staatskritischen Tätigkeiten standen die Beschwerdeführenden selbst und/oder ihre Kontaktpersonen als Oppositionelle im Fokus ausländischer Nachrichtendienste. Dadurch war nicht auszuschließen, dass die Beschwerdeführenden in den „Aufklärungsfokus“²⁰⁹¹ des BND gerieten. Zu ihrer vergleichbaren Gefährdungslage kamen spezifische Umstände hinzu, die zuvor als Kriterien in den Beschwerdeprofilen entwickelt worden waren:

Einer der acht Beschwerdeführenden, Michael Mörth, war deutscher Staatsbürger und in Guatemala als Rechtsanwalt für ein Menschenrechtsbüro tätig. Daneben arbeitete er für die Internationale Juristenkommission mit Sitz in Genf. Anhand von seiner Lebenssituation ließ sich zeigen, dass auch deutsche Staatsangehörige mit aller Wahrscheinlichkeit von der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung betroffen waren.²⁰⁹² Zwei weitere Beschwerdeführer, Richard Norton-Taylor und Paul van Gageldonk, waren Unionsbürger. Sie richteten sich dagegen, von Überwachungsmaßnahmen nicht in gleicher Weise ausgenommen zu sein wie deutsche Staatsangehörige und Personen im Inland.²⁰⁹³ Neben diesen natürlichen Personen ließ sich mit Reporter ohne Grenzen die Frage klären, inwiefern sich eine im europäischen Ausland – hier Frankreich – ansässige juristische Person des Privatrechts auf das Fernmeldegeheimnis und die Pressefreiheit berufen kann.²⁰⁹⁴ Den geringsten Schutz nach den Vorschriften des BND-Gesetzes hatten Nicht-EU-Ausländer*innen im Ausland. Eine Begrenzung der Datenerhebung, -verarbeitung und -übertragung war nicht vorgesehen. Die dadurch entstehenden Schutzlücken konnten mit den vier Beschwerdeführenden Khadija Ismayilova, Blaz Zgaga, Raul Olmos und Goran Lefkov aufgezeigt werden. Sie waren alle ausländische Staatsbürger*innen und außerhalb der Europäischen Union als Investigativ-Journalist*innen tätig.²⁰⁹⁵ Einer von ihnen, Raul Olmos, arbeitete außerdem für die journalistische

2090 Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, S. 23 f.

2091 So später BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 64.

2092 Zudem sehe ihn der BND vermutlich als Funktionsträger einer ausländischen juristischen Person – dem Menschenrechtsbüro – und damit nicht als grundrechtsberechtigten an, dazu: Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, S. 39.

2093 Ebd., S. 34 ff., 80 f.

2094 Ebd., S. 32 f., 64 ff., 82 f.

2095 Ebd., S. 36 ff., 79.

Abteilung einer mexikanischen NGO und damit eine im Nicht-EU-Ausland ansässige juristische Person des Privatrechts.

Eine weitere Hürde im Rahmen der Zulässigkeit war es darzulegen, dass diese acht Beschwerdeführenden keine andere Möglichkeit hatten als den Weg nach Karlsruhe, um der Grundrechtsverletzung abzuweichen. Andernfalls wäre ihre Verfassungsbeschwerde wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Rechtswegerschöpfung (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) und den der Subsidiarität unzulässig.²⁰⁹⁶ Dazu argumentierten die Prozessführenden, dass andere Möglichkeiten wie ein Auskunftsanspruch (§ 22 BND-Gesetz i. V. m. § 15 BVerfSchG) nur unzureichenden Grundrechtsschutz böten.²⁰⁹⁷

(b) Grund- und menschenrechtliche Argumentation: Grundrechtsbindung und Maßstababildung

Für die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde gab es zwei weitere Herausforderungen. Erstens hing der Ausgang des Verfahrens von der ungeklärten Frage nach der Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt im Ausland ab. Die Bundesregierung und der BND vertraten die Ansicht, Art. 10 Abs. 1 GG schütze nur deutsche Staatsangehörige und ausländische Personen innerhalb des Bundesgebietes, nicht Ausländer*innen im Ausland.²⁰⁹⁸ Das Bundesverfassungsgericht hatte diese Frage in vorheriger Rechtsprechung ausdrücklich offengelassen.²⁰⁹⁹ Mit ihrer Beantwortung

2096 Zu den Anforderungen und Ausnahmen bei einer Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze im Kontext von Überwachung BVerfGE 150, 309 = BVerfG, Beschluss I. Senat v. 18.12.2018 – 1 BvR 2795/09 (KFZ-Kennzeichenkontrollen), Rn. 41 ff., m. w. N. Allgemein zum Rechtswegerschöpfungsgebot und dem Subsidiaritätsgrundsatz siehe *Walter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, III, 99. EL 2022, Art. 93 GG Rn. 370 ff.; *Niesler*, in: *BeckOK BVerfGG*, 14. Ed. 2022, § 90 Abs. 2 BVerfGG Rn. 5, 18 ff., 44 ff.

2097 Dazu die Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, *Schriftsatz* v. 19.12.2017, S. 40. Inzwischen ist der Auskunftsanspruch in § 9 BND-Gesetz geregelt.

2098 Zu den Argumenten siehe die Stellungnahme der Bundesregierung zu BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 46 ff.; ebenso in vorherigen Verfahren, etwa die Stellungnahme des Bundesministers des Innern zu BVerfGE 100, 313 = BVerfG, Beschluss I. Senat v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94 (Telekommunikationsüberwachung I), Rn. 92 ff.

2099 BVerfGE 100, 313 = BVerfG, Beschluss I. Senat v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94 (Telekommunikationsüberwachung I), Rn. 173 ff.: „Wie weit der Schutz des Art. 10 GG in räumlicher Hinsicht reicht, ist in der Verfassungsrechtsprechung bisher nicht geklärt. [...] Über geheimdienstliche Tätigkeiten, die nicht dem G 10 unterliegen,

stand und fiel der Erfolg des Verfahrens: „Das war der Knackpunkt. Es war klar: Wenn wir diesen Punkt machen, dann gewinnen wir auf jeden Fall. Die Frage ist nur, wie weitgehend.“²¹⁰⁰ Was er bereits als Sachverständiger im Gesetzgebungsverfahren argumentiert hatte, legte der Prozessbevollmächtigte Matthias Bäcker in der Beschwerdebeurteilung ausführlich dar: Der Zweck staatlicher Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG, die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, die Ausgestaltung des Fernmeldegeheimnisses als Grundrecht jeder Person und andernfalls entstehende Wertungswidersprüche ließen keine territoriale und personelle Begrenzung des Grundrechtsschutzes auf Inländer*innen zu.²¹⁰¹ Die Anwendbarkeit der Grundrechte vorausgesetzt, seien die angegriffenen Vorschriften schon wegen eines Verstoßes gegen das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG verfassungswidrig.²¹⁰² Die Frage nach der Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland bildete somit den „dogmatischen Hebel der verfassungsrechtlichen Kritik“²¹⁰³ am BND-Gesetz.

Die zweite Kernfrage des Verfahrens war die nach den verfassungsrechtlichen Maßstäben für die Überwachungstätigkeit des BND im Ausland. In vorheriger Rechtsprechung hatte das Bundesverfassungsgericht zwar eine Reihe von verfassungsrechtlichen Vorgaben für staatliche Überwachung entwickelt, es war aber unklar, inwiefern diese auf die Ausland-Ausland-Überwachung übertragbar und nach dem aktuellen Stand der Technik noch maßgeblich sein konnten.²¹⁰⁴ Entsprechend zeigte die Verfassungsbeschwerde die verfassungsrechtlichen Defizite der Regelungen zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und

ist hier ebensowenig zu entscheiden wie über die Frage, was für ausländische Kommunikationsteilnehmer im Ausland gilt.“

2100 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 10.

2101 Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, S. 43 ff.

2102 Ebd., 71.

2103 *Löffelmann*, Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, in: Dietrich u. a. (Hrsg.), 2019, S. 33 (35).

2104 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 12: „Beim BND-Verfahren waren die Maßstäbe unklar. Es gab diese Entscheidung von 1999, deren Übertragbarkeit aber unklar war und bei der auch unklar war, ob und inwieweit die heute noch maßgeblich sein kann oder ob man sie nicht einfach aufgrund ganz stark veränderter technischer Bedingungen möglicherweise ein bisschen historisieren muss.“ Die Ausführungen beziehen sich auf BVerfGE 100, 313 = BVerfG, Beschluss I. Senat v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94 (Telekommunikationsüberwachung I). Zur Entwicklung der grundrechtlichen Maßstäbe für Überwachungsmaßnahmen *Bäcker*, Sicherheitsverfassungsrecht, in: VerfassungsR-HdB, 2021, S. 1715 ff., Rn. 81 ff.

Art. 10 Abs. 1 GG auf: die zu niedrigen Eingriffsschwellen für eine anlasslose Überwachung, die unzureichende Beschränkung der Erhebung und Weiterverarbeitung erfasster Telekommunikationsdaten und die zu weiten Möglichkeiten, erhobene Daten an andere Stellen zu übermitteln.²¹⁰⁵ Zudem fehle eine umfassende Kontrolle. Das auf verschiedene Stellen verteilte „Kontrollarrangement“ sei „dysfunktional“ und verhindere eine wirksame Überprüfung.²¹⁰⁶ Die Argumentation in der Verfassungsbeschwerde zielte somit weniger darauf, „selbst in kreativer Weise positive Maßstäbe vorzulegen“, als die Grundrechtsverstöße sauber herauszuarbeiten.²¹⁰⁷ Entsprechend lagen die Erwartungen:

„Das BND-Verfahren ist weniger als andere Verfahren das, was ich Malen nach Zahlen nennen würde: Man hat einen Maßstab aus vorherigen Entscheidungen und wendet ihn auf den Fall an. Hier ist es anders, was dazu führt, dass man sich eher tastend vor bewegt. Ich kann mir vorstellen, dass wir hier erst einmal drei grundsätzliche Pflöcke einschlagen und den Ball zurück an den Gesetzgeber spielen. Damit könnte ich leben, dass die hier erst mal sondieren: Das geht, das geht nicht.“²¹⁰⁸

Neben diesen rechtlichen hatte das Verfahren eine technische Dimension: Verboten war laut § 6 Abs. 4 BND-Gesetz die Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen. Eine solche Trennung von inländischer, internationaler und ausländischer Kommunikation sei technisch kaum möglich, so die Beschwerdeführenden.²¹⁰⁹ Um dieses Argument zu untermauern, reichten sie ein technisches Gutachten ein.²¹¹⁰

2105 Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, 71 ff.

2106 Ebd., S. 87.

2107 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 13: „Maßstäbe vorzuschlagen war nicht erforderlich, um die Verfassungsbeschwerde zu substantiieren und wäre aus meiner Sicht eher Gefahr gelaufen, dass sie sich dem nicht anschließen, dass dann gleich noch mehr kippt in die andere Richtung.“

2108 Interview Matthias Bäcker v. 26.09.2019 (BND/I/2), 162; zu den Argumenten des Klagekollektivs die Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, S. 71 ff.

2109 Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, S. 7.

2110 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 41.

(2) Flankierend: Pressekampagne, Projektwebsite

Der gesamte Prozessverlauf wurde mit Öffentlichkeitsarbeit der GFF und der unterstützenden Medienorganisationen begleitet. Anlässlich der Beschwerdeeinreichung fand Anfang 2018 eine Pressekonferenz statt, es wurden regelmäßig Pressemitteilungen auf Deutsch und Englisch veröffentlicht und die Beteiligten gaben Interviews und Stellungnahmen ab.²¹¹¹ Zudem richteten sie eine Projektwebsite mit dem Namen „No Trust, No News“ ein, auf der die Hintergründe der Verfassungsbeschwerde beschrieben, die Beschwerdeführenden porträtiert und die beteiligten Organisationen aufgeführt wurden.²¹¹² Die GFF koordinierte die Öffentlichkeitsarbeit in enger Absprache mit Reporter ohne Grenzen und den Partner*innenorganisationen.

Die Umstände des Falls brachten einige Herausforderungen in der Kommunikation mit sich. Das Thema staatlicher Überwachung blieb trotz des NSA-Skandals abstrakt und die Relevanz der Verfassungsbeschwerde war wegen der scheinbar fehlenden direkten eigenen Betroffenheit von Personen in Deutschland schwer vermittelbar, resümiert Bijan Moini.²¹¹³ Dies läge auch an der „gefährlichen Kombination aus neuen technischen Möglichkeiten und dem Gewöhnungseffekt gegenüber Überwachung“.²¹¹⁴ Entsprechend aufwendig war die Öffentlichkeitsarbeit. Gerade in einem solchen Fall zeigt sich aber der Mehrwert der prozessbegleitenden Kommunikation durch dafür zuständige NGOs wie die GFF, so der externe Prozessbevollmächtigte Matthias Bäcker: Sie stellen die komplizierten und abstrakten rechtlichen Fragen verständlich dar und vermitteln sie der Öffentlichkeit, was die Aufgabe der reinen Prozessvertretung übersteigt.²¹¹⁵

2111 Dokumentiert auf GFF, Pressemitteilungen, <https://freiheitsrechte.org/themen/freiheit-im-digitalen/bnd-gesetz-2>.

2112 No Trust No News – Wir klagen gegen das BND-Gesetz! (Website nicht mehr online, abrufbar aus Webarchiv Stand 11.03.2022), <https://web.archive.org/web/20220311083713/https://notrustnonews.org/>.

2113 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 24.

2114 Ebd., 1, 29.

2115 Interview Matthias Bäcker v. 26.09.2019 (BND/I/2), 45.

cc) Klagekollektiv

Mündliche Vereinbarungen regelten die Grundlagen der Zusammenarbeit im Klagekollektiv bestehend aus den acht Beschwerdeführenden, der GFF als Koordinationsstelle, dem externen Prozessbevollmächtigten Matthias Bäcker und den fünf unterstützenden Medienorganisationen. Die Durchführung des Projekts erfolgte arbeitsteilig: Der Prozessbevollmächtigte Matthias Bäcker erarbeitete den Schriftsatz, die GFF gab Feedback. Die Beschwerdeführenden selbst wurden laut eigenen Aussagen und der Beschreibung des Prozessbevollmächtigten der GFF hauptsächlich zu Beginn des Verfahrens aktiv einbezogen.²¹¹⁶ Sie lieferten alle relevanten Informationen zu ihrer beruflichen Situation, ihren Lebensumständen und den Problemen, die die potenzielle Überwachung durch den BND für sie zur Folge haben könnte. Diese „Ausschnitte aus ihrer Lebensgeschichte“ wurden für mehrere Zwecke verwendet. Im Schriftsatz dienten sie dazu, die unmittelbare und gegenwärtige Betroffenheit zu begründen und so die Zulässigkeit zu substantiieren.²¹¹⁷ In der Beschwerdebeurteilung schlug sich dies in 13 Seiten zur Beschwerdebefugnis nieder – ungewöhnlich viel, so der Prozessbevollmächtigte Matthias Bäcker.²¹¹⁸ Ihre Beschreibungen wurden zudem für die Öffentlichkeitsarbeit genutzt und auf der Projektwebsite veröffentlicht. Im späteren Verfahrensverlauf nahmen die Beschwerdeführenden dann eine eher passive Rolle ein. Ein Beschwerdeführer war bei einer Pressekonferenz dabei, ein anderer reiste für die mündliche Verhandlung an. Bei der Urteilsverkündung war hingegen keine der beschwerdeführenden Personen anwesend.

Insgesamt war die Zusammensetzung des Klagekollektivs „eine Kombination aus rechtlichen Experten und Leuten im Feld“.²¹¹⁹ Dadurch konnten sich Expertisen und Ressourcen ergänzen: als internationale Interessenvertretung für Journalist*innen hatte Reporter ohne Grenzen Fachexpertise und Kontakte zu Journalist*innen auf der ganzen Welt; die GFF verfügte als neue NGO zwar nur punktuell über Kontakte, dafür aber über menschenrechtliche und technische Expertise und Kapazitäten für die Ko-

2116 Interview Richard Norton-Taylor v. 08.10.2019 (BND/I/4), 35; Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 19.

2117 Interview Matthias Bäcker v. 26.09.2019 (BND/I/2), 125; siehe Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, S. 15 ff.

2118 Interview Matthias Bäcker v. 26.09.2019 (BND/I/2), 147.

2119 Interview Daniel Moßbrucker v. 07.10.2019 (BND/I/3), 154.

ordination des Verfahrens. Entsprechend verlief die Arbeitsteilung: „Die GFF kümmert sich ums Recht, wir suchen Beschwerdeführer“, so Daniel Moßbrucker.²¹²⁰ Als Professor für Öffentliches Recht forschte Matthias Bäcker seit vielen Jahren zum Nachrichtendienstrecht und brachte die Fach- und Prozessexpertise für das Verfahren mit. Die journalistischen Organisationen unterstützten die Verfahren mit Öffentlichkeitsarbeit. Gleichzeitig machte diese institutionelle Trennung die Durchführung des Verfahrens aufwendig: „Durch so viele Kooperationspartner entsteht Koordinationsaufwand, weil alle informiert werden müssen, weil alle beteiligt werden müssen.“²¹²¹

Die GFF übernahm die Verfahrenskoordination und damit alle organisatorischen Aufgaben nach innen und außen. Sie fungierte also als idealtypische Koordinationsstelle, ihre Rolle in strategischer Prozessführung „par excellence“.²¹²² Zu der Arbeit an der rechtlichen Argumentation kamen logistische Aufgaben, zum Beispiel die Suche nach den Beschwerdeführenden zu koordinieren und das Verfahrensbudget zu verwalten. Die Kommunikation nach innen erforderte es, den Stand des Verfahrens regelmäßig zu teilen. Die Dokumente in der Verfahrenssprache Deutsch mussten für die Beschwerdeführenden übersetzt werden. Ferner wurden wesentliche Fragen zur Prozesstaktik und der Öffentlichkeitsarbeit zwischen allen Akteuren des Klagekollektivs abgestimmt. Dass die GFF alle Informationen bündelte, veränderte auch die Kommunikation zwischen dem Prozessbevollmächtigten und den Beschwerdeführenden, denn diese erfolgte nicht unmittelbar, sondern vermittelt über Vereinsmitarbeitende.

dd) Finanzierung

Neben immateriellen Ressourcen wie Expertise und Beziehungen sicherte das Klagekollektiv auch die Finanzierung der Verfassungsbeschwerde. Die Kosten für das Verfahren teilten die Organisationen, Grundlage dafür war eine Finanzierungsvereinbarung.²¹²³ Da Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht nach § 34 Abs. 1 BVerfGG gerichtskostenfrei sind, fielen vor allem außergerichtliche Kosten für die Vorbereitung und Durchführung

2120 Ebd., 72.

2121 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 64.

2122 Ebd., 1. 8.

2123 Ebd., 1, 87.

an.²¹²⁴ Ohne das Klagekollektiv hätten die Beschwerdeführenden diese zunächst selbst tragen und damit ein Kostenrisiko eingehen müssen. Denn eine ganze oder teilweise Erstattung als notwendige Auslagen ist nach § 34a Abs. 2 BVerfGG nur dann verpflichtend vorgesehen, wenn sich die Verfassungsbeschwerde als begründet erweist. Den größten Kostenpunkt bilden regelmäßig und so auch hier die Vergütung der Bevollmächtigten. Da die Verfassungsbeschwerde erfolgreich war, wurde diese ebenso wie die Kosten für das technische Sachverständigengutachten im Auftrag der GFF erstattet.²¹²⁵

Jenseits dieser erstattungsfähigen Aufwendungen waren weitere Ressourcen nötig, um die Verfassungsbeschwerde zu planen, ihre komplexen technischen und rechtlichen Grundlagen zu erarbeiten und sie begleitet von Öffentlichkeitsarbeit unter Mitwirkung vieler Akteur*innen durchzuführen. Nötig waren zeitliche und personelle Ressourcen für die aufwendige Akquise und Betreuung der Beschwerdeführenden sowie die Öffentlichkeitsarbeit. Um hierfür Spenden zu generieren, richtete die GFF zudem einen Spendenknopf auf ihrer Website ein. Dass dieser kaum Spenden einbrachte, erklärt sich die GFF mit der Komplexität des Themas.²¹²⁶ Dieses sei „schwer zu vermitteln, eine richtige Spendenkampagne wäre aussichtslos gewesen.“²¹²⁷ Innerhalb der Prozessführungsorganisation arbeiteten der Fallmanager Bijan Moini und Personen im Vorstand ehrenamtlich an dem Verfahren, da sich der Verein damals noch in der Gründungsphase befand und kaum finanzielle Mittel für Personal zur Verfügung standen. Im Laufe des Verfahrens wuchs die GFF und erhielt zunehmend Fördermitgliedschaften und institutionelle Zuwendungen, etwa durch Stiftungen wie die – bereits JUMEN fördernde – Bewegungsstiftung oder die Open Society Foundations, die weltweit strategische Prozessführung finanzieren.²¹²⁸

3. Gerichtsverfahren

Ein erster Zwischenerfolg der strategischen Prozessführung gegen das BND-Gesetz war, dass das Bundesverfassungsgericht im Januar 2020 eine

2124 Mögliche Kostenpunkte und ihre Erstattungsfähigkeit im Überblick bei *Zuck/Eiselle*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 6. Aufl. 2022, Kap. 5, Rn. 1040 ff.

2125 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Tenor zu 4, Rn. 332.

2126 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 22.

2127 Ebd., 1, 99.

2128 GFF, Finanzen und Transparenz, <https://freiheitsrechte.org/transparente-gff/>.

zweitägige mündliche Verhandlung abhielt. Im Mai 2020 folgte das Urteil, das der Verfassungsbeschwerde wie vom Klagekollektiv erhofft stattgab.

a) Mündliche Verhandlung

Nach § 25 Abs. 1 BVerfGG entscheidet das Bundesverfassungsgericht, soweit nichts anderes bestimmt ist, auf Grund mündlicher Verhandlung. Diese ist öffentlich (§ 17a Abs. 1 S. 1 BVerfGG). In der Praxis sind mündliche Verhandlungen vor dem Bundesverfassungsgericht allerdings die Ausnahme.²¹²⁹ So fanden im Jahr 2020 in beiden Senaten zusammen nur vier mündliche Verhandlungen statt.²¹³⁰ Umso bemerkenswerter ist, dass eine davon die zum BND-Gesetz am 14.01.2020 und 15.01.2020 war.²¹³¹ Der Prozessbevollmächtigte Matthias Bäcker vertrat die Beschwerdeführenden vor Gericht, was in einer mündlichen Verhandlung zwingend ist (§ 22 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BVerfGG). Bijan Moini ließ sich vor der Verhandlung ebenfalls zum Bevollmächtigten bestellen, auch um die Sichtbarkeit der GFF zu erhöhen.²¹³² Der Beschwerdeführer Goran Lefkov reiste für die Verhandlung sogar aus Nordmazedonien an. Aus prozesstaktischen Gründen bat die GFF ihn aber, nicht an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen.²¹³³ Es bestand die Befürchtung, dass sich andernfalls durch die notwendige Simultan- oder gar Konsektivübersetzung die Schwerpunkte der Verhandlung verlagern würden. Der Journalist verstand diese Überlegung und verfolgte das Verfahren von außerhalb des Gerichtsgebäudes:

2129 Prozessual ist dies möglich, wenn alle Beteiligten ausdrücklich auf sie verzichten (§ 25 Abs. 1 Hs. 2 BVerfGG) oder eine gesetzliche Ausnahme vorliegt. Praxisrelevant sind vor allem die Ausnahmen bei Nichtannahmebeschlüssen (§ 93d Abs. 1 S. 1 BVerfGG) und stattgebenden Kammerentscheidungen (§ 93c BVerfGG) zu Verfassungsbeschwerden.

2130 Dies dürfte auch an den Einschränkungen der COVID-19-Pandemie gelegen haben. In den Vorjahren waren es tendenziell mehr mündliche Verhandlungen, die Zahlen schwanken zwischen vier (2019), im Schnitt sieben, manchmal sogar über zehn (2000 bis 2003). Zum Ganzen die Statistik der mündlichen Verhandlungen seit 1990 veröffentlicht in: Bundesverfassungsgericht (Hrsg.), Jahresstatistik 2020, 2021, S. 16.

2131 Dokumentiert bei GFF, Überwachung rechtsstaatlich einhegen, <https://freiheitsrechte.org/ueber-die-gff/presse/pressemitteilungen-der-gesellschaft-fur-freiheitsrechte/bericht-bndg-verhandlung>.

2132 Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 2.31.

2133 Ebd., 2.16.

*„They said the hearing was to be held in German because this was essential. They also mentioned that this was a historic hearing and unique in German law because most of the cases only get written proof. In rare cases, there is a one-day trial, and in our case, it was two, so this was historic. So I was motivated to join the hearing and prepared to give witness in case they were looking for a statement from us journalists. Even though I did not end up joining the hearing and I could not go into the court building, I was with the team in lunch breaks and in the evenings.“*²¹³⁴

Wie in § 24 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts (GO-BVerfG) vorgesehen, lag der mündlichen Verhandlung eine Gliederung des Verhandlungsablaufes zugrunde, die die Verfahrensbeteiligten vorher erhalten hatten. In Erinnerung der Prozessbevollmächtigten und von Daniel Moßbrucker als Vertreter für Reporter ohne Grenzen ging es in der Verhandlung vor allem um praktische Fragen.²¹³⁵ Es bestand enormer Klärungsbedarf, weil so wenig über die Praxis verdeckter Überwachungsmaßnahmen bekannt ist und dazu kaum Informationsquellen existieren.²¹³⁶ In der Verhandlung sollte sich dies ändern. In dieser äußerten sich – neben den Prozessbevollmächtigten für die Beschwerdeführenden – Vertreter*innen der Bundesregierung, des BND, des Parlamentarischen Kontrollgremiums, der G10-Kommission und des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit.²¹³⁷ Entsprechend lag die Bedeutung der mündlichen Verhandlung, so der Prozessbevollmächtigte Bijan Moini, gerade darin ein „einmaliges Forum“ zu eröffnen, um von Personen

2134 Interview Goran Lefkov v. 25.01.2022 (BND/I/7), 16. Übersetzung der Verfasserin: „Sie sagten, dass es wichtig war, dass die mündliche Verhandlung in deutscher Sprache abgehalten werde. Sie erwähnten auch, dass dies eine historische Verhandlung und es besonders im deutschen Recht sei, da die meisten Fälle nur schriftlich entschieden werden. In seltenen Fällen gibt es eine eintägige Verhandlung, in unserem Fall waren es zwei, also war dies historisch. Ich war motiviert, an der Verhandlung teilzunehmen und bereit, als Zeuge auszusagen, falls sie Aussagen von uns Journalisten benötigten. Auch wenn ich am Ende nicht an der Verhandlung teilnahm und nicht mit in das Gerichtsgebäude kam, war ich in den Mittagspausen und am Abend bei dem Team.“

2135 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 5; Interview Daniel Moßbrucker v. 27.01.2022 (BND/I/8), 7.

2136 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 9.

2137 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 54 f. Zudem sagten zwei Sachverständige aus (§§ 26, 28 BVerfGG), vier sachkundige Dritte (§ 27a BVerfGG) wurden angehört.

an den zentralen Schaltstellen essenzielle Informationen über die Arbeit des BND zu erhalten, die auf anderem Wege kaum zu erlangen waren:

„Es war bemerkenswert, wie viele Informationen da flossen, sehr viel mehr als wir und wahrscheinlich auch die anwesende Presse erwartet hatte. Die Bereitschaft über interne Abläufe zu berichten, die sicherlich nicht alle geheim sind, aber über die ein Dienst trotzdem aus Prinzip nie öffentlich spricht, das war erstaunlich. Aber auch ein Stück weit logisch, denn der BND konnte sich ja ausrechnen, wenn er sich bei bestimmten Punkten bedeckt hält und kein Verständnis für das schafft, was er macht, wird das zu seinen Lasten gehen, wird die Entscheidung des Gerichts kritischer ausfallen.“²¹³⁸

Viele der kritischen Fragen richteten sich in der Wahrnehmung der Prozessbevollmächtigten eher an die Bundesregierung und den BND.²¹³⁹ Es schien, als wolle das Gericht abklopfen, ob die Lösung, die man in den Senatsberatungen angedacht hatte, für den BND pragmatisch machbar sei, so die Einschätzung von Matthias Bäcker.²¹⁴⁰ Zudem deutete sich an, dass das Gericht eine Grundrechtsbindung bejahen würde – so jedenfalls ließen sich manche der Fragen interpretieren.²¹⁴¹ In der Außenwirkung in Öffentlichkeit und Presse war die mündliche Verhandlung daher, so das Fazit der GFF, „ein großer Erfolg“.²¹⁴²

b) Das BND-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

In dem BND-Urteil vom 19.05.2020 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die angegriffenen Vorschriften des BND-Gesetzes mit dem Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) und mit der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) nicht vereinbar waren. Als gänzlich unvereinbar mit diesen Grundrechten erklärte das Gericht die Regelungen zur Ausland-Ausland-Telekommunikationsüberwachung (§§ 6, 7 BND-Gesetz) und zur Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten (§§ 13–15 BND-

2138 Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 3.

2139 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 5.

2140 Ebd., 6, 5.

2141 Dokumentiert bei Biselli, netzpolitik.org v. 14.01.2020, <https://netzpolitik.org/2020/bundesverfassungsgericht-verhandelt-ueber-das-bnd-gesetz/>.

2142 Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 10.

Gesetz).²¹⁴³ Die Befugnisse zur Übermittlung der hierdurch gewonnenen Erkenntnisse (§§ 19 Abs. 1, 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BND-Gesetz) erklärte es für unvereinbar, soweit sie zur Verarbeitung von im Zusammenhang mit der strategischen Fernmeldeaufklärung (§§ 6, 7, 13–15 BND-Gesetz) erhobenen personenbezogenen Daten ermächtigten.²¹⁴⁴ Das Gericht verband die Unvereinbarkeitserklärung (§ 31 Abs. 2 S. 2 und 3 BVerfGG) mit der Anordnung einer befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung bis zum 31.12.2021.²¹⁴⁵ Bis dahin musste der Gesetzgeber spätestens eine Neuregelung schaffen. Von den vielen möglichen Perspektiven auf das BND-Urteil interessieren hier vor allem Aspekte, die etwas über den Zugang zu Recht gegen Überwachung verraten und die mit den Zielen und prozesstaktischen Überlegungen des Klagekollektivs zusammenhängen: die Beschwerdebefugnis und Subsidiarität als Zulässigkeitschancen und die Kernpunkte der Grundrechtsbindung im Ausland, die Maßstäbe für eine grundrechtskonforme Auslandsaufklärung und für eine effektive Kontrolle des BND.

aa) Zulässige Verfassungsbeschwerde

Die Anforderungen an die Zulässigkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde waren erfüllt. Alle acht Beschwerdeführenden waren beschwerdebefugt, da eine Verletzung ihrer Grundrechte durch die im BND-Gesetz niedergelegten Befugnisse möglich erschien (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG).²¹⁴⁶ Wie von dem Klagekollektiv erhofft, nahm das Bundesverfassungsgericht dies auch für Reporter ohne Grenzen als juristische Person mit Sitz im EU-Ausland und die beiden Funktionsträger einer ausländischen juristischen Person, den Journalisten Raul Olmos und den Anwalt Michael Mörth, an. Das Gericht hielt alle Beschwerdeführenden zudem für unmittelbar, selbst und gegenwärtig betroffen, was zu begründen aus Sicht des Klagekollektivs eine der zentralen argumentativen Herausfor-

2143 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Tenor zu 1.

2144 Ebd., Tenor zu 2.

2145 Ebd., Tenor zu 3.

2146 Ebd., Rn. 58 ff. Mit besonderer Begründung für die einzelnen Beschwerdeführenden, vor allem die juristische Person mit Sitz im Ausland (Beschwerdeführende zu 1), Rn. 62 ff.) und die Funktionsträger einer ausländischen juristischen Person (Beschwerdeführende zu 6) und 8), Rn 68 ff.).

derungen gewesen war. Ersteres bejahte das Gericht mit Verweis auf die heimliche Durchführung von Überwachung.²¹⁴⁷ Die Beschwerdeführenden seien bereits ohne einen Vollzugsakt unmittelbar von dem BND-Gesetz betroffen, weil sie mangels Kenntnis konkreter Akte den Rechtsweg nicht beschreiten könnten. Gegenwärtig in eigenen Rechten seien sie betroffen, da das BND-Gesetz zu Maßnahmen mit großer Streubreite ermächtige, die ohne Verdacht und Begrenzung auf einen Personenkreis durchgeführt werden dürften. Dass ihre Kommunikation erfasst werde, sei hinreichend wahrscheinlich.²¹⁴⁸ Damit drang der Einwand der Bundesregierung nicht durch, dass eine Betroffenheit wegen der nur geringen Erfassung weltweiter Kommunikation unwahrscheinlich sei. Diese hatte davor gewarnt, dass andernfalls die Verfassungsbeschwerde bei der Ausland-Ausland-Aufklärung zu einer „nicht vorgesehenen Popularklage gegen Gesetze“ verkomme.²¹⁴⁹

Die Verfassungsbeschwerde genüge zudem dem Grundsatz der Subsidiarität (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) und nahm damit die zweite Hürde, an der es nach der Einschätzung der Prozessbevollmächtigten auf prozessualer Ebene hätte scheitern können. Das Bundesverfassungsgericht hielt – wie vom Klagekollektiv vorgetragen – eine fachgerichtliche Klärung ausnahmsweise für entbehrlich. Es griff die Ausnahme, dass kein fachgerichtlicher Rechtsschutz zu suchen ist, wenn ein Rechtsstreit rein verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, in diesem Fall die der Grundrechtsbindung der deutschen

2147 Ebd., Rn. 72. In Fortführung ständiger Rechtsprechung, BVerfGE 100, 313 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94 (Telekommunikationsüberwachung I), Rn. 144.; BVerfGE 109, 279 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 (Großer Lauschangriff), Rn. 95 f.; BVerfGE 150, 309 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 18.12.2018 – 1 BvR 2795/09 (KFZ-Kennzeichenkontrollen), Rn. 35. Insofern von „erleichterten Zugangsvoraussetzungen“ für die Verfassungsbeschwerde bei verdeckten Informationszugriffen spricht *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 265 f.

2148 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 74 zu den Beschwerdeführenden zu 1) bis zu 7). Für den Beschwerdeführenden zu 8), den deutschen Anwalt Michael Mörth, ergab sich die gegenwärtige Betroffenheit aus zwei anderen Überlegungen (Rn. 75): Als deutscher Staatsangehöriger darf seine Kommunikation nicht erfasst werden (§ 6 Abs. 4 BND-Gesetz). Dies sei aber in technischer Hinsicht nicht gewährleistet, wie bereits das Klagekollektiv argumentiert hatte. Jedenfalls sei er als Anwalt eines guatemalischen Menschenrechtsbüros ein Funktionsträger einer ausländischen juristischen Person, denen der BND laut einer internen Dienstvorschrift den Schutz der Grundrechte nicht zuerkannte.

2149 Ebd., Rn. 45.

Staatsgewalt im Ausland sowie die der „verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit der strategischen Telekommunikationsüberwachung“.²¹⁵⁰

bb) Grundrechtsschutz im Ausland

Im zentralen Punkt der Entscheidung, der Grundrechtsbindung im Ausland, teilte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die Rechtsansicht der Beschwerdeführenden. Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte, so gleich der erste Leitsatz im BND-Urteil, ist nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt.²¹⁵¹ Zur Begründung verwies das Gericht auf Art. 1 Abs. 3 GG, der eine „umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes“²¹⁵² ohne territoriale Einschränkung vorsehe. Dabei betonte das Gericht die individualschützende Natur der Grundrechte:

*„Eine Grundrechtsbindung zugunsten individueller Grundrechtsträger, der dann aber keinerlei subjektivrechtliche Entsprechung gegenübersteht, sieht das Grundgesetz nicht vor. Der Charakter als Individualrecht gehört zum zentralen Gehalt des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes.“*²¹⁵³

Ferner ergebe sich aus der Einbindung der Bundesrepublik in die internationale Staatengemeinschaft eine „Verknüpfung der Grundrechte und der Gewährleistung der Menschenrechte“.²¹⁵⁴ Eine Differenzierung nahm das Gericht dennoch vor: Die Grundrechtsbindung bestehe zwar für die Grundrechte aus Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung für Ausländer*innen im Ausland.²¹⁵⁵ Der Grundrechtsschutz könne sich mit Blick auf andere Grundrechte und Grundrechtsdimensionen – etwa bei Schutzpflichten – im Inland und Ausland aber unterscheiden.²¹⁵⁶

Gelten die Grundrechte auch im Ausland, trifft dies gleichermaßen auf die Vorgaben zu deren Einschränkbarkeit zu. Entsprechend hätte der Gesetzgeber des BND-Gesetzes das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG

2150 Ebd., Rn. 79.

2151 Ebd., Leitsatz 1 und Rn. 87 ff.

2152 Ebd., Rn. 88.

2153 Ebd., Rn. 92.

2154 Ebd., Rn. 96.

2155 Ebd., Leitsatz 1.

2156 Ebd., Leitsatz 1 und Rn. 104.

beachten und darauf hinweisen müssen, dass die Befugnisnormen Grundrechte einschränken. Allein § 3 BND-Gesetz erwähnte den Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, nicht hingegen die angegriffenen Vorschriften. In der Konsequenz waren diese Normen bereits formell verfassungswidrig.²¹⁵⁷

cc) Maßstäbe für eine grundrechtskonforme Auslandsaufklärung

Die Befugnisse zur Ausland-Ausland-Aufklärung waren nicht nur formell, sondern auch materiell verfassungswidrig. Die Vorschriften verstießen bereits gegen eine allgemeine Anforderung: Die Normen waren nicht hinreichend bestimmt und klar formuliert.²¹⁵⁸ Das Gericht stellte mit der Entscheidung klar, dass diese beiden Grundsätze auch für geheimhaltungsbedürftige Tätigkeiten wie die des BND gelten; jedenfalls die Handlungsgrundlagen und Grenzen müssten nachvollziehbar sein. Dieses Argument hatten die Beschwerdeführenden nicht explizit vorgebracht, es war aber die Quintessenz ihrer Argumentation.²¹⁵⁹

An jeweils eigenen verfassungsrechtlichen Maßstäben bewertete das Gericht sodann die einzelnen Befugnisnormen im BND-Gesetz und ihre Vereinbarkeit mit dem Fernmeldegeheimnis und der Pressefreiheit.²¹⁶⁰ Die Befugnis zur Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten bei der strategischen Überwachung in §§ 6, 7 BND-Gesetz berühre die Vertraulichkeit individueller Kommunikation und greife in das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG ein.²¹⁶¹ Die Überwachungsbefugnisse gelten ohne Ausnahme auch gegenüber Journalist*innen, worin ein Eingriff in

2157 Ebd., Leitsatz 2 und Rn. 134 f.

2158 Zu den abstrakten Anforderungen Ebd., Rn. 137 ff., zur Subsumtion für die Datenübermittlung (Rn. 311) und die Kooperation (Rn. 321). In Fortführung ständiger Rechtsprechung seit BVerfGE 65, 1 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 (Volkszählung), Rn. 172; BVerfGE 100, 313 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94 (Telekommunikationsüberwachung I), Rn. 165; BVerfGE 133, 277 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 (Antiterrordateigesetz I), Rn. 140 ff.; st. Rspr.

2159 Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 29.

2160 Bei der Beurteilung bezog das Gericht eine Reihe von Vorschriften mit ein, die die Beschwerdeführenden nicht angegriffen hatten, die aber für die Bewertung der Verfassungsmäßigkeit von Bedeutung waren (§§ 9 bis 11 und §§ 16, 20, 22, 32, 32a BND-Gesetz). Siehe BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil 1. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 57.

2161 Ebd., zu den Maßstäben Rn. 142 ff., zur Subsumtion Rn. 302 ff.

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG liege.²¹⁶² Anders als von den Beschwerdeführenden erhofft, hielt das Gericht die strategische Auslandstelekommunikationsüberwachung nicht für grundsätzlich unvereinbar mit Art. 10 Abs. 1 GG.²¹⁶³ Auch eine anlasslose Überwachung, so das Gericht, könne den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen. Die strategische Telekommunikationsüberwachung diene dem legitimen Zweck, Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung frühzeitig zu erkennen.²¹⁶⁴ Dazu sei sie auch erforderlich und angemessen. Es handle sich zwar um einen besonders schweren Eingriff in das Fernmeldegeheimnis.²¹⁶⁵ Als „final angeleitete Befugnis“ müsse sie dennoch nicht an objektivierbare Eingriffsschwelle geknüpft werden, wohl aber an Verfahrensregelungen, „die die Ausrichtung auf die jeweiligen Zwecke rationalisierend strukturieren und damit auch kontrollierbar machen“.²¹⁶⁶ Für die Angemessenheit des Grundrechtseingriffs bedürfe es einer hinreichend begrenzten Ausgestaltung.²¹⁶⁷ Um den Eingriff in die Pressefreiheit zu rechtfertigen, brauche es zudem Vorkehrungen, die den spezifischen Schutzbedürfnissen von Journalist*innen angemessen Rechnung trügen.²¹⁶⁸

Auch die Befugnisse zur Übermittlung personenbezogener Daten aus der strategischen Überwachung (§§ 19, 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BND-Gesetz) griffen in das Fernmeldegeheimnis und die Pressefreiheit ein, so das Bundesverfassungsgericht.²¹⁶⁹ Ein solcher Eingriff sei nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter zulässig und setze eine konkretisierte Gefahrenlage oder einen hinreichend konkretisierten Tatverdacht voraus. Geringeren Anforderungen unterläge die Übermittlung jedoch, wenn sie ausschließlich der politischen Information und Vorbereitung von Regierungsentscheidungen diene.

Schließlich berühren auch die Regelungen zur Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten in §§ 13–15 BND-Gesetz das Fernmeldegeheimnis und die Pressefreiheit.²¹⁷⁰ Diese Grundrechtseingriffe seien nur

2162 Ebd., Rn. 325.

2163 Ebd., Leitsatz 5 und Rn. 143 ff.

2164 Ebd., Rn. 144.

2165 Ebd., Rn. 146 ff.

2166 Ebd., Rn. 178.

2167 Dazu im Einzelnen Ebd., Leitsatz 5 und Rn. 167 ff.

2168 Ebd., Rn. 325.

2169 Ebd., Leitsatz 6, zu den Maßstäben Rn. 211 ff., zur Subsumtion Rn. 310 ff.

2170 Ebd., Leitsatz 7, zu den Maßstäben Rn. 243 ff., zur Subsumtion Rn. 320 ff.

dann gerechtfertigt, wenn sichergestellt werde, dass rechtsstaatliche Grundsätze dadurch nicht unterlaufen würden.

dd) Gerichtsähnliche und administrative Kontrolle

Dass das BND-Gesetz die verfassungsrechtlichen Anforderungen verfehlte, lag auch an den unzureichenden Kontrollmechanismen. Denn heimliche Überwachungsmaßnahmen sind nur dann verhältnismäßig, wenn sie Anforderungen an die Transparenz genügen und individuellen Rechtsschutz sowie Kontrolle sicherstellen.²¹⁷¹ Im BND-Urteil konkretisierte das Bundesverfassungsgericht, was das für die strategische Fernmeldeaufklärung bedeutet. Diese sei nur dann verhältnismäßig, „wenn sie durch eine ausgebauten unabhängige objektivrechtliche Kontrolle flankiert ist.“²¹⁷² Nötig sei eine zweispurige Kontrolle, zum einen durch eine „gerichtsähnlich ausgestaltete Stelle“, zum anderen durch eine „unabhängige Rechtskontrolle administrativen Charakters“.²¹⁷³ Bei der konkreten Ausgestaltung dieser Stellen sprach das Gericht dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum zu, machte aber einige Maßgaben an die Kontrollbefugnisse, die institutionelle Ausgestaltung, die Ausstattung und das Zusammenspiel der Kontrollinstanzen.²¹⁷⁴

Diesen Anforderungen genügte die bis dato in § 16 BND-Gesetz geregelte Kontrolle durch das Unabhängige Gremium nicht. Dessen mangelnde Kontrollbefugnisse hatte auch die Verfassungsbeschwerde kritisiert und zudem auf die „Zersplitterung der ohnehin schon fragmentierten Kontrolllandschaft im Aufgabenbereich des BND“ hingewiesen.²¹⁷⁵ Für die hier interessierende Frage nach der Bedeutung des Individualrechtsschutzes und des Zugangs zu Recht bemerkenswert ist die Begründung, auf deren Grundlage das Bundesverfassungsgericht im BND-Urteil die Maßgaben für die Kontrolle des BND entwickelte. Es bedürfe einer objektivrechtlichen Kontrolle, um einen „Ausgleich dafür zu schaffen, dass übliche

2171 Ebd., Leitsatz 8 und Rn. 265 ff., unter Verweis auf ständige Rechtsprechung BVerfGE 141, 220 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 (BKA-Gesetz), Rn. 134 ff.

2172 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 272.

2173 Ebd., Rn. 274 ff.

2174 Ebd., Rn. 277 ff.

2175 Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Schriftsatz v. 19.12.2017, S. 86.

rechtsstaatliche Sicherungen in weitem Umfang ausfallen.“²¹⁷⁶ Eine solche Kontrolle erfülle zwei Funktionen: Erstens müsse sie „das Rechtsschutzdefizit ausgleichen, das durch die faktische Schwäche der individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten“ wegen der Geheimhaltungsbedürftigkeit von Auslandsfernmeldeaufklärung bestehe. Zweitens biete die objektiv-rechtliche Kontrolle ein Gegengewicht „zu den weiten Handlungsmöglichkeiten des Bundesnachrichtendienstes“.

4. Nach der Entscheidung

Im Ergebnis ist das BND-Urteil ein „ja, aber“.²¹⁷⁷ Im Grundsatz ist eine Befugnis des BND zur anlasslosen Fernmeldeaufklärung sowie zur Datenerhebung und -verarbeitung in Form der strategischen Telekommunikationsüberwachung mit dem Grundgesetz vereinbar. Solche Befugnisse bedürfen allerdings einer hinreichend begrenzenden Ausgestaltung. Inwiefern entspricht dieser Verfahrensausgang den Zielen, die das Klagekollektiv mit der strategischen Prozessführung verfolgt hatte, welche Reaktionen zog die Entscheidung nach sich und welche Entwicklungen folgten?

a) Reaktionen

In der Medienberichterstattung sowie in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde das BND-Urteil wegen der Ausführungen zur Grundrechtsbindung im Ausland als „Meilenstein der Grundrechtsjudikatur“ bewertet.²¹⁷⁸ Die Akteur*innen des Klagekollektivs sahen in dem Urteil eher einen Etappensieg.

2176 BVerfGE 154, 152 = BVerfG, Urteil I. Senat v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 (BND), Rn. 273.

2177 *Monath*, Tagesspiegel v. 30.09.2020, <https://www.tagesspiegel.de/politik/spionieren-unter-aufsicht-4719268.html>.

2178 *Schmahl*, NJW 2020, S. 2221 (2221); ähnlich *Huber*, NVwZ-Beil. 2020, S. 3 (9); *Rath*, taz v. 19.05.2020, <https://taz.de/!5684241/>.

aa) „Ein Meilenstein der Rechtsprechung.“

Bereits die mündliche Verhandlung hatte mediales Interesse geweckt. Anlässlich der Verkündung gab es Fernsehberichte²¹⁷⁹ und Tageszeitungen titelten in Reaktion auf das Urteil: „Hallo BND, das Grundgesetz gilt auch für euch!“²¹⁸⁰ oder „BND im Ausland: Keine Narrenfreiheit“²¹⁸¹. Am Tag der Entscheidung gaben Vertreter*innen von Reporter ohne Grenzen und der GFF in Karlsruhe Interviews, eine Pressemitteilung aller involvierten Organisationen folgte.²¹⁸² Das Bundesverfassungsgericht veröffentlichte die Entscheidung in englischer Sprachfassung, was die Rezeption im Ausland ermöglicht. Schon vorher hatte es internationales Interesse und englischsprachige Publikationen zu dem Verfahren und den zugrunde liegenden Fragen gegeben, nun wurde die GFF aber von Einzelpersonen und Organisationen im Ausland kontaktiert.²¹⁸³ Auch Beschwerdeführende wie Goran Lefkov gaben Interviews und berichteten über die Entscheidung.²¹⁸⁴ Vonseiten politischer Entscheidungsträger*innen gab es gemischte Reaktionen. Die damalige Justizministerin, die SPD-Politikerin Christine Lambrecht, begrüßte das Urteil; kritisch zeigte sich hingegen der CDU-Politiker Norbert Röttgen.²¹⁸⁵ Wie manche Zeitungsberichte mahnte er, eine intensivere Kontrolle dürfe die Arbeit des BND nicht unmöglich machen.²¹⁸⁶

2179 Siehe nur den Bericht in der ARD-Tagesschau auf [tagesschau.de](https://www.tagesschau.de/multimedia/video/video-704125.html), Urteil zum BND-Gesetz, 19.05.2020, <https://www.tagesschau.de/multimedia/video/video-704125.html>.

2180 *Biermann*, Zeit v. 19.05.2020, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-05/bundesverfassungsgericht-urteil-bnd-auslandsueberwachung-grundrechte>.

2181 *Müller*, FAZ v. 19.05.2020, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-zum-bnd-im-ausland-abhoeren-in-grenzen-16777102.html>.

2182 Siehe nur GFF, Großer Erfolg, 19.05.2020, <https://freiheitsrechte.org/ueber-die-gff/presse/pressemitteilungen-der-gesellschaft-fur-freiheitsrechte/pm-bndg-urteil>; *Kuqi*, Großer Erfolg, 19.05.2020, <https://netzwerkrecherche.org/blog/grosser-erfolg-verfassungsgericht-erklaert-weltweite-masseneueberwachung-durch-den-bundesnachrichtendienst-fuer-verfassungswidrig/>. Die Reaktionen im Überblick bei *Andre*, netzpolitik.org v. 19.05.2020, <https://netzpolitik.org/2020/das-neue-bnd-gesetz-ist-verfassungswidrig/>.

2183 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 11.

2184 Interview Goran Lefkov v. 25.01.2022 (BND/I/7), 31.

2185 *beck-aktuell*, Reaktionen auf das BND-Urteil, 20.05.2020, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/bundesjustizministerin-lambrecht-begruessst-bnd-urteil-es-gibt-auch-kritik>.

2186 Siehe etwa *Müller*, FAZ v. 19.05.2020, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-zum-bnd-im-ausland-abhoeren-in-grenzen-16777102.html>.

Der juristische Fachdiskurs bewertete das BND-Urteil überwiegend als einen „in der Sache ausgewogenen“²¹⁸⁷ Kompromiss, sowohl „zwischen Freiheit und Sicherheit“²¹⁸⁸ als auch „zwischen den wachsenden technischen Möglichkeiten der Dienste und der steigenden globalen Gefahren“²¹⁸⁹. Zustimmung erfuhr vor allem die Klarstellung der Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt im Ausland.²¹⁹⁰ Selbst Stimmen, die das Gesetz zuvor noch als verfassungskonform eingeordnet hatten, sahen darin einen „wesentliche[n] und zu begrüßende[n] Fortschritt der Grundrechtsdogmatik“.²¹⁹¹ Dass das Gericht die Grundrechtsbindung bejahte, überraschte allerdings die wenigsten, hatte sich dies in der vorherigen Rechtsprechung angedeutet und entsprach diese Position zudem der überwiegenden Auffassung im Schrifttum.²¹⁹² Gleichzeitig wurde angemerkt, dass die Grundsatzentscheidung für die Auslandsbindung viele Folgefragen aufwerfe.²¹⁹³ Auch die Herleitung der Bindungswirkung stieß zum Teil auf Kritik. Darin liege ein „sehr deutscher Blick auf einen fingierten Universalismus“.²¹⁹⁴ An den entscheidenden Stellen bliebe das Gericht ferner zu knapp und „apodiktisch“.²¹⁹⁵ Wieder andere sahen in diesem Universalismus und der Verortung im Mehrebenensystem ein konsequentes Ver-

2187 Gärditz, JZ 2020, S. 825 (835).

2188 Durner, DVBl 2020, S. 951 (954).

2189 Muckel, JA 2020, S. 631 (635). Zu diesem Ausgleich ähnlich Aust, DÖV 2020, S. 715 (715): „Das Urteil versucht, die nachrichtendienstliche Tätigkeit sowohl ‚rechtsstaatlich einzuhegen‘ als auch den Erfordernissen einer effektiven Aufgabewahrnehmung durch den BND Rechnung zu tragen.“ Befürwortend ebenso Huber, NVwZ-Beil. 2020, S. 3 ff.; Rössel, ITRB 2020, S. 155 ff.; Schmahl, NJW 2020, S. 2221 ff.; Uerpmann-Witzack, Jura 2020, S. 953 ff.

2190 Aust, DÖV 2020, S. 715 (718); Durner, DVBl 2020, S. 951 (953); Schmahl, NJW 2020, S. 2221 (2222 f.); Petri, ZD 2020, S. 410 ff. Mit der gegenteiligen Auffassung habe der Gesetzgeber „fast schon starrköpfig auf der brüchigen Rechtsauffassung“ beharrt, so Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, II, 99. EL 2022, Art. 10 GG Rn. 251.

2191 Gärditz, JZ 2020, S. 825 (827); als allerdings „im internationalen Vergleich sehr weitgehend“ bezeichnet von Gärditz, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: VerfassungsR-HdB, 2021, S. 847 ff., Rn. 90.

2192 In „der Sache nicht überraschend“ laut Aust, DÖV 2020, S. 715 (718). Ähnlich Uerpmann-Witzack, Jura 2020, S. 953 (961): „Es revolutioniert den deutschen Grundrechtsschutz nicht, sondern bestätigt ihn und entwickelt ihn im europäischen und internationalen Rahmen folgerichtig fort.“

2193 Schwander, Verfassungsblog v. 23.05.2020, <https://verfassungsblog.de/eine-antwort-viele-neue-fragen/>; Gärditz, JZ 2020, S. 825 (826 ff.).

2194 Gärditz, JZ 2020, S. 825 (827).

2195 Barczak, BayVBl 2020, S. 685 (688).

ständnis von Deutschland als „Teil einer europäischen und internationalen Gemeinschaft“ geleitet von dem „Bild eines offenen Rechtsstaats“.²¹⁹⁶ Die Vorgaben seien keineswegs ein deutscher Sonderweg, sondern vielmehr eine Harmonisierung mit menschenrechtlichen Vorgaben.²¹⁹⁷

Als bedeutende Neuerung wurden zudem die konkreten Anforderungen für eine grundrechtskonforme Ausgestaltung der Ausland-Ausland-Aufklärung, insbesondere an ihre Verhältnismäßigkeit und die notwendigen Kontrollmechanismen, gewertet.²¹⁹⁸ Dabei machte das Gericht dem Gesetzgeber sehr konkrete Vorgaben – zu konkret, wie manche anmerkten.²¹⁹⁹ Der mit solchen Detailvorgaben verbundene „Gestaltungsanspruch“²²⁰⁰ berge zudem eine Gefahr: Um keine Zweifel an der vorgabengetreuen Umsetzung aufkommen zu lassen, liege es für den Gesetzgeber nahe, die Formulierungen wörtlich bei einer Gesetzesreform zu übernehmen. Damit drohe sich der problematische „Trend zu einer ‚Copy-Paste-Gesetzgebung‘“²²⁰¹ zu verschärfen, wie es für das Sicherheits- und Gefahrenabwehrrecht insgesamt beschrieben wird.²²⁰²

bb) „Ein Meilenstein – nicht mehr und nicht weniger.“

Dass die angegriffenen Vorschriften im BND-Gesetz als verfassungswidrig eingestuft wurden, übertraf die anfangs verhaltenen Erwartungen aus Teilen des Klagekollektivs. Der größte Erfolg der Entscheidung, so der Pro-

2196 *Uerpmann-Wittzack*, Jura 2020, S. 953 (953).

2197 So mit Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und dessen Vorgaben für nachrichtendienstliche Tätigkeit, vor allem aus dem Recht auf Privatsphäre in Art. 8 Abs. 1 EMRK, *Aust*, DÖV 2020, S. 715 (719, 721).

2198 Siehe nur Ebd., S. 719 ff.

2199 *Barczak*, BayVBl 2020, S. 685 (690); dies als einzigen Kritikpunkt nennend *Muckel*, JA 2020, S. 631 (635); auf den Widerspruch zwischen dem Verweis auf den weiten Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung und die zugleich „außergewöhnlich detailscharfe[n] Vorgaben“ und „Mikromaßgaben“ im Urteil verweist *Dietrich*, GSZ 2020, S. 174 (181).

2200 *Gärditz*, JZ 2020, S. 825 (834).

2201 *Aden/Fährmann*, ZRP 2019, S. 175 (177). Dazu auch *Löffelmann*, Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, in: Dietrich u. a. (Hrsg.), 2019, S. 33 (44): „Verfassungsgerichtliche Judikate werden viel zu oft viel zu schematisch in einfaches Recht umgesetzt, bis hin zur wörtlichen Übernahme von Formulierungen des BVerfG in den Gesetzestext.“

2202 *Barczak*, BayVBl 2020, S. 685 (690), m. w. N. in Fn. 81.

zessbevollmächtigte Bijan Moini, ist die Grundrechtsbindung des BND und die Konsequenzen dieser Weichenstellung, insbesondere das strenge, mehrgleisige Kontrollregime.²²⁰³ Dass das Gericht sogar die Pressefreiheit als verletzt ansah und gesetzliche Vorkehrungen für besonders schutzbedürftige Kommunikation forderte, sei eine positive Überraschung gewesen.²²⁰⁴ Trotz verbleibender Schutzdefizite seien Journalist*innen nun „auf jeden Fall besser geschützt als vorher“, denn die „Überwachungslast“ durch den BND sei geringer.²²⁰⁵ Auch im historischen Vergleich sei dies ein „riesen Erfolg“²²⁰⁶:

„Wir können stolz darauf sein, bei einer Praxis, die es seit Beginn des Zweiten Weltkriegs gab und immer schon gab, seitdem es Telekommunikation gibt, dass es jetzt erstmals im deutschen Recht geschafft wurde, die Frage der Pressefreiheit und des Informantenschutzes bei der geheimdienstlichen Massenüberwachung gesetzlich zu verankern. Es gab das nicht im G 10-Gesetz, es gab es nicht in dem BND-Gesetz, es gab es noch nie. Deswegen konnte man auch nie politisch argumentieren, dass das doch irgendwie sinnvoll sei, weil immer gesagt wurde: Das gab es doch noch nie und das geht doch gar nicht. Das ist doch anlasslos, wir wissen doch gar nicht, ob es Journalistinnen und Journalisten trifft.“²²⁰⁷

In anderen Aspekten blieb die Entscheidung hinter den Erwartungen des Klagekollektivs zurück. Die größte Enttäuschung sei, dass das Gericht die anlasslose Überwachung im Grundsatz billigte.²²⁰⁸ Soweit die Datenerhebung nur Informationszwecken dient, braucht es keine Schranken für Überwachung, und der „BND darf Daten erheben, soviel er will“.²²⁰⁹ Der Erfolg strategischer Prozessführung ist somit nicht nur am Tenor, sondern auch den Leitsätzen und Entscheidungsgründen zu messen:

„Im Laufe des Tages wurde es immer klarer, als wir auf der Rückfahrt von Karlsruhe nach Berlin das Urteil in Ruhe gelesen haben. Wie das häufig so ist: Die ersten Leitsätze klingen alle gut, und dann kommt dieser fünfte Leitsatz, da steht es dann: Im Zweifel kann man das auch alles anders

2203 Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 25.

2204 Ebd., 2.23.

2205 Ebd., 34.

2206 Interview Daniel Moßbrucker v. 27.01.2022 (BND/I/8), 17.

2207 Ebd., 34.

2208 Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 38.

2209 Ebd., 24.

*machen. Da wussten wir direkt: Das ist der eine Satz, der im Kanzleramt gelesen werden wird; da muss jetzt weiterhin lobbiziert werden.*²²¹⁰

Dass die anlasslose Speicherung im Grundsatz verfassungskonform ist, bewerteten die Prozessbevollmächtigten als „enttäuschend, aber nicht komplett unerwartet.“²²¹¹ Man habe im „Wesentlichen das gewonnen, was wir vor diesem Gericht realistischerweise hoffen konnten zu gewinnen“²²¹², immerhin bewegten sich die Richter*innen „in den Grenzen der juristischen Logiken“.²²¹³ Übereinstimmend überrascht zeigten sich die Prozessbevollmächtigten demgegenüber von den „detailverliebten Vorgaben“, die das Gericht für eine verfassungskonforme nachrichtendienstliche Tätigkeit aufstellte. Diese wären nicht nötig gewesen, da das Gesetz schon formell verfassungswidrig war, auf diese Weise hätte man das Gesetz bereits kippen können. Aber: „Das wollen sie nicht, sondern positiv detaillierte Vorgaben machen, wie das Ganze laufen soll.“²²¹⁴ Als Grund vermuteten die Prozessbevollmächtigten, dass das Gericht einem erneuten Rechtsstreit durch die sehr konkreten Vorgaben vorbeugen wollte.²²¹⁵ Damit erklären sie auch den Verlauf der mündlichen Verhandlung, in der es vor allem um die sehr praktischen Fragen der Überwachungspraxis des BND gegangen war, denn um detaillierte Vorgaben zu machen, brauche es detaillierte Informationen über dessen Arbeitsweise.²²¹⁶

Realistischerweise werde sich die Arbeit des BND zwar nicht von Grund auf verändern, so die Einschätzung der Prozessbevollmächtigten. Sie unterliege nun aber bürokratischen Hürden und werde stärker kontrolliert: „Der BND muss sich stärker selbst vergewissern, was er tut, weil er weiß, es wird kontrolliert werden.“²²¹⁷ Insofern sei das BND-Urteil, so das Fazit, eine Tendenz in die richtige Richtung und ein „Meilenstein“, aber „nicht mehr und nicht weniger“.²²¹⁸ Die „Früchte der BND-Entscheidung“ würden sich

2210 Interview Daniel Moßbrucker v. 27.01.2022 (BND/I/8), 15.

2211 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 22.

2212 Ebd., 6, 24.

2213 Interview Daniel Moßbrucker v. 27.01.2022 (BND/I/8), 15.

2214 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 10.

2215 Ebd., 6, 26; Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 30.

2216 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 10.

2217 Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 41; Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 24.

2218 Interview Daniel Moßbrucker v. 27.01.2022 (BND/I/8), 24.

wohl erst über lange Zeit zeigen, denn ein „struktureller Kulturwandel in Behörden dauert einfach Jahre und Jahrzehnte“.²²¹⁹

b) BND-Reform, die Zweite – nun verfassungskonform?

Dem Reformauftrag aus dem BND-Urteil bis spätestens zum 31.12.2021 kam der Bundestag bereits einige Monate vor Fristablauf nach. Im April 2021 verabschiedete das Parlament das Gesetz zur Änderung des BND-Gesetzes, das zum 20.04.2021 und in Teilen zum 01.01.2022 in Kraft trat.²²²⁰ Wie von der juristischen Fachliteratur prognostiziert, sind die neu gefassten Vorschriften überwiegend eine wörtliche Übernahme der Vorgaben aus dem Urteil. Inwiefern die „BND-Reform, die Zweite“²²²¹ dadurch nun verfassungskonform ist, ist erneut umstritten.²²²² Wie bei der ersten BND-Reform im Jahr 2016 begleiteten kontroverse Debatten den Gesetzgebungsprozess. Anlass zur Kritik bot bereits der enorme Zeitdruck, unter dem sie erfolgte.²²²³ Zu den sehr komplexen Neuregelungen gab es nur wenige Tage für Stellungnahmen.

Wie bei der Reform 2016 waren sich die angehörten Sachverständigen auch in der Sache uneinig, inwiefern die Überarbeitung des BND-Gesetzes dem Ziel genügte, den „verfassungsgerichtlichen Vorgaben gerecht zu

2219 Ebd., 24.

2220 Gesetz zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts v. 19.04.2021 (BGBl. 2021 I, S. 771).

2221 *Wetzling/Moßbrucker*, BND-Reform, die Zweite, 2020.

2222 Siehe die Stellungnahmen zum Gesetzentwurf: Deutscher Bundestag, Wortprotokoll Nr. 19/120 der 120. Sitzung des Ausschusses für Inneres und Heimat, Öffentliche Anhörung am 22.01.2021 (im Folgenden: BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120).

2223 Etwa angemerkt vom Bundesbeauftragten für Datenschutz und die Informationsfreiheit, Ulrich Kelber (BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120, S. 206).

werden²²²⁴ oder dieses verfehlt²²²⁵. Die Bewertungen schwankten, wie ein Bericht die Ausschusssitzung zusammenfasst, „zwischen den Polen ‚beispielhaft‘ und ‚verfassungsrechtlich unhaltbar.‘“²²²⁶

Enttäuscht zeigten sich einige der Stellungnahmen, dass die Reform nicht zum Anlass für eine grundlegende Überarbeitung der Sicherheitsarchitektur samt Stärkung der Betroffenenperspektive genutzt wurde.²²²⁷ Das Potenzial dazu hatten auch Stimmen in der juristischen Literatur gesehen, die das BND-Urteil als „Impuls für eine neuerliche, umfangreiche Reform des Rechts der Nachrichtendienste“ gelesen hatten.²²²⁸ Eine derart „grundlegende Neustrukturierung der Kontroll-Architektur“²²²⁹ sei wohl angesichts der zeitlichen Zwänge einer Legislaturperiode utopisch gewesen, reflektiert Daniel Moßbrucker:

*„Man darf nicht hoffen, dass Rechtsprechung Politik ersetzt. Wenn es keinen bahnbrechenden politischen Willen gibt, eine politische Reform durchzubringen, dann wird copy & paste gemacht. Das ist so und wahrscheinlich Teil des Spiels.“*²²³⁰

Bemerkenswert ist, dass eine Vertreterin aus dem Vorstand der GFF als Sachverständige angehört wurde: Nora Markard, Professorin für Internationales Öffentliches Recht und Internationalen Menschenrechtsschutz an der Universität Münster, prognostizierte, „dass ein in dieser Form ver-

2224 So das erklärte Ziel des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26103, S. 2. Manche der Sachverständigen sahen dieses eingelöst, „in einigen Details sogar vorbildlich“ (BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120, S. 85). So mit eher regelungstechnischen Verbesserungsvorschlägen die Stellungnahmen der Professoren Klaus Ferdinand Gärditz (BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120, S. 33 ff.), Florian Meinel (S. 49 ff.), Markus Löffelmann (S. 57 ff.), Jan-Hendrik Dietrich (S. 122 ff.) und Michael Elicker (S. 149 ff.).

2225 Kritisch die Stellungnahmen des Verbands für Internetwirtschaft (BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120, 99 ff.), der Stiftung Neue Verantwortung (S. 105 ff.), des Deutschen Anwaltsvereins (165 ff.), des Bundesbeauftragten für Datenschutz und die Informationsfreiheit (S. 206 ff.) und von Amnesty International (BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120, S. 217 ff.).

2226 Deutscher Bundestag, Kein ungeteilt positives Echo auf die Novelle des BND-Gesetzes, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw08-pa-innen-bnd-820520>.

2227 Dazu etwa Amnesty International (BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120, S. 219, 228 ff.).

2228 Aust, DÖV 2020, S. 715 (723).

2229 Wetzling/Moßbrucker, BND-Reform, die Zweite, 2020, S. 9 ff.

2230 Interview Daniel Moßbrucker v. 27.01.2022 (BND/1/8), 35.

abschiedetes Gesetz in Karlsruhe wohl erneut keinen Bestand hätte.²²³¹ Insbesondere der fehlende Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen, die intransparenten und ineffizienten Kontrollmechanismen sowie die fehlenden Dokumentationspflichten blieben hinter verfassungsrechtlichen Vorgaben zurück.²²³² Die GFF hat daher erneut Verfassungsbeschwerde erhoben – diesmal sogar selbst als Beschwerdeführerin neben 19 weiteren Personen und Organisationen.²²³³ Wie zuvor kooperiert sie mit Reporter ohne Grenzen und mit Matthias Bäcker als Prozessbevollmächtigtem. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht noch aus. In der Zwischenzeit hat sich aber der Rechtsrahmen in Teilen geändert: Anlässlich einer weiteren Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zu nachrichtendienstlichen Übermittlungsbefugnissen (dazu sogleich) musste das BND-Gesetz im Jahr 2023 erneut überarbeitet werden.²²³⁴ In einer kritischen Stellungnahme bezeichnete die GFF den Entwurf als „vertane Chance“ des Gesetzgebers, eine verfassungskonforme Rechtslage zu schaffen.²²³⁵ Damit bleibt abzuwarten, ob eine erneute Reform nach der noch ausstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nötig sein wird.

c) Rechtsprechungsentwicklung

Die in der BND-Entscheidung entwickelten verfassungsrechtlichen Wertungen wurden in Folgeverfahren aufgegriffen, sowohl im Bereich staatlicher Überwachung als auch darüber hinaus. Im Sicherheitsrecht ergingen eine Reihe von Entscheidungen zu den Befugnissen von Inlandsnachrichtendiensten, von Polizeibehörden sowie zu ihrer Zusammenarbeit, in denen die Maßstäbe aus dem BND-Urteil aufgegriffen wurden. Zwei dieser Entscheidungen hatte sogar die GFF initiiert. Ausführlich und als ständige Rechtsprechung zitierte das Bundesverfassungsgericht das BND-Urteil erstens in einer Entscheidung zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz

2231 BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120, S. 15, 97.

2232 BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120, S. 87 ff.

2233 GFF, Reformiertes BND-Gesetz, https://freiheitsrechte.org/themen/freiheit-im-digitalen/vb_bndg_2.

2234 BT Drs. 20/8627.

2235 So die Einschätzung einer Vertreterin von RSF und eines Vertreters der GFF in *Hahn/Moini*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes des Bundeskanzleramts zur Änderung des BND-Gesetzes vom 21.08.2023, 2023, S. 7.

(BayVSG).²²³⁶ Im Fokus stand diesmal nicht die Auslands-, sondern die Inlandsaufklärung durch das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz. Diesem räumte das BayVSG Befugnisse ein, die zum Teil gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) und die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) verstießen. Organisiert hatte diese Verfassungsbeschwerde die GFF, erneut mit Matthias Bäcker als Prozessbevollmächtigtem.²²³⁷ Das BND-Urteil diene den Prozessführenden dabei als Argumentationsgrundlage für die Maßstäbe von formell – vor allem normenklaren – und materiell – vor allem verhältnismäßigen – Überwachungsbefugnissen.²²³⁸ In einem zweiten Verfahren erklärte das Gericht landesrechtliche Ermächtigungen der Polizei zur automatisierten Datenanalyse beziehungsweise Datenauswertung in Hessen und in Hamburg für teilweise verfassungswidrig.²²³⁹ Auch diese Verfassungsbeschwerde hatte die GFF gemeinsam mit anderen Organisationen unterstützt.²²⁴⁰

Um Formen der Zusammenarbeit von Inlandsnachrichtendiensten und den Polizeibehörden ging es in zwei weiteren Verfahren, von denen das letztere die Reform des BND-Gesetzes im Jahr 2023 zur Folge hatte. Bereits im Jahr 2020 erklärte das Bundesverfassungsgericht eine Regelung im Antiterrordateigesetz (ATDG) für unvereinbar mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, die

2236 BVerfG, Urteil 1. Senat v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17 (Bayerisches Verfassungsschutzgesetz). Verweise finden sich an insgesamt 38 Stellen, zweimal als ständige Rechtsprechung (zum Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung, Rn. 231 und 232), im Übrigen zur Zulässigkeit (Rn. 141), bei den allgemeinen Maßstäben der materiellen Verfassungsmäßigkeit (Rn. 152, 160 f., 230 ff.), der Normenklarheit (Rn. 272, 274), Verfahrensanforderungen (Rn. 289) und den einzelnen Regelungen (Rn. 362, 391).

2237 GFF, Bayerisches Verfassungsschutzgesetz, <https://freiheitsrechte.org/themen/freiheit-im-digitalen/vsg-bayern>.

2238 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 17. Zur mündlichen Verhandlung schildert er: „Was noch mal sehr deutlich geworden ist, ist, dass sie ziemlich allergisch reagieren auf Mängel der Normenklarheit, die auf viele Verweisungen zurückgehen. Das spielte im BND-Urteil eine große Rolle und ist für das bayerische Verfassungsschutzgesetz von hoher Bedeutung, weil sich dort diese Verweisteknik vielfach findet. Das ist nun nichts komplett Neues und Revolutionäres, aber doch ein Aufgreifen eines vorhandenen Maßstabs, der tendenziell verschärft wird.“

2239 BVerfG, Urteil 1. Senat v. 16.02.2023 – 1 BvR 1547/19 (Automatisierte Datenanalyse).

2240 GFF, Polizeigesetz und Verfassungsschutzgesetz Hessen, <https://freiheitsrechte.org/themen/freiheit-im-digitalen/polizeigesetz-hessen>.

den Polizeibehörden und den Nachrichtendiensten eine erweiterte Datennutzung in einer Verbunddatei erlaubte (§ 6a Abs. 2 S. 1 ATDG).²²⁴¹ Zur Begründung verwies das Gericht auf die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen an repressive Strafverfolgung durch die Polizeibehörden und präventive Gefahrenabwehr durch die Nachrichtendienste, wie zuvor im BND-Urteil präzisiert.²²⁴² Im Jahr 2022 folgte dann ein Beschluss zur Rechtsextremismus-Datei, die als zentrale Verbunddatei zwischen Bund und Ländern nach dem Vorbild der Antiterrordatei eingerichtet worden war.²²⁴³ Das Gesetz über die Rechtsextremismus-Datei (RED-G) enthielt unter Verweis auf das Bundesverfassungsschutzgesetz Vorgaben zur Übermittlung von mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen personenbezogenen Daten. Die Verfassungsschutzbehörden von Bund (§ 20 Abs. 1 S. 1 und 2 BVerfSchG) und Ländern (§ 21 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG) waren demnach zur Übermittlung an Staatsanwaltschaften und Polizeien befugt beziehungsweise verpflichtet. Erneut in Anknüpfung an das BND-Urteil sah das Bundesverfassungsgericht darin einen Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) wegen fehlender Verhältnismäßigkeit.²²⁴⁴

Dass das BND-Urteil die neue Leitentscheidung zur extraterritorialen Grundrechtsbindung ist, zeigt auch die jüngere Rechtsprechung zu anderen Themen mit Auslandsbezug, etwa Klimafragen oder Auslandseinsätzen der Bundeswehr. Es bestätigt sich, was sich im BND-Urteil bereits angedeutet hatte: Im Grundsatz gilt zwar eine Grundrechtsbindung, deren Umfang hängt aber von den konkreten Umständen ab, unter denen die Grundrechte zur Anwendung kommen. Dies betonte das Bundesverfassungsgericht

2241 BVerfGE 156, 11 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 10.11.2020 – 1 BvR 3214/15 (Antiterrordateigesetz II).

2242 Ebd. Bezüge zum BND-Urteil finden sich bei der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Rn. 80), den Geboten der Normenklarheit und Bestimmtheit (Rn. 80) sowie der Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs (Rn. 99, 101, 103 ff., 115 ff., 135).

2243 BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 28.09.2022 – 1 BvR 2354/13 (Bundesverfassungsschutzgesetz – Übermittlungsbefugnisse).

2244 Zitiert wird das BND-Urteil bei Fragen der Beschwerdebefugnis (Ebd., Rn. 83), der Subsidiarität (Rn. 92), dem Grundrechtseingriff durch Übermittlung (Rn. 96) sowie den materiellen Anforderungen der Normenklarheit und Verhältnismäßigkeit (Rn. 108 ff.).

im Klimabeschluss unter Bezugnahme auf das BND-Urteil.²²⁴⁵ In einem Nichtannahmebeschluss wegen eines Bundeswehreinsetzes in Afghanistan wies die Zweite Kammer des Zweiten Senats ebenfalls unter Verweis auf das BND-Urteil auf die Differenzierungen „hinsichtlich des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs im Inland und Ausland“ je nach Grundrecht und entlang der Grundrechtsdimensionen – als „Abwehrrechte, als Leistungsrechte, als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen oder als Grundlage von Schutzpflichten“ – hin.²²⁴⁶

5. Zusammenfassung

Die Tätigkeit des BND zielt darauf, Erkenntnisse über das Ausland von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland zu gewinnen. Dazu sammelt der Auslandsnachrichtendienst Informationen und wertet sie aus. Typischerweise agiert der BND dabei verdeckt und überwacht Telekommunikation technisch. Im Interesse der Sicherheit führt dies zu Eingriffen in Freiheitsrechte potenziell vieler Personen. Eine fachgerichtliche Kontrolle von Überwachungsmaßnahmen stößt an Grenzen, da der Individualrechtsschutz zunächst Kenntnis und sodann den Nachweis einer subjektiven Rechtsverletzung erfordert, den Betroffene mangels Informationen über und Einsicht in den Überwachungsvorgang kaum erbringen können. Mit der BND-Reform im Jahr 2016 wurden die Befugnisse und Kontrollmechanismen für die Ausland-Ausland-Überwachung zwar reformiert, blieben aber hinter verfassungsrechtlichen Anfor-

2245 BVerfGE 157, 30 = BVerfG, Beschluss 1. Senat v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 (Klimaschutz), Rn. 175. Können Grundrechte als Schutzpflichten zur Anwendung, könne sich der Inhalt grundrechtlicher Schutzgebote gegenüber im Inland und im Ausland lebenden Menschen unterscheiden, in dem Fall den in Deutschland und den in Bangladesch und Nepal lebenden Beschwerdeführenden (Rn. 176). Im Ergebnis ließ der Erste Senat aber offen, inwiefern der deutsche Staat gegenüber im Ausland lebenden Menschen über Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG zur Verhinderung von Beeinträchtigungen durch Folgen des globalen Klimawandels verpflichtet ist, da eine solche Schutzpflicht jedenfalls nicht verletzt sei (Rn. 180).

2246 BVerfG, Beschluss 2. Senat 2. Kammer v. 18.11.2020 – 2 BvR 477/17, Rn. 31. Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Herleitung und Reichweite des Amtshaftungsanspruchs sowie einer möglichen staatlichen Verpflichtung zum Ausgleich oder zur Entschädigung für Grundrechtsverletzungen bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr ließ das Gericht offen, da die angegriffene Entscheidung des Bundesgerichtshofs jedenfalls nicht auf einer Verkennung der Bedeutung und Tragweite der Grundrechte beruhe (Rn. 33).

derungen zurück. Dies durch das Bundesverfassungsgericht feststellen zu lassen, war Ziel der strategischen Prozessführung gegen das BND-Gesetz. Angestoßen wurde die Verfassungsbeschwerde durch die Prozessführungsorganisation GFF, die sich mit Medienorganisationen und Betroffenen aus aller Welt in einem Klagekollektiv zusammentat – mit juristischem Erfolg, denn das Bundesverfassungsgericht erklärte die angegriffenen Teile des BND-Gesetzes mit dem BND-Urteil im Mai 2020 für verfassungswidrig.

Aus einer mobilisierungstheoretischen Perspektive wirft auch dieser Fall Fragen auf, die es nun in einer vergleichenden Analyse zu klären gilt: Welche Rolle spielte der politische Kontext von Enthüllungen über Überwachung durch Nachrichtendienste für die Rechtsmobilisierung gegen das BND-Gesetz? Und wie veränderte strategische Prozessführung die Zugangschancen zu Recht gegen Überwachung?

IV. Die Bedeutung strategischer Prozessführung für den Zugang zu Recht: Vergleichende Fallanalyse und übergreifende Erkenntnisse

Die Gerichtsverfahren zum Familiennachzug im Migrationsrecht und gegen Auslandsüberwachung durch den BND verliefen unterschiedlich, teilen aber doch einige Gemeinsamkeiten. Der Zugang zu Recht ist in beiden Fällen voller Schwierigkeiten, was mit der Mobilisierungsbarriere Individualisierung sowie ihren bereichsspezifischen Ausprägungen im Migrationsrecht und Recht der Nachrichtendienste zusammenhängt (1.). Da es dennoch zu Verfahren gegen die beiden Gesetzesreformen aus dem Jahr 2016 kam, muss es Umstände gegeben haben, die den Zugang zu Recht trotz aller Schwierigkeiten ermöglichten. War es gerade das Instrument strategischer Prozessführung, das der Mobilisierungsbarriere Individualisierung entgegenwirkte? Verwirklichten sich darin die Chancen von Rechtsmobilisierung im Klagekollektiv (2.)? Und wie ist dies insgesamt im Lichte der grund- und menschenrechtlichen Anforderungen an den Zugang zu Recht zu bewerten (3.)?

1. Allgemeine und bereichsspezifische Zugangshürden

Ausgangspunkt der Fallstudien war die Vermutung, dass der Zugang zu Recht gegen Überwachung und für Migration besonders schwierig ist. Ein vertiefter Blick in beide Bereiche bestätigt diese Annahme und konkretisiert zugleich, worin die Herausforderungen bestehen. Zum Teil liegen sie in

den bereits identifizierten, allgemeinen Zugangshürden zu Recht, die mit dem Individualrechtsschutz zusammenhängen und die in beiden Feldern wie durch ein Brennglas sichtbar werden. Es zeigen sich aber auch neue Rechtsschutzhindernisse: die Unterschiede je nach Rechtsstatus und die Heimlichkeit staatlicher Maßnahmen.

a) Zugang zu Migrationsrecht: Je nach Rechtsstatus unterschiedlich

Eine Besonderheit des Migrationsrechts liegt darin, dass es „Sonderrecht für Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit“ ist.²²⁴⁷ Dies zieht zahlreiche Sonderregelungen nach sich, die den Zugang zu Recht erschweren. Diese Feststellung lässt sich nun mit den Erkenntnissen aus dem Rechtsstreit um den Familiennachzug präzisieren: Je nach Rechtsstatus einer Person unterscheiden sich die Zugangshürden zu Recht.²²⁴⁸ Die Rechtsdurchsetzung im Migrationsrecht prägen also nicht nur das Zusammenspiel aus materiellem Recht und Prozessrecht, sondern – im Querschnitt – ebenso die Verflechtung von Asyl- und Aufenthaltsrecht. Der Familiennachzug veranschaulicht das Zusammenspiel beider Rechtsbereiche: Für Personen mit Flüchtlingsstatus und subsidiärem Schutz gelten unterschiedliche Nachzugsrechte und -bedingungen.²²⁴⁹ Ein Wechsel zwischen beiden Schutzformen vollzieht sich im Asylrecht, den Familiennachzug als akzessorisches Recht regelt das Aufenthaltsrecht. Entsprechend unterscheiden sich die Zugangshürden beim Familiennachzug danach, ob es um die Rechte der nachzugswilligen Familienmitglieder nach dem Aufenthaltsrecht oder den Status der Referenzpersonen in Deutschland nach dem Asylrecht geht. Im Asylrecht sind zahlreiche Regelungen des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts wie Fristen oder Berufungsgründe modifiziert. Im Visumverfahren gelten diese Modifikationen nicht, dafür gibt es andere Besonderheiten im Rechtsschutz wie das Remonstrationsverfahren. Die Fragmentierung zwischen Rechtspositionen ist für das Migrationsrecht typisch und wurde schon von anderen beschrieben.²²⁵⁰ Eine vertiefte Betrachtung von Rechtsmobilisierung für Familiennachzug konnte hier ergänzend zeigen, wie sich dies auf die Rechtsschutzchancen auswirkt.

2247 Böhlo, Der Zugang zum Recht, in: Eick/Arnold (Hrsg.), 2019, S. 225 (228).

2248 Kapitel E.II.1.

2249 Kapitel E.II.1.a)bb).

2250 Siehe nur Pichl, Diskriminierung von Flüchtlingen und Geduldeten, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), 2017, S. 449 (457).

b) Zugang zu Recht gegen Überwachung: Geheimhaltung als Rechtsschutzproblem

Der Zugang zu Recht gegen Überwachung ist ebenso von Besonderheiten geprägt. Allen voran die Geheimhaltung der staatlichen Maßnahmen erschwert den Rechtsschutz vor den Fachgerichten.²²⁵¹ Der Rechtsstreit um das BND-Gesetz offenbart, dass dies in extraterritorialen Konstellationen wie der Auslandsüberwachung noch einmal verschärft gilt. Denn es fehlt nicht nur an Kenntnis von der konkreten Überwachungsmaßnahme, sondern bereits an einem Wissen über der Existenz und den Umfang der Rechtsgrundlagen. Damit eine Person im Ausland überhaupt weiß, dass sie in den Fokus deutscher Aufklärungsinteressen geraten kann, müsste sie die Rechtsentwicklungen in Deutschland, konkret die BND-Gesetzesreformen, verfolgen. Dass Personen weltweit ein diffuses Gefühl von Überwachtheit verspüren, ist nach Enthüllungen wie denen von Edward Snowden über die NSA denkbar. Daraus folgt noch nicht, dass ein konkretes Wissen über die Überwachungsbefugnisse und -praktiken von Geheimdiensten weltweit besteht, wie die Aussagen des Beschwerdeführers Goran Lefkov zeigen. Obwohl er als Investigativjournalist durch seinen Beruf eine erhöhte Sensibilität für das Thema mitbrachte und sich mit Kolleg*innen aus anderen Ländern regelmäßig austauschte, erfuhr er erst bei einem Besuch in Deutschland von den Überwachungskompetenzen des BND. Daneben verhinderte die Grundkonzeption des BND-Gesetzes mit ihren abgestuften Befugnissen, dass sich Inländer*innen überhaupt für betroffen hielten. Zugang zu Recht gegen Überwachung, so lässt sich schlussfolgern, ist aufgrund der spezifischen Gefährdungslagen, Informationsdefizite und Nachweisprobleme wegen der Geheimhaltung von Überwachungsmaßnahmen besonders schwierig.

c) Bereiche mit vergleichbaren Zugangshürden

Die Erkenntnisse zu den Zugangshürden in beiden Bereichen dürften trotz ihrer Spezifika auf solche Rechtsgebiete übertragbar sein, in denen ähnliche Grundstrukturen vorliegen oder sich in der Praxis vergleichbare Schwierigkeiten ergeben. So erschweren geografische Hürden bei allen Sachverhalten

2251 Kapitel E.III.1.b).

mit extraterritorialem Bezug die klageweise Rechtsdurchsetzung und aktive Teilnahme an Gerichtsprozessen in Deutschland. Ein Beispiel dafür sind Klimaklagen.²²⁵² Dass die Intransparenz staatlicher Maßnahmen wie im Nachrichtendienstrecht ein Problem für die Rechtsdurchsetzung darstellt, lässt sich etwa im Polizeirecht beobachten.²²⁵³ Das hier für den Überwachungsbereich festgestellte Macht- und Informationsgefälle zulasten Einzelner ist zudem ein generelles Strukturproblem des digitalen Raums, das die Durchsetzung von individuellen Rechten gegenüber Digitalkonzernen erschwert.²²⁵⁴ Nicht ohne Zufall werden gerade in diesen Feldern aktuell die Rufe nach kollektivem Rechtsschutz lauter und strategische Prozessführung zunehmend als ein Weg gesehen, informationelle Asymmetrien auszugleichen und Rechte auf Datenschutz und Privatheit effektiv durchzusetzen.²²⁵⁵

Vergleichbar mit dem Migrationsrecht gibt es eine Reihe von Bereichen, bei denen hauptsächlich die immateriellen und materiellen Kosten sowie die subjektiven Faktoren von der Rechtsmobilisierung abhalten. Dies gilt für arme Menschen mit sozialrechtlichen Problemen oder Personen, die in Einrichtungen oder sonstigen Abhängigkeitsverhältnissen leben, etwa in Pflegeheimen oder Psychatrien.²²⁵⁶ Emotionale Ängste vor einer Nutzung des Rechts dürften zudem in Dauerrechtsbeziehungen zu beobachten sein, etwa dem Beamtenrecht oder dem Schulrecht. Wie sich der Zugang zu Recht in all diesen Bereichen gestaltet, ist bislang kaum erforscht.

2. Verwirklichen sich die Chancen strategischer Prozessführung?

Trotz der spezifischen Hürden beim Zugang zu Recht gegen Überwachung und für Migration kam es in beiden Fällen zu strategischer Prozessführung, die sich in der Art und Weise ihrer Durchführung glich: arbeitsteilig organisiert von einem Klagekollektiv, mit taktischem Vorgehen und strategischen Zielen. Damit, so die übergreifende Erkenntnis aus den Fällen, verwirklichten sich die Chancen von strategischer Prozessführung, was

2252 Kapitel B.II.3.b)bb).

2253 Beispielsweise stellen Informationsdefizite bei polizeilichen Personenkontrollen ein Problem im Umgang mit *Racial Profiling* dar, siehe *Bosch/Fährmann/Aden*, ZKKW 2021, S. 187 ff.

2254 *Ruscheheimer*, MMR 2021, S. 942 (942 ff.).

2255 *Althammer*, *Strategische Prozessführung im digitalen Binnenmarkt*, in: *Weller/Wendland* (Hrsg.), 2019, S. 159 (163 ff.); *Ruscheheimer*, MMR 2021, S. 942 (945 ff.); *Strobel*, *Strategic Litigation and International Internet Law*, in: *Golia/Kettmann/Kunz* (Hrsg.), 2022, S. 261 (265 ff.).

2256 Zu Zugangshürden in diesen Bereichen *Graser*, ZIAS 2020, S. 13 (22 f.).

bestätigt: Wenn Klagekollektive mit strategischer Prozessführung Recht in der Wirklichkeit in Aktion setzen, spielen rechtliche und politische Mobilisierungsregeln, Ressourcen und kollektive Erwartungen eine Rolle. Die Fälle verdeutlichen zudem neue und überraschende Aspekte hinsichtlich der Bedingungen kollektiver Rechtsmobilisierung, die in bisherigen Mobilisierungstheorien noch nicht vorkommen und um die sie zu erweitern sind.

a) Gelegenheiten in Recht und Politik nutzen und dabei neue schaffen

In Anknüpfung an Theorien zu rechtlichen und politischen Gelegenheitsstrukturen wurde hier als erste Chance strategischer Prozessführung das Antizipieren und Navigieren von Mobilisierungsregeln in Recht und Politik identifiziert.²²⁵⁷ Hinsichtlich dieses Zusammenspiels aus rechtlichen und politischen Gelegenheitsstrukturen offenbaren die Fälle „Krisen“ als einen neuen Faktor, der Mobilisierungsprozesse katalysiert. Für die juristischen Mobilisierungsregeln ist zudem festzuhalten, dass ungünstige Gelegenheitsstrukturen nicht notwendigerweise von der Rechtsmobilisierung abschrecken. Klagekollektive navigieren nicht nur – günstige oder ungünstige – Gelegenheitsstrukturen in Recht und Politik, sondern verändern sie dabei und schaffen neue.

aa) Krisen als Impulse für strategische Prozessführung als iterative Rechtspolitik

Mit Theorien politischer Gelegenheitsstrukturen ließ sich die Annahme formulieren, dass Kollektive zur Rechtsmobilisierung tendieren, wenn politische Handlungsmöglichkeiten verschlossen sind.²²⁵⁸ Für strategische Prozessführung folgte daraus das Potenzial, dass Klagekollektive antizipieren, in welcher Arena sich Spielräume zur Interessendurchsetzung auftun. Die Fälle bestätigen diese Chance im Grundsatz, verdeutlichen allerdings, dass dies kein Automatismus ist. Vielmehr trat ein weiterer Aspekt hinzu, auf den die Rechtsmobilisierung reagierte: Änderungen im materiellen Recht, die ihrerseits gesellschaftliche Entwicklungen verarbeiteten. Darin liegt eine erste neue Erkenntnis, um die Mobilisierungstheorien zu erweitern sind:

2257 Kapitel D.I.3.a).

2258 Zum Folgenden Kapitel D.I.3.a)bb).

Krisenmomente sind zugleich Impulsmomente für kollektives Handeln im Recht. Wie dabei politische und rechtliche Entwicklungen zusammenspielen und zivilgesellschaftliche Akteur*innen mit strategischer Prozessführung intervenieren, veranschaulichen die Reformen des BND-Gesetzes und aufenthaltsrechtlicher Vorschriften zum Familiennachzug.

Der Anlass für die strategische Prozessführung war in beiden Fällen eine Gesetzesänderung im Jahr 2016. In der Reform des BND-Gesetzes und des Aufenthaltsgesetzes wurden gesellschaftliche Auseinandersetzungen „juristisch codiert“²²⁵⁹, die über Migration seit der „Flüchtlingsschutzkrise“²²⁶⁰ im Jahr 2015 und über Überwachung seit dem „NSA-Skandal“²²⁶¹ im Jahr 2013 geführt worden waren. Die gesellschaftlichen Kontexte von Überwachung und Migration sind sehr unterschiedlich, gleichen sich aber doch in einem entscheidenden Punkt: Politische Mobilisierung ist in beiden Bereichen schwierig. Zwar gibt es immer wieder Proteste im Migrationsbereich, etwa die Selbstorganisation von Geflüchteten mit Protestmärschen und -camps²²⁶², ebenso sind Interventionen gegen staatliche Überwachung und für Privatheit²²⁶³ zu beobachten. Breite überwachungskritische Proteste jenseits der Netzbewegung blieben aber sogar nach den Enthüllungen von Edward Snowden aus, was bei Netzaktivist*innen zu „Ernüchterung und Ratlosigkeit“ führte.²²⁶⁴ Kollektives politisches Handeln im Migrationsbereich ist angesichts drängender existenzieller Fragen schwer zu organisieren.²²⁶⁵ Zudem war der politische Kontext des Asylpakets II, in den Worten der JUMEN-Gründerin Adriana Kessler, eine „Hochphase von Rechtsruck, von Backlash und von restriktiver Migrationspolitik“.²²⁶⁶ Mit den Theorien politischer Gelegenheitsstrukturen gesprochen lagen die institutionellen Möglichkeiten ungünstig und die Akteur*innen antizipierten, dass es an

2259 Buckel/Pichl/Vestena, ZKKW 2021, S. 45 (73).

2260 Markard, VERW 2019, S. 337 (337).

2261 Lamla/Ochs, Der NSA-Skandal als Krise der Demokratie?, in: Hahn/Langenohl (Hrsg.), 2017, S. 83 ff.

2262 Beispielsweise der Protest syrischer Geflüchteter im Jahr 2015, siehe Volk, Anthropol. Middle East 2021, S. 92 ff. Allgemeiner zu politischer Mobilisierung von Migrant*innen durch Selbstorganisation und Unterstützungsnetzwerke Schwenken, Rechtlos, aber nicht ohne Stimme, 2006.

2263 Beispielsweise bereits gegen das Volkszählungsgesetz in den 1980er-Jahren (Bergmann, Volkszählung und Datenschutz, 2009) oder in der Netzbewegung (Ganz, FJSB 2015, S. 35 ff.).

2264 Ganz, FJSB 2015, S. 35 (43).

2265 Schwenken, Rechtlos, aber nicht ohne Stimme, 2006, S. 320 ff.

2266 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 117.

parlamentarischen Mehrheiten und dem nötigen außerparlamentarischen Druck fehlen würde, um „Überwachung rechtsstaatlich ein[zu]hegen“²²⁶⁷ oder eine inklusive Migrationspolitik durchzusetzen.

Mit den Reformen 2016 änderten sich die materiellrechtlichen Mobilisierungsregeln und mit ihnen die Perspektiven der Akteur*innen auf das Recht. Klagekollektive interpretierten als „juridische Akteur*innen“ die „gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse und die konjunkturellen Umstände strategisch“ und übersetzten „kollektive Interessen in eine einklagbare Forderung“.²²⁶⁸ Die Aussichten, damit vor Gericht durchzudringen, standen ausweislich der Fachliteratur und den Stellungnahmen im Gesetzgebungsprozess nicht schlecht, denn beide Gesetzesreformen wurden als verfassungswidrig eingestuft. Zu den noch neuen Vorschriften gab es keine Rechtsprechung, was viel Argumentationsspielraum eröffnete. Allerdings gab es juristische Gegenpositionen, die die Vorschriften für verfassungskonform hielten. Die Prozesse gegen das BND-Gesetz und für Familiennachzug setzten die Auseinandersetzungen um Überwachung und Migration mit der „technokratischen juristischen Sprache und Logik“ als „Kämpfe *im* und *um* das Recht“²²⁶⁹ vor Gericht fort.

Die strategisch angestoßenen Gerichtsverfahren initiierten einen Prozess „iterative[r] Rechtspolitik“²²⁷⁰, der sich nach den Verfahren in gesetzgeberischen Aktivitäten fortführte. Indem Klagekollektive diese begleiteten, wirkten sie an der Übersetzung aus der rechtlichen in die politische Arena mit und drangen als „Umsetzungsarme“²²⁷¹ auf die Verwirklichung der gerichtlichen Vorgaben. Besonders deutlich ist dies im BND-Fall, in dessen Folge das BND-Gesetz erneut reformiert wurde. Ein solches Hin- und Her zwischen Gesetzgebung und Bundesverfassungsgericht sei für das Sicherheitsverfassungsrecht geradezu typisch, so die Einschätzung des Prozessbevollmächtigten Matthias Bäcker. Es sei ein „iteratives Vorgehen zu beobachten“, bei dem eine erste Entscheidung die Grundsatzfragen kläre, „aber nicht je-

2267 GFF, Überwachung rechtsstaatlich einhegen, <https://freiheitsrechte.org/ueber-die-gff/presse/pressemitteilungen-der-gesellschaft-fur-freiheitsrechte/bericht-bndg-v-erhandlung>.

2268 In Anlehnung an den gesellschaftstheoretischen Entwurf von Rechtskämpfen bei *Buckel/Pichl/Vestena*, ZKKW 2021, S. 45 (64, 66).

2269 Ebd., S. 61.

2270 *Baer*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2021, § 7 Rn. 37.

2271 Zur Bezeichnung als „enforcement arm“ siehe *Epp*, Law as an Instrument of Social Reform, in: *Caldeira/Kelemen/Whittington* (Hrsg.), 2008, S. 595 (602).

de Verästelung“.²²⁷² Im Anschluss werde der Gesetzgeber tätig und versuche „typischerweise, das, was er aus dieser Grundsatzentscheidung an Spielräumen herausliest, möglichst extensiv zu nutzen“. Im nächsten Verfahren würde dann die Reichweite dieser Spielräume geklärt. In diesem Zyklus nahm das Klagekollektiv eine aktive Rolle ein, indem es das erste BND-Verfahren strategisch initiierte, die Gesetzesreform mit Sachverständigenstellungennahmen²²⁷³ und publizistischen Aktivitäten zu Reformvorschlägen²²⁷⁴ begleitete und gegen die daraufhin verabschiedete, zweite BND-Reform erneut Verfassungsbeschwerde erhob. Etwas anders lag es beim Familiennachzug, wo eine verfassungsgerichtliche Entscheidung ausblieb, die eine Reform des Aufenthaltsgesetzes nötig gemacht hätte. Die Übersetzung in politische Forderungen fand stattdessen begleitend zu den verwaltungsgerichtlichen Prozessen statt, indem JUMEN in der öffentlichen Kommunikation der Fälle beständig die grund- und menschenrechtliche Kritik an der Aussetzung wiederholte. Nach der Neuregelung 2018 verlagerten sich die Aktivitäten interessanterweise überwiegend auf politische Lobbyarbeit. So bildete eine von JUMEN ausgearbeitete Expertise die Grundlage für einen Austausch mit politischen Entscheidungsträger*innen zu einer Reform des Nachzugsrechts.

Insgesamt veranschaulichen diese Entwicklungen, wie Krisen juristisch verarbeitet werden. Wie erwartet hat dieser Verarbeitungsprozess aber Grenzen und nicht alle Aspekte lassen sich rechtlich übersetzen.²²⁷⁵ Für eine tiefgreifende Kritik an den Ursachen von Rechtsstreitigkeiten bieten die rechtlich definierten Bahnen eines Verfahrens nicht immer Raum. Deutlich werden die Grenzen der Rechtsform beim Familiennachzug und dessen Zweigleisigkeit aus Aufenthalts- und Asylrecht: Ursachen und Auswirkungen von Flucht spielen für aufenthaltsrechtliche Ansprüche und in Verpflichtungsklagen zu ihrer Durchsetzung juristisch keine Rolle. Familiäre Schicksale wie die jahrelange Trennung in Folge der Flucht lassen sich

2272 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 12.

2273 BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120.

2274 Zu Umsetzungsmöglichkeiten und Reformideen der Nachrichtendienste publizierete Daniel Moßbrucker, der das Verfahren für Reporter ohne Grenzen federführend betreut hatte, siehe *Wetzling/Moßbrucker*, BND-Reform, die Zweite, 2020.

2275 Zu den Grenzen strategischer Prozessführung Kapitel D.III.1. Zum Folgenden, mit einer ähnlichen Beobachtung, dass das Flüchtlingsrecht zwar einen individuellen Schutz ermöglicht, die gesellschaftlichen Fluchtursachen im Gerichtsverfahren aber keine Berücksichtigung finden, *Pichl*, Rechtskämpfe, 2021, S. 86. Konkret zu den Grenzen der Übersetzbarkeit in Rechtskämpfe am Beispiel des Asylrechts nach 2015 siehe Ebd., S. 292 ff.

wiederum in asylrechtlichen Klagen auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht thematisieren.

bb) Kollektive Rechtsmobilisierung trotz prozessualer Hindernisse

Nicht nur der politische Kontext und das materielle Recht, sondern auch das Prozessrecht beeinflusst die Rechtsmobilisierung. Gestützt auf Theorien rechtlicher Gelegenheitsstrukturen ließ sich die Chance strategischer Prozessführung formulieren, die Offenheit juristischer Mobilisierungsregeln zu antizipieren und diese gezielt zu nutzen.²²⁷⁶ Die Fälle widerlegen dies auf den ersten Blick, denn bei dem für den Zugang zum Gericht entscheidenden Faktor, der Klagebefugnis, bestand gerade keine Offenheit für kollektives Handeln. Klagerechte für Kollektive fehlten, eine laut den Theorien rechtlicher Gelegenheitsstrukturen ungünstige Ausgangslage.²²⁷⁷ Dass Recht dennoch gemeinsam mobilisiert wurde, verdeutlicht, dass die Offenheit solcher Regeln und das Antizipieren von Mobilisierungschancen weiter zu verstehen sind als bisher angenommen. Kollektive Klagerechte mögen ein Anreiz für kollektives Handeln im Recht sein, wo sie fehlen, suchen Akteur*innen aber andere Wege. Ein solcher sind Individualverfahren, was in dem auf subjektive Rechtsverletzungen ausgerichteten Rechtssystem naheliegt.²²⁷⁸ Bemerkenswerter als der Umstand, dass Kollektive auf Individualverfahren ausweichen, ist die Art und Weise, mit der dies geschieht. In beiden Fällen suchten die Prozessführungsorganisationen jeweils gezielt solche Personen, deren Lebensumstände unterschiedliche Betroffenheit von den angegriffenen Regelungen offenbarten. Die Befassung der Gerichte über die Auswahl „passender“ Fälle zu ermöglichen, war nach Einschätzung des Prozessbevollmächtigten im BND-Verfahren der strategische Kern des Prozesses:

„Ich denke, strategisch an dem, was wir gemacht haben, war, dass wir uns einen Fall gebastelt haben, mit dem Ziel, eine Rechtslage kontrollieren zu

2276 Zum Folgenden Kapitel D.I.3.a)aa).

2277 Kapitel D.I.3.a)aa). In der fehlenden Popularklagebefugnis eine Hürde für strategische Prozessführung zum Bundesverfassungsgericht sieht *Helmrich*, *Pyrrhusniederlage?*, in: *Helmrich* (Hrsg.), 2017, S. 237 (243 f.).

2278 Kapitel D.II.1.c).

lassen, ohne darauf zu warten, dass ganz zufällig ein geeigneter Einzelfall vorbeifliegt.“²²⁷⁹

Beim BND-Verfahren hatte dies zum Ziel, grundrechtliche Vorgaben zur Überwachung verschiedener Personenkreise – von Inländer*innen, EU-Ausländer*innen und Nicht-EU-Ausländer*innen – zu klären. Beim Familiennachzug ging es um Nachzugsrechte in verschiedenen Konstellationen, also die Rechte von Ehegatten, Kindern und sonstigen Familienangehörigen. Mobilisierungsregeln zu antizipieren, heißt somit auch, Recht in Fällen zu mobilisieren, die offene Rechtsfragen exemplarisch aufwerfen, um Rechtssicherheit zu erhalten und Rechtsfortbildung zu ermöglichen. Durch eine solche Initiierung einer Verfassungsbeschwerde mit individuell Betroffenen bringt strategische Prozessführung „den Einzelnen als Akteur eines Verfassungswandels in Stellung.“²²⁸⁰ Beschwerdeführende wirken dadurch an der Durchsetzung von Verfassungsrecht mit und das Gericht wird von einem „Ort der Konfrontation zwischen öffentlicher Gewalt und Individuum“ zu einem der „Ermächtigung, des Empowerment der Adressaten der Staatsgewalt“.²²⁸¹

Ob mit der Hilfe eines Klagekollektivs tatsächlich der Zugang zum Bundesverfassungsgericht gefunden wird, hängt neben der Beschwerdebefugnis aber noch von weiteren Faktoren im Verfassungs- und Verwaltungsprozessrecht ab, denen bisherige Mobilisierungstheorien noch nicht ausreichend Beachtung geschenkt haben. Zum Teil wird darauf verwiesen, dass bereits die bloße Existenz einer Verfassungsbeschwerde eine günstige rechtliche Gelegenheitsstruktur sei.²²⁸² Der Kontrast der Fälle zeigt, dass dies primär für Konstellationen gilt, in denen eine Verfassungsbeschwerde direkt gegen ein Gesetz erhoben werden kann. Die Anforderungen dafür sind aus Gründen der Gewaltenteilung hoch, wie das Bundesverfassungsgericht in der abweisenden Eilentscheidung zur Aussetzung des Familiennachzugs betonte.²²⁸³ Die entscheidenden „Zugangsfiler“ zum Bundesverfassungsgericht sind neben der Beschwerdebefugnis vor allem das Erfordernis der

2279 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 6, 65 f.

2280 So für strategische Prozessführung als Beispiel eines von der Gesellschaft angestoßenen Verfassungswandels *Peucker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, S. 169.

2281 *Gusy*, Die Verfassungsbeschwerde, in: Ooyen, van/Möllers (Hrsg.), 2023, S. 1 (7 f., 16 ff.).

2282 Kapitel D.I.3.a)aa).

2283 Kapitel E.II.3.a).

Rechtswegerschöpfung und das der Subsidiarität.²²⁸⁴ Dass diese Zulässigkeitskriterien im BND-Verfahren erfüllt waren und es – wie von den Prozessführenden erhofft – ohne den Weg über die Fachgerichte zu einer Entscheidung kommen konnte, hängt unter anderem mit den Besonderheiten verdeckter Überwachungsmaßnahmen zusammen.²²⁸⁵ Diese erschweren Rechtsschutz vor den Fachgerichten, im Gegenzug gelten Erleichterungen beim Zugang zum Bundesverfassungsgericht wie der Umstand, dass das Gericht eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde ausnahmsweise ohne Vollzugsakt für zulässig erachtet. Anders lag es bei den Verfahren zum Familiennachzug, die ebenfalls die verfassungsgerichtliche Überprüfung gesetzlicher Regelungen zum Ziel hatten. Dazu kam es bisher nicht. Entsprechende Besonderheiten fehlten dort, sodass gegen den staatlichen Vollzugsakt – die Ablehnung des Visums – vorzugehen und der Rechtsweg zu erschöpfen war, was in keinem Verfahren bisher gelang. Eine „Abkürzung“ über eine Vorlage lehnten die Verwaltungsgerichte mit dem Verweis auf die Möglichkeit zur verfassungskonformen Auslegung von § 104 Abs. 13 AufenthG ab.

Zulässigkeitskriterien allein dürften den unterschiedlichen Ausgang beider Verfahren nicht erklären, ihre Einbeziehung bestätigt aber eine Beobachtung, wie sie schon von anderen formuliert wurde: Das Verfassungsbeschwerdeverfahren ist grundsätzlich niedrigschwellig ausgestaltet und insofern zugangsfördernd. Die Erfordernisse der Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität führen aber dazu, dass „die generellen Barrieren für den Zugang zur Justiz“ auf den Zugang zum Bundesverfassungsgericht übertragen werden.²²⁸⁶ Eine Schlussfolgerung aus dem Vergleich der Fälle ist somit, dass die Offenheit juristischer Mobilisierungsregeln nicht pauschal für ganze Verfahrensarten, sondern differenziert anhand ihrer Voraussetzungen zu betrachten ist.

2284 Heun, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014, S. 120, 124 ff.; Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 158. Zu den Rechtsgrundlagen Kapitel E.III.2.b)bb)(1)(a).

2285 Insbesondere waren wegen der Streubreite der durch die angegriffenen Vorschriften eröffneten Maßnahmen eine Wahrscheinlichkeit ihrer gegenwärtigen Betroffenheit und die Beschwerdebefugnis gegeben; eine Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität griff wegen der heimlichen Natur von Überwachungsmaßnahmen und der rein verfassungsrechtlichen Fragen, die das Verfahren aufwarf. Siehe Kapitel E.III.3.b)aa).

2286 So schon Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 158.

b) Klagekollektive als nachhaltige, aber unsichtbare Ressource für Individualrechtsschutz

Nach Ressourcentheorien beeinflussen sowohl immaterielle als auch materielle Ressourcen, ob und wie Recht kollektiv mobilisiert wird.²²⁸⁷ Die Fälle bestätigen eine daraus abgeleitete, zweite Chance strategischer Prozessführung: Indem Klagekollektive Ressourcen bündeln, werden sie zu Vielfachprozessierenden und formen eine Unterstützungsstruktur. Was bisherige Ressourcentheorien allerdings noch nicht berücksichtigen und was zu ergänzen ist, sind kollektivinterne Abhängigkeiten und die Sichtbarkeit strategischer Partnerschaften nach außen, vor allem im Recht.

aa) Rechtsschutz arbeitsteilig organisieren

Bereits die historischen Beispiele strategischer Prozessführung offenbarten, wie Akteur*innen arbeitsteilig Recht mobilisierten.²²⁸⁸ Als idealtypische Rollen im Klagekollektiv wurden die Klagenden, Koordination, Fachexpertise, Prozessexpertise und Unterstützende identifiziert.²²⁸⁹ Mobilisierungstheorien legten als Erklärung nahe, dass diese Rollenverteilung ein Spiegel individueller Hürden beim Zugang zu Recht ist und auf Herausforderungen bei den Regeln, Kosten und subjektiven Faktoren reagiert.²²⁹⁰ Die Fälle untermauern dies und zeigen, wie wichtig die Besetzung all dieser Rollen ist, um diverse Ressourcen für die Rechtsmobilisierung zusammentragen. Bei strukturellen Zugangshürden braucht es jemanden, der den „Rechtsschutz organisiert“.²²⁹¹ Bei hohen Zugangshürden ist das kollektive Zusammenwirken somit umso wichtiger.

Die Fälle illustrieren, wie solche Kollaborationen verlaufen. Erstens spielten die *Klagenden* eine zentrale Rolle, denn um ihre Rechtsverletzungen ging es und ihre Erfahrungen waren insofern unentbehrlich. Im BND-Verfahren speisten die betroffenen Journalist*innen Informationen zu ihrer individuellen Gefährdungssituation in das Wissensgeflecht des Klagekollektivs ein. Im Migrationsfall waren es die geflüchteten Personen und ihre

2287 Zum Folgenden Kapitel D.I.3.b).

2288 Kapitel B.II.

2289 Kapitel B.III.2.a)cc)(1).

2290 Kapitel D.I.4.

2291 So der Prozessvertreter im BND-Verfahren, Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 19.

Familien im Ausland, die ihre Fluchtgeschichte und familiären Lebensumstände darlegten. Zweitens organisierten die Vereine GFF und JUMEN als *Koordinationsstellen* die Logistik der Verfahren. Diese füllten zugleich die dritte Rolle aus, die der *Fachexpertise*. Als Prozessführungsorganisationen mit Schwerpunkten im Sicherheitsrecht und im Migrationsrecht verfügten sie über grund- und menschenrechtliche Kenntnisse. Wissen über die spezifischen Gefährdungslagen von Journalist*innen bei Überwachung trugen zudem die Medienorganisationen bei, beim Familiennachzug waren es Vereine aus dem Netzwerk Familiennachzug, die je nach Fallkonstellation Expertise beisteuerten. Fachwissen brachten zudem die Prozessvertretungen mit, in materieller sowie in prozessualer Hinsicht. Sie übersetzten die strategischen Ziele der Verfahren in prozesstaktische Schritte und übernahmen somit zugleich die vierte Rolle, die der *Prozessexpertise*. Beim Familiennachzug waren es die Migrationsrechtsanwält*innen, die mit den Besonderheiten von Rechtsschutz im Asyl- und im Visumverfahren vertraut waren. Im BND-Verfahren hatte der Prozessbevollmächtigte neben Expertise im Nachrichtendienstrecht noch Erfahrung mit Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und mündlichen Verhandlungen. Die weitere *Unterstützung* kam fünftens von fachlich spezialisierten NGOs, die Kläger*innen vermittelten, teils betreuten und an der Öffentlichkeitsarbeit mitwirkten.

Eine neue Erkenntnis liegt in der großen Bedeutung, die die Akteur*innen selbst diesen Kooperationen zumessen. Die Zusammenarbeit im Klagekollektiv erscheint demnach nicht nur opportun für die Prozessführung, sondern unerlässlich. Am eindrücklichsten illustrieren dies Einschätzungen der Prozessführenden im BND-Verfahren. Ohne Vernetzung mit Organisationen wäre der Prozessbevollmächtigte Matthias Bäcker nach eigener Einschätzung „nie an die Leute gekommen“.²²⁹² Das Netzwerk von Prozessführungsorganisationen wie der GFF erlaube es „in stärkerem Ausmaß und in professionalisierter Weise mit Personen in Kontakt zu kommen, die sich eignen, um unterschiedliche Fragen aufzuspießen und die Zugangshürden, die es immer noch gibt, zu nehmen.“²²⁹³ Die GFF machte sich, wie es der Prozessbevollmächtigte Bijan Moini als generellen Ansatz des Vereins beschreibt, auf die „Suche nach denjenigen, die das Problem perfekt repräsentieren und anhand derer man besonders gut zeigen kann, warum das

2292 Interview Matthias Bäcker v. 26.09.2019 (BND/I/2), 140.

2293 Interview Matthias Bäcker v. 25.01.2022 (BND/I/6), 65.

verfassungsrechtlich nicht haltbar ist.²²⁹⁴ Ohne die Medienorganisationen als berufliche Interessenvertretungen und somit Kontaktpunkt zu betroffenen Journalist*innen wäre es aber kaum gelungen, so viele verschiedene Beschwerdeführende zu finden, denn selbst mit deren weltweitem Netzwerk war dies herausfordernd. Genau diese gegenseitige Ergänzung, so das Fazit der GFF, ermöglichte das Verfahren:

*„Wir als GFF hätten uns schwergetan, geeignete Beschwerdeführer*innen zu finden, Reporter ohne Grenzen hätte sich schwergetan, einen passenden und sehr guten Bevollmächtigten zu finden, der das Verfahren durchführt, genügend Finanzierung aufzustellen und das vernünftig zu koordinieren, also diese Schnittstelle anzubieten zwischen Beschwerdeführer*innen und dem Bevollmächtigten. Nur durch diese Kombination ist das Verfahren überhaupt möglich geworden.“²²⁹⁵*

Damit ist noch nicht gesagt, dass ohne dieses konkrete Verfahren eine Überprüfung des BND-Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht unterblieben wäre. Die Gegenprobe mit einem solchen hypothetischen Szenario ist nicht möglich. Darauf kommt es hier aber auch nicht an, denn es geht vielmehr darum nachzuerfolgen, wie dieses konkrete Verfahren zustande kam und was die Mobilisierungsentscheidung der Protagonist*innen beeinflusste. Was sich nach alledem festhalten lässt, ist, dass die Akteur*innen die kollektive Zusammenarbeit als zentral einschätzten.

bb) Kollektive Unterstützung bleibt rechtlich unsichtbar

Mit Blick auf die Rollenverteilung und Ressourcen für Rechtsmobilisierung zeigen die Fälle einen weiteren Aspekt: Läse man nur die erstrittenen Entscheidungen, gäbe es keinen Anhaltspunkt für die kollektive Einbettung, die für die tatsächliche Aktivierung der Gerichte zentral war. Die Unterstützung blieb in dem auf Individuen ausgerichteten Rechtsschutzsystem prozessual unsichtbar. Aufseiten der Mobilisierenden traten nur die Klagen und deren Anwält*innen prozessual in Erscheinung. Um die subjektiven Rechte ersterer ging es im Verfahren, sie waren Verfahrensbeteiligte im Sinne des § 63 Nr. 1 VwGO und Beschwerdeführende im Sinne der Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Klagten beim Familiennach-

2294 Interview Bijan Moini v. 26.08.2019 (BND/I/1), 50.

2295 Interview Bijan Moini v. 20.01.2022 (BND/I/5), 19.

zug die nachziehenden Familienangehörigen im Ausland, waren die Referenzpersonen im Inland zum Teil Beigeladene im Sinne des § 65 VwGO und über § 63 Nr. 3 VwGO ebenfalls beteiligt, teils wurden sie als Zeug*innen befragt. Die rechtliche Vertretung übernahmen Anwalt*innen oder Hochschullehrende (§ 67 Abs. 2 S. 1 VwGO; § 22 Abs. 1 S. 1 BVerfGG). Alle anderen Akteur*innen aufseiten der Klagenden hatten prozessrechtlich keine Rolle. Erstaunlich ist, dass gerade diejenigen, die die Fälle initiierten und koordinierten, prozessual unsichtbar blieben. Demgegenüber nahmen die im rechtlichen Sinne Beteiligten eine eher passive Rolle ein.

Mit Blick auf das Recht der Rechtsberatung überrascht diese Beobachtung nur zum Teil. So ist die eher passive Rolle in den Vertretungsregelungen angelegt: Wird eine Prozessbevollmächtigung erteilt, sind alle Mitteilungen des Gerichts an die bevollmächtigte Person zu richten (§ 67 Abs. 6 S. 5 VwGO; § 22 Abs. 3 BVerfGG). Die Rollenverteilung in strategischen Partnerschaften ist mithin nicht nur Ausdruck der Mittel und Expertisen der Akteur*innen, sondern wird ebenso von den rechtlichen Vorgaben beeinflusst, die festlegen, wer in rechtlichen Verfahren wie auftreten darf. Für andere Konstellationen als den in den Fällen einschlägigen Typus des kollektiv unterstützten Individualverfahrens heißt das: Gelten andere Vorgaben, ist eine andere Rollenverteilung im Klagekollektiv zu erwarten. Bei Verbandsklagen liegt etwa nahe, dass die Rolle der Kläger*in mit der der Koordinationsstelle, Fachexpertise und Prozessexpertise in Verbänden zusammenfällt.

cc) Beitrag zur Unterstützungsstruktur und Etablierung als Vielfachprozessierende

Die Fälle zeigen ferner, wie einzelne Prozesse den Auftakt für langfristige Kooperationen bilden, die zum Aufbau von Unterstützungsstrukturen für weitere Prozesse beitragen und über die sich Akteur*innen als Vielfachprozessierende etablieren. JUMEN agierte beim Familiennachzug stets „im Rahmen des Netzwerkes“²²⁹⁶, was sich in Folgeverfahren fortsetzte. Es bildeten sich Kooperationen, die bis heute anhalten und zu anderen migrationsrechtlichen Themen fortgeführt wurden. Ebenso beim BND-Verfahren, jenseits dessen der Prozessbevollmächtigte Matthias Bäcker und die

2296 Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/II), 46.

GFF bei Verfassungsbeschwerden gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetz, das Bundeskriminalamtgesetz oder das Sächsische Polizeigesetz zusammenarbeiteten. Gemeinsam mit Reporter ohne Grenzen und weiteren Organisationen hat die GFF zudem Ende 2021 das Bündnis F5 gegründet, was die „Digitalpolitik der neuen Bundesregierung optimistisch und kritisch begleiten“ wird.²²⁹⁷

Solche zivilgesellschaftlichen Zusammenschlüsse sind Teil dessen, was Charles Epp als Unterstützungsstruktur („support structures“) bezeichnete und als Ressource für Rechtsmobilisierung und gesellschaftlichen Wandel durch Recht beschrieb.²²⁹⁸ Dass sich seit einigen Jahren in Deutschland immer mehr Prozessführungsorganisationen wie die GFF und JUMEN gründen, die sich mit Personen aus Anwaltschaft und Wissenschaft vernetzen und gemeinsam Verfahren anstoßen, festigt solche Strukturen, wie die Bereiche Migration und Überwachung beispielhaft zeigen. Denn historisch gab es im Migrationsbereich zwar eine engagierte und vernetzte Anwaltschaft und aktive Menschenrechtsinitiativen, es fehlte aber eine auf strategische Prozessführung spezialisierte Organisation wie JUMEN mit Ressourcen, Verfahren von grundsätzlicher Bedeutung zu koordinieren und zu begleiten.²²⁹⁹ Ähnlich im Bereich Datenschutz und Schutz der Privatsphäre. Staatliche Überwachung war immer wieder Gegenstand von Musterverfahren und breit angelegter Rechtsmobilisierung, etwa gegen das Volkszählungsgesetz oder die Vorratsdatenspeicherung.²³⁰⁰ Dass es mit der GFF in dem Bereich nun eine auf Prozessführung spezialisierte Organisation gibt und Interessenverbände wie Reporter ohne Grenzen Lobbyarbeit inzwischen auch mit Klagen ergänzen, ist eine jüngere Entwicklung.²³⁰¹ Zuvor habe es zum Teil ein geringes Bewusstsein über die Gefahren staatli-

2297 GFF, Bündnis F5 begrüßt Neustart in der Digitalpolitik, <https://freiheitsrechte.org/ueber-die-gff/presse/pressemitteilungen-der-gesellschaft-fur-freiheitsrechte/pm-f5-koalitionsvertrag>.

2298 Epp, *The rights revolution*, 1998, S. 3 ff., 19; Kapitel D.I.3.b).

2299 Siehe zu dieser Einschätzung ebenso die Interviews mit Migrationsanwält*innen und die Analyse bei Pichl, *Rechtskämpfe*, 2021, S. 288 f.

2300 Als Beispiel für Massenverfassungsbeschwerden Schreier, *Protest bis zur letzten Instanz*, in: de Nève/Olteanu (Hrsg.), 2013, S. 29 (30 ff.). Zu den Hintergründen des Protests gegen die Volkszählung in den 1980er-Jahren Peuker, *Verfassungswandel durch Digitalisierung*, 2020, S. 169 f.; Bergmann, *Volkszählung und Datenschutz*, 2009, S. 15 ff. Zur anwaltlichen Arbeit gegen Überwachung Eick/Arnold (Hrsg.), *40 Jahre RAV*, 2019.

2301 Dazu die Einschätzung im Interview Daniel Moßbrucker v. 07.10.2019 (BND/I/3), 38. Siehe schon oben Kapitel E.III.2.b)aa).

cher Überwachung gegeben, bisweilen auch unter Journalist*innen, so die Einschätzung von Daniel Moßbrucker.²³⁰² Bei der Grundgesetzänderung zum G 10-Gesetz Ende der 1960er-Jahre etwa seien „keine Journalisten mit am Tisch“ gewesen. Wie die Beteiligung journalistischer Verbände zum BND-Verfahren zeigt, ist dies inzwischen anders.

Indem Prozessführungsorganisationen strategische Verfahren anstoßen, vernetzen sie Akteur*innen im Feld. Zugleich etablieren sie sich als Ansprechpartner*innen mit Expertise für Parlament und Gerichte, wie Entwicklungen im Nachgang des BND-Verfahrens zeigen. So wurde GFF-Vorstandsmitglied Nora Markard im Gesetzgebungsverfahren für die Reform nach dem BND-Urteil im Bundestag angehört.²³⁰³ Im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetz durfte der Verein zudem erstmalig seit seiner Gründung als sachkundiger Dritter (§ 27a BVerfGG) in der mündlichen Verhandlung Stellung nehmen.²³⁰⁴ Prozessführungsorganisationen werden somit über thematische Spezialisierungen und Klageaktivitäten zu Vielfachprozessierenden („repeat player“) im Sinne von Marc Galanter.²³⁰⁵

c) Verwobene subjektive Erwartungen

Theorien zu kollektiven Erwartungen gehen davon aus, dass subjektive Faktoren wie geteilte Werte und Hoffnungen beeinflussen, ob und wie Recht kollektiv und zur Rahmung von Konflikten genutzt wird.²³⁰⁶ Daraus folgte als dritte Chance strategischer Prozessführung, eine gemeinsame Perspektive auf Recht zu entwickeln und subjektive Ziele zu fördern, die unabhängig vom Ausgang des Verfahrens sind. Solche subjektiven Motive teilten auch die Prozessführenden im BND-Verfahren und den Klagen für Familiennachzug. Die Fälle verdeutlichen zudem Aspekte, die in den abstrakt formulierten Chancen noch nicht ausreichend berücksichtigt wurden: Subjektive Erwartungen sind im Klagekollektiv verwoben. Die einzelnen Akteur*innen verfolgen neben individuellen auch kollektive Ziele, die

2302 Interview Daniel Moßbrucker v. 27.01.2022 (BND/I/8), 24.

2303 BT, Innenausschuss, 2021, Protokoll 19/120.

2304 BVerfG, Urteil I. Senat v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17 (Bayerisches Verfassungsschutzgesetz), Rn. 87; GFF, Bericht aus Karlsruhe, <https://freiheitsrechte.org/themen/freiheit-im-digitalen/vsg-bayern/bericht-aus-karlsruhe-bayvsg>.

2305 Galanter, *Law & Soc'y Rev.* 1974, S. 95 (98); Kapitel D.I.3.b).

2306 Kapitel D.I.3.c).

mitunter kollidieren. Ein Sieg im Einzelfall kann für Klagekollektive eine Niederlage sein – und umgekehrt.

aa) Wenn strategische Ziele und Interessen Einzelner auseinanderfallen

Mit Blick auf die subjektiven Erwartungen zeigen die Fälle, dass Klagekollektive keine homogene Interessengemeinschaft sind. Die Akteur*innen haben jeweils eigene Erwartungen, die nicht zwingend deckungsgleich sind und sich sogar widersprechen können. Mit subjektiven Theorien war für solche Konstellationen zu erwarten, dass dies zu Konflikten führt.²³⁰⁷ Dass es nicht dazu kam, ist eine überraschende Einsicht, die eine Ergänzung der Mobilisierungstheorien nötig macht: Interessenskollisionen müssen nicht gleich Interessenkonflikte bedeuten.

Die Verfahren gegen das BND-Gesetz und für Familiennachzug sind prototypisch für kollektiv unterstützte Individualverfahren und die Schwierigkeiten, die diese mit sich bringen.²³⁰⁸ In beiden Fällen entstanden die Klagekollektive nicht unbedingt aus einem gemeinsamen Entschluss, sondern vor allem die Koordinationsstellen initiierten diese. Sie identifizierten ein Thema als problematisch und entschieden, mit welchen rechtlichen Mitteln dieses angegangen werden sollte. Dazu suchten die GFF und JUMEN geeignete und willige Klagende sowie Kooperationspartner*innen zur Durchführung der Verfahren, ferner entwickelten sie die Argumentation und Prozesstaktik. Dabei trafen unterschiedliche Interessen aufeinander: Für die Kläger*in hatten die Verfahren unmittelbare Auswirkungen auf ihre Lebenswirklichkeit, während die Koordinationsstellen, Fachexpert*innen, Prozessexpert*innen und Unterstützer*innen die langfristigen, strategischen Ziele vor Augen hatten. So exponierten sich die Beschwerdeführenden beim BND-Verfahren durch ihr öffentliches Auftreten und setzten sich der Gefahr aus, erst recht in den Fokus von Überwachung zu geraten. Beim Familiennachzug war es insbesondere die zeitliche Dimension, entlang derer die unmittelbaren Verfahrensziele mit denen jenseits des Einzelfalls kollidierten. Für die Familien war es angesichts der emotional belastenden Situation und zum Teil drohenden Volljährigkeit und dem damit verbundenen Ausschluss des Nachzugsrechts dringend, so schnell wie möglich eine Entscheidung zu erzielen. Dieser Wunsch vertrug sich allerdings nicht

2307 Kapitel D.III.3.

2308 Kapitel D.II.1.c).

mit dem strategischen Ziel, eine höchstrichterliche, aber langwierige Entscheidung herbeizuführen. Dies zeigt auch die Einschätzung einer Rechtsanwält*in zu der Frage, ob sie neben einer Aufstockungsklage auf den Flüchtlingsstatus andere Wege in Betracht gezogen hätte:

„Aber was bringt das denn? Tue ich meinem Mandanten einen Gefallen? [...] Erst die Eilsache, dann habe ich noch ein volles Hauptsacheverfahren, das dauert vielleicht 15 Monate, was habe ich gewonnen? Nichts.“²³⁰⁹

In der Aussage manifestiert sich das Spannungsfeld zwischen Interessen im Einzelfall und weitergehenden Zielen wie einem angestrebten Rechtswandel. Dieses lässt sich für Einzelanwält*innen ohne Einbindung in ein Klagekollektiv leichter zugunsten ihrer Mandant*innen auflösen, deren Interessen sie zu wahren verpflichtet sind. Dass es in den Fällen zum Familiennachzug trotz dieser angelegten Kollision nicht zu einem Interessenkonflikt kam, lag auch daran, dass die Prozessführungsorganisation JUMEN in den entscheidenden Momenten der Verfahren stets die Interessen der Einzelnen über die langfristigen Ziele der Prozesskampagne stellte. Aus diesen Erfahrungen zieht der Verein eine Lehre: „Das Mittel strategischer Prozessführung muss an die besondere Vulnerabilität der Betroffenen der von JUMEN behandelten Problematiken angepasst werden.“²³¹⁰ Ohne eine solche Anpassung ist denkbar, dass kollektive Mobilisierung konfliktreicher verläuft als in den untersuchten Fällen.

bb) Was entsteht im Klagekollektiv?

Der Befund von heterogenen Interessen im Klagekollektiv bedeutet nicht, dass damit subjektive Theorien widerlegt sind, mit denen eine Kollektivbildung und eine subjektive Stärkung als Chance strategischer Prozessführung

2309 Interview Anwält*in v. 15.12.2017 (MIG/A/I/10), 79.

2310 Deller, Grund- und Menschenrechtsblog v. 14.12.2021, <http://grundundmenschrechtsblog.de/5-jahre-jumen-juristische-menschenrechtsarbeit-in-deutschland/>. Von ähnlichen Erfahrungen im Umgang mit Beschwerdeführenden wird bei strategischen Verfassungsbeschwerden gegen den Pflegenotstand berichtet, bei denen mit pflegebedürftigen Personen ebenfalls besonders vulnerable Menschen involviert waren, dazu Helmrich, Pyrrhusniederlage?, in: Helmrich (Hrsg.), 2017, S. 237 (252 ff.).

formuliert wurden.²³¹¹ Vielmehr liegen die Dinge komplexer, wie die Fälle zeigen, denn auch Einzelne haben kollektive Erwartungen. So legen Aussagen des Beschwerdeführenden Goran Lefkov zum BND-Verfahren nahe, dass er nicht nur aus persönlichen Gründen an dem Verfahren mitwirkte, sondern – wie die anderen Akteur*innen ebenfalls – weitreichendere Verbesserung auch für andere Betroffene erzielen wollte. Er gab sich überzeugt, ohnehin überwacht zu werden und sich unter diesen Umständen wenigstens für den Quellenschutz engagieren zu können.²³¹² Dies zeigt: Wenngleich die Beziehungen im Klagekollektiv nicht spannungsfrei sind, sind sie doch von gemeinsamen Interessen an einer Verbesserung des *status quo* getragen. Das Gerichtsverfahren bildet den Fluchtpunkt, in dem diese unterschiedlichen Hoffnungen zusammenlaufen.

Eine Einschränkung dieses Befundes ergibt sich aus dem begrenzten Datenmaterial der vorliegenden Untersuchung. Da nicht alle in die Verfahren involvierten Akteur*innen befragt werden konnten, muss offenbleiben, inwiefern sich manche eher als Teil eines losen Bündnisses oder gar nicht involviert sahen. Ihre Verortung in einem Klagekollektiv bleibt insofern eine Zuschreibung, die allein aufgrund ihres Engagements im Verfahren erfolgt. Jedenfalls aus der Aussage eines weiteren Beschwerdeführenden im BND-Verfahren, dem Journalisten Richard Norton-Taylor, lässt sich ableiten, dass trotz der unterschiedlich starken Einbindung und individueller Perspektiven in subjektiver Hinsicht ein Empowerment zu verzeichnen ist – eine Wirkung, wie sie subjektive Mobilisierungstheorien der kollektiven Mobilisierung zusprechen.²³¹³ So formulierte der Journalist als eine positive Erfahrung, dass die Solidarität, die ihm entgegengebracht wurde, ihn im weiteren Engagement für eine effektive Kontrolle der Nachrichtendienste bestärkt habe.²³¹⁴ Dass er diese Aussage trotz seiner eher passiven Rolle im Prozess und noch vor der stattgebenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Mai 2020 traf, legt nahe, dass die Einbeziehung in kollektive Strukturen bei der Rechtsdurchsetzung wie vermutet einen Eigenwert hat.

2311 Kapitel D.I.3.c).

2312 Interview Goran Lefkov v. 25.01.2022 (BND/I/7), 14.

2313 Kapitel D.I.3.c)aa).

2314 Interview Richard Norton-Taylor v. 08.10.2019 (BND/I/4), 59.

c) Sieg durch Niederlage – oder Niederlage durch Sieg?

Schließlich legen subjektive Mobilisierungstheorien nahe, dass auch juristische Niederlagen aus kollektiver Perspektive einen Erfolg bedeuten können.²³¹⁵ Überprüfen lässt sich dies an der strategischen Prozessführung für Familiennachzug, denn die erhoffte Hauptsacheentscheidung des Bundesverfassungsgerichts blieb dort – anders als beim BND-Gesetz – aus. Stattdessen kam es zu einer Reihe von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, zudem entschied das Bundesverfassungsgericht in Eilverfahren. Dass sowohl juristische Niederlagen als auch Siege darunter waren, offenbart zwei gegenläufige Dynamiken: Neben einem „Sieg durch Niederlage“ kam es zu „Niederlagen durch Sieg“.

Letzteres wird in den stattgebenden Urteilen zugunsten der Familien von Bashar und Jacob deutlich. Das Auswärtige Amt wurde darin verpflichtet, den Eltern und Geschwistern Visa zum Zuzug aus Syrien zu erteilen – aber nur, weil das Verwaltungsgericht Härtefälle annahm.²³¹⁶ Um darüber einen Anspruch zu begründen, braucht es einen außerordentlichen Fall und gerade nicht den typischen Fall. Härtefallklauseln wie § 22 AufenthG zwingen zum Argumentieren mit einem singulären Einzelschicksal, was konträr zum strategischen Anliegen läuft, die schwere und ähnliche Betroffenheit einer Vielzahl von Fällen mit einem herausgehobenen Fall aufzuzeigen. Dass die Gerichte Härtefälle bejahten, ermöglichte den Nachzug der Familien und ist für diese ein Erfolg; das übergeordnete Ziel, eine Entscheidung für weitere Betroffene zu erstreiten, konnte darüber nicht verwirklicht werden. Daraus folgt eine neue Erkenntnis: Strategisch angestoßene Verfahren können in einer „Niederlage durch Sieg“ enden.

Es lassen sich aber auch Dynamiken erkennen, die subjektive Mobilisierungstheorien als „Sieg durch Niederlage“ beschreiben würden. Rein vom Prozessausgang her eine Niederlage waren die Abweisungen zweier Anträge auf einstweilige Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht sowie einer Klage durch das Verwaltungsgericht Berlin.²³¹⁷ Unabhängig vom Verfahrensergebnis hatte dies dennoch Folgen für die kollektiven Anliegen und die einzelnen Klagenden. So griff JUMEN die Verfahren in der Öffentlichkeitsarbeit auf, um die Notwendigkeit von Gesetzesreformen

2315 Kapitel D.I.3.c)bb).

2316 Kapitel E.II.3.b).

2317 Kapitel E.II.3.a), b).

zu betonen.²³¹⁸ Für künftige Verfahren anderer Familien eröffnete die verfassungskonforme Auslegung der Aussetzung immerhin die argumentative Grundlage, um eine Ermessensreduzierung bei der Härtefallklausel und ihre tatsächliche Anwendung einzufordern. Auf diese Weise leisteten instanzgerichtliche Einzelfälle einen Beitrag zu den „diskursiven Ressourcen von Rechtskämpfen“.²³¹⁹

Die Möglichkeit zur Rechtsmobilisierung hatte schließlich eine Bedeutung für die involvierten Familien. Denn die Klagen waren einer der wenigen Wege, etwas gegen die Aussetzung zu unternehmen und für eine Veränderung einzutreten.²³²⁰ Deutlich wird dies im direkten Vergleich mit politischem Protest, der sich ebenfalls gegen die Aussetzung des Familiennachzugs in der Initiative „Familienleben für Alle“ ab 2018 formiert hatte. Diese organisierte Demonstrationen und Petitionen, anstatt Klagen zu unterstützen. Zwei Jahre nach ihrer Gründung löste sich die Initiative im Jahr 2020 schon wieder auf. Über die Ursachen reflektieren die Gründer*innen auf ihrer Website.²³²¹ In der Initiative hatten sich anfangs noch viele syrische Geflüchtete mit subsidiärem Schutz engagiert. Über die Zeit zogen sie sich aus verschiedenen Gründen zurück: „Manche hatten Glück und gehörten zu den ersten, die im Sommer 2018 mit dem neuen Gesetz ihre Familie nachholen konnten. Andere, die weniger Glück hatten, haben frustriert aufgegeben und wollten nicht mehr protestieren.“ Diese und weitere Reflexionen der Aktivist*innen sind interessant, weil sie einen aus der sozialen Bewegungsforschung gegen Rechtsmobilisierung erhobenen Einwand infrage stellen, der lautet: Prozessführung entzieht politischer Mobilisierung die notwendigen Mittel.²³²² Vielmehr liegt für das Migrationsrecht und konkret den Familiennachzug nahe, was bereits für Felder wie das Sozialrecht beobachtet wurde: Die Mobilisierung von Recht erlaubt ein Tätigwerden im Einzelfall, wenn kollektives politisches Handeln erschwert ist.²³²³ Denn neben den personellen Veränderungen innerhalb der Initiative schien das Thema Familiennachzug für eine politische Mobi-

2318 Kapitel E.II.4.b).

2319 Ebenso als Fazit für „Rechtskämpfe gegen die neoliberale Transformation des Asylverfahrens“ Pichl, Rechtskämpfe, 2021, S. 298.

2320 Kapitel E.II.2.b)aa).

2321 Zum Folgenden: Initiativen für Familienleben für Alle, Wir نحن, <https://familienlebenfueralle.net/wir/>.

2322 Kapitel D.III.1.

2323 So ebenfalls für individuelles und kollektives Handeln im Zuge des Hartz-IV-Konflikts Müller, Protest und Rechtsstreit, 2021, S. 458 ff.

lisierung schwer zugänglich. Familie sei kein Schlagwort wie „Bleiberecht“, das „bei allen positive Assoziationen von Freiheit, Gerechtigkeit oder revolutionären Utopien“ auslöse.²³²⁴ Die Verrechtlichung des Familiennachzugsverfahrens schuf eine zusätzliche Hürde: Es gebe „bei Visaverfahren wenig greifbare Möglichkeiten der konkreten, praktischen solidarischen Aktion, für die sich gut mobilisieren lässt“, weil „die Bürokratie der Visaverfahren ungreifbar weit weg und so kompliziert“ sei, dass „fast nur Fachberatungen direkt unterstützen“ könnten. Daher sei es „durchaus sinnvoll, dass sich Aktivist*innen eher Themen zuwenden, mit denen auch politische Erfolge möglich“ seien. Bei Fragen des Familiennachzugs war es somit naheliegend, dass Betroffene angesichts ihrer prekären Lebensumstände und existenziellen Fragen die Handlungsoption wählten, die den unmittelbarsten Erfolg versprach. Die Mobilisierung von Recht und die Mitwirkung in einem strategischen Verfahren erhöhen in solchen Bereichen wenigstens die „Rechtsverwirklichungschancen“²³²⁵ gegenüber der Alternative, einer Resignation im „Schatten des Rechts“²³²⁶.

3. Bewertung strategischer Prozessführung im Lichte grund- und menschenrechtlicher Zugangsanforderungen

Wie ist all dies im Lichte grund- und menschenrechtlicher Anforderungen für den Zugang zu Recht zu bewerten? Solche normativen Vorgaben richten sich zunächst an staatliche Stellen, die Rechtsschutzverfahren zur Verfügung zu stellen und ausgestalten.²³²⁷ Bei deren Inanspruchnahme hilft strategische Prozessführung als Zugangsbrücke „von unten“, so die eingangs formulierte These. Inwiefern strategische Prozessführung dies tatsächlich leistet, lässt sich nun entlang der Zugangsanforderungen beantworten. Zweierlei ist bei dieser Bewertung zu bedenken: Erstens ist der Zugang zu Recht nach den grund- und menschenrechtlichen Verfahrensgarantien nicht bedingungslos gewährleistet, sondern darf an Voraussetzun-

2324 Zum Folgenden: Initiativen für Familienleben für Alle, Eindrücke von der Strategiekonferenz sozialer Bewegungen, 28.10.2019, <https://familienlebenfueralle.net/2019/10/eindrucke-von-der-strategiekonferenz-sozialer-bewegungen/>.

2325 Graser, ZIAS 2020, S. 13 (21).

2326 Mnookin/Kornhauser, Yale L. J. 1979, S. 950 (950 ff.): „bargaining in the shadow of the law“.

2327 Kapitel C.I.

gen geknüpft und dadurch beschränkt werden.²³²⁸ Bei der Bewertung ist daher zu reflektieren, wie sich strategische Prozessführung zu solchen in die Zugangsarchitektur eingebauten Hürden verhält. Zweitens würde eine Bewertung zu kurz greifen, die eine zugangsfördernde Wirkung nur in der Eröffnung einer gerichtlichen Kontrolle oder dem Obsiegen im Rechtsstreit vermutet. Mit einer rechtssoziologischen Perspektive sind die verschiedenen Wirkweisen einzubeziehen, die die Mobilisierung von Recht haben kann: die unmittelbaren Wirkungen einer Gerichtsentscheidung, die weitergehenden Folgen und die mittelbaren, breiter wirkenden Effekte.²³²⁹ Von den vielen denkbaren Wirkweisen interessiert hier vor allem, was sich daraus für den Zugang zu Recht ergibt.

a) Mit strategischer Fallauswahl und taktischem Vorgehen für lückenlosen, wirksamen und erreichbaren Zugang

Grund- und menschenrechtlich ist ein lückenloser, wirksamer und erreichbarer Zugang zu Recht garantiert.²³³⁰ In der Rechtswirklichkeit ist dies nicht durchweg gegeben, der Zugang zu Recht erfolgt vielmehr selektiv.²³³¹ Strategische Prozessführung ist geeignet, dem mit strategischer Fallauswahl und taktischem Vorgehen im Prozess entgegenzuwirken.

Die selektive Inanspruchnahme von Recht hängt erstens damit zusammen, dass die vorhandenen Rechtsschutzmechanismen mitunter nicht hinreichend auf die vielfältigen Rechtsbedarfe zugeschnitten sind.²³³² So sollten Instrumente zur Verfügung stehen, die Rechtsverletzungen lückenlos kontrollierbar machen und ihnen abhelfen. Dies scheitert dort, wo die vorhandenen Verfahren tatsächlich auftretende Rechtsverletzungen nicht erfassen oder so hohe Anforderungen an ihre Darlegung stellen, dass sie kaum erfüllbar sind.²³³³ Strategische Prozessführung steuert der selektiven Inanspruchnahme von Recht entgegen, indem gezielt Themen und Fälle vor Gericht gebracht werden, in denen die Rechtsmobilisierung besonders schwierig ist und ohne kollektive Unterstützung tendenziell unterbleibt.

2328 Kapitel C I.4.b).

2329 Zu diesen drei Wirkweisen bereits Kapitel D.I.I.c) im Anschluss an *Baer*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 35.

2330 Kapitel C.I.4.a).

2331 Kapitel C.II.2.

2332 Kapitel C.II.2., C.III.1.

2333 Kapitel C.I.3., C.III.1., D.I.2.

Beispielhaft zeigen dies die Themen Überwachung mit dem BND-Gesetz und Migration mit dem Familiennachzug. Eine individuelle Rechtsmobilisierung ist in diesen Bereichen nicht allein wegen der gesetzlich intendierten Barrieren herausfordernd, sondern wegen des Zusammenwirkens aus komplexen Mobilisierungsregeln, fehlenden Ressourcen und subjektiven Hindernissen.²³³⁴ Mit einer taktischen Vorgehensweise machen Klagekollektive Rechtsschutzlücken sichtbar und Probleme justiziabel. Dies ermöglicht es, den abstrakt offenstehenden Rechtsweg in der Rechtswirklichkeit zu beschreiten; Rechtsschutz wird dadurch praktisch wirksam. Hat dies zur Folge, dass sehr viel mehr oder komplexere Gerichtsverfahren angestrengt werden, könnte allerdings die Funktionsfähigkeit der Justiz als potenziell kollidierender Belang betroffen sein.²³³⁵ Um diese zu wahren, ist eine gewisse Selektivität gesetzlich vorgesehen; ihr dienen die Zulässigkeitskriterien für Gerichtsverfahren. In Konstellationen wie den hier beobachteten droht ein Überspielen dieser Voraussetzungen nicht. Vielmehr geht es darum, die Wahrnehmung vorhandener Rechtsschutzverfahren anhand ausgewählter Einzelfälle überhaupt erst zu ermöglichen. Dabei geht es „nicht um mehr Klagen, sondern es geht um Zugang zum Recht für alle.“²³³⁶ Dient strategische Prozessführung somit dazu, eine überschießende Selektivität in einzelnen Bereichen abzubauen, ist dies positiv zu bewerten.

Eine weitere Ursache für die selektive Mobilisierung liegt in den Grenzen der Erreichbarkeit von Rechtsschutz. Nach den grund- und menschenrechtlichen Zugangsanforderungen sollen Rechtsschutzmechanismen erreichbar sein mit Blick auf ihre zeitliche Ausgestaltung, ihre räumliche Verteilung und die über sie zur Verfügung stehenden Informationen.²³³⁷ Ergänzend zu den bereits bekannten Hürden zeigen die Bereiche Migration und Überwachung, wie der Aufenthalt im Ausland und Informationsdefizite die Erreichbarkeit weiter erschweren. Strategische Prozessführung schafft hier Abhilfe, indem Betroffene in Kenntnis gesetzt und Verfahren über die Distanz organisiert werden. Nicht immer förderlich ist strategische Prozessführung für die zeitliche Erreichbarkeit von Rechtsschutz im Sinne einer schnellen Entscheidung: Sollen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts oder europäischer Gerichte erreicht werden – und darum geht es oft – kann eine endgültige Klärung viele Jahre dauern. Ob dies im Interesse der

2334 Kapitel E.II.1., E.III.1.

2335 Kapitel C.I.3.a).

2336 Rudolf, Rechte haben – Recht bekommen, 2014, S. 23 f.

2337 Kapitel C.I.4.a).

Klagenden ist oder vielmehr eine instanzgerichtliche und dafür schnellere Entscheidung zu bevorzugen ist, weil andernfalls etwa ein Anspruchsverlust durch Zeitablauf droht, ist je nach Einzelfall zu beurteilen. Unbedenklich ist eine „Verlangsamung“ des Rechtsschutzes, solange es noch zu einer rechtzeitigen Entscheidung für die Verfahrensbeteiligten kommt.

b) Mit Klagekollektiven für gleichen, fairen und bezahlbaren Zugang

Der Zugang zu Recht muss laut grund- und menschenrechtlicher Verpflichtungen gleich, fair und bezahlbar sein.²³³⁸ Mehrere Anhaltspunkte deuten darauf hin, dass dieses Versprechen in der Rechtswirklichkeit nicht immer eingelöst wird.²³³⁹ Strategische Prozessführung kann zur Verwirklichung dieser Verfahrensgarantien beitragen, indem Verfahrenspositionen angeglichen werden, wo andernfalls Ungleichgewichte vorherrschen.

Die Ressourcenbündelung im Klagekollektiv ermöglicht die Finanzierung strategischer Prozesse, was dem Recht auf bezahlbaren Rechtsschutz dient. Dieses Recht sichert ab, dass Rechtsschutz für alle gleichermaßen bezahlbar ist und ausreichende Kostenhilfe zur Verfügung steht, um ökonomischen Ungleichheiten zu begegnen. Wo trotz dieser Vorgaben Kostenrisiken von der Rechtsmobilisierung abschrecken, kann eine Kostenteilung im Klagekollektiv Einzelne entlasten und Kostenpunkte abdecken, die die Klagenden nach den herkömmlichen Mechanismen selbst tragen müssen.²³⁴⁰ Wie wichtig dies selbst in Bereichen mit gerichtskostenfreien Verfahren ist, illustrierten die Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz und die Klagen für Familiennachzug.

Ferner fördert strategische Prozessführung den fairen und gleichen Zugang zu Recht. Sind Verfahrensbeteiligte strukturell unterlegen, weil sie als Einmalprozessierende ressourcenstarken Vielfachprozessierenden gegenüberstehen, kann strategische Prozessführung für einen Ausgleich sorgen. Der Zusammenschluss in einem Klagekollektiv wirkt asymmetrischen Verfahrenspositionen entgegen und trägt dazu bei, gleichwertige Chancen beim Zugang zur Justiz und im Gerichtsverfahren sicherzustellen.²³⁴¹ Eine solche Kompensation entspricht der Idee des Fairnessgebots sowie der

2338 Kapitel C.I.4.a).

2339 Kapitel C.II.3.

2340 Kapitel C.I.3.d)cc), D.I.2.b).

2341 Kapitel D.I.3.b).

Rechtswahrnehmungs- und Rechtsschutzgleichheit, die dafür bereits eine Reihe von Akteur*innen in die Pflicht nehmen. So sind Richter*innen im Interesse des Rechts auf ein faires Verfahren angehalten, ungleiche Verfahrenspositionen durch Verfahrensleitung auszugleichen.²³⁴² Hilfe durch Rechtsberatende oder eine anwaltliche Vertretung dient dem ebenfalls.²³⁴³ Klagekollektive erweitern diese Strukturen durch gerichtliche und außergerichtliche Unterstützung.²³⁴⁴

Einschränkend ist schließlich zu beachten, dass laut den grund- und menschenrechtlichen Verfahrensgarantien nur eine Angleichung der prozessualen und finanziellen Verfahrenspositionen geboten ist.²³⁴⁵ Zu einer Besserstellung einer Seite sollen Kompensationsmechanismen nicht führen. Diese droht möglicherweise dort, wo die Unterstützung einer Seite eine neue Asymmetrie erzeugt, und zwar zulasten der Gegenseite. Da staatliche Stellen Vielfachprozessierende sind, droht dies in den hier untersuchten Verfahren mit dem Staat als Gegenüber kaum. Anders könnte dies in zivilrechtlichen Streitigkeiten sein, in denen sich Private gegenüberstehen.

c) Unterstützte Kommunikation für partizipativen und transparenten Zugang

Gerichtsverfahren sollen, so garantieren es die Grund- und Menschenrechte, partizipativ und transparent sein.²³⁴⁶ Dem dienen Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren.²³⁴⁷ In der Rechtswirklichkeit ist eine Einbringung im Verfahren voraussetzungsvoll, denn sie erfordert Kenntnisse gerichtlicher Abläufe und der Rechtssprache.²³⁴⁸ Strategische Prozessführung kann den partizipativen und transparenten Zugang zu Recht fördern, indem Klagekollektive Einzelne in strategischen Prozessen bei der Kommunikation unterstützen – vor Gericht und jenseits dessen mit Öffentlichkeitsarbeit.

Bei strategischer Prozessführung, in die Prozessvertretungen und Organisationen involviert sind, wandelt sich die Kommunikationsstruktur.

2342 Kapitel C.I.3.c), d)aa).

2343 Kapitel C.I.3.d)bb).

2344 Kapitel D.II.2.b).

2345 Kapitel C.I.3.d).

2346 Kapitel C.I.4.a).

2347 Kapitel C.I.3.c), d).

2348 Kapitel C.II.2., D.I.2.a)bb), c).

Verfahrensbeteiligte und Gerichte kommunizieren vermittelt über die Anwält*innen mit dem Gericht und über die Koordinationsstellen und Unterstützer*innen mit der Öffentlichkeit. Ersteres ist rechtlich vorgesehen, Zweiteres in der Praxis üblich. Damit verändert die Einbettung in ein Klagekollektiv die Art und Weise, wie sich Beteiligte über ein Verfahren informieren und dazu äußern, das heißt ihr Recht auf rechtliches Gehör wahrnehmen. NGOs oder Anwält*innen übernehmen eine Übersetzungsfunktion, indem sie Verfahrensabläufe im Kollektiv kommunizieren und erklären. In den Fällen BND-Gesetz und Familiennachzug wurde nicht nur aus der Fachsprache übersetzt, sondern auch aus der Gerichtssprache Deutsch. Eine solche Unterstützung durch inhaltliche und sprachliche Übersetzung, wo sie seitens des Gerichts nicht vorgesehen ist, fördert die Verständlichkeit von Verfahren für juristische Laien. Dies ist wichtig, denn um sich vor Gericht äußern zu können und Gehör zu finden, müssen Menschen Verfahrensabläufe verstehen. Dass diese Äußerung bei einer Prozessvertretung vermittelt über die Anwält*innen stattfindet, entspricht der gesetzlichen Grundidee bei der Prozessbevollmächtigung.²³⁴⁹ Dass die Vorbereitung dessen innerhalb des Kollektivs erfolgt, ist so lange unproblematisch, wie die Mitsprache der in ihren Rechten betroffenen Personen, der im prozessualen Sinne Beteiligten, sichergestellt ist.

Mit Blick auf die Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren wirkt sich die Mitwirkung von Klagekollektiven sowohl bei der mündlichen Verhandlung als auch jenseits dessen bei der öffentlichen Kommunikation eines Verfahrens aus. Dass Entscheidungen aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergehen, gebieten die Prozessmaximen der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit als Ausfluss von Verfahrensgarantien und dem Rechtsstaatsprinzip.²³⁵⁰ Für diejenigen Kläger*innen, die aufgrund der Sprachbarriere nicht im schriftlichen Verfahren mitwirken können, sind sie die einzige Gelegenheit, im wörtlichen Sinne Gehör zu finden. Darin liegt ein wichtiger Moment der Beteiligung im Verfahren. Gleichzeitig sind mündliche Verhandlungen für die Angehörten ambivalent: Es kann zu emotionalen Belastungen und Enttäuschungen kommen, wenn Beteiligte das Gefühl erhalten, dass ihre Geschichte klar gehört, aber abgelehnt wird.²³⁵¹ In strategischen Prozessen wird dies eher aufgefangen, da die öffentliche Dimension

2349 Kapitel D.II.2.b)aa)(1).

2350 Kapitel C.I.3.d)aa), 4.a).

2351 So im Fall Familiennachzug, dazu Kapitel E.II.4.a)aa); Interview Adriana Kessler v. 12.04.2022 (MIG/A/I/11), 102.

von Verfahren Teil der Taktik ist und gerade bezweckt wird. Daher gibt es – anders als in gewöhnlichen Verfahren – in einem idealtypischen Klagekollektiv Akteur*innen, die sich auf den Umgang mit der Öffentlichkeit konzentrieren.²³⁵² Beteiligte werden darauf vorbereitet, was sie in einer mündlichen Verhandlung erwartet, oder das Erlebte wird im Nachgang besprochen und erklärt. Positiv ist daher zu bewerten, dass Verfahrensbeteiligte in der für sie ungewohnten Situation, öffentlich über ihre Rechtsverletzung zu sprechen, begleitet werden.

Die prozessbegleitende Öffentlichkeitsarbeit birgt zudem eine partizipative Chance jenseits der mündlichen Verhandlung. Sie transportiert die strategischen Ziele und erweitert die Gerichtsöffentlichkeit jenseits der physisch in mündlichen Verhandlungen anwesenden Saalöffentlichkeit. Die den Verfahren zugrunde liegenden Rechtsfragen werden dabei aus der rechtlichen Logik heraus für gesellschaftliche Debatten übersetzt. Die Reichweite von NGOs eröffnet Beteiligten eine Plattform, ihre Erfahrungen und Forderungen darzustellen, was die Partizipation an dem Verfahren über das Verfahren hinaus erstreckt. Zum Schutz der Betroffenen vor ungewollter Exponierung sind dabei die Grenzen von Persönlichkeitsrechten und dem Berufsrecht zu beachten.²³⁵³

Dass im Zuge strategischer Prozessführung ganze Schriftsätze veröffentlicht werden, trägt schließlich zu einer größeren Transparenz gerichtlicher Entscheidungen und ihrer Genese bei. Denn die Verfügbarkeit von Gerichtsentscheidungen ist trotz der Digitalisierung nach wie vor nur punktuell gewährleistet.²³⁵⁴ Veröffentlichung strategischer Klagen im Zuge ihrer Prozessführung die erstrittenen Entscheidungen, versetzt das Außenstehende in die Lage, davon Kenntnis zu nehmen. Dass Klagekollektive wie im BND-Verfahren ganze Schriftsätze veröffentlichen, macht die Genese der Entscheidung transparent: Wer brachte welche Argumente vor, welche finden sich wie in der Entscheidung wieder? Das alles sind Aspekte, die jenen Teilen der Öffentlichkeit, die nicht im Gerichtssaal anwesend waren, andernfalls verwehrt blieben.

2352 Kapitel B.III.2.cc).

2353 Kapitel D.II.2.b)bb)(2).

2354 Laut einer empirischen Analyse sogar nur in einem Prozent der Fälle, dazu *Hammann*, JZ 2021, S. 656 ff. Darin liegt auch eine Hürde für Forschung, so *Beigang u. a.*, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes, 2021, S. 67 f.

d) Wie strategische Prozessführung den Zugang zu Recht verändert

Mit diesen Erkenntnissen lässt sich die übergreifende Frage nun beantworten: Die Bedeutung strategischer Prozessführung für den Zugang zu Recht liegt darin, den grund- und menschenrechtlichen Anforderungen als Zugangsbrücke Geltung zu verleihen. Als Zugangsbrücke wurden Mechanismen beschrieben, die den Zugang zu Recht fördern.²³⁵⁵ Strategische Prozessführung tut dies auf mehrfache Weise: Die gezielte Themen- und Fallauswahl mit taktischem Vorgehen wirkt der selektiven Mobilisierung von Recht entgegen und fördert einen lückenlosen, wirksamen und erreichbaren Zugang zu Recht. Ungleichgewichte zwischen Verfahrensbeteiligten werden durch kollektive Unterstützung ausgeglichen, was einem gleichen, fairen und bezahlbaren Rechtsschutz dient. Dass Verfahrensabläufe im Klagekollektiv erklärt und nach außen kommuniziert werden, trägt zu einer Transparenz von Gerichtsverfahren bei und befähigt zur aktiven Teilhabe im Prozess.

All dies gilt zunächst nur für das konkrete Gerichtsverfahren. Darin liegt die erste, unmittelbare Wirkweise von strategischer Prozessführung als Zugangsbrücke. Mobilisierungshindernissen zum Trotz werden Sachverhalte einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt und der Zugang zu Gericht im Einzelfall hergestellt.²³⁵⁶ Zugangsfördernd wirkt dies noch nicht für viele, sondern nur für die wenigen, in das Verfahren involvierten Personen. Dabei bleibt es aber nicht, denn wer im Einzelfall Zugang zu Recht findet, gestaltet Recht für die Zukunft mit. Dabei handelt es sich um die „ferner liegenden Folgen“²³⁵⁷, die zweite Wirkweise von strategischer Prozessführung als Zugangsbrücke. Da Gerichte nur auf Initiative von rechtsschutzsuchenden Personen tätig werden können, entscheidet der Zugang ebendieser Personen darüber, anhand welcher Sachverhalte die Rechtserzeugung und -fortbildung geschieht, welche Themen dabei Berücksichtigung finden und wessen Argumente gehört werden. Recht wird auch durch die Fragen geformt, die den Gerichten gestellt werden. Insofern ist der Zugang zu Recht für Einzelne immer auch eine Chance, „an einem Diskurs im Recht über das Recht“ mitzuwirken.²³⁵⁸ Zugang zu Recht hat nicht nur

2355 Kapitel C.III.2.

2356 Zu den Wirkweisen siehe Kapitel D.I.I.c).

2357 Baer, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 35.

2358 Gutmann, Umkämpfte Zugänge zur Bedeutung des Rechts, in: Huggins u. a. (Hrsg.), 2021, S. 309 (326).

eine individuelle Person, sondern auch ihre Position, ihr Thema und ihr Anliegen; über ihren Zugang ändert sich das Recht insgesamt.²³⁵⁹ Mal liegt die Veränderung in einem „Meilenstein der Grundrechtsjudikatur“²³⁶⁰ wie der Bestätigung einer Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt, mal darin, dass Grund- und Menschenrechte in instanzgerichtlichen Verfahren eine stärkere Berücksichtigung finden. Der Zugang zu Recht im Einzelfall hat somit mittelbar rechtliche Folgen.

Schließlich deuten sich „breit wirkende [...] Effekte“²³⁶¹ an. Diese sind am schwersten zu erfassen, ihre Ermittlung bedarf einer langfristigen Betrachtung. Ein langfristiger Effekt wäre es, wenn sich strategische Prozessführung nachhaltig als Zugangsbrücke für Konstellationen etabliert, wo Zugangshürden bestehen. Für die Felder Migration und Überwachung ist dies bereits zu beobachten, denn was sich im Klagekollektiv als Unterstützung anlässlich eines Prozesses formierte, wurde in Kooperationen in Folgeverfahren zu Themen mit vergleichbaren Zugangsproblemen fortgeführt. In der Etablierung solcher Bündnisse liegt eine dritte Wirkweise strategischer Prozessführung als Zugangsbrücke.

2359 *Wallrabenstein*, Eröffnungsvortrag 61. Junge Tagung Öffentliches Recht – Zugang zu Recht (23.02.2021). Dazu, dass strategische Prozessführung über die Einwirkung auf den Rechtsdiskurs indirekt für weitere Betroffene Beeinträchtigungen beseitigt, auch *Strobel*, Strategische Prozessführung, in: Huggins u. a. (Hrsg.), 2021, S. 155 (173 f.).

2360 Für das BND-Verfahren *Schmahl*, NJW 2020, S. 2221 (2221).

2361 *Baer*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 35.

