

# Kirchenasyl als »rechtsfreier Raum«?

## Die Entdeckung des rechtsfreien Raums

Die Bundesrepublik Deutschland genießt im Ausland den zweifelhaften Ruf, dass hier wirklich jeder Lebensvorgang bis ins kleinste Detail geregelt sei. Umso mehr lässt aufhorchen, wenn hier und da doch noch mal ein »rechtsfreier Raum« aufgespürt wird. Entdeckungen dieser Art werden typischerweise an Orten mit besonders hoher Kriminalitätsrate oder in Bezirken mit multikultureller Wohnbevölkerung (Stichwort: »Parallelgesellschaft«) gemacht.<sup>1</sup> Als Beleg dient den Entdeckern dabei regelmäßig die Beobachtung, dass in diesen Gegenden das geltende (Straf-) Recht ignoriert, respektive dass statt der deutschen Rechtsordnung beispielsweise die Scharia beachtet würde. Dass auch die Kirchen jedenfalls zeitweilig den Charakter eines »rechtsfreien Raums« annehmen können<sup>2</sup>, sofern sie abgelehnten Asylbewerber(inne)n »Kirchenasyl« gewähren, bedarf vor diesem Hintergrund der näheren Ausführung. Es erscheint nämlich ziemlich fernliegend, dass ausgerechnet in Kirchen die Scharia vollzogen würde. Also muss es sich bei der Gewährung von Kirchenasyl um eine Straftat handeln. Die Strafbarkeit des Kirchenasyls wird allerdings – wie seine Rechtmäßigkeit generell – in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nach wie vor uneinheitlich beurteilt. Offenbar ist die Rechtslage komplizierter als es der pauschale Verweis auf den rechtsfreien Raum nahe legt.

## Rechtliche Einordnung des Kirchenasyls

Vorschriften, die sich ausdrücklich mit dem Kirchenasyl beschäftigen, finden sich weder im staatlichen noch im Kirchenrecht. Dies lässt sich dadurch erklären, dass der Begriff des »Kirchenasyls« eine Wortschöpfung darstellt, die jünger ist als die hierdurch bezeichnete

Praxis. Mit dem Begriff »Kirchenasyl« ist jedenfalls kein dem staatlichen Asylrecht (Art. 16a GG) vergleichbares kirchenrechtliches Institut gemeint. Ein solches Institut könnte nämlich in der Tat in Konkurrenz zum staatlichen Asylrecht treten. Ausgehend von der Prämisse, dass dem Staat das »Asylgewährungsmonopol«<sup>3</sup> zustehen soll, könnte ein vom staatlichen Recht abweichendes kirchenrechtliches Asylrecht die Kirchen nämlich schnell zum »Staat im Staate«<sup>4</sup> werden lassen. Zwar sah bereits das Konzil von Sardica aus dem Jahre 343 n. Chr. eine sog. Interzessionspflicht für einzelne Kirchenleute vor. So waren vor allem die Bischöfe hiernach angehalten, für (strafrechtlich) Verfolgte Fürsprache bei der kaiserlichen Gewalt zu halten.<sup>5</sup> Auch war bis zum Jahre 1983 im Codex Iuris Canonici eine entsprechende Verpflichtung ganzer Kirchengemeinden enthalten (vgl. 1179 CIC 1917), die jedoch im Zuge der Revision von 1983 ersatzlos gestrichen wurde.<sup>6</sup> Kirchenasyl bezeichnet also kein kirchenrechtliches Institut, sondern eine von einzelnen Kirchenmitgliedern oder ganzen Gemeinden ausgeübte Praxis, abgelehnte Asylbewerber(inne)n in den Kirchenräumen aufzunehmen, um sie so vor der Abschiebung in ihre Herkunftsländer oder der Überstellung in den nach Maßgabe der Dublin III-VO zuständigen Staat zu bewahren. Zugleich versuchen die für die Kirche handelnden Personen, eine staatliche Überprüfung der Ablehnungsentscheidung zu erreichen. Wie vielen Personen derzeit Kirchenasyl gewährt wird, lässt sich nicht mit letzter Gewissheit sagen, da vermutlich nicht jeder Fall registriert wird. Nach Angaben der »Ökumenischen Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche« waren es zum 9.7.2018 bundesweit »mindestens 872 Personen«<sup>7</sup>.

### **Die Gewährung von Kirchenasyl als Straftat?**

Als in den 1990er Jahren erstmals vermehrt Fälle von Kirchenasyl bekannt wurden, stand die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft dieser Praxis skeptisch bis ablehnend gegenüber. Sie sei zwar »ehrenwert, aber kein Recht«<sup>8</sup>, sondern geradezu ein »Affront gegen den Rechtsstaat«<sup>9</sup>. Vereinzelt wurden gar Vergleiche zwischen der Gewährung von Kirchenasyl und dem (strafbaren) Schwangerschaftsabbruch gezogen.<sup>10</sup> Tatsächlich richtet sich die Strafbarkeit der Gewährung von Kirchenasyl aber nicht nach § 218a StGB, sondern nach § 95 AufenthG i.V.m. § 27 StGB. Der Tatvorwurf lautet nämlich: Beihilfe zum illegalen Aufenthalt. Ob die Gewährung von Kirchenasyl diesen Straftatbestand erfüllt, hängt von

zwei Fragen ab: erstens der Strafbarkeit der Haupttat und zweitens der Einordnung des Kirchenasyls als strafrechtlich relevante Beihilfehandlung. Die Strafbarkeit der Haupttat richtet sich in den meisten Fällen nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Hiernach ist ein illegaler Aufenthalt unter vier Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, strafbar. Erstens darf der betroffene Ausländer nicht über den für einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet erforderlichen Aufenthaltstitel verfügen. Zweitens muss der Ausländer vollziehbar ausreisepflichtig<sup>11</sup> sein. Drittens darf ihm keine Frist zur freiwilligen Ausreise gesetzt worden oder diese muss abgelaufen sein. Und viertens darf die Abschiebung nicht nach § 60a Abs. 2 AufenthG ausgesetzt worden sein. Alle vier Voraussetzungen verweisen also auf bestimmte Schritte des aufenthaltsrechtlichen Verwaltungsverfahrens, die ihrerseits allesamt feinsäuberlich in den Akten der Ausländerbehörden dokumentiert sind. Der Sachverhalt kann damit aufgrund der eindeutigen Aktenlage – sofern sich diese nicht ausnahmsweise als unwahr darstellt – als erwiesen angesehen werden. Allerdings sind die genannten Verfahrenshandlungen ihrerseits an rechtliche Vorgaben gebunden und insofern rechtlich überprüfbar. Dies gilt insbesondere für die Aussetzung der Abschiebung. Die Abschiebung soll nämlich nach § 60a Abs. 2 AufenthG ausgesetzt werden, wenn sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist. Für diesen Fall hat das BVerwG<sup>12</sup> entschieden, dass dem betroffenen Ausländer eine Duldung (§ 60a AufenthG) zu erteilen ist, was zur Folge hat, dass der Aufenthalt zwar nicht rechtmäßig, aber immerhin geduldet ist.

### **Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung**

Lange Zeit war fraglich, ob die Gewährung von Kirchenasyl ein solches Abschiebehindernis im Sinne von § 60a Abs. 2 AufenthG und damit einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung begründen kann. Das Amtsgericht Freising hatte diese Frage mit Urteil vom 27.10.2017 bejaht.<sup>13</sup> Auf die hiergegen eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft ist das OLG München<sup>14</sup> am 3.5.2018 zu einer differenzierenden Entscheidung gekommen. Zwar lasse der Eintritt in das Kirchenasyl die Strafbarkeit wegen illegalen Aufenthalts nicht entfallen. Auch sei das Kirchenasyl »kein in der geltenden Rechtsordnung anerkanntes Rechtsinstitut«, sodass es auch »keinen Anspruch auf Erteilung einer Duldung« begründen könne.<sup>15</sup> Etwas anderes könne sich jedoch aus der Vereinbarung ergeben, die das – für die Durch-

führung der Asylverfahren zuständige – Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) am 24.2.2015 mit Vertretern von katholischer und evangelischer Kirche getroffen habe. Diese Vereinbarung sehe nämlich einerseits vor, dass die Kirchen jeden in ihrer Gemeinde auftretenden Fall von Kirchenasyl registrieren und an die zuständige Ausländerbehörden und die Bundespolizei melden sollen. Zugleich sollen die Kirchen jedoch die Möglichkeit haben, ein Votum zum weiteren Verfahrensverlauf abzugeben und dieses an das zuständige Fachreferat des BAMF zu übermitteln. Dieses wiederum sei gehalten, sich mit dem Votum der Kirchen inhaltlich auseinandersetzen. Nach Ansicht des OLG München sei jedenfalls für den Zeitraum, in dem sich das BAMF mit dem Votum der Kirche auseinandersetzt, die Abschiebung aus rechtlichen Gründen unmöglich. Damit läge für den benannten Zeitraum ein Abschiebehindernis im Sinne von § 60a Abs. 2 AufenthG vor, welches die Illegalität des Aufenthalts und damit die Strafbarkeit der Haupttat sowie der (akzessorischen) Beihilfehandlung entfallen ließe.

Was folgt hieraus für die Entdecker des rechtsfreien Raumes? Die Entscheidung des OLG München erweckt in der Tat den Eindruck, als könnten (und dürften) sich die Kirchen über staatliches Recht hinwegsetzen, indem sie durch den Abschluss einer Vereinbarung mit dem BAMF ein Abschiebehindernis im Sinne von § 60a Abs. 2 AufenthG begründen und dadurch ausreisepflichtigen Ausländern ein Bleiberecht verschaffen könnten (und dürften). Zwar legt das OLG großen Wert darauf, dass das Abschiebehindernis nicht durch den bloßen Abschluss der Vereinbarung begründet wird (so noch das AG Freising), sondern erst im Zuge der Durchführung des in der Vereinbarung vorgesehenen Verfahrens. Diese Differenzierung ändert jedoch nichts an dem Vorwurf, dass die Kirchen mit dem BAMF eine Vereinbarung getroffen haben, die vom Gesetz nicht nur nicht vorgesehen war, sondern die diesem sogar entgegensteht. Ausgehend vom Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes fragt sich hier in der Tat, warum Kirchen und BAMF das Recht haben sollten, eine von der durch staatliches Recht begründeten Ausreisepflicht abweichende Vereinbarung zu treffen und dadurch ein jedenfalls vorübergehendes Abschiebehindernis zu schaffen.

## Ein Blick ins Grundgesetz

Eine solche Befugnis zur Abweichung vom staatlichen Recht könnte sich allerdings aus dem Grundgesetz ergeben. Während das BAMF als Bundesbehörde aufgrund des Prinzips der Gesetzesbindung der Verwaltung von vorneherein nicht zur Abweichung, sondern nur zur Anwendung und Vollziehung staatlichen Rechts befugt ist, ist eine verfassungsrechtlich gewährte Abweichungsbefugnis der Kirchen vom staatlichen Recht durchaus denkbar. Eine solche Befugnis könnte sich nämlich aus der (kollektiven) Religions- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) bzw. dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ergeben.<sup>16</sup> Da die Religionsfreiheit nicht nur innere Überzeugungen als *forum internum*, sondern auch ein hieraus resultierendes Verhalten als *forum externum* schützt, fällt die religiös begründete Gewährung von Kirchenasyl in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.<sup>17</sup> Auch handelt es sich bei der Gewährung von Kirchenasyl um die Wahrnehmung einer eigenen »Angelegenheit« im Sinne von Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV.<sup>18</sup> Dies ergibt sich jedenfalls unter Zugrundelegung der nunmehr vom BVerfG<sup>19</sup> vertretenen sog. »subjektiven Betrachtungsweise«. Hiernach haben nämlich allein die Kirchen zu bestimmen, was sie als ihre Angelegenheiten ansehen, während die früher vom BVerfG vertretene »objektive Betrachtungsweise«<sup>20</sup> für die Einordnung einer Angelegenheit als »kircheneigen« auf objektive Kriterien zurückgreifen möchte. Die objektive Sichtweise dürfte jedoch mit dem Gebot religiöser und weltanschaulicher Neutralität des Staates nicht vereinbar sein.<sup>21</sup> Sofern man davon ausgeht, dass sich die Kirchen oder einzelne Gemeinden zur Gewährung von Kirchenasyl entschieden haben, liegt hierin also die Wahrnehmung kircheneigener Angelegenheiten. Eine solche Entscheidung haben die Evangelische und Katholische Kirche in Gestalt der mit dem BAMF geschlossenen Vereinbarung getroffen. Von diesem Standpunkt aus betrachtet stellt sich die Gewährung von Kirchenasyl nicht etwa als Flucht in einen rechtsfreien Raum, sondern als Ausübung von Grund- und Selbstbestimmungsrechten dar.

Indem § 95 AufenthG i.V.m. § 27 StGB die Gewährung von Kirchenasyl unter Strafe stellt, werden sowohl Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als auch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV eingeschränkt. Eine solche Einschränkung ist verfassungsrechtlich durchaus möglich. Zwar wird die Religionsfreiheit grundsätzlich schrankenlos gewährleistet. Allerdings findet sie – genau wie das Selbstbestimmungsrecht

der Kirchen – ihre Schranken in anderen Verfassungsgütern, mit denen die Religionsfreiheit und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nach dem Prinzip praktischer Konkordanz in Ausgleich gebracht werden müssen.<sup>22</sup> Als ein solches konkurrierendes Rechtsgut kommt bei der Gewährung von Kirchenasyl lediglich das Rechtsstaatsprinzip in Gestalt vom Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes in Betracht. Hierauf wird auch in Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV verwiesen, wonach das Selbstbestimmungsrecht nur im Rahmen des »für alle geltenden Gesetzes« gilt. Die Ausübung der Religionsfreiheit und des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ist also verfassungsrechtlich nur soweit geschützt, wie sie nicht gegen Gesetze verstößt. Dieses Ergebnis kann jedoch so nicht stehen bleiben, weil es der Gesetzgeber sonst in der Hand hätte, über den verfassungsrechtlichen Schutz religiöser Belange und die Ausübung kircheneigener Angelegenheiten zu entscheiden. Aus diesem Grund hat das BVerfG die sog. Wechselwirkungslehre entwickelt, wonach in das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften nur durch ein Gesetz eingegriffen werden darf, welches das Selbstbestimmungsrecht selbst angemessen berücksichtigt.<sup>23</sup> Erforderlich ist danach eine Abwägung zwischen dem staatlichen Zweck – hier: an der Sanktionierung zur Beihilfe illegalen Aufenthaltes – und dem von der Kirche verfolgten Interesse.<sup>24</sup> Diese Interessenabwägung fällt nun keineswegs zwingend zugunsten der strafrechtlichen Sanktionierung aus. Zwar soll § 95 AufenthG gemäß den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften<sup>25</sup> einerseits »die Einhaltung der ausländerrechtlichen Vorschriften gewährleisten« und andererseits der »Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit« dienen. Andererseits sprechen gute Gründe dafür, die Bedeutung der Kirchenasylgewährung für die Religionsfreiheit und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht hoch zu veranschlagen, da sie eine besondere Nähe zur Bekenntnisfreiheit aufweist.<sup>26</sup> Nicht von ungefähr räumen einige Stimmen in der Literatur der Wahrung religiöser bzw. kirchlicher Interessen daher den Vorrang vor der öffentlichen Sicherheit ein.<sup>27</sup> Unter Zugrundlegung dieser Argumentation ist nicht nur § 95 AufenthG i.V.m. § 27 StGB dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass von einer Strafverfolgung abzusehen ist. Auch muss § 60a Abs. 2 AufenthG dahingehend interpretiert werden, dass sich aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV (und nicht etwa aus der besagten Vereinbarung zwischen BAMF und den Kirchen) ein Abschiebehindernis im Sinne von § 60a Abs. 2 AufenthG ergibt. Die Abschiebung eines in Kirchenasyl befindlichen Auslän-

ders wäre nämlich im Sinne dieser Norm »rechtlich unmöglich«, da hierdurch die Ausübung der verfassungsrechtlich geschützten Positionen der Kirchen und einzelner Mitglieder rechtlich unmöglich gemacht würde.

### **Kirchenasyl als rechtsfreier Raum?**

Plötzlich wird aus dem vermeintlich »rechtsfreien Raum«, in dem das Kirchenasyl gewährt wird, ein Raum, den die Verfassung unter besonderen Schutz stellt. Wird die Gewährung von Kirchenasyl also nicht nur am Maßstab des einfachen Gesetzesrechts, sondern unter Einbeziehung verfassungsrechtlicher Wertungen beurteilt, so stellt sich die Rechtslage weitaus diffiziler dar als unter schlichter Anwendung von § 95 AufenthG i.V.m. § 27 StGB. Die Metapher vom »rechtsfreien Raum« entzieht sich dieser verfassungsrechtlichen Betrachtung vollständig. Sie unterstellt, dass diejenigen, die Kirchenasyl gewähren, geltendes Recht nicht nur missachten, sondern einen Raum schaffen, in dem die allgemeinen Gesetze entweder nicht beachtet werden oder in dem sie gar keine Geltung haben. Diese Betrachtung nährt die Ängste vor dem Verlust des staatlichen Gewaltmonopols und der Entstehung einer »Paralleljustiz«. Sie übersieht jedoch, dass durch die Gewährung von Kirchenasyl nicht eine Parallelrechtsordnung geschaffen wird, sondern verfassungsrechtlich garantierte Rechtspositionen ausgeübt werden.<sup>28</sup> Dass die allgemeinen Gesetze in bestimmten Räumen oder Situationen nicht in vollem Umfang zur Anwendung kommen, muss also nicht stets die Rechtswidrigkeit oder Strafbarkeit eines hierin praktizierten Verhaltens bedeuten. Vielmehr kann die partielle Nichtanwendung von Gesetzen von Verfassungen wegen gerade geboten sein. Ohne diese Rückzugsbereitschaft des Rechts wären Institutionen wie Privatheit, Religion, Kunst oder Wissenschaft nicht denkbar. In privaten Räumen oder Situationen, in Kirchen, Synagogen, Moscheen oder anderen Gotteshäusern, in Theatern, Kinos oder anderen Kulturbetrieben, in Universitäten und anderen Wissenschaftsstätten herrscht allerdings kein rechtliches Vakuum vor, sondern ein anderes Recht – nämlich die durch verfassungsrechtliche Interpretation modifizierte Form des einfachen Gesetzesrechts. Wer diesen Umstand verkennt, argumentiert im rechtsfreien Raum.

JOHANNES EICHENHOFER

## Anmerkungen

- 1 Weitere Beispiele sind das Internet – vgl. etwa Wenning, Jur-PC 1995, 3321 ff., das Darknet – vgl. Krause, NJW 2018, 678, die Bafin – vgl. etwa Zietsch/Weigand, WM 2013, 785 oder – besonders exotisch – die Einigungsstelle nach § 71 des Bundespersonalvertretungsgesetzes – vgl. dazu Franz-Michael Koch, AuA 1998, 197.
- 2 Vgl. etwa Botta, ZAR 2017, 434 ff.; allgemein zur Figur rechtsfreier Räume: Rottenwallner, VR 2017, 253 ff.
- 3 Vgl. Larsen, ZAR 2017, 121 (121).
- 4 Babo, ZAR 2001, 269 (270).
- 5 Grefen, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik (2001), 29 ff.
- 6 Dazu Grefen, aaO (Fn 5), 128 ff.
- 7 Vgl. <http://www.kirchenasyl.de/aktuelles/> (abgerufen am 17.7.2018).
- 8 So der Titel eines Aufsatzes von Ingo von Münch NJW 1995, 566 ff. Die Fortsetzung dieses Aufsatzes lautete: »Kirchenasyl – wer soll das bezahlen?«, NJW 1995, 2771 ff.
- 9 Vgl. Roland Bell/Freder Skibitzki, Kirchenasyl – Affront gegen den Rechtsstaat (1998).
- 10 Vgl. insoweit das Vorwort von Günter Renner in: Bell/Skibitzki, aaO (Fn 9), 5.
- 11 Das ist nach § 58 Abs. 2 AufenthG der Fall, wenn der Ausländer unerlaubt im Sinne von § 14 AufenthG eingereist ist (Nr. 1), wenn er noch nicht die Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels beantragt hat und kein Fall des § 81 Abs. 3 oder 4 AufenthG vorliegt (Nr. 2) oder wenn ein anderer EU-Mitgliedstaat eine Rückführungsentscheidung getroffen und die deutsche Ausländerbehörde diese Entscheidung anerkannt hat.
- 12 BVerwGE 111, 62 = NVwZ 2000, 938.
- 13 Vgl. AG Freising, Urt. v. 27.10.2017 - 6 Ds 506 Js 37436/16.
- 14 OLG München, Urt. v. 3.5.2018 - 4 OLG 13 Ss 54/18.
- 15 OLG München, aaO, 2. Leitsatz, Rn 23 f., 36–38.
- 16 Weitere verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte sind das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG und das Wohnungsgrundrecht des Art. 13 GG – vgl. dazu Neundorf, ZAR 2011, 259 (265); Robbers, AöR 113 (1988), 30 (45 f., 48 f.).
- 17 So auch Neundorf, ZAR 2011, 259 (263 f.).
- 18 Vgl. etwa: B. Huber in: Barwig/Bauer (Hrsg.): Asyl am heiligen Ort, 99 (104); Kaltenborn, DVBl. 1993, 25 (26 f.); Geis JZ 1997, 60 (62); Robbers, AöR 113 (1988), 30 (38 ff., 43 f.); a.A. etwa Maaßen, KuR 1997, 37 (39 f.); Jacobs, ZevKR 35 (1990), 25 (37 f.); Renck, NJW 1997, 2089, 2090.
- 19 BVerfGE 72, 278, 294.
- 20 So noch BVerfGE 18, 385 (387); 42, 312 (333 f.).
- 21 So Hesse, in: HdbStKR, band I, 521 (540 ff.) mwN.
- 22 Neundorf, ZAR 2011, 259 (261 ff.); Larsen, ZAR 2017, 121 (122 ff.); Botta, ZAR 2017, 434 (436 ff.).
- 23 BVerfGE 72, 278, 289
- 24 BVerfGE 53, 366, 401; 66, 1, 22; 70, 138, 167; 72, 278, 289.
- 25 AVV-AufenthG Vor 95.o.2.
- 26 Grefen, aaO (Fn 5), 255.
- 27 Grefen, aaO (Fn 5), 263; im Ergebnis auch Görisch, Kirchenasyl und staatliches Recht (2000), 255; Neundorf, ZAR 2011, 389 (393 f.).
- 28 In diesem Sinne auch Robbers, AöR 113 (1988), 30 (43).