

## Zuwanderung aus humanitären Gründen\*

### Vortrag

Prof. Dr. Thomas Groß, Universität Gießen

#### I. Einleitung

Im Gegensatz zum nüchternen § 1 AuslG, der nur die Aussage enthielt, dass das Gesetz die Bedingungen für Einreise und Aufenthalt von Ausländern regelt, definiert § 1 AufenthG die Zwecke des Gesetzes und benennt dabei in Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich, dass es neben der Ermöglichung und Gestaltung der Zuwanderung zugleich der Erfüllung der humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik dient. Verschiedene Einzelvorschriften (§§ 22 S. 1, 23 Abs. 1 S. 1, 25 Abs. 4 S. 1, 60a Abs. 1 S. 1 AufenthG) verweisen jeweils auf humanitäre Gründe, aus denen eine bestimmte aufenthaltsrechtliche Entscheidung folgt. Der Duden<sup>1</sup> erklärt den Begriff „humanitär“ mit den Wörtern „menschenfreundlich, wohlütig“. Ist das Zuwanderungsgesetz also durch Menschenfreundlichkeit und Wohlütigkeit gekennzeichnet? Bringt es nicht nur verbal, sondern auch in der Sache einen humanitären Fortschritt? Sind nach den vielen Kompromissen während des Gesetzgebungsverfahrens überhaupt noch relevante Veränderungen gegenüber der alten Rechtslage erkennbar? Werden nun zumindest die internationalen Verpflichtungen uneingeschränkt erfüllt?

Bevor diese Fragen beantwortet werden können, ist eine Präzisierung des Themas erforderlich. Im Folgenden wird der Begriff der „Zuwanderung“, ein wenig gelungenes Kunstgeschöpf zur Vermeidung des verpönten Wortes Einwanderung<sup>2</sup>, in einem weiten Sinn verstanden. Originäre Einreiseberechtigungen spielen nach der Einführung der Drittstaatenregelung im Asylrecht kaum noch eine Rolle, wenn man vom hier nicht behandelten Komplex des Familiennachzugs absieht<sup>3</sup>. Im Mittelpunkt des Flüchtlingsproblems, dessen humanitären Charakter bereits die Präambel der Genfer Flüchtlingskonvention anerkannt hat, stehen in der Praxis heute die Regelungen über den Abschiebungsschutz und damit verbundene Aufenthaltsrechte verschiedener Art, die nach einer legalen oder illegalen Einreise erteilt werden. Seit einigen Jahren werden mehr Aufenthaltstitel im Rahmen des Abschiebungsschutzes erteilt als asylrechtliche Anerkennungen, jedenfalls wenn man nur das Verfahren vor dem Bundesamt<sup>4</sup> betrachtet und die vor Gericht erfochtenen positiven Entscheidungen außer Betracht lässt. Dennoch kann das Asylrecht, dessen humanitäre Intention das Bundesverfassungsgericht besonders betont hat<sup>5</sup>, nicht unberücksichtigt bleiben, obwohl die Bewerberzahlen

---

\* Vortrag bei den Hohenheimer Tagen zum Ausländerrecht am 28.-30.1.2005. Für Hilfe bei der Vorbereitung danke ich Herrn Dennis Graf.

<sup>1</sup> Die deutsche Rechtschreibung, 21. Aufl., 1996.

<sup>2</sup> Zur Terminologie vgl. Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 17 Rn. 48 ff.; Göbel-Zimmermann/Masuch, ZRP 1998, 435 ff.; kritisch auch H.-P. Schneider, NJW 2001, 3465 ff.

<sup>3</sup> Zur entsprechenden EG-Richtlinie vgl. Hauschild, ZAR 2003, 266 ff.; Langenfeld/Mohsen, ZAR 2003, 398 ff.; Renner, NVwZ 2004, 792 ff.

<sup>4</sup> Vgl. die Angaben unter [http://www.bafli.de/template/statistik/anlagen/hauptteil\\_1.pdf](http://www.bafli.de/template/statistik/anlagen/hauptteil_1.pdf), S. 43.

<sup>5</sup> BVerfGE 54, 341 (360); 74, 51 (64).

# Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

inzwischen stark zurückgegangen sind. Aber auch in anderen Fällen ohne politischen Hintergrund kann ein zunächst als vorübergehend gedachter Aufenthalt zu einer Zuwanderung führen, für die humanitäre Gründe geltend gemacht werden, weil die Rückkehr unzumutbar geworden ist.

Angesichts der unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen ist folglich eine pauschale Behandlung des Themas nicht möglich. Vielmehr müssen die Statusdifferenzierungen, die auch das neue Gesetz prägen, zugrundegelegt und einzeln analysiert werden. Diese Tendenz wird durch das Europarecht noch verstärkt, dessen Richtlinien jeweils einzelne Gruppen von Drittstaatsangehörigen erfassen. Durch sie wird das nationale Recht immer mehr überformt, so dass auch der wichtige Aspekt, welcher Umsetzungsbedarf nach dem Erlass des Zuwanderungsgesetzes verbleibt, berücksichtigt werden muss. Eine vollständige Untersuchung der unzähligen Einzelvorschriften ist im Rahmen dieses Vortrages allerdings nicht möglich<sup>6</sup>. Vielmehr sollen drei zentrale Probleme behandelt werden: Zunächst wird der Frage nachgegangen, wieso es nach wie vor unterschiedliche Regeln für die politisch verfolgten Flüchtlinge gibt (II.). Anschließend werden die anderen humanitären Gründe untersucht, aus denen sich ein Abschiebungsschutz und eventuell ein Aufenthaltsrecht ergeben kann (III.). Besonderes Konfliktpotential birgt die gesetzliche Verankerung der Härtefallkommissionen (IV.). Die Bilanz fällt zwiespältig aus (V.).

## II. Der Schutz von politischen Flüchtlingen

Die Qualifikations-Richtlinie der EU<sup>7</sup> definiert den Begriff „Flüchtling“ in Art. 2 c) als Drittstaatsangehörigen, der aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe schutzbedürftig ist, und übernimmt damit die Voraussetzungen in Art. 1 A (2) Genfer Flüchtlingskonvention. Dieser Rechtsstatus wird im deutschen Recht zum Teil vom Asylrecht, zum Teil vom Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 1 AufenthG erfasst.

### 1. Asylrecht

Da in Deutschland die materiellen Voraussetzungen der Gewährung des Asylrechts direkt aus der Verfassung, d.h. aus der Interpretation des Begriffes der politischen Verfolgung in Art. 16a Abs. 1 GG entnommen werden, hat das Zuwanderungsgesetz insofern keine Änderung vorgesehen. Unverändert geblieben sind auch die wesentlichen Einschränkungen durch die Regelungen über die sicheren Drittstaaten sowie die sicheren Herkunftsstaaten, obwohl ihnen in der Praxis nicht die erwartete Bedeutung zukommt<sup>8</sup>. Zwar wäre es durchaus möglich gewesen, die Tatbestandsmerkmale der Asylberechtigung durch gesetzliche Klarstellungen an die international übliche Interpretation des Flüchtlingsbegriffs in der Genfer Flüchtlingskonvention anzugleichen. Diskrepanzen bestehen hier insbesondere bei der Anerkennung nicht-staatlicher

---

<sup>6</sup> Zu humanitären Bleiberechten s.a. *Lüke*, ZAR 2004, 397 ff.; zu den Terrorismusvorbehalten vgl. *Marx*, ZAR 2004, 275 ff.

<sup>7</sup> Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 304, S. 12.

<sup>8</sup> *Renner*, in: *Bade/Münz* (Hrsg.), *Migrationsreport 2002*, S. 179 (186 ff.); *Davy*, AK-GG, 3. Aufl., Art. 16a Rn. 9 f.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

Verfolgung<sup>9</sup> und dem Ausschluss von subjektiven Nachfluchtgründen<sup>10</sup>, der in § 28 Abs. 1 AsylVfG kodifiziert wurde. Eine Ausweitung des Anwendungsbereiches des Asylrechts wurde jedoch nicht angestrebt.

Stattdessen bringt das Gesetz zu den schon bestehenden vielfältigen Restriktionen im Verfahrensrecht eine Neuerung, die von den Betroffenen kaum als menschenfreundlich und wohlwütig verstanden werden wird. Die bereits nach § 73 Abs. 1, 2 AsylVfG bestehende Pflicht, die Asylberechtigung zu widerrufen, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, bzw. bei Falschangaben zurückzunehmen, hat in der Praxis bisher eine geringe Rolle gespielt<sup>11</sup>. Nachdem das Bundesamt nicht mehr so stark durch Asylanträge beansprucht wird, erhielt es nun durch § 73 Abs. 2a AsylVfG die Aufgabe, spätestens drei Jahre nach Unanfechtbarkeit der Entscheidung zu überprüfen, ob die Voraussetzungen eines Widerrufs bzw. einer Rücknahme vorliegen. Einziger Vorteil der Neuregelung ist es, dass bei denjenigen, die diese erste Überprüfung überstehen, weitere Widerrufs- bzw. Rücknahmeentscheidungen nicht mehr obligatorisch, sondern in das Ermessen der Behörde gestellt sind. Da mit dem Erlöschen der Anerkennung als Asylberechtigter nach § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG auch der Aufenthaltstitel widerrufbar ist, schwebt also nun ein Damoklesschwert über den anerkannten Flüchtlingen. Damit wird die europäische Tradition, Asyl als permanenten Rechtsstatus zu gewähren, der den Betroffenen eine neue Zukunftsperspektive eröffnet<sup>12</sup>, deutlich relativiert.

### 2. Abschiebungsschutz

Auch das Zuwanderungsgesetz schreibt die Zweiteilung des Schutzes politischer Flüchtlinge fort. Aufgrund der sehr restriktiven Voraussetzungen der Asylgewährung kann die Bundesrepublik ihre Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention nur erfüllen, indem sie die sonstigen politischen Verfolgten durch das in § 3 AsylVfG i.V.m. § 60 Abs. 1 AufenthG geregelte sog. „kleine Asyl“ schützt. Die Verkoppelung der beiden Regelungen zeigt sich auch in der fortbestehenden prozeduralen Parallelisierung durch den Verweis auf das Asylverfahren und das asylrechtliche Sonderprozessrecht in § 60 Abs. 1 S. 5, 6 AufenthG.

Dabei sind positive und negative Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage zu erkennen. Die Anerkennung geschlechtsbezogener und nicht-staatlicher Verfolgung klärt zwei bisher strittige Tatbestände, so dass nunmehr die internationalen Standards eingehalten werden<sup>13</sup>. Die Rechtsprechung hat bisher geschlechtsspezifische Verfolgung nur in seltenen Fällen anerkannt<sup>14</sup>. Die Ausweitung des Schutzes zumindest auf die Verfolgung durch staatsähnliche Bürgerkriegsparteien erfolgte erst nach einer Intervention des Bundesverfassungsgerichtes<sup>15</sup>. Die explizite Bezugnahme auf die Flüchtlingskonvention in § 60 Abs. 1 AufenthG sichert dieses Ergebnis zusätzlich ab, so

---

<sup>9</sup> BVerfGE 80, 315 (334); krit. *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl., Bd. 1, 2004, Art. 16a Rn. 45 ff. m.w.N.; etwas großzügiger nun BVerfG (Kammer), NVwZ 2000, 1165; zu den staatsrechtlichen Hintergründen *van Ooyen*, ARSP 2003, 387 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE 74, 51 (56 ff.); krit. *Treiber*, ZAR 1987, 151 (160); *Davy* (Fn. 8), Art. 16a Rn. 33 m.w.N.

<sup>11</sup> BT-Drs. 14/7387, S. 103.

<sup>12</sup> Vgl. *Kälin*, GYIL 44 (2001), 202 (210); *Masing* (Fn. 9), Rn. 98, der allerdings die Regelüberprüfung billigt (Rn. 129).

<sup>13</sup> Dazu näher *Duchrow*, ZAR 2004, 339 ff.

<sup>14</sup> Vgl. die Nachweise bei *Davy* (Fn. 8), Art. 16a Rn. 28; *Duchrow*, ZAR 2002, 269 (272).

<sup>15</sup> BVerfG (Kammer), NVwZ 2000, 1165; BVerwGE 114, 16; zur früheren Rechtsprechung vgl. BVerwGE 104, 254.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

dass bei der Anwendung der Vorschrift in Zukunft stärker auch die internationale Staatenpraxis zu berücksichtigen ist<sup>16</sup>.

Höchst problematisch ist dagegen die Aufnahme von § 28 Abs. 2 AsylVfG, der den regelmäßigen Ausschluss subjektiver Nachfluchtgründe im Asylrecht<sup>17</sup> auf den Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 1 AufenthG ausdehnt. Wer einen Asylfolgeantrag nach Rücknahme oder unanfechtbarer Ablehnung eines früheren Asylantrags stellt, kann nun nicht nur kein Asyl, sondern in der Regel auch keinen Abschiebungsschutz als politischer Flüchtling erhalten. Der Begründung des Gesetzentwurfes<sup>18</sup> ist zu entnehmen, dass hiermit dem Antragsteller von Gesetzes wegen Missbrauch unterstellt wird. Stattdessen wird auf die anderen, deutlich restriktiveren Tatbestände des Abschiebungsschutzes verwiesen.

Diese Regelung offenbart ein merkwürdiges Demokratieverständnis. Die Integration von rechtmäßig auf Dauer in Deutschland lebenden Ausländern soll nach § 43 AufenthG u.a. dadurch gefördert werden, dass ihnen Kenntnisse der deutschen Rechtsordnung vermittelt werden. Wenn dagegen ein ausreisepflichtiger Ausländer die demokratischen Verfassungsgrundsätze, die er in Deutschland kennen lernt, ernst nimmt, nachträglich auf sein Herkunftsland überträgt und sie auch dort einfordert, soll das generell unglaubwürdig sein. Eine solche Missbrauchsvermutung gegenüber exilpolitischem Engagement ist rechtsstaatswidrig. Der Staat darf die Beweislast für die Ernsthaftigkeit grundrechtlich geschützten Verhaltens nicht umkehren. Außerdem ist diese Regelung nicht mit der Flüchtlingskonvention vereinbar<sup>19</sup>, so dass eine völkerrechtskonforme restriktive Anwendung zugunsten der Antragsteller notwendig ist.

### 3. Die Umsetzung der EG-Qualifikations-Richtlinie

Erfüllt die Bundesrepublik mit ihrer Aufspaltung des Flüchtlingsschutzes die Anforderungen der EG-Richtlinie vom 29. April 2004, die bis zum 10. Oktober 2006 in nationales Recht umgesetzt werden muss? Auf den ersten Blick scheinen die dort aufgeführten Anforderungen für die Anerkennung als Flüchtling im deutschen Recht erfüllt zu sein, da die Verfolgungshandlungen nach Art. 9 RL und die Verfolgungsgründe nach Art. 10 RL zwar nur zum Teil vom Asylrecht, jedenfalls aber vom Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 1 AufenthG erfasst werden. Auch die Erteilung eines Aufenthaltstitels (Art. 24 RL) und der Zugang zur Beschäftigung (Art. 26 RL) werden durch § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG für beide Kategorien von Flüchtlingen ermöglicht.

Damit ist aber noch nicht geklärt, ob es zulässig ist, den in der Richtlinie unter Bezugnahme auf die Genfer Flüchtlingskonvention einheitlich definierten Schutz durch zwei in ihrer Konstruktion deutlich unterschiedliche nationale Rechtsstatus zu gewährleisten. Zwar werden in den einzelnen Artikeln der Richtlinie selbst die Begriffe „Asyl“ oder „Asylrecht“ nicht verwendet. Aus dem ersten Erwägungsgrund, der auf die „gemeinsame Asylpolitik“ der Europäischen Union verweist, und insbesondere aus ihrer Rechtsgrundlage in Art. 63 Abs. 1 Nr. 1 EGV, der von „Asylmaßnahmen“ spricht, sowie der allgemeinen Vorschrift des Art. 61 a) EGV, die ebenfalls von Maßnahmen in bezug auf „Asyl“ spricht, ergibt sich jedoch, dass dem europäischen Recht eine Unterscheidung

---

<sup>16</sup> *Duchrow*, ZAR 2004, 339 (339).

<sup>17</sup> Vgl. Fn. 10.

<sup>18</sup> Vgl. BT-Drs. 19/420, S. 110.

<sup>19</sup> Vgl. *Duchrow*, ZAR 2004, 339 (342); *Wollenschläger*, ZRP 2001, 459 (464); *Huber*, NVwZ 2005, 1 (10). Art. 5 Abs. 3 der Qualifikations-RL erlaubt zwar die regelmäßige Verweigerung der Anerkennung als Flüchtling aufgrund von Nachfluchtgründen, bedarf aber ebenfalls der restriktiven Auslegung im Hinblick auf die Flüchtlingskonvention.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

zwischen Asylberechtigten und sonstigen Flüchtlingen im Sinne der Genfer Konvention fremd ist<sup>20</sup>. Auch eine rechtsvergleichende Untersuchung hat gezeigt, dass die deutsche Rechtslage kein Pendant in anderen europäischen Ländern findet<sup>21</sup>.

Unter Berufung auf den Wortlaut von Art. 249 Abs. 3 EGV könnte man zwar darauf verweisen, dass letztlich nur zählt, ob das Ziel der Richtlinie erreicht wird. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes verpflichtet das EG-Recht die Mitgliedstaaten jedoch zur effektiven Umsetzung der Richtlinien<sup>22</sup>. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dass die Begünstigten ihre Rechte klar erkennen können<sup>23</sup>. Erfüllt die verwirrende Verdoppelung des Flüchtlingsschutzes, der in unterschiedlichen Gesetzen geregelt, aber dann doch im gleichen Verfahren von der gleichen Stelle zuerkannt wird, diese allgemeinen Voraussetzungen? Wenn die wesentlichen Rechtsfolgen ohnehin einheitlich für beide Gruppen gestaltet werden müssen, was spricht gegen eine Ausweitung der asylrelevanten Anerkennungsgründe? Mir scheint es keine verteidigungswürdige Leistung des deutschen Rechtsstaates, das verfassungsrechtlich verankerte Grundrecht auf Asyl weiter so restriktiv zu interpretieren, wie es die Behörden und Gerichte tun. Für eine entsprechende Angleichung des deutschen Asylrechtes an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben wäre eine Verfassungsänderung nicht erforderlich<sup>24</sup>. Das Gebot der europarechtskonformen Auslegung differenziert nicht nach dem Rang der Rechtsquelle und gilt somit auch für das nationale Verfassungsrecht<sup>25</sup>. Folglich ist es in Zukunft erforderlich, aber auch ausreichend, Art. 16a Abs. 1 GG richtlinienkonform zu interpretieren und insbesondere nichtstaatliche und geschlechtsbezogene Verfolgung als asylrelevant anzuerkennen. Im Interesse der klaren Erkennbarkeit der Rechte der Flüchtlinge wäre die beste Lösung, wenn das Asylverfahrensgesetz um eine materielle Definition des Verfolgungsbegriffs entsprechend der Richtlinie ergänzt würde.

### III. Kollektiver und subsidiärer Schutz

Neben dem individuellen Flüchtlingsschutz gibt es Regelungen über die Aufnahme von Personen, weil sie einer Gruppe angehören, die kollektiv als schutzbedürftig angesehen wird. Hierzu gehören einerseits die durch die EG-Richtlinie über vorübergehenden Schutz im Falle eines Massenzustroms<sup>26</sup> geschaffene Kategorie, andererseits die Kontingentflüchtlinge. Nicht von der Flucht, sondern von der Rückkehr aus konstruiert ist dagegen der von der EG-Qualifikations-Richtlinie als subsidiärer Schutz bezeichnete Status, der im deutschen Recht von verschiedenen Tatbeständen des Abschiebungsschutzes erfasst wird.

---

<sup>20</sup> Zur Inkorporation der Flüchtlingskonvention in das Primärrecht vgl. *Uerpmann*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 339 (367).

<sup>21</sup> *Wolter*, Auf dem Weg zu einem gemeinschaftlichen Asylrecht in der Europäischen Union, 1999, S. 112 ff., 535 ff.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, Rn. 69, 73.

<sup>23</sup> EuGH, Rs. 29/84, Slg. 1985, 1661, Rn. 23; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2003, Art. 249 EGV Rn. 91; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 249 Rn. 51 m.w.N.

<sup>24</sup> So aber *Wolter* (Fn. 21), S. 537.

<sup>25</sup> *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 147 ff., 263; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 92 f.; *Klein*, in: Burmeister (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit*, FS für K. Stern, 1997, S. 1301 (1310).

<sup>26</sup> Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl. L 212, S. 12; dazu ausführlich *Kälin*, *GYIL* 44 (2001), S. 202 ff.

# Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

## 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

### 1. Gruppenbezogene Aufnahme

Massenflucht ereignisse wie etwa im Jugoslawienkonflikt führen zu einer temporären Überforderung des auf Einzelfallprüfungen ausgerichteten Asylsystems. Das EG-Recht hat deshalb mit dem Institut des vorübergehenden Schutzes ein neues Instrumentarium geschaffen, das nunmehr auch in § 24 AufenthG in die deutsche Rechtsordnung übernommen wurde. Dass es sich dabei nicht um eine Alternative zum Asylrecht handelt, zeigt § 32a I 1 AsylVfG, wonach ein Asylverfahren während des vorübergehenden Schutzes lediglich ruht. Zu diesem grundsätzlich sicher sinnvollen Instrument der Bewältigung von Krisensituationen liegen allerdings noch keine Erfahrungen vor<sup>27</sup>.

Die bereits bisher und auch weiterhin bestehende Möglichkeit, Kontingentflüchtlinge auf der Grundlage des Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsorganisationen aufgenommene Flüchtlinge aus dem Jahr 1980 einreisen zu lassen, wird dagegen seit Jahren nicht genutzt. Zwar sah der bisher gültige Erlass des Auswärtigen Amtes für jüdische Einwanderer aus der ehemaligen Sowjetunion eine analoge Anwendung des Gesetzes vor. Diese Konstruktion, deren politische Hintergründe hier nicht beleuchtet werden können, kollidierte allerdings mit den insofern abschließenden ausländerrechtlichen Vorschriften<sup>28</sup>. Deshalb wurde für solche Fälle mit § 23 Abs. 2 AufenthG eine eigene Rechtsgrundlage geschaffen, deren Umsetzung allerdings prompt in die föderale Konsensfalle geraten ist, so dass zunächst nur eine Übergangsregelung beschlossen wurde. Es ist jedenfalls bemerkenswert, dass hier, solange ein entsprechender politischer Wille vorhanden war, ein Weg gefunden wurde, mit dem sogar eine Einwanderung in großem Umfang ermöglicht worden ist.

### 2. Sonstige humanitäre Gründe

Die schon bisher bestehenden Gründe, Abschiebungsschutz wegen drohender Folter, Todesstrafe, Verletzungen der EMRK oder wegen einer erheblichen konkreten Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit zu gewähren, sind inhaltlich unverändert von § 53 AusIG in § 60 Abs. 2, 3, 5 und 7 AufenthG übernommen worden. Verbessert wurde der aufenthaltsrechtliche Status dieses Personenkreises, dem nach § 25 Abs. 3 AufenthG nun in der Regel eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, sofern keiner der Ausschlussgründe vorliegt. Auch die Möglichkeit der Aufnahme aus dem Ausland (§ 22 AufenthG) und die gruppenbezogene Aufenthaltsgewährung durch die obersten Landesbehörden nach § 23 AufenthG sind erhalten geblieben.

Neu ist hingegen die Regelung des § 23 Abs. 1 S. 2 AufenthG, wonach eine gruppenbezogene humanitäre Aufnahme davon abhängig gemacht werden kann, dass Dritte sich zur Übernahme des Lebensunterhaltes der betroffenen Personen verpflichten. Sie zielt auf die Aktivierung privater Hilfe, insbesondere in der Form sog. „Kirchenkontingente“<sup>29</sup>. Diese Regelung ist jedoch problematisch, da sie die originär staatliche Entscheidung, ein humanitäres Aufenthaltsrecht zu gewähren, mit der Hilfsbereitschaft privater Organisationen verknüpft. Zwar wird damit nur das schon bisher vorhandene Instrument der Haftung für den Lebensunterhalt nach § 68 AufenthG ausgeweitet. Dies könnte man als sinnvolle Beteiligung der Zivilgesellschaft verstehen und in den allgemeinen Trend der Entlastung des Staates einordnen. Die Privatisierung von Humanität empfinde ich jedoch als eine Form der Entsolidarisierung der Gesellschaft, die nicht zu begrüßen ist.

---

<sup>27</sup> Lücke, ZAR 2004, 397 (400).

<sup>28</sup> Überzeugend Raabe, ZAR 2004, 410 ff.; zum Verfahren vgl. Hochreuter, NVwZ 2000, 1376 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Lücke, ZAR 2004, 397 (401), unter Hinweis auf BT-Drs. 15/420, S. 77; s.a. Peißl, BayVBl. 1999, 137 (139); v. Münch, NJW 1995, 2271.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

Leider wurde eines der erklärten Ziele des Zuwanderungsgesetzes, die Abschaffung des prekären Rechtsstatus der Duldung<sup>30</sup>, im Vermittlungsverfahren wieder teilweise rückgängig gemacht. Eine Duldung bleibt für die Fälle vorgesehen, in denen kollektive Gefahren die Rückkehr verhindern (§ 60 Abs. 7 S. 2 AufenthG) oder andere gruppenbezogene völkerrechtliche, humanitäre oder politische Gründe für eine Aussetzung der Abschiebung bestehen. Zwar ist nach § 60a Abs. 1 AufenthG nunmehr die zeitliche Dauer auf sechs Monate beschränkt, so dass es nicht mehr zu „Kettenduldungen“ kommen soll. Dies kann jedoch aufgrund der Ermessensspielräume bei der Anwendung von § 23 Abs. 1 und § 25 Abs. 5 S. 2 AufenthG keineswegs ausgeschlossen werden. Aufgrund von § 4 Abs. 3 AufenthG ist die Erteilung einer Arbeitserlaubnis aber im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage ausgeschlossen<sup>31</sup>.

Auch im Bereich der sonstigen humanitären Gründe findet sich also eine unglückliche Aufspaltung des Rechtsstatus in Aufenthaltsberechtigte und Geduldete. Hierin liegt jedoch wohl kein Verstoß gegen die Anforderungen der EG-Qualifikations-Richtlinie an den Anspruch auf subsidiären Schutz, da seine Voraussetzungen nach Art. 2 e) i.V.m. Art. 15 RL nur gegeben sind, wenn Todesstrafe, Folter oder eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts drohen. Gemäß Erwägungsgrund 26 stellen dagegen Gefahren, denen die Bevölkerung oder eine Bevölkerungsgruppe eines Landes allgemein ausgesetzt sind, normalerweise keine individuelle Bedrohung dar, so dass die deutsche Differenzierung gemeinschaftsrechtlich abgesichert ist.

### IV. Härtefälle

Ein neues Institut ist die in § 23a AufenthG enthaltene Möglichkeit der Aufenthaltsgewährung in Härtefällen. Damit wurden die in einigen Bundesländern bereits bestehenden Härtefallkommissionen, deren Arbeit positiv bewertet wird<sup>32</sup>, auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Wichtig ist aber v.a., dass ihr Handlungsspielraum erweitert worden ist, indem nun ohne Bindung an die einzelnen aufenthaltsrechtlichen Tatbestände eine größere Einzelfallgerechtigkeit in der Verwaltungspraxis ermöglicht wird. Die Regelung wirft jedoch einige Anwendungsprobleme auf.

Zunächst stellt sich die Frage, ob das Gesetz die Bundesländer verpflichtet, eine Härtefallkommission einzurichten<sup>33</sup>, oder ob es sich um eine fakultative Entscheidung handelt<sup>34</sup>. Ebenso ist strittig, ob ein neues Gremium zu schaffen ist oder diese Aufgabe einem bereits vorhandenen Gremium übertragen werden kann. Diesen Weg will die hessische Landesregierung gehen, die plant, den Petitionsausschuss des Landtages mit der Funktion der Härtefallkommission zu betrauen<sup>35</sup>. Eine solche Lösung widerspricht jedoch dem Gewaltenteilungsprinzip. § 23a Abs. 2 S. 1 AufenthG sieht vor, dass die Landesregierung die Kommission durch eine Rechtsverordnung einrichtet. Es ist aber nicht zulässig, dass ein Organ der Exekutive einem Teilorgan der Legislative eine Aufgabe überträgt. Ausschüsse dienen der Aufgabenerfüllung des Gesamtparlaments und können dementsprechend nur von diesem beauftragt werden. Der nunmehr erwogene Umweg, die Mitglieder des Petitionsausschusses durch den Präsidenten des Landtages

---

<sup>30</sup> BT-Drs. 15/420, S. 79.

<sup>31</sup> Kritisch *Heinhold*, in: Barwig/Davy (Hrsg.), *Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit?*, 2004, S. 199 (202 f.).

<sup>32</sup> *Lüke*, ZAR 2004, 397 (402).

<sup>33</sup> So *Heinhold* (Fn. 31), S. 211.

<sup>34</sup> So *Schönenbroicher*, ZAR 2004, 351 (351); *Lüke*, ZAR 2004, 397 (402).

<sup>35</sup> Vgl. LT-Drs. 16/2688 u. 16/2760; krit. der SPD-Antrag LT-Drs. 16/3318.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

als Kommissionsmitglieder zu benennen<sup>36</sup>, entgeht dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit ebenfalls nicht. Dieses Problem könnte man allenfalls durch den Gebrauch der Option des Art. 80 Abs. 4 GG aus dem Weg räumen, indem statt der Rechtsverordnung ein Landesgesetz erlassen wird, da dadurch der Landtag selbst die organisatorische Entscheidung an sich ziehen würde.

Auch diese Lösung wäre aber nicht mit dem Aufenthaltsgesetz vereinbar. Schon der Wortlaut spricht dagegen. Weil das Gesetz nicht allgemein von einem Gremium oder nur von einer nach Landesrecht zuständigen Stelle spricht, sondern mit dem Begriff „Härtefallkommission“ einen Terminus verwendet, der bereits in der Praxis existierte, um eigenständige Gremien zur Behandlung ausländerrechtlicher Problemfälle zu bezeichnen, ist anzunehmen, dass ihre Institutionalisierung auch die Intention des Gesetzgebers war. Sinn und Zweck der Regelung sprechen ebenfalls dafür, ein spezialisiertes Gremium einzusetzen, da sich seine Mitglieder mit den bekanntermaßen sehr komplizierten Normen des Ausländer- und Asylrechtes auskennen müssen, um beurteilen zu können, ob ein Härtefall vorliegt. Neben dem umfangreichen Arbeitsanfall eines parlamentarischen Petitionsausschusses wird keine ausreichende Kapazität bestehen, um sich zusätzlich vertieft mit den Details ausländerrechtlicher Einzelfälle auseinander zu setzen. Vielmehr stellt die Beteiligung von Vertretern gesellschaftlicher Gruppen, wie sie in einigen Bundesländern bereits in den Härtefallkommissionen vorgesehen ist, eine sinnvolle Form der Aktivierung ziviler Akteure dar, auch wenn sie auf eine Beratungsfunktion beschränkt sind.

Daneben wurde die Frage aufgeworfen, ob der weite Tatbestand des Härtefalles verfassungskonform ist. Die ablehnende Haltung wird damit begründet, dass diese Abweichungsmöglichkeit vom detaillierten gesetzlichen Handlungsprogramm das Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive verschiebe und deshalb einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung bedürfe<sup>37</sup>. Die Prämisse, dass es sich dabei um eine außergewöhnliche Regelung handelt, ist jedoch nicht zutreffend. Dutzende von Normen des Verwaltungsrechtes enthalten Ermächtigungen, in Härtefällen von den an sich geltenden Regeln abzuweichen, so z.B. § 23 Abs. 2 VwGO für die Befreiung vom Amt eines ehrenamtlichen Richters oder § 31 Abs. 2 Nr. 3 BauGB für Befreiungen von Festsetzungen eines Bebauungsplans. Vielmehr stellt das Dispensermessen eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dar<sup>38</sup>. Außerdem nennen § 23a Abs. 1 S. 2 u.3 AufenthG zwei ermessensbegrenzende Kriterien, die Sicherung des Lebensunterhaltes und der Ausschluss bei Straftaten von erheblicher Bedeutung. Aus systematischen Gründen wird man deshalb § 23 Abs. 2 S. 1 AufenthG so interpretieren müssen, dass er nur zu verfahrensrechtlichen Ausschlussgründen, nicht aber zur Regelung von materiellen Entscheidungskriterien ermächtigt. Im übrigen kommt es darauf an, dass sich bei der Anwendung der Regelung eine plausible Verwaltungspraxis herausbildet.

Wegen der verfassungsrechtlichen Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rechtsstaatsprinzip, als dessen Konsequenz sich die Härtefallregelung darstellt, wird man die Anwendung der Norm auch nicht einer organisationsrechtlichen Entscheidung der Länder überlassen können. Es steht den Bundesländern folglich nicht frei, den vollen Anwendungsbereich des Aufenthaltsgesetzes für ihren Bereich zu sperren, so dass Härtefallkommissionen einzurichten sind.

Keinerlei Lösung bietet das Zuwanderungsgesetz leider für das Problem der sich illegal in Deutschland aufhaltenden Ausländer. Ihre Zahl, die sich naturgemäß der Erfassung durch

---

<sup>36</sup> LT-Drs. 16/3329.

<sup>37</sup> *Schönenbroicher*, ZAR 2004, 351 (356).

<sup>38</sup> *Brohm*, JZ 1995, 369 (373).

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

eine amtliche Statistik entzieht, wurde in den 1990er Jahren auf zwischen 150.000 und 1.000.000 Personen geschätzt<sup>39</sup>. Vermutlich ist die Zahl derjenigen, deren Aufenthalt nachträglich illegal geworden ist, größer als die derjenigen, die bereits illegal eingereist sind<sup>40</sup>. Auch der damit zusammenhängende Sektor der informellen Schattenwirtschaft ist schwer zu quantifizieren. Die einzige einschlägige Regelung in § 15a AufenthG betrifft die Verteilung unerlaubt eingereister Ausländer, die weder um Asyl nachsuchen noch in Abschiebungshaft genommen werden können, auf die Bundesländer. Diese Regelung ist aber offensichtlich nur im Interesse der Aufteilung der Kostenbelastung getroffen worden.

Der illegale Aufenthalt beraubt die Betroffenen jedes sozialen Schutzes, da sie den Kontakt mit allen staatlichen Stellen vermeiden müssen. Deshalb würde es dem Ziel der Humanität entsprechen, eine Möglichkeit der Legalisierung zu schaffen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind<sup>41</sup>. Als Alternative kommt in Betracht, zumindest die grundlegenden sozialen Rechte unabhängig vom Aufenthaltsstatus zu sichern<sup>42</sup>. Andere europäische Länder wie Frankreich oder zuletzt Spanien mit einer Aufenthaltsregelung für bis zu 800.000 „Illegale“<sup>43</sup> bieten Vorbilder für Legalisierungsaktionen, die das Problem zwar nicht lösen, aber doch entschärfen können. Auch im deutschen Recht gibt es strukturell vergleichbare kollektive Regelungen in der Form von Amnestien für Straftäter oder Steuersünder. Die Bundesregierung bleibt jedoch nach wie vor bei ihrer Ablehnung, die sie pauschal auf migrationspolitische Gründe stützt<sup>44</sup>. Somit wird die Möglichkeit einer menschenfreundlichen Entscheidung zugunsten vieler Betroffener der Generalprävention und der politischen Stimmung geopfert.

### V. Bilanz

Das Einwanderungsgesetz führt zwar zu geringfügigen Verbesserungen des humanitären Schutzes, es zementiert aber gleichzeitig die Klassengesellschaft des Ausländerrechtes<sup>45</sup>. Alle wesentlichen Einschränkungen des Asylrechts bleiben bestehen und werden durch die obligatorische Überprüfung nach drei Jahren faktisch weiter verschärft. Der zweitklassige Flüchtlingsschutz über den Umweg der Abschiebungshindernisse wird dagegen teilweise verbessert, was jedoch zur Anpassung an die europa- und völkerrechtlichen Verpflichtungen ohnehin erforderlich war. Der einzige originelle legislative Beitrag ist die ausdrückliche Ermöglichung von Härtefallentscheidungen jenseits der gesetzlichen Tatbestände. Allerdings wird man noch abwarten müssen, ob die Verwaltungspraxis dieses Instrument auch in nennenswertem Umfang nutzt.

Wenn es den Organen der Europäischen Union gelingt, ihre Absicht zu verwirklichen, bis 2010 ein vollständig vergemeinschaftetes Asylverfahren zu schaffen, wird sich die Rechtslage bald wieder ändern. Insbesondere werden sich dann neue Fragen der Abstimmung zwischen dem in Zukunft europäisierten Asylstatus und dem weiterhin national verwalteten Ausländerrecht einschließlich seiner humanitären Elemente stellen. Insofern könnte sich auch das Zuwanderungsgesetz als Übergangprojekt erweisen. Angesichts der Diskussion um eine Auslagerung des Asylverfahrens in außereuropäische

---

<sup>39</sup> Vgl. *Lederer*, in: Eichenhofer (Hrsg.), *Migration und Illegalität*, 1999, S. 53 (62); zum Forschungsbedarf siehe auch die unter <http://www.wz-berlin.de/zkd/aki/> abrufbare Studie von *Schönwälder/Vogel/Sciortino*.

<sup>40</sup> *Alt/Cyrus*, in: *Bade/Münz* (Hrsg.), *Migrationsreport 2002*, 2002, S. 141 (143).

<sup>41</sup> So z.B. *Bade*, in: *Blum/Hölscher/Kamplung* (Hrsg.), *Die Grenzgänger*, 2002, S. 25 (32); vgl. auch *Alt*, ZAR 2001, 65 ff.

<sup>42</sup> *Alt*, ZAR 2003, 406 (410 f.)

<sup>43</sup> NZZ v. 31.12.2004, S. 2.

<sup>44</sup> Vgl. die Antwort der Bundesregierung in BT-Drs. 14/1678.

<sup>45</sup> S.a. *Groß*, KJ 2001, 100 (110).

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

### 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

Flüchtlingslager, was mit der Funktion des Asylrechtes als territorialem Schutz vor Verfolgung unvereinbar wäre<sup>46</sup>, muss man sich allerdings fragen, ob Menschenfreundlichkeit und Wohltätigkeit auf europäischer Ebene besser verwirklicht werden können.

---

<sup>46</sup> Vgl. *Groß*, in: Higgins (Hrsg.), Migration and Asylum Law and Policy in the European Union, FIDE 2004 National Reports, 2004, S. 111 (129).