

Die Verrechtlichung des Ausländer- und Asylrechts fordert die Anwaltschaft

Der Fachanwalt für Migrationsrecht wird mehr leisten, als sich um syrische Flüchtlinge zu kümmern

Rechtsanwalt Victor Pfaff, Frankfurt am Main

Der Bürgerkrieg in Syrien produziert so viele Flüchtlinge, dass ein Rechtsgebiet in den gesellschaftspolitischen Fokus gelangt es, um das es viele Jahre ruhiger geworden war: Das Ausländer- und Asylrecht wird nach wie vor als politisches Thema verstanden, obwohl es längst eine ernst zu nehmende und anspruchsvolle Rechtsmaterie geworden ist. Der Autor schildert die Karriere des Ausländer- und Asylrechts und den Wandel zum Migrationsrecht – mit der Schaffung der Fachanwaltschaft für Migrationsrecht, die am 1. März 2016 in Kraft treten wird. Der Beitrag zeigt darüber hinaus, dass die Lösung der syrischen Flüchtlingsfrage nur ein Aspekt von vielen ist. Der Beitrag setzt keine Spezialkenntnisse voraus und richtet sich an alle politisch interessierten Anwältinnen und Anwälte.

I. Die Aufwertung des Ausländer- und Asylrechts

Jetzt wird es ihn also geben, den Fachanwalt für Migrationsrecht. Man könnte sagen: Ein Mitbringsel der syrischen Flüchtlinge, denn in der 5. Satzungsversammlung war im März 2015 ein Antrag zur Einführung eines 23. Fachanwaltes noch gescheitert. Mit der Änderung der Fachanwaltsordnung im November 2015 in der 6. Satzungsversammlung hat die auf Ausländer- und Asylrecht spezialisierte Kollegenschaft endgültig den Segen des Berufsstandes erhalten.

Ende der 1960er Jahre, Anfang der 1970er Jahre des vorigen Jahrhunderts konnte man die Kollegen, die sich des Rechtsgebietes ernsthaft angenommen hatten, buchstäblich an einer Hand abzählen. An erster Stelle ist Rechtsanwalt Dr. Hans-Heinz Heldmann (1929–1995) zu nennen. Heldmann hat maßgeblich dazu beigetragen, das Ausländerrecht dem Grundgesetz zu unterwerfen.¹ Schützenhilfe leistete ein Richter am OVG Berlin, Dr. Fritz Franz, der Ausländerrecht „nebenbei“ betrieb.² Langsam bildete sich eine Garde von Anwälten, gewachsen aus der 1968er-Bewegung und ihren unterschiedlichsten Ausläufern. Sie waren die anwaltlichen Paria, geächtet von den „richtigen“ Anwälten, den Zivilrechtlern, herablassend behandelt von der Justiz. Das änderte sich langsam, dann aber schlagartig mit dem Amsterdamer Vertrag von 1997/1999, durch den das Migrationsrecht samt Asylrecht „vergemeinschaftet“ wurde. Die Gesetzgebungskompetenz rückte von der zwischenstaatlichen auf die EU-Ebene. Damit waren auch die spezialisierten Kolleginnen und Kollegen plötzlich hoffähig.

Leider gab es allerorten auch solche, die „auch“ ausländer- und asylrechtliche Mandate annahmen, aber die Materie war längst zu kompliziert, um mit Links bearbeitet zu werden.

Richter am Verwaltungsgericht Darmstadt, und sicherlich nicht nur sie, stellten fest, dass manche anwaltliche Tätigkeit mehr Schaden anrichtete als dem Mandanten zu nützen. Dies motivierte im Jahr 2000 Dienelt, Molitor und andere, einen Loseblattkommentar herauszugeben: „Ausländerrecht für die anwaltliche Praxis“. Schon damals war die Zeit reif, den Fachanwalt für Migrationsrecht einzuführen.

II. Der lange Weg zum Migrationsrecht

1. Das Ausländerrecht und die Politik

Das Ausländer- und Asylrecht ist in hohem Maße politischem Einfluss unterworfen. Es hat lange gedauert, bis das Ausländerrecht aus seinem Kinderschuß herausgewachsen ist. Der Kinderschuß war die Ausländerpolizeiverordnung vom 22. August 1938. Sie wurde nach 1945 zwar begrifflich gereinigt („Volksgemeinschaft“, „Zigeunerart“, „arbeits-scheu“ u. a.), galt aber der Sache nach bis zum Inkrafttreten des Ausländergesetzes von 1965. So hieß es etwa in § 5 Abs. 2: „Das Aufenthaltsverbot kann auf den Ehegatten des Ausländers und seine minderjährigen Kinder ausgedehnt werden, auch wenn die Voraussetzungen für ein solches Verbot in der Person dieser Familienmitglieder nicht vorliegen.“ Der Gedanke der Sippenhaft hat sich in abgemilderter Form erhalten: „Die Konzeption des Aufenthaltsgesetzes geht schließlich ebenfalls davon aus, dass minderjährige Kinder grundsätzlich das aufenthaltsrechtliche Schicksal der Eltern teilen.“³ 2008 sah sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst zu erinnern, dass das Kind „eigene Würde und eigene Rechte“ habe.⁴ Lange musste die Zivilgesellschaft einschließlich der Anwaltschaft dafür streiten, dass die Bundesrepublik Deutschland am 15. Juli 2010 endlich die Vorbehaltserklärung zur UN-Kinderrechtskonvention zurückgenommen hat.⁵

Das Ausländergesetz von 1965 war nicht geeignet, dem rechtsstaatlich bemäntelten Rassismus und der Ausländerfeindlichkeit Einhalt zu gebieten. Es war, wie Heldmann titelte, eine „Disziplinarordnung für eine Minderheit“.⁶ Behördlicherseits waren der Ausweisung im Einzelfall keine Grenzen gesetzt: Ob es eine Ohrfeige an die Adresse eines Landmanns war, der Diebstahl einer Sache im Wert von 9,75 DM – alles verstieß gegen die, wie es schon in der Ausländerpolizeiverordnung hieß, Belange der Bundesrepublik Deutschland. Manche Ausländerbehörde formulierte offen, worum es ging. So im Fall eines türkischen Staatsangehörigen, der einverständnislich einer verheirateten Frau aus Franken beigeschlagen hatte. Die Behörde sah eine „Invasion ausländischer Verhältnisse“, und: „Man kann nicht zusehen, wenn bei uns durch derartige Vorkommnisse unsere Sittlichkeit und Moral beeinträchtigt werden können.“⁷

1 Bahnbrechend BVerfG, Beschluss vom 18.7.1973 – 1 BvR 23 und 155/73 – BVerfGE 35, 382.

2 Siehe etwa NJW 1972, 2171 ff.: Abschiebung ohne gerichtliche Entscheidung.

3 VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 10.5.2006 – 11 S 2354/06 –.

4 BVerfG, Beschluss vom 1.4.2008 – 1 BvR 1620/04 – NJW 2008, 1287, 1288.

5 Siehe Heinhöhl, Die UN-Kinderrechtskonvention und das Aufenthaltsrecht, Asylmagazin 2013, 62 ff.

6 Heldmann, Hans-Heinz, Ausländerrecht – Disziplinarordnung für eine Minderheit, 1974, Darmstadt und Neuwied.

7 Heldmann, aaO, S. 18. Das Bayerische Ministerium des Innern wollte wegen der „grundsätzlichen Bedeutung“ eine höchstrichterliche Entscheidung herbeiführen. Das VG Bayreuth hat aber Einhalt geboten.

Dass die Kolleginnen und Kollegen es unter solchen Umständen schwer hatten, ist einsichtig. Sie waren so unerwünscht wie ihre Klientel. Als 1979 der frühere nordrhein-westfälische Ministerpräsident Heinz Kühn in seiner neuen Aufgabe als erster Ausländerbeauftragter darauf drängte, die Einwanderung als solche zu akzeptieren und Integrationsprogramme aufzulegen und die Eingewanderten auch einzubürgern, war die Reaktion der Regierung und des Gesetzgebers hierauf das Gegenteil, nämlich das Rückkehrhilfegesetz von 1983, mit dem man versuchte, die „Gastarbeiter“ mit einem staatlichen Obolus in die frühere Heimat zu locken. Als im Jahr 2001 die Süsmuth-Kommission ihren Bericht zur deutschen Ausländerpolitik veröffentlicht hatte, gestützt auf alle maßgeblichen gesellschaftlichen Kräfte, und darin einen „Paradigmenwechsel“ gefordert hatte, wischte der damalige Innenminister Otto Schily die Arbeit mit der beschönigenden Bemerkung vom Tisch: „Wir werden das Ergebnis nicht eins zu eins umsetzen.“

2. Das Asylrecht und die Politik

Das Asylrecht hatte es nicht leichter gehabt. Mit heißer Nadel als Artikel 16 Abs. 2 S. 2 ins Grundgesetz gestrickt, verfiel es sofort ins Koma. In den ersten zwölf Jahren seines Daseins wurde keine Person nach dieser Norm als asylberechtigt anerkannt. Das Bundesverfassungsgericht hatte das Asylgrundrecht 1959 ins Leben zurückgerufen.⁸ Aber die Rechtsprechung legte dem Grundrecht Fesseln an: Politische Verfolgung sei stets nur staatliche Verfolgung, und wo keine organisierte Herrschaftsmacht, vorrangig eines Staates, könne es auch keine politische Verfolgung geben.⁹ Auf dieser Grundlage blieben lange Zeit afghanische, tamilische, eritreische, irakische und bosnische Flüchtlinge ohne Anerkennung als Flüchtlinge und fristeten ihr Dasein auf der Grundlage der Aussetzung der Abschiebung. Die Genfer Flüchtlingskonvention wurde nicht angewandt. Diese UN-Konvention von 1951, der die Bundesrepublik Deutschland auf dem Weg zurück in die Völkergemeinschaft eilfertig 1953 beigetreten war, kennt den Begriff „politische Verfolgung“ nicht, und keineswegs ist nur staatliche Verfolgung nach der Konvention ein Schutzgrund. Das Bundesverwaltungsgericht schaffte Ordnung: Die Genfer Flüchtlingskonvention habe keinen anderen Inhalt als das Asylrecht nach dem Grundgesetz, denn sie sei ja in innerstaatliches Recht übernommen worden.¹⁰

Diese Art von deutscher Kolonisierung des Völkerrechts endete nach der Jahrtausendwende. Arm in Arm mit Menschenrechtsorganisationen wie Pro Asyl und mit dem UNHCR hatte die Anwaltschaft erfolgreich für die Durchsetzung des Rechtes gerungen. Mit der eingangs erwähnten Vergemeinschaftung des Asylrechts wurde die Genfer Flüchtlingskonvention integraler Bestandteil der Richtlinie 2004/83/EG des Rates, und zwar in der Bedeutung, die ihr völkerrechtlich zukommt. Heute finden wir die Genfer Flüchtlingskonvention in § 3 des Asylverfahrensgesetzes, jetzt des Asylgesetzes, übernommen.

Es wäre aber ein Irrtum zu glauben, das Recht säße sicher im Sattel. Auch heute geht das Recht hinter der Macht¹¹: Um die Aufnahme von syrischen Flüchtlingen und ihren Angehörigen zu drosseln, hatte der Bundesinnenminister im November 2015 verfügt, den nach Deutschland geflüchteten Syrern nur noch „internationalen subsidiären Schutz“ zuzuerkennen, die Flüchtlingseigenschaft aber vorzuenthalten. Damit wird absichtlich die Familienzusammenführung behindert.¹²

3. Der Fachanwalt für Migrationsrecht und die Politik

Was hat das alles mit dem Fachanwalt für Migrationsrecht zu tun? Er ist, wenn er seine Arbeit ernst nimmt, rechtspolitisch engagiert. Die hier nur ganz grob skizzierten menschenrechtlichen Errungenschaften im Zeitraum 1945/1949 bis heute, die das Ergebnis einer mühsamen Zusammenarbeit von Menschenrechtsorganisationen, den Wohlfahrtsverbänden, dem UNHCR und dem Deutschen Anwaltverein waren, sind keineswegs unumstritten. Nicht nur, dass vom rechten Rand nach einem „neuen europäischen Asylrecht“ gerufen wird, der Gesetzgeber hat unter dem Druck der hohen Zahl ankommender Flüchtlinge der Rechtspraxis Bandagen angelegt, die nicht alle mit menschenrechtlichen Standards und verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu vereinbaren sind.¹³ Die Empfehlung, sich rechtspolitisch zu engagieren, appelliert nicht nur an staatsbürgerliche Pflicht. Sie hat nicht weniger im Blick, dass eine zuverlässige Rechtsberatung nur möglich ist, wenn der Anwalt den Turbulenzen einer Rechtsänderung auf dem Gebiet von Gesetz, Verordnung, Erlass und Rechtsprechung standhält.

Den Fachanwältinnen für Migrationsrecht obliegt in besonderem Maß die Verpflichtung, darauf zu achten, dass das Ausländer- und Asylrecht nicht Spielball politischer Interessen auf Kosten des Rechts wird.

III. Staatsangehörigkeitsrecht: Die Königsklasse

Das Staatsangehörigkeitsgesetz ist die Königsklasse im Migrationsrecht. Mit der Einbürgerung des Mandanten endet oft eine Mandatsbeziehung, die Jahrzehnte zuvor mit Vertretung in einem Visumverfahren begonnen haben mag. Eigentlich ist die Anspruchseinbürgerung gemäß § 10 StAG ein einfaches Ding. Dann aber können doch diffizile Fragen auftauchen: Wie werden Aufenthaltszeiten angerechnet, wenn Zeiten mit Klage- und Eilrechtsschutzverfahren („Verfahrensuldung“) überbrückt wurden; wann werden Vorstrafen getilgt; wann gilt der Lebensunterhalt als solide genug gesichert bei stets nur befristeten Arbeitsverhältnissen und anderes mehr.

Scheint alles geklärt, kommt der Wunsch, die ausländische Staatsangehörigkeit nicht aufgeben zu müssen. Spätestens bei der Frage der Einbürgerung unter Hinnahme der Mehrstaatigkeit erweist sich, dass das Staatsangehörigkeitsrecht nicht nur Königsklasse ist, sondern auch nationalstaatlichen Stallgeruch hat. Bis heute hält der Gesetzgeber an der Vermeidung der Mehrstaatigkeit fest, obwohl das Konstrukt auf Treibsand gebaut ist. Denn in mehr als der Hälfte aller Einbürgerungen muss Mehrstaatigkeit hingenommen werden, weil es so vereinbart ist (EU) oder weil viele Staaten gar nicht oder unter unzumutbaren Bedingungen entlassen.

8 BVerfG, Beschluss vom 4.2.1959 – 1 BvR 193/57 – BVerfGE 9, 174.

9 BVerfG, Urteil vom 18.1.1994 – 9 C 48.92 – EZAR 230 Nr. 3, S. 4 f.

10 BVerfG, Urteil vom 15.4.1997 – 9 C 38.96 – InfAuslR 1997, 341, 343; Pfaff, Das humanitäre Völkervertragsrecht – Deutschlands Verhältnis zur Genfer Konvention und zur europäischen Menschenrechtskonvention, Anwaltsblatt 2000, 490 ff.

11 Felix Pollak, nach USA emigrierter jüdischer Lyriker und Übersetzung: „Macht geht vor Recht – damit könnte man sich zur Not noch abfinden. Dass das Recht auch hinter der Macht geht, das ist traurig.“

12 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.12.2015, S. 12, Die Rückkehr des Thomas de Maiziere. Der Beitrag enthüllt Details der machtpolitischen Auseinandersetzung im Herbst 2015.

13 DAV-Ausschuss Ausländer- und Asylrecht, Stellungnahme 53/15 vom 9.10.2015 zum Entwurf des Asylverfahrensbereinigungsgesetzes.

Es geht weiter: Die Zahl der binationalen Ehen wächst und die Kinderlein, die kommen, sind Mehrfachstaater. Schließlich gibt es einen nicht versiegenden Quell für Bürger mit Mehrfachstaatigkeit, nämlich die sogenannte Optionsregelung. Bundesinnenminister Schily war mit seinem Plan, Mehrstaatigkeit generell zuzulassen, in der zweiten Hälfte der 1990er Jahre am Bundesrat gescheitert. Es kam zu einem törichtem Kompromiss, nämlich der Optionsregelung für in Deutschland geborene Ausländer.¹⁴ Die Parteien der späteren Großen Koalition einigten sich im Dezember 2013 auf einen weiteren Kompromiss, der zwar wiederum unsinnig ist, vor allem ein Bündel rechtlicher Fragen aufwirft,¹⁵ aber – worauf es hier ankommt – dazu führt, dass 90 bis 99 Prozent der in Deutschland geborenen Ausländer, die unter die Regelung fallen, uns als Mehrfachstaater erhalten bleiben und folglich Mehrstaatigkeit an ihre Kinder weitergeben. In über 40-jähriger migrationsrechtlicher Praxis ist nie Bedarf an Rechtsberatung oder Vertretung aufgetreten, weil Mehrstaatigkeit zu einem Problem geführt hätte. Die Rechtsordnung hält ohnehin kollisionsrechtliche Regelungen bereit. Warum also sollte der Gesetzgeber dem berechtigten Wunsch des Einbürgerungswilligen, einen Teil der Identität nicht aufgeben zu müssen, nicht gerecht werden? Die Staatsangehörigkeit ist Teil des Privatlebens im Sinne des Art. 8 EMRK und somit menschenrechtlich bedeutsam.¹⁶

Es stoßen hier zwei politische Ansichten aufeinander: der statistische Blick, die Bewahrung der dem 18. und 19. Jahrhundert verhafteten Ideologie, dass ein Mensch nicht Diener zweier Herren (Staaten) sein könne, dass er sich mit *einem* Staat zu identifizieren habe, und andererseits die menschenrechtliche Blickrichtung, die den Staat als Gehilfen bei der Erfüllung der Aufgabe sieht, die Würde des Menschen zu achten.¹⁷ Bundespräsident Joachim Gauck hatte sich am 22. Mai 2014 anlässlich einer Einbürgerungsfeier auf die Seite des modernen Menschenbildes gestellt:

„Die doppelte Staatsbürgerschaft ist Ausdruck der Lebenswirklichkeit einer wachsenden Zahl von Menschen. Es ist gut, dass sie nun nicht mehr als notwendiges Übel oder als Privileg bestimmter Gruppen betrachtet wird. Unser Land lernt gerade, dass Menschen sich mit verschiedenen Ländern verbunden und trotzdem in diesem, in unserem Land, zuhause fühlen können. Es lernt, dass eine Gesellschaft attraktiver wird, wenn sie vielschichtige Identitäten akzeptiert und niemanden zu einem lebensfremden Purismus zwingt.“

Gauck füllte den kulturell geprägten Begriff des Weltbürgers¹⁸ mit staatsrechtlichem Gehalt.

IV. Asylrecht: Gründeln im Sachverhalt

Es war Gilbert Jaeger, UNHCR-Repräsentant der ersten Stunde (1951), der mir 1980, im Jahr nach seiner Demission, sagte: „Junger Mann, Sie müssen in die Länder reisen.“ Ich befolgte den Rat: mehrfach Türkei, darunter 1981 Beobachtung des Prozesses gegen Dogu Perincek; Erledigung von Untersuchungsaufträgen in der Nordwest-Provinz von Pakistan (1988) und in Afghanistan (1996, 2005), jeweils zusammen mit Kolleginnen und Kollegen der Rechtsberaterkonferenz; Syrien; seit 1987 häufig Iran, unter anderem Gutachtertätigkeit für das Diakonische Werk; Guinea, Ägypten. Die Länder kennenzulernen, weder mit Schutzweste und Helm noch als Tourist, sondern an der Seite der Einheimischen, gibt in der asylrechtlichen Beratung und Vertretung sowohl gegenüber

dem Mandanten wie gegenüber den Behörden und Gerichten Sicherheit. Wer je mit einem Pandjiri am Steuer von Mazar-e-Sharif über den verschneiten Salang-Pass nach Kabul gerast ist, hat in acht Stunden verstanden, warum jegliche militärische Intervention in Afghanistan scheitern muss.

Land und Leute zu kennen – gestelzt ausgedrückt: durch Landeskenntnis ein hohes Maß an interkultureller Kompetenz zu haben –, verhindert zum einen das schädliche „Helfer-Syndrom“ und verhindert die einseitige, distanzlose Sicht durch die „Asylbrille“, trägt aber maßgeblich dazu bei, was in der Fachanwaltsausbildung nur begrenzt vermittelt werden kann, aber nicht fehlen darf: *kritische Empathie*. Am Beispiel erläutert: Eine dreißigjährige Afghanin trägt eine wenig glaubhafte afghanische Verfolgungslegende vor, nennt sich aber Fatemeh statt Fatima, kennt genau ihr Geburtsdatum und hat die gegenüber dem Dari weichere Farsi-Aussprache: dann kann ihr auf den Kopf zugesagt werden: „Ihre Eltern sind in den 80er Jahren nach Iran geflüchtet, und Sie sind in Iran geboren.“ Irgendjemand hatte ihr eingeredet, sie müsse eine afghanische Story erzählen. Ein anderes Beispiel: Wenn beim VG Dresden eine gerichtlich angeheuerte Dolmetscherin sich von der iranischen Klägerin das Wort Damavand buchstabieren lässt, dann ist klar, diese Frau stammt aus Afghanistan und hat keine Ahnung von Iran und kann deshalb in einer komplexen Geschichte nicht dolmetschen. Denn kein Iraner muss sich den Namen des höchsten Berges des Landes buchstabieren lassen.

Das, was das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge nicht macht, muss, wenn erforderlich, Aufgabe des Anwalts sein: den Asylsuchenden vor einem falschen Sachvortrag zu bewahren, den er sich vielleicht selbst ausgedacht hat, der ihm aber meist von einem Wichtigtuer aus dem Umfeld eingeblasen wurde. Er ist nach den eigentlichen Gründen für Ausreise und Flucht zu fragen. Nicht selten sind diese dann auch gute Gründe im Sinne des Asylrechts. Die minutiöse Erfragung des Lebenssachverhaltes ist aus vielen Gründen unabdingbar. Sie lehrt den Antragsteller, wie genau und geordnet die Darlegung der Asylgründe sein soll; sie schützt den Antragsteller vor Überraschung in der Anhörung durch das Bundesamt oder vor Gericht. Und dann aber: Sie gibt dem der Anhörung oder der mündlichen Verhandlung beiwohnenden Anwalt eine wichtige Kontrollfunktion, auch gegenüber dem Dolmetscher. Denn kommen aus dessen Mund abweichende Darstellungen, besteht Anlass zu fragen, ob ein Missverständnis aufgetreten sei.

Dass der Sachverhalt äußerst sorgfältig zu erfragen ist und dass darauf zu achten ist, dass die Niederschrift über die Anhörung das Wesentliche richtig enthält, hat Bedeutung über das verwaltungsbehördliche Verfahren hinaus. Zumeist wird im Klageverfahren, wenn es nötig ist, das Gericht den Kläger auf das festnageln, was in der Niederschrift steht. Dem Einwand, das sei so nicht gesagt worden, oft dem Dolmetscher in die Schuhe geschoben, begegnet das Gericht mit dem Hinweis auf die unterschriebene Erklärung, es sei alles richtig protokolliert, und mit dem Dolmetscher habe es keine Verständigungsschwierigkeiten gegeben. Ja, das wird am Ende einer Anhörung in einer Mischung von Erschöpfung

¹⁴ § 29 StAG i. d. F. vom 15.7.1999 (BGBl. I S. 1618).

¹⁵ S. hierzu *Berlit*, Änderung des Optionsrechts, ZAR 2015, 90 f.

¹⁶ EGMR, Urteil vom 11.10.2011 – Genovese / Malta – 53124/09, Rn. 30.

¹⁷ *Pfaff*, Mehrstaatigkeit oder mehr Staatigkeit – Fußnoten zu Gaucks Rede vom 22.5.2014, ZAR 2014, 257 f.

¹⁸ *Goethe, Hermann und Dorothea*, 5. Gesang Polyhymnia. Weltbürger.

und Erleichterung unterschrieben. Einem zweitinstanzlichen Rechtsmittelverfahren hat der Gesetzgeber Hürden in den Weg gelegt¹⁹, die jedenfalls dann unüberwindlich sind, wenn das Gericht eine Klage mangels Glaubhaftigkeit der Angaben des Klägers abweist. Das ist die Stelle, wo vorgefasste Meinungen, die im rechtsförmigen Verfahren nichts verloren haben, Eingang finden.

Die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft, die eigentliche Arbeit des Fachanwaltes und der Behörden und Gerichte, tritt seit längerer Zeit als Folge nicht funktionierender EU-Gesetzgebung und hektischer Gesetzgebung auf nationaler Ebene in den Hintergrund. Vorherrschend sind Fragen wie: Zuständigkeit des Mitgliedstaates (Dublin), Verteilung im Binnenland, Zuweisung an Orte, wo Verwandte leben, Zugang zu Leistungen und Ausbildung während des Verfahrens und die unerträgliche Dauer des Verfahrens.

Ich gebe Gilbert Jaegers Rat weiter. Übrigens war er einer von drei Autoren, die auf Ersuchen der Mitgliedstaaten des Exekutivkomitees für das Programm des Hohen Flüchtlingskommissars ein Juwel geschaffen haben: „*Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft*“. Das Handbuch hat, erstmals im September 1979 erschienen, nichts von seiner Bedeutung und Aktualität verloren und ist zusammen mit den vom UNHCR erstellten ergänzenden Richtlinien elementares Handwerkszeug.²⁰

V. Das Migrationsrecht im engeren Sinne: Die ganze Bandbreite des Rechts

Es gab einen Schriftsteller, der reiste nach Kalkutta, um neuen Stoff zu finden. Dem Migrationsrechtler kommt der „Stoff“ aus aller Welt ins Büro gelaufen. Auch außerhalb des Flüchtlingsrechts haben die Sachverhalte oft mit den Lebensverhältnissen im Herkunftsland zu tun. Es sei nur Einreise und Aufenthalt bei der Familienzusammenführung erwähnt, oder, wenn es um „zielstaatsbezogene“ Abschiebungshindernisse geht.

Das Migrationsrecht ist der Tastatur eines Flügels vergleichbar. Man kann darauf mit einem Finger Hänschen klein spielen, aber auch die Kunst der Fuge. So manche Beratung erschöpft sich in der Empfehlung, entweder einen Asylantrag zu stellen oder zu heiraten. Jedenfalls das erstere erweist sich als eine Sackgasse ohne Wendemöglichkeit, wenn es keine Schutzgründe gibt. Vermieden wird solcher Missbrauch durch zweierlei: detaillierte Kenntnis des rechtlichen Gefüges, das nicht nur Gesetze und Verordnungen umfasst, sondern auch ermessenssteuernde Erlasse und Dienstanweisungen und die Rechtsprechung. Wie und wo kann das Anliegen des Ratsuchenden an diesem rechtlichen Gitter angebunden werden?

Hinzu kommen muss aber ein zweites: Der Anwalt muss sich Zeit lassen, muss dem Gegenüber Zeit lassen. Tausendfach hat sich erwiesen, dass erst im Gespräch ohne Zeitdruck, manchmal im eher beiläufigen Gespräch sich ein Sachverhalt auftut, der einen Lösungsansatz offenbart. Ein Beispiel: „Kinder“, bestens integriert, einige schon deutsche Staatsangehörige, wollen die im Heimatland verbliebene, verwitwete, vereinsamte Mutter zu sich nehmen, statt abwechselnd hinzureisen, auf Kosten des Familienlebens und von Urlaubsplänen. Der europarechtliche Grundgedanke der Familienzusammenführung besteht darin, den Eingewanderten

nicht bei der Integration dadurch zu behindern, dass er enge Familienangehörige, denen er Unterhalt leistet, nicht bei sich aufnehmen darf. Der deutsche Gesetzgeber verweigert *den Eingewanderten* insofern beharrlich die Integration, indem er den Nachzug der Eltern oder eines Elternteils fast unmöglich macht (§ 36 Abs. 2 AufenthG). Die „außergewöhnliche Härte“ ist eine kaum knackbare Nuss. Deutschland und Österreich haben darauf bestanden, ihre integrationsfeindlichen Regelungen im EU-Recht beizubehalten.²¹ Wird dann aber im Gespräch „entdeckt“, dass die Witwe ein Kind oder ein Schwiegerkind mit Unionsbürgerschaft hat, welches von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, löst sich das Problem auf der Grundlage des EU-Rechtes ganz einfach.²²

Der Anwalt darf sich nicht mit dem Fragematerial zufriedengeben, welches ihm auf den Tisch gelegt wird. Er muss aktiv nachfragen und muss dabei bestehen, mit dem Betroffenen, mit der Betroffenen selbst und unmittelbar zu sprechen. Die dolmetschenden „Fürsprecher“, Verwandte oder Freunde, die „alles schon wissen“, müssen an die Kandare gelegt werden, selbst um den Preis, dass sie eingeschnappt sind. Denn oft erweist sich, dass sie unzulänglich oder falsch informiert sind und sich nur eingebildet haben, es müsse etwas so sein.

Naturgemäß findet Erhebung des Sachverhaltes über Dritte besonders häufig statt, wenn es um Visumverfahren geht, seien es nationale, seien es Schengen-Visa. Bei letzteren prüfen die deutschen Auslandsvertretungen besonders sorgfältig, ob an der Rückkehrwilligkeit nicht zu zweifeln sei. Die Homepages der Auslandsvertretungen bieten viele Hinweise, die unbedingt zu beachten sind, aber das genügt nicht. Erst die beharrliche Aufklärung der Lebensverhältnisse und des Reisewunsches versprechen eine hohe Erfolgsquote.

Fachidiotie wird man dem Fachanwalt für Migrationsrecht nicht vorwerfen können. Der Mandant ist nicht nur Ausländer, er sucht, beispielsweise, Zugang zum Arbeitsmarkt; also hat es der Anwalt mit dem gesamten Arbeitsmarkterlaubnisrecht, welches teilweise vergemeinschaftet ist²³, zu tun. Bei der Kenntnis der zahlreichen Verordnungen, die fortlaufend den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes angepasst werden, kann es nicht bleiben. Die Durchführungsanweisungen der Bundesanstalt für Arbeit zu den Gesetzen und Verordnungen müssen beachtet werden. Oder: Geht es um Familienzusammenführung, findet man sich flugs im ausländischen Personenstandsrecht, im Recht der Legalisation und Apostille wieder. Weitreichende Entscheidungen sind zu treffen: Wird zur Eheschließung im Herkunftsland mit anschließendem Visumverfahren zur Familienzusammenführung geraten oder zur Beantragung eines Visums zur Eheschließung in Deutschland? Und wenn der schlaue Kollege zur Eheschließung in Dänemark rät, muss er die einreiserechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zur „Dänemark-Ehe“ kennen.

19 § 78 Abs. 3 AsylG.

20 3. Aufl. 2011 (englische Originalversion), deutsche Version 2013; http://www.unhcr.de/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1_international/1_1_voelkerrecht/1_1_2/FR_int_vr_handb-Handbuch.pdf

21 Art. 4 Abs. 2 a RL 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003, ABl. Nr. L 251/14.

22 Art. 2 d EG-Freizügigkeits-Richtlinie vom 29.4.2004, ABl. L 229/35.

23 Zum Beispiel Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25. Mai 2009 – sogenannte Blue Card-Richtlinie –, Amtsblatt der EU vom 18.6.2009 L 155/17.

Zu Recht auch verlangt der Entwurf des § 14p FAO Kenntnis des Sozialrechts, soweit es einen migrationsrechtlichen Bezug gibt. Ein Beispiel hierzu: Wer einem Ausländer zu einem nationalen Visum für Aufenthaltsnahme in Deutschland, sei es gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 oder § 21 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5 oder nach § 36 Abs. 2 AufenthG rät, sollte die vertrackte Regelung des § 5 Abs. 11 SGB V kennen, womit er auch gleich im Recht der privaten Krankenversicherung und beim Kontrahierungszwang nach dem GKV-WSG angekommen ist. Solche Beispiele, die sich fast beliebig erweitern lassen, sollen nicht abschrecken, sondern Lust machen auf ein Rechtsgebiet, das rechtlich, aber auch kulturell bereichert.

Das Recht der Aufenthaltsbeendigung, angefangen von der Ablehnung eines Verlängerungsantrages mit Ausreisefrist über Ausweisung bis zur Abschiebung mit oder ohne Haft, ist für sich genommen ein gewaltiges Pensum. Die anwaltliche Arbeit sollte so gestaltet sein, dass eines möglichst nicht eintritt: Aus der Arbeit gerissen zu werden, weil die Nachricht kommt: „*Der Dings ist zur Abschiebung festgenommen worden.*“ An dieser Stelle sollte angehenden Fachwälfen ein Rat ans Herz gelegt werden, der für die gesamte Arbeit gilt: Es gibt keinen Grund, gegenüber Behördenmitarbeitern arrogant oder besserwisserisch aufzutreten. Warum? Wer wäre nicht schon ab und zu behördlicherseits zu Recht belehrt worden? Wer von uns wollte den schwierigen „Schalterdienst“ in einer frequentierten Ausländerbehörde versehen? Wer hätte nicht schon die Erfahrung gemacht, dass sich Verhandlungsspielraum und Vergleichsmöglichkeiten zugunsten des Mandanten auftun, wenn die Behörde nicht nur die Sachkenntnis, sondern auch den ihr gegenüber an den Tag gelegten Respekt schätzt? Etwa, wenn die Ausreise unumgänglich ist, aber gegen die Zusage freiwilliger Ausreise die Erteilung einer Vorabzustimmung für eine Rückkehr zugesichert wird?²⁴

Noch ein Wort zum Ausweisungsrecht: Der Fachanwalt wird feststellen, dass trotz der angeblich umfassenden Reform im Jahr 2015²⁵ Reformbedarf bleibt. Schon im Bericht der Unabhängigen Kommission Zuwanderung, dem Süsmuth-Bericht (2001), ist „ein vollständiger Ausweisungsrecht für im Inland geborene oder aufgewachsene Kinder, Jugendliche und Heranwachsende aus Migrantenfamilien“ im Falle der Straffälligkeit gefordert. Begründet wurde das mit der „Verantwortung, zu der sich die Gesellschaft bekennen sollte“²⁶. 15 Jahre später hätte man erwarten dürfen, dass der Gesetzgeber im Jahr 60 nach Beginn der Anwerbung, die in Einwanderung mündete, die zweite oder dritte Generation grundsätzlich aus dem Ausweisungsrecht ausgliedert. Die Verantwortung der Aufnahmegesellschaft endet nicht, wenn die Kinder das 21. Lebensjahr vollendet haben und damit nicht mehr Heranwachsende sind. Das Problem wird sich mit der heute geltenden Optionsregelung im Staatsangehörigkeitsrecht nur teilweise „auswachsen“.

Eine zweite kritische Anmerkung zum „neuen“ Ausweisungsrecht ist angebracht. Der Gesetzgeber hat mit dem Aufenthaltsgesetz von 1990 die Stufenregelung von Ist-, Regel-

und Ermessensausweisung eingeführt in der Erwartung, mit einem weitreichenden Ausweisungsautomatismus den Behörden das Geschäft zu erleichtern. Das Bundesverfassungsgericht und der EuGH haben dieses Regelwerk so gründlich durchlöchert, dass es eingebrochen ist.²⁷ Die Neuregelung hat den Versuch unternommen, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch eine detaillierte gesetzliche Regelung Rechnung zu tragen. Es ist zu befürchten, dass durch die schematisierende Gewichtung von „Ausweisungsinteresse“ und „Bleibeinteresse“ nichts gewonnen wurde. Die Lebenswirklichkeit lässt sich nicht kategorisieren. Dies anerkennend hatte das Bundesverfassungsgericht strikt Einzelfallprüfung angemahnt.²⁸ Deshalb werden sich die Gerichte wie bisher schon, nachdem die sogenannte Bewährungsduldung abgeschafft wurde, oft mit Lösungen im Rahmen eines Vergleichs helfen, der der Sache nach nichts anderes enthält als die Bewährungsduldung. Diese Vergleiche sind rechtmäßig, aber nicht im Sinne des Gesetzgebers. Es bleibt also bei der „freihändigen“ Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, von dem Herzog gesagt hat, er diene der „Domesizierung des Staates beim Vollzug des Gesetzes“²⁹.

VI. Schluss: Ein Appell aus der Perspektive des Fachanwalts für Migrationsrecht

Der Fachanwalt für Migrationsrecht wird gut daran tun, seine Fortbildung nicht auf die Pflichtveranstaltungen zu beschränken. Abgesehen von der täglichen Fortbildung findet diese statt durch Mitarbeit in allerlei Gremien. Die Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht im DAV ist sicherlich das beste Forum. Es bietet sich aber auch Mitarbeit bei Wohlfahrts- und Menschenrechtsorganisationen an. Eigene Fortbildung findet nicht zuletzt durch Fortbildung anderer statt. Im regionalen Umfeld bieten sich Gelegenheiten mehr als genug. Auch wenn sich „nur“ ein paar ehrenamtliche Helfer zusammenfinden, wir sollten uns nicht zu schade sein, in einem Gemeindesaal ihre Fragen zu beantworten. Denn es sei nicht vergessen, dass diese Menschen uns mit ihrer alltäglichen, zeitraubenden und mühsamen Betreuungsarbeit vieles vom Halse halten.

Übrigens kommt bei solchen Gelegenheiten stets die Frage, wie denn die Mandanten uns bezahlen könnten, wie es mit dem Einkommen stehe. An die Adresse künftiger Kolleginnen und Kollegen sei gesagt: Wer mit guter Rechtskenntnis und, ich wiederhole, mit kritischer Empathie, migrationsrechtliche Geschäftsbesorgungsaufträge bearbeitet, wird bald überlastet sein, aber auch sein Auskommen haben – und wird viel tiefe Dankbarkeit erfahren.



Victor Pfaff, Frankfurt am Main

Der Autor ist Rechtsanwalt. Der Deutsche Anwaltverein hat ihn 2013 mit dem Ehrenzeichen der Deutschen Anwaltschaft ausgezeichnet. Pfaff war Gründungsvorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht im DAV.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

24 Aber Achtung: Die Auslandsvertretung ist nicht an eine (Vorab-)Zustimmung gebunden: Ziff. 6.4.3.2 VwV/AufenthG.

25 Art. 1 des Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27.7.2015, BGBl. I, 1386.

26 Bericht Seite 250f.

27 Hierzu jüngst ausführlich Marx, Zur Reform des Ausweisungsrechtes, ZAR 2015, 245 f.

28 BVerfG, Beschluss vom 10.5.2007 – 2 BvR 304/07 –; Beschluss vom 10.8.2007 – 2 BvR 535/06 –, beide juris.

29 Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Rn. 83 zu Art. 20/Teil VII.