

# Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2011 und das Thema „Gleichheit“

28.-30. Januar 2011, Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Stuttgart-Hohenheim

**Susanne Walter**

Mitglied der Kommission Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht des djb; Richterin am OVG, Hamburg

Die diesjährigen Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht vom 28. bis 30. Januar 2011 standen unter dem Thema „Gleichheit“. Klaus Barwig als Gastgeber begrüßte am Freitagabend die etwa 270 Teilnehmer(innen), die aus ganz unterschiedlichen Berufszusammenhängen zusammenkommen waren, um über aktuelle Entwicklungen im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht zu diskutieren. Nach einer kurzen Einführung in das Thema übergab er das Wort an den rheinland-pfälzischen Justizminister Dr. Heinz Georg Bamberger, der den Einführungsvortrag zum Thema „Gleichheit und Differenz“ hielt. Bamberger beleuchtete zunächst die Geschichte des Gleichheitsgrundsatzes und verwies darauf, dass die Antike keinen solchen Grundsatz gekannt habe. Vielmehr seien Fremde aus wirtschaftlichen, politischen oder wissenschaftlichen Gründen als potentielle Feinde angesehen worden. Der Gedanke, anderen um ihrer selbst willen Rechte zu gewähren, sei erst mit der Französischen Revolution von 1791 entwickelt worden. Der Gedanke der Mitmenschlichkeit habe sich im Ausländerrecht letztendlich erst 1965 durch die Verabschiedung des Ausländergesetzes mit einzelnen strikten Bleibeansprüchen manifestiert. Die Änderung des Ausländergesetzes 1990 habe den Status vieler Ausländer sicherer und langfristiger gemacht und eine eindeutige Perspektive für den Familiennachzug und die Wiederkehr eröffnet. Bamberger meinte, Deutschland habe seine Rolle als Einwanderungsland aber erst mit dem ab 1. Januar 2005 geltenden Aufenthaltsgesetz akzeptiert. Er zeigte sich überzeugt, dass die größte Zahl der Migrant(inn)en fähig und willig zur Integration sei.

An den Vortrag schloss sich ein Statement von Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein, Universität Frankfurt am Main, zum Thema „Staatsangehörigkeit – ein Differenzierungsgrund wofür?“ an. Sie beleuchtete die Staatsangehörigkeit als Differenzierungsgrund, der im 19. Jahrhundert entwickelt worden und zunächst eine Errungenschaft für alle Bürger(innen) eines Staates gewesen sei. Ihm sei eine egalisierende Wirkung zugekommen. Artikel 130, 131 der Paulskirchen-Verfassung hätten dies festgeschrieben. Wallrabenstein ging auf die Idee des „Citizenship“ von Clarks und Michael Walzer (1988) und auf die Gleichheit im Binnenverhältnis ein, die in der Außenperspektive ein Differenzierungskriterium darstelle. Allerdings habe die Zuordnung zum Staat durch die Staatsangehörigkeit keine Rationalität, sie erkläre nichts. Artikel 3 Absatz 1 GG sei der Maßstab für diejenigen Regelungen, die nach der Staatsangehörigkeit differenzierten. Dafür bestehe

in solchen Fällen ein Rechtfertigungsbedarf, es müsse einen „sachlichen Grund“ für die Differenzierung geben. Die Kontrollrichte des „sachlichen Grundes“ bestimme das BVerfG durch seine Rechtsprechung. Die Diskriminierungsmerkmale seien der Veränderung unterworfen. Werde die soziale Anerkennung eines Bürgers versagt, führe dies zu einer Diskriminierung.

Wallrabenstein stellte die Frage, ob gemessen am Maßstab des Artikels 3 Absatz 1 GG die Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit verhältnismäßig sei. Daran schließe sich die Frage an, ob die Abgrenzung der Wahlberechtigten nach der Staatsangehörigkeit notwendig sei. Das BVerfG habe in seiner Entscheidung zum kommunalen Wahlrecht im Jahr 1990 den Weg aus dem Dilemma gewiesen: die Möglichkeit, sich einbürgern zu lassen. In der Praxis habe dies aber nicht funktioniert. An den Vortrag schloss sich eine lebhaft diskussion über die Konzeption des Grundgesetzes in Bezug auf die grundgesetzmäßigen Differenzierungen zwischen Deutschen und Ausländer(inne)n einerseits und das (allgemeine) Differenzierungsverbot aus Artikel 3 Absatz 1 GG an.

Die Tagung wurde am Samstag mit einem Vortrag von Prof. Dr. Daniel Thym, Universität Konstanz, zum Thema „Konvergenz der Statusrechte“ fortgesetzt. Thym begann seine Darstellung mit der Frage, ob der Status der Unionsbürgerschaft zu einem „Domineffekt“ für weitere Rechtsgebiete geführt habe. Die Unionsbürgerschaft stelle eine große Zahl von in den Mitgliedsstaaten lebenden Bürger(inne)n anderer Mitgliedsstaaten den Inländer(inne)n gleich. Unionsbürger(innen) hätten auch – anders als Drittstaatsangehörige – nicht die Verpflichtung, ihre gelungene Integration nachzuweisen oder, um dieses Ziel zu erreichen, Integrationsmaßnahmen zu ergreifen. Der Grund hierfür liege in Artikel 18 AEUV.

Die Regelungen der Unionsbürgerschaft wirkten sich auf das Assoziationsvölkerrecht als partielle Angleichung aus. Diese Verpflichtung ergebe sich aus dem völkerrechtlichen Handlungsziel der im Assoziationsrecht maßgeblichen Beschlüsse und Protokolle. Die Entscheidung des EuGH im Fall *Toprak* zur „Stand Still-Klausel“ des Artikels 10 ARB verdeutliche dies ebenfalls.<sup>1</sup> Folge dieser Entscheidung dürfte allerdings sein, dass das Vorhaben des deutschen Gesetzgebers, die für ein eigenes Aufenthaltsrecht erforderliche Ehebestandszeit von gegenwärtig zwei Jahren auf drei Jahre zu verlängern, wohl leer laufe. Nach wie vor besteht aber nach Meinung von Thym ein „Kategorieunterschied“ zwischen Unionsbürgerrecht und Assoziationsrecht. Nach seiner Einschätzung bleibt dieser bestehen, da über eine Anpassung oder Rechtsänderung

<sup>1</sup> EuGH, Urteil v. 9.12.2010, Rs. C-300/09, *Toprak*.

die zur Entscheidung berufenen Organe wie der Assoziationsrat bestimmen müssten. Im Bereich der Ausweisung sei allerdings der „Domineffekt“ wegen der Rechtsangleichung bereits Rechtsgeschichte.

Für Drittstaatsangehörige schaffe die Grundrechte-Charta (GR-Charta) der EU in Artikel 15 Absatz 3 einen Anspruch auf Arbeitsmarktzugang. Artikel 79 AEUV verlange Migrationssteuerung, überlasse es aber der Politik zu entscheiden, welchen konkreten Einfluss diese auf die Globalisierung nehmen wolle. Allerdings gelten für Drittstaatsangehörige nur die durch die Grundrechte-Charta vermittelten Rechte, nicht die Unionsbürgerrechte.

Danach widmete sich Prof. Dr. Harald Dörig, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig, der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Familiennachzug, zum Spracherwerb, zum Visumsverfahren und zur Unterhaltsicherung. Im Urteil vom 30. März 2010 hat das BVerwG die Anforderungen an eine schutzwürdige Ehe definiert und sich dabei mit dem Verhältnis von § 27 Absatz 1 und § 27 Absatz 1a Nr. 1 AufenthG beschäftigt.<sup>2</sup> Kern der Entscheidung war die Frage, ob der (die) Ausländer(in) nach Inkrafttreten des § 27 Absatz 1a AufenthG weiterhin bei Zweifeln am Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft die Darlegungs- und materielle Beweislast für den Willen beider Eheleute trägt, die eheliche Lebensgemeinschaft führen zu wollen. Der zuständige Senat hat dies bejaht. Auch der Familienzusammenführungsrichtlinie 2003/86/EG vom 22. September 2003 sei keine andere Wertung zu entnehmen gewesen.

Dörigs weitere Ausführungen galten dem Urteil des Senats vom 30. März 2010, in dem der Senat zu bewerten hatte, ob die Anforderungen an deutsche Sprachkenntnisse für den (die) nachziehende(n) Familienangehörige(n), wie sie § 30 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG seit August 2007 stellt, mit Artikel 6 Absatz 1 GG, Artikel 8 EMRK und mit Artikel 7 GR-Charta vereinbar sind.<sup>3</sup> In dem zu entscheidenden Fall wollte eine türkische Ehefrau zu ihrem in der Bundesrepublik lebenden Ehemann nachziehen. Sie war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Analphabetin und verfügte über keinerlei Deutschkenntnisse. Der Senat habe die Regelung des § 30 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG insbesondere für vereinbar mit Artikel 6 Absatz 1 GG gehalten. Der Senat sei davon ausgegangen, dass nach den Feststellungen der Vorinstanz, die bindend sind, das Erlernen der (türkischen) Schriftsprache in der Türkei wegen eines weitgespannten Angebots an Volkshochschulen in angemessener Zeit möglich sei.

Dörig referierte dann die bisher nicht veröffentlichten Entscheidungen vom 16. November 2010 (1 C 17.09) und vom 11. Januar 2011 (1 C 23.09). Sie klären die Anforderungen an die Verpflichtung, nach einer Eheschließung in Dänemark ein Visumsverfahren vom Ausland aus durchführen zu müssen oder die Möglichkeit, die Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Familienzusammenführung in der Bundesrepublik beantragen zu können. Hier waren die Tatbestandsmerkmale des § 39 Nr. 3 AufenthV vor dem Hintergrund der Regelungsmotive des Gesetzgebers auszulegen.

In der Entscheidung vom 16. November 2010 hat sich das BVerwG mit den Anforderungen an die Sicherung des Lebensunterhalts nach § 9 Absatz 2 Nr. 2 AufenthG beschäftigt.<sup>4</sup> Der gesetzlichen Definition des § 2 Absatz 3 AufenthG, der auf das Sozialrecht verweist, habe der Senat entnommen, dass es für die Sicherung des Lebensunterhalts nicht auf den eigenen Bedarf des Klägers, der berufstätig gewesen sei, ankomme, sondern auf den der Bedarfsgemeinschaft, hier der dreiköpfigen Familie des Klägers.

In dem nächsten Vortrag beschäftigte sich Dr. Felix Hanschmann, Habilitant an der Universität Frankfurt am Main, mit der „Partizipation – Überlegungen zu Kommunalwahlrecht und Staatsangehörigkeit“. Er untersuchte, ob die maßgebliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum kommunalen Wahlrecht noch zeitgemäß ist.<sup>5</sup> Durch die Abhängigkeit des Wahlrechts von der Staatsangehörigkeit würden zwei Klassen von Bürger(inne)n gebildet: einerseits Bürger(innen), die wahlberechtigt seien und deshalb über die Wahl des Parlaments an den Gesetzen, die das Gemeinwesen regeln, beteiligt seien und mitbestimmen könnten, und andererseits Bürger(innen), die im Rechtsrahmen dieser Regelungen lebten, aber keinerlei Einflussnahmemöglichkeiten hätten. Hanschmann untersuchte die Argumente des BVerfG für seine 1989/1990 betroffene Entscheidung und hielt diese nicht mehr für tragfähig. Er plädierte für ein kommunales Wahlrecht.

Diesem Vortrag stellte Rechtsanwalt Victor Pfaff, Frankfurt am Main, die These gegenüber, ob nicht ein Wahlrecht auf kommunaler Ebene zu einer Diskriminierung führe, weil es die Teilnahme an Wahlen auf Bundes- und Landesebene ausschließe, wo die wichtigen Entscheidungen (z.B. über das Ausländer- oder Sozialrecht), die insbesondere nichtdeutsche Bürger(innen) trafen, gefällt würden. Pfaff sah die Lösung des Problems in der Hinnahme von Mehrstaatlichkeit, was das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht bisher *de lege lata* verhindern wolle.

Im nächsten Vortrag von Matthias Hähnel, wissenschaftlicher Mitarbeiter am EGMR, erfuhren die Zuhörer(innen) die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Anordnung einstweiliger Maßnahmen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nach Artikel 39 Absatz 1 VerfO. Dieser Rechtsschutz sei in der EMRK nicht geregelt, aber allgemein anerkannt. Das Bedürfnis für einen Eilrechtsschutz ergebe sich aus dem Schutzgedanken des Artikels 2 EMRK.<sup>6</sup> Die Hürden für eine einstweilige Anordnung durch den Gerichtshof seien hoch: der (die) Beschwerdeführer(in) müsse das Risiko darlegen und zugleich glaubhaft machen, dass der Staat den (die) Beschwerdeführer(in) (gegen Dritte) nicht schützen könne. Hähnel beschrieb die Voraussetzungen für eine solche einstweilige Anordnung:

2 Az. 1 C 7.09, BVerwGE 136, 222.

3 Az. 1 C 8.09, BVerwGE 136, 231.

4 Az. 1 C 21.09, juris.

5 Urteil v. 12.10.1989, BVerfGE 81, 53; Urteil v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37.

6 EGMR, *Soering ./. U.K.*, Urteil v. 7.7.1989, NJW 1990, 2183; EGMR, *Ahmed ./. Österreich*, Urteil v. 17.12.1996, Slg. 1996, S. V1-2206.

es müsse eine außergewöhnliche Situation bestehen, die dadurch gekennzeichnet sei, dass ein irreparabler Schaden für Leib oder Leben drohe (Art. 2, 3 EMRK). Weiter müsse die Sache dringlich sein und eine Konventionsverletzung wahrscheinlich. Außerhalb von Artikel 2 oder 3 EMRK könne der Eilrechtsschutz in extremen Ausnahmefällen auch auf Artikel 6 oder 8 EMRK gestützt werden. Dafür müsse der Rechtsschutz im Land des Aufenthalts ausgeschöpft sein. *Hähnel* verwies auf die aktuelle Entscheidung des EGMR vom 21. Januar 2011, wonach keine Abschiebung durch Griechenland nach Afghanistan erfolgen darf.<sup>7</sup>

Am Sonntag knüpfte der erste Referent thematisch unmittelbar an den Vortag an. Rechtsanwalt Dr. Reinhard *Marx*, Frankfurt am Main, stellte zunächst den Weg hin zu einer europäischen Flüchtlingspolitik dar. Die Neuregelung von Maßnahmen und das Bekenntnis zu einer gemeinsamen Asylpolitik sei in Artikel 78 AEUV erfolgt. Die „Dublin II-Verordnung“<sup>8</sup>, das Thema des Vortrags, geht nach der Vorstellung von *Marx* von einer „Bundesländer-Struktur“ aus, die in dem hier zu bewertenden Zusammenhang Defizite aufweise. Der EGMR hat nach Meinung von *Marx* den Änderungsbedarf bei der Verordnung in der Sache *M.S.S. / Belgien u. Griechenland*<sup>9</sup> angesprochen. Die Frage sei, ob es ein Prinzip der „normativen Vergewisserung“ in dem Sinne gebe, dass der die Zurückschiebung planende Staat die Verhältnisse bezüglich der Einhaltung und Prüfung der Asylstandards in dem „Mitglieds-Ziel-“ Staat vorher prüfen müsse. Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR verlange dies Artikel 13 EMRK. Bezogen auf die Rechtslage in der Bundesrepublik hat nach Meinung von *Marx* Artikel 23 GG Artikel 16a GG abgelöst mit der Folge, dass das BVerfG Fragestellungen der Dublin II-Verordnung dem EuGH vorlegen müsse.

Dass stattgebende Entscheidungen des BVerfG und des EGMR ergangen seien, sei der aktiven Zivilgesellschaft zu verdanken, weil NGOs wie Pro Asyl u.a. Berichte über die Verhältnisse in Griechenland und Interviews mit Asylsuchenden veröffentlicht hätten.

Im Anschluss daran berichtete die Richterin des Österreichischen Asylgerichtshofs Wien, Frau Mag. Dr. Rita-Maria *Kirschbaum*, über ihre beruflichen Erfahrungen mit der Dublin II-Verordnung. Die Mehrheit der Antragsteller(innen) seien tschetschenische Flüchtlinge, weil sich in Österreich schon eine große Volksgruppe oder sogar ihre Familien aufhielten. Sie beriefen sich zur Begründung der Selbsteintrittspflicht im letzteren Fall durchgängig auf eine drohende Verletzung von Artikel 8 EMRK. Allerdings sei die Bejahung der Verletzung von Artikel 8 EMRK an enge Bedingungen nach der Verordnung geknüpft.

Ob Religion, ethnische Herkunft und Zuwanderungshintergrund angemessene Merkmale zur Datenerhebung sind, beantworteten anschließend Dr. Thilo *Weichert*, Datenschutzbeauftragter des Landes Schleswig-Holstein, und Prof. em. Dr. Kees *Groenendijk*, Nijmegen.

*Weichert* wies auf die in der Bundesrepublik unmittelbar bevorstehende Zensus-Befragung zum 9. Mai 2011 hin, bei der jede(r) zehnte Bürger(in) zu seiner Staatsangehörigkeit und Religion gefragt werde. Er definierte ein zusätzliches Recht auf „kollektive informationelle Selbstbestimmung“, das auch ein Diskriminierungsverbot darstelle. *Weichert* zog den Schluss, dass die Relevanz von informationellen Grundrechten im Ausländerrecht immer mehr zunehme; diese würden nicht hinreichend beachtet.

Die Tagung endete mit einem Vortrag von Florian *Geyer*, Europäische Kommission, Generaldirektion Justiz, über die Entwicklungen in der EU-Grundrechtspolitik und dem Bericht der Leiterin der Anti-Diskriminierungsstelle des Bundes, Christine *Lüders*, über Gleichheit als Voraussetzung für Aufstieg und Integration.

7 EGMR, *M.S.S. / Belgien und Griechenland*, Urteil v. 21.1.2011, Nr. 30696/09.

8 Verordnung Nr. 343/2003 v. 18.2.2003 (ABl. L 50, S. 1).

9 S. Fn. 7.

## Frauen in die Aufsichtsräte – Best for Business

FidAR-Forum III am 4. April 2011 in Berlin

FidAR – die Initiative für mehr Frauen in die Aufsichtsräte – fordert eine deutlich höheren Präsenz von Frauen in den Aufsichtsräten und anderen Führungsposition der deutschen Wirtschaft. In der Veranstaltungsreihe der FidAR-Foren werden verschiedene Fragen dazu diskutiert: Welche Veränderungen sind hierzu nötig? Was haben die bisherigen Maßnahmen gebracht? Was planen Regierung und andere Verantwortliche, um dieses Ziel zu erreichen? Und was müssen Unternehmen, Personalberater(innen) und die Führungskräfte selbst tun, damit mit mehr Frauen an der Spitze der Unternehmen der wirtschaftliche Erfolg erhöht wird? Das FidAR-Forum III am 4. April 2011 im Atrium der

Deutschen Bank, Berlin stand unter dem Motto „Frauen in die Aufsichtsräte – Best for Business“. Eingeladen waren hochrangige Vertreter(innen) aus Wirtschaft und Politik, um zentrale Aspekte der aktuellen Debatte und die wirtschaftlichen Veränderungsprozesse zu diskutieren. Neben Bundesministerin Dr. Ursula von der Leyen (deren Rede hier nachfolgend abgedruckt ist) und vielen anderen namhaften Referent(inn)en nahm Prof. Dr. Marlene *Schmidt*, Vorsitzende der djb-Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht als Expertin im Rahmen des Workshops IV „Quote – aber wie?“ teil. Thema des Workshops waren Überlegungen zur rechtlichen Gestaltung und Um-