

# Olaf Köppe

## Politische Macht und demokratischer Rechtsstaat

### Zum Verhältnis von Politik und Justiz im Ausländerrecht

*Die Frage nach dem Verhältnis von Macht und Recht im demokratischen Rechtsstaat wird entweder aufgrund der formalen verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung als geklärt betrachtet oder sie kann als ein gerade auch im demokratischen Rechtsstaat stets erneut zu reflektierendes politisches und soziales Kräfteverhältnis begriffen werden: Jürgen Habermas zufolge lässt sich an »der Rechtsprechung (...) beobachten, wie normative Gesichtspunkte den Bestandserhaltungsimperativen von staatlichen Institutionen oder den Steuerungsimperativen von Märkten ordnungspolitisch untergeordnet werden«<sup>1</sup> können. Anhand des Ausländerrechts und der Rechtsprechung zum Ausländerrecht kann aufgezeigt werden, dass und warum der Judikatur eine relative Selbständigkeit von der politischen Macht zukommen kann. Diese Selbständigkeit »lebt« aber gerade dann, wenn es sich um den emanzipativen Gehalt von Rechtsnormen handelt, von Voraussetzungen, die die Rechtsprechung allein wiederum nicht gewährleisten kann.*

#### 1. Einleitung

Entgegen zahlreicher sozialwissenschaftlicher Publikationen in den achtziger und neunziger Jahren – z. B. von Gary Freeman (1986), Virginie Guiraudon (1999), James F. Hollifield (1992), Christian Joppke (1998) und Yasemin Soysal (1994) –, denen zufolge sich in den westlichen Demokratien eine fortschreitende Universalisierung bislang territorial verstandener Angehörigkeitsbeziehungen aufzeigen ließe, kann ein gegenläufiger Prozess nachgewiesen werden. Auch wenn in der Tat weit gefasste Rechtsbeziehungen zwischen dem jeweiligem Aufenthaltsstaat und MigrantInnen bestehen, lassen sich neue Formen der (negativen) Diskriminierung (allochthoner) ethnischer Minoritäten nachweisen. Es wird deutlich, dass der Nationalstaat als *Wettbewerbsstaat* gegenüber MigrantInnen den außerökonomischen Zwang in Gestalt von rechtlicher Diskriminierung verstärkt hat und die Marktrisiken zuungunsten dieser Gruppe erhöht hat. Die Ausgaben des Wohlfahrtsstaates werden gegenüber dieser Gruppe stärker rationiert als gegenüber den eigenen Staatsbürgern – dies zeigt sich z. B. auch an der Ausweisung bzw. der Nichtverlängerung der EG-Aufenthalts-erlaubnisse für UnionsbürgerInnen mit gebrochenen Erwerbsbiographien. Zugleich zeigt sich, dass sich trotz – bzw. gerade wegen – des Prozesses der ökonomischen und politischen Globalisierung die Angehörigkeitsbeziehungen nur sehr begrenzt »entgrenzen«. Nachgewiesen wird, dass die konkrete Entscheidungspraxis der Gerichte bezüglich des Ausländerrechts aus einer nationalstaatlich geprägten Perspektive

1 Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main, 1993 (1992), S. 554.

## 2. *Stärkung der Rechte von MigrantInnen durch die Rechtsprechung? Interpretationsansätze und deren Kritik*

Seit Mitte der neunziger Jahre haben sich in den Sozialwissenschaften verschiedene Ansätze zur Erklärung der Verbesserung der Rechte von MigrantInnen durchgesetzt. So gehen z. B. Gary Freeman,<sup>2</sup> Virginie Guiraudon,<sup>3</sup> James F. Hollifield,<sup>4</sup> Christian Joppke<sup>5</sup> sowie Yasemin Soysal<sup>6</sup> – bezogen auf die westlichen Demokratien – von einer geradezu linear fortschreitenden Tendenz zugunsten einer rechtlichen Inklusion von MigrantInnen sowie einer fortschreitenden Universalisierung bislang territorial verstandener Angehörigkeitsbeziehungen aus. In der sozial- und politikwissenschaftlichen Diskussion lassen sich gegenwärtig drei Ansätze identifizieren, die die Verbesserung des rechtlichen Status von MigrantInnen aus unterschiedlichen Blickwinkeln zu erklären suchen.

### 2.1 *Postnationale Rechte als Menschenrechte?*

Bei Yasemin Soysal wird die Verbesserung von Aufenthaltsbedingungen und von sozialen Rechten als ein Ergebnis externer, an den Nationalstaat herangetragenener Prozesse erklärt. Nationalstaaten werden von diesem Ansatz lediglich als Implementeure des internationalen Menschenrechtsregimes wahrgenommen.<sup>7</sup> Die Bedeutung nationalstaatlicher Regelungskompetenz unterschätzt ebenfalls Saskia Sassen, wenn sie davon ausgeht, dass sich – gewissermaßen parallel zur internationalen Ökonomie – ein transnationaler Arbeitsmarkt etabliert hat, der durch internationales Menschenrecht zusätzlich abgesichert wird: »The key issue here is the fact that international regimes or codes, such as human rights, largely become operative in national courts.«<sup>8</sup>

Hingegen ist die Einbindung von ArbeitsmigrantInnen in das Sozialversicherungssystem nicht durch internationale Regimebildung zu erklären, sondern ergibt sich (für Deutschland) aus einem Konsens zwischen Arbeitgebern, Wohlfahrtsbürokratie und Gewerkschaften. Gleichzeitig vollzieht sich im Bausektor eine Verdrängung deutscher und ihnen rechtlich gleichgestellter Arbeitskräfte durch andere Arbeitskräfte, weil sich diese nicht in Deutschland versichern müssen. Diese Arbeitnehmer sind oftmals schlechter gegen Risiken abgesichert als deutsche Arbeitnehmer. Insofern ist

2 Freeman, Gary, Migration and the Political Economy of the Welfare State, in: AAPSS 1986, S. 51–63.

3 Guiraudon, Virginie, The Marshallian Triptych Re-Ordered. The Role of Courts and Bureaucracies in Furthering Migrant Social Right, EU-Working Paper EUF No. 99/1, European University Institute Badia Fiesolana 1999.

4 Hollifield, James F., Immigrants, Markets and States, Cambridge/Mass. 1992.

5 Joppke, Christian, Why Liberal States Accept Unwanted Immigration, in: World Politics, January 1998, S. 266–293.

6 Vgl. Soysal, Yasemin Nuhoglu, Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe, Chicago/London 1994.

7 Vgl. Soysal (Fn. 6), S. 145.

8 Sassen, Saskia, The de facto Transnationalizing of Immigration Policy, in: Joppke, Christian: Challenge to the Nation-State. Immigration and the Western Europe and the United States, Oxford 1998, S. 49–85 (S. 51).

es auch der Verlust nationalstaatlicher Regelungskompetenz durch Internationalisierungstendenzen, der zum Abbau von Rechten führt. Ein anderer Kritikpunkt ist, dass Yasemin Soysal z. B. immer wieder auf Menschenrechte insistiert, dann aber die Verbesserung von Rechtspositionen für MigrantInnen auch unter Zuhilfenahme internationaler, zwischenstaatlicher Verträge (Assoziationsabkommen EU-Türkei, Verträge zwischen Deutschland und der Türkei etc.) zu erklären sucht. Diese Verträge folgen aber keineswegs einer menschenrechtlichen Logik, sondern sind dem ›klassischen‹ Völkerrecht zuzurechnen, demzufolge das Individuum als Staatsbürger eines Vertragsstaates wahrgenommen wird, nicht als eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten. Verdeutlicht werden kann diese Problematik daran, dass der Kindergeldanspruch eines lediglich geduldeten bosnischen Flüchtlings aus dem »Deutschjugoslawischen Abkommen über soziale Sicherheit« hergeleitet wird. Dieses ist dem Bundessozialgericht zufolge auch »auf Bürgerkriegsflüchtlinge aus Bosnien-Herzegowina anzuwenden«<sup>9</sup> – zumal ein nahezu gleichlautender Vertrag zwischen Deutschland und Bosnien-Herzegowina mittlerweile besteht. Andere geduldete und erwerbstätige Flüchtlinge, deren Staaten keine vergleichbaren Abkommen mit der Bundesrepublik geschlossen haben, bleiben weiterhin vom Kindergeldbezug ausgeschlossen.<sup>10</sup>

## 2.2. *Der politische und der rechtliche Prozess als Erklärung?*

Autoren wie Gary Freeman, Christian Joppke, oder James F. Hollifield, die die nationalstaatliche Regelungskompetenz in bezug auf migrationspolitische Fragestellungen betonen, heben die rechtliche Verbesserung ethnischer Minoritäten in Migrationsgesellschaften ebenfalls hervor, ohne auf eventuelle Gegentendenzen zu verweisen:

So sind bei Gary Freeman für die liberale Einwanderungspolitik die Klientelpolitiken und das ›liberalistische Versprechen‹ ausschlaggebend. Klientelpolitik führt Freeman zufolge dazu, dass sich organisationsfähige Interessen (Wirtschaftsinteressen oder in Einwanderungsgesellschaften organisierte MigrantInnenorganisationen) im politischen System durchsetzen können, zumal die positiven Wirkungen von Migration (preiswertere Arbeitskräfte, Familienzusammenführung) wenigen zugute kommt, die negativen Folgen (soziale Infrastrukturkosten) sich jedoch diffus verteilen würden. Ein weiterer Aspekt, warum in liberaldemokratischen Staaten liberale Einwanderungspolitik betrieben würde, ist, so Freeman, darauf zurückzuführen, dass der politische Liberalismus politischen Eliten verbietet, ausdrücklich ethnozentriert oder rassistisch zu argumentieren.<sup>11</sup>

Allerdings verweisen auch Autoren wie Christian Joppke auf die Verwundbarkeit des politischen Prozesses durch rechtspopulistische Diskurse. In der relativen Autonomie des Rechts findet Joppke neben dem politischen Prozess gute Gründe für die Verbesserung des rechtlichen Status von MigrantInnen.<sup>12</sup> Christian Joppke's und James Hollifield's Positionen betrachten jedoch die Verbesserung der rechtlichen Positionen

<sup>9</sup> Leitsatz Nr. 1 des BSG vom 12. 4. 2000 – B 14 KG 3 3/99 R –, in: NVwZ-Beilage I 2001, S. 14.

<sup>10</sup> Zwar ist nach dem Bundeskindergeldgesetz Kindergeld nur an Arbeitnehmer zu zahlen, die eine Aufenthaltsgenehmigung oder eine Aufenthaltsgenehmigung besitzen, jedoch, so das BSG in Abweichung von vorherigen Entscheidungen, müsse auf zwischenstaatliche Abkommen Rücksicht genommen werden.

<sup>11</sup> Vgl. Freeman, Gary, Modes of Immigration Politics in Liberal Democratic States, in: International Migration Review (4 ) 1995, S. 881–902.

<sup>12</sup> Vgl. Joppke (Fn. 5), S. 266–293.

von MigrantInnen als einen aufsteigend-linearen Prozess und übersehen dabei, dass nicht nur Gerichte die Abnahmebereitschaft gegenüber den Adressaten (Bürokratie, politisches System) berücksichtigen müssen,<sup>13</sup> sondern dass Gerichtsentscheidungen gegenüber macht- und geldgesteuerten Imperativen keineswegs unabhängig sind. Denn da die Justizbürokratie funktional (nicht normativ!) als ein Teil des politisch-administrativen Systems begriffen werden muss, spielen in der Rechtsprechung der Gerichte funktionale Imperative eine nicht unerhebliche Rolle.

### 2.3 *Der ›wohlfahrtsbürokratische Ansatz‹ als Erklärung?*

Ein anderer Ansatz, der der Frage nachgeht, warum es gegenüber MigrantInnen in liberaldemokratischen Staaten zu einer Erweiterung der Rechte kommt, kann als ›wohlfahrtsbürokratischer Ansatz‹ bezeichnet werden: So kann die Einbeziehung von MigrantInnen in das wohlfahrtsstaatliche System u. a. damit erklärt werden, dass keine kostenintensiven Spezialdienste für MigrantInnen nötig wären. Auch wird die Mehrzahl der sozialpolitischen Materien fernab von den Massenmedien von Fachbürokratien und von Fachpolitikern erledigt.<sup>14</sup> Auch Guiraudon sucht wie Joppke nach Entscheidungszentren, die genug Autonomie gegenüber den (partei)politischen Prozessen aufweisen, um Minderheiten in den Wohlfahrtsstaat eingliedern zu können. Ihrer Ansicht nach sind die Orte, die aufgrund ihrer Funktionslogik genug Autonomie gegenüber ihrer Systemumwelt aufweisen, die Gerichte und die Wohlfahrtsbürokratien der Nationalstaaten.

Für die Gruppe der MigrantInnen kann allerdings deutlich gemacht werden, dass die standardisierten Normalitätsvorstellungen des Sozial(versicherungs)staates nicht nur eine Inklusion in das wohlfahrtsstaatliche System ermöglichen, sondern auch explizit exklusiv wirken können – und offensichtlich auch sollen: So konnte bei einer Untersuchung über die Auswirkungen von Arbeitsmarktpolitiken (in Hamburg) festgestellt werden, dass zwar überproportional ArbeitsmigrantInnen und ihre Nachkommen von Arbeitslosigkeit betroffen sind, diese jedoch unterproportional in Maßnahmen des AFG<sup>15</sup> vermittelt werden konnten: Denn um für Maßnahmen nach dem AFG zugelassen zu werden, benötigen sie eine abgeschlossene Berufsausbildung und drei Jahre versicherungspflichtige Berufstätigkeit. Ohne abgeschlossene Berufsausbildung wird eine mindestens sechsjährige versicherungspflichtige Beschäftigung verlangt. Aufgrund der Ausbildungsstruktur der MigrantInnen und den Unterbrechungen ihrer Erwerbsarbeitsphasen durch Arbeitslosigkeit besitzen zahlreiche MigrantInnen seltener Ansprüche auf Maßnahmen nach dem AFG/SGB III.<sup>16</sup> So steht die per Erlass eingeführte Änderung der Zugangsvoraussetzungen zu den Maßnah-

<sup>13</sup> Zur Implementation von Gerichtsentscheidungen: Blankenburg, Erhard/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Implementation von Gerichtsentscheidungen. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 11, Opladen 1987.

<sup>14</sup> Vgl. Guiraudon (Fn. 3).

<sup>15</sup> Während die Rechtsgrundlagen zum Arbeitsgenehmigungsrecht im Ausländergesetz nicht ausdrücklich geregelt sind – lediglich in § 14 II AuslG 1990 wird erwähnt, dass eine Aufenthaltsgenehmigung mit dem Verbot oder der Beschränkung der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verbunden werden kann –, wurde die Frage des Arbeiterlaubnisrechts bis zum 31. 12. 1997 im AFG geregelt. Durch Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungsreformgesetz – AFRG) vom 24. 3. 1997 wurden diese bisherigen Regelungen AFG in ein neu geschaffenes Drittes Buch des SGB überführt (§§ 284–288 SGB III). Die allgemeine Arbeiterlaubnis heißt nun Arbeitsgenehmigung, die besondere Arbeiterlaubnis wurde in Arbeitsberechtigung umbenannt.

<sup>16</sup> Vgl. Zühlke-Robinet, Klaus, Arbeitsmarktpolitik für Ausländerinnen und Ausländer in Hamburg – dargestellt am Beispiel der Eintritte ausländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Fortbildungs- und Umschulungsmaßnahmen, in: Zeitschrift für Sozialreform (2) 1994, S. 375–397.

men des AFG/SGB III paradigmatisch für die Praxis der Ministerialbürokratie. Ebenfalls bleibt ein weiteres Manko an der Argumentation von Virginie Guiraudon, dass sie auf der wohlfahrtsstaatlichen Inklusion von MigrantInnen insistiert, ohne die enge Verzahnung aufenthaltsrechtlicher Regelungen mit sozialen Rechten hervorzuheben.

### 3. Vom Wohlfahrtsstaat zum Wettbewerbsstaat

Auch wenn in der Tat weit gefasste Rechtsbeziehungen zwischen dem jeweiligen Aufenthaltsstaat und MigrantInnen bestehen, lassen sich neue Formen der (negativen) Diskriminierung ethnischer Minoritäten nachweisen. So kann aufgezeigt werden, dass der Nationalstaat als Wettbewerbsstaat gegenüber MigrantInnen den außerökonomischen Zwang in Gestalt von rechtlicher Diskriminierung verstärkt hat und die Marktrisiken zuungunsten dieser Gruppe erhöht hat. Die Ausgaben des Wohlfahrtsstaates werden gegenüber dieser Gruppe stärker rationiert als gegenüber den eigenen Staatsbürgern – dies zeigt sich z. B. auch an der Ausweisung bzw. der Nichtverlängerung der EG-Aufenthaltsvisa für UnionsbürgerInnen mit gebrochenen Erwerbsbiographien.

Anhand zahlreicher Änderungen im Ausländer- und Asylrecht, der darauf basierenden staatlichen Ausweisungspraxis sowie anhand von Gerichtsentscheidungen kann verdeutlicht werden, dass die rechtliche und richterliche Einbeziehung von MigrantInnen abhängig ist von gesellschaftlichen, politischen und ökonomischen Rahmenbedingungen. Offensichtlich unterstellen die oben erwähnten AutorInnen dem Rechtssystem eine Unabhängigkeit von politischen Prozessen, die idealiter nicht nur höchst voraussetzungsvoll ist, sondern realiter als nur begrenzt vorhanden bezeichnet werden kann. Begreift man jedoch die Justiz als Teilsystem des politischen Systems, können Veränderungen von Entscheidungen im Ausländerrecht (aber nicht nur dort) besser verstanden werden. Es ist gerade a) die fehlende Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Rechts in liberaldemokratischen Staaten sowie b) die ausbleibende Bezugnahme auf die Transformation des »Keynesianischen Wohlfahrtsstaates« zum »Schumpeterschen Workfare State« (Bob Jessop), die verhindert, Veränderungen in der Migrationspolitik sowie in der Rechtsprechung in diesem Politikfeld näher zu erfassen. Betont werden muss, dass sich trotz – bzw. gerade wegen – des Prozesses der ökonomischen und politischen Globalisierung die Angehörigkeitsbeziehungen nur sehr begrenzt »entgrenzen«. So bleibt die Staatsbürgerschaft gerade aufgrund der »Internationalisierung des Staates« (Joachim Hirsch) und aufgrund der austeritätsbedingten Kürzung der Wohlfahrtsrechte ein legitimer Titel der Diskriminierung in »Mitglieder« und »Nicht-Mitglieder« eines Wohlfahrtsstaates.

Gegenwärtig reagieren auch die nationalen Migrationsregime (dies zeigt sich in Deutschland, aber auch anhand der restriktiven Ausländerpolitiken Dänemarks und der Niederlande) auf die Transformation des Wohlfahrtsstaates zum Wettbewerbsstaat. Während vor dem Hintergrund des »Traums immerwährender Prosperität« (Burkhard Lutz) trotz der (kurzen) ökonomischen Krise 1966/67 in Deutschland von der Praxis der Ausweisung kaum Gebrauch gemacht wurde, weil mit einem baldigen konjunkturellen Wachstum gerechnet wurde, veränderte sich diese Gewissheit spätestens im Verlauf der siebziger Jahre. Als 1966/67 der erste konjunkturelle Einbruch in der Bundesrepublik Deutschland dazu führte, dass zahlreiche Arbeitnehmer entlassen wurden, verringerte sich die Zahl der ausländischen Beschäftigten um über eine halbe Million. Zu diesem Zeitpunkt entsprach dies ca. 46% der aus-

ländischen Arbeitskräfte, so dass dieser Tatbestand auf die Rolle der ausländischen Arbeitskräfte als Konjunkturpuffer hinweist. Gleichzeitig standen mit der einsetzenden Prosperität erneut ausländische Arbeitskräfte zur Verfügung.<sup>17</sup> Weil es trotz der bestehenden Ausweisungsmöglichkeiten kaum zu Ausweisungen kam, liegt es nahe, dass die für die Ausländerpolitik relevanten Akteure dem fordristischen Akkumulationsregime eine Stabilität zusprachen, die eine Dekade später als verloren gegangen betrachtet wurde. Es zeigt sich jedoch, dass sich *parallel zu dieser sozio-ökonomischen Stabilitätserfahrung* der sechziger und frühen siebziger Jahre ein juristischer Diskurs fundieren konnte, der die Verbesserung von MigrantInnenrechten einforderte.

Obwohl sich die Justizbürokratie diesem Diskurs nur vorsichtig öffnete, etablierte sich eine Entscheidungspraxis, die zur Verbesserung des rechtlichen Status von MigrantInnen geführt hat. Trotz der Eigensinnigkeit, die der rechtlichen Funktionslogik inhärent ist, bleibt selbst die Rechtsprechung in liberaldemokratischen Staaten gegenüber funktionalen Aspekten des machtgestützten politischen Systems nicht indifferent. Vor dem Hintergrund der Zunahme der Arbeitslosigkeit und veränderter ökonomischer Rahmenbedingungen veränderte sich auch die richterliche Entscheidungspraxis zuungunsten der Gruppe der MigrantInnen. Dass die Ausweisungspraxis nunmehr ökonomisch nicht kontraproduktiv ist, wird zunächst an der hohen Arbeitslosigkeit deutlich. Während jedoch die Arbeitsmigranten der sog. Ersten Generation die Unternehmen in der Regel Geld gekostet hatten (Anwerbepauschale) und erst langsam in den Betrieb integriert werden mussten, bestand gerade aufgrund der Annahme dauerhafter ökonomischer Prosperität keine Notwendigkeit, auf diese Arbeitskräfte durch Ausweisung zu verzichten. Niedrig qualifizierte MigrantInnen gehen heutzutage jedoch – wenn sie nicht innerhalb des ›ethnic business‹ beschäftigt sind – überproportional (abhängigen) Beschäftigungen nach, die in neotayloristische Arbeitsabläufe (Systemgastronomie, Reinigungsservice etc.) integriert sind.<sup>18</sup> Für diese Arbeitsabläufe sind die Anlernphasen jedoch kurz. Bezüglich der Anlernphasen gilt ähnliches für die Gruppe der höher qualifizierten Arbeitsmigranten (z. B. IT-Spezialisten). Vor dem Hintergrund instabilerer konjunktureller Prognosen und kürzerer Anlernphasen (also Betriebsinvestitionen) macht es für Unternehmer Sinn, diese Arbeitskräfte in schlechten konjunkturellen Situationen zu entlassen, da der nationale und der internationale Arbeitsmarkt im Falle einer Wachstumsphase erneut genügend (höher und niedrig qualifizierte) Arbeitskräfte zur Verfügung stellt. Vor dem Hintergrund der hohen Arbeitslosigkeit sowie veränderter ökonomischer und betrieblicher Anforderungen an qualifizierte und niedrigqualifizierte MigrantInnen ergibt die verschärfte administrative und judikative Praxis somit einen ›Sinn‹. Zugleich entstehen mit den Terroranschlägen vom 11. 9. 2001 neue (reale, aber auch viele virtuelle) Bedrohungsszenarien, die auch und gerade den *Wettbewerbsstaat* als *Sicherheitsstaat* etablieren.<sup>19</sup>

Insofern geht es der am Wettbewerbsstaat orientierten Reformulierung der Zuwanderungspolitik vor allem darum, den »Wettbewerb um die besten Köpfe«<sup>20</sup> zu

17 Vgl. Angenendt, Steffen, *Ausländerforschung in Frankreich und der Bundesrepublik Deutschland. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen und inhaltliche Entwicklung eines aktuellen Forschungsbereiches*, Frankfurt/New York 1992, S. 155 ff.

18 Vgl. Kühne, Peter, Mehr als überfällig: Die Arbeitsmarktintegration der Flüchtlinge, in: *Gewerkschaftliche Monatshefte* (5) 2000, S. 279–305.

19 Vgl. zu den Begriffen Wettbewerbsstaat und Sicherheitsstaat z. B. Hirsch, Joachim, *Vom Sicherheitsstaat zum nationalen Wettbewerbsstaat*, Berlin 1998. Der ›alte‹ »Sicherheitsstaat« kannte die »innere Sicherheit« und die möglichst umfassende »soziale Sicherheit«. Doch auch der »Wettbewerbsstaat« ist weiterhin ein »starker Staat«.

20 Vgl. dazu Unabhängige Kommission »Zuwanderung« (Hrsg.), *Zuwanderung gestalten – Integration fördern. Bericht der Unabhängigen Kommission »Zuwanderung« vom 4. 7. 2001*, S. 25 f.

gewinnen und die – in diesem Fall – in Deutschland lebenden und aufgewachsenen MigrantInnen sowie zugewanderte FluchtmigrantInnen mit der Forderung, dass »wir mehr Zuwanderer (brauchen), die uns nützen und weniger, die uns ausnützen«,<sup>21</sup> unter politischen und rechtlichen Druck zu setzen.

#### 4. Zur Vermittlung von Macht und Recht – Ausländerrecht im Spannungsfeld sich verändernder politischer, ökonomischer und sozialer Bedingungen

In diesem Abschnitt wird nun anhand ausgewählter Gerichtsentscheidungen der Frage nachgegangen, ob und inwieweit sich der Wandel vom Wohlfahrtsstaat zum Wettbewerbsstaat in den Entscheidungen und in den juristischen Diskursen widerspiegelt. Es wird gezeigt werden, dass die relative Autonomie des Rechts von gesamtgesellschaftlichen Kräfteverhältnissen abhängig ist, so dass zivilgesellschaftliche Organisationen (Kirche, Wohlfahrtsverbände, Juristenorganisationen etc.) in Phasen verschiedener politischer und sozio-ökonomischer Konstellationen unterschiedlichen Einfluss auf das politische System und die Rechtsprechung haben. Ausländerrecht, das »traditionell zum Gefahrenabwehrrecht«<sup>22</sup> gerechnet wird, legt eine *politikfeldspezifische Wahrnehmung* nahe. Zwar ist dem zuzustimmen, dass das Ausländerrecht von seiner Struktur her familien-, arbeits- und sozialrechtliche Aspekte aufweist und es insofern »von seiner Gesamtprägung her nicht als rein gefahrenabwehrrechtlich zu qualifizieren«<sup>23</sup> ist. Jedoch überwiegen die gefahrenabwehrrechtlichen Aspekte auch und gerade durch die Wahrnehmungsmuster der in der Regel federführenden Innenministerien (Bund und Länder): So stellten die Begriffe »öffentliche Ordnung«, »öffentliche Sicherheit« und »innere Sicherheit« bereits vor dem 11. 9. 2001 den Hintergrund dar, vor dem über Ausländerpolitik (Einwanderungs- und Asylpolitik) diskutiert wurde.<sup>24</sup> Die Vorschläge für Gesetze und Verordnungen, die nach den Anschlägen in New York und Washington verabschiedet wurden, verdeutlichen darüber hinaus das Erstarken der am Grundgedanken der »öffentlichen Sicherheit und Ordnung« orientierten Politik gegenüber MigrantInnen.<sup>25</sup> Anhand des Terrorbekämpfungsgesetzes (TerrbekG vom 9. 2. 2002) wird dann auch im Ausländerrecht eine zunehmende Abkehr von tatbestandlich fest umrissenen Definitionen deutlich,<sup>26</sup> an der durch die Anschläge vom 11. 3. 2004 in Madrid eher noch festgehalten wird.<sup>27</sup>

21 Dieses Zitat stammt vom bayerischen Innenminister Günther Beckstein. Vgl. dazu Geis, Matthias, »Wen wollen wir reinlassen? Plötzlich sind alle Parteien für Einwanderung – der Streit geht trotzdem weiter«, in: Die Zeit vom 6. 7. 2000, S. 4.

22 Wollenschläger, Michael/Schraml, Alexander, Zum Recht der Ausweisung im neuen Ausländergesetz, in: ZAR (2) 1992, S. 66–73 (S. 66).

23 Bender, Dominik, »Verpolizeilichung« des Ausländerrechts? Die ausländerrechtlichen Maßnahmen des Gesetzgebers nach dem 11. 9. 2001, in: Kritische Justiz (2) 2003, S. 130–145 (S. 131).

24 Zum Verhältnis von Migration und Sicherheit, vgl. Nuscheler, Franz/Rheims, Birgit, Migration und Sicherheit: Realitäten und Halluzinationen, in: Pries, Ludger (Hrsg.), Transnationale Migration. Soziale Welt, Sonderband 12, Baden-Baden 1997, S. 317 ff.

25 Vgl. Gaserow, Vera, »Justizressort rügt Schilys Pläne. Massive Bedenken gegen Gesetze zur inneren Sicherheit/Kritik auch von der SPD«, in: Frankfurter Rundschau vom 20. 10. 2001, S. 1. Neben der erleichterten Ausweisung bei *Verdacht* des Terrorismus oder einer schweren Straftat als Vorschlag des Bundesinnenministers gibt es nun auch Vorschläge der erleichterten Regelausweisung nach § 47 AuslG als Bundesratsinitiative der Länder Niedersachsen (SPD) und Bayern (CSU) (pm@stmi.bayern.de vom 18. 10. 2001).

26 Vgl. Bender (Fn. 23), S. 130–145.

27 Bisher sind nur die Sicherheitsmaßnahmen quantitativ ausgeweitet worden. Forderungen der CDU/CSU verlangen aber weitere ausländer- und strafrechtliche Schritte. Vgl. [www.bmi.bund.de/dokumentation/Artikel/ix\\_94407.htm](http://www.bmi.bund.de/dokumentation/Artikel/ix_94407.htm) (Stand April 2004).

Nachweisbar wird auch sein, dass zwischen dem *juristischen Diskurs einerseits* und der *konkreten Entscheidungspraxis der Gerichte andererseits* Unterschiede vorhanden sind: So ist der juristische Diskurs für Statusangleichungen von Ausländern an deutsche Staatsbürger wesentlich offener und pluraler ausgestaltet als die Entscheidungspraxis der Gerichte. Es kann gezeigt werden, dass die *veränderten Rahmenbedingungen des Wohlfahrtsstaates* die »funktionalen Imperative« (Habermas) des Rechtssystems bezüglich der Judikatur zum Ausländerrecht gestärkt haben. Staatliche Bürokratien, zu denen auch und gerade die Justizbürokratie gerechnet werden muss, »schotten« sich gegenüber zivilgesellschaftlichen Organisationen ab, so dass es diesen Organisationen schwerer fällt, universalistische normative Inhalte in den Prozess juristischer Entscheidungsfindung mit einfließen zu lassen. Dabei bleibt hervorzuheben, dass Kirchen, Wohlfahrtsverbände, Gewerkschaften, Juristenorganisationen etc. nicht nur als Teil der Zivilgesellschaft zu begreifen sind, sondern als Vermittlungssphäre zwischen Zivilgesellschaft einerseits und der machtgesteuerten Bürokratie andererseits.

#### 4.1 Vom Fremdenrecht zum Ausländerrecht

Auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1973 kam es zur inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem »klassischen« deutschen Fremdenrecht (die Weimarer Reichsverfassung kannte nur Deutschenrechte), die zu einer nachhaltigen Statusverbesserung für die ausländische Bevölkerung führte. Vorausgegangen war eine seit dem Ende der sechziger Jahre an Intensität zunehmende Kritik von Kirchen, Wohlfahrtsverbänden, der Humanistischen Union, Menschenrechtlern, liberalen Juristen und Bürgerinitiativen am AuslG 1965, die im März 1970 schließlich zu einem sogenannten »Alternativentwurf 70« geführt hatte.<sup>28</sup> Insofern konnte auch der konservative Josef Isensee auf der Staatsrechtslehrertagung 1973 bezüglich des Ausländerrechts folgern, dass die »Selbstverständlichkeiten des herkömmlichen Rechtsverständnisses (...) abgeräumt (sind).«<sup>29</sup> Ohne tiefer auf die Diskussion der Tagung einzugehen, setzte sich schließlich die Position von Isensee durch. Josef Isensee befürwortete zwar nicht die politischen Rechte für MigrantInnen, er drang aber – entlang des Selbstverständnisses der Mehrheit der Staatsrechtler zum Ende der sechziger und zum Beginn der siebziger Jahre – auf eine stärkere rechtsstaatliche Einbindung des Ausländerrechts, um das überkommene deutsche Fremdenrecht – zumindest in Ansätzen – mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen.<sup>30</sup>

28 Vgl. dazu Franz, Fritz, Alternativentwurf '70 zum Ausländergesetz '65, in: ZRP (2) 1970, 29–33.

29 Isensee, Josef, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland. 2. Mitbericht von Professor Dr. Josef Isensee, in: Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer vom 3. – 6. 10. 1973, Heft 32, Berlin/New York 1974, S. 49–101 (S. 51).

30 Vgl. dazu auch die Artikel in der Zeitschrift »Die Öffentliche Verwaltung« (11/12) von 1973. Vgl. Zuleeg, Manfred, Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland. Menschen zweiter Klasse?, in: DÖV (11/12) 1973, S. 361–370, vgl. Dolde, Klaus-Peter, Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland. Zur Beteiligung von Ausländern am politischen Willensbildungsprozess, in: ebd., S. 370–376. Strittig war in dieser Ausgabe, die sich vor allem mit der Rechtsstellung von Ausländern in Deutschland beschäftigte, nicht die notwendige rechts- und sozialstaatliche Einbindung, sondern lediglich das Ausmaß an politischen Rechten, die sich aus der Verfassung für diese Gruppe ergeben würden.



## 4.2 Juristischer Diskurs und Gerichtsentscheidungen bis Anfang der achtziger Jahre

Während spätestens zum Ende der sechziger und zu Beginn der siebziger Jahre eine breite Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des bundesdeutschen Ausländerrechts einsetzte, zeigt die Entscheidungspraxis der Gerichte, dass bis Ende der siebziger und Anfang der achtziger Jahre einige Aspekte dieses Diskurses berücksichtigt wurden, dies jedoch nur zu vorsichtigen Änderungen führte. Hierbei haben vor allem das Bundesverfassungsgericht (bezüglich aufenthaltsrechtlicher Gesichtspunkte) und die Sozialgerichte (bezüglich versicherungsrechtlicher Gesichtspunkte) den rechtlichen Status von MigrantInnen verbessert, während die Verwaltungsgerichtsbarkeit – vor allem das Bundesverwaltungsgericht – den Ermessensspielraum der Ausländerverwaltung weiterhin relativ weit offen gehalten hat und weiterhin hält.

### 4.2.1 Zum Bundesverwaltungsgericht

Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) sind insofern relevant, da Entscheidungen des BVerwG nicht als Einzelfallentscheidungen zu begreifen sind. De jure sollten zwar Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit nur zwischen den Prozessparteien eine bindende Wirkung besitzen (§ 121 VwGO). In der Praxis entfalten die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts aber eine allgemeine Bindungswirkung, durch die das Handeln der Verwaltungen nicht nur koordiniert und vereinheitlicht wird, sondern durch die Rechtsprechung des BVerwG wird auch der Bereich der richterlichen Normierung – entgegen § 121 VwGO – ausgeweitet.<sup>31</sup>

Eine der zentralen Entscheidungen des BVerwG zur Frage, wann eine Einwanderung vorliegen würde, wurde vom BVerwG wie folgt definiert:

»Der Begriff der Einwanderung erfordert (...) nach heutiger zeitgemäßer Anschauung nicht, dass keine Hoffnung oder Absicht besteht, irgendwann in die Heimat zurückzukehren. Es brauchen nicht gleichsam alle Brücken dorthin abgebrochen zu sein. Eine Einwanderung kann schon vorliegen, wenn die Niederlassung in einem ausländischen Staat für längere Zeit erfolgen soll.«<sup>32</sup>

Diese Formulierung mag vor dem Hintergrund der Selbstbeschreibung der Bundesrepublik als ein Nicht-Einwanderungsland progressiv erscheinen, wird doch vom BVerwG damit zum Ausdruck gebracht, dass Einwanderung in die Bundesrepublik durchaus stattfinden würde. Jedoch zeigt sich, dass dieser Begriff der »Einwanderung« dazu dient, in Verbindung mit der Selbstbeschreibung der Bundesrepublik als Nicht-Einwanderungsland einer Verfestigung von Aufenthaltstiteln von MigrantInnen entgegenzuwirken. Denn so orientierte sich der Entscheidungsduktus des BVerwG – in Anlehnung an das deutsche Fremdenrecht – daran, dass der Aufenthaltstitel der MigrantInnen an den »Belangen« der Bundesrepublik Deutschland gemessen werden müsse. So entschied das Gericht am 29. 8. 1972 bezüglich einer beantragten Verlängerung eines seit 1961 als Hilfsarbeiter im Bausektor beschäftigten türkischen MigrantInnen, dass die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis um sechs Jahre (damit er die Voraussetzungen für die Arbeiterrente erfüllen konnte) nicht gewährt werden

<sup>31</sup> Vgl. Meyer-Hentschel, G., Das Bundesverwaltungsgericht als Koordinator der öffentlichen Verwaltung, in: DÖV (16) 1978, S. 596–601.

<sup>32</sup> BVerwG vom 29. 8. 1972 – I B 51.72 –, DÖV (11/12) 1973, S. 414.

müsse, weil der Kläger sonst einwandern würde. Die Bundesrepublik sei aber »wegen ihrer hohen Bevölkerungsdichte und ihrer hochindustrialisierten Wirtschaftsstruktur kein Einwanderungsland.«<sup>33</sup> Somit habe die Ausländerbehörde entsprechend ihres Ermessens gehandelt und dem Kläger aufgrund der »Belange« der Bundesrepublik Deutschland zu Recht die Verlängerung verweigert.<sup>34</sup>

Deutlich wird anhand dieser Entscheidung, dass das BVerwG den Ermessensspielraum der Verwaltung sehr weit fasst, da es darauf hinweist, dass auch aus »dem Grundsatz von Treu und Glauben«<sup>35</sup> (Vertrauensschutz) dem Kläger keine Rechte erwachsen würden, da nach § 8 I AuslG (a. F.) Ausländern, die sich seit mindestens fünf Jahren in der Bundesrepublik rechtmäßig aufhalten, die Erlaubnis zum Aufenthalt als Aufenthaltsberechtigung erteilt werden kann.

#### 4.2.2 Zum Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in mehreren Entscheidungen zur Klärung materiell-rechtlicher und formeller Fragen geäußert. Im sogenannten Palästinenser-Beschluss (BVerfGE 35, 382) setzte das Gericht neue Maßstäbe für die Anordnung und die gerichtliche Überprüfung des Sofortvollzugs einer Ausweisung. In dem betreffenden Fall ging es um die Sofortausweisung von arabischen Studenten im Gefolge des Anschlags auf die olympischen Spiele in München 1972. Das Bundesverfassungsgericht insistierte jedoch darauf, dass ein Sofortvollzug auf Verdacht hin mit dem Rechtsstaatsprinzip<sup>36</sup> sowie mit der Forderung nach angemessenem Rechtsschutz nicht vereinbar sei.

Eine weitere – wenn auch erneut vorsichtige – Einschränkung des Ermessensspielraums der Verwaltung wurde ebenfalls in den siebziger Jahren getroffen. Hierbei ging es um die Nichtverlängerung der Aufenthaltsgenehmigung eines seit mehreren Jahren rechtmäßig in Deutschland lebenden Ausländers – der »in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht weitgehend eingegliedert«<sup>37</sup> war. An der Entscheidung wird deutlich, dass zwar die vom Kläger ebenfalls angegriffene Regelung über die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis für Ausländer (§ 2 I 2 AuslG 1965 sowie § 7 II 2 AuslG 1965) für mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar erklärt wurde, jedoch sei, so das Gericht, bei »der Entscheidung über die weitere Verlängerung einer wiederholt befristeten Aufenthaltserlaubnis (...) das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Gebot des Vertrauensschutzes zu beachten.«<sup>38</sup> Ausdrücklich war das Verfassungsgericht der Ansicht, dass es in Hinblick auf den Vertrauensschutz unbeachtlich ist, dass Deutschland kein Einwanderungsland sei.

<sup>33</sup> BVerwG v. 29. 8. 1972, DÖV (11/12) 1973, S. 414.

<sup>34</sup> Auch sah das Gericht aufgrund des deutsch-türkischen Abkommens von 1964 bezüglich der Altersrente keine Probleme, da dem Kläger dem Abkommen entsprechend die Rechte aus seinen Beiträgen auch bei der Rückkehr in die Türkei nicht verloren gehen würden (vgl. ebd.).

<sup>35</sup> BVerwG v. 29. 8. 1972, DÖV (11/12) 1973, S. 414.

<sup>36</sup> Zum Rechtsstaatsprinzip: »Dieses Prinzip verlangt zunächst, dass den Einzelnen belastende hoheitliche Eingriffe eine hinreichend klare gesetzliche Grundlage haben müssen und dass hierbei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angemessen berücksichtigt wird« (BVerfGE 35, 382 [400]). Ausdrücklich verweist das Gericht darauf, dass die Frage, ob »alle Vorschriften des Ausländergesetzes diesen Anforderungen genügen, (...) nicht entschieden zu werden (braucht) (ebd.).

<sup>37</sup> BVerfGE 49, 168 (169).

<sup>38</sup> BVerfGE 49, 168 (168).

Aufgrund der verschärften ökonomischen Situation nach 1973 konnte nicht mehr von einer Verbesserung der Arbeitsmarktlage ausgegangen werden. Die Arbeitsverwaltung versuchte nun mit den administrativen Werkzeugen der sechziger Jahre, arbeitslose Ausländer zunächst vom Arbeitsmarkt zu entfernen und somit auch ihr Aufenthaltsrecht auszuhöhlen. Allerdings verdeutlicht die Kritik der Sozialgerichte und des Bundessozialgerichts, dass diese administrative Praxis nicht aufrechtzuerhalten war: So verurteilte das Sozialgericht Gießen 1976 das Arbeitsamt Wetzlar zur Zahlung der Arbeitslosenhilfe an eine Ausländerin, obwohl diese keine Arbeitserlaubnis mehr besaß und das Arbeitsamt die Verfügbarkeit verneint hatte.<sup>39</sup> Am 27. 1. 1977 entschied das Bundessozialgericht, dass die Arbeitsverwaltung die Verfügbarkeit von Ausländern für den deutschen Arbeitsmarkt auch dann annehmen müsse, wenn sie gegenwärtig keine Arbeitserlaubnis besitzen würden.<sup>40</sup>

Auch verwarf Ende der siebziger Jahre die Bundesregierung aufgrund der Kritik der Sozialgerichte – und wohl auch aus Angst, vor dem Bundessozialgericht zu unterliegen – die restriktive Nachzugsregelung (Familiennachzug) und ersetzte sie durch den Runderlass der Bundesanstalt für Arbeit vom 28. 5. 1979 durch die sog. Wartezeitregelung.<sup>41</sup>

Insofern zeigt sich in der Rechtsprechung der Sozialgerichte in den siebziger Jahren, dass sie anderen Rationalitätskriterien unterliegt als die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. Weil das Sozialversicherungsprinzip weitgehend – die wichtigste Ausnahme stellt der Begriff »gewöhnlicher Aufenthalt« (§ 30 SGB I) dar – staatsangehörigkeitsneutral und am Kausalprinzip<sup>42</sup> ausgerichtet ist, erlaubt dieses Politikfeld eher eine an universalistischeren Kriterien orientierte Rechtsprechung als das Ausländerrecht, das explizit darauf angelegt ist, zwischen Staatsangehörigen und Nicht-Staatsangehörigen zu unterscheiden.

Jedoch kann auch anhand der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit aufgezeigt werden, dass der Terminus »gewöhnlicher Aufenthalt« vor allem für Ausländer (allerdings auch für Deutsche) Probleme verursachen kann, zumal dieser Begriff in den verschiedenen Bereichen der Sozialversicherung (GKV, GPfIV, ALV, RV) unterschiedliche Folgen haben kann.

In der Rechtsprechung zum »gewöhnlichen Aufenthalt« wird deutlich, dass es das BSG abgelehnt hat, einen »gewöhnlichen Aufenthalt« immer dann anzunehmen, wenn sich ein Ausländer länger als sechs Monate in der Bundesrepublik aufgehalten hat. Nach Ansicht von kritischen Juristen hätte aber eine »solche Auslegung schon deshalb nahegelegen, weil diese zeitliche Grenze in der Abgabenordnung enthalten ist und der Gesetzgeber den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts aus dem Steuerrecht unverändert ins Sozialrecht übernehmen wollte (. . .) dabei hätte es gerade nahegelegen

39 Vgl. dazu das Urteil des Sozialgerichts Gießen in: Kritische Justiz (3) 1976, S. 306–311.

40 Vgl. BSGE 43, 153.

41 Vgl. Huber, Bertold/Unger, Klaus, Politische und rechtliche Determinanten der Ausländerbeschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hoffmann-Nowotny, Hans-Joachim/Hondrich, Karl-Otto (Hrsg.), Ausländerbeschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland und in der Schweiz, S. 124–194 (S. 150–169). Dazu kam auch die Einsicht, dass dauerhaft in Deutschland wohnende ausländische Jugendliche ohne Arbeitserlaubnis zum Zuwachs der Schattenökonomie und zur Zunahme der Kriminalität führen könnte.

42 Kausalitätsprinzip: Beitragszahlungen begründen Ansprüche. Allerdings sind im Sozialrecht weitere Prinzipien vertreten (in der Rente z. B. das Äquivalenzprinzip = Beziehung zwischen Beitragsleistung und Transferzahlung) oder teilweise auch das dem Kausalitätsprinzip widersprechende Finalprinzip, so etwa dann, wenn bei Maßnahmen der Rehabilitation Leistungen unabhängig davon gewährt werden, ob die Behinderung angeboren oder auf einer Erkrankung oder einem Unfall beruht (vgl. Bäcker, Gerhard u. a. (Hrsg.), Sozialpolitik und soziale Lage in der Bundesrepublik Deutschland, Band II, Köln 1989, S. 142).

(...) die Sechsmonatsgrenze auf Ausländer – jedenfalls im Regelfall – anzuwenden, da nach sechs Monaten tatsächlich ein wichtiger ausländerrechtlicher Einschnitt liegt. So können Besuchs- und Touristenvisa nur bis zu maximal sechs Monaten verlängert werden (§ 13 Abs. 2 AuslG).<sup>43</sup>

Zwar kann anhand der Rechtsprechung der Sozialgerichte und des Bundessozialgerichts aufgezeigt werden, dass die Rechtsprechung eher am Sozialversicherungsprinzip orientiert ist, jedoch die ›Sollbruchstelle‹ zugunsten ausländerrechtlicher Vorschriften der § 30 SGB I (gewöhnlicher Aufenthalt) ist. In der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sind unterschiedliche Interpretationen zum gewöhnlichen Aufenthalt enthalten, weil das Bundessozialgericht der Ansicht ist, dass mit unterschiedlichen Sozialleistungen unterschiedliche Zwecke verfolgt werden. So stellt der Ausschluss der Asylbewerber vom Kindergeld lediglich dann eine ›gute Begründung‹ dar, wenn unterstellt wird, dass mit dem Kindergeld auf die demographische Entwicklung in der Bundesrepublik hingewirkt werden soll und bei Kindern von Asylbewerbern die Verbleibedauer unklar ist.<sup>44</sup> Auch Versuche seitens der Leistungsträger der GKV lassen erkennen, Familienangehörige von Flüchtlingen und Asylbewerbern aus dem Kreis der Versicherten auszuschließen, da diese ihren »gewöhnlichen Aufenthalt« nicht in Deutschland hätten. Zwar haben sich viele Jahre Krankenkassen und Sozialgerichte an die entgegengesetzte Entscheidung des Bundessozialgerichts gehalten, jedoch versuchen seit Anfang der neunziger Jahre die Krankenkassen erneut, diese Familienangehörigen vom Kreis der Anspruchsberechtigten auszuschließen. Hier kann auch auf eine Entscheidung des Sozialgerichts Aachen verwiesen werden, das sich der Ansicht der Krankenkasse (AOK) anschloss.<sup>45</sup> Anhand der Sachlage aber, dass unterinstanzliche Gerichte »teilweise dem Druck, den einige Krankenkassen ausüben (erliegen),«<sup>46</sup> kann die Dominanz des Funktionssystems »Wohlfahrtsbürokratie«, die sich zu Lasten (relativ) autonomer juristischer Entscheidungspraxis durchsetzt, verdeutlicht werden.

Zwar braucht das ›Mitglied‹ des (universalistischen) Wohlfahrtsstaates nicht mehr deckungsgleich mit dem Inhaber der Staatsbürgerschaft zu sein; gleichwohl glaubt die nationalstaatlich verfasste Wohlfahrtsbürokratie, gezwungen zu sein, selbstreferentiell in Kategorien wie Raum und Zeit (demografische Entwicklung innerhalb eines Territoriums etc.) zu denken, und kann damit je nach politischer und fiskalischer Situation den Kreis der Anspruchsberechtigten variabel halten. Auch wenn es einen Unterschied macht, ob die betreffenden Regelungen von der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder von der Sozialgerichtsbarkeit überprüft werden, zeigt sich, dass die

43 Schlicker, Michael, Diskriminierung von Ausländern im Bereich der sozialen Sicherheit mit rechtlichen Mitteln – zugleich Anmerkungen zum Begriff des »gewöhnlichen Aufenthalts«, in: Barwig, Klaus u. a. (Hrsg.), Vom Ausländer zum Bürger. Problemanzeigen im Ausländer-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht. Festschrift für Fritz Franz und Gert Müller, Baden-Baden 1994, S. 531 ff. (S. 532).

44 In BSGE 63, 47, wird darauf hingewiesen, dass Asylbewerber, die aufgrund der Verhältnisse in ihrem Heimatland nicht abgeschoben werden können und auf »unabsehbare Zeit nicht in ihr Heimatland abgeschoben werden können«, ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. Dies gelte – so der Senat – auch unabhängig von dem Motiv des Gesetzgebers, der das »Aufziehen eines Kindes (als) einen Beitrag zur künftigen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Existenz der Gesellschaft in unserem Staat« (BSGE 63, 47 [51]) begreift, da der gewöhnliche Aufenthalt ausschlaggebend für den Bezug des Bundeskindergeldes ist.

45 Vgl. Schlicker (Fn. 43), S. 531 ff. (vor allem S. 537 ff.).

46 Ebd., S. 539. Schlicker (Fn. 43), weist darauf hin, dass der »Ausschuss für Gesundheit« des Deutschen Bundestages zwar eine Empfehlung ausgesprochen hat, derzufolge die Voraussetzungen für eine Familienversicherung erhöht werden sollten. So war geplant, dass nur noch Familienangehörige, die eine Aufenthaltsberechtigung oder eine Aufenthaltserlaubnis haben, sich seit mindestens 24 Monaten rechtmäßig in Deutschland aufhalten oder seit 24 Monaten geduldet werden, zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehören sollten. Da jedoch der Gesundheitsausschuss des Bundesrates die Nichtannahme des Beschlusses empfohlen hatte, setzte sich die Änderung des § 10 SGB V nicht durch.

wohlfahrtsstaatlichen Angehörigkeitsbeziehungen durch ausländerpolitische und ausländerrechtliche Kriterien unterhöhlt sind.

#### 4.4 Entscheidungen des BVerfG und der Verwaltungsgerichtsbarkeit seit den achtziger Jahren

Die seit der ›Ölkrise‹ verschärfte Diskussion um eine Begrenzung des Familiennachzugs, die schließlich auch durch Ministererlasse umgesetzt wurde, ist vom Verfassungsgericht (BVerfGE 76, 1) grundsätzlich akzeptiert worden. Die juristische Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann dahingehend zusammengefasst werden, dass der Grundrechtsschutz des Art. 6 GG – ein Menschenrecht – geringer ausfällt als bei Deutschen (und ihnen gleichgestellten Ausländern) und dass der »Beschluss (...) grundlegende Aussagen zur Kontrolldichte verfassungsrechtlicher Entscheidungen (enthält). Das Gericht überlässt das Feld weithin der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt.«<sup>47</sup> Indem das Bundesverfassungsgericht zahlreiche politische Einschätzungen der Gesetzgeber und der Exekutive teilt (Zuzugsbeschränkungen aufgrund der wirtschaftlichen Situation in Deutschland etc.), überlässt es die Konkretisierung der Ausländerpolitik der Exekutive.

Zwar sind die ausländerrechtlichen Entscheidungen des Gerichts nicht immer einstimmig ergangen, jedoch haben die dissentierenden Richter in diesen Entscheidungen noch *nicht von der Möglichkeit eines Minderheitsvotums* Gebrauch gemacht. Lediglich im Bereich der *Asylrechtsprechung* wurden mit der Zunahme der politischen Auseinandersetzung um die Reichweite des Begriffs »politisch Verfolgter«, der »Flughafenregelung« und der Einordnung bestimmter Länder als »sichere Herkunfts-, bzw. sichere Drittländer« Minderheitenvoten verfasst.<sup>48</sup> Allerdings muss hier darauf hingewiesen werden, dass die Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des sog. Asylkompromisses zwar nicht einstimmig ausfiel, jedoch *keiner* der dissentierenden Richter ein Minderheitsvotum verfasst hat. Zwar bedeutet dies nicht, dass ein Minderheitsvotum zwingend ›liberaler‹ ausfallen könnte, es verweist aber auf eine an der Staatsräson orientierte Entscheidungspraxis des Gerichts, den juristischen Diskurs in diesem Politikfeld nicht durch Minderheitenvoten ›anzuheizen‹.

Auch anhand einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus den frühen achtziger Jahren kann aufgezeigt werden, dass der exekutive Spielraum stets weit gefasst wird. So wurden vom Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die Nachzugsrichtlinien stets auf die Unfähigkeit der Bundesrepublik hingewiesen, alle an einem längeren oder dauerhaften Aufenthalt in Deutschland interessierten Ausländer aufzunehmen.<sup>49</sup> Es entspreche einem »gewichtigen öffentlichen Interesse«, ein Anwachsen der ausländischen Bevölkerung durch weitere Einwanderung »einzudämmen.«<sup>50</sup>

Anhand von zwei ausgewählten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts soll die Argumentation dieses Gerichts untersucht werden:

So wurde vom BVerwG 1982 ein griechischer Staatsangehöriger wegen des Bezugs von Sozialhilfe mit der Begründung ausgewiesen, dass die »weitere Anwesenheit eines Ausländers (...) grundsätzlich die Belange der Bundesrepublik Deutschland (...)

47 Zuleeg, Manfred, Öffentliche Interessen gegen Familiennachzug – Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. 5. 1987 – 2 BvR 1226/83 u. a. –, in: DÖV (14) 1988, S. 587–595 (S. 594).

48 Vgl. dazu BVerfGE 94, 115; BVerfGE 93, 248.

49 Vgl. BVerwGE 65, 188.

50 Vgl. BVerwGE 70, 124.

(beeinträchtigt), wenn zu erwarten ist, dass er seinen Lebensunterhalt auf Dauer nicht ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfe bestreiten kann.«<sup>51</sup> Zwar verweist das Gericht auf das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA), demzufolge eine Vertragspartei keinen Angehörigen einer anderen Vertragspartei allein aus dem Grund der Hilfsbedürftigkeit ausweisen dürfe. Ausdrücklich verwirft das BVerwG die für den Kläger günstigere Interpretation des EFA: »Der insoweit in der Literatur vertretenen gegenteiligen Auffassung (...) kann nicht beigepflichtet werden.«<sup>52</sup> Nicht ohne sozialpolitische Brisanz kann auch die folgende Formulierung des Senats verstanden werden: denn es ist »unbedenklich, (...) in der nach § 10 Abs. 1 Nr. 10 AuslG einen Ausweisungsgrund bildenden Mittellosigkeit einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung zu erblicken«<sup>53</sup> – auch wenn das Gericht (immerhin) eingesteht, dass »der Sozialhilfebezug ein legales Verhalten darstellt.«<sup>54</sup>

Auch anhand einer Entscheidung aus den neunziger Jahren (1993) – Griechenland war seit 12 Jahren EG-Mitglied – wird deutlich, dass funktionale Aspekte für Gerichtsentscheidungen eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Hier handelte es sich um die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG an einen 1936 geborenen und seit 1960 in Deutschland lebenden Griechen, der zwischen 1966–1976 mit einer Deutschen verheiratet war und seitdem von ihr geschieden war. Der seit Oktober 1978 arbeitslose Kläger erhielt seit September 1981 ausschließlich Sozialhilfe. Die Argumentation des Gerichts lautet wie folgt:

»Das aus seinem (dem Kläger, Anm. O. K.) Alter herzuleitende gesteigerte Interesse an einem weiteren Verbleib im Bundesgebiet wird dadurch relativiert, dass er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bis zum 24. Lebensjahr die ihn prägenden Jahre der Schul- und Berufsausbildung in Griechenland verbracht hat, daher mit den dort herrschenden Verhältnissen noch hinreichend vertraut ist und keine sprachlichen Schwierigkeiten bei einer Rückkehr in seinen Heimatstaat zu erwarten hat (...). Eine soziale Existenz wird der Kläger aber auch in seinem Heimatstaat finden können, weil er im Falle einer Aufenthaltsbeendigung nicht in völlig fremde Umgebung, sondern in seinen Heimatstaat zurückkehren kann.«<sup>55</sup>

Anhand dieser Entscheidung kann deutlich gemacht werden, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit den Behörden einen breiten Ermessensspielraum zugesteht, zumal sich selbst in diesem Fall – bei der Frage nach dem Vorliegen einer vom Regelfall abweichenden Ausnahme (§ 7 AuslG 1990) – das Ermessen nicht auf Null reduziert hat. Denn dem Gericht zufolge stellt der »Sozialhilfebezug (...) auch bei Vorliegen eines Ausnahmefalls angesichts der seit Jahren steigenden Sozialhilfelasten der Kommunen und des relativ hohen Ausländeranteils an den Sozialhilfeleistungen ein nicht gering zu veranschlagendes Gewicht«<sup>56</sup> bei der Entscheidungsfindung dar.

Darüber hinaus ist zu betonen, dass die Ausweisung arbeitsloser EU-Bürger ein rechtliches Problem darstellt, das hier nur kurz skizziert werden kann: Einige Autoren verweisen diesbezüglich auf Entscheidungen bundesdeutscher Verwaltungsgerichte, in denen Kriterien entwickelt wurden, wann ein EG-Bürger nicht mehr als Arbeitnehmer zu verstehen sei. Während Gisbert Brinkmann darauf insistiert, dass das Erlöschen der Arbeitnehmereigenschaft kumulativ zu begreifen ist,<sup>57</sup> werden diese

51 BVerwGE 66, 29 Leitsatz Nr. 1.

52 BVerwGE 66, 29 (33).

53 BVerwGE 66, 29 (37).

54 BVerwGE 66, 29 (37).

55 BVerwGE 94, 35 (47 f.).

56 Kemper, Gerd-Heinrich, Die Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis wegen Sozialhilfebezugs, in: Barwig, Klaus u. a. (Hrsg.), Ausweisung im demokratischen Rechtsstaat. Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 1995, Baden-Baden 1996, S. 147 ff. (S. 153).

57 Vgl. Brinkmann, Gisbert, Beendigung des Aufenthalts von EG-Bürgern, in: Barwig (Fn. 56), S. 155–184

Voraussetzungen von den anderen Verwaltungsgerichten und von den Ausländerbehörden *alternativ* verstanden. Dies hat zur Folge, dass das »Erlöschen der Arbeitnehmereigenschaft zu früh bestimmt wird.«<sup>58</sup> Somit wird im Kern EU-Ausländern, die das *Recht auf Freizügigkeit aufgrund ihres Status als Arbeitnehmer/Erwerbstätige* besitzen, unter Verweis auf ihre vielfach gebrochenen Erwerbsbiographien dieser Status entzogen. Mangelnde Sprachkenntnisse und die Berücksichtigung des »öffentlichen Interesses« wirken sich dabei noch verschärfend aus.<sup>59</sup> Weil sich das AufenthG/EWG auch auf das allgemeine Ausländergesetz bezieht, besteht somit die Möglichkeit, Gemeinschaftsrecht zu umgehen.<sup>60</sup>

### 5. Juristischer Diskurs, richterliche Entscheidungspraxis, exekutiver Spielraum und politische Praxis: Zur politikfeldspezifischen Wahrnehmung rechtlicher und sozialer Probleme

In den bisher untersuchten Gerichtsentscheidungen hebt sich trotz – oder gerade wegen – der zunehmenden Internationalisierung auf den Gebieten der Ökonomie und denen des Rechts die nationalstaatliche Perspektive hervor. Die aufgeworfene Frage nach der relativen Autonomie des Rechts und der Rolle der Justizbürokratie kann nunmehr beantwortet werden. So wird die politische Praxis von den Gerichten wie von den am juristischen Diskurs beteiligten Akteuren deutlich wahrgenommen: Denn es spielten die politischen Erwägungen zur Zuwanderungsbegrenzung bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Familiennachzug eine nicht unerhebliche Rolle. Aber auch die am juristischen Diskurs beteiligten Akteure sind keineswegs unabhängig von – letztendlich auch nationalstaatlich zu begreifenden – politischen Erwägungen. Deutlich wird dies z. B. an den Publikationen von Kay Hailbronner<sup>61</sup> auf dem Gebiet des Ausländerrechts. Hailbronner kann – neben zahlreichen anderen Juristen – als ein wichtiger Beteiligter am juristischen Diskurs begriffen werden. In seinen Publikationen, auf die in Entscheidungen der Verwaltungsgerichte entweder explizit oder implizit Bezug genommen wird, zeigt sich die oben bereits erwähnte politikfeldspezifische Wahrnehmung des Ausländerrechts als Gefahrenabwehrrecht. In seinen Schriften zur Freizügigkeit von türkischen Staatsangehörigen vertrat er nicht nur die Auffassung, dass die Einräumung von Freizüchtigkeitsrechten an Drittstaater nicht zur Kompetenz nach Art. 238 EWG-Vertrag

(S. 170): So würde einer Entscheidung des VGH Mannheims zufolge die Arbeitnehmereigenschaft eines EG-Bürgers dann erlöschen, wenn er »ohne dauerhaft arbeitsunfähig zu sein, arbeitslos sowie auf Dauer nicht mehr vermittelbar (sei) und keine Ansprüche auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung mehr bestehen« würden (InfAuslR 1989, S. 188, zitiert nach: Brinkmann ebd.). Während eine Addition der einzelnen Voraussetzungen das Erlöschen der Arbeitnehmereigenschaft sehr hoch ansetzen würde, käme eine *alternativ*-verstandene Auslegung des Gerichtsurteils zu dem Schluss, dass bereits das Vorliegen einer der Voraussetzungen zum Erlöschen der Arbeitnehmereigenschaft führen würde.

<sup>58</sup> Brinkmann (Fn. 57), S. 155–184 (S. 170, Anm. 87).

<sup>59</sup> Dem Autor liegen mehrere Bescheide von Ausländerbehörden vor, die dies bestätigen und die er von Mitarbeitern von Migrationsdiensten erhalten hat. Eine ähnliche – öffentlich zugängliche – Argumentation findet sich auch in der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Oldenburg vom 9. 12. 1999 (Az. 11 B 4204/99 –, NdsVBl. 2000, 255). Nicht berücksichtigt wird bei zahlreichen Bescheiden, dass zum Begriff des »öffentlichen Interesses« auch der Grundrechtsschutz für Ausländer, das Rechtsstaatsprinzip sowie gemeinschaftsrechtliche und völkerrechtliche Verpflichtungen gehören (vgl. Kanein/Renner, Ausländerrecht. Kommentar, München 1993, § 45, Rz. 14).

<sup>60</sup> »Jedoch werden dem Gesetzgeber die Prinzipien des Gemeinschaftsrechts nicht deutlich, vielmehr wird das System des allgemeinen Ausländerrechts zugrunde gelegt.« (Brinkmann (Fn. 57), S. 155–184 (S. 184).

<sup>61</sup> Kay Hailbronner vertrat die CDU/CSU/FDP-Bundesregierung während der Verhandlungen zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des sogenannten Asylkompromisses.

gehören würde und somit eine Sache der Mitgliedsstaaten sei, sondern er verwies auch auf die schwierigere Arbeitsmarkt- und Wirtschaftssituation in Deutschland und in der EU, so dass die Vertragsgrundlage des internationalen Abkommens weggefallen wäre.<sup>62</sup> Diese an der völkerrechtlich höchst fragwürdigen Figur der »*clausula rebus sic stantibus*«<sup>63</sup> orientierte Argumentation wird darüber hinaus negativ mit der hohen Geburtenrate türkischer Staatsbürger und der Bedeutung des Familiennachzugs in Zusammenhang gebracht.<sup>64</sup> Insofern folgert Rolf Gutmann zu Recht, dass, wer »den Erwägungen Hailbronners als Richter folgte (...), sich darüber im klaren sein (musste), dass sie zumindest strittig waren, als sie das Recht der Assoziation als nicht zum Recht der Europäischen Gemeinschaft gehörend einordneten. Das aber sprach nicht gegen, sondern für die Notwendigkeit, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs (...) einzuholen.«<sup>65</sup>

Auch setzte sich nach der Entscheidung vom 20. 9. 1990 die Ansicht des EuGH, dass das Assoziationsabkommen als unmittelbar geltendes Recht betrachtet werden muss und dem nationalen Ausländerrecht Grenzen setzt, nicht nur schleppend durch, sondern der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg vertrat nach der Entscheidung des EuGH explizit eine andere Auffassung:

»Die eher beiläufig geäußerte und die Entscheidung nicht tragende Erwägung rechtfertigt nicht die Annahme, der Europäische Gerichtshof entnehme den erwähnten arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Assoziationsratsbeschlusses Nr. 1/80 ein originäres Aufenthaltsrecht, das die Bestimmungen des nationalen Ausländergesetzes in zentralen Bereichen suspendiere und überlagere.«<sup>66</sup>

Würde der Pluralität des juristischen Diskurses gefolgt, wäre z. B. eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Dass aber die Verwaltungsgerichtsbarkeit bezüglich des Ausländerrechts der Politik zu folgen hat, ist eine von einigen Verwaltungsjuristen offensiv vertretene Ansicht: Denn wenn, so die Argumentation, der Gesetzgeber den Behörden einen breiten Ermessensspielraum zugestanden hat, ist es »nicht Sache der Gerichte (...), die gesetzlich nicht ausgeformte Ausländerpolitik im Wege der Gesetzesauslegung und Ermessensprüfung zu bestimmen.«<sup>67</sup> Zwar kann hier nur hervorgehoben werden, dass richterliche Zurückhaltung gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber als ein hohes Gut zu betrachten ist, jedoch ist es gerade die Aufgabe der Verwaltungsgerichte, staatliches – vor allem exekutives – Handeln entsprechend den Grundsätzen der Verfassung und internationalem Recht zu kontrollieren und nötigenfalls zu korrigieren. Zwar hat der Gesetzgeber sein Votum zum Ausländergesetz gegeben, hier jedoch als Verfechter der Parlaments-souveränität aufzutreten, ist höchst problematisch: Denn diese Argumentation übersieht, dass a) das Ausländerrecht sich durch eine starke Stellung der Ministerialbürokratien des Bundes und der Länder (Verwaltungsvorschriften, Erlasse) auszeichnet,

62 Vgl. Hailbronner, Kay, Die Freizügigkeit türkischer Staatsangehöriger nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei, in: EuR (Heft 1) 1984, S. 54–83.

63 Die »Klausel der unveränderten Umstände« ist zwar in Art. 62 der Wiener Konvention festgelegt, widerspricht jedoch dem völkerrechtlichen Grundsatz »*pacta sunt servanda*«. Von daher kann eine einseitige Auflösung der Verträge aufgrund der *c. r. s. s.* als ein Akt gegen das Völkerrecht bezeichnet werden. Vgl. dazu Kaufmann, Erich, Das Wesen des Völkerrechts und die *Clausula rebus sic stantibus*, Berlin 1964.

64 Vgl. Hailbronner (Fn. 62), S. 54 ff.

65 Gutmann, Rolf, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger. Ihre Entdeckung und ihr Inhalt, Baden-Baden 1996, S. 21 f.

66 VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 6. 5. 1991 – 1 S 2084/90 –, InfAusR 1991, 221, zitiert nach Gutmann (Fn. 65), S. 41 f.

67 Heinrich, Herbert, Einwanderung und Begrenzung des Ausländerzuzugs in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Fürst, Walther u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1, Berlin/New York 1987, S. 981 ff. (S. 985).



deren ›Regelungswut‹ am Parlament vorbeigeht, und b) den Ausländerbehörden die Verwirklichung der Ausländerpolitik überlässt.<sup>68</sup>

### 5.1 *Selektivität der Entscheidungspraxis contra Pluralität des juristischen Diskurses*

Während zu Beginn der siebziger Jahre auf der Staatsrechtslehrrtagung ein juristischer Diskurs etabliert werden konnte, der – wenn auch mit großer Zurückhaltung – vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 49, 168) aufgenommen wurde und Auswirkungen auf die Verwaltungsvorschriften und die Rechtsprechung besaß, entwickelte sich zwar der juristische Diskurs zugunsten einer Liberalisierung des Ausländerrechts fort, jedoch ohne in der Rechtsprechung der Ober- und Bundesgerichte in richterliche Entscheidungspraxis zu kulminieren. So zeigen die Beschlüsse in der »Abteilung Ausländerrecht« des Deutschen Juristentages vom 16. bis 19. 9. 1980 in Berlin, dass – trotz einiger Gegenstimmen – die:

›Gestaltung und Anwendung des Ausländerrechts zu berücksichtigen (habe), dass Ausländer mit zunehmender Dauer ihres rechtmäßigen Aufenthalts – auch im Bereich der ›Deutschen-Grundrechte‹ der Berufsfreiheit und der Freizügigkeit – im Rahmen des Art. 2 I GG in Verbindung mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit sowie dem Willkürverbot mehr und mehr eine materiale Grundrechtsposition zur freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit auf dem Boden der Bundesrepublik zuwächst, die nicht allein die Ausweisungsmöglichkeiten begrenzt, sondern dem Verfassungsstatus eines Deutschen nahe kommen kann. Ferner gebietet das Sozialstaatsprinzip, ihnen im Rahmen des Möglichen optimale Integrationshilfen zu leisten.«<sup>69</sup>

Die – vergleicht man die gegenwärtige Diskussion zum Ausländerrecht – immer noch aktuellen Beschlüsse wurden in einem *politischen, gesellschaftlichen und ökonomischen Kontext* formuliert, als die Debatte um die Nachzugsbeschränkungen und die ökonomischen Probleme Deutschlands erstmals – auch und gerade aufgrund des Drucks der CDU/CSU – in den Medien und in der Politik äußerst kontrovers diskutiert wurden.<sup>70</sup> Während dies zwar zu Recht als ein Beweis für die (relative) Unabhängigkeit des juristischen Diskurses im demokratischen Rechtsstaat gedeutet werden kann, legen die oben untersuchten Entscheidungen nahe, dass sich die richterliche Entscheidungspraxis im Verlauf der achtziger und neunziger Jahre zunehmend vom juristischen Diskurs getrennt hat. Dies bedeutet keineswegs, dass auf den juristischen Diskurs nicht mehr Bezug genommen wird. Wenn jedoch das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom Juni 1982 folgert, dass der »insoweit in der Literatur vertretenen gegenteiligen Auffassungen (...) nicht beigespflichtet werden«<sup>71</sup> kann, oder nur selektiv auf konservative Positionen zur Interpretation

68 Die Kritik ist nicht neu: letztendlich läuft sie darauf hinaus, dem Gesetzgeber vorzuwerfen, seine Pflicht aus Art. 80 GG (Parlamentarvorbehalt) nicht wahrgenommen zu haben. Dem BVerfG war jedoch das AuslG 1965 konkret genug (BVerfGE 49, 168).

69 Mitteilungen – 53. Deutscher Juristentag: Der Tagungsverlauf, in: NJW (46) 1980, S. 2505–2515 (S. 2510). Lediglich die Einräumung politischer Rechte als Forderung an die Landesgesetzgeber wurde abgelehnt; andere Beschlüsse wurden mit zum Teil zahlreichen Gegenstimmen angenommen.

70 Thränhardt, Dietrich, Die Ursprünge von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit in der Konkurrenzdemokratie. Ein Vergleich der Entwicklung in England, Frankreich und Deutschland, in: Leviathan (3) 1993, S. 337–357.

71 BVerwGE 66, 29 (33).

des Ausländerrechts Bezug genommen wird,<sup>72</sup> kann anhand dieser Entscheidungspraxis nachgewiesen werden, dass sich weder sog. Nachgiebigkeitsinstitute<sup>73</sup> (z. B. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Gnade, menschenrechtliche Aspekte etc.) noch der Verweis auf internationale Vereinbarungen durchsetzen konnten. Der *plurale juristische Diskurs* wird auf der Ebene der *Gerichtsorganisation quasi »gefiltert«*.

Auch das Bundesverfassungsgericht ist als mögliches Korrektiv verzerrter politikfeldspezifischer Wahrnehmung migrationspolitischer Themen eingebettet in ein immer noch nationalstaatlich verfasstes politisch-institutionelles Geflecht und auf die Abnahmebereitschaft seiner Judikate durch dieses »Geflecht« angewiesen. Zwar kann auch anhand ausgewählter Entscheidungen von Untergerichten aufgezeigt werden, dass universalistische Prinzipien und/oder Nachgiebigkeitsinstitute in Einzelfallentscheidungen zum Begriff der »Härtefallregelung« berücksichtigt werden können,<sup>74</sup> jedoch ist der Tenor der Argumentation stets, dass die obergerichtlichen Auslegungen zum Begriff des »Regelfalls« von den Entscheidungen nicht betroffen werden.

Der juristische Diskurs kann sich hier nicht in seiner Pluralität entfalten, weil die Untergerichte die binnenorientierte, hierarchische justizbürokratische Kommunikation vorziehen und sich auf die Rechtsauffassung der Ober- und Bundesgerichte berufen. Dies schließt keineswegs aus, dass Untergerichte auf den juristischen Diskurs anders als die Ober- und Bundesgerichte Bezug nehmen – im Falle eines Instanzenzuges muss jedoch damit gerechnet werden, dass ihr Urteil kassiert wird.

Insofern kann die Justizbürokratie – nicht der juristische Diskurs – eher als ein Subsystem des politischen Systems aufgefasst werden, bei dem den Ober- und Bundesgerichten die Beobachterrolle zukommt, Irritationen, die durch den juristischen Diskurs verursacht werden, als »unwichtig« oder »wichtig« zu charakterisieren. Lediglich im Falle der Aufnahme neuer Argumente, die alsbald zur »herrschenden Lehre« werden können und die – nicht zufällig – auch die »herrschende Rechtsprechung« ist, werden die Irritationen der Vergangenheit schließlich Bestandteil der Rekonstruktion des gegenwärtigen und zukünftigen Modells (möglichst) konsistenter Entscheidungspraxis, die ein entscheidendes Funktionsmerkmal von Justiz ist. Zwar ließe sich entgegenhalten, dass die relative Autonomie des juristischen Diskurses nachweislich in den Bereichen des Privat-, Wirtschafts- und Finanzrechts auch zu Auswirkungen auf die Autonomie dieses Teils der Justizbürokratie führt – eingewendet werden müsste aber, dass sie sich hier nur vor dem Hintergrund einer auf für privatkapitalistische Gesellschaften typischen Unterscheidungen zwischen Staat und Ökonomie vorstrukturiertem Terrain bewegt. Und selbst dort ist sie in ihrer konkreten

72 Vgl. die oben erwähnte Auseinandersetzung um die Bedeutung des Assoziationsabkommens EG/Türkei für das Deutsche Ausländerrecht (vgl. dazu Gutmann Fn. 65).

73 Vgl. dazu, Hochhuth, Martin, Relativitätstheorie des Öffentlichen Rechts, Baden-Baden 2000.

74 Im Fall einer nichterteilten *besonderen* Arbeitsgenehmigung (die im *Regelfall* geduldeten Asylbewerber laut Gesetz versagt wird) an eine in Deutschland geduldete Asylbewerberin argumentierte das Sozialgericht Berlin ausdrücklich, dass der Klägerin die Arbeitserlaubnis eingeräumt werden muss. Allerdings ist hervorzuheben, dass das Berliner Sozialgericht im Falle dieser Klägerin eine Ausnahme konstruiert, da es ausdrücklich hervorhebt, dass weder der langjährige Inlandsaufenthalt noch das Staatsprinzip allein ausschlaggebend für die Erteilung der Arbeitserlaubnis seien, sondern weil sie in ihrer Jugend nach Deutschland eingereist ist, den Realschulabschluss hat und es fraglich ist, »ob für sie überhaupt jemals eine Rückkehrmöglichkeit in den Libanon besteht« (vgl. Sozialgericht Berlin, Urteil vom 18. 2. 1999 – S 77 AL 4246/97, S. 7 –, InfAuslR 1999, 429). Zwar schränkt damit das Gericht grundsätzlich den Ermessensspielraum der Arbeitsverwaltung ein, da in ähnlich gelagerten Fällen (langjähriger Aufenthalt in Deutschland, Einreise im Jugendalter, gut integriert, Schulabschluss) der Ermessensspielraum der Arbeitsverwaltung auf Null reduziert wird, gleichwohl verdeutlicht das Sozialgericht, dass nicht jeder langjährige Aufenthalt in Verbindung mit dem Staatsprinzip ein Härtefall ist.

inhaltlichen Erscheinung von gesamtgesellschaftlichen Kräfteverhältnissen abhängig, zu dem hegemoniale gesellschaftliche Diskurse grundsätzlich mit beitragen.<sup>75</sup> Ein im Zuwanderungsgesetz formuliertes Bekenntnis zur Zuwanderung (allerdings nicht Einwanderung) – sollte es in dieser Legislaturperiode noch zu einer Einigung zwischen Bundestag und Bundesrat kommen – mag zur Folge haben, dass ein dauerhaftes Verbleiben von Ausländern nicht mehr unter Berufung auf die Formel, dass Deutschland kein Einwanderungsland sei, apodiktisch verneint werden kann.<sup>76</sup> Aber auch bei zahlreichen Entscheidungen zum Ausländerrecht bleibt unberücksichtigt, dass zum Begriff des »öffentlichen Interesses« der Grundrechtsschutz für Ausländer gehören kann, weil zum Rechtsstaatsprinzip gemeinschaftsrechtliche und völkerrechtliche Verpflichtungen gehören.<sup>77</sup> Denn auch und gerade in der Einwanderungs- und Asylpolitik zeigen sich auf europäischer Ebene längst Grundrechtsschriften, deren Einbeziehung in nationales Recht und nationale Rechtsprechung nötig ist, zur Zeit aber noch auf sich warten lässt.<sup>78</sup> An der mangelnden Berücksichtigung menschenrechtlicher und anderer Aspekte wird jedoch die verengte politikfeldspezifische Wahrnehmung des Ausländerrechts weiterhin deutlich.

#### 6. Resümee: Weiche Schale – harter Kern: Zur Ausländerpolitik im »Leviathan des Wettbewerbs«

Es konnte verdeutlicht werden, dass die nationalstaatliche Perspektive in der Ausländerpolitik weiterhin dominiert. Dies bedeutet keineswegs, dass die Angehörigkeitsbeziehungen – etwa wie zu Beginn des 20. Jahrhunderts – nur entlang des Modells der nationalen Staatsbürgerschaft begriffen werden müssten. Nicht nur die (je nach Einbürgerungspraxis der Staaten) Zunahme von Staatsbürgern mit zwei oder mehr Staatsbürgerschaften in den letzten Jahrzehnten oder die Kündigung des Europaratsabkommens zur Verringerung der Mehrstaatlichkeit durch Deutschland zu Beginn des Jahres 2002 verdeutlichen den Prozess der Flexibilisierung der Angehörigkeitsbeziehungen:<sup>79</sup> Auch diejenigen rechts- und wohlfahrtsstaatlichen Angehörigkeitsbeziehungen, die im sicheren Aufenthaltsstatus einerseits und am (ungefährdeten) Bezug von Transferleistungen andererseits abzulesen sind, verweisen auf die Transformation von Angehörigkeitsbeziehungen in den westlichen Demokratien, deren Kern aber weiterhin die Staatsbürgerschaft bildet. Deutlich wird die Persistenz der Staatsbürgerschaft daran, dass Ausländer aufgrund des Bezugs bestimmter Sozialleistungen ihren Aufenthaltsstatus verlieren können. Auch wenn das Konzept der Unionsbürgerschaft für Angehörige der Mitgliedsstaaten eine den Nationalstaat

75 Die neoliberale Tendenz im steuerrechtlichen Diskurs sowie ihre Beachtung seitens der Gerichte (vgl. dazu Köppe, Olaf, Neoliberale Steuerrechtslehre und Bundesverfassungsgericht, in: Kritische Justiz (Heft 1) 1999, S. 15–31) kann nur erklärt werden, wenn die politischen, ökonomischen und sozialen Gründe neoliberaler Ideologie ausreichend reflektiert werden.

76 Gegenwärtig stocken die Verhandlungen zum »Zuwanderungsgesetz«, vgl. Gaserow, Vera, »Schily versucht ›sein‹ Gesetz zu retten«, in: Frankfurter Rundschau vom 7. 2. 2004, S. 5.

77 Vgl. Kanein/Renner, Ausländerrecht. Kommentar, München 1993, § 45, Rz. 14.

78 Vgl. dazu auch: Groß, Thomas, Europäische Grundrechte als Vorgaben für das Einwanderungs- und Asylrecht, in: Kritische Justiz (Heft 1) 2001, S. 100–111.

79 Vgl. dazu Bayerisches Staatsministerium des Inneren, Pressestelle (pm@stmi.bayern.de) vom 5. 3. 2002 sowie [http://www.stmi.bayern.de/presseinfo/pm\\_ausland.htm](http://www.stmi.bayern.de/presseinfo/pm_ausland.htm) vom 5. 3. 2002. Auch wenn die Bayerische Staatsregierung die Kündigung dieses Abkommens scharf kritisiert und der Bundesregierung vorwirft, dass sie »(alles) tut, um Mehrstaatigkeit zu fördern« pm@stmi.bayern.de vom 5. 3. 2002, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass aufgrund der Einbürgerung von Aussiedlern und Spätaussiedlern, die in der Regel ihre russische, ukrainische etc. Staatsangehörigkeit behalten, Mehrstaatlichkeit bereits von der christlich-liberalen Bundesregierung gefördert wurde.

übergreifende Identifikation darstellt, bleibt Nationalstaatlichkeit gerade unter Bedingungen internationaler Migration und der Veränderung des Wohlfahrtsstaates eine Organisationsressource. Nationale Staatsbürgerschaft bleibt gegenwärtig weiterhin trotz der Flexibilisierung der Angehörigkeitsbeziehungen der harte Kern, auf den sich die nationalstaatlich verfassten politischen Institutionen beziehen. Dies kann sich mit der Herausbildung einer echten europäischen Staatsbürgerschaft und einer europäischen Öffentlichkeit ändern – gegenwärtig dominiert jedoch die nationale Staatsbürgerschaft.

Weil Begriffe wie »öffentliche Ordnung« und »öffentliches Interesse« aus der Perspektive der »inneren Sicherheit« und des »Wettbewerbsstaates« heraus interpretiert werden, haben es andere Betrachtungsweisen (Vertrauensschutz, humanitäre Gründe, familiäre Aspekte, »Verhältnismäßigkeit« etc.) schwer. So kann im Bereich des Ausländerrechts nachgewiesen werden, dass sich der von *zivilgesellschaftlichen Akteuren mitgetragene juristische Diskurs* und die *Entscheidungspraxis der Justizbürokratie* auseinander entwickelten. Die Abschottungstendenzen gegenüber der Zivilgesellschaft als Vermittlungssphäre verdeutlichen, dass der »Wettbewerbsstaat« und der »Sicherheitsstaat« als hegemoniale Projekte zu verstehen sind, die die Teilsysteme Politik und Ökonomie gegenüber anders gelagerten gesellschaftlichen Interessen undurchlässiger werden lassen.<sup>80</sup>

Inwieweit sich hier eine neue Form politischer Herrschaft, die zugleich als »Entdifferenzierung durch Ökonomisierung«<sup>81</sup> beschrieben werden kann, dauerhaft etabliert, bleibt weiterhin zu untersuchen. Neben der Tatsache, dass modernes Recht positives Recht ist, das in der Regel durch ein gewähltes Parlament verabschiedet wird, ist für Recht die Trennung von Recht und Moral,<sup>82</sup> von Recht und Politik<sup>83</sup> sowie die lebensweltliche bzw. zivilgesellschaftliche Verankerung durch eine liberale Öffentlichkeit konstitutiv. Diese Rückbindung an zivilgesellschaftliche Akteure ist für die Transformation von Recht wichtig. Denn:

»Die in liberalen Öffentlichkeiten eingebauten Rechte auf uneingeschränkte Inklusion und Gleichheit verhindern Ausschlussmechanismen (...) und begründen ein Potential der Selbsttransformation. Schon die universalistischen Diskurse der bürgerlichen Öffentlichkeit konnten sich (...) gegen eine Kritik von innen nicht immunisieren. An die Diskurse haben sich beispielsweise Arbeiterbewegung und Feminismus anschließen können, um die Strukturen zu zerbrechen, die sie zunächst als »das Andere« einer bürgerlichen Öffentlichkeit konstituiert hatten.«<sup>84</sup>

Durch die am Modell des »Wettbewerbsstaats« und am »Sicherheitsstaat« ausgerichtete Politik gegenüber MigrantInnen werden Abschottungstendenzen gegenüber der Zivilgesellschaft als Vermittlungssphäre deutlich (ähnliche Tendenzen lassen sich auch im Politikfeld Umweltschutz ausmachen).<sup>85</sup> Im Bereich des Ausländerrechts zeigt sich eine relative Entdifferenzierung des Verhältnisses von Recht und Politik bzw. Recht und Macht, die zugleich das *Artikulationspotential des emanzipativen Teils der Zivilgesellschaft* unterhöhlt.<sup>86</sup> Dies bedeutet nicht, dass die im modernen Recht eingebaute »Spannung zwischen Faktizität und Geltung« (Habermas) gänzlich ver-

80 Dies betrifft nicht nur das Ausländerrecht, sondern auch andere Rechtsbereiche, etwa den Umweltschutz. Vgl. Michels, Ralf, Standortwettbewerb als Rechtsfigur. Die Entscheidung des OVG Hamburg zum Airbus A 380 im Lichte der Globalisierungsdebatte, in: Kritische Justiz (4) 2001, S. 458–465.

81 Felder, Michael, Die Transformation von Staatlichkeit. Europäisierung und Bürokratisierung in der Organisationsgesellschaft, Opladen 2001, S. 223.

82 Vgl. Habermas (Fn. 1), S. 187 ff. (und passim).

83 Vgl. ebd., S. 187 ff. (und passim).

84 Ebd., S. 452 f.

85 Vgl. z. B. Michels (Fn. 80), S. 458–465.

86 Vgl. zur konstruktiven Kritik an dem Begriff der Zivilgesellschaft auch: Frankenberg, Günter, Ambivalenten zivilgesellschaftlicher Praxis, in: Kritische Justiz (Heft 1) 2004, S. 21–36.

schwinden würde; die Normativität wird freilich stärker vor dem Hintergrund der Funktionalität interpretiert.

Inwieweit der Prozess der europäischen Integration zu einer europäischen Migrationspolitik führen wird, bleibt abzuwarten. Ansatzpunkte werden hier gerade auch im juristischen Diskurs z. B. in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und anderen internationalen Vereinbarungen gesehen.<sup>87</sup> So muss auch hervorgehoben werden, dass gerade der EuGH Grundsatzurteile zur sozial- und fürsorgerechtlichen Behandlung von Unionsbürgern und von Drittstaatern gefällt hat. Jedoch gilt auch für den EuGH, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit den Kern der Mobilität von Unionsbürgern darstellt. Obwohl der europarechtliche Diskurs zu Recht betont, dass die Inanspruchnahme von Sozialleistungen in einem Mitgliedsstaat – auch über einen längeren Zeitraum – dem Arbeitnehmerstatus nicht entgegensteht,<sup>88</sup> besitzen selbst Unionsbürger, solange beispielsweise keine diesbezügliche europäische Verfassungsgrundlage vorhanden ist, innerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union keine sozialen Rechte, die voll und ganz den jeweiligen sozialen Rechten für Staatsbürger entsprechen würden. Zumal die Ausländerpolitik in den europäischen Mitgliedsstaaten (und nicht nur dort) ein zentrales Moment faktischer und symbolischer Steuerung der Migration darstellt, bleibt abzuwarten, ob unter Bedingungen der Einstimmigkeit, unterschiedlichster nationaler Rechtstraditionen und verschiedenster politischer Bindungen der Aufnahmeländer an einige Herkunftsländer der MigrantInnen, in absehbarer Zeit eine europäische Migrationspolitik, die wirklich vergemeinschaftet ist, entstehen wird. Zwar hat auch hier die Europäische Kommission bezüglich der Sicherung der Außengrenzen einen neuen gemeinsamen Bestand an Rechtsvorschriften sowie die Schaffung eines Europäischen Grenzschutzkorps gefordert,<sup>89</sup> jedoch verdeutlicht dies, dass die Gemeinsamkeiten in der Sicherung der Außengrenzen liegen, um innerhalb der EU die Binnengrenzen durchlässiger zu machen. Für eine liberale europäische Migrationspolitik bestehen gegenwärtig trotz des erhöhten Einflusses der Kommission auf die Politikformulierung jedoch kaum Aussichten auf Verwirklichung.

Als ›Lichtblicke‹ bezüglich des Einflusses der Kommission kann also beispielsweise die Grundrechtscharta der EU und das Programm EQUAL<sup>90</sup> angeführt werden, weil

87 Vgl. Groß (Fn. 78), S. 100–111.

88 Brinkmann (Fn. 57), S. 155 ff.

89 Vgl. [www.europa.eu.int/.../661](http://www.europa.eu.int/.../661).

90 EQUAL ist ein Programm der EU zur transnationalen »Zusammenarbeit bei der Förderung neuer Methoden zur Bekämpfung von Diskriminierungen und Ungleichheiten jeglicher Art im Zusammenhang mit dem Arbeitsmarkt« (vgl. KOM (2000) 853). Neben der Verringerung geschlechtsspezifischer Benachteiligungen werden als weitere Zielgruppen u. a. ethnische Minderheiten hervorgehoben (KOM (2000) 853, S. 4). Vor allem soll auch die soziale und berufliche Eingliederung von Asylbewerbern »berücksichtigt werden.« (KOM (2000) 853, S. 2). Zu EQUAL vgl. auch: [www.bma.de/esf/initiativen.asp](http://www.bma.de/esf/initiativen.asp) und [www.EQUAL-D.de](http://www.EQUAL-D.de) (als Download).

Aber auch weiterführende Vorschläge der Kommission zu einer vergemeinschafteten Migrationspolitik, die auf Basis des Beschlusses des Europäischen Rates während des Gipfels in Tampere (Oktober 1999) getroffen wurden, nähern sich dem Phänomen ›Migration‹ nicht ausschließlich aus der Perspektive des Gefahrenabwehrrichts. So wurde die Kommission in Tampere aufgefordert, Entwürfe zu einem europäischen Asylverfahren auszuarbeiten. Schließlich hat sie in einer Mitteilung vom 22. 11. 2000 den Rat und das Europäische Parlament über ihre Vorschläge zu einer Migrationspolitik informiert. Ausdrücklich wird auf die Beschlüsse von Tampere verwiesen, denen zufolge die rechtlichen Bedingungen über Aufnahme und Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwischen den Mitgliedsstaaten angeglichen werden sollen. Diese Angleichung habe der Kommission nach das Ziel, den Drittstaatsangehörigen »vergleichbare Rechte und Pflichten wie EU-Bürgern zuzuerkennen.« An anderer Stelle wird die *Universalität bestimmter Rechte der Grundrechtscharta* hervorgehoben, die selbstverständlich für Drittstaater gelten würden. Wieder an anderer Stelle wird hervorheben, dass das Ziel einer EU-Migrationspolitik sein muss, »den zugelassenen Personen im Großen und Ganzen dieselben Rechte und Pflichten wie EU-Bürgern« zu gewähren – wobei bewusst offen zu bleiben scheint, ob hierbei nicht nur an soziale, sondern auch an politische Rechte für Drittstaater gedacht wird (KOM 2000, 757).

es als arbeitsmarkt- und sozialpolitisches Programm ausdrücklich MigrantInnen einbezieht. Somit relativiert die Kommission die *enge nationalstaatliche Perspektive*, derzufolge Ausländerrecht als »Gefahrenabwehrrecht«<sup>91</sup> zu begreifen ist, zugunsten einer explizit *menschenrechtlichen und sozialpolitischen Perspektive*. Diese Chancen der Europäisierung des nationalen Rechts müssen genutzt werden.

91 Wollenschläger/Schraml (Fn. 22).