

Sonderdruck aus:

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 25 (2017)

Themenschwerpunkt:

**Recht und Ethik der Migration
Law and Ethics of Migration**

Herausgegeben von
Joachim Hruschka
Jan C. Joerden



Duncker & Humblot · Berlin

Migrationssteuerung durch Recht?

Die Abschreckung von armen Zuwanderern am Beispiel von Asylsuchenden aus sicheren Herkunftsstaaten

Constanze Janda

*„Give me your tired, your poor,
Your huddled masses yearning to breathe free ...“*

(Gedicht von Emma Lazarus, Inschrift auf der Freiheitsstatue)

Dass Menschen ihre Heimat verlassen, um in anderen Staaten Schutz zu suchen, ist nicht ungewöhnlich – auch wenn das Ausmaß der derzeitigen Wanderungsbewegungen als historisch einzigartig wahrgenommen wird. Migrantinnen prägen vielmehr seit jeher die Bevölkerung der (National)Staaten und machen diese zu Einwanderungsländern.¹ Die Motive für Wanderungsentscheidungen waren und sind vielfältig. Sie beschränken sich keineswegs auf Flucht vor Krieg und Verfolgung, sondern schließen familiäre Gründe oder die Suche nach Arbeit – oder allgemeiner formuliert: nach einem „besseren Leben“ – ein. Gleichwohl erfahren jene, die aus wirtschaftlichen Gründen zuwandern, Ablehnung, die sich auch im Aufenthaltsrecht niederschlägt. Der Gesetzgeber eröffnet Bedürftigen außerhalb des Asylrechts nahezu keine Möglichkeiten zur legalen Einreise in die Bundesrepublik. Zugleich sucht er nach Wegen, um Personen abzuschrecken, die das Asylrecht vermeintlich missbrauchen. Im Zuge der sogenannten Flüchtlingskrise identifizierte der Gesetzgeber Asylsuchende aus den Staaten des Westbalkans als „Wirtschaftsflüchtlinge“ und schränkten deren sozio-ökonomischen Status erheblich ein. Der folgende Beitrag zeichnet diese Entwicklungen nach und bewertet diese.

I. Ausgangslage: Das AsylbLG 1993

Unter dem Eindruck des Schicksals der vom NS-Regime Verfolgten garantierte das Grundgesetz allen politisch Verfolgten ein Recht auf Asyl (Art. 16 GG).² Asyl-

¹ Eindringlich und umfassend *Bade/Emmer/Lucasen/Oltmer*, Enzyklopädie Migration in Europa. Vom 17. Jahrhundert bis zur Gegenwart, Paderborn, Verlag Ferdinand Schöningh, 2007 (passim).

² Zur Entstehungsgeschichte *Wittreck* in: Dreier, GG, Art. 16a, Rn. 11.

suchende, Geduldete und Ausreisepflichtige hatten nach § 120 II BSHG a.F. Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt; weitere Leistungen der Sozialhilfe konnten im Ermessenswege erbracht werden.³ Als jedoch zu Beginn der 1990er Jahre wegen der Bürgerkriege in Jugoslawien und im Irak die Zahl der Asylsuchenden stark anstieg,⁴ ging der Gesetzgeber davon aus, dass ein Großteil der Asylgesuche nicht durch die Kriegssituation im Herkunftsland, sondern vielmehr durch die Aussicht auf die Gewährung von Sozialhilfeleistungen motiviert sei.⁵

Obwohl jedwede empirische Belege für diese Annahme fehlten,⁶ entschloss sich das Parlament mit dem sogenannten Asylkompromiss⁷ zu einer Grundgesetzänderung: Art. 16a GG garantiert das Asylrecht seither nur noch jenen, die nicht aus sicheren Herkunftsstaaten oder über einen sicheren Drittstaat⁸ in die Bundesrepublik eingereist sind.⁹ Die Herkunft aus einem „sicheren Staat“ – damals waren neben den EU-Mitgliedstaaten nur Ghana und Senegal erfasst¹⁰ – begründet die Vermutung, dass keine politische Verfolgung vorliege, freilich ohne dass dies im Einklang mit den tatsächlichen Verhältnissen in den betreffenden Ländern stehen muss.¹¹

Zugleich wurden die an Asylsuchende zu gewährenden existenzsichernden Leistungen aus dem BSHG herausgelöst und in das AsylbLG überführt.¹² Der persönliche Anwendungsbereich (§ 1 AsylbLG) erfasste nicht nur Asylsuchende, Geduldete und Ausreisepflichtige, sondern auch einige Inhaber von Aufenthaltstiteln aus humanitären Gründen.¹³ Nach § 3 AsylbLG waren lediglich Sachleistungen zu

³ Es galt ein gesetzlich angeordneter Vorrang der Leistungserbringung durch Sachleistungen oder Wertgutscheine. Zugleich wurde den Trägern Ermessen eingeräumt, die Leistungen auf „das zum Lebensunterhalt Unerlässliche“ zu beschränken.

⁴ BT-Drs. 12/4152, S. 3 mit Hinweis auf die vergleichsweise geringe Anerkennungsquote.

⁵ BT-Drs. 12/4451, S. 5.

⁶ Die Verbesserung der ökonomischen Situation ist regelmäßig nur eines von mehreren Migrationsmotiven, dazu *Oswald*, Migrationssoziologie, S. 69 ff. Armut ist in aller Regel sogar ein Hemmnis für Migration, *Oltmer* in *Oppeland*, Das Recht auf Asyl im Spannungsfeld von Menschenrechtsschutz und Migrationsdynamik, S. 106 f.

⁷ Historisch eingeordnet bei *Bade*, APuZ 25/2015, 3, 4 f.

⁸ Die als „sicher“ geltenden Drittstaaten sind in § 26a II AsylG i. V. m. Anlage I zu § 26a definiert. Dazu zählen alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie Norwegen und die Schweiz.

⁹ Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung vgl. BVerfGE 94, 49. Wegen seiner engen Fassung spielt das Asylgrundrecht inzwischen kaum mehr eine Rolle, da der Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) weitaus mehr Situationen erfasst, in denen internationaler Schutz zu gewähren ist.

¹⁰ § 29a II AsylVfG i. V. m. Anlage II zu § 29a.

¹¹ *Kluth*, ZAR 2011, 329, 335.

¹² Ausführlich *Janda/Wilksch*, Das Asylbewerberleistungsgesetz nach dem „Regelsatz-Urteil“ des BVerfG, SGB 2010, 565 mit zahlreichen Nachweisen.

¹³ Dies betraf Personen, denen eine Aufenthaltserlaubnis aus politischen Gründen (§ 23 AufenthG), zum vorübergehenden Schutz bei Massenzustrom von Flüchtlingen (§ 24 Auf-

erbringen, deren Umfang auf einer Schätzung beruhte.¹⁴ Gesichert wurde lediglich die physische Existenz: Nahrung, Kleidung, Obdach, Körperpflege sowie eine medizinische Notversorgung für akute Erkrankungen und Schmerzzustände (§ 4 AsylbLG). Der Befriedigung persönlicher Bedürfnisse diene ein gering bemessenes Taschengeld. Dass die Leistungssätze erheblich unter denen des BSHG lagen, wurde damit begründet, dass sich die erfassten Personengruppen lediglich vorübergehend in der Bundesrepublik aufhalten.¹⁵ Der Gesetzgeber ging davon aus, dass das neue Gesetz all jene abschrecken würde, die allein aus wirtschaftlichen Gründen einen Asylantrag stellen.¹⁶

II. Das BVerfG und die Anforderungen an die Existenzsicherung

Im Jahr 2012 verwarf das BVerfG die Grundleistungen des § 3 AsylbLG als verfassungswidrig¹⁷ – eine Entscheidung, die spätestens seit dem Urteil zu den Regelsätzen der Grundsicherung für Arbeitsuchende¹⁸ allgemein erwartet worden war.¹⁹ Das Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz, welches das BVerfG aus der Menschenwürdegarantie nach Art. 1 I GG und dem Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 I GG hergeleitet hat,²⁰ sei ein Menschenrecht und gelte für alle Personen, die sich in der Bundesrepublik aufhalten, ungeachtet ihres Aufenthaltsstatus. Die Leistungen des AsylbLG seien evident unzureichend, gewährleiste die Verfassung doch nicht lediglich die Sicherstellung des bloßen Überlebens, sondern auch die Sicherung sozio-kultureller Teilhabe.²¹ Überdies waren die Leistungssätze seit Inkrafttreten des Gesetzes weder von DM in Euro umgerechnet noch an die Preisentwicklung angepasst worden. Das Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz gebiete es aber, dass die Leistungssätze in einem transparenten, auf validen Daten basierenden Verfahren ermittelt werden. Die so

enthG) oder aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen oder erheblichen öffentlichen Interessen (§ 25 IV 1 AufenthG) erteilt wird; desgleichen Ausreisepflichtige, die in einem Strafverfahren (§ 25 IVa AufenthG) oder zur Bekämpfung von Schwarzarbeit (§ 25 IVb AufenthG) als Zeugen aussagen sowie Personen, deren Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist (§ 25 AufenthG).

¹⁴ Dies hat auch der Gesetzgeber eingeräumt, BT-Drs. 16/9018, S. 6.

¹⁵ BT-Drs. 12/4451, S. 5.

¹⁶ BT-Drs. 12/5008, S. 13.

¹⁷ BVerfGE 132, 134.

¹⁸ BVerfGE 125, 175.

¹⁹ Haedrich, ZAR 2010, 227, 231; Janda/Wilksch, SGB 2010, 565, 569; Kingreen, NVwZ 2010, 558, 560; Brockmann, SozSich 2010, 310, 314 ff.; Classen/Kanalan, info also 2010, 243, 245; Görisch, NZS 2011, 646, 647; Rothkegel, ZAR 2012, 357, 357; Wenner, SozSich 2012, 277, 277.

²⁰ Vgl. nur BVerfGE 40, 121; 82, 60.

²¹ BVerfGE 125, 175, 223.

ermittelten Bedarfe seien jederzeit und in vollem Umfang zu decken. Differenzierungen nach der Aufenthaltsdauer seien nur dann zulässig, wenn diese signifikant unterschiedliche Bedarfslagen hervorrufe.²² Der Gedanke der Abschreckung von Personen, die lediglich aus wirtschaftlichen Gründen Asylanträge stellten, sei für die Bedarfsermittlung sachfremd: „Die in Art. 1 I GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.“²³ Die Anknüpfung an die Menschenwürdegarantie eröffnet dem Gesetzgeber damit zwar erheblichen Spielraum, setzt ihm aber zugleich die größte denkbare Grenze.²⁴

Infolge des Urteils unternahm der Gesetzgeber zum 1.3.2015 eine Reform des AsylbLG, mit der er den personellen Anwendungsbereich nahezu unverändert ließ und auch die hoch umstrittenen Gesundheitsleistungen²⁵ beibehielt. Die Grundleistungen nach § 3 AsylbLG wurden den Regelsätzen nach dem SGB II angenähert und die Wartefrist, nach der Analogleistungen²⁶ zu gewähren sind, von vormals 48monatigem Leistungsbezug auf nunmehr 15monatigen Inlandsaufenthalt²⁷ verkürzt. Schließlich wurde die Abkehr vom Sachleistungsgrundsatz normiert.²⁸

III. Gesetzgebung in der „Flüchtlingskrise“

Bereits im September 2014 waren mit dem sogenannten „2. Asylkompromiss“ Serbien, Mazedonien und Bosnien-Herzegowina als „sichere Herkunftsstaaten“ i. S. v. Art. 16a II GG deklariert worden.²⁹ Hintergrund war u. a. die gestiegene Zahl von Asylanträgen von Personen aus diesen Staaten bei überaus geringer Anerkennungsquote, woraus der Gesetzgeber schloss, dass diese aus überwiegend „nicht asylrelevanten Motiven“ gestellt worden seien.³⁰ Nach der Anpassung der Leistungen des AsylbLG war ein weiterer Anstieg der Asylanträge von Personen aus den westlichen Balkanstaaten zu beobachten.³¹ Ob dieser zeitliche Zusammen-

²² BVerfGE 132, 134, 171.

²³ BVerfGE 132, 134, 172.

²⁴ Wenig überzeugend dagegen *Volkman*, KJ 2016, 180, 192 (dort. Fn. 40), demzufolge die Anknüpfung an die Menschenwürde jedwede politische Diskussion ausschließe.

²⁵ Dazu statt vieler *Kaltenborn*, NZS 2015, 161.

²⁶ Gemäß § 2 AsylbLG werden nach Ablauf der Wartefrist Leistungen nach dem SGB XII gewährt, ohne dass aber ein sozialhilferechtlicher Regimewechsel stattfindet.

²⁷ Zu den Hintergründen dieser Wartefrist *Rixen*, *Der Landkreis* 2016, 268, 269.

²⁸ Dazu *Janda*, *Die Reform des AsylbLG aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht*, in: *Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann* (Hg.): *Steht das europäische Migrationsrecht unter Druck?*, Baden-Baden 2015, S. 188 ff.; *Becker/Schlegelmilch*, *ZIAS* 2015, 1, 21 f.

²⁹ Dazu *Janda*, *ZAR* 2013, 175, 176.

³⁰ BT-Drs. 18/1528, S. 9.

³¹ Ausweislich der Statistik des BAMF waren im Jahr 2012 – dem Jahr, in dem das BVerfG die Leistungen nach § 3 AsylbLG als evident unzureichend einstuft und übergangsweise ein Leistungsniveau anordnete, das etwa auf Grundsicherungsniveau lag – 64.539 Asylbeanträge zu verzeichnen. Dies entsprach einer Steigerung um 41% im Vergleich zum Vorjahr. Etwa

hang lediglich Zufall oder – wie in der politischen Diskussion zuweilen behauptete – kausal zur Gesetzesänderung war, ist letztlich nicht nachweisbar. Gleichwohl nahm der Gesetzgeber die Entwicklung zum Anlass, um nach Wegen zur Verhinderung der sogenannten Armutsmigration zu suchen.

Mit dem Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz³² sollten nicht nur die Abläufe in den Asylverfahren als solche beschleunigt, sondern durch die Beseitigung von „Fehlanreizen“ die Zahl der Asylsuchenden reduziert werden.³³ Zu diesem Zweck wurde beispielsweise die Pflicht zum Aufenthalt in der Erstaufnahmeeinrichtung von drei auf sechs Monate verlängert. Bei Aufenthalt in den Einrichtungen wurde die Rückkehr zum Sachleistungsprinzip angeordnet, das nun auch – freilich unter dem Vorbehalt vertretbaren Verwaltungsaufwands – für die Leistungen zur Deckung persönlicher Bedarfe (i.e. das „Taschengeld“) gelten soll. Geldleistungen dürfen nicht mehr länger als einen Monat im Voraus erbracht werden.

Weitaus einschneidender waren die Neuregelungen für Angehörige sicherer Herkunftstaaten, welche auf Albanien, Kosovo und Montenegro ausgeweitet wurden und seither den gesamten westlichen Balkan umfassen. Führte die Herkunft aus einem solchen Staat ursprünglich allein zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast im Asylverfahren, wirkt sie sich nun erheblich auf den sozio-ökonomischen Status aus: Personen aus sicheren Herkunftstaaten sind während der gesamten Dauer ihres Asylverfahrens zum Aufenthalt in einer Aufnahmeeinrichtung verpflichtet, § 47 Abs. 1a AsylbLG. Sie dürfen folglich nicht dezentral untergebracht werden. Damit ist ihnen dauerhaft der Zugang zu Erwerbstätigkeit verwehrt, vgl. § 61 AsylG.³⁴ Gleiches gilt für die Wahrnehmung von Arbeitsgelegenheiten nach § 5a Abs. 1 S. 2 AsylbLG im Rahmen des Arbeitsmarktprogramms der Bundesagentur für Arbeit³⁵ sowie die Teilnahme an Integrations- und Sprachkursen nach § 44 Abs. 4 S. 3 AufenthG oder an Maßnahmen der Arbeitsförderung nach § 131 SGB III.

1/3 der Asylanträge wurden von Angehörigen der Nachfolgestaaten Jugoslawiens gestellt; die Erfolgsquote lag unter 1%. 2015 wurden 476.649 Erstanträge gestellt, was einer Steigerung von 135% im Vergleich zum Vorjahr entsprach. Im März 2015 stammten noch 62% der Antragsteller aus den Staaten des Westbalkans, bis Dezember 2015 hatte sich deren Anteil auf 8% reduziert. Die Anerkennungsquote lag weiterhin bei unter 1%.

³² BGBl. 2015 I S. 1722, umgangssprachlich als „Asylpaket I“ bezeichnet.

³³ BT-Drs. 18/6185, S. 25. Zum Diskurs in Politik, Rechtswissenschaft und -philosophie im Zuge der „Flüchtlingskrise“ Wallrabenstein, KJ 2016, 407.

³⁴ Dies gilt ausweislich § 60a VI 1 Nr. 3 AufenthG sogar für den Fall, dass ihnen eine Duldung erteilt wird.

³⁵ Arbeitsgelegenheiten nach § 5 AsylbLG stehen dieser Gruppe jedoch offen.

IV. Armut und Migrationsrecht

Die Neuregelungen sind Ausdruck der Missbilligung wirtschaftlicher Migrationsmotive. Diese werden nicht im Einzelfall gewürdigt, sondern einer Gruppe ausgehend von ihrer Herkunft pauschal unterstellt.

1. Nationales Recht

Den so genannten Gastarbeitern³⁶ wurde, wenngleich aus utilitaristischen Erwägungen, die „Suche nach dem besseren Leben“ in der Bundesrepublik noch ermöglicht – wiewohl deren Erwartungen oftmals in der harten Realität enttäuscht wurden. Aufgrund der im sogenannten Rotationsprinzip gründenden Erwartung der baldigen Rückkehr in das Herkunftsland gab es keinerlei Bestrebungen, die lediglich als Arbeitskräfte wahrgenommenen Menschen³⁷ zum Teil der Inlandsgesellschaft zu machen: separate Unterbringung, unzureichende Kontakte zur Bevölkerung und fehlende Integrationsangebote prägten das Gastarbeiterdasein. Im Zuge der Weltwirtschaftskrise in den 1970er Jahren wurde mit dem Anwerbestopp der Zuwanderung aus wirtschaftlichen Gründen weitgehend ein Riegel vorgeschoben. All jene, die im Herkunftsland keine wirtschaftliche Perspektive sahen, konnten – sofern nicht der Weg über den Familiennachzug eröffnet war – ausschließlich über das Asylverfahren in die Bundesrepublik einreisen, da keine Einwanderungsgesetzgebung existierte.³⁸

Nach § 5 I Nr. 1 AufenthG hängt die Erteilung eines Aufenthaltstitels³⁹ für die Bundesrepublik wesentlich von der eigenständigen Sicherung des Lebensunterhalts ab. Diese ist nur dann gegeben, wenn ein Ausländer seine Bedarfe selbst decken kann, ohne Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen.⁴⁰ Ist er hierzu nicht in der Lage, kann er alternativ eine Verpflichtungserklärung (§ 68 AufenthG) beibringen, in der sich eine dritte Person als selbstschuldnerischer Bürge verpflichtet, sämtliche Kosten für den Lebensunterhalt zu übernehmen. Das Aufenthaltsrecht stellt damit sicher, dass bedürftige Personen nur einreisen können, wenn sichergestellt ist, dass sie keine existenzsichernden Leistungen in Anspruch nehmen werden. Dieser Ansatz durchzieht auch die Regelungen zur Freizügigkeit der Unionsbürger. Diese können sich zwar zunächst drei Monate ohne weitere Voraussetzungen im Inland aufhalten, müssen für längerfristige Aufenthalte aber – im Einklang mit der

³⁶ Zu Gastarbeiterprogrammen im globalen Kontext *Hollifield*, *The Emerging Migration State*, IMR 38 (2004) 885, 894 f.; *Samers*, *New Guest Worker Regimes?*, in: Amelina/Horvath/Meeus (Hrsg.), *An Anthology of Migration and Social Transformation*. European Perspectives, Springer International Publishing, Cham 2016, S. 123.

³⁷ Vgl. den berühmten Ausspruch von *Max Frisch* „Wir haben Arbeitskräfte gerufen und es kamen Menschen.“

³⁸ *Hollifield*, IMR 38 (2004) 885, 897.

³⁹ Davon ausgenommen sind humanitäre Titel.

⁴⁰ Ausführlich *Janda*, *Migranten im Sozialstaat*, S. 72 f.

Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG – ebenfalls Krankenversicherungsschutz und hinreichende Mittel zum Lebensunterhalt nachweisen (§ 4 FreizügG/EU).

2. Armut als Fluchtgrund i. S. d. GFK?

Auch wenn Personen, die einen humanitären Aufenthaltstitel begehren, nach § 5 III AufenthG vom Gebot der Lebensunterhaltssicherung ausgenommen sind, geht damit kein Recht auf Einreise einher. Dies gilt auch im völkerrechtlichen Kontext: Es existiert kein Recht auf freie Wahl des Zielstaats.⁴¹ Auch die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) vermittelt kein Recht auf Einreise,⁴² sondern statuiert in Art. 33 GFK lediglich ein Verbot der Ausweisung, falls dadurch das Leben oder die Freiheit der betreffenden Person verletzt zu werden drohen (*non-refoulement*).⁴³ Die GFK setzt damit voraus, dass Schutzsuchende die Grenze zu dem von ihnen gewählten⁴⁴ Zielstaat bereits überschritten haben. Sie bewirkt folglich keinen umfassenden, universellen Schutz für alle, sondern nur für diejenigen, die es geschafft haben, ihren Herkunftsstaat zu verlassen, um anderswo um Schutz nachzusuchen.⁴⁵ Im Kontext des *refoulement*-Verbots setzt die Zurückweisung Mittelloser nicht voraus, dass diese in dem anderen Staat ein subjektives Recht auf staatliche Leistungen zur Existenzsicherung haben.⁴⁶ Jedoch wäre es mit den menschenrechtlichen Verbürgungen unvereinbar, Asylsuchende in einen Staat zu überstellen, in dem sie ihre grundlegenden Bedarfe nicht decken können, weil ihnen der Zugang zu existenziell notwendigen Gütern vorenthalten wird.

Im Übrigen ordnen Art. 23, 24 GFK die umfassende Inländergleichbehandlung von Flüchtlingen im Recht der sozialen Sicherheit an. Voraussetzung dafür ist jedoch die Anerkennung des internationalen Schutzstatus. Erst daraus lassen sich (sozialrechtliche) Mitgliedschaftsrechte in der Aufnahmegesellschaft ableiten.⁴⁷ Armut stellt jedoch keinen anerkannten Fluchtgrund dar. Die GFK gewährt allein

⁴¹ *Funke*, JZ 2017, 533, 533 m. w. N.; für ein Recht auf Mobilität jedoch *Carens*, *The Ethics of Immigration*, S. 245 ff.; *Cole* in: *Cole/Wellman*, *Debating the Ethics of Immigration. Is there a right to exclude?*, S. 293 mit zahlreichen Nachweisen.

⁴² *Höllfeldt*, IMR 38 (2004) 885, 891; *Kluth*, ZAR 2016, 1, 1.

⁴³ *Bast*, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, S. 102 und 184 f.; *Haedrich* in: *Oppelnd*, *Das Recht auf Asyl im Spannungsfeld von Menschenrechtsschutz und Migrationsdynamik*, S. 58 ff.

⁴⁴ Anders als im Kontext des Asylgrundrechts nach Art. 16a GG ist die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus unabhängig von dem Umstand, ob der Schutzsuchende aus einem sicheren Herkunfts- oder über einen sicheren Drittstaat eingereist ist. Die Zurückweisung ist aber im Umkehrschluss aus Art. 33 GFK immer in sichere Staaten möglich, *Funke*, JZ 2017, 533, 535.

⁴⁵ *Wallrabenstein*, KJ 2016; 407, 414.

⁴⁶ Zum Verbot der unmenschlichen Behandlung nach Art. 3 EMRK: EGMR, ZAR 2013, 336, 337 (Mohammed Hussein), EGMR, NVwZ 2011, 413, 415 (M.S.S. gegen Belgien und Griechenland) jeweils m. w. N.

⁴⁷ *Carens*, *The Ethics of Immigration*, S. 204 f.

Schutz vor Verfolgung durch den Staat oder Parteien oder Organe, die den Staat beherrschen, ebenso wie durch nichtstaatliche Akteure aus Gründen der „Rasse“, Religion, Nationalität, der politischen Überzeugung oder der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, vgl. auch § 3 I, IV AsylG. Gefahrenlagen allgemeiner Natur reichen nicht aus.⁴⁸ Der Begriff der Verfolgung nimmt vielmehr auf schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen Bezug,⁴⁹ setzt also einen staatlichen, zumindest aber staatlich geduldeten Eingriff in Leben und Freiheit des Einzelnen voraus. Das Unvermögen, seinen Lebensunterhalt durch eigene Einkünfte oder Vermögen zu sichern, kann allenfalls dann als Verfolgung qualifiziert werden, wenn dies auf staatlicher Intervention beruht, z. B. auf (zielgerichteter) Ausgrenzung aus dem Arbeitsmarkt oder (zielgerichtetem) Ausschluss aus den sozialen Sicherungssystemen wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe. Armut als „allgemeines Lebensrisiko“ ist dagegen nicht vom Verfolgungsbegriff erfasst – auch wenn dies moralisch bedenklich sein mag.⁵⁰

V. Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zur Abwehr von „Armutsmigration“

Die durch das Asylpaket I geschaffene Rechtslage erweist sich als erhebliche Verschlechterung des sozio-ökonomischen Status einzelner Gruppen geflüchteter Menschen.⁵¹ Asylsuchende aus sicheren Herkunftsstaaten müssen nicht nur dauerhaft in Aufnahmeeinrichtungen leben, sondern sind darüber hinaus von der Erwerbstätigkeit, Arbeitsgelegenheiten sowie Integrations- und Sprachkursen ausgeschlossen, weil vermutet wird, dass sie lediglich aus wirtschaftlichen Motiven eingereist sind. Die Regelungen sind am Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.

1. Ungleichbehandlung

Nach der „neuen Formel“ des BVerfG liegt eine unzulässige Ungleichbehandlung vor, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe unterschiedlich behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine derart substantziellen Unterschiede bestehen, welche die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.⁵² Personen aus sicheren Herkunftsstaaten unterscheidet von anderen Asylsuchenden der Umstand, dass Asylanträge von ihren Landsleuten

⁴⁸ *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, Rn. 673; *Dietz*, Ausländer- und Asylrecht, Rn. 342.

⁴⁹ *Funke*, JZ 2017, 533, 534; kritisch *Carens*, *The Ethics of Immigration*, S. 200 f.

⁵⁰ *Funke*, JZ 2017, 533, 539.

⁵¹ So auch *Oppermann*, ZESAR 2017, 55, 55.

⁵² St. Rspr., vgl. BVerfGE 22, 387 (415); 52, 277 (280); 55, 72 (88); 88, 87 (96); 112, 368 (401); 116, 229 (238).

überdurchschnittlich häufig abgelehnt werden. Es ist jedoch fraglich, ob die Vermutung der fehlenden politischen Verfolgung die Vorenthaltung jedweder Teilhabemöglichkeiten in der Inlandsgesellschaft rechtfertigt. Der Gesetzgeber erklärt den Zwang zum dauerhaften Aufenthalt in den Aufnahmeeinrichtungen mit dem Erfordernis der raschen Aufenthaltsbeendigung nach Abschluss des Asylverfahrens.⁵³ Der Ausschluss von den Sprach- und Integrationskursen wird damit begründet, dass bei Personen, bei denen ein dauerhafter Inlandsaufenthalt nicht zu erwarten ist, kein Eingliederungsbedarf bestehe,⁵⁴ das Beschäftigungsverbot wird gar nicht begründet.⁵⁵

Ziel der Differenzierung ist die Steuerung von Migration, soll die Stellung eines Asylantrags für Personen aus diesen Staaten doch möglichst unattraktiv gemacht werden. Ob Migration überhaupt der Steuerung durch rechtliche Vorgaben zugänglich ist, ist jedoch überaus fraglich.⁵⁶ Angesichts der Verfahrensdauer und des Umstands, dass einige der Einschränkungen auch im Falle der Erteilung einer Duldung andauern, ist die Vorenthaltung jedweder Teilhabemöglichkeiten (auch gesellschaftspolitisch) überaus bedenklich.⁵⁷

2. Abwehr von „forum shopping“

Letztendlich führt die Gesetzeslage dazu, dass auch die Personen aus sicheren Herkunftsstaaten, deren Asylantrag am Ende erfolgreich ist, unter Umständen für lange Zeiträume zum Aufenthalt in Sammelunterkünften und zu Untätigkeit gezwungen sind. Diejenigen, die tatsächlich Verfolgung im Herkunftsstaat ausgesetzt sind, werden damit gleichsam in „Sippenhaft“ für all jene genommen, denen der Gesetzgeber unlauteres *forum shopping*, also die gezielte Einreise in den Staat mit einem komfortablen Sozialleistungssystem, unterstellt. Indes hält § 1a AsylbLG eine Spezialregelung für die Fälle des *forum shopping* bereit. Danach erhalten (geduldete oder ausreisepflichtige) Personen, die sich in den Geltungsbereich des Gesetzes begeben haben, um Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen,⁵⁸ nur das im Einzelfall „unabwendbar Gebotene“, d. h. ihnen werden existenzsichernde Leis-

⁵³ BT-Drs. 18/6185, S. 33 f.

⁵⁴ BT-Drs. 18/6185, S. 34.

⁵⁵ BT-Drs. 18/6185, S. 34 und 51.

⁵⁶ Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 12 ff.; Hollifield, IMR 38 (2004) 885, 903 hält Migrationssteuerung allenfalls im suprastaatlichen Kontext für denkbar. Die eingeschränkte Wirksamkeit solcher supranationaler Steuerungsmechanismen wurde im Zuge der „Flüchtlingskrise“ jedoch eindrücklich belegt, dazu auch Becker/Schlegelmilch, ZIAS 2015, 1, 18.

⁵⁷ Vgl. auch Funke, JZ 2017, 533, 542 im Zusammenhang mit der Frage, ob Flüchtlinge vom Arbeitsmarkt ferngehalten werden könnten.

⁵⁸ Teilweise wird vertreten, die Einreise aus einem sicheren Herkunftsstaat sei als Einreise zum Zweck des Sozialleistungsbezugs zu werten, Hohm, NVwZ 2005, 388, 390; Grube/Wahrendorf, § 2 AsylbLG, Rn. 24.

tungen nur in eingeschränktem Umfang gewährt. Eine ähnliche Regelung enthält § 23 III Nr. 4 SGB XII für das Sozialhilferecht. Die Anwendung dieser Normen setzt freilich voraus, dass die Einreise zum Zweck der Inanspruchnahme von Sozialleistungen im Einzelfall nachgewiesen ist. Die Regelungen wirken also lediglich in Reaktion auf vorwerfbares Verhalten und entfalten offenbar nicht die vom Gesetzgeber erstrebte allgemeine Abschreckungswirkung.

3. Erforderlichkeit der Abschreckung?

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass bereits das europäische Recht steuernd wirkt. Nach Art. 67 II AEUV etablieren die Mitgliedstaaten ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem,⁵⁹ welches durch die Dublin-III-Verordnung 604/2013 zur Bestimmung der Zuständigkeit für die Durchführung des Asylverfahrens und verschiedene Richtlinien zu den Schutzvoraussetzungen (RL 2011/95/EG und 2001/55), die Mindeststandards für die Aufnahmebedingungen (RL 2013/33/EG) und zum Verfahren (RL 2013/32/EG) ausgeformt worden ist. Zuständig ist der Mitgliedstaat, in den der Schutzsuchende zuerst eingereist ist, vgl. Art. 12 VO (EG) 604/2013. Da Asylsuchende aus den Balkanstaaten auf dem Weg in die Bundesrepublik verschiedene Mitgliedstaaten zu durchqueren haben, können vermeintliche im Sozialrecht einzelner Mitgliedstaaten gründende „Fehlansätze“ eigentlich kaum Wirkung entfalten. Denn eine Weiterwanderung ist grundsätzlich nicht vorgesehen und berechtigt den unzuständigen Staat zur Rücküberstellung des Asylsuchenden in den zuständigen Staat.⁶⁰ In einer Europäischen Union ohne Binnengrenzen können nationalrechtliche Lösungen zur Migrationssteuerung schwerlich Wirkung entfalten. Eine Verständigung über eine gemeinsame solidarische und angemessene Flüchtlingspolitik auf europäischer Ebene ist daher unerlässlich.⁶¹

VI. Ausschluss von Armen als Ausdruck staatlicher Souveränität?

Zwar muss man dem Gesetzgeber zugestehen, dass er sich im „Sommer der Migration“ 2015 in einer Ausnahmesituation befunden und in großer Eile den *mass influx* zu bewältigen gesucht hat. Erfahrungsgemäß werden einmal eingeschlagene Wege jedoch selten verlassen⁶² – der jahrelange „Dornröschenschlaf“ des AsylbLG

⁵⁹ Eine Bestandsaufnahme, sowie einen Blick auf die Zukunftsperspektiven des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems unternimmt Marx, KJ 2016, 151, ff.

⁶⁰ Sie erfolgt tatsächlich aber dennoch, Becker/Schlegelmilch, ZIAS 2015, 1, 13 f.

⁶¹ Vgl. auch Kluth, ZAR 2011, 329, 330, der auf den „genuin ... überstaatlichen Charakter“ von Migrationsprozessen hinweist, welche diese in besonderem Maße der Lösung durch internationales Recht zuweist.

⁶² Dies mag insbesondere im Asylrecht auch daran liegen, dass die Betroffenen oftmals nicht von den ihnen zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch machen, dazu Rixen, Der Landkreis 2016, 268, 274.

1993 belegt dies eindrücklich. Zudem entbinden auch Notlagen nicht von der Beachtung höherrangigen Rechts. Neben dem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz steht die Europarechtskonformität der Regelungen für Personen aus sicheren Herkunftsstaaten in Zweifel,⁶³ gibt die Aufnahmerichtlinie 2013/33/EU doch die menschenwürdige Behandlung und die Schaffung eines angemessenen Lebensstandards vor.⁶⁴ Spätestens neun Monate nach Beantragung des Schutzstatus ist der Zugang zum Arbeitsmarkt zu eröffnen, wobei die Durchführung einer Vorrangprüfung ausdrücklich zugelassen ist (Art. 15 RL 2013/33/EG). Eine Differenzierung zwischen Personen aus sicheren und sonstigen Herkunftsstaaten nimmt die Richtlinie nicht vor; die Schutzstandards gelten also universell. Indem Asyltragsteller aus sicheren Herkunftsstaaten generell und dauerhaft vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen werden, wird diese Vorgabe verletzt.

1. Migrationskontrolle als staatliche Selbstbestimmung

Die Maßnahmen des Gesetzgebers zur Beschränkung der Zahl der Schutzsuchenden im Rahmen der „Flüchtlingskrise“ finden ihren Ausgangspunkt in der Souveränität der Nationalstaaten: Diese haben zweifelsohne das Recht, frei darüber zu entscheiden, wem sie Zugang zu ihrem Territorium gewähren und wem nicht.⁶⁵ Als problematisch erweist sich dies vor allem deshalb, weil zwar das Recht auf Ausreise als Menschenrecht anerkannt ist, diesem aber kein Recht auf Einreise in einen (bestimmten) anderen Staat gegenübersteht. Ein Menschenrecht im Sinne einer kosmopolitischen Bewegungsfreiheit ist normativ nicht verankert.⁶⁶ Auch das Kant'sche Gastrecht der Weltbürger⁶⁷ vermittelt allenfalls ein Recht auf kurzfristigen Besuch und den Anspruch, nicht „feindselig“ behandelt zu werden; die von Kant statuierte Pflicht zur Aufnahme von Personen in elementarer Gefahr hat Eingang in den internationalen Menschenrechtsschutz gefunden.

Besteht danach grundsätzlich das Recht, die Grenzen geschlossen zu halten, gewähren die meisten Staaten – über den Schutz in humanitären Notlagen hinaus – Zugang nur jenen, die sie als (wirtschaftspolitisch) nützlich erachten, namentlich weil sie über Qualifikationen verfügen, die auf dem Arbeitsmarkt des Zielstaats stark nachgefragt werden. Darüber hinaus bilden spezifische Bindungen zwischen Zuwanderer und Zielstaat einen Grund für die Gestattung des Zugangs.⁶⁸ Generell ist die Offenheit für Zuwanderung hochqualifizierter Personen größer als beim

⁶³ Insgesamt zu den Asylopaketen I und II *Oppermann*, ZESAR 2017, 55, 56.

⁶⁴ Ausführlich *Becker/Schlegelmilch*, ZIAS 2015, 1, 11 f.; *Janda* in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann, *Steht das europäische Migrationsrecht unter Druck?*, S. 189 f.

⁶⁵ Vgl. nur *Kluth*, ZAR 2011, 329, 331.

⁶⁶ *Janda*, *Migranten im Sozialstaat*, S. 70; umfassend zur Problematik *Cassee*, *Globale Bewegungsfreiheit*, Berlin 2016.

⁶⁷ *Kant*, *Zum ewigen Frieden*, S. 30.

⁶⁸ Zum Ganzen *Janda*, *Migranten im Sozialstaat*, S. 429 ff.

„Massenzustrom“ armer, schlecht oder gar nicht qualifizierter Personen.⁶⁹ Der Grad des Willkommenseins korreliert mit dem möglichen Nutzen, der Zuwandern für die Einwanderungsgesellschaft zugeschrieben wird. Dies wird auch bei der Zuerkennung sozio-ökonomischer Rechte an Arbeitsmigranten sichtbar, die – freilich beeinflusst durch die Migrationsrichtlinien der Europäischen Union für Hochqualifizierte, Saisonarbeitnehmer, konzernintern Entsandte oder Forscher – im Hinblick auf die Zuerkennung von Rechten nach dem Qualifikationsstatus differenzieren.⁷⁰ Migrationsrecht kann und darf sich aber nicht auf Utilitarismus begrenzen, denn dieser Ansatz reduziert Menschen auf deren bloße Arbeitskraft. Das Flüchtlingsrecht ist demgegenüber so stark durch menschenrechtliche Gewährleistungen geprägt, dass die Interessen der Aufnahmestaaten keine übergeordnete Rolle spielen.⁷¹

2. Der Staat als „Club“?

Woher rührt aber das Misstrauen gegenüber und die Ablehnung von Personen, die aus wirtschaftlichen Gründen in andere Staaten einreisen wollen? Die Zuwanderung von Bedürftigen abzuwehren, hat einerseits historische Wurzeln. Bereits mit dem Aufkommen der städtischen Armenpflege in der frühen Neuzeit wurden Mechanismen etabliert, um fremde Bettler auszuweisen oder in Armenhäusern zu internieren.⁷²

Andererseits mögen ökonomische Gründe dafür sprechen: Die sogenannte Club Theory⁷³ widmet sich der Suche nach der optimalen Größe (privater) Clubs → einerseits um die von diesen angebotenen Leistungen zu finanzieren, andererseits um allen Mitgliedern gleichermaßen diese Leistungen zukommen zu lassen. Die optimale Clubgröße findet ihre Grenze dort, wo die Aufnahme eines weiteren Mitglieds dazu führt, dass allen weniger Güter zur Verfügung stehen als bislang. Es wird vertreten, dass Staaten sich ebenso wie private Clubs auf die Vereinigungsfreiheit berufen können und folglich das Recht haben, neue „Mitglieder“ abzuweisen,⁷⁴ selbst wenn es sich um Flüchtlinge handelt.⁷⁵

⁶⁹ Hollifield, IMR 38 (2004) 885, 902.

⁷⁰ Kluth, ZAR, 2016, 1, 2; ausführlich Ruhs, *The Price of Rights*, Princeton 2015 (passim); Ruhs/Martin, IMR 2008, 249.

⁷¹ Kluth, ZAR 2011, 329, 331.

⁷² Vgl. nur Sachße/Tennstedt, *Die Geschichte der Armenfürsorge*, Band 1, S. 31 ff.

⁷³ Grundlegend Buchanan, *An Economic Theory of Clubs*, *Economica* 32 (1961), 25 ff.; vgl. auch die umfassende Darstellung von Cornes/Sandler, *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods*, 2. Aufl., Cambridge 1996.

⁷⁴ Dafür Wellman in Cole/Wellman, *Debating the Ethics of Immigration. Is there a right to exclude?*, S. 11 ff., sowie Wellman, *Ethics* 2008, 109 ff. Er begründet dies u. a. mit dem Selbstbestimmungsrecht des Staates bzw. der Gesellschaft, welches das Recht einschließt, dass deren Mitglieder darüber bestimmen dürfen, wer das „Selbst“ sein darf, ebda. S. 115. Ferner zieht er eine – m. E. kaum nachvollziehbare – Parallele zur Eheschließungsfreiheit: Ebenso wie jedes Individuum frei entscheiden dürfe, wen er oder sie heiraten möchte, dürften Staatsangehörige

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es sich bei existenzsichernden Sozialleistungen,⁷⁶ Arbeitsmarktzugang und Aufenthaltstiteln gerade nicht um private Güter und Dienstleistungen handelt. In- und Ausländer agieren gerade nicht als Konkurrenten um endliche Güter wie Platz auf dem Staatsgebiet oder einen Anteil an den steuerfinanzierten Sozialleistungen: Der Zugewinn des einen tangiert nicht per se die ökonomische Situation des anderen.

Die Kontrolle über das eigene Territorium und die Entscheidung über die Zugehörigkeit zum Staatsvolk sind zwar die ureigene Domäne des Nationalstaats.⁷⁷ Sie rechtfertigt Grenzkontrollen ebenso wie die Etablierung von Kriterien für die Erlangung der Staatsangehörigkeit. Es ist jedoch zwingend zwischen der individuellen Vereinigungsfreiheit – im Sinne einer freien Entscheidung der Bürger, sich mit anderen zusammenzuschließen – und der Frage zu unterscheiden, ob dem Staat selbst eine solche, auf die Gemeinschaft der Bürger bezogene Vereinigungsfreiheit zukommen kann.⁷⁸ Der Gedanke der Club Theory verschließt sich jedweder internationaler Verantwortung, zu der sich beispielsweise die Vertragsstaaten der GFK bekannt haben. Schließlich unterliegt sie dem Missverständnis, die Aufnahme Schutzsuchender sei mit der Gewährleistung umfassender Mitgliedschaftsrechte gleichzusetzen. Die volle Mitgliedschaft in einem Staat kommt nicht im Aufenthalt, sondern in der Staatsangehörigkeit zum Ausdruck. Nur diese vermittelt neben bürgerlichen und sozialen Rechten auch das Recht der politischen Mitbestimmung durch das aktive und passive Wahlrecht, und dieses steht Asylsuchenden wie anerkannten Flüchtlingen nicht zu.

3. Gerechtigkeit in der Einwanderungsgesellschaft

Zwar entwickelte sich der Wohlfahrtsstaat nicht um des Schutzes der Menschen „als Mitglied der menschlichen Gattung“⁷⁹ willen. Die Mitgliedschaft im Solidarverband des Sozialstaats ist im Zeitalter des Nationalstaats vielmehr eng an die Idee der Nation geknüpft.⁸⁰ Diese Zuordnung scheint einfach, wenn man als Nation

entscheiden, wen sie in ihre politische Gemeinschaft aufnehmen wollen, ebda. S. 110 f. Zum Streitstand *Cassee* in: Goppel/Mieth/Neuhäuser, Handbuch Gerechtigkeit, S. 423 ff.

⁷⁵ *Wellman*, *Ethics* 2008, 109, 109: „... every legitimate state has the right to close its doors to all potential immigrants, even refugees desperately seeking asylum ...“. Ebenso *Wellman* in: *Cole/Wellman*, *Debating the Ethics of Immigration. Is there a right to exclude?*, S. 117 ff. mit dem Argument, dass nicht die Aufnahme von Flüchtlingen durch andere Staaten geboten sei, sondern vielmehr die Verschaffung von Schutzräumen in deren Herkunftsstaaten.

⁷⁶ Vgl. aber *Breuer*, *Ökonomische Grundlagen der Sozialversicherungsorganisation*, S. 44 ff. zur Anwendbarkeit der Club Theory auf die Krankenkassen.

⁷⁷ So die Drei-Elemente-Lehre von *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, S. 394 ff.

⁷⁸ *Fine*, *Ethics* 2010, 338, 342; ausführlich auch *Cole* in: *Cole/Wellman*, *Debating the Ethics of Immigration. Is there a right to exclude?*, S. 159 ff.

⁷⁹ *Eichenhofer*, *VSSR* 2016, 233, 235.

⁸⁰ *Giddens*, *Beyond Left and Right*, S. 137: „Who says welfare state, says nation state.“ Siehe auch *Eichenhofer*, *VSSR* 2016, 233, 235 f.

all jene versteht, die die gleiche Staatsbürgerschaft innehaben und wenig mobil sind. Im Zeitalter der Globalisierung mit ihrer weltweiten Verflechtung der Wirtschaftsordnungen ist dieses Verständnis aber ebenso obsolet wie in der sogenannten Flüchtlingskrise.

a) Die Rolle der Nationalstaaten

In solch außergewöhnlichen Situationen auf an der Nation oder Staatsangehörigkeit ausgerichtete Zugehörigkeitskriterien zu bestehen, hieße großen Gruppen hilfebedürftiger Menschen ihr Recht auf menschenwürdige Existenz vorzuenthalten. Es sind folglich neue⁸¹ Leitmotive zu suchen, die den menschenrechtlichen Paradigmenwechsel von dem an die Mitgliedschaft in der „Nation“ zu dem an das Menschsein anknüpfenden Status nachvollziehen. Sinnbild dieses Paradigmenwechsels ist die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte: Diese überwand die nationalstaatliche Anknüpfung und versteht Menschenrechte universell und unabhängig vom rechtlichen Status.⁸²

Der Nationalstaat als Sozialstaat ist damit jedoch nicht obsolet, denn es ist zwingend der Frage nachzugehen, welcher Staat für die Existenzsicherung des Einzelnen zuständig sein soll. Je mehr Staaten als Zielstaat von Migration in Betracht kommen, umso geringer wird die Bereitschaft zur Gewährung von Hilfe sein. Davon zeugt nicht zuletzt der derzeitige Streit unter den Mitgliedstaaten der EU, von denen einige die Aufnahme von Flüchtlingen verweigern.⁸³ Dieser Effekt ist bei Unglücksfällen als *bystander effect* bekannt. Er ist Ausdruck einer pluralistischen Ignoranz, die von dem Gedanken geprägt ist, dass sich schon jemand finden werde, der die Verantwortung für die betreffende Person übernimmt. Menschenrechte offerieren nicht mehr als das abstrakte „Recht, Rechte zu haben“, schweigen aber zu der zur Einlösung der menschenrechtlichen Ansprüche verpflichteten Entität.⁸⁴ Augenfällig ist dies bei Staatenlosen; die Frage stellt sich aber auch bei all jenen, die ihr Herkunftsland unfreiwillig verlassen: Müssen diese um der Verwirklichung ihrer sozio-ökonomischen Menschenrechte Willen dorthin zurückkehren? Oder ist nicht vielmehr ein Zeitpunkt zu bestimmen, ab dem die Verantwortung auf den Aufenthaltsstaat übergeht und unter welchen Voraussetzungen dieser zu erreichen ist? Anderenfalls wären Aufenthaltsrecht und Inklusion in die Gesellschaft des AufnahmeStaats stets konditional an die Fähigkeit zur eigenständigen Sicherung des Lebensunterhalts geknüpft.

⁸¹ Historisch zeigt sich dagegen im Zeitalter der aufkommenden Nationalstaaten durchaus die Verknüpfung von Staatsangehörigkeit, Einwohnerstatus und der Gewährung von Menschenrechten, *Eichenhofer*, VSSR 2016, 233, 236.

⁸² *Eichenhofer*, VSSR 2016, 233, 237.

⁸³ Die Kommission hat im Juni 2017 daher ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen, Tschechien und Ungarn eingeleitet, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1607_de.htm.

⁸⁴ *Arendt*, Ursprünge und Elemente totalitärer Herrschaft, S. 422 ff.

b) Abwehr vs. Akzeptanz von Migrationsentscheidungen

Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen freiwilliger Migration – der Suche nach einem besseren Leben – und *forced migration* ist kaum möglich.⁸⁵ Die Entscheidung über Migration beruht auf einem Bündel von Motiven, welches zunächst auf so genannte *push factors* im Herkunftsland rekurriert; erst im zweiten Schritt – bei der Wahl des Zielstaates – rücken so genannte *pull factors* in den Vordergrund. Demzufolge spricht einiges dafür, dass selbst bei einer offenen, am Inlandsaufenthalt orientierten Ausgestaltung des „Ausländersozialrechts“ kein „Ansturm der Armen“⁸⁶ zu befürchten wäre, denn diese Ansicht ignoriert die Kosten, die mit Migration einhergehen – sowohl in monetärer Hinsicht als auch in Bezug auf den individuellen Preis, den der Einzelne zu zahlen hat, indem er Beziehungen zu Familie und Freunden aufgibt und sich in eine fremde Umgebung begibt, wo er zunächst als „nicht zugehörig“ wahrgenommen wird.⁸⁷

Die den Regeln zur Abwehr von *forum shopping* zugrundeliegenden Mechanismen müssen einer einheitlichen Logik folgen und widerspruchsfrei sein. Bezogen auf den Ein- oder Ausschluss von Migranten heißt dies, dass Zugangskriterien gefunden werden müssen, die einerseits schlüssig sind, andererseits aber auf zutreffenden Annahmen beruhen. Im Grunde hat jeder Staat Verantwortung für all jene, die sich auf seinem Staatsgebiet aufhalten. Dies ist die Kehrseite der Souveränität zur Regelung des Zugangs zum eigenen Territorium.⁸⁸ Diese bedingt keineswegs, dass jedermann gleiche Leistungen und Chancen zu gewähren sind. Differenzierungen nach dem Maß der „Würdigkeit“ sind im Interesse sozialer Gerechtigkeit vielmehr ausdrücklich geboten.⁸⁹ Es ist jedoch fraglich, ob die Entscheidung über die „Würdigkeit“ an die bloße Herkunft aus einem bestimmten Staat geknüpft sein darf oder ob nicht vielmehr eine individuelle Entscheidung über die „Würdigkeit“ jedes Einzelnen resp. seiner Einreisemotive vonnöten ist. Dies impliziert, an die Feststellung, dass keine politische Verfolgung oder ein sonstiger, die Gewährung internationalen Schutz gebietender Umstand vorliegt, negative Konsequenzen zu knüpfen und die betreffende Person in ihr Herkunftsland (oder einen anderen sicheren Staat) zurück zu verweisen. Nicht geboten ist hingegen, an die bloße Vermutung, dass nicht Verfolgung, sondern lediglich wirtschaftliche Motive die Flucht nach Deutschland geprägt haben, negative Folgen zu knüpfen. Der Schluss des Gesetzgebers von den niedrigen Anerkennungsraten auf vorwiegend wirtschaftliche Migrationsmotive ist logisch keineswegs zwingend. Zudem ist fraglich, ob die Lebensbedingungen während des Asylverfahrens tatsächlich als so komfortabel anzusehen sind, dass sie Zuwanderungsanreize bzw. den Missbrauch des Asylverfahrens aus wirtschaftlichen Gründen auslö-

⁸⁵ *Bade*, APuZ 25/2015, 3, 5.

⁸⁶ So der Titel des „Spiegel“, Heft 37/1991.

⁸⁷ *Fine*, *Ethics* 2010, 338, 347.

⁸⁸ *Kluth*, ZAR 2011, 329, 331: „Wer herrscht, der schuldet auch Schutz und Hilfe“.

⁸⁹ Ausführlich *Hinsch* in: *Goppel/Mieth/Neuhäuser*, Handbuch Gerechtigkeit, S. 78.

sen.⁹⁰ Die bis zum Asylpaket I geltende Regelung, dass die Herkunft aus einem sicheren Staat lediglich eine Beweislastumkehr im Asylverfahren mit sich bringt, scheint noch vertretbar, wenn die Statistik eine marginale Anerkennungsquote ausweist. Die Entziehung sozio-ökonomischer Standards ist jedoch sachwidrig, denn sie ist in keiner Weise kausal mit jener verknüpft.

VII. Fazit: Migrationssteuerung durch Sozialrecht?

Der (zufällige) Ort der Geburt determiniert die Chancen und Zukunftsaussichten von Individuen in erheblichem Maß.⁹¹ Es vermag daher kaum zu verwundern, dass sich Menschen auf den Weg in andere Regionen machen, in denen sie sich mehr Wohlstand und bessere Zukunftsaussichten für sich und ihre Nachkommen versprechen. Letztlich muss sich der Sozialstaat auf sein eigentliches Ziel verpflichtet sehen: Das Ermöglichen eines Lebens in Würde (vgl. § 1 I 2 SGB I). Die Menschenwürdegarantie ist *movens* der Flüchtlingsanerkennung ebenso wie der Gewährung des Aufenthaltsrechts wegen zielstaatsbezogener Abschiebungsverbote (§ 60 V, VII AufenthG) oder der Duldung (§ 60a AufenthG). Sie muss ebenso tragender Gedanke der Ausgestaltung des sozio-ökonomischen Status während des Inlandsaufenthalts sein.⁹² Sozio-ökonomische Rechte am Gedanken der Migrationssteuerung auszurichten, degradiert Zuwanderer zum Objekt staatlichen Handelns: Dies soll zur freiwilligen Ausreise bzw. zum Unterlassen der Einreise veranlassen, um der – zeit- und ressourcenaufwändigen – Prüfung von Schutzgesuchen zu entgehen.

Summary

It is not unusual that people leave their country of origin, seeking protection from a violation of their human rights – even though the current number of refugees seems incommensurable in a historical perspective. Migrants have always been part of the receiving states' population, thus making them become immigration countries. Motivations to migrate are manifold: they are not restricted to forced migration from war and prosecution, but comprise family ties, job search or the "search for a better life". However, migrants who are considered as "economic migrants" face a high degree of disaffirmation, which is reflected in migration law, too. Asylum law offers the only opportunity for legally entering Germany to needy

⁹⁰ Sehr treffend *Carens*, *The Ethics of Immigration*, S. 201: „Very few people pretend to be refugees in order to gain the opportunity to live in a refugee camp.“

⁹¹ Dazu *Shachar*, *The Birthright Lottery*, Harvard 2009 (passim); *Carens*, *The Ethics of Immigration*, S. 233 ff. Kritisch zur daran anknüpfenden Forderung nach „luck egalitarianism“ *Wellman*, *Ethics* 2008, 109, 121 ff.

⁹² Vgl. auch *Böcker*, *ZEßAR* 2017, 101, 108, wonach nicht Kostenreduzierung, sondern Übernahme von Verantwortung die Herausforderung des GEAS bildet.

persons: in order to gain a residence title, migrants usually have to prove sufficient means of subsistence. At the same time, the legislator aims at controlling and preventing the immigration of poor persons who allegedly abuse asylum law. In the context of the "refugee crisis", German legislation has identified immigrants from the Western Balkan as "economic migrants". Consequently, their socio-economic status has been drastically curtailed, for example by excluding them from the labour market. This article traces the recent developments in migration law related to asylum seekers from so-called "safe countries of origin" and examines the compatibility with constitutional and European law. Besides, it analyses reasons for the suspiciousness of those in need and questions the appropriateness of rules designed to control migration.