Informationsverbund
ASYL & MIGRATION

Aus dem Asylmagazin 9/2023, S. 296–302

Jens Dieckmann und Lukas Granrath

Keine Rechtsgrundlage für Schutz in Deutschland?

Zur Anwendbarkeit von § 24 Abs. 1 AufenthG auf Drittstaatsangehörige aus der Ukraine

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., September 2023. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung der Autoren sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das Asylmagazin erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst mit regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Es kann in einer Print- und in einer Online-Ausgabe bezogen werden. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im Asylmagazin eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.

AMNESTY INTERNATIONAL · AWO · caritas · PARITÄT · DEUTSCHES ROTES KREUZ · Diakonie · PRO ASYL DER EINZELFALL ZÄHLT. · ZWST

In Kooperation mit UNHCR

Jens Dieckmann, Bonn, und Lukas Granrath, Köln*

Keine Rechtsgrundlage für Schutz in Deutschland?

Zur Anwendbarkeit von § 24 Abs. 1 AufenthG auf Drittstaatsangehörige aus der Ukraine

Inhalt

I. Einführung
1. Die Rechtsquellen
2. Erfasster Personenkreis und mögliche Erweiterung auf Drittstaatsangehörige
3. Eine Erweiterung ohne Rechtsgrundlage?
II. Mögliche Unwirksamkeit des Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses
III. Mögliches Fehlen einer nationalen gesetzlichen Rechtsgrundlage
1. Die Wesentlichkeitstheorie als Maßstab für die Erfordernis einer besonderen Rechtsgrundlage
2. Anwendung der Wesentlichkeitstheorie auf die aktuelle Rechtslage
3. Weitere Auslegungsansätze
IV. Ergebnis

Es wurde schon viel über den bemerkenswerten Schutzstatus nach § 24 Abs. 1 AufenthG für Vertriebene aus der Ukraine geschrieben. Dabei wurde auch immer wieder von verschiedenen Seiten kritisiert, dass nicht alle Personen, die aus der Ukraine fliehen mussten, umfasst sind. Drittstaatsangehörige haben die Ukraine zwar aus den gleichen Gründen verlassen wie die ukrainischen Staatsangehörigen, können sich aber häufig nicht auf denselben Schutzstatus berufen, sondern müssen stattdessen andere Aufenthaltstitel oder Asyl beantragen. Die meisten Personen aus der Gruppe der Drittstaatsangehörigen sind von dem Schutzbereich des § 24 Abs. 1 AufenthG ausgeschlossen, da sie (zumindest vermeintlich) sicher und dauerhaft in ihr Herkunftsland zurückkehren können. Aber selbst diejenigen, bei denen dies nicht der Fall ist, sehen sich inzwischen in Deutschland damit konfrontiert, dass in Literatur und Rechtsprechung teilweise die Ansicht vertreten wird, sie seien mangels ausreichender Rechtsgrundlage von vornherein vom Schutzbereich des § 24 Abs. 1 AufenthG ausgeschlossen, wenn ihr ukrainischer Aufenthaltstitel nur befristetet war. Im Folgenden wird sich genauer mit diesen Ansichten auseinandergesetzt und geprüft, ob es tatsächlich an einer ausreichenden Rechtsgrundlage für die Erteilung des § 24 AufenthG für Drittstaatsangehörige mit befristetem ukrainischen Aufenthaltstitel fehlt.

I. Einführung

1. Die Rechtsquellen

Die nationale Anspruchsgrundlage für den Schutz von Vertriebenen aus der Ukraine findet sich in § 24 Abs. 1 AufenthG. Mit dieser Norm hat die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 (sogenannte Massenzustrom-Richtlinie) in nationales Recht umgesetzt. Die Richtlinie muss jedoch für jeden konkreten Zustrom an Menschen durch einen Beschluss des Rates der Europäischen Union aktiviert werden. Dies ist für den Fall der ukrainischen Vertriebenen durch Art. 2 des »Durchführungsbeschlusses zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine« vom 4. März 2022[1] erstmalig geschehen. § 24 AufenthG ist für die deutschen Ausländerbehörden in der Praxis damit der primäre Maßstab für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an die Vertriebenen aus der Ukraine, in seiner Auslegung wird er aber von der Massenzustrom-Richtlinie geprägt.[2] Für die Auslegung ist damit das Unionsrecht heranzuziehen, soweit der § 24 AufenthG keine Regelungen enthält.

2. Erfasster Personenkreis und mögliche Erweiterung auf Drittstaatsangehörige

Der konkret erfasste Personenkreis bezüglich der Vertriebenen aus der Ukraine ergibt sich dabei aus dem Zusammenspiel von Art. 2 Bst. c i. V. m. Art. 7 Abs. 1 der Massenzustrom-Richtlinie und dem Art. 2 des Beschlusses des Rates vom 4.3.2022.[3] Eine besondere Konstellation findet sich dabei in Art. 2 Abs. 3 des Beschlusses:

* Jens Dieckmann ist Rechtsanwalt in Bonn. Er ist u. a. Mitglied der Rechtsberaterkonferenz der freien Wohlfahrtsverbände und des UNHCR in Flüchtlingsfragen (DW) sowie Mitglied der Fachkommission Asyl beim Bundesvorstand von Amnesty International Deutschland; Lukas Granrath ist Rechtsreferendar in Aachen. Er ist Rechtsberater für die Refugee Law Clinic Cologne und Mitglied von Amnesty International und I Have Rights.

[1] Abrufbar bei asyl.net unter »Informationen zu Schutzsuchenden aus der Ukraine«.

[2] Dietz: Kriegsvertriebene aus der Ukraine, NVwZ 2022, 506.

[3] Ebd., 506 f.

> »Nach Artikel 7 der Richtlinie 2001/55/EG können die Mitgliedstaaten diesen Beschluss auch auf andere Personen, insbesondere Staatenlose und Staatsangehörige anderer Drittländer als der Ukraine anwenden, die sich rechtmäßig in der Ukraine aufhielten und nicht sicher und dauerhaft in ihr Herkunftsland oder ihre Herkunftsregion zurückkehren können.«

Die für die Praxis relevante Frage lautet daher, ob und wenn ja wie Deutschland von der Möglichkeit der Erweiterung Gebrauch gemacht hat und ob die in Art. 2 Abs. 3 des Beschlusses genannten Personen sich ebenfalls auf § 24 AufenthG berufen können. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg geht in seinem Beschluss vom 26.10.2022 von einer Erweiterung aus.[4] Der Gerichtshof verweist hier auf die Länderschreiben des Bundesministeriums des Innern und für Heimat. Dort heißt es:

> »Die Mitgliedstaaten können sonstigen Staatenlosen und nicht-ukrainischen Staatsangehörigen, die sich rechtmäßig in der Ukraine aufhielten und nicht sicher und dauerhaft in ihr Herkunftsland oder ihre Herkunftsregion zurückkehren können, ebenfalls Schutz gewähren. Deutschland setzt diese Vorgabe in der folgenden Weise um. […] Vorübergehenden Schutz nach § 24 AufenthG erhalten nicht-ukrainische Drittstaatsangehörige, wenn diese sich am 24. Februar 2022 nachweislich rechtmäßig, und nicht nur zu einem vorübergehenden Kurzaufenthalt, in der Ukraine aufgehalten haben und sie nicht sicher und dauerhaft in ihr Herkunftsland oder ihre Herkunftsregion zurückkehren können.«[5]

Aus dem Länderschreiben ergibt sich unmissverständlich, dass auch Vertriebenen aus der Personengruppe, die in Art. 2 Abs. 3 des Beschlusses beschrieben wird, vorübergehender Schutz gewährt werden soll. Im konkreten Fall vor dem VGH Baden-Württemberg ist auch die Antragsgegnerin selbst von einer Ausdehnung auf den genannten Personenkreis ausgegangen.

Folgerichtig haben verschiedene Ausländerbehörden in der Vergangenheit bundesweit immer wieder an nicht-ukrainische Drittstaatsangehörige ohne unbefristeten ukrainischen Aufenthaltstitel eine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 Abs. 1 AufenthG erteilt, wenn diese Personen nicht sicher und dauerhaft in ihr Herkunftsland zurückkehren konnten. Einige Bundesländer haben die Erteilung von Aufenthaltstiteln an diese Personen und die Prüfung der Voraussetzungen in der Folge durch eigene Verwaltungsvorschriften noch weiter konkretisiert.[6]

In der Praxis gehen die Ausländerbehörden also weitestgehend von einer Erweiterung aus und handeln auch dementsprechend.

3. Eine Erweiterung ohne Rechtsgrundlage?

Teilweise wird dennoch vertreten, dass die Bundesrepublik den Personenkreis nicht nach Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses rechtmäßig erweitert habe. Es gibt dabei zwei unterschiedliche Ansätze, die beide von einer nicht ausreichenden gesetzlichen Grundlage ausgehen.

Der erste Ansatzpunkt (Abschnitt II.), der vom Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen ins Spiel gebracht wurde, geht von der kompletten Unwirksamkeit des Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses aus. Demnach sei eine Erweiterung auf dieser Grundlage gar nicht möglich gewesen.[7]

Der zweite Ansatzpunkt (Abschnitt III.) vertritt die Ansicht, dass die Aktivierung der Öffnungsklausel zur Erweiterung des begünstigten Personenkreises eine nationale gesetzliche Regelung erfordert hätte, an der es jedoch fehlen würde.[8]

Im Folgenden wird aufgezeigt, warum beiden Ansichten nicht zu folgen ist und die in Abschnitt I.1. genannten Rechtsquellen eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Erteilung des § 24 Abs. 1 AufenthG auch an Drittstaatsangehörige ohne unbefristeten ukrainischen Aufenthaltstitel darstellen.

---

[4] VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.10.2022 – 11 S 1467/22 – Rn. 26 ff., juris.

[5] Länderschreiben des BMI vom 5.9.2022, in der Fassung vom 20.9.2022, S. 6 f., abrufbar bei asyl.net unter Informationen zu Schutzsuchenden aus der Ukraine.

[6] Beispielsweise Nordrhein-Westfalen: Anlage zum Erlass des Ministeriums für Kinder, Familie, Flüchtlinge und Integration des Landes Nordrhein-Westfalen (MKFFI) vom 31.5.2022 – 513-2022-0002528; Rheinland-Pfalz: Merkblatt zur aufenthaltsrechtlichen Behandlung von aus der Ukraine Vertriebenen vom 29.9.2022, S. 11 ff.; Schleswig-Holstein: Neufassung der Erlassregelungen zur Aufnahme von Kriegsvertriebenen aus der Ukraine infolge der zweiten Verordnung zur Änderung der Ukraine-Aufenthalts-Übergangsverordnung vom 24.8.2022 und des Dritten Länderschreibens des BMI vom 5.9.2022, Erlass vom 12.10.2022, S. 15; Niedersachsen: Gewährung vorübergehenden Schutzes nach der sog. EU-Massenzustroms-Richtlinie 2001/55/EG in Verbindung mit dem Durchführungsbeschluss (EU) 2022/382 des Rates der EU und § 24 des Aufenthaltsgesetzes für Kriegsflüchtlinge aus der Ukraine, 64.12-12230/1-8; Hamburg: FAQ: Informationen für Schutzsuchende aus der Ukraine, Stand: 10.9.2022; Berlin: Rundschreiben Soz. Nr. 01/2022 zur Umsetzung des Asylbewerberleistungsgesetzes, Leistungen an Personen, die wegen des Krieges aus der Ukraine geflüchtet sind, Version 4.0 mit Stand der Bearbeitung vom 24.11.2022.

[7] OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14.10.2022 – 18 B 964/22 – asyl.net: M31245.

[8] Klaus Dienelt, Drittausländer aus der Ukraine mit befristetem Aufenthaltsrecht haben keinen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 Abs. 1 AufenthG, Mitteilung vom 14.2.2023, abrufbar auf migrationsrecht.net unter »News«.

II. Mögliche Unwirksamkeit des Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses

Wie gezeigt, ist der Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses entscheidend. Denn erst dadurch wird die Möglichkeit eröffnet, im konkreten Fall auch den Drittstaatsangehörigen aus der Ukraine ohne unbefristeten Aufenthaltstitel Schutz nach § 24 AufenthG zu gewähren.

Das OVG Nordrhein-Westfalen geht in seinem Beschluss vom 14.10.2022 aber davon aus, dass der Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses unwirksam sei. Dieser würde nämlich nicht mit Art. 7 Abs. 1 der Massenzustrom-Richtlinie in Einklang stehen. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie setze voraus, dass die dort genannten Gruppen von Vertriebenen aus den gleichen Gründen vertrieben worden seien und aus demselben Herkunftsland oder derselben Herkunftsregion kämen wie die von dem Beschluss des Rates nach Art. 5 der Richtlinie erfassten Vertriebenengruppen (also im konkreten Fall vor allem die ukrainischen Staatsangehörigen). Als Herkunftsland sei dabei aber nicht das Land anzusehen, aus dem die Person gerade ausgereist ist (in diesem Fall die Ukraine), sondern vielmehr das Land, zu dem der Betreffende die engste Bindung hat. Bei Drittstaatsangehörigen mit einem unbefristeten Aufenthaltstitel oder Staatenlosen könne davon ausgegangen werden, dass sie inzwischen eine engere Beziehung zur Ukraine haben als zu ihrem jeweiligen Herkunftsland. Anhaltspunkt dafür seien die Ausführungen auf S. 6 der »Mitteilung der Kommission zu operativen Leitlinien für die Umsetzung des Durchführungsbeschlusses 2022/382 des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne des Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes (2022/C 126 I/01)«. In diesen Leitlinien heißt es:

> »Des Weiteren könnten die Mitgliedstaaten in Bezug auf Staatenlose und Staatsangehörige anderer Drittländer als der Ukraine, die sich vor dem 24. Februar 2022 auf der Grundlage eines nach ukrainischem Recht erteilten gültigen unbefristeten Aufenthaltstitels […] rechtmäßig in der Ukraine aufgehalten haben, die Auffassung vertreten, dass diese Personen dem Anschein nach eine sinnvollere Bindung zur Ukraine haben als zu ihrem Herkunftsland oder ihrer Herkunftsregion und damit die Ukraine ihre Heimat ist. Dies gilt umso mehr für Staatenlose, die per se kein Herkunftsland haben, in das sie zurückkehren können.«

Daraus zieht das OVG Nordrhein-Westfalen den Umkehrschluss, dass nach der Auffassung der Kommission der Besitz eines lediglich befristeten Aufenthaltstitels in einem Drittland grundsätzlich noch nicht dazu führe, dass dieses als Herkunftsland oder Herkunftsregion des Ausländers anzusehen sei. Dem ist soweit auch zuzustimmen, allerdings bleibt unklar, warum aus dieser Feststellung eine generelle Unwirksamkeit des Art. 2 Abs. 3 des Beschlusses angenommen wird. Eine Unwirksamkeit wäre nämlich nur gegeben, wenn sich der Beschluss nicht mehr richtlinienkonform auslegen lassen würde.

Aus den oben zitierten Ausführungen ergibt sich, dass eine sinnvollere Bindung zur Ukraine besteht, wenn sich die Person rechtmäßig, sicher und dauerhaft in der Ukraine aufgehalten hat. Für diese Person wird dann nicht die ursprüngliche Herkunftsregion als Heimat angesehen, sondern die Ukraine. Diese enge Bindung wird, wie das OVG wohl zu Recht feststellt, nicht auf alle Drittstaatsangehörige zutreffen, die sich in der Ukraine mit einem befristetem Aufenthaltstitel aufgehalten haben. Eine sinnvolle Grenze hat das BMI in seinen Durchführungshinweisen aber bereits gezogen, wonach eine Einbeziehung auf alle Personen erfolgen soll, die sich nachweislich rechtmäßig und nicht nur zu einem vorübergehenden Kurzaufenthalt in der Ukraine aufgehalten haben. Demnach liegt ein Kurzaufenthalt vor, wenn eine Aufenthaltsdauer von über 90 Tagen nicht bezweckt war.[9] Das BMI hat den Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses also bereits richtlinienkonform ausgelegt.

Die entsprechende Grenzziehung ist auch sinnvoll. Es kann im Vergleich zu Personen mit unbefristetem Aufenthaltstitel nicht pauschal angenommen werden, dass diese Personen keine engere Bindung zur Ukraine als zu ihrem Herkunftsland haben, nur weil ihr ukrainischer Aufenthaltstitel befristet war. Unter den Drittstaatsangehörigen, die in der Ukraine gelebt haben, befinden sich auch eine ganze Reihe von Personen, die bereits seit vielen Jahren ihren Lebensmittelpunkt in der Ukraine hatten. Viele hielten sich zum Beispiel in der Ukraine auf, um dort ihr Studium durchzuführen und planten auch dauerhaft, ihren Lebensmittelpunkt in der Ukraine zu etablieren. Die Erlangung eines unbefristeten Aufenthaltstitels wäre für viele dieser Personen sicherlich wünschenswert gewesen, allerdings war dies beispielsweise allein wegen eines Studiums nach ukrainischem Recht gar nicht möglich. Auch ansonsten sind die Erteilungsmöglichkeiten für einen unbefristeten Aufenthaltstitel in der Ukraine sehr begrenzt, insbesondere wenn keine familiäre Verbindung zu einem ukrainischen Staatsangehörigen besteht.[10] Viele der Drittstaatsangehörigen, gerade die Studierenden, haben Ukrainisch gelernt, dort in einem Nebenjob gearbeitet und sich sozial genauso oder sogar noch mehr vernetzt wie Personen mit einem unbefristeten Aufenthaltstitel. Dementsprechend können nach dem 13. Erwägungsgrund des Durchführungsbeschlusses auch Personen umfasst werden, die »kurzfristig« in der Ukraine studiert oder gearbeitet haben. Dabei ist kurzfristig so zu verstehen, dass ein noch nicht lange währender Aufenthalt in der Ukra-

[9] Fränkel in: Hofmann, NK-Kommentar Ausländerrecht, AufenthG § 24 Rn. 25.

[10] https://zakon.rada.gov.ua/laws/ show/2491-14.

ine kein Ausschlusskriterium darstellen darf. Vielmehr ist entscheidend, ob sich die Betroffenen perspektivisch dauerhaft in der Ukraine aufhalten wollten. Perspektivisch kann zum Beispiel ein zum Studium gewährter Aufenthaltstitel bis zum Ende des Studiums verlängert werden und hätte danach mittelfristig in einen unbefristeten Aufenthaltstitel umgewandelt werden können. Befristete Aufenthaltstitel können damit den Beginn eines unbefristeten Aufenthalts darstellen. Allein eine Anknüpfung an die Art des Aufenthaltstitels bei der Bestimmung, ob eine ausreichend enge Bindung zur Ukraine besteht, erscheint wenig sinnvoll und lässt sich nicht mit dem Schutzzweck des Art. 2 des Durchführungsbeschlusses vereinbaren.

Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass sich die betroffenen Personen ohne unbefristeten ukrainischen Aufenthaltstitel genau in der gleichen Situation befinden wie alle anderen aus der Ukraine geflohenen Personen. Der entscheidende Punkt ist dabei vor allem, dass diese Personen nur einen Aufenthaltstitel nach § 24 AufenthG erhalten können, wenn sie nicht sicher und dauerhaft in ihr ursprüngliches Herkunftsland zurückkehren können. Alle Personen, bei denen eine sichere und dauerhafte Rückkehr möglich ist, können diesen Aufenthaltstitel von vornherein schon nicht beanspruchen. Von dem Anwendungsbereich werden daher gerade nur die Personen umfasst, die perspektivisch auch in der Ukraine bleiben wollten (oder mussten), da eine Rückkehr in ihr ursprüngliches Herkunftsland nicht möglich war. Die besondere Bindung mit der Ukraine besteht somit auch darin, dass die umfassten Personen zum Zeitpunkt des Ausbruchs des Krieges keine Perspektive in ihrem Herkunftsland hatten und schon deswegen eine engere Bindung zur Ukraine aufgebaut hatten. Ein ähnlicher Gedanke ergibt sich auch aus dem letzten Satz der zitierten Passage der operativen Leitlinien, in dem Staatenlose ebenfalls einbezogen werden, da sie kein Herkunftsland haben, in das sie zurückkehren können. Die hier behandelte Gruppe der Drittstaatsangehörigen hat zwar formal noch ein Herkunftsland, befindet sich faktisch aber in einer ähnlichen Situation wie Staatenlose, da auch für sie der Herkunftsstaat nicht als Aufnahmestaat in Betracht kommt.

Der Beschluss ist aus den genannten Gründen daher nicht per se unwirksam, muss aber aufgrund der Normenhierarchie entsprechend der Massenzustrom-Richtlinie richtlinienkonform ausgelegt werden. Auf den ersten Blick ergibt sich zwar eine gewisse Widersprüchlichkeit für alle Personen, deren ursprüngliches Herkunftsland nicht die Ukraine ist, diese hat das OVG Nordrhein-Westfalen anhand der operativen Leitlinien[11] für die Personen mit unbefristeten Aufenthaltstiteln aber überzeugend aufgelöst. Nichts anderes darf für Personen mit befristetem Aufenthaltstitel gelten, bei denen ebenfalls eine sinnvollere und engere Bindung zur Ukraine bestand, die nicht sicher und dauerhaft in ihr ursprüngliches Herkunftsland zurückkehren können und die sich nicht nur für einen Kurzaufenthalt in der Ukraine befanden.

III. Mögliches Fehlen einer nationalen gesetzlichen Rechtsgrundlage

Mit Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses wurde grundsätzlich die Möglichkeit der Erweiterung des Schutzbereichs auf Drittstaatsangehörige mit einem befristeten ukrainischen Aufenthaltstitel eröffnet. Die zweite Ansicht, die von der Literatur und von einigen Gerichten vertreten wurde, geht aber davon aus, dass diese Möglichkeit nicht hinreichend aktiviert worden sei, da im deutschen Recht eine Aktivierung der Öffnungsklausel nur durch Verwaltungsvorschriften erfolgt ist. Dies wäre dann problematisch, wenn für die Aktivierung der Öffnungsklausel eine nationale Rechtsgrundlage in Form eines formalen Gesetzes erforderlich gewesen wäre.

1. Die Wesentlichkeitstheorie als Maßstab für die Erfordernis einer besonderen Rechtsgrundlage

Ob eine besondere gesetzliche Grundlage erforderlich ist, richtet sich nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Grundsätzlich erfordert demnach jedes Handeln der Exekutive eine gesetzliche Grundlage. Ursprünglich beschränkte sich dieser Vorbehalt auf die Eingriffsverwaltung – also auf alle Verwaltungstätigkeiten, durch die die Verwaltung direkt in die Rechte des Einzelnen eingreift. Inzwischen wird er aber auch auf sonstiges Verwaltungshandeln bezogen, wenn es für den Sinn und Zweck des Vorbehalts des Gesetzes erforderlich ist. Es besteht aber kein Totalvorbehalt des Gesetzes.[12]

Bei der Abgrenzung, ob eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist oder nicht, zieht das Bundesverfassungsgericht die Wesentlichkeitstheorie heran.[13] Nach der Wesentlichkeitstheorie benötigen alle wesentlichen Entscheidungen eine gesetzliche Grundlage, die durch die förmliche Gesetzgebung geschaffen wird.[14] Wesentlich meint dabei vor allem »wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte«.[15] Insbesondere Eingriffsakte – also behördliche Maßnahmen, die in die Rechte von Personen eingreifen – erfordern daher eine gesetzliche Grundlage.

[11] Mitteilung der Kommission zu operativen Leitlinien für die Umsetzung des Durchführungsbeschlusses 2022/382 des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne des Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes (2022/C 126 I/01).

[12] Grzeszick in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts Band III, § 72 Rn. 29.

[13] Jarass in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20, Rn. 71.

[14] BVerfGE 61, 260/275.

[15] BVerfGE 47, 46 (78 f.).

Dies gilt aber auch für alle Entscheidungen, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind.[16] Das Demokratieprinzip kann insoweit eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich machen, da eine Entscheidung weitreichende Wirkungen für die Allgemeinheit hat, wobei es nicht ausreicht, dass eine Frage politisch umstritten ist.[17] Die Wesentlichkeitstheorie bestimmt auch die erforderliche Regelungsdichte einer gesetzlichen Grundlage.[18]

Konkret muss also geprüft werden, ob auf Grundlage des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie für die Aktivierung der Öffnungsklausel eine gesetzliche Regelung erforderlich gewesen ist. Dies wäre der Fall, wenn durch die Regelung in Grundrechte eingegriffen wird, sie für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlich ist oder es sich um eine Entscheidung handelt, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind.

2. Anwendung der Wesentlichkeitstheorie auf die aktuelle Rechtslage

Konkrete Grundlage für die Gewährung von Aufenthaltstiteln ist § 24 Abs. 1 AufenthG. Bezüglich der Bestimmung der Personengruppe verweist dieser auf die Massenzustrom-Richtlinie als Ganzes. Alle Regelungen der Richtlinie sind, wie bereits erörtert, bei der Auslegung des § 24 Abs. 1 AufenthG heranzuziehen. In Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie heißt es:

> »Die Mitgliedstaaten können den vorübergehenden Schutz gemäß dieser Richtlinie weiteren – von dem Beschluss des Rates nach Artikel 5 nicht erfassten – Gruppen von Vertriebenen gewähren, sofern sie aus den gleichen Gründen vertrieben wurden und aus demselben Herkunftsland oder derselben Herkunftsregion kommen.«

Alle wesentlichen Bestimmungen lassen sich somit bereits in § 24 Abs. 1 AufenthG i. V. m. der Richtlinie und dem Beschluss finden, die Regelungsdichte ist bereits relativ hoch. Die eventuell mit-umfasste Personengruppe ist klar abgegrenzt, Rechtsfolgen und Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels sind hinreichend bestimmt. § 24 Abs. 1 AufenthG würde im Falle der Aktivierung der Öffnungsklausel zwar eine hinreichende Rechtsgrundlage auch für die Gruppe der Drittstaatsangehörigen mit befristetem Aufenthaltstitel darstellen, enthält selbst aber keine Information darüber, ob eine Aktivierung stattgefunden hat. Zu klären ist daher allein, ob es sich bei der Frage, ob die Öffnungsklausel betätigt werden soll oder nicht, um eine wesentliche Entscheidung handelt, die eine eigene gesetzliche Grundlage erfordert.

Ein direkter Eingriff in Grundrechte wurde durch die Aktivierung der Klausel nicht ermöglicht. Vielmehr eröffnet sie den betroffenen Personen eine zusätzliche Option für den Aufenthalt im Bundesgebiet. Aufgrund der begünstigenden Wirkung der Option könnte ein Fall der Leistungsverwaltung vorliegen. Bei der Leistungsverwaltung – die Bereitstellung von öffentlichen Leistungen für Bürger, Unternehmen und sonstige Leistungsempfänger – wird die Wesentlichkeitstheorie grundsätzlich auch angewandt und die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung wird dann bejaht, wenn eine Entscheidung wesentlich für die Verwirklichung von Grundrechten ist.[19] Allerdings geht es im hier diskutierten Fall nicht um eine klassische Frage der Leistungsverwaltung, sondern um die Eröffnung einer Aufenthaltsoption für eine bestimmte Personengruppe, was mittelbar für die Grundrechtsverwirklichung dieser Gruppe von Bedeutung ist. Trotzdem kann die Eröffnung der Aufenthaltsoption noch am ehesten mit der Leistungsverwaltung verglichen werden, da sie einen ähnlichen begünstigenden Effekt auf den Adressaten und zumindest eine mittelbare Bedeutung für die Verwirklichung seiner Grundrechte hat. Parallel zum Beispiel der Vergabe von Subventionen ist es wohl noch herrschende Meinung, dass in der Leistungsverwaltung kein spezielles formelles Gesetz erforderlich ist und irgendeine Legitimation der Verwaltung, zum Beispiel über den Haushaltsplan, ausreicht.[20]

Eine solche einfache Legitimation der Verwaltung erfolgte hier aus dem Zusammenspiel der erwähnten Rechtsquellen und Erlasse. Dabei sind die bereits getroffenen Feststellungen entscheidend, dass die wesentlichen Entscheidungen bezüglich Art und Umfang der Erteilung des § 24 AufenthG schon durch ein formales Gesetz getroffen wurden. Bei der übrig gebliebenen Frage der Aktivierung der Öffnungsklausel handelte es sich insofern nur noch um eine konkrete Ausgestaltungsfrage. Sie stellt keine Entscheidung dar, die für die Verwirklichung von Grundrechten von so wesentlicher Bedeutung ist, dass eine besondere Legitimation der Verwaltung erforderlich gewesen wäre. Es kommt auch nicht zu mittelbaren schweren Eingriffen in Rechtspositionen von Dritten.

Es handelt sich auch nicht um eine Entscheidung, die für das Zusammenleben im Staat wesentlich ist. Bei der Abwägung der Wesentlichkeit können eine Reihe von Kriterien angeführt werden. Neben der bereits diskutierten Grundrechtsrelevanz können dies unter anderem die Größe des Adressatenkreises, die Langfristigkeit einer Festlegung, gravierende finanzielle Auswirkungen, erhebliche Auswirkungen auf das Staatsgefüge, Konkretisierung offenen Verfassungsrechts und die politische Wichtigkeit oder Umstrittenheit der Angelegenheit sein.[21]

[16] Jarass in: Jarass/Pieroth, a. a. O. (Fn. 13), Art. 20, Rn. 76a.

[17] BVerfGE 150, 1 (194 f.).

[18] Grzeszick in: Kahl/Ludwigs, a. a. O. (Fn. 12), § 72 Rn. 27.

[19] Windthorst in: Gröpl/Windhorst/von Coelln, Studienkommentar Grundgesetz, Art. 20, Rn. 144 ff.

[20] BVerwGE 6, 282 (287); Harass NVwZ 1984, 473 ff.

[21] Grzeszick in: Kahl/Ludwigs, a. a. O. (Fn. 12), § 72 Rn. 28.

Die Gruppe der Drittstaatsangehörigen, die durch die Öffnungsklausel potenziell einen Aufenthaltstitel nach § 24 AufenthG erhalten können, ist sehr überschaubar. Entscheidendes Kriterium ist dabei, dass eine sichere und dauerhafte Rückkehr nicht möglich sein darf, womit wohl die meisten Drittstaatsangehörigen aus dem Anwendungsbereich herausfallen. Der Adressatenkreis ist damit ebenso überschaubar wie die damit verbundenen finanziellen Auswirkungen und sonstigen Auswirkungen auf die Gesellschaft. Insbesondere ist zu beachten, dass die Möglichkeit der sicheren und dauerhaften Rückkehr ins Herkunftsland zwar durch ein sui-generis-Verfahren – also ein Verfahren, das nicht in die übliche juristische Formtypik passt, weil der Gegenstand des Verfahrens einzigartig ist und nicht von den existierenden Verfahrensformen abgedeckt werden kann – ergründet werden soll. Als Maßstab können aber die Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 und Abs. 7 AufenthG herangezogen werden. In der Praxis wird diese Prüfung zu Unrecht häufig sogar auf eine Prüfung dieser Voraussetzungen beschränkt, obwohl eine weitergehende sui-generis-Prüfung erforderlich wäre. Jedenfalls werden aber in der Regel wohl zumindest die Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 oder Abs. 7 AufenthG vorliegen müssen, sodass eine Abschiebung in das Heimatland bei den betroffenen Personen sowieso nicht möglich wäre. Unabhängig davon, ob die Öffnungsklausel betätigt wurde oder nicht, können damit die meisten Personen nicht zur Ausreise gezwungen werden, sodass die politische und finanzielle Bedeutung der Betätigung der Öffnungsklausel sehr gering ist. Die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 24 AufenthG stellt im Vergleich dazu zwar eine deutlich bessere aufenthaltsrechtliche Grundsituation für die Betroffenen dar als ein Abschiebungsverbot, der Schutz wird aber auch nach § 24 Abs. 1 AufenthG nur vorübergehend gewährt. Die Festlegung ist also zeitlich beschränkt. Auswirkungen auf das Staatsgefüge oder eine Konkretisierung von offenem Verfassungsrecht sind nicht ersichtlich.

Es bestehen auch keine sonstigen Hinweise darauf, dass die Betätigung der Öffnungsklausel eine wesentliche Entscheidung darstellt, die zwangsläufig eine gesetzliche Regelung erfordern würde. Es handelt sich vielmehr um die Eröffnung einer gewissen aufenthaltsrechtlichen Privilegierung für eine sehr überschaubare Gruppe von Personen im Vergleich zu anderen Personen, die nicht sicher und dauerhaft in ihr Herkunftsland zurückkehren können. Die Privilegierung erfolgt dabei nur in Angleichung an die (und auf Grundlage der) Regeln, die unbestritten für die Mehrheit der anderen Personen gelten, die aus der Ukraine vertrieben wurden. Es handelt sich dabei um eine Entscheidung, die von der Exekutive getroffen werden kann, da es um die organisatorische Frage geht, ob diese begrenzte Personengruppe wie andere Vertriebene aus der Ukraine behandelt werden soll oder wie andere Personen, die nicht in ihr Herkunftsland abgeschoben werden dürfen. Dabei handelt es sich um eine nach der Ausübung des Ermessens typischerweise von der Exekutive zu entscheidende Frage, die von Deutschland eindeutig und hinreichend durch die erwähnten Erlasse und die vorliegende Praxis beantwortet wurde.

3. Weitere Auslegungsansätze

Auch eine Auslegung der existierenden Rechtsquellen ergibt, dass eine Aktivierung durch die Bundesregierung möglich und auch gewünscht war. § 24 AufenthG, die Massenzustrom-Richtlinie oder sonstiges Unionsrecht bestimmen nicht, welchem Organ der Mitgliedstaaten die Kompetenz zur Aktivierung der Öffnungsklausel zufällt. Wie gesehen, setzt § 24 Abs. 1 AufenthG voraus, dass durch einen Ratsbeschluss bereits generell-abstrakt über die Gewährung vorübergehenden Schutzes entschieden worden ist, dies bedeutet aber nicht zwingend, dass diese Entscheidung bereits abschließend durch den Ratsbeschluss getroffen worden ist.[22]

Das OVG Nordrhein-Westfalen verweist an dieser Stelle auch auf die Ausführungen zum Gesetzesentwurf des § 24 AufenthG,[23] wonach die Aufnahmekapazität nach Konsultationen mit den Bundesländern durch die Bundesregierung festgelegt wird. Daraus ergibt sich, dass eine über die gesetzlich vorgeschriebene Aufnahme von Vertriebenen hinausgehende Schutzgewährung im Rahmen der europäischen Flüchtlingspolitik nach Auffassung der Gesetzgebung grundsätzlich im Kompetenzbereich der Bundesregierung liegt.[24] Wenn die Bundesregierung für die Festlegung der Aufnahmekapazität zuständig ist, umfasst dies logischerweise auch die Entscheidung über die Gewährung vorübergehenden Schutzes für die in Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses genannten Personengruppen, die ebenfalls eine weitergehende Schutzgewährung für zusätzliche Personen darstellt.

In einem späteren Beschluss[25] vertritt das OVG Nordrhein-Westfalen die Ansicht, dass eine Erweiterung auf der Grundlage und unter den Voraussetzungen des § 23 AufenthG hätte erfolgen müssen. Aus § 23 Abs. 3 AufenthG ergibt sich zwar die Möglichkeit der Anwendung des § 24 AufenthG durch die Bundesrepublik Deutschland, auch wenn ein entsprechender Beschluss des Rates der Europäischen Union nicht vorliegt. Eine solche Konstellation liegt hier jedoch gerade nicht vor, da ein wirksamer Ratbeschluss besteht und § 24 AufenthG bereits die Möglichkeit

[22] Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 14.10.2022, a. a. O. (Fn. 7): »Vielmehr reicht es ausweislich der Formulierung ›auf Grund‹ aus, dass der Ratsbeschluss die Grundlage für eine – den Anwendungsbereich des § 24 AufenthG eröffnende und diesem vorgelagerte – nationale generell-abstrakte Regelung darstellt. Insoweit spricht Überwiegendes dafür, dass die Regelungskompetenz für diese generell-abstrakte Vorschrift bei der Bundesregierung liegt.«

[23] BT-Drs. 15/420, S. 78.

[24] Vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, § 24 AufenthG Rn. 13; Schulz, in: GK-AufenthG, § 24 Rn. 6.

[25] OVG NRW, Beschluss vom 29.6.2023 – 18 B 285/23.

der Schutzgewährung für die Gruppe der Drittstaatsangehörige umfasst. Ein Rückgriff auf § 23 Abs. 3 AufenthG ist daher gar nicht notwendig.

IV. Ergebnis

Wie erarbeitet, überzeugt keine der beiden genannten Ansatzpunkte. Es besteht damit eine hinreichende Rechtsgrundlage für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 24 Abs.1 AufenthG an Drittstaatsangehörige mit befristetem Aufenthaltstitel in der Ukraine, die nicht sicher und dauerhaft in ihr ursprüngliches Herkunftsland zurückkehren können.

Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses ist nicht unwirksam. Wie es die europäische Kommission in ihren operativen Leitlinien in Bezug auf Art. 2 Abs. 2 des Durchführungsbeschlusses getan hat, lassen sich auch die Begrifflichkeiten in Bezug auf Art. 2 Abs. 3 des Durchführungsbeschlusses so auslegen, dass die Regelungen von der Massenzustrom-Richtlinie getragen werden.

Zwar werden nicht alle Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig mit einem befristeten Aufenthaltstitel in der Ukraine aufgehalten haben, von der Regelung umfasst. Allerdings gibt es eine Reihe von Personen, die sich unter anderem aufgrund der mangelnden Rückkehrmöglichkeit in ihr ursprüngliches Herkunftsland perspektivisch dauerhaft in der Ukraine aufhielten und ebenso unter den Schutzbereich der Regelung fallen müssen wie die Drittstaatsangehörigen mit unbefristeten Aufenthaltstiteln.

In Bezug auf die Form der Aktivierung der Öffnungsklausel reicht es aus, dass der jeweilige Mitgliedstaat durch Verwaltungsvorschriften aufzeigt, dass er von der Möglichkeit der Betätigung der Öffnungsklausel Gebrauch machen will. Eine weitere gesetzliche Regelung wäre als Klarstellung zwar sicherlich wünschenswert, ist aber mangels Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes und die Wesentlichkeitstheorie nicht zwingend erforderlich. Neben dem VGH Baden-Württemberg kommen auch einige andere Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit, genauso wie die einschlägige Fachliteratur, zu dem Schluss, dass eine weitergehende gesetzliche Regelung nicht erforderlich ist – oder sie stellen erst gar nicht infrage, dass die Öffnungsklausel formal rechtmäßig aktiviert wurde.[26]

[26] OVG NRW, Beschluss vom 14.10.2022, a. a. O. (Fn. 7); VG Aachen, Beschluss vom 26.8.2022 – 8 L 527/22 – juris Rn. 28 f.; VGH Bayern, Beschluss vom 30.1.2023 – 10 ZB 23.19 – BeckRS 2023, 1970, VG Hamburg, Beschluss vom 15.12.2022 – 19 E 4492/22; VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 16.1.2023 – VG 3 L 376/22; NK-AuslR/Fränkel AufenthG § 24 Rn. 25.

Ländermaterialien

Afghanistan

Entscheidungen

• **OVG Sachsen:** Abschiebungsverbot für jungen Mann:

1. Es ist nicht mehr davon auszugehen, dass gesunde leistungsfähige junge Männer als Rückkehrer aus dem Ausland ohne Netzwerke ihren existenziellen Lebensunterhalt sichern können. Die allgemeinen humanitären Verhältnisse in Afghanistan würden den Kläger vielmehr in die Gefahr einer unmenschlichen Behandlung bringen.

2. Auch durch die in Afghanistan verbliebene Familie könnte der Kläger seine Existenz nicht sichern, da diese vielmehr auf die Unterstützung durch ihn angewiesen ist. (Leitsätze der Redaktion)

Beschluss vom 24.5.2023 – 1 A 472/20.A – asyl.net: M31627

• **VG Köln:** Flüchtlingseigenschaft nach Flucht vor Zwangsrekrutierung durch Taliban:

Hat sich eine Person minderjährig der Zwangsrekrutierung durch Taliban in Afghanistan entzogen und ist mittlerweile volljährig, droht ihr bei Rückkehr wohl keine erneute Zwangsrekrutierung. Allerdings ist aufgrund der drohenden und angesichts der Vorverfolgung gemäß Art. 4 Abs. 4 Qualifikationsrichtlinie (RL 2011/95/EU) zu vermutenden politischen Verfolgung wegen der Entziehung von der Zwangsrekrutierung die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen. (Leitsätze der Redaktion)

Urteil vom 10.5.2023 – 21 K 14981/17.A – asyl.net: M31739

• **VG Arnsberg:** Flüchtlingsanerkennung für Frau aus Afghanistan wegen »Verwestlichung«:

1. Afghanischen Frauen, die längere Zeit im westlichen Ausland gelebt haben, drohen im Einzelfall auch ohne Vorverfolgung mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit Verfolgungshandlungen zumindest in Form von Menschenrechtsverletzungen oder Diskriminierungen, die kumulativ einer schwerwiegenden Verletzung grundlegender Menschenrechte gleichkommen, § 3a Abs. 1 Nr. 2 AsylG.

2. Da die Klägerin seit mehr als acht Jahren in Deutschland lebt, engagiert Deutsch lernt, selbstständig berufliche Ziele verfolgt und familiäre Angelegenheiten regelt, ist davon auszugehen, dass sie gemäß § 3b Abs. 1 Nr. 4 AsylG zur sozialen Gruppe der Frauen gehört, deren Identität aufgrund eines mehrjährigen Aufenthalts in Europa westlich geprägt ist. Hinzu kommt, dass sie bereits in Afghanistan einen von den Verhaltensregeln der Taliban distanzierten Lebensstil gepflegt und insbesondere ihren Partner selbstständig gewählt hat. (Leitsätze der Redaktion)

Urteil vom 27.4.2023 – 6 K 8857/17.A – asyl.net: M31621

Unsere Angebote

Informationsverbund
ASYL & MIGRATION

Asylmagazin – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht

- Beiträge für die Beratungs- und Entscheidungspraxis
- Rechtsprechungsübersichten
- Aktuelle Gerichtsentscheidungen
- Länderinformationen
- Nachrichten, Literaturhinweise, Buchbesprechungen

Print- und Online-Ausgaben (regelmäßig neun Ausgaben im Jahr) im Abonnement beziehbar bei menschenrechte.ariadne.de

www.asyl.net

- Rechtsprechungsdatenbank und »Dublin-Entscheidungen«
- Themenseiten
- Auswahl von Länderinformationen
- Beiträge aus dem Asylmagazin
- Publikationen und Stellungnahmen
- Newsletter

familie.asyl.net

Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und Schutzberechtigten.

- Nachzug von außerhalb Europas
- »Dublin-Familienzusammenführung«
- Laufend aktualisierte Fachinformationen

basiswissen.asyl.net

Informationen für Schutzsuchende und Engagierte:

- »Wissen kompakt«: Erstinformationen und Materialien
- Materialien in verschiedenen Sprachen

adressen.asyl.net

Adressdatenbank mit

- Beratungsstellen im Bereich Flucht und Migration sowie weiteren Rechtsgebieten (dt./engl.)
- Weitere Adressen und Links

Aktuelle Publikationen

Arbeitshilfen und Übersichten zu Themen der Beratungspraxis. Abrufbar bei asyl.net unter »Publikationen«

www.ecoi.net

Die Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern und Drittstaaten.

Der Informationsverbund Asyl und Migration ist Partner von ecoi.net, das von der Forschungsstelle ACCORD beim Österreichischen Roten Kreuz koordiniert wird.