

Beiträge zum ausländischen und
vergleichenden öffentlichen Recht

Band 23

Herausgegeben von
Martin Bullinger und Christian Starck

Eibe Riedel (Hrsg.)

Neuere Entwicklungen im Einwanderungs- und Asylrecht

Verfassungs-, Völker- und Europarechtliche Aspekte



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

2004

Neue Entwicklungen im Einwanderungs- und Asylrecht

Länderbericht USA

Prof. Dr. Uwe Kischel*

Gliederung

- A. Einwanderungsland USA
- B. Geschichte der Einwanderung im Überblick
- C. Verfassungsrechtliche Grundlagen
 - I. „Plenary Power“: Das unbeschränkte Recht des Kongresses zur Festlegung des Einwanderungs- und Asylrechts
 - 1. Preemption Doktrin
 - 2. Absolutes und unqualifiziertes Regelungsrecht des Kongresses
 - 3. Der Fall *Mezei*
 - II. Veränderung durch *Zadvydas v. Davis*?
 - 1. Die Entscheidung
 - 2. Der Streit um die Bedeutung
 - 3. Die Folgeentscheidung *Demore v. Kim*
 - 4. Kein Anspruch auf Einwanderung oder Asyl
 - III. Verfassungsrechtliche Rechte von Ausländern nach Zulassung
 - 1. Einwanderung und alienage
 - 2. Möglichkeiten rechtlicher Diskriminierung von Ausländern
 - a. Einzelstaatliche Diskriminierung
 - b. Diskriminierung durch den Bund
 - IV. Privates Gesetz und Ombudsfunktion
 - V. Exkurs: Bedeutung des Völkerrechts
- D. Behördenstruktur
 - I. Bisherige Grundstruktur
 - 1. Immigration and Naturalization Service (INS)
 - 2. Executive Office for Immigration Review (EOIR)
 - 3. labor certification
 - II. Aktuelle Änderungen

E. Voraussetzungen der Einwanderung

- I. Grundlagen
 - 1. Einwanderer und Nichteinwanderer
 - 2. permanent resident
 - 3. Einbürgerung
- II. Einwanderung ohne Quotenbegrenzung
 - 1. Kinder, Ehepartner, Eltern
 - 2. Insbes. uneheliche Kinder
 - 3. Insbes. Scheinehen
- III. Das Präferenzsystem
 - 1. Familienunterstützte Einwanderer
 - 2. Arbeitsbezogene Einwanderer
 - 3. *Diversity* Einwanderer: Die sog. green card lottery
- IV. Die Rolle von Einwanderungsquoten
 - 1. Gesamtquoten
 - 2. Präferenzquoten
 - 3. Länderquoten

F. Fehlende Zugangsberechtigung (*inadmissibility*)

G. Ausweisung (*removal*)

- I. Ausweisungsgründe und -verfahren
 - 1. Illegal Aufenthalt
 - 2. Kriminelle Aktivitäten
 - 3. Sicherheitsfragen
 - 4. public charge
- II. Aussetzungsgründe (*discretionary relief*)
 - 1. Freiwillige Ausreise
 - 2. Aufhebung der Ausweisung
 - 3. Anpassung des Status
 - 4. Sonstige
- III. Begrenzte gerichtliche Überprüfung

H. Flüchtlinge

J. Asyl

- I. Asylvoraussetzungen
- II. Insbesondere die Verfolgung
 - 1. Gesetzliche Definition der Verfolgung
 - 2. Die Entscheidung *Cardoza-Fonseca*
 - 3. Verfolgungsindizes der heutigen Verordnungen
 - 4. Einzelfälle

* Prof. Dr. Uwe Kischel, LL.M. (Yale), attorney-at-law (New York), Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung (Nordosteuropa), Mercator-Stiftungslehrstuhl, Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald. Ich danke Herrn Troy Edwards für die wertvolle Hilfe bei der anfänglichen Zusammenstellung der Literatur.

- II. Asylgewährung
- III. Einschränkung der Ausweisung (nonrefoulement)
- IV. Zeitweise geschützter Status

A. Einwanderungsland USA

*„Give me your tired, your poor,
Your huddled masses yearning to breathe free,
The wretched refuse of your teeming shore.
Send these, the homeless, tempest-tossed to me,
I lift my lamp beside the golden door.“*

Diese Worten von Emma Lazarus im Sockel der Freiheitsstatue¹ beschreiben die Hoffnung von Millionen Einwanderern und prägen auch heute noch das verbreitete Bild der Vereinigten Staaten. Die USA gelten vielen als der Prototyp des Einwanderungslandes. Damit verbunden ist oft die diffuse Vorstellung einer Politik der offenen Tür für alle, vergoldet durch den American Dream.

Leider dürfte dieses Bild ebenso einseitig und falsch sein wie das Deutschlands als eines prototypischen Nichteinwanderungslandes, das Zuwanderung mit geschlossenen Türen und abweisendem Klima begegnet. Auch amerikanische Beobachter finden in der dortigen Einstellung zur Einwanderung nicht allein offene Arme, sondern früher wie heute auch Rassismus, Fremdenfeindlichkeit, Abschottung und Egoismus.² Die „goldene Tür“ aus der Inschrift der Freiheitsstatue ist – so die United States Commission on Civil Rights – matt und angelaufen.³ Letztlich kämpft das US-Recht ebenso wie das deutsche mit den Gegensätzen von Aufnahmebereitschaft und Angst vor Fremden, eigenen wirtschaftlichen Problemen und humanitären Erwägungen, effektiver Durchsetzung des bestehenden Rechts und sorgfältiger Überprüfung.

B. Geschichte der Einwanderung im Überblick

Die Geschichte der Einwanderung in die USA⁴ war von Anfang an sowohl eine Geschichte erfolgreicher Immigration im größten Maßstab als auch eine Geschichte frühzei-

tiger Beschränkungsversuche. Schon im Jahre 1639 erließen amerikanische Kolonien Gesetze, um nicht nur Kriminelle, sondern auch Arme auszuschließen, die möglicherweise der Allgemeinheit zur Last fallen könnten.⁵ In der späteren Geschichte der Vereinigten Staaten tauchen solche Beschränkungen immer wieder auf.

Zunächst jedoch war während der ersten 100 Jahre nach der Unabhängigkeitserklärung der USA die Tür tatsächlich weit offen. Die Weite des Landes und der ständige Bedarf an Arbeitskräften führten zu einer Politik weitgehend unbeschränkter Einwanderung. Seit Beginn offizieller Statistiken im Jahr 1820 bis zum Jahr 1880 wanderten insgesamt 10.189.429 Personen ein.⁶ Das Jahrzehnt von 1845 bis 1854 sah den größten relativen Bevölkerungszufluß der amerikanischen Geschichte, mit 2,4 Millionen Einwanderern, die allein die Gesamtbevölkerung um rd. 14,5% vergrößerten.⁷ Schon während dieses Zeitraums gab es aber auch Widerstände in der Bevölkerung gegen die Neuankömmlinge, insbesondere irische und deutsche Katholiken, die den angelsächsischen Bürgern fremd und suspekt erschienen. Politischer Ausdruck dieser Widerstände („nativism“) war vor allem die sog. American Party, gemeinhin unter dem Namen „Know-Nothings“ bekannt, die kurzfristig bedeutende Wahlerfolge erringen konnte.⁸

Nach dem Bürgerkrieg begann eine ernsthafte Begrenzungsgesetzgebung des Kongresses. Von der Einwanderung ausgeschlossen wurden nicht nur Prostituierte, Geisteskranke und alle Personen, die der öffentlichen Wohlfahrt zur Last fallen könnten, später etwa auch Kranke, Anarchisten und Polygamisten. Ausgeschlossen wurden mit zunehmender Schärfe auch Chinesen, später Japaner und schließlich weitgehend alle Asiaten. Hinzu kam eine Kopfsteuer auf die Einwanderung in Höhe von – damals nicht unbedeutenden – 2 Dollar. 1917 folgte, als weiterer Ausdruck des Wunsches nach „Qualitätskontrollen“, der Ausschluß von Analphabeten.⁹

Nach dem ersten Weltkrieg fand die Einwanderungspolitik neue Mittel, griff zunehmend auf Einwanderungsquoten zurück. Mit solchen Quoten setzte sie nicht nur absolute Obergrenzen, sondern koppelte auch die Zusammensetzung der Einwanderer an die nationale oder ethnische Zusammensetzung der US-Bevölkerung. Auf diese Weise wurde die angelsächsische oder nordeuropäische Dominanz in der Bevölkerung zementiert.¹⁰ Daß die weltweite Attraktivität der Vereinigten Staaten bei alledem stets eng mit ihrer Wirtschaftskraft zusammenhing, belegen die Zahlen aus der Zeit der Depression: Die Zahl der Einwanderer fiel von über 300.000 im Jahr 1928 – eine Zahl, die erst 1966 wieder überschritten wurde! – auf gerade einmal 23.000 im Jahr 1933.¹¹ Im Jahr 1932 wanderten gar drei mal mehr Personen aus den USA aus als dorthin einwanderten.¹²

Nach dem zweiten Weltkrieg stieg die Anzahl der Einwanderer kontinuierlich an. Die vielfach als diskriminierend empfundenen Quoten nach nationaler Herkunft der Gesamtbevölkerung wurden abgeschafft. Gesamteinwanderungsgrenzen und Quoten für bestimmte Länder oder Ländergruppen blieben zwar erhalten, nahmen aber aufgrund einer

1 Vgl. George Brown Tindall/David Emory Shi, *America – A Narrative History*, 638 (4th.ed.1997)
2 Vgl. dazu etwa Tindall/Shi (n.1), 352-53, 642-44, 666, 792, 795-96 1157-58; Thomas Alexander Aleinikoff/David A. Martin/Hiroshi Motomura, *Immigration and Citizenship-Process and Policy*, 152 (4th.ed. 1998); Cormac T. Connor, *Human Rights Violations in the Information Age*, 16 *Geo. Immigr. L.J.* 207, 210-211 (2001); Berta Esperanza Hernandez-Truyol, *Symposium: Deportation, National Security, and Aliens' Rights after Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee: Nativism, Terrorism, and Human Rights – The Global Wrongs of Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee*, 31 *Colum.Human Rights L.Rev.* 521, 522-23 (2000); Kevin R. Johnson, *Race and Immigration Law Enforcement: A Response to Is There a Plenary Power Doctrine?*, 14 *Geo.Immigr.L.J.* 289, 305 (2000): „Racial discrimination, condemned in ordinary law enforcement, is part and parcel of modern immigration enforcement.“
3 United States Commission on Civil Rights: *The Tarnished Golden Door: Civil Rights Issues in Immigration*, 1 (1980).
4 Zum folgenden vgl. etwa Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 152-78; David Weissbrodt, *Immigration Law and Procedure*, 1-50 (1998); Tindall/Shi (n.1), 346-54.; Manfred H. Wiegandt, *Das Einwanderungsrecht der Vereinigten Staaten*, 51 *JÖR* 607,609-13 (2003).

5 Vgl. Weissbrodt (n.4), 2.
6 Statistik bei Tindall/Shi (n.1), A 44-45.
7 Tindall/Shi (n.1), 346.
8 Tindall/Shi (n.1), 352-53.; zu „nativism“ innerhalb der U.S. Geschichte vgl. Hernandez-Truyol (n.2), 532-38.
9 Vgl. Weissbrodt (n.4), 7-10.; Wiegandt (n.4), 610.
10 Vgl. Weissbrodt (n.4), 11-12.; zur ethnischen Zusammensetzung der Einwanderer von 1820 - 1989 vgl. die Übersicht bei Tindall/Shi (n.1), A46-A51.
11 Vgl. Tindall/Shi (n.1), A44-45.
12 Vgl. Weissbrodt (n.4), 12.

weit flexibleren Handhabung an Bedeutung ab. Zentrales Steuerungsmittel wurde daneben ein immer wieder verändertes Präferenzsystem, dessen zentrale Kategorien die verwandschaftlichen Beziehungen zu Bürgern oder dauerhaften Bewohnern der Vereinigten Staaten einerseits und gesuchte berufliche Qualifikationen andererseits waren.¹³

In den letzten Jahren waren vor allem die Änderungen aus dem Jahr 1996 von Bedeutung, die der seit 1952 für das Einwanderungs- und Asylrecht zentrale Immigration and Nationality Act (INA)¹⁴ durch den Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA) und den Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (IIRIRA) erfuhr. Insbesondere IIRIRA wurde als das härteste Einwanderungsgesetz der vergangenen 50 Jahre angesehen.¹⁵ Konstruktiv ersetzte das Gesetz die vorher bestimmenden Konzepte von entry, exclusion und deportation durch die terminologisch wie inhaltlich abweichenden Konzepte von admission, inadmissibility und removal; der dadurch hervorgerufenen Umschwung scheint bis heute nicht gänzlich verarbeitet zu sein.¹⁶ Vor allem aber verschärfte das Gesetz die Ausweisungs- und Abschiebungsmöglichkeiten ganz erheblich und beschränkte gleichzeitig den Rechtsschutz.¹⁷ Vor dem Hintergrund terroristischer Anschläge in den USA wurden zudem gesonderte Ausweisungsverfahren für ausländische Terroristen (*alien terrorist removal procedures*) eingeführt, die insbesondere auch die Verwendung geheimer Informationen ermöglichen, ohne daß diese dem Ausländer oder seinem gewählten Anwalt gegenüber offengelegt werden müßten.¹⁸ In Anbetracht der somit bereits geschaffenen, weitreichenden Möglichkeiten erscheint es weniger verwunderlich, daß nach den Ereignissen des 11. September 2001 zwar zu-

nächst noch extremere Einschnitte geplant wurden, sich aber letztlich nicht durchsetzen konnten.¹⁹ Der USA PATRIOT Act führte letztlich spezielle Regelungen zur Inhaftierung vermuteter Terroristen im Rahmen von Ausweisungsverfahren ein (INA § 236A)²⁰; 2002 wurde zusätzlich die Behördenorganisation im Hinblick auf das neugegründete Department of Homeland Security neu gestaltet.²¹

C. Verfassungsrechtliche Grundlagen

I. „Plenary Power“: Das unbeschränkte Recht des Kongresses zur Festlegung des Einwanderungs- und Asylrechts

Die Befugnis zur Einführung einer einheitlichen Regel über die Einbürgerung wird dem Kongress von Art. 1, § 8 Satz 4 der US-Verfassung ausdrücklich zugestanden. Für das Einwanderungs- und Asylrecht²² hingegen fehlt eine entsprechende Bestimmung. Der Supreme Court suchte in verschiedenen Bestimmungen nach der Kompetenzgrundlage des Bundes und fand sie letztlich als inhärenten Bestandteil der staatlichen Souveränität selbst.²³

1. Preemption Doktrin

Das bedeutet zunächst nach der preemption Doktrin,²⁴ daß die Einzelstaaten dort keine eigene Gesetzgebungskompetenz besitzen, wo der Bund bereits Gesetze erlassen hat. Das gilt nicht nur für Normen, die Bundesgesetzen widersprechen, sondern auch für solche, die mit ihnen übereinstimmen.²⁵ Ausreichend für den Ausschluß einzelstaatlicher Kompetenz ist aber auch der bloße Konflikt etwa mit der grundlegenden bundesrechtlichen Entscheidung, einem Ausländer den Aufenthalt zu gestatten. Das kommt in allen Fällen in Betracht, in denen dieser Aufenthalt durch einzelstaatliche Regelungen erschwert wird, sei es durch Beschränkungen bei der Arbeitsaufnahme²⁶, die Beschrän-

13 Vgl. Weissbrodt (n.4), 15-18; Wiegandt (n.4), 611.

14 Im folgenden werden Normen stets nach der INA Zitierung angegeben. Entscheidungen von US-Gerichten pflegen allerdings stattdessen auf die gänzlich andere Numerierung in Titel 8 U.S. Code zurückzugreifen, in dem INA kodifiziert ist. Alle Spezialisten des US-Einwanderungsrechts arbeiten hingegen ausschließlich mit der INA-Numerierung. Zu dieser Frage vgl. Aleikoff/Martin/Motomura (n.2), ix.

15 Vgl. Thomas Alexander Aleinikoff, Detaining Plenary Power: The Meaning and Impact of *Zadvydas v. Davis*, 16 Geo.Immigr.L.J. 365, 368 (2002); kritisch zum IIRIRA auch etwa Laura S.Adams, Divergence and the Dynamic Relationship between Domestic Immigration Law and International Human Rights, 51 Emory L.J.983, 984-90 (2002); Michael J.Wishnie, Migration Regulation Goes Local: The Role of States in U.S. Immigration Policy, 58 N.Y.U.Ann.Surv.Am.L.283,284 (2002).

16 Vgl. zum Wechsel Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 425-26, 692; zu den fortbestehenden Schwierigkeiten der Differenzierung zwischen entry und admission vgl. anschaulich Aleinikoff, Detaining Plenary Power, (n.15) 373-78, der - als einer der führenden Experten auf dem Gebiet - sogar darauf hinweist, daß selbst der Supreme Court die genauen Unterscheidungen nicht immer gänzlich verstanden zu haben scheint, *ibid.*, 375 Fn. 52, 377 Fn. 62. Solche Probleme sind aber im US-Einwanderungsrecht durchaus verständlich, vgl. die deutlichen Worte in *Dong Sik Kwon v. INS*, 646 F.2d 909, 919 (5th Cir. 1981): „Whatever guidance the regulations furnish to those cognoscenti familiar with [immigration] procedures, this court, despite many years of legal experience, finds that they yield up meaning only grudgingly and that morsels of comprehension must be pried from molusks of jargon.“

17 Vgl. etwa Margaret H.Taylor, Behind the Scenes of *St. Cyr* and *Zadvydas*: Making Policy in the Midst of Litigation, 16 Geo.Immigr.L.J. 271, 275 - 80 (2002); Note, The Constitutional Requirement of Judicial Review for Administrative Deportation Decision, 110 Harv.L.Rev. 1850 (1997); Note, Development in the Law: The Law of Prisons:V. Plight of the Tempest-Tost: Indefinite Detention of Deportable Aliens, 115 Harv.L.Rev. 1915, 1920-21 (2002); Daniel Kanstroom, Symposium: United States Immigration Policy at the Millennium Deportation, Social Control and Punishment: Some thoughts about why hard laws make bad cases, 113 Harv.L.Rev. 1889, 1891 (2000); Weissbrodt (n.4), 45-46.; Wiegandt (n.4), 612.

18 Vgl. INA §§ 501-507; dazu etwa kurz Peter J.Spiro, Explaining the End of Plenary Power,16 Geo.Immigr.L.J. 339, 357 (2002).

19 Vgl. Spiro (n.18), 356 ; vgl. etwa den Entwurf zum Mobilization Against Terrorism Act (<http://www.usdoj.gov/opa/pr/2001/September/492ag.htm>), der eine unbeschränkte Inhaftierung von Ausländern, die eine Bedrohung für die nationale Sicherheit darstellen könnten, durch Anordnung des Attorney General vorsah, 115 Hav.L.Rev. 1915 (n.17), 1932-33.

20 Vgl. Spiro (n.18), 356-57; Note 115 Harv.L.Rev 1915 (n.17), 1933-34; kritisch dazu Note 115 Harv.L.Rev. 1915 (n.17), 1934-39; Aleinikoff (n.15) 366; Regina Germain, Rushing to Judgment: The Unintended Consequences of the USA Patriot Act for Bona Fide Refugees, 16 Geo.Immigr.L.J. 505.

21 Dazu Stanley Mailman, Stephen Yale-Loehr, Immigration in a Homeland Security Regime, 2003 Bender's Immigration Bulletin 1; *infra* D.II.

22 Da das Asylrecht in den USA gemeinhin als ein Teilgebiet des Einwanderungsrechts betrachtet wird, soll im folgenden der Einfachheit halber nur noch von „Einwanderungsrecht“ die Rede sein, auch wenn das Asylrecht mit gemeint ist.

23 Vgl. *Nishimura Ekiu v. United States*, 35 L.Ed. 1146, 1149 (1892); zur Frage, warum die Ausstattung der Bundesregierung mit den Kompetenzen externer Souveränität keiner ausdrücklichen Verleihung im Verfassungstext bedurfte vgl. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 315-18 (1936).

24 Zur preemption Doktrin allgemein vgl. etwa Laurence H.Tribe, *American Constitutional Law.*, § 6-31. (3rd.ed. 2000).

25 Vgl. *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 66 (1941), der eine einzelstaatliche Registrierungspflicht für Ausländer im Hinblick auf die bundesrechtliche Registrierungspflicht für verfassungswidrig erklärte.

26 Vgl. *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33, 42 (1915).

kung von Fischereirechten²⁷ oder durch Mindestaufenthaltszeiten für einzelstaatliche Sozialhilfe.²⁸

Darin liegt ein zwar sehr weitreichender, jedoch kein absoluter Ausschluß jeglicher einzelstaatlicher Kompetenz in Bezug auf Ausländer.²⁹ In *DeCanas v. Bica*³⁰ erklärte der Supreme Court dementsprechend ein kalifornisches Gesetz für verfassungsgemäß, das kalifornischen Arbeitgebern untersagte, bewußt Ausländer ohne Aufenthaltsrecht zu beschäftigen, wenn diese Beschäftigung negative Auswirkungen auf Arbeitnehmer mit legalem Aufenthaltsrecht hätte. Den Unterschied zu anderen, unzulässigen einzelstaatlichen Regelungen sah der Supreme Court darin, daß der spezifische Regelungsgegenstand damals nicht im Bundesrecht behandelt wurde, daß der Kongress damals begleitende einzelstaatliche Regelungen in diesem Bereich zuzulassen schien, daß die Regelung ein lokales Problem ansprach und daß es hier - anders als in früheren Fällen - nicht um Belastungen für Ausländer mit Aufenthaltsrecht ging, die in Konflikt mit Bundesrecht standen.³¹ Aber selbst diese Ausnahme dürfte im konkreten Fall heute nicht mehr greifen, nachdem der Bundesgesetzgeber durch 1986 durch den Immigration Reform and Control Act (IRCA) eine ausdrücklich Ausschlußregelung für solche arbeitsrechtlichen Regelungen einfügte.³²

2. *Absolute und unqualifiziertes Regelungsrecht des Kongresses*

Die Konsequenzen der Regelungsbefugnis des Kongresses gehen aber weit über die preemption Doktrin hinaus. Denn die Befugnis des Kongresses stellt nach der Rechtsprechung des Supreme Court nicht nur eine Kompetenz, sondern eine absolute und unqualifizierte Macht dar: „The right of a nation to expell or deport foreigners (...) is as *absolute and unqualified* as the right to prohibit and prevent their entrance into the country.“³³ Mit anderen Worten bestehen für die Befugnisse des Kongresses zur Regelung des Einwanderungsrechts keinerlei inhaltliche, verfassungsrechtliche Beschränkungen. Die Verfassung beschränkt weder die staatliche Kontrolle über den Zugang von Ausländern noch sichert sie in irgendeiner Weise deren Bleiberechte nach Zulassung.

Diese sog. plenary power Doktrin sah sich stets Angriffen ausgesetzt. Nicht nur die neuere Literatur kämpft zum Teil gegen dieses „Relikt einer anderen Ära“ an,³⁴ auch schon die Sondervoten zur Leitentscheidung *Fong Yue Ting* aus dem Jahre 1893 sprachen sich für das Bestehen verfassungsrechtlicher Grenzen bei der Ausübung etwa des Ausweisungsrechts aus.³⁵ Auch deuten Analysen der Literatur auf eine Abschwächung der Doktrin hin.³⁶ Dennoch bleibt die praktische Bedeutung der plenary power Doktrin ungebrochen: Über 100 Jahre ihrer Existenz hatte kein verfassungsrechtlicher Angriff auf bundesgesetzliche Zugangsbeschränkungen oder Ausweisungsvorschriften Erfolg.³⁷ Unmißverständlich konnte der Supreme Court etwa 1977 noch feststellen, die Gesetzgebungsmacht des Kongresses sei bei keinem denkbaren Gegenstand vollständiger als hier.³⁸ Werden per Gesetz Personen bestimmter Rassen³⁹ oder mit bestimmten politischen Meinungen⁴⁰ von der Einwanderung ausgeschlossen, so ist daran verfassungsrechtlich ebenso wenig zu rütteln wie etwa bei Ausschluß von Anhörungsrechten.⁴¹ Der weitreichende Ausschluß des Rechtswegs durch den Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (IIRIRA) von 1996 etwa wird zwar in der Literatur heftig angegriffen⁴², hat dadurch aber in der Praxis nicht an Bedeutung verloren.⁴³

3. *Der Fall Mezei*

Beispielhaft in diesem Zusammenhang ist die Leitentscheidung im Fall *Mezei*.⁴⁴ Mezei lebte 15 Jahre in den USA, reiste dann aus, um seine sterbende Mutter in Rumänien zu besuchen und kehrte aufgrund erheblicher Ausreiseprobleme im Ausland erst nach gut anderthalb Jahren zurück. An der US-Grenze wurde er durch die Einreisebehörde aufgrund geheimer Informationen aus Sicherheitsgründen von der Einreise ausgeschlossen (*excluded*) und auf Ellis Island festgehalten. In der Folgezeit wollte kein anderes Land ihn aufnehmen, so daß er Ellis Island dauerhaft nicht verlassen konnte. Auf Mezeis habeas corpus Klage wegen rechtswidriger Haft zog der Supreme Court eine entscheidende Grenzlinie: Sobald ein Ausländer ins Land gekommen sei, und sei es illegal, könne er nur unter Beachtung des verfassungsrechtlichen due process ausgeschlossen werden. Wer jedoch auf der Grenze stehe und einreisen wolle, habe diesen Schutz nicht: „Whatever the procedure authorized by Congress is, it is due process as far as an alien

27 Vgl. *Takahashi v. Fish and Game Commission*, 334 U.S. 410, 419 (1948).

28 Vgl. *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 372-76 (1971).

29 Deutlich *DeCanas v. Bica*, 424 U.S. 351, 355 (1976): „the Court has never held that every state enactment which in any way deals with aliens is a regulation of immigration and thus per se preempted by this constitutional immigration power, whether latent or exercised“.

30 *DeCanas v. Bica*, 424 U.S. 351, 353-56 (1976).

31 *DeCanas v. Bica*, 424 U.S. 351, 356-63 (1976).

32 Vgl. den durch IRCA eingefügten § 274 A (h) (2) INA („The provision of this section preempt any State or local law imposing civil or criminal sanctions (other than through licensing or similar laws upon those who employ, or recruit or refer for a fee for employment, unauthorized aliens.“); vgl. auch Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 662.

33 *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 707 (1893) (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 588-89 (1952); *Reno v. Flores*, 123 L.Ed.2d.1, 19 (1993); zu plenary power vgl. kritisch etwa Gerald L. Neumann: *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders, and Fundamental Law*, 1996, 118 -38; Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power* 1984 Sup.Ct.Rev. 255 (1985).

34 Vgl. nur Louis Henkin: *The Constitution and the United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and its Progeny*, 100 Harv.L.Rev. 853, 862-63 (1987).

35 *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893) (Brewer, J. dissenting at 732-44) (Field, J. dissenting at 744-61) (Fuller, J. dissenting at 762-64).

36 Vgl. etwa Hiroshi Motomura, *Immigration Law after a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, 100 Yale L.H. 545, 608 (1990); Hiroshi Motomura, *The Curious Evolution of Immigration Law: Procedural Surrogates for Substantive Constitutional Rights*, 92 Colum.L.Rev. 1625, 1631 (1992): „The plenary power has eroded significantly in the past few decades...“; Note 110 Harv.L.Rev. 1850 (n.17), 1854-58; Hiroshi Motomura, Part II: *Federalism, International Human Rights and Immigration Exceptionalism*, 70 U.Colo.L.Rev.1361, 1372-75 (1999); Ranjana Natarajan, *Amerasians and Gender-Based Equal Protection under U.S.Citizenship Law*, 30 Colum.Human Rights L.Rev.123, 139-40 (1998).

37 Vgl. Weissbrodt (n.4), 58.

38 *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1977).

39 Vgl. *Chinese Exclusion Case*, *Chae Chan Ping v. United States*, 32 L.Ed.1068, 1075-77 (1889).

40 Vgl. *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 766-70 (1972).

41 Vgl. *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206, 210-11 (1953).

42 *Supra* n.15

43 Vgl. *infra* G.III.

44 Vgl. *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953).

denied entry is concerned.⁴⁵ Seine Anwesenheit auf Ellis Island stelle noch keinen Zugang (*entry*) zu den Vereinigten Staaten dar.⁴⁶ Mezei mußte auf Ellis Island bleiben.⁴⁷

Die Probleme mit der von Mezei gezogenen Grenzlinie sind vielfach. So ist klar, daß auch der Ausländer, der an der Grenze Einlaß sucht, sich physisch in den Vereinigten Staaten befindet – und sei es auf Ellis Island. Da die due process Klausel des Fünften Verfassungszusatzes sich aber auf alle Personen innerhalb der Vereinigten Staaten bezieht,⁴⁸ bleibt fraglich, wie die Fiktion, daß im physischen Betreten noch kein rechtlicher Zugang (*entry*) liege,⁴⁹ sich gegen diese Regel durchsetzen soll. Gleichzeitig führt Mezei zu der Konsequenz, daß die Rechte eines Ausländers nach illegalem Grenzüberschritt größer sind als die Rechte desjenigen, der sich an der Grenze den Behörden stellt. Aus Sicht der Steuerungsfunktion des Rechts ist dies kaum wünschenswert.⁵⁰ Schließlich erscheint es ungebührlich hart, wenn Personen, die sich zuvor lange legal in den USA aufhielten und nur kurz ausreisen, ebenso behandelt werden wie solche, die erstmals Einlaß suchen. Dieses letztgenannte Problem allerdings hat der Supreme Court in einem späteren Fall gelöst, bei bloßem Wiedereintritt nach kurzem Auslandsaufenthalt due process gewährt und insofern Mezei beschränkt.⁵¹

Die Schwierigkeiten wurden nicht vermindert durch die grundlegende gesetzliche Änderung von 1996, durch die das Konzept des Zugangs (*entry*) weitgehend durch Zulassung (*admission*) ersetzt wurde. Ein Ausländer, der nicht durch die Behörden zur Einreise zugelassen ist, ist nunmehr leichter auszuweisen als ein zugelassener, unabhängig davon ob er sich an der Grenze befindet oder das Land bereits illegal betreten hat.⁵² Wie eine solche einfachgesetzliche Änderung sich verfassungsrechtlich auswirken könnte, bleibt dabei eine offene Frage.⁵³

II. Veränderung durch *Zadvydas v. Davis*?

Die Diskussion um die plenary power Doktrin hat seit Mitte 2001 durch die Entscheidung des Supreme Court in *Zadvydas v. Davis*⁵⁴ wieder neuen Auftrieb erhalten. Diese Entscheidung wird als eine der wichtigsten Leitentscheidungen der letzten Jahrzehnte zum Einwanderungsrecht angesehen.⁵⁵

45 *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206, 212 (1953) unter Zitierung von *United States ex re. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537, 544 (1950).

46 *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206, 213 (1953).

47 In der Praxis wurde Mezei nach 4 Jahren Aufenthalt auf Ellis Island faktisch die Einreise gewährt, allerdings im Wege der parole, also ohne förmliche Zugangserlaubnis, vgl. Aleinikoff/ Martin/ Motomura (n.2), 813-14.

48 Vgl. *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001) m.w.N.

49 Vgl. *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206, 213 (1953).

50 Vgl. dazu Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 815-16.

51 Vgl. *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982); vgl. dazu heute auch INA § 101 (a)(13)(C), demzufolge ein permanent resident, der nicht länger als 180 Tage im Ausland war, grundsätzlich nicht so zu behandeln ist, als ob er (neu) zur Einreise in die USA zugelassen werden wolle.

52 Vgl. dazu Weissbrodt (n.4), 258-59; Aleinikoff (n.15), 374-75.

53 Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 825; Aleinikoff (n.15), 375 mit dem Hinweis, daß auch die im folgende besprochene Leitentscheidung *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001) dieses Problem nicht hat lösen können.

54 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001).

55 Vgl. etwa Spiro (n.18), 341; Aleinikoff (n.15), 366.

1. Die Entscheidung

In *Zadvydas* ging es um die zeitlichen Grenzen der Abschiebehaft, in die ein ausgewiesener Ausländer zu Vollzugszwecken genommen werden darf. Grundsätzlich ist diese Haft auf 90 Tage begrenzt.⁵⁶ Nach INA § 241 (a) (6) allerdings dürfen bestimmte Ausländer auch nach Ablauf dieses Zeitraums weiter in Haft bleiben. Eine zeitliche Grenze ist dabei nicht ausdrücklich festgelegt. Erfasst waren namentlich Ausländer ohne Zugangsberechtigung, Kriminelle, Ausländer, die die Bedingungen ihres zeitlich befristeten Status verletzten, die aus bestimmten Gründen nationaler Sicherheit oder auswärtiger Beziehungen ausgewiesen wurden, die eine Gefahr für die Gemeinschaft darstellten oder die voraussichtlich der Ausweisungsverfügung nicht folgen würden.⁵⁷

Der Supreme Court mußte nunmehr entscheiden, ob Ausländer nach dieser Vorschrift tatsächlich zeitlich unbegrenzt in Haft bleiben durften. Dabei ging es konkret um die im Ausländerrecht nicht nur der USA bekannte Konstellation, daß die Ausreise eines ausgewiesenen Ausländers daran scheiterte, daß kein anderer Staat bereit war,⁵⁸ ihn aufzunehmen. *Zadvydas* war 1948 in einem deutschen Flüchtlingslager geboren worden, seine Eltern waren Litauer. Der Vollzug seiner Ausweisung nach einer langen Karriere als Krimineller scheiterte daran, daß weder Deutschland noch Litauen ihn als Staatsangehörigen anerkannten und auch die Dominikanische Republik, der Heimatstaat seiner Frau, ihn nicht aufnehmen wollte. Ähnlich gelagert war der damit zur gemeinsamen Verhandlung verbundene Fall des Ma, eines im Alter von 17 Jahren wegen Totschlags im Rahmen eines Bandenkriegs verurteilten Kambodschaners. Mangels einschlägiger völkerrechtlicher Vereinbarungen mit Kambodscha konnte auch er nicht in sein Heimatland abgeschoben werden.⁵⁹

Der Supreme Court legte in einer 5-4 Entscheidung die Vorschrift zur erweiterten Abschiebehaft im Lichte des Verfassungsrechts so aus, daß die Inhaftierung nach Ablauf der 90-Tages-Frist nur so lange dauern dürfe, wie sie vernünftigerweise notwendig sei, um die Abschiebung des Inhaftierten herbeizuführen.⁶⁰ Damit war nicht nur eine unbegrenzte Inhaftierung ausgeschlossen.⁶¹ Vielmehr wurde die Inhaftierung auch unvernünftig und damit unzulässig, wenn ein Abschiebezeitpunkt - insbesondere aufgrund spezieller Abschiebeschwierigkeiten - nicht mehr absehbar war.⁶² Grund für diese Auslegung war das Prinzip, im Falle ernsthafter Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zunächst eine Auslegung zu suchen, die diese Schwierigkeiten umgeht.⁶³ Die ernsthaften verfassungsrechtlichen Zweifel an der erweiterten Abschiebehaft beruhten hier auf der Due Process Klausel des Fünften Verfassungszusatzes, der es dem Staat verbietet, irgendeine Person ohne due process of law ihrer Freiheit zu berauben. Die

56 Vgl. INA § 241 (a) (1), (2).

57 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 688 (2001).

58 Zu der verwandten Konstellation, in der der Ausländer selbst keine Anstrengungen unternimmt, sich notwendige Reisedokumente zu besorgen vgl. INA § 241 (a) (1) (C) („The removal period shall be extended beyond a period of 90 days and the alien may remain in detention during such extended period if the alien fails or refuses to make timely application in good faith for travel or other documents necessary to the alien's departure or conspires or acts to prevent the alien's removal subject to an order of removal.“)

59 Vgl. *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 684-86 (2001).

60 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 689 (2001).

61 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 689 (2001).

62 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 699-700 (2001).

63 Vgl. dazu *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62 (1932).

Freiheit von Haft liege, so der Supreme Court, im Kern dieser geschützten Freiheit. In sie dürfe - außerhalb strafrechtlicher Verfahren - nur in eng begrenzten Ausnahmefällen eingegriffen werden, in denen eine besondere Rechtfertigung, wie etwa eine gefährliche Geisteskrankheit, das Freiheitsinteresse überwiege.⁶⁴ Die erweiterte Abschiebehaft erfülle diese Bedingungen nicht, da sie sich nicht auf gefährliche Individuen wie etwa Terroristen beschränke, sondern etwa auch eine bloße Verletzung der Bedingungen eines Touristenvisums erfasse.⁶⁵

Gerade der deutsche Beobachter sollte sich allerdings an dieser Stelle vor einem naheliegenden Mißverständnis hüten: Wenn der Supreme Court - wie hier - eine bestimmte Auslegung aufgrund ernsthafter verfassungsrechtlicher Zweifel vornimmt, so liegt darin gerade nicht das Äquivalent einer verfassungskonformen Auslegung nach deutschem Muster.⁶⁶ Mit anderen Worten: Der Supreme Court hat damit keineswegs entschieden, daß eine andere Auslegung - hier also eine unbegrenzte Abschiebehaft - tatsächlich gegen die amerikanische Verfassung verstieße. Vielmehr soll die Auslegung ihn gerade von der Notwendigkeit entbinden, sich überhaupt mit der Entscheidung dieser Frage befassen zu müssen.⁶⁷ Ob also eine unbegrenzte Abschiebehaft wirklich gegen die due process Klausel verstößt, bleibt offen.

Der Supreme Court befaßt sich bei seiner Argumentation auch ausdrücklich mit dem Einwand der plenary power Doktrin.⁶⁸ Es leitet seine Ausführungen mit dem kraftvollen Satz ein „that power is subject to important constitutional limitations“.⁶⁹ Anschließend geht er auf eine Reihe von Gegenargumenten ein, indem er darlegt, was alles er im vorliegenden Fall *nicht* entscheidet. Diese Negativliste ist insofern aufschlußreich, als sich ihr entnehmen läßt, welche Bereiche jedenfalls weiter der plenary power Doktrin unterfallen:⁷⁰ Erstens, so der Supreme Court, verneine er nicht das Recht des Kongresses, Ausländer auszuweisen, sie bei Haftentlassung mit überwachbaren Auflagen zu versehen, oder sie für Verletzung solcher Auflagen in Haft zu nehmen. Zweitens gehe es nicht darum, ein Bleiberecht gegen den Willen der Nation zu verhängen, sondern nur darum, ob Ausländer, die die Regierung nicht abschieben könne, zu unbegrenzter Haft verurteilt werden dürften. Drittens gehe es auch nicht um die Autorität der politischen Gewalten, den Zugang zu den Vereinigten Staaten zu kontrollieren und dabei die außenpolitischen Bedingungen zu beachten. Schließlich gehe es nicht um Sonderfälle wie Terrorismus, bei denen Gründe der nationalen Sicherheit den Einschätzungsspielraum der politischen Gewalten erhöhen.

Scheint der Supreme Court insofern die verfassungsrechtliche Überprüfbarkeit von Regelungen im Bereich des Einwanderungsrechts zu stärken, so ist dennoch zu beachten, daß das Gericht nicht etwa eine Regelung für verfassungswidrig erklärt, sondern nur eine Auslegung im Lichte des Verfassungsrechts vornimmt. Daß es sich bei dieser Differenzierung nicht nur um eine spitzfindige doktrinale Unterscheidung ohne prakti-

sche Bedeutung handelt, zeigt eine weitere Passage der Entscheidung. Mit aller Deutlichkeit weist das Gericht darauf hin, daß seine Auslegung nur deshalb möglich sei, weil es keine klaren Anzeichen dafür finden könne, daß der Kongress wirklich die unbefristete Abschiebehaft ermöglichen wollte. Hätte der Kongress die unbefristete Abschiebehaft aber unmißverständlich angeordnet, so hätte der Supreme Court nichts dagegen unternommen, sondern die Bestimmung so stehen lassen: „Despite the constitutional problem, if Congress has made its intent in the statute clear, we must give effect to that intent. We cannot find here, however, any clear indication of congressional intent (...) to hold indefinitely in confinement an alien ordered removed.“⁷¹ Die Bedeutung dieser Ausnahme wäre nur dann gering, wenn behauptet werden könnte, daß ein derart klares Regelungsziel in der Praxis niemals zu finden sein werde. Das Gegenteil belegt jedoch bereits das Sondervotum von Justice Kennedy, Rehnquist, Scalia und Thomas, denen zufolge schon im konkret entschiedenen Fall die Auslegung der umstrittenen Haftvorschrift eine klare Autorisierung unbefristeter Inhaftierung ergebe.⁷²

2. Der Streit um die Bedeutung

Die Vielschichtigkeit von *Zadvydas* - Kritiker würden von Widersprüchlichkeit sprechen - spiegelt sich in seiner ganz unterschiedlichen Deutung durch die Literatur wieder. Das Meinungsspektrum reicht hier von einem vorhersehbaren Ende der plenary power Doktrin⁷³ bis zur praktischen Bedeutungslosigkeit von *Zadvydas* für zukünftige Entscheidungen.⁷⁴

Die eine Ansicht betont die wichtigen verfassungsrechtlichen Beschränkungen,⁷⁵ die laut *Zadvydas* der plenary power gegenüberstehen.⁷⁶ Plenary power erweise sich nurmehr als ein Ausdruck der Besonderheiten, die im Bereich auswärtiger Beziehungen vorherrschen. Die in diesem Bereich abnehmenden Gefahren im Zusammenhang mit den veränderten internationalen Rahmenbedingungen ermöglichten den Gerichten eine stärkere Beteiligung im Hinblick auf einwanderungsrechtliche Entscheidungen.⁷⁷ Der Einfluß des 11. September 2001 dürfe dabei nicht überschätzt werden, zumal auch ein Abschied von der plenary power Doktrin den notwendigen Maßnahmen der Terrorismusbekämpfung keineswegs entgegenstehe.⁷⁸ Die Gerichte würden die Verfassung zukünftig zurück in das Einwanderungsrecht tragen.⁷⁹

Gerade der 11. September macht es nach der Gegenansicht hingegen unwahrscheinlich, daß *Zadvydas* eine verfassungsrechtliche Wende einzuleiten vermöchte.⁸⁰ Die Entscheidung werde eng ausgelegt werden.⁸¹ Nicht nur habe der Supreme Court die verfassungsrechtliche Grundfrage nicht entschieden, sondern sie gerade aufgrund der ihr in-

64 Vgl. *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 690 (2001).

65 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 691 (2001).

66 Zur verfassungskonformen Auslegung vgl. nur Klaus Schlaich/ Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl. 2001, Rn. 428-439.

67 Vgl. zu diesem Unterschied etwa Uwe Kischel, Delegation of legislative power to agencies: A comparative analysis of United States and German law, ALR 46 (1994), 222, 232, 242; zur Situation in den USA vgl. etwa Tribe (n.24) §§ 3-1. to 3-6.

68 Vgl. *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 695-696 (2001).

69 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 695 (2001).

70 Vgl. zum folgenden *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 695-96 (2001).

71 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 696-97 (2001) (Zitierungen und interne Anführungszeichen ausgelassen).

72 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 702, 706-14 (2001).

73 Vgl. nur Spiro (n.18), 339.

74 Vgl. nur Michele R. Pistone: A Times Sensitive Response to Professor Aleinikoff's Detaining Plenary Power, 16 Geo. Immigr.L.J. 391 (2002).

75 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 695 (2001).

76 Spiro (n.18), 344-45.

77 Spiro (n.18), 345-53.

78 Spiro (n.18), 355-61.

79 Spiro (n.18), 363.

80 Pistone (n.74), 399-400.

81 Pistone (n.74), 393.

newohnenden Schwierigkeiten durch Auslegung des einfachen Rechts umgangen.⁸² Auch der zentrale Satz zur Existenz wichtiger verfassungsrechtlicher Beschränkungen der plenary power beziehe sich nicht auf eine einfache Befugnis des Kongresses zur Regelung von Einwanderungsfragen, sondern eben auf die plenary power, mit allen mit dieser Terminologie verbundenen Folgen.⁸³ Diese beiden Besonderheiten - die verwendete Auslegungsregel und die Zeitumstände - machten *Zadvydas* äußerst schwach und dürftig.⁸⁴

Eine vermittelnde Meinung sieht in *Zadvydas* eine zwar zentrale Entscheidung, die auch in Zukunft ihre Gültigkeit behalten werde, da sie elementare Gerechtigkeitserwägungen reflektiere. Doch sei es wenig wahrscheinlich, daß aus ihr erhebliche Veränderungen im Einwanderungsrecht folgen würden. Dogmatisch gesehen sei die Entscheidung allerdings ein Wirrwarr, das die Möglichkeit auch einer dramatischen Änderung in sich trage.⁸⁵ Die Entscheidung könne durchaus als eine verfassungsrechtliche gelesen werden und nicht nur als eine zur Auslegung des einfachen Rechts.⁸⁶ Doch lasse sie klare Präzedenzfälle der plenary power Doktrin unangetastet.⁸⁷ Auch belebe sie die schon überholt erschienene Unterscheidung zwischen Ausländern an der Grenze und im Land wieder⁸⁸ und sei in ihrer Erstreckung verfassungsrechtlichen Schutzes auf alle Personen innerhalb der Vereinigten Staaten im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen physischer Präsenz, Eintritt (entry) und Zulassung (admission) sehr unklar.⁸⁹ Schließlich gäben die ausdrücklichen Ausnahmen im Falle von Terroristen und anderen besonderen Umständen⁹⁰ Regierung und Parlament Raum, selbst die konkrete Entscheidung - keine generelle, zeitlich unbeschränkte Abschiebehaft - wieder auszuhebeln. Dies sei nach dem 11. September 2001 auch geschehen, indem mit INA § 236A (a) (6) die unbegrenzte Abschiebehaft für vermutliche Terroristen und andere Personen, die die nationale Sicherheit gefährdeten, ausdrücklich ermöglicht wurde.⁹¹

3. Die Folgeentscheidung *Demore v. Kim*

Wo sich die nationalen Experten streiten, kann ein Landesbericht zunächst nur genau das tun - nämlich berichten. Dennoch erscheint der Streit aufgrund der Entscheidung des Supreme Court im Fall *Demore v. Kim* vom April 2003⁹² in einem neuen Licht. Dabei ging es um INA § 236 (c), der für bestimmte ausweisbare Ausländer - u.a. solche, die wegen eines erschwerten Verbrechens (*aggravated felony*) verurteilt wurde - eine Inhaftierung zwingend vorsieht. Diese Regelung wurde 1996 eingefügt aufgrund der statistisch sehr hohen Kriminalität von Ausländern, ihrer ebenfalls sehr hohen Kriminalitätsrate gerade vor ihrer endgültigen Abschiebung und der in diesen Fällen oft nicht

funktionierenden Abschiebepaxis der Behörden.⁹³ Der Court of Appeals for the Ninth Circuit hielt die Regelung unter *Zadvydas* für verfassungswidrig.⁹⁴

Der Supreme Court hingegen hielt die gesetzliche Inhaftierungspflicht aufrecht. In einer insofern mit 5-4 Mehrheit ergangenen pluralen Entscheidung bezog er sich bereits eingangs ausdrücklich auf einige klassische Fälle der plenary power Doktrin und zitierte als fundamentale Prämisse des Einwanderungsrechts: „In the exercise of its broad power over naturalization and immigration, Congress regularly makes rules that would be unacceptable if applied to citizens.“ Auch sei „any policy towards aliens (...) vitally and intricately interwoven with contemporaneous policies in regard to the conduct of foreign relations, the war power, and the maintenance of a republican form of government.“⁹⁵ Der in *Zadvydas* zentrale und möglicherweise revolutionäre Satz, daß die Macht des Kongresses, also die plenary power, erheblichen verfassungsrechtlichen Beschränkungen unterliege, wird hingegen nicht wiederholt. Interessanterweise wird *Zadvydas* an dieser Stelle von *Demore* das erste Mal in den Entscheidungsgründen zitiert, aber nicht etwa mit der Mehrheitsmeinung, sondern mit dem abweichenden Sondervotum von Justice Kennedy. Haft, so die Mehrheit, sei ein auch im Hinblick auf den Fünften Verfassungszusatz verfassungsmäßiger Aspekt des Ausweisungsverfahrens.⁹⁶

Deutlich beschreitet der Supreme Court hier also wieder die alten Wege aus der Zeit vor *Zadvydas*. Doch geht er auch noch ausdrücklich auf *Zadvydas* ein. Die dortige Fallkonstellation unterscheide sich von der vorliegenden in zweierlei Hinsicht entscheidend: Erstens war die Abschiebung in *Zadvydas* praktisch nicht mehr möglich, so daß die Haft ihren einwanderungsrechtlichen Zweck - anders als hier - gar nicht mehr habe erfüllen können.⁹⁷ Im Fall ausweisbarer Ausländer sei es verfassungsrechtlich nicht erforderlich, daß die Regierung das mildeste Mittel einsetze, um ihr Ziel zu erreichen.⁹⁸ Zweitens gehe es in *Zadvydas* um eine potentiell zeitlich unbeschränkte Haft, während die Haftzeit hier erheblich kürzer sei und regelmäßig 6 Monate nicht überschreite.⁹⁹

Demore scheint somit denjenigen Recht zu geben, die *Zadvydas* keine umstürzenden Auswirkungen auf das Einwanderungsrecht zugestehen wollten. Diese Feststellung ist allerdings mit einer großen Unsicherheit belastet, die weniger rechtlicher als personeller Natur ist: Die Mehrheitsentscheidung in *Demore* wurde von der Minderheit in *Zadvydas* geschrieben, der es nur gelang, Justice O'Connor auf ihre Seite zu ziehen. Tatsächlich bezieht sich die Minderheit in *Demore* in ihrer Ablehnung zentral auf die wichtigen verfassungsrechtlichen Beschränkungen, mit denen *Zadvydas* erst die Diskussion angefacht hatte¹⁰⁰ und auf die gegenüber Bürgern unveränderte Anwendung von Grundsätzen des due process.¹⁰¹ Aus einer solchen Entwicklung der Rechtsprechung läßt sich - unabhän-

82 Pistone (n.74), 396; dagegen Spiro (n.18), 345.

83 Pistone (n.74), 396-97.

84 Pistone (n.74), 398.

85 Vgl. Aleinikoff (n.15), 383-86.

86 Aleinikoff (n.15), 367-69.

87 Aleinikoff (n.15), 373-74, 383; gemeint sind vor allem *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953); *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787 (1977); *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976).

88 Aleinikoff (n.15), 374-75.

89 Aleinikoff (n.15), 375-78.

90 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 696 (2001).

91 Aleinikoff (n.15), 379-82.

92 *Demore v. Kim* 155 L.Ed.2d. 724 (2003).

93 *Demore v. Kim*, 155 L.Ed.2d. 724, 734-35 (2003).

94 Vgl. *Demore v. Kim*, 276 F. 3Rd 523, 526-28 (9th Cir.2002), wobei das Gericht betont, daß es nur den Fall des „lawful permanent resident“ einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzog.

95 *Demore v. Kim*, 155 L.Ed.2d. 724, 736-37 (2003); zitiert werden *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 79-80 (1976); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 588-89 (1952); *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 305-06 (1993); *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1977).

96 *Demore v. Kim*, 155 L.Ed.2d. 724, 738 (2003).

97 *Demore v. Kim*, 155 L.Ed.2d. 724, 740 (2003).

98 *Demore v. Kim*, 155 L.Ed.2d. 724, 741 (2003).

99 *Demore v. Kim*, 155 L.Ed.2d. 724, 741 (2003).

100 Vgl. *Demore v. Kim*, 155 L.Ed.2d. 724, 761 (2003) (Souter, J., Stevens, J., Ginsburg, J., concurring in part and dissenting in part).

101 Vgl. *Demore v. Kim*, 155 L.Ed.2d. 724, 757-61 (2003) (Souter, J., Stevens, J., Ginsburg, J., concurring in part and dissenting in part); Justice Bryer, der *Zadvydas* verfasste, will hier wie dort auf eine

gig von allen dogmatischen Argumenten - für die Zukunft rein praktisch kaum etwas ableiten, geschweige denn vorhersagen.

4. Kein Anspruch auf Einwanderung oder Asyl

Von alledem unabhängig bleibt bei aller Diskussion um plenary power eine Erkenntnis festzuhalten, die amerikanischen Fachleuten so selbstverständlich ist, daß sie gar nicht ausdrücklich formuliert wird: Es gibt keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Einwanderung oder auf Asyl.¹⁰²

III. Verfassungsrechtliche Rechte von Ausländern nach Zulassung

1. Einwanderung und alienage

Die plenary power Doktrin betrifft Fragen der Einwanderung. Hat ein Ausländer hingegen Zugang in die USA erhalten, so genießt er grundsätzlich den Schutz der Verfassung. Die Mehrzahl der Grundrechtsbestimmungen schützt alle Personen und nicht nur Bürger. Auch der Ausländer genießt daher etwa Meinungs-, Presse-, Religions- und Vereinigungsfreiheit ebenso wie die Garantien im Strafverfahren und den Schutz der Due Process Klausel des Fünften Verfassungszusatzes.¹⁰³ Damit gehen übrigens auch Pflichten einher. Insbesondere müssen sich - aus deutscher Sicht überraschend - Einwanderer auch ohne Staatsbürgerschaft für den Wehrdienst registrieren lassen. Zwar können sie aufgrund ihrer Ausländereigenschaft eine Befreiung beantragen. Ist eine solche Befreiung aber nicht durch eine völkerrechtliche Vereinbarungen zur Vermeidung doppelter Wehrpflicht gedeckt, so darf der Ausländer daraufhin nicht mehr eingebürgert werden und ihm kann bei Ausreise die Wiedereinreise versagt werden.¹⁰⁴ Das alles bedeutet aber keineswegs, daß das US-Recht keine Unterscheidungen zwischen Ausländern und Inländern kenne. Unterscheidungen bestehen nicht nur in eher evidenten Fragen wie dem Wahlrecht, sondern etwa auch beim Zugang zum öffentlichen Dienst oder zu Sozialleistungen. Die damit verbundene Ungleichbehandlung¹⁰⁵ ist Gegenstand einer umfangreichen verfassungsrechtlichen Dogmatik.

Bevor näher auf diese Dogmatik eingegangen wird, sollte jedoch betont werden, daß die zugrundeliegende verfassungsrechtliche Unterscheidung zwischen Einwanderungsrecht, das im Bereich von plenary power liegt, einerseits und Ausländerfragen (alienage), die grundsätzlich im Lichte der vollen verfassungsmäßigen Rechte zu betrachten sind, andererseits allenfalls auf den ersten Blick eine klare ist. So stellte etwa die vielzitierte kalifornische Proposition 187, die illegalen Einwanderern den Zugang zu öffentlichen Schulen und größtenteils auch zu medizinischer Versorgung untersagte, eine Rege-

lung von Ausländerfragen dar, sollte aber offensichtlich von der Einwanderung abschrecken. Ihr kommt insofern ein Doppelcharakter zu. Ebenso ist die Ausweisung eine Frage des Einwanderungsrechts, greift aber intensiv in das tägliche Leben des Ausländers in den USA ein.¹⁰⁶

2. Möglichkeiten rechtlicher Diskriminierung von Ausländern

Die verfassungsrechtliche Möglichkeit der Diskriminierung anhand der Staatsangehörigkeit ist für einzelstaatliche Gesetze (a) und Bundesgesetze (b) unterschiedlich ausgeprägt.

a. Einzelstaatliche Diskriminierung

Nach *Graham v. Richardson*,¹⁰⁷ der einen Ausschluß von einzelstaatlichen Sozialleistungen betraf, stellt die Ausländereigenschaft aus verfassungsrechtlicher Sicht eine sog. *suspect qualification* dar, die unter dem Gleichheitssatz eine strenge Überprüfung (*strict scrutiny*) wie bei der Rassendiskriminierung erfordere.¹⁰⁸ Dabei ist zu beachten, daß diese strenge Überprüfung in der Praxis des amerikanischen Verfassungsrechts so gut wie unausweichlich die Verfassungswidrigkeit der untersuchten Vorschrift nach sich zieht.¹⁰⁹ Einzelstaatliche Diskriminierung aufgrund der Ausländereigenschaft ist somit grundsätzlich unzulässig.

In *Sugarman v. Dougall*¹¹⁰ erkannte der Supreme Court allerdings an, daß die Staatsbürgerschaft für bestimmte gewählte sowie für wichtige ungewählte legislative oder judikative Ämter zur Voraussetzung gemacht werden könne. Denn diese Ämter lägen mit ihrer politischen Funktion im Kern einer repräsentativen Regierungsform. Solche Gesetze dürften die erfaßten Positionen jedoch nicht über diese Grenzen hinaus zu weit umschreiben.¹¹¹ Der Streit im Einzelfall betrifft seitdem in der Regel die Frage, ob eine solche politische Funktion betroffen ist oder nicht und wie weit die Linie hier gezogen werden kann. Die grundsätzliche *Graham*-Regel scheint dabei aber aufrechterhalten worden zu sein.¹¹²

b. Diskriminierung durch den Bund

Geht die Diskriminierung hingegen vom Bund selbst aus, so sind ihr im Ergebnis kaum Grenzen gesetzt.

Auslegung des Einwanderungsrechts abstellen, die die verfassungsrechtlichen Probleme umgeht, vgl. *Demore v. Kim*, 155 L.Ed.2d 724, 772-73 (2003) (Breyer, J., concurring in part and dissenting in part).

102 Vgl. aus dem deutschen Schrifttum Thomas Giegerich/Anja Seibert-Fohr, Vereinigte Staaten von Amerika, in: Thomas Giegerich/Rüdiger Wolfrum, Einwanderungsrecht - national und international, 2001, 435, 441; speziell zum Asylrecht vgl. auch *infra* J.II.2.

103 Vgl. *Wong Wing v. United States* 163 U.S. 228, 238 (1896); *Mathews v. Diaz* 426 U.S. 67, 77 (1976).

104 Vgl. dazu Weissbrodt (n.4), 448-49.

105 Hierzu vgl. Johnson (n.2), 296-98.

106 Hiroshi Motomura, Immigration and Alienage, Federalism and Proposition 187, 35 Va.J.Int'l L.201, 202-03 (1994); vgl. dazu auch Linda Bosniak, Membership, Equality, and the Difference that Alienage Makes, 69 N.Y.U.L.Rev. 1047, 1056-57 (1994).

107 *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

108 *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 372 (1971).

109 Vgl. entsprechend das Ergebnis in *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 372 (1971): "we hold that a state statute that denies welfare benefits to resident aliens and one that denies them to aliens who have not resided in the United States for a specified number of years violates the Equal Protection Clause".

110 *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

111 *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 643, 646-49 (1973).

112 Vgl. *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 221-22 (1984).

Deutlich wird das in der Leitentscheidung *Mathews v. Diaz*,¹¹³ die ebenso wie *Graham* einen Ausschluß von Sozialleistungen, hier aber eben durch Bundesgesetz, betraf. Der Supreme Court zog zur Argumentation insbesondere die Notwendigkeit flexibler Reaktionen der politischen Gewalten auf sich ändernde internationale Gegebenheiten heran. Dieselben Gründe, die eine gerichtliche Überprüfung im Bereich politischer Fragen ausschlossen, diktierten auch einen schwachen Prüfungsmaßstab im Bereich des Einwanderungsrechts.¹¹⁴ Entsprechend prüfte das Gericht nur, ob die gesetzliche Regelung - bei allen möglichen Mängeln und Härten - völlig irrational sei, was es voraussehbarerweise verneinte.¹¹⁵ Den Unterschied zu einzelstaatlicher Diskriminierung sah der Supreme Court in dem dort fehlendem Bezug zur Zuständigkeit der politischen Gewalten für Einwanderung und Aufenthaltsbedingungen. Ebenso zog es die völlig anderen Beziehungen von Einzelstaaten zu Bürgern und Nichtbürgern der Vereinigten Staaten heran, da nicht nur Ausländer sondern auch Einwohner anderer US-Einzelstaaten für den jeweiligen Einzelstaat keinen eigenen Bürger darstellten.¹¹⁶

Die Unterscheidung zwischen einzelstaatlicher und bundesrechtlicher Diskriminierung ist erstaunlich. Sie widerspricht nicht zuletzt dem Grundsatz, daß der Gleichheitssatz unter dem Fünften Verfassungszusatz (für den Bund) und unter dem Vierzehnten Verfassungszusatz (für die Einzelstaaten) den gleichen Inhalt hat.¹¹⁷ Dennoch ist die Sonderbehandlung in Bezug auf die Ausländereigenschaft fest in der Rechtsprechung verankert. Eine Erklärung kann entweder darin gesucht werden, daß soziologisch die Gefahr, daß sich eine ausländerfeindliche Stimmung durchsetzt, in den Einzelstaaten höher ist, zumal diese selbst keine Kontrolle über den Zugang von Ausländern haben. Auch haben die hinter der gerichtlichen Zurückhaltung stehenden Gründe wie Gewaltenteilung und Zurückhaltung gegenüber außenpolitischen Entscheidungen bei Überprüfung von einzelstaatlichen Gesetzen keinerlei Platz.¹¹⁸ Eine andere Erklärung, die auch in den Entscheidungen des Supreme Court anklingt, könnte an die Überlappung von alienage und Einwanderung anknüpfen und in den einzelstaatlichen Diskriminierungen einen Versuch sehen, sich unter Verstoß gegen die preemption Doktrin in die Einwanderungspolitik des Bundes einzumischen.¹¹⁹

113 *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976).

114 *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 81-82 (1976).

115 Vgl. *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 83 (1976).

116 *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 84-85 (1976).

117 Vgl. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 93 (1976).

118 So Gerald Neumann, *Aliens as Outlaws: Government Services, Proposition 189, and the Structure of Equal Protection Doctrine*, 42 UCLA L.Rev. 1425, 1436-37 (1995).

119 Vgl. dazu *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 84-85 (1976); vgl. auch schon *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 377-80 (1971); vgl. dazu auch Weissbrodt (n.4), 413-14.; supra C.I.I.; vgl. auch Michael Perry: *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 Colum.L.Rev. 1023, 1061-63 („explicable in terms of federalism“); für andere Erklärungsversuche vgl. die Diskussion bei Weissbrodt (n.3), 423-28; demgegenüber werden jüngst zunehmend Gesetzgebungs- und Durchführungskompetenzen im Bereich der Einwanderung vom Bund auf die Einzelstaaten übertragen, vgl. Wishnie (n.15), 283.

IV. Privatgesetze und Ombudsfunktion

Eine verfassungsrechtliche Sonderrolle spielt der Kongress im Einwanderungsrecht über die sog. Privatgesetzgebung (*private bills*) sowie durch Unterstützung Einzelner im Umgang mit den Behörden.¹²⁰

Privatgesetze gewähren für einen einzelnen Ausländer oder für eine bestimmte Gruppe von ihnen Ausnahmen vom allgemeinen Einwanderungsrecht, um besonders harsche Konsequenzen im Einzelfall zu verhindern. Es geht also um eine Art moderner *equity*,¹²¹ die insbesondere durch die mit zentralen Kompetenzen ausgestatteten Unterausschüsse für Einwanderung beider Kammern des Kongresses gewährt wird. Ein außergewöhnliches Beispiel ist hier der schweizerischen Wachmann Meili, der die Aktenvernichtung einer schweizer Bank in Bezug auf Holocaust-Opfer an die Öffentlichkeit trug. Ihm wurde durch Privatgesetz ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht gewährt.¹²² Im Zusammenhang mit Privatgesetzen kann es vorkommen, daß die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers auf ein allgemeines Problem gelenkt wird. Wiederholte Gesetzesinitiativen zu vergleichbaren Fällen werden gelegentlich zum Anlaß genommen, eine allgemeine Änderung des Einwanderungsrechts vorzunehmen. So wurden etwa asiatische Ehefrauen amerikanischer Bürger nach dem zweiten Weltkrieg von der bislang bestehenden Einwanderungsquote ausgenommen, nachdem zahlreiche Soldaten ihren Ehefrauen erst durch ein Privatgesetz zu einer Einreisegenehmigung hatten verhelfen können.¹²³ Ebenso kann es geschehen, daß ein Privatgesetz im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zu einem allgemeinen Gesetz umgeschrieben wird. Die Bedeutung von Privatgesetzen insgesamt begann jedoch entscheidend abzunehmen, als seit Anfang der 80er Jahre der bislang mit dem Gesetzgebungsverfahren praktisch stets verbundene Ausweisungsstop nur noch unter erschwerten Bedingungen zu erreichen war.¹²⁴

Die Befassung des Kongresses mit Einzelfällen ist allerdings nicht auf die Privatgesetzgebung beschränkt. In einer für die Praxis des US-Parlamentarismus typischen Weise agieren die Kongressabgeordneten auch in einer Art Ombudsfunktion. Sie treten unmittelbar mit der Behörde in Kontakt, fordern etwa einen Statusbericht an, bitten um Prüfung eines Falles oder unterstützen den Ausländer direkt mit einem Schreiben.

V. Exkurs: Bedeutung des Völkerrechts

Die Rolle des Völkerrechts in der Anwendung des Einwanderungs- und Asylrechts¹²⁵ ist eher gering. Einschlägige völkerrechtliche Verträge werden von den Gerichten nicht direkt herangezogen; sie können aber - ebenso wie etwa das Handbuch des UN-Hochkommissars für das Flüchtlingswesen zur Bestimmung der Flüchtlingseigen-

120 Vgl. zum folgenden Weissbrodt (n.4), 94-102.

121 Zum historischen Konzept von equity im common law vgl. Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3.A. 1996, 184-88.

122 Private Law No. 105-1 vom 29.7.1997, vgl. Giegerich/Seibert-Föhr (n.102), 443 Fn. 51.

123 Vgl. Weissbrodt (n.4), 95.

124 Während 1967/68 noch 7293 Privatgesetze eingebracht wurden (von denen 218 in dieser Sitzungsperiode erfolgreich waren), waren es 1995/96 nur noch 14, vgl. Weissbrodt (n.4), 97-98.

125 Zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Einwanderungs- und Asylrecht vgl. etwa Motomura, Part II: Federalism, International Human Rights, and Immigration Exceptionalism (n.36), 1375-92; Adams, Divergence and the Dynamic Relationship between Domestic Immigration Law and International Human Rights, 51 Emory L.J. 983 (2002).

schaft¹²⁶ - als Argumentationsstütze verwendet werden.¹²⁷ Hintergrund dieser verminderten Bedeutung ist, daß einschlägige menschenrechtliche Verträge in der Regel als non-self-executing gelten und daher von Gerichten nicht selbst angewandt werden können. Erforderlich ist vielmehr eine Umsetzung durch US-Gesetze.¹²⁸ So konnte etwa der Schutz der Folterkonvention trotz Beitritts der USA im Jahre 1994 über einige Jahre mangels Durchführungsgesetzen nicht vor Gericht durchgesetzt werden. Der INS behalf sich zunächst mit informellen Vorkehrungen, um die Konvention nicht zu verletzen.¹²⁹ Erst 1998 wurden entsprechende gesetzliche Vorkehrungen erlassen.¹³⁰ Wie ein Beobachter feststellte, isolieren diese Anforderungen das Rechtssystem der Vereinigten Staaten effektiv gegen den Einfluß menschenrechtlicher Verträge: ein düsteres Bild.¹³¹ Ein Ausweg über das Völkergewöhnheitsrecht ist grundsätzlich versperrt. Denn auf das Völkergewöhnheitsrecht greifen US-Gerichte nur zurück, wenn weder ein einschlägiger völkerrechtlicher Vertrag noch eine einschlägige innerstaatliche Rechtsvorschrift besteht.¹³² Diese Voraussetzungen aber sind im stark durchnormierten Einwanderungs- und Asylrecht kaum gegeben.¹³³ Das bedeutet aber nicht, daß das Völkerrecht gänzlich ohne Einfluß bliebe. Denn die Gerichte versuchen, das nationale Recht so auszulegen, daß es möglichst nicht gegen Völkerrecht verstößt. Völkerrecht ist daher jedenfalls ein guter Auslegungsgesichtspunkt bei der Anwendung des Einwanderungs- und Asylrechts.¹³⁴ Es kann hier selbst zur Auslegung des Verfassungsrecht herangezogen werden.¹³⁵

Im Rahmen von NAFTA wurden keine neuen Einwanderungsmöglichkeiten eingeführt. Der Vertrag ermöglicht nur genauer definierten Geschäftsleuten die vorübergehende Einreise als Nichteinwanderer. Bei der innerstaatlichen Umsetzung wurden mit TN und TD u.a. zwei neue Visa-Kategorien geschaffen.¹³⁶

126 Vgl. zu dessen Verwendung etwa INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 438-39 (1987); Dwomoh v. Sava, 696 F.Supp. 970, 975 (S.D.N.Y. 1988); infra J.II.2.

127 Vgl. etwa Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 830 n.31 (1988).

128 Vgl. Connor (n.2), 229-30 (2001); vgl. auch Giegerich/Seibert-Fohr, in: Giegerich/Wolfrum (n.102): 435 (439-40), Adams (n.15), 992.

129 Vgl. dazu Rosati, The United Nations Convention Against Torture: A Viable Alternative for Asylum Seekers, 74 Interp.Rel. 1773 (1997); kurz Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1146.

130 Vgl. dazu Aleinikoff/Martin/Motomura, 2001 Supplement to Immigration and Citizenship-Process and Policy, 192-93 (4th.ed.2001).

131 Vgl. Connor (n.2), 230-31; vgl. dazu auch Richard B. Lillich, The Constitution and International Human Rights, 83 Am. J. Int'l L. 851, 855 (1989).

132 Vgl. The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 700 (1900); vgl. auch Garcia-Mir v. Meese, 788 F.2d 1446, 1453 (11th Cir. 1986).

133 Vgl. am Beispiel des Ausweisungsverfahrens etwa Connor (n.2), 232.

134 Vgl. Connor (n.2), 231; vgl. auch Giegerich/Seibert-Fohr, in: Giegerich/Wolfrum (n.102): 435, 439.

135 Vgl. Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 830 n.31 (1988); Connor (n.2), 231; kritisch zur praktischen Bedeutung im Gerichtsalltag aber Alan A. Stevens, Comment: Give Me Your Tired, Your Poor, Your Destitute Laborers Ready to be Exploited: The Failure of International Human Rights Law to Protect the Rights of Illegal Aliens in American Jurisprudence, 14 Emory Int'l L. Rev. 405, 428-29 (2000).

136 Vgl. C.F.R. § 214.1 (a)(2); vgl. zum ganzen Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 420; Weissbrodt (n.4), 154; Giegerich/Seibert-Fohr, in: Giegerich/Wolfrum (n.102): 435 (440-41); ausführlich William J. Benos, The Movement of Professionals, Technicians, and Other Workers Across NAFTA Borders, 8 U.S.-Mex. L.J. 25 (2000); J.H. Cheatham et al., Immigration Practice and Procedure Under the North American Free Trade Agreement, 1995.

D. Behördenstruktur

I. Bisherige Grundstruktur

1. Immigration and Naturalization Service (INS)

Oberstes Organ für die Ausführung des Einwanderungsrechts ist der Attorney General.¹³⁷ Er bedient sich dabei als Behörde hauptsächlich des Immigration and Naturalization Service (INS) im Justizministerium.¹³⁸ Daneben bestehen die Kompetenzen der Konsularbeamten, die dem Außenministerium zugehören, hauptsächlich für die Ausgabe von Visa im Ausland. An der Spitze des INS in Washington steht der Commissioner of Immigration and Naturalization. Das Alltagsgeschäft wird allerdings überwiegend von 33 Distriktbüros des INS unter der Leitung der drei Regionalbüros in Vermont, Kalifornien und Texas geführt. Innerhalb der Distriktbüros besteht jeweils eine investigative division, die sich insbesondere mit Untersuchungen und Vollstreckung befaßt, sowie eine adjudication division, die sich etwa mit der Verlängerung von Visa oder der Veränderung des Einwanderungsstatus befaßt. Allerdings wird dieses zweite Aufgabengebiet aus Effizienzgründen mehr und mehr in Regionale Service Center verlagert, die ohne persönlichen Kontakt mit dem Antragsteller entscheiden. Die Grenzpatrouille, die illegale Einwanderung verhindern soll, steht unter der Aufsicht der INS-Zentrale selbst. Eigenständige Asylanträge (*affirmative applications*) werden von speziell ausgebildeten Asylbeamten bearbeitet, die direkt der INS-Zentrale in Washington unterstellt sind.

2. Executive Office for Immigration Review (EOIR)

Nicht von Beamten des INS werden Ausweisungsentscheidungen getroffen. Sie und einige andere Fragen obliegen vielmehr sog. *immigration judges*.¹³⁹ Diese entscheiden in gerichtsähnlichen Verfahren, mit einem spezialisierten trial attorney des INS als Vertreter des Staates in streitigen Fällen, müssen Juristen sein und genießen ein erhebliches Maß an Unabhängigkeit. Sie sind allerdings keine Richter im verfassungsrechtlichen Sinn. Wie die *administrative law judges* unter dem Administrative Procedure Act¹⁴⁰ gelten ihre Entscheidungen in jeder Hinsicht nicht als gerichtliche, sondern als behördliche. Ihre Berufsbezeichnung mit „Richter“ oder „Verwaltungsrichter“ zu übersetzen, würde also erheblich in die Irre führen. Tatsächlich wurden ihre Funktionen ursprünglich von normalen Verwaltungsbeamten erfüllt, bis nach dem Zweiten Weltkrieg das Bedürfnis nach Spezialisierung und Professionalisierung nach und nach zu ihrer Sonderstellung führte. Die Entwicklung fand ihren Höhepunkt 1983 mit der Gründung des Executive Office for Immigration Review (EOIR). Die *immigration judges* wurden in das EOIR integriert und unterstanden, insbesondere auch für ihr Budget, fortan nicht mehr den Distriktdirektoren der INS, sondern direkt dem stellvertretenden Attorney General.

Gegen die Entscheidungen der *immigration judges*, im Kern also gegen Ausweisungen, ist eine verwaltungsinterne Beschwerdemöglichkeit zum Board of Immigration

137 INA § 103 (a).

138 Zum folgenden vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 247-51, 254-63; Weissbrodt (n.4), 76-90.

139 Zu deren Status vgl. auch INA § 101 (b)(4).

140 Zu administrative law judges vgl. etwa Ernest Gellhorn/Ronald M. Levin: Administrative Law and Process, 274-95 (3rd.ed. 1990).

Appeals (BIA)¹⁴¹ gegeben. Das BIA ist ebenfalls dem EOIR eingegliedert, war aber auch vor dessen Gründung immer vom INS unabhängig. In äußerst seltenen Fällen ist eine weitere Beschwerde zum Attorney General möglich.

Die Entscheidungen des INS unterliegen hingegen einer INS-internen Beschwerdemöglichkeit die in Washington beim Administrative Appeals Unit (AAU) zentralisiert wurde. *Immigration judges* werden damit nicht befaßt. Im Einzelfall allerdings folgt die Unterscheidung zwischen den beiden Beschwerdemöglichkeiten nicht immer einer klaren Grundregel und muß jeweils anhand der Einzelvorschriften bestimmt werden.

3. labor certification

Eine mit dem Einwanderungsrecht zusammenhängende, wichtige Funktion übt schließlich das Arbeitsministerium aus. Für die Einwanderung aufgrund eines konkreten Arbeitsangebots muß es zertifizieren, daß die Stelle nicht von einem US-Arbeitnehmer ausgefüllt werden kann und daß keine nachteiligen Auswirkungen auf Löhne und Arbeitsbedingungen in den USA zu befürchten sind. Dabei kooperiert das Arbeitsministerium eng mit den einzelstaatlichen Arbeitsämtern. Zur Vereinfachung hält das Arbeitsministerium zwei Listen vor, in denen diejenigen Berufe aufgezählt sind, in denen diese Bedingungen jedenfalls erfüllt oder nicht erfüllt sind.

II. Aktuelle Änderungen

Immer wieder wurden Veränderungen zur Verbesserung der Verwaltungsstruktur gefordert.¹⁴² Doch waren es weniger diese langfristigen Argumente als vielmehr die Auswirkungen des 11. September 2001, die letztlich zu einer Umstrukturierung führten, die zur Zeit umgesetzt wird. Mit dem Homeland Security Act von 2002, der die größten Veränderung in der Verwaltungsstruktur der USA innerhalb der letzten 50 Jahre mit sich brachte,¹⁴³ wurde ein neues Ministerium für die Sicherheit des Heimatlandes (Department of Homeland Security, DHS) gegründet, in das auch der INS integriert wird.¹⁴⁴

Der INS wird dabei in zwei Behörden aufgeteilt, denen einerseits Vollstreckungsfunktionen, andererseits Antragsbearbeitung (*adjudication*) obliegen. Zu den Vollstreckungsfunktionen zählt neben Haft, Untersuchung und Abschiebung auch die Grenzpatrouille. Sie werden im Bureau of Border Security (BBS) innerhalb der Border and Transportation Security (BTS) Abteilung des neuen Ministeriums angesiedelt. Die Antragsbearbeitung, etwa für Visa, Asyl und Flüchtlingsstatus, wird hingegen in dem Bureau of Citizenship and Services (BCIS) untergebracht, das neben den Abteilungen des neuen Ministeriums steht. Beide Büros haben unterschiedliche Leiter, die wiederum unterschiedlichen Teilen des neuen Ministeriums unterstellt sind. Die Koordination soll durch einen Director of Shared Services im Büro des stellvertretenden Ministers sichergestellt werden.

Neben dieser grundsätzlichen Neuaufteilung sind eine Reihe von Einzelheiten zu beachten. Die Ausgabe von Visa außerhalb der USA obliegt zwar weiterhin Konsularbe-

141 Zum Reformvorhaben des Attorney General in Bezug auf den Verfahrensablauf vor dem BIA, Final Rule Reforming BIA Published, 7 Bender's Immigr. Bull. 1111 (2002).

142 Vgl. insbes. U.S. Commission on Immigration Reform, Report to Congress, *Becoming an American: Immigration and Immigrant Policy*, 1997, S. xlii-lvi.

143 Vgl. Mailman/Yale-Loehr (n.21).

144 Zum folgenden vgl. Mailman/Yale-Loehr (n.21).

amten des Außenministeriums, doch sind diese in Zukunft an BTS Verordnungen gebunden. Auch können ihnen Beamte des BTS zur Seite gestellt werden. Weiterhin wird ein Ombudsman geschaffen, der sowohl die Tätigkeit der Einwanderungsbehörden beobachten und Änderungsvorschläge machen als auch Einzelpersonen gegenüber den Behörden helfen soll. Das EOIR und die *immigration judges* schließlich bleiben erhalten. Ob die Umstrukturierung insgesamt die Arbeit und den durchaus angeschlagenen Ruf der INS verbessern kann, wird in der Literatur kritisch abwartend gesehen.¹⁴⁵

E. Voraussetzungen der Einwanderung

I. Grundlagen

1. Einwanderer und Nichteinwanderer

Jeder Ausländer, der in die USA kommen will, gilt als Einwanderer (*immigrant*), wenn er sich nicht in einer der Kategorien der Nichteinwanderer (*nonimmigrants*) qualifiziert.¹⁴⁶

Nichteinwanderer, also Personen die sich nicht dauerhaft in den USA aufhalten wollen und zu denen insbesondere auch Touristen und Geschäftsbesucher zählen, sind die bei weitem größere Kategorie. Für sie sind eine ganze Reihe von Visa erhältlich, die im Grundsatz entsprechend ihrer Gliederungsbezeichnungen in INA § 101 (a)(15) mit Buchstaben bezeichnet werden.¹⁴⁷ So erhalten Touristen ein B-1, Geschäftsleute ein B-2 und Universitätsstudenten ein F-1 Visum. Auch Nichteinwanderer erhalten u.U. eine Arbeitserlaubnis in den USA. Das gilt nicht nur für Personen mit herausragenden Leistungen, etwa in Sport oder Wissenschaft (O-1 Visum), oder für Arbeitnehmer, die innerhalb eines international tätigen Unternehmens versetzt werden (L Visum), sondern auch für die zeitweise Arbeitsaufnahme in Berufen höherer Art oder als Landarbeiter (H Visum).¹⁴⁸

Die Gruppe der Einwanderer, die hier im Zentrum der Betrachtungen steht, läßt sich - von Flüchtlingen zunächst abgesehen¹⁴⁹ - auf zweierlei Weise einteilen. Die erste Einteilung stellt auf den rechtlichen Grund der Einwanderung ab. Hier lassen sich familienunterstützte, arbeitsbezogene und sog. *diversity* Einwanderer unterscheiden. Die zweite Einteilung stellt hingegen darauf ab, ob für die jeweilige Einwanderergruppe eine Obergrenze in Form einer Einwanderungsquote besteht oder nicht.¹⁵⁰

2. permanent resident

Einwanderer werden nach ihrer Zulassung (*admission*) in die USA gemeinhin auch als *lawful permanent residents* oder als *permanent resident aliens* bezeichnet, da sie grundsätzlich unbegrenzt bleiben dürfen und ihren Status erst mit der Einbürgerung ver-

145 Vgl. Mailman/Yale-Loehr (n.21).

146 INA § 101 (a)(15).

147 Vgl. die genaue Auflistung in C.F.R. § 214.1 (a)(2).

148 Zu diesen Kategorien vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 392-400.

149 Vgl. infra H., dort auch zur Unterscheidung zwischen Flüchtlingen und Asylsuchenden.

150 Vgl. Weissbrodt (n.4), 109-10.

lieren.¹⁵¹ Kommt ein Einwanderer mit einem Einwanderungsvisum an die Grenze, so wird er allerdings nicht etwa automatisch eingelassen. Vielmehr prüft der Vertreter der Einwanderungsbehörde etwa am Flughafen nochmals in unabhängiger Weise die Berechtigung des Ausländers.¹⁵² (Daher der verbreitete Ratschlag an Amerikareisende, niemals unfreundlich zum immigration officer zu sein: er hat Sie in der Hand.) Wird der Einwanderer zugelassen, so erhält er als Ausweispapier das Formular I-551. Im üblichen Jargon wird dieses Papier jedoch als green card bezeichnet. Verwirrend mag hier nur der Umstand sein, daß die green card seit Jahren schon rosa ist. Auch ist zu beachten, daß rechtlich gesehen die green card nicht in erster Linie eine Arbeitserlaubnis darstellt, als die sie - auch in der deutschen Diskussion - immer wieder betrachtet wird. Vielmehr weist sie - wie auch ihr unübersehbar aufgedruckter Name „Permanent Resident Card“ zum Ausdruck bringt - den Status als permanent resident nach, der allerdings mit der Erlaubnis zur Arbeitsaufnahme verbunden ist.¹⁵³

3. Einbürgerung

Permanent residents werden ermutigt, die US-Staatsbürgerschaft anzunehmen.¹⁵⁴ Schließlich sind sie Einwanderer und sollen damit letztlich vollständig integriert werden. Zur Einbürgerung müssen grundsätzlich eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt werden:¹⁵⁵

- (1) *Anwesenheit*: durchgehend 5 Jahre als permanent resident;¹⁵⁶
- (2) *Mindestalter*: 18 Jahre;¹⁵⁷ Kinder können zusammen mit den Eltern eingebürgert werden;¹⁵⁸
- (3) *Kenntnisse von Sprache und Regierungsform*: Verständnis der englischen Sprache, einschließlich der Fähigkeit, einfache Worte und Sätze zu schreiben oder zu lesen;¹⁵⁹ Kenntnisse der Grundlagen von Geschichte und Regierungsform der USA,¹⁶⁰ die mithilfe eines mündlichen Tests anhand von 100 öffentlich bekannten Fragen abgefragt werden;¹⁶¹

151 Vgl. deutlich zu diesem vielbenutzten aber nicht immer definierten Begriff Aleinikoff/ Martin/ Motomura (n.2), 284 Fn. 2.

152 Vgl. auch INA § 221 (h).

153 Vgl. Weissbrodt (n.4), 133-34; Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 493; vgl. auch Why Isn't the „Green Card“ Green?, 70 Interp.Rel. 1043 (1993).

154 Vgl. Weissbrodt (n.4), 344; zu weiteren Erklärungen der Mitte der 90er Jahre dramatisch gestiegenen Einbürgerungszahlen (von rund 342.000 1992 auf 1.277.000 1996) vgl. Aleinikoff/ Martin/ Motomura (n.2), 57.

155 Vgl. zum folgenden Weissbrodt (n.4), 344-62.

156 Vgl. INA § 316 (a), (b), (c).

157 Vgl. INA § 334 (b).

158 Vgl. INA § 320.

159 Vgl. INA § 312 (a)(1); interessanterweise wird darin grundsätzlich die Fähigkeit zu lesen und zu schreiben verlangt, doch wird anschließend bestimmt, daß diese Voraussetzung als erfüllt gilt, wenn der Betroffene einfache Worte und Sätze lesen oder schreiben kann.

160 Vgl. INA § 312 (a)(2).

161 Vgl. dazu mit Beispielen Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 61-62.

(4) *guter moralischer Charakter*:¹⁶² wird nicht positiv,¹⁶³ sondern negativ definiert¹⁶⁴; ausgeschlossen sind vor allem zahlreiche, genauer bestimmte Kriminelle, daneben auch Trinker und Spieler; der über lange Zeit umstrittene und in der Anwendung problematische Ausschluß von Ehebrechern wurde 1981 gestrichen;¹⁶⁵

(5) *positive Einstellung zu Verfassung und Leben in den USA*:¹⁶⁶ ein Wunsch nach Änderung der Regierungsform innerhalb der verfassungsmäßigen Grenzen ist unschädlich;¹⁶⁷ zum Ausschluß führt die Mitgliedschaft in einer kommunistischen oder sonstigen totalitären Partei;¹⁶⁸

(6) *Treueeid*:¹⁶⁹ umfaßt auch den Verzicht auf jede andere Staatsbürgerschaft;¹⁷⁰ Wehrdienstverweigerer aus religiösen Gründen kann der Teil des Schwurs, der das Tragen von Waffen für die USA betrifft, erlassen werden.¹⁷¹

II. Einwanderung ohne Quotenbegrenzung

1. Kinder, Ehepartner, Eltern

Ohne Begrenzung dürfen vor allem¹⁷² unmittelbare Verwandte von U.S. Bürgern einreisen, d.h. Kinder, Ehepartner und Eltern.¹⁷³ Wer genau zu den Kategorien Kind und Eltern gehört ist detailliert in INA § 101 (b)(1), (2) geregelt. Neben Problemen wie Adoption, Nichtehelichkeit, Stiefkindern etc. ist insbesondere zu beachten, das Kinder stets unter 21 Jahren alt und unverheiratet sein müssen.

2. Insbes. uneheliche Kinder

Zu erheblichem Streit führte die Stellung unehelicher Kinder.¹⁷⁴ Früher sah das Gesetz vor, daß uneheliche Kinder nur in den Genuß des einschlägigen Visums kommen konnten, wenn ihre Mütter U.S. Bürger waren, nicht aber, wenn nur ihre Väter diesen

162 Vgl. INA § 316 (a), (c).

163 Vgl. schon die Ausführungen von Judge Learned Hand in *Posuta v. United States*, 285 F.2d 533, 535 (2d Cir. 1961): „test, incapable of exact definition; the best we can do is to improvise the response that the 'ordinary' man or woman would make, if the question were put whether the conduct was consistent with a 'good moral character'„

164 Vgl. INA § 101 (f).

165 Vgl. zur Entwicklung des Ehebruchskriteriums Weissbrodt (n.4), 352-54.

166 Vgl. INA § 316 (a)(3).

167 Vgl. Weissbrodt (n.4), 356.

168 Vgl. die detaillierten Ausschlußgründe in INA § 313; zum Begriff der totalitären Partei vgl. INA § 101 (a)(37).

169 Vgl. INA § 337 (a).

170 Zum Problem der doppelten Staatsangehörigkeit und den Möglichkeiten ihrer Entstehung im US-Recht vgl. T. Alexander Aleinikoff, *Between Principles and Politics: The Direction of U.S. Citizenship Policy*, 23-28 (1998).

171 Vgl. INA § 337 (a).

172 Zur geringen Bedeutung der übrigen Kategorien vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 286 Fn. 7.

173 INA § 201 (b)(2); zur Problematik der Einbürgerung homosexueller Partner von U.S. Bürgern vgl. Victor C. Romero, *The Selective Deportation of Same-Gender Partners: In Search of the „Rara Avis“*, 56 U.Miami L.Rev.537 (2002); Desiree Alonso, *Immigration Sponsorship Rights for Gay and Lesbian Couples: Defining Partnerships*, 8 Cardozo Women's L.J.207 (2002).

174 Vgl. hierzu: Natarajan (n.36), 123; Gabriel J.Chin, *Is there a Plenary Power Doctrine? A Tentative Apology and Prediction for Our Strange but Unexceptional Constitutional Immigration Law*, 14 Geo.Immig.L.J.257, 272-78 (2000).

Status innehatten. Diese Regelung war noch 1977 vom Supreme Court bestätigt worden, der sich zur Begründung auf die plenary power des Kongresses zur Regelung von Einwanderungsfragen zurückzog.¹⁷⁵ Der Gesetzgeber wurde aber dennoch tätig und änderte 1986 die Regelung. Nunmehr konnte das uneheliche Kind auch über seinen natürlichen Vater ein Visum erhalten, wenn der Vater eine ehrliche Eltern-Kind Beziehung zu ihm unterhielt oder unterhalten hatte.¹⁷⁶ Auch diese Regelung diskriminierte die Väter allerdings noch gegenüber den Müttern, da diese eine solche Beziehung nicht nachweisen mußten. Ähnliche Regeln für die Einbürgerung in INA § 309 (a) haben aber in den letzten Jahren bereits zweimal eine Überprüfung durch den Supreme Court überstanden.¹⁷⁷ In der neuesten Entscheidung zog sich der Supreme Court gerade nicht allein auf plenary power zurück, sondern fand die Differenzierung gerechtfertigt durch das Interesse, die biologische Verwandtschaft nachzuweisen und einen realen, alltäglichen Zusammenhalt festzustellen.¹⁷⁸

3. Insbes. Scheinehen

Schinehen sind solche Ehen, die nicht mit dem Ziel eingegangen wurden, ein gemeinsames Leben einzurichten.¹⁷⁹ Daß eine Ehe später nicht mehr gelebt wird, macht sie hingegen nicht zur Scheinehe.¹⁸⁰ Scheinehen sind keine Ehen im Sinne des INA. Seit 1986 sieht INA § 216 einige spezielle Hürden vor, um besser gegen Scheinehen vorgehen zu können. Für Neuverheiratete Paare ist zunächst eine 2-Jahres Periode vorgesehen, während derer der ausländische Ehegatte nur einen vorübergehenden bedingten Einreisestatus erhält. Während der letzten 90 Tage dieser Periode muß das Paar dann zwingend einen Antrag stellen, um ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht erhalten zu können. Dem Antrag kann ein Interview folgen, daß die Validität der Ehe feststellen soll - ein durch den Film „Green Card“ auch in Deutschland bekanntes Vorgehen. Bei positiver Entscheidung erhält der Ehepartner den status eines permanent resident, bei negativer Entscheidung oder mangels Antrags wird der vorübergehende Einreisestatus beendet und der Ausländer kann ausgewiesen werden.¹⁸¹ Da die Notwendigkeit eines gemeinsamen Antrags Probleme der Erpressbarkeit insbesondere mißhandelter Ehepartner mit sich brachte, kann der Attorney General im Fall von Mißhandlungen des ausländischen Ehepartners oder seiner Kinder den bedingten Einreisestatus in einen endgültigen Umwandeln.¹⁸²

III. Das Präferenzsystem

Das Präferenzsystem dient der Steuerung der Einwanderung innerhalb der Einwanderungsquoten. Es unterscheidet drei Kategorien von Präferenzen, die familienbezogene, die arbeitsbezogene und die sog. *diversity* Kategorie.¹⁸³

1. Familienunterstützte Einwanderer

Die familienunterstützte (*family-sponsored*) Kategorie unterscheidet vier Präferenzen. In der ersten Präferenz finden sich unverheiratete Söhne und Töchter von US-Bürgern, in der zweiten Präferenz einerseits Ehepartner und Kinder, andererseits unverheiratete Söhne und Töchter von permanent residents. Die dritte Präferenz umfaßt die verheirateten Söhne und Töchter von US-Bürgern, die vierte Präferenz die Brüder und Schwestern von mindestens 21-jährigen US-Bürgern.¹⁸⁴

Etwas verwirrend weil vom alltäglichen Sprachgebrauch abweichend ist in dieser Kategorie die Unterscheidung zwischen Kindern einerseits und Söhnen und Töchtern andererseits. Söhne und Töchter sind solche Kinder im weiten, alltagssprachlichen Sinne, die nicht unter die engere und detaillierte Definition von „Kind“ in INA § 101 (b)(1) fallen, insbesondere weil sie die Altersgrenze von 21 Jahren überschritten haben oder verheiratet sind.¹⁸⁵ Kinder von US-Bürgern fallen also nicht unter das Präferenzsystem, sondern können ohne Quotenbegrenzung einwandern.¹⁸⁶ Brüder und Schwestern hingegen werden über die Definition des Kindes bestimmt.¹⁸⁷ Verfahrensmäßig ist zu beachten, daß der anfängliche Visumsantrag (*visa petition*) hier - ebenso wie bei unmittelbaren Verwandten von US-Bürgern - grundsätzlich nicht vom Einwanderer, sondern vom jeweils einschlägigen Verwandten zu stellen ist.¹⁸⁸

2. Arbeitsbezogene Einwanderer

In der arbeitsbezogenen Kategorie finden sich fünf Präferenzen.¹⁸⁹ Die erste Präferenz umfaßt Vorzugsarbeitnehmer (*priority workers*).¹⁹⁰ Darunter fallen international herausragende Professoren und Forscher, bestimmte multinationale Manager und Personen mit außergewöhnlichen Fähigkeiten (*extraordinary ability*) in Wissenschaft, Kunst, Erziehung, Wirtschaft oder Sport. Solche außergewöhnlichen Fähigkeiten müssen durch dauerhafte nationale oder internationale Anerkennung und breite Dokumentation der Errungenschaften nachgewiesen werden.¹⁹¹ Die zweite Präferenz umfaßt diejenigen, die einen höheren Beruf ausüben¹⁹² und einen höheren Universitätsabschluß haben sowie diejenigen, die aufgrund ihrer ungewöhnlichen Fähigkeiten (*exceptional ability*) voraussichtlich den Interessen der USA substantiell zugute kommen werden. In beiden Fällen muß grundsätzlich ein Arbeitsplatzangebot vorliegen.¹⁹³ Die dritte Präferenz umfaßt neben denjenigen, die einen höheren Beruf ausüben, aber als Abschluß nur einen Bachelor haben, Facharbeiter und andere Arbeiter in Bereichen, in denen in den

184 Vgl. INA § 203 (a).

185 Vgl. Weissbrodt (n.4), 118; Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 287-88.

186 Vgl. supra E.II.1.

187 Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 288.

188 Vgl. Weissbrodt (n.4), 124-25; Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 285, zum praktischen Verfahren ibid., 490-93.

189 Vgl. INA § 203 (b)(1)-(5).

190 Vgl. INA § 203 (b)(1).

191 INA § 203 (b)(1)(A)(i).

192 „members of the professions“; zur Definition von „professions“ vgl. INA § 101 (a)(32): „The term 'profession' shall include, but not be limited to architects, engineers, lawyers, physicians, surgeons, and teachers in elementary or secondary schools, colleges, academies, or seminaries.“

193 INA § 203 (b)(2)(A); für Ärzte kann der Attorney general u.U. auf das Arbeitsplatzangebot verzichten, INA § 203 (b)(2)(B).

175 Vgl. Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787 (1977).

176 Vgl. INA § 101 (b)(1)(D).

177 Vgl. Miller v. Albright, 523 U.S. 420 (1998); Nguyen vs. INS, 533 U.S. 53 (2001).

178 Nguyen vs. INS, 533 U.S. 53, 62-63 (2001).

179 Bark v. INS, 511 F.2d 1200, 1201-02 (9th Cir. 1975).

180 Dabaghian v. Civiletti, 607 F.2d 868 (9th Cir. 1979).

181 Vgl. zum ganzen Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 332-34.

182 Vgl. INA § 216 (c)(4)(C).

183 Vgl. INA § 201.

USA Arbeitskräftemangel herrscht. Für sie ist eine Bedarfszertifizierung durch das Arbeitsministerium vorgeschrieben.¹⁹⁴ Die vierte Präferenz umfaßt bestimmte spezielle Einwanderer,¹⁹⁵ darunter insbesondere religiöse Arbeitnehmer und frühere, langfristige Angestellte der US-Regierung oder internationaler Organisationen.¹⁹⁶ Die fünfte Präferenz für die Schaffung von Arbeitsplätzen gehört Investoren, die durch eine Investition von grundsätzlich mindestens einer Million Dollar mindestens 10 Arbeitsplätze schaffen.¹⁹⁷ Vor Schaffung eines dauerhaften Aufenthaltsrechts ist hier ein Überprüfungsverfahren für die Investition nach zwei Jahren vorgesehen.¹⁹⁸ Verfahrensmäßig ist wiederum zu beachten, daß in der zweiten und dritten Präferenz grundsätzlich zunächst der zukünftige Arbeitgeber und nicht der Ausländer einen Einwanderungsantrag (*visa petition*) stellen muß.¹⁹⁹

3. Diversity Einwanderer: Die sog. green card lottery

Die Einwanderungspolitik der USA sah sich zwei Problemen gegenüber. Einerseits führte das strikte Präferenzsystem zu einer gewissen Inflexibilität. Andererseits kam es zu einer eher einseitigen Verteilung der Herkunftsländer, mit einer starken Unterrepräsentierung europäischer Staaten und insbesondere Irlands. Um diesen Problemen entgegenzusteuern wurde nach Pilotprogrammen ab dem Haushaltsjahr 1995 eine dauerhafte dritte Einwandererkategorie geschaffen, die sog. diversity immigrants.²⁰⁰ Diese Kategorie hat weltweit unter der nicht ganz offiziellen, aber eingängigen Bezeichnung „green card lottery“ großen Bekanntheitsgrad erlangt. Ausgeschlossen von der Lotterie sind Personen aus Ländern mit ohnehin hoher Einwanderungsrate, alle übrigen Länder erhalten eine bestimmte Anzahl von Visa zugeteilt, die jährlich neu aufgrund einer komplexen Formel berechnet werden. Bewerber müssen - kurz gefaßt - einen High School Abschluß, eine Berufsausbildung und Berufserfahrung haben. Über ihre Anträge wird nach dem Zufallsprinzip entschieden. Das Programm ist ein voller Erfolg. Für die 2001 und 2002 verfügbaren 50.000 Visa hatten sich jeweils über 13 Millionen Personen beworben. Allerdings fielen allein 2 bis 3 Millionen von ihnen wegen fehlerhaft ausgefüllter Formulare durch.²⁰¹

IV. Die Rolle von Einwanderungsquoten

Zentral für das Einwanderungsrecht der USA sind die Einwanderungsquoten. Die genaue Berechnung und Anwendung dieser Quoten wird selbst von Fachleuten als unangenehm komplex angesehen.²⁰²

1. Gesamtquoten

Grundsätzlich besteht eine Gesamteinwanderungsquote von 675.000 Personen, die sich aufteilt auf 480.000 familienunterstützte, 140.000 arbeitsbezogene und zur Zeit 50.000²⁰³ diversity Einwanderer.²⁰⁴ Zur familienunterstützten Quote zählen technisch gesehen auch die unmittelbaren Verwandten von US-Bürgern. Doch darf einerseits für sie die Quote überschritten werden und andererseits die Quote für familienunterstützte Einwanderer im Präferenzsystem nicht unter 226.000 fallen. Im Ergebnis ist die Einwanderung von unmittelbaren Verwandten von US-Bürgern also unbegrenzt, während die familienunterstützte Einwanderung im Präferenzsystem auf 226.000 begrenzt ist, es sei denn es wanderten weniger als 254.000 unmittelbare Verwandte ein. Im Fachjargon wird die Grenze deshalb als „a pierceable cap with a floor“ bezeichnet.²⁰⁵ Statistisch lag die jährliche Zahl der einwandernden unmittelbaren Verwandten von US-Bürgern gegen Ende der 90er Jahre um die 300.000.²⁰⁶ In der Praxis werden die Berechnungen dadurch kompliziert, daß die notwendigen Anpassungen bei Überschreiten der zahlenmäßigen Grenzen erst im jeweils kommenden Haushaltsjahr vorgenommen werden.²⁰⁷

Die Gesamtquoten für familienunterstützte und für arbeitsbezogene Visa stehen zusätzlich noch in einem Austauschverhältnis. Werden in einer dieser Kategorien weniger Visa erteilt als verfügbar, so steht die Differenz der jeweils anderen Kategorie zusätzlich zur Verfügung.²⁰⁸

2. Präferenzquoten

Innerhalb der beiden Kategorien familienunterstützter und arbeitsbezogener Visa werden die Quoten zunächst unter den Präferenzkategorien aufgeteilt, deren Umfang wiederum die besonderen Wünsche des Gesetzgebers reflektiert. Für familienunterstützte Visa gelten grundsätzlich folgende Zahlen: 1. Präferenz 23.400, 2. Präferenz 114.200, 3. Präferenz 23.400, 4. Präferenz 65.000.²⁰⁹ Dem Gesetzgeber war es hier ein besonderes Anliegen, die enge Kernfamilie möglichst nicht auseinanderzureißen. Das erklärt u.a. die auffällig hohe Zahl in der zweiten Präferenz, in der es früher zu besonderen Härten gekommen war.²¹⁰ Zudem wurde deshalb innerhalb der zweiten Präferenz für die Untergruppe der Kinder und Ehepartner eine interne Mindestquote von 77% der erteilten Visa eingeführt und gehen eventuell unausgenutzte arbeitsbezogene Visa ebenfalls zugunsten dieser Untergruppe.²¹¹ Wenn nicht anders möglich können begleitende oder nachziehende Kinder und Ehepartner zudem auch denselben Status wie Eltern oder anderer Ehepartner erhalten.²¹²

203 Zu dieser aktuellen Reduzierung des ursprünglichen Wertes von 55.000 vgl. Department of State, Visa Bulletin, July 2003, http://travel.state.gov/visa_bulletin.html (abgerufen 11.06.2003).

204 Vgl. INA § 201 (c)(1)(A)(i), (d)(1)(A), (e).

205 Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 293 („unlovely jargon of the trade“).

206 Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura, 287(n.2); Aleinikoff/Martin/Motomura, 2001 Supplement (n.130), 25.

207 Vgl. die Beispielrechnung bei Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 293-94.

208 Vgl. INA § 201 (c)(1)(A)(iii), (3)(C), (d)(1)(B), (2)(C).

209 Vgl. INA § 203 (a).

210 Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 288.

211 Vgl. INA § 203 (a)(2).

212 Vgl. INA § 203 (d).

194 Vgl. INA § 203 (b)(3), insbes. (C); zur Bedarfszertifizierung vgl. supra D.I.3.

195 Vgl. zum Begriff des „special immigrant“ INA § 101 (a)(27).

196 Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 290; Weissbrodt (n.4), 120.

197 Vgl. INA § 203 (b)(5).

198 Vgl. INA § 216A.

199 Vgl. Weissbrodt (n.4), 125-26; Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 285-86, zum praktischen Verfahren ibid. 490 -93.

200 Zum folgenden vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 290-92; Weissbrodt (n.4), 121-22.

201 Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura, 2001 Supplement (n.130), 26.

202 Vgl. auch zum folgenden Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 292-97; Weissbrodt (n.4), 115-22.

Die interne Aufteilung bei arbeitsbezogenen Visa drückt das Gesetz nicht in absoluten Zahlen, sondern in Prozent²¹³ aus: je 28,6% für die 1., 2. und 3. Präferenz und je 7,1% für die 4. und 5. Präferenz.²¹⁴

Typisch für das Präferenzsystem ist zudem ein Kaskadeneffekt: Ungenutzte Visa der einen Präferenz stehen der nächstniedrigern Präferenz innerhalb der jeweiligen Kategorie zur Verfügung.²¹⁵ Die Kaskade kann in Einzelfällen aber auch einmal umgekehrt funktionieren, so etwa zusätzlich zwischen der ersten und vierten familienunterstützten Präferenz²¹⁶ oder umgekehrt zwischen der ersten einerseits und vierten und fünften Präferenz andererseits innerhalb der arbeitsbezogenen Kategorie.²¹⁷

3. Länderquoten

Als sei das System - selbst in den hier nur beschriebenen Grundzügen - nicht schon komplex genug, werden die bisherigen Quoten zusätzlich noch durch Länderquoten überlagert. Auch damit soll eine gewisse Steuerung erreicht werden. Die Quote pro Land beträgt mindestens rund 25.000 Personen.²¹⁸ Seit dem Jahr 2000 sind die Länderquoten in der arbeitsbezogenen Kategorie so lange ausgesetzt, wie die Gesamtquote in dieser Kategorie nicht ausgenutzt wird.²¹⁹ All diese Quoten führen je nach exakter Kategorie und Präferenz zu den verschiedensten, teils jahrelangen, teils gar keinen Wartezeiten, die monatlich anhand einer Tabelle im Visa Bulletin des Außenministeriums nachgelesen werden kann.²²⁰ Laut Bulletin für Juli 2003 bestand die längste aktuelle Wartezeit für Philippinos in der vierten familienunterstützte Präferenz; hier wurden Anträge erst bis 1. Februar 1981 bearbeitet. Die besten Zahlen in der familienunterstützten Kategorie bestanden in der ersten Präferenz (mit Ausnahme von Indien, Mexiko und den Philippinen) mit der Bearbeitung von Anträgen bis 15. Dezember 1999. In der arbeitsbezogenen Kategorie hingegen war die Antragsbearbeitung - wie schon seit einiger Zeit - auf dem aktuellen Stand, bestanden also keine durch Quotenüberschreitung hervorgerufenen Wartezeiten.²²¹

F. Fehlende Zugangsberechtigung (*inadmissibility*)

Das US-Recht kennt eine große Anzahl von Gründen für eine fehlende Zugangsberechtigung (*inadmissibility*), die die Erteilung eines (Einwanderungs-) Visums verhindern. Die Zugangsberechtigung wird bei Erteilung des Visums und nochmals unabhängig an der Grenze²²² geprüft. Hat sich ein Ausländer ohne diese Prüfung Zugang ver-

schaft, werden die Gründe fehlender Zugangsberechtigung zu Ausweisungsgründen.²²³ Dabei sind die Maßstäbe für diese zu Ausweisungsgründen mutierten Gründe fehlender Zugangsberechtigung ebenso wie das zugehörige Verfahren strenger als bei den sonstigen Ausweisungsgründen. Im Unterschied zur früheren Rechtslage, vor 1996, gewinnt der Ausländer also keine Vorteile durch eine illegale Zuwanderung.²²⁴

Die Gründe fehlender Zugangsberechtigung sind in dem mehrere Druckseiten langen INA § 212 (a) aufgezählt. Die folgende Liste gibt die 10 gesetzlichen Kategorien in INA § 212 (a)(1)-(10) in der dortigen Reihenfolge wieder und nennt stichwortartig ggf. besonders auffällige Beispiele innerhalb dieser Kategorien. Eine objektive Auswahl oder gar Vollständigkeit ist dabei nicht angestrebt:

- (1) Gesundheitsgründe:
 - für die Volksgesundheit bedeutende übertragbare Krankheiten, einschließlich AIDS
 - gefährliche körperliche oder geistige Krankheiten
 - Drogenabhängigkeit oder -gebrauch
- (2) Kriminalität:
 - Straftaten mit moralischer Verwerflichkeit (*moral turpitude*) mit einer Höchststrafe von über einem Jahr (neben Totschlag, Brandstiftung etc. auch Bigamie, Schlagen von Kindern, Sexualdelikte)²²⁵
 - Drogendelikte
 - Prostitution und Zuhälterei
- (3) Sicherheit:
 - Terroristen; dazu genügt u.a. die Mitgliedschaft in einer vom Außenminister unter INA § 219 als terroristisch festgestellten Organisation, z.B. der Iranischen Volksmudjahedin, den Tamilischen Tigern, der PKK²²⁶
 - schon per Gesetz jeder Vertreter der PLO²²⁷
 - frühere oder jetzige Mitglieder einer kommunistischen Partei²²⁸
 - Möglichkeit schwerer außenpolitischer Konsequenzen²²⁹
- (4) mögliche Bürde für die öffentliche Fürsorge (*public charge*)
 - u.a. ist für Familiennachzug eine finanzielle Unterstützungserklärung erforderlich
- (5) labor certification²³⁰

223 Vgl. INA § 237 (a)(1)(A)

224 Überblick bei Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 425-28; Weissbrodt (n.4), 179, 246-47, 258-59.

225 Vgl. Weissbrodt (n.4), 250, 185.

226 Vgl. zu den einschlägigen Fragen People's Mojahedin Organization of Iran v. United States Department of State, 182 F.3d 17 (D.C.Cir. 1999), cert. denied 529 U.S. 1104 (2000); National Council of Resistance of Iran v. Department of State, 251 F.3d 192 (D.C.Cir. 2001); Humanitarian Law Project v. Reno, 205 F.3d 1130 (9th Cir. 2000), cert. denied, 121 S.Ct. 1226 (2001).

227 Vgl. INA § 212 (a)(3)(B)(i).

228 Vgl. INA § 212 (a)(3)(D).

229 Vgl. INA § 212 (a)(3)(C).

230 Vgl. supra D.I.3. und supra E.III.2.

213 Auf diese Weise werden eventuelle Überschüsse aus der familienunterstützten Kategorie gleichmäßig auf alle Präferenzen verteilt und nicht, wie bei der familienbezogenen Kategorie, auf eine Präferenz konzentriert, vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 289 Fn. 9.

214 Vgl. INA § 203 (d).

215 Vgl. INA § 203 (a), (b).

216 Vgl. INA § 203 (a)(1).

217 Vgl. INA § 203 (b)(1), (4), (5)(A).

218 Vgl. Weissbrodt (n.3), 116; Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 295.

219 Vgl. INA § 202 (a)(5); Aleinikoff/Martin/Motomura, 2001 Supplement (n.130), 27.

220 Zu finden unter http://travel.state.gov/visa_bulletin.html

221 Vgl. Department of State, Visa Bulletin, July 2003, http://travel.state.gov/visa_bulletin.html (abgerufen 11.06.2003).

222 Vgl. zum immigration officer supra E.I.2.

- (6) Illegale Einreise
 - grundloses Nichterscheinen bei Zulassungs- oder Ausweisungsverfahren
 - Täuschungsversuche
- (7) Reisedokumente (Paß, Visum etc.)
- (8) fehlende Einbürgerungsmöglichkeit
 - auch Ausreise, um dem Wehrdienst zu entkommen
- (9) frühere Ausweisung
 - verschieden lange Sperren
- (10) Verschiedenes
 - Polygamisten
 - Verzicht auf US-Bürgerschaft zur Umgehung der Steuerpflicht

Von diesen Gründen abgesehen darf der Präsident der Vereinigten Staaten jederzeit den Zugang von Ausländern beschränken oder verbieten soweit und solange er davon ausgeht, daß ihr Zugang den Interessen der USA abträglich wäre.²³¹ Der Schärfe der fehlenden Zulassungsberechtigungen darf der Attorney General nach seinem freien Ermessen durch Gewährung von Ausnahmen im Einzelfall entgegenwirken. Solche Ausnahmen sind für Nichteinwanderer in bezug auf fast alle Zulassungsbeschränkungen möglich.²³² Für Neueinwanderer hingegen sind nur wenige Ausnahmen möglich, die sich vor allem auf den Familiennachzug beschränken.²³³ Die Entscheidungen des Attorney General sind z.T. nicht gerichtlich überprüfbar.²³⁴

G. Ausweisung (*removal*)

I. Ausweisungsgründe und -verfahren

INA § 237 (a) listet die Ausweisungsgründe auf. Diese Gründe werden immer wieder einmal verändert und sind regelmäßig rückwirkend anwendbar.²³⁵ Auch verjähren die Ausweisungsgründe nicht, so daß eine Ausweisung möglich bleibt, selbst wenn der Grund inzwischen nicht mehr vorliegt.²³⁶

1. Illegaler Aufenthalt

Der erste Ausweisungsgrund liegt vor allem in der fehlenden Zugangsberechtigung zur Zeit der Einreise.²³⁷ Hauptkonsequenz dieses Ausweisungsgrundes ist die zeitlich unbegrenzte Überprüfbarkeit der ursprünglichen Zulassungsentscheidung. Stellt sich al-

²³¹ INA § 212 (f).

²³² Vgl. INA § 212 (d)(3).

²³³ Vgl. zum ganzen Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 428.

²³⁴ Vgl. INA § 242 (a)(2)(B).

²³⁵ Vgl. auch Mahler v. Eby, 264 U.S. 32 (1924), Galvan v. Press, 347 U.S. 522 (1954), wonach darin kein Verstoß gegen das Verbot von ex post facto Gesetzen liegt.

²³⁶ Weissbrodt (n.4), 178-79, 181-82; vgl. auch Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 756-57.

²³⁷ Vgl. INA § 237 (a)(1)(A).

so irgendwann nach Einreise heraus, daß der Einwanderer gar nicht erst hätte zugelassen werden dürfen, so kann er ausgewiesen werden.²³⁸ Daneben ist auch jede später entstehende Anwesenheit unter Verstoß gegen Einwanderungsrecht - etwa illegale Arbeitsaufnahme oder Ablauf eines Nichteinwanderungsvisums - ein Ausweisungsgrund.²³⁹

2. Kriminelle Aktivitäten

Ein zweiter Ausweisungsgrund liegt in kriminellen Aktivitäten.²⁴⁰ Dazu zählen wiederum Straftaten mit moralischer Verwerflichkeit (*moral turpitude*),²⁴¹ ein Begriff der aufgrund seiner Unbestimmtheit zu einigem rechtlichen Streit geführt hat.²⁴² Weit klarer ist hingegen die Ausweisung wegen schwerer Verbrechen (*aggravated felony*),²⁴³ da der Begriff gesetzlich definiert ist.²⁴⁴ Er umfaßt von Mord über Glücksspiel und Hehlerei mit gestohlenen Fahrzeugen bis hin zur Behinderung der Justiz zahlreiche Straftaten und wurde zuletzt 1996 erheblich verschärft. Eigene Ausweisungsgründe sind darüber hinaus etwa auch Drogendelikte, Drogenmißbrauch und Drogenabhängigkeit²⁴⁵ sowie familiäre Gewalttaten.²⁴⁶

3. Sicherheitsfragen

Ausweisungsgrund sind auch Terrorismus, Spionage, Sabotage oder der Verstoß gegen Ausfuhrbeschränkungen; erfaßt sind zudem alle Personen, deren Verbleib schwere außenpolitische Konsequenzen haben könnte.²⁴⁷ Diese Bestimmungen reflektieren einen 1990 gesetzlich geformten Umschwung, in dem die vorherige Angst vor Anarchisten, Kommunisten und subversiver Literatur samt der zugehörigen Ausweisungsgründe durch die Angst vor terroristischen Aktivitäten und entsprechende Ausweisungsgründe ersetzt wurde.²⁴⁸

4. *public charge*

Schließlich ist auch jeder ausweisbar, der innerhalb von 5 Jahren nach Einreise der öffentlichen Fürsorge zur Last fällt, es sei denn er könne positiv belegen, daß die Gründe dafür erst nach seiner Einreise entstanden waren.²⁴⁹

²³⁸ Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 723.

²³⁹ Vgl. INA § 237 (a)(1)(B), (C).

²⁴⁰ Vgl. INA § 237 (a)(2); vgl. dazu auch Edward Chung, Current Development: Development in the Judicial Branch, 15 Geo.Immigr.L.J.243; kritisch hingegen Kanstroom (n.17), 1889, insbes. 1935.

²⁴¹ Vgl. INA § 237 (a)(2)(A)(i).

²⁴² Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 725-26, 733 Fn. 21 m.w.N.; eine verfassungsrechtlich verbotene Unbestimmtheit wird allerdings nicht angenommen, vgl. Jordan v. DeGeorge 341 U.S. 233 (1951).

²⁴³ Vgl. INA § 237 (a)(2)(A)(iii).

²⁴⁴ Vgl. INA § 101 (a)(43).

²⁴⁵ Vgl. INA § 237 (a)(2)(B).

²⁴⁶ Vgl. INA § 237 (a)(2)(E)(i).

²⁴⁷ Vgl. INA § 237 (a)(4).

²⁴⁸ Vgl. dazu Weissbrodt (n.4), 182.

²⁴⁹ Vgl. INA § 237 (a)(5).

II. Aussetzungsgründe (*discretionary relief*)

Während der Ausweisungsanhörung kann der Ausländer die Gewährung eines Aussetzungsgrundes (*discretionary relief*) beantragen, der die Abschiebung dauerhaft oder vorübergehend verhindert. Die Gewährung steht dabei im freien Ermessen des *immigration judge*. Selbst wenn also die im folgenden besprochenen Voraussetzungen vorliegen, darf er sich weigern, die Ausweisung auszusetzen.²⁵⁰

1. Freiwillige Ausreise

Zu den weitverbreitetsten und wichtigsten Aussetzungsgründen gehört - auf den ersten Blick erstaunlicherweise - die freiwillige Ausreise auf eigene Kosten.²⁵¹ Die freiwillige Ausreise hat für den Ausländer jedoch gewichtige Vorteile. Einerseits verhindert sie das rechtliche Stigma der Ausweisung, insbesondere die grundsätzlich 10-jährige Zulassungssperre.²⁵² Andererseits ziehen viele wegen illegaler Einreise auszuweisende Ausländer eine schnelle Rückreise mit der Möglichkeit erneuter illegaler Einreise einem möglicherweise längeren und unangenehmen Ausweisungsverfahren vor.²⁵³ Entsprechend wird die freiwillige Ausreise auch nicht ohne weiteres gewährt. Vor Beginn oder anstelle von Ausweisungsverfahren kann die Ausreise genehmigt werden, wenn es nicht um Ausweisung wegen Terrorismus oder erschwerte Verbrechen geht.²⁵⁴ Bei Beendigung des Ausweisungsverfahrens sind zusätzlich strengere Anforderungen zu erfüllen: mindestens einjährige Anwesenheit in den USA, guter moralischer Charakter seit 5 Jahren und Nachweis des Ausreisewillens.²⁵⁵

Daneben bestand die Möglichkeit einer verlängerten freiwilligen Ausreise (*extended voluntary departure, EVD*). Sie wurde in der Praxis bei Problemen mit der öffentlichen Sicherheit im Heimatland, insbesondere bei Bürgerkrieg, aus humanitären Gründen gewährt und erlaubt den Betroffenen im Ergebnis, zunächst in den USA zu bleiben. Begünstigte erhielten eine unbegrenzte Arbeitserlaubnis. Verlängerte freiwillige Ausreise wurde etwa Iranern im Zusammenhang mit der Revolution 1979, Polen nach Verhängung des Kriegsrechts 1981 und - unter der abweichenden Bezeichnung „*deferral of enforced departure*“ - Chinesen nach dem Massaker auf dem Tiananmen Platz 1989 gewährt. Dieses Rechtsinstitut wurde zwischenzeitlich durch den vergleichbaren zeitweiligen geschützten status (*Temporary Protected Status*) ersetzt und kodifiziert.²⁵⁶

250 Vgl. Patel v. INS, 638 F.2d 1199, 1205-06 (9th Cir. 1980); zur Pflicht, pro und contra abzuwägen vgl. Campos-Granillo v. INS, 12 F.3d 849, 853 (9th Cir. 1993) (zwischenzeitlich wurde die diesem Fall zugrundeliegende gerichtliche Überprüfbarkeit allerdings abgeschafft, vgl. infra G.III.); zum Problem der Ermessensausübung im Einwanderungsrecht allgemein vgl. Maurice Roberts, *The Exercise of Administrative Discretion Under the Immigration Laws*, 13 San Diego L.Rev. 144 (1975).

251 Vgl. INA § 240B.

252 Vgl. INA § 212 (a)(9)(A).

253 Vgl. zum ganzen Weissbrodt (n.4), 227; Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 759.

254 Vgl. INA § 240B (a)(1).

255 Vgl. INA § 240B (b)(1).

256 Vgl. INA § 244; zum ganzen auch Weissbrodt (n.4), 228-29, 293-94; Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1161-64; zum temporary protected status vgl. infra J.IV.

2. Aufhebung der Ausweisung

Die Aufhebung der Ausweisung gibt dem *immigration judge* nach seinem Ermessen die Möglichkeit in die Hand, besondere Härten im Einzelfall, die durch die Ausweisung entstehen könnten, aufzufangen. Gleichzeitig erlaubt die Aufhebung die Anpassung des Aufenthaltsstatus zu dem eines permanent resident.²⁵⁷ Allerdings ist diese Anpassung wiederum grundsätzlich auf 4000 Personen pro Jahr beschränkt.²⁵⁸

Entscheidende gesetzliche Kriterien sind Aufenthaltsdauer, Straffälligkeit und Härtefall. Für permanent residents nicht unter 5 Jahren genügt allerdings ein durchgehender Wohnsitz in den USA seit 7 Jahren und das Fehlen einer Verurteilung wegen erschwerter Verbrechen.²⁵⁹ In allen anderen Fällen ist nicht nur eine ununterbrochene physische Anwesenheit von mindestens 10 Jahren, guter moralischer Charakter während dieser Zeit und keine Verurteilung wegen einer Straftat, die zum Wegfall der Zugangsberechtigung führen würde, erforderlich. Vor allem müsste die Ausweisung auch zu einer außergewöhnlichen und extremen Härte für Ehepartner, Eltern oder Kinder führen, die ihrerseits wieder US-Bürger sein oder ein Daueraufenthaltsrecht haben müssen.²⁶⁰ In der Praxis stellen besonders der ununterbrochene Aufenthalt und die außergewöhnliche und extreme Härte gravierende Hürden auf. Nach der heutigen Rechtslage unterbricht erst eine Ausreise für mehr als 90 Tage oder insgesamt über 180 Tage den Aufenthalt.²⁶¹ Bei der Bestimmung der Härte hingegen ist zu beachten, daß eine Härte für den Ausländer selbst unbeachtlich ist. In Fällen mißbrauchter Ehegatten oder Kinder bestehen einige Erleichterungen.²⁶²

3. Anpassung des Status

Die Möglichkeit der Anpassung des Status (*adjustment of status*) erkennt an, daß es wenig sinnvoll wäre, einen Ausländer tatsächlich auszuweisen, der zugleich ein Einwanderungsvisum erhalten kann. Wer also legal und ohne Täuschung eingereist ist und die Voraussetzungen für die Erteilung eines Einwanderungsvisums erfüllt, braucht grundsätzlich nicht ausgewiesen zu werden, wenn ein solches Visum tatsächlich aktuell verfügbar ist.²⁶³

4. Sonstige

Von den sonstigen möglichen Aussetzungsgründen sollen noch zwei kurz erwähnt werden. Das Problem langfristiger illegaler Einwanderer betrifft die sog. *registry*. Über dieses Institut können Ausländer, die bereits vor 1972 eingereist sind, unter bestimmten Voraussetzungen legalisiert werden.²⁶⁴ Eine nur informelle Bleibemöglichkeit wird demgegenüber gewährt, wenn der INS unter Beachtung seiner begrenzten Kapazitäten und seines Ermessens beschließt, die Ausweisung bestimmter Ausländer dauerhaft nicht zu

257 Vgl. INA § 240A.

258 Vgl. INA § 240A (e).

259 Vgl. INA § 240A (a).

260 Vgl. INA § 240A (b)(1).

261 Vgl. INA § 240A (d)(2); zur vorherigen Rechtslage und Entwicklung vgl. Weissbrodt (n.4), 231-32.

262 Vgl. INA § 240A (b)(2), (4).

263 Vgl. INA § 245 (a).

264 Vgl. INA § 249.

betreiben. Dieses Institut wird oft als *deferred action status* oder *non-priority status* beschrieben, auch wenn die INS darauf besteht, daß dadurch kein eigener Einwanderungsstatus verliehen wird. Tatsächlich aber bleibt die Entscheidung des INS nicht nur ein bloßes Behördeninternum, das den Ausländer in ständiger Ungewissheit leben läßt, sondern wird diesem offiziell mitgeteilt, so daß eine gewisse Sicherheit entsteht.²⁶⁵

III. Begrenzte gerichtliche Überprüfung

Die Entscheidung über die Ausweisung wird in einem detailliert ausgestalteten Anhörungsverfahren durch einen *immigration judge* getroffen.²⁶⁶ Für Neuankömmlinge an der Grenze - insbesondere wenn sie keine hinreichenden Dokumente vorweisen können - besteht zudem eine beschleunigte Ausweisungsform (*expedited removal*).²⁶⁷ Das Verfahren kann dann gerichtlicher Überprüfung unterliegen. Insgesamt ist der Rechtsschutz aber eher schwach ausgeprägt. Das Einwanderungsrecht kennt insbesondere seit den Verschärfungen von 1996 zahlreiche Ausschlüsse gerichtlicher Überprüfung und selbst wenn die Gerichte aktiv werden, wenden sie einen sehr schwachen Prüfungsmaßstab an, der der Exekutive ganz erhebliche Entscheidungsspielräume gewährt.

Die Details sind hochgradig umstritten.²⁶⁸ Im Kern schließt das Einwanderungsrecht den Rechtsschutz im beschleunigten Ausweisungsverfahren, bei der Verweigerung von Aussetzungsgründen (*discretionary relief*) und vor allem auch bei jeder Ausweisung von Kriminellen aus.²⁶⁹ Im übrigen kann der Ausländer Rechtsschutz nur innerhalb von 30 Tagen und nur beim Court of Appeals suchen.²⁷⁰ Dabei ist das Gericht grundsätzlich an die aktenkundigen Tatsachenfeststellungen der Verwaltung gebunden,²⁷¹ kann also keine Tatsachenfragen entscheiden. Offenbar ist auch dann noch der Prüfungsmaßstab auf die Fragen begrenzt, ob das Verfahren willkürlich oder rechtswidrig durchgeführt wurde oder ob es mit den Anforderungen eines due process übereinstimmt; auch können nur Fragen entschieden werden, die bereits zuvor Gegenstand des Verfahrens waren.²⁷²

Zentrale Streitfrage bei Eingreifen eines gesetzlichen Ausschlusses des Rechtsschutzes ist, ob damit auch der writ of habeas corpus gemeint ist und wenn nicht, welcher Prüfungsmaßstab in seinem Rahmen anzuwenden ist. Denn schließlich besteht der teilweise verfassungsrechtlich geschützte²⁷³ writ of habeas corpus völlig unabhängig vom Einwanderungsrecht in allen Fällen - aber auch nur dann -, in denen eine Inhaftierung - wie sie bei Ausweisung nicht selten vorkommt - als unrechtmäßig angegriffen wird.²⁷⁴ Der Ausschluß des Rechtsschutzes im INA schließt habeas corpus aber nicht ausdrück-

lich ein,²⁷⁵ nimmt ihn im Sonderfall des beschleunigten Ausweisungsverfahrens sogar ausdrücklich aus.²⁷⁶ Da der Kongress aber offenbar durch den Ausschluß des Rechtsschutzes die Ausweisung effektiver gestalten wollen, werfen einige Gerichte die Frage auf, ob eine mögliche Überprüfung unter habeas corpus jedenfalls auf die Frage einer fundamentalen Fehlausübung der Gerichtsbarkeit (*fundamental miscarriage of justice*) oder grundlegende verfassungsrechtliche Fragen beschränkt sei.²⁷⁷ Der Supreme Court hat zwischenzeitlich deutlich gemacht, daß er die Ausschlußbestimmungen nicht auch auf habeas corpus Verfahren überträgt, da und soweit diese nicht die Ermessensentscheidung des Attorney General, sondern das inhaltliche Ausmaß der ihm vom Gesetz übertragenen Entscheidungsbefugnisse oder reine Rechtsfragen betreffen.²⁷⁸ Auch geht der Supreme Court offenbar nicht davon aus, daß der Prüfungsmaßstab hier spezifischen Beschränkungen aufgrund des Ausschlusses sonstiger gerichtlicher Überprüfung unterliegt; er zitiert sogar ausdrücklich die einschlägigen Bestimmungen, die dem habeas corpus Gericht das Recht geben, zu entscheiden, ob die Haft gegen Gesetze der Vereinigten Staaten verstößt.²⁷⁹

H. Flüchtlinge

Das US-Recht unterscheidet zwischen Flüchtlingen²⁸⁰ und Asylbewerbern.²⁸¹ Gemeinsam ist beiden die Voraussetzung einer wohlbegründeten Furcht vor Verfolgung im Heimatland. Der zentrale Unterschied besteht hingegen darin, daß Flüchtlinge sich noch nicht in den USA oder an ihrer Grenze befinden, sondern bereits aus dem Ausland Zugang zu erhalten versuchen.²⁸²

Ähnlich grundlegend ist die Frage der zahlenmäßigen Begrenzung. Denn während für Asyl keine Quoten bestehen, hat der Präsident das Recht, für Flüchtlinge eine jährliche Höchstzahl sowie eine Verteilung nach Regionen festzulegen.²⁸³ In unvorhergesehenen Notfällen kann der Präsident auch kurzfristig reagieren und die Zahl erhöhen.²⁸⁴ Grundlage dieser Ermessensentscheidungen sind einerseits gravierende humanitäre Erwägungen, können aber auch andere nationale Interessen sein. Entsprechend stellen Beobachter fest, daß die regionale Aufteilung der Flüchtlingsquoten keineswegs der zahlenmäßigen Verteilung von Flüchtlingen in der Welt entspricht.²⁸⁵ So genehmigte Präsident Bush beispielsweise für das Haushaltsjahr 2002 70.000 Flüchtlinge, die wie folgt aufzuteilen waren: Afrika 22.000, Ostasien 4.000, Osteuropa 9.000; ehemalige Sowjet-

265 Vgl. INS, Standard Operating Instructions for Enforcement Officers: Arrest, Detention and Removal, Sect. X, teilweise abgedruckt in Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 769-70; vgl. auch Weissbrodt (n.4), 243-44.

266 Zum immigration judge cf. supra D.1.2.

267 Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 863-71; Michele R. Pistone/Philip G. Schrag, The New Asylum Rule: Improved but Still Unfair, 16 Geo. Immig.L.J. 1, 32-76 (2001).

268 Vgl. dazu ausführlicher Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 935-58; Weissbrodt (n.4), 220-24, 263-64.

269 Vgl. INA § 242 (a)(2).

270 Vgl. INA § 242 (b)(1), (2).

271 Vgl. INA § 242 (b)(4)(A), (B).

272 So Weissbrodt (n.4), 223.

273 Vgl. Art. I, § 9 C. 2 U.S. Const. (sog. suspension clause).

274 Vgl. U.S.C. § 2241 (c)(3).

275 Dabei ist zu beachten, daß „judicial review“ ausgeschlossen wird, dieser Begriff aber im Einwanderungskontext historisch eine gänzlich andere Bedeutung hat als „habeas corpus“, vgl. INS v. St. Cyr, 121 S.Ct. 2271, 2285-86 (2001).

276 Vgl. INA § 242 (e)(2).

277 Vgl. Mbiya v. INS, 930 F.Supp. 609, 612-13 (N.D.Ga. 1996); Eltayeb v. Ingham, 950 F.Supp. 95, 100 (S.N.Y. 1997); vgl. aber auch Yesil v. Reno, 958 F.Supp. 828, 839 (S.D.N.Y. 1997).

278 Vgl. Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 688 (2001); INS v. St. Cyr, 121 S.Ct. 2271, 2278, 2287 (2001); dazu etwa Taylor (n.17), 275.

279 Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 699 (2001).

280 Vgl. INA § 207.

281 Vgl. INA § 208.

282 Deutlich zur Unterscheidung etwa Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 987-88.

283 Vgl. INA § 207 (a).

284 Vgl. INA § 207 (a).

285 Vgl. Weissbrodt (n.4), 268; zum ganzen auch Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 998-1002.

union 17.000, Lateinamerika und Karibik 3.000, Naher Osten und Südasien 15.000.²⁸⁶ Solche Zahlen können je nach politischer Lage erheblich schwanken. So waren etwa im Haushaltsjahr 2000 eigene Flüchtlingsquoten für das ehemalige Jugoslawien (17.000), die Kosovo-Krise (10.000) sowie GUS-Staaten und baltische Staaten (20.000) vorgesehen.²⁸⁷ Der niedrigste Stand der regulären Gesamtquote seit 1980 lag bei 67.000 im Jahr 1986, der höchste bei 231.700 im Jahr 1980.²⁸⁸ Für zusätzliche Flüchtlinge besteht eine Warteliste.²⁸⁹

Flüchtlinge werden aufgrund eines eigenen Verfahrens zugelassen, das u.a. voraussetzt, daß sie persönlich Flüchtling sind, sich nicht in einem anderen Land fest niedergelassen haben und von besonderer humanitärer Bedeutung für die USA sind.²⁹⁰ Die Bestimmungen über fehlenden Zugangsberechtigung sind nur teilweise anwendbar.²⁹¹ Flüchtlinge müssen in den USA einen Sponsor, etwa eine Flüchtlingsorganisation, Kirche oder Verwandte haben, die ihnen beim Einleben helfen.²⁹² Ein Jahr nach der Einreise wird der Fall des Flüchtlings nochmals überprüft; bei positivem Ausgang erhält er - im Gegensatz zum Asyl ohne Quotenbeschränkung²⁹³ - den Status eines *permanent resident*.²⁹⁴ Auch in der Zwischenzeit ist es für das Bleiberecht des Flüchtlings - wiederum im Gegensatz zum Asylempfänger - unerheblich, ob sich die Verfolgungssituation nach Einreise verändert.²⁹⁵

J. Asyl

I. Asylvoraussetzungen

Der Asylantrag²⁹⁶ wird, anders als der Flüchtlingsantrag, nicht im Ausland, sondern im Inland oder an der Grenze gestellt.²⁹⁷ Er kann auch im Ausweisungsverfahren vor dem *immigration judge* gestellt werden.²⁹⁸ Seit der Einreise darf aber nicht mehr als ein Jahr vergangen sein, es sei denn, außergewöhnliche Umstände hätten die Antragstellung verhindert oder es hätten sich die für die Asylgewährung ausschlaggebenden Umstände grundlegend geändert.²⁹⁹ Eine Arbeitserlaubnis darf dem Asylbewerber frühestens nach 180 Tagen erteilt werden.³⁰⁰ Sie wird ihm sodann auf Antrag für ein Jahr erneuerbar gewährt, wenn der Asylantrag nicht von vornherein aussichtslos (*frivolous*) ist.³⁰¹ Die Gewährung von Asyl kann auch von vornherein ausgeschlossen sein, insbesondere wenn

dem Asylsuchenden wegen terroristischer Aktivitäten die Zugangsberechtigung fehlt oder er ausweisbar ist, aber auch wenn er zuvor wegen einer der zahlreichen Straftaten verurteilt wurde, die ein erschwertes Verbrechen (*aggravated felony*) darstellen.³⁰²

II. Insbesondere die Verfolgung

1. Gesetzliche Definition der Verfolgung

Asyl wird nur gewährt, wenn der Bewerber Flüchtling ist.³⁰³ INA § 101 (a)(42)(A) definiert Flüchtling als jede Person, die sich außerhalb des Staates ihrer Staatsangehörigkeit oder, bei Staatenlosen, des Staates ihres letzten gewöhnlichen Aufenthaltes befindet und die wegen Verfolgung oder einer wohlbegründeten Furcht vor Verfolgung (*persecution or well-founded fear of persecution*) aufgrund von Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, Mitgliedschaft in einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischer Meinung nicht fähig oder willens ist, in diesen Staat zurückzukehren und sich des Schutzes dieses Staates zu bedienen. Diese Definition orientiert sich weitgehend an der Definition der Flüchtlingskonvention.³⁰⁴

Durch Zusätze zur Definition wird die Flüchtlingseigenschaft in einigen besonderen Konstellationen positiv wie negativ klargestellt.³⁰⁵ Als Flüchtling gilt nicht, wer selbst an einer der genannten Verfolgungen beteiligt war.³⁰⁶ Als Verfolgter aufgrund politischer Meinung gilt hingegen ausdrücklich:

- jeder, der zur Abtreibung gezwungen wurde,
- jeder, der zu unfreiwilliger Sterilisierung gezwungen wurde,
- jeder, der wegen Nichtdurchführung oder Verweigerung dieser Prozeduren oder wegen anderen Widerstandes gegen ein zwangsweises Programm der Bevölkerungskontrolle verfolgt wird,
- jede Person, die eine wohlbegründete Furcht hat, zu solchen Prozeduren gezwungen oder entsprechend verfolgt zu werden.

2. Die Entscheidung *Cardoza-Fonseca*

Die Frage, wann im übrigen eine wohlbegründete Furcht vor Verfolgung vorliegt, beschäftigte lange die Gerichte. Technisch ging es nicht zuletzt um die Frage, ob an diese Furcht bei Asylanträgen ein anderer Maßstab anzulegen sei als beim *nonrefoulement*, der Einschränkung der Ausweisung in mögliche Verfolgerstaaten.³⁰⁷ In der Leitent-

²⁸⁶ Vgl. Presidential Determination No. 2002-04, 66 Fed. Reg. 63487.

²⁸⁷ Für einen Vergleich s. die Zusammenstellung bei Aleinikoff/Martin/Motomura, 2001 Supplement (n.130), 161.

²⁸⁸ Übersicht bei Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1005.

²⁸⁹ Vgl. Weissbrodt (n.4), 270.

²⁹⁰ Vgl. INA § 207 (c)(1).

²⁹¹ Vgl. INA § 207 (c)(3).

²⁹² Vgl. Weissbrodt (n.4), 269-70.

²⁹³ Vgl. INA § 209 (b).

²⁹⁴ Vgl. INA § 209 (a).

²⁹⁵ Vgl. INA § 207 (c)(4) mit § 208 (c)(2)(A).

²⁹⁶ Zu den aktuellen Asylzahlen vgl.

<http://www.immigration.gov/graphics/shared/abcutus/statistics/workload.htm>.

²⁹⁷ Vgl. INA § 208 (a)(1).

²⁹⁸ Vgl. C.F.R. § 208.4 (b)(3).

²⁹⁹ Vgl. INA § 208 (a)(2)(B), (D); C.F.R. § 208.4 (a)(2), (4), (5); Pistone/Schrag (n.267), 7-32.

³⁰⁰ Vgl. INA § 208 (d)(2).

³⁰¹ Vgl. C.F.R. § 208.7; dazu kurz Weissbrodt (n.4), 282.

³⁰² Vgl. INA § 208 (b)(2)(A)(ii), (B)(i); zur Definition von *aggravated felony* vgl. INA § 101 (a)(43).

³⁰³ Vgl. INA § 208 (b)(1).

³⁰⁴ Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 990.

³⁰⁵ Vgl. INA § 101 (a)(42).

³⁰⁶ Vgl. dazu Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1142-1145.

³⁰⁷ Vgl. dazu INA § 241 (b)(3)(A) („the Attorney General may not remove an alien to a country if the Attorney General decides that the alien's life or freedom would be threatened in that country because of the alien's race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion“); dazu auch *infra* J.III.; zum dortigen Standard vgl. die Leitentscheidung *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984).

scheidung *Cardoza-Fonseca*³⁰⁸ lehnte der Supreme Court es ab, auch bei Asylanträgen - wie beim *nonrefoulement* - eine klare Wahrscheinlichkeit (*clear probability*) der Verfolgung zu fordern, derzufolge es wahrscheinlicher sein müßte als nicht, daß der Ausländer verfolgt würde.

Dabei ging es um den Fall einer 38jährigen Nicaraguanerin. Ihr Bruder war wegen seiner politischen Meinung in Nicaragua eingesperrt und gefoltert worden. Beide waren der Ansicht, die Sandinisten wüßten, daß sie gemeinsam geflohen seien. Würde die Antragstellerin zurückkehren, so glaubte sie, über ihren Bruder befragt zu werden, obwohl sie selbst nicht politisch aktiv war. Außerdem glaubte sie, daß ihre eigene Gegnerschaft gegen die Sandinisten durch den Fall ihres Bruders der nicaraguanischen Regierung bekannt werden würde. Daher würde sie bei der Rückkehr gefoltert werden.³⁰⁹ Der *immigration judge* lehnte den Asylantrag ab, da keine klare Wahrscheinlichkeit einer Verfolgung bestehe.³¹⁰ Der Court of Appeals hob diese Entscheidung auf, da der Asylstandard gar keine klare Wahrscheinlichkeit fordere. Vielmehr müßten Asylbewerber durch objektive Beweise spezifisch Fakten darlegen, die entweder eine frühere Verfolgung belegten oder gute Gründe (*good reason*), eine zukünftige Verfolgung zu fürchten.³¹¹

Der Supreme Court erhielt diese Entscheidung im Ergebnis aufrecht. Statt auf klare Wahrscheinlichkeit sei auch auf den subjektiven Glauben des Ausländers abzustellen. Eine wohlbegründete Furcht könne danach jedenfalls auch dann vorliegen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Verfolgung unter 50% liege.³¹² Wenn etwa klar sei, daß in einem Land jeder zehnte Mann umgebracht oder in ein Arbeitslager geschickt werde, so könne jedermann, der aus diesem Land geflohen sei, eine wohlbegründete Furcht vor Verfolgung haben. Die bloße 10%ige Wahrscheinlichkeit reiche aus.³¹³ Diese entspreche auch der UN-Flüchtlingskonvention und dem zugehörigen Protokoll und werde zusätzlich durch das Handbuch des UN-Hochkommissars für das Flüchtlingswesen zur Bestimmung der Flüchtlingseigenschaft unterstützt.³¹⁴ Der Supreme Court erklärte zudem den Unterschied zwischen Asyl und *nonrefoulement*. Nicht nur verwende die Bestimmung zum *nonrefoulement* - heute INA § 241 (b)(3)(A) - die Begriffe „Flüchtling“ und „wohlbegründete Furcht“ gar nicht. Vor allem gebe die *nonrefoulement*-Vorschrift dem Ausländer einen zwingenden Anspruch. Asyl hingegen - und diese Einschränkung ist zentral für das Verständnis des US-Asylrechts - gebe keinen Anspruch, kein Recht. Die Erfüllung der Voraussetzungen eröffne nur die Möglichkeit, daß der Attorney General nach seinem freien Ermessen Asyl gewähre. Insofern sei es keineswegs ungewöhnlich, daß diejenigen, die eine klare Wahrscheinlichkeit der Verfolgung nachweisen könnten nicht ausgewiesen werden *dürften*, während diejenigen, die *nur* eine wohlbegründete Furcht vor Verfolgung nachweisen könnten, keinerlei Anspruch auf irgendetwas hätten, sondern nur für die ermessensmäßige Gewährung in Betracht kämen.³¹⁵

308 INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421 (1987).

309 INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 424-425 (1987).

310 INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 425 (1987).

311 INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 425 (1987).

312 INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 431 (1987).

313 INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 431 (1987); der Supreme Court zitiert dabei das Beispiel aus A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, 180 (1966).

314 INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 436-40 (1987).

315 INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 428 n.6, 429 (1987).

3. Verfolgungsindizien der heutigen Verordnungen

Die heutigen Verordnungen (*regulations*) zur Durchführung des Asylverfahrens gewähren einige nähere Hinweise zur Bestimmung der wohlbegründeten Furcht. Neben der subjektiven Furcht ist demnach eine vernünftige Möglichkeit (*reasonable possibility*) der Verfolgung erforderlich.³¹⁶ Frühere Verfolgung reicht grundsätzlich aus.³¹⁷ Der Bewerber muß auch keinesfalls immer beweisen, daß er individuell als Ziel der Verfolgung gewählt würde (*singled out individually*). Dieses *singling-out* ist nicht erforderlich, wenn festgestellt wird, daß ein Verfolgungsmuster oder eine Verfolgungspraxis für eine Gruppe von Personen besteht, die sich in ähnlicher Lage wie der Bewerber befinden und wenn zusätzlich der Bewerber seinen Einschluß und seine Identifizierung mit dieser Gruppe nachweist, so daß seine Furcht vor Verfolgung vernünftig erscheint.³¹⁸

4. Einzelfälle

Die wohlbegründete Furcht besteht nicht bei einer *inländischen Fluchtalternative*, d.h. wenn der Bewerber der Verfolgung durch Umzug in einen anderen Landesteil entkommen könnte, wenn es unter allen Umständen vernünftig wäre, vom Bewerber ein solches Verhalten zu erwarten.³¹⁹ Für die Vernünftigkeit des Umzugs sind alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, wie etwa ernsthafte Gefährdung am neuen Ort, Unruhen im Inland, soziale und kulturelle Schranken wie Alter, Geschlecht³²⁰, Gesundheit und soziale oder Familienbeziehungen, oder die Infrastruktur in Verwaltung, Wirtschaft und Rechtspflege.³²¹

Genitalverstümmelung von Frauen kann zu einem Asylanspruch führen.³²²

Verfolgung nach einem *gewalttätigen Umsturzversuch* ist grundsätzlich kein Asylgrund, außer wenn - entsprechend den Ausführungen im UNHCR Handbuch - ein solcher Umsturz der einzige Weg ist, auf dem im jeweiligen Land ein Wechsel des politischen Regimes herbeigeführt werden kann.³²³

Verfolgung wegen *Wehrdienstverweigerung* wird - auch unter Berufung auf das Völkerrecht - grundsätzlich nicht als Asylgrund anerkannt. Kann der Betroffene beweisen, daß die jeweilige Armee aufgrund ihrer Politik oder der der Regierung gegen grundlegende Regeln menschlichen Verhaltens verstößt, so wäre Asyl möglich. Die Gerichte setzen die notwendigen Beweise aber sehr hoch an. Sie lassen Fehlverhalten einzelner militärischer Einheiten ebenso wenig ausreichen wie Berichte von privaten Men-

316 Vgl. C.F.R. § 208.13 (b)(2)(B).

317 Vgl. im einzelnen C.F.R. § 208.13 (b)(1).

318 Vgl. C.F.R. § 208.13 (b)(2)(C)(iii).

319 Vgl. C.F.R. § 208.13 (b)(2)(C)(ii); zur Frage der Beweislast vgl. Monique Sherman, *Current Development: Developments in the Judicial Branch*, 16 Goe.Immigr.L.J.263 (2001).

320 zur Frage der Anerkennung der geschlechtlichen Selbstbestimmung als Verfolgungsgrund: Timothy Wei/Margaret Satterthwaite, *Shifting Grounds for Asylum: Female Genital Surgery and Sexual Orientation*, 29 Colum.Human Rights L.Rev.467 (1998).

321 Vgl. C.F.R. § 208.13 (b)(3).

322 Vgl. In re Kasinga, Interim Decision (BIA) 3278 (BIA 1996), vgl. auch Arthur C. Helton/Alison Nicoll, *Female Genital Mutilation as Ground for Asylum in the United States*, 28 Colum.Human Rights L.Rev.375 (1997); hierzu auch Wei/Satterthwaite (n.320).

323 Vgl. Dwomoh v. Sava, 696 F.Supp. 970 (S.D.N.Y. 1988).

schenrechtsorganisationen und Medien. Ausdrücklich anerkannter Hintergrund ist dabei die Furcht vor einer Politisierung der Asylentscheidung.³²⁴

Nichtstaatliche Verfolgung wird als Verfolgung anerkannt, wenn die Regierung des jeweiligen Landes nicht willens oder in der Lage ist, die verfolgende nichtstaatliche Gruppe zu kontrollieren.³²⁵ Asyl gewährt wurde etwa Singh, einem Bewerber aus Fidji, der mit seiner Familie im Rahmen dort verbreiteter ethnischer Streitigkeiten bedroht und angegriffen worden war. Gegenüber den Einwänden der amerikanischen Regierung merkte das Gericht ironisch an, Nichtregierungsgruppen „need not file articles of incorporation before they can be capable of persecution“. Daß die Polizei von Fidji nicht reagiert habe, obwohl Singh ihr jeweils unter Angabe der Namen seiner Peiniger über die Vorgänge berichtet habe, zeige klar, daß die Polizei die Singh bedrohende Gruppe nicht zu kontrollieren vermöchte.³²⁶

Asyl kann grundsätzlich auch aufgrund von *Nachfluchtgründen* gewährt werden, doch scheint die Praxis hier nicht ganz klar zu sein und Nachfluchtgründe keineswegs immer anerkannt zu werden.³²⁷

Die Frage *sicherer Drittstaaten* ist in den USA eher zurückhaltend geregelt. Grundsätzlich kann allerdings kein Asyl gewährt werden, wenn der Ausländer sich vor Ankunft in den USA fest in einem Drittstaat niedergelassen hat (*firmly resettled*).³²⁸ Von einer solchen festen Niederlassung wird grundsätzlich ausgegangen, wenn dem Ausländer im Drittstaat in irgendeiner Form ein Daueraufenthaltsrecht angeboten wurde. Das gilt jedoch nicht, wenn der Ausländer sich nur auf der notwendigen Durchreise ohne besondere Beziehungen zum Drittstaat befand oder wenn die allgemeinen Lebensbedingungen für den Flüchtling im Drittstaat durch die dortigen Behörden bewußt und erheblich beschränkt waren.³²⁹ Auch im übrigen steht ein sicherer Drittstaat dem Asyl nur entgegen, wenn zwischen dem Drittstaat und den USA ein völkerrechtlicher Vertrag besteht und wenn der Ausländer im Drittstaat Zugang zu einem vollen und fairen Verfahren hat, in dem über sein Asyl oder einen vergleichbaren vorübergehenden Aufenthaltsstatus entschieden wird.³³⁰ Allerdings ist kein entsprechender völkerrechtlicher Vertrag vorhanden.³³¹ Das führt aber nicht notwendig zur gänzlichen Bedeutungslosigkeit sicherer Drittstaaten. Denn die einschlägigen Verordnungen zur Durchführung des Asylrechts sehen zumindest eine zusätzliche Ermessensmöglichkeit vor, Asyl auch in Abwesenheit völkerrechtlicher Verträge zu verweigern, wenn der Ausländer in einen sicheren Drittstaat überführt werden kann, der seine dortige Niederlassung angeboten hat.³³²

324 Vgl. M.A. v. INS, 899 F.2d 304, 312-13 (4th Cir.1990).

325 Vgl. McMullen v. INS, 658 F.2d 1312, 1315 n. 2 (9th Cir. 1981); vgl. für die Anwendung dieser Regel etwa Zayas-Marini v. INS, 785 F.2d 801 (9th Cir. 1986); Lazo-Majano v. INS, 813 F.2d 1432 (9th Cir. 1987).

326 Vgl. Singh v. INS, 94 F.3d 1353, 1360 (9th Cir. 1996).

327 Vgl. die Diskussion bei Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1110-11.

328 Vgl. INA § 208 (b)(2)(A)(vi).

329 Vgl. C.F.R. § 208.15.

330 Vgl. INA § 208 (a)(2)(A).

331 Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1059, auch zu den Versuchen, einen entsprechenden Vertrag mit Kanada zu schließen; keine veränderte Einschätzung bei Aleinikoff/Martin/Motomura, 2001 Supplement (n.130), 163-64.

332 Vgl. C.F.R. § 208.13 (d); zur Kritik vgl. Michele R.Schrag/ Philip G.Pistone, The New Asylum Rule: Not Yet a Model of Fair Procedure, 11 Geo. Immig. L.J. 267, 278-79 (1997).

II. Asylgewährung

Auch bei Erfüllung der Asylvoraussetzungen besteht kein zwingender Anspruch auf Asylgewährung, sondern ist nur eine freie Ermessensentscheidung eröffnet.³³³ In der Praxis allerdings wird das Asyl in aller Regel gewährt. Ausnahmen bestehen für besonders schwerwiegende oder dauerhafte Täuschungen im Rahmen des Asylverfahrens, aber auch dann nur unter Abwägung aller übrigen Umstände des Einzelfalls. Die Nutzung gefälschter Dokumente, um den Verfolgerstaat zu verlassen, wird etwa nicht als hinreichend ernsthafte Täuschung angesehen, wohl aber die Einreise in die Vereinigten Staaten als angeblicher US-Bürger mithilfe eines durch Täuschung erlangten US-Passes.³³⁴

Wird Asyl gewährt, so erhält der Asylberechtigte eine Arbeitserlaubnis.³³⁵ Sein Ehepartner und seine Kinder können, wenn sie nicht anderweitig in die USA einreisen dürfen, ebenfalls Asylstatus erhalten.³³⁶ Allerdings ist das Asyl nicht dauerhaft, sondern kann wieder aufgehoben werden, wenn seine Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.³³⁷ Nach einem Jahr Aufenthalt allerdings kann der Asylberechtigte den Status eine *permanent resident* erhalten, wenn er die Einwanderungsvoraussetzungen irgendeiner Kategorie erfüllt. Dabei bestehen einige Ausnahmen von gewissen Beschränkungen, etwa zur labor certification. Doch ist diese Anpassung des Status auf höchstens 10.000 Personen pro Jahr beschränkt. Entsprechend besteht eine Warteliste mit regelmäßig mehrjähriger Wartezeit.³³⁸

III. Einschränkung der Ausweisung (nonrefoulement)

Dem Asylanspruch verwandt, von diesem aber rechtlich unabhängig ist die bereits erwähnte³³⁹ Einschränkung der Ausweisung im Wege des nonrefoulement. Sie wird in der Sprache des INA als *restriction on removal* bezeichnet,³⁴⁰ doch hat sich aufgrund der früheren Bezeichnung *withholding of deportation* in der Praxis der Begriff *withholding of removal* eingebürgert.³⁴¹ Nach INA § 241 (b)(3)(A) darf kein Ausländer in ein Land ausgewiesen werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit aufgrund seiner Rasse, Religion, Nationalität, Mitgliedschaft in einer bestimmten sozialen Gruppe³⁴² oder politi-

333 Vgl. INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 428 n.6 (1987); supra J.II.2.

334 Vgl. Matter of Pula, 19 I. & N. Dec. 467, zit.nach Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1055-57; Interim Decision (BIA) 3033 (BIA 1987); zum ganzen Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1052-57.

335 Vgl. INA § 208 (c)(1)(B).

336 Vgl. INA § 208 (b)(3); C.F.R. § 208.21.

337 Vgl. INA § 208 (c)(2).

338 Vgl. zum ganzen INA § 209; Weissbrodt (n.4), 290-91.

339 Vgl. supra J.II.2.

340 Vgl. INA § 241 (b)(3)(A).

341 Vgl. Weissbrodt (n.4), 240; zur Unterscheidung von asylum und withholding of removal vgl. INS v. Cardoza-Fonseca 480 U.S. 421, 428-29 (1987); Jonathan Su, Interpretations of Asylum Law in the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in 2000-2001, 16 Geo.Immig.L.J.191, 195-99 (2001).

342 Zur Mitgliedschaft in einer sozialen Gruppe genauer Su (n.340), 200-01; zur Einstufung der geschlechtlichen Identität als „spezielle Gruppe“ Gregory Ogunsanya, Current Development: The Development in the Judicial Branch, 15 Geo.Immig.L.J.239 (2000).

schen Meinung³⁴³ gefährdet wäre. Wie bereits erwähnt, wird an den Nachweis dieser Verfolgung ein strengerer Maßstab angelegt, als an die wohlbegründete Furcht im Rahmen des Asyls. Erforderlich ist eine klare Wahrscheinlichkeit, d.h. die Verfolgung muß wahrscheinlicher erscheinen als die Nichtverfolgung.³⁴⁴ Wer schon den Asylstandard für Verfolgung nicht erfüllt, erfüllt notwendig auch diesen strenger Standard nicht.³⁴⁵ Gleichzeitig aber ist das nonrefoulement bei Erfüllung der Voraussetzungen zwingend und steht nicht, wie Asyl, im freien Ermessen.³⁴⁶ Auch dem nonrefoulement stehen bestimmte Umstände entgegen, wie etwa eine Gefahr für die Gemeinschaft aufgrund einer Verurteilung wegen eines besonders gravierenden Verbrechens, Gefahren für die Sicherheit der Vereinigten Staaten oder ernsthafte Umstände, die dafür sprechen, daß der Ausländer eine ernsthafte, nichtpolitisches Verbrechen vor seiner Ankunft in den USA begangen hat.³⁴⁷

Im Unterschied zum Asyl kann der Antrag auf Beschränkung der Ausweisung nicht jederzeit, sondern nur im Ausweisungsverfahren gestellt werden. In der Praxis führt dies in Verbindung mit den statistisch geringen Erfolgsaussichten eines Asylantrags dazu, daß viele Ausländer keinen Asylantrag stellen, sondern erst im Rahmen etwaiger Ausweisungsverfahren sowohl die Beschränkung der Ausweisung als auch gleichzeitig Asyl beantragen.³⁴⁸

IV. Zeitweise geschützter Status

Wer aus einem Krisengebiet flieht, erfüllt nicht immer die Voraussetzungen eines Flüchtlings im Sinne des Flüchtlings- oder Asylrechts. Dennoch kann es aus humanitären Gründen angezeigt sein, solche Personen nicht zurückzusenden, sondern ihnen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren. Ursprüngliches Mittel dazu war die verlängerte freiwillige Ausreise (*extended voluntary departure*), eine in der Sache nicht gesetzlich geregelte Form der Ausübung des Ausweisungsermessens.³⁴⁹ Dieses Institut wurde 1990 im INA kodifiziert, dabei in „zeitweise geschützter Status“ (*temporary protected status, TPS*) umbenannt und inhaltlich neu ausgeformt.³⁵⁰

Der zeitweise geschützte Status wird Personen aus einem Staat oder Staatsteil gewährt, der zuvor vom Attorney General offiziell für dieses Programm benannt wurde. Diese Benennung ist unter drei Bedingungen möglich. Erstens bei ernsthaften Gefahren aufgrund einer laufenden bewaffneten Auseinandersetzung; zweitens bei Naturkatastrophen oder vorübergehender Unfähigkeit, Rückkehrer angemessen aufzunehmen; drittens bei außergewöhnlichen und vorübergehenden Bedingungen im fremden Staat, die eine sichere Rückkehr verhindern, wenn der Verbleib in den USA nicht deren nationale Interessen beeinträchtigt.³⁵¹ Dem Verbleib eines individuellen Ausländers können aber dennoch eine Reihe von Ausschlußgründen entgegenstehen, insbesondere etwa kriminelle

Aktivitäten oder Terrorismus.³⁵² Wird TPS gewährt, so erhält der Begünstigte ein Aufenthaltsrecht von bis zu 18 Monaten, das bei Fortbestehen der ursprünglichen Gründe weiter verlängert werden kann.³⁵³ Mit dem Aufenthaltsrecht verbunden ist eine zeitlich entsprechend beschränkte Arbeitserlaubnis.³⁵⁴ Das Gesetz betont den nur vorübergehenden Charakter des Aufenthaltsstatus. So gilt der Begünstigte ausdrücklich nicht als *permanent resident*.³⁵⁵ Verfassungsrechtlich interessant sind in diesem Zusammenhang zwei weitere Regelungen. Die erste erlaubt es den US-Bundesstaaten - entgegen der sonstigen Rechtslage³⁵⁶ - Ausländer unter TPS von öffentlichen Sozialleistungen auszunehmen.³⁵⁷ Mit der zweiten beschränkt der Kongress sein eigenes Recht, TPS-Begünstigten ein Daueraufenthaltsrecht zu gewähren. Trotz Anerkennung des unbeschränkten Legislativrechts des Kongresses³⁵⁸ erlegt dieser es sich auf, für die Gewährung eines Daueraufenthalts oder für Änderungen der TPS-Bestimmungen eine „super-majority“ von 3/5 im Senat zu fordern.³⁵⁹

In der Praxis ist TPS des öfteren gewährt worden. Begünstigte aufgrund von inneren Unruhen waren neben Salvadorianern³⁶⁰ auch Personen aus Kuwait, Liberia, Libanon, Bosnien-Herzegowina, Burundi, Ruanda, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Guinea-Bissau, Angola und Kosovo. Aufgrund von Naturkatastrophen wurde TPS erstmals für den Vulkanausbruch auf der Insel Montserrat gewährt, später auch aufgrund der Zerstörungen durch Hurrican Mitch für Nicaragua und Honduras sowie aufgrund eines Erdbebens für El Salvador.³⁶¹

343 Zur Gefährdung aufgrund einer politischen Meinung genauer Su (n.340), 201-04.

344 Vgl. INS v. Stevic, 467 U.S. 407 (1984); supra J.II.2.

345 Vgl. Angoucheva v. INS, 106 F.3d 781, 788 (7th Cir. 1997).

346 Vgl. INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 428 n.6, 429 (1987); supra J.II.2.

347 Vgl. INA § 241 (b)(3)(B).

348 Vgl. Weissbrodt (n.4), 292.

349 Vgl. supra G.II.1.

350 Vgl. INA § 244; zum folgenden vgl. auch Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1167-71; Weissbrodt (n.4), 294-97.

351 Vgl. INA § 244 (b)(1).

352 Vgl. INA § 244 (c)(2).

353 Vgl. INA § 244 (b)(2), (3).

354 Vgl. INA § 244 (a)(1)(B), (2).

355 Vgl. INA § 244 (f)(1).

356 Vgl. supra C.III.2.a.

357 Vgl. INA § 244 (f)(2).

358 Vgl. INA § 244 (h)(3)(B).

359 Vgl. INA § 244 (h)(1), (2).

360 Zu diesem besonders bekannten Fall vgl. ausführlicher Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1165-70; Aleinikoff/Martin/Motomura, 2001 Supplement (n.130), 195; vgl. auch Mark Silverman/Linton Joaquin: NACARA for Guatemalans, Salvadorans and Former Soviet Bloc Nationals: An Update, 76 Interp.Rel. 1141 (1999).

361 Vgl. Aleinikoff/Martin/Motomura (n.2), 1170-71; Aleinikoff/Martin/Motomura, 2001 Supplement (n.130), 194-95; aktueller Überblick bei http://www.bcis.gov/graphics/services/tps_archiv.htm.