

Grenzüberschreitungen

I. Migration

Erster Beratungsgegenstand:

Migrationssteuerung im Mehrebenensystem

1. Referat von *Stephan Breitenmoser*, Basel*

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	10
II. Begriffliche Eingrenzung	10
1. Der Begriff „Mehrebenensystem“	11
2. Der Begriff „Migrationsrecht“	12
a) Migrationsrecht im herkömmlichen und im erweiterten Sinne	12
aa) Der Flüchtlingsbegriff	14
bb) Der Begriff der Freizügigkeit.	16
b) Ursachen der Migration.	17
III. Migrationssteuerung	18
1. Instrumente der Migrationssteuerung	18
2. Einfluss der Vorrangregeln auf die Migrationssteuerung	20
a) Monismus	20
b) Dualismus	21
IV. Migrationssteuerung durch das Völkerrecht.	23
1. Migrationssteuerung durch bilaterale Verträge	23
2. Die Migrationssteuerung durch multilaterale Verträge	25
3. Die Migrationssteuerung durch die Vereinten Nationen.	26
V. Migrationssteuerung im Europarecht	28
1. Die Instrumente der Migrationssteuerung im Europarecht i.w.S.	28
2. Die Migrationssteuerung im Europarecht i.e.S.	31
a) Entwicklung des Migrationsrechts der EU	31

* Ich danke sehr herzlich meinem Assistenten Herrn *Michel Jutzeler*, MLaw, für seine wertvolle Mitarbeit bei der Erstellung des vorliegenden Referats sowie Herrn *Prof. Dr. Peter Uebersax* und Herrn *Dr. Robert Weyeneth* für ihre konstruktiven Anregungen und weiterführenden Hinweise.

b) Migrationssteuerung durch das Dubliner Recht	33
c) Migrationssteuernde Wirkung der Rechtsprechung des EuGH	35
3. Migrationssteuerung auf der Ebene des Landesrechts	36
VI. Steuerungsmittel und -methoden	38
1. Begrenzungssteuerung durch Zahlen- und Verfahrensvorgaben.	38
a) Obergrenzen und Höchstzahlen.	38
b) Quoten und Kontingente	39
2. Fördermassnahmen	40
VII. Fazit und Ausblick	40

I. Einleitung

Welches sind die Möglichkeiten, Instrumente und Grenzen von Migrationssteuerungen auf internationaler und nationaler Ebene? Der Versuch, diese zu eruieren und damit die Grundlagen und Voraussetzungen für die Durchführung sowohl eines demokratischen Diskurses als auch eines rechtsstaatlichen Verfahrens durch Legislativ-, Exekutiv- und Judikativorgane aufzuzeigen, stellt eine vielschichtige interdisziplinäre Herausforderung dar. Dabei gehört es zu den Kernaufgaben und -funktionen der Rechtswissenschaft, bei neuen und umstrittenen Fragestellungen den Behörden und Institutionen die rechtlich vorhandenen Handlungs-, Ermessens- und Verfahrensspielräume aufzuzeigen, die ihnen für die Lösung gesellschaftlicher Probleme zur Verfügung stehen.

Mit Bezug auf das vorliegende, von den Organisatoren der diesjährigen Jahrestagung vorgegebene Thema mit starken Aktualitätsbezügen ist nachfolgend die Frage zu beantworten, ob und inwieweit das Recht auf seinen völker-, europa- und landesrechtlichen Ebenen eine Steuerungsfunktion sowohl zur Lenkung und Verstärkung der positiven Aspekte der Migration als auch zur Begrenzung der Migration und ihrer negativen Folgen für die betroffenen Menschen und Staaten hat und haben kann.

II. Begriffliche Eingrenzung

Das Thema der „Migrationssteuerung im Mehrebenensystem“ enthält mehrere Begriffe, deren rechtliche Bedeutung wesentlich ist für den darauf aufbauenden Diskurs.

1. Der Begriff „Mehrebenensystem“

Der Begriff „Mehrebenensystem“¹ bzw. der „*multi-level governance*“² hat die auch mit anderen Sammelbegriffen regelmässig gemachte Erkenntnis bestätigt, dass mit Hilfe deskriptiver Kategorisierungsversuche zwar ein Konsens über den kleinsten gemeinsamen inhaltlichen Nenner komplexer institutioneller und verfahrensrechtlicher Fragen gefunden werden kann, kaum aber über die weiteren darin enthaltenen oder hineininterpretierbaren Inhalte und Ziele.³

In diesem Sinne widerspiegelt der Begriff des Mehrebenensystems bloss die aufgrund der Globalisierung zunehmenden Interdependenzen der nationalen und internationalen Politik. Denn wie in vielen Bereichen des modernen Umwelt-, Handels- oder Wirtschaftsrechts ist auch ein migrationsrechtlicher Mehrebenenverbund in Europa gekennzeichnet durch das Zusammen- und Nebeneinanderwirken von völker-, europa- und landesrechtlichen Ebenen, die ihrerseits jeweils verschiedene horizontale und vertikale Sphären umfassen.

Es fragt sich, ob diese Umschreibung einer polyzentrischen Struktur auch des migrationsrechtlichen Mehrebenensystems darüber hinaus eine

¹ Zum Begriff des Mehrebenensystems vgl. *Matthias Knauff* Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010, 7; *Thilo Marauhn* Unionstreue, in: *Reiner Schulze/Manfred Zuleeg/Stefan Kadelbach* (Hrsg.) *Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 3. Aufl. 2015, 319; *Franz C. Mayer* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, 32; *Heiko Sauer* Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen. Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen, 2008, 77 ff.; *Meinhard Schröder* Gesetzgebung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, 2010, 8.

² Vgl. *Peter Bussjäger* Multi-Level-Governance als Gegenstand und Herausforderung des Öffentlichen Rechts, *ZÖR* 2016, 307 ff.; *Liesbet Hooghe/Gary Marks* Multi-Level Governance and European Integration, 2000, 5 f.

³ Um eine solche Wertung und Hierarchisierung zu vermeiden, bevorzugt *Thomas Vesting* (Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes. Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, *VVDStRL* 63 [2004], 64 f.) den Begriff des Rechtspluralismus und spricht von einem „weltweiten Netzwerk von Rechtskommunikationen“. Den Begriff des Mehrebenensystems als zu wenig präzise und bloss Richtungsweisung ablehnend *Arthur Benz* Politikverflechtung ohne Politikverflechtungsfälle. Koordination und Strukturpolitik im europäischen Mehrebenensystem, in: *Politische Vierteljahresschrift* 39 (1998), 359. Ebenso den Begriff aufgrund seiner deskriptiven Natur ablehnend *Edgar Grande* Multi-Level Governance: Institutionelle Besonderheiten und Funktionsbedingungen des europäischen Mehrebenensystems, in: *ders./Markus Jachtenfuchs* (Hrsg.) *Wie problemfähig ist die EU? Regieren im europäischen Mehrebenensystem*, 2000, 12; *Christoph Schönberger* (Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schema, in: *AöR* 129 [2004], 95) begreift den Begriff als sozialwissenschaftliche deskriptive Kategorie und bevorzugt den „Bundes“-Begriff.

Tendenz zu einer hierarchischen und konstitutionalisierenden Verfestigung⁴ und damit zu einer Aufweichung der gegenseitig zwar verschränkten, aber weiterhin eigenständigen einzelstaatlichen Souveränitätsbereiche, oder im Gegenteil eine Fragmentierung universeller, sowohl völkergewohnheitsrechtlich als auch völkervertraglich anerkannter Mindeststandards des humanitären Flüchtlingsrechts und des internationalen Menschenrechtsschutzes zum Ausdruck bringt. Diese Frage kann jedoch nicht allgemein, sondern nur einzelfallweise aufgrund der normativen Ausgestaltung der in einem spezifischen Bereich geltenden Grenzen und Zuständigkeiten der wohl auch in Zukunft weiter bestehenden Nationalstaaten⁵ einerseits und der an Zahl und Normierungskraft zunehmenden internationalen Organisationen andererseits beantwortet werden.⁶

2. Der Begriff „Migrationsrecht“

a) Migrationsrecht im herkömmlichen und im erweiterten Sinne

Der Begriff der Migration stammt aus dem Lateinischen *migrare* bzw. *migratio* und bezeichnet die vorübergehende oder dauerhafte Veränderung des geographischen Lebensmittelpunkts unabhängig von den Beweggrün-

⁴ Vgl. *Ingolf Pernice* Multilevel Constitutionalism in the European Union, ELR 2002, 511 (513 ff.); *ders.* FS Christian Tomuschat, 2006, 973 (988). Von einem „europäischen Gefüge gestufter Verfassungsräume bestehend aus aufeinander bezogenen Komplementärverfassungen“ spricht *Stefan Oeter* Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, in: VVDStRL 66 (2008), 361 (364). Zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts im Allgemeinen vgl. *Anne Peters* Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, Leiden Journal of International Law 2006, 579 ff.

⁵ Zur Bedeutung des Staates als Ordnungsfaktor vgl. *Thilo Marauhn* Plädoyer für eine grundlagenorientierte und zugleich anwendungsbezogene Völkerrechtswissenschaft, ZaöRV 2007, 639 ff. (647); *Utz Schliesky* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem, 2004, 507 ff.; *Peter Saladin* Wozu braucht es noch Staaten, 1995, 249.

⁶ Zur Zunahme des vom Völker- und Europarecht ausgehenden Harmonisierungsdrucks und des damit verbundenen Autonomieverlusts der Staaten vgl. *Michael Bothe* Wandel des Völkerrechts. Herausforderungen an die Steuerungsfähigkeit des Rechts im Zeitalter der Globalisierung, KritV 91, 235 ff.; *Ulrich Haltern* Was bedeutet Souveränität?, 2007, 16 f.; *Rainer Wahl* Herausforderungen und Antworten. Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 86; *Anne-Marie Slaughter* A New World Order, 2004, 59; *Christian Tomuschat* Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7 (49 ff.). Von einer „gegenständlichen Unbeschränktheit der überstaatlichen Rechtentwicklung“ spricht *Knauff* Regelungsverband (Fn. 1), 10.

den.⁷ Während die räumliche Veränderung innerhalb der Grenzen eines Staates oder Staatenverbunds als Binnenmigration oder – bei einem entsprechenden rechtlichen Anspruch – als Freizügigkeit bezeichnet wird,⁸ wird die grenzüberschreitende Verlegung des Lebensmittelpunkts in ein anderes Land als internationale Migration bzw. als Zuwanderung verstanden.⁹ Bei der Zuwanderung kann zwischen der ordentlichen Migration gestützt auf einen Niederlassungsvertrag oder ein Freizügigkeitsabkommen auf der einen Seite und der ausserordentlichen Migration insbesondere aufgrund von Flucht auf der anderen Seite unterschieden werden.¹⁰ Demgegenüber versteht man unter irregulärer Migration¹¹ – ein Begriff, der seit kurzem den Flüchtlingsbegriff zu überlagern scheint¹² – die Einwanderung unter Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen des Durchgangs- oder Zielstaats.

Fragen der Migrationssteuerung betreffen daher nicht nur die ausserordentliche Migration, sondern überdies die ordentliche Migration in einem

⁷ Vgl. *Martina Caroni/Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Nicole Scheiber* Migrationsrecht, 3. Aufl. 2014, 1; *Peter Uebersax* Von Kreisen und Menschen – zum Migrationsrecht, ZBJV 2013, 557 (559).

⁸ Vgl. etwa die Freizügigkeit von EU-Bürgern gemäss Art. 21 und 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 202 (2016); Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999 (SR 0.142.112.681).

⁹ Vgl. *Rahel Martin-Küttel* Zweckbindung der Aufenthaltsbewilligung erwerbstätiger Drittstaatsangehöriger, ZSTöR 2006, 1; *Minh Son Nguyen* Droit public des étrangers. Présence, activité économique et statut politique, 2003, 21; *Timo Tohidipur*, in: *Jörg Philipp Terhechte/Andreas von Arnould* Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 33 Rn. 4 ff.; *Uebersax* Von Kreisen und Menschen (Fn. 7), 559.

¹⁰ Vgl. *Caroni/Grasdorf-Meyer/Ott/Scheiber* Migrationsrecht (Fn. 7), 6. Eine Differenzierung zwischen freiwilliger und unfreiwilliger Migration wird abgelehnt, weil sie „in keiner Weise der Lebenswirklichkeit von Migrantinnen und Migranten“ entspreche (*dies.*, Migrationsrecht [Fn. 7], 6).

¹¹ Vgl. *Norbert Cyrus* Irreguläre Migration. Zum Stand der Diskussion menschenrechtlicher Ansätze in der Bundesrepublik Deutschland, ZAR 2010, 317; *Timo Tohidipur*, in: *Jörg Philipp Terhechte/Andreas von Arnould* Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 33 Rn. 66.

¹² Vgl. EU Kommission, Migration and Home Affairs <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/index_en.htm> (31.10.2016). Im Rahmen der OECD wird der Begriff „unerlaubte“ bzw. „illegale“ Migration verwendet (vgl. etwa OECD [2016], International Migration Outlook 2016, 167). Ein Teil der Lehre sowie Nichtregierungsorganisationen plädieren denn auch für den wertungsfreien Begriff der undokumentierten Zuwanderung (vgl. *Holk Stobe* Undokumentierte Migration in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Interne Migrationskontrolle und die Handlungsspielräume von Sans Papiers, 2004, 8 m.w.N.).

erweiterten Sinne und damit auch die Zuwanderung etwa im Rahmen des Europäischen Binnenmarkts.¹³

aa) Der Flüchtlingsbegriff

Eine wesentliche Funktion in der migrationsrechtlichen Ordnung kommt dem Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (GFK)¹⁴ zu. Flüchtlinge sind demnach Personen, die sich aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung ausserhalb ihres Heimatlandes befinden und dessen Schutz nicht beanspruchen können oder wegen dieser Befürchtung nicht beanspruchen wollen.¹⁵ Von dieser Definition weiterhin nicht erfasst sind Gewaltvertriebene, sofern sie nicht individuell verfolgt sind, sowie Umweltvertriebene¹⁶ und Armutsmigranten.¹⁷

¹³ Den Begriff des Migrationsrechts ebenfalls in einem weiteren Sinn verwenden *Caroni/Grasdorf-Meyer/Ott/Scheiber* Migrationsrecht (Fn. 7), 2 f.; *Walter Kälin/Jörg Künzli* Universeller Menschenrechtsschutz, 3. Aufl. 2013, Rn. 1437; *Martin-Küttel* Zweckbindung (Fn. 9), 1 f.

¹⁴ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951 (Genfer Flüchtlingskonvention, GFK), United Nations Treaty Series (UNTS) Nr. 2545. Die GFK wurde im Gefolge der 1948 angenommen Allgemeinen bzw. Universellen Erklärung der Menschenrechte (Resolution 217 A [III] der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948) von der Generalversammlung der Vereinten Nationen (VN) angenommen und 1967 durch ein Zusatzprotokoll (Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967, UNTS 8791) ergänzt.

¹⁵ An diese Definition angelehnt sind die Flüchtlingsbegriffe in Art. 3 des Schweizerischen Asylgesetzes (AsylG) vom 26.6.1998 (SR 142.31) und § 3 Abs. 1 des deutschen Asylgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.9.2008 (BGBl. I 1798), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes vom 11.3.2016 (BGBl. I 394) geändert wurde. § 3 Abs. 1 des Österreichischen Bundesgesetzes über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 – AsylG 2005; BGBl. I Nr. 100/2005) verweist integral auf die GFK. Auf Staatenlose findet das Übereinkommen vom 28.9.1954 über die Rechtsstellung von Staatenlosen (UNTS 5158) Anwendung; diesem Abkommen sind bisher 88 Staaten beigetreten (Stand: 13.7.2016). In Ergänzung dazu wurde 1961 das UN-Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit abgeschlossen, welches die Schweiz allerdings nicht ratifiziert hat. Deutschland und Österreich haben das Abkommen jeweils mit Vorbehalten ratifiziert (BGBl. 1976 II 474; BGBl. III Nr. 81/2008).

¹⁶ Vgl. *Britta Nümann* Kein Flüchtlingschutz für „Klimaflüchtlinge“, ZAR 2015, 165 m.w.N.

¹⁷ Vgl. *Kälin/Künzli* Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 13), Rn. 1485. Einen auf Opfer von äusserer Aggression, Okkupation, Fremdherrschaft oder Ereignissen erweiterten Flüchtlingsbegriff enthält die Konvention der Organisation für Afrikanische Einheit zur Regelung der Probleme von Flüchtlingen in Afrika vom 10.9.1969 (Afrikanische Flüchtlingskonvention [UNTS 14691]).

Binnenflüchtlinge werden – obschon sie noch zahlreicher sind – von diesem engen und für die Migrationssteuerung ungeeigneten Flüchtlingsbegriff nicht erfasst.¹⁸ Abgesehen von indirekten Sanktionen und Massnahmen gegenüber den betroffenen Staaten und Kriegsparteien enthält das Völkerrecht für sie ebenfalls keine Steuerungsmöglichkeiten.¹⁹

Nicht unter den Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention fällt überdies das Verfolgungsmerkmal „des Geschlechts“,²⁰ was angesichts verbreiteter sexueller Gewalt die Notwendigkeit der Berücksichtigung frauenspezifischer Verfolgungsgründe unterstreicht.²¹ Zwar könnten solche Fälle regelmässig unter die Kategorie der „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ gemäss Art. 1 A Ziff. 2 der Flüchtlingskonvention subsumiert werden. Allerdings wird dieses Auffangmotiv – mangels eines einheitlichen verbindlichen Auslegungsstandards – von den Staaten unterschiedlich und zum Teil restriktiv ausgelegt.²² Uneinheitlich und unbefrie-

¹⁸ UNHCR Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 23 f.; *Astrid Epiney/Bernhard Waldmann/Andrea Egbuna-Joss/Magnus Oeschger* Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht. Ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens, Freiburger Schriften zum Europarecht 2008, 7; *Catherine Phuong* The International Protection of Internally Displaced Persons, 2004, 16 ff.; *Walter Stöckli* Asyl, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugli Yar/Thomas Geiser (Hrsg.) Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, 526.

¹⁹ Vgl. *Nils Geissler* Der völkerrechtliche Schutz der Internally Displaced Persons, 1999; *Kälin/Künzli* Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 17), 591 f.; *Walter Kälin*, Guiding Principles on Internal Displacement. Annotations, 2000; *Phuong* International Protection of IDP (Fn. 18), 16 ff. Mit der sog. *Kampala*-Konvention von 2009 wurde aber auf regionaler Ebene eine Konvention zum Schutz von Binnenvertriebenen in Afrika unterzeichnet (Konvention über den Schutz und die Unterstützung für Binnenvertriebene in Afrika vom 22.10.2009, abrufbar unter <<http://www.au.int/en/treaties/african-union-convention-protection-and-assistance-internally-displaced-persons-africa>> [31.10.2016]).

²⁰ Vgl. *Andrea Binder* Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention, 2011, 435; *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam* The Refugee in International Law, 3. Aufl. 2007, 81 ff.; *Gabriele von Thenen* Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe. Völkerrechtliche Verpflichtungen und innerstaatliche Rechtslage, 2004, 187 ff.

²¹ Davon zeugen unzählige Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit, wie etwa die ethisch motivierten Massenvergewaltigungen und Zwangsschwangerschaften im Bosnienkrieg (vgl. Final Report of the Commission of Experts Pursuant to Security Council Resolution 780 [199], 6.10.1992, UN Doc. S/1994/674, 27.5.1994, Rn. 251) oder im Bürgerkrieg in Ruanda und Sierra Leone (vgl. *Binder*, Verfolgung [Fn. 20], 303), aber auch die – vorwiegend im westlichen und nordöstlichen Afrika verbreitete – weiblichen Genitalverstümmelungen (vgl. *Binder*, Verfolgung [Fn. 20], 319 m.w.N.).

²² Vgl. *Binder*, Verfolgung (Fn. 20), 438 ff. In der Schweiz ist die Pflicht zur Berücksichtigung frauenspezifischer Verfolgungsgründe nunmehr ausdrücklich normiert in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 AsylG. Die Verpflichtung zur Berücksichtigung frauenspezifischer Fluchtgründe ihrerseits ergibt sich – wenn auch nur indirekt – aus der UN-Deklaration zur Besei-

digend ist die Praxis auch in Bezug auf den Schutz vor Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung,²³ welche nun aber erstmals vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) als Flucht- und Verfolgungsgrund anerkannt wurde.²⁴

Der enge Flüchtlingsbegriff der Genfer Konvention wird der heutigen Realität nicht mehr gerecht, zumal er nur vergleichsweise wenige Migranten erfasst. Er hat indessen durch die grund- und menschenrechtliche Rechtsprechung vorwiegend europäischer und einzelstaatlicher Gerichte bedeutende Erweiterungen erfahren, was die Ermessensausübung nationaler Migrationsbehörden insbesondere in Europa beim Erlass und Vollzug von migrationsrechtlichen Steuerungs- und Beschränkungsmassnahmen massgeblich begrenzt.²⁵

bb) Der Begriff der Freizügigkeit

Mit Bezug auf den vom Migrationsrecht i.w.S. ebenfalls erfassten Begriff der Freizügigkeit wurde im Europäischen Binnenmarkt früher an die Arbeitnehmereigenschaft angeknüpft. Durch die – im Schrifttum zunächst kritisierte²⁶ – *María Martínez Sala*-Rechtsprechung des EuGH²⁷ und die in der Folge erlassene Unionsbürgerrichtlinie wurde die Unionsbürgerschaft der für die Personenfreizügigkeit massgebliche neue Anknüpfungspunkt.²⁸

tigung der Gewalt gegen Frauen (Declaration on the Elimination of Violence against Women, Resolution der UN-Generalversammlung Nr. A/RES/48/104 vom 20.12.1993) und dem UN-Fraudiskriminierungsabkommen (Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979, UNTS 20378). Bisher wurde es von 189 Staaten unterschrieben (Stand: 13.7.2016).

²³ Sog. LGBTI-Personen („Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex“). Vgl. dazu auch *Constantin Hruschka/Christof Portman* LGBTI-Personen im Asylverfahren, in: Alberto Achermann/Constantin Hruschka (Hrsg.), *Geschlechtsspezifische Verfolgung*. Die schweizerische Praxis vor dem Hintergrund der europäischen und globalen Entwicklungen, 2012, 147 ff.

²⁴ EuGH, *X u. a.*, C-199/12 bis C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720.

²⁵ Vgl. *Stephan Breitenmoser* Die Bedeutung der EMRK im Ausländerrecht. Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, 2004, 197 ff.; *ders.* Das Verhältnis des Schweizer Verfassungsrechts zum Völker- und Europarecht, in: Thomas Giegerich (Hrsg.) *Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, 2010, 333 (350 ff.); *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 22, 20; *René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax* Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 384 ff.; *Daniel Thym* Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 112.

²⁶ Vgl. *Christian Tomuschat*, Case C-85/96, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, Judgment of 12 May 1998, Full Court [1998] ECR I2691, *Common Market Law Review*, 2000, 449 ff.

²⁷ EuGH, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217.

²⁸ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der

In der Schweiz wurde die Unionsbürger-Richtlinie demgegenüber nicht in den Anhang und damit in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU²⁹ aufgenommen, weshalb im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz weiterhin der enge Begriff der Arbeitnehmereigenschaft massgebend ist. Immerhin wird diese durch die dynamisch-evolutive Rechtsprechung des EuGH kontinuierlich vergrösserte Diskrepanz zum europäischen Freizügigkeitsrecht durch die ebenfalls dynamische und kreative Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts etwas verringert, und zwar gestützt auf den von diesem neu entwickelten Auslegungsgrundsatz der sog. Parallelität der beiden Rechtsordnungen im Bereich der Personenfreizügigkeit, wodurch der Handlungs- und Ermessensspielraum der Schweizer Migrationsbehörden bei der Steuerung und Beschränkung der Zuwanderung durch EU-Bürgerinnen und -Bürger entsprechend eingeschränkt wird.³⁰

b) Ursachen der Migration

Bei den Ursachen von Migration und Zuwanderung wird zunächst zwischen sog. *push*-Faktoren am Herkunftsort, wie insbesondere Armut, Arbeitslosigkeit, Krieg, Verknappung natürlicher Ressourcen, Versteppung oder Ansteigen des Meeresspiegels, und sog. *pull*-Faktoren des Zielstaats, wie etwa wirtschaftliche Perspektiven, Sozialleistungen, medizinische Grundversorgung, Sicherheit oder Möglichkeit der legalen Einwanderung, unterschieden, wobei neben politischen und ökonomischen Determinanten auch sozio-kulturelle Faktoren die Migration massgeblich beeinflussen.³¹ Entsprechend der Vielfalt dieser Ursachen können migrationssteuernde Massnahmen nicht allein durch rechtliche Normierungen wirksam sein; Letztere bilden vielmehr nur den rechtlichen Rahmen für deren Zulässigkeit und Verfahren.

Ein anschauliches Beispiel für das Zusammenwirken wirtschaftlicher *push*- und *pull*-Faktoren im Mehrebenensystem sind etwa die gemäss

Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 72/194/EWG, 71/148/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96 EWG, ABl. L 158/7 vom 30.4.2004.

²⁹ Vgl. Fn. 8.

³⁰ Vgl. BGER 2C_196/2009 Urteil vom 29.9.2009 E.3.3; BGE 139 II 393, E. 41; BGE 140 II 112, E. 3.2; *Stephan Breitenmoser/Robert Weyeneth* Europarecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 648 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters* Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahr 2014 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.) Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, 53 ff.

³¹ Vgl. *Caroni/Grasdorf-Meyer/Ott/Scheiber* Migrationsrecht (Fn. 7), 2 f.; *Martin-Küttel* Zweckbindung der Aufenthaltsbewilligung (Fn. 9), 1 f.

WTO-Recht ausnahmsweise zulässigen EU-Exportsubventionen für Milchprodukte,³² welche dazu führen, dass die wegen der Sanktionen gegenüber Russland überschüssige Milch aus Europa auf dem afrikanischen Markt zu Dumping-Preisen verkauft werden kann, wodurch die einheimischen Milchbauern ihrer Existenzgrundlage beraubt und – mittelbar – zur Emigration gezwungen werden. Ähnliche Auswirkungen zeitigen die sog. „partnerschaftlichen Fischereiabkommen“ zwischen der EU und den 79 sog. AKP-Staaten im Rahmen des Cotonou-Abkommens, mit denen die EU die Fangrechte im jeweiligen Küstengebiet erhält, mit der Folge, dass die europäischen Industriefischereischiffe diese Meeresgebiete leerfischen, so dass die ansässigen und arbeitslos gewordenen Fischer zunächst in die Städte ab- und danach mitunter in angrenzende Staaten oder nach Europa auswandern.³³

Die Ursachen der Ausübung der Freizügigkeit innerhalb des europäischen Binnenmarkts sind ebenfalls in erster Linie wirtschaftlicher und zunehmend auch familiärer Art.³⁴

III. Migrationssteuerung

1. Instrumente der Migrationssteuerung

Die Migrationssteuerung wird vorliegend verstanden als Versuch, die Migration zur Erreichung politischer, rechtlicher, sozialer, sozialpolitischer und wirtschaftlicher Ziele zu lenken, zu fördern und zu begrenzen.³⁵ Als oft gegensätzliche und nicht miteinander vereinbare Ziele stehen etwa das wirtschaftliche Interesse an genügend Fachkräften und das sozial- und

³² Vgl. die Pressemitteilungen der Kommission vom 7.9.2015, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5601_de.htm> und vom 14.3.2016, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-806_de.htm> (31.10.2016).

³³ Vgl. die Übersicht über die Abkommen unter <http://ec.europa.eu/fisheries/cfp/international/agreements/index_de.htm> (31.10.2016).

³⁴ Vgl. *Nicolas F. Diebold* Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, 20; *Marc Speschal Antonia Kerland/Peter Bolzli* Handbuch zum Migrationsrecht, 3. Aufl. 2015, 68; zur Entwicklung der Freizügigkeit innerhalb der EU vgl. *Ferdinand Wollenschläger* Aktuelle Fragen der EU-Personenfreizügigkeit, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Minh Son Nguyen/Peter Uebersax, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, 2010, 5 ff.

³⁵ Vgl. die Darstellung der sozial- und politikwissenschaftlichen Kritik am Begriff und dem Konzept der Migrationssteuerung bei *Jürgen Bast* Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, 12 ff.; zur Steuerungsfunktion des Verwaltungsrechts vgl. *Ivo Appel* Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, *VVDStRL* 67 (2008), 226 (241 ff.).

staatspolitische Ziel eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen in- und ausländischer Bevölkerung im Vordergrund.³⁶

Instrumente hierzu sind primär die nationale und internationale Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung, aber auch informelle Absprachen und abgestimmte Handlungsweisen der Staaten. Rechtliche Integrations- sowie soziale und politische Inklusionsprogramme wie auch die Erteilung der Staatsangehörigkeit können die Migrationssteuerung zumindest flankieren, wenn nicht sogar unmittelbar wirksam ergänzen. In einem weiten Sinne können auch Massnahmen der humanitären und militärischen Hilfe und Intervention sowie der Entwicklungszusammenarbeit darunter subsumiert werden. Selbst die internationale Amtshilfe und der Datenschutz können Instrumente der Migrationssteuerung sein; denn erst die Registrierung, Verarbeitung und Weitergabe von Personendaten versetzen die Behörden überhaupt in die Lage, die entsprechenden Steuerungsmaßnahmen zu beschliessen und zu vollziehen.³⁷

Vertieft zu prüfen ist in diesem Zusammenhang auch die von rechtsphilosophischer Seite stammende Frage, ob und wieweit Art. 12 Abs. 2 IPbPR,³⁸ wonach es jedermann frei steht, jedes Land einschliesslich seines eigenen zu verlassen, auch ein subjektives Recht jedes Menschen auf Migration umfasst, dessen einzelstaatliche Beschränkungen jedenfalls auf gesetzlicher Grundlage beruhen, durch öffentliche Interessen legitimiert und verhältnismässig sein müssten.³⁹ In Umkehrung der heutigen Rechts-

³⁶ Vgl. *Rhinow/Schefer/Uebersax* Schweizerisches Verfassungsrecht (Fn. 25), Rn. 416 ff.

³⁷ So setzt auch die Anwendung der Massenzustrom-Richtlinie der EU (Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20.7.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Massnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl. L 212, v. 7.8.2001) eine Registrierung voraus, für deren Vornahme im EU-Recht aber weiterhin keine Verpflichtung besteht. Auch zentrale Datenbanken, wie das Schengener Informationssystem (SIS), das Visa-Informationssystem (VIS) und die europäische Datenbank zum Abgleich der Fingerabdruckdaten von Asylbewerbern und zur Sicherstellung der ordnungsgemässen Umsetzung der Dublin-Verordnung (Eurodac), dienen nicht nur der Sicherung der EU-Aussengrenzen, sondern sind auch Massnahmen zum Zwecke der Migrationssteuerung, vgl. <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/de/FTU_5.12.4.pdf> (31.10.2016).

³⁸ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (Uno-Pakt II; IPbPR) UNTS 14668 (SR 0.103.2).

³⁹ Vgl. *Martino Mona* Das Recht auf Immigration. Rechtsphilosophische Begründung eines originären Rechts auf Einwanderung im liberalen Staat, 2007, 189 ff.; zum Spannungsfeld zwischen territorialer Souveränität und der (universellen) Geltung der Menschenrechte vgl. *Walter Kälin* Die Bedeutung der Menschenrechte für das Migrationsrecht, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.) Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 75 (78 ff.).

lage befänden sich die Staaten dann vermehrt in der Pflicht, ihre Steuermassnahmen entsprechend zu hinterfragen und zu begründen.

2. Einfluss der Vorrangregeln auf die Migrationssteuerung

Eine auf die Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung bezogene Migrationssteuerung erfordert zudem Zuständigkeits- und Vorrangregelungen zwischen den völker-, europa- und landesrechtlichen Behörden und Institutionen. Dabei werden die Fragen des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht von monistischen und dualistischen Staaten grundsätzlich unterschiedlich beantwortet, obwohl diese beiden traditionellen Theorien sich in der Praxis angenähert haben.

a) Monismus

So ist die Schweizerische Bundesverfassung (BV) – wie auch das EU-Recht⁴⁰ – in ihrem Verhältnis zum internationalen Recht monistisch geprägt, wobei das Bundesgericht, nach einer wechselhaften Rechtsprechung, insbesondere zu Fragen des Migrationsrechts, dem Völkerrecht grundsätzlich den Vorrang vor Landesrecht einräumt.⁴¹ Dies gilt – zumindest bei menschenrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz und dem Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) – selbst im Verhältnis zwischen nicht-zwingendem Völkerrecht und diesem widersprechendem, später erlassenen und nicht unmittelbar anwendbarem Verfassungsrecht.⁴² So hat das Bundes-

⁴⁰ Vgl. *Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag* Die Europäische Union, 11. Aufl. 2015, 639 f.; *Tobias Haag/Julia Hänni* Europarecht. Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4. Aufl. 2015, Rn. 3524.

⁴¹ Während das Bundesgericht ursprünglich das Völkerrecht als prinzipiell vorrangig erachtete, ging es in einer Entscheidung von 1933 von der Gleichrangigkeit aus (BGE 59 II 331, E. 4), liess die Frage in einem 1968 ergangenen Urteil (BGE 94 I 669, E. 6a) aber wieder offen und versuchte, den Konflikt auf dem Weg der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts zu lösen. In seiner neusten Rechtsprechung geht es nunmehr wieder vom (grundsätzlichen) Vorrang aus (BGE 142 II 42; 138 II 524, E. 5.1; BGE 122 II 485, E. 3a; BGE 122 II 234, E. 4e). Vgl. auch *Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli* Völkerrecht. Eine Einführung, 4. Aufl. 2016, 111 f.

⁴² BGE 139 I 16, E. 5.2 f.; BGE 142 II 35, E. 3.2. In der Lehre ist dieses Verhältnis allerdings umstritten: Ein Teil der Lehre stellt auf die *lex-posterior*- und die *lex-specialis*-Regel ab und plädiert für den Anwendungsvorrang des völkerrechtswidrigen Verfassungsrechts (*Robert Baumann* Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, ZBl 108/2007, 181 ff. [198 f.]; *ders.* Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 111/2010, 241 ff. [260 ff.]; differenzierend *Yvo Hangartner/Martin E. Looser* in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 190 Rn. 42). Andere wiederum wollen dem späteren Verfassungsrecht im Konfliktfall gestützt auf Art. 190 BV die Anwendung

gericht in einem politisch nicht unumstrittenen, von der Rechtslehre aber überwiegend begrüßten Urteil entschieden, dass das FZA der neueren, nicht direkt anwendbaren Bestimmung,⁴³ welche mit Annahme der sog. „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung aufgenommen wurde und die eigenständige Steuerung und Beschränkung der Zuwanderung fordert, grundsätzlich vorgehe.⁴⁴ Damit werden den nationalen Behörden beim Erlass und Vollzug migrationssteuernder Massnahmen unmittelbar völkerrechtliche Schranken auferlegt, zumindest sofern die völkerrechtlichen Normen, wie etwa die meisten Bestimmungen der EMRK oder des FZA, *self executing* sind.⁴⁵

b) *Dualismus*

Während das österreichische Bundesverfassungsrecht weder eindeutig als monistisch noch als dualistisch, sondern vielmehr als Mischform

versagen, zumindest solange keine entsprechende Ausführungsgesetzgebung erlassen wurde (*Thomas Cottier/Hertig Maya* Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli [Hrsg.] Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 1999, 1 ff. [22]; *Alberto Achermann* Der Vorrang des Völkerrechts, in: Thomas Cottier/Daniel Wüger/Valentin Zellweger [Hrsg.] Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, 33 ff. [78]). Diese Thematik wird angesichts der Zunahme völkerrechtlich problematischer Verfassungsbestimmungen (Art. 72 Abs. 3, 121 Abs. 3 und 5 sowie Art. 123a und 123c BV) und -initiativen in der Schweiz gegenwärtig heftig diskutiert; vgl. *Samantha Besson* Droit international public. Abrégé de cours et Résumés de jurisprudence, 3. Aufl. 2016, 316 ff.; *Astrid Epiney*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney, Basler Kommentar zur Bundesverfassung 2015, Art. 5, Rn. 99 ff.; *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr* Schweizerisches Staatsrecht, 9. Aufl. 2016, 598 f.; *Helene Keller/Natalie Balazs-Hegedüs* Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?, AJP 2016, 712 (717 ff.).

⁴³ Art. 121a BV. Vgl. dazu *Rainer J. Schweizer/Bernhard Ehrenzeller/Peter Hettich*, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung (Fn. 42), Art. 121a, Rn. 1 ff.; *Uebersax* BSK BV (Fn. 42) Art. 121a, Rn. 9.

⁴⁴ BGE 142 II 35, E. 3.2 f.

⁴⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH wie auch des Schweizerischen Bundesgerichts ist eine völkerrechtliche Norm als *self executing* und damit als direkt anwendbar und justizabel zu qualifizieren, wenn sie sich nicht in allgemeiner Weise an die rechtsanwendenden Behörden richtet, sondern die Rechtsstellung des Einzelnen regelt sowie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids bilden zu können. Vgl. etwa EuGH, *Demirel*, 12/86, ECLI:EU:C:1987:400, Rn. 14; EuGH, *Dior*, C-300/98, 392/98, ECLI:EU:C:2000:688, Rn. 42; BGE 126 I 240, E. 2b (bezgl. Art. 13 Abs. 2 lit. b und c UN-Pakt-I, SR 0.103.1); BGE 98 Ib 385, E. 2 (bezgl. EFTA-Konvention, SR 0.632.31); BGE 140 II 185, E. 4 (bezgl. Übereinkommen über die Anerkennung von Qualifikationen im Hochschulbereich in der europäischen Region, SR 0.414.8); vgl. *Anne Peters* Völkerrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2016, 171 ff.; *dies./Isabelle Pagotto* Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz, ius.full 2004, 54 (63 ff.).

beider Theorien bezeichnet wird,⁴⁶ geht das deutsche Grundgesetz von einem gemäßigten Dualismus aus,⁴⁷ der grundsätzlich nur den allgemeinen Regeln des Völkerrechts⁴⁸ und nach der *Görgülü*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch der EMRK den Vorrang vor den deutschen Gesetzen einräumt.⁴⁹ Im Verhältnis zum Recht der EU hat die wegweisende *Solange II*-Entscheidung⁵⁰ in die *Bosphorus*-Rechtsprechung des EGMR⁵¹ und damit in das Verhältnis zwischen den beiden europäischen Gerichtshöfen in Strassburg und in Luxemburg Eingang gefunden.⁵² In neueren Entscheiden hat das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung weiter präzisiert und festgehalten, dass es angerufen werden könne, wenn mit dem vom EuGH gewährten Rechtsschutz „der vom Grundgesetz als unabdingbar gebotene Grundrechtsstandard nicht verwirklicht werden sollte“⁵³. Dieser im Schrifttum lebhaft diskutierte Vorbehalt zugunsten der zur Verfassungsidentität gehörenden und als integrationsfest erklärten Grundsätze des Grundgesetzes dürfte nicht nur bei Fragen der Auslieferung und Überstellung im Rahmen des Europäischen Haftbefehls,⁵⁴ sondern insbeson-

⁴⁶ Theo Öhlinger/Harald Eberhard *Verfassungsrecht*, 10. Aufl. 2014, Rn. 112.

⁴⁷ Matthias Herdegen *Europarecht*, 18. Aufl. 2016, § 22, Rn. 2; Michael Kloepfer *Verfassungsrecht*, Bd. 1, 2011, § 34 Rn. 14; Ferdinand Wollenschläger, in: Horst Dreier (Hrsg.) *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 4, 3. Aufl. 2015, Art. 25 Rn. 2 ff.

⁴⁸ BVerfG, 2 BvR 955/00, Rn. 78. Umstritten ist allerdings, ob diesen Normen Verfassungsrang zukommt oder ob sie eine Stellung zwischen Verfassung und Gesetz einnehmen (vgl. Stefan Talmon *Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht*, JZ 2013, 12 [15] m.w.N.).

⁴⁹ BVerfG, 2 BvR 1481/04 (*Görgülü*-Beschluss). Vgl. Bardo Fassbender *Völkerrecht und Landesrecht*, AJP 2014, 437 (448). Auch in Österreich genießt die EMRK Verfassungsrang: vgl. Franz Merli Art. 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsrechtssystem, ZaöRV 1988, 251 (253).

⁵⁰ BVerfGE 73, 399 – *Solange II*. Vgl. Thomas Giegerich *Luxemburg, Karlsruhe, Strassburg, Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa?*, ZaöRV 1990, 836 (850 ff.).

⁵¹ EGMR, *Bosphorus gegen Irland*, Urteil vom 30.6.2005, Nr. 45036/98.

⁵² Vgl. Luzius Wildhaber *Europäischer Grundrechtsschutz aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, EuGRZ 2005, 689 (692). Ähnlich, aber unter umgekehrten Vorzeichen, argumentierte der EuGH im Fall *Kadi*, indem er die Justiziabilität von Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen bejahte, weil das UN-Verfahren zur Überprüfung der Sicherheitsresolutionen nicht die Garantien eines gerichtlichen Rechtsschutzes biete (EuGH, *Kadi gegen Rat und Kommission*, Rs. C-402/05, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 322).

⁵³ BVerfG, 2 BvR 1096/92 (*Tabaksteuerrichtlinie*), DÖV 1992, 1010 (nicht in der amtlichen Entscheidungssammlung veröffentlicht). Diese Rechtsprechung wurde seinerseits durch das BVerfG präzisiert (2 BvQ 3/89 [*Tabak-Etikettierungs-Richtlinie*], EuGRZ 1989, 339, Entscheidungsgründe).

⁵⁴ Vgl. etwa BVerfG, 2BvR 2735/14; Matthias Klatt *Solange die Verfassungsidentität ... Das neue Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl*, Freilaw 2016, 53 ff.

dere auch bei Ausweisungen sowie bei Aus- und Rückschaffungen relevant werden.⁵⁵

IV. Migrationssteuerung durch das Völkerrecht

1. *Migrationssteuerung durch bilaterale Verträge*

Die Regelung der Einreise und des Aufenthalts von Ausländern wird seit jeher als Ausfluss der Souveränität der Staaten angesehen.⁵⁶ Eine erste Relativierung dieser ausschliesslichen Befugnis der Nationalstaaten erfolgte erst mit dem Aufkommen bilateraler Niederlassungsverträge, die schon damals der Migrationssteuerung dienten und deshalb gerade auch zwischen den früheren Auswanderungsländern Deutschland, Österreich und Schweiz einerseits und den nord- und südamerikanischen Einwanderungsstaaten andererseits abgeschlossen wurden.⁵⁷ So gab es damals nicht nur in Europa – als Ergebnis einer Vielzahl von Niederlassungsverträgen – ein eigentliches Netz der Freizügigkeit.⁵⁸ Diese Freizügigkeit fand mit dem

⁵⁵ Im Rahmen dieser „Identitätskontrolle“ prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität nach Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 gewahrt bleibt, wobei diese Prüfung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zu erfolgen hat; vgl. *Ines Härtel* Die Zuständigkeit der Union, in: Matthias Niedobitek (Hrsg.) *Europarecht. Grundlagen der Union*, 2014, 530 f. Kritisch *Ewald Wiederin* Deutschland über alles: Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *ÖJZ* 2010, 398 (404).

⁵⁶ Vgl. *Alberto Achermann/Martina Caroni* Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser (Hrsg.) *Ausländerrecht*, 2. Aufl. 2009, 190; *Thomas Giegerich* Rechtliche Steuerung der Einwanderung. Vergleichende Analyse nationaler Modelle im Spiegel zunehmender internationaler Vorgaben, in: Thomas Giegerich/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.) *Einwanderungsrecht, national und international: Staatliches Recht, Europa- und Völkerrecht*, 2001 481 (485); *René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax* Schweizerisches Verfassungsrecht (Fn. 25), Rn. 371; *Kälin/Künzli* Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 13), Rn. 1437.

⁵⁷ Als Reaktion auf den Rückgang des Landwirtschaftssektors wanderten zwischen 1850 und 1900 rund 330.000 Schweizer hauptsächlich nach Nord- und Südamerika aus. Umgekehrt wanderten seit Mitte des 19. Jh. vorwiegend deutsche und italienische Akademiker, Handwerker, Industrie- und Bauarbeiter ein. Vgl. zur Einwanderung *Marcel Heiniger* Einwanderung, in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, abrufbar unter <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D7991.php>> (26.10.2016).

⁵⁸ So enthielt etwa die erste Bundesverfassung der Schweiz vom 12.9.1848 mit Art. 52 eine Bestimmung, die festhielt, dass gegenüber auswärtigen Staaten – unter Vorbehalt des Gegenrechts – die Freizügigkeit bestehe.

Ausbruch des Ersten Weltkriegs ein jähes Ende, ohne dass die Niederlassungsverträge formell aufgelöst wurden.⁵⁹

Neben Niederlassungsverträgen⁶⁰ existiert heute eine kaum überschaubare Vielzahl an bilateralen Freizügigkeitsabkommen,⁶¹ Grenzgänger-,⁶² Stagiaires-,⁶³ Rekrutierungs-⁶⁴ und Rückübernahmeverträgen,⁶⁵ die entweder unmittelbar oder zumindest mittelbar der Steuerung und Kontrolle der Migration und Zuwanderung dienen.⁶⁶ Zu einer wirksamen Migrationssteuer-

⁵⁹ Vgl. *Speschal/Kerland/Bolzli* Handbuch zum Migrationsrecht (Fn. 34), 83. Schwierige Fragen stellten sich sodann auch in Bezug auf die Staatennachfolge, bspw. bezüglich der Sukzession der Ukraine in bilaterale Verträge der Sowjetunion bzw. des zaristischen Russlands (BGE 132 II 65), sowie in Bezug auf die Nachfolgestaaten Ex-Jugoslawiens (BGE 120 Ib 120, BGE 139 V 263 oder BSG, Beschluss vom 23.5.2006 – B 13 RJ 17/05 R, E. 3).

⁶⁰ Vgl. etwa Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien vom 17.12.1929 (RGBl. 1930 II 1007); Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 23.2.1882 (SR 0.142.113.491).

⁶¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999 (ABl. L 114, 30.4.2002, 6; SR 0.142.112.681) sowie Protokolle 1–3; Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 21.6.2001 (SR 0.632.31); Rahmenvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über die Zusammenarbeit im Bereich des Visumverfahrens, der Einreise und des Aufenthalts sowie über die polizeiliche Zusammenarbeit im Grenzraum vom 3.12.2008 (SR 0.360.514.2).

⁶² Z.B. Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Bundesrepublik Deutschland über den Grenzübertritt von Personen im kleinen Grenzverkehr vom 21.3.1970 (SR 0.631.256.934.91). Analoge Abkommen bestehen zwischen der Schweiz und Österreich, Frankreich und Italien.

⁶³ So hat z.B. die Schweiz mit 32 Staaten Vereinbarungen über den Austausch von Praktikanten abgeschlossen.

⁶⁴ Daneben hat die Schweiz Rekrutierungsabkommen über die Anwerbung von Arbeitskräften mit Spanien (Abkommen vom 2.3.1961, SR 0.142.113.328) und Italien (Abkommen vom 10.8.1964, SR 142.114.548) abgeschlossen. Diese kommen allerdings nach dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens mit der EU/EFTA nur noch subsidiär zur Anwendung und haben damit stark an Bedeutung eingebüsst.

⁶⁵ Rückübernahmeverträge dienen der raschen und sicheren Rücknahme von Personen mit irregulärem Aufenthaltsstatus durch ihre Herkunftsstaaten. Sie dürften ihre Wirksamkeit bei der Migrationssteuerung aber erst in Verbindung mit Entwicklungshilfe und Investitionsschutzabkommen entfalten. Die Schweiz hat bisher 44 Rückübernahmeverträge mit Drittstaaten geschlossen – <<https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/internationales/internatzusarbeit/bilateral/rueckuebernahme.html>>. Eine Übersicht zu den von Deutschland abgeschlossenen Rücknahmeübereinkommen findet sich unter <http://www.asyl.net/file-admin/user_upload/gesetztexte/RueckkehrFluechtlinge.pdf>. Die von Österreich abgeschlossenen bilateralen (Rückübernahme-)Verträge finden sich unter <<https://www.bmeia.gv.at/botschaft/strassburg/bilaterale-beziehungen/bilaterale-vertraege.html>> (jeweils zuletzt besucht am 31.10.2016).

⁶⁶ Vgl. *Peter Hilpold* Migration und internationales Wirtschaftsrecht, 27 – abrufbar unter <http://www.peter.hilpold.com/?page_id=446> (31.10.2016).

erung könnten Rückübernahmeverträge insbesondere dann beitragen, wenn sie als Bestandteil von sog. Migrations- oder Mobilitätspartnerschaften mit verstärkten Kooperationen in den Bereichen der humanitären und wirtschaftlichen Entwicklungszusammenarbeit verknüpft werden.⁶⁷

2. Die Migrationssteuerung durch multilaterale Verträge

Obwohl die Genfer Flüchtlingskonvention⁶⁸ einen einheitlichen Flüchtlingsbegriff statuiert und Mindestgarantien zugunsten von Flüchtlingen enthält, begründet sie keinen Anspruch auf Asyl.⁶⁹ Das Asylverfahren, die Asylgewährung sowie die Rechtsstellung der betroffenen Personen richten sich vielmehr nach einzelstaatlichem und – in Europa – immer mehr nach EU-Recht. Besondere Bedeutung kommt zwar dem *Refoulement*-Verbot zu,⁷⁰ wonach niemand in einen Staat aus- oder zurückgeschafft werden darf, in dem sein Leben oder seine Freiheit aufgrund seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder seiner persönlichen Überzeugung bedroht ist. Effektiv wirksam und gegenüber den Staaten durchsetzbar wurde dieser flüchtlingsrechtliche Rückschiebeschutz aber erst durch das menschenrechtliche *Refoulement*-Verbot der UN-Folterkonvention⁷¹ sowie der Menschenrechtsverträge.⁷² Dieses Rückschiebeschutzverbot gilt als zwingendes Völkerrecht (*ius*

⁶⁷ Vgl. *Therese Liechti/Monica Budowski* Migrationspartnerschaften. Ein neuer Ansatz der Schweiz?, Schweizerisches Jahrbuch für Entwicklungspolitik, 2008, 221 ff.; *Marion Panizzon* Migrationspartnerschaften der Schweiz: Verkörperung eines „sozialen“ internationalen Migrationsrechts?, in: Berner Gedanken zum Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, 289 (299); *Gérard Perroulaz* Migration und Entwicklung. Zögern der Schweizer Politik, Schweizerisches Jahrbuch für Entwicklungspolitik, 2008, 257 ff.

⁶⁸ Die Genfer Flüchtlingskonvention (Fn. 14) wurde bisher von 145 Mitgliedstaaten unterzeichnet, das Zusatzprotokoll von 146 Mitgliedstaaten. Nur das Zusatzprotokoll unterzeichnet haben Kap Verde, die Vereinigten Staaten von Amerika und Venezuela.

⁶⁹ Vgl. *Kálin* Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 39), 75 (77); *Regina Kiener/Mathias Kuhn* Rechtsschutz und Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung, in: Schweizer Asylrecht. EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie des UNCHR, 2009, 385 ff.; *Tohidipur* (Fn. 11), § 33 Rn. 4.

⁷⁰ Art. 33 GFK (vgl. Fn. 14).

⁷¹ Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984 (UN-Antifolterkonvention), UNTS 24841. Diese Konvention wurde von 159 Staaten, das Fakultativprotokoll vom 18.12.2002 von 81 Staaten unterschrieben (Stand: 13.7.2016).

⁷² Art. 7 Uno-Pakt II (Fn. 38); Art. 3 EMRK, Art. 19 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12.12.2001, ABl. Nr. C 303, 1 (GRC); Art. 22 Abs. 8 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969 (AMRK).

cogens).⁷³ Es beeinflusst die Ausweisungs- und Rückschiebep Praxis der Staaten massgeblich sowohl in der Rechtsprechung⁷⁴ als auch durch die in der Folge auf einzelstaatlicher und europäischer Ebene geschaffenen migrationsrechtlichen Institute des subsidiären⁷⁵ und des vorübergehenden Schutzes⁷⁶ als gesetzgeberische Umsetzung des *Refoulement*-Verbots.

3. Die Migrationssteuerung durch die Vereinten Nationen

Trotz einer Vielzahl an völkerrechtlichen Abkommen zur Migrationssteuerung⁷⁷ sind die bestehenden Handlungs- und Vollzugsdefizite offen-

⁷³ Vgl. *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam* The refugee in international Law, 3. Aufl. 2007, 345 ff.; *Walter Kälin* Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht, 1982, 399; *ders./Martina Caroni/Lukas Heim*, in: *Andreas Zimmermann* (Hrsg.) The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary, 2011, Art. 33, Rn. 26 ff. Vgl. auch die Beschlüsse des UNCHR Exekutiv Komitee: EXCOM Nr. 25 (XXXIII), General, 1982; EXCOM Nr. 55 (XL) General Conclusion on International Protection, 1989; EXCOM Nr. 79 (XLVII) General Conclusion on International Protection, 1996.

⁷⁴ Z.B. EGMR, *M.S.S./Belgien und Griechenland*, 21.1.2011, Nr. 30696/09; EGMR, *T.I./Vereinigtes Königreich*, 7.3.2000, Nr. 43844/98; EuGH, *N.S. und M.E.*, C-411/10 und 493/10, ECLI:EU:C2011:865.

⁷⁵ Art. 78 Abs. 2 lit. b AEUV. Anspruch auf subsidiären Schutz haben Drittstaatsangehörige, welche die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtlinge nicht erfüllen, bei denen aber stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass ihnen bei einer Rückkehr in ihr Herkunftsland Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe drohen (Art. 2 lit. d der Qualifikationsrichtlinie [RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 337 v. 20.12.2011, 9]). Eine Art Hybrid zwischen subsidiärem und temporärem Schutz stellt die vorläufige Aufnahme nach Art. 83 des Schweizerischen Ausländergesetzes (AuG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20) dar; vgl. auch Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (Hrsg.) Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2015, 388.

⁷⁶ Art. 4 AsylG. Vgl. *Samah Posse-Ousmane/Sarah Progin Theuerkauf*, in: *Amarelle Cesla/Minh Son Nguyen*, Code annoté de droit des migrations, Bd. IV: Loi sur l'asile, Art. 4 Rn. 6 ff.

⁷⁷ Zu erwähnen sind überdies das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (UNO-Kinderrechtskonvention, KRK, UNTS 27531), das Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29.5.1993, das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung vom 21.12.1965 (UNTS 9464), das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10.12.1982 (UNTS 31363) sowie das Internationale Übereinkommen zum Schutz des menschlichen Lebens auf See vom 1.11.1974 und das Internationale Übereinkommen über den Such- und Rettungsdienst auf See vom 27.4.1979. Einen

kundig: So drückt der UN-Sicherheitsrat in seinen Resolutionen zwar regelmässig seine Besorgnis über die Anzahl und die Situation von Flüchtlingen aus und erinnert die Adressaten an ihre humanitären Pflichten.⁷⁸ Doch das Vetorecht jedes seiner fünf ständigen Mitglieder verhindert regelmässig rechtsverbindliche Beschlüsse zu den für die Flüchtlingskrisen hauptursächlichen Kriegsgebieten,⁷⁹ und auch die UN-Generalversammlung macht von ihrer Möglichkeit, bei einer Blockierung des Sicherheitsrats eine sog. Notstands-Sondersitzung durchzuführen, um – wie im Jahr 1950 während der Koreakrise⁸⁰ – in einen Konflikt einzugreifen, keinen Gebrauch. Das für Einzelpersonen bestehende Rechtsschutzdefizit auf völkerrechtlicher Ebene ist ebenfalls offensichtlich.⁸¹

gewissen Einfluss auf den migrationsrechtlichen Gestaltungs- und Ermessensspielraum der Vertragsstaaten haben überdies die als *soft law* geltenden Beschlüsse des UN-Flüchtlingshochkommissariats (UNHCR), insbesondere dessen Handbuch (UNHCR-Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingeigenschaft im Sinne des Abkommens von 1951 und des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [Neuaufgabe, Genf, Januar 1992]), verschiedene UNCHR-Richtlinien sowie die Beschlüsse des UNHCR Exekutivkomitees (EXCOM).

⁷⁸ Z.B. die Resolutionen der UN-Generalversammlung S/RES/2286 (2016) vom 3.5.2016; S/RES/2258 (2015) vom 22.12.2015; S/RES/2225 (2015) vom 18.6.2015.

⁷⁹ Eine Ausnahme sind aber die Sicherheitsratsresolutionen 2240 (S/RES/2240 [2015]) vom 9.10.2015 und die Sicherheitsratsresolution 2292 (S/RES/2292 [2016]) vom 14.6.2016, welche die Rechtsgrundlage zum Einsatz unter anderem auch der deutschen Bundeswehr im Mittelmeer im Rahmen der Operation Sophia (EUNAVFOR MED) bildet. Zur Verlängerung der Ermächtigung zum Abfangen mutmasslich für Menschenschmuggel aus Libyen benutzter Schiffe vgl. auch die Sicherheitsratsresolution Nr. 2312 (S/RES/2312 [2016]) vom 6.10.2016.

⁸⁰ Als während des Koreakriegs die Sowjetunion mit ihrem Vetorecht im Sicherheitsrat alle Resolutionen ablehnte, durch die Südkorea gegen das angreifende Nordkorea unterstützt werden sollte, empfahl die Generalversammlung mit ihrer Resolution Nr. 377 mit der Bezeichnung „*Uniting for Peace*“ den Mitgliedstaaten „geeignete Empfehlungen für Kollektivmassnahmen zur Wahrung oder Wiederherstellung des Weltfriedens oder der internationalen Sicherheit“. Zur Anerkennung der Zuständigkeit der Generalversammlung, bei einer Blockade des Sicherheitsrats in einer Notstandssondersitzung mit Zweidrittelmehrheit Empfehlungen abzugeben, vgl. *Juray Andrassy* „Uniting for Peace“, *American Journal of International Law*, 1956, 563; *Daniel-Erasmus Kahn/Thomas Meerpohl* Die Uno als Friedensmacht, in: Michael Piazolo (Hrsg.) *Macht und Mächte in einer multipolaren Welt*, 305 (314 f.); *Keith S. Petersen* The uses of the Uniting For Peace Resolution Since 1950, *International Organization*, 1959, 219; *Christian Tomuschat* „Uniting for Peace“: ein Rückblick nach 50 Jahren. *Die Friedens-Warte, Journal of International Peace and Organization*, 2001, 289.

⁸¹ So haben etwa der UN-Folterausschuss, der Ausschuss gegen Rassendiskriminierung, der Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau und der UN-Menschenrechtsausschuss im Individualbeschwerdeverfahren lediglich Kontroll- und Berichterstattungsfunktionen, sofern die Vertragsstaaten die entsprechenden Befugnisse überhaupt anerkennen. Ebenfalls keiner ausreichenden gerichtlichen Kontrolle unterliegen die Beschlüsse des UN-Sicher-

V. Migrationssteuerung im Europarecht

Im Europarecht ist für Fragen der Steuerung und Begrenzung von Migration und Zuwanderung die Unterscheidung zwischen Europarecht i.w.S., d.h. dem Recht der traditionellen völkerrechtlichen europäischen Organisationen, und Europarecht i.e.S., d.h. der EU mit ihrem spezifischen supranationalen Recht, weiterhin wesentlich. Zwar führen die zunehmenden Wechselbezüge zwischen diesen Organisationen vermehrt zu einer komplexen Vernetzung der Formen institutionalisierter Zusammenarbeit in Europa und damit zu einer Relativierung dieser Unterscheidung. In den weiterhin stark an Souveränitätsgrundsätzen ausgerichteten Bereichen von Migration und Zuwanderung ist diese Unterscheidung aber – mit Ausnahme des wichtigen Schutzes durch die Grund- und Menschenrechte – auch in den nächsten Jahren noch von Bedeutung.⁸²

1. Die Instrumente der Migrationssteuerung im Europarecht i.w.S.

Obwohl die EMRK – sieht man vom Verbot der Kollektivausweisung ab⁸³ – keine Rechte über die Ein- und Ausreise oder den Aufenthalt von Ausländern enthält,⁸⁴ übt die evolutive Rechtsprechung des EGMR einen erheblichen Einfluss auf die einzelstaatliche Migrationsgesetzgebung und -praxis und damit auf die Beschränkung des diesbezüglichen Handlungs- und Ermessensspielraums der Behörden und Gerichte aus.⁸⁵ Insbesondere die Anerkennung positiver Schutzpflichten in der Strassburger Rechtsprechung und die dadurch verstärkte „*responsibility to protect*“ der Vertragsstaaten haben bedeutsame migrationssteuernde Schutzwirkung.⁸⁶

Diese Schutzpflicht wird durch die Ausweitung des territorialen Anwendungsbereichs der EMRK gestützt auf eine *effet utile*-Auslegung und das Flaggenprinzip auch auf internationale Gewässer, wie z.B. das Mittelmeer,

heitsrats (vgl. EuGH, *Kadi gegen Rat und Kommission*, Rs. C-402/05, ECLI:EU:C:2008:461; EGMR, *Nada/Schweiz*, Urteil vom 12.9.2012, Nr. 10593/08; EGMR, *Al-Dulimi und Montana Management Inc./Schweiz*, Urteil vom 24.8.2016, Nr. 5809/08).

⁸² Vgl. auch *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 25), 99 f.

⁸³ Art. 4 Protokoll Nr. 4 zur EMRK; Art. 19 Abs. 1 GRC.

⁸⁴ Vgl. EGMR, *Ahmed/Österreich*, Urteil vom 17.12.1996, Nr. 25964/94, Ziff. 38; *Breitenmoser* EMRK im Ausländerrecht (Fn. 25), 198.

⁸⁵ Vgl. die Übersicht bei *Peter Uebersax* Die EMRK und das Migrationsrecht aus Sicht der Schweiz, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.) EMRK und die Schweiz, 2010, 203 ff.

⁸⁶ Vgl. EGMR, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, Urteil vom 23.2.2012, Nr. 27765/09. Zur positiven Schutzpflicht vgl. *Samantha Besson* Les obligations positives de protection des droit fondamentaux. Un essai en dogmatique comparative, *Revue de droit suisse*, 2003, Bd. 1, 49–96.

verstärkt, weshalb die Konventionsstaaten unter Umständen auch bei extraterritorialen Handlungen in Ausübung ihrer Hoheitsgewalt⁸⁷ zur Einhaltung der EMRK verpflichtet sind.⁸⁸ So stellte der EGMR fest, dass Italien auch ausserhalb seines Hoheitsgebiets auf hoher See an die EMRK gebunden sei, wenn dort Asylsuchende aufgegriffen werden.⁸⁹ Eine kollektive Rückführung nach Libyen oder Tunesien ohne Beschwerdemöglichkeit verstösst deshalb gegen das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK i.V.m. den materiellen Konventionsgarantien und gegen das Verbot der Kollektivausweisung nach Art. 4 des vierten Zusatzprotokolls zur EMRK.⁹⁰

Im Leitentscheid *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*⁹¹ hat der EGMR im Jahr 2011 strukturelle bzw. systemische Mängel⁹² im griechischen Asylsystem erkannt und entschieden, dass die Haft- und Lebensbedingungen von Asylsuchenden in Griechenland gegen das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nach Art. 3 EMRK verstossen und diese dem Risiko der Rückschiebung ohne ernsthafte Prüfung

⁸⁷ EGMR, *Medvedyev u.a./Frankreich*, Urteil vom 29.3.2010, Nr. 3394/03, Ziff. 67; *Grabenwarter/Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention (Fn. 25), § 17 Rn. 13, welche drei Fallgruppen unterscheiden: 1) Wirksame Kontrolle eines Gebiets; 2) Befehlsgewalt und Kontrolle durch die Staatsorgane; 3) Ausübung extraterritorialer Gewalt im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats. Zur Zulässigkeit der Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen vgl. auch *Daniel Frank* Verantwortlichkeit für die Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch internationale Organisationen, 1999, 282 ff.

⁸⁸ EGMR, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, Urteil vom 23.2.2012, Nr. 27765/09, Ziff. 70 ff. Noch ablehnend EGMR, *Bankovic u.a./Belgien u.a.*, Urteil vom 12.12.2001, Nr. 52207/99. Vgl. *Samatha Besson/Eleonore Kleber*, in: Amarelle Cesla/Minh Son Nguyen (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations*, Bd. 1: *Droit Humains*, 2014, Art. 3 Rn. 2; *Sicco Rah* Asylsuchende und Migranten auf See. Staatliche Rechte und Pflichten aus völkerrechtlicher Sicht, 2009, 211 f.

⁸⁹ EGMR, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, Urteil vom 23.2.2012, Nr. 27765/09. Im Anwendungsbereich des UN-Pakts II stellen sich analoge Fragen auch hinsichtlich der australischen Praxis, Flüchtlinge auf hoher See abzufangen und in Lagern (sog. „*detention camps*“) auf Nauru, Papa-Neuguinea oder den Weihnachtsinseln zu internieren. Für das EU-Recht vgl. *Sarah Progin-Theuerkauf* Rechtsrahmen der Seenotrettung in der EU, EUZ 2015, 70 ff.

⁹⁰ EGMR, *Khlaifia u.a./Italien*, Urteil vom 1.9.2015, Nr. 16483/12, Ziff. 156–158, 169–173 (anhängig vor der Grossen Kammer).

⁹¹ EGMR, *M.S.S./Belgien und Griechenland*, Urteil vom 21.1.2011, Nr. 30696/09.

⁹² Zum Begriff der systemischen Mängel vgl. *Armin von Bogdandy/Michel Ionnidis* Das Systemische Defizit. Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens, ZaöRV 2014, 283 ff.; *Anna Lübke* Systemische Mängel in Dublin-Verfahren, ZAR 2014, 106 ff.

ihres Asylgesuchs aussetzen würden.⁹³ Er erblickte deshalb in der Überstellung von Asylsuchenden nach Griechenland durch Belgien einen Verstoß gegen das *Refoulement*-Verbot. In seiner Folgerechtsprechung setzte der Gerichtshof sich mit der Überstellung nach Italien⁹⁴ und Ungarn⁹⁵ auseinander und erklärte diese aufgrund der jeweiligen individuellen Situation der Beschwerdeführer und im Lichte der allgemeinen Situation in den Aufnahmestaaten teilweise ebenfalls für unzulässig. Diese Urteile haben einen grossen Einfluss auch auf die Rechtsprechung des EuGH⁹⁶ und der nationalen Gerichte⁹⁷ und damit auf die Rückführungspraxis der Mitgliedstaaten des Europarats, weshalb Rückführungen nach Griechenland im Dublin-Verband seither faktisch ausgesetzt sind.

In allen Ausschaffungs- und Ausweisungsverfahren ist überdies das in Art. 8 EMRK statuierte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens als wirksame Schranke gegenüber migrationsrechtlichen Steuerungsmassnahmen zu beachten, weshalb jeweils eine Abwägung der betroffenen Interessen vorzunehmen ist.⁹⁸

Während das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK sodann für das innerstaatliche Verfahrensrecht von Bedeutung ist, sind nach der bisherigen Rechtsprechung des EGMR die Garantien von Art. 6 EMRK nicht auf ausländer- und asylrechtliche Anordnungen

⁹³ Vgl. *Andreas von Arnould* Konventionsrechtliche Grenzen der EU-Asylpolitik? Neujustierung durch das Urteil des EGMR im Fall *M.S.S. v. Belgien und Griechenland*, EuGRZ 2011, 238.

⁹⁴ EGMR, *Tarakhell/Schweiz*, Urteil vom 4.1.2014, Nr. 29217/12; *Mohammed Hussein u.a./Niederlande und Italien*, Urteil vom 2.4.2013, Nr. 27725/10.

⁹⁵ EGMR, *Mohammed/Österreich*, Urteil vom 6.9.2013, Nr. 2283/12; *Mohammad/Österreich*, Urteil vom 17.11.2014, Nr. 71932/12.

⁹⁶ Z.B. EuGH, *N.S. und M.E.*, C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865; EuGH *Puid*, C-4/11, ECLI:EU:C:2013:740 (Bestätigung der Unzulässigkeit von Überstellungen von Asylsuchenden nach Griechenland unter der Dublin-II-Verordnung); EuGH *Abdullahi*, C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813 (Verneinung systemischer Mängel in Ungarn). Vgl. *Roland Bank/Constantin Hruschka* Die EuGH-Entscheidungen zu Überstellungen nach Griechenland und ihre Folgen für Dublin-Verfahren (nicht nur) in Deutschland, ZAR 2012, 182 ff.

⁹⁷ Z.B. BVGer Urteil v. 16.8.2011, D-2076/2010. Vgl. *Peter Uebersax* Dublin in der Rechtsprechung der Schweiz, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.) Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, 2013, 187 (193 f.).

⁹⁸ Ein ungerechtfertigter Eingriff in diesen Schutzbereich ist gemäss der Konventionsrechtsprechung namentlich dann gegeben, wenn ein Ausländer ohne wesentliche Bindung zu seinem Heimatstaat durch eine Ausweisung in unverhältnismässiger Weise aus seinem persönlichen Umfeld herausgerissen würde (EGMR, *Boultifi/Schweiz*, Urteil vom 2.8.2001, 54273/00; EGMR, *Emre/Schweiz*, Urteil vom 22.5.2008, 42034/04; EGMR, *Üner/Niederlande*, Urteil vom 18.10.2006, Nr. 46410/99). Vgl. *Jens Meyer-Ladewig* EMRK, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 8 Rn. 82 ff.

anwendbar,⁹⁹ zumal hier – wie in den Bereichen des internationalen Amts- und Rechtshilferechts¹⁰⁰ – Kernbereiche des öffentlichen Rechts und der Staatlichkeit betroffen seien. Ausserdem sei allein der Umstand, dass die in Frage stehenden Entscheidungen auf das Privat- und Familienleben sowie auf die Berufsaussichten des Betroffenen erheblichen Einfluss hätten, nicht ausreichend.¹⁰¹ Diese Argumentation steht jedoch im Widerspruch zum Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen und dazu, dass die aus dem *common law* übernommenen Begriffe „*civil right*“ und „*criminal charge*“ autonom und damit weitgehend unabhängig vom innerstaatlichen Recht auszulegen sind, was der Gerichtshof in anderen Verwaltungs- und Verfassungsbereichen denn auch nicht von einer Ausweitung des Schutzbereichs von Art. 6 EMRK abgehalten hat.¹⁰² Die kaum überzeugende Vorenthaltung der gerichtlichen Verfahrensrechte – es geht dabei vor allem um die Fairnessgarantien und das Recht auf eine öffentliche Verhandlung –, insbesondere für das Ausländerrecht, steht denn auch im Widerspruch zum Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 GRC und damit zum Kohärenzgebot von EMRK und GRC.¹⁰³

2. Die Migrationssteuerung im Europarecht i.e.S.

a) Entwicklung des Migrationsrechts der EU

Im Rahmen der EU selbst wurde demgegenüber das Migrations- und Zuwanderungsrecht zu einem innovativen Kooperations- und Integrationsvölkerrecht weiterentwickelt: Ersteres durch die Überführung des Schengener¹⁰⁴ und des Dubliner¹⁰⁵ Rechts in den Vertrag von Amsterdam und

⁹⁹ Vgl. *Grabenwarter/Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention (Fn. 25), § 24, 14.

¹⁰⁰ Vgl. *Breitenmoser*, FS Thomas Würtenberger, 2013, 425 (431 ff).

¹⁰¹ EGMR, *Maaouia/Frankreich*, Urteil vom 5.10.2000, Nr. 39652/98, Ziff. 35 ff.

¹⁰² Vgl. *Breitenmoser* EMRK im Ausländerrecht (Fn. 25), 225 f.; *ders.*, FS Thomas Würtenberger, 2013, 425 (431).

¹⁰³ Vgl. *Breitenmoser*, FS Thomas Würtenberger, 2013, 436 ff.

¹⁰⁴ Das Schengener Recht umfasste zunächst insbesondere das Schengener Übereinkommen (Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik vom 19.6.1990 betreffend den schrittweisen Abbau der Grenzkontrollen an den gemeinsamen Aussengrenzen, ABl. L 239 v. 22.9.2000, 13, SÜ), das Schengener Durchführungsübereinkommen (Übereinkommen vom 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985, ABl. L 239 v. 22.9.2000, 19, SDÜ) und zahlreiche Sekundärrechtsakte zu dessen Weiterentwicklung. Die primärrechtliche Grundlage bildet nunmehr, soweit die Politik im Bereich Grenzkontrollen in Frage steht, Art. 77 AEUV.

¹⁰⁵ Das Dubliner Recht besteht heute insbesondere aus der Dublin III-Verordnung (VO [EU] Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines

den begonnenen Aufbau eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS),¹⁰⁶ Letzteres durch das Freizügigkeitsrecht im Rahmen des EU-Binnenmarkts. Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an eine supranationale Organisation in den souveränitätsnahen Bereichen Einwanderung, Aufenthalt, Grenzkontrollen und Asyl stellt im Vergleich zu den traditionellen internationalen Organisationen ein Novum dar. Dies eröffnet denn auch zahlreiche neue Möglichkeiten der gemeinsamen und solidarischen Migrationssteuerung, die nicht nur der Begrenzung der Zuwanderung dienen, sondern auch die Förderung erwünschter Migration ermöglichen sollen, wobei ein besonderes Augenmerk auf Ausgewogenheit zu richten ist, um mögliche negative Folgen wie insbesondere *brain drain*-Effekte zu minimieren.¹⁰⁷ Allerdings verfügt die EU in den Bereichen des Asyl- und Einwanderungsrechts¹⁰⁸ nur – aber immerhin – über eine geteilte Zuständigkeit, die sie unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips auszuüben hat¹⁰⁹ und die in Art. 79 Abs. 5 AEUV mit Bezug auf die Arbeitsmigration durch einen Vorbehalt zugunsten der Souveränität der Mitgliedstaaten ergänzt wird.

Einen wichtigen Migrationseffekt innerhalb der EU und der diesbezüglich assoziierten Drittstaaten haben die unmittelbar anwendbare allgemeine

von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. L 180 v. 29.6.2013, 3) sowie eine Vielzahl von Sekundärrechtsakten (vgl. nachfolgend lit. b).

¹⁰⁶ Vgl. *Sarah Progin-Theuerkauf*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.) *Europäisches Unionsrecht*, Bd. 2, 7. Aufl. 2015, AEUV Vor Art. 77–80, Rn. 1 ff. Ebenso wie das Schengener Recht basierte das Dubliner Recht ursprünglich auf einer völkervertraglichen Grundlage zwischen den damaligen zwölf EG-Mitgliedstaaten und wurde 1997 mit dem Vertrag von Amsterdam vergemeinschaftet (*Breitenmoser/Weyeneth*, *Europarecht* [Fn. 30], Rn. 1105). Die Schweiz hat sich sowohl dem Schengener als auch dem Dubliner System angeschlossen (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26.10.2004 [SR 0.362.31, SAA] und Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26.10.2004 [SR 0.142.392.68, DAA]).

¹⁰⁷ Vgl. auch *Kay Hailbronner/Daniel Thym* Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration, *ZJ* 2016, 753 (761 ff.). Für eine Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts plädieren *Harald Döring/Christine Langenfeld* Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts in Europa – Massenzustrom erfordert EU-Zuständigkeit für Asylverfahren, in: *NJW* 2016, 1 (3), und wohl auch *Hans-Jürgen Papier* Asyl und Migration als Herausforderung für Staat und EU, *NJW* 2016, 2391 (2396).

¹⁰⁸ Art. 77–80 AEUV.

¹⁰⁹ Art. 4 Abs. 2 lit. j EUV. Vgl. *Stephan Breitenmoser/Robert Weyeneth*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.) *Europäisches Unionsrecht*, Bd. 2, 7. Aufl. 2015, AEUV Vor Art. 76–76, Rn. 41; *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 25), 100; *Tohidipur* (Fn. 11), § 33 Rn. 22.

Personenfreizügigkeit (Art. 21 und 45 AEUV) sowie die damit zusammenhängende Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und 56 f. AEUV).¹¹⁰ Familienangehörige gelangen gestützt auf das Sekundärrecht ebenfalls in den Genuss des Freizügigkeitsrechts und der damit verbundenen Begleitrechte.¹¹¹ Ob und wie weit die Personenfreizügigkeit im Hinblick auf weitere mögliche Referendumsabstimmungen in einzelnen EU-Mitglieds- und assoziierten Drittstaaten – über den *ordre public*-Vorbehalt sowie den vom EuGH entwickelten allgemeinen Beschränkungsvorbehalt hinaus – eingeschränkt werden kann und soll, dürfte nun im Rahmen der anstehenden *Brexit*-Verhandlungen verhandelt und entschieden werden.¹¹²

b) Migrationssteuerung durch das Dubliner Recht

Das Dubliner Recht über die Asylzuständigkeit ist seit dem Amsterdamer Vertrag Bestandteil der gemeinsamen EU-Asylpolitik,¹¹³ welche auf die Errichtung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) abzielt. Wie das Schengener System mit seinem Schutz der EU-Aussengrenzen hat auch das Dubliner Recht eine migrationssteuernde Funktion, soll es doch Mehrfachgesuche von Asylsuchenden in mehreren EU- und mit der EU assoziierten Staaten verhindern.¹¹⁴

¹¹⁰ Konkretisiert werden die Personenfreizügigkeit und die damit verbundenen Rechte durch die Freizügigkeitsverordnung (Verordnung [EU] Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union vom 5.4.2011, ABl. L 141 vom 27.5.2011, 1).

¹¹¹ Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. L 141/1 vom 27.5.2011, sowie Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158/77 vom 30.4.2004.

¹¹² Für eine sog. „*continental partnership*“ plädieren dabei *Jean Pisani-Ferry/Norbert Röttgen/André Sapir/Paul Tucker/Guntram B. Wolff* Europe after Brexit: A proposal for a continental partnership, abrufbar unter <<http://bruegel.org/wp-content/uploads/2016/08/EU-UK-20160829-final-1.pdf>> (2.11.2016). Diese soll eine britische Teilnahme am europäischen Binnenmarkt unter Einschränkung der Personenfreizügigkeit sowie eine enge Kooperation im Rahmen der Aussenpolitik und in Sicherheitsfragen beinhalten. Dabei würde Grossbritannien weiterhin entsprechende Beiträge zugunsten des EU-Haushalts leisten.

¹¹³ Art. 78 AEUV. Vgl. *Wolfgang Weiß*, in: Rudolf Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 78, Rn. 1; *Döring/Langenfeld* Vollharmonisierung (Fn. 107), 3.

¹¹⁴ Vgl. *Malte Graßhof*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 78 AEUV, Rn. 19; *Kay Hailbronner/Daniel Thym*, in: dies. (Hrsg.) EU Immigration and Asylum Law. A Commentary, 2. Aufl. 2016, 1024.

Die gegenwärtige Flüchtlingskrise zeigt nun aber, dass das Dubliner System, um wieder vollumfänglich zu funktionieren, eines einheitlichen Mindeststandards für das Asylverfahren, das materielle Asylrecht und die Aufnahmebedingungen bedarf.¹¹⁵ Eine erste Angleichung wurde durch den Erlass verschiedener Richtlinien vorgenommen,¹¹⁶ deren ungenügende Umsetzung die EU-Kommission nun in zahlreichen Verfahren anmahnt.¹¹⁷ Darüber hinaus hat die EU die Kompetenz zum Abschluss von sog. *Resettlement*-Vereinbarungen mit Drittstaaten, d.h. von Rückführungsabkommen mit finanziellen Hilfen.¹¹⁸ Das umstrittenste Beispiel hierfür ist das sog. „Flüchtlingsabkommen“¹¹⁹ mit der Türkei vom 18. März 2016.¹²⁰

¹¹⁵ Vgl. dazu *Breitenmoser/Weyeneth* Europarecht (Fn. 30), Rn. 1110.

¹¹⁶ Das Parlament und der Rat haben insbesondere die folgenden Richtlinien erlassen: Verfahrensrichtlinie (RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. L 180 v. 29.6.2013, 60); Qualifikationsrichtlinie (RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 337 v. 20.12.2011, 9); Aufnahmeleitlinie (RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABl. L 180 v. 29.6.2013, 96); die Massenzustromrichtlinie (RL 2001/55/EG des Rates vom 20.7.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Massnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten vom 20.7.2001, ABl. L 212 v. 7.8.2001, 12). Die Kommission hat gestützt auf die Dublin III-Verordnung die Dublin-Durchführungsverordnung (Durchführungsverordnung [EU] Nr. 118/2014 der Kommission vom 30.1.2014 zur Änderung der Verordnung [EG] Nr. 1560/2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung [EG] Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. 39 vom 8.2.2014, 1) erlassen.

¹¹⁷ Vertragsverletzungsverfahren wurden eingeleitet gegen Griechenland, Frankreich, Italien, Lettland und Slowenien. Betreffend Deutschland, Estland und Slowenien hat die Kommission Stellungnahmen wegen unvollständiger oder mangelhafter Umsetzung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems erlassen (vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 10.2.2016, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-270_de.htm> [2.11.2016]).

¹¹⁸ Art. 78 Abs. 2 lit. g AEUV. Solche Abkommen bestehen zurzeit mit Armenien, Georgien, Kap Verde, Marokko, der Republik Moldau, Tunesien und der Türkei. Davon zu unterscheiden sind die sog. *Relocation*-Programme der EU, welche die Umverteilung von Personen, die bereits in einem Dublin-Land registriert wurden und einen Asylantrag gestellt haben, in andere Staaten zum Gegenstand haben. Deren dauerhafte Implementierung stellt freilich noch eine grosse Herausforderung dar.

¹¹⁹ Vgl. COM(2016) 16 vom 16.3.2016.

¹²⁰ Dabei handelt es sich um eine sog. „Erklärung mit Abkommenscharakter“. Vgl. auch *Alberto Achermann/Martin Hemmi* Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die

Wegen der subsidiären Zuständigkeit des ersten von Asylsuchenden betretenen EU-Mitgliedstaats belastet das Dublin-System die südlichen und östlichen EU-Staaten insbesondere bei unkontrollierten Flüchtlingsströmen offenkundig übermäßig, was eine rasche Reform im Sinne des im EU-Recht geltenden Grundsatzes der Solidarität erfordert.¹²¹ So müssen die am meisten betroffenen Staaten bei der Registrierung und Versorgung der Asylsuchenden sowohl personell als auch finanziell unterstützt werden. Dies vor dem Hintergrund, dass das Schengen-Regime durch die Beseitigung der Binnengrenzkontrollen bei unterlassener Registrierung von Flüchtlingen entgegen dem Dublin-Verfahren die irreguläre Weiterreise von Asylsuchenden fördert, was auf dem Höhepunkt der Flüchtlingskrise denn auch zur Wiedereinführung von zeitlich beschränkten Binnengrenzkontrollen durch mehrere Staaten führte.¹²²

c) *Migrationssteuernde Wirkung der Rechtsprechung des EuGH*

Der EuGH seinerseits übt mit seiner grundrechtsfreundlichen Rechtsprechung ebenfalls einen massgeblichen Einfluss auf migrationssteuernde und -begrenzende Massnahmen der EU und ihrer Mitgliedstaaten aus.

So hat er, wie erwähnt, unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR die Rückführung eines Asylsuchenden nach Griechenland aufgrund der dortigen systemischen Mängel im Asyl- und Aufnahmeverfahren als unzulässig erachtet. Er hat dadurch den Dubliner Mechanismus aber nicht nur relativiert, sondern durch die Anwendung des Selbsteintrittsrechts¹²³

Schweiz, in: Alberto Achermann/Celsa Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.) Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 2016, 487 (498). Zur Subsumption unter die existierenden (völkerrechtlichen) Rechtsinstrumente vgl. *Rainer Hofmann/Adela Schmidt* Die Erklärung EU-Türkei vom 18.3.2016 aus rechtlicher Perspektive, NVwZ-Extra 11/2016, 1 (2 ff.).

¹²¹ *Jürgen Bast* Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.) Solidarität als europäisches Rechtsprinzip?, 2014, 19 (23 ff.); *Peter Hil-pold* Understanding Solidarity within EU-Law. An Analysis of the „Island of Solidarity“ with Particular Regard to the Monetary Union, Yearbook of European Law, 2015, 257 (271 f.); *Progin-Theuerkauf*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 106), Art. 80 AEUV, Rn. 5 ff.

¹²² *Waldemar Hummer* Erlebt Schengen eine „Renaissance“ oder geht es unter?, ALJ 2016, 1 (12 f.). Die zeitlich begrenzte Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ist im Schengener Recht ausdrücklich vorgesehen, vgl. die Voraussetzungen von Art. 25 ff. der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. L 105 vom 13.4.2006, 1.

¹²³ Art. 17 der Dublin III-Verordnung (Fn. 105). Vgl. auch *Mattias Wendel* Asylrechtlicher Selbsteintritt und Flüchtlingskrise, JZ 71 (2016), 332 (333 ff.).

bei einer drohenden Verletzung der Grundrechtecharta,¹²⁴ das sich bei einer überlangen Verfahrensdauer¹²⁵ in eine faktische Selbsteintrittspflicht umwandeln kann,¹²⁶ zugleich gestärkt.

3. *Migrationssteuerung auf der Ebene des Landesrechts*

Die vierte vertikale Ebene der Migrationssteuerung bildet das Landesrecht, welches seinerseits mehrere vertikal und horizontal gegliederte Sub-Ebenen mit unterschiedlicher Regelungsdichte umfasst. In Bundesstaaten wie Deutschland, Österreich und der Schweiz finden sich auf Bundesverfassungsebene nur vereinzelt Bestimmungen zum Migrations- und Ausländerrecht,¹²⁷ während auf Gesetzes- und Verordnungsstufe eine Vielzahl von Erlassen primär¹²⁸ oder mittel-

¹²⁴ Etwa im Falle systemischer Mängel im Asylverfahren und der Aufnahmebedingungen, welche die Gefahr einer un menschlichen und erniedrigenden Behandlung nach Art. 4 GRC bewirken (EuGH, *N.S. und M.E.*, C-411/10 und 493/10, ECLI:EU:C:2011:865, 86). Zur Bedeutung der Grundrechtecharta im Migrationsrecht vgl. Thomas Groß, Migrationsrelevante Freiheitsrechte der EU-Grundrechtecharta, ZAR 2013, 106 ff.

¹²⁵ EuGH, *N.S. und M.E.*, C-411/10 und 493/10, ECLI:EU:C:2011:865, 107 f.; bestätigt in EuGH, *Puid*, C-4/11, ECLI:EU:C:2013:740.

¹²⁶ Vgl. *Sarah Progin-Theuerkauf*/Neueste Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Asylrecht, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.) Schengen und Dublin in der Praxis, aktuelle Fragen, 2009, 324 f.; *Wendel* Asylrechtlicher Selbsteintritt (Fn. 123), 337. Bei der freiwilligen Ausübung des Selbsteintrittsrechts steht den Mitgliedstaaten aber ein weites Ermessen zu. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass humanitäre Gründe für dessen Ausübung vorliegen (EuGH, *Halaf*, C-528/11, ECLI:EU:C:2013:342). Vgl. auch die Rechtsprechung des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts zur Selbsteintrittspflicht: BVGer Urteil v. 3.8.2012, E-2430/2012 (familiäre Gründe); BVGE 2011/9, E. 7 (medizinische Gründe); BVGer Urteil v. 14.12.2010, D-5888/2010, E. 5 (Verstoss gegen das Gleichheitsgebot); BVGer Urteil v. 2.9.2010, E-2310/2010 E. 8 (Verletzung des Beschleunigungsgebots).

¹²⁷ Vgl. etwa für die Schweiz Art. 38 BV (Erwerb und Verlust des Bürgerrechts); Art. 121 BV (Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Ausländerrecht); Art. 121a BV (Steuerung der Zuwanderung). Im deutschen Grundgesetz finden sich ausländerrechtliche Bestimmungen insb. in Art. 16a (Asylrecht) und Art. 74 Abs. 1 Ziff. 4 (konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit zur Regelung des Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Ausländer). Im österreichischen Bundesverfassungsgesetz ist insb. Art. 10 (Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenz im Asylwesen) zu erwähnen.

¹²⁸ Z.B. AuG, AsylG; Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) vom 8.10.1999 (SR 823.20); Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vom 24.10.2007 (SR 142.201). Für das deutsche Recht vgl. die konzise Übersicht von *Kai von Lewinski/Raphael de Barros Fritz* Verwaltung in der (Flüchtlings-)Krise. Zuständigkeitsveränderung als Instrument und Element, BayVBI 2016, 469 ff.

bar¹²⁹ migrationsrechtliche Bezüge aufweisen. Daneben haben aber auch die Bundesländer bzw. Kantone neben ihren vielfältigen Vollzugsaufgaben in ihren bundesstaatlich vorgegebenen Zuständigkeiten in den für das Migrationsrecht ebenfalls bedeutsamen Aufgabengebieten des Schul-, des Gesundheits-, des Sozialhilfe- und des Sicherheitsrechts meist nur fragmentarische Gesetzgebungskompetenzen,¹³⁰ die diese mitunter an die kommunale bzw. die Gemeindeebene weiter delegieren.¹³¹

Den Staaten verbleiben dabei – zumindest ausserhalb des Freizügigkeitsrechts und insbesondere in den Schranken von Art. 8 EMRK – vielfältige Möglichkeiten und Instrumente zur Steuerung und Beschränkung der Migration. Dabei verfügen sie im Bereich der Aufnahme-, Unterbringungs- und Eingliederungsmassnahmen über einen beachtlichen Handlungs- und Ermessensspielraum. Massnahmen wie etwa beschleunigte Rückführungen weggewiesener Migranten, strenge Integrationsgesetze und -vereinbarungen, die etwa zum Besuch von Sprachkursen verpflichten, restriktive oder grosszügige Verlängerungen des Aufenthaltsstatus, Arbeitsmarktzulassungsbeschränkungen oder -erleichterungen sowie andere positive und negative Anreize können ebenfalls eine migrationssteuernde Wirkung entfalten.¹³² Von Bedeutung ist deshalb die von der EU sekundärrechtlich angestrebte Angleichung der Aufnahmebedingungen.¹³³ Diese soll letztlich auch zu einer ausgewogeneren Verteilung der Migrationsströme auf die europäischen Staaten führen.

¹²⁹ Z.B. Art. 97a des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10.12.1907 (SR 210) oder Art. 360a ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30.3.1911 (SR. 220).

¹³⁰ Vgl. *Alberto Achermann* Bundeskompetenzen im Integrationsbereich, Kurzgutachten im Hinblick auf ein mögliches Integrationsgesetz, 2008, abrufbar unter <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/inte-gration/berichte/studie-bundeskompet-integrbereich-d.pdf>> (3.8.2016).

¹³¹ Ob die Gemeinden in den delegierten Bereichen über Autonomie verfügen, richtet sich nach Massgabe des nationalen Rechts (vgl. etwa Art. 50 Abs. 1 BV, 28 Abs. 2 GG).

¹³² Vgl. *Kay Hailbronner/Daniel Thym* Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration, JZ 71 (2016), 753 (755, 757).

¹³³ Vgl. *Florian Trauner* Wie sollen Flüchtlinge in Europa verteilt werden? Der Streit um einen Paradigmenwechsel in der EU-Asylpolitik, integration 2016, 93 (94); *Wolfgang Weiß*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 78, Rn. 44.

VI. Steuerungsmittel und -methoden

Unter den verschiedenen, der Begrenzungssteuerung dienenden Mitteln und Methoden¹³⁴ ist insbesondere die in Deutschland und in Österreich lebhaft diskutierte Einführung von Obergrenzen im Flüchtlingsrecht sowie die in der Schweiz durch die Annahme in einer Volksabstimmung über die sog. Masseneinwanderungsinitiative auf Verfassungsstufe statuierte generelle Verpflichtung zur Einführung von – auf die Einwanderung im Allgemeinen bezogenen – Höchstzahlen und Kontingenten auf ihre völker- und europarechtliche Zulässigkeit hin zu prüfen.

1. Begrenzungssteuerung durch Zahlen- und Verfahrensvorgaben

a) Obergrenzen und Höchstzahlen

Die Statuierung von tiefen und damit praxisrelevanten Obergrenzen oder Höchstzahlen für die Ein- und Zuwanderung ohne Möglichkeit einer rechtsstaatlichen Einzelfallprüfung im Rahmen einer umfassenden Interessen- und Rechtsgüterabwägung, sondern mit automatischen Aus- und Rückschaffungen von Migranten ohne nähere Prüfung völkerrechtlicher Ansprüche oder asylrechtlicher Fluchtgründe, verstösst zunächst gegen Völkerrecht: Mit Bezug auf das Ausländerrecht gegen völkervertragliche Ansprüche aus Niederlassungs- und Freizügigkeitsabkommen, und mit Bezug auf das Flüchtlings- und Asylrecht namentlich gegen das zwingende und auf allen Rechtsebenen sicherzustellende *Refoulement*-Verbot sowie gegen fundamentale Grund- und Menschenrechte der EMRK, der GRC und sämtlicher nationaler Verfassungen der Europaratsstaaten.¹³⁵

Ein strikter Schematismus und Automatismus stehen insbesondere im Widerspruch zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit,¹³⁶ wie dies der EGMR in seiner *Boultif*-, *Üner*- und *Emre*-Rechtsprechung zu Art. 8

¹³⁴ Vgl. *Winfried Kluth* Begrenzung der Schutzgewährung versus alternative Formen der Migrationssteuerung, ZAR 2016, 1 (5 ff.). Zu den Legislativvorschlägen auf Ebene der Union vgl. *Constantin Hruschka* Flüchtlinge als Spielball in der politischen Krise der Europäischen Union, Asyl 3/16, 3 (4 ff.).

¹³⁵ Vgl. auch *Hummer Renaissance* (Fn. 122), Fn. 98; *Kluth* Begrenzung der Schutzgewährung (Fn. 134), 3; weiter differenzierend *Papier Asyl und Migration* (Fn. 107), 2394 f.

¹³⁶ Vgl. *Stefan Kadelbach*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 5, Rn. 49 ff.; *Oliver Koch* Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, 1 ff.; *Niccolò Raselli* Die Attacke auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, AJP 2015, 1351 ff. Zum Verhältnismässigkeitsprinzip im Allgemeinen vgl. *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* (Hrsg.) Verhältnismässigkeit, 2015.

EMRK unter Heranziehung zahlreicher Kriterien anschaulich festgestellt hat.¹³⁷

Zulässig erscheint demgegenüber die zahlenmässige Statuierung von Obergrenzen als blosse Richtwerte, sofern bei deren Erreichen keine schematisierenden Entscheidungsautomatismen ohne individuelle Prüfung und ohne Interessen- und Rechtsgüterabwägung im konkreten Einzelfall, sondern lediglich administrative Korrekturmechanismen mit rascheren Prüfungsverfahren in Gang gesetzt werden.¹³⁸

b) *Quoten und Kontingente*

Für die Frage der Zulässigkeit von Quoten und Kontingenten ist zwischen externen und internen Quoten und Kontingenten zu unterscheiden:

Externe Kontingente und Verteilungsquoten, welche für einen gewissen Prozentsatz von Migranten verbindliche und praxisrelevante Maximalzahlen statuieren und Entscheidungsautomatismen ohne Einzelfallprüfung auslösen, entfalten letztlich dieselbe Wirkung wie verbindliche feste Obergrenzen. Sie verstossen deshalb nicht nur gegen Niederlassungsverträge sowie Freizügigkeits- und Flüchtlingsabkommen,¹³⁹ sondern zugleich auch gegen Grund- und Menschenrechte.

Demgegenüber sind die zwecks solidarischer Lasten- und Kostenaufteilung innerhalb der EU beschlossenen Kontingents- und Quotenregelungen, welche die interne und organisatorische Ver- und Zuteilung von Flüchtlingen anhand objektiver Kriterien wie wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Grösse eines Staates oder Gliedstaates steuern, völker- und europarechtlich zulässig. Sie sind blosse interne Organisations- und Umverteilungsmassnahmen zur Sicherstellung einer verwaltungsrechtlich geregelten solidarischen Lastenverteilung der betroffenen Staaten ohne unmittelbare rechtliche Relevanz für bestehende Niederlassungs- und Freizügigkeitsverträge oder für den Rechtsschutz im Migrationsrecht. Denn die Asylgesuchsteller haben in allen Fällen ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf ein faires Verfahren als Teilgehalt des Rechts auf eine gute Verwaltung gemäss Art. 47 und 41 GRC.¹⁴⁰

¹³⁷ EGMR, *Boultif/Schweiz*, Urteil vom 2.8.2001, 54273/00, Ziff. 46 ff.; EGMR, *Emre/Schweiz*, Urteil vom 22.5.2008, 42034/04, Ziff. 64 ff.; EGMR, *Üner/Niederlande*, Urteil vom 18.10.2006, Nr. 46410/99, Ziff. 58 ff.

¹³⁸ Vgl. auch *Walter Obwexer/Bernd-Christian Funk* Gutachten. Völker- und unionsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge, 2016, 50 f.

¹³⁹ Vgl. oben Kap. IV.

¹⁴⁰ Vom persönlichen Schutzbereich von Art. 41 und 47 GRC erfasst sind nicht nur Staatsangehörige der Mitgliedstaaten, sondern alle von einer Massnahme betroffenen natürlichen und juristischen Personen. Vgl. *Siegfried Magiera*, in: Jürgen Meyer (Hrsg.) *Charta*

2. Fördermassnahmen

Zur Förderung der Zu- und neuerdings auch der Rückwanderung gelangen vielfältige Mittel- und Anreizsysteme zur Anwendung. Erwähnt seien hier etwa die sog. *blue card*-Richtlinie der EU,¹⁴¹ besondere Expats- oder Werbeprogramme für Fachkräfte in verschiedenen Staaten¹⁴² oder die direkte und damit privilegierte Erteilung von mit einer besonders starken Rechtsstellung verbundenen Niederlassungsbewilligungen.¹⁴³ Auch finanzielle Rückkehrhilfen bilden einen Anreiz zur Rückkehr in den Heimatstaat.¹⁴⁴

VII. Fazit und Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das Völkerrecht in den Bereichen des Migrationsrechts nur eine schwache Steuerungsfunktion hat und im Übrigen vielfältige Handlungs- und Vollzugsdefizite aufweist.

Demgegenüber bestehen auf europa- und landesrechtlicher Ebene aufgrund der grund- und verfahrensrechtlichen Garantien eines effektiven Rechtsschutzes wirksame Schranken des Handlungs- und Ermessensspielraums der zuständigen nationalen Migrationsbehörden.

Es konnte überdies aufgezeigt werden, dass zwischen den völker-, europa- und landesrechtlichen Ebenen vielfältige Spannungs- und Wech-

der Grundrechte der europäischen Union, 3. Aufl., Art. 41, Rn. 8; *Svenja Lemke*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 47 GRCh, Rn. 11.

¹⁴¹ Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, ABl. L 155 v. 18.6.2009, 17. Mit einer *blue card* wird es hochqualifizierten Fachkräften ermöglicht, sich in der EU aufzuhalten und einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Vgl. *Jürgen Bast* Migration und Entwicklung, in: Philipp Dann/Stefan Kadelbach/Markus Kaltenborn (Hrsg.) Entwicklung und Recht, 2013, 229 (238 ff.); *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 25), 101.

¹⁴² Z.B. Steuerung der Zuwanderung Hochqualifizierter durch ein bedarfsorientiertes Punktesystem; Teilnahme an internationalen Jobmessen; mehrsprachige Stellenausschreibung; Vereinfachung der Anerkennung ausländischer (Studien-)Abschlüsse und erleichterter Familiennachzug.

¹⁴³ So erhalten etwa Professoren, die an einer Universität, einer eidgenössischen Technischen Hochschule oder am „Institut Universitaire des Hautes-Etudes International“ unterrichten, in der Schweiz sofort eine Niederlassungsbewilligung (*Peter Bolzli*, in: Marc Spezza/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka [Hrsg.] Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 34 Rn. 2).

¹⁴⁴ *Eric Kaser/Saskia Schenker* Rückkehrhilfe der Schweiz: Bilanz und Perspektiven, Schweizerisches Jahrbuch für Entwicklungspolitik 2008, 207 ff. Vgl. auch Art. 93 AsylG.

selverhältnisse zwischen den einzelnen Zielen, Instrumenten und Massnahmen der Migrationssteuerung vorhanden sind:

So bestehen im Migrationsvölkerrecht zahlreiche, insbesondere vertragliche Grundsätze mit daraus resultierenden Rechten und Pflichten, deren jeweilige Geltung, Anwendung und Wirksamkeit aber weitgehend von der Um- und Durchsetzung nationaler Behörden und Gerichte abhängen. Selbst die Steuerungswirkung des zwingenden *Refoulement*-Verbots hängt letztlich vom einzelstaatlichen Vollzug in grund- und menschenrechtlich determinierten und von den europäischen Gerichtshöfen letztinstanzlich kontrollierten Rechtsschutzverfahren ab.

Auf der Ebene des Europarechts bestehen deshalb – insbesondere aufgrund des Gebots eines effektiven Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte – wirksame Schranken gegenüber den Handlungs- und Ermessensspielräumen der zuständigen Behörden und Institutionen. Das Europarecht übt damit einen massgeblichen Einfluss auf die Migrationssteuerung aus, gerät dabei allerdings auch mit divergierenden nationalen Interessen in Konflikt, die aber im Lichte des Solidaritätsgedankens mitunter nur schwer nachvollziehbar sind. Im Rahmen der jüngsten Flüchtlingskrise offenbarten sich überdies grosse Vollzugsdefizite.

Auf der Ebene des Landesrechts besteht sodann ein Spannungs- und Wechselverhältnis zwischen der fortbestehenden einzelstaatlichen Zuständigkeit und Souveränität bei der Entscheidung über die Einreise, den Aufenthalt sowie die Aus- und Rückschaffung einerseits sowie einer verstärkten Rechtsstellung des Individuums nach den Vorgaben des Völker- und Europarechts durch den Ausbau und die verfahrensrechtliche Stärkung der Menschen- und Minderheitenrechte andererseits. Dieser Ausbau führt im Rahmen des Kooperationsverhältnisses zwischen den einzelstaatlichen Gerichten sowie dem EGMR und dem EuGH in allen Bereichen des vielschichtigen Migrationsrechts zu einer weitgehend völker- und europarechtskonformen Rechtsprechung und damit zu mehr Rechtssicherheit sowohl für die Staaten als auch für die betroffenen Individuen.

In diesem letzteren Sinne einer verfahrens- und menschenrechtlichen Beschränkung migrationsrechtlicher Steuerungsmaßnahmen kann das europäische Mehrebenensystem der Migrationssteuerung als ein weiteres Beispiel spezifischer regionaler Rechte und Verfahren und damit einer Fragmentierung universeller völkerrechtlicher Mindeststandards angesehen werden, was aufgrund der Vorbildfunktion der beiden europäischen Gerichte in Strassburg und Luxemburg letztlich zur Weiterentwicklung des universellen Völkerrechts in diesen Bereichen beiträgt. Denn im Unterschied zum eher steuerungsarmen allgemeinen Völkerrecht in Fragen des Migrationsrechts wird auf der regionalen europäischen Ebene die Rechtsstellung des Individuums durch eine evolutiv-

dynamische Rechtsprechung dieser beiden Gerichtshöfe massgeblich ge- und verstärkt, mit der Folge, dass die Handlungs- und Ermessensspielräume der nationalen Migrationsbehörden beim Erlass und Vollzug migrationssteuernder Massnahmen massgeblich beschränkt werden. Die auf diese Weise herausgebildeten regionalen Mindeststandards des Europarechts dürften in Zukunft durch die gemeinsame Praxis und die entsprechende Rechtsüberzeugung als regionales Völkergewohnheitsrecht Vorbildcharakter für die übrige Staatengemeinschaft haben.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Migrationssteuerung im Mehrebenensystem

I. Einleitung

(1) Die gegenwärtigen komplexen Migrationsfragen, insbesondere auch im Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise oder mit der nach dem Brexit-Referendum entfachten Diskussion über weitere Ausnahmen und Schranken der EU-Personenfreizügigkeit, sind – nebst den vorwiegend politischen und ökonomischen Ursachen – auch eine Folge von vielfältigen Handlungs- und Vollzugsdefiziten des völker-, europa- und landesrechtlich ausgestalteten Migrationsrechts.

(2) Migrationsursachen sind vielfältig, weshalb die Migration einer allein rechtlichen Regelung und Steuerung kaum zugänglich ist.

II. Begriffliche Eingrenzung

1. Der Begriff „Mehrebenensystem“

(3) Der Begriff des „Mehrebenensystems“ kennzeichnet das Zusammen- und Nebeneinanderwirken gegenseitig vernetzter internationaler, supranationaler, transnationaler, nationaler, regionaler und lokaler legislativer und exekutiver sowie justizieller Institutionen und Organe, die – abgestützt auf vielfältige und vielschichtige völker- und landesrechtliche Normen und Interessen unter Berücksichtigung der im Privat-, Straf- und öffentlichen Recht normierten Grundsätze und Rechte – auf verschiedenen vertikalen und horizontalen Schichten unterschiedlicher Hierarchiestufen interagieren.

2. Der Begriff „Migrationsrecht“

(4) Der Begriff des Migrationsrechts umfasst Normen sowohl über die ordentliche Migration, welche sich entweder auf einen bilateralen Niederlassungsvertrag, ein multilaterales Freizügigkeitsabkommen oder eine rein nationale Rechtsgrundlage stützt, als auch über die ausserordentliche

und die irreguläre Migration durch Flüchtlinge, sonstige Vertriebene und Staatenlose.

(5) Die in neuerer Zeit vermehrte Verwendung des Begriffs der „irregulären Migration“ und die damit verbundene Abwertung des Flüchtlingsbegriffs dürfen nicht zu Einschränkungen des Rechts- und Verfahrensschutzes von Flüchtlingen nach dem Asylrecht führen.

III. Migrationssteuerung

1. Der Begriff der Migrationssteuerung

(6) Migrationssteuerung ist der Versuch, die Migration und Zuwanderung entsprechend den jeweils verfolgten Zielen und öffentlichen Interessen mittels politischer, rechtlicher, sozialer und wirtschaftlicher Mittel und Anreizsysteme zu lenken, insbesondere zu fördern oder zu begrenzen.

2. Instrumente der Migrationssteuerung

(7) Als rechtliche Instrumente der Migrationssteuerung in Europa kommen entsprechend den damit verfolgten gesellschaftlichen, politischen, sozialen und wirtschaftlichen Zielen Rechtssetzungs-, Rechtsprechungs- und Rechtsanwendungsakte auf allen völker-, europa- und landesrechtlichen Ebenen in Frage.

(8) Durch eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen Staaten und internationalen Organisationen auch in Bereichen des Migrationsrechts könnten angesichts der beschränkten Möglichkeiten der einzelnen Staaten und internationalen Organisationen vermehrt Migrations- und Zuwanderungsprobleme vermindert und gelöst werden.

3. Einfluss der Vorrangregeln auf die Migrationssteuerung

(9) Der Vorrang der hierarchisch höheren Rechtsebene beeinflusst und beschränkt die Migrationssteuerungsziele und -massnahmen der tieferen Rechtsebenen.

IV. Migrationssteuerung durch das Völkerrecht

(10) Es ist nicht auszuschliessen, dass nationale und internationale Gerichte in Zukunft aus Art. 12 Abs. 2 IPbPr ein subjektives Recht jedes

Menschen auf Migration und Asyl ableiten und im Rahmen der grundrechtlichen Schrankendogmatik näher bestimmen.

(11) Auf völkerrechtlicher Ebene bedarf es für eine wirksame Migrationssteuerung einer verstärkten Kooperation und eines entsprechenden Souveränitätsverzichts der Staaten insbesondere zugunsten eines verstärkten individuellen Rechts- und Verfahrensschutzes in den Bereichen des humanitären Völker- und Flüchtlingsrechts sowie der Menschen- und Minderheitenrechte.

(12) Migrationsrechtliche Kooperationsabkommen müssen vermehrt mit spezifischen Entwicklungs-, Investitionsschutz- und Rücknahmeklauseln ergänzt und mit einer Förderung der wirtschaftlichen Strukturen und rechtsstaatlichen Verfahren in den Herkunftsländern der Flüchtlinge i.S.v. good governance verknüpft werden.

1. Migrationssteuerung durch Niederlassungsverträge

(13) Die ab Mitte des 19. Jahrhunderts geschlossenen bilateralen Niederlassungsverträge waren Ausdruck des damaligen Koexistenz- und Koordinationsvölkerrechts im Bereich des Migrationsrechts, haben aber weiterhin eine wichtige Bedeutung für die migrationsrechtliche Steuerungsfunktion ausserhalb der EU.

2. Migrationssteuerung durch die Vereinten Nationen

(14) Um kriegerische Konflikte als wichtigste Ursache von Flüchtlingsströmen zu verhindern, zu begrenzen oder zu lösen, ist das Vetorecht der fünf ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats bei Fragen im Zusammenhang mit dem humanitären Völker- und Flüchtlingsrecht einzuschränken und durch spezifische Beschluss- und Verfahrenskompetenzen mit Mehrheitsbeschlüssen, d.h. ohne Vetorecht, zu ergänzen bzw. zu ersetzen.

(15) Der UN-Generalsekretär hat bei schwerwiegenden Flüchtlingskrisen mit unkontrollierten Flüchtlingsströmen, welche die Stabilität in einer Weltregion und damit den Weltfrieden sowie die internationale Sicherheit gefährden, von seiner in Art. 99 der UN-Charta eingeräumten Kompetenz, den Sicherheitsrat zu befassen, verstärkt Gebrauch zu machen.

(16) Bei schwerwiegenden Flüchtlingskrisen mit unkontrollierten Flüchtlingsströmen, welche die Stabilität und Sicherheit einer Weltregion beeinträchtigen, sollen die betroffenen Staaten zur Teilnahme an Resettlement-Konferenzen und -Verfahren des UNHCR verpflichtet werden können.

3. Migrationssteuerung durch bilaterale Abkommen

(17) *In den Bereichen der bilateralen Entwicklungszusammenarbeit können sog. Migrations- und Mobilitätspartnerschaften ein wirksames Instrument einer Migrationssteuerung sein.*

V. Migrationssteuerung im Europarecht

1. Instrumente der Migrationssteuerung im Europarecht i.w.S.

(18) *Der Europarat, die OECD und die OSZE haben – jeweils im Rahmen ihrer Zuständigkeiten – bei humanitären Flüchtlingskrisen in Europa und auf den nach Europa führenden Flüchtlingsrouten verstärkt zusammen sowie Lösungs- und Vermittlungsvorschläge auszuarbeiten.*

(19) *Der Anerkennung positiver Schutzpflichten in der Konventionsrechtsprechung des EGMR und der dadurch gestärkten „responsibility to protect“ der EMRK-Vertragsstaaten kommt eine bedeutsame migrationssteuernde Schutzwirkung zu.*

2. Migrationssteuerung im Europarecht i.e.S.

(20) *Mit Blick auf die bevorstehenden Brexit-Verhandlungen sind Fragen weiterer Ausnahmen und Einschränkungen der Personenfreizügigkeit im EU-Binnenmarkt zu prüfen, zumal der diesbezügliche ordre public-Vorbehalt sich mitunter als zu eng erweist.*

(21) *Die Statusrechte von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, Angehörigen assoziierter Staaten sowie von Drittstaatsangehörigen dürfen als Mindeststandards nicht vermindert werden, sondern sind weiterhin anhand menschenrechtlicher Kriterien, wie namentlich des Rechts auf Achtung des Familienlebens und des Kindeswohls, weiter zu entwickeln und zu stärken.*

(22) *Europäische Migrationssteuerung hat sich nicht auf die Begrenzung der Zuwanderung zu beschränken, sondern muss auch die Förderung einer erwünschten und ausgewogenen Migration zum Ziel haben.*

(23) *Das Schengen-System ist mit Bezug auf die Befugnis zur Wiedereinführung und Verlängerung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen zum Schutz vor unkontrollierter Migration zu reformieren.*

(24) *Durch die Beseitigung der Binnengrenzkontrollen fördert das Schengen-Regime bei unterlassener Registrierung von Flüchtlingen entgegen dem Dublin-Verfahren die irreguläre Weiterreise von Asylsuchenden.*

(25) *Das Dublin-System, welches bei grösseren Flüchtlingsströmen die Staaten an den südlichen und östlichen EU-Aussengrenzen ohne solidarische Kompensationsmassnahmen der übrigen Mitgliedstaaten übermässig*

belastet, bedarf zur besseren Verwirklichung des Grundsatzes der Solidarität einer grundlegenden Reform.

(26) Zur Verwirklichung der Solidarität und zur Gewährleistung einer gerechten Lastenverteilung ist unter den EU-Staaten bei der Fassung und Umsetzung der Zu- und Umverteilungsbeschlüsse ein System von rechtsverbindlichen Quoten – unter Berücksichtigung der Bevölkerungszahl wie auch des Ausländeranteils – einzuführen.

(27) Damit Steuerung im Flüchtlingsbereich der EU und der mit ihr im Flüchtlingsbereich assoziierten Staaten funktioniert, ist die Überführung des GEAS in ein einheitliches Asylsystem weiter umzusetzen und damit ein ausschliesslich rechtlich begründetes Konkurrenzverhalten zwischen den Mitglied- und Vertragsstaaten (sog. „race to the bottom“) auszuschliessen.

3. Migrationssteuerung auf der Ebene des Landesrechts

(28) Auf einzelstaatlicher Ebene bestehen bei der Registrierung, bei der Dauer und der Durchführung der Asylverfahren sowie beim Rechtsschutz vielfältige Handlungs- und Vollzugsdefizite.

(29) Ein glaubwürdiges Migrationsrecht setzt einen wirksamen Vollzug durch die hierfür in erster Linie zuständigen nationalen Behörden voraus.

(30) Zur Herstellung der für die Funktionsfähigkeit des Dublin-Systems notwendigen Voraussetzungen sind rechtsstaatliche Mindeststandards in den Asylverfahren der Mitgliedstaaten sicherzustellen.

(31) Gegen ausländer- und asylrechtliche Aus- und Rückschaffungsentscheide ist ein effektiver Rechtsschutz gemäss Art. 6 und 13 EMRK sowie Art. 47 GRC zu gewährleisten.

(32) Rechtliche Integrations- sowie soziale und politische Inklusionsprogramme wie auch die Erteilung der Staatsangehörigkeit können die Migrationssteuerung wirksam ergänzen.

VI. Steuerungsmittel und -methoden

1. Begrenzungssteuerung durch Zahlen-Verfahrensvorgaben

(33) Verbindliche und von den Behörden direkt und automatisch anzuwendende nationale Obergrenzen und Höchstzahlen im Migrationsrecht verstossen gegen Völker- und Europarecht.

(34) Unverbindliche und von den Behörden nicht direkt und automatisch anzuwendende nationale Obergrenzen und Höchstzahlen im Migrationsrecht verstossen als blosse interne und organisationsrechtliche Richtzahlen nicht gegen Völker- und Europarecht.

(35) *Ausländer- und asylrechtliche Quoten und Kontingente innerhalb eines Staates oder eines Staatenverbunds ohne automatische Ablehnung von Asylanträgen, Einreise- oder Aufenthaltsbewilligungen und ohne automatische Aus- und Rückschaffungen verstossen nicht gegen Völker- und Europarecht.*

(36) *Innerstaatliche oder EU-interne Quoten- und Umverteilungsregelungen setzen eine verstärkte Kooperation zwischen den zuständigen Behörden und Organen voraus, wofür die hierfür erforderlichen Zuständigkeiten zu schaffen bzw. zu ergänzen sind.*

2. Fördermassnahmen

(37) *Es bestehen vielfältige rechtliche und finanzielle Mittel und Anreizsysteme zur Förderung der Zu- und Rückwanderung.*

VII. Fazit

(38) *Das Völkerrecht hat nur eine schwache Steuerungsfunktion im Bereich der Migration und weist überdies vielfältige Handlungs- und Vollzugsdefizite auf.*

(39) *Im Europa- und Landesrecht der Europaratsstaaten setzt der Schutz der Grund- und Verfahrensrechte dem Handlungs- und Ermessensspielraum der Migrationsbehörden wirksame Schranken.*

(40) *Spezifische Regelungen und Verfahren des Europarechts in den Bereichen des Migrationsrechts und der Migrationssteuerung führen zwar zu einer weiteren Fragmentierung des Völkerrechts, können aber durch ihre Vorbildfunktion sowohl das Kooperationsvölkerrecht in den migrationsrechtlichen Bereichen als auch den effektiven Schutz der Grund- und Menschenrechte im universellen Völker- und Flüchtlingsrecht positiv beeinflussen und dadurch insgesamt nachhaltig stärken.*

Erster Beratungsgegenstand:

Migrationssteuerung im Mehrebenensystem

2. Referat von *Kerstin Odendahl*, Kiel*

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	50
II. Begrifflichkeiten	51
1. Mehrebenensystem	51
2. Migration.	53
3. Migrationssteuerung	55
III. Steuerungsobjekte	58
IV. Steuerungssubjekte und -kompetenzen.	58
1. Völkerrechtliche Ebene	59
2. Europarechtliche Ebene	60
3. Nationale Ebene	61
4. Vielfalt direkter wie indirekter Steuerungssubjekte	63
V. Steuerungsziele	63
1. Offenheit der Steuerungsziele	63
2. Drei Kategorien von Steuerungszielen	64
3. Leit- und Einzelsteuerungsziele	65
VI. Steuerungsrahmen und -spielräume	66
1. Zu- und Abwanderungsrecht deutscher Staatsangehöriger	66
2. Freizügigkeit der Unionsbürger	67
3. Freizügigkeitsähnlicher Status von Staatsangehörigen assoziierter Drittstaaten.	68
4. Grund- und Menschenrechte von Drittstaatsangehörigen.	69
a) Recht auf Asyl.	69
b) Besonderer Schutz der Familie	72

* Mein Dank gilt meiner Wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Katharina Seifert*, die mich bei der Recherche und der Fertigstellung des Fußnotenapparats tatkräftig unterstützt hat. Meinem Kollegen *Andreas von Arnould* danke ich sehr für die wertvollen Anregungen für die Endfassung des Vortragsmanuskripts.

5. Schutzpflichten gegenüber Drittstaatsangehörigen.	73
6. Abschiebungs- und Auslieferungsverbote	75
7. Unterschiedliche Weite der Steuerungsspielräume.	77
VII. Steuerungsinstrumente	78
1. Direkte und indirekte Steuerungsinstrumente.	78
2. Steuerungsinstrumente im Mehrebenensystem.	79
3. Ineinandergreifen von Steuerungsinstrumenten	79
4. Zusammenführung von Steuerungsinstrumenten zu einem Steuerungssystem	79
5. Parallelität von Steuerungsinstrumenten.	82
VIII. Migrationssteuerung im Mehrebenensystem: zwei Beispiele . .	83
1. Abschiebung	83
2. Der sog. Flüchtlingsstrom	85
IX. Fazit	89

I. Einleitung

Das Jahr 2014 brach die Rekorde von 1992. Rund 1,4 Millionen Personen zogen nach Deutschland, rund 0,9 Millionen verließen es. Das Wanderungsplus betrug etwa 0,5 Millionen.¹ Die vorläufigen² Zahlen für 2015 zeigen einen erneuten Anstieg – einen erheblichen bei der Zuwanderung, einen leichten bei der Abwanderung.³ Etwa 1,9 Millionen Personen kamen nach Deutschland, etwa eine Million zogen fort. Ergebnis war ein Wanderungsplus von rund 0,9 Millionen. Deutschland stellt damit seit mehreren Jahren – mittlerweile unmittelbar nach den Vereinigten Staaten von Amerika – den Staat mit der weltweit zweithöchsten Zuwanderung dar.⁴ 2015

¹ Vgl. *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* Migrationsbericht 2014. Zentrale Ergebnisse, Januar 2016 <http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Migrationsberichte/migrationsbericht-2014-zentrale-ergebnisse.pdf?__blob=publicationFile> (29.9.2016).

² Der Migrationsbericht 2015 wird erst im Januar 2017 veröffentlicht.

³ *Statistisches Bundesamt* Bevölkerung und Erwerbstätigkeit. Vorläufige Wanderungsergebnisse 2015, 14.7.2016 <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/Wanderungen/vorlaeufigeWanderungen5127101157004.pdf?__blob=publicationFile> (29.9.2016) sowie die dazu gehörende Pressemitteilung Nr. 246 vom 14.7.2016 <https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/07/PD16_246_12421.html> (29.9.2016). Zum damaligen Zeitpunkt wurde noch von etwa 2,1 Millionen Zuwanderern ausgegangen. Am 30.9.2016 wurde die Zahl um rund 200.000 Personen nach unten korrigiert, vgl. *Julian Staib* FAZ vom 1.10.2016, 1 f.

⁴ Vgl. *OECD International Migration Outlook 2014 (Summary in German)/Internationaler Migrationsausblick 2014, 1; OECD International Migration Outlook 2015 (Summary in German)/Internationaler Migrationsausblick 2015, 1; Andreas Kufer* ZAR 2015, 262 (262).

erlebte Deutschland die stärksten Migrationsbewegungen seit 1950. Für 2016 ist hingegen von einem deutlichen Rückgang der Zuwanderung auszugehen.⁵

Angesichts dieser Mischung aus Rekordzahlen und Schwankungen stellt sich die Frage: Lässt sich Migration mit Hilfe des Rechts steuern?⁶ Und wenn ja, auf welcher Ebene? Zu ihrer Beantwortung sind zunächst drei Begriffe zu klären: Mehrebenensystem, Migration und Migrationssteuerung.

II. Begrifflichkeiten

1. Mehrebenensystem

Der Begriff des „Mehrebenensystems“ ist in der Rechtswissenschaft,⁷ insbesondere in der Völker- und Europarechtswissenschaft,⁸ etabliert.⁹

⁵ Vgl. *Staub* FAZ vom 1.10.2016, 1 f.

⁶ Die Forderungen, dass die Migration gesteuert (oder gestaltet bzw. gelenkt) werden müsse, wurde insb. im Laufe des Jahres 2016 immer lauter, vgl. etwa *Jasper von Altenbockum* FAZ vom 15.7.2016, 1; *Philip Plickert* FAZ vom 15.7.2016, 17; *Heinz Faßmann* FAZ vom 27.6.2016, 6.

⁷ Ursprünglich stammen die Begriffe der „Ebene“ (vgl. *Fritz W. Scharpf* PVS 26 [1985], 323 [334, 338, 348]) und des „Mehrebenensystems“ (vgl. *Markus Jachtenfuchs/Beatrice Kohler-Koch* Regieren im dynamischen Mehrebenensystem, in: dies. [Hrsg.] Europäische Integration, 1996, 25, sowie überblicksartig *Dian Schefold* JöR 60 [2012], 49 ff.) aus der Politikwissenschaft, die damit Entscheidungsprozesse in föderal organisierten Staaten und in der EU erklärte.

⁸ Vgl. exemplarisch *Matthias Knauff* Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010; *Andreas Zimmermann* (Hrsg.) Folterprävention im völkerrechtlichen Mehrebenensystem, 2011; *Klaus Sieveking* (Hrsg.) Wechselwirkungen von Migration und Integration im europäischen Mehrebenensystem. Rechts- und sozialwissenschaftliche Beiträge, 2011; *Nele Matz-Lück/Mathias Hong* (Hrsg.) Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012; *Maike Kuhn* Die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik im Mehrebenensystem: eine rechtswissenschaftliche Untersuchung am Beispiel der Militäroperation der Europäischen Union in der Demokratischen Republik Kongo 2003, 2012; *Johanna Monien* Prinzipien als Wegbereiter eines globalen Umweltrechts? Das Nachhaltigkeits-, Vorsorge- und Verursacherprinzip im Mehrebenensystem, 2014; *Cristina Fraenkel-Haeberle* Die Universität im Mehrebenensystem: Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich, 2014; *Annette Braun* Kommunalisierung von Umweltaufgaben im europäischen Mehrebenensystem, 2014; *Thilo Marauhn* Unionstreue, in: *Reiner Schulze/Manfred Zuleeg/Stefan Kadelbach* (Hrsg.) Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2015, § 7 Rn. 2 ff.; *Mahdad Mir Djawadi* Individualsanktionen des UN-Sicherheitsrates gegen Al Qaida und die Taliban. Zum Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und individueller Freiheit im Mehrebenensystem von Völkerrecht, Europarecht und nationalem Verfassungsrecht, 2016.

⁹ Zum Teil wird der Begriff als nicht passend für die Rechtswissenschaft empfunden. Entsprechend werden andere Begriffe wie „Mehrebenenrechtsverbund“ für das Ineinander-

Verstanden wird darunter das Ineinandergreifen von Völker-, Europa- und nationalem Recht,¹⁰ zum Teil ergänzt um weitere innerstaatliche Ebenen.¹¹ Hauptebene ist dabei immer die nationale.¹²

Dieser Begriff wird auch der Untersuchung zugrunde gelegt – mit einer Besonderheit: Zu der klassischen „vertikalen“ Analyse der in einem Hierarchieverhältnis zueinander stehenden Ebenen tritt eine „horizontale“¹³ hinzu. Es gibt nicht „die“ nationale Ebene, sondern fast 200.¹⁴ Innerhalb einer Ebene stehen die Rechtsordnungen in einem Parallelitätsverhältnis zueinander. Die horizontale und die vertikale Analyse können sich jedoch auch überschneiden. Werden Kompetenzen auf die EU übertragen, so ist diese Materie im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten „vertikal“, im Verhältnis zu Drittstaaten „horizontal“ angelegt. Dieser *zweidimensionale Ansatz* wird die folgende Untersuchung, die sich auf die *lex lata* beschränkt, prägen. Als nationale Ebene wird exemplarisch die deutsche Rechtsordnung herangezogen.

greifen von Völker-, Europa- und nationalem Recht, vgl. *Knauff* Regelungsverbund (Fn. 8), 7, oder „Mehrebenenrechtsordnung“ für das Ineinandergreifen der Ebenen innerhalb einer Rechtsordnung, vgl. *Christoph Möllers* Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005, 228 ff., entwickelt.

¹⁰ Vgl. *Zimmermann* Folterprävention (Fn. 8); *Sievekling* Wechselwirkungen (Fn. 8); *Matz-Lück/Hong* Grundrechte (Fn. 8); *Kuhn* Sicherheits- und Verteidigungspolitik (Fn. 8); *Monien* Prinzipien (Fn. 8); *Mir Djawadi* Individualsanktionen (Fn. 8).

¹¹ Vgl. *Fraenkel-Haeberle* Universität (Fn. 8); *Braun* Kommunalisierung (Fn. 8); *Ines Härtel* Solidarität, Austerität, Solidarität. Staatsverschuldung und die (verfassungs-)rechtliche Verankerung von Schuldenbremsen im föderalen Mehrebenensystem (USA und Deutschland), 2014; *Elisabeth Alber* (Hrsg.) Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem: Herausforderungen im 21. Jahrhundert, 2014.

¹² Vgl. *Möllers* Gewaltengliederung (Fn. 9), 219 ff.; *Knauff* Regelungsverbund (Fn. 8), 10 ff.; *Schefold* JöR 60 (2012), 49 (50 ff.).

¹³ Vom Grundansatz her ähnlich *Möllers* Gewaltengliederung (Fn. 9), 246 ff., mit Bezug auf das horizontale Verhältnis zwischen den Organen innerhalb einer Ebene. S. auch die Kritik von *Peter Häberle* am reinen „Denken in Hierarchien“ im Mehrebenensystem, vgl. *ders.* Wortmeldung, VVDStRL 66 (2007), 84. Eine horizontale Perspektive zwischen Staaten ergibt sich durch die Loyalitätspflicht der EU-Mitgliedstaaten untereinander (insb. allgemeine Kooperations-, Mitteilungs- und Auskunftspflichten) gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV, vgl. *Stefan Kadelbach* in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 4 EUV Rn. 151 ff.

¹⁴ In eine ähnliche Richtung *Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration* Einwanderungsgesellschaft 2010. Jahresgutachten 2010 mit Integrationsbarometer, 67.

2. Migration

Für den Begriff der „Migration“ hat sich hingegen keine allgemein anerkannte Definition etablieren können.¹⁵ Die wohl breiteste Anerkennung haben die Definitionsansätze der *Vereinten Nationen* gefunden.¹⁶ Migration sei kein Einzelereignis, sondern ein kontinuierlicher Prozess.¹⁷ Sie könne international, also grenzüberschreitend,¹⁸ und national, also innerstaatlich,¹⁹ sein. Eine grenzüberschreitende Migration liege vor, wenn eine Person den Staat ihres ständigen Wohnsitzes²⁰ mit der Absicht oder der Möglichkeit verlasse, sich in einem anderen Staat für einen längeren Zeitraum aufzuhalten.²¹ Dementsprechend kann auch der eigene Staatsangehörige ein

¹⁵ Vgl. *Paul Mecheril/Oscar Thomas-Olalde/Claus Melter/Susanne Arens/Elisabeth Romaner* Migrationsforschung als Kritik? Erkundung eines epistemischen Anliegens in 57 Schritten, in: dies. (Hrsg.) *Migrationsforschung als Kritik? Spielräume kritischer Migrationsforschung*, 2013, 7 (8); *Global Migration Group* International Migration and Human Rights, 2008, 7; *Office of the High Commissioner for Human Rights* Migration and human rights. Improving human rights based governance of international migration, 2012, 7 Fn. 1. Die Rechtswissenschaft hat diese Lücke bislang nicht geschlossen. Die meisten Werke, die ausdrücklich den Begriff „Migration“ im Titel tragen, definieren ihn nicht, so etwa *Daniel Thym* Migrationsverwaltungsrecht, 2010; *Jürgen Bast* Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011. Aus dem Inhalt der Arbeiten erschließt sich jedoch, dass mit „Migration“ die grenzüberschreitende Migration von Nicht-Unionsbürgern gemeint ist. Eine Definition findet sich bei *Matthias Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (385): staatenüberschreitende Bevölkerungswanderung.

¹⁶ Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge legt seiner Arbeit – ohne dies explizit zu erklären – den von der UNO umrissenen Begriff der grenzüberschreitenden Migration zugrunde. Seine jährlichen Migrationsberichte, erstellt im Rahmen seiner Begleitforschung (§ 75 Nr. 4 AufenthG; näher dazu *Susanne Worbs/Axel Kreienbrink* ZAR 2015, 325 ff.), untersuchen grenzüberschreitende Personenbewegungen, die mit einem Aufenthalts- oder Wohnsitzwechsel verbunden sind. Dokumentiert werden dabei die Zu- und Fortzüge sowohl ausländischer als auch deutscher Staatsangehöriger.

¹⁷ Vgl. etwa Report of the Secretary-General, International migration and development, UN Doc. A/60/871, 18.5.2006, Rn. 111; Report of the Secretary-General, International migration and development, UN Doc. A/69/207, 30.7.2014, Rn. 19.

¹⁸ Vgl. etwa Secretary-General, A/60/871 (Fn. 17), Rn. 112; United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, Recommendations on Statistics of International Migration, Revision 1, UN Doc. ST/ESA/STAT/SER.M/58/Rev.1, 1998, Rn. 32; United Nations Economic Commission for Europe, Conference of European Statisticians Recommendations for the 2010 Census of Population and Housing, UN Doc. ECE/CES/STAT/NONE/2006/4, 2006, Rn. 372.

¹⁹ Vgl. etwa UN Doc. ECE/CES/STAT/NONE/2006/4 (Fn. 18), Rn. 371.

²⁰ Vgl. etwa UN Doc. ST/ESA/STAT/SER.M/58/Rev.1 (Fn. 18), Rn. 32; UN Doc. ECE/CES/STAT/NONE/2006/4 (Fn. 18), Rn. 161, 372; United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, International Migration Flows to and from Selected Countries: The 2008 Revision, UN Doc. POP/DB/MIG/Flow/Rev.2008, 2009, 1.

²¹ Vgl. etwa Secretary-General, A/60/871 (Fn.17), Rn. 112; UN Doc. ST/ESA/STAT/SER.M/58/Rev.1 (Fn. 18), Rn. 32.

grenzüberschreitender Migrant sein.²² Je nach Dauer des Aufenthalts sei Migration langfristig (über ein Jahr) oder kurzfristig (unter einem Jahr).²³ Aufenthalte unterhalb von drei Monaten seien „Besuche“.²⁴ Die Gründe für Migration reichten von der Flucht vor Gewalt, Naturkatastrophen, Umweltveränderungen²⁵ oder Armut über die Familienzusammenführung bis hin zur Suche nach einem besseren Leben.²⁶

In Anlehnung an den von den Vereinten Nationen als internationale Migration bezeichneten Vorgang wird in dieser Untersuchung mit folgendem Migrationsbegriff gearbeitet: *„Migration“ ist eine grenzüberschreitende Personenbewegung, mit der ein Wohnsitz oder ein dauernder Aufenthalt begründet wird – unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Person und unabhängig von den Gründen für einen solchen Schritt. Dabei wird keine Differenzierung zwischen der lang- und der kurzfristigen Migration gemacht; wohl aber bleiben Besuche außen vor.*²⁷

²² Vgl. etwa Secretary-General, A/60/871 (Fn. 17), Rn. 112. Der Begriff wird allerdings nicht einheitlich gehandhabt. Es gibt auch UN-Dokumente, in denen als grenzüberschreitender Migrant nur die Person bezeichnet wird, die außerhalb des Staates lebt, in dem sie geboren wurde, vgl. etwa United Nations, Department of Economic and Social Affairs, International Migration Report 2015: Highlights, UN Doc. ST/ESA/SER.A/375, 2016, 4, und/oder dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, vgl. etwa Report of the Secretary-General, International migration and development, UN Doc. A/68/190, 25.7.2013, Fn. 1; United Nations, Economic and Social Council, Human Rights of Migrants, Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1999/44, E/CN.4/2000/82, 6.1.2000, Rn. 36 (a).

²³ Vgl. etwa UN Doc. ST/ESA/STAT/SER.M/58/Rev.1 (Fn. 18), Rn. 36 f.; UN Doc. ECE/CES/STAT/NONE/2006/4 (Fn. 18), Rn. 161; UN Doc. POP/DB/MIG/Flow/Rev.2008 (Fn. 20), 1; Final Report of the United Nations Economic Commission for Europe Task Force on analysis of international migration estimates using different length of stay definitions, UN Doc. ECE/CES/2012/7, 28.3.2012, Rn. 6, 9, 31.

²⁴ Vgl. etwa UN Doc. ST/ESA/STAT/SER.M/58/Rev.1 (Fn. 18), Rn. 34; Final report, ECE/CES/2012/7 (Fn. 23), Rn. 31.

²⁵ Näher dazu *Michael Bothe* FS Kay Hailbronner, 2013, 549 ff.; *Dirk Hanschel* ZAR 2017, 1 ff.

²⁶ Vgl. etwa Secretary-General, A/68/190 (Fn. 22), Rn. 18; *High Commissioner* Improving human rights (Fn. 15), 10.

²⁷ Migration stellt sich aus Sicht des Herkunftsstaates als Emigration oder Aus- bzw. Abwanderung, aus Sicht des Aufnahmestaates als Immigration oder Ein- bzw. Zuwanderung dar. Im Folgenden wird daher von „Migration“ gesprochen, wenn die Personenbewegung aus einer übergeordneten Perspektive betrachtet wird. Wenn es um die jeweilige staatliche Sicht geht, werden die Begriffe „Zu- und Abwanderung“, nicht aber „Ein- und Auswanderung“ verwendet. Letztere implizieren einen endgültigen Zustand, so dass der Begriff der „Zuwanderung“ seit den 1990er Jahren bevorzugt wird, vgl. *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 13 f. Die Endgültigkeit entsprach und entspricht nicht der Realität, vgl. *Sebastian Conrad* FAZ vom 4.1.2016, 6.

3. Migrationssteuerung

Der Begriff der „Migrationssteuerung“ (auf Englisch: „migration management“²⁸ oder „migration governance“²⁹) ist verhältnismäßig neu. Seit Ende der 1990er Jahre hat er in zahlreiche *Rechtsnormen* Eingang gefunden. Erwähnt seien exemplarisch Art. 79 Abs. 1 AEUV („wirksame Steuerung der Migrationsströme“) und § 1 Abs. 1 Satz 1 AufenthG („Steuerung [...] des Zuzugs von Ausländern“). Auch in der *Rechtswissenschaft* ist der Begriff angekommen.³⁰ Umschrieben wird er als „zukunftsorientierte Gestaltung von Migrationsprozessen“, als „Versuch, mit den Mitteln des Rechts gestaltend in das Migrationsgeschehen einzugreifen, um bestimmte, politisch zu definierende Steuerungsanliegen zu verfolgen.“³¹

Dass die *Funktion des Rechts* nicht allein darin besteht, eine Rahmenordnung darzustellen und auf soziale Veränderungen zu reagieren, sondern auch darin, gesellschaftliche Veränderungen herbeizuführen, ist in Rechtsprechung³² und Lehre³³ anerkannt. Insbesondere die sog. „Neue Verwal-

²⁸ Vgl. statt vieler *Martin Philip* FS Kay Hailbronner, 2013, 869 ff. Teilweise werden die Bezeichnung „Migrationsmanagement“ und „Migrationssteuerung“ auch im Deutschen parallel verwendet, vgl. etwa *Kay Hailbronner/Daniel Thym* JZ 2016, 753 (755 ff.).

²⁹ Vgl. statt vieler *Kay Hailbronner/Rey Koslowski* Models for Immigration Management Schemes, Immigration Paper Series, The German Marshall Fund of the United States, Washington, 2009.

³⁰ Seit Beginn der 1990er Jahre wurde vor dem Hintergrund der Flüchtlingsströme nach Deutschland im Zuge der Jugoslawienkriege der Frage nach der Steuerbarkeit der Zuwanderung von Ausländern nachgegangen, vgl. *Kay Hailbronner* Reform des Asylrechts. Steuerung und Kontrolle des Zuzugs von Ausländern, 1994. Mittlerweile wird der Begriff regelmäßig verwendet, vgl. etwa *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 ff.; *Frithjof Zenger* ZAR 2008, 1 ff.; *Oliviero Angeli/Holger Kolb* ZAR 2011, 254 ff.; *Timo Baas* Migrationssteuerung vor dem Hintergrund individueller Verhaltensweisen von Migranten, in: Klaus Barwig/Stephan Beichel-Benedetti/Gisbert Brinkmann (Hrsg.) Gleichheit. Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2011, 2012, 229 ff.; *Michael Griesbeck* FS Kay Hailbronner, 2013, 61 ff.; *Christine Langenfeld/Stine Waibel* FS Kay Hailbronner, 2013, 169 ff.; *Daniel Thym* FS Kay Hailbronner, 2013, 245 ff.; *ders.* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 18 ff.; *Holger Kolb/Julia Klausmann* ZAR 2013, 239 ff.; *Andreas Kufer* ZAR 2015, 262 ff.; *Winfried Kluth* ZAR 2016, 1 ff.

³¹ Vgl. *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 1 bzw. 12.

³² Das BVerfG erklärte in seinem Urteil zum Schwangerschaftsabbruch im Jahr 1975, dass das Gesetz u.a. ein „Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse nach soziologischen Erkenntnissen und Prognosen“ sei, vgl. BVerfGE 39, 1 (59).

³³ Vgl. etwa *Fritz Ossenbühl* HStR III, 1988, § 61 Rn. 22; *Wilhelm Henke* JZ 1992, 541 (546); *Karl-Peter Sommermann* Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, 139 f.; *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 34 ff.; *Barbara Grunewald* „Umweltverträglicher Konsum durch rechtliche Steuerung“? Neuregelungen im Kauf-, Miet- und Gesellschaftsrecht als Mittel zur Sicherung von Nachhaltigkeit?, in: Umweltbundesamt (Hrsg.) Umweltverträglicher Konsum durch rechtliche Steuerung, 2013, 53 ff. Zur Steuerungskraft von Gesetzen im Allgemeinen vgl. *Franz Reimer* Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel

tungsrechtswissenschaft“ beschäftigt sich³⁴ u.a. mit der Anreicherung der juristischen Methoden mit Steuerungselementen.³⁵ Davon ausgehend, dass Verwaltungsrechtswissenschaft auch eine „rechtsetzungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“ sei,³⁶ wird nach Steuerungssubjekten, -kompetenzen, -objekten, -zielen, -instrumenten direkter wie indirekter Art und -grenzen gefragt.³⁷ Analysen der „Steuerung durch Recht“ sowohl auf nationaler³⁸ als auch auf völker- wie europarechtlicher Ebene³⁹ sind seitdem gängig.

tel und Kontrollmaßstab, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 1, 84 ff.

³⁴ Dies geschah in Anlehnung an die Sozialwissenschaften, vgl. insb. *Renate Mayntz* Soziale Dynamik und politische Steuerung. Theoretische und methodologische Überlegungen, 1997, 186 (189 ff.). Zur weiteren Entwicklung des Konzepts in den Sozialwissenschaften und der mittlerweile dort vorhandenen Vielfalt an Steuerungs begriffen und -theorien vgl. ebd., 263 ff. sowie die Beiträge in *Hans-Peter Burth/Axel Görlitz* (Hrsg.) Politische Steuerung in Theorie und Praxis, 2001. Vgl. überblicksartig *Andreas Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 33), § 1 Rn. 18 ff.

³⁵ Vgl. zusammenfassend *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 32 ff.

³⁶ So *Andreas Voßkuhle* Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltsrechts, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka (Hrsg.) Umwelt, Wirtschaft und Recht: Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, 2002, 171 (179 ff.).

³⁷ Die Zahl der Elemente der Steuerungskonzeption wird nicht einheitlich gehandhabt. Die meisten Werke gehen aber (zumindest auch) von den genannten Elementen aus, vgl. *Gunnar Folke Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, 1993, 65 (69 ff.); *Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 34), § 1 Rn. 20; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2006, 19 ff.; *ders.* Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, 2013, 18 ff.

³⁸ Die Analysen beziehen sich entweder auf das Recht in seiner Gesamtheit, vgl. *Ernst-Hasso Ritter* Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Dieter Grimm (Hrsg.) Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 69 ff.; *Rüdiger Voigt* Grenzen rechtlicher Steuerung. Zur Brauchbarkeit des Rechts als Steuerungsinstrument, in: *ders.* (Hrsg.) Recht als Instrument der Politik, 1986, 14 ff., auf das gesamte Verwaltungsrecht, vgl. *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 37), 19 ff., 120 ff.; *Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 37), 65 ff.; *Albert von Mutius* Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42 (1984), 149 ff.; *Gunnar Folke Schuppert* Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42 (1984), 216 ff.; *Matthias Schmidt-Preuß* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 ff.; *Udo Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVD-

Auf Basis dieser Vorüberlegungen wird dieser Untersuchung folgender Begriff der Migrationssteuerung zugrunde gelegt: *Migrationssteuerung ist der Anspruch, grenzüberschreitende Personenbewegungen mit Mitteln des Rechts⁴⁰ direkt oder indirekt⁴¹ zu lenken. Dabei ist nach Steuerungsobjek-*

StRL 56 (1997), 235 ff.; *Ivo Appel* Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 ff.; *Martin Eifert* Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 286 ff.; oder auf bestimmte Sachgebiete bezogen, vgl. *Thomas Dreier* Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis 15 (2006), 13 ff.; *Wolfgang Hoffmann-Riem* Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in: ders./Schmidt-Aßmann (Fn. 37), 115 (135 ff.); *Sabine Schlacke* Instrumente zur Regulierung des nachhaltigen Konsums, in: Umweltbundesamt (Hrsg.) Umweltverträglicher Konsum (Fn. 33), 31 ff.; *Helmut Birn* NVwZ 1992, 419 ff.

³⁹ Zum Europarecht vgl. *Armin Hatje* Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung. Grundlagen, Erscheinungsformen, verfassungsrechtliche Grenzen am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 1998, der allerdings nur die Steuerung des deutschen Verwaltungshandelns durch die EG im Wirtschaftsbereich untersucht. Zum Völkerrecht vgl. 40. Österreichischer Völkerrechtstag: Die Steuerungskraft des Völkerrechts, Schloss Maretsch, Bozen, 11.–13. Juni 2015 sowie die beiden auf dem Völkerrechtstag vorgebrachten Beiträge von *Wolfgang Benedek* ZaöRV 2016, 345 ff., und *Christian Walter* ZaöRV 2016, 363 ff. Die Begriffe werden im Völker- und Europarecht allerdings wegen der Besonderheit der Rechtsordnungen zum Teil etwas anders verstanden bzw. sind dogmatisch nicht so detailliert wie im deutschen Verwaltungsrecht. Für das Völkerrecht vgl. *Walter* ebd., 363 (365 ff.), für das Europarecht vgl. *Hatje* ebd., 25 ff., 93 ff.

⁴⁰ Neben dem Recht gibt es zahlreiche weitere denkbare „Steuerungsmedien“, wie die Wirtschaft, die Politik, die Information und Ähnliches, vgl. *Ritter* Steuerungsmedium (Fn. 38), 69 ff.; *Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 37), 65 (69); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 37), 20. Zur Steuerungskraft falscher Informationen und Gerüchte vgl. *Philip Plickert* FAZ vom 30.1.2016, 21; *Christian Geinitz* FAZ vom 31.3.2016, 18. Zahlreiche der großen historischen Migrationswellen wurden allerdings organisiert, geplant und damit rechtlich gesteuert. Erste Beispiele finden sich in Griechenland zwischen dem 8. und dem 6. Jahrhundert vor Christus, vgl. *Massimo Livi Bacci* Kurze Geschichte der Migration, 2. Aufl. 2015, 39. Manche dieser rechtlichen Migrationssteuerungen scheiterten, andere jedoch waren erfolgreich, vgl. *Livi Bacci* ebd., 48 ff. (gescheiterte Steuerungen) und 42 ff., 58, 70 (erfolgreiche Steuerungen).

⁴¹ Die Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Steuerung wird vornehmlich allein bei den Steuerungsinstrumenten vorgenommen, vgl. etwa *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (386). Zur Umschreibung von direkten und indirekten Steuerungsinstrumenten allgemein vgl. *Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 37), 65 (71); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 37), 20 f.; 122 f.; *Claudio Franzius* Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 33), § 4 Rn. 2, 44 f. Die genannten Werke befassen sich allerdings nur mit einer Ebene, der nationalen, so dass aus deren Sicht keine Notwendigkeit besteht, die beiden Steuerungsformen auch schon bei den Steuerungssubjekten und den Steuerungskompetenzen zu thematisieren.

ten, Steuerungssubjekten, Steuerungszielen, Steuerungsrahmen und Steuerungsinstrumenten zu fragen.

III. Steuerungsobjekte

Steuerungsobjekte sind die *Adressaten der Steuerung*, also die Rechtssubjekte bzw. die Vorgänge, deren Steuerung angestrebt wird.⁴² Im Falle der Migration sind die Personen, die Staatsgrenzen überqueren, um in einem anderen Staat Wohnsitz oder Aufenthalt zu nehmen, das Steuerungsobjekt.

IV. Steuerungssubjekte und -kompetenzen⁴²

Steuerungssubjekte sind diejenigen Rechtssubjekte, die unmittelbar gegenüber den Steuerungsobjekten *eigene rechtliche Steuerungsaktivitäten* entfalten und aktiv *Steuerungsimpulse* setzen.⁴³ Das wichtigste Steuerungssubjekt im Bereich Migration ist der Staat.⁴⁴ Die Kontrolle über das eigene Territorium gehört immer noch zum Kern der staatlichen Souveränität. Es ist der Staat, der über Zu- und Abwanderung entscheidet – sofern und soweit er nicht Kompetenzen auf die völker- oder europarechtliche Ebene übertragen hat.⁴⁵

⁴² Vgl. *Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 37), 65 (68); *Walter ZaöRV* 2016, 363 (367); ähnlich *Hatje* Steuerung (Fn. 39), 27. Der Begriff wird nicht einheitlich verwendet. So wird unter einem Steuerungsobjekt z.T. auch die Einheit verstanden, die vom Recht zur Wahrnehmung von Aufgaben befähigt und verpflichtet wird, vgl. etwa *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 37), 20.

⁴³ Vgl. *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 37), 20; *Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 37), 65 (68); *Walter ZaöRV* 2016, 363 (367); ähnlich *Hatje* Steuerung (Fn. 39), 27.

⁴⁴ Vgl. *Kluth* ZAR 2016, 1; *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (386); *Thym* FS Kay Hailbronner, 2013, 245 (246). Zum Staat allgemein als Steuerungssubjekt vgl. *Wilhelm Henke* JZ 1992, 541 (546). Aus sozialwissenschaftlicher Sicht *Dietrich Thränhardt* Der Nationalstaat als migrationspolitischer Akteur, in: ders./Uwe Hunger (Hrsg.) Migration im Spannungsfeld von Globalisierung und Nationalstaat, Leviathan, Sonderheft 2/2003, 8 ff.; *Steffen Angenendt* Regelung und Vermittlung: Die Rolle internationaler Migrationsorganisationen, in: Dietrich Thränhardt/Uwe Hunger (Hrsg.) ebd., 180 (181).

⁴⁵ Vgl. *Möllers* Gewaltengliederung (Fn. 9), 221; *Kluth* ZAR 2016, 1; *Rüdiger Wolfrum* Völkerrechtliche Rahmenbedingungen für die Einwanderung, in: Thomas Giegerich/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.) Einwanderungsrecht – national und international. Staatliches Recht, Europa- und Völkerrecht, 2001, 19 (34 f.).

Die Migrationssteuerungskompetenzen können direkte oder indirekte sein. *Direkte* Steuerungskompetenzen hat ein Rechtssubjekt inne, wenn es Migrationsvorgänge unmittelbar regeln kann. Über *indirekte* Steuerungskompetenzen verfügt es, wenn es Recht setzen kann in Bereichen, die positive oder negative Migrationsanreize auslösen.⁴⁶ Dazu gehören das Sozial-, Arbeits- und Bildungsrecht, aber auch etwa das Recht der inneren Sicherheit.⁴⁷

1. Völkerrechtliche Ebene

Auf der völkerrechtlichen Ebene⁴⁸ sind keine Steuerungssubjekte mit *direkten* Steuerungskompetenzen angesiedelt. Zum einen kann das Völkerrecht nur ausnahmsweise natürliche Personen, und nur diese sind Steuerungsobjekte, unmittelbar berechtigen und verpflichten.⁴⁹ Zum anderen gibt es weder eine internationale Organisation, der Migrationssteuerungskompetenzen übertragen worden wären,⁵⁰ noch hat sich ein System von arbeitsteilig operierenden internationalen Organisationen⁵¹ ent-

⁴⁶ Von der Steuerung durch Rechtssetzung ist die Umsetzung des Rechts zu unterscheiden. Die Umsetzung findet häufig auf einer anderen Ebene statt als die Rechtssetzung, vgl. exemplarisch zur Umsetzung des deutschen Flüchtlings- und Asylrechts *Kai von Lewinski* BayVBl. 2016, 469 ff.

⁴⁷ Der Lebensstandard, die Sozialleistungen oder die Sicherheitslage in einem Staat setzen Anreize für Migranten, vgl. *Christian Geinitz* FAZ vom 10.3.2016, 19.

⁴⁸ Zur (geringen) Bedeutung des Völkerrechts für das Migrationsrecht vgl. *Jürgen Bast* Internationalisierung und De-Internationalisierung der Migrationsverwaltung, in: Christoph Möllers/Andreas Voßkuhle/Christian Walter (Hrsg.) Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten, 2007, 279 ff.; *Nico Krisch* Das Migrationsrecht und die Internationalisierung des Verwaltungsrechts, ebd., 313 ff. sowie die Beiträge in *Brian Opeskin/Richard Perruchoud/Jillyanne Redpath-Cross* (Hrsg.) Foundations of International Migration Law, 2012.

⁴⁹ Vgl. *Walter* ZaöRV 2016, 363 (382 ff.).

⁵⁰ Vgl. statt vieler *Peter J. Spiro* ASIL Proceedings 2012, 61. Selbst in der New York Declaration for Refugees and Migrants vom 19.9.2016 <<https://refugeemigrants.un.org/declaration>> (29.9.2016), Punkt 3.9 haben die UN-Mitgliedstaaten lediglich erklärt, dass die globale Steuerung („global governance“) der Migration dadurch verbessert werden soll, dass die Internationale Organisation für Migration (IOM) zu einer UN-Sonderorganisation wird. Die Gründung einer neuen internationalen Organisation, die mit Kompetenzen im Bereich der Migration ausgestattet wäre, ist hingegen nicht vorgesehen.

⁵¹ Zwar beschäftigen sich zahlreiche internationale Organisationen mit Migrationsfragen: die Internationale Organisation für Migration (IOM), der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen (UNHCR), die Vereinten Nationen selbst, die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) und der Europarat. Sie arbeiten aber nicht arbeitsteilig zusammen. Näher zur IOM *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 171 f.; *Angenendt* Regelung und Vermittlung (Fn. 44), 180 (195 f.); *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 110 m.w.N. Näher zum UNHCR *Gil Loescher* Max Planck Yearbook of United Nations Law 19 (2015),

wickelt.⁵² Ein potentielles direktes Steuerungssubjekt zeichnet sich jedoch ab: der UN-Sicherheitsrat. Die von ihm verhängten Reiseverbote für Individuen⁵³ sowie seine Aufforderungen, effektive Grenzkontrollen zur Terrorismusbekämpfung durchzuführen,⁵⁴ verpflichten derzeit nur die Staaten, nicht natürliche Personen. Allerdings bleibt die Entwicklung abzuwarten.⁵⁵

Bei den *indirekten* Steuerungskompetenzen spielen die Vereinten Nationen, ihre zahlreichen Nebenorgane und Sonderorganisationen hingegen sehr wohl die Rolle von Steuerungssubjekten. Mit ihren rechtlichen wie tatsächlichen Maßnahmen in Bereichen wie Friedenssicherung, Entwicklungshilfe oder Menschenrechtsschutz können sie gegenüber natürlichen Personen positive wie negative Migrationsanreize setzen. Dasselbe gilt für eine Vielzahl weiterer, insbesondere regionaler Organisationen.⁵⁶

2. Europarechtliche Ebene

Auf der europarechtlichen Ebene sieht die Bestandsaufnahme anders aus. Die Europäische Union hat von ihren Mitgliedstaaten supranationale Kompetenzen übertragen bekommen, die weite Teile des Migrationsge-

213 ff.; *Angenendt* ebd., 180 (196 ff.); *Bast* ebd., 168 f.; *Thym* ebd., 109 f. m.w.N. Näher zur Arbeit der ILO im Bereich der Arbeitsmigration *Thym* ebd., 110 f.; *Bast* ebd., 169 f.; *Angenendt* ebd., 180 (194 f.). Die Vereinten Nationen befassen sich seit 2006 verstärkt mit Migrationsfragen. Sie tun dies aber in erster Linie aus entwicklungspolitischer Perspektive, vgl. etwa Report of the Secretary-General, International migration and development, UN Doc. A/60/871, 18.5.2006; United Nations, Department of Economic and Social Affairs, International Migration Report 2015: Highlights, UN Doc. ST/ESA/SER.A/375, 2016, 25.

⁵² Vgl. *Thomas Giegerich* Rechtliche Steuerung der Einwanderung – Vergleichende Analyse nationaler Modelle im Spiegel zunehmender internationalrechtlicher Vorgaben, in: ders./Wolfrum Einwanderungsrecht (Fn. 45), 481 (486 f.); *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 109 ff.; *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 167f.; *Jürgen Bast* Migration und Entwicklung, in: Philipp Dann/Stefan Kadelbach/Marcus Kaltenborn (Hrsg.) Entwicklung und Recht. Eine systematische Einführung, 2014, 229 (230 f.); *Angenendt* Regelung und Vermittlung (Fn. 44), 180 (181, 192 ff.); *Livi Bacci* Migration (Fn. 40), 10; Secretary-General, A/60/871 (Fn.17), Rn. 283 ff.; *Peter J. Spiro* ASIL Proceedings 2012, 61, sowie die Einzelbeiträge in *Bertelsmann Stiftung* (Hrsg.) Migration gerecht gestalten, 2015, 225 ff.

⁵³ Vgl. etwa UNSC Res. 1970 (2011), Ziff. 15; UNSC Res. 2082 (2012), Ziff. 1 b); UNSC Res. 2160 (2014), Ziff. 1 b).

⁵⁴ Vgl. UNSC Res. 2178 (2014), Ziff. 2, 4.

⁵⁵ Die UNSC Res. 2178 (2014) richtet sich in ihrer Ziff. 1 nicht an die Staaten, sondern an Menschen („verlangt, dass alle ausländischen terroristischen Kämpfer die Waffen niederlegen und alle terroristischen Handlungen und die Beteiligung an bewaffneten Konflikten einstellen“). Allerdings sind diese Ausführungen nicht auf Migration bezogen.

⁵⁶ Beispiele sind die Afrikanische Union (AU), die Arabische Liga (Arab League), der Golfkooperationsrat (Gulf Cooperation Council), die Wirtschaftsgemeinschaft der Westafrikanischen Staaten (ECOWAS), die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) oder die Assoziierung der Südostasiatischen Staaten (ASEAN).

siehens abdecken.⁵⁷ Damit ist die EU ein *direktes* Steuerungssubjekt. Sie soll einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ schaffen – einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist und der um eine gemeinsame Politik in den Bereichen Asyl, Einwanderung und Kontrolle der Außengrenzen ergänzt wird.⁵⁸

Die direkten Steuerungskompetenzen der EU erfassen alle natürlichen Personen. Die Migration von *Unionsbürgern* zwischen den Mitgliedstaaten fällt unter die primärrechtlich garantierte Freizügigkeit.⁵⁹ Die Zuwanderung von *Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen* wird von den EU-Kompetenzen in den Bereichen Asyl und Einwanderung erfasst. Die Asylkompetenzen nach Art. 78 AEUV sind dabei umfassend, die Einwanderungskompetenzen nach Art. 79 AEUV schwächer ausgestaltet. Drittstaatsangehörige können darüber hinaus unter die gemäß Art. 217 AEUV von der EU zu schließenden Assoziierungsabkommen fallen. Schließlich verfügt die EU gemäß Art. 77 AEUV über Kompetenzen für die *Grenzkontrollen und die Grenzsicherung*.

Daneben wurden der Europäischen Union *indirekte* Steuerungskompetenzen übertragen: die Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe⁶⁰ sowie die Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik.⁶¹

3. Nationale Ebene

Die *direkten* Steuerungskompetenzen der Bundesrepublik Deutschland sind als ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen des Bundes ausgestaltet.⁶² Sie umfassen die Zu- und Abwanderung deutscher und ausländischer

⁵⁷ Vgl. *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 141 ff. sowie ausf. *Steve Peers* EU Justice and Home Affairs Law, Vol. I: EU Immigration and Asylum Law, 4. Aufl. 2016. Zu den Anfängen vgl. *Jürgen Bast* FS Kay Hailbronner, 2013, 3 ff.; *Stefanie Schmahl* ZAR 2001, 3 ff.

⁵⁸ Art. 3 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 67 Abs. 1, 2 AEUV. Näher dazu *Dieter Kugelmann* Einwanderungs- und Asylrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Fn. 8), § 41 Rn. 8 ff.; *Eckhard Pache* Die Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Matthias Niedobitek (Hrsg.), *Europarecht – Politiken der Union*, 2014, § 10, Rn. 1 ff.

⁵⁹ Die Freizügigkeit ergibt sich aus der Unionsbürgerschaft (Art. 10 Abs. 2 lit. a, Art. 21 AEUV; Art. 45 Abs. 1 GRCh) und aus den Grundfreiheiten (Art. 45 ff., Art. 49 ff., Art. 56 ff. AEUV).

⁶⁰ Art. 4 Abs. 4 AEUV.

⁶¹ Art. 5 AEUV.

⁶² Sie sind in Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, 5, 6 und 6a GG verankert. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 6 GG für die Angelegenheiten der Flüchtlinge und der Vertriebenen erfasst auch die heutigen Flüchtlinge, vgl. *Christoph Degenhart* in: Michael Sachs (Hrsg.) Grundgesetzkommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Rn. 34; *Bodo Pieroth* in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2012, Art. 74 Rn. 16; *Philip Kunig* in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rn. 27; *Ruppert Stett-*

discher Staatsangehöriger⁶³ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG⁶⁴) sowie die Grenzkontrolle bzw. -sicherung (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5,⁶⁵ 6, und 6a GG⁶⁶). Die *indirekten* Steuerungskompetenzen sind hingegen zwischen Bund und Ländern geteilt. Das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht, das Sozial- und Arbeitsrecht sowie die Ausbildungsbeihilfen sind konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen.⁶⁷

Zahlreiche dieser Zuständigkeiten sind wegen der Kompetenzübertragungen auf die Europäische Union *de facto* ausgesetzt. Trotzdem verbleiben bedeutende Bereiche auf nationaler Ebene. Dazu zählen insbesondere die Migration eigener Staatsangehöriger und die Abwanderung. Auch entscheiden die Mitgliedstaaten weiterhin darüber, wie viele Arbeitsmigranten in ihr Hoheitsgebiet zuwandern.⁶⁸ Und selbst bei den übertragenen Kompe-

ner in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 74 Rn. 42; *Hans-Werner Rengeling* HStR VI, 2008, § 135 Rn. 211. Allerdings ist die Norm für die Migration als solche nicht einschlägig. Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG (Einreise) ist die speziellere Norm, vgl. *Degenhart* ebd., Art. 74 Rn. 34; *Stettner* ebd., Art. 74 Rn. 42; *Kunig* ebd., Art. 74 Rn. 27; *Pieroth* ebd. Art. 74 Rn. 16.

⁶³ Vgl. *Degenhart* in: Sachs (Fn. 62), Art. 73 Rn. 13; *Stettner* in: Dreier (Fn. 62), Art. 73 Rn. 14; *Rengeling* (Fn. 62), Rn. 99; *Arnd Uhle* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz, 76. EL 2015, Art. 73 Rn. 62.

⁶⁴ Vgl. *Uhle* in: Maunz/Dürig (Fn. 63), Art. 73, Rn. 61. Mit der Ein- und Auswanderung ist die Begründung eines Wohnsitzes oder dauernden Aufenthaltes gemeint, vgl. BVerfGE 80, 137 (150); BVerfGE 43, 203 (211); BVerfGE 110, 177 (190 f.); *Rengeling* (Fn. 62), Rn. 100; *Arnd Uhle* ebd., Art. 73 Rn. 62; *Stettner* in: Dreier (Fn. 62), Art. 73 Rn. 16; *Degenhart* in: Sachs (Fn. 62), Art. 73 Rn. 15; *Rüdiger Sannwald* in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 73 Rn. 38; *Kunig* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 73 Rn. 18. Ein- und Auswanderung unterscheiden sich damit von der grenzüberschreitenden Freizügigkeit nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 (1. Alt.) GG durch das Merkmal der Dauerhaftigkeit.

⁶⁵ Umfasst ist die polizeiliche Überwachung der Grenzen und die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs, vgl. *Degenhart* in: Sachs (Fn. 62), Art. 73 Rn. 23; *Uhle* in: Maunz/Dürig (Fn. 63), Art. 73, Rn. 123; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth (Fn. 62), Art. 73 Rn. 20; *Kunig* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 73 Rn. 28; *Stettner* in: Dreier (Fn. 62), Art. 73 Rn. 26; *Sannwald* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 64), Art. 73 GG Rn. 72.

⁶⁶ Vgl. *Pieroth* in: Jarass/Pieroth (Fn. 62), Art. 73 Rn. 20; *Uhle* in: Maunz/Dürig (Fn. 63), Art. 73, Rn. 123; *Kunig* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 73 Rn. 28; *Degenhart* in: Sachs (Fn. 62), Art. 73 Rn. 23.

⁶⁷ Art. 74 Abs. 1 Nr. 4, 7, 12 und 13 GG.

⁶⁸ Vgl. Art. 79 Abs. 5 AEUV. Allerdings versucht die Kommission, im Wege der Methode der offenen Koordinierung die Mitgliedstaaten zu einem einheitlichen Ansatz im Bereich der Arbeitsmigration zu bewegen, vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament. Offener Koordinierungsmechanismus für die Migrationspolitik der Gemeinschaft, 11.7.2001, KOM(2001) 387 endg. Kritisch dazu *Michael Bommes* ZAR 2009, 376 (380).

tenzen ist die „Europäisierung“ nicht absolut.⁶⁹ Zum einen handelt es sich um geteilte Zuständigkeiten.⁷⁰ Zum anderen sind die meisten Bereiche⁷¹ sekundärrechtlich ausgestaltet, so dass Spielräume verbleiben.⁷²

4. Vielfalt direkter wie indirekter Steuerungssubjekte

Die Frage nach den Steuerungssubjekten und ihren Kompetenzen lässt sich demnach wie folgt beantworten: Für die *direkte* Steuerungskompetenz spielt die völkerrechtliche Ebene keine Rolle, wohl aber die europarechtliche und die nationale, und dort genauer die Bundesebene.⁷³ Bei den *indirekten* Steuerungskompetenzen finden sich zahlreiche völkerrechtliche Steuerungssubjekte. Hinzu treten die Europäische Union, der Bund und die Länder.

Die Bestandsaufnahme verdeutlicht, wie schwierig eine kohärente indirekte, also anreizbasierte Migrationssteuerung ist. Das Handeln zahlreicher, zum Teil parallel agierender Steuerungssubjekte lässt sich kaum aufeinander abstimmen. Die direkte Steuerung, bei der „nur“ die Europäische Union und der Bund agieren, erscheint hingegen handhabbar.

V. Steuerungsziele

1. Offenheit der Steuerungsziele

Die wichtigste Aussage in Bezug auf die Steuerungsziele ist der Hinweis auf deren *Offenheit*.⁷⁴ Migrationssteuerung als solche impliziert weder eine großzügige noch eine restriktive Migrationspolitik. Welche Steuerungsziele „richtig“ und welche „falsch“ sind, entscheiden die direkten Steuerungssubjekte, also die Europäische Union bzw. der Bund.⁷⁵

Von den Steuerungszielen zu unterscheiden sind die *Steuerungseffekte* bei einer indirekten Steuerung. Das Ziel, exzellente Studienbedingungen zu schaffen, kann den Effekt haben, qualifizierte Migranten anzuziehen. Ebenfalls separat zu betrachten sind die hinter den Zielen stehenden *Gründe oder*

⁶⁹ Vgl. *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 99 ff.

⁷⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. a) und j) AEUV. Sofern und soweit die EU nicht tätig wird, können die Staaten also weiterhin Recht setzen, vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 AEUV.

⁷¹ Eine Ausnahme bilden die primärrechtlich gewährten Rechte der Unionsbürger.

⁷² So auch der ausdr. Hinweis von *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 84.

⁷³ So auch *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (402).

⁷⁴ So auch *Thym* FS Kay Hailbronner, 2013, 245 (257).

⁷⁵ Vgl. *Hatje* Steuerung (Fn. 39), 25; *Daniel Thym* Konvergenz der Statusrechte? Unionsbürger, Assoziationsrecht und Drittstaatsangehörige, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Fn. 30), 60 (73 f.).

Anliegen. Sie sind ausgesprochen vielfältig und können wirtschaftlicher, demographischer, gesellschaftlicher, innen- oder außenpolitischer, humanitärer, moralischer oder auch kultureller sowie ideologischer Natur sein.

2. *Drei Kategorien von Steuerungszielen*

Dementsprechend groß ist auch die Bandbreite möglicher Steuerungsziele.⁷⁶ Trotzdem lassen sich die Steuerungsziele in drei Kategorien unterteilen: migrationsfördernd, migrationshemmend⁷⁷ und migrationslenkend.

Migrationsfördernd sind diejenigen Ziele, die auf eine Zu- oder Abwanderung gerichtet sind. Zuwanderungsfördernd ist das Ziel, Forscher⁷⁸ anzuwerben. Abwanderungsfördernd ist das Ziel, den Bevölkerungsdruck durch Abwanderung zu mildern.⁷⁹ *Migrationshemmend* sind Ziele, die eine Zu- oder Abwanderung zu unterbinden suchen. Zuwanderungshemmend ist das Ziel, keine sog. „Wirtschaftsflüchtlinge“ aufzunehmen. Abwanderungshemmend ist das Ziel, alle oder bestimmte Bewohner am Verlassen des Landes zu hindern. Hinzu treten *migrationslenkende* Ziele. Lenkung kann Verteilung sein. Ein solches Ziel verfolgte der Rat, als er im September 2015 beschloss, insgesamt 160.000 Flüchtlinge aus Griechenland und Italien auf die EU-Mitgliedstaaten zu verteilen.⁸⁰ Lenkung kann aber auch aus einer Weiterleitung bestehen. Als mehrere Staaten im Sommer 2015 Flüchtlinge an die Grenzen transportierten, verfolgten sie das Ziel, deren Weiterwanderung zu ermöglichen.⁸¹ Lenkung kann schließlich auch „zirkulär“ erfolgen. Eine sog. „zirkuläre Migration“ liegt vor, wenn Personen zeitlich befristet in einen anderen Staat abwandern, um später wieder zurückzukehren.⁸² Das Ziel einer zirkulären Migration verfolgen etwa die Erasmus-Programme der EU.⁸³

⁷⁶ Vgl. *Thym* FS Kay Hailbronner, 2013, 245 (258), der allerdings eine andere Kategorisierung der Steuerungsziele vornimmt.

⁷⁷ *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (388), verwendet nicht die Begriffe „migrationsfördernd“ und „migrationshemmend“, sondern „positiv“ und „negativ“.

⁷⁸ Näher dazu *Griesbeck* FS Kay Hailbronner, 2013, 61 ff.

⁷⁹ Ein solches Migrationsziel verfolgt beispielsweise Pakistan, vgl. *Michael Martens* FAZ vom 10.2.2016, 2.

⁸⁰ Die Umsiedlung von 40.000 Flüchtlingen basiert auf dem Beschluss (EU) 2015/1523 vom 14.9.2015, ABl. L 239/146. Die Umsiedlung von weiteren 120.000 findet sich im Beschluss (EU) 2015/1601 vom 22.9.2015, ABl. L 248/80. Beide wurden auf der Grundlage von Art. 78 Abs. 3 AEV erlassen. Näher zum zweiten Beschluss *Roman Lehner* ZAR 2015, 365 ff.

⁸¹ Vgl. *Stephan Löwenstein/Eckart Lohse* FAZ vom 3.9.2016, 3.

⁸² Vgl. *Steffen Angenendt* Zirkuläre Migration. Ein tragfähiges migrationspolitisches Konzept? SWP-Aktuell 27 (April 2007), 1 ff.; *Zerger* ZAR 2008, 1 (1); *Bernd Parusel/Jan Schneider* ZAR 2011, 247 ff.

3. Leit- und Einzelsteuerungsziele

Bei der Festlegung der Ziele hat das jeweilige Steuerungssubjekt Leit- und Einzelsteuerungsziele zu definieren. Die grundlegende Richtung in einem Bereich geben die *Leitsteuerungsziele* an, etwa die Grundsatzentscheidung für eine Zuwanderungsförderung oder -hemmung für bestimmte Personengruppen. *Einzelsteuerungsziele* beziehen sich auf das zur Erreichung des Leitziels jeweils eingesetzte Steuerungsinstrument. Wird das Leitziel einer zirkulären Migration angestrebt, werden einige Instrumente abwanderungs- und andere zuwanderungsfördernd sein.

Die derzeit geltenden Leitsteuerungsziele stellen sich wie folgt dar: Die von der *Europäischen Union* gesetzten Leitziele differenzieren zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen, letztere unterteilt in schutzsuchende und sonstige. Für Unionsbürger strebt die EU den freien grenzüberschreitenden Personenverkehr an.⁸⁴ Schutzsuchenden Drittstaatsangehörigen soll „ein angemessener Status angeboten [...] werden“.⁸⁵ Für sonstige Drittstaatsangehörige wird hingegen eine „wirksame Steuerung der Migrationsströme“ angestrebt.⁸⁶ Die vom *Bund* gesetzten Leitsteuerungsziele differenzieren zwischen denselben Gruppen. Unionsbürgern soll freie Einreise⁸⁷ und schutzsuchenden Drittstaatsangehörigen Schutz gewährt werden.⁸⁸ Der Zuzug sonstiger Drittstaatsangehöriger soll hingegen gesteuert und begrenzt werden.⁸⁹ Für deutsche Staatsangehörige hat der Bund keine Leitsteuerungsziele entwickelt.

⁸³ Die verschiedenen Programme sind heute alle unter einem Dach im Programm „Erasmus+“ zusammengefasst, vgl. VO (EU) Nr. 1288/2013 vom 11.12.2013, ABl. L 347/50. Auch für die Arbeitsmigration gibt es entsprechende Vorschläge, vgl. etwa die „Deutsch-Französische Initiative für eine neue Europäische Migrationspolitik“ von 2006, unveröffentlichtes Manuskript, Punkt 2 <http://archiv.proasyl.de/fileadmin/proasyl/fm_redakteure/Newsletter_Anhaenge/117/franz_ini.pdf> (29.9.2016) als Bestandteil des Newsletters Nr. 117 Oktober 2006 der Nichtregierungsorganisation Pro Asyl. Näher zur Fortentwicklung dieses Konzepts u.a. durch die EU *Zerger* ZAR 2008, 1 ff.; *Bernd Parusel/Jan Schneider* ZAR 2011, 247 ff. Das Konzept wird begrüßt von *Heinz Faßmann* FAZ vom 27.6.2016, 6, sowie *Michael Bommes/Heinz Faßmann/Wiebke Sievers* Migration from the Middle East and North Africa to Europe. Past Developments, Current Status and Future Potentials, 2014. Für das Konzept der zirkulären Migration in der Entwicklungspolitik vgl. statt vieler *Bast* Migration und Entwicklung (Fn. 52), 229 (240 ff.).

⁸⁴ Art. 3 Abs. 2 EUV.

⁸⁵ Art. 78 Abs. 1 Satz 1 AEUV.

⁸⁶ Art. 79 Abs. 1 AEUV.

⁸⁷ § 2 FreizügigG/EU.

⁸⁸ Dies ergibt sich aus Art. 16a GG sowie §§ 2 ff. AsylG.

⁸⁹ Vgl. den vollständigen Namen des Zuwanderungsgesetzes („Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern“) sowie § 1 Abs. 1 Satz 1 AufenthG.

VI. Steuerungsrahmen und -spielräume

Bei den Steuerungsobjekten handelt es sich um Menschen. Dementsprechend darf die Steuerung nur innerhalb eines bestimmten Steuerungsrahmens erfolgen. Er wird von den Grund- und Menschenrechten sowie den Schutzpflichten der Staaten gebildet.⁹⁰ Der Steuerungsrahmen begrenzt den Spielraum für die einzusetzenden direkten Steuerungsinstrumente.⁹¹ Als rechtliche Vorgabe kann der Steuerungsrahmen von den Steuerungssubjekten grundsätzlich geändert, teilweise sogar abgeschafft werden.⁹² Insofern ist er – genauso wie die Steuerungsziele – relativ.

Der Steuerungsrahmen besteht aus formellen und materiellen Elementen. Die formellen Elemente sind vor allem die Rechtsschutzgarantien.⁹³ Von weitaus größerer Bedeutung sind allerdings die materiellen Elemente. Es sind insgesamt sechs.

1. Zu- und Abwanderungsrecht deutscher Staatsangehöriger

Das erste materielle Element des Steuerungsrahmens ist das Recht auf Einreise in und Ausreise aus dem eigenen Staat. Es ist völkervertraglich⁹⁴ wie völkergewohnheitsrechtlich⁹⁵ verankert. Art. 11 GG gewährt deutschen Staatsangehörigen ein Recht auf Zuwanderung,⁹⁶ nicht aber auf Abwande-

⁹⁰ *Thym* FS Kay Hailbronner, 2013, 245 (255) spricht von der „Subjektivierung“ des Ausländer- und Asylrechts.

⁹¹ In der Literatur wird z.T. der Begriff „Rechtlicher Rahmen“ verwendet, so etwa von *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (388 ff.). Andere Autoren benutzen den Terminus „rechtliche Grenzen“, „Begrenzung“ oder „Schranken“ von Steuerungsinstrumenten, so etwa *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 21 f.; *Thym* FS Kay Hailbronner, 2013, 245 (257 f.).

⁹² So auch ausdr. *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (388). Laut BVerfG kann selbst das Grundrecht auf Asyl nach Art. 16a GG abgeschafft werden, vgl. BVerfGE 94, 49 (103). Für eine Umwandlung des Grundrechts des Art. 16a GG in eine objektive Gewährleistung plädiert *Axel Hopfauf* ZAR 2015, 226 (228 ff.).

⁹³ Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 47 GRCh; Art. 13, 34 EMRK.

⁹⁴ Vgl. *Eckart Klein* FS Kay Hailbronner, 2013, 313 (313 f.). Zu nennen sind insb. Art. 12 Abs. 2, 4 IPbürg; Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 2 Protokoll Nr. 4 zur EMRK. Zur Frage, ob die Formulierung „sein eigenes Land“ in Art. 12 Abs. 4 IPbürg möglicherweise auch Drittstaatsangehörige mit starker Verwurzelung erfasst, vgl. *Klein* ebd., 315 ff.

⁹⁵ Vgl. Art. 13 Abs. 2 AEMR. Zum völkergewohnheitsrechtlichen Recht auf Einreise in den eigenen Staat vgl. *Wolfrum* Rahmenbedingungen (Fn. 45), 19 (23); *Kay Hailbronner* ZaöRV 57 (1997), 1 ff. Zum völkergewohnheitsrechtlichen Recht auf Ausreise aus dem eigenen Staat vgl. *Rainer Hofmann* Die Ausreisefreiheit nach Völkerrecht und staatlichem Recht, 1988, 80; *Ulrike Brandl* Emigration in: *Wolfrum Rüdiger* (Hrsg.) Max-Planck Encyclopedia of Public International Law (Stand: Januar 2013), Rn. 21.

⁹⁶ Vgl. *Detlef Merten* Freizügigkeit, in: ders./Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, 2011, § 94 Rn. 117 ff.; *Ferdinand Wol-*

rung.⁹⁷ Letztere fällt unter Art. 2 Abs. 1 GG.⁹⁸ Der Steuerungsspielraum des Bundes für die Zuwanderung deutscher Staatsangehöriger ist also quasi inexistent, während für die Steuerung der Abwanderung noch etwas Spielraum verbleibt.⁹⁹

2. Freizügigkeit der Unionsbürger

Das zweite Element ist die von den Grundfreiheiten¹⁰⁰ bzw. der Unionsbürgerschaft¹⁰¹ garantierte Freizügigkeit der Unionsbürger.¹⁰² Diese haben gegenüber jedem EU-Mitgliedstaat ein Recht auf Zu- bzw. Abwanderung.¹⁰³ Berechtigt sind auch eigene Staatsangehörige¹⁰⁴ sowie mittelbar

lenschläger in: Dreier (Fn. 62), Art. 11 Rn. 30; *Martin Pagenkopf* in: Sachs (Fn. 62), Art. 11 Rn. 18; *Kunig* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 11 Rn. 16; *Thomas Gnatzy* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 64), Art. 11 Rn. 14, sowie ausf. *Jan Ziekow* Über Freizügigkeit und Aufenthalt. Paradigmatische Überlegungen zum grundrechtlichen Freiheitsschutz in historischer und verfassungsrechtlicher Perspektive, 1997, 485 ff.

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 6, 32 (34 ff., 41 f.); BVerfGE 6, 32 (Leitsatz 1); BVerfGE 72, 200 (245); BVerfGE 110, 177 (191); BVerfGE 43, 203 (211); BVerwGE 3, 130 (132 f.); BVerwGE 122, 313 (316); BVerwGE 40, 116 (122 f.); BVerwGE 110, 40 (53); OLG Jena NSStZ-RR 2012, 158; *Wolfgang Durner* in: Maunz/Dürig (Fn. 63), Art. 11, Rn. 97, 102; *Gnatzy* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 64), Art. 11 Rn. 20; *Merten* Freizügigkeit, in: ders./Papier (Fn. 96), § 94 Rn. 120, 130 ff.; *Kay Hailbronner* HStR VII, 2009, § 152 Rn. 111; *Wollenschläger* in: Dreier (Fn. 62), Art. 11 Rn. 31; *Hans D. Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 62), Art. 11 Rn. 3, sowie ausf. *Ziekow* (Fn. 96), 493 ff.

⁹⁸ Vgl. BVerfGE 6, 32 (35 f.); BVerfGE 72, 200 (245); *Wollenschläger* in: Dreier (Fn. 62), Art. 11 Rn. 66; *Pagenkopf* in: Sachs (Fn. 62), Art. 11 Rn. 31; *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 62), Art. 11 Rn. 2; *Gnatzy* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 64), Art. 11 Rn. 20.

⁹⁹ Trotzdem nimmt Deutschland im Prinzip keine Steuerung der Abwanderung deutscher Staatsangehöriger vor, vgl. *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (389 f.). Eine Ausnahme stellt das Gesetz zum Schutze der Auswanderer und Auswanderinnen (Auswandererschutzesgesetz – AuswSG) vom 26.3.1975 (BGBl. 1975 I, 774) i.d.F. der Bekanntmachung vom 12.3.2013 (BGBl. 2013 I, 443) dar.

¹⁰⁰ Art. 45 ff., Art. 49 ff., Art. 56 ff. AEUV.

¹⁰¹ Art. 10 Abs. 2 lit. a), Art. 21 AEUV; Art. 45 Abs. 1 GRCh.

¹⁰² Ausf. dazu *Pieter Boeles/Maarten den Heijer/Gerrie Lodder/Kees Wouters* European Migration Law, 2. Aufl. 2014, 49 ff. Umgesetzt ist die Freizügigkeit im FreizügG/EU.

¹⁰³ Vgl. *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 85 ff.; *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 52 ff.; *Thym* Konvergenz (Fn. 75), 60 (62 ff.); *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (393).

¹⁰⁴ Die Berufung auf die Freizügigkeit gegenüber dem eigenen Staat wird vom EuGH dann bejaht, wenn die eigenen Staatsangehörigen von der Freizügigkeit Gebrauch machen, also in einem anderen EU-Mitgliedstaat arbeiten wollen (vgl. etwa EuGH, Rs. C-415/93 – Bosman, Rn. 89 ff.) oder aber nach einer beruflichen Tätigkeit in einem EU-Mitgliedstaat zurückkehren (vgl. etwa EuGH, Rs. C-19/92 – Kraus, Rn. 15 ff.). Vgl. dazu u.a. *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (390 f.).

Familienangehörige, selbst aus Drittstaaten.¹⁰⁵ Nur wenige sekundärrechtliche Vorgaben wirken als Beschränkung.¹⁰⁶ Damit ist der Steuerungsrahmen für die Migration von Unionsbürgern ähnlich eng wie derjenige für deutsche Staatsangehörige. Es verbleibt so gut wie kein Steuerungsspielraum.¹⁰⁷

3. *Freizügigkeitsähnlicher Status von Staatsangehörigen assoziierter Drittstaaten*

Das dritte materielle Element des Steuerungsrahmens stellen Rechte von Drittstaatsangehörigen im Rahmen von Assoziierungsabkommen dar, welche die EU mit zahlreichen Drittstaaten geschlossen hat.¹⁰⁸ Zwei der Abkommen gewähren den jeweiligen Drittstaatsangehörigen eine wirtschaftliche Freizügigkeit: das EWR-Abkommen von 1992 mit Norwegen, Island und Liechtenstein¹⁰⁹ sowie das Freizügigkeitsabkommen von 1999 mit der Schweiz.¹¹⁰ Auch der Steuerungsrahmen für Norweger, Isländer, Liechtensteiner und Schweizer lässt demnach wenig Spielraum.¹¹¹

¹⁰⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38/EG vom 29.4.2004, ABl. L 158/77); EuGH, Rs. C-127/08 – *Metock*, Rn. 62; *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 88. Näher zu den praktischen Auswirkungen *Christine Langenfeld* FS Eckart Klein, 2013, 553 (561 ff.).

¹⁰⁶ Zu den Beschränkungen gehört die Pflicht nicht erwerbstätiger Unionsbürger, über ausreichende Existenzmittel zu verfügen, vgl. Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 lit. b) Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 105). Zu der Frage, inwieweit Unionsbürger, die über keine ausreichenden Existenzmittel verfügen, laut EuGH-Rspr. Zugang zu Sozialleistungen haben vgl. *Johannes Raschka* ZAR 2015, 331 ff. Eine weitere Beschränkung ist die Möglichkeit der Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, vgl. Art. 27 ff. Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 105).

¹⁰⁷ Laut *Thym* Konvergenz (Fn. 75), 60 (65), verbieten die Unionsbürgerrechte den Mitgliedstaaten die Steuerung des Migrationsgeschehens. Ähnlich *ders.* EuR 2011 487 ff. („transnationales Wanderungsrecht mit Verfassungsrang“). *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 52 bezeichnet die Unionsbürgerschaft als „Migrationssteuerungsabwehranspruch“.

¹⁰⁸ Umfassend zum Rechtsstatus von Staatsangehörigen assoziierter Drittstaaten *Daniel Thym/Margarite Zoetewij-Turhan* (Hrsg.) *Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements. Degrees of Free Movement and Citizenship*, 2015. Kurze Darstellungen bei *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 89 ff.; *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 160 f. Zusammenfassend *Sachverständigenrat* Jahresgutachten 2010 (Fn. 14), 67.

¹⁰⁹ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2.5.1992 (ABl. 1994 L 1/3). Ursprünglich waren neben Norwegen, Island und Liechtenstein auch Österreich, Schweden und Finnland EWR-Staaten. Sie traten allerdings später der Europäischen Union bei.

¹¹⁰ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999, ABl. 2002 L 114/6. Zum komplexen vertraglichen Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz vgl. *Kerstin Odendahl* FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen, 2007, 129 ff.

4. Grund- und Menschenrechte von Drittstaatsangehörigen

Was den Steuerungsrahmen für sonstige Drittstaatsangehörige betrifft, so sind als viertes materielles Element insbesondere deren Grund- und Menschenrechte zu beachten. Von wesentlicher Bedeutung sind das Recht auf Asyl¹¹² und der besondere Schutz der Familie.

a) Recht auf Asyl

Die Frage, ob es ein *völkervertragliches*¹¹³ oder *völkergewohnheitsrechtliches*¹¹⁴ Menschenrecht auf Asyl gibt, ist zu verneinen. Erst recht gibt es keinen völkerrechtlichen Anspruch, sich einen Aufnahmestaat auszusuchen.

¹¹¹ Die weitestgehende Gleichstellung mit Unionsbürgern ist schon daran erkennbar, dass EWR-Bürger unter § 12 FreizügG/EU fallen, während auf schweizerische Staatsbürger zwar grundsätzlich das AufenthG Anwendung findet, sie aber gemäß § 28 AufenthV vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit sind. Andere Assoziierungsabkommen, insbesondere das mit der Türkei aus dem Jahr 1963 (Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei vom 12.9.1963, ABl. 1964 Nr. 217/3687, nebst Zusatzprotokoll vom 23.11.1970, ABl. 1972 L 293/3) gewährten keine quasi-Gleichstellung mit Unionsbürgern, enthielten aber doch vereinzelte Freizügigkeitsrechte, vgl. ausf. *Rolf Gutmann* GS Helmut Rittstieg, 2015, 282 ff.; *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters* (Fn. 102), 97 ff. Die expansive Auslegung der Bestimmungen im Abkommen mit der Türkei durch den EuGH hat die Mitgliedstaaten veranlasst, bei neuen Assoziierungsabkommen entsprechende Klauseln von vornherein wegzulassen, näher dazu m.w.N. *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 90 ff.; *ders.* Konvergenz (Fn. 75), 60 (66 ff.).

¹¹² Zur historischen Entstehung des Asyls vgl. statt vieler *Paul Kirchhof* FS Kay Hailbronner, 2013, 105 (106 ff.).

¹¹³ Die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 und ihr Protokoll von 1967 regeln nur die „Rechtsstellung der Flüchtlinge“, nachdem diese von einem Staat aufgenommen worden sind. Sie schaffen kein individuelles, subjektives Recht auf Asyl. Ein Recht auf Asyl ist lediglich in Art. 14 der (unverbindlichen) AEMR von 1948 sowie, ausgesprochen beschränkt, in Art. 28 der Arabischen Charta der Menschenrechte von 2004 enthalten. Art. 22 Abs. 7 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention von 1969 und Art. 12 Abs. 3 der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker von 1981 verweisen lediglich auf die Ausgestaltung des Asylrechts in den nationalen Rechtsordnungen und völkerrechtlichen Verträgen. Näher dazu *Gilbert Gornig* EuGRZ 1986, 521 (527); *Wolfrum* Rahmenbedingungen (Fn. 45), 19 (23 f.); *Torsten Stein/Christian von Buttlar* Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, Rn. 594; *Klaus Ritgen* DVBl. 2016, 137 (142); *Stephan Hobe* Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, 442; *Walter Kälin/Martina Caroni/Lukas Heim* in: *Andreas Zimmermann* (Hrsg.) The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 2011, Art. 33 Rn. 2, 179; *Marcel Kau* in: *Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß* (Hrsg.) Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 301.

¹¹⁴ Vgl. *Andreas von Arnould* Völkerrecht, 3. Aufl., 2016 Rn. 787; *Stein/von Buttlar* Völkerrecht (Fn. 113), Rn. 591; *Rainer Keil* GS Helmut Rittstieg, 2015, 163 (169 ff.); *Kau* in: *Graf Vitzthum/Proelß* (Hrsg.) Völkerrecht (Fn. 113), Rn. 301; *Hobe* Völkerrecht (Fn. 113), 442. A.A. *Hendrik Cremer* APuZ 10–11 (2016), 40 (42).

chen.¹¹⁵ Ähnliche Menschenrechte, wie das Recht auf Heimat¹¹⁶ oder das Recht auf Rückkehr,¹¹⁷ haben sich ebenso wenig etablieren können.

Auf *europarechtlicher* Ebene ergibt sich dasselbe Bild. Art. 18 GRCh trägt zwar den Titel „Asylrecht“. Die Norm verankert aber nach herrschender Meinung gerade kein subjektives Recht.¹¹⁸ Sie verweist lediglich auf die Genfer Flüchtlingskonvention, den EUV und den AEUV.

Auf *nationaler* Ebene ist hingegen das Grundrecht auf Asyl in Art. 16a GG verankert.¹¹⁹ Es gewährt politisch verfolgten Ausländern¹²⁰ ein Ein-

¹¹⁵ Vgl. *James C. Hathaway* *The Rights of Refugees under International Law*, 2005, 307 ff.; *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam* *The Refugee in International Law*, 3. Aufl. 2007, 149; *Hailbronner/Thym* JZ 2016, 753 (754 f.). Zur Staatenpraxis bzgl. sicherer Drittstaaten sowie der Regel „first country of asylum“ *Rainer Hofmann/Tillmann Löhr* in: Zimmermann (Fn. 113), Introduction to Chapter V, Rn. 73 ff.; kritisch dazu *James C. Hathaway/Michelle Foster* *The Law of Refugee Status*, 2. Aufl. 2014, 30 ff.

¹¹⁶ Die Frage, ob es ein „Recht auf Heimat“ gibt, ist ein vor allem in Deutschland lange Zeit geführter Diskurs, der sich aus der Lage der Vertriebenen nach dem Zweiten Weltkrieg ergab. Im Zentrum steht die Frage, ob *Vertriebene* ein Recht haben, in das Gebiet (das mittlerweile zum Territorium eines anderen Staates gehört) zurückzukehren. Völkerrechtlich ist ein solches Recht höchst umstritten, und zwar sowohl von seiner Existenz und seinem Inhalt als auch von seinem Berechtigtenkreis her, vgl. exemplarisch *Otto Kimminich* *Das Recht auf die Heimat*, 3. Aufl. 1989; *Dietrich Murswiek* *Die völkerrechtliche Geltung eines „Rechts auf die Heimat“* in: Gilbert Gornig/Dietrich Murswiek (Hrsg.) *Das Recht auf Heimat*, 2006, 17 ff.

¹¹⁷ Das „Recht auf Rückkehr“ hat sich vor allem aus der Diskussion um den israelisch-palästinensischen Konflikt entwickelt. Es geht um die Frage, ob *Flüchtlinge* zurückkehren dürfen. Ein solches Recht wird u.a. aus Art. 13 Abs. 2 AEMR sowie aus entsprechenden UN-Resolutionen zu Palästina abgeleitet. Auch im Vertrag von Dayton einigten sich Bosnien-Herzegowina, Serbien und Kroatien unter amerikanisch-europäischer Patenschaft darauf, den Flüchtlingen des Bosnien-Krieges die Rückkehr zu ermöglichen. Eine allgemeine oder gar völkergewohnheitsrechtliche Geltung eines Rechts auf Rückkehr resultiert daraus aber noch nicht. Zum Recht auf Rückkehr vgl. exemplarisch *Kurt René Radley* *AJIL* 72 (1978), 586 ff.; *Hurst Hannum* *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, 1987; *Yaffa Zilbershats* *International Law and the Palestinian Right of Return to the State of Israel* in: Eyal Benvenisti/Chaim Gans/Sari Hanafi (Hrsg.) *Israel and the Palestinian Refugees*, 2007, 191 ff.

¹¹⁸ Vgl. *Matthias Rossi* in: Christian Callies/Matthias Ruffert (Hrsg.) *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 18 GRCh Rn. 3; *Ferdinand Wollenschläger* in: Sebastian Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.) *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, § 16 Rn. 32; *Kay Hailbronner/Daniel Thym* *Legal Framework for EU Asylum Policy*, in: dies. (Hrsg.) *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Aufl. 2016, 1023 (1053, Rn. 63); *Ritgen* *DVBl.* 2016, 137 (145). A.A. *Thomas Groß ZAR* 2013, 106 (109). Unentschlossen *Rudolf Streinz* in: ders. (Hrsg.) *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 18 GRCh Rn. 6.

¹¹⁹ Zur Entstehungsgeschichte des Grundrechts auf Asyl vgl. *Jörg Berkemann* *GS Helmut Rittstieg*, 2015, 215 ff.

¹²⁰ Nach h.M. steht das Grundrecht auf Asyl nur Ausländern zu, vgl. *Friedhelm Hufen* *Staatsrecht II. Grundrechte*, 5. Aufl. 2016, § 20 Rn. 15; *Gnatzy* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 64), Art. 16a Rn. 25, 33; *Albrecht Randelzhofer* *HStR* VII, 2009, § 153

reise-¹²¹ und Aufenthaltsrecht.¹²² Mit der Schaffung eines subjektiven Rechts geht das Grundgesetz nicht nur über die völker- und europarechtlichen Vorgaben hinaus. Es stellt auch horizontal betrachtet eine absolute Ausnahmeerscheinung dar.¹²³

Den *Schutzbereich* des Grundrechts auf Asyl legt das Bundesverfassungsgericht weit aus.¹²⁴ Zwar schützt Art. 16a GG nur vor staatlicher oder quasi-staatlicher Verfolgung.¹²⁵ Bei Auslegung des Begriffs der „politischen Verfolgung“ orientiert sich die Rechtsprechung aber an der Genfer Flüchtlingskonvention¹²⁶ und sieht Verfolgungen aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe als asylerbliche Merkmale an.¹²⁷ Ergänzend kommen weitere Verfolgungsgründe, etwa Homosexualität,¹²⁸ hinzu.¹²⁹

Rn. 10. A.A. (mit Hinweis auf die Änderung des Art. 16 Abs. 2 GG und der seitdem eröffneten Möglichkeit der Auslieferung von Deutschen) bspw. *Michael Sachs* in: Klaus Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/1, 2006, 842 ff.; *Jarass* in: *ders./Pieroth* (Fn. 62), Art. 16a Rn. 22; *Fabian Wittreck* in: *Dreier* (Fn. 62), Art. 16a Rn. 53.

¹²¹ Das Recht auf Einreise als Teil des Grundrechts auf Asyl ist umstritten. Dafür: BVerfG-K NVwZ 1992, 973 (974); BVerwGE 62, 206, 210 f.; BVerwGE 69, 323 (328); BVerwGE 105, 28 (32); *Wittreck* in: *Dreier* (Fn. 62), Art. 16a Rn. 85; *Winfried Kluth* in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.) *Grundrechte-Kommentar*, 2. Aufl. 2016, Art. 16a Rn. 62; *von Arnould* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 16a Rn. 25; *Hufen Staatsrecht II* (Fn. 120), § 20 Rn. 14; *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher Grundrechte. Staatsrecht II*, 31. Aufl. 2015, Rn. 1097. Dagegen (der Asylanspruch entsteht erst auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland) *Randelzhofer* (Fn. 120), § 154 Rn. 50; *ders.* in: Maunz/Dürig (Fn. 63), Art. 16a Rn. 106 f.; *Hans-Georg Maaßen* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) *Grundgesetz*, 2009, Art. 16a GG Rn. 49.

¹²² Vgl. BVerwGE 62, 206, 210 f.; *Albrecht Randelzhofer* in: Maunz/Dürig (Fn. 63), Art. 16a Rn. 133; *ders.* (Fn. 120), § 154 Rn. 64, Rn. 67 f.; *Wittreck* in: *Dreier* (Fn. 62), Art. 16a Rn. 86.

¹²³ Vgl. *Giegerich Rechtliche Steuerung* (Fn. 52), 481 (495 f.); die Beiträge in: *Kay Hailbronner* (Hrsg.) *Asyl- und Einwanderungsrecht im europäischen Vergleich*, 1992 sowie überblicksartig *von Arnould* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 16a Rn. 3; *Pache Die Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, in: *Niedobitek* (Fn. 58), § 10, Rn. 124.

¹²⁴ Vgl. BVerfGE 9, 174 (179 ff.); 54, 341 (357); 76, 143 (157 f.); 80, 315 (333).

¹²⁵ Vgl. BVerfGE 9, 174 (180); 54, 341 (356 f., 358); 76, 143 (157 f., 169); 80, 315 (334 f.); *Kluth* in: *Stern/Becker* (Fn. 121), Art. 16a Rn. 29; *von Arnould* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 16a Rn. 18.

¹²⁶ Art. 1A Nr. 2 GFK.

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 54, 341 (357 f.); 76, 143 (157); BVerwGE 4, 235 (237); 4, 238 (241 f.); 49, 202 (204 f.); 67, 184 (186); 68, 171 (173); 72, 269 (274); 79, 143 (144 ff.).

¹²⁸ Vgl. BVerwGE 79, 143 (150 ff.).

¹²⁹ Hintergrund der weiten Auslegung ist, dass das Grundrecht auf Asyl vor dem Missbrauch hoheitlicher Herrschaftsmacht durch Ausgrenzung wegen bestimmter unverfügbarer persönlicher Merkmale schützen soll, vgl. BVerfGE 80, 315 (333 ff.); *Kluth* in: *Stern/*

Keine politische Verfolgung begründen hingegen allgemeine Zustände in einem Staat, wie Hunger, Naturkatastrophen, Unruhen, Revolutionen und Kriege¹³⁰ oder aber materielle Not.¹³¹ Darüber hinaus ist die Inanspruchnahme des Grundrechts seit der Asylrechtsreform von 1993,¹³² die zur Aufnahme des Konzepts des sicheren Drittstaats (Abs. 2) wie des sicheren Herkunftsstaats (Abs. 3) führte, deutlich eingeschränkt. De facto kann sich heute niemand, der auf dem Landweg nach Deutschland einreist, auf Art. 16a GG berufen.¹³³ Ein Recht auf freie Wahl des Asyllandes wird gerade nicht gewährt.¹³⁴ Das Grundrecht auf Asyl spielt aus den beiden genannten Gründen demnach heute als Steuerungsrahmen eine nur noch *marginale* Rolle.¹³⁵

b) *Besonderer Schutz der Familie*

Das zweite bedeutsame Grund- und Menschenrecht ist der besondere Schutz der Familie. Er ist auf völker-, europarechtlicher und nationaler Ebene¹³⁶ im Wesentlichen gleich ausgestaltet.¹³⁷ Geschützt ist nicht nur das Recht, eine Familie zu gründen, sondern auch das Recht, in Ehe und als Familie zusammenzuleben.¹³⁸ Ein *Recht auf Zuwanderung* in Form

Becker (Fn. 121), Art. 16a Rn. 29; von *Arnauld* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 16a Rn. 11.

¹³⁰ Vgl. BVerfGE 80, 315 (335); BVerwGE 72, 269 (277); *Kluth* in: Stern/Becker (Fn. 121), Art. 16a Rn. 43.

¹³¹ Vgl. BVerfGE 54, 341 (357).

¹³² Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 16 und 18 GG) vom 28.6.1993 (BGBl. 1993 I, 1002). Näher zu der Verfassungsreform *Andreas Voßkuhle* DÖV 1994, 53 ff.; *Friedrich Schoch* DVBl. 1993, 1161 ff.; *Claus Dieter Classen* DVBl. 1993, 700 ff.; *Andreas Zimmermann* Das neue Grundrecht auf Asyl, 1994.

¹³³ Vgl. *Schoch* DVBl. 1993, 1161 (1164); von *Arnauld* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 16a Rn. 43.

¹³⁴ Vgl. BVerwGE 122, 376 (386 f.).

¹³⁵ Die Anerkennungsquote für Asylberechtigte nach Art. 16a GG lag von 2005 bis 2014 zwischen 0,8 und 1,8%, vgl. *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* Das Bundesamt in Zahlen 2014, Asyl, 2015, 35. Zahlen für 2015 und 2016 liegen noch nicht vor. Zur mangelnden Bedeutung des Art. 16a GG im Rahmen der sog. Flüchtlingskrise vgl. *Hans-Jürgen Papier* NJW 2016, 2391 (2392).

¹³⁶ Art. 23 IPbürg, Art. 8 EMRK, Art. 7, 9 GRCh, Art. 6 GG.

¹³⁷ Vgl. statt vieler *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 190.

¹³⁸ Vgl. *Manfred Nowak* U.N. Covenant on Civil and Political Rights, 2. Aufl. 2005, Art. 23 Rn. 12; *Jens Meyer-Ladewig* Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, Art. 8 Rn. 53; *Thilo Marauhn/Judith Thorn* in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.) EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 44; *Hans D. Jarass* Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 21; *ders.* ebd., Art. 9 Rn. 7; *Frauke Brosius-Gersdorf* in: Dreier (Fn. 62), Art. 6 GG Rn. 121.

eines Nachzugsrechts ergibt sich daraus allerdings *nicht*.¹³⁹ Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR,¹⁴⁰ des EuGH¹⁴¹ und des Bundesverfassungsgerichts¹⁴² ist lediglich das Interesse am Zusammenleben angemessen zu berücksichtigen. Seine Praxisrelevanz ist trotzdem erheblich.¹⁴³

Die *EU-Familienzusammenführungsrichtlinie*¹⁴⁴ enthält subjektive Rechte, die noch darüber hinaus gehen. Familienangehörigen von sich legal in einem EU-Mitgliedstaat aufhaltenden Drittstaatsangehörigen sowie von anerkannten Flüchtlingen steht ein Recht auf Nachzug zu.¹⁴⁵

5. Schutzpflichten gegenüber Drittstaatsangehörigen

Das fünfte materielle Element des Steuerungsrahmens sind die Schutzpflichten der Staaten. Es geht ausdrücklich nicht um Rechte von Drittstaatsangehörigen, sondern lediglich um Pflichten der Staaten. Sie ergeben sich völkerrechtlich aus der Genfer Flüchtlingskonvention¹⁴⁶ und ihrem Pro-

¹³⁹ Vgl. BVerfGE 51, 386 (396 f.); 76, 1 (47 f.); 80, 81 (93); BVerfGK 14, 458 (462); BVerfG, NVwZ 2009, 387 (387); EGMR, Urt. v. 28.5.1985, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, Série A Nr. 94, Rn. 68; EGMR, Urt. v. 19.2.1996, Nr. 23218/94, Gül v. Switzerland, ECHR 1996-I, Rn. 38; EGMR, Urt. v. 28.11.1996, Nr. 21702/93, Ahmut v. The Netherlands, Rn. 67; EGMR, Urt. v. 21.12.2001, Nr. 31465/96, Sen v. The Netherlands, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 – Parlament/Rat, Slg. 2006, I-5769, Rn. 59; *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 190 ff.; *Wolfrum* Rahmenbedingungen (Fn. 45), 19 (24 f.); *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (392 f.).

¹⁴⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 28.5.1985, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, Série A Nr. 94, Rn. 67; EGMR, Urt. v. 19.2.1996, Nr. 23218/94, Gül v. Switzerland, ECHR 1996-I, Rn. 38; EGMR, Urt. v. 28.11.1996, Nr. 21702/93, Ahmut v. The Netherlands, Rn. 73; EGMR, Urt. v. 21.12.2001, Nr. 31465/96, Sen v. The Netherlands, Rn. 31. Näher zur EGMR-Rechtsprechung *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 15), 236 ff.

¹⁴¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 – Parlament/Rat, Slg. 2006, I-5769, Rn. 62 ff.

¹⁴² Vgl. BVerfGE 76, 1 (49 ff.); 80, 81 (93); BVerfGK 14, 458 (463); BVerfG, NVwZ 2009, 387 (387).

¹⁴³ Vgl. *Langenfeld* FS Eckart Klein, 2013, 553 (554 ff.).

¹⁴⁴ Familienzusammenführungsrichtlinie (RL 2003/86/EG vom 22.9.2003, ABl. L 251/12).

¹⁴⁵ Vgl. Art. 4 ff., Art. 9 ff. Familienzusammenführungsrichtlinie (Fn. 144). Die Einordnung des Familiennachzugs als subjektives Recht wurde vom EuGH ausdrücklich bestätigt, vgl. EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 – Parlament/Rat, Slg. 2006, I-5769, Rn. 60.

¹⁴⁶ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951 (BGBl. 1953 II, 559).

tokoll.¹⁴⁷ Unter dem Begriff „Asyl“ haben diese Vorgaben¹⁴⁸ Eingang in die europarechtliche Ebene¹⁴⁹ gefunden. Bei einer bloßen Umsetzung des Genfer Flüchtlingsrechts ist die Europäische Union allerdings nicht stehen geblieben. 2004¹⁵⁰ schuf sie zwei weitere, im weltweiten Vergleich einzigartige¹⁵¹ Schutzkategorien: den „subsidiären Schutz“¹⁵² und den „vorübergehenden Schutz“.¹⁵³ Dementsprechend hat Deutschland,¹⁵⁴ neben und unabhängig von Art. 16a GG,¹⁵⁵ in Umsetzung völker- und europarechtlicher Vorgaben folgenden Personen Schutz zu gewähren: Flüchtlingen, subsidiär Schutzberechtigten und Vertriebenen im Falle eines Massenzustroms.

Flüchtlinge sind Personen, die sich gemäß der Genfer Flüchtlingskonvention aus Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe außerhalb ihres Herkunfts- oder Aufenthaltsstaates befinden.¹⁵⁶ Es handelt sich um individuell verfolgte Personen. Ihnen ist Schutz bzw. Asyl für die Dauer von zunächst drei Jahren¹⁵⁷ zu gewähren.

Subsidiär Schutzberechtigte sind Personen, die keine Flüchtlinge sind, denen aber bei einer Rückkehr die Todesstrafe, Folter, unmenschliche, erniedrigende Behandlung oder Bestrafung oder Lebensgefahr wegen eines bewaffneten Konflikts droht.¹⁵⁸ Erfasst sind in erster Linie die sog. Kriegs-

¹⁴⁷ Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967 (BGBl. 1969 II, 1293).

¹⁴⁸ Vgl. dazu umfassend *Hans-Georg Maaßen* Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht: Überlegungen zu den völkerrechtlichen Rahmenbedingungen einer europäischen Asylrechtsharmonisierung, 1997.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 78 Abs. 2 lit. a) AEUV und Art. 9 ff. Qualifikationsrichtlinie (RL 2011/95/EU vom 13.12.2011, ABl. L 33/9).

¹⁵⁰ Dies geschah durch die damalige Qualifikationsrichtlinie (RL 2004/83/EG vom 29.4.2004, ABl. L 304/12), die 2011 durch die neue Qualifikationsrichtlinie (Fn. 149) ersetzt wurde.

¹⁵¹ Vgl. statt vieler *Ritgen* DVBl. 2016, 137 (147).

¹⁵² Vgl. Art. 78 Abs. 2 lit. b) AEUV i.V.m. Art. 15 ff. Qualifikationsrichtlinie (Fn. 149).

¹⁵³ Vgl. Art. 78 Abs. 2 lit. c) AEUV i.V.m. Massenzustromrichtlinie (RL 2001/55/EG vom 20.7.2001, ABl. L 212/12).

¹⁵⁴ Das deutsche Recht hat die völker- und europarechtlichen Vorgaben im AsylG und im AufenthG umgesetzt.

¹⁵⁵ Art. 16a GG und die völker- wie europarechtlichen Schutzpflichten stehen nebeneinander, vgl. *Kluth* in: Stern/Becker (Fn. 121), Art. 16a Rn. 4; *Papier* NJW 2016, 2391 (2393); *Harald Dörig/Christine Langenfeld* NJW 2016, 1 (2 ff.).

¹⁵⁶ Vgl. Art. 78 Abs. 2 lit. a) AEUV i.V.m. Art. 2 lit. d) Qualifikationsrichtlinie (Fn. 149); § 3 Abs. 1 AsylG. Ausf. dazu *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters* (Fn. 102), 293 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 24 Abs. 1 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 149); § 26 Abs. 1 Satz 2 AufenthG.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 78 Abs. 2 lit. b) AEUV i.V.m. Art. 2 lit. f), 15 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 149); § 4 Abs. 1 AsylG. Ausf. dazu *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters* (Fn. 102), 341 ff.

oder Bürgerkriegsflüchtlinge. Die meisten der nach Deutschland kommenden sog. „Flüchtlinge“ sind also – rechtlich betrachtet – keine Flüchtlinge.¹⁵⁹ Sie sind subsidiär Schutzberechtigte, denen ein „subsidiärer Schutz“ für mindestens ein Jahr zu gewähren ist.¹⁶⁰

Vertriebene sind Personen, die ihren Herkunfts- oder Aufenthaltsstaat wegen eines bewaffneten Konflikts oder dauernder Gewalt bzw. massiver Menschenrechtsverletzungen haben verlassen müssen. Im Falle eines Massenzustroms ist ihnen ein „vorübergehender Schutz“ von einem Jahr zu gewähren.¹⁶¹

Die genannten Vorgaben schaffen ein „flüchtlingsrechtliches Refoulement-Verbot“: eine Pflicht, Schutzsuchende nicht in einen Staat zurück- oder auszuweisen, in dem ihnen Gefahr aus den genannten Gründen droht.¹⁶² Vom Konzept her geht es bei allen drei Personengruppen um einen zeitlich begrenzten Schutz.¹⁶³

6. Abschiebungs- und Auslieferungsverbote

Das sechste materielle Element des Steuerungsrahmens sind Abschiebungs-¹⁶⁴ und Auslieferungsverbote.¹⁶⁵ Für deutsche Staatsangehörige¹⁶⁶

¹⁵⁹ Vgl. *Dörig/Langenfeld* NJW 2016, 1 (2).

¹⁶⁰ Art. 24 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 149); § 26 Abs. 1 Satz 3 AufenthG.

¹⁶¹ Vgl. Art. 78 Abs. 2 lit. c) AEUV i.V.m. Art. 2 lit. a), c), d) Massenzustromrichtlinie (Fn. 153); § 24 AufenthG.

¹⁶² Vgl. Art. 33 Abs. 1 GFK; Art. 38 Verfahrensrichtlinie (RL 2013/32/EU vom 26.6.2013, ABl. L 180/60); § 60 Abs. 1, 2 AufenthG; von *Arnauld* in: von Münch/Kunig (Fn. 62), Art. 16a Rn. 4; *Angenendt* Regelung und Vermittlung (Fn. 44), 180 (183). Ausf. zum flüchtlingsrechtlichen Refoulement-Verbot *Thomas Gammeltoft-Hansen* Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control, 2011, 44 ff.

¹⁶³ Vgl. *Papier* NJW 2016, 2391 (2395); *Hobe* Völkerrecht (Fn. 113), 442; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 115), 32. Sobald die Gefahr nicht mehr existiert, darf der Aufenthaltstitel wieder entzogen werden, vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. e), f) Qualifikationsrichtlinie (Fn. 149); § 73 AsylG. Ein Schutzsuchender, der eine besonders schwere Straftat begangen hat, darf auch ausgewiesen werden, vgl. Art. 33 Abs. 2 GFK; Art. 25 Abs. 6 a) iii), b) iii), Art. 31 Abs. 8 j) Verfahrensrichtlinie (Fn. 162). Im AufenthG finden sich entsprechende Bestimmungen an mehreren Stellen, vgl. etwa § 18a Abs. 1 Nr. 7, Abs. 1b, § 23a Abs. 1 Satz 3; § 25 Abs. 3 Nr. 2; § 25a Abs. 3. Näher zur Abschiebung nach Begehung schwerer Straftaten *Hailbronner/Thym* JZ 2016, 753 (754).

¹⁶⁴ Abschiebung ist die zwangsweise Durchsetzung einer Ausreisepflicht, vgl. Art. 58 Abs. 1 AufenthG.

¹⁶⁵ Auslieferung ist die Überstellung an einen anderen Staat zum Zwecke der Strafverfolgung oder -vollstreckung, vgl. *Stein/von Buttlar* Völkerrecht (Fn. 113), Rn. 597.

¹⁶⁶ Art. 16 Abs. 2 GG. Die Auslieferung an EU-Mitgliedstaaten ermöglichen §§ 78 ff. des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen i.d.F. vom 27.6.1994 (BGBl. 1994 I, 1537), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 31.7.2016 (BGBl. 2016 I,

und für Unionsbürger¹⁶⁷ gelten besondere Verbote. Von wesentlich größerer praktischer Relevanz¹⁶⁸ sind allerdings die für alle Personen geltenden „grund- oder menschenrechtlichen Refoulement-Verbote“. Völker- und Europarecht statuieren vor allem zwei:¹⁶⁹ das Abschiebungs- und Auslieferungsverbot bei drohender Todesstrafe, Folter oder anderer unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe¹⁷⁰ sowie das Verbot der Kol-

1914). Die Bestimmungen wurden eingefügt durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlgesetz – EuHbG) vom 20. Juli 2006 (BGBl. 2006 I, 1721). Die Auslieferung Deutscher an internationale Gerichtshöfe wird durch das Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH-Gesetz – IStGHG) vom 21.6.2002 (BGBl. 2002 I, 2411), das Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Gerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz) vom 10.4.1995 (BGBl. 1995 I, 485) und das Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda (Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetz) vom 4.5.1998 (BGBl. 1998 I, 843) ermöglicht. Die beiden zuletzt genannten Gesetze wurden vor Einfügung eines Gesetzesvorbehalts in Art. 16 Abs. 2 GG erlassen. Gemäß Begründung der Verfassungsänderung sollten diese u.a. deren Anwendbarkeit auch auf Deutsche ausdehnen, vgl. BT-Drucks. 14/2668, 10.2.2000, 5.

¹⁶⁷ § 6 FreizügG/EU. Vgl. auch BVerfG NJW 2014, 1945 ff., wonach das Auslieferungsverbot nach Art. 16 Abs. 2 GG nicht für Unionsbürger gilt. Allerdings hat das LG Berlin in der sich daran anschließenden Schadensersatzklage den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen und gefragt, ob eine solche Ansicht gegen Art. 18 Abs. 1 AEUV verstößt, vgl. LG Berlin, Beschluss vom 18.3.2016, 28 O 111/14, juris. Gemäß EuGH, Urt. v. 6.9.2016, Rs. C-182/15 – Aleksei Petruhin, ECLI:EU:C:2016:630, ist ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet, Unionsbürger in gleichem Maß vor Auslieferung zu schützen wie seine eigenen Staatsangehörigen. Vor einer Auslieferung muss jedoch der Herkunftsmitgliedstaat informiert werden, um ihm Gelegenheit zu geben, die Übergabe des Bürgers zu Verfolgungszwecken zu beantragen.

¹⁶⁸ Das ist insb. auf die extensive Auslegung des Refoulement-Verbots bei drohender Folter oder anderer unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe durch den EGMR zurück zu führen, vgl. *Oliver Thurin* Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung: das Prinzip des Non-Refoulement nach Artikel 3 EMRK, 2. Aufl. 2012; *Thym* FS Kay Hailbronner, 2013, 245 (248 f.); *von Arnould* Völkerrecht (Fn. 114), Rn. 641, 671. S. auch *Matthias Hähnel* Einstweiliger Rechtsschutz gegen Abschiebungen und Auslieferungen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Fn. 30), 105 ff.

¹⁶⁹ Zu weiteren Abschiebungsverboten vgl. ILC Draft articles on the expulsion of aliens, 2014. Näher dazu *Christian Tomuschat* FS Kay Hailbronner 2013, 645 ff.

¹⁷⁰ Art. 3 EMRK, ausgeformt etwa durch EGMR, Urt. v. 15.11.1996 (GK), Nr. 22414/93, *Chahal vs. Vereinigtes Königreich*, Rn. 79 f.; EGMR, Urt. v. 17.12.1996, Nr. 25964/094, *Ahmed vs. Österreich*, Rn. 41; zum absoluten Charakter des Art. 3 EMRK auch im Falle des Vorwurfs terroristischer Aktivitäten EGMR, Urt. v. 28.2.2008 (GK), Nr. 37201/06, *Saadi vs. Italien*, Rn. 137 f.; Art. 3 Antifolterkonvention (beschränkt auf Folter); Art. 4 und Art. 19 Abs. 2 GRCh; Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 Dublin III-Verordnung (VO [EU] Nr. 604/2013 vom 26.6.2013, ABl. L 180/31). Nach h.M. gilt das entsprechende

lektivausweisung.¹⁷¹ Die deutsche Rechtsordnung hat beide übernommen¹⁷² und um ein drittes ergänzt: Bei erheblicher konkreter Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit soll von einer Abschiebung abgesehen werden.¹⁷³

7. Unterschiedliche Weite der Steuerungsspielräume

Zusammenfassend lässt sich demnach feststellen, dass der Steuerungsrahmen für deutsche Staatsangehörige, für Unionsbürger sowie für Norweger, Isländer, Liechtensteiner und Schweizer extrem eng ist. Eine direkte Migrationssteuerung ist kaum möglich, da ein grundsätzliches Zu- und Abwanderungsrecht besteht. Für Drittstaatsangehörige ist der Steuerungsrahmen weiter.¹⁷⁴ Sobald diese allerdings Flüchtlinge, subsidiär Schutzberechtigte bzw. Vertriebene sind oder eines der grund- und menschenrechtlichen Refoulement-Verbote greift, verengt sich der Steuerungsrahmen erheblich. Nur für sonstige Drittstaatsangehörige, insbesondere für Arbeitsmigranten, besteht noch ein echter Steuerungsspielraum.¹⁷⁵

Refoulement-Verbot mittlerweile auch völkergewohnheitsrechtlich, vgl. *Guy S. Goodwin-Gill* in: ders./Phillipe Weckel (Hrsg.) *Migration and Refugee Protection in the 21st Century. International Legal Aspects*, 2015, 7 f. Weitere Nachweise bei *Cornelis Wolfram Wouters* *International legal standards for the protection from refoulement: a legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, 2009, 30 (Fn. 130).

¹⁷¹ Art. 4 ZP 4 zur EMRK. Näher dazu von *Arnauld* *Völkerrecht* (Fn. 114), Rn. 729; Art. 19 Abs. 1 GRCh.

¹⁷² § 60 Abs. 3 AufenthG (drohende Todesstrafe) und § 60 Abs. 5 AufenthG (Verweis auf die EMRK und damit sowohl auf Art. 3 EMRK als auch auf Art. 4 ZP 4 zur EMRK). Darüber hinaus hat das BVerfG die entsprechenden Refoulement-Verbote aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleitet, vgl. BVerfG, NVwZ 1992, 660 (661); BVerfGE 75, 1 (16).

¹⁷³ Dazu zählen insb. lebensbedrohliche oder schwerwiegende Erkrankungen, die sich durch die Abschiebung wesentlich verschlechtern würden, vgl. Art. 60 Abs. 7 AufenthG.

¹⁷⁴ Umfassend zur Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen *Hannah Tewocht* *Drittstaatsangehörige im europäischen Migrationsrecht*, 2016, sowie überblicksartig *Daniel Thym* *CMLR* 2013, 709 ff.

¹⁷⁵ Vgl. *Rossi* *Die Verwaltung* 40 (2007), 383 (394); *Thym* *Migrationsverwaltungsrecht* (Fn. 15), 125 ff.; *Sachverständigenrat* *Jahresgutachten* 2010 (Fn. 14), 68. Die EU hat für diesen Bereich nur fünf Richtlinien erlassen: die Studentenrichtlinie (RL 2004/114/EG vom 13.12.2004, ABl. L 375/12), die Forscherrichtlinie (RL 2005/71/EG vom 12.10.2005, ABl. L 289/15), die Familienzusammenführungsrichtlinie (Fn. 144), die Hochqualifiziertenrichtlinie (RL 2009/50/EG vom 25.5.2009, ABl. L 155/17) und die Aufenthaltsrichtlinie (RL 2003/109/EG vom 25.11.2003, ABl. L 16/44). Zur Steuerung der Arbeitsmigration in Deutschland vgl. *Langenfeld/Waibel* *FS Kay Hailbronner*, 2013, 169 ff.

VII. Steuerungsinstrumente

Steuerungsinstrumente sind die diversen vom Recht zur Verfügung gestellten rechtlichen Handlungsformen der Steuerungssubjekte.¹⁷⁶

1. Direkte und indirekte Steuerungsinstrumente

Die Steuerungsinstrumente lassen sich in direkte und indirekte Instrumente unterteilen.¹⁷⁷ *Direkt* steuernde Instrumente sind imperative Handlungsformen, die in Form von Ge- und Verboten, präventiver wie reaktiver Art, Migration unmittelbar erlauben, verbieten oder lenken. Sie können nur von den direkten Steuerungssubjekten eingesetzt werden. Beispiele sind die Rückführung in sichere Herkunftsstaaten, die Aufenthaltsgenehmigung zum Zweck der Ausbildung oder die Durchbeförderung von Ausländern durch das deutsche Staatsgebiet.

Indirekt steuernde Instrumente sind nicht-imperative Handlungsformen, die positive oder negative Anreize für Migration setzen. Sie stehen den direkten und den indirekten Steuerungssubjekten zur Verfügung. So können der Ersatz von Finanz- durch Sachleistungen,¹⁷⁸ die Aussetzung des Familiennachzugs¹⁷⁹ oder gar eine Zahlungspflicht für Einwanderer¹⁸⁰ Zuwanderung indirekt hemmen. Ein indirekt zuwanderungsförderndes Instrument ist

¹⁷⁶ Vgl. *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 37), 20 f.; *Walter* ZaöRV 2016, 363 (367); *Hatje* Steuerung (Fn. 39), 28.

¹⁷⁷ Ähnlich *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (386). Zur Umschreibung von direkten und indirekten Steuerungsinstrumenten allgemein vgl. *Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 37), 65 (71); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 37), 20 f.; 122 f. Daneben gibt es noch zahlreiche weitere Typologien, vgl. *Klaus König/Nicolai Dose* Klassifizierungsansätze staatlicher Handlungsformen. Eine steuerungstheoretische Abhandlung, 1989; *Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 37), 65 (71 ff.). Eine ökonomische Typologie findet sich bei *Holger Kolb/Julia Klausmann* ZAR 2013, 239 (240 ff.).

¹⁷⁸ Vgl. § 1a Asylbewerberleistungsg. § 1a wurde durch Art. 2 Abs. 2 des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes vom 20.10.2015 (BGBl. 2015 I, 1722) als Teil des sog. Asylpakets I eingefügt. Näher zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz *Kluth* ZAR 2015, 331 ff.; *Kathleen Neundorff* NJW 2016, 5 ff.; *Ritgen* DVBl. 2016, 137 (138 f.). Das sog. Asylpaket I bestand ursprünglich aus dem Asylverfahrensbeschleunigungs- und dem Entlastungsbeschleunigungsgesetz. Letzteres wurde allerdings vom Bundestag für erledigt erklärt, vgl. *Bundesrat* Unterrichtung durch den Deutschen Bundestag zu Drucksache 393/15, 15.10.2015.

¹⁷⁹ Vgl. § 104 Abs. 13 AufenthG. Der neue Abs. 13 wurde durch Art. 2 Abs. 4 des Gesetzes zur Einführung beschleunigter Asylverfahren vom 11. März 2016 (BGBl. 2016 I, 390) im Rahmen des sog. Asylpakets II eingefügt. Zum Asylpaket II vgl. *Kluth* ZAR 2016, 121 ff.

¹⁸⁰ Vgl. *Oliviero Angeli/Holger Kolb* ZAR 2011, 254 ff.

das Projekt PUMA („Punktebasiertes Modellprojekt für ausländische Fachkräfte“), das im Herbst 2016 in Baden-Württemberg gestartet wurde.¹⁸¹

2. Steuerungsinstrumente im Mehrebenensystem

Bei der Wahl der Steuerungsinstrumente ist dem Mehrebenensystem Rechnung zu tragen¹⁸² – in horizontaler wie in vertikaler Hinsicht. *Horizontal* ist die Parallelität und damit die Unabhängigkeit anderer Rechtsordnungen zu berücksichtigen. Sie entziehen sich der direkten Steuerung – obwohl sie teils erhebliche Auswirkungen auf die Migration haben.¹⁸³

In *vertikaler* Hinsicht ist nicht nur zu entscheiden, auf welcher Ebene ein Instrument einzusetzen ist, sondern auch, welches Steuerungssubjekt dafür zuständig ist. Partnerschaftsabkommen mit Drittstaaten etwa, mit denen eine zirkuläre Migration für Arbeitskräfte umgesetzt werden könnte, sind ein völkerrechtliches Instrument. Die entsprechende Kompetenz ist zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten geteilt.¹⁸⁴

3. Ineinandergreifen von Steuerungsinstrumenten

Im Mehrebenensystem werden Steuerungsinstrumente allerdings in der Regel nicht isoliert angewendet, sondern greifen ineinander. Ein Ineinandergreifen liegt vor, wenn die Instrumente gewissermaßen linear eine *Kette von Gliedern* bilden.¹⁸⁵ Das Ineinandergreifen kann horizontal (mehrere deutsche Rechtsakte hintereinander) wie vertikal (ein nationaler Rechtsakt, der mit einem Völkerrechtsakt verbunden ist)¹⁸⁶ erfolgen.

4. Zusammenführung von Steuerungsinstrumenten zu einem Steuerungssystem

Steuerungsinstrumente können aber nicht nur linear ineinandergreifen, sondern auch – gewissermaßen als *Netz* – zu einem Steuerungssystem verknüpft werden. Ein Steuerungssystem besteht aus mehreren direkten Steue-

¹⁸¹ Das Projekt wurde vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales und der Bundesagentur für Arbeit gestartet und hat eine Laufzeit von drei Jahren. Näher dazu *Holger Kolb* ZAR 2016, 136 ff.; *Susanne Preuß* FAZ vom 27.2.2016, 17.

¹⁸² Vgl. *Rossi* Die Verwaltung 40 (2007), 383 (387).

¹⁸³ Vgl. anschaulich *Michael Fuchs* DÖV 2015, 1031 ff.

¹⁸⁴ Art. 4 Abs. 2 lit. j); Art. 78 Abs. 2 lit. g) AEUV.

¹⁸⁵ Das lineare Ineinandergreifen von Steuerungsinstrumenten wird teilweise auch als „Koordination“ bezeichnet, vgl. *Hailbronner/Thym* JZ 2016, 753 (753).

¹⁸⁶ Ein Beispiel ist die Kopplung von nationalen Grenzschießungen mit völkerrechtlichen Kooperationen mit Herkunfts- und/oder Drittstaaten, vgl. *Hailbronner/Thym* JZ 2016, 753 ff.

zungssubjekten, sowohl vertikal als auch horizontal im Mehrebenensystem verteilt, deren Steuerungsinstrumente miteinander gekoppelt sind.

Die beiden großen Migrationssteuerungssysteme sind das Schengen- und das Dublin-System. Das *Schengen-System*¹⁸⁷ vernetzt ein Steuerungsinstrument, die Grenzkontrollen. An den Binnengrenzen zwischen den Schengen-Staaten,¹⁸⁸ dem „europäische[n] Migrationsraum“,¹⁸⁹ finden Grenzkontrollen grundsätzlich nicht mehr statt.¹⁹⁰ Im Gegenzug erfolgt eine effektive Überwachung der Außengrenzen zu Drittstaaten¹⁹¹ mit schrittweiser Einführung eines integrierten Grenzschutzsystems.¹⁹²

Das *Dublin-* oder *Gemeinsame Europäische Asylsystem*¹⁹³ vernetzt mehrere Steuerungsinstrumente. In allen Dublin-Staaten¹⁹⁴ gelten für Schutzsu-

¹⁸⁷ Das Schengen-System basiert auf Art. 77 AEUV und dem Schengener Grenzkodex (VO [EU] 2016/399 vom 9.3.2016, ABl. L 77/1). Ausf. zu seiner Entwicklung *Kugelmann* Einwanderungs- und Asylrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Fn. 8), § 41 Rn. 102 ff. Zu seiner heutigen Ausgestaltung vgl. *Pache* Die Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Niedobitek (Fn. 58), § 10, Rn. 82 ff.; *Joachim Stern/Timo Tohidipur* Migration von Drittstaatsangehörigen, in: Andreas von Arnould (Hrsg.) Europäische Außenbeziehungen, EnzEur Bd. 10, 2014, § 14 Rn. 25 ff.

¹⁸⁸ Schengen-Staaten sind alle EU-Mitgliedstaaten (außer GB und Irland, Bulgarien, Rumänien, Kroatien und Zypern) plus Norwegen, Island, die Schweiz und Liechtenstein als Nicht-EU-Mitgliedstaaten. Die EU-Mitgliedstaaten Bulgarien, Rumänien Kroatien und Zypern erfüllen noch nicht alle Schengen-Standards (insb. was die effektive Kontrolle der Außengrenze betrifft), so dass sie noch keine Schengen-Staaten sind. Daher werden an den entsprechenden Binnengrenzen noch Personenkontrollen durchgeführt. Faktische Schengen-Staaten sind Andorra, Monaco, San Marino und Vatikanstadt. Sie führen keine Grenzkontrollen durch. Mit den vier Nicht-EU-Mitgliedstaaten Norwegen, Island, Schweiz und Liechtenstein wurden bilaterale Verträge geschlossen, in denen vereinbart wurde, dass diese den Schengen-Besitzstand in ihr nationales Recht übernehmen, vgl. etwa Abkommen zwischen der Europäischen Union, der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, 26.10.2004, ABl. 2008 L 53/52.

¹⁸⁹ Der „europäische Mobilitätsraum“ gilt sowohl für Unionsbürger als auch für Drittstaatsangehörige, vgl. *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 142.

¹⁹⁰ Vgl. Art. 77 Abs. 1 lit. a) AEUV i.V.m. Art. 22 Schengener Grenzkodex (Fn. 187).

¹⁹¹ Art. 77 Abs. 1 lit. b) AEUV i.V.m. Art. 5 ff. Schengener Grenzkodex (Fn. 187).

¹⁹² Art. 77 Abs. 1 lit. c) AEUV. Erste Schritte in Richtung auf ein integriertes Grenzschutzsystem ist bspw. die Schaffung der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX durch VO (EG) Nr. 2007/2004 vom 26.10.2004, ABl. L 349/1.

¹⁹³ Das Dublin-System basiert auf Art. 78 Abs. 2 lit. e) AEUV und der Dublin III-Verordnung (Fn. 170). Näher zum sog. Dublin-System *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters* (Fn. 102), 243 ff.; *Stern/Tohidipur* Migration von Drittstaatsangehörigen, in: von Arnould (Fn. 187), § 14 Rn. 63 ff.; *Pache* Die Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Niedobitek (Fn. 58), § 10, Rn. 125 ff.; *Kugelmann* Einwanderungs- und Asylrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Fn. 8), § 41 Rn. 148 ff.

¹⁹⁴ Dublin-Staaten sind alle EU-Mitgliedstaaten sowie die Nicht-EU-Mitgliedstaaten Norwegen, Island, die Schweiz und Liechtenstein. Für den EU-Mitgliedstaat Dänemark gilt

chende dieselben Kriterien,¹⁹⁵ dasselbe Verfahren,¹⁹⁶ dieselbe Rechtsstellung¹⁹⁷ und dieselben Rückführungsmodalitäten¹⁹⁸ inklusive der Konzepte des sicheren Herkunfts- sowie des sicheren Drittstaats. Daher sind Asylverfahren nur in einem Dublin-Staat, mit Geltung für alle anderen durchzuführen.¹⁹⁹ Die Dublin III-Verordnung schafft ein hochkomplexes Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates. Die bedeutsamste Grundregel lautet, dass der Staat zuständig ist, den der Schutzsuchende als erstes betritt.²⁰⁰ Von dieser Grundregel kann im Wege des sog. Selbsteintrittsrechts abgewichen werden.²⁰¹

das Dublin-Sekundärrecht nicht unmittelbar, vgl. Protokoll Nr. 22 zum AEUV. Dänemark hat sich aber in einem völkerrechtlichen Vertrag von 2005 grundsätzlich bereit erklärt, den Inhalt der Dublin II-Verordnung sowie künftige Änderungen (also die Dublin III-Verordnung) in sein nationales Recht zu übernehmen, vgl. Übereinkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark zur Ausdehnung auf Dänemark der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, sowie der Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens vom 13.3.2005, ABl. 2006 L 66/38. Mit den vier Nicht-EU-Mitgliedstaaten Norwegen, Island, Schweiz und Liechtenstein wurden bilaterale Verträge geschlossen, in denen vereinbart wurde, dass diese – wie Dänemark – den Inhalt von Dublin II bzw. dessen Änderungen in ihr nationales Recht übernehmen (Bsp.: Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26.10.2004, ABl. 2008 L 53/5).

¹⁹⁵ Qualifikationsrichtlinie (Fn. 149).

¹⁹⁶ Verfahrensrichtlinie (Fn. 162).

¹⁹⁷ Aufnahme richtlinie (RL 2013/33/EU vom 26.6.2013, ABl. L 180/96).

¹⁹⁸ Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG vom 16.12.2008, ABl. L 348/98).

¹⁹⁹ Ziel ist zu verhindern, dass abgelehnte Schutzsuchende in andere Staaten weiterziehen, um einen erneuten, von vornherein erfolglosen Antrag zu stellen (sog. „asylum shopping“), oder aber, im Gegenteil, kein Staat sich zuständig fühlt und die Schutzsuchenden nirgendwo einen Antrag stellen können (sog. „refugees in orbit“). Zu dem Umstand, dass damit die Verwaltungsentscheidung eines EU-Mitgliedstaats Wirkung für alle anderen entfaltet vgl. *Jürgen Bast* Der Staat 46 (2007), 1 ff.

²⁰⁰ Vgl. Art. 7 ff., Art. 13 Dublin III-Verordnung (Fn. 170). Ein Recht auf freie Wahl des Asylstaats besteht nicht, vgl. Tagung des Europäischen Rates (18. und 19. Februar 2016) – Schlussfolgerungen, EUCO 1/16, Punkt 8 f); *Dörig/Langensfeld* NJW 2016, 1 (3); *Alexander Peukert/Christian Hillgruber/Ulrich Foerster/Holm Putzke* ZAR 2016, 131 (133).

²⁰¹ Das sog. Selbsteintrittsrecht ist in Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 Dublin III-Verordnung (Fn. 170) verankert. Von diesem Recht hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge 2015 für Syrer Gebrauch gemacht. Ausgeübt wurde es durch einen internen Erlass vom 21.8.2015 (Verfahrensregelung zur Aussetzung des Dublinverfahrens für syrische Staatsangehörige, Az. 411 – 93605/Syrien/2015, 21.8.2015 <http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/bamf_instructions_on_syrian_dublin_cases_august_2015.pdf>

5. Parallelität von Steuerungsinstrumenten

Schließlich ist eine Parallelität von Steuerungsinstrumenten möglich – horizontal wie vertikal. Eine Parallelität liegt vor, wenn mehrere, rechtlich voneinander unabhängige Instrumente zeitgleich angewendet werden. Dies kann gesteuert oder ungesteuert geschehen.

Eine *gesteuerte* Parallelität bewirkt der sog. „EU-Türkei-Pakt“ von März 2016. Seine häufig falsche Bezeichnung als „Abkommen“²⁰² verschleierte, dass es sich bei ihm lediglich um eine unverbindliche Absprache zwischen der Europäischen Union und der Türkei handelt, mit der zahlreiche Maßnahmen der beiden Akteure gebündelt wurden, und die im Wege einer Presseerklärung bekannt gegeben wurde.²⁰³ Die Abschlussformulierung, dass alle Elemente „gleichzeitig vorangebracht“ werden sollen,²⁰⁴ verdeutlicht die gesteuerte Parallelität der Maßnahmen.

Daneben kommt es auch immer wieder zu Formen *ungesteuerter* Parallelität. Ein Beispiel²⁰⁵ ist die sog. „Schließung der Balkanroute“. Die Absi-

[29.9.2016]). Der Erlass wurde am 21.10.2015 durch eine Weisung des Bundesministeriums des Innern wieder außer Kraft gesetzt (vgl. BT-Drucksache 18/7323 v. 21.1.2016, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Frank Tempel, Wolfgang Gehrcke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucksache 18/7107, 12).

²⁰² Vgl. etwa *Rainer Hermann* FAZ vom 14.6.2016, 8; *Michael Stabenow* FAZ vom 27.9.2016, 2.

²⁰³ Nach einem vorbereitenden Gipfeltreffen zwischen dem Europäischen Rat und der Türkei am 7./8.3.2016 wurde die aus neun Punkten bestehende Absprache am 18.3.2016 getroffen und anschließend als „Erklärung EU-Türkei“ bekannt gegeben, vgl. Pressemitteilung vom 18.3.2016, 144/16 <<http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>> (29.9.2016). Noch am selben Tag nahm der Europäische Rat darauf Bezug, vgl. Tagung des Europäischen Rates (17. und 18. März 2016) – Schlussfolgerungen, 18.3.2016, EUCO 12/1/16. Die „Erklärung EU-Türkei“ baut auf einem aus 23 Punkten bestehenden „Aktionsplan“ von November 2015 auf, vgl. Pressemitteilung vom 29.11.2015, Treffen der Staats- und Regierungschefs der EU mit der Türkei, 29.11.2015 – Erklärung EU-Türkei <<http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2015/11/29-eu-turkey-meeting-statement/>> (29.9.2016), Punkt 7 sowie European Commission – Fact Sheet, EU-Turkey joint action plan, 15.10.2015, MEMO/15/5860 <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5860_en.htm> (29.9.2016).

²⁰⁴ Vgl. „Erklärung EU-Türkei“ (Fn. 203), vorletzter Absatz. Auch im „Aktionsplan“ (Fn. 203) findet sich eine solche Formulierung, s. dort Punkt 11.

²⁰⁵ Ein weiteres Beispiel ist die Wiedereinführung von Grenzkontrollen innerhalb des Schengen-Raums. Grundsätzlich sind diese gemäß Art. 1 Abs. 1, Art. 22 Schengener Grenzkodex (Fn. 187) verboten. Bei einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit können sie jedoch gemäß Art. 25 ff. vorübergehend – maximal für die Dauer von zwei Jahren – wieder eingeführt werden. Diesen Schritt hat Deutschland am 13. September 2015 getan, so wie etwa eine Woche zuvor Dänemark. In etwa zeitgleich mit Deutschland führten auch Tschechien, die Slowakei, Belgien, Luxemburg und Österreich Binnengrenzkontrollen ein, vgl. <<http://www.shz.de/deutschland-welt/fluechtlings->

cherung der Grenzen Ungarns, Sloweniens, Kroatiens, Serbiens und Mazedoniens erfolgte sukzessiv, in einer Art „Domino-Effekt“.²⁰⁶ Weder waren die Maßnahmen zwischen allen EU- bzw. Schengen-Staaten abgestimmt²⁰⁷ noch herrschte Einigkeit, ob dies der richtige Schritt war.²⁰⁸

VIII. Migrationssteuerung im Mehrebenensystem: zwei Beispiele

Migrationssteuerung im Mehrebenensystem ist komplex. Die Komplexität sei zum Abschluss anhand von zwei Beispielen veranschaulicht.

1. Abschiebung

Das erste Beispiel betrifft eine einzelne Person: die Abschiebung eines abgelehnten tunesischen Asylbewerbers.

Die Abschiebung bildet das Ende einer horizontalen Kette von Verwaltungs- und Realakten auf nationaler Ebene.²⁰⁹ Das letzte Glied ist vertikal mit einem weiteren Instrument, einem Rückübernahmeabkommen auf völkerrechtlicher Ebene, zu koppeln. Ein solches ist nicht rechtlich, aber faktisch nötig. Zwar ist jeder Staat grundsätzlich verpflichtet, seine eige-

krise-in-europa-nicht-nur-deutschland-verschaerft-die-grenzkontrollen-id10711641.html> (29.9.2016). Jeder Staat führt die Grenzkontrollen aber mit unterschiedlicher Intensität durch. Es liegt eine ungesteuerte Parallelität von Steuerungsinstrumenten auf nationaler Ebene vor.

²⁰⁶ Ungarn hatte als erster Schengen-Staat mit Außengrenze am 15.10.2015 begonnen, seine Grenzen nach Serbien und Kroatien abzusichern und nur noch Personen einreisen zu lassen, die entweder gültige Reisepapiere und ein Visum hatten oder aber Asyl beantragten. Diesem Muster folgte Anfang März 2016 Slowenien, das bereits Ende 2015 mit dem Bau eines entsprechenden Zauns begonnen hatte, vgl. *Karl-Peter Schwarz* FAZ vom 31.12.2015. Aus Angst vor einem „Rückstau“ von Flüchtlingen setzten die Nicht-Schengen-Staaten Kroatien, Serbien und Mazedonien gleichzeitig entsprechende Maßnahmen um. Die Türkei schloss ihre Grenze zu Syrien Ende 2015, u.a. durch Mauern und Zäune, und lässt seitdem nur noch medizinische Notfälle und Hilfstransporte passieren, vgl. *Jochen Stahnke* FAZ vom 31.12.2015, 3.

²⁰⁷ Eine Abstimmung hatte nur zwischen den betroffenen Staaten stattgefunden.

²⁰⁸ Zwar hatte der Europäische Rat ein Ende der „Politik des Durchwinkens“ sowie eine Rückkehr zur Sicherung der Außengrenzen gefordert, vgl. Tagung des Europäischen Rates (18. und 19. Februar 2016) – Schlussfolgerungen, EUCO 1/16, Ziffer II. 8 d) e). Über das konkrete Vorgehen aber herrschte Uneinigkeit, vgl. *Schwarz* FAZ vom 31.12.2015; *Christian Geinitz* FAZ vom 8.3.2016, 15. Die Schließung der Balkanroute bewirkte allerdings eine deutliche Reduzierung des Flüchtlingsstroms, vgl. *Nikolas Busse* FAZ vom 10.3.2016, 1.

²⁰⁹ Die Abschiebung ist in § 58 AufenthG geregelt. Zum Ablauf des Asylverfahrens im Überblick vgl. *Andreas Dietz* Ausländer- und Asylrecht. Einführung, 2016, Rn. 464 ff.

nen Staatsangehörigen auf- bzw. zurückzunehmen.²¹⁰ Die komplizierten Modalitäten einer zwangsweisen Rückführung lassen sich jedoch am besten vertraglich regeln. Die Europäische Union verfügt über die Kompetenz zum Abschluss solcher Verträge.²¹¹ Unter den bislang 17 EU-Rückübernahmeabkommen²¹² ist keines mit Tunesien. Da es sich um eine geteilte Kompetenz handelt,²¹³ könnte Deutschland also den entsprechenden Vertrag mit Tunesien schließen, ähnlich wie dies mit Algerien²¹⁴ und Marokko²¹⁵ bereits geschehen ist. Allerdings ist der Weg versperrt, weil die Europäische Union 2014 beschlossen hat, selbst Verhandlungen mit Tunesien aufzunehmen.²¹⁶ Derzeit erfolgen Abschiebungen von Deutschland nach Tunesien daher auf der Basis einer unverbindlichen Absprache zwischen den beiden Staaten.²¹⁷

²¹⁰ *Kay Hailbronner* in: ders./Günter Renner/Hans-Georg Maaßen, Staatsangehörigkeitsrecht, 5. Aufl. München 2010, Staatsangehörigkeit und Völkerrecht, Rn. 99; *Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum*, Völkerrecht Bd. I/2, 2. Aufl. Berlin 2002, 23; *Alfred Verdross/Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. Berlin 1984, 794; *Randelzhofer* in: Maunz/Dürig (Fn. 63), Art. 16 Rn. 40; *Juliane Kokott* in: Sachs (Fn. 62), Art. 16 Rn. 12; *Klein* FS Kay Hailbronner, 2013, 313 (313).

²¹¹ Art. 79 Abs. 3 AEUV.

²¹² Die EU hat Rückübernahmeabkommen geschlossen mit Albanien (ABl. 2005 L 124/21); Armenien (ABl. 2013 L 289/13); Aserbaidschan (ABl. 2014 L 128/17); Bosnien-Herzegowina (ABl. 2007, L 334/66); Kap Verde (ABl. 2013 L 282/15); Georgien (ABl. 2011 L 52/47); Hongkong (ABl. 2004 L 17/25); Macao (ABl. 2004 L 143/99); Mazedonien (ABl. 2007 L 334/7); Moldau (ABl. 2007 L 334/149); Montenegro (ABl. 2007 L 334/26); Pakistan (ABl. 2010 L 287/52); der Russischen Föderation (ABl. 2007 L 129/40); Serbien (ABl. 2007 L 334/46); Sri Lanka (ABl. 2005 L 124/43), der Türkei (ABl. 2014 L 134/3) und der Ukraine (ABl. 2007 L 332/48).

²¹³ Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV.

²¹⁴ Protokoll zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Demokratischen Volksrepublik Algerien über die Identifizierung und die Rücknahme vom 14.2.1997 (BGBl. 2004 II, 16).

²¹⁵ Protokoll zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung des Königreichs Marokko über die Identifizierung und die Ausstellung von Heimreisedokumenten vom 22.4.1998 (BGBl. 1998 II, 1148).

²¹⁶ Vgl. Beschluss des Rates über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen mit der Republik Tunesien über ein Abkommen zwischen der Europäischen Union einerseits und der Republik Tunesien andererseits über die Rückübernahme, 28.12.2014, 16063/14.

²¹⁷ Wegen des guten Willens der tunesischen Regierung funktioniert die unverbindliche Absprache zum Teil besser als die Abschiebungen nach Algerien und Marokko auf vertraglicher Grundlage, vgl. Tunesien will in Deutschland abgelehnte Asylbewerber aufnehmen, 19.1.2016, *Zeit* online, <<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-01/migration-tunesien-deutschland-ruecknahme-asylbewerber>> (29.9.2016); *Reiner Burger* FAZ vom 11.6.2016, 4.

Soll das Asylverfahren für Tunesier allgemein beschleunigt werden, weil deren Anerkennungsquote gegen Null tendiert,²¹⁸ so ist die Erklärung Tunesiens zu einem „sicheren Herkunftsstaat“ das geeignete,²¹⁹ wenn auch umstrittene²²⁰ Instrument. Die Bestimmung der „sicheren Herkunftsstaaten“ ist eine Kompetenz der EU-Mitgliedstaaten.²²¹ In Deutschland wird sie durch Erlass eines entsprechenden Bundesgesetzes umgesetzt.²²² Dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung von April 2016, Algerien, Tunesien und Marokko als sichere Herkunftsstaaten einzustufen, muss der Bundesrat noch zustimmen.²²³ Der Ausgang ist offen. Möglicherweise aber wird dieses deutsche Instrument in absehbarer Zeit durch ein europarechtliches ersetzt oder ergänzt. Die Kommission hat im September 2015 den Vorschlag für eine Verordnung über eine gemeinsame EU-Liste sicherer Herkunftsstaaten vorgelegt.²²⁴

2. *Der sog. Flüchtlingsstrom*

Das zweite Beispiel betrifft eine Vielzahl von Personen: den sog. Flüchtlingsstrom aus Syrien.

²¹⁸ Vgl. Nur zwei Nordafrikaner erhielten 2015 Asyl, 19.5.2016, Zeit online, <<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-05/fluechtlingskrise-asylbewerber-nordafrika-asyl>> (29.9.2016).

²¹⁹ Zu den Auswirkungen auf das Asylverfahren vgl. *Dietz* Ausländer- und Asylrecht (Fn. 209), Rn. 322 ff., 331 ff.

²²⁰ Vgl. *von Arnould* Völkerrecht (Fn. 114), Rn. 788 mit ausf. Nachweisen.

²²¹ Art. 37 Abs. 1 Verfahrensrichtlinie (Fn. 162).

²²² Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG. Gemäß Art. 29a Abs. 2 AsylG sind die EU-Mitgliedstaaten sowie die in Anlage II bezeichneten Staaten „sichere [...] Herkunftsstaaten“. Derzeit sind in Anlage II Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Senegal und Serbien aufgelistet.

²²³ Entwurf eines Gesetzes zur Einstufung der Demokratischen Volksrepublik Algerien, des Königreichs Marokko und der Tunesischen Republik als sichere Herkunftsstaaten, BT-Drucksache 18/8039, 6.4.2016. Der Bundestag hat dem Gesetzesentwurf am 13.5.2016 zugestimmt. Der Bundesrat hat die Abstimmung auf die Zeit nach der Sommerpause 2016 verschoben.

²²⁴ Vorschlag vom 9.9.2015 COM(2015) 452 final. Zu den Hintergründen und den historischen Vorläufern vgl. *Jens Vedsted-Hansen* Asylum Procedures Directive 2013/32/EU, in: *Hailbronner/Thym* (Fn. 118), Art. 36 Rn. 2 f. Der Vorschlag erging als Ausführung der „Europäischen Migrationsagenda“ vom Mai 2015 (Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Die Europäische Migrationsagenda, 13.5.2015, COM(2015) 240 final, Punkt III.3.) und nach den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom Juni 2015 (Tagung des Europäischen Rates [25. und 26. Juni 2015], Schlussfolgerungen, 26.6.2015, EUCO 22/15, Punkt 5 f).

Dass sich die durch einen Bürgerkrieg im Nahen Osten ausgelöste Migration Richtung *Europa* bewegt, ist u.a. darauf zurück zu führen, dass die Nachbarstaaten Libanon, Irak und Jordanien²²⁵ genauso wie die Golfstaaten weder Vertragsparteien der Genfer Flüchtlingskonvention sind²²⁶ noch der Pflicht unterliegen, Kriegs- oder Bürgerkriegsflüchtlingen Schutz zu gewähren.²²⁷ Die umfangreichen Schutzverbürgungen auf EU-Ebene existieren in den genannten Staaten nicht.²²⁸ Der einzige Nachbarstaat Syriens, der nach seiner nationalen Rechtsordnung verpflichtet ist, Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge aufzunehmen, ist die Türkei.²²⁹ Die entsprechende Änderung des türkischen Ausländerrechts erfolgte 2013 im Zuge des Beitrittsprozesses zur Europäischen Union.²³⁰

²²⁵ Zu den Flüchtlingszahlen in den drei Staaten und den Unterstützungsversuchen der internationalen Gemeinschaft vgl. *Alessandra Folcio* European Yearbook on Human Rights 2016, 437 ff.

²²⁶ Die Ratifikationsliste ist abrufbar unter <<http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>> (29.9.2016).

²²⁷ Zur Lage in Jordanien vgl. etwa *Doris Carrion* Düstere Aussichten: Syrische Flüchtlinge in Jordanien, 11.7.2016, Länderprofile Migration der Bundeszentrale für Politische Bildung, <<http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/laenderprofile/230886/syrische-fluechtlinge>> (29.9.2016). Zur Lage im Libanon vgl. *Paul Tabar* Bestimmungen und Politiken gegenüber syrischen Flüchtlingen im Libanon, 26.5.2016, Länderprofile Migration der Bundeszentrale für Politische Bildung, <<http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/laenderprofile/228363/bestimmungen-und-politiken>> (29.9.2016). Zur Lage in den Golfstaaten vgl. etwa *Rainer Hermann* FAZ vom 8.9.2015, 3.

²²⁸ Zu den aus der Scharia resultierenden Schutzpflichten gegenüber Asylsuchenden vgl. *Ahmed Abou-El-Wafa* Max Planck Yearbook of United Nations Law 19 (2015), 307 ff.

²²⁹ Das türkische Ausländer- und internationale Schutzgesetz vom 4.4.2013 (inoffizielle Übersetzung: ZAR 2013, 2 ff.) differenziert zwischen Flüchtlingen (Art. 61: Personen, die in Europa aus Gründen der Rasse, der Religion, der Nationalität, der Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder ihrer politischen Überzeugung verfolgt werden); Bedingten Flüchtlingen (Art. 62: Personen, die außerhalb von Europa aus denselben Gründen verfolgt werden) und subsidiär Schutzberechtigten (Art. 63: Die Norm entspricht dem subsidiären Schutz in der EU und gilt daher auch für sog. Kriegsflüchtlinge). Näher zum Gesetz *Nuray Ekşi* The New Turkish Law on Foreigners and International Protection, 2014; *Ayfer Uyanık* Das türkische Ausländer- und internationale Schutzgesetz: Wichtige Neuerungen im Überblick, Informationsbrief der DTJV 23 (2014), 21 ff.

²³⁰ Vgl. Turkish National Action Plan for the Adoption of the "EU acquis" in the Field of Asylum and Migration (2005), 17.1.2005, Ziff. 4.6.8; Commission Staff Working Document – Turkey 2010 Progress Report, 9.11.2010, SEC(2010) 1327, Ziff. 4.24; Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants – Mission to Turkey (25–29 June 2012), 17.3.2013, UN Doc. A/HCR/23/46/Add. 2, Ziff. 23 ff.; Commission Staff Working Document – Turkey Report 2015, 10.11.2015, SWD(2015) 216 final, Ziff. 4.24; *Cavidan Soykan* Oxford Monitor on Forced Migration 2 (2012), 38 (38); *Uyanık* (Fn. 229), 93 ff.

Dass die Flüchtlinge 2015 insbesondere nach *Deutschland* kamen,²³¹ ist in erster Linie auf das zeitweilige Versagen der beiden Hauptsteuerungssysteme von Schengen und Dublin zurückzuführen. Es kam zu zahlreichen Rechtsverstößen²³² wie die nicht ausreichende Sicherung der Außengrenzen,²³³ die Nichtregistrierung²³⁴ und die Weiterleitung von Flüchtlingen, die sog. „Politik des Durchwinkens“.²³⁵

Das zur Verfügung stehende *Steuerungsinstrument* des „vorübergehenden Schutzes“ für Vertriebene im Fall eines Massenzustroms wurde nicht eingesetzt.²³⁶ Dabei ist die sog. Massenzustromrichtlinie von 2001²³⁷ auf einen durch einen Bürgerkrieg ausgelösten Massenzustrom zugeschnitten,²³⁸ der zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Asylsysteme führt.²³⁹ In einem solchen Fall wären die Belastungen zwischen

²³¹ Zu der durch den Flüchtlingsstrom ausgelösten Kontroverse unter den Staatsrechtlern vgl. exemplarisch *Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter* (Hrsg.) *Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht*, 2016, sowie die Besprechungen von *Thorsten Kingreen JZ* 2016, 887 ff. und *Rupert Scholz DVBl.* 2016, 1119.

²³² Vgl. überblicksartig *Manfred Nowak/Antonia Elisabeth Walter* *European Yearbook on Human Rights* 2016, 31 ff. Zur Frage, ob auch die Bundesregierung rechtswidrig gehandelt habe, vgl. *Gerrit Hellmuth Stumpf DÖV* 2016, 357 ff.

²³³ Vgl. *Rainer Hank* FAZ online vom 20.12.2015 <<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/grenzen-sind-fuer-eine-offene-gesellschaft-unverzichtbar-13975137.html>> (29.9.2016) sowie bereits *Nikolaus Busse* FAZ online vom 8.3.2012 <<http://www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/griechische-grenzen-offen-wie-ein-scheunentor-11677371.html>> (29.9.2016).

²³⁴ Diese Rechtsverstöße fanden vor allem in Griechenland statt (vgl. Durchführungsbeschluss des Rates zur Festlegung einer Empfehlung zur Beseitigung der im Jahr 2015 bei der Evaluierung der Anwendung des Schengen-Besitzstands im Bereich des Außengrenzmanagements durch Griechenland festgestellten schweren Mängel, 12.2.2016, 5985/16, Punkt 3 ff.). Gleiches geschah aber auch in Italien, Ungarn und Slowenien, vgl. *Zacharias Zacharakis* *Zeit Online* vom 12.11.2015 <<http://www.zeit.de/politik/2015-11/dublin-verordnung-syrer-bundesregierung-anwendung-asy1>> (29.9.2016).

²³⁵ So auch *Hailbronner/Thym JZ* 2016, 753 (758); *Matthias Wendel JZ* 2016, 332 (341); *Alexander Peukert/Christian Hillgruber/Ulrich Foerste/Holm Putzke ZAR* 2016, 131 (131); *Kluth ZAR* 2016, 1 (6). S. auch die Kritik auf der Tagung des Europäischen Rates (18. und 19. Februar 2016) – Schlussfolgerungen, EUCO 1/16, Ziffer II. 8 d). e). Kritisch ebenfalls *Anna Lübbe*, zitiert nach *Zacharias Zacharakis* *Zeit Online* vom 12.11.2015 <<http://www.zeit.de/politik/2015-11/dublin-verordnung-syrer-bundesregierung-anwendung-asy1>> (29.9.2016).

²³⁶ In Gang gesetzt werden kann der Mechanismus durch einen Beschluss des Rates, vgl. Art. 5 Massenzustromrichtlinie (Fn. 153). Zu den möglichen Gründen für seinen Nichteinsatz, vgl. *Adela Schmidt ZAR* 2015, 205 (209 ff.).

²³⁷ Massenzustromrichtlinie (Fn. 153). Rechtsgrundlage war der damalige Art. 63 Abs. 2 lit. a) und b) EGV (heute: Art. 78 Abs. 2 lit. c) AEUV). Umgesetzt wurde der in der Richtlinie vorgesehene vorübergehende Schutz durch § 24 AufenthG.

²³⁸ Erwägungsgrund 13 der Präambel, Art. 2 lit c) Massenzustromrichtlinie (Fn. 153).

²³⁹ Art. 2 lit. a) Massenzustromrichtlinie (Fn. 153).

den EU-Mitgliedstaaten ausgewogen, d.h. unter Berücksichtigung ihrer Aufnahmekapazität und unterstützt durch finanzielle Zuwendungen,²⁴⁰ zu verteilen gewesen.²⁴¹

Eine *Rückführung* oder gar eine *Abweisung* der Schutzsuchenden an der Grenze war und ist rechtlich nicht ohne weiteres möglich. Seit 2011 sind Rückführungen nach Griechenland, dem Staat also, der nach den Dublin-Regeln in den meisten Fällen eigentlich zuständig für die Aufnahme der Schutzsuchenden wäre, untersagt.²⁴² Die „systemischen Mängel“ vor Ort sind unvereinbar mit dem Refoulement-Verbot bei unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung.²⁴³ Weitere solche „generellen Überstellungsstopps“ gibt es nicht. Wohl aber untersagen Verwaltungsgerichte häufig aus denselben Gründen Rückführungen nach Italien²⁴⁴ und Ungarn,²⁴⁵ die ebenfalls die meisten der nach Deutschland kommenden Schutzsuchenden bei

²⁴⁰ Art. 24 ff. Massenzustromrichtlinie (Fn. 153). Sind die Aufnahmekapazitäten eines Mitgliedstaats erschöpft, kann er Vertriebene in einen anderen Mitgliedstaat überführen. Eine solche Überführung ist allerdings nur bei „doppelter Freiwilligkeit“ (des aufzunehmenden EU-Mitgliedstaates und der betroffenen Person) möglich, vgl. Art. 26. Darüber hinaus kann der Rat „geeignete Maßnahmen“ treffen, vgl. Art. 25 Abs. 3. Feste Vorgaben für die Berechnung der Aufnahmekapazitäten oder gar ein Verteilungsschlüssel schafft die Richtlinie nicht, vgl. *Schmidt* ZAR 2015, 205 (209).

²⁴¹ Erwägungsgründe 8, 20 der Präambel, Art. 1 Massenzustromrichtlinie (Fn. 153).

²⁴² „Das Bundesministerium des Innern wies mit Schreiben vom 13. Januar 2011 das Bundesamt an, Asylsuchende nicht mehr nach Griechenland zu überstellen, sondern die Asylverfahren in der Bundesrepublik durchzuführen; die Maßnahmen sind bis zum 12. Januar 2012 befristet“, vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.1.2011, – 2 BvR 2015/09 –, juris. Die Anweisung wurde jeweils um ein Jahr verlängert bis zum 12.1.2016, vgl. Bundesministerium des Innern, Schriftliche Frage des Abgeordneten Volker Beck vom 17.12.2015. Danach erfolgte eine Verlängerung um weitere sechs Monate bis zum 30.6.2016, vgl. Beantwortung der Mündl. Anfrage der GRÜNEN zu den sog. Dublin-Überstellungen, Sitzung des Niedersächsischen Landtages am 10. März 2016; Fragestunde Nr. 6 <http://www.mi.niedersachsen.de/aktuelles/presse_informationen/beantwortung-der-muendli-anfrage-der-gruenen-zu-den-sog-dublin-ueberstellungen-141576.html> (29.9.2016). Zuletzt wurde sie bis zum 8.1.2017 verlängert <<http://www.fmrw.de/inhaltliche-themen/eu-fluechtlingspolitik/dublin-iii/item/6004-ueberstellungsstopp-griechenland-bis-zum-8-januar-2017-verlaengert/>> (29.9.2016).

²⁴³ Vgl. EGMR, Urt. v. 21.1.2011 (GK), Nr. 30696/09 M.S.S. v. Belgium and Greece sowie EuGH, Urt. v. 21.12.2001, Rs. C-411/10 und C-493/10 – N.S.

²⁴⁴ Vgl. etwa VG Frankfurt/Main, Urt. v. 9.7.2013, – 7 K 560/11.F.A., juris. Der EGMR verlangt wegen der in Italien herrschenden Zustände eine vorherige Einzelfallprüfung, vgl. EGMR, Urt. v. 4.11.2014, Nr. 29217/12, Tarakhel v. Switzerland, Rn. 102 ff., 122. Anders noch BVerwG NVwZ 2014, 1039, Rn. 3–9.

²⁴⁵ Vgl. VG Stuttgart, Beschl. v. 2.4.2012 – A 11 K 1039/12, juris; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 5.7.2016 – A 11 S 974/16, juris. Allerdings ist die Rspr. uneinheitlich. Zahlreiche Verwaltungsgerichte erklären eine Rückführung nach Ungarn für zulässig, vgl. etwa VG Bayreuth, Beschl. v. 18.11.2015, – B 3 S 15.50292 –, juris. Zur uneinheitlichen Rechtsprechungspraxis vgl. *Madeleine Gullert* Aachener Zeitung, 10.6.2015 <<http://www.aachener-zeitung.de/2015/06/10/madeleine-gullert-ueber-die-rueckfuhrung-von-schutzsuchenden-nach-ungarn/>>

sich hätten aufnehmen müssen. Hinzu kommt das *Verbot der Kollektivausweisung*. Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR,²⁴⁶ den Vorgaben der Asylverfahrensrichtlinie²⁴⁷ und den UNHCR-Leitlinien²⁴⁸ muss für jeden Schutzsuchenden, auch bei einem Massenzustrom, ein Einzelverfahren durchgeführt werden. Der Versuch, „Flüchtlingsströme“ zu steuern, bricht sich also an der individual- wie verfahrensrechtlichen Konzeption des Refoulement-Verbots und des Verbots der Kollektivausweisung.

IX. Fazit

Die eingangs gestellte Frage, ob sich Migration mit Hilfe des Rechts steuern lasse, ist wie folgt zu beantworten: „Ja, in Grenzen“.

Die Grenzen ergeben sich nicht nur aus der Wesenseigenheit des Menschen, durch räumliche Bewegung seine Lebensumstände zu verbessern und seine Existenz zu sichern.²⁴⁹ Die Grenzen ergeben sich vor allem aus dem Recht selbst. Die Steuerungskompetenzen sind divers verteilt, die Steuerungsleitziele geben eine Richtung vor, der Steuerungsrahmen belässt zum Teil nur geringen Spielraum, die Wirksamkeit direkter Steuerungsinstrumente ist wegen der horizontalen Dimension des Mehrebenensystems beschränkt, die scheinbar grenzenlose indirekte Steuerung ist angesichts der zahlreichen Steuerungssubjekte nicht kohärent gestaltbar.

Die Bestandsaufnahme de *lege lata* zeigt, dass die Migrationssteuerung im Mehrebenensystem zum Teil nicht richtig funktioniert. Viele der aufgezeigten Schwierigkeiten resultieren aus der Reformbedürftigkeit einiger bedeutender Systemelemente.²⁵⁰ Für die Prüfung potentieller Reformen bie-

www.aachener-zeitung.de/lokales/region/asyl-roulette-wer-darf-bleiben-wer-muss-gehen-1.1110674 (29.9.2016).

²⁴⁶ Vgl. EGMR, Urt. v. 23.2.2012, Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa v. Italy*; EGMR, Urt. v. 3.7.2014, Nr. 13255/07, *Georgia v. Russia (I)*; EGMR, Urt. v. 21.10.2014, Nr. 16643/09, *Sharifi and Others v. Italy and Greece*; EGMR, Urt. v. 1.9.2015, Nr. 16483/12, *Khlaifia and Others v. Italy*, Rn. 28 ff., 153 ff. (sog. Lampedusa-Urteil; es wurde am 1.2.2016 an die GK überwiesen). Näher dazu *Maarten Den Heijer/Jorrit Rijpma/Thomas Spijkerboer* CMLR 53 (2016), 607 (617 f.); *Maximilian Steinbeis* Straßburg zu Lampedusa: Menschenwürde muss krisenfest sein, VerfBlog, 1.9.2015 <<http://verfassungsblog.de/strassburg-zu-lampedusa-menschenwuerde-muss-krisenfest-sein/>> (29.9.2016).

²⁴⁷ Art. 6 ff. Verfahrensrichtlinie (Fn. 162), umgesetzt durch §§ 13 ff. AsylG.

²⁴⁸ Vgl. Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 2011/2013, §§ 189 ff.

²⁴⁹ Vgl. *Livi Bacci* Migration (Fn. 40), 8; *Sebastian Conrad* FAZ vom 4.1.2016, 6.

²⁵⁰ Das geltende Migrationsrecht wird z.T. als „Schönwetterrecht“ bezeichnet, vgl. *Kay Hailbronner* FAZ vom 12.10.2015, 6. Die sog. Flüchtlingskrise wird sich vor allem durch Reformen auf europäischer Ebene lösen lassen, BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011, – 2 BvR

tet das dem Steuerungskonzept inhärente Denken in Zusammenhängen und Wechselwirkungen²⁵¹ eine geeignete Grundlage.

2015/09 –, juris; *Hufen Staatsrecht II* (Fn. 120), § 20 Rn. 3; *Sachverständigenrat Jahresgutachten 2010* (Fn. 14), 14, 25 ff.; *Dörig/Langefeld NJW 2016*, 1 (2 ff.). Im Fokus der Reformnotwendigkeit steht dabei das Dublin-System. Zu seinen Mängeln vgl. *Maarten Den Heijer/Jorrit Rijpma/Thomas Spijkerboer CMLR 53* (2016), 607 ff.; *Matthias Wendel JZ 2016*, 332 (332 f.); *Hailbronner/Thym JZ 2016*, 753 (759 ff.). Eine Reform des Dublin-Systems, das eine solidarische Verteilung der Schutzsuchenden und/oder der finanziellen Lasten vornimmt, ist überfällig. Erste Kommissionsvorschläge liegen vor, vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung eines Umsiedlungsmechanismus für Krisensituationen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, 9.9.2015 COM(2015) 450 final (näher dazu *Roman Lehner ZAR 2015*, 365 [367 ff.]) sowie Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Reformierung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und Erleichterung legaler Wege nach Europa, 6.4.2016, COM(2016) 197 final. Überzeugend ist der Vorschlag, eine Verbesserung durch die Durchführung schneller Asylverfahren ausschließlich in den sog. „Hotspots“ an den Außengrenzen, möglicherweise gar in den Händen einer EU-Agentur, mit einer sich anschließenden Verteilung der anerkannten Schutzsuchenden zu erreichen, so auch *Kay Hailbronner FAZ* vom 12.10.2015, 6; *Dörig/Langefeld NJW 2016*, 1 ff.; ähnlich *Manfred Nowak/Antonia Elisabeth Walter European Yearbook on Human Rights 2016*, 31 (47 ff.). Zur Reformnotwendigkeit der völkerrechtlichen Ebene vgl. *Zerger ZAR 2008*, 1 (2); *Dörig/Langefeld NJW 2016*, 1 (5 f.); *Hailbronner/Thym JZ 2016*, 753 (753); *Michael Fuchs DÖV 2015*, 1031 (1035 ff.).

²⁵¹ Vgl. *Schmidt-Aßmann Dogmatik* (Fn. 37), 20 f.

Leitsätze der 2. Referentin über:

Migrationssteuerung im Mehrebenensystem

I. Einleitung

(1) In den Jahren 2014 und 2015 verzeichnete Deutschland die höchste Zahl an Zu- und Abwanderungen seit 1992 bzw. 1950. Deutschland stellt – mittlerweile unmittelbar nach den Vereinigten Staaten von Amerika – den Staat mit der weltweit zweithöchsten Zahl an Zuwanderern dar. Für das Jahr 2016 zeichnet sich eine Reduzierung der Zahlen ab.

II. Begrifflichkeiten

1. Mehrebenensystem

(2) Mit dem Begriff des „Mehrebenensystems“ wird das Zusammenspiel von Völker-, Europa- und nationalem Recht, letzteres unterteilt in Bundes- und Landesrecht, umschrieben. Das Mehrebenensystem ist sowohl „vertikal“ als auch „horizontal“ zu analysieren. Die „vertikale“ Analyse befasst sich mit dem Ineinandergreifen der in einem Hierarchieverhältnis zueinander stehenden Ebenen. Die „horizontale“ Analyse hat die Parallelität von deutschem bzw. Europarecht auf der einen und den Rechtsordnung von Drittstaaten auf der anderen Seite zum Gegenstand.

2. Migration

(3) Für den Begriff der „Migration“ gibt es keine allgemein anerkannte Definition. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird unter „Migration“ eine grenzüberschreitende Personenbewegung verstanden, mit der ein Wohnsitz oder ein dauernder Aufenthalt in einem anderen Staat begründet wird – unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Person und unabhängig von den Gründen für einen solchen Schritt. Dabei wird keine Differenzierung zwischen der lang- und der kurzfristigen Migration gemacht; wohl aber bleiben bloße Besuche außen vor.

3. Migrationssteuerung

(4) Der Begriff der „Migrationssteuerung“ ist ein verhältnismäßig neuer Begriff, der seit Ende der 1990er Jahre Eingang in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis gefunden hat. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird unter „Migrationssteuerung“ der Anspruch verstanden, grenzüberschreitende Personenbewegungen mit Mitteln des Rechts direkt oder indirekt zu lenken. Dabei ist nach Steuerungsobjekten, Steuerungssubjekten, Steuerungszielen, Steuerungsrahmen und Steuerungsinstrumenten zu fragen.

III. Steuerungsobjekte

(5) Steuerungsobjekte sind die Adressaten der Steuerung, also die Rechtssubjekte bzw. die Vorgänge, deren Steuerung angestrebt wird. Im Falle der Migration sind die Personen, die Staatsgrenzen überqueren, um in einem anderen Staat Wohnsitz oder Aufenthalt zu nehmen, das Steuerungsobjekt.

IV. Steuerungssubjekte und -kompetenzen

(6) Steuerungssubjekte sind diejenigen Rechtssubjekte, die unmittelbar gegenüber den Steuerungsobjekten eigene rechtliche Steuerungsaktivitäten entfalten und aktiv Steuerungsimpulse setzen. Zu unterscheiden ist zwischen direkten und indirekten Steuerungssubjekten. Direkte Steuerungssubjekte sind die EU und der Bund. Indirekte Steuerungssubjekte sind eine Vielzahl internationaler Organisationen, die EU, der Bund und die Länder. Eine kohärente, aufeinander abgestimmte indirekte Migrationssteuerung erweist sich damit als fast unmöglich. Die direkte Migrationssteuerung, bei der „nur“ die EU und der Bund Steuerungssubjekte sind, erscheint hingegen handhabbar.

V. Steuerungsziele

1. Offenheit der Steuerungsziele

(7) Migrationssteuerung als solche impliziert weder eine großzügige noch eine restriktive Migrationspolitik. Die Ziele der Migrationssteuerung sind offen. Welche Steuerungsziele „richtig“ und welche „falsch“ sind, entscheidet das jeweilige direkte Steuerungssubjekt, also die EU bzw. der Bund.

2. Drei Kategorien von Steuerungszielen

(8) Die Steuerungsziele können migrationsfördernd, migrationshemmend oder migrationslenkend sein. Die Migrationslenkung kann aus einer Verteilung, einer Weiterleitung oder einer Zirkulation von Migranten bestehen.

3. Leit- und Einzelsteuerungsziele

(9) Leitsteuerungsziele geben die grundlegende Richtung an, die vom Steuerungssubjekt angestrebt wird. Einzelsteuerungsziele beziehen sich auf das zur Erreichung des Leitziels jeweils eingesetzte Steuerungsinstrument.

(10) Die Leitsteuerungsziele der beiden direkten Steuerungssubjekte entsprechen sich: Für Unionsbürger wird eine Migrationsförderung, für schutzsuchende Drittstaatsangehörige eine Zuwanderungsförderung und für sonstige Drittstaatsangehörige eine Mischung aus Zuwanderungsförderung, -hemmung und -lenkung angestrebt. Für deutsche Staatsangehörige hat der Bund keine Leitsteuerungsziele entwickelt.

VI. Steuerungsrahmen und -spielräume

(11) Da es sich bei den Steuerungsobjekten um Menschen handelt, muss die Steuerung innerhalb eines festgelegten Steuerungsrahmens erfolgen. Er wird von den Grund- und Menschenrechten sowie den Schutzpflichten der Staaten gebildet und begrenzt den Spielraum für die einzusetzenden direkten Steuerungsinstrumente. Der Steuerungsrahmen besteht aus formellen und materiellen Elementen. Als rechtliche Vorgaben können diese durch die Steuerungssubjekte geändert, sogar abgeschafft werden. Insofern ist der Steuerungsrahmen – genauso wie die Steuerungsziele – relativ.

1. Zu- und Abwanderungsrecht deutscher Staatsangehöriger

(12) Das Zu- und Abwanderungsrecht deutscher Staatsangehöriger ist völker- wie verfassungsrechtlich garantiert. Allerdings fällt nur das Recht auf Zuwanderung unter Art. 11 GG, während das Recht auf Abwanderung von Art. 2 Abs. 1 GG erfasst wird. Der Steuerungsspielraum für die Zuwanderung deutscher Staatsangehöriger ist demnach quasi inexistent, während für die Steuerung der Abwanderung noch etwas Spielraum verbleibt.

2. Freizügigkeit der Unionsbürger

(13) Unionsbürger genießen die von der Unionsbürgerschaft bzw. den Grundfreiheiten primärrechtlich garantierte Freizügigkeit und haben demnach gegenüber jedem EU-Mitgliedstaat ein Recht auf Zu- bzw. Abwanderung. Es gibt nur wenige sekundärrechtlich verankerte Beschränkungen. Damit ist der Steuerungsrahmen für die Migration von Unionsbürgern ähnlich eng wie derjenige für die Migration deutscher Staatsangehöriger.

3. Freizügigkeitsähnlicher Status von Staatsangehörigen assoziierter Drittstaaten

(14) Das EWR-Abkommen von 1992 mit Norwegen, Island und Liechtenstein sowie das Freizügigkeitsabkommen von 1999 mit der Schweiz gewähren den jeweiligen Drittstaatsangehörigen eine wirtschaftliche Freizügigkeit. Auch der Steuerungsrahmen für Drittstaatsangehörige aus Norwegen, Island, Liechtenstein und der Schweiz lässt demnach wenig Spielraum.

4. Grund- und Menschenrechte von Drittstaatsangehörigen

a) Recht auf Asyl

(15) Ein völker- oder europarechtliches Recht auf Asyl ist inexistent. Auf nationaler Ebene gewährt Art. 16a GG ein Grundrecht auf Asyl. Personen, die aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe individuell verfolgt werden, haben ein Einreise- und Aufenthaltsrecht. Nicht asylberechtigt sind hingegen Personen, die vor allgemeinen Zuständen in einem Staat, etwa vor einem Bürgerkrieg, flüchten. Seit der Asylrechtsreform von 1993 hat das Grundrecht schließlich viel von seiner ursprünglichen Relevanz verloren. Niemand, der auf dem Landweg nach Deutschland einreist, kann sich mehr auf das Grundrecht berufen. Als Steuerungsrahmen spielt das Grundrecht auf Asyl heute eine nur noch marginale Rolle.

b) Besonderer Schutz der Familie

(16) Der besondere Schutz der Familie ist auf völker-, europarechtlicher und nationaler Ebene im Wesentlichen gleich ausgestaltet. Geschützt ist nicht nur das Recht, eine Familie zu gründen, sondern auch das Recht, in Ehe und als Familie zusammenzuleben. Ein Recht auf Zuwanderung in Form eines Nachzugsrechts ergibt sich daraus jedoch nicht. Die EU ist mit Erlass der Freizügigkeitsrichtlinie allerdings über diese Vorgaben hinausgegangen.

5. Schutzpflichten gegenüber Drittstaatsangehörigen

(17) Die Schutzpflichten gegenüber Drittstaatsangehörigen sind völkerrechtlich von der Genfer Flüchtlingskonvention und ihrem Protokoll vorgegeben. Der daraus resultierende Schutz für „Flüchtlinge“ ist von der EU unter dem Titel „Asyl“ übernommen worden. Die EU hat diese Schutzkategorie noch um zwei weitere ergänzt: den „subsidiären Schutz“ vor allem für (Bürger-)Kriegsflüchtlinge und den „vorübergehenden Schutz“ für Vertriebene im Fall eines Massenzustroms. Die Schutzpflichten bestehen neben und unabhängig von Art. 16a GG.

(18) Die Schutzpflichten schaffen ein „flüchtlingsrechtliches Refoulement-Verbot“: eine Pflicht der Staaten, Schutzsuchende nicht in einen Staat zurück- oder auszuweisen, in dem ihnen Gefahr aus den genannten Gründen droht. Vom Konzept her geht es um einen zeitlich begrenzten Schutz.

6. Abschiebungs- und Auslieferungsverbote

(19) Für deutsche Staatsangehörige und für Unionsbürger gelten besondere Abschiebungs- und Auslieferungsverbote. Für das Migrationsgeschehen von weitaus größerer Relevanz sind allerdings die für alle Personen geltenden „grund- oder menschenrechtlichen Refoulement-Verbote“: das Abschiebungs- und Auslieferungsverbot bei drohender Todesstrafe, Folter oder anderer unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe sowie das Verbot der Kollektivausweisung.

7. Unterschiedliche Weite der Steuerungsspielräume

(20) Der Steuerungsrahmen für deutsche Staatsangehörige, Unionsbürger und Staatsangehörige der Schweiz, Norwegens, Liechtensteins und Islands ist extrem eng. Eine direkte Migrationssteuerung ist kaum möglich. Den genannten Personen steht ein grundsätzliches Zu- und Abwanderungsrecht zu.

(21) Für Drittstaatsangehörige ist der Steuerungsrahmen weiter. Sobald Drittstaatsangehörige allerdings Flüchtlinge, subsidiär Schutzberechtigte bzw. Vertriebene im Fall eines Massenzustroms sind oder eines der grund- und menschenrechtlichen Refoulement-Verbote greift, verengt sich der Steuerungsrahmen erheblich. Den betroffenen Personen ist Schutz zu gewähren. Nur für sonstige Drittstaatsangehörige, insbesondere für Arbeitsmigranten, ist noch ein echter direkter Steuerungsspielraum vorhanden.

VII. Steuerungsinstrumente

(22) *Steuerungsinstrumente sind die zahlreichen vom Recht zur Verfügung gestellten rechtlichen Handlungsformen der Steuerungssubjekte.*

1. Direkte und indirekte Steuerungsinstrumente

(23) *Direkte Steuerungsinstrumente sind imperative Handlungsformen, die in Form von Ge- und Verboten, präventiver wie reaktiver Art, Migration unmittelbar erlauben bzw. verbieten oder aber Migrationsströme lenken. Indirekt steuernde Instrumente sind nicht-imperative Handlungsformen, die positive oder negative Anreize für Migration setzen.*

2. Steuerungsinstrumente im Mehrebenensystem

(24) *Bei der Wahl der Instrumente ist dem Mehrebenensystem Rechnung zu tragen. In horizontaler Hinsicht ist die Parallelität und damit Unabhängigkeit anderer Rechtsordnungen zu berücksichtigen. In vertikaler Hinsicht ist zu entscheiden, auf welcher Ebene ein Instrument einzusetzen ist und welches Steuerungssubjekt dafür zuständig ist.*

3. Ineinandergreifen von Steuerungsinstrumenten

(25) *Steuerungsinstrumente werden im Mehrebenensystem in der Regel nicht isoliert angewendet, sondern greifen ineinander. Ein Ineinandergreifen liegt vor, wenn die Instrumente gewissermaßen linear eine Kette von Gliedern bilden. Dies kann horizontal wie vertikal erfolgen.*

4. Zusammenführung von Steuerungsinstrumenten zu einem Steuerungssystem

(26) *Ein Steuerungssystem besteht aus mehreren direkten Steuerungssubjekten, sowohl vertikal als auch horizontal im Mehrebenensystem verteilt, deren Steuerungsinstrumente netzwerkartig miteinander gekoppelt sind. Die beiden zentralen Migrationssteuerungssysteme sind das Schengen- und das Dublin-System.*

5. Parallelität von Steuerungsinstrumenten

(27) *Eine Parallelität von Steuerungsinstrumenten liegt vor, wenn mehrere, rechtlich voneinander unabhängige Instrumente – horizontal oder*

vertikal – zeitgleich angewendet werden. Die Parallelität kann gesteuert oder ungesteuert sein.

VIII. Migrationssteuerung im Mehrebenensystem: zwei Beispiele

1. Abschiebung

(28) Das Beispiel des vermeintlich einfachen Vorgangs einer Abschiebung veranschaulicht das Ineinandergreifen von Steuerungsinstrumenten, das Verschieben von Kompetenzen im Mehrebenensystem und die vertikale Parallelität von Instrumenten auf nationaler, europa- und völkerrechtlicher Ebene.

2. Der sog. Flüchtlingsstrom

(29) Das Beispiel des Flüchtlingsstroms aus Syrien zeigt die mangelnde Steuerbarkeit der horizontalen Dimension des Mehrebenensystems, das Versagen der beiden Hauptsteuerungssysteme, den fehlenden Einsatz eines geeigneten Steuerungsinstrumentes sowie die Bedeutung des Steuerungsrahmens in Form der Abschiebungs- und Auslieferungsverbote.

IX. Fazit

(30) Migration lässt sich nur in Grenzen steuern. Die Grenzen ergeben sich vor allem aus dem Recht selbst. Die Bestandsaufnahme de lege lata hat gezeigt, dass das Migrationsmehrebenensystem erhebliches Verbesserungspotential aufweist. Für die notwendigen Reformen bietet das dem Steuerungskonzept inhärente Denken in Zusammenhängen und Wechselwirkungen eine geeignete Grundlage.

3. Aussprache und Schlussworte

Migrationssteuerung im Mehrebenensystem

Diskussionsleitung: Franz Merli

Franz Merli: Liebe Kolleginnen und Kollegen, bitte nehmen Sie Platz. So, meine Damen und Herren, die Steuerung dieser Diskussion funktioniert nur, wenn Sie ein bisschen Platz nehmen und die Diskussionsregeln auch einhalten. Wir haben 18 Wortmeldungen. Das geht sich wunderbar aus, wenn – und das ist ganz wichtig – Sie sich an die zeitlichen Vorgaben halten. Jeder hat vier Minuten Zeit, und damit es leichter fällt, das zu kalkulieren, haben wir die berühmte Ampel hier. Die leuchtet zunächst grün und nach drei Minuten leuchtet sie gelb und dann wird es rot. Die damit verbundene Erwartung an Sie ist, dass Sie sich im grünen Bereich bewegen. Im gelben geht es noch. Man darf aber auch vorher aufhören. Was man nicht darf, ist bei rot weitersprechen. Dann haben wir auch die Gelegenheit, dass die Referentin und der Referent noch ein angemessen langes Schlusswort sprechen können.

Thomas Groß: Ich bin sehr dankbar, dass beide Referate ganz auf Volks- oder Staatsmetaphysik verzichtet und sich vor allem mit den europa- und völkerrechtlichen Grundlagen beschäftigt haben. Andererseits würden wahrscheinlich Leute, die in der politischen Verantwortung stehen, sagen, dass die wirklich schwierigen aktuellen Fragen dadurch nur teilweise beantwortet werden. Da kann man vielleicht aber ein bisschen von der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft lernen und dem, was sie über Steuerung sagt. Denn sie weist immer darauf hin, dass Steuerung nur dann funktioniert, wenn die Steuerungsinstrumente auch auf die jeweiligen Steuerungsobjekte angemessen reagieren und deren eigensinniges Verhalten zur Kenntnis nehmen und einbeziehen. Und da liegt, glaube ich, ein zentrales Problem der aktuellen Diskussion. Es wird immer so getan, als wären die Flüchtlinge reine Objekte, die staatlich durch Rechtsetzung zu einem bestimmten Verhalten eins zu eins veranlasst werden können. Das ist aber gerade nicht der Fall und das ist das zentrale Problem des aktuellen Flüchtlingsdiskurses. Man nimmt nicht zur Kenntnis, dass es Leute gibt, die individuelle Motive haben, individuelle Interessen, die gar nicht

unbedingt immer gleich zu Grundrechten aufgewertet werden müssen, die aber trotzdem zur Kenntnis genommen werden müssen. Das Dublin-System funktioniert deshalb nicht, weil es das nicht tut, weil die Menschen eben nicht zufrieden sind, wenn sie irgendwo europäischen Boden erreicht haben und dann in Sicherheit sind, sondern sie wollen dorthin, wo sie Verwandte haben, wo sie Leute aus ihrer Volksgruppe haben und wo sie natürlich auch Chancen sehen, sich auf Dauer zu etablieren. Ein anderes Beispiel wäre etwa die Rückkehr von Leuten, die kein Aufenthaltsrecht haben. Da wird in der Politik meistens nur über Abschiebung diskutiert. Viel erfolgreicher – und jetzt langsam auch in der Praxis umgesetzt – ist die freiwillige Rückkehrförderung durch finanzielle Anreize und durch Maßnahmen in den Herkunftsländern, die ihnen dort eine wirtschaftliche Perspektive eröffnen. Das ist aber rechtlich praktisch gar nicht geregelt. Also mein Plädoyer wäre, weiche Steuerungsinstrumente ernster zu nehmen und die Motive der Migranten einzubeziehen. Danke.

Michael Sachs: Vielen Dank an die Referenten natürlich. Ich werde mich speziell mit Frau *Odendahl* befassen, die schön die Komplexität des Problems hervorgehoben hat, wobei aber vielleicht noch ein paar Nachträge gemacht werden könnten, um das Ganze noch ein bisschen komplexer zu machen. Ich setze auch an bei indirekten und direkten Steuerungsmitteln. Bei den direkten fand ich, dass Sie sich sehr stark auf die Gesetzgebungskompetenzen bezogen haben, wobei man aber auch einbeziehen muss: Wie werden denn die Gesetze hinterher umgesetzt? Etwa wird in Deutschland die Abschiebungspraxis auf Landesebene ganz unterschiedlich ausfallen können; da sind also noch durchaus direkt wirksame Unterschiede bei anderen Steuerungssubjekten festzustellen. Bei den indirekten Steuerungsmitteln haben Sie sich ganz auf die Anreize gegenüber den Betroffenen konzentriert. Das scheint mir auch ein bisschen zu eng, denn man kann natürlich auch indirekt Einfluss nehmen, indem man andere Staaten, etwa die Türkei, beeinflusst, sich in bestimmter Weise zu verhalten oder auch Privatpersonen, wie Schleuser, zu verfolgen, oder wie auch immer man das dann um drei Ecken herum macht. Schließlich ein Gesichtspunkt – jetzt ganz unterhalb der Steuerungsdiskussion und der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft – zur klassischen Grundrechtseingriffsdogmatik: Auch faktische Verhaltensweisen, etwa wenn man bestimmte Aussagen vor dem Fernsehen macht oder Selfies schießen lässt, können Einfluss nehmen auf das Verhalten von Betroffenen und Anreizwirkung haben.

Dann zu den Steuerungszielen und deren Offenheit: Die jeweiligen Steuerungssubjekte entscheiden, welche Ziele „richtig“ und „falsch“ sind. Dabei ist nicht ganz klar, was gemeint ist. Wenn es um rechtmäßig und rechtswidrig geht, entscheiden natürlich die Steuerungssubjekte nicht unbe-

dingt allein. Da kann es sein, dass etwa der deutsche Staat als Steuerungs- subjekt an EU-Vorgaben gebunden ist und eventuell sogar von Gerichten darauf hingewiesen wird. Dann vielleicht noch zur Leitzielsteuerung oder den Leit- und Einzelsteuerungszielen. Da ist es bei Ihnen so, dass Sie sagen, wir hätten die Leitziele Migrationsförderung für Unionsbürger und für Drittstaatsangehörige Zuwanderungsförderung. Da bin ich mir nicht so sicher, ob es schon ein Förderungsziel ist, wenn man Möglichkeiten eröffnet, freizügig zu wandern. Man will ja nicht, dass diese Leute unbedingt migrieren, sondern man will es ihnen nur rechtlich offen halten. Wenn sie es lassen, ist das genauso gut. Da sehe ich kein Förderungsziel, sondern nur ein Ermöglichungsziel.

Und letztlich noch zu Ihrer These (23). Da haben Sie bei den indirekten Instrumenten der Steuerung zwischen imperativen und nichtimperativen unterschieden. Doch kann es natürlich auch sein, dass imperative Steuerungsmittel neben ihrem direkten rechtlichen Effekt auch zusätzlich nichtimperative Konsequenzen nach sich ziehen, also neben ihren Rechtswirkungen bei den Betroffenen zusätzliche Wirkungen auslösen, an die vielleicht gar nicht gedacht ist, die jedenfalls nicht identisch sind mit den Rechtswirkungen. Vielen Dank.

Thilo Marauhn: Herzlichen Dank für die beiden Referate. Die erste Frage zielt darauf, ob im Zuge der Steuerungsdiskussion die Differenzierung zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Migration etwas untergegangen ist. Denn gerade auf der völkerrechtlichen Ebene haben wir relativ wenige, wenn nicht gar keine Instrumente, die das „Ob“ der Migration determinieren, außer dass wir sagen können, der Staat entscheidet über die Einreise – und wir haben das Non-refoulement-Prinzip. Ob indirekte Steuerung sich vielleicht allein auf das „Wie“ der Migration bezieht, da müsste man gerade, wenn man die völkerrechtliche Ebene in den Blick nimmt, vielleicht noch einmal nachfassen. Ich würde gerne wissen, was Sie beide dazu sagen. Die Folgefrage schließt ein bisschen an das an, was *Thomas Groß* gerade gesagt hat. Das Meiste, was wir an völkerrechtlichen Normen und teilweise auch darüber hinaus auf europarechtlicher und innerstaatlicher Ebene haben, reagiert ja nur auf etwas. Der Begriff „Steuerung“ scheint mir dann ein Euphemismus zu sein. Die Staaten reagieren auf das, was Individuen entscheiden. Und die entscheiden zu fliehen, wegzuziehen, irgendwo anders hinzugehen. Und wenn das tatsächlich so ist, dass das Recht im Wesentlichen reagiert, die Staaten im Wesentlichen reagieren, dann muss man sich die Frage stellen, ob wir nicht, wenn wir zu einer ernsthaften Steuerung kommen wollen, über die europäische Ebene hinausgehen müssen und auf völkerrechtlicher Ebene – und den Versuch hat man mit dem Migrationsgipfel ja jetzt gemacht – politische Verteilungsinstrumente

entwickeln müssen. Nicht nur im Sinne eines Hin-und-Her-Schiebens von Menschen, sondern im Sinne von Ressourcenverteilung, und diese Ressourcenverteilung ist letztlich eine Frage eben auch der Verteilungspolitik und nicht nur eine Frage der Menschenrechte. Es werden immer wieder die Menschenrechte in Stellung gebracht in diesem Zusammenhang, die Steuerung zu beschränken. Das haben beide Referate ja auch klargemacht. Noch einmal nachgefragt: Ist es tatsächlich so, dass das Recht nur reagiert – und wenn es nur reagiert, ist der Begriff der Steuerung nicht völlig deplatziert? Vielen Dank.

Karsten Nowrot: Auch ich möchte mich zunächst bei den beiden Referenten für die sehr interessanten und – der Thematik entsprechend – auch sehr vielschichtigen Vorträge bedanken. Meine Frage bezieht sich auf die Ausführungen von Herrn *Breitenmoser*. Sie haben in Ihrem Vortrag am Schluss auf die Möglichkeit einer weiteren Fragmentierung des Völkerrechts, namentlich durch spezifische verfahrensrechtliche Vorgaben im Europarecht im Hinblick auf die Migrationssteuerung, hingewiesen. Im Grundsatz waren aber nach meinem Eindruck Ihre Ausführungen zum Völkerrecht erfreulicherweise eher von einem ganzheitlichen Ansatz geprägt – Stichwort „migrationsrechtliche Kooperationsabkommen“ – und in diesem Zusammenhang insbesondere die Statuierung spezifischer Entwicklungs- und Investitionsschutzklauseln sowie Good-Governance-Vorgaben. Ich finde das im Prinzip sehr sympathisch und es entspricht ja im Übrigen auch der jüngeren Vertragspraxis im Entwicklungs- und im Wirtschaftsvölkerrecht, wenn man sich beispielsweise die aktuelleren Assoziationsabkommen oder Freihandelsabkommen der Europäischen Union anschaut. Wenn man aber nun mal doch eher spezifischere migrationsrechtliche Kooperationsabkommen in den Blick nimmt, dann leuchtet mir die Aufnahme von Good-Governance-Vorgaben, namentlich auch für die Herkunftsländer, sowie die Normierung von Rücknahmeklauseln ohne weiteres ein. Mir stellt sich aber die Frage, welche Rolle in diesem Zusammenhang die von Ihnen auch genannten Investitionsschutzklauseln spielen sollen. Selbstverständlich kann das internationale Investitionsschutzrecht im Prinzip auch entsprechende Steuerungsimpulse im Bereich der Migration auslösen, schon weil im Grundsatz natürlich immer alles mit allem zusammenhängt sowie darüber hinaus und spezifischer, weil das Investitionsschutzrecht sich ja im Ursprung aus den fremdenrechtlichen Mindeststandards entwickelt hat, die vor allem auch auf eine ökonomisch motivierte Steuerung bzw. Schaffung von Anreizen im Hinblick auf Migrationsströme ausgerichtet gewesen und gerade deswegen auch bereits frühzeitig auf völkerwohnheitsrechtlicher Ebene allgemein anerkannt worden sind. Wie aber in dem gegenwärtigen Kontext, in der gegenwärtigen Situation – die wir

ja natürlich auch immer mit vor Augen haben, wenn wir über die Thematik Migrationssteuerung im Mehrebenensystem sprechen – spezifische Investitionsschutzklauseln und deren Aufnahme in entsprechende Kooperationsabkommen zwischen Herkunfts- und Zielländern der Migration einen aktuellen migrationssteuernden Effekt auslösen sollen, das erscheint mir vielleicht noch etwas erklärungsbedürftig. Herzlichen Dank.

Rainer Hofmann: Vielen Dank an *Stephan Breitenmoser* und *Kerstin Odendahl* für die beiden Referate. Mein Beitrag ist eher etwas grundsätzlicher Natur. Es soll jetzt keine Kritik am Vorstand sein, sondern vielmehr eine Frage, ob wir uns als Juristen einen Gefallen damit getan haben, den Begriff des Migrationsrechts überhaupt zu prägen. Ich habe das Gefühl, wir behandeln unter einem Begriff im Grunde Äpfel und Birnen, also Dinge, die sich kaum vergleichen lassen: Migration, die Arbeitsmigration, gar die Migration Hochqualifizierter mit einer Fluchtbewegung zu vergleichen, scheint mir sehr schwierig zu sein. Vor allem habe ich das Gefühl, es ist dabei eines der Spezifika des Flüchtlingsrechts außer Acht gelassen oder vergessen worden: dass nämlich Flüchtlingsrecht von Anfang an eigentlich immer nur einen vorübergehenden Charakter hatte. Dies betrifft nicht nur den subsidiären Schutz oder was immer wir jetzt als „temporary protection“ haben; nein, auch die Genfer Konvention war eigentlich immer nur dazu gedacht, Personen einen vorübergehenden Schutz zu gewähren – nämlich bis sich die Zustände im Heimatland so geändert haben, dass den betroffenen Personen zugemutet werden kann, „in safety and dignity“ zurückzukehren. Das führt, so glaube ich, auch dazu, dass nicht nur heute, sondern ganz allgemein in der Diskussion, die wir seit einiger Zeit haben, etwas verloren gegangen ist, was in den 1980er Jahren – als das Flüchtlingsrecht seinen ersten Höhepunkt im Völkerrecht hatte – ziemlich dominant war, nämlich die Suche nach Möglichkeiten der Bekämpfung der „root causes“, also der Gründe, wegen derer Menschen sich überhaupt gezwungen sehen, auf die Flucht zu gehen: Krieg, möglicherweise auch Naturkatastrophen, wenn man sie einbeziehen möchte, und vor allem eben die „klassische“ politische Verfolgung. Diese „root causes“ werden in der Steuerungsdiskussion, zumindest hier in Deutschland, jedenfalls nach meiner Einschätzung nicht angemessen behandelt. Es reicht nicht aus, erst zu reagieren, wenn die Menschen schon unterwegs, schon auf der Flucht sind, sondern man muss schon viel früher agieren, um zu verhindern, dass sie das Gefühl haben, ihre Heimat verlassen zu müssen.

Der zweite Punkt: Reichweite des Refoulement-Verbots. Da habe ich eine Nachfrage an beide Referenten. Gibt das Refoulement-Verbot eigentlich mehr als einen Anspruch auf ein rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügendes Verfahren, in dem geprüft wird, ob tatsächlich Asylgründe

vorliegen, oder lässt sich daraus wirklich ein Aufenthaltsrecht ableiten und wie kann das durchgesetzt werden?

Dritter Punkt: Lastenverteilung im europäischen System. Da fehlt mir an der Diskussion ein Eingehen auf die Frage: Wie sieht die materielle Unterstützung der Personen aus, denen ein vorübergehender Aufenthalt gestattet wird? Solange insofern in Europa so dramatische Unterschiede bestehen, wie es der Fall ist, ist nicht zu erwarten, dass Personen, die einem, sagen wir, osteuropäischen Mitgliedstaat der EU zugewiesen worden sind, dort auch bleiben. Zur Illustration eine Notiz am Rande: In Lettland las ich vor drei Wochen einen Zeitungsartikel, in dem berichtet wurde, dass von den 23 von Lettland im Rahmen dieser Verteilung innerhalb der Union aufgenommenen Flüchtlingen 21 Personen das Land in Richtung Deutschland verlassen hätten. Der zuständige Minister wurde dahin zitiert, dass man ja schließlich keine Mauer bauen könne, da man Freizügigkeit in der EU habe. Wie soll man dieses Problem angehen? Danke.

Rainer J. Schweizer: Ich möchte mich sehr bedanken für die beiden Referate. Ich glaube, wir haben alle gespürt, dass zwei eminente Völker- und Europarechtler hier referiert und einiges geklärt haben. Also, dass der mit Schützen bewehrte Zaun von Herrn Orbán völker- und europarechtlich unzulässig ist, das wissen wir jetzt alle. Ich möchte zwei Themen ansprechen. Das eine ist der Rahmen. Wir haben erfreulicherweise in Europa eine menschenrechtsbasierte Migrationspolitik. Das ist ganz entscheidend, ob es jetzt die wirtschaftliche Migration oder die ins Asyl ist. Daneben haben wir die Staaten- und die EU-Verantwortung. Was mich nun beschäftigt, ist der mittlere Bereich von positiven oder negativen Effekten, die Frau *Odendahl* ja auch angesprochen hat, die dann durch Recht zum Teil viel schwerer zu steuern sind, aber politisch eminente Auswirkungen haben. Zwei Stichworte: Das erste ist das Thema Schutzklausel. Die Genfer Konvention in Artikel 9 enthält eine Schutzklausel, die gleichsam für Notstände in Staaten Einschränkungen zulässt, und in der Präambel wird sehr deutlich gesagt, dass die Verfasser der Konvention sich bewusst sind, dass Flüchtlingsströme, wie es sie in der Nachkriegszeit gab, zu enormen Belastungen für Staaten werden können. Mich beschäftigt jetzt, nicht zuletzt auch nach dem für Europa schrecklichen Brexit, ob man nicht dieses Thema Schutzklauseln auch im Freizügigkeitsraum der 32 Staaten, 28 plus vier, diskutieren müsste. Das zweite ist: Wir blenden bei der Migration immer aus, dass die Migration gewissen Staaten und gewissen Kreisen massive Vorteile bringt. Ich habe nie ganz verstanden, warum man in der EU von den Grundfreiheiten spricht, fast wie von Grundrechten, wo es im Grunde genommen um eine sehr bewusste Wirtschaftsförderung ging. Als Beispiel, meine Damen und Herren: Mindestens 30 % der Ärzte lässt sich die Schweiz durch das

Ausland ausbilden. Bewusst. Wir verzichten auf den Ausbau medizinischer Fakultäten, weil wir mit guten Löhnen und guter Infrastruktur Ausgebildete aus Rumänien, aber auch aus Afrika und anderen Teilen der Welt jederzeit bekommen. Mich beschäftigt im Migrationsrecht, ob es nicht einen Vorteilsausgleich geben muss. Eigentlich müssten doch die Schweizer den Rumänen und Ungarn etwas zurückzahlen für die Ärzteausbildung. Danke.

Josef Isensee: Ich darf beiden Referenten danken. Sie haben in juristischer Perfektion und Klarheit Systeme des Rechts dargestellt, die auf verschiedenen Ebenen zueinander in Wechselbeziehung stehen. Eine Frage aber bleibt. Wenn die Rechtslage so perfekt ist, warum klaffen Geltungsanspruch und Wirksamkeit so weit auseinander? Warum steckt Europa in der Flüchtlingskrise, die einige Länder politisch spaltet und quält?

Nur ein paar Stichworte, die den Widerspruch erklären mögen: Die migrationsrechtlichen Regelungen der nationalen wie der supranationalen Ebene sind individualistisch konzipiert. Ob und wie sie auf den Massenzustrom von Migranten anzuwenden sind, ist ein ungelöstes Problem. Die europäischen Regelungen überfordern unter den gegenwärtigen Bedingungen die nationalen Verwaltungen und Gerichte. Hier wirkt sich die Krise der EU aus, in die sie mit ihrer überhasteten Expansion geraten ist. Den kräftigen, heftigen Integrationsstößen von Maastricht, Schengen, Dublin fehlen die erforderlichen realen Voraussetzungen. Die Systeme der Öffnung der Binnengrenzen und der Verteilung der Asylbewerber bilden heute einen Scherbenhaufen. Die Mitgliedstaaten suchen sich jeweils eine passende Scherbe heraus, die meisten eine, die einen Vorwand liefert, sich vor dem Massenansturm zu retten. Nur Deutschland holt sich aus dem Scherbenhaufen die Scherbe des Selbsteintrittsrechts heraus, um seinen nationalen Alleingang zu rechtfertigen und Unionstreue zu demonstrieren. Doch hat ein Ausnahmetatbestand überhaupt noch normative Kraft, wenn das Regelwerk, zu dem er gehört, zerbrochen ist?

Als nächstes Stichwort taucht der Vorbehalt des Möglichen auf: eine ungeschriebene Grenze für alle Leistungsrechte des Staates. Sie ergibt sich aus der Natur der Sache und bedarf keiner Regelung im Verfassungsgesetz. Im Vorbehalt des Möglichen unterscheiden sich Leistungsrechte von Abwehrrechten. Der Vorbehalt bezieht sich nicht allein auf die Grenzen der Finanzkraft, sondern auch auf Grenzen der Integrationsbereitschaft und -fähigkeit der Bevölkerung, nicht zuletzt auf Grenzen der Verwaltungskapazität, deren es bedarf, um die Verfahren für die Aufnahme von Flüchtlingen durchzuführen. Das Asylrecht erweist sich in der Praxis als Verfahrensrecht. Wer einmal Gebietskontakt erreicht hat, erlangt den Anspruch auf ein Verfahren und mit diesem ein Aufenthaltsrecht zu dem Zweck, das Verfah-

ren durchzuführen. Doch der Asylbewerber kann auch dann im Lande bleiben, wenn sein Antrag abgelehnt wird, weil der Staat ihn nicht abschieben wird, aus Scheu vor den hässlichen Bildern, die sich dabei ergäben. Hier reißt ein Grundkonflikt auf, den auch der Jurist in sich austragen muss: zwischen der Härte des allgemeinen Gesetzes, in dem sich auch Staatsraison verkörpert, auf der einen Seite und auf der anderen dem weinenden Gesicht und dem Appell der Humanität, hier zu helfen, sich wenigstens im Einzelfall über das Recht hinwegzusetzen, wenn nicht gar es auf einen humanitären Staatsstreich ankommen zu lassen, wie wir ihn – jedenfalls dem Nimbus nach – in Deutschland erlebt haben. Danke.

Andreas Funke: Ich möchte eine Anmerkung zur Begriffsbildung machen. Begriffe leiten unsere Erkenntniswege. Sie müssen klar sein und dem normativen Material entsprechen. Ich möchte vor diesem Hintergrund die Unterscheidung von ordentlicher und außerordentlicher Migration in Frage stellen, die Herr *Breitenmoser* eingeführt hat. Ich glaube, sie ist im Wesentlichen daran orientiert, ob die Einreise einer Person illegal oder legal ist. Aber mit dieser Konzentration verdeckt diese Unterscheidung eine ganze Reihe weiterer normativer Schichten, die für die Strukturen des Rechtsgebietes, das wir hier Migrationsrecht nennen, sehr wichtig sind. Wenn man eine basale Unterscheidung an den Ausgangspunkt stellen möchte, dann müsste es meines Erachtens die sein zwischen freiwilliger und erzwungener Migration. Sie wird in der Literatur verwendet. Ich persönlich halte sie auch für rechtsphilosophisch, das heißt rechtsethisch, anschlussfähig und weiterführend. Erzwungen ist diejenige Migration, die erfolgt, weil eine Person in ihrem Heimatstaat keinen Schutz vor Menschenrechtsverletzungen findet. Dieser Gedanke prägt vor allem den subsidiären Schutz, aber natürlich auch den Flüchtlingsbegriff der Genfer Konvention. Erzwungen ist also die Migration, die dazu dient, Schutz vor einer Verletzung von Menschenrechten in einem anderen Staat zu suchen. Wobei sich der Begriff darauf zuspitzt, dass es eben kein anderes Mittel des Schutzes gibt, als in ein anderes Land zu reisen. Und diese erzwungene Migration erfasst nicht nur ein schlichtes Motiv, eine Motivlage, sondern es entsprechen ihr Rechtspflichten des Aufnahmestaates. Das haben beide Referate sehr deutlich gemacht. Frau *Odendahl* hatte den Begriff der Schutzpflichten eingeführt, und ich meine, dass dieser erzwungenen Migration und der damit verbundenen Motivlage eine ganz starke Rechtsposition entspricht, so dass es gerechtfertigt ist, eine entsprechende Strukturierung des Migrationsrechts einzuführen. Es mag vielleicht eher eine Skalierung geben zwischen den Motivlagen beziehungsweise zwischen diesen beiden Bereichen der freiwilligen und der erzwungenen Migration; auch insoweit hatte Frau

Odendahl eine ganze Reihe von Differenzierungen eingeführt. Aber als grundlegende Unterscheidung halte ich jene doch für hilfreich.

Albrecht Weber: Die beiden Referate haben sich gut ergänzt. Ich würde gerne an Herrn *Funke* gleich anschließen. Mir scheint die Unterscheidung auch nicht sehr glücklich – ordentliche und außerordentliche Migration –, weil man leicht dann in den Trend verfällt, die sogenannte außerordentliche Migration als irreguläre Migration zu bezeichnen. Ein Flüchtling, der einen Antrag stellt auf Asyl, ist ein regulärer Migrant, ob er nachher anerkannt wird, ist eine völlig andere Frage. Deshalb gehört natürlich auch – da bin ich etwas anderer Auffassung als Herr *Hofmann* – das Asylrecht zum Migrationsrecht im weiteren Sinne dazu, mit allen Folgen – was wir heute Nachmittag noch besprechen. Das sind zwar zwei verschiedene Säulen, die aber später ineinander übergehen können. Wir sprechen dann von einem Pfadwechsel. Meine Fragen gehen aber im Wesentlichen an Herrn *Breitenmoser*, weil er doch einige praktische Fragen angesprochen hat. Der erste Punkt: Er hat zu Schengen einige Ausführungen gemacht: Ich kann mir nicht vorstellen, Herr *Breitenmoser*, wie man ohne Grenzkontrollen, also die Möglichkeit der zeitweiligen Einführung von Grenzkontrollen, die das Schengen-System vorsieht, völlig auskommen könnte. Vielleicht haben Sie es auch gar nicht so gemeint. Ein anderer Punkt ist die Lastenverteilung als Folge des Solidaritätsprinzips, das ein Rechtsprinzip ist und auch durchgesetzt werden muss. Wie man das dann ausgestaltet, ist natürlich eine andere Frage. Ich persönlich teile vollkommen Ihre Auffassung, dass die EU-Kommission, übrigens auch nach den jüngsten Vorschlägen vom März/April, zu einer etwas differenzierten Regelung kommen könnte, wenn denn die Mitgliedstaaten mitmachen. Das ist im Einzelnen sehr technisch. Es geht hier um Schwellen, die das 1,5fache eines Durchschnittswerts betreffen. Im Zweifel müsste man das aber dann auch durchsetzen. Wir können ruhig die Klagen von drei Visegrád-Staaten vor dem Europäischen Gerichtshof abwarten. Ich habe da keine besonderen Sorgen.

Ein anderer Punkt, den Sie angesprochen haben und der natürlich in beiden Ländern teilweise im Mittelpunkt der Debatte steht: Wie ist es mit den verbindlichen Höchstzahlen, den sogenannten Obergrenzen oder Richtwerten? Ich teile im Prinzip Ihre Auffassung, dass wir unterscheiden müssen zwischen internen und externen Verteilungsmechanismen. Wenn sie nicht automatisch angewendet werden, und so habe ich eigentlich die österreichische Rechtslage bis heute verstanden, sind das keine Quoten in dem Sinn, dass, wenn der Richtwert von 37.500 erreicht ist, dass dann der zusätzliche Asylbewerber abgewiesen wird, sondern dass sein Antrag natürlich auch geprüft werden muss. Man könnte das Ganze flexibel ausgestalten, wenn man Einwanderungsquoten festlegt und die Zahl der anerkannten Asylbe-

werber darauf anrechnet, dann wird man diese gegebenenfalls unter- oder überschreiten. Eine andere Frage noch, weil sie jüngst Herr *Hailbronner* in der FAZ vorgeschlagen hat: Wie ist es mit den Verteilungsquoten, wie sie zum Beispiel die Kommission bei der Relokation aus Griechenland (insgesamt 160 000) etwa vorgeschlagen hat – kann ich mich daran halten und sagen: Darüber hinaus nehme ich keinen mehr auf? Mir scheint das nämlich genau der Punkt zu sein, den Sie ablehnen und sagen: Da schlägt die interne sozusagen in eine externe Verteilung um. Vielen Dank.

Markus Kotzur: Meine Frage schließt an das Problem der Lastenverteilung an, das Herr *Hofmann* angesprochen und das ja auch Herr *Isensee* mit dem „Vorbehalt des Möglichen“ angedeutet hat. Von den Visegrád-Staaten vorgeschlagen wurde eine Idee der „flexiblen Solidarität“, die auch in der wissenschaftlichen Diskussion aufgegriffen wurde, gerade von ökonomischer Seite. Die Idee klingt auf den ersten Blick plausibel: Wer Flüchtlinge nicht aufnehmen kann, wer Migranten nicht aufnehmen kann, der kann als Ausgleich dafür finanzielle Leistungen erbringen. Von ökonomischer Seite wurde dieses System, ein bisschen gewagt vielleicht, verglichen mit dem Emissionshandel. Man kann sich gleichsam „freikaufen“. Ich nehme nicht hinreichend viele Flüchtlinge auf, aber dafür bezahle ich etwas und schaffe so einen Ausgleich. Das scheint jedenfalls ein pragmatischer Ansatz zu sein, wenngleich wir, das legt der Vergleich zum Emissionshandel nahe, natürlich schon Schwierigkeiten haben mit der Vorstellung, dass die Steuerungsobjekte eben Menschen sind, um die es hier geht, und deshalb ein konsequent-individualrechtlicher Ansatz verfolgt werden muss. Damit zu meiner Frage: Wie fügt sich diese Idee der „flexiblen Solidarität“ in Ihre Steuerungskonzepte ein? Ist das ein valides, pragmatisches, mögliches Steuerungsinstrument, oder sind die menschenrechtlichen Grenzen, die beide Vorträge ja aufgezeigt haben, dann doch ein unüberwindbares Hindernis, das eine solche „flexible Solidarität“ vielleicht doch *gefährlicher* macht als sie *flexibel* ist? Vielen Dank.

Eckart Klein: Ich habe drei Nachfragen ganz konkreter Art. Herr *Breitenmoser*, Sie haben in Ihrer Bestandsaufnahme zahlreiche, und ich finde sehr interessante, Überlegungen *de lege ferenda*, also Verbesserungsvorschläge mit eingeflochten. Bei einem Punkt ist mir nicht klar, wo, also in welchem Bereich – geltendes Recht oder *de lege ferenda* – dies einzuordnen ist. Sie hatten den Artikel 12 Abs. 2 des Internationalen Paktes für bürgerliche und politische Rechte genannt, also das Recht von Individuen, aus einem Land einschließlich des eigenen ausreisen zu können. Sie haben aber angefügt, und da setzt jetzt meine Frage ein, ob man nicht daraus auch den weiteren Schluss ziehen sollte, dass man nicht nur ausreisen darf, sondern dass auch

ein bestimmtes Land oder alle Länder, wohin sich der Betreffende begibt, verpflichtet seien, den Betreffenden aufzunehmen. Ich glaube nicht, dass das dem geltenden Recht entspricht, und wahrscheinlich ist es deswegen ein Gedanke, der weiterführen sollte. Sollte jemals das Menschenrechtskomitee der Auffassung sein, diese Pflicht sei in dieser Norm enthalten, dann kann man davon ausgehen, dass die meisten Staaten dem nicht bereit sind zu folgen. Also meine Frage ist: Wo würden Sie diesen Gedanken, den Sie angeführt haben, verorten?

Die zweite Frage betrifft etwas, das bereits angesprochen worden ist: die Fragmentierung. In Ihrem letzten Absatz haben Sie gesagt, dass diese besonderen Regelungen im Europarecht zu einer weiteren Fragmentierung des Völkerrechts führen würden. Ich habe da Bedenken. Wir haben alle schon über diesen Begriff nachgedacht, über dieses Phänomen, und es ist ja in vielen Gremien, der ILC und anderswo, ausführlich behandelt worden: die Fragmentierung des Völkerrechts. Letztlich ist man da nicht sehr viel weitergekommen. Ich glaube auch nicht, dass in diesem konkreten Fall eine Fragmentierung vorliegt. Man sollte von Fragmentierung nur reden, wenn es keine übergreifenden, gemeinsamen Grundsätze mehr gibt, die das Ganze zusammenhalten. Und ich sehe nicht, dass diese Grundsätze hier in diesem konkreten Fall verlorengegangen wären.

Meine letzte Frage betrifft Frau *Odendahl*. Frau *Odendahl*, Sie haben gesagt, dass die internationalen Organisationen, natürlich inbegriffen die Vereinten Nationen, kein direktes Steuerungssubjekt seien. Wenn wir jetzt von Fällen ausgehen, die denkbar sind aufgrund demografischer und klimatischer Entwicklung, dass große Flüchtlingsströme ganz anderer Dimension, als wir sie gegenwärtig erleben, etwa aus Afrika oder sonst wo, auf uns zukommen oder, nicht nur auf uns zukommen, sondern sich überhaupt in der Welt ergeben, dann könnte es doch sein, dass es zu einem Punkt kommt, wo dieser Massenzustrom eine Gefährdung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstellt. Und da wäre doch immerhin denkbar, dass der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen bestimmte Länder verpflichten könnte, diese betreffenden Personen aufzunehmen. Also insofern könnte in einer Ausnahmesituation der Sicherheitsrat doch ein direktes Steuerungssubjekt sein. Vielen Dank.

Franz Reimer: Wir haben heute Morgen zwei glasklare, nüchterne, nicht moralisierte Referate gehört. Ich möchte mich ausdrücklich dafür bedanken. Sie haben die Komplexität der Regelungsstrukturen sehr deutlich gemacht, gerade auch für Nicht-Migrationsrechtler. Dennoch frage ich mich, ob unser gemeinsamer Zugriff heute Morgen nicht eigentlich technokratisch ist. Wenn wir uns selbst zuhören, so mein Eindruck, gibt es nur instrumentelle Probleme, die zu lösen wären. Meine Rückfrage an Sie

beide: Gibt es nicht auch Wertentscheidungen, die demokratisch zu treffen und demokratisch zu verantworten sind? Etwas konkreter und verfassungsrechtlich gewendet, am Beispiel der Bundesrepublik: Gibt es nicht materiell-rechtliche Direktiven des Grundgesetzes für die Lösung der Probleme, jedenfalls soweit sie der deutschen Staatsgewalt obliegen? Und wenn es keine nennenswerten materiell-rechtlichen Direktiven gibt, wird meine zweite Frage vielleicht umso wichtiger: Wie ist die institutionelle Vorgabe, nämlich die Machtverteilung zwischen Exekutive und Legislative? Das ist eine Machtfrage. Müssten wir nicht auch über sie sprechen?

Christian Hillgruber: Einiges ist schon in vorangegangenen Diskussionsbeiträgen angeklungen. Ich will es aber noch einmal, vielleicht mit etwas anderer Tendenz, aufgreifen. Der erste Punkt, zu dem ich mich zu Wort melden wollte, ist das Verhältnis von Flüchtlingsrecht und Migrationsrecht im engeren Sinne, wie ich es nennen würde. Hier hat Herr *Hofmann* schon, wie ich meine mit vollem Recht, betont, dass das auseinander zu halten ist. Frau *Odendahl*, Sie haben darauf hingewiesen, dass konzeptionell das Flüchtlingsrecht an sich auf einen zeitlich begrenzten Schutz angelegt ist. Aber man muss feststellen: Die Ausgestaltung des Flüchtlingsrechts durch das europäische Sekundärrecht und in der Folge auch durch das deutsche Recht konterkariert dieses Konzept. Sofortiger Zugang zum Arbeitsmarkt und frühzeitige Verfestigung des Aufenthaltsstatus laden gerade dazu ein, auch ohne Verfolgungsgrund und ohne in der Situation eines Bürgerkriegsflüchtlings zu sein, nach Europa und dann speziell nach Deutschland zu kommen, um so das eigentliche Ziel der Arbeitsmigration zu erreichen. Hier besteht meines Erachtens erheblicher Änderungsbedarf. Das Flüchtlingsrecht muss konsequent auf seine konzeptionelle Anlage hin wieder ausgeformt werden, sonst wird es selbst zu einem Pullfaktor ersten Ranges. Damit bin ich auch bei der Rechtsprechung nicht zuletzt des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, auf die Sie, Herr *Breitenmoser*, vielfach abgehoben haben, immer mit der Formulierung, das sei evolutiv-dynamisch. Das schien eine wohlwollende Beurteilung zu sein. Man könnte es auch sehr kritisch befragen. Auch die Rechtsprechung des EGMR entwickelt sich zu einem Pullfaktor, und ich meine die Konventionsstaaten sind hier in der Pflicht, sich dieser Entwicklung entgegenzustellen. Und zwar nicht nur durch einen möglicherweise fruchtlosen Protest, sondern durch Auslegungsvereinbarungen, die sie schließen können. Sie sind ja und bleiben auch Herren der Europäischen Menschenrechtskonvention. Sie können, das Völkerrecht gibt ihnen dazu jedes Recht, sich verständigen auf die von ihnen ursprünglich gewollte oder jedenfalls jetzt von ihnen für richtig gehaltene Auslegung, und sie können auf diese Art und Weise vielleicht doch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bewegen, diesen

Weg, den ich für falsch halte, nicht weiter zu beschreiten. Herrn *Breitenmoser*, Sie haben gesagt, Europa solle in der Behandlung von Flüchtlingen doch Vorbildcharakter haben für die Welt. Also das scheint mir nun geradezu unreal zu sein und auch abwegig angesichts des Scherbenhaufens, von dem Herr *Isensee* gesprochen hat. Wir erleben doch schon Ausweichstrategien. Die Balkanroute wird in Mazedonien geschlossen. Nicht ohne Grund. Wir versuchen, die Flüchtlinge schon vor dem Erreichen der Europäischen Außengrenze zu stoppen. Offenbar, um einem rigiden Regelungsregime, das wir als Rahmen zu akzeptieren haben, auszuweichen. Also noch mehr Individualrechtsschutz, wie Sie ihn fordern, scheint mir nun wirklich nicht die Lösung zu sein.

Mein letzter Punkt gilt dem Stichwort Obergrenze. Wir weichen dem gerne aus, aber Herr *Isensee* hat, so meine ich, mit Recht gesagt, wir können ihm nicht ausweichen. Lastenverteilung ist das Eine, aber sie löst nicht das gesamte Problem. Wir werden nicht umhin kommen, irgendwann anzuerkennen, dass unsere Kapazitäten begrenzt sind. Wenn der Chef des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge sagt, mehr als 300.000 Anträge könne seine Behörde im Jahr nicht bearbeiten und wenn man zusätzlich in Rechnung stellt, wie diese Anträge bearbeitet worden sind – auch eine Form des Durchwinkens, das gibt es nicht nur an der Grenze, das gibt es auch im Verfahren – dann weiß man, wo eine Obergrenze liegen könnte, schlicht dessen, was wir leisten können. Vielen Dank.

Tonio Klein: Ich darf mich dem Dank aller Vorredner für zwei gelungene Referate vollumfänglich anschließen und speziell eine Frage an Sie, Frau *Odendahl*, richten. Sie haben über Grenzen der Migrationssteuerung gesprochen, vor allem Grenzen der Migrationsbegrenzung, die sich aus dem Völker-, aus dem Europarecht und aus dem nationalstaatlichen Individualrecht ergeben. Mich würde da noch etwas konkreter interessieren, was Sie von meines Erachtens gegenläufigen Tendenzen in der Staatsrechtswissenschaft halten, die ich, hoffentlich nicht zu plakativ, unter dem Stichwort Rückbesinnung auf die Nationalstaatlichkeit umschreiben möchte. Es klang bei Herrn *Isensee* an. Er hat dafür den vielleicht etwas provokanten Begriff des humanitären Staatsstreiks geschaffen. Aber wo sollen da Grenzen sein? Wie stehen Sie dazu? Ich möchte mit einem Zitat von Herrn Professor *Murswiek* aus dem Band „Der Staat in der Flüchtlingskrise“ vielleicht noch einmal darauf eingehen. „Das Prinzip der Nationalstaatlichkeit ist der verfassungsrechtliche Rahmen, welcher der Einwanderungspolitik vorgegeben ist. Für eine aktiv gestaltete Migrationspolitik ergibt sich daraus zunächst, welche Ziele sie *nicht* verfolgen darf. Sie darf nicht die Überwindung des Nationalstaats durch eine multikulturelle Gesellschaft oder gar einen Vielvölkerstaat anstreben.“ Ich verstehe das so, unter Vorbehalt einer persön-

lichen Klärung, dass Sie, Herr *Murswiek*, das aus dem integrationsfesten Kern vor allem des Demokratieprinzips ableiten. Meines Erachtens ist das der Verfassung so nicht zu entnehmen, aber ich wäre da noch einmal an einer Stellungnahme von Ihnen, Frau *Odendahl*, interessiert. Herzlichen Dank.

Christoph Engel: Juristen sind bedächtige Menschen. Aber ich habe mich beim Zuhören gefragt, ob unsere Referenten vielleicht ein bisschen zu bedächtig waren. Haben wir eigentlich heute wirklich über Migrationssteuerung im Mehrebenensystem gesprochen? Beide Referenten haben das vor allem interpretiert als die Suche nach nichtstaatlichen Grenzen für die staatliche Politikformulierung. Herr *Breitenmoser* ist sogar noch weiter gegangen. Er hat explizit gesagt: Mehrebenensteuerung gibt es nur, soweit die Staaten auf Souveränität verzichten. Dann ist am Ende des Tages natürlich alles in Ordnung. Dann kann alles, was da geschieht, zurückgeführt werden auf die Ausübung nationaler Souveränität. Letztlich ist es die freiwillige Entscheidung des Nationalstaats, wie viel Mehrebenensteuerung er sich genehmigt. Ich glaube, das ist nicht das Problem. Was wir beobachten ist eine vertikal geöffnete Politikformulierung. Das ist, was die Menschen aufregt. Dinge, die sie für essentiell halten für ihr Leben, werden nicht mehr alleine von ihrem Staat entschieden. Wir haben Andeutungen darüber gehört, woran das liegt. Gott sei Dank war von Schengen die Rede. Es war sehr interessant, dass bei Herrn *Breitenmoser* auch von der Parallelrechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts die Rede war – das ist ein filigraner Mechanismus, um Raum zu geben für nichtstaatliche Elemente in der Politikformulierung. Wovon wir ganz wenig gehört haben, ist dagegen, wie politische Akteure in einem Mehrebenensystem ihre Interessen wahrnehmen. Die Politikwissenschaft würde uns dazu sagen: Wir müssen auf Aushandlungsprozesse achten, und die hängen davon ab, wer welche Vetoposition hat. In friedlichen Zeiten, bis die Flüchtlingskrise ausbrach, suchte man diese Vetopositionen vor allem in formellen Institutionen. Da sind wir Juristen in unserem Geschäft. Aber das, was wir heute gehört haben, war doch sehr viel mehr Aushandlungsmacht durch offene Rechtswidrigkeit – viele Mitgliedstaaten halten sich nicht an das, was im Europarecht steht –, oder noch mehr: Aushandlungsmacht dadurch, dass man offen droht, das Mehrebenensystem zurückzubauen. Ich glaube, darüber hätten wir mehr nachdenken müssen.

Christian Calliess: Frau *Odendahl*, zu Recht konstatieren Sie am Schluss Ihres Referats, dass das Migrationsmehrebenensystem erhebliches Verbesserungspotential aufweise. Das sehe ich auch so. Mir ist allerdings aus Ihrem Vortrag nicht ganz klar geworden, wo Sie dieses Verbesserungs-

tential ganz konkret sehen. Vielleicht könnten Sie darauf noch einmal eingehen, auch mit Blick auf die von Ihnen zum Schluss genannten Beispiele. Hier geht es ja um äußerst komplexe Rechtslagen, die eben auch das Recht der Europäischen Union betreffen und im Kontext des individualrechtlichen Rechtssystems, das Sie ebenfalls beschrieben haben, tatsächlich zu bewältigen sind. Der Gesetzgeber hat hier Spielräume, Sie haben das mit dem Rahmen auch umschrieben, aber die Spielräume sind eng. Vor diesem Hintergrund würde mich sehr interessieren, wo Sie die Möglichkeiten insbesondere auf Ebene der Europäischen Union sehen. Und mit Blick auf das Völkerrecht ganz konkret gefragt: Was kann man denn machen? Danke schön.

Gerhard Muzak: Meine Frage richtet sich auf einen Aspekt, der meines Erachtens in der Diskussion über die Migrationssteuerung derzeit auf mehreren Ebenen zu kurz kommt, nämlich jenem des Rechtsstaats. Frau *Odendahl* hat darauf hingewiesen, dass es letztes Jahr im Zuge der Flüchtlingskrise zu massiven Rechtsbrüchen gekommen ist. Wir haben auch in Österreich auf innerstaatlicher Ebene derzeit die mehrfach angesprochene Diskussion über die Höchstzahlen. Das Asylgesetz sieht eine Verordnungsermächtigung vor, hier bei massiven Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit ein anderes Verfahren einzuführen. Es wird dennoch immer über Höchstzahlen gesprochen, die in dieser Form aber nicht rechtlich vorgesehen sind. Besonders problematisch sehe ich das aber auch auf europäischer Ebene. Es wurde ja darauf hingewiesen, dass eben die Möglichkeit des temporären Schutzes nicht in Anspruch genommen wird, die Richtlinie über den Massenzustrom eben gerade nicht angewendet wird. Auf der anderen Seite haben wir dieses sogenannte Abkommen zwischen der EU und der Türkei, das in Wahrheit ja keines ist. Es wurde nichts kundgemacht. Tatsächlich geht es um eine Vorverlegung des Inkrafttretens eines Rücknahmeabkommens aus 2013, das auch nur zum Teil das enthält, auf was man sich immer stützt. Es gibt sehr wohl die Rücknahmeverpflichtung der Türkei. Dieser Austausch sozusagen im Verhältnis eins zu eins, den sucht man in diesem Abkommen aber vergeblich. Insgesamt denke ich daher, dass man im Zuge von Reformen, die ja jetzt jedenfalls anstehen werden, auch darauf achten sollte: Ist das vollziehbar, werden sich die Staaten daran halten? Wenn dies nicht so ist, habe ich den Eindruck, dass gerade der Rechtsstaat, also ein Grundwert der Europäischen Union und der einzelnen Mitgliedstaaten, in dem Bereich dann zu kurz kommen wird.

Frank Fechner: Ich vermisse in unserer Diskussion noch einen ganz grundsätzlichen Aspekt, und zwar ist das die Frage nach unserem Selbstverständnis. Welche Rolle spielen denn nun wir als Staatsrechtslehrerinnen

und Staatsrechtslehrer in diesem ganzen Prozess? Wir haben ja gestern in der Mitgliederversammlung schon gehört, dass wir uns hier auf hohem Niveau mit interessanten Fragen auseinandersetzen und diese analysieren sollen. Das ist sicherlich grundsätzlich richtig, auch, dass wir uns außerhalb des politischen Getümmels bewahren. Aber ich halte die Situation im Moment einfach für viel zu ernst, als dass wir es uns erlauben könnten, hier weiter im Elfenbeinturm zu verharren und ich denke, wir müssen über unsere gesellschaftliche Aufgabe einmal nachdenken.

Ich habe zwei Fragen dazu, die sich letztlich an alle hier richten. Das Semester beginnt wieder, was erzählen wir denn nun unseren Studierenden? Bei den Begriffen wie Demokratie, Rechtsstaat (dazu hatten wir gerade Ausführungen gehört), Kanzlerdemokratie, Staatsgebiet, Schutz des Staates vor inneren Unruhen, Gewährleistung des Friedens nach innen und außen, bei diesen Begriffen und Staatsaufgaben, die mir vor zwei Jahren noch ganz selbstverständlich über die Lippen gingen, stellen sich doch zunehmend Fragen und Stockungen ein und ich würde gerne einmal wissen, wie man sich dazu verhalten soll. Als Professoren sind wir doch „Bekenner“, mir fällt es indes immer schwerer, diese Begriffe mit unserem gelebten Staatswesen in Einklang zu bringen oder durch dieses bewahrt zu sehen.

Die zweite Frage ist die: Was erzählen wir in einigen Jahren denn unseren Kindern und Enkeln zu dieser jetzigen Situation? Wir haben nicht gemerkt, dass menschliches Leid politisch instrumentalisiert wird? Wir haben das Märchen geglaubt, dass unsere Renten gesichert werden durch Flüchtlinge und vor allem diejenigen, die mit dabei sind, ohne Flüchtlinge zu sein? Wir haben nicht gewusst, dass das Völkerrecht dies gar nicht so festlegt? (Frau *Odendahl* – vielen Dank für das Referat – hat das, glaube ich, doch ganz klar gesagt, dass wir uns auf diese Behauptung nicht herausreden können.) Und schließlich auch der Aspekt, den ich schon im letzten Jahr bei unserer Zusammenkunft im Hambacher Schloss von einem jungen Kollegen hörte: Naja, wir haben einfach auch Angst, uns werden die Fensterscheiben eingeworfen, wenn wir uns kritisch äußern. Kann das richtig sein, dass wir deswegen keine Stellung nehmen, sei es als Staatsrechtslehrer insgesamt oder eben auch der Einzelne? Ich halte das für sehr gefährlich.

Wir hatten uns da ja in Leipzig einmal über solche Fragen unterhalten, dass, wenn politische Missstände auftreten, man dazu auch Stellung nehmen muss. Vielleicht gibt es eines Tages einmal eine Tagung, die unser Verhalten heute analysieren wird. Aus diesem Grund würde ich dazu auffordern, diese Dinge auch konstruktiv anzugehen. Nicht nur zu analysieren, sondern jetzt eben raschestmöglich nach Lösungen, nicht nur für die kleinen vielleicht anstehenden Probleme, sondern vor allem für die, wie

ich denke, absehbar auf uns zurollende Katastrophe zu finden, damit diese eben nach Möglichkeit nicht eintritt. Vielen Dank.

Franz Merli: Dankeschön. Dank Ihrer beispiellosen Disziplin sind wir jetzt in der Lage, den beiden Referenten zehn Minuten für ein Schlusswort zu geben. Ich beginne in der umgekehrten Reihenfolge. Frau *Odendahl*, bitteschön. – Zwischenruf, bitte.

Jochen Frowein: Sie erlauben mir einen Zwischenruf, weil ich meine, dass zwei Dilemmata, die in der Problematik entscheidend sind, gar nicht angesprochen worden sind. Das erste, das Problem bei der Abschiebung. Frau *Odendahl* hat vollkommen mit Recht gesagt, dass nach allgemeinem Völkerrecht, dem Verständnis, das wir eigentlich immer hatten, der Staat verpflichtet ist, seine Staatsangehörigen zurückzunehmen. Aber es fehlt für uns in vielen Fällen die Möglichkeit, die Staatsangehörigkeit nachzuweisen. Und die nordafrikanischen Staaten, deren Untertanen man nicht unterscheiden kann, weigern sich zum großen Teil, ohne diesen Nachweis Personen zurückzunehmen. Es gibt im Moment große Anstrengungen, das zu überwinden, aber ich würde gerne von den Referenten ein Wort dazu hören. Das zweite Dilemma ergibt sich aus dem, was uns eben vorgeführt worden ist in dem Diskussionsbeitrag, wo gesagt wurde, dass der temporäre Schutz praktisch unterlaufen wird durch die andere Zielsetzung, nämlich so früh wie möglich den Arbeitsmarkt zu öffnen. Hier sehe ich ein ganz ungeheures Dilemma. Die Verfahren dauern mit Notwendigkeit lang, leider. Wir wissen, dass sie zu lange dauern. Eine Zielsetzung, den Arbeitsmarkt für solche Personen möglichst schnell zu öffnen, ist ein wesentliches humanitäres Anliegen. Denn Menschen in den Lagern zu halten ohne Arbeitsmöglichkeit ist im Grunde menschenunwürdig. Aber hier liegt ein Dilemma, dem wir uns irgendwie stellen müssen. Ich würde gerne hören, ob die Referenten dazu einen Ausweg sehen.

Kerstin Odendahl: Herzlichen Dank für die vielen Fragen, die es ermöglichen, auf den einen oder anderen Punkt, der in der Tat wichtig ist, noch etwas näher einzugehen. Ich habe die Fragen ein wenig strukturiert und beginne mit dem Punkt, der uns wohl am meisten unter den Nägeln brennt, nämlich der Frage: Warum funktioniert das Migrationssteuerungssystem nicht? Man muss unterscheiden zwischen Umsetzungs- und systemischen Defiziten. Die ersten lassen sich relativ leicht beheben. Bei den zweiten müssen wir hingehen an die Substanz ran und gewisse Dinge verändern.

Was die Umsetzungsdefizite betrifft, so wurde gerade eines der Probleme angesprochen: die Abschiebung. Häufig weiß man beispielsweise nicht, aus welchem Staat die Menschen kommen. Daher weiß man auch

nicht, wohin man sie abschieben kann. Es gibt weitere, größere Schwierigkeiten, wie etwa im Fall von Marokko. Zwar existiert ein deutsch-marokkanisches Rückübernahmeabkommen. Aber Marokko besteht darauf, dass Abschiebungen nur in Chartermaschinen durchgeführt werden. Davon gibt es eine pro Woche. Und pro Chartermaschine sollen maximal drei Personen nach Marokko zurückgebracht werden. Es ist leicht auszurechnen, wie lange die Abschiebung aller illegal eingereisten Marokkaner dauert. Das waren zwei Beispiele für Umsetzungsdefizite, die in einem ansonsten rechtlich gut ausgestalteten System auftreten.

Viel schwerwiegender sind die systemischen Defizite. Hier trifft die Feststellung zu, dass das Zusammenwirken von Schengen und Dublin nicht mehr funktioniert. Insbesondere funktioniert Dublin nicht mehr. Schengen stellt als solches ein funktionierendes System dar, wenn wir es denn schaffen, die Außengrenzen zu sichern – aber das ist wiederum ein Umsetzungsdefizit. Das Problem liegt darin, dass das Schengen-System kippt, sobald das Dublin-System nicht funktioniert. Einigkeit besteht meines Erachtens in der Annahme, dass die Grundregel, dass derjenige Staat für das Asylverfahren zuständig ist, den der Schutzsuchende als erstes betritt, heutzutage überholt ist. Eingeführt wurde dieses System zu einem Zeitpunkt, als die damalige EG aus zwölf Mitgliedstaaten bestand. Damals hatte jeder EG-Mitgliedstaat eine Außengrenze. Die größten Flüchtlingsströme kamen zum damaligen Zeitpunkt nach Deutschland. Und Deutschland hat sich mit der Regelung einverstanden erklärt. Das war damals in Ordnung. Heutzutage aber haben sich die Außengrenzen verschoben. Und es sind insbesondere die armen und nicht so gut funktionierenden Staaten im Süden, die jetzt von den Schutzsuchenden als erste betreten werden. Das bedeutet: Das System, das Anfang der 1990er funktioniert hat, ist heute überholt. Das muss man einfach nüchtern feststellen. Man hat den Zeitpunkt verpasst, es rechtzeitig zu reformieren. Umso dringender müssen wir diese Aufgabe nun angehen.

Die Frage lautet nur, und damit komme ich zum zweiten Punkt, wie soll die Reform aussehen? Es gibt die Idee, einen Verteilungsmechanismus einzuführen. Dazu gibt es ganz hervorragende Vorschläge, zumindest von der Theorie her. Sie lauten: Man muss die Außengrenzen sichern, die Hotspots an den Außengrenzen ausbauen und eine EU-Agentur schaffen, welche die Asylverfahren überall nach einheitlichen Standards durchführt. Von den Hotspots aus erfolgt dann eine Verteilung auf die einzelnen Mitgliedstaaten auf der Basis von Kontingenten. An dieser Stelle wäre es dann auch möglich, die Idee des Kontingents, der Obergrenze und der Aufnahmekapazität zu berücksichtigen. Um sicher zu stellen, dass die Menschen in dem Staat bleiben, dem sie zugewiesen worden sind, könnte man über die Koppelung von Sozialleistungen an den jeweiligen Aufenthalt des Zuge-

wiesenen nachdenken. Ich finde den Vorschlag in der Theorie ganz großartig, befürchte aber, dass er in der Praxis nicht funktionieren wird. Insofern ist der Vorschlag einer „flexiblen Solidarität“, der vor kurzem von den osteuropäischen Staaten ins Spiel gebracht wurde, vielleicht eine interessante Alternative. Man würde sich von den strengen Vorgaben, die wir uns vorstellen, lösen und flexiblere, neue Ideen zulassen. Flexible Solidarität bedeutet, dass nicht jeder Mitgliedstaat Schutzsuchende aufnehmen muss, sondern stattdessen Geld gibt beziehungsweise auf Geldzuweisungen verzichtet. Wenn man über diesen Vorschlag ernsthaft nachdenkt, könnte man eventuell tatsächlich eine pragmatische Lösung erreichen.

Keine Lösung ist hingegen die eigenmächtige Festlegung von zahlenmäßigen Obergrenzen ohne eine gleichzeitige Einführung des soeben dargestellten Verteilungsmechanismus. Zwar gibt es ein Aufnahmekapazitätsproblem und auch ein Akzeptanzproblem in den Staaten. Die Frage ist nur, wie wird man dem gerecht? Durch eine eigenmächtig festgelegte zahlenmäßige Obergrenze? Eine solche ist völker- und europarechtlich nicht zulässig. Das Refoulement-Verbot, das Verbot der Kollektivausweisung und die mit Verfahrensgarantien ausgestalteten Schutzpflichten der Staaten sind nun einmal da. Nachdem Österreich die Idee hatte, Obergrenzen einzuführen, haben zwei Kollegen ein Gutachten verfasst, das diese Punkte deutlich zur Sprache brachte. Als Orientierung könne man die als Obergrenze bezeichnete Zahl nehmen, nicht aber als feste Grenze. Unabhängig davon hat der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages einige Zeit davor ein ähnliches Gutachten erstellt, das zum gleichen Ergebnis gekommen ist.

Neben diesen großen „Schrauben“, an denen wir drehen müssen, um das System zu reformieren, gibt es noch viele weitere, kleinere Schrauben, denen wir unsere Aufmerksamkeit widmen sollten. Eine davon ist angesprochen worden: der nur zeitlich begrenzte subsidiäre Schutz, der insbesondere Kriegsflüchtlingen zu gewähren ist. Wie ich ausgeführt habe, liegt ihm ein Konzept des zeitlich begrenzten Schutzes zugrunde. So wie er jedoch derzeit gehandhabt wird, mündet er in der Regel in ein Daueraufenthaltsrecht. Das ist nicht auf die EU-Richtlinien zurückzuführen, sondern auf die Ausgestaltung des deutschen Ausländer- und Asylrechts. Es gilt die Grundregel, dass derjenige, der sich drei Jahre legal in Deutschland aufgehalten hat, eine Daueraufenthaltsgenehmigung bekommt. Wir haben ein Konzept des zeitlich begrenzten Schutzes. Umgesetzt wird es jedoch anders. Dafür gab und gibt es gute Gründe. Wir haben uns dafür entschieden. Man kann aber auch überlegen, ob das so bleiben muss. Selbst das Refoulement-Verbot begründet kein Daueraufenthaltsrecht, sondern führt zu einer Duldung. Und auch in diesem Fall muss, ähnlich wie beim Asyl und beim subsidiären Schutz, gelten, dass das zeitlich begrenzte Aufent-

haltsrecht erlischt, sobald die Situation, die es begründet hat, weggefallen ist.

Ich komme damit zu dem dritten großen Punkt. Er hängt mit dem zweiten zusammen und betrifft einen Aspekt, der zu Beginn von zahlreichen von Ihnen erwähnt wurde, nämlich die Bedeutung der indirekten Steuerung. Wir müssen uns bewusst werden, dass die direkte Steuerung – Gebote, Verbote, Lenkungen, Verteilungen, kurzum alle harten rechtlichen Mechanismen, mit denen wir als Juristen gut umgehen können – nicht immer funktioniert. Die Bedeutung der indirekten Steuerungsinstrumente unterschätzen wir, und zwar sowohl was Einwanderungs- als auch Rückkehranreize betrifft. In dieser Hinsicht hat die Schweiz mit sogenannten Migrationspartnerschaften eine sehr erfolgreiche Lösung gefunden. Im Fall der Schweiz muss der Abschluss von solchen Verträgen nicht über die EU laufen. Da die Schweiz die Verträge selbst abschließen kann, hat sie zum Teil Verträge mit Staaten geschlossen, in denen nicht einfach eine Rückübernahmepflicht der Staaten verankert ist, sondern die Rückkehr gekoppelt wird mit Starthilfen zum Aufbau einer Existenz in dem Ursprungsland, mit Entwicklungshilfe, Kooperationspartnerschaften und ähnlichem. Eine solche indirekte Steuerung finde ich interessant. Man kann Menschen viel besser „steuern“, wenn man ihnen einen Anreiz bietet, als wenn man ihnen etwas verbietet oder sie gegen ihren Willen irgendwo hinschickt.

Zum Abschluss: Interessanterweise lässt sich beobachten, dass nicht nur der Inhalt, sondern auch die Form der Steuerungsinstrumente offenbar flexibler wird. Ich komme wieder auf die Rückführung nach Tunesien zu sprechen. Obwohl die Rückführung nach Tunesien über eine unverbindliche Absprache erfolgt, funktioniert sie in der Praxis wesentlich besser als die vertraglich geregelte Rückführung nach Marokko. Möglicherweise haben Sie auch gestern in den Nachrichten gehört, dass die EU ein neues „Abkommen“ mit Afghanistan abgeschlossen hat. Dabei handelt es sich gar nicht um ein Abkommen. Es ist auch das wieder eine unverbindliche Erklärung. Ich finde es bemerkenswert, dass die Staaten offenbar immer mehr dazu übergehen, von den harten Instrumenten des Rechtes wegzugehen und auf unverbindliche, flexible und anreizgesteuerte Instrumente zu setzen. Danke schön.

Stephan Breitenmoser: Auch ich möchte mich für die interessanten Diskussionsbeiträge bedanken. Mit Bezug auf die im Zwischenruf von Herrn *Frowein* und zuvor bereits auch von Herrn *Groß* angesprochene Problematik der Abschiebung und der Rückkehrhilfe verweise ich auf die sowohl formellen Rückübernahmeabkommen als auch die – nicht seltenen – informellen Rückübernahmevereinbarungen. Diese können – entsprechend den Bedürfnissen der betroffenen Staaten und der weggewiesenen Perso-

nen – vielfältige unterschiedliche Inhalte und Maßnahmen enthalten, von freiwilliger Rückkehrhilfe für freiwillig Zurückkehrende mit individuellen finanziellen Beiträgen bis hin zu staatlichen Entwicklungshilfeprojekten und Investitionsschutzklauseln. Denn wie ich mit meinen Ausführungen zu den Fluchtursachen unterstreichen wollte, können wirtschaftlich motivierte Migrationsströme unter anderem gerade durch die Ermöglichung und Schaffung von Arbeit und Arbeitsplätzen in den armen Ländern Afrikas, Asiens und Lateinamerikas verhindert bzw. vermindert werden. Und wie Frau *Odendahl* erwähnt hat, handelt auch die Schweiz bilaterale Rückübernahmeabkommen parallel zur EU aus, was angesichts der damit zusammenhängenden großen Probleme aber nicht immer ganz einfach und rasch möglich ist.

Die zweite von Herrn *Frowein* angesprochene Problematik der oft aus rechtlichen Gründen nicht möglichen Arbeitsbetätigung von Migranten betrifft in der Tat nicht zuletzt auch die Frage der Würde dieser Menschen. Diese Frage dürfte – wenn nicht durch den nationalen Gesetzgeber – früher oder später durch gerichtliche Entscheidungen beantwortet werden. Mit meinem „zweiten Hut“ als Richter sehe ich hier durchaus die Möglichkeit, dass in einem sogenannten „good case“, das heißt bei Vorliegen spezifischer individueller Umstände im Sinne eines besonderen Härtefalles, Gerichte einzelfallweise Ansprüche auf Aufnahme einer beruflichen Erwerbstätigkeit während der oft allzu lange dauernden Abklärung der Flüchtlingseigenschaft bejahen könnten. Rechtlicher Anknüpfungspunkt wäre hierfür – wie von Herrn *Frowein* angedeutet – die Menschenwürde, die neben ihrer Verankerung in den einzelstaatlichen Verfassungen zwar nicht ausdrücklich in der EMRK gewährleistet ist, in Einzelfällen aber aus einzelnen Garantien, wie insbesondere Art. 3 und 8 EMRK, mitunter in Verbindung mit dem konventionsrechtlichen Diskriminierungsverbot, abgeleitet werden kann. Hieraus ergibt sich auch meine Antwort auf die von Herrn *Klein* gestellte Frage nach dem allfälligen künftigen Stellenwert der bis dahin vor allem von staatsphilosophischer Seite geforderten Ausweitung von Artikel 12 des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte, der ein Recht auf freie Wahl des Wohnsitzes für in einem Vertragsstaat rechtmäßig Anwesende sowie ein Recht auf Ausreise gewährleistet. Obwohl das bisherige Völker- und Europarecht in Übereinstimmung mit der diesbezüglich ablehnenden Staatenpraxis diese Ausweitung nicht aufgegriffen hat, ist es in Zukunft nicht auszuschließen, dass in einem Einzelfall ein grund- und verfahrensrechtlicher Individualrechtsschutz durch ein nationales oder internationales Gericht gewährt werden könnte. Denn ich habe während meiner langjährigen richterlichen Tätigkeit schon wiederholt festgestellt, dass Richterkolleginnen und Richterkollegen die Umstände und Auswirkungen eines von der bisherigen Praxis an sich vorgezeichne-

ten Entscheids in einzelnen Fällen als derart unbefriedigend und stoßend empfunden haben, dass sie zur Auffindung und Begründung eines einzel-fallgerechten Ergebnisses im Rahmen ihrer Befugnis und Verpflichtung zur umfassenden Interessen- und Rechtsgüterabwägung auf neue und kreative Lösungsmöglichkeiten zurückgegriffen haben. In den Bereichen des Migrations- und Strafrechts werden solche Urteile in der Öffentlichkeit dann mitunter als Ausdruck einer sogenannten „Kuscheljustiz“ kritisiert, insbesondere wenn durch eine verkürzte Medienberichterstattung die individuellen Entschuldungs- und Entlastungsgründe und damit der von den Gerichten im Rahmen ihrer Ermessens- und Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigende individuelle Einzelfallcharakter ausgeblendet und die Entscheidung in einen abstrakten und allgemeinen Zusammenhang hineingestellt wird. Die diesbezügliche Straßburger und Luxemburger Rechtsprechung, die ohnehin von sogenannten „fremden Richterinnen und Richtern“ zu verantworten sei, wird mitunter in ähnlicher Weise von gewissen politischen Bewegungen – auch in der Schweiz – als aktivistisch kritisiert.

In diesen Zusammenhang gehört dann auch die von Herrn *Fechner* angesprochene Frage nach unserem Selbstverständnis als Juristen. In der Tat sollten wir als Vertreterinnen und Vertreter des Staatsrechts solche Fragen und Zusammenhänge in einem offenen Diskurs miteinander diskutieren und damit zuhanden der Legislative, der Exekutive und der Judikative die diesbezüglichen Entscheidungsgrundlagen vorbereiten und zur Verfügung stellen.

Wenn in einzelnen Voten festgestellt wurde, dass Schengen/Dublin nicht mehr funktioniere, dann ist diese Feststellung auf den ersten Blick und in unterschiedlichem Maße mit Bezug auf einzelne Länder wie insbesondere Griechenland und Italien richtig. So sind Dublin-Rückführungen in diese Länder aufgrund ihrer sogenannten systemischen Mängel nicht oder teilweise nur nach spezifischen Abklärungen und individuellen Zusicherungen möglich. Auf der anderen Seite funktionieren das Schengener und das Dubliner Recht gerade deshalb weiterhin, weil die entsprechenden Abkommen weder von der EU noch von den daran assoziierten Staaten gekündigt und aufgehoben wurden. Im Gegenteil erkennt man nun den entsprechenden Reformbedarf, und in der Dublin-Rechtsprechung mehrerer Gerichte findet sogar in dem Sinne ein Paradigmenwechsel statt, als aus dem Selbsteintrittsrecht in einzelnen Fällen aufgrund spezifischer Umstände sogar eine Selbsteintrittspflicht abgeleitet wird. Auch durch die Wiedereinführung der im Schengener Recht ausnahmsweise vorgesehenen zeitlich beschränkten Binnengrenzkontrollen wird das Schengener System gerade nicht gekündigt oder aufgehoben, sondern weiterhin angewandt und damit letztlich auch gestärkt, wie auch durch den nun verstärkten Schutz der EU-Außengrenzen insbesondere mit Hilfe von Frontex. In mehreren Voten wurde

denn auch völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass die vordringlichen Vollzugsdefizite behoben werden müssten, weil sonst bei einem Fortdauern dieser Schengen-Defizite an der EU-Außengrenze kombiniert mit dem Fehlen von Binnengrenzkontrollen die gegenwärtige irreguläre Migration in Europa weiter anhalten und sogar verstärkt werden könnte. Insgesamt wäre es deshalb verfrüht zu sagen, Schengen und Dublin funktionierten nicht. Durch das Erkennen des Reformbedarfs und die rasche Umsetzung der erforderlichen Reformen werden das Schengener und das Dubliner Recht meines Erachtens vielmehr nachhaltig gestärkt.

Mit Bezug auf die von mir in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre im Migrationsrecht vorgenommene Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Migration möchte ich nochmals betonen, dass bei der ordentlichen Migration eben Ansprüche aufgrund von Niederlassungs- und Freizügigkeitsverträgen bestehen, welche es bei der außerordentlichen Migration im Flüchtlingsrecht und vor Abschluss der Prüfung der Fluchtgründe zunächst nicht gibt. Den Begriff der außerordentlichen Migration habe ich aber gerade nicht mit der irregulären Migration gleichsetzen wollen. Im Gegenteil halte ich diese Gleichsetzung und die Verdrängung des Begriffs der außerordentlichen durch den Begriff der „irregulären Migration“ durch die Medien für verfehlt.

Zu den Stichworten „Vorbildcharakter“ und „Fragmentierung“ möchte ich nochmals festhalten, dass ich diese beiden Begriffe nur im Zusammenhang mit der wegweisenden Rechtsprechung nationaler und europäischer Gerichte bei der menschenrechtlich fundierten Begrenzung migrationssteuernder Maßnahmen verwendet habe. Wenn wir eben im allgemeinen beziehungsweise universellen völkerrechtlichen Rahmen anerkennen, dass wir – was Maßnahmen der Migrationssteuerung anbelangt – noch wenige wirksame menschenrechtliche Schranken haben, dann sollten wir meines Erachtens umso mehr die von den Gerichtshöfen in Luxemburg und Straßburg entwickelten und nun von den nationalen Gerichten übernommenen Schranken migrationsrechtlicher Steuerungsmaßnahmen anerkennen. Diese Rechtsprechung, die weit über die Mindeststandards sowohl des universellen Völkerrechts als auch des regionalen afrikanischen, asiatischen und amerikanischen Menschenrechtsschutzes hinausgeht, kann man meines Erachtens ohne Weiteres als Fragmentierung des Grund- und Menschenrechtsschutzes bezeichnen, und zwar in dem Sinne, als wir hier in Europa die diesbezüglichen Mindeststandards in erheblichem Masse erhöhen und damit zugleich ein Vorbild sein können für den noch schwach ausgebildeten universellen menschen- und verfahrensrechtlichen Schutz von Migrantinnen und Migranten.

In diesem Sinne bin ich der Meinung, dass wir mit Bezug auf die Voraussetzungen und Möglichkeiten der Migrationssteuerung erkennen kön-

nen und müssen, dass sich die Steuerungsgrundlagen und -maßnahmen zwar zunehmend auf die völker- und europarechtliche Ebene verlagern, dass aber andererseits die Umsetzung, die Durchführung und der Rechtsschutz jedoch weiterhin vorrangig bei den auch in absehbarer Zukunft weiter bestehenden Nationalstaaten liegen dürften. Diese haben dabei aber vermehrt rechtliche Vorgaben und Voraussetzungen des Europa- und des Völkerrechts zu berücksichtigen. Bei diesen Prozessen der Umsetzung, der Durchführung und des Rechtsschutzes müssen überdies alle Ebenen und Akteure der Legislative, der Exekutive und der Judikative ihren je eigenen Beitrag leisten. Trotz des weiterhin andauernden Migrationsdrucks kann man gleichwohl festhalten, dass die rechtsstaatlichen Schranken der Migrationssteuerung und – damit verbunden – die gerichtliche Kontrolle der Begrenzungsmaßnahmen aufgrund der Rechtsprechung der europäischen Gerichte an Bedeutung gewonnen haben. Dies möchte ich abschließend als positives Vorbild sowohl für andere regionale Rechtsschutzsysteme als auch für den universellen Menschenrechtsschutz hervorheben. Vielen Dank.

Franz Merli: Ja, liebe Kolleginnen und Kollegen, zum Schluss darf ich noch einmal unseren ganz herzlichen Dank aussprechen an die Referentin, an den Referenten, an die vielen Herren, die mitgewirkt haben an der Diskussion und an Sie alle, die wir, glaube ich, alle viel gelernt haben.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Status als Instrument des Migrationsrechts

Referat von *Markus Krajewski*, Erlangen-Nürnberg*

Inhalt

	Seite
I. Einführung: Zum tatsächlichen Hintergrund der Themenstellung	124
II. Konzeptionelle Grundlagen	126
1. Begriff, Gegenstand und Ziele des Migrationsrechts	126
2. Status und Instrumente im Migrationsrecht	132
III. Staatsangehörigkeitsrechtliche Statuskategorien: Staatsbürger, Unionsbürger und Drittstaatsangehörige	134
IV. Aufenthaltsrechtliche Statuskategorien von Drittstaatsangehörigen	137
1. Statuskategorien regulärer Zuwanderung	137
2. Schutzgewährung oder Abschreckung? Die Aufenthaltsgestattung für Asylbewerber	142
3. Der unsichere und rechtlich widersprüchliche Status geduldeter Personen	144
4. Statuslosigkeit irregulärer Migranten	146
V. Völker- und unionsrechtliche Prägung des Migrationsrechts am Beispiel flüchtlingsrechtlicher Statuskategorien.	148
1. Asylberechtigung	149
2. Unions- und völkerrechtliche Vorgaben des humanitären Schutzes	151
3. Grenzen des gesetzgeberischen Handlungsspielraums.	153

* Ich danke *Andreas Funke* und *Ibrahim Kanalan* für wertvolle Hinweise und kritische Diskussionen sowie *Anuscheh Farahat*, *Andreas Fischer-Lescano*, *Tarik Tabbara* und *Bernhard W. Wegener* für hilfreiche Anmerkungen zu früheren Textfassungen. Aus Platzgründen wird in diesem Beitrag auf eine geschlechtsneutrale Schreibweise verzichtet. Begriffe wie „Ausländer“ oder „Asylberechtigter“ bezeichnen – wie in den einschlägigen Gesetzestexten – weibliche und männliche Personen. Die hier zitierten Internetseiten wurden letztmalig am 30.9.2016 besucht.

VI. Ausdifferenzierung der Statuskategorien am Beispiel der Wohnsitzregelung für anerkannte Flüchtlinge	155
1. Inhalt des § 12a AufenthG	157
2. Freizügigkeitsrechte von anerkannten Flüchtlingen	158
3. Bewertung	159
VII. Zusammenfassung und Schlussbemerkung	161

I. Einführung: Zum tatsächlichen Hintergrund der Themenstellung

In der Bundesrepublik Deutschland leben heute über 9,1 Millionen Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit. Das sind rund 11% der Bewohner des Bundesgebiets.¹ Ihre Rechtsstellung unterscheidet sich teils signifikant von der Rechtsstellung deutscher Staatsangehöriger.

Das Recht differenziert jedoch nicht nur zwischen Deutschen und Ausländern², sondern auch zwischen verschiedenen Gruppen von Ausländern.

¹ *Statistisches Bundesamt* Bevölkerung und Erwerbstätigkeit – Ausländische Bevölkerung – Ergebnisse des Ausländerzentralregisters, 2015, 126 (Stand 31.12.2015). Die genaue Zahl der in Deutschland lebenden Ausländer ist nicht bekannt. Nach der vom Statistischen Bundesamt vorgenommenen Auswertung des Ausländerzentralregisters (AZR) lebten in Deutschland am 31.12.2015 ca. 9,1 Mio. Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit. Dagegen kommt die Bevölkerungsforschreibung auf der Grundlage des Zensus von 2011 nur zu 7,9 Mio. Ausländern und damit einem Anteil von 9,7%, s. *Statistisches Bundesamt* ebd., 27. Der Unterschied ist nicht leicht zu erklären, hängt aber neben statistischen Gründen auch damit zusammen, dass die Daten des AZR auf den Angaben der Meldebehörden beruhen, die wiederum vom An- und Abmeldeverhalten der betroffenen Personen abhängen. In Österreich und der Schweiz ist der Anteil von Ausländern an der Wohnbevölkerung mit knapp 15% (1,3 Mio. in Österreich) bzw. 24% (2 Mio. in der Schweiz) sogar noch höher, *Statistik Austria* Bevölkerung nach Staatsangehörigkeit und Geburtsland, im Internet unter <http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/bevoelkerungsstruktur/bevoelkerung_nach_staatsangehoerigkeit_geburtsland/index.html> (Stand 1.1.2016) und *Bundesamt für Statistik* Statistik Schweiz, Migration und Integration – Ausländische Bevölkerung: Staatsangehörigkeit, im Internet unter <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/07/blank/key/01/01.html>> (Stand 31.12.2015).

² § 2 Abs. 1 AufenthG definiert „Ausländer“ als Menschen, die nicht Deutsche im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG sind. Damit wird klargestellt, dass Statusdeutsche gem. Art. 116 Abs. 1, 2. Alt GG ebenfalls keine „Ausländer“ sind. Die Kategorie der Statusdeutschen hat durch die gesetzliche Verleihung der Staatsbürgerschaft gem. § 40a StAG erheblich an praktischer Bedeutung verloren. Staatenlose unterfallen dagegen dem Ausländerbegriff des § 2 Abs. 1 AufenthG. Sie sind gem. Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen von 1954 anderen Ausländern rechtlich gleichgestellt, vgl. *Paul Tiedemann* Flüchtlingsrecht. Die materiellen und verfahrensrechtlichen Grundlagen, 2015, 17. Im Völkerrecht werden die auf dem Territorium lebenden Personen ohne die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaats traditionell als „Fremde“ bezeichnet, *Karl Doehring* Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32

So könnte die Rechtslage einer Unionsbürgerin aus Kroatien und eines Asylbewerbers aus Kosovo, die im Oktober 2016 nach Deutschland einreisen, gegensätzlicher kaum sein: Die Kroatin genießt die unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechte, sie kann überall in Deutschland leben und einer Beschäftigung nachgehen. Bis auf das Wahlrecht bei Landtags- und Bundestagswahlen ist sie Bundesbürgern weitgehend gleichgestellt.³ Da der kosovarische Asylbewerber aus einem sicheren Herkunftsstaat stammt, muss er in einer Aufnahmeeinrichtung wohnen bis über seinen Asylantrag entschieden wurde. Falls dieser – wie in über 99% der Fälle⁴ – abgelehnt wird, gilt die Residenzpflicht gem. § 47 Abs. 1a AsylG sogar bis zu seiner Ausreise oder Abschiebung.⁵ Einer Beschäftigung kann er in dieser Zeit gem. § 61 Abs. 1 AsylG nicht nachgehen.

Dass sich auch innerhalb einer Statusgruppe die Rechtspositionen erheblich unterscheiden können, erfährt der kosovarische Asylbewerber spätestens, wenn sein aus Syrien stammender Mitbewohner in der Aufnahmeeinrichtung an einem Integrationskurs teilnehmen und so auch die deutsche Sprache erlernen darf, er selbst jedoch nicht, obwohl beide den gleichen Status des Asylbewerbers innehaben. Bei dem Flüchtling aus Syrien wird nämlich ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt erwartet, für den

(1973), 7 (10); *Kay Hailbronner/Jana Gogolin* Aliens, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Juli 2013. S. auch *Markus Heintzen* Fremde in Deutschland, Der Staat 36 (1997), 327 (333 ff.). In tatsächlicher Hinsicht sind zahlreiche Ausländer längst „Inländer“ geworden. Da der Begriff Ausländer als diskriminierend empfunden wird, setzt sich in der neueren Fachliteratur der Begriff „Migrant“ durch, *Ingrid Oswald* Migrationssoziologie 2007, 21. Allerdings haben nicht wenige in Deutschland lebende Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit keine Migrationserfahrung, so dass sie dem internationalen Sprachgebrauch folgend keine Migranten sind: Die International Organization on Migration (IOM) bezeichnet eine Person als „Migrant“, wenn diese eine internationale Grenze überquert oder überquert hat oder ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort innerhalb eines Staates verlassen hat, unabhängig vom Rechtsstatus der Person, der Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit der Migration oder ihres Grundes und unabhängig von der Dauer des Aufenthalts, *IOM* Key Migration Terms, im Internet unter <<http://www.iom.int/key-migration-terms>>. Wer in Deutschland geboren wurde und aufgewachsen ist und das Land seiner Staatsangehörigkeit nur aus Besuchsreisen kennt, ist demzufolge kein Migrant. Anders definiert Art. 2 des Entwurfs für ein Bayerisches Integrationsgesetz „Migrantinnen und Migranten“ als „Ausländerinnen und Ausländer“ mit bestimmten aufenthaltsrechtlichen Titeln, vgl. *Bayerischer Landtag* Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Bayerisches Integrationsgesetz, 10. Mai 2016, Drs. 17/11362.

³ Weitere Unterschiede bestehen beim erstmaligen Zugang zu bestimmten Sozialleistungen und bei der grundsätzlich möglichen Ausweisung, dazu unten III.

⁴ *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF)* Asylgeschäftsstatistik für den Monat August 2016, 2016, 7.

⁵ Diese Einschränkung wurde durch das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015 (BGBl. I 2015, 1722) eingeführt, vgl. *Kathleen Neundorff* Neuerungen im Aufenthalts- und Asylrecht durch das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, NJW 2016, 5 (7).

kosovarischen Asylbewerber besteht dagegen gem. § 44 Abs. 4 AufenthG die gesetzliche Vermutung, dass er keine Bleibeperspektive hat.⁶ Daher wird dem einen ein Integrationsangebot gemacht, während der andere Deutschland möglichst schnell wieder verlassen soll.

Damit wird deutlich, dass sich die Rechtsstellung von Ausländern nicht nur aus ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrem Aufenthaltstitel ergibt.⁷ Vielmehr werden die jeweiligen Grundkategorien weiter ausdifferenziert, so dass ein komplexes und bisweilen unübersichtliches System migrationsrechtlicher Rechte und Pflichten entsteht.⁸

Im Folgenden möchte ich die jeweiligen Statuskategorien und ihre Ausdifferenzierungen zunächst näher darstellen und untersuchen, ob und wie sie einen Beitrag zur Erreichung migrationsrechtlicher Ziele leisten können, wobei ich mich auf das deutsche Recht beschränken werde. Die maßgebliche Prägung des Migrationsrechts durch Völker- und Unionsrecht illustriere ich danach am Beispiel des Flüchtlingssschutzes. Die Ausdifferenzierung der einzelnen Statuskategorien durch gesetzliche Relativierungen zeige ich anschließend am Beispiel der neuen Wohnsitzregelung für anerkannte Flüchtlinge. Zuvor bedarf es jedoch einer Klärung der Grundbegriffe der Themenstellung.

II. Konzeptionelle Grundlagen

1. Begriff, Gegenstand und Ziele des Migrationsrechts

Unter „Migrationsrecht“ wird das Rechtsgebiet verstanden, das traditionellerweise als „Ausländer- und Asylrecht“⁹ bezeichnet wird.¹⁰ Der neue

⁶ Auch diese Änderung geht auf das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz zurück, vgl. *Daniel Thym* Schnellere und strengere Asylverfahren, NVwZ 2015, 1625 (1627).

⁷ So bereits *Klaus Sieveking* Statusrechte von Ausländern, 1992, 3.

⁸ Die Unübersichtlichkeit des geltenden Aufenthaltsrechts kritisiert auch *Thomas Groß* Einwanderungspolitiken im Vergleich, ZAR 2016, 262 (263).

⁹ So weiterhin der Titel zahlreicher Lehrbücher und Kommentare, z.B. *Kay Hailbronner* Asyl- und Ausländerrecht, 3. Aufl., 2014; *Andreas Dietz* Ausländer- und Asylrecht, 2016; *Jan Bergmann/Klaus Dienelt* (Hrsg.) Ausländerrecht, 11. Aufl., 2016; *Rainer M. Hofmann* (Hrsg.) Ausländerrecht, 2. Aufl., 2016. In Österreich wird vielfach noch der Begriff „Fremdenrecht“ benutzt. Kritisch dazu *Thomas Neugschwendtner/Johannes Peyrl/Christian Schmaus* Fremdenrecht, 5. Aufl., 2015, 13. Der Begriff lebt im Titel des einschlägigen Gesetzes weiter: Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetiteln (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG). In der Schweiz hat sich der Begriff Migrationsrecht dagegen schon mehr durchgesetzt und wird auch in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur verwendet, *Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka/Fanny de Weck* (Hrsg.) Migrationsrecht Kommentar, 4. Aufl., 2015; *Martina Caroni/Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa*

Begriff¹¹ reagiert zunächst auf die Ablösung des Ausländergesetzes (AuslG) durch das Aufenthaltsgesetz (AufenthG) im Jahre 2004. Mit dem Begriff Migrationsrecht wird der soziale Vorgang der Migration als individuelle und gesellschaftliche Lebenswirklichkeit ins Zentrum der Betrachtung gerückt. Gleichzeitig sollen gemeinsame Strukturen, Prinzipien und Instrumente der in den unterschiedlichen Rechtsgrundlagen geregelten Materien verdeutlicht werden.¹²

Seit seiner Entstehung als sog. „Fremdenpolizeirecht“¹³ im 19. Jahrhundert ist das Migrationsrecht einem permanenten Wandel unterworfen, der durch unterschiedliche migrationspolitische Ziele und Vorstellungen geprägt wurde.¹⁴ Die Perspektive der verfassungsrechtlich schwach konnotierten und gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Gefahrenabwehr prägte das Migrationsrecht über viele Jahrzehnte.¹⁵ Mit dem Zuwanderungsgesetz

Ott/Nicole Schreiber Migrationsrecht, 3. Aufl., 2014. Seit 2003 erscheint in der Schweiz das Jahrbuch für Migrationsrecht – *Annuaire du droit de la migration*. Auch in der internationalen Literatur wird von „migration law“ gesprochen, vgl. *Pieter Boeles/Maarten den Heijer/Gerrie Lodder/Kees Wouters* *European Migration Law*, 2. Aufl., 2014; *Kay Hailbronner/Daniel Thym* (Hrsg.) *EU Migration Law*, 2. Aufl., 2016, und *Brian Opeskin/Richard Perruchoud/Jillyanne Redpath-Cross* (Hrsg.) *Foundations of International Migration Law*, 2012.

¹⁰ Der Gebrauch des Begriffs „Migrationsrecht“ hat auch in den vergangenen Jahren nicht signifikant zugenommen. Die Ergebnisse einer aktuellen Begriffssuche in der Datenbank „juris“ sind ähnlich wie die von *Daniel Thym* *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 9–10. Eine Suche mit dem Stichwort „Migrationsrecht“ findet 128 Treffer, während es die Stichworte „Ausländerrecht“ (15.701) und „Asylrecht“ (20.525) auf mehr als das Hundertfache bringen, juris-Abfrage vom 5.8.2016.

¹¹ Eine der ersten Verwendungen des Begriffs findet sich bei *Günter Renner* *Welche Zukunft hat Zuwanderung in Deutschland?* ZRP 2003, 33 (36). Seit dem 1.3.2016 existiert die Bezeichnung „Fachanwalt für Migrationsrecht“, vgl. § 1 FAO. Vorlesungen mit dem Titel „Migrationsrecht“ werden u.a. in Bern, Bremen, Erlangen, Freiburg (Schweiz), Gießen, Halle, Münster, Würzburg und Zürich angeboten.

¹² *Thym* *Migrationsverwaltungsrecht* (Fn. 10), 11.

¹³ *Andrea Kießling* *Fremdenpolizeirecht im Rechtsstaat(?) – Zu Herkunft und Zukunft des Ausweisungsrechts*, ZAR 2016, 45 (47).

¹⁴ Gesetzesänderungen sind gelegentlich sogar Reaktionen auf tagesaktuelle Ereignisse. So wurde die Verschärfung des Ausweisungsrechts durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11.3.2016 ausdrücklich auch mit den Vorfällen vom 31.12.2015 am Hauptbahnhof von Köln begründet, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 18/7537, 5. Zu den Ereignissen in Köln s. *Georg Hansen/Frank Jessen/Patricia Jessen/Judith Schandra/Mareike Schmidt/Stephanie Schoenel/Oliver Wilkes* *Köln Silvester 2015 – Analyse der Ereignisse und ihrer Wirkungen*, 2016.

¹⁵ So bereits das Fazit von *Josef Isensee* *Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland*, VVDStRL 32 (1973), 49 (101). S. auch *Jürgen Bast* *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, 2011, 75 ff. Die verfassungsrechtliche Einhegung des Migrationsrechts musste erst mühsam erkämpft werden: Noch in den 1980er Jahren

von 2004¹⁶ fand eine teilweise Neuausrichtung am Leitbegriff der Integration statt.¹⁷ Zudem ist die Bedeutung der Grund- und Menschenrechte im Migrationsrecht heute unbestritten.¹⁸

Das Migrationsrecht umfasst im Kern das Aufenthaltsgesetz, das Freizügigkeitsgesetz/EU, das Asylgesetz und das Staatsangehörigkeitsgesetz.¹⁹ Hinzu treten völker- und unionsrechtliche Vorgaben²⁰ sowie untergesetzli-

wurde bezweifelt, dass ausländerrechtliche Entscheidungen der gleichen (verfassungs-)gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollten wie andere Verwaltungsentscheidungen, s. *Kay Hailbronner* Ausländerrecht und Verfassung, NJW 1983, 2105–2113. Dagegen *Helmut Rittstieg* Ausländerrecht und Verfassung, NJW 1983, 2746–2747. Auch heute finden sich im Ausweisungsrecht polizeirechtliche Elemente, *Kießling* Fremdenpolizeirecht (Fn. 13), 47 ff.

¹⁶ Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) vom 30. Juli 2004 (BGBl. I 2004, 1950).

¹⁷ Zum Leitbild der Integration *Thomas Groß* Integration durch Rechtsgleichheit, DVBl. 2014, 1217–1222; *Christoph Gusy/Sebastian Müller* Leitbilder im Migrationsrecht, ZAR 2013, 265 (269 ff.). Grundlegend zum Konzept der Integration *Johannes Eichenhofer* Begriff und Konzept der Integration im Aufenthaltsgesetz, 2013, und *Hacer Bolat* Integration als Leitbild im deutschen Migrationsrecht, 2016, sowie aus politikwissenschaftlicher Sicht *Dietrich Thränhardt* Integration in der pluralistischen Gesellschaft, in: Klaus Sieveking (Hrsg.) Wechselwirkungen von Migration und Integration im europäischen Mehrebenensystem, 2011, 97–106. Zur Abgrenzung von Integration und Assimilierung *Katja Schneider* Assimilation und Integration, ZAR 2011, 8–15.

¹⁸ *Kay Hailbronner* Deutsche, Ausländer, Flüchtlinge, Migranten, ausländische Mitbürger – Überlegungen zur Entwicklung der Menschenrechte im Ausländerrecht, FS Eckart Klein, 2013, 1067 (1067 ff.); *Thomas Groß* Europäische Grundrechte als Vorgaben für das Einwanderungs- und Asylrecht, KJ 2001, 100–111.

¹⁹ *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 10), 8. Hinzu tritt das in seiner praktischen Bedeutung inzwischen reduzierte Bundesvertriebenengesetz. Zur Zuwanderung von Vertriebenen und Spätaussiedlern jüngst *Eva Bund/Martin Kohls/Susanne Worbs* Zuwanderung und Integration von (Spät-)Aussiedlern in Deutschland, ZAR 2014, 349–354, und *Thomas Herzog* Die Neuerungen im Vertriebenenrecht durch das Zehnte Gesetz zur Änderung des Bundesvertriebenengesetzes (10. BVFGÄndG), ZAR 2014, 400–404. Teilweise wird vertreten, dass das Staatsangehörigkeitsrecht nicht Teil des Migrationsrechts sei, da die Entscheidung über ein Bleiberecht bereits vor der Einbürgerung längst gefallen sei, *Klaus Ferdinand Gärditz* Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2012), 49 (118). Der Migrationsvorgang endet jedoch im Rechtssinne nicht mit einer dauerhaften Bleibeperspektive, sondern mit dem Statuswandel vom Ausländer zum Staatsbürger. Die Einbürgerung schließt den Migrationsvorgang aus rechtlicher Sicht endgültig ab. In diesem Sinne auch *Andreas Funke* Zuwanderung – Normen, Zahlen und der Einzelfall, in: *Helmut Neuhaus* (Hrsg.) Zuwanderung nach Deutschland, 2016, 53 (55).

²⁰ Dazu zählen unionsrechtlich neben den Grundfreiheiten und Grundrechten vor allem die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG für Unionsbürger, das EU-Flüchtlingsrecht mit der Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU, der Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU, der Aufnahme-richtlinie 2013/33/EU und der sog. Dublin III-Verordnung 604/2013 sowie das EU-Migrationsrecht für Drittstaatsangehörige, zu dem u.a. die Familienzusammenführungsrichtlinie

che Durchführungsverordnungen.²¹ Das Migrationsrecht ist somit typisches Mehrebenenrecht.²²

Der Gegenstand des Migrationsrechts erfasst unterschiedliche Lebensbereiche und Rechtspositionen von Ausländern. So regelt das Migrationsrecht zunächst die Einreise, den Aufenthalt und den Verbleib eines Ausländers im Bundesgebiet.²³ Weiterhin gestattet oder begrenzt das Migrationsrecht die Freizügigkeit im Bundesgebiet, also das Recht, den Wohnort frei wählen zu können. Zudem legt das Migrationsrecht fest, ob und unter welchen Bedingungen eine Person einer Beschäftigung nachgehen kann. Schließlich begründet das Migrationsrecht Rechtspositionen bezüglich der Familienzusammenführung.

Weitere Differenzierungen im geltenden Recht betreffen soziale Rechte, insbesondere mit Blick auf den Leistungsumfang und spezifische Leistungsarten²⁴ sowie politische Partizipationsrechte wie die Beteiligung an

2003/86/EG, die Studentenrichtlinie 2004/114/EG und die Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG gehören. S. dazu die umfangreichen Kommentierungen in *Hailbronner/Thym* (Fn. 9). Völkerrechtlich sind die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 und ihr Zusatzprotokoll von 1967, die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle, die international verbürgten Menschenrechte, insbesondere der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr) und der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte (IPwskr) sowie die UN-Antifolterkonvention, die Anti-Rassismus-Konvention und die Kinderrechtskonvention zu nennen. Überblicke zu den völkerrechtlichen Rechtsquellen von *David Weissbrodt/Michael Divine* International human rights of migrants, in: *Opeskin/Perruchoud/Redpath-Cross* (Fn. 9), 152–176, und *James C. Hathaway* Refugees and asylum, in: *Opeskin/Perruchoud/Redpath-Cross* (Fn. 9), 177–204.

²¹ Aufenthaltsverordnung vom 25. November 2004 (BGBl. I 2004, 2945), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 2. Februar 2016 (BGBl. I 2016, 130) und Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (Beschäftigungsverordnung – BeschV) vom 6. Juni 2013 (BGBl. I 2013, 1499), zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung vom 31. Juli 2016 (BGBl. I 2016, 1953).

²² *Klaus Ritgen* Völker-, unions-, und verfassungsrechtliche Möglichkeiten einer Begrenzung der Zuwanderung von Flüchtlingen und Asylsuchenden, DVBl. 2016, 137 (141); *Nora Markard* Kriegsflüchtlinge, 2012, 3 („Dreiebenensystem“). Aus politikwissenschaftlicher Sicht *Petra Bendel* Widersprüche im Mehrebenensystem, in: *Sieveking* (Fn. 17), 11 (13 ff.).

²³ Der Regelungszugriff auf Einreise, Aufenthalt und Verbleib eines Ausländers ist ein allgemeines Wesensmerkmal des Migrationsrechts, *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters* European Migration Law (Fn. 9), 5. S. auch die ausführlichen rechtsvergleichenden Darstellungen in *Jochen Abr. Frowein/Torsten Stein* (Hrsg.) Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht, 1987.

²⁴ Zu den sozialrechtlichen Ansprüchen und Leistungsbegrenzungen s. statt vieler *Gabriele Britz* Verfassungsrechtliche Grenzen der Ungleichbehandlung von Migrantenfamilien im Bereich der Familienleistungen, ZAR 2014, 56–60, und die umfassenden Darstellungen von *Constanze Janda* Migranten im Sozialstaat, 2012; *Thorsten Kingreen* Soziale Rechte

Wahlen oder den Zugang zu öffentlichen Ämtern. Während Aufenthalt, Freizügigkeit, Zugang zu Beschäftigung und Familiennachzug durch das Migrationsrecht im engeren Sinne geregelt werden, können soziale und politische Rechte dem Migrationsfolgenrecht²⁵ zugeordnet werden.²⁶

Das geltende Migrationsrecht beruht auf keinem kohärenten Zielsystem, sondern verfolgt unterschiedliche Zwecke, die nicht immer konfliktfrei nebeneinanderstehen.²⁷ Das normative Programm des § 1 Abs. 1 AufenthG²⁸ kann gleichwohl als übergreifende Zielvorgabe herangezogen werden. Demnach bezweckt das Migrationsrecht zunächst die Steuerung und Begrenzung von Migration nach Deutschland. Dazu soll die Zuwanderung von Ausländern im Interesse der Bundesrepublik Deutschland

und Migration, 2010, 33 ff. sowie *Dorothee Frings* Sozialrecht für Zuwanderer, 2008. Speziell zu Kinder- und Erziehungsgeld *Daniela Öndül* Der Anspruch von Drittstaatsangehörigen auf Kindergeld, Elterngeld und Unterhaltsvorschuss, 2014.

²⁵ Zum Begriff *Winfried Kluth* Grundlagen und Strukturen eines Migrationsfolgenrechts, DVBl. 2016, 1081; *Bolat* Integration (Fn. 17), 204 und *Daniel Thym* Migrationsfolgenrecht VVDStRL 76 (2017), in diesem Band. Zum Migrationsfolgenrecht können auch die bereits bestehenden oder geplanten Landesintegrationsgesetze gezählt werden, s. die Darstellung der einzelnen Landesintegrationsgesetze bei *Johannes Eichenhofer* Integrationsgesetzgebung, ZAR 2016, 251 (254 ff.). Zur Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers s. *Petra Bendell/Andreas Funke* Gutachten zum Entwurf für ein Bayerisches Integrationsgesetz, 2016, <<http://bayernspd-landtag.de/workspace/media/static/gutachten-bayerisches-integrat-574d5a667440e.pdf>> und *Martin Burgi* Das werdende Integrationsverwaltungsrecht und die Rolle der Kommunen, DVBl. 2016, 1015 (1018).

²⁶ Das aktive und passive Wahlrecht sowie der Zugang zu öffentlichen Ämtern werden durch das Verfassungs-, Wahl- und Beamtenrecht geregelt. Der in diesen Gesetzen vorgesehene Ausschluss von Ausländern ist somit Migrationsfolgenrecht, da er nicht in den migrationsrechtlichen Kernmaterien festgelegt wird. *Funke* Zuwanderung (Fn. 19), 61, hält den Ausschluss von Ausländern vom Wahlrecht für demokratietheoretisch notwendig und will das Dilemma des Auseinanderfallens von Herrschaftsausübung und -unterwerfung durch eine Erleichterung der Einbürgerung lösen. Dazu auch *Michael Deinhard* Das Recht der Staatsangehörigkeit unter dem Einfluss globaler Migrationserscheinungen, 2015, 83 ff. Folgt man dieser Herangehensweise, wären politische Partizipationsrechte auch Gegenstände des Migrationsrechts im engeren Sinne.

²⁷ *Daniel Thym*, Integration kraft Gesetzes?, ZAR 2016, 241 (242). Das geltende Migrationsrecht kann auch als Kompromiss zwischen Zuwanderungssteuerung und -begrenzung auf der einen und Integration auf der anderen Seite angesehen werden, *Eichenhofer* Begriff (Fn. 17), 286.

²⁸ Zum programmatischen Charakter der Norm *Michael Funke-Kaiser* in: Roland Fritzl/Jürgen Vormeier (Hrsg.) Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, 74. Lieferung, 2014, AufenthG § 1, Rn. 3.

ermöglicht und gestaltet werden.²⁹ Das Migrationsrecht eröffnet insofern ausdrücklich Zuwanderungsmöglichkeiten³⁰ und beansprucht, diese zu gestalten. Die Begriffspaare „Steuerung und Begrenzung“ sowie „Ermöglichung und Gestaltung“ offenbaren ein dem Migrationsrecht inhärentes Spannungsverhältnis: Wird Migration als Gestaltungsaufgabe des Rechts verstanden, muss gewollte Zuwanderung ermöglicht und gefördert werden; unerwünschte Migration muss dagegen begrenzt werden.

Das zweite Hauptziel des Migrationsrechts ist die Integration von Ausländern, die damit als Staatsaufgabe anerkannt wird.³¹ Integration erfordert jedoch auch wirtschafts-, bildungs- und sozialrechtliche Maßnahmen, so dass Migrations- und Migrationsfolgenrecht ineinandergreifen.

Schließlich dient das Migrationsrecht der Erfüllung humanitärer Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland.³² Dazu zählen die Vorgaben der Genfer Flüchtlingskonvention³³ und der international verbürgten Menschenrechte, insbesondere der EMRK.³⁴ Das Migrationsrecht darf sich daher nicht nur an Nützlichkeitsabwägungen orientieren, sondern ist auch auf den Schutz von Menschen vor Verfolgung, Menschenrechtsverletzungen und Gewalt gerichtet.

²⁹ Ob das Recht dieser Zielvorgabe bereits vollständig gerecht wird, erscheint fraglich, *Jürgen Bast* Zehn Jahre Aufenthaltsgesetz, DÖV 2013, 214 (221): „Zwischenstation auf einem langen Weg“.

³⁰ *Dominik Bender* in: Hofmann (Fn. 9), AufenthG § 1, Rn. 20. Das Gesetz verwendet jedoch bewusst den offenen Begriff der Zuwanderung und vermeidet ein klares Bekenntnis zur Einwanderung als sozialer Realität.

³¹ *Arnd Uhle* Integration als Staatsaufgabe, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.) Der Staat in der Flüchtlingskrise – Zwischen gutem Willen und geltendem Recht, 2016, 250 ff. Ähnlich Art. 1 Schweizer Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG): „Dieses Gesetz regelt die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt sowie den Familiennachzug von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz. Zudem regelt es die Förderung von deren Integration.“ Vgl. auch *Spescha/Thür/Zürn/Bolzli/Hruschka/de Weck* (Fn. 9), Art. 1 Rn. 3.

³² Vgl. *Thomas Groß* Zuwanderung aus humanitären Gründen, in: Klaus Barwig/Stephan Beichel-Benedetti/Gisbert Brinkmann (Hrsg.) Perspektivwechsel im Ausländerrecht, 2007, 119–128.

³³ *Christian Tomuschat* Fünfzig Jahre Genfer Flüchtlingskonvention, in: Kay Hailbronner/Eckart Klein (Hrsg.) Flüchtlinge – Menschenrechte – Staatsangehörigkeit, 2002, 20–29.

³⁴ *Klaus Dienelt* in: Bergmann/Dienelt (Fn. 9), AufenthG § 1, Rn. 10; *Dominik Bender* in: Hofmann (Fn. 9), AufenthG § 1, Rn. 21.

2. Status und Instrumente im Migrationsrecht

Unter dem „Status“ einer Person wird im Allgemeinen ihre Rechtsstellung, d.h. ihr Verhältnis zu anderen Personen verstanden.³⁵ In einem formellen Sinne bezeichnet der Status einer Person ein Bündel von Rechten und Pflichten, die durch einen staatlichen Akt begründet werden.³⁶ In diesem Sinne wird der Status durch seinen binären Charakter geprägt³⁷: Er besteht oder er besteht nicht; Zwischenstufen sind nicht vorgesehen.³⁸

Dem Migrationsrecht liegt kein einheitlicher Statusbegriff zu Grunde.³⁹ In Literatur und Praxis finden sich drei Bedeutungsvarianten: Der staatsan-

³⁵ *Rolf Stober/Winfried Kluth* Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., 2007, § 32, Rn. 15, die dieses Verständnis auf *Georg Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, 78, zurückführen, der damit seine Statuslehre begründete. Hierzu auch *Philipp-Asmus Riecken* Die Duldung als Verfassungsproblem, 2007, 45 ff. Der „status“ als Rechtsinstrument lässt sich bis ins Römische Recht zurückverfolgen, vgl. *Daniel Thym* Ambiguities of Personhood, Citizenship, Migration and Fundamental Rights in EU Law, in: *Loïc Azoulai/Ségolène Barbou des Places/Etienne Pataut* (Hrsg.) Constructing the Person in EU Law, 2016, 111 (112 ff.). Der Übergang vom Status zum Vertrag als dem wesentlichen Gestaltungselement von Rechtsbeziehungen wird von *Henry Sumner Maine* Ancient law, 1861, 170, als Wesensmerkmal des Rechtsfortschritts angesehen. Dagegen für das Common Law *R. H. Graveson* The Movement from Status to Contract, *Modern Law Review* 1941, 261–272, der ausdrücklich die Staatsangehörigkeit als einen auch im modernen Recht bedeutsamen Status ansieht, ebd., 271.

³⁶ *Christian Walter* Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, *VVDStRL* 72 (2012), 7 (13). Zur „Unionsbürgerschaft als Status“ *Sükrü Uslucan* Zur (unions-)bürgerschaftlichen Einbeziehungsmöglichkeit von daueraufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, *JÖR* 63 (2015), 311–353.

³⁷ *Kingreen* Soziale Rechte (Fn. 24), 9.

³⁸ Das Recht hat verschiedene formale Statuskategorien geschaffen, die diesem Verständnis entsprechen. Dazu zählen der Abgeordneten-, Beamten- oder Richterstatus sowie familienrechtliche Statusverhältnisse. Die Rechte des Abgeordneten bezeichnet *Klaus Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl., 1984, als „Statusrechte“. Zum Beamtenstatus *Andreas Voßkuhle* in: *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle* (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2. Aufl., 2013, § 43 Personal, Rn. 6 ff.; *Helge Sodan* Der Status des Richters, *HStR* V, 2007, § 131. Aus dem Familienrecht *Peter Windel* Status und Realbeziehung, in: *Volker Lipp/Anne Röthel/Peter A. Windel* (Hrsg.) Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, 1 (6 ff.).

³⁹ Der Gesetzgeber benutzt den Begriff „Aufenthaltsstatus“ nur sporadisch und eher unspezifisch: § 78a Abs. 4 AufenthG sieht vor, dass das Vordruckmuster für den Ausweisersatz u.a. den Aufenthaltsstatus enthält. Nach § 91d Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erteilt das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge der zuständigen Behörde eines anderen EU-Mitgliedstaates Auskünfte, zu denen auch „Angaben zu seinem gegenwärtigen und früheren Aufenthaltsstatus in Deutschland“ zählen. In ähnlicher Weise wird der Begriff des Aufenthaltsstatus bzw. aufenthaltsrechtlichen Status in §§ 11 Abs. 3, 12 Abs. 2 Nr. 1 a), Nr. 2, Abs. 5 AsylbLG verwendet. Andere Begriffsbildungen mit Status finden sich in den einschlägigen Gesetzen nicht.

gehörigkeitsrechtliche Status⁴⁰, der Aufenthaltsstatus⁴¹ und – dem internationalen Sprachgebrauch entsprechend – der Flüchtlingsstatus.⁴² Diese Kategorien entsprechen nur eingeschränkt dem Verständnis des Status als eines klar definierten und abgrenzbaren Bündels von Rechten und Pflichten. Die Rechte auf Aufenthalt, Freizügigkeit, Zugang zu Beschäftigung und Familienzusammenführung werden zwar im Kern in migrationsrechtlichen Statuskategorien gebündelt. Bereits das Eingangsbeispiel hat jedoch gezeigt, dass dieser Kernbestand ergänzt, erweitert und eingeschränkt werden kann. Dies führt zu einer Entflechtung⁴³ der einzelnen Statuskategorien und zu deren Relativierung als Strukturelemente des Migrationsrechts.⁴⁴

Insofern ist der Status auch kein Instrument des Migrationsrechts im eigentlichen Sinne. Migrationsrechtliche Instrumente sind die einzelnen Rechte und Pflichten. Mit der Begründung oder Verweigerung dieser Rechtspositionen will der Gesetzgeber Anreize setzen, um die Zuwanderungsentscheidung selbst oder das auf die Migration folgende Verhalten zu steuern.⁴⁵ Deshalb sind die einzelnen Rechte und Pflichten darauf zu untersuchen, ob und wie sie zur Verwirklichung der Ziele Zuwanderungssteue-

⁴⁰ Walter Bürgerstatus (Fn. 36), 12 ff.; *Sükrü Uslucan* Zur Weiterentwicklungsfähigkeit des Menschenrechts auf Staatsangehörigkeit, 2012, 192.

⁴¹ BVerfGE 132, 134, Rn. 73 ff.; BVerfGE 111, 160, Rn. 62; *Anuscheh Farahat* Progressive Inklusion, 2014, 379. Teilweise wird der Begriff auch im weiteren Sinne gebraucht, s. z.B. *Katja Gößling* Der Aufenthaltsstatus von ausländischen Arbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland, 2009, die sich vor allem mit dem aus dem Unionsrecht abgeleiteten Aufenthaltsrecht von EU-Arbeitnehmern beschäftigt.

⁴² *Tiedemann* Flüchtlingsrecht (Fn. 2), 27. Zum „refugee status“ s. *James C. Hathaway/Michelle Foster* The Law of Refugee Status, 2. Aufl., 2014, und *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam* The Refugee in International Law, 3. Aufl., 2007, 53 ff. Die Statuskategorien des Asylberechtigten, Flüchtlings oder subsidiär Schutzberechtigten führen gem. § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG zu einer Aufenthaltserlaubnis, so dass diese Status als Untergruppe oder Voraussetzung eines aufenthaltsrechtlichen Status angesehen werden können.

⁴³ So auch *Kingreen* Soziale Rechte (Fn. 24), 9. Ein vergleichbares Phänomen beobachtet *Walter* Bürgerstatus (Fn. 36), 18, für den Bürgerstatus.

⁴⁴ Mit dem Begriff „Migrationsrecht“ sollte die bisherige an Statusgruppen orientierte Unterteilung des Rechtsgebiets (EU-Ausländer, Drittstaatsangehörige, Asylbewerber und -berechtigte, Vertriebene, dazu etwa noch *Hailbronner* Asyl- und Ausländerrecht [Fn. 9], 13 ff.) gerade überwunden werden, *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 10), 11, der auch den nicht-statischen Charakter der migrationsrechtlichen Rechtsstellungen betont, ebd. 18 f. Zu weitergehenden rechtspolitischen Forderungen, die sich aus einem dynamischen Modell ergeben, s. *Farahat* Progressive Inklusion (Fn. 41), 374 ff.

⁴⁵ Das Migrationsrecht formuliert in § 1 Abs. 1 Satz 1 AufenthG selbst einen Steuerungsanspruch. Zur Steuerung von Migration s. *Matthias Rossi* Verwaltungsrechtliche Steuerung von Migration und Integration, *Die Verwaltung* 40 (2007), 383 (387). Zur Steuerung von Integration durch Recht *Eichenhofer* Begriff (Fn. 17), 259 ff. Generell skeptisch zur Steuerungsleistung des Rechts bezüglich Migrationsentscheidungen auch *David Abraham* Law and Migration, in: *Caroline B. Brettell/James F. Hollifield* (Hrsg.) Migration Theory,

rung, Integration und Erfüllung humanitärer Verpflichtungen beitragen. Die Untersuchung dieser Instrumente des Migrationsrechts kann dabei anhand der einzelnen Statuskategorien erfolgen.

III. Staatsangehörigkeitsrechtliche Statuskategorien: Staatsbürger, Unionsbürger und Drittstaatsangehörige

Die Staatsangehörigkeit⁴⁶ ist die erste Differenzierungskategorie im Migrationsrecht.⁴⁷ Sie unterscheidet die auf dem Territorium ihres Staats lebenden Staatsbürger von den ebenfalls dort lebenden Menschen, die nicht über die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaats verfügen.

Verglichen mit der Staatsangehörigkeit sind alle migrationsrechtlichen Statuskategorien weniger weitreichend.⁴⁸ Das zeigt sich nicht nur beim Wahlrecht⁴⁹, sondern auch bei der Familienzusammenführung⁵⁰ sowie bei

3. Aufl., 2015, 289 (289); so auch mit Blick auf das deutsche Aufenthaltsrecht *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 13 ff.

⁴⁶ Grundsätzlich zur Staatsangehörigkeit *Astrid Wallrabenstein* Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, sowie *Deinhard* Staatsangehörigkeit (Fn. 26), 38 ff. Zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts *Johannes Masing* Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001.

⁴⁷ *Peter M. Huber* Unionsbürgerschaft, EuR 2013, 637 (650): „Kategoriale Unterscheidung von Staatsangehörigen und Ausländern“. *Isensee*, Stellung der Ausländer (Fn. 15), 58, bezeichnet dies als die „unentrinnbare Staats-Abhängigkeit als Status-Kriterium“. Ähnlich auch *Otto Kimminich* Der Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, 30. Die Relativierungen des Unterschieds zwischen Staatsangehörigen und Ausländern betont *Uslucan* Staatsangehörigkeit (Fn. 40), 87. Kritisch zur Dichotomie von Staatsangehörigen und Ausländern aus der Perspektive einer modernen Verfassungstheorie *Martin Nettesheim* Staatsverantwortung durch Verfassungsrecht am Beispiel von Migration, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Fn. 31), 55 (64 f.): Für die Lage von „ansässigen (Noch-)Nicht-zugehörigen“ besteht keine angemessene Begriffskategorie. Teilweise wird hierfür der Begriff des „Denizen“ verwendet, *Jürgen Bast* Denizenship als rechtliche Form der Inklusion in eine Einwanderungsgesellschaft, ZAR 2013, 353 (355). S. auch *Friedrich Heckmann* Integration von Migranten, 2015, 120.

⁴⁸ Aus der Staatsangehörigkeit folgt ein weitreichendes Bündel an Rechten und Pflichten, s. *Wallrabenstein* Staatsangehörigkeit (Fn. 46), 24 ff. Rechtsvergleichend dazu *Siegfried Wiessner* Die Funktion der Staatsangehörigkeit, 1989, 151 ff. Zu Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit s. jüngst *Andrea Kießling* Die Funktion der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit, *Der Staat* 54 (2015), 1–34. Die Staatsangehörigkeit vermittelt die gleiche Teilhabe an staatlichen Leistungen und Institutionen, *Thomas Humphrey Marshall* Citizenship and Social Class, 1950, 28–29.

⁴⁹ Ausländer genießen bei den Wahlen zum Bundestag und zu den Landtagen weder das aktive noch das passive Wahlrecht. Der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz reicht nicht weiter: Nach Art. 25 IPbPR steht das Wahlrecht nur Staatsbürgern zu, *Groß* Rechtsgleichheit (Fn. 17), 1219. Ausführlich zum Ganzen bereits *Helmut Rittstieg* Wahlrecht für Aus-

Ausweisungen und Abschiebungen.⁵¹ Insbesondere bei der Ausweisung und Abschiebung sog. „faktischer Inländer“⁵², also in Deutschland geborener oder seit ihrer Kindheit hier lebender Ausländer, wird die Bedeutung der Staatsangehörigkeit in besonders dramatischer Weise sichtbar. Zwar stellt der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens nach Art. 8 EMRK hohe Hürden auf⁵³, gleichwohl können auch „faktische Inländer“ ausgewiesen und in das Land ihrer Staatsangehörigkeit abgeschoben werden, selbst wenn sie dessen Sprache nicht sprechen und nie dort gelebt haben.⁵⁴

länder, 1981. Bei Kommunalwahlen sind Unionsbürger gem. Art. 22 AEUV aktiv und passiv wahlberechtigt. Drittstaatsangehörige sind dagegen auch von diesen Wahlen ausgeschlossen. Das BVerfG erklärte das kommunale Ausländerwahlrecht bekanntermaßen für verfassungswidrig, BVerfGE 83, 37 und BVerfGE 83, 60. Aus heutiger Sicht *Brun-Otto Bryde* Ausländerwahlrecht revisited, in: Markus Krajewski/Matthias Reuß/Tarik Tabbara (Hrsg.) GS Rittstieg, 2015, 99–107. S. auch jüngst BremStGH, NVwZ-RR 2014, 497, zum Gesetzentwurf der Bremischen Bürgerschaft über das Wahlrecht von Unionsbürgern zur Bremischen Bürgerschaft und von Drittstaatsangehörigen zu den kommunalen Vertretungsorganen. Dazu zu Recht kritisch *Hans Meyer* Grundgesetzliche Demokratie und Wahlrecht für ansässige Nichtdeutsche, JZ 2016, 121–127, und *Sebastian Eickenjäger/Alex Valle Franco* Ausweitung des Wahlrechts für Migranten? ZAR 2015, 52 (53 ff.), und die abweichende Meinung der Richterin *Sacksofsky*, NVwZ-RR 2014, 502.

⁵⁰ Das Aufenthaltsrecht privilegiert den Zuzug eines ausländischen Familienmitglieds zu Deutschen gegenüber dem Zuzug zu einem Ausländer, vgl. §§ 28 und 29 AufenthG. S. auch *Hailbronner* Asyl- und Ausländerrecht (Fn. 9), Rn. 847.

⁵¹ *Funke* Zuwanderung, in: Neuhaus (Fn. 19), 58 f. Auch Unionsbürger können gem. § 6 FreizügG/EU ihr Aufenthaltsrecht verlieren und ggf. sogar abgeschoben werden (§ 7 FreizügG/EU). Deutsche können dagegen weder ausgewiesen noch abgeschoben werden.

⁵² Zum Begriff *Bertold Sommer* Einwanderung und Verfassung, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Fn. 32), 61 (72–73).

⁵³ Grundlegend EGMR, EuGRZ 1993, 547, und EuGRZ 1993, 556. Zuletzt EGMR, InfAuslR 2014, 179, und EGMR, FamRZ 2014, 367. Aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte s. nur BVerwGE 129, 367. Umfassend zum Ganzen *Dirk Sander* Der Schutz des Aufenthalts durch Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2008; *Sebastian Klaus* Die Integration in das wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Leben, 2015, 155 ff.

⁵⁴ S. z.B. BayVGh, NVwZ-RR 2016, 677, der in der Ausweisung eines in Deutschland geborenen Türken, der seit 10 Jahren über eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis verfügte, wegen einer geringen Straftat (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte) während der Strafsetzung zur Bewährung keine Verletzung der EMRK sah. Ebenso OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. Juni 2016, 11 N 34.16, juris, bezüglich der Ausweisung eines in Deutschland geborenen Türken, der seit 1987 im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis war, wegen Verurteilung zu dreieinhalb Jahren Freiheitsstrafe wegen schweren Raubes. Im Rahmen der jüngsten Reform des Ausweisungsrechts, dazu *Ina Bauer/Stephan Beichel-Benedetti* Das neue Ausweisungsrecht, NVwZ 2016, 416–420, hat der Gesetzgeber trotz entsprechender Forderungen darauf verzichtet, für faktische Inländer ein generelles Ausweisungsverbot einzuführen, s. *Andreas Funke* Die Normstruktur im neuen Ausweisungsrecht, ZAR 2016, 209 (210). Allerdings führt die nunmehr vorgesehene Einzelfallabwägung zwischen Ausweisungs- und Bleibeinteresse in diesen Fällen insbesondere im

Erst mit dem Erwerb der Staatsangehörigkeit endet das Sonderrecht für Ausländer.⁵⁵ Aufgrund des umfassenden Charakters der mit der Staatsangehörigkeit verliehenen Rechte ermöglicht sie die volle und dauerhafte Integration in die staatliche Gemeinschaft.⁵⁶

Die Rechtsstellung der rund vier Millionen in Deutschland lebenden Unionsbürger⁵⁷ wurde in den vergangenen 25 Jahren dem Status von Staatsbürgern weitgehend angeglichen.⁵⁸ Die Voraussetzungen der Unionsbürgerschaft und ihre Ausgestaltung sind unionsrechtlich in Art. 20 AEUV vorgegeben.⁵⁹ Das nationale Migrationsrecht findet sie vor und kann sie allenfalls in verfahrensrechtlicher Hinsicht gestalten.⁶⁰ Daher kann der Gesetzgeber die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Anreize nicht einseitig beeinflussen. Soweit die Unionsbürgerschaft Zuwanderung ermöglicht und zu Integration beiträgt, geschieht dies unabhängig von nationalen migrationsrechtlichen Entscheidungen.

Lichte des Art. 8 EMRK in der Regel zu einem Ausweisungsschutz. Da eine Ausweisung nach dem neuen Recht voraussetzt, dass das Ausweisungsinteresse überwiegt, das Bleibeinteresse bei faktischen Inländern jedoch gesetzlich besonders schwer wiegt (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG), ist eine Ausweisung von faktischen Inländern grundsätzlich unzulässig. Ähnlich *Funke* ebd., 217. Kritisch zu den zusätzlichen Voraussetzungen des Vorliegens formaler aufenthaltsrechtlicher Titel *Reinhard Marx* Zur Reform des Ausweisungsrechts, ZAR 2015, 245 (248).

⁵⁵ *Kluth* Migrationsfolgenrecht (Fn. 25), 1086.

⁵⁶ *Masing* Wandel (Fn. 46), 29; *Deinhard* Staatsangehörigkeit (Fn. 26), 44 f. Die Dauerhaftigkeit der Integration durch den Erwerb der Staatsangehörigkeit würde durch in jüngerer Zeit diskutierten Möglichkeiten des Entzugs eingeschränkt.

⁵⁷ *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit (Fn. 1), 37.

⁵⁸ Darstellung der Rechtsprechung bei *Deinhard* Staatsangehörigkeit (Fn. 26), 290 ff.; *Christoph Schönberger* Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, 226 (227). Kritisch zu dieser Entwicklung *Huber* Unionsbürgerschaft (Fn. 47), 654. In jüngerer Zeit hat der EuGH die sozialrechtliche Stellung von Unionsbürgern eingeschränkt, EuGH, 19.09.2013, Brey, Rs. C-140/12; EuGH, 11.11.2014, Dano, Rs. C-333/13 und EuGH, 15.09.2015, Alimanovic, Rs. C-67/14. Dazu auch *Daniel Thym* The elusive limits of solidarity, CMLRev 52 (2015), 17–50; *Johannes Raschka* Anspruch von Unionsbürgern auf Zugang zu Sozialleistungen nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH, ZAR 2015, 331–337. Kritisch dazu *Astrid Wallrabenstein* Die Gleichheit der Freiheit, ZESAR 2016, 349, und aus verfassungsrechtlicher Sicht *Ibrahim Kanalan* Gilt das Grundrecht auf das menschenwürdige Existenzminimum auch für Unionsbürger? ZESAR 2016, 365, und ZESAR 2016, 414.

⁵⁹ Der EuGH hat den Unionsbürgerstatus als den grundlegenden „Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten“ bezeichnet, EuGH, 20.09.2001, Grzelczyk, Rs. C-184/99, Rn. 31. Kritisch dazu *Friedrich Schoch* Europäisierung des Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrechts durch den „Unionsbürgerstatus“, in: Georg Jochum/Wolfgang Fritzemeyer/Marcel Kau (Hrsg.) FS Kay Hailbronner, 2013, 355 (358 ff.).

⁶⁰ Vgl. §§ 5 ff. FreizügG/EU. Die Vorschriften über Einreise, Aufenthalt und Familienangehörige im FreizügG/EU beruhen auf unionsrechtlichen Vorgaben.

Eine mit der Unionsbürgerschaft vergleichbare Anpassung der Rechte von Drittstaatsangehörigen hat nicht stattgefunden.⁶¹ Die Unterscheidung zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen ist für das Migrationsrecht heute deshalb von größerer Bedeutung als die Unterscheidung zwischen Staatsbürgern und Ausländern.⁶² Daher beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die Rechte und Pflichten von Drittstaatsangehörigen.

IV. Aufenthaltsrechtliche Statuskategorien von Drittstaatsangehörigen

1. Statuskategorien regulärer Zuwanderung

Drittstaatsangehörige bedürfen gem. § 4 Abs. 1 AufenthG für die Einreise nach und den Aufenthalt in Deutschland grundsätzlich eines Aufenthaltstitels.⁶³ Den rechtlich am stärksten verfestigten aufenthaltsrechtlichen Status vermitteln die verschiedenen Ausprägungen der Niederlassungser-

⁶¹ *Thomas Groß/Alexandra Tryjanowski* Der Status von Drittstaatsangehörigen im Migrationsrecht der EU – Eine kritische Analyse, *Der Staat* 48 (2009), 259 (259); *Hannah Tewocht* Drittstaatsangehörige im europäischen Migrationsrecht, 2016, 26 und 427 ff.

⁶² *Jörg Gundel*, Der grundrechtliche Status des Ausländers, *HStR* IX, 2011, § 198, Rn. 12: „Trennlinie verläuft heute zwischen Unionsbürger und Drittstaatsangehörigen“. So auch bereits *Sieveking* Statusrechte (Fn. 7), 5. *Uslucan* Staatsangehörigkeit (Fn. 40), 88, spricht von einer „Trias“ aus Staatsangehörigen, Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen. Die Differenzierung zeigt sich auch im Anwendungsbereich des Aufenthaltsgesetzes: Es findet auf Unionsbürger keine Anwendung. Für Unionsbürger und Drittstaatsangehörige aus EWR-Staaten, d.h. insbesondere der Schweiz und Norwegen, gilt das FreizügG/EU, §§ 2 und 12 FreizügG/EU.

⁶³ Das gilt nicht, wenn durch EU-Recht oder Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist oder auf Grund des Assoziationsabkommens zwischen der EWG und der Türkei von 1963, vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG. Zu den sich aus dem Assoziationsabkommen und insbesondere dem Beschluss 1/80 des Assoziationsrats ergebenden Rechten umfassend *Rolf Gutmann* Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, 1996. S. auch *Alpay Hekimler* Arbeitnehmerfreizügigkeit nach dem Assoziierungsabkommen und türkisches Recht, *ZESAR* 2013, 61–67, und *Barbara Fördermayr* Ausgewählte Rechte türkischer Staatsbürger und ihrer Familienangehörigen nach ARB 1/80, *ZESAR* 2013, 67–74. Jüngst *Rolf Gutmann* Assoziationsrecht und deutsches Ausländerrecht, in: *Krajewski/Reuß/Tabbara* (Fn. 49), 282–302, und *Kyriell-A. Schwarz/Andreas Fuchs* Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, *ZAR* 2016, 217–223. Die Rechtsstellung von türkischen Staatsangehörigen, die vom Anwendungsbereich des Assoziationsrechts erfasst werden, ist im AufenthG nur rudimentär geregelt, vgl. § 4 Abs. 5 und § 50 Abs. 1 AufenthG. Damit wird eine weitere unionsrechtliche Überformung aufenthaltsrechtlicher Statuskategorien deutlich, da die Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Abs. 5 AufenthG maßgeblich durch das Assoziationsabkommen und die Rechtsprechung des EuGH geprägt wird. Grundlegend EuGH, 20.09.1990, *Sevince*, Rs. C-192/89, jüngst EuGH, 14.01.2015, *Demirci*, Rs. C-171/13.

laubnis⁶⁴ und die ihr gleich gestellte Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU⁶⁵. Die Niederlassungserlaubnis gem. § 9 Abs. 1 AufenthG wird unbefristet und zweckungebunden erteilt.⁶⁶ Inhaber einer Niederlassungserlaubnis sind berechtigt, jeder Beschäftigung nachzugehen und werden in ihrer Wohnortswahl grundsätzlich nicht beschränkt. Sie verfügen daher mit Blick auf Aufenthalt, Beschäftigung und Freizügigkeit nahezu über die gleichen Rechte wie Unionsbürger.⁶⁷

Zu den Voraussetzungen der Niederlassungserlaubnis gehören u.a. ausreichende Deutschkenntnisse sowie Grundkenntnisse der Lebensverhältnisse und der Rechts- und Gesellschaftsordnung in Deutschland.⁶⁸ Damit wird deutlich, dass die Niederlassungserlaubnis Integration voraussetzt und einfordert.⁶⁹ Gleichzeitig schafft sie auch einen Anreiz für Integrationsbe-

⁶⁴ Das geltende Aufenthaltsrecht kennt neben der allgemeinen Niederlassungserlaubnis nach § 9 Abs. 2 AufenthG weitere Niederlassungserlaubnisse u.a. für Absolventen deutscher Hochschulen (§ 18b AufenthG), Hochqualifizierte (§ 19 AufenthG), Inhaber einer Blauen Karte/EU (§ 19a Abs. 6 AufenthG), selbständige Erwerbstätigkeit (§ 21 Abs. 4 Satz 2 AufenthG), Aufenthalt aus humanitären Gründen (§ 26 Abs. 3 und 4 AufenthG), familiäre Lebensgemeinschaften mit Deutschen (§ 28 Abs. 2 S. 1 AufenthG), Kinder (§ 35 Abs. 1 S. 1 und 2 AufenthG) und ehemalige Deutsche (§ 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG).

⁶⁵ *Reinhard Marx* Aufenthalts-, Flüchtlings- und Asylrecht, 3. Aufl., 2015, § 2, Rn. 8. Ende 2015 verfügten knapp 2,3 Millionen Drittstaatsangehörige über einen entsprechenden Aufenthaltstitel. Hinzu kommen rund 190.000 Personen mit einem unbefristeten Aufenthaltsstatus nach dem AuslG 1990, s. *Statistisches Bundesamt* Bevölkerung und Erwerbstätigkeit (Fn. 1), 126 f. Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU gilt nur für Drittstaatsangehörige, ist also von den Aufenthaltsberechtigungen für Unionsbürger auf der Grundlage der unionsrechtlichen Freizügigkeit strikt zu trennen, *Dietz* Ausländer- und Asylrecht (Fn. 9), Rn. 37. Sie knüpft teilweise an geringere Voraussetzungen an als die Niederlassungserlaubnis, weshalb letztere bereits als Auslaufmodell bezeichnet wird, *Simon Sieweke* Aktuelle Rechtsfragen zur Daueraufenthaltserlaubnis-EU, ZAR 2014, 186 (186). Die praktische Bedeutung der EU-rechtlichen Aufenthaltstitel ist jedoch noch gering: Nur rund 70.000 Drittstaatsangehörige verfügen über einen entsprechenden Titel, *Statistisches Bundesamt* Bevölkerung und Erwerbstätigkeit (Fn. 1), 128.

⁶⁶ Auch eine nachträgliche Befristung ist nicht zulässig, *Marx* Aufenthalts-, Flüchtlings- und Asylrecht (Fn. 65), § 2, Rn. 152. Die Niederlassungserlaubnis kann nur mit den durch das AufenthG ausdrücklich zugelassenen Nebenbestimmungen versehen werden. Dazu zählt z.B. eine wohnsitzbeschränkende Auflage für die gem. § 23 Abs. 2 AufenthG vom Bundesinnenminister erteilte Niederlassungserlaubnis aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen.

⁶⁷ Dagegen besteht beim Familiennachzug eine Privilegierung deutscher Staatsbürger gegenüber den Inhabern einer Niederlassungserlaubnis, s. einerseits § 28 AufenthG und andererseits § 29 AufenthG.

⁶⁸ Diese werden durch den erfolgreichen Abschluss eines Integrationskurses nachgewiesen, § 9 Abs. 2 Satz 2 AufenthG. S. auch *Carmen Thiele* Das Integrationserfordernis für Drittstaatenangehörige nach dem Zuwanderungsgesetz, DÖV 2007, 58–65.

⁶⁹ Nach *Eichenhofer* Begriff (Fn. 17), 160 ff. handelt es sich um implizite Integrationsnormen, da sie – anders als §§ 43 ff. AufenthG – nicht ausdrücklich auf Integration abstellen.

mühungen eines Drittstaatsangehörigen, der einen gesicherten Aufenthaltsstatus erlangen will.⁷⁰

Anders als die Niederlassungserlaubnis wird die Aufenthaltserlaubnis gem. § 7 Abs. 1 AufenthG befristet und für einen bestimmten Zweck erteilt.⁷¹ Auch hier kennt das Recht zahlreiche Ausdifferenzierungen. Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis verfügen über ein eingeschränktes, zweckgebundenes und befristetes Recht zum Aufenthalt. In diesem Rahmen steht ihnen grundsätzlich das Recht zu, ihren Wohnsitz frei zu wählen.⁷² Allerdings kann der Zugang zu Beschäftigung⁷³ und das Recht auf Familienzusammenführung⁷⁴ stärker eingeschränkt sein als bei der Niederlassungserlaubnis.

Die Aufenthaltserlaubnis ermöglicht Zuwanderung zum Zweck der Ausbildung, insbesondere des Studiums (§§ 16 ff. AufenthG), der Erwerbstätigkeit (§§ 18 ff. AufenthG), der Familienzusammenführung (§§ 27 ff. AufenthG) sowie aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen (§§ 22 ff. AufenthG).⁷⁵ Zu letzteren zählt das Aufenthaltsrecht von Asylbe-

⁷⁰ Julia Niesten-Dietrich Integration und Staatsangehörigkeit, ZAR 2012, 85 (89).

⁷¹ Die Möglichkeit, den Zweck zu wechseln, kann eingeschränkt werden, Marx Aufenthalts-, Flüchtlings- und Asylrecht (Fn. 65), § 2, Rn. 26.

⁷² Allerdings ist dieses Recht für Inhaber einer Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen durch das Integrationsgesetz von 2016 erheblich eingeschränkt worden, dazu unten VI.

⁷³ Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken können während des Studiums nur in einem eingeschränkten Umfang und im Anschluss zunächst für 18 Monate einer Erwerbstätigkeit nachgehen, § 16 Abs. 3 und 4 AufenthG. Zu den Rahmenbedingungen der Beschäftigung von Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen s. *Olaf Strübing* Arbeitserlaubnisrecht für Drittstaatsangehörige, Asylmagazin 2015, 62–66.

⁷⁴ Nach § 30 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG kann der Ehegattennachzug zu einem Ausländer mit Niederlassungserlaubnis in jedem Fall, bei Ausländern mit Aufenthaltserlaubnis nur bei bestimmten Aufenthaltserlaubnissen und in bestimmten Fällen erfolgen. Weitere Einschränkungen gelten für Personen mit subsidiärem Schutzstatus, die über eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen verfügen. Das erleichterte Recht auf Familiennachzug für subsidiär Schutzberechtigte gem. § 29 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AufenthG, das Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte diesbezüglich gleichstellte, wurde erst im August 2015 eingeführt. Angesichts der Zunahme von Asylbewerbern im Herbst 2015 wurde diese Privilegierung nun für zwei Jahre ausgesetzt. Aus integrationspolitischer Sicht kritisch dazu *Stefan Keßler* Sind subsidiär Geschützte beim Familiennachzug Flüchtlinge zweiter Klasse?, Asylmagazin 2016, 18 (21), der die Aussetzung auch für EU-rechtswidrig hält. Anders *Daniel Thym* Die Auswirkungen des Asylpakets II, NVwZ 2016, 409 (413 f.). Menschenrechtliche Bedenken bei *Winfried Kluth* Das Asylpaket II – eine Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen politischen Versprechen und rechtlich-administrativer Wirklichkeit, ZAR 2016, 121 (127 f.).

⁷⁵ Hinzu treten die besonderen Aufenthaltstitel nach dem 7. Abschnitt des AufenthG, namentlich das Recht auf Wiederkehr für Ausländer, die als Minderjährige rechtmäßig ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten (§ 37 AufenthG), Aufenthaltstitel für

rechtigten und Flüchtlingen.⁷⁶ Die statistische Verteilung der Aufenthaltswertung zeigt, dass die Zuwanderung nach Deutschland hauptsächlich aus familiären und humanitären Gründen erfolgt.⁷⁷ Die auf Erwerb und Ausbildung ausgerichteten Aufenthaltstitel haben allerdings in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen.

Die konkreten Anforderungen an die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sind teilweise unionsrechtlich vorgegeben.⁷⁸ Bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Studiums ist z.B. die Studentenrichtlinie⁷⁹ zu beachten.⁸⁰ Für Aufenthaltserlaubnisse aus familiären Gründen finden sich u.a. Vorgaben in der Richtlinie zur Familienzusammenführung.⁸¹ EU-Regelungen betreffen teilweise auch den Zugang zu Beschäftigung⁸² und prägen insbesondere den Flüchtlingsschutz.⁸³

ehemalige Deutsche (§ 38 AufenthG) und die Aufenthaltserlaubnis für in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union langfristig Aufenthaltsberechtigte (§ 38a AufenthG). Ende 2015 verfügten knapp 92.000 Drittstaatsangehörige über besondere Aufenthaltstitel, *Statistisches Bundesamt* Bevölkerung und Erwerbstätigkeit (Fn. 1), 126 f.

⁷⁶ Das gleiche gilt für Menschen mit subsidiärem Schutz nach § 4 AsylG oder mit Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG. Dazu unten V. 2.

⁷⁷ Von den rund 1,3 Mio. Drittstaatsangehörigen, die Ende 2015 über eine Aufenthaltserlaubnis verfügten, besaß knapp die Hälfte einen derartigen Status aus familiären Gründen, rund ein Viertel aus völkerrechtlichen, humanitären und politischen Gründen, 14% zum Zwecke der Ausbildung und 9% zum Zweck der Erwerbstätigkeit, *Statistisches Bundesamt* Bevölkerung und Erwerbstätigkeit (Fn. 1), 126 f.

⁷⁸ Die Kompetenz der EU zur Regelung der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen beruht auf Art. 78 (Asyl) und 79 (Einwanderungspolitik) AEUV, die durch den Vertrag von Amsterdam in das Primärrecht eingefügt wurden, dazu *Tewocht* Drittstaatsangehörige (Fn. 61), 278 ff.

⁷⁹ Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst, ABl. EU 2004, L 375/1.

⁸⁰ Aus der Richtlinie folgt sogar – gegen den Wortlaut des § 16 Abs. 1 AufenthG („kann“) – ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, wenn die Voraussetzungen der Art. 6 und 7 der Richtlinie erfüllt sind, EuGH, 10.09.2014, Ben Alaya, Rs. C-491/13. So auch VG Berlin, Urteil vom 30. Januar 2015, 14 K 284.14 V, juris.

⁸¹ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. EU 2003, L 251/12. Dazu *Hans-Peter Welte* Der Familienschutz im Spektrum des Ausländerrechts, 2012, 146 ff.; *Anne Walter* Familienzusammenführung in Europa, 2009, 149 ff.; *Carmen Thiele* Einwanderung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 2007, 419 (431 ff.). Zum unionsrechtlichen Kontext *Kees Groenendijk* Europarechtliche Vorgaben für das Recht auf Familieneinheit, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Fn. 32), 177 (178 ff.). Zu neueren Entwicklungen *Anne Walter* Die ungeliebte Einwanderungsrouten, ZAR 2014, 52–56.

⁸² Dazu zählen z.B. die besonderen Regelungen für den Aufenthalt von Forschern, Richtlinie 2005/71/EG des Rates vom 12. Oktober 2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung,

Die vier Hauptzwecke der Aufenthaltserlaubnis könnten als rechtlich zulässige und politisch gewollte Einwanderungspfade nach Deutschland ausgestaltet werden und so die Grundkategorien eines Migrationsrechts darstellen, das den politischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland als Einwanderungsland⁸⁴ und ihren rechtlichen Verpflichtungen entspricht.⁸⁵ Zuwanderung zum Zweck der Ausbildung und Beschäftigung liegt im wirtschafts- und sozialpolitischen Interesse Deutschlands.⁸⁶ Die Zusammenführung von Familien realisiert den menschen- und grundrechtlich gebotenen⁸⁷ und sozialpolitisch gewollten Schutz der familiären Solidargemeinschaft.⁸⁸ Der Schutz von Menschen, die vor Verfolgung oder Menschenrechtsverletzungen aus ihrer Heimat geflohen sind, setzt humanitäre Verpflichtungen um.

Das geltende Recht verwirklicht das Ziel der Zuwanderungsermöglichmachung allerdings nur eingeschränkt. Insbesondere die Voraussetzungen der Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung sind weiterhin restriktiv

ABl. EU 2005, L 289/15, s. *Michael Griesbeck* Erfahrungen mit der Forscherzuwanderung nach § 20 AufenthG und ihre Bedeutung für eine erfolgreiche Migrationssteuerung, in: Jochum/Fritzemeyer/Kau (Fn. 59), 61–73. Ein weiterer durch EU-Recht vorgegebener Aufenthaltstitel zum Zweck der Beschäftigung ist die Blaue Karte EU gem. § 19a AufenthG für hochqualifizierte Personen. Sie beruht auf der Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25. Mai 2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, ABl. 2009, L 155/17. Dazu umfassend *Julia Herzog-Schmidt* Zuwanderung Hochqualifizierter. Die Blue-Card-Richtlinie 2009/50/EG und ihre Umsetzung in Deutschland, 2014.

⁸³ S. unten V. 2.

⁸⁴ Dazu bereits *Manfred Zuleeg* Einwanderungsland Bundesrepublik Deutschland, JZ 1980, 425. S. auch *Helmut Rittstieg/Gerard C. Rowe* Einwanderung als gesellschaftliche Herausforderung. Inhalt und rechtliche Grundlagen einer neuen Politik, 1992. Grundlegend auch *Klaus J. Bade* Vom Auswanderungsland zum Einwanderungsland?, 1983.

⁸⁵ Zur Frage, ob das geltende Recht als Einwanderungsrecht verstanden werden kann, einerseits *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 15), 64, und *Gusy/Müller* Leitbilder (Fn. 17), 268, sowie andererseits *Groß* Einwanderungspolitik (Fn. 8), 262.

⁸⁶ So besteht z.B. an der Beschäftigung von ausländischen Absolventen im Inland ein staatliches Interesse: *Kai-Christian Samel* in: Bergmann/Dienelt (Fn. 9), AufenthG § 16 Rn. 30.

⁸⁷ Zu den aus Art. 6 GG folgenden Anforderungen an den Familiennachzug s. bereits *Kimminich* Aufenthalt (Fn. 47), 62 f. Grundlegend BVerfG, NJW 1984, 720, und BVerfGE 76, 1. S. auch *Rossi* Verwaltungsrechtliche Steuerung (Fn. 45), 392 f. Zu den menschenrechtlichen Vorgaben für den Familiennachzug *Walter* Familienzusammenführung (Fn. 81), 31 ff. und 69 ff. Zur Vereinbarkeit der Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie ins deutsche Recht mit menschenrechtlichen Verbürgungen *Nora Markand/Nina Truchseß* Neuregelung des Ehegattennachzugs im Aufenthaltsgesetz, NVwZ 2007, 1025–1028.

⁸⁸ Zur geschichtlichen Entwicklung *Klaus Barwig* Ein halbes Jahrhundert Arbeitsmigration nach Deutschland – Ein halbes Jahrhundert Familiennachzug, ZAR 2014, 42 ff.

tiv ausgestaltet.⁸⁹ Privilegiert werden Hochqualifizierte und Beschäftigte in Sektoren, in denen ein eindeutiger Mangel an Fachkräften besteht.⁹⁰ Dagegen soll gem. § 18 Abs. 3 AufenthG Zuwanderung zur Beschäftigung im nichtqualifizierten Bereich nur in Ausnahmefällen möglich sein.

Auch im Recht der Familienzusammenführung bestehen weiterhin Restriktionen, etwa beim Erfordernis des Sprachnachweises für den Ehegattennachzug gem. § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG.⁹¹ Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Migrationsrecht den Zugang zu Aufenthaltserlaubnissen teilweise so restriktiv ausgestaltet, dass die Begrenzung von Zuwanderung gegenüber ihrer Ermöglichung im Vordergrund steht.

2. *Schutzgewährung oder Abschreckung? Die Aufenthaltsgestattung für Asylbewerber*

Asylbewerber⁹² erhalten keinen Aufenthaltstitel, sondern lediglich eine Aufenthaltsgestattung gem. § 55 AsylG.⁹³ Diese berechtigt zum Aufenthalt im Bundesgebiet bis zur Klärung der Asylberechtigung.⁹⁴ Die Aufent-

⁸⁹ Problematisch ist ferner, dass die im geltenden Recht vorgesehenen Zuwanderungspfade nur in begrenztem Umfang einen „Spurwechsel“ gestatten. So kann ein abgelehnter Asylbewerber keine Aufenthaltserlaubnis zu Ausbildungs- oder Beschäftigungszwecken erhalten, ohne zuvor auszureisen und diese aus seinem Heimatland zu beantragen, § 10 Abs. 3 AufenthG, dazu *Bernd Parusel* Spurwechsel im Migrationsprozess, ZAR 2014, 115–122. Zu aktuellen politischen Forderungen in diesem Sinne s. den Antrag der Länder Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Thüringen, Für ein Einwanderungsgesetz: Einwanderung offensiv gestalten und effektiv regeln, BR-Drs. 508/16 vom 8. September 2016.

⁹⁰ So auch *Winfried Kluth* Begrenzung der Schutzgewährung versus alternative Formen der Migrationssteuerung, ZAR 2016, 1 (2); *Groß* Einwanderungspolitik (Fn. 8), 264.

⁹¹ *Hannah Tewocht* Aller guten Dinge sind drei? Der Sprachnachweis vor dem EuGH, NVwZ 2014, 1067–1069; *Reinhard Marx* Sprachnachweis und Ehegattennachzug, ZAR 2011, 15–21, sowie umfassend *Jonathan Leuschner* Das Spracherfordernis bei der Familienzusammenführung, 2014. S. zu den unionsrechtlichen Grundlagen zuletzt EuGH, 09.07.2015, K und A, Rs. C-153/14.

⁹² Unter dem Begriff „Asylbewerber“ werden Personen verstanden, die einen Antrag nach § 13 AsylG gestellt haben, der auch den Antrag auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, des subsidiären Schutzes und des Ausweisungsschutzes umfasst.

⁹³ *Marx* Aufenthalts-, Flüchtlings- und Asylrecht (Fn. 65), § 9 Rn. 3. Bereits die Begriffsbildung offenbart intendierte Abstufungen: Während die „Erlaubnis“ eine reguläre Rechtsstellung begründet, drückt der Begriff der „Gestattung“ eine anlassbezogene und grundsätzlich vorübergehende Bewilligung aus, so z.B. auch die Begrifflichkeit in § 12 GastG, *Richard Metzner* Gaststättengesetz, 6. Aufl., 2002, § 12 Rn. 4.

⁹⁴ Das mit der Aufenthaltsgestattung einhergehende Bleiberecht beginnt zum Zeitpunkt der Einreise, wenn der Ausländer um Asyl nachsucht, und nicht erst mit der Stellung des Asylantrages, *Jan Bergmann* in: ders./Dienelt (Fn. 9), AsylG § 55 Rn. 7.

haltsgestattung begründet ein Bleiberecht, das unmittelbar aus Art. 16a GG folgt⁹⁵ und unionsrechtlich in der Asylverfahrensrichtlinie verankert ist.⁹⁶

Die Aufenthaltsgestattung führt jedoch lediglich zu einem Aufenthaltsstatus „zweiter Klasse“. Sie enthält zwar ein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet, aber kein Recht, den Wohnort frei zu wählen, § 55 Abs. 1 S. 2 AsylG. Vielmehr besteht die Pflicht, zunächst in einer Aufnahmeeinrichtung⁹⁷ und anschließend im Bezirk der Ausländerbehörde zu wohnen.⁹⁸ Auch der Zugang zu Beschäftigung ist für Asylbewerber stark eingeschränkt: In den ersten drei Monaten besteht gem. § 61 Abs. 1 und 2 AsylG ein generelles Beschäftigungsverbot.⁹⁹

Diese Einschränkungen sind ersichtlich auf die Abschreckung von Personen, die einen Asylantrag stellen wollen, gerichtet und dienen insoweit der Zuwanderungsbegrenzung. Dass damit auch Personen abgehalten werden, die ein Recht auf einen Aufenthalt aus humanitären Gründen geltend machen könnten, wird offenbar in Kauf genommen.

Ob die Einschränkungen des Zugangs zu Beschäftigung für Asylbewerber mit internationalen Menschenrechtsverbürgungen in Einklang stehen, ist fraglich.¹⁰⁰ Der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ist jedenfalls der Auffassung, dass ein Beschäftigungsverbot für Asylbewerber in Kombination mit niedrigen Sozialleistungen das Diskriminierungsverbot gem. Art. 2 Abs. 2 und das Menschenrecht auf einen angemessenen Lebensstandard nach Art. 11 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verletzen kann.¹⁰¹

⁹⁵ BVerfGE 80, 68 (73); BVerwGE 62, 206 (211); *Marx* Aufenthalts-, Flüchtlings- und Asylrecht (Fn. 65), § 9 Rn. 3.

⁹⁶ Art. 9 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. EU 2013, L 180/60.

⁹⁷ Nach § 47 Abs. 1 AsylG besteht diese Pflicht generell für bis zu sechs Monate. Nach § 47 Abs. 1a AsylG gilt sie für Asylbewerber aus sicheren Herkunftsländern dauerhaft, kritisch dazu *Marei Pelzer/Maximilian Pichl* Die Asylpakete I und II: Verfassungs-, europä- und völkerrechtliche Probleme, KJ 2016, 207 (215).

⁹⁸ Zu Aufenthaltsbeschränkungen *Hans-Peter Welte* Neue Steuerungsinstrumente zur Bestimmung des Aufenthalts der Asylbewerber, ZAR 2015, 219 (220).

⁹⁹ *Stribing* Arbeitslaubnisrecht (Fn. 73), 63. Nach dem Ende der Wohnverpflichtung besteht die gesetzliche Einschränkung nicht mehr; sie kann jedoch durch Auflagen weiter aufrechterhalten werden, *Bergmann* in: ders./Dienelt (Fn. 9), AsylG § 55 Rn. 23. S. dazu auch § 32 Abs. 4 BeschV.

¹⁰⁰ Zu den Anforderungen des Rechts auf Arbeit *Daniela Dohmes-Ockenfels* Die Rechte auf Arbeit und Bildung der Asylbewerber in der Europäischen Union, 1999, 78 ff., 191 ff.

¹⁰¹ S. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on the sixth periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 24. Juni 2016, E/C.12/GBR/CO/6, Abs. 24.

3. *Der unsichere und rechtlich widersprüchliche Status geduldeter Personen*

Der Abschiebung eines vollziehbar ausreisepflichtigen Drittstaatsangehörigen, dessen freiwillige Ausreise nicht gesichert ist, können rechtliche und tatsächliche Hindernisse entgegenstehen, die zu einer Duldung führen.¹⁰² Unmittelbare Rechtsfolge der Duldung ist, dass der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen nicht gem. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar ist.¹⁰³ Allerdings gilt sein Aufenthalt nicht als rechtmäßig i.S.d. AufenthG, da er weiterhin zur Ausreise verpflichtet ist wie § 60a Abs. 3 AufenthG verdeutlicht.¹⁰⁴ Seine Ausreisepflicht wird lediglich vorübergehend nicht zwangsweise durchgesetzt.¹⁰⁵

Grundsätzlich besteht für den Geduldeten ein Beschäftigungsverbot, das jedoch mit zunehmender Aufenthaltsdauer gelockert werden kann.¹⁰⁶ Auch die Freizügigkeit eines Geduldeten ist eingeschränkt.¹⁰⁷ Die Duldung kann daher in tatsächlicher Hinsicht als unsicherer Aufenthaltsstatus „dritter Klasse“ verstanden werden.¹⁰⁸ Sie trägt nicht zu den Zielen des Migrationsrechts bei, da sie weder den Zuzug steuern und begrenzen noch die Integration von Ausländern fördern kann, denen sie keine verlässliche Bleibeperspektive bietet.

Ende 2015 lebten in Deutschland über 155.000 geduldete Drittstaatsangehörige, rund ein Drittel von ihnen bereits mehr als drei Jahre auf der Grundlage sog. „Kettenduldungen“.¹⁰⁹ Die praktische Wirkung der Duldung hat sich in diesen Fällen von ihrer gesetzlichen Konstruktion als zeit-

¹⁰² Die in § 60a AufenthG geregelte Duldung ist zu erteilen, wenn die Abschiebung im Einzelfall aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist, § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Die Abschiebung kann zudem aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen oder erheblichen öffentlichen Interessen ausgesetzt werden, § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG.

¹⁰³ *Bergmann* in: ders./Dienelt (Fn. 9), AsylG § 60a Rn. 17.

¹⁰⁴ BVerwGE 105, 232 (235); *Riecken* Duldung (Fn. 35), 248.

¹⁰⁵ *Rolf Gutmann* Die ausländerrechtliche Duldung, NJW 2010, 666 (667).

¹⁰⁶ *Frederik von Harbou* Der Zugang Asylsuchender und Geduldeter zu Erwerbstätigkeit und Bildung, NVwZ 2016, 421 (422). Das gilt jedoch nicht für Asylsuchende aus sicheren Herkunftsstaaten.

¹⁰⁷ Der räumliche Aufenthalt eines Geduldeten ist gesetzlich auf das Gebiet eines Bundeslandes beschränkt und kann weiter eingeschränkt werden kann, § 61 AufenthG.

¹⁰⁸ *Anuscheh Farahat/Thomas Groß* Aktuelle Entwicklungen im humanitären Aufenthaltsrecht, ZAR 2010, 341 (344).

¹⁰⁹ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke u.a. und der Fraktion DIE LINKE, Zahlen in der Bundesrepublik Deutschland lebender Flüchtlinge zum Stand 31. Dezember 2015, BT-Drs. 18/7800, S. 25. S. auch *Christian Mai-erhöfer* Bleiberecht für langjährig Geduldete nach Art. 8 EMRK, ZAR 2014, 370 (370).

weilige Aussetzung der Abschiebung¹¹⁰ weit entfernt und entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers.¹¹¹

In bestimmten Fällen kann die Duldung zu einer Aufenthaltserlaubnis erstarken.¹¹² Das gilt insbesondere für qualifizierte Geduldete, gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende oder bei nachhaltiger Integration eines Geduldeten.¹¹³ Die temporäre Perspektive der Duldung wandelt sich in eine Bleibeperspektive, wenn dauerhafte Abschiebungshindernisse vorliegen und sich der Geduldete um Integration bemüht.

Damit entsteht ein Wertungswiderspruch. Die Duldung soll einerseits nur bei vorübergehenden Abschiebungshindernissen erteilt werden und Integration damit vermeiden. Verstetigt sich der Duldungsstatus jedoch und ist die betroffene Person integriert, kann die Duldung andererseits in eine Anwartschaft auf einen Aufenthaltstitel umschlagen. In diesen Fällen ist die grundsätzliche Ausreisepflicht des Geduldeten bloße Fiktion. Diese widersprüchliche Gestaltung der Duldung ist rechtsstaatlich fragwürdig und beeinträchtigt die Rechtsanwendungsgleichheit.¹¹⁴

De lege ferenda sollte die Duldung daher durch eine klare Fristregelung begrenzt werden. Drittstaatsangehörige, deren Abschiebung länger als

¹¹⁰ Nach *Guy Beaucamp* Duldungsentscheidungen im Verwaltungsrecht, DÖV 2016, 802 (809), sollte die Duldung grundsätzlich nur als „Instrument für atypische Situationen“ genutzt werden. Die Praxis der migrationsrechtlichen Duldung entspricht dem nicht.

¹¹¹ *Gutmann* Duldung (Fn. 105), 666. Der Gesetzgeber hat sowohl mit dem AuslG 1993 als auch dem ZuwanderungsG 2004 versucht, die Praxis der Dauerduldungen zu beenden, was jedoch sowohl an der tatsächlichen Verwaltungspraxis als auch an Kompromissen im Gesetzgebungsprozess scheiterte, vgl. *Marco Bruns* in: Hofmann (Fn. 9), AufenthG § 60a Rn. 1; *Funke-Kaiser* in: Fritz/Vormeier (Fn. 28), AufenthG § 60a Rn. 1 ff.

¹¹² Einem geduldeten Ausländer kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und das Ausreisehindernis in absehbarer Zeit nicht wegfallen wird, § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG. Bei einer Duldungsdauer von über 18 Monaten besteht sogar ein rechtlich intendiertes Ermessen bezüglich der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, § 25 Abs. 5 Satz 2 AufenthG. Zur EMRK-konformen Auslegung dieser Vorschrift *Maierhöfer* Bleiberecht (Fn. 109), 376 f. Allerdings darf die Aufenthaltserlaubnis nur erteilt werden, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist.

¹¹³ S. §§ 18a, 25a, 25b AufenthG. Zu § 25a AufenthG *Klaus Deibel* Die neue Aufenthaltserlaubnis für Jugendliche und Heranwachsende in § 25a AufenthG, ZAR 2011, 241–247; zu § 25b AufenthG *Hans-Peter Welte* Aufenthaltsrecht für nachhaltig integrierte Ausländer, ZAR 2015, 376–381.

¹¹⁴ *Gundel* Grundrechtlicher Status (Fn. 62), § 198: „rechtsstaatliche Grauzone“; *Funke* Zuwanderung (Fn. 19), 76: „Fremdkörper im Rechtsstaat“. Nach *Funke* ebd., 68, verletzt eine zeitlich unbegrenzte Duldung zudem die Grundrechte des Betroffenen. *Riecken* Duldung (Fn. 35), 166 f. geht davon aus, dass die Perpetuierung von Duldungen verfassungswidrig ist und hält als äußerste Grenze fünf Jahre für zulässig.

18 Monate¹¹⁵ aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist, sollten einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, die eine Bleibeperspektive eröffnet.

4. Statuslosigkeit irregulärer Migranten

Menschen, die vollziehbar ausreisepflichtig sind und nicht geduldet werden, halten sich formal illegal in Deutschland auf.¹¹⁶ Sie werden in der internationalen Praxis und der migrationsrechtlichen Literatur als „irreguläre Migranten“ bezeichnet.¹¹⁷ Ihre genaue Zahl ist nicht bekannt. Schätzungen gehen von 200.000 bis zu einer halben Million Menschen in Deutschland aus.¹¹⁸

Ihre rechtliche Lage ist prekär.¹¹⁹ Das geltende Aufenthaltsrecht überträgt ihnen keine Rechte, so dass sie als statuslos¹²⁰ im aufenthaltsrechtlichen Sinne bezeichnet werden können. Die Statuslosigkeit führt jedoch nicht zur Rechtslosigkeit.¹²¹ Für irreguläre Migranten gelten die Jedermann-Grundrechte des Grundgesetzes und international verbürgte Menschenrechte¹²² ebenso wie zivil-, arbeits- und sozialrechtliche Ansprüche

¹¹⁵ Es würde genügen, das intendierte Ermessen des § 25 Abs. 5 S. 2 AufenthG durch einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu ersetzen.

¹¹⁶ *Annegret Will* Ausländer ohne Aufenthaltsrecht 2008, 60. Nicht immer geht damit auch eine materielle Illegalität einher. So kann z.B. ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bestehen, die jedoch mangels eines entsprechenden Antrags noch nicht erteilt wurde.

¹¹⁷ Darunter sind Personen, die nicht (mehr) geduldet werden, deren Abschiebung aber gleichwohl nicht vollzogen wird. Zum Teil handelt es sich auch um Personen, die über keinen Identitätsnachweis verfügen oder die nicht bei den Ausländerbehörden registriert sind, sog. „undokumentierte“ Migranten, *Norbert Cyrus* Irreguläre Migration – Zum Stand der Diskussion menschenrechtlicher Ansätze in der Bundesrepublik Deutschland, ZAR 2010, 317 (317); *Oswald* Migrationssoziologie (Fn. 2), 170.

¹¹⁸ *Dita Vogel* Update report Germany: Estimated number of irregular foreign residents in Germany (2014), Database on Irregular Migration, Update report, 2015, 2, <<http://irregular-migration.net/>>. Zu den methodischen Problemen der Schätzungen *dies.* Menschen ohne Aufenthaltsstatus in der Erwerbsarbeit, in: Andreas Fischer-Lescano/Eva Kocher/Ghazaleh Nassibi (Hrsg.) Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, 13 (16 ff.).

¹¹⁹ *Farahat/Groß* Humanitäres Aufenthaltsrecht (Fn. 108), 346.

¹²⁰ *Will* Ausländer (Fn. 116), 60.

¹²¹ *Timo Tohidipur* Grund- und Menschenrechte illegalisierter Migrantinnen und Migranten, in: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Fn. 118), 41 (45 ff.).

¹²² *Heiner Bielefeldt* Menschenrechte ‚irregulärer‘ Migrantinnen und Migranten, in: Jörg Alt/Michael Bommes (Hrsg.) Illegalität, 2006, 81–93. S. auch die Erklärung der UN-Sondervollversammlung zu Flucht und Migration am 19. September 2016 in New York, Abs. 1.5: „regardless of status; all are rights holders“.

des einfachen Rechts.¹²³ Zwischen der materiellen Rechtslage und der tatsächlichen Möglichkeit, grundlegende Rechte wahrzunehmen, klaffen in der Illegalität jedoch enorme Lücken. In diesem Sinne entfaltet die Realisierung des von *Hannah Arendt* postulierten Rechts „Rechte zu haben“¹²⁴ für irreguläre Migranten besondere Relevanz.¹²⁵ Das Aufenthaltsrecht kann hier jedoch nur begrenzt Lösungen anbieten, da es den Aufenthalt der betroffenen Personen beenden will.

In der Praxis ist insbesondere der Zugang dieser Personen zu Gesundheitsleistungen und sozialen Diensten äußerst eingeschränkt.¹²⁶ Dabei haben sich die Mitteilungspflichten öffentlicher Stellen als faktische Zugangshürden erwiesen, da der Aufenthalt und die persönlichen Daten eines irregulären Migranten den Ausländerbehörden gem. § 87 AufenthG mitzuteilen sind.¹²⁷ Damit geht die Gefahr der Entdeckung und Abschiebung des Betroffenen einher. Aus diesem Grund übernehmen freie Wohlfahrtsträger oder lokale Initiativen derzeit oft die Gesundheitsversorgung von irregulären Migranten.¹²⁸ Für Bildungs- und Erziehungseinrichtungen wurde die Mitteilungspflicht zu Recht 2011 abgeschafft.¹²⁹ Die Abschaf-

¹²³ *Ibrahim Kanalan* Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung der Fragen von sozialer Sicherheit, in: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Fn. 118), 91–110, sowie *Will* Ausländer (Fn. 116), 136 ff.

¹²⁴ *Hannah Arendt* Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, *Die Wandlung* 1949, 745 (759). *Arendts* Aufmerksamkeit galt seinerzeit den staatenlosen Flüchtlingen während und nach dem Zweiten Weltkrieg, die aufgrund ihrer Nichtzugehörigkeit zu einem Staat keine Menschenrechte geltend machen könnten. Angesichts universell geltender Menschenrechte führt die Staatenlosigkeit heute nicht mehr zur Rechtlosigkeit, s. *Seyla Benhabib* *Die Rechte der Anderen*, 2008, 62 ff.

¹²⁵ Ähnlich *Benhabib* Rechte (Fn. 124), 206 ff.

¹²⁶ *Anuscheh Farahat* Rechtsunsicherheiten beim Zugang zur Gesundheitsversorgung von Migranten, *ZESAR* 2014, 269 (270 ff.); *Janire Mimentza Martin* Die sozialrechtliche Stellung von Ausländern mit fehlendem Aufenthaltsrecht, 2012, 293 ff. Ausführlich auch zur tatsächlichen Lage *Maren Mylius* Die medizinische Versorgung von Menschen ohne Papiere in Deutschland, 2016.

¹²⁷ *Will* Ausländer (Fn. 116), 228 ff. Faktisch stellt sich das Problem insbesondere bei der Kostenübernahme der Behandlung durch das Sozialamt: Während sich Ärzte auf ihre Schweigepflicht berufen können und die Meldepflicht für Krankenhäuser in nicht-staatlicher Trägerschaft nicht gilt, sind die Sozialämter verpflichtet, ggf. personenbezogene Daten an die Ausländerbehörden zu melden, wenn sich nicht ein sog. verlängerter Geheimnisschutz aus der ärztlichen Schweigepflicht ergibt, was jedoch unklar ist, *Farahat* Gesundheitsversorgung (Fn. 126), 271.

¹²⁸ *Mimentza Martin* Sozialrechtliche Stellung (Fn. 126), 296 ff. S. dazu auch die Praxisbeispiele in *Maren Mylius/Wiebke Bornschlegl/Andreas Frewer* (Hrsg.) *Medizin für „Menschen ohne Papiere“*, 2011.

¹²⁹ Zur Rechtslage zuvor *Felix Hanschmann* Unsichtbare Kinder – Der zynische Ausschluss nicht dokumentierter Kinder und Jugendlicher vom staatlichen Schulwesen, *RdJB* 2010, 80–99.

fung sollte auf weitere Behörden, insbesondere die Sozialämter, ausgedehnt werden, um den menschenrechtlich gebotenen Zugang zu Gesundheits- und Sozialdiensten von irregulären Migranten zu ermöglichen.¹³⁰

V. Völker- und unionsrechtliche Prägung des Migrationsrechts am Beispiel flüchtlingsrechtlicher Statuskategorien

Der vorstehend bereits vielfach angeklungene Einfluss des Völker- und Unionsrechts auf das Migrationsrecht wird am Beispiel des Flüchtlingsrechts besonders deutlich. Das Flüchtlingsrecht enthält eigene Statuskategorien, die teils auf nationalem und teils auf internationalem Recht beruhen. Es handelt sich um den Status des Asylberechtigten, des Flüchtlings, des subsidiär Schutzberechtigten und des Abschiebungsschutzberechtigten.¹³¹ Liegt einer dieser Status vor, besteht gem. § 25 AufenthG regelmäßig ein Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen.¹³² Daher können die flüchtlingsrechtlichen Statuskategorien als Voraussetzungen eines regulären Aufenthaltsstatus angesehen werden.

Die Anerkennung und Ausgestaltung des Flüchtlingsschutzes trägt zur Erfüllung der humanitären Pflichten der Bundesrepublik Deutschland bei. Dass damit zugleich auch Zuwanderung ermöglicht und begrenzt wird, liegt auf der Hand. Primäres Ziel des Flüchtlingsrechts ist jedoch nicht die Zuwanderungssteuerung, sondern die Gewährung von Schutz vor Verfol-

¹³⁰ *Kanalan* Illegale Beschäftigung, in: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Fn. 123), 112.

¹³¹ *Tiedemann* Flüchtlingsrecht (Fn. 2), 27. Die Statuskategorien werden durch das BAMF i.R.d. der Prüfung des Antrags nach § 13 AsylG geprüft. Die Entscheidung bezieht sich auf alle Kategorien, vgl. § 31 AsylG.

¹³² Bei Asylberechtigten (§ 25 Abs. 1 AufenthG) bzw. Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten (§ 25 Abs. 2 AufenthG) besteht ein Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis. Für Abschiebungsschutzberechtigte enthält § 25 Abs. 3 AufenthG ein rechtlich intendiertes Ermessen („soll“), wonach dem Ausländer bei Vorliegen eines der Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 oder Abs. 7 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für mindestens ein Jahr (§ 26 Abs. 1 Satz 4 AufenthG) erteilt werden soll. Die Aufenthaltserlaubnisse für Asylberechtigte und Flüchtlinge sind gem. § 26 Abs. 1 AufenthG für drei Jahre befristet und können verlängert werden. Einem Ausländer, der seit fünf Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, ist gem. § 26 Abs. 3 AufenthG eine Niederlassungserlaubnis und damit ein unbefristeter Aufenthaltstitel zu erteilen. Beherrscht der Ausländer die deutsche Sprache, kann die Niederlassungserlaubnis sogar bereits nach drei Jahren erteilt werden, § 26 Abs. 3 S. 3 AufenthG. Damit setzt das Recht einen Anreiz für entsprechende Integrationsbemühungen. Die Aufenthaltserlaubnisse berechtigen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Bis 2015 konnte der Asylberechtigte zudem seinen Wohnort frei wählen. Dieses Recht wurde durch die neu eingeführte Wohnsitzregelung erheblich eingeschränkt, s. unten VI.

gung, Menschenrechtsverletzungen und anderen Bedrohungen zentraler Rechtsgüter eines Geflüchteten.

1. Asylberechtigung

Die Schutzkategorie der Asylberechtigung ist in erster Linie im nationalen Recht verankert. In den internationalen Menschenrechtsverbürgungen findet sich keine unmittelbare Entsprechung des Grundrechts auf Asyl.¹³³ Aus der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 folgt ebenfalls keine unbeschränkte Pflicht der Staaten, jeden politisch Verfolgten aufzunehmen. Allerdings verbietet das gewohnheits- und konventionsrechtliche *Non-refoulement*-Prinzip, einen Flüchtling in ein Land auszuweisen oder zurückzuweisen, in dem er verfolgt wird.¹³⁴

Dagegen besteht seit 1949 ein grundrechtlicher Schutz des Asylrechts von politisch Verfolgten.¹³⁵ Das Grundrecht auf Asyl gehört zu den verfassungsrechtlichen Innovationsleistungen des Grundgesetzes und ist eine direkte Reaktion auf die Erfahrungen mit der politischen Verfolgung durch das NS-Regime.¹³⁶ Das Asylgrundrecht wurde durch den sog. Asylkompromiss 1993 erheblich eingeschränkt.¹³⁷ Wer aus einem sicheren Drittstaat

¹³³ *Pauline Endres de Oliveira* Legaler Zugang zu internationalem Schutz, KJ 2016, 167 (168) m.w.N., und *Eckart Klein* Rechtliche Klarstellungen zur Flüchtlingskrise, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Fn. 31), 157 (160 f.). Es lassen sich jedoch auch gute Gründe für eine menschenrechtliche Herleitung des Asylrechts anführen, *Rainer Keil* Asyl als Menschenrecht, in: *Krajewski/Reuß/Tabbara* (Fn. 49), 163 (174 ff.).

¹³⁴ Das *Non-refoulement*-Prinzip ist in Art. 33 Abs. 1 GFK verankert. Dazu *Walter Kälin/Martina Caroni/Lukas Heim* Art. 33 para 1, in: *Andreas Zimmermann* (Hrsg.) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2011, 1327–1395; *Goodwin-Gill/McAdam*, *Refugee* (Fn. 42), 201 ff.

¹³⁵ *Albrecht Randelzhofer* in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hrsg.) *Grundgesetz-Kommentar*, 77. EL Juli 2016, Art. 16a, Rn. 3. Trotz der Reform des Art. 16 GG aF durch den Asylkompromiss besteht zwischen der alten und neuen Fassung des Grundrechts auf Asyl eine Kontinuität, *Daniel Fröhlich* Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, 2011, 30.

¹³⁶ *Andreas von Arnould* in: *Ingo von Münch/Philip Kunig* (Hrsg.) *Grundgesetz-Kommentar*, 6. Aufl., 2012, Art. 16a Rn. 2. Ausführlich zur Entstehungsgeschichte *Jörg Berke-mann* Politisch Verfolgte genießen Asylrecht, in: *Krajewski/Reuß/Tabbara* (Fn. 49), 215 (233 ff.).

¹³⁷ Zur Entstehungsgeschichte *Andreas Zimmermann* Das neue Grundrecht auf Asyl, 1994, 23 ff.; *Andreas Voßkuhle* „Grundrechtspolitik“ und Asylkompromiss, DÖV 1994, 53–66; *Michael Brenner* Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, *Der Staat* 32 (1993), 493–526. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Einschränkung bekanntermaßen für verfassungskonform gehalten: BVerfGE 94, 49 (103). Dazu statt vieler *Jochen Abr. Frowein/Andreas Zimmermann* Die Asylrechtsreform des Jahres 1993 und das Bundesverfassungsgericht, JZ 1996, 753–764, und *Gertrude Lübke-Wolff*

nach Deutschland eingereist ist, kann sich gem. Art. 16a Abs. 2 GG nicht auf das Asylrecht berufen.¹³⁸ Zudem kann der Gesetzgeber gem. Art. 16a Abs. 3 GG sog. sichere Herkunftsstaaten bestimmen. Es wird gesetzlich vermutet, dass ein Asylbewerber in diesen Staaten nicht verfolgt wird, wenn er keine gegenteiligen Tatsachen vorträgt.¹³⁹

Aufgrund seiner engen Voraussetzungen und der sogleich darzustellenden Europäisierung des Asylrechts ist Art. 16a GG heute nur noch von eingeschränkter praktischer Relevanz. Gleichwohl ist das Grundrecht auf Asyl nicht obsolet.¹⁴⁰ Es dient in aktuellen flüchtlingspolitischen Debatten als

Das Asylgrundrecht nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996, DVBl. 1996, 825–841.

¹³⁸ Dem liegt die „normative Vergewisserung“ zu Grunde, dass der Drittstaat den gebotenen Schutz gewährt, von *Arnauld* in: von Münch/Kunig (Fn. 136), Rn. 35. S. auch BVerfGE 94, 49 (95f.) Allerdings hat sich gezeigt, dass die verfassungsrechtliche Vermutung, wonach alle EU-Mitgliedstaaten Schutz vor Verfolgung bieten, zeitgebunden ist und sich teils dramatisch schnell relativieren kann, *Frank Moll/Christian Pohl*, Das Drittstaatenkonzept im unionsrechtlichen Kontext, ZAR 2012, 102 (105 ff.). Auf der Grundlage der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH haben die Verwaltungsgerichte mehrfach sog. „Dublin“-Überstellungen, also Abschiebungen eines Ausländers in den nach der Dublin III-VO zuständigen EU-Mitgliedstaat unterbunden, da elementare Rechte der Schutzsuchenden in den betroffenen Staaten nicht gewährleistet wurden. S. EGMR, NVwZ 2011, 413; EuGH, NVwZ 2014, 208, und BVerfG, NVwZ 2014, 1511; VGH Mannheim, Asylmagazin 2016, 259 (zu Ungarn). Dazu auch *Lutz Römer* Europäisierter und internationalisierter Verwaltungsrechtsschutz gegen Überstellungen nach der Dublin III-Verordnung, 2015, 130 f.; *Anne Kühler* Neuere Entwicklungen in der Praxis des EGMR zur Zulässigkeit von Überstellungen in Dublin-Verfahren, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.) Schengen und Dublin in der Praxis, 2015, 247 (250 ff.), und *Sarah Progin-Theuerkauf* Neueste Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Asylrecht, in: ebd., 318 (320 ff.). Auch wenn hierdurch die Bewertung der Staaten als sicherer Drittstaaten nicht berührt wird, zeigt diese Rechtsprechung, dass die verfassungsrechtliche Vermutung der Realität nicht immer entspricht.

¹³⁹ *Von Arnauld* in: von Münch/Kunig (Fn. 136), Rn. 49 ff. Die Einschränkung des Asylrechts führte ab Mitte der 1990er-Jahre zu einer deutlichen Reduzierung der Asylbewerberzahlen bis zu einem historischen Tiefpunkt im Jahre 2008, als nur rund 28.000 Anträge gestellt wurden, *BAMF* Aktuelle Zahlen zu Asyl – Ausgabe August 2016, 2016, 3. Neben dem Grundrecht auf Asyl bestand bis 2004 als weitere Kategorie die Flüchtlingsanerkennung nach der Genfer Konvention, umgangssprachlich als „kleines Asyl“ bezeichnet, die jedoch normativ als Abschiebungsschutz ausgestaltet war und einen geringeren Schutz bot, *Dienelt* in: Bergmann/Dienelt (Fn. 9), AufenthG § 60 Rn. 2.

¹⁴⁰ So aber *Paul Tiedemann* Das konstitutionelle Asylrecht in Deutschland, ZAR 2009, 161 (167). Wohl auch *Kay Hailbronner* Das Grundrecht auf Asyl – unverzichtbarer Bestandteil der grundgesetzlichen Wertordnung, historisches Relikt oder gemeinschaftsrechtswidrig?, ZAR 2009, 369 (375). Im Ergebnis ebenso *Axel Hopfauf* Zur Umwandlung des Asylgrundrechts in eine objektive Gewährleistung, ZRP 2015, 226–229, der eine Aufgabe des subjektiven Rechtscharakters fordert, „um die Handlungsfähigkeit des Staats zu sichern“. Angesichts der unionsrechtlichen Vorgaben zum Flüchtlingsschutz ist dieser Vor-

gesellschaftlicher Erinnerungsspeicher.¹⁴¹ Zudem entfaltet es eine Reservefunktion¹⁴² und kann als Schutzstandard wieder an Bedeutung gewinnen, wenn das unionsrechtliche Flüchtlingsrecht hinter völkerrechtliche Standards zurückfallen sollte.¹⁴³

2. Unions- und völkerrechtliche Vorgaben des humanitären Schutzes

Seit 2005 wird das deutsche Asylrecht durch unionsrechtliche Vorgaben weitgehend überlagert.¹⁴⁴ Die EU-Qualifikationsrichtlinie¹⁴⁵ führte gemeinsame Standards zur Anerkennung von Flüchtlingen in der EU ein. Ergänzt wurde der Flüchtlingsschutz durch die Kategorie des subsidiären Schutzes. Beide Kategorien werden als „internationaler Schutz“ zusammengefasst und sind heute im AsylG verankert.¹⁴⁶

Der Flüchtlingsbegriff der Qualifikationsrichtlinie beruht auf der Genfer Flüchtlingskonvention¹⁴⁷, sodass Völker- und Unionsrecht diesbezüglich ineinandergreifen. Subsidiärer Schutz wird einem Drittstaatsangehörigen zuerkannt, der zwar nicht die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling erfüllt, dem aber in seinem Heimatland ernsthafter Schaden

schlag jedoch nicht zielführend. Zuzugeben ist den Befürwortern einer Abschaffung, dass das Asylverfahren weniger aufwändig wäre, wenn auf eine gesonderte Prüfung der Asylberechtigung verzichtet werden könnte, da grundsätzlich in allen Fällen, in denen eine Asylberechtigung anerkannt wird, auch die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus möglich wäre, vgl. *Tiedemann* Flüchtlingsrecht (Fn. 2), 68 f.; *Hailbronner* Grundrecht auf Asyl (Fn. 140), 374.

¹⁴¹ Begriff auch bei *Frank Schorkopf* in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, 58. EL 2016, Art. 6 EUV Rn. 12.

¹⁴² *Fröhlich* Asylrecht (Fn. 135), 351.

¹⁴³ Ein derartiger Rückschritt ist angesichts der politischen Entwicklungen in manchen EU-Staaten nicht auszuschließen. Allerdings formuliert Art. 18 der Europäischen Grundrechtecharta eine Grenze für den EU-Gesetzgeber, vgl. *Norbert Bernsdorff* in: Jürgen Meyer (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., 2014, Art. 18 Rn. 10.

¹⁴⁴ *Fröhlich* Asylrecht (Fn. 135), 2 ff.

¹⁴⁵ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. EU 2011, L 337/9. Diese ersetzt die Richtlinie 2004/83/EG vom 29. April 2004, ABl. EU 2004, L 304/12.

¹⁴⁶ §§ 3 ff. AsylG regeln den Flüchtlingsstatus, § 4 AsylG betrifft den Status des international Schutzberechtigten.

¹⁴⁷ Zu den Voraussetzungen des Flüchtlingsstatus nach internationalem Recht umfassend *Hathaway/Foster* (Fn. 42).

droht.¹⁴⁸ Dazu zählen eine drohende Todesstrafe oder Folter sowie die Bedrohung des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit durch Gewalt in einem internationalen oder innerstaatlichen Konflikt.¹⁴⁹ Hier zeigt sich eine besonders vielschichtige Verschränkung von Völker- und Unionsrecht: Der subsidiäre Schutz realisiert zunächst die territoriale Vorwirkung der menschenrechtlichen Verpflichtungen des Folterverbots und des Rechts auf Leben.¹⁵⁰ Er ist zugleich Ausdruck eines humanitären Schutzprinzips, das jedoch über den Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts hinausgeht und auch Gewalthandlungen erfasst, die unterhalb der Schwelle eines bewaffneten Konflikts im formellen Sinne bleiben.¹⁵¹

¹⁴⁸ Zwischen Januar und August 2016 wurde 60.954 Menschen der subsidiäre Schutz zuerkannt, *BAMF* Asylzahlen (Fn. 139), 11. Personen, denen der subsidiäre Schutz zuerkannt wird, erhalten eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 2 AufenthG, die gem. § 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG zunächst für ein Jahr befristet ist und dann für zwei Jahre verlängert werden kann. Damit sind subsidiär Schutzberechtigte aufenthaltsrechtlich schlechter gestellt als Asylberechtigte und Flüchtlinge. Gleichwohl kann auch ihnen nach fünf Jahren eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, so dass sich auch bei Personen mit diesem Status die zunächst nur vorübergehende Bleibeperspektive in eine dauerhafte Perspektive wandeln kann. Allerdings steht dies – anders als bei Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen – im Ermessen der Behörde, § 26 Abs. 4 AufenthG.

¹⁴⁹ Zum subsidiären Schutz von Kriegsflüchtlingen ausführlich *Markard* Kriegsflüchtlinge (Fn. 22), 307 ff.

¹⁵⁰ *Nora Markard* Ein neues Schutzkonzept? Der Einfluss der Menschenrechte auf den internationalen Schutz, ZAR 2015, 56 (58 f.). Der Schutz wegen drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung folgt unmittelbar aus Art. 3 EMRK. Grundlegend *Ralf Alleweldt* Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, 1996; *Oliver Thurin* Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung, 2009; *Hans-Joachim Cremer* Der Schutz vor Auslandsfolgen aufenthaltsbeendender Maßnahmen, 1994, 109 ff. Dazu jüngst auch *Angelika Nußberger* Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik, NVwZ 2016, 815 (818 ff.). Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe von 1984 enthält ebenfalls ein Ausweisungs-, Auslieferungs- und Abschiebeverbot bei drohender Folter. Bereits früh dazu *Walter Kälin* Drohende Menschenrechtsverletzungen im Heimatstaat als Schranke der Rückschiebung gemäß Art. 3 EMRK, ZAR 1986, 172–178. Eine vergleichbare Verpflichtung bezüglich des Schutzes wegen drohender Todesstrafe besteht menschenrechtlich zwar nicht. Allerdings ist dieser Schutztatbestand Ausdruck der inzwischen europaweiten Ächtung der Todesstrafe, die insbesondere in den Zusatzprotokollen Nr. 6 und Nr. 13 zur EMRK zum Ausdruck kommt. Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe von 1985 (46 Vertragsparteien); Protokoll Nr. 13 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten bezüglich der Abschaffung der Todesstrafe unter allen Umständen von 2002 (44 Vertragsparteien). Auch Art. 11 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens sieht vor, dass eine Auslieferung in einen Staat, der die Tat mit Todesstrafe bedroht, nur bei Zusicherung zulässig ist, dass die Todesstrafe nicht verhängt oder nicht vollstreckt wird.

¹⁵¹ EuGH, 30.01.2014, *Diakité*, Rs. C-285/12.

Aus den völkerrechtlich verbürgten Menschenrechten folgen Abschiebungsverbote, die bereits seit langem in der Rechtsprechung des EGMR und der Verwaltungsgerichte anerkannt sind.¹⁵² Diese kodifiziert das AufenthG als besondere Abschiebungsschutztatbestände, die den subsidiären Schutz ergänzen und im Regelfall zu einer Aufenthaltserlaubnis führen.¹⁵³ Ein Drittstaatsangehöriger darf demnach gem. § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG nicht abgeschoben werden, wenn sich aus der Anwendung der EMRK ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist¹⁵⁴ oder wenn in dem Staat, in den abgeschoben werden soll, eine erhebliche und konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit der betroffenen Person besteht.

3. Grenzen des gesetzgeberischen Handlungsspielraums

Die grundrechtlich vorgegebene Asylberechtigung tritt in ihrer praktischen Bedeutung zugunsten der Flüchtlingsanerkennung nach der Qualifikationsrichtlinie weitgehend zurück¹⁵⁵, da die Anforderungen an die Asylberechtigung restriktiver¹⁵⁶ und die Rechtsfolgen der beiden Kate-

¹⁵² EGMR, NJW 1990, 2183 (2184 ff.), Soering; EGMR, NVwZ 1992, 869 (870), Vilvarajah; BVerfGE 81, 142 (151); BVerwGE 99, 331 (334), jeweils zum Folterverbot gem. Art. 3 EMRK; BVerwGE 111, 223 (229) zur Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit gem. Art. 9 EMRK. Grundlegend zu den Abschiebungsverböten *Hans-Joachim Cremer* Schutz vor Auslandsfolgen (Fn. 150). S. auch *Julia Kühn* Abschiebungsanordnung und Abschiebungshaft, 2009, 63 ff. Der Schutz des Privat- und Familienlebens gem. Art. 8 EMRK, dazu *Julia Schieber* Komplementärer Schutz, 2013, 82 ff., ist als inlandbezogenes Abschiebungshindernis im Rahmen des § 60 Abs. 5 AufenthG nicht (mehr) zu prüfen, da dieser Schutz bereits auf aufenthaltsrechtlicher Ebene berücksichtigt werden musste, *Tiedemann* Flüchtlingsrecht (Fn. 2), 76; *Bergmann* in: ders./Dienelt (Fn. 9), AufenthG § 60 Rn. 49 und 62.

¹⁵³ Der Abschiebungsschutz gem. § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG geht damit über den Status der Duldung hinaus, da er den Aufenthalt legalisiert und wenigstens vorübergehend eine Bleibeperspektive eröffnet. Die in § 60a AufenthG normierten Abschiebungshindernisse begründen dagegen nur einen Anspruch auf eine Duldung.

¹⁵⁴ Das erfasst auch die bereits für den subsidiären Schutz relevante Gefahr von Folter, *Schieber* Komplementärer Schutz (Fn. 152), 33 und 61 ff. § 60 Abs. 5 AufenthG greift jedoch auch, wenn der subsidiäre Schutz wegen § 4 Abs. 2 AsylG nicht zuerkannt werden kann, z.B. wenn der Betroffene ein Völkerrechtsverbrechen oder eine schwere Straftat begangen hat.

¹⁵⁵ *Helge Sodan* Das Konzept der sicheren Dritt- und Herkunftsstaaten, in: Depenheuer/Grabenwarter (Fn. 31), 172 (177). So auch bereits *Hailbronner* Grundrecht auf Asyl (Fn. 140), 369; *Annegret Titze* Die deutsche Asylrechtsprechung und das internationale Flüchtlingsrecht, 2008.

¹⁵⁶ *Dietz* Ausländer- und Asylrecht (Fn. 9), 138; *Tiedemann* Flüchtlingsrecht (Fn. 2), 69. Einer der wesentlichen Unterschiede zwischen den Voraussetzungen für den Status als Asylberechtigter und als Flüchtling besteht darin, dass für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht nur eine bereits erfolgte, sondern auch eine drohende, d.h. wahr-

gorien identisch sind.¹⁵⁷ Zwischen Januar und August 2016 wurde knapp 180.000 Personen der Flüchtlingsstatus zuerkannt. Dagegen wurden nur rund 1.200 Personen, also weniger als 1%, als Asylberechtigte anerkannt.¹⁵⁸ Beschränkungen des Grundrechts auf Asyl entfalten daher derzeit praktisch keine Wirkung und wären bloße Symbolpolitik.¹⁵⁹ Art. 16a GG steht daher zu Unrecht im Mittelpunkt der Debatten über eine Reform des Flüchtlingsrechts.¹⁶⁰

Anders als direkte Änderungen des Art. 16a GG wirkt sich die gesetzliche Festlegung sicherer Herkunftsstaaten gem. § 29a AsylG auch auf die Zuerkennung des Status als Flüchtling aus.¹⁶¹ Insofern kann der Gesetzgeber mit diesem Instrument Steuerungswirkungen erzielen. Er hat jedoch unions- und verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten. Nach Art. 37 Abs. 1 i.V.m. Anhang I der EU-Verfahrensrichtlinie¹⁶² sind sichere Her-

scheinliche Verfolgung genügt. Es ist nahezu kein Fall denkbar, in dem Asyl gewährt, nicht aber zugleich die Flüchtlingsanerkennung zuerkannt wird, *Bergmann* in: ders./Dienelt, *Ausländerrecht*, 11. Aufl., 2016, *AufenthG* § 60 Rn. 6.

¹⁵⁷ BVerwG, *InfAusLR* 2016, 63 (64); *Damian Preisner* in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hrsg.) *Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht, AsylG* § 2 Rn. 12; *Hailbronner* *Asyl- und Ausländerrecht* (Fn. 9), Rn. 1207; *Tiedemann* *Flüchtlingsrecht* (Fn. 2), 29 und 68. Eine günstigere Rechtsstellung des Asylberechtigten ist gesetzlich zwar nicht ausgeschlossen (§ 2 Abs. 2 AsylG), in der Praxis sind die Rechtsfolgen jedoch identisch. Die Ablehnung eines Asylantrages kann zwar – anders als die Ablehnung der Zuerkennung der Flüchtlingeigenschaft – mit einer Verfassungsbeschwerde auf der Grundlage von Art. 16a Abs. 1 GG gerügt werden. Gegen die Ablehnung der Zuerkennung der Flüchtlingeigenschaft kann jedoch eine Verfassungsbeschwerde auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG erhoben werden, vgl. *Hailbronner* *Asyl- und Ausländerrecht* (Fn. 9), Rn. 1207. Verfassungsbeschwerden auf der Grundlage von Art. 16a GG können jedoch auch dann eine Rolle spielen, wenn das Grundrecht in anderen Verfahren, z.B. in Auslieferungsverfahren, nicht beachtet wurde, vgl. BVerfG, *NVwZ* 2015, 1204–1206, und BVerfG, Beschluss vom 9. März 2016, 2 BvR 348/16, juris.

¹⁵⁸ *BAMF* *Asylzahlen* (Fn. 139), 10.

¹⁵⁹ Ähnlich *Ritgen*, *Begrenzung der Zuwanderung* (Fn. 22), 148. Im Ergebnis gibt auch *Hopfauf* *Objektive Gewährleistung* (Fn. 140), 229, zu, dass eine Änderung des Art. 16a GG nur effektiv wäre, wenn gleichzeitig der europarechtliche Rahmen geändert würde.

¹⁶⁰ *Sina Fontana* *Verfassungsrechtliche Fragen der aktuellen Asyl- und Flüchtlingspolitik im unions- und völkerrechtlichen Kontext*, *NVwZ* 2016, 735 (737); *Thym*, *Asylverfahren* (Fn. 6), 1628.

¹⁶¹ *Andreas Heusch* in: Kluth/Heusch (Fn. 157), *AsylG* § 29a Rn. 34. Ob mit der Festlegung von sicheren Herkunftsstaaten eine Verfahrensbeschleunigung einhergeht, ist indes unklar, s. einerseits *Neundorf* *Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz* (Fn. 5), 6, und andererseits *Winfried Kluth* *Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz*, *ZAR* 2015, 337 (338).

¹⁶² Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, *ABl. EU* 2013, L 180/60. Bei der Bewertung sind auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte zu beachten, deren Missachtung vom Verfolgungsbegriff gem. Art. 9 Abs. 1 b) der Qualifikationsrichtlinie erfasst werden kann, vgl. *Norman Paech*

kunftsstaaten nur solche Staaten, in denen generell und durchgängig keine Verfolgung, Folter oder Bedrohung durch Gewalt in einem bewaffneten Konflikt stattfinden. Das BVerfG hat bereits 1996 die entsprechenden grundgesetzlichen Anforderungen festgelegt: Danach ist die Entscheidung ausschließlich an objektiven und überprüfbaren Erkenntnissen über Rechtslage, Rechtsanwendung und allgemeine politische Verhältnisse in dem jeweiligen Land zu orientieren.¹⁶³ Migrationspolitische Abwägungsentscheidungen dürfen hierbei keine Rolle spielen.¹⁶⁴ Ob die geplante Bewertung von Marokko, Algerien und Tunesien als sichere Herkunftsstaaten diesen Anforderungen genügt, muss man nicht zuletzt angesichts der Verfolgung und Unterdrückung von Homosexuellen und anderen Minderheiten sowie der eingeschränkten Rechte von Frauen bezweifeln.¹⁶⁵

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts aus humanitären Gründen durch unions- und völkerrechtliche Verpflichtungen geprägt werden. Der migrationsrechtliche Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers beschränkt sich weitgehend auf die Festlegung von sicheren Herkunftsstaaten und die Regelung einzelner Rechtsfolgen, die jedoch auch an unionsrechtlichen Vorgaben zu messen sind. Dazu zählt auch die Einschränkung von einzelnen Rechten, wie die Festlegung von Wohnsitzregelungen, auf die im Folgenden eingegangen wird.

VI. Ausdifferenzierung der Statuskategorien am Beispiel der Wohnsitzregelung für anerkannte Flüchtlinge

Wie oben gezeigt, ist das Recht, den Wohnort frei zu wählen, bei Asylbewerbern und Geduldeten erheblich eingeschränkt. Dagegen kennt die Aufenthaltserlaubnis grundsätzlich keine vergleichbare Beschränkung. Das

Zur Verfassungsmäßigkeit des „Gesetzes zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten...“, vorgänge – Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 2016, Nr. 214, 49 (56 f.).

¹⁶³ BVerfGE 94, 115, Rn. 70. Ähnliche Anforderungen ergeben sich auch aus der Genfer Flüchtlingskonvention, *Zimmermann*, Grundrecht auf Asyl (Fn. 137), 106 ff.

¹⁶⁴ Das BVerfG hat in seinem Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) die Irrelevanz von migrationspolitischen Abwägungsentscheidungen bei der Höhe von Leistungen nach dem AsylbLG mit Art. 1 Abs. 1 GG begründet, BVerfGE 132, 134, Rn. 95. Der Gedanke kann auf die Festlegung von sicheren Herkunftsstaaten übertragen werden, da mit der Regelung keine Migrationssteuerung bezweckt, sondern der verfahrensbezogene Gewährleistungsinhalt des Grundrechts bestimmt werden soll, der jedoch am materiellen Kerngehalt des Art. 16a GG (Schutz bei politischer Verfolgung) nichts ändert, *Randelzhofer* in: Maunz/Dürig (Fn. 135), Art. 16a Rn. 94.

¹⁶⁵ Ebenso *Pelzer/Pichl* Asylpakete (Fn. 97), 218.

wurde mit der durch das Integrationsgesetz vom Juli 2016¹⁶⁶ neu eingeführten Wohnsitzregelung¹⁶⁷ für anerkannte Flüchtlinge geändert.¹⁶⁸ Angesichts des großen Zustroms von Flüchtlingen im Jahr 2015¹⁶⁹ wurde befürchtet, dass die freie Wohnortwahl Ballungsräume besonders stark belasten und zu integrationshinderlichen Segregationen führen würde.¹⁷⁰

Im Folgenden soll die Neuregelung analysiert und auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüft werden. Das Beispiel der Wohnsitzregelung wird auch deshalb gewählt, weil das Recht auf die freie Wahl des Wohnorts bislang nicht im Fokus des migrationspolitischen und -rechtlichen Diskurses stand.¹⁷¹

¹⁶⁶ BGBl. I 2016, 1939. In Kraft seit dem 6. August 2016.

¹⁶⁷ Die Wohnsitzauflage beschränkt das Recht eines Ausländers, seinen gewöhnlichen Aufenthalt, d.h. seinen Wohnort frei zu wählen. Davon ist die sog. Residenzpflicht gem. §§ 56 ff. AsylG abzugrenzen, die den Aufenthaltsort eines Asylbewerbers auf den Bezirk der zuständigen Ausländerbehörde beschränkt.

¹⁶⁸ Bereits nach bisherigem Recht konnten Wohnsitzauflagen gem. § 12 Abs. 2 AufenthG im Einzelfall erteilt werden, *Kerstin Müller* in: Hofmann (Fn. 9), AufenthG § 12 Rn. 9 ff.

¹⁶⁹ Nach dem EASY-System wurden im Jahr 2015 bundesweit etwa 1,1 Mio. Grenzübertreitte registriert. Die Zahl der tatsächlich in Deutschland gebliebenen Flüchtlinge ist deutlich geringer. Sie wird teilweise auf ca. 600.000 geschätzt, s. *Lalon Sander* Von wegen eine Million, taz – die tageszeitung v. 11.3.2016. Zahlen nach Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 18/7800 (Fn. 109). Zu Ungenauigkeiten auf EU-Ebene *Olaf Kleist* Warum weit weniger Asylbewerber in Europa sind, als angenommen wird: Probleme mit Eurostats Asylzahlen, ZAR 2015, 294–299. Zu den Ereignissen im Jahr 2015 und ihren Folgen *Stefan Luft* Die Flüchtlingskrise: Ursachen, Konflikte, Folgen, 2016. In Literatur und Politik herrscht der Begriff „Flüchtlingskrise“ vor, s. auch *Deppenheuer/Grabenwarter* (Fn. 31). Zwar ist jede Flucht Folge einer krisenhaften Verschlechterung von Lebensumständen eines Menschen, *Luft* Flüchtlingskrise (ebd.), 10. Wenn sich jedoch die Auswirkungen von Flucht auf Zielländer verschärfen, wäre es angemessener, von einer „Krise der Flüchtlingspolitik“ zu sprechen. Zur „Krise des europäischen Flüchtlingsschutzsystems“ bzw. des europäischen Flüchtlingsrechts *Reinhard Marx* Europäische Integration durch Solidarität beim Flüchtlingschutz, KJ 2016, 151 (151), und *ders.* Die Krise des europäischen Flüchtlingsrechts, in: Krajewski/Reuß/Tabbara (Fn. 49), 303–331.

¹⁷⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8615, 42. Insbesondere die kommunalen Spitzenverbände forderten Wohnsitzbeschränkungen für anerkannte Flüchtlinge als eine Maßnahme zur Bewältigung der aktuellen Problematik, s. *Deutscher Landkreistag* Integration von Flüchtlingen in den Landkreisen: Herausforderung und Chance, 2016, 3, im Internet unter <http://www.landkreistag.de/images/stories/themen/Fluechtlinge/160209%20DLT%20PosPap%20Integration%20final.pdf>, *Deutscher Städtetag* Wohnsitzauflagen zeitnah einführen – Finanzierung der Integration rasch klären, Städtetag Aktuell 6/2016.

¹⁷¹ Im Mittelpunkt der Diskussionen standen bislang politische Partizipationsrechte sowie soziale und kulturelle Rechte. S. z.B. *Farahat* Progressive Inklusion (Fn. 41), 308 ff., 330 ff. und *Benhabib* Rechte (Fn. 124), 156 ff.

1. Inhalt des § 12a AufenthG

Die Wohnsitzregelung nach § 12a AufenthG erfasst alle anerkannten Asylberechtigten, Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigten¹⁷² ab dem 1. Januar 2016. Für einen Drittstaatsangehörigen, der eine mehr als nur geringfügige Beschäftigung gefunden hat¹⁷³ oder in einem Studium- oder Ausbildungsverhältnis steht, gilt die Regel jedoch nicht.¹⁷⁴ Von dieser Ausnahme profitieren auch die Familienangehörigen der begünstigten Person.

Die neue Regelung enthält drei Elemente der Wohnortsteuerung: Zunächst verpflichtet die Vorschrift gem. § 12a Abs. 1 AufenthG die Betroffenen für einen Zeitraum von drei Jahren ihren Wohnsitz in dem Bundesland zu nehmen, das für die Durchführung des Aufnahmeverfahrens zuständig war. Damit wird die nach dem „Königsteiner Schlüssel“¹⁷⁵ erfolgte Verteilung der Asylbewerber auf die Bundesländer perpetuiert.¹⁷⁶

Auf der nächsten Ebene kann die zuständige Behörde gem. § 12a Abs. 2 und 3 AufenthG einem Drittstaatsangehörigen einen konkreten Wohnort zuweisen, also positiv bestimmen, wo er seinen gewöhnlichen Aufenthalt nehmen muss. Schließlich kann gem. § 12a Abs. 4 AufenthG die Wohnsitznahme an einem konkreten Ort auch verboten werden.

¹⁷² § 12a AufenthG gilt nicht für Personen, über deren Status noch nicht oder abschlägig entschieden wurde. Die während des Anerkennungsverfahrens geltenden Beschränkungen der Aufenthalts- und Wohnortswahl für Asylbewerber (s. oben IV.2.) und die Beschränkungen für Geduldete (s. oben IV.3.) gelten weiter und werden von der neuen Vorschrift nicht berührt, s. *Kay Ruge* Residenzpflicht als Voraussetzung für Integration, ZAR 2016, 89 (92).

¹⁷³ Es handelt sich um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mit einem Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich, durch die mindestens über ein Einkommen in Höhe des monatlichen durchschnittlichen Bedarfs nach den §§ 20 und 22 SGB II (Regelbedarf für das Arbeitslosengeld II sowie Bedarfe für Wohnung und Heizung) für eine Einzelperson erzielt wird.

¹⁷⁴ Nach § 12a Abs. 1 Satz 2 AufenthG gilt die Regelung auch nicht für Ausländer, deren Ehegatten, eingetragene Lebenspartner oder minderjährige Kinder eine Beschäftigung gefunden haben oder in einem Ausbildungs- oder Studienverhältnis stehen.

¹⁷⁵ Der „Königsteiner Schlüssel“ legt fest, wie viele Asylbewerber ein Bundesland aufnehmen muss. Der jeweilige Prozentsatz richtet sich zu 2/3 nach den Steuereinnahmen und zu 1/3 nach der Bevölkerungszahl. Die Quote wird von einer Bund-Länder-Kommission jährlich neu ermittelt, *Heusch* in: Kluth/Heusch (Fn. 157), AsylG § 45 Rn. 4–9. S. auch *Alfred Scheidler* Verteilung von Asylbewerbern in Deutschland, KommJur 2015, 321 (323), und *Ruge* Residenzpflicht (Fn. 172), 93.

¹⁷⁶ So auch *Thym* Integration (Fn. 27), 246.

2. Freizügigkeitsrechte von anerkannten Flüchtlingen

Wohnsitzregelungen sind sowohl aus freiheits- als auch gleichheitsrechtlicher Perspektive zu bewerten. Wegen des auf Deutsche beschränkten persönlichen Schutzbereichs von Art. 11 GG kommt vorliegend nur der damit korrespondierende, aber abgeschwächte Schutz der Freizügigkeit im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.¹⁷⁷ Von größerer Bedeutung sind daher die unionsrechtlichen Vorgaben der Qualifikationsrichtlinie, die ihrerseits Anforderungen der Genfer Flüchtlingsrechtskonvention umsetzen.¹⁷⁸ Darauf hat der EuGH in seinem Urteil *Alo* und *Ossso* vom März 2016 ausdrücklich abgestellt.¹⁷⁹ Die Vorschriften der Genfer Flüchtlingskonvention sind zudem als unmittelbar geltendes Bundesrecht in den Abwägungsentscheidungen der Ausländerbehörden zu berücksichtigen.¹⁸⁰ Nach der Genfer Konvention ist anerkannten Flüchtlingen das Freizügigkeitsrecht unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie anderen Drittstaatsangehörigen.¹⁸¹ Dieser flüchtlingsrechtliche Schutz wird durch das in

¹⁷⁷ BVerfGE 35, 382 (399); BVerwGE 145, 305, Rn. 18. *Wolfgang Durner* in: Maunz/Dürig (Fn. 135), Art. 11 Rn. 61–63 (d).

¹⁷⁸ Daher sind Hinweise darauf, dass das BVerfG bereits 2004 vergleichbare Freizügigkeitsbeschränkungen für Spätaussiedler für mit Art. 11 GG vereinbar gehalten hat, um damit die erheblichen Lasten der Unterbringung, Unterstützung und Eingliederung zu bewältigen (BVerfGE 110, 177), nicht einschlägig. Das gleiche gilt für das Urteil des BVerwG aus dem Jahre 2013, wonach Wohnsitzauflagen für jüdische Zuwanderer aus der ehemaligen Sowjetunion, die Sozialleistungen empfangen, mit Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar sind, da auf diese Weise die verursachten Lasten angemessen verteilt werden konnten (BVerwGE 145, 305, dazu *Klaus Meßerschmidt* Vom Kontingent zum Einzelfall: Wohnsitzauflagen für russisch-jüdische Sozialleistungsempfänger auf dem Prüfstand, NVwZ 2013, 921–924). Beide Urteile bezogen sich nicht auf die Rechtslage anerkannter Flüchtlinge, so auch BVerwGE 145, 305. Daher ist die verfassungsrechtliche Lage von Wohnsitzbeschränkungen für anerkannte Flüchtlinge entgegen *Roman Lehner/Andreas Lippold* Wohnsitzauflagen für anerkannte Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte: Was lässt das (Europa-) Recht zu?, ZAR 2016, 81 (82), nicht geklärt.

¹⁷⁹ EuGH, NJW 2016, 1077. Dazu *Matthias Zabel* Zulässigkeit ausländerrechtlicher Wohnsitzauflagen, NJW 2016, 1057, und *Marei Pelzer* Anmerkung, NVwZ 2016, 448–449. Das Urteil bezog sich nur auf subsidiär Schutzberechtigte. Die Argumentation lässt sich aber auf Flüchtlinge übertragen, so auch *Zabel* Wohnsitzauflagen (ebd.), 1058.

¹⁸⁰ BVerwGE 130, 148 (151).

¹⁸¹ EuGH, NJW 2016, 1077, Rn. 40. Nach Art. 26 GFK genießen anerkannte Flüchtlinge das Recht, ihren Aufenthalt frei zu wählen und sich frei zu bewegen, vorbehaltlich der Bestimmungen, die allgemein auf Ausländer unter den gleichen Umständen Anwendung finden. Dazu *Reinhard Marx* in: Zimmermann (Fn. 134), Art. 26 Rn. 54 ff. Das entsprechende Recht findet sich in Art. 33 der Qualifikationsrichtlinie, *Hemme Battjes* in: Hailbronner/Thym (Fn. 9), Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, Art. 33 Rn. 2. Aus Art. 29 der Qualifikationsrichtlinie und Art. 23 GFK folgt zudem ein Anspruch von Flüchtlingen auf Gleichbehandlung mit Staatsbürgern in Bezug auf Sozialhilfe, EuGH, NJW 2016, 1077, Rn. 51 ff.

Art. 12 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte und Art. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK verankerte Menschenrecht auf Freizügigkeit ergänzt.¹⁸²

Der völker- und unionsrechtliche Schutz der Freizügigkeit von Flüchtlingen gilt nicht schrankenlos. Verhältnismäßige Beschränkungen, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und einem legitimen Zweck dienen, sind zulässig.¹⁸³ Aus der Rechtsprechung des BVerwG und des EuGH folgt, dass Einschränkungen der Freizügigkeit von Flüchtlingen nicht mit dem Zweck einer gleichmäßigen Verteilung der mit Sozialleistungen verbundenen Lasten gerechtfertigt werden können.¹⁸⁴ Vielmehr sind Wohnsitzbeschränkungen, die ausschließlich für Flüchtlinge gelten, nur mit besonderen integrationspolitischen Erwägungen zu rechtfertigen. Ungleichbehandlungen von Flüchtlingen und anderen Drittstaatsangehörigen sind unzulässig, wenn keine unterschiedlichen Integrationsbedürfnisse zwischen beiden Gruppen bestehen.¹⁸⁵

3. Bewertung

Der Gesetzgeber hat die genannten Anforderungen gesehen und zur Begründung von § 12a AufenthG darauf abgestellt, dass die Regelung zur Integration von anerkannten Flüchtlingen beiträgt.¹⁸⁶ Angesichts der Besonderheit der Situation im Jahre 2015 ist grundsätzlich von einer weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers auszugehen.¹⁸⁷ Dass sich Segregation negativ auf Integrationsbemühungen auswirken kann, ist unbe-

¹⁸² *Deutsches Institut für Menschenrechte* Wohnsitzauflagen für anerkannte Flüchtlinge? Eine menschenrechtliche Bewertung, 9. März 2016, im Internet unter <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Stellungnahmen/DIMR_Stellungnahme_Menschenrechtliche_Bewertung_Wohnsitzauflagen_fuer_anerkannte_Fluechtlinge_09_03_2016.pdf>. In Literatur und Rechtsprechung ist auf den EMRK-rechtlichen Schutz der Freizügigkeit noch nicht vertieft eingegangen worden.

¹⁸³ *Zabel* Wohnsitzauflagen (Fn. 179), 1058.

¹⁸⁴ BVerwGE 130, 148, Rn. 20. Dazu *Andreas Pfersich* Grenzen für Wohnsitzauflagen gegenüber anerkannten Flüchtlingen, ZAR 2008, 272–273. Jetzt auch BVerwGE 145, 305, Rn. 16, und EuGH, NJW 2016, 1077, Rn. 56.

¹⁸⁵ EuGH, NJW 2016, 1077, Rn. 63. Ebenso *Thym* Integration (Fn. 27), 247. Das BVerwG ist der Auffassung, dass Art. 23 GFK aufenthaltsrechtliche Beschränkungen dann nicht verbiete, wenn damit aus „migrationspolitischen Gründen eine Gruppe von Ausländern erfasst werden soll, für die etwa ein besonderer Bedarf an Integrationsmaßnahmen gesehen wird“, BVerwGE 130, 148, Rn. 20.

¹⁸⁶ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Integrationsgesetzes, BT-Drs. 18/8615, S. 42 ff.

¹⁸⁷ Ebenso für den Zuzug von Spätaussiedlern in den 1990er Jahren, BVerfGE 110, 177, Rn. 44.

stritten.¹⁸⁸ Die gerade in Städten bestehenden Netzwerke von Flüchtlingen und familiären Gemeinschaften können neu angekommene Personen jedoch auch unterstützen und zu ihrer Integration beitragen.¹⁸⁹

Für die rechtliche Bewertung ist aber entscheidend, ob bei anerkannten Flüchtlingen grundsätzlich andere Integrationsbedürfnisse und -anforderungen bestehen als bei Drittstaatsangehörigen mit anderen Aufenthaltstiteln.¹⁹⁰ Das erscheint fraglich: Die Probleme von Segregation und mangelnder Integration aufgrund sog. „Parallelgesellschaften“¹⁹¹ bestehen nicht nur bei Geflüchteten. Integrationsherausforderungen gehen quer durch alle Gruppen von Drittstaatsangehörigen. Daher bleiben Zweifel an der Vereinbarkeit der Wohnsitzregelungen mit Unions- und Völkerrecht.¹⁹²

Darüber hinaus ist generell nach den Gelingensbedingungen von Integration zu fragen¹⁹³: Neben einem entsprechenden rechtlichen und gesellschaftlichen Rahmen setzt Integration individuelle Selbstbestimmung voraus. Menschen können nicht gegen ihren Willen integriert werden. Wer fremdbestimmt an einem Ort bleiben muss, an dem er sich nicht aufhalten will, wird sich schwerer integrieren als jemand, der dort leben darf, wo er selbst seine besten Chancen und Perspektiven sieht.¹⁹⁴ Für Menschen, die in ihrer Heimat und auf der Flucht Einschränkungen der Freizügig-

¹⁸⁸ Die Auswirkungen räumlicher Konzentrationen von bestimmten Migrantengruppen werden in der Migrationssoziologie differenziert bewertet. Nach einer Ansicht überwiegen die Nachteile, da sie zu weiterer Ausgrenzung führen, vgl. *Petrus Han* Soziologie der Migration, 4. Aufl., 2010, 253. Andererseits wird auch die Bedeutung von ethnischen Gemeinden für die Netzwerkbildung und den Aufbau von Institutionen gesehen, vgl. *Oswald* Migrationssoziologie (Fn. 2), 120 f. Einigkeit besteht, dass Segregation jedenfalls integrationshemmende Wirkungen haben kann. So auch *Thym* Integration (Fn. 27), 248 m.w.N.

¹⁸⁹ *Marei Pelzer/Maximilian Pichl* Wohnsitzauflage und Residenzpflicht: Aktuelle Einschränkungen der Freizügigkeit von Flüchtlingen, ZAR 2016, 96 (101).

¹⁹⁰ *Pelzer* Anmerkung (Fn. 179), 449. Der Gesetzgeber stellt zu allgemein darauf ab, dass sich Flüchtlinge anders als Drittstaatsangehörige, die geplant einreisen, nicht auf ihr Leben in Deutschland vorbereiten konnten, BT-Drs. 18/8615 (Fn. 186), S. 43.

¹⁹¹ Zum Begriff *Christian Ernst* Die Bewältigung konfligierender normativer Ordnungen, DÖV 2015, 809 (811). Ausführlich und kritisch zur Begriffswahl Wolf-Dietrich Bukow/Claudia Nikodem/Erika Schulze/Erol Yıldız (Hrsg.) Was heißt hier Parallelgesellschaft?, 2007.

¹⁹² Ähnlich *Frederik v. Harbou* Das Integrationsgesetz, NVwZ 2016, 1193 (1199). Anders *Thym* Integration (Fn. 27), 248 f.

¹⁹³ In der Migrationssoziologie werden sowohl gesellschaftliche Rahmenbedingungen als auch individuelle Voraussetzungen für gelingende Integrationsprozesse genannt. Vgl. *Han* Soziologie (Fn. 188), 305; *Luft* Flüchtlingskrise (Fn. 169), 325 ff., sowie umfassend *Heckmann* Integration (Fn. 47). S. auch *Herfried Münkler/Marina Münkler* Die neuen Deutschen, 2016, 227 ff.

¹⁹⁴ Das lässt sich auch mit dem „Empowerment“-Aspekt der Menschenrechte begründen, vgl. *Anuscheh Farahat* Empowerment und Zuordnung im Migrationsrecht, Der Staat 52 (2013), 187 (205).

keit besonders einschneidend erlebt haben, ist die freie Wohnortwahl von erheblichem Interesse und wesentliche Voraussetzung für das Gelingen von Integration.¹⁹⁵ Das gilt erst recht für die Integration in eine freiheitliche Rechts- und Sozialordnung.¹⁹⁶

Im Einzelfall verfügte Wohnsitzregelungen sind in jedem Fall nur dann verhältnismäßig, wenn jeweils konkret auf mögliche Integrationsbedürfnisse oder -behinderungen eingegangen wird. Der Gesetzeswortlaut spricht von der „Förderung *seiner* nachhaltigen Integration“ und stellt somit auf die Perspektive des Einzelnen ab. Der generelle Hinweis auf bessere Integrationschancen im ländlichen Raum wegen der niedrigen Arbeitslosenquote oder dem „ausgeprägten Vereinsleben“ auf dem Land¹⁹⁷ genügt nicht.

VII. Zusammenfassung und Schlussbemerkung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Rechte und Pflichten von Ausländern zwar im Kern durch migrationsrechtliche Statuskategorien bestimmt werden. Einschränkungen und Erweiterungen führen jedoch zu einer Ausdifferenzierung und Entflechtung der jeweiligen Statuskategorien. Als Instrumente des Migrationsrechts können die einzelnen Rechte und Pflichten angesehen werden.

Die Staatsangehörigkeit ist nach wie vor die für das Migrationsrecht konstitutive Kategorie. Die Rechte von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen mit einem Daueraufenthaltsrecht nähern sich den Rechten von Staatsbürgern jedoch zunehmend an. Die Statuskategorien der regulären Zuwanderung ermöglichen und begrenzen Migration. Ihre Grundlagen entsprechen den Interessen und humanitären Verpflichtungen Deutschlands. Allerdings sind ihre Voraussetzungen weiterhin hauptsächlich durch das Paradigma der Begrenzung und nicht der Ermöglichung geprägt. Aufenthaltsgestattung, Duldung und die Statuslosigkeit irregulärer Migranten zielen im Wesentlichen auf Abschreckung und Begrenzung von Zuwanderung. Ihre konkrete Ausgestaltung widerspricht teilweise verfassungs- und

¹⁹⁵ So auch Schlussanträge GA Cruz Villalón, Alo und Osso, Rs. C-443/14 und C-444/1, Rn. 70.

¹⁹⁶ Dieser Gedanke wird auch in BVerfGE 110, 177, Rn. 48, angedeutet: „Hinzu kommt, dass sich viele Spätaussiedler aus nachvollziehbaren Gründen mit der Beschränkung ihrer Freizügigkeit nach Einreise in ein Land nicht abfinden können, dessen Ordnung durch das Grundgesetz freiheitlich gestaltet ist.“ Letztlich lässt das BVerfG gleichwohl die öffentlichen Interessen überwiegen.

¹⁹⁷ So aber *Ruge* Residenzpflicht (Fn. 172), 92; *Burgi* Integrationsverwaltungsrecht (Fn. 25), 1022.

völkerrechtlichen Vorgaben. Hier besteht Handlungsbedarf aus rechtlichen Gründen.

Die Ausgestaltung des Schutzes von Flüchtlingen ist unions- und völkerrechtlich weitgehend vorgegeben. Die entsprechenden Schutzkategorien sind nicht am Ziel der Zuwanderungssteuerung, sondern der Gewährung von Schutz vor Verfolgung, Menschenrechtsverletzungen und Gewalt zu messen. Statureinschränkungen durch Wohnsitzauflagen für anerkannte Flüchtlinge sind nur mit den besonderen Integrationsbedürfnissen dieser Gruppe zu rechtfertigen. Ob dies bei der neu eingeführten Wohnsitzregelung des § 12a AufenthG der Fall ist, erscheint zweifelhaft.

Die hier vorgestellten Überlegungen haben gezeigt, dass die Instrumente des Migrationsrechts durch völker- und unionsrechtliche Vorgaben geprägt und dem Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers teilweise weiter entzogen sind, als es mancher Politiker zu realisieren scheint. Einfache Antworten auf die mit den Herausforderungen von Migration und Integration verbundenen Fragen oder den großen Wurf einer Lösung gibt es nicht.¹⁹⁸ Das gilt insbesondere für nationale Alleingänge. Die Steuerung von Migration und die Integration von Ausländern können rechtlich und politisch nur im Verbund und in Kooperation mit anderen Staaten gelingen.¹⁹⁹

¹⁹⁸ *Günter Frankenberg* Flüchtlingsabwehr oder Flüchtlingsschutz?, KJ 2016, 145 (149).

¹⁹⁹ *Ulrich Becker/Jens Kersten* Demokratie als optimistische Staatsform, NVwZ 2016, 580 (581).

Leitsätze des Referenten über:

Status als Instrument des Migrationsrechts

I. Einführung

(1) In Deutschland leben heute über 9,1 Millionen Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit. Ihre Rechte und Pflichten ergeben sich nicht nur aus ihrer Staatsangehörigkeit und ihrem Aufenthaltstitel. Vielmehr werden die jeweiligen Grundkategorien durch Einschränkungen und Erweiterungen weiter ausdifferenziert.

II. Konzeptionelle Grundlagen

1. Begriff, Gegenstand und Ziele des Migrationsrechts

(2) Mit dem Begriff „Migrationsrecht“ wird der Fokus auf das soziale Phänomen Migration gelegt. Gegenständlich umfasst das Migrationsrecht Regelungen über Einreise und Aufenthalt sowie die Freizügigkeit im Bundesgebiet, Zugang zu Beschäftigung und Familienzusammenführung.

(3) Das normative Programm des § 1 Abs. 1 AufenthG kann als Zielvorgabe für das Migrationsrecht herangezogen werden. Diese umfasst die Steuerung und Begrenzung von Migration durch Zuwanderungsmöglichkeit und -gestaltung, die Integration von Ausländern und die Erfüllung humanitärer Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland. Dazu gehört der Schutz von Menschen vor Verfolgung, Menschenrechtsverletzungen und Gewalt in bewaffneten Konflikten.

2. Status und Instrumente im Migrationsrecht

(4) Das Migrationsrecht verwendet keinen einheitlichen Statusbegriff. Die staatsangehörigkeits-, aufenthalts- und flüchtlingsrechtlichen Statuskategorien entsprechen nur eingeschränkt dem Verständnis des Status als eines klar definierten und abgrenzbaren Bündels von Rechten und Pflichten. Der mit einem Status verbundene Kernbestand an Rechten und Pflichten kann erweitert und eingeschränkt werden. Dies führt zu einer Entflech-

zung der Statuskategorien und zu deren Relativierung als Strukturelemente des Migrationsrechts.

(5) Als Instrumente des Migrationsrechts können die durch die Statuskategorien vermittelten Rechte und Pflichten angesehen werden. Diese sind darauf zu untersuchen, ob und wie sie zur Verwirklichung der Ziele Migrationssteuerung, Integration und Erfüllung humanitärer Verpflichtungen beitragen.

III. Staatsangehörigkeitsrechtliche Statuskategorien: Staatsbürger, Unionsbürger und Drittstaatsangehörige

(6) Die Differenzierung auf der Grundlage der Staatsangehörigkeit ist für das Migrationsrecht konstitutiv. Erst mit dem Erwerb der Staatsangehörigkeit endet das Sonderrecht für Ausländer. Verglichen mit der Staatsbürgerschaft sind alle migrationsrechtlichen Statuskategorien weniger weitreichend. Im geltenden Recht zeigt sich dies insbesondere im Wahlrecht, dem Recht der Familienzusammenführung sowie bei Ausweisungen und Abschiebungen.

(7) Aufgrund der weitgehenden Angleichung von staats- und unionsbürgerschaftlichen Rechten markiert die Unterscheidung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen heute die eigentliche Trennlinie im Migrationsrecht.

IV. Aufenthaltsrechtliche Statuskategorien von Drittstaatsangehörigen

I. Statuskategorien regulärer Zuwanderung

(8) Inhaber einer Niederlassungserlaubnis verfügen bezüglich Aufenthalt, Beschäftigung und Freizügigkeit über die gleichen Rechte wie Staats- und Unionsbürger. Da zu den Voraussetzungen der Niederlassungserlaubnis u.a. ausreichende Deutschkenntnisse und Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung gehören, schafft sie einen Anreiz für Integrationsbemühungen.

(9) Die Aufenthaltserlaubnis ermöglicht befristete Zuwanderung zum Zweck der Ausbildung, der Erwerbstätigkeit, der Familienzusammenführung sowie aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen. Diese Hauptzwecke können als rechtlich zulässige und politisch gewollte Einwanderungspfade nach Deutschland ausgestaltet werden. Tatsächlich ist das geltende Recht jedoch in erster Linie auf die Begrenzung und nicht die Ermöglichung von Zuwanderung ausgerichtet.

2. *Schutzgewährung oder Abschreckung: Die Aufenthaltsgestattung für Asylbewerber*

(10) *Asylbewerber erhalten mit der Aufenthaltsgestattung einen Aufenthaltsstatus „zweiter Klasse“. Freizügigkeits- und Beschäftigungsrechte sind stark eingeschränkt. Diese Einschränkungen sind auf Abschreckung und damit die Begrenzung von Zuwanderung gerichtet. Es ist fraglich, ob die Ausgestaltung der Aufenthaltsgestattung mit den menschenrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands vollständig vereinbar ist.*

3. *Der prekäre und rechtlich widersprüchliche Status geduldeter Personen*

(11) *Die Duldung begründet für vollziehbar ausreisepflichtige Personen einen prekären Aufenthaltsstatus „dritter Klasse“. Sie hat sich von der nur temporären Aussetzung der Vollstreckung der Ausreisepflicht weit entfernt. Langfristig Geduldete können in bestimmten Fällen eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, wenn sie gut integriert sind. Die Ausgestaltung der Duldung erweist sich somit als widersprüchlich und rechtsstaatlich zweifelhaft.*

(12) *De lege ferenda sollte die Duldung durch eine klare Fristregelung begrenzt werden. Drittstaatsangehörige, deren Abschiebung länger als 18 Monate aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist, sollten einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis erhalten.*

4. *Statuslosigkeit irregulärer Migranten*

(13) *Menschen, die sich formal illegal in Deutschland aufhalten, sind status-, aber nicht rechtslos. Die Realisierung des von Hannah Arendt postulierten Rechts „Rechte zu haben“ ist für sie von besonderer Relevanz. In der Praxis ist insbesondere der Zugang dieser Personen zu Gesundheitsleistungen und sozialen Diensten äußerst eingeschränkt. Problematisch ist dabei vor allem die Mitteilungspflicht anderer Behörden an die Ausländerbehörden.*

V. *Völker- und unionsrechtliche Prägung des Migrationsrechts am Beispiel flüchtlingsrechtlicher Statuskategorien*

(14) *Die Statuskategorien des Asylberechtigten, des Flüchtlings, des subsidiär Schutzberechtigten und des Abschiebungsschutzberechtigten sind Voraussetzungen für einen regulären Aufenthaltsstatus aus humanitä-*

ren Gründen. Ihre Ausgestaltung trägt zur Erfüllung der humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland bei.

1. Asylberechtigung

(15) Die Asylberechtigung ist eine Statuskategorie des nationalen Rechts. Das in Art. 16a GG geschützte Grundrecht auf Asyl ist trotz seiner erheblichen Einschränkung durch den sog. Asylkompromiss 1993 und seiner reduzierten praktischen Bedeutung nicht obsolet, sondern dient als gesellschaftlicher Erinnerungsspeicher und erfüllt eine Reservefunktion.

2. Unions- und völkerrechtliche Vorgaben des humanitären Schutzes

(16) Der durch die EU-Qualifikationsrichtlinie vorgegebene Schutz für Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte („internationaler Schutz“) beruht auf flüchtlingsvölkerrechtlichen und menschenrechtlichen Grundlagen und überlagert das nationale Asylrecht.

(17) Die Abschiebungsschutztatbestände des nationalen Rechts realisieren völkerrechtliche Verpflichtungen und schützen vor schweren Menschenrechtsverletzungen und Gewalt in bewaffneten Konflikten.

3. Grenzen des gesetzgeberischen Handlungsspielraums

(18) Da die Rechtsfolgen der Asylberechtigung und des Flüchtlingsstatus weitgehend angeglichen sind und wegen der engeren Voraussetzungen der Asylberechtigung, entfalten Beschränkungen des Art. 16a GG derzeit praktisch keine Wirkung. Dieser steht daher zu Unrecht im Mittelpunkt der aktuellen Debatten über eine Reform des Flüchtlingsrechts.

(19) Bei der Festlegung sicherer Herkunftsstaaten hat der Gesetzgeber unions- und verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten. Die Entscheidung ist an objektiven und überprüfbaren Erkenntnissen über Rechtslage, Rechtsanwendung und allgemeine politische Verhältnisse in dem jeweiligen Land zu orientieren.

VI. Ausdifferenzierung der Statuskategorien am Beispiel der Wohnsitzregelung für anerkannte Flüchtlinge

1. Inhalt der Wohnsitzregelung des § 12a AufenthG

(20) Mit der neuen Wohnsitzregelung nach § 12a AufenthG wird die freie Wohnortswahl von anerkannten Asylbewerbern, Flüchtlingen und

subsidiär Schutzberechtigten eingeschränkt. Die Regeln perpetuieren die Verteilung der Geflüchteten auf die Bundesländer nach dem „Königsteiner Schlüssel“ und ermöglichen es den Behörden, einem Drittstaatsangehörigen einen bestimmten Wohnort zuzuweisen oder die Wohnsitznahme an einem bestimmten Ort zu verbieten.

2. Freizügigkeitsrechte von anerkannten Flüchtlingen

(21) Wohnsitzregelungen sind an den Grundrechten sowie an unions- und völkerrechtlichen Vorgaben zu messen. Beschränkungen der Freizügigkeit von Flüchtlingen können nur mit besonderen integrationspolitischen Erwägungen gerechtfertigt werden. Ungleichbehandlungen von Flüchtlingen und anderen Drittstaatsangehörigen sind nur zulässig, wenn unterschiedliche Integrationsbedürfnisse zwischen beiden Gruppen bestehen.

3. Bewertung

(22) Die Wohnsitzbeschränkung wird mit ihrem Beitrag zur Vermeidung von integrationshinderlichen Segregationen in großstädtischen Ballungsräumen begründet. Angesichts der Besonderheit des großen Zustroms von Flüchtlingen im Jahre 2015 ist grundsätzlich von einer weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers auszugehen.

(23) Es ist jedoch fraglich, ob der Integrationsbedarf von Flüchtlingen sie zu einer homogenen und von anderen Drittstaatsangehörigen klar unterscheidbaren Gruppe macht. Zudem wird die Integration in eine freiheitliche Rechts- und Sozialordnung durch fremdbestimmte Wohnsitzregelungen erschwert.

VII. Schlussbemerkung

(24) Migrationsrechtliche Instrumente werden durch völker- und unionsrechtliche Vorgaben geprägt und sind dem Handlungsspielraum des nationalen Gesetzgebers teilweise entzogen. Die Steuerung von Migration und die Integration von Ausländern können rechtlich und politisch nur im Verbund und in Kooperation mit anderen Staaten gelingen.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Migrationsfolgenrecht

Referat von *Daniel Thym*, Konstanz

Inhalt

	Seite
I. Leitbild der Sesshaftigkeit	169
II. Rechtliche Verarbeitung von Migrationsfolgen	173
III. Sozialrecht	176
1. Territorialprinzip und Inländergleichbehandlung	177
2. Neubewertung aus transnationaler Perspektive	178
3. Folgen für die BVerfG-Rechtsprechung	181
IV. Rechtliche, politische und kulturelle Zugehörigkeit.	185
1. Von der Denizenship zur Citizenship	186
2. Politische Teilhabe	188
3. Nichtdiskriminierung statt Minderheitenschutz	193
V. Gesellschaftlicher Zusammenhalt.	196
1. Nationalstaatliche Identitätskonstruktion	197
2. Verfassungspatriotismus in der Migrationsgesellschaft	199
3. Konkretisierung bei der Grundrechtsinterpretation	203
4. Integrationsgesetzgebung	206
VI. Ausblick: Integration und Einwanderung.	208

I. Leitbild der Sesshaftigkeit

Die Territorialstaaten europäischer Prägung sind im Ausgangspunkt immobil. Sie verstehen sich als „Verband sesshafter Menschen“¹ und das öffentliche Recht bildet dies ab. Gewiss gab es schon immer Migration, in der Gegenwart nicht anders als früher.² Aber diese *empirische* Bedeutung

¹ Exemplarisch *Georg Jellinek* Das Recht des modernen Staates, Bd. 1, 2. Aufl. 1905, 172, der von „Verbandseinheit“ (nicht: „Verband“) spricht.

² Eine moderne Gesamtschau leistet *Dirk Hoerder* *Cultures in Contact*, 2002; die heutige Geschichtswissenschaft widerspricht der früheren Annahme, dass das europäische Mit-

des Grenzübertritts widerspricht nicht meiner Annahme, dass der moderne Staat und sein öffentliches Recht von einer *normativen* Grundannahme geprägt sind, die Sesshaftigkeit als konzeptuellen Normalfall denkt – und zwar speziell, wenn es um internationale Personenwanderungen geht.³ Unsere Gesellschaften sind beweglich; wirtschaftliche und geistige Mobilität gelten als Tugend, exemplarisch im europäischen Binnenmarkt.⁴ Aber die Bewertung des Migrationsgeschehens berührt dies nur am Rande. Für den Umgang mit transnationaler Migration besteht ein Leitbild der Sesshaftigkeit, das im Sinn eines „sedentären Bias“⁵ unser Denken lenkt.

Ein Blick auf den Verfassungstext bestätigt diesen Befund. So behandelt das Grundgesetz die Migration nur am Rande, vor allem bei den Kompetenzen,⁶ und gewährt dem Gesetzgeber bei deren Wahrnehmung einen weiten Spielraum.⁷ Die Verfassung bindet die Bürger an den Staat und gewährt ihnen Freizügigkeit, während sie Ausländern in aller Regel

telalter und die frühe Neuzeit von Sesshaftigkeit geprägt waren; näher *Jan und Leo Lucassen* *Journal of Global History* 4 (2009), 347–377.

³ Eine UN-Definition versteht als „international migrant“, wer den gewöhnlichen Aufenthalt für mindestens 12 Monate ins Ausland verlegt; vgl. UN Department of Economic and Social Affairs, *Statistical Papers Series M*, No. 58, Rev. 1 (1998), Rn. 32–37; damit ist zugleich gesagt, dass die staatliche Binnenmigration keine Migration im hier verwandten Sinn darstellt, auch wenn diese vor der Festigung des Nationalstaats im ausgehenden 19. Jahrhundert durchaus mit der heutigen transnationalen Migration vergleichbar war.

⁴ Insoweit besteht ein Kontrast zwischen der positiv konnotierten (kurzfristigen) „Mobilität“ für wirtschaftliche, touristische und akademische Zwecke und der (mittel- und langfristigen) „Migration“, die häufig aus ärmeren Ländern kommt; s. auch *Mimi Sheller/John Urry* *Environment & Planning* 38 (2006), 207–226.

⁵ Begriff und Konzept nach *Stephen Castles* *Journal of Ethnic and Migration Studies* 36 (2010), 1565 (1566–1568); in einem speziellen Kontext erstmals verwandt bei *Oliver Bakewell* IMI Working Paper 8/2007; ähnlich die Kritik eines „konzeptuellen Nationalismus“, für Migration prominent bei *Andreas Wimmer/Nina Glick Schiller* *International Migration Review* 37 (2003), 576–610, die von „methodological [nicht: ‚conceptual‘] nationalism“ sprechen; sinngemäß die methodische Grundsatzkritik von *Adrian Favell* in: *Caroline B. Brettell/James F. Hollifield* (Hrsg.) *Migration Theory. Talking Across Disciplines*, 3. Aufl. 2015, 318 (320–322); und *Christiane Harzig/Dirk Hoerder/Donna R. Gabaccia* *What is Migration History?*, 2009, Kap. 3–5; s. auch aus der Ethnologie *Liisa Malkki* *Annual Review of Anthropology* 24 (1995), 495–523.

⁶ Vgl. Art. 73 Abs. 1 Nr. 2 f., Art. 74 Abs. 1 Nr. 4, 6 GG und die Aussiedlerklausel des Art. 116 Abs. 1 GG sowie, mittelbar, die Abstufung von Deutschen- und Jedermann-Grundrechten und das Kommunalwahlrecht der Unionsbürger.

⁷ Einschränkungen bestehen insb. für den Familiennachzug und das Asylrecht; vgl. *Jörg Gündel* HStR IX, 2011, § 198 Rn. 50–55; hinzu kommt die Unionsbürgerfreizügigkeit, die jedoch nichts daran ändert, dass der EU-Gesetzgeber gegenüber Drittstaatsangehörigen nach Art. 77–80 AEUV eine prinzipielle Gestaltungsfreiheit besitzt; näher *Daniel Thym* *Common Market Law Review* 50 (2013), 709 (718–723).

keinen grundrechtlichen Einreiseanspruch zuspricht.⁸ Der neuzeitliche Staat will eine stabile Herrschaftsordnung errichten. Auf dieser Annahme beruht selbst das Asylrecht, das nur diejenigen schützt, die im Herkunftsland aus der „Friedensordnung der staatlichen Einheit“⁹ herausfallen. Das Asylrecht bestätigt als negatives Pendant eine internationale Ordnung, die jeden Menschen einem Territorium zuweist.¹⁰

Dass wir von Sesshaftigkeit als konzeptuellem Normalfall ausgehen, zeigt sich auch am Titel meines Vortrags, der mit dem Begriff des „Migrationsfolgenrechts“ einen gedanklichen Zwischenschritt vorgibt: Die Analyse der „Migrationssteuerung“ hinsichtlich Einreise und Aufenthalt¹¹ mündet in eine Untersuchung der „Migrationsfolgen“. Mein Thema ist nicht die Bewegung, sondern die Aufnahme in die Zielgesellschaft, das Ankommen,¹² das im öffentlichen Diskurs unter dem Topos der „Integration“ verhandelt wird.¹³ Integration hat nach dem Willen des Gesetzgebers eine klare Zielrichtung: Es geht um die Inkorporation der „auf Dauer im

⁸ Der Versuch, die Einreisefreiheit über Art. 2 Abs. 1 GG abzusichern, führte in der Regel zu keinem Einreiseanspruch, sondern bewirkte einzig eine Rechtfertigungslast im Fall der Zurückweisung (näher *Jürgen Bast* Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, 205–212), die heute über sekundäres Unionsrecht ohnehin gewährleistet ist; allgemein wird Art. 2 Abs. 1 GG zunehmend durch Unionsrecht überlagert, das mangels allgemeiner Handlungsfreiheit auch kein generelles Einreisegrundrecht kennt; vgl. *Thomas Giegerich* in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn/Doris König/Christine Langenfeld (Hrsg.) Konkordanzkommentar EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 26 Rn. 46 ff.; zur völkerrechtlichen Ausreisefreiheit, die mit keiner Einreisefreiheit korreliert, *Stefan Breitenmoser* in diesem Band, sowie die theoretische Debatte bei *Philipp Cole* und *Christopher Heath Wellman* Debating the Ethics of Immigration, 2011.

⁹ BVerfGE 80, 315 (335).

¹⁰ Zum Staaten-Bürger-Nexus als konzeptueller Grundlage des modernen Flüchtlingsrechts instruktiv *Nevzat Soguk* States and Stranger, 1999, Kap. 3; und *Emma Haddad* The Refugee in International Society, 2008, Kap. 3, 5 f.

¹¹ Hierzu die vorstehenden Beiträge von *Stephan Breitenmoser*, *Kerstin Odendahl* und *Markus Krajewski* in diesem Band.

¹² Damit ist zugleich gesagt, dass das „Migrationsrecht“ hinsichtlich Aufenthalt, Asyl, Aussiedler und Staatsangehörigkeit nicht mein Thema ist, sondern unter das „Migrationsfolgenrecht“ solche Fragen fallen, die sachlich und/oder zeitlich außerhalb des migrationsrechtlichen Prozesses des Statuswandels zu verorten sind; zu dieser Begriffsverwendung *Daniel Thym* Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 8–14.

¹³ Eine Suche auf Google und Beck-Online ergab im Sommer 2016 keine nennenswerte Trefferzahl für „Migrationsfolgenrecht“, während der Begriff der „Integration“ fest etabliert ist; eine Diskursgeschichte für Deutschland leistet *Valentin Rauer* in: Özkan Ezil/Andreas Langenohl/Valentin Rauer/Claudia Marion Voigtmann (Hrsg.) Die Integrationsdebatte zwischen Assimilation und Diversität, 2013, 51–86; zur europäischen Debatte *Sergio Carrera* In Search of the Perfect Citizen?, 2009, Kap. 3 f.

Bundesgebiet lebenden Ausländer in das wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Leben.“¹⁴

Für unsere Zwecke entscheidend ist, dass die Identifikation eines Leitbilds der Sesshaftigkeit zuvorderst eine analytische Stoßrichtung besitzt. Meine These lautet, dass die Grundannahme der Sesshaftigkeit tief in die Denkmuster speziell des deutschen öffentlichen Rechts eingeschrieben ist – und zwar in dem Sinn, dass unsere Rechtsfiguren und Strukturprinzipien gebaut wurden, ohne das Migrationsgeschehen hinreichend mitzudenken.¹⁵ Unsere Begriffs- und Kategoriebildung war gleichsam „migrationsblind“; eben dies meine ich mit der Kritik des „sedentären Bias“. Ich werde den Großteil meines Referats darauf verwenden, übergreifende Aspekte des Migrationsfolgenrechts auf sedentäre Vorannahmen hin zu überprüfen, um sodann eine Rekonstruktion vorzuschlagen, die die Perspektive des Grenzübertritts reflektiert.¹⁶

Die offene Formulierung eines „Leitbilds“ verweist auf einen methodischen Zugriff, der der Versuchung widersteht, das Thema vorrangig als Frage des Verfassungsrechts zu deuten.¹⁷ Die analytische Kritik des „sedentären Bias“ dient keiner staatsrechtlichen Umpolung, die etwa im Wege der dynamischen Grundrechtinterpretation die Interessen von Migranten gegenüber öffentlichen Steuerungsanliegen privilegierte.¹⁸ Mein Anspruch

¹⁴ § 43 Abs. 1 AufenthG idF des Zuwanderungsgesetzes v. 30.7.2004 (BGBl. 2004 I 1950); zum Kontext *Johannes Eichenhofer* Begriff und Konzept der Integration im Aufenthaltsgesetz, 2013; sinngemäß auf EU-Ebene die Gemeinsamen Grundprinzipien für die Politik der Integration von Einwanderern, Rats-Dok. 14615/04 v. 19.11.2004, 19–24.

¹⁵ Sinngemäß für den demografischen Wandel, wenn auch mit einem Fokus auf das Verfassungsrecht, *Ulrich Becker/Jens Kersten* AöR 141 (2016), 1–39.

¹⁶ Eine Ursache für die analytische Unterbelichtung des Migrationsgeschehens ist die weitgehende Abstinenz der universitären Rechtswissenschaft speziell in Deutschland, die das Thema bis heute vielfach den Praktikern überlässt; vgl. *Helmuth Schulze-Fielitz* Die Verwaltung 36 (2003), 421 (439 f.); für andere Disziplinen gilt in Deutschland Ähnliches, anders als in den USA; vgl. *Michael Bommes* in: Dietrich Thränhardt/Michael Bommes (Hrsg.) National Paradigms of Migration Research, 2010, 127 (147 f.).

¹⁷ Zur geringen Bedeutung der Verfassung für die Migrationsfolgen in diesem Punkt übereinstimmend *Josef Isensee* Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), 49 (101); und *Susanne Baer* Demographischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290 (375); hingegen besaß das Grundgesetz bei der Migrationssteuerung immer eine große Bedeutung, was anfangs unter anderem an der Unbestimmtheit des einfachen Gesetzesrechts nach dem AusG 1965 (BGBl. 1965 I 353) lag; vgl. *Christian Tomuschat* Diskussionsbeitrag VVDStRL 32 (1974), 120; und *Kay Hailbronner* NJW 1983, 2105 (2107).

¹⁸ Tendenziell anders etwa *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 8), 101–111; und *Thomas Groß* AöR 139 (2014), 420 (437–444); für die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft gelten andere Maßstäbe als für den theoretischen Überbau der Geistes- und Sozialwissenschaft; vgl. zu letzterer *Donna R. Gabaccia* in: Brettell/Hollifield (Fn. 5), 37 (43–52).

ist bescheidener: Ich möchte die transnationale Perspektive in die bestehenden Rechtsfiguren und Denkmuster einpflegen, im Sinn einer konzeptuellen Infrastrukturpflege.¹⁹ Konkrete Rechtsfolgen ergeben sich nur, soweit meine Überlegungen an Normen rückgekoppelt sind.²⁰ Dies kann die Verfassung sein, betrifft aber sehr viel häufiger den Gesetzgeber, denn Migrationsfolgenrecht ist in weiten Teilen einfaches Gesetzesrecht.

Für die Virulenz meines Themas ist die Flüchtlingskrise nur der Auslöser. Sie alle wissen, dass rund 20 % der deutschen Bevölkerung einen Migrationshintergrund besitzt. Allerdings zeigt erst ein Blick auf die Altersgruppen das Ausmaß der demographischen Transition: Unter den Schülern zwischen 5 und 15 Jahren hat rund ein Drittel einen Migrationshintergrund, während diese Quote für die 55- bis 65-Jährigen nicht einmal halb so groß ist. Regional hat etwa in allen südhessischen Landkreisen mindestens die Hälfte der Schüler einen Migrationshintergrund.²¹ Diese Zahlen zeigen, dass es an der Zeit ist, das öffentliche Recht auf sedentäre Vorprägungen zu überprüfen.

II. Rechtliche Verarbeitung von Migrationsfolgen

Eine Hürde für die Identifikation des sedentären Bias ist die sachliche Weite aller denkbaren „Migrationsfolgen.“ Grenzüberschreitende Personenbewegungen haben vielfältige Auswirkungen: Pflegeheime müssen sich auf Demenzkranke mit Migrationshintergrund einstellen, die Gewerbeaufsicht prüft ausländische Berufserfahrung, Gemeinden forcieren den Wohnungsbau, Sicherheitsbehörden suchen Terroristen und das Bundesverfassungsgericht entscheidet über das Kopftuch. Diese Liste ließe sich nahezu beliebig erweitern. Es gibt kaum ein Rechtsgebiet, das nicht im weitesten Sinn mit Migrationsfolgen befasst wäre. Nichts anderes gilt für den Begriff der

¹⁹ Zum methodischen Gehalt von Leitbildern *Uwe Volkmann* Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 57 (71–78), und *Susanne Baer* in: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hrsg.) Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 223 (232–247); kritisch *Matthias Jestaedt* in: *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (Hrsg.) Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 241 (254–259).

²⁰ *S. Armin von Bogdandy* EuR 2009, 749 (750–757); *Anuscheh Farahat* Progressive Inklusion, 2014, 129–140; und auch *Becker/Kersten* AöR 141 (2016), 1 (9–17).

²¹ Daten nach Destatis, Bevölkerung mit Migrationshintergrund, Ergebnisse des Mikrozensus, Fachserie 1 Reihe 2.2, 2014, 18, 38; die Quote für Südhessen liegt durchweg bei 48 % und höher; der Begriff des Migrationshintergrunds ist weit gefasst und umfasst alle, die seit 1950 in das Bundesgebiet zuwanderten oder Eltern haben, die zuwanderten bzw. in Deutschland als Ausländer geboren wurden.

„Integration.“²² Es handelt sich um eine Aufgabe mit Querschnittscharakter, die diverse Rechtsgebiete betrifft.²³

Diese thematische Bandbreite erschwert eine Gesamtdarstellung, begründet aber dennoch keinen Nachteil. Eher im Gegenteil: Der Querschnittscharakter bewirkt, dass die vielfältigen Migrationsfolgen in die Systematik der unterschiedlichen Rechtsgebiete einzuordnen und dort bereichsspezifische Lösungen zu entwickeln sind, die die heterogenen Regelungsinhalte des besonderen Verwaltungsrechts als Erfahrungsspeicher nutzen.²⁴ Es gibt auf Ebene des einfachen Rechts kein einheitliches Migrationsfolgenrecht und auch kein Rechtsgebiet namens Integrationsverwaltungsrecht, nur integrationsbezogene Regelungen anderer Rechtsgebiete.²⁵ Baurecht, Gewerberecht, öffentliches Dienstrecht, Polizeirecht und viele mehr – sie alle verarbeiten Migrationsfolgen, ohne zu einem Rechtsgebiet zu fusionieren. Diese Vielfalt des besonderen Verwaltungsrechts ist ein Gewinn.²⁶

Ein Beispiel aus dem Bildungsrecht veranschaulicht den bereichsspezifischen Anpassungsbedarf: Unter den Flüchtlingen sind bekanntlich viele junge Menschen, zumeist Männer zwischen 18 und 25 Jahren, die von einem Berufsschulbesuch profitierten,²⁷ als Volljährige in den meisten Bun-

²² Der *thematische* Begriff der „Migrationsfolgen“ ist weiter als das *finale* Konzept der „Integration“, weil er auch Konsequenzen in Bereichen umfasst, die keinen direkten Bezug zum (weiten) Integrationsbegriff besitzen; zur Deutungsoffenheit des Letzteren aus Sicht der Soziologie *Friedrich Heckmann* Integration von Migranten, 2016, Kap. 3; und für die Rechtswissenschaft *Eichenhofer* Integration (Fn. 14), 109–148; und *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 12), 271–274; kritisch *Josef Isensee* Diskussionsbeitrag VVDStRL 62 (2003), 208.

²³ Näher *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 12), 274–295, und *Matthias Rossi* DV 40 (2007), 383 (385–387).

²⁴ Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 3–6; und *Martin Burgi* DVBl. 2016, 1015 (1015–1018).

²⁵ Ebenso *Johannes Eichenhofer* ZAR 2016, 251 (261); weitergehend *Burgi* DVBl. 2016, 1015; und *Winfried Kluth* in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 72 Rn. 420–426, der inhaltlich freilich nur das AufenthG diskutiert; diese Aussage steht nicht im Widerspruch zu *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 12), Kap. 5, weil dort der Querschnittscharakter erläutert und sodann integrationsbezogene Regelungen nur des „Migrationsrechts“ als Bezeichnung für das Ausländer-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht (vgl. ebd. 8–14) erörtert werden.

²⁶ Vielfalt darf nicht mit Abschottung verwechselt werden; divergente Sachlogiken der Rechtsgebiete sind ggf. abzustimmen, etwa der ordnungspolitische Zugriff des Migrationsrechts mit dem aktivierenden Ansatz des Arbeits- und Sozialrechts; zu Problemen der Praxis BMI, Bericht zur Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes, 2006, 138 f., und *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 12), 290–295.

²⁷ Zur genannten Altersgruppe gehörte ein Viertel aller Personen, die 2015 einen förmlichen Antrag stellten, darunter 80 % Männer; vgl. BAMF, Das Bundesamt in Zahlen 2015 – Asyl, 18 f.

desländern aber keiner Schulpflicht mehr unterliegen, sodass eine verlängerte Berufsschulpflicht nach bayerischem Vorbild sinnvoll sein kann.²⁸

Derartige Reaktionen in den verschiedenen Rechtsgebieten sind zentral für die Aufbereitung der Migrationsfolgen, für das besondere Verwaltungsrecht aber an sich nicht ungewöhnlich. Im Gegenteil: Ein Rechtsgebiet, das seine Steuerungsleistung angesichts veränderter Rahmenbedingungen erhalten will, muss lernfähig sein.²⁹ Derartige Lernprozesse finden infolge von Migration ebenso statt wie als Antwort auf die alternde Gesellschaft oder die Digitalisierung.³⁰ Sie werden nicht im Zentrum meiner Überlegungen stehen. Stattdessen konzentriere ich mich auf Fragen, die auf einer mittleren Abstraktionsebene anzeigen, dass sich – ungeachtet des aktuellen Handlungsdrucks – auch die Grundkategorien verschieben.³¹

Tatsächlich wandelt sich der Vorzug der verwaltungsrechtlichen Bindendiversität zum Nachteil, wenn die Eigengesetzlichkeit einer Sachmaterie dazu führt, dass der transnationale Charakter von Migrationsprozessen unterbelichtet bleibt, wie ich es sogleich anhand des Sozialrechts vorführen werde. Der sedentäre Bias wirkt hier im Sinn einer heuristischen Engführung, die die Migrationsfolgen den Pfadabhängigkeiten der nationalstaatlichen Binnenperspektive unterordnet.³² Dem gilt es entgegenzuwirken und

²⁸ Außer in Bayern besteht für Volljährige nur ein nachrangiges Schulbesuchsrecht, keine Pflicht, vgl. §§ 39 f. bay. Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen sowie, exemplarisch, § 78 Abs. 1 SchulG BW; näher *Roman Lehner* RdJB 2016, 329–344; und Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, Jahresgutachten 2017, Abschn. B.2.3 (in Vorbereitung).

²⁹ Vgl. *Andreas Voßkuhle* in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 17 ff.; die Ausdifferenzierung der Rechtsordnung ist eine Folge solcher Lernprozesse; vgl. *Rainer Wahl* in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen, 1993, 177 (183 f.).

³⁰ Exemplarisch zur alternden Gesellschaft *Stephan Rixen* Gestaltung des demographischen Wandels als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 74 (2015), 293 (311 ff.).

³¹ Wir tendieren dazu, auf die zunehmende Intensität transnationaler Ereignisse handlungsorientiert zu reagieren, übersehen hierbei aber leicht, dass sich auch die Grundkategorien verschieben; vgl. *Niklas Luhmann* Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 57 (1971), 1–35; Migration ergänzt insofern die Finanz- und Eurokrise, den erstarkenden Populismus und den Aufstieg Ostasiens als Anstöße für eine Rückkehr der historischen Langzeitperspektive und damit auch für eine öffentlich-rechtliche Neubewertung von Grundkategorien, die zuvor als stabil erschienen.

³² Unter Migrationsforschern ist ein umgekehrter „Mobilitätsbias“ zu beobachten, der – entgegen der Situation in der Staatsrechtslehre – gleichfalls zu einseitig denkt und Gefahr läuft, soziale Phänomene vorrangig nach migrationsspezifischen Erklärungsmustern zu deuten, obgleich diese ein Teil genereller Transformationsprozesse sind; vgl. *Castles* Journal of Ethnic and Migration Studies 36 (2010), 1565 (1569 ff.); klassisch zur Gefahr methodologischer Pfadabhängigkeit *Abraham Kaplan* The Conduct of Inquiry, 1964.

mir scheint, dass die Flüchtlingskrise als epistemologischer Umschlagspunkt wirkt, infolgedessen das öffentliche Recht auch die Grundkategorien überdenkt.³³ Es geht wohlgerne nicht darum, eine neue Großformel zu entwickeln, etwa das „Leitbild der Sesshaftigkeit“ durch ein „Leitbild des Grenzübertritts“ zu ersetzen. Vielmehr sind bestehende Rechtsfiguren unter Berücksichtigung des Migrationsgeschehens fortzuschreiben.³⁴ Mein Ziel ist es nicht, die rechtlichen Fundamente der Sesshaftigkeit abzutragen, sondern den sedentären Bias bei der Begriffsbildung zu überwinden. Eben dies will ich anhand von drei ausgewählten Themenfeldern angehen.

III. Sozialrecht

Die Genese des Sozialstaats war eng verbunden mit der Entstehung des Ausländerrechts. Beide waren ein Bestandteil der Modernisierungsprozesse, die im 19. Jahrhundert zur Herausbildung der europäischen Nationalstaaten führten.³⁵ Damals entwickelten sich das Konzept der Staatsangehörigkeit und sein Gegenstück, der Fremdenstatus, in Reaktion auf konkrete Abgrenzungsprobleme,³⁶ zu denen auch die Verortung der Armenfürsorge gehörte.³⁷ Anders formuliert: Schließung nach außen und soziale Sicherheit im Inland bedingten sich wechselseitig und tun dies bis heute. Die Gleichheitssemantik des Sozialstaats beruht auf einer eingeschriebenen „Ungleichheitsschwelle“,³⁸ die erst sichtbar wird, wenn wir das transnationale Migrationsgeschehen berücksichtigen.³⁹

³³ Zum verhaltenstheoretischen Konzept der „tipping points“ (Umschlagspunkte) s. *Thomas Schelling* *The Strategy of Conflict*, 1960.

³⁴ Für die deutschsprachige Rechtswissenschaft ist von Vorteil, dass sie traditionell die Einheit des öffentlichen Rechts schätzt und insoweit besser gegen die Gefahr einer Fragmentierung gewappnet ist, die andernorts die Migrationsstudien prägt; vgl. allgemein *Martti Koskeniemi* *European Journal of International Law* 20 (2009), 1 (12–18).

³⁵ Klassisch *Stein Rokkan* *Staat, Nation und Demokratie in Europa*, 2000, 123 ff.; sinngemäß *Hans Michael Heinig* *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, 87 ff.

³⁶ Grundlegend *Rolf Grawert* *Staat und Staatsangehörigkeit*, 1973, 123 ff.

³⁷ Zur Parallelität für Deutschland *Eckart Reidegeld* in: *Michael Bommes/Jost Halffmann* (Hrsg.) *Migration in nationalen Wohlfahrtsstaaten*, 1998, 253–282; für die Schweiz *Andreas Wimmer* in: ebd., 199–222; sowie vergleichend *Christoph Schönberger* *Unionsbürger*, 2005, Kap. 2.

³⁸ Begriff nach *Michael Bommes* *Migration und nationaler Wohlfahrtsstaat*, 1999, Kap. 6.

³⁹ Weiterführend *Gary P. Freeman* *Annals of the American Academy of Political Science* 485 (1986), 51–63; und *Maurizio Ferrera* *The Boundaries of Welfare*, 2005, Kap. 2 f.

1. Territorialprinzip und Inländergleichbehandlung

In der Gegenwart wird der Blick auf die Ungleichheitsschwelle durch das Territorialitätsprinzip kaschiert, wenn dieses soziale Leistungsansprüche an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpft. Forciert wurde diese Gleichstellung anfangs durch den nationalen⁴⁰ und europäischen⁴¹ Gesetzgeber sowie völkerrechtliche Verträge,⁴² während in den letzten 20 Jahren die Richter des EuGH,⁴³ des EGMR⁴⁴ und des BVerfG⁴⁵ neue Restriktionen im Lichte des Gleichheitssatzes hinterfragten. An die Stelle der Staatsangehörigkeit trat schrittweise die Solidargemeinschaft aller Inländer; der Ausländerstatus verlor seine sozialrechtliche Relevanz.⁴⁶

Für unsere Zwecke entscheidend ist, dass die sozialstaatliche Ungleichheitsschwelle infolge der Inländergleichbehandlung nicht etwa verschwindet. Sie besteht fort, wird jedoch aus dem Sozialrecht ausgelagert.⁴⁷ Die

⁴⁰ Vgl. § 30 Abs. 1 SGB I und, zuvor, § 120 Abs. 1 BSHG v. 30.6.1961 (BGBl. 1961 I 815); ausführlich *Constanze Janda* Migranten im Sozialstaat, 2012, 57–66, 143 ff.

⁴¹ Die traditionelle Rückbindung des koordinierenden Sozialversicherungsrechts von Arbeitnehmern an deren Beschäftigungsort gem. § 3 SGB IV, Art. 13 VO (EWG) Nr. 1408/71 wurde durch VO (EWG) Nr. 1247/92 bzw. § 70 VO (EG) Nr. 883/2004 auf beitragsunabhängige Sozialleistungen sowie nicht erwerbstätige Personen erstreckt; näher *Eberhard Eichenhofer* Sozialrecht der Europäischen Union, 6. Aufl. 2015, §§ 5, 7.

⁴² Zur Vielzahl der bi- und multilateralen Verträge, letztere nach dem Zweiten Weltkrieg vor allem im Rahmen des Europarats, näher Bundesgesetzblatt, Fundstellennachweis B 2015, 1050–1053 (Sachgebiet IX.1–6: Sozialrecht).

⁴³ S. *Janda* Sozialstaat (Fn. 40), 131–139; und die Beiträge zu *Sonia Morano-Foadi/Micaela Malena* (Hrsg.) Integration for Third Country Nationals in the European Union, 2012.

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 16.9.1996, Nr. 17371/90, *Gaygusuz gegen Österreich* stärkte die Gleichheit im Rahmen der Eigentumsgarantie insb. für beitragsbasierte Leistungen, während EGMR, Urt. v. 27.11.2011, Nr. 56328/07, *Bah gegen Vereinigtes Königreich* für kostenintensive Leistungen mehr Differenzierung erlaubte; näher *Emmanuelle Bribosia* in: Ives Pascouau/Tineke Strik (Hrsg.) Which Integration Policies for Migrants?, 2012, 51 (55–61).

⁴⁵ Strenger als zuvor BVerfGE 111, 160 (169 ff.); BVerfGE 111, 176 (184 ff.); BVerfGE 130, 240 (252 ff.); und BVerfGE 132, 72, Rn. 36 ff.; näher *Gabriele Britz* ZAR 2014, 56–60; *Gundel* HStR IX, 2011, § 198 Rn. 84–90; und *Ulrike Davy* Die Integration von Einwanderern, 2001, 976–982.

⁴⁶ Für eine Gesamtschau s. *Thorsten Kingreen* Soziale Rechte und Migration, 2010; und *Hans F. Zacher* in: Hans-Günter Hockertz (Hrsg.) Koordinaten deutscher Geschichte in der Epoche des Ost-West-Konflikts, 2004, 103, 110–112.

⁴⁷ Ein Sonderfall ist der illegale Aufenthalt, der in der Regel keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn des § 30 Abs. 1 SGB I begründet, wohl aber Leistungsansprüche nach dem AsylbLG sowie den Grundrechten mit sich bringen kann, die freilich wegen der drohenden Abschiebung im Fall der Antragstellung tatsächlich nicht immer wahrgenommen werden; näher *Ryszard Cholewinski* Study on Obstacles to Effective Access of Irregular Migrants to Minimum Social Rights, 2006; sowie der Beitrag von *Krajewski* in diesem Band.

sozialrechtliche Literatur beruht weithin auf der Annahme, dass das Migrationsrecht als „Vorposten“⁴⁸ mit einer „Schleusenfunktion“⁴⁹ über Ein- und Ausreise entscheide, während das Sozialrecht alle diejenigen, die sich nicht nur vorübergehend aufhalten, ganz im Sinn des sedentären Bias gleichstellt.⁵⁰ Zwingend ist dies nicht, speziell bei einem unsicheren Aufenthaltsstatus. Die transnationale Perspektive kann helfen, den Schleier der Sesshaftigkeit zu lüften und das sozialrechtliche Territorialitätsprinzip auf seine Richtigkeit zu überprüfen.⁵¹

2. Neubewertung aus transnationaler Perspektive

Worum es konkret geht, zeigt die Unionsbürgerschaft, die rein quantitativ eine ähnliche Bedeutung besitzt wie die Asylzuwanderung. In den vergangenen fünf Jahren kamen netto fast 1,5 Millionen EU-Bürger mehr nach Deutschland als fortzogen, vor allem aus Polen und Rumänien.⁵² Nun ist die überwiegende Mehrheit der Unionsbürger erwerbstätig, aber einige finden keine Arbeit und besitzen damit auch kein Freizügigkeitsrecht, weil dieses für Erwerbslose ausreichende Existenzmittel voraussetzt.⁵³ Die

⁴⁸ Kingreen BayVBl. 2014, 289 (290); näher *ders.* Migration (Fn. 46), 9 f.

⁴⁹ Heinz F. Zacher in: *ders.*, Abhandlungen zum Sozialrecht II, 1993, 431 (448).

⁵⁰ Diese Annahme wird in der Regel nicht explizit thematisiert und selbst wenn, bleibt unklar, ob es sich hierbei um eine einfachgesetzliche Vorgabe oder um eine verfassungsrechtliche Wertung handeln soll; exemplarisch *Ferdinand Kirchhof* NZS 2015, 1 (4); und *Astrid Wallrabenstein* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 72 (2013), 167 (168); s. auch Fn. 84.

⁵¹ Sinngemäß *Linda Bosniak* The Citizen and the Alien, 2006, Kap. 6; s. auch *Ulrich Becker* in: Eyal Benvenisti/Georg Nolte (Hrsg.) The Welfare State, Globalization, and International Law, 2004, 1 (10–21).

⁵² Vgl. BAMF, Freizügigkeitsmonitoring, Jahresbericht 2015, 12; anders als die medial sichtbaren *Asylzugangszahlen* handelt es sich um eine saldierte Statistik, die die (hohe) Zahl an Ausreisen von den Einreisen abzieht.

⁵³ Lange Jahre waren die Grenzen der Freizügigkeit mit Blick auf den primärrechtlichen Verweis auf „Beschränkungen und Bedingungen“ im heutigen Art. 21 Abs. 1 AEUV sowie die sekundärrechtliche Vorgabe ausreichender Existenzmittel in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG hoch umstritten; für Einzelheiten *Ferdinand Wollenschläger* Grundfreiheit ohne Markt, 2007, 126–196; für das Freizügigkeitsrecht stellen erst EuGH *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565, Rn. 46 ff.; und EuGH *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358, Rn. 68 ff., fest, dass ohne ausreichende Existenzmittel kein Freizügigkeitsrecht besteht, wobei nur einige Details unklar blieben; näher zu dieser neueren EuGH-Judikatur *Daniel Thym* European Law Review 40 (2015), 248 (256–259); und *Herwig Verschueren* Common Market Law Review 52 (2015), 363 (370–387); erst ein Daueraufenthaltsrecht nach Art. 15 ff. RL 2004/38/EG, § 4a FreizügG/EU gewährt ein Aufenthaltsrecht unabhängig von Existenzmitteln; ein Erklärungsgrund für den Rechtsprechungswandel ist die Rücksicht gegenüber dem EU-Gesetzgeber mit Blick auf die restriktiven Gehalte der RL 2004/38/EG; so *Michael Dougan* in: Maurice Adams/Henri De Waele/Johan Meeusen (Hrsg.) Judging Europe’s Judges, 2013, 127 (145–153); und *Thym* ebd. 259 f.

deutschen Behörden könnten diese Unionsbürger ohne Freizügigkeitsrecht abschieben, was in der Praxis aber auch deshalb selten passiert, weil das Unionsrecht die klassischen Instrumente der verwaltungsrechtlichen Migrationssteuerung weitgehend zurückdrängt.⁵⁴ Dies hat zur Folge, dass einige Unionsbürger ohne materielles Freizügigkeitsrecht gleichsam als illegale Einwanderer im Bundesgebiet leben.⁵⁵

Die Rechtsstellung dieser Personengruppe war lange umstritten. Nachdem der EuGH in Urteilen wie *Martínez Sala* oder *Grzelczyk* einen aufenthaltsrechtlichen Ansatz verfolgt hatte, der Gleichbehandlung einforderte, solange die Mitgliedstaaten nicht absobten,⁵⁶ vollzog Luxemburg jüngst eine Kehrtwende: Ohne Freizügigkeitsrecht besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung; die Mitgliedstaaten dürfen Sozialleistungen verweigern, wenn ein materielles Aufenthaltsrecht fehlt.⁵⁷ Territoriale Präsenz geht nicht länger mit einer sozialen Sicherungspflicht des Aufenthaltsstaats einher. Der EuGH verabschiedet sich von einem umfassenden Territorialitätsprinzip, das bei einem nicht nur vorübergehenden Aufenthalt soziale

⁵⁴ Dies gilt für die faktische Reisefreiheit im Schengen-Raum, das bedingungslose Aufenthaltsrecht für drei Monate nach Art. 6 RL 2004/38/EG und die prozeduralen sowie materiellen Schranken einer jeden Gebietsverweisung ebenso wie für die strengen Vorgaben für Wiedereinreisesperren; näher die Kommentierung von *Kay Hailbronner* AuslR-Kommentar, 81. EL 2013, § 2 Abs. 7, §§ 5–7 FreizügG/EU; s. auch *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 12), 87: „privatisierte[s] Migrationsrecht“; und *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 8), 52–55: „Migrationssteuerungsabwehranspruch.“

⁵⁵ Dieser Personenkreis verfügt in der Regel über keine behördliche Bescheinigung außer der polizeilichen Meldung, weil die frühere (deklaratorische) Freizügigkeitsbescheinigung mit Gesetz v. 21.1.2013 (BGBl. 2013 I 8) abgeschafft wurde, sodass auch nicht etwa eine Duldung nach § 60a AufenthG erteilt wird; näher *Thym* ZAR 2014, 220 (221–224); über die genaue Anzahl der betroffenen Personen bestehen keine klaren Angaben, gerade auch weil ein materielles Freizügigkeitsrecht auch dann fehlen kann, wenn keine formale Ausreiseentscheidung nach § 5 Abs. 4 oder § 6 FreizügG/EU erlassen wurde, die nach BT-Drs. 18/7588 v. 18.2.2016, 15 selten ist; zum „illegalen“ Aufenthalt sonstiger Ausländer bereits Fn. 47.

⁵⁶ In diesem Sinn insb. EuGH *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, Rn. 32 ff., 42 f.; EuGH *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:488, Rn. 32 ff., 45; und grundlegend EuGH *Martínez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217, Rn. 46 ff.; ausführlich *Wollenschläger* Grundfreiheit (Fn. 53), 197 ff.; und die Kritik von *Kay Hailbronner* JZ 2005, 1138–1144.

⁵⁷ Eine Gleichbehandlung bei fehlendem Freizügigkeitsrecht verneinten EuGH *Dano* (Fn. 53), Rn. 68–78; EuGH *Alimanovic*, C-67/14, EU:C:2015:597, Rn. 49–51; und EuGH *Kommission/Vereinigtes Königreich*, C-308/14, EU:C:2016:436; näher *Daniel Thym* Common Market Law Review 52 (2015), 17 (22–39); und *Robert Rebhahn* EuR Beiheft 1/2015, 95 (107 ff.); es gilt zu beachten, dass der EuGH nur eine Gleichbehandlung kraft Unionsrechts verneinte, eine Überprüfung verweigerter Sozialleistungen im Lichte der Grundrechtecharta jedoch mit zweifelhaften Argumenten zurückwies und im Übrigen keine Aussage zum nationalen Verfassungsrecht und der EMRK tätigte; vgl. *Niamh Nic Shuibhne* in: Daniel Thym (Hrsg.) *Questioning EU Citizenship*, 2017, in Vorbereitung.

Gleichbehandlung zusichert, solange keine Abschiebung stattfindet.⁵⁸ Nach dem Willen der Bundesregierung und des Bundestags soll dies auch in Deutschland gelten. Ein aktuelles Gesetzesvorhaben sieht vor, dass Unionsbürger ohne Freizügigkeitsberechtigung keine Sozialhilfe und auch keine Hartz IV-Leistungen mehr erhalten.⁵⁹

In der Europäischen Union leuchtet dies auch deshalb ein, weil der Heimatstaat leicht erreichbar ist.⁶⁰ Der Sozialleistungsausschluss erscheint als negatives Pendant der transnationalen Reisefreiheit im Schengen-Raum.⁶¹ Doch die Erwägung muss nicht auf Europa begrenzt bleiben.⁶² So besitzen auch Marokkaner oder Pakistanis, die abgeschoben werden dürften und zur freiwilligen Ausreise verpflichtet sind, in der Praxis aber nicht immer sofort abgeschoben werden, aus Sicht der Rechtsordnung eine jedenfalls vorü-

⁵⁸ Greifbar wird die Neuorientierung bei der (Um-)Deutung des Territorialitätsprinzips für beitragsunabhängige Sozialleistungen nach Art. 70 VO (EG) Nr. 883/2004 als Rechtsgrundverweis ohne Leistungspflicht; näher *Anuscheh Farahat* DÖV 2016, 45 (47–49).

⁵⁹ Der bestehende Ausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 f. SGB II und § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII wurde von BSG, Urt. v. 3.12.2015, B 4 AS 44/15 R, insb. Rn. 51–56, juris, für mittellose Unionsbürger, die sich seit mindestens sechs Monaten und ohne materielles Freizügigkeitsrecht in Deutschland aufhalten, auf Ebene des einfachen Rechts nach § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII umgangen; näher *Daniel Thym* NZS 2016, 441 (442–445); dies wurde jüngst durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II und in der Sozialhilfe nach dem SGB XII v. 21.12.2016 (BGBl. 2016 I 3155) rückgängig gemacht, indem nur eine einmonatige Hilfe zur Heimreise gewährt wird; ein Ausschluss bestand zuvor bereits für das Kindergeld nach § 62 Abs. 2 EStG bzw. § 1 Abs. 3 BKGG, das Eltern- und Betreuungsgeld nach §§ 1 Abs. 7, 4 BEEG und die gesetzliche Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 i.V.m. Abs. 1 SGB V bzw. § 193 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 VVG, die in der Praxis freilich selten angewandt werden; vgl. *Thym* ZAR 2014, 220 (223–225).

⁶⁰ Ggf. kann der Aufenthaltsstaat eine Beihilfe zur Rückreise gewähren; so im Lichte der Menschenwürde Bayer. LSG, Beschl. v. 13.10.2015, L 16 AS 612/15 ER, juris, Rn. 38–47; sowie der neue § 23 Abs. 3 S. 1, 3, Abs. 3a SGB XII (Fn. 59).

⁶¹ BVerfGE 123, 267 (402 f.) betonte allgemein die Relativierung (nicht: Abschaffung) von territorialen Grenzen durch den EU-Integrationsprozess; s. auch den Beitrag von *Bast* in diesem Band.

⁶² Mit der Situation von Unionsbürgern ohne Freizügigkeitsrecht vergleichbar sind Asylbewerber, die von den zuständigen Behörden zur Rückkehr in den Mitgliedstaat aufgefordert wurden, der nach der Dublin-III-VO (EU) Nr. 604/2013 zuständig ist; hier sieht der reformierte § 1a Abs. 4 AsylbLG i.d.F. des Gesetzes v. 20.10.2015 (BGBl. 2015 I 1722) und des Gesetzes v. 31.7.2016 (BGBl. 2016 I 1639) eine Leistungskürzung vor, allerdings nur für diejenigen, die einem anderen Mitgliedstaat nach einem sog. Relokationsbeschluss zugewiesen sind oder dort bereits einen Schutzstatus erhielten; weitergehend der Kommissionsvorschlag für einen neuen Art. 5 Abs. 3 Dublin-IV-Verordnung nach COM(2016) 270 v. 4.5.2016; sowie der Vorschlag für einen reformierten Art. 17a Asyl-Aufnahme-Richtlinie, COM(2016) 455 v. 13.7.2016, der freilich zugleich einen „menschenwürdigen Lebensstandard“ zusichert.

bergehend geringe Bindung an die deutsche Gesellschaft.⁶³ Insoweit überrascht es nicht, dass der deutsche Gesetzgeber für diese Personengruppe jüngst die Lebensunterhaltssicherung kürzte und weitere Einschränkungen erwägt.⁶⁴ Anders als bei Unionsbürgern werden Basisleistungen bezahlt, nicht jedoch die vollen Regelsätze.⁶⁵ In Österreich und der Schweiz gilt Ähnliches nicht nur für Personen, die abgeschoben werden dürfen, sondern auch für Asylbewerber und teils sogar für subsidiär Schutzberechtigte.⁶⁶

3. Folgen für die BVerfG-Rechtsprechung

Aus dem Vorstehenden folgt, dass der Trend hin zum Territorialitätsprinzip in der EuGH-Judikatur und der Gesetzgebung durchbrochen ist. Speziell in Deutschland muss dies nicht das letzte Wort sein, weil das BVerfG der Menschenwürde detaillierte Vorgaben für die Ausgestaltung des Existenzminimums entlehnt,⁶⁷ aufgrund derer im Jahr 2012 eine frühere Fassung des Asylbewerberleistungsgesetzes als verfassungswidrig eingestuft wurde.⁶⁸ In der Literatur wird dieses Urteil in aller Regel so gedeutet, dass

⁶³ Soweit für die betroffenen Personen (grund-)rechtliche, zielstaatsbezogene Abschiebeverbote bestünden, verhinderte dies nach § 58 Abs. 1 i.V.m. § 59 Abs. 3 AufenthG bereits den Erlass einer Abschiebeandrohung und begründete damit auch keine rechtsverbindliche Frist zur freiwilligen Ausreise nach § 58 Abs. 1 AufenthG; erneut gilt in Übereinstimmung mit Fn. 60, dass der Aufenthaltsstaat ggf. eine Beihilfe zur Rückkehr gewähren kann.

⁶⁴ Vgl. § 1a Abs. 2 AsylbLG i.d.F. des Gesetzes v. 20.10.2015 (Fn. 62), der freilich nur bis zur Erteilung einer sog. Duldung gilt; näher *Daniel Thym* NVwZ 2015, 1625 (1629 f.); für Straftäter und Personen, die ein Abschiebungshindernis selbst verursachen, möchte das Innenministerium die Einschränkung künftig auch bei einem Nichtvollzug der Ausreisepflicht anwenden; so der Referentenentwurf für den Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 7.10.2016, der die bisherige Duldung um eine Bescheinigung über die vollziehbare Ausreisepflicht nach § 60a Abs. 4a AufenthG ergänzen will, die regelmäßig niedrigere Sozialleistungen nach § 1a Abs. 2 AsylbLG zur Folge hätte.

⁶⁵ Die zitierten Bestimmungen des AsylbLG sehen eine Kürzung auf Kernbedürfnisse des notwendigen Bedarfs (Ernährung, Unterkunft, etc.) vor, nicht jedoch einen generellen Ausschluss sozialer Hilfsleistungen.

⁶⁶ Näher zur Rechtslage in den österreichischen Bundesländern *Robert Rebhahn* Sozialleistungen an „international Schutzberechtigte und Schutzsuchende“, Gutachten für die Österreichische Bundesregierung, 29.3.2016, 9–13, 113 f.; sowie *Magdalena Pöschl* Migration und Mobilität, 2015, 131–134; für die Schweiz normieren Art. 82 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 AsylG i.d.F. des Bundesgesetzes v. 14.12.2012 (Amtliche Sammlung 2013, 4375) eine geringere Leistungshöhe; rechtsvergleichend, nicht nur zur Asylmigration, s. *Diane Sainsbury* Welfare States and Immigrant Rights, 2012, Kap. 3–5.

⁶⁷ S. BVerfGE 125, 175 (221 ff.); für Einzelheiten *Heinig* Sozialstaat (Fn. 35), 315 ff.

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 132, 134, Rn. 87 ff., wobei das AsylbLG nach § 1 Abs. 1 damals wie heute nicht nur für Asylbewerber gilt, sondern auch für ausreisepflichtige Personen sowie für Inhaber bestimmter humanitärer Aufenthaltserlaubnisse.

Abstufungen beim sozialstaatlichen Gehalt der Menschenwürde generell unzulässig seien.⁶⁹

Eine solche Annahme verwirklicht das Leitbild der Sesshaftigkeit nahezu in Reinform. Die transnationale Dimension der betroffenen Lebenssachverhalte wird für irrelevant erklärt, wenn Asylbewerber sofort in die inländische Solidargemeinschaft aufgenommen werden und dieser Teilhabeanspruch auch dann fortbestehen soll, wenn eine Person abgeschoben werden dürfte. Gewiss kann der tatsächliche Inlandsaufenthalt eine normative Erwartung der Zugehörigkeit mit sich bringen, die bei einer nicht vollzogenen Abschiebung irgendwann in einen Legalisierungsanspruch umschlagen kann.⁷⁰ Dies ändert aber nichts daran, dass erklärt werden muss, warum ein Grenzübertritt gleichsam automatisch mit sozialer Teilhabe einhergehen soll.

Der Verweis auf den universellen Charakter der Menschenwürde hilft insofern nicht weiter, weil die internationalen Menschenrechte zwar auf der Menschenwürde beruhen, jedoch ein geringeres Schutzniveau gewährleisten.⁷¹ Gleiches gilt für das Verfassungsrecht anderer westeuropäischer Industriestaaten unter Einschluss Österreichs und der Schweiz, die beide zwischen einer reduzierten Grundversorgung bzw. Nothilfe und einer weitergehenden Mindestsicherung bzw. Sozialhilfe unterscheiden.⁷²

⁶⁹ S. Klaus Ferdinand Gärditz Der Bürgerstatus im Licht von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2013), 49 (76 f.), mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 93.

⁷⁰ Legalisierungen von ausreisepflichtigen Personen kennt das deutsche Recht seit Jahren, auch wenn diese nicht als „Legalisierung“ bezeichnet werden; der Übergang von der Ausreisepflicht zum rechtmäßigen Aufenthalt ergibt sich insb. aus §§ 23a, 25 Abs. 5, 60a Abs. 2 S. 4–12 i.V.m. 18a Abs. 1a und 104a f. AufenthG sowie, seit 2015, aus der stichtagsunabhängigen Bleiberegulierung nach § 25a f. AufenthG; zu den Vorgaben des Art. 8 EMRK s. Daniel Thym International and Comparative Law Quarterly 57 (2008), 87 (95–102).

⁷¹ Die Präambel von AEMR (Erwägung 1), IPbPR (Erwägung 2) und IPwKR (Erwägung 2) verweisen auf die Menschenwürde, garantieren hierbei – ungeachtet des Gleichheitssatzes – freilich ein geringeres Niveau; vgl. David Weissbrodt in: Brian Opeskin/Richard Perruchoud/Jillyanne Redpath-Cross (Hrsg.) Foundations of International Migration Law, 2012, 152 (171–175); auch der EGMR betont, dass aus Art. 3 EMRK keine umfassenden sozialen Leistungsrechte folgen, normiert jedoch für Asylbewerber strengere Vorgaben; vgl. EGMR, Urt. v. 4.11.2014, Nr. 29217/12, Ziff. 94–99, *Tarakhel gegen die Schweiz*, Ziff. 94–99; zur Einordnung *Stefanie Schmahl/Tobias Winkler* AVR 48 (2010), 405–430; und *Angelika Nußberger* NVwZ 2016, 815 (818, 820 f.); zum EU-Sekundärrecht *Rebhahn* Sozialleistungen (Fn. 66), 115–135.

⁷² Österreich unterscheidet zwischen einer bedarfsorientierten Mindestsicherung und einer reduzierten Grundversorgung speziell bei einem unsicheren Aufenthalt; näher *Rebhahn* Sozialleistungen (Fn. 66), 8–13, 20 f., 23–27; und zum Verfassungsrecht *Ewald Wiederin* Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), 53 (69–71); die Schweiz unterscheidet zwischen der verfassungsrechtlich garantierten Nothilfe nach Art. 12 B-VG sowie der weitergehenden kantonalen Sozialhilfe;

Bei näherer Betrachtung ist auch das BVerfG konsequent universalistisch nur in der Rhetorik, nicht jedoch bei der Umsetzung. So soll eine Abschiebung erst bei extremen Gefährdungslagen unterbleiben, wenn das soziale Leistungsniveau im Zielstaat weit hinter dem zurückbleibt, was Karlsruhe für innerstaatliche Sachverhalte aus der Menschenwürde ableitet.⁷³ Auch behauptet niemand ernsthaft, dass das Grundgesetz ein Einreiserecht oder jedenfalls eine einklagbare Hilfespflicht im Fall von Hungersnöten gewähre.⁷⁴ Das BVerfG verfolgt kein universelles, sondern ein sedentäres Menschenwürdeverständnis, das nur Inländer erfasst.⁷⁵

Konzeptuell kann man dieses Ergebnis durchaus rechtfertigen, weil sozialstaatliche Solidaritätspflichten für die Mitglieder der jeweiligen Gemeinschaft eine höhere Intensität besitzen können als für andere Personen.⁷⁶ Es geht hierbei nicht darum, die Menschenwürde „migrationspolitisch zu

näher *Wiederin* ebd. 75–78; und *Lucien Müller* in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.) Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 13 ff.; explizit erachtete Abstufungen zwischen Staatsangehörigen und Ausländern bei der Nothilfe für zulässig (Schweizer) BGE 131 I 166 (182 f.); sinngemäß zur Rechtsprechung in den USA *Bosniak Citizen* (Fn. 51), 50–74; für einen weiter angelegten Vergleich *Julia Iliopoulos-Strangas* in: dies. (Hrsg.) Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon, 2010, 699 (947–950, 1136–1143).

⁷³ Das BVerwG verbietet in st. Rspr. eine Abschiebung nur dann, wenn jemand „gleichsam sehenden Auges dem sicheren Tod oder schwersten Verletzungen ausgeliefert sein würde“, vgl. BVerwGE 115, 1 (9 f.) m.w.N.; dies wurde vom BVerfG nie explizit bestätigt, zugleich jedoch keine Abschiebung an einem Leistungsniveau im Zielstaat gemessen, das den innerstaatlichen Vorgaben aus Art. 1 Abs. 1 GG unter Berücksichtigung der abweichenden Kaufkraft entspräche; zur parallel gelagerten Problematik bei Art. 3 EMRK *Andreas Zimmermann* in: Dörr/Grote/Marauhn/König/Langenfeld (Fn. 8), Kap. 27 Rn. 31–34; auch soll das Asylrecht zwar im Lichte der Menschenwürde auszulegen sein, nach BVerfGE 54, 341 (357), und BVerfGE 80, 315 (335) jedoch nicht vor materieller Not im Herkunftsstaat schützen; jenseits der sozioökonomischen Lebensbedingungen fordert BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 40–42, 53 ff., juris, im EU-Kontext eine Beachtung der Menschenwürde bei Auslieferungsfällen.

⁷⁴ Auch eine justiziable Schutzpflicht gegenüber gebietsfremden Ausländern in Lebensgefahr besteht grundsätzlich nicht; vgl. zum Meinungsstand *Peter Badura* in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 47; und *Helmut Quaritsch* HStR V, 1992, § 120 Rn. 74–79; s. auch *Heinig* Sozialstaat (Fn. 35), 409 f.

⁷⁵ Entsprechend wird die transnationale Dimension beim allgemeinen Schrifttum häufig nur tangiert; exemplarisch *Peter Häberle* HStR II, § 22 Rn. 26; und *Christoph Enders* Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997.

⁷⁶ Lesenswert *Hasso Hofmann* AöR 118 (1993), 353 (365–373); und *Floris de Witte* Justice in the EU, 2015, Kap. 4; zugespitzt *Otto Depenheuer* FS Georg Brunner, 2001, 46 (48–53); s. auch *Anja Weiß* Current Sociology 53 (2005), 707–728.

relativieren⁷⁷ oder um einen eventuellen Vorbehalt des Möglichen,⁷⁸ sondern um die Bestimmung des Grads der Verbundenheit mit der Aufnahmegesellschaft und hieran anknüpfende Solidaritätspflichten.⁷⁹

Wenn dies stimmt, muss ein Gebietskontakt nicht notwendig mit voller sozialer Teilhabe einhergehen.⁸⁰ Speziell in der Anfangszeit sind Abstufungen möglich,⁸¹ die das Ausmaß der solidarischen Einbindung konkretisieren und der allgemeinen Einsicht entspringen, dass die binäre Gegenüberstellung von Staatsangehörigen und Fremden einer statusrechtlichen Hybridität weicht.⁸² Ganz in diesem Sinn ging auch das BVerfG im Obersatz des Urteils zum Asylbewerberleistungsgesetz abstrakt davon aus, dass ein vorübergehender Aufenthalt ein geringeres Leistungsniveau

⁷⁷ BVerfGE 132, 134, Rn. 95, verwendet die Formulierung wohl im Sinn einer kategorisch verbotenen Eingriffsrechtfertigung im Dienste widerstreitender Gemeinwohlbelange; unabhängig hiervon zeigen sozialwissenschaftliche Studien, dass höhere Sozialleistungen einen Wanderungsanreiz typischerweise nur im Rahmen eines Motivbündels darstellen; vgl. zur Asymigration *Eric Neumayer* *European Union Politics* 5 (2004), 155–180; und *Joris Schapendonk* *Societies* 2 (2012), 27–41.

⁷⁸ So im Kontext der Flüchtlingskrise *Josef Isensee* in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.) *Der Staat in der Flüchtlingskrise*, 2016, 231 (239 f.).

⁷⁹ Hinzu tritt mit *Tobias Brings/Maximilian Oehl* ZAR 2016, 22–30, die Frage der Berechnungsmethode sowie, darüber hinaus, bei ausreisepflichtigen Personen die Frage, inwiefern ein geringeres Leistungsniveau auch deshalb gerechtfertigt ist, weil die Missachtung einer rechtmäßigen Ausreisepflicht in den Verantwortungsbereich der betroffenen Person fällt; zur Eigenverantwortung mit Blick auf deutsche Staatsangehörige BSG, Urt. v. 9.3.2016, B 14 AS 20/15 R, juris; und BVerfG, Beschl. v. 6.5.2016, 1 BvL 7/15, Rn. 20 f., juris; sowie zum Ausländerrecht BVerwG, NVwZ 1989, 671; und BVerfG, Beschl. v. 24.3.1995, 2 BvR 2070/94, Rn. 30 f., juris.

⁸⁰ Mittelbar klingt dies auch beim BVerfG an, wenn die Menschenwürde „in Verbindung mit“ dem partikularen Sozialstaatsprinzip zitiert wird; vgl. die Leitsätze für BVerfGE 125, 175 und BVerfGE 132, 134; ein normativer Verlust im weiteren Sinn kann freilich insofern entstehen, als eine Leistungskürzung für bestimmte Personengruppen das Ideal einer prinzipiell gleichen Sozialbürgerschaft aller Inländer untergraben wurde; vgl. *David Abraham* *Ethnic and Racial Studies* 33 (2010), 968 (973 f.); und *Helder De Schutter/Lea Ypi* *British Journal of Political Science* 45 (2015), 235 (243–245).

⁸¹ Eine Abstufung wird sich immer auch nach dem Charakter der betroffenen Sozialleistungen zu richten haben; in diesem Sinn etwa die EuGH-Judikatur, die bei rechtmäßig aufhältigen Unionsbürgern (also bei denjenigen, die über ein materielles Freizügigkeitsrecht verfügen) für eine Gleichstellung auf einen „bestimmten Integrationsgrad“ abstellt und damit eine personen- und sachbezogene Einzelfallbetrachtung einfordert – anstelle der pauschalen Gleichstellung des prognostiziert längerfristigen Aufenthalts von Anfang an bei BVerfGE 111, 176 (185); und BVerfGE 132, 360, Rn. 51–55; näher *Ulrich Becker* FS Dieter H. Scheuing, 2011, 480–492; und *Thym* *Common Market Law Review* 52 (2015), 17 (36–39, 44–49); sinngemäß im Rahmen des Gleichheitssatzes der EGMR gemäß Fn. 44.

⁸² Hierzu *Alexander Graser* *Gemeinschaften ohne Grenzen?*, 2008, §§ 6–9; *Seyla Benhabib* *The Rights of Others*, 2004, 147–163; *Heinz F. Zacher* *Diskussionsbeitrag*, VVD-StRL 32 (1974), 118 (119); und der Beitrag von *Krajewski* in diesem Band.

rechtfertigen könne,⁸³ ignorierte diesen Gedanken sodann freilich bei der Subsumtion,⁸⁴ was auch daran gelegen haben dürfte, dass es damals vorrangig um Personen ging, die sich seit vielen Jahren in Deutschland aufhielten.⁸⁵ Bei den aktuellen Leistungskürzungen für Unionsbürger und ausreisepflichtige Personen ist die Situation eine andere. Hier wird auch in Karlsruhe der Schleier der Sesshaftigkeit zu lüften sein.

IV. Rechtliche, politische und kulturelle Zugehörigkeit

In der öffentlichen Wahrnehmung ist Migration eine einseitige Bewegung. Migranten erscheinen als potentielle Einwanderer, die im Zweifel bleiben möchten. Diese Dauerhaftigkeit war immer eine Fiktion: Eine Auswanderung nach Amerika war keine Einbahnstraße, viele Gastarbeiter kehrten anfangs zurück und derzeit bewegen sich zahlreiche Unionsbürger zwischen den Ländern.⁸⁶ Pendelmigration ist eine Realität,⁸⁷ ohne dass dies etwas daran änderte, dass viele Migranten dauerhaft bleiben. Das Ausländerzentralregister zeigt, dass derzeit fast 5 Millionen Menschen ohne deutschen Pass seit mindestens zehn Jahren im Bundesgebiet leben.⁸⁸ Für diese Personengruppe ist Zugehörigkeit ein zentrales Thema.

⁸³ Vgl. BVerfGE 132, 134, Rn. 73–76, 100, im Rahmen der Maßstabsbildung, freilich nur aufgrund eines konkret zu ermittelnden Minderbedarfs; nach BVerfGE 125, 175 (224 f.), besteht beim sog. sozioökonomischen Existenzminimum zudem ein weiterer Gestaltungsspielraum, der bislang aber nur auf die Bedarfsermittlung und nicht die Auswahl der berechtigten Personenkreise angewandt wurde.

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 132, 134, Rn. 94 f.; es überzeugt nicht, *normative* Verfassungsvorgaben einzig auf eine *tatsächliche* Prognose der Aufenthaltsdauer zu stützen, ohne deren rechtliche Bewertung durch das Migrationsrecht jedenfalls zu berücksichtigen; sinngemäß *Isensee* Ausländer (Fn. 17), 133; anschaulich die Rolle der Illegalität im Rahmen der EGMR-Judikatur nach *Daniel Thym* in: Ruth Rubio-Marin (Hrsg.) *Human Rights and Immigration*, 2014, 106 (113–120, 126).

⁸⁵ BVerfGE 132, 134, Rn. 11, stellte fest, dass zwei Drittel der damals betroffenen Personen sich seit mindestens sechs Jahren im Bundesgebiet aufhielten.

⁸⁶ Zur jedenfalls vorübergehenden Rückkehr aus den USA s. *Wimmer/Glick Schiller* *International Migration Review* 37 (2003), 576 (590–592); nach dem italienischen Statistikamt kehrten bis 1975 über die Hälfte der Gastarbeiter zurück, vgl. *Yvonne Rieker* *Die italienische Einwanderung in die Bundesrepublik*, 2003, 106; im Jahr 2015 verließen rund 300.000 Unionsbürger die Bundesrepublik, während zugleich 600.000 zuzogen, vgl. BAMF Freizügigkeitsmonitoring (Fn. 52), 10 f.

⁸⁷ Rechtsprobleme der Pendelmigration, die wir in Folge des Leitbilds der Sesshaftigkeit häufig ausblenden, diskutiert *Anuscheh Farahat* *ZAR* 2014, 60–68.

⁸⁸ Vgl. Destatis, *Ausländische Bevölkerung*, Fachserie 1 Reihe 2 – 2015, 89–98: 4,9 Mio. Ausländer mit Stand vom 31.12.2015 (ohne Deutsche mit Migrationshintergrund).

1. Von der *Denizenship* zur *Citizenship*

Als diese Vereinigung sich 1973 wenige Wochen vor dem Anwerbestopp für Gastarbeiter erstmals mit einem Migrationsthema befasste,⁸⁹ ging es nicht um die Rückkehr, sondern um Zugehörigkeit. Damals plädierte *Josef Isensee* als Berichterstatter für eine vorsichtige Öffnung: Eine Gebietszulassung soll schrittweise zu Aufenthaltssicherheit und sozioökonomischer Gleichstellung führen, ohne dass von Verfassungen wegen ein Wahlrecht oder die Einbürgerung zu gewähren sei.⁹⁰ Dem folgte die Praxis und begründete einen hybriden Status,⁹¹ den die Sozialwissenschaft bald als „*Denizenship*“ bezeichnete.⁹² Ausländer erlangten keine volle Bürgerschaft, keine „*Citizenship*“, wohl aber weitgehende Inländergleichbehandlung.

Für die Migrationsfolgen war dies zentral. An die Stelle des klassischen Fremdenrechts, das Ausländer dauerhaft als Gast behandelt und in vielen Lebensbereichen schlechter gestellt hatte,⁹³ trat eine schrittweise Angleichung,⁹⁴ ganz konkret etwa im Anwendungsbereich der Deutschen-

⁸⁹ Der Anwerbestopp vom November 1973, also wenige Wochen nach der Staatsrechtslehrtagung am 3.–6. Oktober 1973 in Mannheim, war eine direkte Reaktion auf die Ölkrise, antwortete zugleich jedoch auf frühere Restriktionsforderungen; vgl. *Ulrich Herbert* Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland, 2001, 223–229; in der Folge verstetigten sich infolge des Familiennachzugs und aufgrund des Verlusts der Pendeloption die faktischen Einwanderungsprozesse; näher ebd. 232 ff.

⁹⁰ In diesem Sinn *Isensee* Ausländer (Fn. 17), 71–100, der staatliche Gestaltungsspielräume betonte; weitergehend *Manfred Zuleeg* DÖV 1973, 361–370, *ders.* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 32 (1974), 110–112, sowie *ders.* DVBl. 1974, 341–349, der Verfassungspflichten und das Einbürgerungsziel akzentuierte.

⁹¹ Der abstrakte Rahmen des AusIG 1965 (Fn. 17) wurde durch Gerichte, Ländererlasse und Bundes-VwV mit Inhalt gefüllt, bevor das AusIG 1990 (BGBl. 1990 I 1354) diese Entwicklung positivierte; näher *Otto Kimminich* Der Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1980; und *Kay Hailbronner* NJW 1990, 2153–2161; zum wissenschaftlichen Diskurs in der Rückschau *Olaf Köppe* KJ 2004, 132 (139).

⁹² Prägend *Tomas Hammar* Democracy and the Nation-State, 1990, 9–25; s. auch *James F. Hollifield* Immigrants, Markets and States, 1992; in Deutschland jüngst rezipiert von *Jürgen Bast* ZAR 2013, 353–357; der Begriff „*Denizenship*“ entstammt dem Common Law und ist vergleichbar mit dem griechischen „*Metöken*“; zur Begriffsgeschichte *Neil Walker* in: Hans Lindahl (Hrsg.) A Right to Inclusion and Exclusion?, 2009, 261–274.

⁹³ Das *innerstaatliche* Fremdenrecht beschränkte sich nicht auf Einreise und Aufenthalt, sondern umfasste Schlechterstellungen in vielen Rechtsbereichen; vgl. den Rechtsvergleich von *Hans von Frisch*, Das Fremdenrecht, 1910, 91–113; und *Ernst Isay*, Das deutsche Fremdenrecht, 1923; auch das *völkerrechtliche* Fremdenrecht normierte einen Mindestschutz nicht nur im heutigen Ausländer- und Asylrecht; näher *Christian Tomuschat* in: Meriten/Papier (Fn. 74), Bd. VI/2, 2009, § 178 Rn. 5 ff.; heute bestehen derartige Abstufungen außerhalb des Migrationsrechts nur noch punktuell; vgl. *Baer* Wandel (Fn. 17), 334 f.

⁹⁴ Hiergegen wandte sich in seinem Referat auf der Mannheimer Tagung *Karl Doehring* Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), 7 (32–43), der eine *dauerhafte* Ungleichbehandlungsoption im Lichte des Völ-

grundrechte.⁹⁵ Hierbei ging und geht es nicht um sofortige Gleichstellung; nach der Einreise bleiben zuerst einmal Abstufungen möglich, etwa im Sozialrecht. Die Rechtsgleichheit folgt erst, wenn sich der Aufenthalt verfestigt.⁹⁶ Eine Denizanship errichtet eine Wirtschafts- und Sozialbürgerschaft ohne Wahlrecht,⁹⁷ für Drittstaatsangehörige ebenso wie für die europäischen „Marktbürger.“⁹⁸ Aus der Perspektive des Leitbilds der Sesshaftigkeit begründet dies eine Zwischenstufe. Ausländer werden – anders als im klassischen Fremdenrecht – nicht länger allein dem Heimatstaat zugeordnet, sondern gleichsam als halbe Inländer behandelt.⁹⁹

In der Gegenwart sind wir weiter. Als unsere Vereinigung sich 2012 das zweite Mal mit einem Migrationsthema befasste, ging es um den „Bürgerstatus“ – und die Referenten *Christian Walter* und *Klaus Ferdinand Gärditz* waren sich trotz mancher Differenz einig, dass der Bürgerstatus für Ausländer und deren Kinder zu öffnen war.¹⁰⁰ Vom Gesetzgeber vollzogen wurde der Wandel durch das reformierte Staatsangehörigkeitsrecht des Jahres

kerrechts postulierte, was von Wissenschaft und Praxis nicht nachhaltig aufgegriffen wurde; s. jedoch *Markus Heintzen* *Der Staat* 36 (1997), 327 (333–347).

⁹⁵ Ausführlich zu diesem teils heftig geführten Streit, auch auf der Tagung im Jahr 1973, *Angelika Siehr* *Die Deutschenrechte des Grundgesetzes*, 2001, 329 ff.

⁹⁶ S. *Hammar* *Democracy* (Fn. 92), 12–18; exemplarisch hierfür steht das Daueraufenthaltsrecht nach §§ 9 f. AufenthG, Art. 6 f. ARB 1/80 und RL 2003/109/EG, auf das ein Regelanspruch nach fünfjährigem Aufenthalt erstmals mit Verwaltungsvorschrift v. 7.7.1978 (GMBI. 1978, 368) eingeführt wurde; die menschenrechtliche Entbündelung nach *Christian Walter* *Der Bürgerstatus im Licht von Migration und europäischer Integration*, *VVDStRL* 72 (2013), 7 (18–26), erfährt insoweit eine statusrechtliche Verfestigung im einfachen Recht; sinngemäß *Bast* *Aufenthaltsrecht* (Fn. 8), 269 ff.

⁹⁷ S. auch *Christian Joppke* *Citizenship and Immigration*, 2010, Kap. 5: „citizenship light.“

⁹⁸ Der Begriff der „Marktbürgerschaft“ wurde von *Hans-Peter Ipsen* *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 250–254, konzipiert als Gegenstück zum Bürger mit politischem Gestaltungswillen, den er in einer Zweckgemeinschaft wie der EWG für überflüssig hielt; vgl. ebd. 350 ff. in Abgrenzung zu *Eberhard Grabitz* *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, 1970; zur erstmaligen, noch allgemeinen, Verwendung s. *Hans-Peter Ipsen/Gert Nicolaysen* *NJW* 1965, 339 (340).

⁹⁹ Der teilweise Ausschluss betrifft die formalrechtliche Vollmitgliedschaft in Form der Einbürgerung ebenso wie für die identifikatorische Einbeziehung im Sinn der nachfolgend diskutierten kulturellen Zugehörigkeit; zum diskursiven Ausschluss der Letzteren *Rauer* *Integrationsdebatte* (Fn. 13), 63–67; und *Karen Schönwalder* *Einwanderung und ethnische Pluralität*, 2001, 584–631; umgekehrt ordneten sich viele Migranten selbst weiterhin dem Herkunftsland zu; vgl. *Saskia Sassen* *Guests and Aliens*, 1999, 144–149.

¹⁰⁰ S. die Referate von *Walter* *Bürgerstatus* (Fn. 96), 33–37, und *Gärditz* ebd. 49 (118–140) nebst der Diskussion im Anschluss; a.A. *Christian Hillgruber* *HStR* II, 2004, § 32 Rn. 17–33; der breite Konsens dürfte auch daran gelegen haben, dass die Kieler Tagung im Jahr 2012 das Thema spät aufgriff, über ein Jahrzehnt nach der StAG-Reform.

1999 mit dem Übergang zum *ius soli*¹⁰¹ und das Zuwanderungsgesetz des Jahres 2004, das das Integrationsziel fest im Migrationsrecht verankerte.¹⁰² Damit verabschiedete sich das deutsche Recht von der Denizenship.¹⁰³ Mit der Staatsangehörigkeit wurde eine Grundkategorie im Lichte von Migration erneuert. Ausländer sollen vollwertige Bürger werden können.

2. Politische Teilhabe

Eine Erscheinungsform der Vollmitgliedschaft ist die politische Teilhabe, die mit der Einbürgerung auch das Wahlrecht erfasst,¹⁰⁴ während sonstige Partizipationsrechte heute für alle gelten.¹⁰⁵ Politische Parteien etwa stehen Ausländern ebenso offen wie das Versammlungsrecht der EMRK.¹⁰⁶ Heute ist das Hauptproblem nicht länger die fehlende Teilhabe-

¹⁰¹ Ein Einbürgerungsanspruch wurde erstmals i.R.d. sog. Asylkompromisses eingeführt; vgl. §§ 85 f. AuslG 1990 i.d.F. des Gesetzes v. 30.6.1993 (BGBl. 1993 I 1062); nach einer breiten öffentlichen Debatte wurde mit dem Gesetz v. 15.7.1999 (BGBl. 1999 I 1618) u.a. das *ius soli* im heutigen § 4 Abs. 3 StAG verankert und die doppelte Staatsangehörigkeit ausgeweitet; vgl. *Johannes Masing* Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001, 5–39; zuletzt wurde die Optionspflicht nach § 29 StAG abgeschwächt; früh hatten auf unserer Tagung eine Einbürgerung gefordert *Manfred Zuleeg* Diskussionsbeitrag VVDStRL 32 (1974), 110 (111 f.); *Günter Düring* ebd. 115 (116); und *Hans Meyer* ebd. 136 (137).

¹⁰² Vgl. §§ 1, 43 ff. AufenthG i.d.F. des Gesetzes v. 30.7.2004 (Fn. 14); zu Entwicklung und Inhalt der Regelungen, die teils auf frühere Regelungen aufbauen, s. *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 12), 296–312; und *Eichenhofer* Integration (Fn. 14), 149–194.

¹⁰³ Anders offenbar *Bast* ZAR 2013, 353 (354–357), und, noch deutlicher, *ders.* Aufenthaltsrecht (Fn. 8), 225, 292, der das „Einwanderungsregime“ diesseits der Einbürgerung abgeschlossen sehen will, offenbar im Sinn einer normativen Positionierung pro Denizenship anstelle der Einbürgerung; weitergehend (und konsequenter) der Vorschlag von *Dora Kostakopoulou* The Future Governance of Citizenship, 2008, Kap. 3 f., die Bürgerschaft insgesamt auf ein Residenzmodell umstellen und damit nicht nur für Ausländer den Daueraufenthalt an die Stelle der Einbürgerung treten lassen will.

¹⁰⁴ Das fremdenrechtliche Verbot der politischen Betätigung, das Ausländer dem Heimatstaat zuordnete und daher auch aus Gründen des völkerrechtlichen Nichteinmischungsgebots politische Aktivitäten im „Gaststaat“ untersagte, spielt heute nur noch eine marginale Rolle, obgleich es in § 47 AufenthG und Art. 16 EMRK bis heute seinen Niederschlag findet; näher *Christian Tomuschat* Zur politischen Betätigung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1968; und zur heutigen Praxis *Gundel* HStR IX, 2011, § 198 Rn. 95–97.

¹⁰⁵ Früh erfolgte eine innerbetriebliche Gleichstellung für EU-Arbeitnehmer durch Art. 8 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1612/68 und für sonstige Ausländer durch § 7 f. i.V.m. § 5 BetrVG i.d.F. des Gesetzes v. 15.1.1972 (BGBl. 1972 I 13); zur aktiven Rolle der Gewerkschaften *Helmut Quaritsch* Einwanderungsland Bundesrepublik Deutschland?, 1981, 19–20.

¹⁰⁶ Die meisten Rechte sind heute statusunabhängig ausgestaltet und erlauben allenfalls leichtere Einschränkungen für Ausländer; vgl. § 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 1 PartG, § 5 VersG (entgegen Art. 8 GG), §§ 1, 14 VereinsG (weiter als Art. 9 GG) und Art. 5 GG; ein

option, sondern der begrenzte Teilnahmewunsch.¹⁰⁷ Viele Ausländer lassen sich nicht einbürgern, obwohl sie die Voraussetzungen erfüllen,¹⁰⁸ darunter zahlreiche Unionsbürger.¹⁰⁹ Die Betroffenen sind mit einer „Markt- und Sozialbürgerschaft“ zufrieden; sie haben keine Motivation, den Schritt von der Denizenship zur Citizenship mitzugehen.¹¹⁰ Es droht – ähnlich wie im klassischen Athen – die Herausbildung eines modernen Metökentums mit Rechtsgleichheit, aber ohne politische Teilhabe.¹¹¹

Demokratiethoretisch ist diese Kluft zwischen staatsrechtlichem Legitimationssubjekt und dauerhafter Wohnbevölkerung auch dann problematisch, wenn man in einer moderat republikanischen Lesart davon ausgeht, dass demokratische Legitimation eines stabilen Diskurszusammenhangs bedarf.¹¹² Migration akzentuiert insofern den sedentären Bias eines Legi-

Grund hierfür sind die offene Struktur von Art. 10 f. i.V.m. 16 EMRK, Art. 11 f., 43 f. GRCh.

¹⁰⁷ Dies gilt für autochthone Bürger ebenso wie für solche mit Migrationshintergrund; hierzu pointiert *Colin Crouch* Post-Democracy, 2004; und für Deutschland *Pascale Cancik* Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, *VVDStRL* 72 (2013), 268 (270–277).

¹⁰⁸ Zum nicht ausgeschöpften (und großzügig berechneten) Einbürgerungspotential, das nur die Aufenthaltsdauer und nicht materielle Einbürgerungsvoraussetzungen berücksichtigt, s. Destatis, Einbürgerungen, Fachserie 1 Reihe 2.1 – 2015, 7 f., 16.

¹⁰⁹ Die supranationale Unionsbürgerschaft gewährleistet Teilhabe traditionell nicht über Einbürgerung, sondern über föderale Gleichstellung, ohne dass dieses Modell bisher auf Landtags- oder Bundestagswahlen erstreckt wurde; vgl. *Gärditz* Bürgerstatus (Fn. 69), 113–116; *Schönberger* Unionsbürgerschaft (Fn. 37), §§ 21–23; und *Federico Fabbrini* *European Constitutional Law Review* 7 (2011), 392 (404 f.); ein Bundestagswahlrecht ohne Einbürgerung erachten, wenig überzeugend, als Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG *Peter M. Huber* *EuR* 2013, 637 (650–653); und *Stefan Haack* *HStR* X, 2012, § 205 Rn. 21; es besteht insoweit traditionell ein Unterschied zwischen der rechtlichen Ausgestaltung der (föderalen) Zugehörigkeit von Unionsbürgern über die Heimatzugehörigkeit nebst transnationaler Gleichbehandlung sowie der (migrationsrechtlichen) Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen im Wege der Einbürgerung.

¹¹⁰ Studien zur Motivationslage bei *Falk Lämmermann* *ZAR* 2009, 289–296; und *Claudia Diehl/Michael Blohm* in: Frank Kalter (Hrsg.) *Migration und Integration*, 2008, 437–464.

¹¹¹ Insoweit ist die frühere Abstufung von *Thomas H. Marshall* *Class, Citizenship and Social Development*, 1964 überholt, dass politische Rechte der sozialen Gleichstellung vorausgehen; diese Entwicklung wird in Europa verstärkt durch die fehlende EU-Kompetenz für das Staatsangehörigkeits- und das Wahlrecht, mit der Folge, dass das EU-Migrationsrecht für Drittstaatsangehörige den Daueraufenthalt mit weitgehenden Rechten ausstattet, auch weil der alternative Zugriff auf eine europarechtlich verordnete Einbürgerungsoption kompetenzrechtlich versperrt ist; vgl. *Daniel Thym* *EuR* 2011, 487 (505–507).

¹¹² Hierzu *Christoph Möllers* *Demokratie*, 2008, 28 ff.; *Alexander Somek* *European Law Journal* 20 (2014), 688–712; und *Richard Bellamy* *Political Constitutionalism*, 2007, die mit Abstufungen in einer moderaten republikanischen Lesart gegen ein offenes (transnatio-

timationsmodells, das nur auf Staatsangehörige setzt.¹¹³ Hier gilt es weiterzudenken. In Zeiten zunehmender Grenzüberschreitungen streitet das Demokratieprinzip für eine vorsichtige Öffnung,¹¹⁴ im Bereich der Migrationsfolgen klassisch in Form des kommunalen Ausländerwahlrechts,¹¹⁵ das dann auch diejenigen erfasste, die die Voraussetzungen für eine Einbürgerung (noch) nicht erfüllen.¹¹⁶ Hierfür bereitet die Europajudikatur aus Karlsruhe nunmehr auch ein dogmatisches Fundament, wenn sie das Demokratieprinzip auf die Menschenwürde gründet und nach Optimierung streben lässt.¹¹⁷ Erfahrungen mit der Unionsbürgerschaft zeigen, dass ein Kommunalwahlrecht das partizipative Desinteresse zwar nicht aufhebt.¹¹⁸

nales) Deliberationsmodell plädieren; anders etwa *David Held* *Cosmopolitanism*, 2010, Kap. 5; s. auch *Martha Nussbaum* *Frontiers of Justice*, 2007, Kap. 4.

¹¹³ Unabhängig von Migration fordern die Europäisierung und Internationalisierung das Konzept heraus; hierzu zuletzt *Franz C. Mayer* *Verfassung im Nationalstaat*, VVDStRL 75 (2016), 7 (49–51); und *Hans Michael Heinig* ebd. 65 (81–84).

¹¹⁴ Ebenso etwa *Walter* Bürgerstatus (Fn. 100), 32 f., 37–41; früh bereits *Zuleeg* DÖV 1973, 361 (369 f.); und *Brun-Otto Bryde* JZ 1989, 257–262; zögernd dagegen *Gärditz* Bürgerstatus (Fn. 69), 92–98; a.A. etwa *Isensee* Ausländer (Fn. 17), 91–100; und *Paul Kirchhof* HStR IX, 1997, § 221 Rn. 17.

¹¹⁵ Die kommunale Selbstverwaltung kennzeichnet eine größere Fluidität des Legitimationssubjekts und sie besitzt dennoch einen stabilen örtlichen Diskurszusammenhang, sodass entgegen *Isensee* Ausländer (Fn. 17), 93 f., *Gärditz* Bürgerstatus (Fn. 69), 100 f., und *Johannes Masing* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 72 (2013), 169 (170 f.), das Argument der Unentrinnbarkeit nicht gegen ein geöffnetes Kommunalwahlrecht spricht, weil bei örtlichen Angelegenheiten auch Staatsangehörige eine Exit-Option durch Umzug haben; s. auch *Sophie Lenski* DVBl. 2012, 1057 (1062 f.); und für einen Rechtsvergleich *Anja Lansbergen/Jo Shaw* *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), 50 (53–61).

¹¹⁶ Für Personen mit einer Bleibeperspektive ist die Situation vergleichsweise einfach, weil deren demokratische Teilhabe durch Öffnung innerstaatlicher und supranationaler Beteiligungsrechte gewährleistet werden kann; vgl. *Thomas Groß* KJ 2011, 303 (308–312); das Kommunalwahlrecht begründete insofern eine Zwischenstufe zwischen dauerhafter Zugehörigkeit bei einem mittelfristigen Aufenthalt; hingegen bereitet die – hier nicht behandelte – theoretische Bestimmung des Legitimationssubjekts sowie die rechtspraktische Ausgestaltung von Beteiligungsmöglichkeiten bei Personen, die sich (noch) nicht im Staatsgebiet aufhalten, strukturelle Probleme; weiterführend zur normativen Debatte die Kontroverse von *Abizadeh Arash* *Political Theory* 36 (2008), 37–65, und *David Miller* *Political Theory*, 38 (2010), 111–120; zur rechtspraktischen Ausgestaltung optimistisch *Mattias Kumm* *Law and Ethics of Human Rights* 4 (2010), 141–175.

¹¹⁷ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 124, juris, übernimmt in Fortschreibung von BVerfGE 123, 267 (341, 378 f.), die Menschenwürdekonzepktion von *Häberle* HStR II, 2004, § 22 Rn. 61–69 und deutet Demokratie mit *Sebastian Unger* *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, 252 ff., als Optimierungsgebot; damit scheint BVerfGE 83, 37 (52 ff.), und BVerfGE 83, 60 (71 ff.), die dogmatische Geschäftsgrundlage entzogen zu sein; ebenso *Walter* Bürgerstatus (Fn. 100), 39–41.

¹¹⁸ S. die empirischen Studien von *Adrian Favell* *Politique européenne* 30 (2010), 187–224; und *Theresa Kuhn* *Experiencing European Integration*, 2015, Kap. 7.

Es würde jedoch den demokratischen Diskurs symbolisch öffnen und damit signalisieren, dass Migranten dazugehören können sollen.

Es ist übrigens keine neue Erscheinung, dass Staaten eine rechtliche Vollmitgliedschaft der gesamten Wohnbevölkerung anstreben.¹¹⁹ So forderte die Regierung der Schweiz, die schon vor dem ersten Weltkrieg eine der höchsten Ausländerquoten hatte, eine Assimilierung im Weg des *ius soli*, auch um einer schleichenden Kolonialisierung durch Italiener und Deutsche vorzubeugen, was nur am föderalen Beharrungsvermögen der Kantone scheiterte.¹²⁰ Frankreich forcierte die Einbürgerung der ebenfalls zahlreichen Ausländer auch aus der Sorge, in einem weiteren Krieg nicht genügend Soldaten gegen Deutschland aufbieten zu können,¹²¹ während das Deutsche Reich umgekehrt eine dauerhafte Anbindung der auslandsdeutschen Diaspora förderte und sogar versuchte, Auswanderer nach Südamerika umzulenken,¹²² weil die USA damals eine Assimilationspolitik verfolgten.¹²³ Österreich hingegen konzentrierte sich auf die internen Spannungen des Vielvölkerstaats und entzog Auswanderern nach zehn Jahren die Staatsangehörigkeit.¹²⁴

¹¹⁹ Mit diesem Ziel vereinten die Staatsbildungsprozesse des 19. Jahrhunderts disparate regionale Traditionen sowie die auseinanderstrebende post-feudale Gesellschaft unter dem Dach einer Gemeinsinn stiftenden Nationalkultur; vgl. *Ernest Gellner Nations and Nationalism*, 1983; und für das Staatsangehörigkeitsrecht *Rogers Brubaker Citizenship and Nationalhood in France and Germany*, 1992, 21–34.

¹²⁰ Ein Grund für den kantonalen Widerstand war die Verortung der Armenlast; zur Diskussion *Rudolf Schlaepfer Die Ausländerfrage in der Schweiz vor dem Ersten Weltkrieg*, 1969, 185–220; und *Wimmer Schweiz* (Fn. 37), 207–209; im Jahr 1922 schlug das Pendel um und es kam zu einer ersten Ausweisungsinitiative, die vom Volk noch abgelehnt wurde; vgl. *Gérald und Silvia Arlettaz La Suisse et les étrangers*, 2004, 88–94.

¹²¹ Dieses Ziel gewann nach dem Ersten Weltkrieg an Bedeutung; s. *Patrick Weil How to be French*, 2008, 54–71; das postrevolutionäre Frankreich hatte hingegen das *ius soli* noch als feudales Relikt abgelehnt; vgl. ebd. 11–53; und *Grawert Staatsangehörigkeit* (Fn. 36), 159–162; hingegen sprach sich das Deutsche Reich gerade wegen Migration für das *ius sanguinis* aus, um die Ostgebiete vor weiterem Zuzug abzusichern; vgl. *Dieter Gosewinkel Einbürgern und Ausschließen*, 2. Aufl. 2005, Kap. 5.

¹²² S. *Sebastian Conrad/Philipp Ther* in: Helmut Walser Smith (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Modern German History*, 2011, 573 (574–578); rechtlich perpetuierten §§ 13, 25–27, 31 f. Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22.7.1913 (RGBl. 1913, 583) die Staatsangehörigkeit nach der Auswanderung; ein modernes Äquivalent deutscher Diasporapolitik ist das durch BVerfGE 132, 39, verstetigte Auslandswahlrecht.

¹²³ Diese richtete sich zuerst gegen das Spanische und später gegen das Deutsche, wobei ein Verbot des fremdsprachigen Schulunterrichts vom US Supreme Court, Urt. v. 4.6.1923, *Meyer vs. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), gekippt wurde; zum Hintergrund *Dennis Baron The English-Only Question*, 1990, Kap. 4; und *Heinz Kloss Das Nationalitätenrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, 1963, 53 ff.

¹²⁴ Vgl. § 32 ABGB von 1811 i.V.m. §§ 1, 7 Kaiserliches Patent v. 24.3.1832, die den Auswanderungsbegriff konkretisierten, der nach max. zehn Jahren erfüllt war; näher

Diese historischen Anekdoten verweisen auf ein bis heute akutes Problem, das ein rein innerstaatliches Leitbild der Sesshaftigkeit leicht übersieht: Migranten haben neben der neuen auch eine alte Heimat,¹²⁵ eine gefühlsmäßige Doppelorientierung ist für einige Generationen schlichte Einwanderernormalität.¹²⁶ Rechtspolitisch begründet dies eine Herausforderung, weil das fehlende Interesse an einer Einbürgerung und politischer Teilhabe auch an der fortgesetzten Identifikation mit dem Heimatstaat liegen kann, die etwa der türkische Präsident bei seinen Wahlkampfauftritten in Deutschland immer wieder einfordert.¹²⁷

Aus diesem Dilemma gibt es keinen einfachen Ausweg, aber die doppelte Staatsangehörigkeit erscheint in der Summe der Argumente als pragmatisches Mittel,¹²⁸ die identifikatorische Doppelorientierung der ersten und zweiten Einwanderergeneration einfachgesetzlich abzubilden,¹²⁹ soweit all die sonstigen Einbürgerungsvoraussetzungen erfüllt sind.¹³⁰ Zu unauflösbaren Loyalitätskonflikten führt dies im 21. Jahrhundert nicht mehr,

Ingobert Goldemund in: ders./Kurt Ringhofer/Karl Theuer (Hrsg.) Das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht, 1969, 489–494, 497–500; und *Grawert* Staatsangehörigkeit (Fn. 36), 149–153; in Deutschland vor dem RuStAG (Fn. 122) ebenso § 21 Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit v. 1.6.1870 (Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1870, 355).

¹²⁵ Dass speziell Auswanderungsländer eine aktive Diaspora-Politik betrieben, ist keine neue Erfahrung; sie gilt für das Deutsche Reich vor einem Jahrhundert ebenso wie für die Türkei, Mexiko und zahlreiche Entwicklungsländer heute; näher *Alan Gamlen* *International Migration Review* 48 (2014), S180–S217.

¹²⁶ Hierzu die Verweise in Fn. 86; allgemein *Dirk Hoerder* in: Carlos Vargas-Silva (Hrsg.) *Handbook of Research Methods in Migration*, 2012, 69–91.

¹²⁷ Bekannt sind die Auftritte des türkischen Präsidenten Erdoğan im Februar 2008 in Köln und, abgeschwächt, im Februar 2011 in Düsseldorf, als Erdoğan seine Landsleute aufforderte, strukturell an gesellschaftlichen Teilbereichen mitzuwirken, ohne die dauerhafte kulturelle Zugehörigkeit zur Türkei aufzugeben; vgl. Das Dokument: Erdogans Kölner Rede, FAZ v. 15.2.2008, 7; und *Uta Rasche* Sie sind meine Staatsbürger!, FAZ v. 1.3.2011, 3.

¹²⁸ Bei den nachfolgenden Ausführungen handelt es sich wegen des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers im Bereich des Staatsangehörigkeitsrechts nicht um verfassungsrechtliche Ableitungen, sondern um eine einfachgesetzliche Systematisierung und Wertung; zum Spielraum *Kay Hailbronner* in: ders./Günter Renner/Hans-Georg Maaßen (Hrsg.) *Staatsangehörigkeitsrecht. Kommentar*, 5. Aufl. 2010, Art. 16 GG Rn. 11 ff.; strenger *Astrid Waltrabenstein* *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, 1999, 90 ff.

¹²⁹ Ideal wäre eine Doppelzugehörigkeit „mit Generationenschnitt“ ohne dauerhafte Vererbung, die freilich einer völkervertraglichen Regelung bedürfte; vgl. Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, Jahresgutachten 2014, 149–152; *Winfried Kluth* ZAR 2009, 134–138; und *Walter* Bürgerstatus (Fn. 96), 37.

¹³⁰ Die Befürwortung einer doppelten Staatsangehörigkeit beinhaltet *keine* Kritik an den sonstigen Einbürgerungsvoraussetzungen nach § 4 Abs. 3 bzw. § 10 StAG; die weitergehende Forderung nach einer schnellen und möglichst einfachen Einbürgerung, etwa bei *Thomas Groß* ZAR 2016, 262 (264), gründet letztlich auf der Annahme, dass die Migrati-

weil in Mitteleuropa ohnehin Meinungsfreiheit herrscht und der Kriegsfall das Bürgerschaftskonzept nicht mehr prägt.¹³¹ Hinzu kommt, dass auch eine Wahlpflicht zwischen alter und neuer Staatsangehörigkeit das Problem nicht löste, weil eine verweigerte Einbürgerung nur den Denizen-Status perpetuierte.¹³² Gewiss kann die doppelte Staatsangehörigkeit für sich genommen kein Zugehörigkeitsgefühl garantieren, aber sie lehrt, Ausländer als Akteure mit eigenen Präferenzen zu begreifen.¹³³ Ein Staat muss, ganz unabhängig von Migration, immer auch um Loyalität werben.

3. Nichtdiskriminierung statt Minderheitenschutz

Zugehörigkeit besitzt neben der rechtlichen und politischen immer auch eine kulturelle Dimension – und zwar im Sinn eines Kulturbegriffs, der sich nicht auf den bildungsbürgerlichen Kanon an Kunst- und Kulturgütern¹³⁴ oder auf religiöse Fragen, wie Kopftuch und Burka, beschränkt.¹³⁵ Vielmehr betrifft mein Konzept der kulturellen Zugehörigkeit die offene Struktur einer jeden Sinnproduktion, mittels derer sich Individuen und Gesellschaften über ihr ideelles Selbstbild verständigen.¹³⁶ Die moderne Kulturwissenschaft akzentuiert die Dynamik: An die Stelle feststehender

onsfolgen nicht nur konzeptuell in die bestehenden Grundkategorien einzuarbeiten sind, sondern künftige Einwanderung proaktiv gefördert werden soll.

¹³¹ Sinngemäß *Grawert* Staatsangehörigkeit (Fn. 36), 242–244; und *Kay Hailbronner* ZAR 1999, 51 (53 f.); anders *Haack* HStR X, 2012, § 205 Rn. 2 f., 9; und *Gärditz* Bürgerstatus (Fn. 69), 137–139, mit zahlreichen weiteren Nachweisen zum Diskussionsstand.

¹³² Eine Massenausweisung von 40.000 Personen, wie sie die preußische Regierung 1885 nach *Herbert* Geschichte (Fn. 89), 17, durchsetzte, verstieße heute gegen Art. 4 ZP IV EMRK; umgekehrt kann eine Wahlpflicht immer auch zu Gunsten der deutschen Staatsangehörigkeit ausgehen, sodass ein Verbot der doppelten Staatsangehörigkeit nicht zwangsläufig einen Denizen-Status perpetuieren muss.

¹³³ Rechtspolitisch ist im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht regelmäßig umstritten, ob der Gesetzgeber gemäß der offenen Formel vom „Fördern und Fordern“ (§ 43 Abs. 1 AufenthG) eine rechtliche Zugehörigkeit von strengen Anforderungen abhängig machen oder durch schnelle Rechtsgleichheit fördern soll; zum Widerstreit der Integrationskonzepte *Kees Groenendijk* European Journal of Migration and Law 6 (2004), 111 (113 f.); zum Sonderfall der Optionspflicht *Walter* Bürgerstatus (Fn. 96), 36 f. m.w.N.

¹³⁴ So im Anschluss etwa an Art. 167 AEUV und den Kulturgüterschutz i.R.d. UNESCO ein verbreiteter Fokus der Rechtswissenschaft; etwa *Karl-Peter Sommermann* Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2006), 1 (17 ff.); und *Stefan Huster* ebd. 51 (53 f.).

¹³⁵ Zur „Kulturalisierung“ des Migrations- und Integrationsdiskurses *Levent Tezcan* Zeitschrift für Kulturphilosophie 2011, 357–376; *Jörg Hüttermann* in: Özkan Ezli/Dorothee Kimmich/Annette Werberger (Hrsg.) Wider den Kulturenzwang, 2009, 95 (102–129); und *Hacer Bolat* ZAR 2014, 111 (112 f.).

¹³⁶ Vgl. *Gabriele Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 62–108; *Dieter Grimm* Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 46 (58–63); und klassisch *Peter Häberle* Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982, 10 ff.

Identitäten treten Eigen- und Fremdzuschreibungen, die eine jede individuelle und kollektive Identitätskonstruktion anleiten.¹³⁷ Ein öffentliches Recht, das Personen mit Migrationsgeschichte als Bürger anerkennt, kann auf diese Identifikationsprozesse mit unterschiedlichen Mitteln einwirken.

Ein klassisches Instrument ist der Minderheitenschutz, der historisch eng mit der Nationalstaatsbildung verbunden war¹³⁸ und die Rechtsordnung verpflichtet, durch institutionelle Schutzvorkehrungen die Reproduktion der Minderheitenkultur zu fördern,¹³⁹ etwa in Form des muttersprachlichen Schulunterrichts.¹⁴⁰ Eine Renaissance erlebte dieser Ansatz in den 1990er-Jahren, als auch in Deutschland die Forderung aufkam, zugewanderte Minderheiten rechtlich unter Schutz zu stellen,¹⁴¹ ganz im Sinn einer Politik des Multikulturalismus.¹⁴² Der Gesetzgeber war damals anderer Auffas-

¹³⁷ Dies entspricht dem Stand der kulturwissenschaftlichen Forschung; exemplarisch *Andreas Wimmer* *Ethnic Boundary Making*, 2014; und *Christoph Möllers* in: Horst Dreier/ Eric Hilgendorf (Hrsg.) *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, 223 (224–230); wegen dieser inhärenten Ambiguität lag *Karl Doehring* *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL 60 (2001), 357, falsch, wenn er doppelte Identitäten als Ausdruck von Schizophrenie deutete; anders noch das kulturdeterministische Verständnis speziell der frühen deutschen Kultursoziologie, etwa bei *Oswald Spengler* oder, klassisch, *Johann Gottfried von Herder*.

¹³⁸ Speziell in Osteuropa wurden Minderheiten im frühen 20. Jahrhundert zuerst konzeptuell von der Nationalkultur unterschieden und sodann einem – wenig effektiven – Schutzsystem unterstellt; klassisch *Hannah Arendt* *The Origins of Totalitarianism*, 1951, Kap. 9.

¹³⁹ Grundlage ist die Einsicht, dass eine kulturelle Identität gerade wegen des wandelbaren Charakters besonderer Schutzvorkehrungen bedürfe; vgl. *Will Kymlicka* *Multicultural Citizenship*, 1995, Kap. 5; und *Helmut Schulze-Fielitz* in: Thomas Fleiner-Gerster (Hrsg.) *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, 1995, 133 (142–145); differenzierend im Sinn einer liberalen Deutung *Will Kymlicka* *Multicultural Odysseys*, 2007, Kap. 3–5.

¹⁴⁰ So Art. 8 Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen v. 5.11.1992 (BGBl. 1998 II 1314), für Deutschland in Kraft seit 1.1.1999 (BGBl. 1999 II 59); bekräftigend *Rainer J. Schweizer* *Sprache als Rechts- und Kulturgut*, VVDStRL 65 (2006), 347 (372–378); entgegen *Wolfgang Kahl* ebd. 386 (395–407).

¹⁴¹ Nach der Wiedervereinigung wollte die Gemeinsame Verfassungskommission einen Art. 20b ins GG aufnehmen, der im Bundestag keine 2/3-Mehrheit fand; näher die Unterstützung von *Schulze-Fielitz* *Gesellschaft* (Fn. 139), 162–175; und die Kritik von *Dietrich Murswiek* HStR X, 2012, § 213 Rn. 63–65; historischer Kontext war die Situation in Osteuropa nach Fall des Eisernen Vorhangs, wo der Minderheitenschutz nach dem Ersten Weltkrieg entwickelt worden war; vgl. *Rainer Hofmann* ZaöRV 52 (1992), 1 (12–24); die „neuen Minderheiten“ wollte Deutschland durch eine völkerrechtliche Erklärung v. 11.5.1998 (BGBl. 1997 II 1418) bei der Ratifikation der Rahmenkonvention zum Schutz der nationalen Minderheiten vom 1.2.1995 (BGBl. 1997 II 1406), in Kraft seit 1.2.1998 (BGBl. 1998 II 57) vom Anwendungsbereich ausschließen; zur Praxis des Ausschlusses aufgrund der Konvention s. *Rainer Hofmann* ZaöRV 65 (2005), 587 (601 f.).

¹⁴² Zur semantischen Abstufung (auf Deutsch) zwischen analytischer *Multikulturalität* und rechtlich-institutionellem *Multikulturalismus* s. *Christine Langenfeld* *Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten*, 2001, 307–318; und *Eichenhofer* *Integra-*

sung und auch der Föderalismus als das klassische Instrument zum Schutz regionaler Besonderheiten greift nicht zu Gunsten von Zuwanderern – in Deutschland ebenso wenig wie in Österreich und der Schweiz.¹⁴³ Der Weg eines institutionellen Minderheitenschutzes wurde nicht beschritten.

Dies bekräftigt die liberale Ausrichtung eines deutschen und europäischen Grundrechtsschutzes, der individuelle Freiheiten gewährt, die auch gemeinsam ausgeübt werden können, ohne dass die gemeinsame Wahrnehmung außerhalb der Religionsfreiheit durch Gruppenrechte institutionell abgesichert würde.¹⁴⁴ Grundgesetz und EMRK anerkennen die kulturelle Autonomie des Einzelnen, beziehen diese jedoch auf die Gesellschaft als Ganzes, nicht auf Teilgruppen.¹⁴⁵ Dies gilt auch für eine Politik der Nichtdiskriminierung, die eine liberale Alternative zu kollektivistischen Ansätzen wie den Minderheitenschutz bietet.¹⁴⁶ Die einfachgesetzlich gestärkten Diskriminierungsverbote bekräftigen zugleich, dass die kulturelle Zugehörigkeit zum Gemeinwesen immer nur eine Relative sein wird, im Kontext von Migration ebenso wie unabhängig vom Grenzübertritt.¹⁴⁷ An die

tion (Fn. 14), 237–244; zum Forschungskontext *Bommes Paradigms* (Fn. 16), 142; und zur politischen Abkehr seit den 1990er-Jahren *Steven Vertovec/Susanne Wessendorf* in: dies. (Hrsg.) *The Multiculturalism Backlash*, 2010, 1 (4–21).

¹⁴³ Mangels geographischer Fokussierung profitieren Zuwanderer nicht vom föderalen Minderheitenschutz; ausführlicher *Otto Kimminich* Rechtsprobleme der polyethnischen Staatsorganisation, 1985, 189–203; *Fleiner-Gerster* in: ders. *Gesellschaft* (Fn. 139), 49 (56–59); und *Georg Jellinek* Das Recht der Minoritäten, 1898, 35–43; stattdessen nähert sich die Integrationsförderungs politik der europäischen Staaten zunehmend an; vgl. *Christian Joppke* *West European Politics* 30 (2007), 1–22.

¹⁴⁴ Art. 7 Abs. 3 f., Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 f. WRV gehen weiter als Art. 9 EMRK, Art. 10 GRCh, während Art. 9 Abs. 3 GG keine migrationsspezifische Ausgestaltung erfährt; eine expansive Deutung von Diskriminierungsverboten wie Sprache und Herkunft kann den liberalen Grundrechtsschutz an den institutionalisierten Minderheitenschutz annähern; vgl. *Hofmann* *ZaöRV* 65 (2005), 587 (598 ff.); sowie ebd. 591–593 zur menschenrechtlichen Minderheitenschutzklausel in Art. 27 IPbPR.

¹⁴⁵ Sinngemäß im Kontext von Migration etwa *Gerhard Robbers* in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1994, § 11 Rn. 2, 4; *Langenfeld* *Integration* (Fn. 142), 319 ff.; *Britz* *Kulturelle Rechte* (Fn. 136), 198–203, 211 ff.; und *Kahl* *Sprache* (Fn. 140), 428–438.

¹⁴⁶ Diskriminierungsverbote nach den EU-Vorgaben sowie nationaler Regelungen schützen auch Einzelpersonen innerhalb kulturell-religiöser Minderheiten, etwa Frauen, Schwule und Häretiker; zur allgemeinen EU-Präferenz für eine individuelle Lebensentfaltung anstelle kollektiver Deutungen *Alexander Somek* *Individualism*, 2008.

¹⁴⁷ Damit ist keine Aussage über das „Wie“ des Diskriminierungsschutzes getroffen, insb. die Horizontalwirkung, die mit *Matthias Jestaedt* und *Gabriele Britz* *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, *VVDStRL* 64 (2005), 300 ff. kontrovers bleibt und im Migrationskontext etwa durch Quoten oder anonymisierte Bewerbungen umgesetzt werden könnte.

Stelle kultureller Assimilation tritt die Zugehörigkeit zu einer pluralen Gesellschaft.

V. Gesellschaftlicher Zusammenhalt

In der öffentlichen Diskussion besitzt der Integrationsbegriff eine normative Zielrichtung.¹⁴⁸ Es geht zuerst einmal, wie aktuell infolge der Flüchtlingskrise, um die strukturelle Inkorporation in gesellschaftliche Teilbereiche, die verwaltungsrechtlich etwa im Bildungs-, Städtebau- oder Sicherheitsrecht verarbeitet wird.¹⁴⁹ Eine solche sektorale Betrachtung ist zentral, ohne dass sich die Migrationsfolgen in der Zählung der neu gebauten Wohnungen oder der Anzahl der Einbürgerungen erschöpfen; zugleich lenkt Migration den Blick auf die Tiefenschicht des gesellschaftlichen Zusammenhalts.¹⁵⁰

Worum es geht, zeigt das Beispiel des Sozialstaats, weil dessen solidarisches Fundament durch Migration beeinflusst werden kann. Es dürfte kein Zufall sein, dass klassische Einwanderungsländer wie die USA oder Australien einen schwächeren Wohlfahrtsstaat herausbildeten;¹⁵¹ es gibt empirische Hinweise, dass eine größere Diversität mit einem Rückgang an sozialpolitischer Solidarität einhergehen kann.¹⁵² Allein die Möglichkeit einer solchen Rückwirkung zeigt, warum als Migrationsfolge auch die Grundkategorie des sozialen Zusammenhalts zu thematisieren ist, die wir im Sinn eines sedentären Bias bisweilen als selbstverständlich voraussetzen.

¹⁴⁸ Ebenso § 1 Abs. 1 S. 4, § 43 Abs. 1 AufenthG.

¹⁴⁹ Hierzu bereits Abschnitt II; auch die rechtliche Gleichstellung bis hin zur Einbürgerung ist aus Sicht der (systemtheoretischen) Soziologie letztlich nur eine Form der strukturellen Integration in das Rechtssystem; vgl. *Heckmann* Integration (Fn. 22), Kap. 6; tendenziell anders die Gleichsetzung von Rechtsgleichheit und Vollintegration bei *Ulrike Davy* in: Klaus Barwig/dies. (Hrsg.) *Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit?*, 2004, 83–95; *Manfred Zuleeg* ZRP 1987, 188 (191); und *Thomas Groß* DVBl. 2014, 1217–1222.

¹⁵⁰ Ähnlich die soziologische Abstufung zwischen System- und Sozialintegration; vgl. *Heckmann* Integration (Fn. 22), 72–74; für eine nützliche Typisierung s. *Alastair Ager/Alison Strang* *Journal of Refugee Studies* 21 (2008), 166–191.

¹⁵¹ Weiterführend *Martin Ruhs* *The Price of Rights*, 2013; und *David Abraham* *Critical Historical Studies* 1 (2014), 215 (218–226).

¹⁵² Vgl. *Robert Putnam* *Scandinavian Political Studies* 30 (2007), 137–174; sowie *Wiederin* *Sozialstaatlichkeit* (Fn. 72), 81 f.; allerdings könnten Strukturunterschiede zwischen den USA und Europa die Auswirkungen dieses vorrangig historischen Befunds in der Gegenwart abmildern; vgl. *Markus M. Crepaz* in: Gary P. Freeman/Nikola Mirilovic (Hrsg.) *Handbook on Migration and Social Policy*, 2016, 315–329; hinzu tritt mit *Friedrich Ortman* *Zeitschrift für Sozialreform* 43 (1997), 585–596, der allgemeine Reformdruck infolge der Globalisierung.

1. Nationalstaatliche Identitätskonstruktion

Die sesshaften Teile einer Gesellschaft tendieren im Angesicht von Migration dazu, das eigene Selbstverständnis einzufrieren, es wie die Folklore gleichsam ins Museum zu stellen.¹⁵³ Dabei verändert sich eine Gesellschaft immer. So erhitzte das gemeinsame Baden von Männern und Frauen, das in Form des koedukativen Schwimmunterrichts in der jüngeren Verwaltungsrechtsprechung zum Integrationsförderinstrument avancierte, vor hundert Jahren die Gemüter.¹⁵⁴ Dass im 19. Jahrhundert durch Schulpflicht, Gedenkveranstaltungen und Militärdienst ein Nationalbewusstsein erst geformt werden musste, gehört heute zum Gemeingut.¹⁵⁵ Für die Gesellschaft gilt dasselbe wie für den Einzelnen: Identitäten sind keine feststehenden Größen, sondern werden fortlaufend neu verhandelt.¹⁵⁶

Diese Relativierung betont den Prozesscharakter, ohne in Beliebigkeit zu münden. Aus der historischen Kontingenz kollektiver Identitätskonstruktionen folgt nicht, dass der Staat als Ordnungsprinzip sowie ein hierauf bezogener sozialer Zusammenhalt irrelevant wären.¹⁵⁷ So sieht es jedenfalls das Grundgesetz, das bekanntlich „keine wertneutrale Ordnung sein will.“¹⁵⁸ Andere haben ausführlicher herausgearbeitet, dass dem Grundgesetz ein Verfassungsziel der gesellschaftlichen Integration zu entnehmen ist,¹⁵⁹

¹⁵³ Zur nostalgischen Musealisierung als Gegenreaktion zum beschleunigten Wandel s. *Hermann Lübke* in: Ulrich Borsdorf/Heinrich Theodor Grütter/Jörn Rüsen (Hrsg.) *Die Aneignung der Vergangenheit*, 2004, 13–38; greifbar ist die bewahrende Verstetigung nationaler Selbstbilder, die im Herkunftsstaat teils überholt sind, bei Diaspora-Gruppen.

¹⁵⁴ Im „Burkini“-Urteil erkannte BVerwGE 147, 362, Rn. 13 ff., eine Teilnahmepflicht mit Ganzkörperbadeanzug, nachdem BVerwGE 94, 82, noch eine Befreiung ausgesprochen hatte; zum historischen Streit um öffentliche Badeanstalten in den 1920er-Jahren exemplarisch *Gert Zang* *Geschichte der Stadt Konstanz*, 2010, 169 f.; für eine kulturwissenschaftliche Einordnung der Burkini-Debatte als Ausdruck nicht von Segregation, sondern einer modifizierten Form der Integration s. *Özkan Ezli* in: Thomas G. Kirsch/Rudolf Schlögl/Dorothea Weltecke (Hrsg.) *Religion als Prozess*, 2015, 91–112.

¹⁵⁵ Klassisch *Benedict Anderson* *Imagined Communities*, 2. Aufl. 2006; und *Rokkan* *Staat* (Fn. 35), 202 ff.

¹⁵⁶ S. Fn. 137 und begleitender Text.

¹⁵⁷ In diesem Sinn übereinstimmend bei grundlegenden Unterschieden im Übrigen etwa *Ralf Dahrendorf* *Merkur* 48 (1994), 751 (757–759); *Depenheuer* FS Georg Brunner, 2001, 46 (53); und *Gärditz* *Bürgerstatus* (Fn. 69), 107–117.

¹⁵⁸ Grundlegend BVerfGE 7, 198 (205).

¹⁵⁹ So insb. *Langenfeld* *Integration* (Fn. 142), 370–382; *Arnd Uhle* *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, 2004, 355 ff.; *ders.* HStR IV, 2006, § 82 Rn. 45–56, der argumentativ zudem auf vorrechtliche Verfassungsvoraussetzungen rekurriert; *Kahl* *Sprache* (Fn. 140), 435 f.; *Josef Isensee* JZ 2010, 317 (318 f.); *Eichenhofer* *Integration* (Fn. 14), 81 ff. passim; und *Burgi* DVBl. 2016, 1015 (1020), der zusätzlich auf grundrechtliche Schutzpflichten verweist; auf theoretischer Grundlage sinngemäß *Uwe Volkmann* in: *Dreier/Hilgendorf* (Fn. 137), 245 (253–262); und *ders.* *Darf der Staat seine Bürger erzie-*

das man in den Staatszielen sowie, allgemein, den Grundrechten verorten kann,¹⁶⁰ weil diese als regulative Prinzipien die Privatautonomie betonen, diese aber zugleich zum öffentlichen Interesse in Bezug setzen.¹⁶¹ Es hätte eine Signalwirkung im öffentlichen Diskurs, wenn man das Integrationsziel ausdrücklich im Verfassungstext verankerte.¹⁶²

Doch was heißt Integration? Inhaltlich zielt das Integrationsziel auf Verständigung, ohne eine Gestaltform vorzugeben. Integration kann Verschiedenes bedeuten und eignet sich gerade wegen dieser Deutungsoffenheit als verfassungsrechtliche Orientierungsmarke, die im Sinn eines überlappenden Konsenses ein normatives Ziel vorgibt, zugleich jedoch verschiedene Ausgestaltungen zulässt.¹⁶³ Näheres diskutierte die Verfassungslehre zuletzt im Kontext der Europäischen Union.¹⁶⁴ Die damaligen Argumente gelten sinngemäß für das Migrationsgeschehen: Es überzeugt nicht, den Verfas-

hen?, 2012, 17 ff.; ebenso zur Sprachenpflege *Paul Kirchhof* HStR II, 2004, § 20 Rn. 107–111; offener *Britz* Kulturelle Rechte (Fn. 136), 216–225, die auf demokratische Selbstbestimmung und die Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen abstellt.

¹⁶⁰ Wenn *Groß* KJ 2006, 2 (9), einzig auf die Individualgrundrechte verweist, verlangt dies, dass die (subjektive) Privatnützigkeit einer Regelung, etwa der Spracherwerbspflicht, im Zweifel dargetan wird; differenzierend für die EMRK *Magdalena Pöschl* in: Konrad Sahlfeld/Martina Caroni/Anna Chudozilov/Michael Girsberger/Stephan Hördegen/Lucy Keller/Stefan Leutert/Daniela Thurnherr (Hrsg.) *Integration und Recht*, 2003, 197 (221–224).

¹⁶¹ Ausführlicher, unabhängig von Migration, teils freilich ohne Ableitung verfassungsdogmatischer Konsequenzen *Winfried Brugger* AöR 123 (1998), 337 (353–374); *Uwe Volkmann* *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, 1998, 45 ff., 215 ff.; *Günter Frankenberg* *Die Verfassung der Republik*, 1997, 133–149; *Robert Alexy* *Theorie der Grundrechte*, 1994, 249 ff.; sowie, restriktiver, *Stefan Koriath* *Europäische und nationale Identität* VVDStRL 62 (2003), 117 (133 f.); zur Gemeinschaftsbezogenheit als Menschenbild des Grundgesetzes klassisch BVerfGE 4, 7 (15 f.); wiederholt etwa in BVerfGE 12, 45 (51) und BVerfGE 33, 1 (10 f.); hingegen betonen die beiden Kopftuch-Entscheidungen die freie Selbstentfaltung; vgl. BVerfGE 108, 282 (300) und BVerfGE 138, 296, Rn. 109.

¹⁶² Für einen Vorschlag, der freilich vorrangig die Vielfalt anstelle von Gemeinschaftsbezogenheit betont, s. *Farhad Dilmaghani* *Für ein anderes Grundgesetz*, SZ v. 12.10.2015; ebenso für die deutsche Sprache die Bundestagspräsidenten *Norbert Lammert* Rede am 10.1.2011; und *Wolfgang Thierse* *Neue Gesellschaft/Frankfurter Hefte* 1–2/2009, 11–13; einen dogmatischen Mehrwert im Sinn einer Neujustierung hätte die Positivierung nur, wenn ein Staatsziel wie im Vorschlag von *Dilmaghani* mit konkreten Inhalten angereichert würde, was wegen der Anforderungen des Art. 79 Abs. 2 GG jedoch unwahrscheinlich ist.

¹⁶³ Die US-Verfassungslehre spricht insofern von einem *incompletely theorised agreement*, das divergierenden Ansichten eine Verständigung auf einer mittleren (und betont offenen) Abstraktionsebene erlaubt; näher *Cass R. Sunstein* *Legal Reasoning and Political Conflict*, 1996, Kap. 3; ähnlich für den *overlapping consensus* die Argumentation von *John Rawls* *Oxford Journal of Legal Studies* 7 (1987), 1–25.

¹⁶⁴ S. insb. *Koriath* *Identität* (Fn. 161), 117 ff. und *Armin von Bogdandy* *Europäische und nationale Identität* VVDStRL 62 (2003), 156 ff.; im Kontext von EU und Migration tritt der Integrationsbegriff funktional an die frühere Stelle der „Nation“; so *Walter Leisner* *Der Staat* 55 (2016), 213 (225 f.).

sungsstaat auf die tradierte Sittlichkeit einer deutschen Kulturnation zu stützen,¹⁶⁵ weil das Grundgesetz und das europäische Verfassungsrecht den Nationalstaat auf ein staatsbürgerliches Fundament stellen¹⁶⁶ und mittels der Grundrechte eine Binnenpluralität sichern.¹⁶⁷ Unter dem Grundgesetz tritt Einheit in Vielfalt an die Stelle kultureller Homogenitätspostulate, für die europäische Integration ebenso wie für Migrationsfolgen.

2. *Verfassungspatriotismus in der Migrationsgesellschaft*

Derzeit gibt es kaum eine öffentliche Diskussion zum gesellschaftlichen Zusammenhalt, in der nicht die Verfassung beschworen wird. So bekannte der Regierende Bürgermeister Berlins vor einigen Wochen: „Für mich ist klar: Es gilt immer das Grundgesetz. Punkt. Für alle, die hier leben. Ich liebe unser Grundgesetz.“¹⁶⁸ Eine solche Position bezeichnen wir gemeinhin als Verfassungspatriotismus,¹⁶⁹ einem Begriff, der die soeben vorgestellte Binnenpluralität anstelle von kultureller Homogenität ganz unabhängig von Migration auf den Punkt bringt.¹⁷⁰ Es wäre jedoch ein Fehler, den verbreiteten Verfassungsbezug im Sinn eines sedentären Bias statisch zu verstehen. Der Verweis auf universelle Normen verbirgt, dass diese in der öffentlichen Wahrnehmung für eine spezifische Gemeinschaftser-

¹⁶⁵ So jedoch *Arndt Uhle* HStR IV, 2006, § 82 Rn. 11 ff.; *Isensee* JZ 2010, 317 (320 f.); sowie, abgeschwächt *ders.* AöR 140 (2015), 169 (187–190); *Kirchhof* HStR IX, 1997, § 221 Rn. 24–32, der die Bedeutung der Familie betont; und *Haack* HStR X, 2012, § 205 Rn. 7–9; s. auch das Homogenitätspostulat des Maastricht-Urteils gemäß BVerfGE 89, 155 (186).

¹⁶⁶ Zum historischen Wandel *Rainer Lepsius* in: *ders.*, Interessen, Ideen, Institutionen, 1990, 232–246; *Jürgen Habermas* in: *ders.*, Faktizität und Geltung, 1992, 632–660; und *Astrid Wallrabenstein* Der Staat 38 (1999), 260 (262–264, 275–278); s. auch BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 541, 690 f.

¹⁶⁷ Hierzu insb. *Brun-Otto Bryde* Stw & Stpr 1994, 305 (321 f.); *Ingolf Pernice* AöR 120 (1995), 100 (107); *Britz* Kulturelle Rechte (Fn. 136), 209–215; *Langenfeld* Integration (Fn. 142), 363–369; *von Bogdandy* Identität (Fn. 164), 178–183; und *Baer* Wandel (Fn. 17), 335 f.; zum stabilisierenden Einfluss des europäischen Primärrechts *Ingolf Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 (184–186).

¹⁶⁸ *Michael Müller* im Gespräch mit *Sawsan Chebli* FAZ v. 3.8.2016, 5.

¹⁶⁹ Begriffsprägend unabhängig von Migration *Dolf Sternberger* in: *ders.*: Schriften, Bd. X, 1990, 13 ff.; und *ders.* Verfassungspatriotismus, FAZ v. 23.5.1979, 1; s. auch *Habermas* Faktizität (Fn. 166), 641–643.

¹⁷⁰ Die Sorge um den gesellschaftlichen Zusammenhalt angesichts von zunehmender Pluralität ist keine migrationspezifische Frage; vgl. *Gertrude Lübke-Wolf* ZAR 2007, 121 (126 f.); *Dahrendorf* Merkur 48 (1994), 751 (759); und *Abraham* Critical Historical Studies 1 (2014), 215 (241 ff.); erneut gilt es, die migrationsbezogenen Herausforderungen nicht zu übertreiben; vgl. Fn. 32; und *Roger Zetter/David Griffiths/Nando Sigona*, Immigration, Social Cohesion and Social Capital, 2006.

fahrung stehen.¹⁷¹ Migration verdeutlicht, wie die Verfassung sich zum gesellschaftlichen Zusammenhalt verhält – und weist damit einen Weg, wie die Gerichte das verfassungsrechtliche Integrationsziel in dogmatische Aussagen übersetzen können.

So erhöht Migration die Diversität und zeigt damit, dass eine außerrechtliche Einigkeit der Bürger im säkularisierten Verfassungsstaat nicht nur normativ nicht erzwungen werden kann,¹⁷² sondern auch empirisch unerreichbar bleibt.¹⁷³ In der Migrationsgesellschaft ist Vielfalt nicht nur ein Wagnis um der Freiheit Willen, sondern eine Notwendigkeit. Integration zielt insofern nicht auf Einigkeit,¹⁷⁴ sondern lässt das Ergebnis offen.¹⁷⁵ An

¹⁷¹ Die partikulare Verankerung zeigt sich bereits daran, dass die Menschenrechte in allen EU-Staaten vergleichbar geschützt sind, ohne dass deshalb die verfassungspatriotische Unterscheidung nationaler Diskursräume entfiel; hierzu allgemein *Jan-Werner Müller* *Constitutional Patriotism*, 2007, 40–45, 52–60; und *Robert Cover* *Harvard Law Review* 97 (1983), 4 (11–44); dies gilt gerade auch für den deutschen Diskurs, dessen partikulare Verankerung, auch in Reaktion auf die NS-Zeit, aus der Außenperspektive häufig klarer erkannt wird; exemplarisch *Michel Rosenfeld* *The Identity of the Constitutional Subject*, 2010, 258–261; und *Kostakopoulou* *Citizenship* (Fn. 103), 69–75; polemisch zugespitzt *Hillgruber* *HStR* II, 2004, § 32 Rn. 34 f.

¹⁷² Grundlegend zur fehlenden (homogenen) Einheit, die eine (niederschwellige) Integrationsförderung nicht ausschließen muss, *James J. Tully* *Strange Multiplicity*, 1995; s. auch *Ulrich Haltern* *JöR* nF 45 (1997), 31–88; und *Neil Walker* *Modern Law Review* 65 (2002), 317 (328–331); der Hinweis auf fehlende Rechtspflichten zur Integration, etwa bei *von Bogdandy* *Identität* (Fn. 164), 178–180, akzentuiert in der Tradition liberaler Freiheitsrechte staatliche Zurückhaltung, blendet angesichts der Weite des Kultur- und Identitätsbegriffs aber leicht aus, dass auch außerhalb der Schule eine (in-)direkte Beeinflussung, die nicht auf Homogenität zielt, verbreitet und grds. auch zulässig ist, etwa durch bußgeldbewährte Verhaltensvorschriften oder die Spracherwerbspflicht von Migranten; beim Ausmaß der staatlichen Einflussnahme wird zu differenzieren sein: Bereiche des (inneren) geistig-sittlichen und ästhetischen Selbstbilds unterliegen deutlich stärkeren Grenzen als die (äußere) Positionierung als Teil der Gesellschaft; näher *Volkman* *Bürger erziehen?* (Fn. 159), 37–48; *Christian Joppke* *Theory & Society* 43 (2014), 589 (607 f.); sowie, indirekt, die Diskussion von *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein* *Nudge*, 2009; sinngemäß auch die „Sphärentheorie“ des BVerfG beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, zudem wird eine religiös motivierte Vielfalt eventuell anders zu beurteilen sein wie sonstige kulturelle Fragen; vgl. *Christian Joppke/John Torpey* *Legal Integration of Islam*, 2013, 3–6.

¹⁷³ Anders die konsensorientierte Zielrichtung der Integrationslehre von *Rudolf Smend* in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Aufl. 1994, 119 (136 ff.); oder auch die Hoffnung auf außerrechtliche Einigkeit der Bürger bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, 42 (60); überzeugend die Kritik an dieser Position bei *Christoph Möllers* *Religiöse Freiheit als Gefahr*, *VVDStRL* 68 (2009), 47 (59–63).

¹⁷⁴ Dieser Fokus auf die Gegenwart bedeutet nicht, dass individuelle und kollektive Traditionen und Vergangenheiten von Menschen und Völkern irrelevant wären, wohl jedoch, dass ihr relativer Einfluss in der Gegenwart situativ zu aktualisieren ist (und innerhalb der Gesellschaft unterschiedlich bewertet werden wird); aktuelle Beispiele sind die regelmäßige politische Bekräftigung einer gemeinsamen Verantwortung aller (Neu-)Deutscher für

die Stelle der substantiellen Einheit tritt das Verfahren.¹⁷⁶ Eine Migrationsgesellschaft ist immer auch eine Aushandlungsgesellschaft.¹⁷⁷

Wenn dies stimmt, sind Diskussionen kein pathologischer Zustand, sondern ein Treibstoff des Zusammenhalts.¹⁷⁸ Gewiss ist Streit nicht frei von Risiken.¹⁷⁹ Der islamistische Terror und der Siegeszug populistischer Parteien zeigen, dass Wandel immer auch in Desintegration münden kann.¹⁸⁰

den Holocaust sowie die Kritik des Bundestags am türkischen Völkermord von 1915/16 an den Armeniern; vgl. BT-Drs. 18/8613 v. 31.5.2016 i.V.m. Plenarprotokoll 18/173 v. 2.2.2016, S. 1739A; für eine Abstufung divergenter Positionen zur Bedeutung historischer und kultureller Prägung s. *Brugger* AöR 123 (1998), 337 (343–357).

¹⁷⁵ Entgegen *Uhle* HStR IV, 2006, § 82 Rn. 1, 8; ähnlich wie hier zum Integrationsbegriff *Eberhard Denninger* KJ 2001, 442 (446–449); *Frankenberg* Republik (Fn. 161), 146 f.; und *Christoph Gusy/Sebastian Müller* ZAR 2013, 265 (269 f.); die normative Anerkennung von Differenz erleichtert einer pluralen Gesellschaft die Gewährleistung des gesellschaftlichen Zusammenhalts.

¹⁷⁶ Integration kommt insoweit nie zum Stillstand; es gibt kein Endziel, nur die Momentaufnahme; sinngemäß ungeachtet argumentativer Abstufungen *Korioth* Identität (Fn. 161), 135–140; *Möllers* Demokratie (Fn. 112), 29–32; *Walter* Bürgerstatus (Fn. 96), 42; *Winfried Kluth* DVBl. 2016, 1081 (1085); *Ulrich Haltern* KritV 83 (2000), 153 (170–177); *Martin Nettesheim* in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Fn. 78), 55 (59–62); sowie, anders als das Maastricht-Urteil (Fn. 165), die prinzipiell zukunftsgerichtete und inhaltlich offene Identitätsformel des Lissabon-Urteils gemäß BVerfGE 123, 267 (358); allgemein *Görg Haverkate* Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992.

¹⁷⁷ Über Weg und Ziel der prozessualen Verständigung zwischen Kompromiss und Konsens divergieren die Auffassungen zwischen der Diskursorientierung bei *Habermas*, der Konflikttheorie *Dahrendorfs* und dem Differenzansatz *Luhmanns*, die ihre Überzeugungskraft für eine Gesellschaft auch empirisch beweisen müssen; ausführlicher *Günter Frankenberg* in: *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke* (Hrsg.) Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 31–57; und *Eichenhofer* Integration (Fn. 14), 200–214; s. auch *Graser* Gemeinschaften (Fn. 82), 111–136; für eine Migrationsgesellschaft kommt erschwerend hinzu, dass Konflikte um kulturelle Identitätsfragen schwerer zu lösen sein können, als Interessen- oder Ideologiekonflikte, die einen leichteren Ausgleich zulassen; näher hierzu *Claus Offe* Journal of Political Philosophy 6 (1998), 113 (119–124).

¹⁷⁸ Empirische Studien deuten darauf hin, dass Fremdenfeindlichkeit nicht notwendig mit der Anzahl der Nachbarn mit Migrationshintergrund korreliert, wohl aber abzunehmen scheint, wenn es mehr zwischenmenschliche Kontakte gibt; vgl. *Dimitar Toshkov/Elitsa Kortenska* Journal of Common Market Studies 53 (2015), 910–925; und *Ruud Koopmans* Journal of Ethnic and Migration Studies 42 (2016), 197–216.

¹⁷⁹ Kritische Studien werden zudem einwenden, dass formale Beteiligungschancen sozioökonomische Machtverhältnisse und ideologische Ausgrenzung kaschieren können; exemplarisch *Etienne Balibar* Nous, citoyens d'Europe, 2001; die Probleme der französischen Integrationspolitik dürften auch daran liegen, dass die formale republikanische Gleichheit teils mit einer sozioökonomischen Ausgrenzung einher ging.

¹⁸⁰ *Jan-Werner Müller* Was ist Populismus?, 2016, 93 ff., legt überzeugend dar, dass populistische Positionen argumentativ einzubinden, hierbei jedoch die Themen und die diskursive Ausrichtung mitzubestimmen sind; damit ist nicht gesagt, dass Populismus nur auf Migration reagiert, weil letztere immer auch eine Projektionsfläche für eine generelle

Doch eine freiheitliche Alternative zur Erneuerung gibt es nicht: Integration, die nicht gelebt wird, erschläft.¹⁸¹ Eine Migrationsgesellschaft hängt davon ab, dass die Bürger sich wechselseitig als Teil einer Verantwortungsgemeinschaft erkennen.¹⁸² Insofern erscheint der fast übersteigerte Rekurs auf die Verfassung in der öffentlichen Debatte als positives Zeichen. Das Grundgesetz erstarkt zum Gründungsmythos einer pluralen Migrationsgesellschaft,¹⁸³ ohne dass es sich hierbei um eine selbsterfüllende Prophezeiung handelte.¹⁸⁴ Der verfassungspatriotische Zusammenhalt beruht nicht auf sedentärer Statik, sondern muss im Diskurs beständig erneuert werden.¹⁸⁵ An diesen Maximen sollten sich die Gerichte bei der Handhabung des verfassungsrechtlichen Integrationsziels orientieren.

Unzufriedenheit ist; vgl. *Stephen Castles/Hein de Haas/Mark J. Miller* *The Age of Migration*, 5. Aufl. 2014, 307–312.

¹⁸¹ Dies zeigt mittelbar der begrenzte Erfolg europaweiter Identitätsbildung durch Verfassungsgebung und Grundrechtecharta, die nicht hinreichend in der breiteren Öffentlichkeit verankert waren bzw. abgelehnt wurden; näher *Mattias Kumm* *International Journal of Constitutional Law* 6 (2008), 117–136; sowie, pointiert, *Jiří Přibáň* *Constellations* 16 (2009), 44 (47–53); und *Ulrich Haltern* *European Law Journal* 9 (2003) 14 (26–32); sinngemäß der Verweis auf den nicht immer erfolgreichen Verfassungsexport in andere Länder bei *Eberhardt Denninger* *KJ* 2009, 226 (232 f.); und den Beiträgen zu *Sujit Choudry* (Hrsg.) *The Migration of Constitutional Ideas*, 2006.

¹⁸² Hierzu *De Schutter/Ypi* *British Journal of Political Science* 45 (2015), 235 (239–243); gefordert ist keine vorbehaltlose innere Identifikation mit der Rechtsordnung, sondern nur deren prinzipielle Anerkennung; vgl. *Liav Orgad* *European Law Journal* 15 (2009), 719 (734 f.); s. auch BVerfGE 102, 370 (395).

¹⁸³ Zur Symbolfunktion der Verfassung, die bei fehlender außerrechtlicher Homogenität nach dem klassischen Vorbild der USA oder einer historischen Delegitimierung nationalstaatlicher Semantik nach deutschem Modell zunimmt, *Dieter Grimm* *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), 193 (198–203); sowie, klassisch, *Smend* *Abhandlungen* (Fn. 173), 162–164; für die USA *William Y. Elliott* in: *Conyers Read* (Hrsg.) *The Constitution Reconsidered*, 1968, 209–224; hinzu treten mit *Möllers* *Demokratie* (Fn. 112), 49, weitere Symbole bis hin zur Fußballmannschaft.

¹⁸⁴ Es geht um mehr als um die formale Bekräftigung der Rechtsordnung, nämlich um die identifikatorische und praktizierte Orientierung an der Verfassung im Sinn einer soziokulturellen Voraussetzung für einen erfolgreichen Verfassungspatriotismus; näher *Habermas* *Faktizität* (Fn. 166), 641–643; *Frank I. Michelman* *Ratio Juris* 14 (2001), 253 (258–271); *Möllers* *Demokratie* (Fn. 112), 48–54; sowie *Otto Depenheuer* *DÖV* 1995, 854 (859 f.), der treffend darlegt, dass der Wortbestandteil *Verfassungspatriotismus* die notwendige emotionale Hinwendung ausdrückt.

¹⁸⁵ Dies gilt umso mehr, als das Konzept des Verfassungspatriotismus und die dahinter stehenden Verfassungswerte bisher vorrangig auf die Aufarbeitung der deutschen Geschichte sowie die Stellung des Nationalstaats in der Europäischen Union bezogen waren, ihre Aktualität für die Migrationsfolgen aber erst beweisen müssen.

3. Konkretisierung bei der Grundrechtsinterpretation

Für den Integrationsvorgang stellt die Verfassung nicht nur den Verhandlungsrahmen, sondern bietet mit den Grundrechten auch eine normative Orientierung. Hierbei kann die ebenenübergreifende Einheit der Grundrechte länderspezifisch auszugestalten sein.¹⁸⁶ So betonte der EGMR im Urteil zum französischen Burka-Verbot nicht nur, dass die „Mindestanforderungen für das gesellschaftliche Zusammenleben“ im Sinn eines „vivre ensemble“ ein legitimes Eingriffsziel darstellen,¹⁸⁷ sondern sagte zugleich, dass diese Zielvorgabe mangels paneuropäischen Konsenses landesspezifisch zu konkretisieren sei.¹⁸⁸

In derartigen Situationen kann die Grundrechtsinterpretation als ein Ort der gesellschaftlichen Selbstverständigung dienen, soweit die Verfassungsauslegung an aktuelle Debatten rückgebunden ist.¹⁸⁹ Die öffentliche Wertschätzung des Grundgesetzes gründet auch auf der Erinnerung an gemeinsam durchlebte Streitigkeiten, von der Mitbestimmung bis zur Abtreibung, deren erfolgreiche Schlichtung den Verfassungspatriotismus stärkte.¹⁹⁰ Die-

¹⁸⁶ Zu Rechtsdogmatik und Konzept eines integrativen Verfassungsppluralismus s. *Matthias Wendel* Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2012; *Daniel Thym* JZ 2015, 53–63; *Mayer* Nationalstaat (Fn. 113), 28 ff.; *Pernice* Verfassungsrecht (Fn. 167), 163 ff.; und *Armin von Bogdandy* HStR XI, 2013, § 232 Rn. 25 ff.

¹⁸⁷ EGMR, Urt. v. 1.7.2014, Nr. 43835/11, *S.A.S. gegen Frankreich*, Ziff. 121, im Rahmen der Maßstabbildung (eigene Übersetzung); damit dehnt die Große Kammer die in Art. 8 f. EMRK enthaltenen Rechtfertigungsgründe und anerkennt die Ambivalenz eines gesellschaftlichen Pluralismus, der durch Grundrechte die Vielfalt schützen will, eben dieses Ziel teils jedoch durch Eingriffe erreicht; die frühere Rechtsprechung hatte dies argumentativ vorbereitet, nicht aber dogmatisch durchbuchstabiert; näher *Sarah Leyli Rödiger/Dana-Sophia Valentiner* AVR 53 (2015), 360 (369–377); und *Gerhard Van der Schyff/Adriaan Overbeeke* European Constitutional Law Review 7 (2011), 424 (435–450).

¹⁸⁸ EGMR *S.A.S.* (Fn. 187), Ziff. 155–157, in Übereinstimmung mit zahlreichen früheren Urteilen zum Beurteilungsspielraum, dessen Ausmaß immer auch abhängig von einem Rechtsvergleich ist; weiterführend *Janneke Gerards* European Law Journal 17 (2011), 80 (108–118); sowie *Heinig* Nationalstaat (Fn. 113), 91–96.

¹⁸⁹ Zur Wandlungsfähigkeit der Verfassung und ihrer Auslegung s. *Rosenfeld* Identity (Fn. 171); und das offene Verfassungsverständnis in der Fortfolge von *Rudolf Smend* und *Konrad Hesse* bei *Peter Häberle* JZ 1975, 297–305; *Pernice* Verfassungsrecht (Fn. 167), 160–163; und *Uwe Volkmann* Grundzüge einer Verfassungslehre, 2013, 67–73, 207–211; die US-Verfassungslehre spricht insoweit von einer „Jurisgenese“; hierzu *Frank I. Michelman* Yale Law Journal 97 (1988), 1493–1537; und, am Beispiel des Kopftuchs, *Benhabib* Others (Fn. 82), 183–202.

¹⁹⁰ Zum Zeitpunkt der Auseinandersetzung war und ist die Verfassung zumeist die Projektionsfläche konkurrierender Deutungen, die dogmatisch und gesellschaftspolitisch abzustimmen den Erfolg der deutschen und amerikanischen Verfassungsjudikatur nährte; s. *Christoph Schönberger* in: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011, 9 (40–56); und, zur US-Verfassung als Ort

ser Zusammenhalt muss im Zeichen von Migration erneuert werden. Die Grundrechtsdogmatik stabilisiert und rationalisiert derartige Debatten,¹⁹¹ ohne frühere Lösungen unbegrenzt fortzuschreiben.¹⁹²

Im deutschen Verfassungsrecht gilt dies etwa für das Schulwesen¹⁹³ und den Umgang mit Religion,¹⁹⁴ die immer schon ein Gradmesser des gesellschaftlichen Zusammenhalts waren. Im Religionsverfassungsrecht zeitigt auch die Annahme eines verfassungsrechtlichen Integrationsziels konkrete Auswirkungen,¹⁹⁵ weil dieses Eingriffe in die in Deutschland schrankenlos gewährleistete Religionsfreiheit auch außerhalb des Schulwesens nach dem Vorbild der EGMR-Judikatur zu rechtfertigen vermag,¹⁹⁶ exemplarisch

eines verhandelten Wandels, näher *Bruce Ackerman* *We, the People*. Vol. 2: Transformations, 1998.

¹⁹¹ In diesem Sinne etwa *Klaus* und *Hans Christian Röhl* *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, §§ 77 ff.; *Schmidt-Aßmann* *Ordnungsidee* (Fn. 24), 5–7; und *Möllers* *Identität* (Fn. 137), 230–237.

¹⁹² Anzeigt ist eine methodische Kontextualisierung, die sich neuen Bewertungen ebenso öffnet wie gesellschaftlichen Debatten; so, unabhängig von Migration, *Oliver Lepsius* in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Fn. 190), 159 (214 ff.), der auch die Berücksichtigung der Interessenlagen anmahnt; methodisch akzentuieren die Notwendigkeit von (Verfassungs-)Wandel infolge von Migration und demografischem Wandel *Becker/Kersten* *AöR* 141 (2016), 1 (17 ff.); *Möllers* *Gefahr* (Fn. 173), 72–74; und *Stefan Haack* *JZ* 2017, Abschn. 3 (i.E.), der treffend anmerkt, dass Pluralität die Fähigkeit des BVerfG hinterfragt, durch Figuren wie praktische Konkordanz einen konsensorientierten Ausgleich zu leisten.

¹⁹³ Näher zum Schulbereich im Kontext von Migration *Langenfeld* *Integration* (Fn. 142), 385 ff.; und *Hinnerk Wißmann* in: *Sahlfeld/Caroni/Chudozilov/Girsberger/Hördegen/Keller/Leutert/Thurnherr* (Fn. 160), 289–310.

¹⁹⁴ Das deutsche Religionsverfassungsrecht inkorporiert über Art. 140 GG i.V.m. Art. 136–139, 141 WRV dogmatische Lösungen, die auf Jahrzehnte bzw. -hunderte teils intensiven Streits reagieren, etwa im Rahmen des Kulturkampfes, und insoweit – auch im Verfassungsvergleich – eine landesspezifische Lösung darstellen, deren Eignung etwa für den Islam sich erst bewähren muss; näher *Stefan Koriath/Ino Augsberg* *JZ* 2010, 828–834; und *Brun-Otto Bryde* in: *Klaus Barwig/Stephan Beichel-Benedetti/Gisbert Brinkmann* (Hrsg.) *Gerechtigkeit in der Migrationsgesellschaft*, 2016, 31 (33–37); sowie der Vergleich bei *Gerhard Robbers* *Staat und Religion*, *VVDStRL* 59 (2000), 232–263; zum unterschwelligen Wandel der Neutralitätskonzepte *Hans Michael Heinig* *JZ* 2009, 1136–1140.

¹⁹⁵ Hierzu Abschnitt V.1; in der Rechtsprechung wurde das Integrationsziel bisher nicht direkt anerkannt, was auch daran liegen dürfte, dass bei den vielen Fällen mit Schulbezug die Schulpflicht, Grundrechte anderer sowie das Neutralitätsgebot eventuelle Eingriffe dogmatisch zu rechtfertigen vermochten, sodass Integration nur mittelbar bei der Abwägung aufgegriffen wurde; so zur Unterrichtsbeziehung *BVerwGE* 147, 362, Rn. 13: „Bildungs- und Integrationsfunktion der Schule“; und zum Heimschulverbot *BVerfG-K* 1, 141 (143 f.): „„Parallelgesellschaften“ entgegenzuwirken und Minderheiten [...] zu integrieren.“

¹⁹⁶ Der Verfassungsrang des Integrationsziels begründet *keinen* Übergang zu einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt, den die h.L. bei Art. 4 GG zu Recht ablehnt (vgl. *Lothar Michael/Martin Morlok* *Grundrechte*, 5. Aufl. 2016, Rn. 188), weil das Integrationsziel nur

im Fall eines Burka-Verbots¹⁹⁷ oder beim Umgang mit Blasphemie.¹⁹⁸ Das Integrationsziel erhöht die Begründungslast, wenn man – wie das zweite Kopftuch-Urteil¹⁹⁹ – öffentliche Interessen zurückdrängt.²⁰⁰ Bei der Definition und Anwendung des Integrationsziels vermessen die Gerichte, was eine freiheitliche Migrationsgesellschaft zusammenhält.²⁰¹

einschlägig ist, wenn ein hinreichend qualifizierter Bezug zum Integrationsgeschehen besteht.

¹⁹⁷ Entgegen *Christian Hillgruber* JZ 1999, 538–547, dient Integration nicht dem Schutz einer Mehrheits- oder Leitkultur, sondern gründet normativ auf Pluralität, sodass bei Definition und Anwendung des Integrationsziels bei einem Burka-Verbot vergleichbare Erwägungen anzustellen sind wie bei früheren Streitfällen zum Schulwesen.

¹⁹⁸ Hier geht die Forderung nach staatlichem Eingreifen von den Zuwanderern aus, nicht von der „Mehrheitsgesellschaft“ wie bei Kopftuch und Burka; in Deutschland ist Blasphemie nach § 166 StGB strafbar, wobei als Schutzgut heute der öffentliche Friede dient, ohne dass dies bisher jenseits der politischen Diskussion um die Mohammed-Karikaturen zu größeren rechtlichen Auseinandersetzungen im Migrationskontext geführt hätte; vgl. *Antje von Ungern-Sternberg* in: Felix Arndt/Nicole Betz/Anuscheh Farahad/Matthias Goldmann/Matthias Huber/Rainer Keil/Petra Lea Láncoš/Jan Schaefer/Maja Smrkolj/Franziska Sucker/Stefanie Valta (Hrsg.) *Freiheit, Sicherheit, Öffentlichkeit*, 2009, 61–82; anders die Situation im Vereinigten Königreich und den USA; vgl. *Christian Joppke* *The Secular State Under Siege*, 2015, Kap. 3, der beschreibt, wie die Forderung nach dem Schutz von Religion diskursiv als rassistische Diskriminierung (Islamophobie) liberal (um-)gedeutet wird; vergleichbar, unabhängig von Religion, war der deutsche Streit um die Grenzen der Satire anlässlich des Strafantrags gegen *Jan Böhmermann* im Frühjahr 2016; näher *Alexander Thiele* *Erlaubte Schmähhkritik*, VerfBlog am 11.4.2016.

¹⁹⁹ BVerfGE 138, 296, erkannte das Ziel des Schulfriedens zwar als legitim an (Rn. 99), es blieb jedoch unklar, ob die Regelung an der fehlenden Erforderlichkeit (Rn. 100) oder „jedenfalls“ an der Angemessenheit scheiterte (Rn. 101).

²⁰⁰ Der Integrationsstos ist besser geeignet, als übergreifende Reflexionsfigur die Bedingungen des Zusammenlebens im Zeichen von Vielfalt zu artikulieren, als die Summe individueller Freiheitsrechte oder der weitgehend konturlose Begriff des Schulfriedens in der bisherigen Judikatur; näher zu letzterem *Möllers Gefahr* (Fn. 173), 80–86; *Christoph Enders* JZ 2012, 363 (364–366); und *Benjamin Rusteberg* JZ 2015, 637 (640–642); ähnlich wie hier zum Gebot religiöser Neutralität *Heinig* JZ 2009, 1136 (1139 f.); s. auch *Karl-Heinz Ladeur* JZ 2015, 633 (634 f.); und *Hinnerk Wißmann* RdJB 2008, 153 (160–164).

²⁰¹ Die Unschärfe des Integrationsziels bekräftigt die Grenzen einer richterlichen Intervention, sodass mit BVerfGE 108, 282 (309–313), politische Entscheidungsspielräume angezeigt sein können, zumal dies politische Streitigkeiten fördert, die als konstruktiver Streit prozedural integrationsfördernd wirken können; sinngemäß *Claudio Franzius* *Der Staat* 54 (2015), 435 (442 f.); und *Koen Lemmens* *European Law Review* 39 (2014), 47 (64–71); bei der Beurteilung konkreter Sachverhalte wird mit *Möllers Gefahr* (Fn. 173), 71, und *Albert O. Hirschman* *Political Theory* 22 (1994), 203 (207 ff.), zwischen notwendigen Diskussionen und schädlichen Konflikten zu unterscheiden sein; eine schwer zu ziehende Grenze besteht dort, wo die Position von Minderheiten bei Definition und Anwendung des Integrationsziels vom Gesetzgeber strukturell geschwächt oder unterdrückt wird; hierzu *Britz* *Kulturelle Rechte* (Fn. 136), 252–265; Migration von außerhalb Europas kann inso-

4. Integrationsgesetzgebung

Der Blick auf die Grundrechte ändert nichts daran, dass die meisten Debatten den politischen Prozess betreffen, gemäß der einführenden Einsicht, dass Migrationsfolgenrecht in weiten Teilen einfaches Gesetzesrecht ist.²⁰² In Deutschland gibt es hierzu neuerdings die Bestrebung, die Migrationsfolgen durch spezielle Integrationsgesetze zu regeln. Das Bundes-Integrationsgesetz, das im Juli verabschiedet wurde,²⁰³ enttäuscht freilich schon deshalb, weil es sich in der asyl- und sozialrechtlichen Aufbereitung der Flüchtlingskrise erschöpft und keinen konzeptuellen Neuanfang wagt.²⁰⁴ Spannender sind die Landes-Integrationsgesetze, die zwar auch nur punktuelle Regelungen enthalten,²⁰⁵ aber die praktische Integrationsarbeit auf kommunaler Ebene etwa durch Beiräte optimieren helfen.²⁰⁶

Dennoch sollten horizontale Integrationsgesetze die Ausnahme bleiben. Warum? Erstens steht der Föderalismus entgegen, weil zentrale Integrati-

fern helfen, „westliche“ Denkmuster auf ihren postkolonialen Gehalt zu hinterfragen; vgl. *Catarina Kinvall* Journal of Common Market Studies 54 (2016), 152 (161–164).

²⁰² Hierzu Abschnitt II.

²⁰³ Vgl. Gesetz v. 31.7.2016 (BGBl. 2016 I 1639), das als Artikelgesetz diverse Bestimmungen des Sozial-, Asyl- und Aufenthaltsrechts änderte; ein Beispiel ist die von *Krajewski* in diesem Band diskutierte Wohnsitzauflage, deren zeitliche Befristung auf drei Jahre nach Art. 8 Abs. 5 ebd. den Bezug zur Flüchtlingskrise verdeutlicht.

²⁰⁴ Die Detailregelungen, darunter die Wohnsitzauflage, reagieren auf die Herausforderungen der Flüchtlingskrise, ändern aber nicht das deutsche Integrationskonzept einer (im Detail immer umstrittenen) Kombination von Fordern und Fördern mit einem Fokus auf Sprachkenntnisse, die mit dem Zuwanderungsgesetz (Fn. 14) eingeführt wurde; hinzu kommt, dass viele Themen, die – wie die Bildungspolitik – für die Integration zentral sind, aus Kompetenzgründen von einem Bundesgesetz nicht erfasst sein können; zum begrenzten Umfang und Innovationsgehalt *Daniel Thym* ZAR 2016, 241 (242 f.); und *Frederik von Harbou* NVwZ 2016, 1193 (1198 f.).

²⁰⁵ Teilhabe- bzw. Integrationsgesetze bestehen in Berlin (seit 2010), Nordrhein-Westfalen (seit 2012), Baden-Württemberg (seit 2015) und in Bayern (als Gesetzentwurf), deren Umfang zumeist allgemeine Zielvorgaben, gleiche Teilhabechancen, die interkulturelle Öffnung der Landesverwaltung sowie institutionalisierte Beiräte, Beauftragte und Berichtspflichten umfasst; näher *Johannes Eichenhofer* ZAR 2016, 251 (253–257).

²⁰⁶ Es gehört zu den Gemeinplätzen der Integrationspolitik, dass diese immer auch von lokalen Initiativen abhängt, die die gesetzlichen Vorgaben mit Leben füllen; vgl. *Utz Schliesky* ZAR 2005, 106 (111–114); und *Burgi* DVBl. 2016, 1015 (1021); exemplarisch die Gesamtschau föderaler, regionaler, lokaler und privater Vorhaben im (deutschen) Nationalen Integrationsplan, Juli 2007; institutionalisierte Beiräte und Berichtspflichten, die in den Landes-Integrationsgesetzen enthalten sind, verbessern die notwendige horizontale und vertikale Abstimmung zwischen den Ebenen sowie gegenüber Privaten und können durch besseren Informationsfluss die praktische Effektivität und Kohärenz der ebenenübergreifenden Integrationspolitik optimieren; näher *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 12), 290–295; sinngemäß zum demographischen Wandel *Jan Ziekow* Gestaltung des demographischen Wandels als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 74 (2015), 245 (251–256).

onsfelder in Deutschland, Österreich und der Schweiz verschiedenen Ebenen zugeordnet sind,²⁰⁷ sodass weder der Bund noch die Länder alleine eine umfassende Regelung erlassen können.²⁰⁸ Zweitens sollten die mannigfaltigen Migrationsfolgen statt in einem Gesetz in den diversen Rechtsgebieten des besonderen Verwaltungsrechts bereichsspezifisch und insoweit sachnäher verarbeitet werden.²⁰⁹ Vor allem jedoch kann Integration, drittens, vom Staat immer nur teilweise gesteuert werden.²¹⁰ Ein Vortrag zum Migrationsfolgenrecht lenkt den Blick auf das Staatshandeln, sollte jedoch keiner Steuerungsillusion erliegen.²¹¹ Gesetze bieten einen Rahmen, ohne dass der Staat die Integration erzwingen könnte.²¹² Ohnehin ist eine aktive staatliche Integrationspolitik ein vergleichsweise neues Phänomen, das die USA etwa bis heute nicht kennen.²¹³

²⁰⁷ Der Vorschlag, im deutschen Verfassungsrecht Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG (Ein- und Auswanderung) oder Art. 74 Abs. 1 Nr. 6 GG (Angelegenheiten der Flüchtlinge) expansiv zu deuten und diese ggf. auf Integrationsfragen zu erstrecken, die – anders als Integrationskurse – keinen Bezug zum migrationsrechtlichen Statuswandel besitzen (vgl. Fn. 12, 25), überzeugt nicht; offener *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 8), 132–140; und die Begründung des Bundes-Integrationsgesetzes (Fn. 203) gemäß BT-Drs. 18/8615 v. 31.5.2016, 28.

²⁰⁸ Für Deutschland *Rossi* DV 40 (2007), 383 (400 f.) und *Kluth* DVBl. 2016, 1081 (1084); für Österreich *Pöschl* Migration (Fn. 66), 32 ff.; für die Schweiz *Eva Tov* ZAR 2012, 51–57; notwendig ist freilich eine Abstimmung zwischen den Ebenen; vgl. Fn. 206.

²⁰⁹ S. Abschnitt II; aus demselben Grund sind spezielle Integrationsministerien auf Bundes- oder Landesebene problematisch, zumal diese mangels Residualzuständigkeit etwa für die Innen-, Sozial- oder Bildungspolitik in der Regel eine bloße Koordinierungsfunktion ausüben, die ebenso durch Beauftragte oder Koordinierungsgremien erfüllt werden kann.

²¹⁰ Zur begrenzten und indirekten Steuerungsrolle des Staates etwa *Matthias Köter* in: Sahlfeld/Caroni/Chudozilov/Girsberger/Hördegen/Keller/Leutert/Thurnherr (Fn. 160), 31–52; *Uhle* HStR IV, 2006, § 82 Rn. 41–46; *Rossi* DV 40 (2007), 383 (386, 410–416); *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 12), 259–262, 285–290; *Eichenhofer* Integration (Fn. 14), 257–272; und *ders.* DÖV 2014, 776 (779–783).

²¹¹ Die derzeit aktive Rolle des Staats infolge der Flüchtlingskrise dürfte auch an der Qualifikationsstruktur vieler Flüchtlinge liegen, die eine schnelle Arbeitsmarktintegration verhindert (vgl. *Susanne Worbs/Eva Bund* BAMF-Kurzanalyse 1/2016) – anders als bei der früheren „Gastarbeiter“-Zuwanderung sowie der aktuellen Unionsbürgerzuwanderung, die nach der Einreise überwiegend beschäftigt waren bzw. sind, sodass Integration durch Arbeit und sonstige Eigeninitiativen auch bei staatlicher Inaktivität gefördert wurde; vgl. für Gastarbeiter *Friedrich Heckmann* Die Bundesrepublik: ein Einwanderungsland?, 1981; und für Unionsbürger *Thym*, NZS 2016, 441 (441 f.).

²¹² Anders als etwa die Integrationslehre *Smends* Abhandlungen (Fn. 173), gründet in der freiheitlichen Migrationsgesellschaft die Integration nicht nur normativ auf Vielfalt, sondern wird auch nur beschränkt vom Staat gesteuert.

²¹³ Zum Wandel der US-Integrationskonzepte, die nur am Rande durch staatliche Regeln beeinflusst werden, *Nancy Foner* Patterns of Prejudice 46 (2012), 486–499; und *Hiroshi Motomura* Americans in Waiting, 2006.

Einen Vorteil bieten Integrationsgesetze dennoch. Die Aushandlungsprozesse, die als ein Treibstoff des gesellschaftlichen Zusammenhalts dienen, benötigen eine Projektionsfläche.²¹⁴ Hier können Integrationsgesetze – ganz ähnlich wie die doppelte Staatsangehörigkeit²¹⁵ oder die sicheren Herkunftsstaaten²¹⁶ – als symbolischer Kristallisationspunkt dienen, wenn etwa der Entwurf eines bayerischen Integrationsgesetzes demonstrativ von „Leitkultur“²¹⁷ spricht und sich die Kritik hieran reibt. Eine Migrationsgesellschaft sollte derartige Identitätsdebatten nicht scheuen, freilich im Bewusstsein der Mitverantwortung bei Themenwahl und argumentativer Rahmung.²¹⁸ Das Selbstverständnis wird auch dadurch beeinflusst, wie man Fragen der kulturellen Zugehörigkeit adressiert.²¹⁹

VI. Ausblick: Integration und Einwanderung

Hinsichtlich der Migrationsfolgen bewirkt die analytische Einbeziehung des Grenzübertretts einen grundlegenden Wandel. Ausländer müssen nicht länger im Stadium der Denizenship verharren; sie können die Staatsange-

²¹⁴ „Symbolgesetze“ mit begrenztem realpolitischen Auswirkungen sind insofern nicht nur etwas Negatives, sondern gehören zur politischen Kommunikation; vgl. *Talcott Parsons* in: ders./Robert F. Bales/Edward Shils (Hrsg.) *Working Papers in the Theory of Action*, 1953, 31–62; und *Harald Kindermann* in: Rüdiger Voigt (Hrsg.) *Politik der Symbole. Symbole der Politik*, 1989, 257–274.

²¹⁵ Zur (auch) symbolischen Funktion von Debatten über die Staatsangehörigkeit nicht nur in Zeiten des Wahlkampfes, exemplarisch vor der Reform des Jahres 1999, s. *Wallrabenstein* *Der Staat* 38 (1999), 260 (262 ff.), und *Hailbronner ZAR* 1999, 51 (54 ff.).

²¹⁶ In den Jahren 2015/16 dienten die Debatten über Einstufung neuer Länder als Symbol für oder wider eine restriktive Gangart in der asylbezogenen Migrationssteuerung, wenn Befürworter und Gegner die jeweiligen Vorzüge und Nachteile überbetonten.

²¹⁷ Art. 1 Entwurf eines Bayerischen Integrationsgesetzes gemäß LT-Drs. 17/11362 v. 10.5.2016, wobei der Gehalt in der Präambel im Sinn eines tendenziell assimilatorischen Verständnisses konkretisiert wird, zugleich jedoch offen genug formuliert ist, dass kein konzeptueller Widerspruch zur teilhabeorientierten Ausrichtung des § 43 AufenthG besteht, der direkt ohnehin nur für die integrationsbezogenen Gehalte des Migrationsrechts gilt und mithin, schon mangels Bundeskompetenz, keine abschließende Vorgabe darstellt.

²¹⁸ Allgemein *Baer* *Wandel* (Fn. 17), 298 f.; *Müller* *Populismus* (Fn. 180), 96 ff.; und *Dora Kostakopoulou* *Journal of Ethnic and Migration Studies* 36 (2010), 829 (838–840); sowie, am Beispiel des Kopftuchs, *Chouki El Hamel* *Citizenship Studies* 6 (2002), 293–308; und *Benhabib* *Others* (Fn. 82), 183–202; s. auch *Tezcan* *Zeitschrift für Kulturphilosophie* 2011, 357 (364–370).

²¹⁹ Ein Beispiel ist die symbolisch-semantische Grenzziehung zwischen „richtigen“ Deutschen und solchen mit Migrationshintergrund – ein Begriff, der für analytische Zwecke eingeführt wurde, um nach der Verleihung der Staatsangehörigkeit weiterhin nach der Herkunft unterscheiden zu können, sich dann aber bald verselbständigte; zum früheren „Mitbürger“ sinngemäß *Rauer* *Integrationsdebatte* (Fn. 13), 67.

hörigkeit erwerben – und eine gleiche kulturelle Zugehörigkeit einfordern, aufgrund eines im Diskurs erneuerten gesellschaftlichen Selbstbilds. Ein hierauf bezogener Verfassungspatriotismus erläge freilich einem sedentären Bias, wenn er die interne Öffnung unbesehen nach außen projizierte und annähme, dass die Option einer gleichen Zugehörigkeit eine Einwanderungsfreiheit beinhalte.²²⁰ Dem ist nicht so. Einwanderung in Form eines dauerhaften und rechtmäßigen Inlandsaufenthalts bringt eine Inklusionserwartung mit sich, ohne dass eine freiheitliche Migrationsgesellschaft deshalb die Grenzen öffnen müsste.

Migrationssteuerung bleibt möglich, bei der Einreise ebenso wie beim nachgelagerten Statuswandel, in Bezug auf Flucht ebenso wie bei der Wirtschaftsmigration.²²¹ Eine Migrationsgesellschaft muss kein Einwanderungsland in dem Sinn sein,²²² dass jeder kommen kann oder bleiben darf.²²³ Integrationsförderung und Migrationssteuerung können in der praktischen Politik in einen Zielkonflikt treten, widersprechen sich aber nicht prinzipiell.²²⁴ Das Beispiel der sozialstaatlichen Ungleichheitsstelle zeigt, dass ein Verfassungspatriotismus aufgrund universeller Werte die sedentäre Verfasstheit der europäischen Territorialstaaten nicht aufhebt.²²⁵ Mit diesem

²²⁰ Sinngemäß bereits *Daniel Thym* Merkur 70 (2016), 65 (67–70).

²²¹ Die faktische Überschneidung und divergente rechtliche Ausgestaltung von (unfreiwilliger) Flucht und (freiwilliger) Migration, letztere etwa für wirtschaftliche oder familiäre Zwecke, ändern nichts daran, dass beim Gebietszugang und -verbleib im deutschen und europäischen Asylrecht zahlreiche Steuerungsressourcen verbleiben; vgl. *Kay Hailbronner/Daniel Thym* JZ 2016, 753–763; und der Beitrag von *Odendahl* in diesem Band; wegen dieses Wechselbezugs sollte man von umfassender(en) „Einwanderung(sgesetzen)“ sinnvoll nur unter Einschluss von Fluchtbewegungen sprechen.

²²² Der Begriff der „Zuwanderung“ als sprachliche Innovation des Zuwanderungsgesetzes (Fn. 14) erscheint wegen des ähnlichen Präfix „Zu-“ statt „Ein-“ als Variation des Einwanderungsbegriffes; er wurde aus politischen Gründen eingeführt, weil „Einwanderung“ rechtspolitisch als Bekenntnis zu großzügigeren Zugangsregeln besetzt war (und ist); s. *Ulrich Becker* Der Landkreis 2016, 275 (275); und *Kay Hailbronner* in: Klaus Stern (Hrsg.) Zeitgemäßes Zuwanderungs- und Asylrecht, 2002, 99–123; *Klaus Bade* ZAR 2007, 307, berichtet, dass der hessische Ministerpräsident *Roland Koch* den Wahlkampf zu Zeiten der Staatsangehörigkeitsrechtsreform u.a. mit dem Slogan „Integration statt Einwanderung“ führte; zur Diskussion der 1990er-Jahre *Michael Wollenschläger* ZRP 2001, 459–465.

²²³ Freilich kann die Diskussion um ein „Einwanderungsgesetz“ genutzt werden, um im öffentlichen Diskurs das Bewusstsein dafür zu schärfen, dass sich die deutsche Gesellschaft infolge von Zuwanderung dauerhaft verändert und mithin nicht nur den Zuwanderern eine kulturelle Anpassungsleistung abverlangt werden sollte.

²²⁴ Ein Zielkonflikt tritt insb. bei Personen auf, die einer Ausreisepflicht unterliegen, dieser aber nicht nachkommen und auch nicht abgeschoben werden; hier kann eine Integrationsförderung sinnvoll sein, die aber zugleich die wünschenswerte Migrationssteuerung bei Ein- und Ausreise untergraben kann; näher *Thym* ZAR 2016, 241 (242 f.).

²²⁵ Hierzu Abschnitt III.

liberalen Paradoxon gleichzeitiger Öffnung und Schließung umzugehen,²²⁶ gehört zum Lernprozess für eine Gesellschaft, die das Öffentliche Recht vom sedentären Bias befreit und stattdessen die Perspektive des Grenzüberttritts in ihre Grundkategorien einbaut.

²²⁶ *Hollifield* Immigrants (Fn. 92), 27–30, prägte den Begriff des „liberal paradox“, um zu verdeutlichen, dass westliche Gesellschaften aufgrund ihres internen Wertesystems davor zurückschrecken, die für eine – prinzipiell gewünschte – wirksame Migrationssteuerung notwendigen Mittel einzusetzen; das paradoxale Verhältnis von Öffnung und Schließung kennzeichnet nicht nur das Migrationsrecht, sondern prägt mit *Bosniak Citizen* (Fn. 51), 18; *Uwe Volkmann* KJ 2016, 180 (191–193) und *Markus Kotzur* Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2010), 173 (196–199), die theoretischen Grundlagen von Bürgerschaft und Demokratie.

Leitsätze des Referenten über:

Migrationsfolgenrecht

I. Leitbild der Sesshaftigkeit

(1) Die Territorialstaaten europäischer Prägung sind im Ausgangspunkt immobil und das öffentliche Recht bildet dies ab. Für Migration besteht ein Leitbild der Sesshaftigkeit, das als normativer Normalfall im Sinn eines „sedentären Bias“ unser Denken lenkt.

(2) So behandelt das Grundgesetz die Migration nur am Rande und gewährt dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum, indem es Ausländern in aller Regel keinen grundrechtlichen Einreiseanspruch zuspricht. Selbst das Asylrecht erfasst nur diejenigen, die im Herkunftsland keinen hinreichenden Schutz erfahren, und bestätigt damit eine internationale Ordnung, die jeden Menschen einem Territorium zuweist.

(3) Die Identifikation des Leitbilds besitzt eine analytische Stoßrichtung, weil die Grundannahme der Sesshaftigkeit tief in die Rechtsfiguren und Strukturprinzipien speziell des deutschen öffentlichen Rechts eingeschrieben ist. Ich werde daher übergreifende Aspekte des Migrationsfolgenrechts auf sedentäre Vorannahmen überprüfen und eine Rekonstruktion vorschlagen, die die Perspektive des Grenzübertritts reflektiert.

II. Rechtliche Verarbeitung von Migrationsfolgen

(4) Die thematische Bandbreite möglicher Migrationsfolgen erschwert eine Gesamtdarstellung, begründet aber keinen Nachteil, wenn die Vielfalt des besonderen Verwaltungsrechts als Erfahrungsspeicher dient. Die Migrationsfolgen sind in dessen Systematik einzuordnen und dort bereichsspezifische Lösungen zu entwickeln. Es gibt auf Ebene des einfachen Rechts kein einheitliches Migrationsfolgenrecht und auch kein Rechtsgebiet namens Integrationsverwaltungsrecht, nur integrationsbezogene Regelungen anderer Rechtsgebiete.

III. Sozialrecht

(5) Die Genese des Sozialstaats und die Entstehung des Ausländerrechts waren ein Bestandteil der Modernisierungsprozesse, die im 19. Jahrhundert zur Herausbildung der europäischen Nationalstaaten führten. Schließung nach außen und soziale Sicherheit im Inland bedingten sich wechselseitig und tun dies bis heute. Die Gleichheitssemantik des Sozialstaats beruht auf einer eingeschriebenen „Ungleichheitsschwelle.“

1. Territorialitätsprinzip und Inländergleichbehandlung

(6) In der Gegenwart wird der Blick auf die Ungleichheitsschwelle durch das Territorialitätsprinzip kaschiert, das soziale Leistungsansprüche an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpft. Dies lässt die sozialstaatliche Ungleichheitsschwelle nicht verschwinden, verlagert diese jedoch auf das Migrationsrecht, das als Vorposten über den Gebietsverbleib entscheidet, während das Sozialrecht den faktischen Inlandsaufenthalt gleichstellt.

2. Neubewertung aus transnationaler Perspektive

(7) Unter den zahlreichen zugewanderten Unionsbürgern findet eine Minderheit keine Arbeit und besitzt kein Freizügigkeitsrecht. Die Behörden könnten diese Unionsbürger abschieben, was in der Praxis aber selten passiert, so dass einige Unionsbürger ohne materielles Freizügigkeitsrecht gleichsam als illegale Einwanderer im Bundesgebiet leben.

(8) Die Rechtsstellung dieser Personengruppe war lange umstritten. Erst vor Kurzem stellte der EuGH klar, dass ohne Freizügigkeitsrecht kein Gleichbehandlungsanspruch besteht; die Mitgliedstaaten dürfen Sozialleistungen verweigern. Nach dem Willen der Bundesregierung soll dies auch in Deutschland gelten. Ein aktuelles Gesetzesvorhaben sieht vor, dass Unionsbürger ohne Freizügigkeitsrecht keine Sozialhilfe erhalten.

(9) Im europäischen Freiheitsraum leuchtet dies auch deshalb ein, weil der Heimatstaat leicht erreichbar ist. Doch auch Ausländer, die abgeschoben werden dürften, besitzen eine geringe Bindung an die deutsche Hoheitsgewalt. Für diese Personengruppe normierte der deutsche Gesetzgeber jüngst eine Leistungskürzung und erwägt weitere Einschränkungen. In Österreich gilt Ähnliches teils auch für Asylbewerber und anerkannte Flüchtlinge.

3. Folgen für die BVerfG-Rechtsprechung

(10) In Deutschland könnten die Gesetzesänderungen gegen die detaillierten Vorgaben verstoßen, die das BVerfG der Menschenwürde für die Ausgestaltung des Existenzminimums entlehnt, aufgrund derer eine frühere Fassung des Asylbewerberleistungsgesetzes als verfassungswidrig eingestuft wurde. Zwingend ist dies nicht.

(a) Der Verweis auf den universellen Charakter der Menschenwürde hilft nicht weiter, weil die internationalen Menschenrechte ein geringeres Schutzniveau gewährleisten. Gleiches gilt für das Verfassungsrecht anderer westeuropäischer Industriestaaten.

(b) Die Rechtsprechung zu Abschiebehindernissen zeigt, dass das BVerfG kein konsequent universelles, sondern ein sedentäres Menschenwürdeverständnis verfolgt.

(c) Konzeptuell kann man dieses Ergebnis durchaus rechtfertigen, weil sozialstaatliche Solidaritätspflichten für die Mitglieder der jeweiligen Gemeinschaft eine höhere Intensität besitzen können als für andere Personen. Dies schließt personen- und sachbezogene Abstufungen nach der Einreise und bei einer zulässigen Abschiebung nicht aus.

IV. Rechtliche, politische und kulturelle Zugehörigkeit

1. Von der Denizenship zur Citizenship

(11) In den 1970er-Jahren entwickelte sich in Wissenschaft und Praxis ein Konsens, dass eine Gebietszulassung schrittweise zu Aufenthaltssicherheit und sozioökonomischer Gleichstellung führen soll. Es entstand ein hybrider Status, den die Sozialwissenschaft bald als „Denizenship“ bezeichnete; Ausländer erlangten eine Wirtschafts- und Sozialbürgerschaft, nicht jedoch die volle Zugehörigkeit in Form der Bürgerschaft („Citizenship“).

(12) In der Gegenwart sind wir weiter. Mit der Staatsangehörigkeitsrechtsreform 1999 und dem Zuwanderungsgesetz 2004 verabschiedete sich der deutsche Gesetzgeber von der Denizenship. Ausländer sollen vollwertige Bürger werden können.

2. Politische Teilhabe

(13) Heute ist das Hauptproblem nicht länger die fehlende Teilhabeoption in Form des Wahlrechts und sonstiger Partizipationsrechte, sondern der begrenzte Teilnahmewunsch. Migration akzentuiert den sedentären Bias eines Legitimationsmodells, das nur auf Staatsangehörige setzt. In Zeiten zunehmender Grenzüberschreitungen streitet das Demokratieprin-

zip für eine vorsichtige Öffnung, klassisch in Form des kommunalen Ausländerwahlrechts.

(14) Ein rein innerstaatliches Leitbild der Sesshaftigkeit übersieht leicht, dass Migranten neben der neuen auch eine alte Heimat haben. Die doppelte Staatsangehörigkeit erscheint als pragmatisches Mittel, die identifikatorische Doppelorientierung der ersten und zweiten Einwanderergeneration einfachgesetzlich abzubilden.

3. Nichtdiskriminierung statt Minderheitenschutz

(15) Zugehörigkeit besitzt eine kulturelle Dimension im Sinn eines Kulturbegriffs, der die offene Struktur einer jeden Sinnproduktion anerkennt, mittels derer sich Individuen und Gesellschaften über ihr ideelles Selbstbild verständigen. Das öffentliche Recht kann auf diese Identifikationsprozesse mit unterschiedlichen Mitteln einwirken:

(a) Ein klassisches Modell ist der Minderheitenschutz, der in Deutschland, Österreich und der Schweiz nicht auf Neuzuwanderer übertragen wurde.

(b) Dies bekräftigt die liberale Ausrichtung eines Grundrechtsschutzes, der die kulturelle Autonomie des Einzelnen anerkennt, diese jedoch auf die Gesellschaft als Ganzes bezieht. Dies gilt auch für eine Politik der Nichtdiskriminierung, die eine liberale Alternative zu kollektivistischen Ansätzen wie den Minderheitenschutz bietet. An die Stelle kultureller Assimilation tritt die Zugehörigkeit zu einer pluralen Gesellschaft.

V. Gesellschaftlicher Zusammenhalt

(16) Integration betrifft neben der strukturellen Einbindung in gesellschaftliche Teilbereiche auch die Tiefenschicht des gesellschaftlichen Zusammenhalts, die wir im Sinn eines sedentären Bias bisweilen als selbstverständlich voraussetzen. Aus der historischen Kontingenz kollektiver Identitätskonstruktionen folgt nicht, dass der Staat als Ordnungsprinzip sowie ein hierauf bezogener sozialer Zusammenhalt irrelevant wären.

1. Nationalstaatliche Identitätskonstruktion

(17) Die sesshaften Teile einer Gesellschaft tendieren im Angesicht von Migration dazu, das eigene Selbstverständnis einzufrieren. Dabei verändert sich eine Gesellschaft immer: Identitäten sind keine feststehenden Größen, sondern werden fortlaufend neu verhandelt.

(18) Dem Grundgesetz ist ein Verfassungsziel der gesellschaftlichen Integration zu entnehmen, das in den Staatszielen sowie den Grundrechten zu verorten ist, die die Privatautonomie betonen, diese aber zugleich zum öffentlichen Interesse in Bezug setzen. Inhaltlich zielt das Integrationsziel auf Verständigung, ohne eine Gestaltform vorzugeben.

2. Verfassungspatriotismus in der Migrationsgesellschaft

(19) In öffentlichen Debatten wird das Grundgesetz häufig als Grundlage des gesellschaftlichen Zusammenhalts beschworen, ganz im Sinn eines Verfassungspatriotismus. Es wäre jedoch ein Fehler, den Verfassungsbezug statisch zu deuten.

(20) Migration zeigt, dass eine außerrechtliche Einigkeit der Bürger nicht nur normativ nicht erzwungen werden kann, sondern auch empirisch unerreichbar bleibt. An die Stelle der substantiellen Einheit tritt das Verfahren; eine Migrationsgesellschaft ist immer auch eine Aushandlungsgesellschaft. Diskussionen sind insofern kein pathologischer Zustand, sondern der Treibstoff des gesellschaftlichen Zusammenhalts.

3. Konkretisierung bei der Grundrechtsinterpretation

(21) Die verfassungspatriotische Wertschätzung des Grundgesetzes gründet auch auf der Erinnerung an gemeinsam durchlebte Streitigkeiten. Dieser Zusammenhalt muss im Zeichen von Migration erneuert werden. Die Grundrechtsdogmatik stabilisiert und rationalisiert derartige Debatten, ohne frühere Lösungen unbegrenzt fortzuschreiben.

(22) Bei der schrankenlosen Religionsfreiheit zeitigt das verfassungsrechtliche Integrationsziel konkrete Auswirkungen, weil es die Begründungslast erhöht, wenn man öffentliche Interessen zurückstellt. Bei der Definition des Integrationsziels vermessen die Gerichte die Stellung der Religion in der freiheitlichen Migrationsgesellschaft.

4. Integrationsgesetzgebung

(23) Die Grundrechte ändern nichts daran, dass die meisten Aushandlungsprozesse den politischen Prozess betreffen. Integrationsgesetze des Bundes und der Länder sollten dennoch die Ausnahme bleiben, weil die Vielfalt der Integrationsfolgen einheitlichen Lösungen widerstrebt und der Staat die Integration immer nur begrenzt steuern kann. Sie dienen jedoch als Kristallisationspunkt für die diskursive Erneuerung des kollektiven Selbstverständnisses.

VI. Ausblick: Integration und Einwanderung

(24) Der Verfassungspatriotismus erlage einem sedentären Bias, wenn er die interne Öffnung unbesehen nach außen projizierte und annähme, dass die Option einer gleichen Zugehörigkeit eine Einwanderungsfreiheit beinhalte. Migrationssteuerung und Integrationsförderung widersprechen sich nicht. Mit dem liberalen Paradoxon gleichzeitiger Öffnung und Schließung umzugehen, gehört zum Lernprozess für eine Gesellschaft, die das öffentliche Recht nicht länger auf ein Leitbild der Sesshaftigkeit gründet.

3. Aussprache und Schlussworte

Status als Instrument des Migrationsrechts / Migrationsfolgenrecht

Diskussionsleitung: Matthias Jestaedt

Matthias Jestaedt: Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich darf Sie bitten, Platz zu nehmen, damit wir mit der Diskussion beginnen können. Die Spielregeln darf ich noch einmal im Telegrammstil in Erinnerung rufen: Nach drei Minuten springt die Ampel auf Orange, nach vier dann auf Rot. Die beiden Referenten werden am Schluss jeweils wenigstens acht Minuten haben.

Franz Mayer: Ganz herzlichen Dank für zwei großartige Referate, wie ich finde. Ich habe zwei Fragen. Die erste richtet sich an beide Referenten. Es ist schlicht die Frage, welche Erkenntnisse sich möglicherweise für Eure jeweiligen Perspektiven aus dem Verfassungsvergleich, Ländervergleich, Systemvergleich ergeben. Ich denke an das Beispiel Staatsangehörigkeit. In Großbritannien und in Frankreich ist man, was die Rolle der Staatsangehörigkeit für Inklusion angeht, möglicherweise schon weiter als hierzulande. Dabei stellt man fest, dass, wenn man die Staatsangehörigkeit großzügiger vergeben und doppelte Staatsangehörigkeit früher toleriert hat als hier, es damit eben nicht sein Bewenden hat und dies ausreicht für Inklusion. Die zweite Frage vielleicht eher an *Daniel*. Sie versucht ein bisschen die Brücke zu schlagen zum Thema der letzten Tagung in Speyer. Da ging es ja um die Frage, ob die Verfassung im Nationalstaat heutzutage nur noch Teilordnung ist und nicht mehr Gesamtordnung. Was bedeutet das eigentlich für so ein Konzept wie Verfassungspatriotismus, wenn eine nationale Verfassung nur noch Teilordnung ist? Oder anders gewendet: Wie verhält sich Dein Ansatz, *Daniel*, zum Konzept der europäischen Verfassung? Spielt das da auch eine Rolle? Vielen Dank.

Friedhelm Hufen: Auch ich sage zunächst Dank für zwei Referate, die in bewundernswerter Weise das hochkomplexe Thema von den begrifflichen und historischen Voraussetzungen bis zu den konkreten Migrationsfolgen geöffnet und damit auch den Blick geweitet haben für die gesellschaftlichen und – was mich besonders interessiert – die kulturellen Migrations-

folgen, aber auch für die Voraussetzungen einer geglückten Integration. Zu Letzteren hat vor allem Herr *Thym* Stellung genommen, und ich fand von meinem eigenen Standort her seinen grundliberalen, verfahrensorientierten Ansatz hochsympathisch. Kultur ist nichts, was *besteht*, Kultur ist etwas, was *entsteht*. Integration ist ein fortlaufender Prozess. Das sind alles Dinge, die ich sehr bejahen würde, und die Thesen (15) (a) und (b) haben das auch sehr deutlich gemacht. Dann war aber die Rede von der „schrankenlosen Religionsfreiheit“. Darüber könnte man lange diskutieren, denn auch die Religionsfreiheit ist natürlich nicht schrankenlos, sondern durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt. Bei aller Offenheit und aller zu akzeptierender kultureller und religiöser Vielfalt stellt sich doch die Frage, ob und inwieweit eine demokratische und republikanische Verfassung sich Parallelgesellschaften leisten kann. Ich habe genau hingehört, aber das Stichwort „Parallelgesellschaft“ und alles, was sich damit verbindet, ist bei Ihnen nicht gefallen. Und damit sind wir genau an dem Punkt und der Frage: Können wir es uns leisten, auch in diesem Kreis hier – ich denke an das, was Herr *Fechner* heute Morgen gesagt hat –, um die vielen Töpfe mit heißem Brei wie eine Katze herumzuschleichen, um die es in der Praxis geht? Migration erfordert – auch von Verfassungs wegen – bei aller Offenheit doch immer ein Mindestmaß an Integration. Und beides hängt auch – gleichsam auf beiden Seiten – vom Einhalten bestimmter Grundregeln ab. Gibt es nicht Zeichen, dass Integration auf gesellschaftlicher Ebene und damit auch Akzeptanz von Migration scheitern kann? Und dass gerade das das Krisenhafte ausmacht, das wir doch alle ein wenig spüren. Was ist denn mit dem kleinen Macho der vierten Einwanderergeneration, der sich von seiner Lehrerin nichts sagen lässt? Ich will jetzt hier keine Burka-Diskussion vom Zaun brechen – aber ist die Vollverschleierung nicht die ultimative Absage nicht nur an die Menschenwürde und das Frauenbild des Grundgesetzes, sondern auch an die Integration als solche? Wie steht es denn mit dem Schwimmunterricht für muslimische Kinder – das haben Sie ja kurz anklingen lassen? Ist die 14-jährige afghanische „Ehefrau“ ein Fall für Art. 6 GG oder ein Fall für die Inobhutnahme durch das Jugendamt? Wie steht es denn mit einem kulturellen Ehrverständnis und den Scharia-Gerichten, die in Anspruch nehmen, das staatliche Gewaltmonopol zu überspielen? Oder mit dem aus religiösen Gründen verweigerten Handschlag? Müssen auch solche klaren Absagen an alles, was uns an Kommunikation und an Kultur, aber auch an zentralen Verfassungsinhalten wichtig ist, toleriert oder gar akzeptiert werden? Müssen wir uns nicht auch als Verfassungsrechtler diesen Dingen widmen und in aller Klarheit die konkreten Schranken der Religionsfreiheit – den Schutz der Ehefreiheit, die Trennung von Staat und Religion, die Gleichberechtigung der Geschlechter – herausarbeiten? Kurz: Müssen wir nicht doch sehr viel mehr an Integrationsbe-

reitschaft von den Menschen verlangen, die zu uns gekommen sind? Und wenn sie es nicht bejahen, dann müssen wir alle Mittel des Rechts einsetzen, um diesen Zustand zu beenden. Vielen Dank.

Karsten Nowrot: Auch ich möchte mich zunächst für die beiden, wie ich fand, wirklich tollen Referate bedanken. Meine Frage geht an *Markus Krajewski* und bezieht sich auf die, wie Du es genannt hast, Statuslosigkeit der irregulären Migranten. Ich finde, lieber *Markus*, Du hast die Rechtelage dieser Menschen genauso zutreffend dargestellt, wie auch die wirklich schwierigen Probleme bei der Durchsetzung der entsprechenden Grundrechte bzw. Menschenrechte dieser Personen in der Praxis. Das hat mich sehr überzeugt. Wenn Du allerdings daraus dann die Gebotenheit einer weitergehenden Relativierung entsprechender administrativer Mitteilungspflichten ableitest – und das hatte ich jedenfalls so verstanden – dann vermag ich Dir diesbezüglich nicht mehr so richtig folgen zu können. Wir kennen uns nun schon länger und Du weißt, dass es mir gemeinhin eher fernliegt, auf die „Härte des Gesetzes“ oder ähnliches hinzuweisen. Und das möchte ich dann auch in diesem Zusammenhang gar nicht tun. Aber wenn Du der gegenwärtigen Ausgestaltung der Duldung vorwirfst, dass sie widersprüchlich und rechtsstaatlich zweifelhaft sei, dann möchte ich Dir doch zumindest entgegenhalten, dass die von Dir vorgeschlagene Möglichkeit im Hinblick auf eine Relativierung von Mitteilungspflichten als Hilfsmaßnahme für sich genommen unter denselben Mängeln leidet. Sie ist ebenfalls widersprüchlich und vor diesem Hintergrund möglicherweise auch rechtsstaatlich zweifelhaft. Staatlich unterstützte Statuslosigkeit ist kein Instrument des Migrationsrechts oder sollte es jedenfalls aus rechtsstaatlicher Perspektive meiner Ansicht nach nicht sein. Vielmehr könnte man vielleicht auch gerade im Lichte der von Dir angeführten menschenrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland *de lege ferenda* doch eher unter anderem, also wirklich nur beispielhaft, über ein begrenztes und natürlich auch an Voraussetzungen geknüpftes gesetzliches Angebot einer Legalisierung und damit einer Statusverleihung an die entsprechende Personengruppe nachdenken. Das scheint mir dem Thema und Ansinnen Deines Vortrags eher angemessen. Und, um dann daraus schließlich auch noch eine Frage zu machen: Was hältst Du davon? Danke schön.

Stefan Oeter: Zwei Anmerkungen zu dem sehr schönen Referat von *Markus Krajewski*, dessen Thesen ich allerdings nicht durchgängig teile. Das geht etwas in eine ähnliche Richtung wie gerade eben bei *Karsten Nowrot*. Wir Juristen glauben ja gerne, Recht steuert soziales Verhalten. Und *grosso modo* stimmt das auch, aber wir müssen häufig doch einiges Wasser in den Wein schütten und das Migrationsrecht scheint mir ein Bereich zu sein,

in dem wir sehr viel Wasser in den Wein schütten müssen. Du hast ja sehr schön dargestellt, dass das Migrationsrecht stark mit Statuszuweisung als Steuerungsinstrument arbeitet. Und wir steuern damit sicherlich Integrationschancen – weil die unterschiedlichen Statuszuweisungen sehr stark darüber entscheiden, welche Lebens- und Entfaltungschancen der Migrant in der deutschen Gesellschaft hat. Ob wir mit dem Instrument der Statuszuweisung Migrationsvorgänge als physische Mobilität steuern, diese Frage knüpft im Grunde an die Diskussion von heute Vormittag an. Daran kann man schon sehr viel stärker zweifeln. Vor allem angesichts dessen, was gerade *Karsten Nowrot* aufgebracht hatte, nämlich die Frage: Wie gehen wir eigentlich mit der prinzipiellen Ausreisepflicht um, die wir über die Duldung schon stark abschwächen? Und über die Duldung kann ich die prinzipielle Ausreisepflicht bei Beharrlichkeit als Migrant ja auch drehen, in die Bleibeperspektive. Selbst die Statuslosigkeit zeigt sich empirisch durchaus als beharrliches Aufenthaltsphänomen, das in bestimmten Fällen dann auch in die Bleibeperspektive gedreht werden kann. Wenn wir das als Grundphänomen nehmen, stellen wir fest, dass im Blick auf die Steuerung der eigentlichen Migrationsvorgänge der Steuerungseffekt des Migrationsrechts weitgehend ein Bedienen von Steuerungsphantasien ist. Wir steuern damit nicht wirklich. Daraus erwächst aus meiner Sicht eine Dilemmastruktur, eine sehr tiefe Dilemmastruktur, die sich besonders deutlich zeigt im Blick auf das Plädoyer, dass wir bei der Statuslosigkeit doch menschenrechtlich abfedern sollten. Dafür mag es gute Gründe geben, aber je stärker wir in diesem Bereich menschenrechtlich abfedern, die hässlichen Seiten der Statuszuweisung abmildern, desto mehr entsorgen wir tendenziell auch noch die letzten kärglichen Reste an Steuerungseffekten dieses Rechts. Und ich glaube, wir müssen uns einfach dieser Dilemmastruktur stellen.

Ganz kurz noch, als eine zweite Anmerkung, die im Grunde in die gleiche Kerbe haut, erlaube ich mir eine Kritik an den rechtlichen Zweifeln an der Wohnsitzzuweisung für anerkannte Flüchtlinge. Wir erleben ja im Moment ein Realexperiment ungesteuerter Verteilung von Flüchtlingen. Mangels durchgreifender Grenzkontrollen greift die interne Verteilung nach dem Königsteiner Schlüssel nicht. Es gibt keine Zuweisung der (zugegeben sehr viel niedrigeren) Zahlen an Zuwanderern auf die einzelnen Länder. Man kann das sehr schön sehen an den Auslastungsgraden der Erstaufnahmekapazitäten. Von den Stadtstaaten ist Berlin immer noch überlastet, Hamburg, Bremen sind immer noch an der Kapazitätsgrenze. Die Flächenländer dagegen bauen ab, weil sie im Schnitt nur noch zu 20 % ausgelastet sind. Der Effekt ist eine starke Ungleichverteilung der Migrationslasten, mit längerfristig auch entsprechenden sozialen Verwerfungen. Denn es zwingt Stadtstaaten mit sowieso schon knappem Wohnraum dazu, noch zusätzliche Wohnungsbestände dem Markt für die Versorgung der Flücht-

linge zu entziehen, mit dem entsprechenden Folgeproblem für die, die am unteren Ende der sozialen Leiter stehen in der ansässigen Bevölkerung. Wie lange wir das politisch durchhalten können, bin ich mir nicht so ganz sicher – und erst recht nicht in der Frage, ob das nicht doch ein legitimes Differenzierungskriterium dafür sein könnte, an bestimmten Stellen steuernd einzugreifen. Also da hat mich das Argument nicht überzeugt.

Anna Leisner-Egensperger: Meine Nachfrage richtet sich an Sie, lieber Herr *Krajewski*, und sie geht letztlich in die gleiche Richtung, die gerade eben schon angesprochen wurde, nämlich die Bewertung der Wohnsitzbeschränkung. Hier stellt sich doch die Frage, ob es richtig sein kann, den Blick ausschließlich – wie Sie es meines Erachtens in Ihrem Referat getan haben – auf die Flüchtlinge und ihre sicher wichtigen Interessen an möglichst freier Wohnsitzwahl zu richten. Es gibt doch nach unserer Verfassung gewisse Spannungslagen, die man meines Erachtens auch in den Blick nehmen sollte. Der Kollege hat es gerade angesprochen: Artikel 28 Absatz 2 Satz 1 GG, die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie. Die Zuständigkeiten im Asylrecht sind ja zweigeteilt: Der Bund ist ausschließlich zuständig für die Entscheidung über die Asylanträge; wie effektiv er dies leistet, damit konnten wir uns ja heute Morgen beschäftigen. Aber die Kommunen sollten zumindest – und da besteht ja Einigkeit in der kommunalwissenschaftlichen Literatur – gestärkt werden in der Planbarkeit ihrer Aufgaben und – damit einhergehend – auch in der Planbarkeit ihrer Ausgaben. Der zweite Punkt in diesem Zusammenhang: die Grundrechte, nämlich die Teilhaberechte derjenigen, die in den Ballungsräumen wohnen. Ich denke da etwa an die Leistungsfähigkeit des Schulsystems. Hier möchte ich auch den Gedanken aufgreifen, den *Josef Isensee* heute Morgen formuliert hat, den „Vorbehalt des Möglichen“: Solange das staatliche Schulsystem nicht so aufgestockt wurde – durch Neueinstellung von Lehrpersonen und ihre entsprechende Schulung –, dass eine gewisse Qualität der Betreuung und des Unterrichts gewährleistet werden kann, solange muss meines Erachtens eine temporär jedenfalls beschränkte Wohnsitzauflage bleiben. Und das Dritte ist damit auch wiederum verbunden: das, was Herr *Engel* heute Morgen angesprochen hatte, der Gedanke der politischen Akzeptanz. Letztlich berührt dies die Grundfesten des Demokratieprinzips im Sinne einer politischen Teilhabe des Bürgers, gerade im kommunalen Bereich. Insoweit sind die drei Punkte, die ich angesprochen habe, natürlich auch eng miteinander verbunden. Vielen Dank.

Andreas Paulus: Auch ich schließe mich dem Dank an die Referenten an. Ich fand es sehr erfrischend, dass sie sich getraut haben, auch das geltende Recht zu kritisieren und uns zum Weiterdenken und Weiterentwickeln auf-

zufordern. Gerade in der jetzigen Situation scheint mir das erforderlich zu sein. Zu der vorherigen Diskussion darf ich noch ergänzen: Wohnsitzauf-
lage – das Problem war den Schöpfern des Grundgesetzes ja bekannt. Artikel 11 Absatz 2 Grundgesetz ist natürlich als solcher nicht direkt anwend-
bar auf die Situation, aber sieht selbst für Deutsche vor, dass in Notlagen
auch die Wohnsitzfreiheit eingeschränkt werden kann. Vielleicht kann man
diesen Rechtsgedanken noch nutzbar machen. Eine Klarstellung mit Frage
an *Daniel Thym* füge ich an: Die Entscheidung zum Asylbewerberleis-
tungsgesetz wird in der politischen Auseinandersetzung gerne überdehnt.
Du hast jetzt gesagt, es seien darin detaillierte Vorgaben an den Gesetz-
geber enthalten – aber die stehen gerade nicht darin. Die Entscheidung
besteht aus zwei Kernaussagen. Die erste: Wenn ein schon in den 1990er
Jahren eng geknüpft Korsett 20 Jahre lang nicht mehr angepasst wird,
dann ist das offensichtlich unzureichend, um den Bedarf der Betroffenen zu
erfüllen. Und zweitens (das ist eine Fortsetzung von Hartz IV): Der Gesetz-
geber muss eine rechtfertigbare Grundlage schaffen, um das Existenzmi-
nimum am tatsächlichen Bedarf zu orientieren. Wenn nun der Gesetzge-
ber keinen Grund nennt, eine bestimmte Gruppe anders zu behandeln als
andere, dann gilt die Grundregel des Artikels 1 Grundgesetz, der bekannt-
lich ja von der Menschenwürde spricht, also von gleicher Menschenwürde
aller. Wie das zu geschehen hat, steht *nicht* in dem Urteil. Es steht auch
nicht darin, welche Begründungen akzeptabel wären. Als Beispiel für
Abweichungen werden Kurzaufenthalte genannt, ganz offensichtlich
von Touristen, die natürlich keinen Anspruch auf Sozialleistungen haben,
wenn sie sich für zwei Wochen in der Bundesrepublik Deutschland aufhal-
ten. Das ist aber nur ein Beispiel. Dem Gesetzgeber war es im konkreten
Fall nicht gelungen, auch nicht der Bundesregierung in der mündlichen
Verhandlung, eine Bedarfsanalyse vorzulegen, die belegt hätte, dass Asyl-
bewerber und Flüchtlinge weniger benötigen als andere Menschen, um ihr
Existenzminimum abzudecken. Dabei ging es im Übrigen nicht um unmit-
telbar Ausreisepflichtige. Und jetzt kommt die Frage: Bestätigt nicht diese
Entscheidung, viel mehr als Du das selber offenbar gesehen hast, Deine
heutige Darstellung? Vielen Dank.

Max-Emanuel Geis: Eine Anmerkung aus der „Froschperspektive“ der
Verwaltungsrechtsdogmatik, und zwar zur These (12) von *Markus Krajew-
ski*. Ich glaube, man kann bei der These – da bin ich durchaus auf Deiner
Seite – unterstreichen, dass die rechtliche und auch die tatsächliche Rege-
lung der Duldung zahlreiche Widersprüche zeitigen. Allerdings die Lösung,
die hier angesprochen wird, sie gerät gewissermaßen vom Regen in die
Traufe. Denn wenn man von einem Anspruch auf eine Aufenthaltserlaub-
nis spricht, dann muss man sehen, dass ja irgendwann eine Entscheidung

ergangen sein muss, die die Aufenthaltserlaubnis zunächst einmal verneint hat, und die möglicherweise bestandskräftig geworden ist: Es besteht also eine Ausreisearrondung. Wenn man jetzt einen Anspruch konstruiert, dann bedeutet das, dass eine sich daraus ergebende Aufenthaltserlaubnis mit dieser Erstverfügung kollidiert. Also muss die Erstverfügung zunächst beseitigt werden. Ich gehe einmal davon aus, sie ist bestandskräftig. Man bräuchte daher einen der Fälle des § 49 VwVfG, also einen Widerruf. Weiter müsste man schauen, ob das Ermessen irgendwie auf Null reduziert oder in einer eigenen gesetzlichen Regelung konstruiert wird. Das liefe dann auf eine wirklich deutsche Sonderregelung hinaus und da stellt sich doch die Frage: Wenn man diese Regelung de lege ferenda im Hinblick auf die Konsensfähigkeit mit anderen europäischen Staaten, das heißt sub specie These (24) durchsetzen will, ist da die Übereinstimmungsmöglichkeit nicht relativ gering?

Christian Walter: Ich möchte zunächst auch noch einmal mit einem ganz herzlichen Dank an beide Referenten beginnen und den auch noch konkretisieren. Was mir besonders gut gefallen hat, war, dass nicht nur eine analytische Perspektive herausgearbeitet wurde, mit der konkrete Rechtsprobleme behandelt wurden, sondern dass beide Referenten den Mut hatten, sich auch inhaltlich festzulegen. Das ist bei diesem Thema nicht selbstverständlich. Deswegen will ich auch zwei konkrete Fragen stellen. Die eine betrifft *Markus Krajewski*: Auch ich möchte noch einmal auf die Wohnsitzregelung zu sprechen kommen, allerdings aus einer etwas anderen Perspektive als die Fragen, die schon gekommen sind. Letztlich hältst Du die Regelung ja aus Gleichheitsgründen für problematisch. Nun lassen sich Gleichheitsprobleme in zwei Richtungen lösen und meine Frage zielt in die andere Richtung, die Du nicht angesprochen hast. Deine Lösung läuft darauf hinaus, dass wegen der unzulässigen Differenzierung keine Wohnsitzregelung möglich ist. Wenn man das Problem in die andere Richtung auflösen wollte, dann lautet die Frage, die ich hiermit stellen will: Könnte man mit den gleichen integrationspolitischen Erwägungen nicht die Wohnsitzregelung auf andere Personenkreise ausdehnen und damit die Ungleichheit beseitigen? Die zweite Frage, in zwei Teilfragen, richtet sich dann an *Daniel Thym*. Ich glaube, der „sedentäre Bias“, der bislang in der Diskussion noch wenig thematisiert wurde, hat eine Bemerkung und eine Frage verdient. Ein bisschen gründlicher muss ich sicher noch darüber nachdenken. Aber was sich unmittelbar aufdrängt, ist, dass man doch ohne irgendeine Art von Verstetigung schlecht eine stabile Ordnung errichten kann. Wenn man sich als Alternative die rastlos mobile Gesellschaft vorstellen würde, dann ließe sich darauf doch keine stabile Ordnung errichten. Also müssen Sie, wenn Sie das vermeiden sollen, doch selbst auch irgendeine

Art von Aufenthaltsversteigerung verlangen. Nur: Erscheint die dann nicht sofort wieder als sedentärer Bias? Wie lösen Sie auf, dass Sie einerseits Stabilität brauchen, andererseits sich aber dann selbst den Vorwurf des „sedentären Bias“ einhandeln? Und vielleicht noch einmal konkretisiert und schon mit einem kleinen Ausblick auf das morgige Thema der Territorialität: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verankerung des Existenzminimums in der Menschenwürde kann man einerseits an den betroffenen Personen festmachen, dann ist es ein Thema der Sesshaftigkeit. Man kann sie aber auch an dem Raum festmachen, in dem Artikel 1 Grundgesetz gilt, und argumentieren, dass das Bundesverfassungsgericht nun einmal nur für den normativen Raum der Geltung des Grundgesetzes entscheiden kann. Zu dem, was außerhalb dieses Raumes passiert, und zu den dort geltenden Bindungen kann es nichts sagen. In dieser Lesart ist die in der Entscheidung enthaltene Beschränkung eine Konsequenz des territorialen Geltungsbereichs des Grundgesetzes und keine der Sesshaftigkeit der Personen. Was würden Sie zu dieser Lesart sagen?

Hans Michael Heinig: Ich wage drei Beobachtungen zum Beratungsverlauf und stelle den Referenten anheim, sich dazu zu verhalten. Meine erste Beobachtung: Wir haben heute im Laufe des Tages häufiger gehört, es gäbe keinen Anspruch auf gewillkürte Zuwanderung, zugleich wurden mehrfach starke rechtliche Bedenken gegen Begrenzungsinstrumente geltend gemacht. Ein Beispiel dafür war etwa das heute Nachmittag aufgerufene Menschenrecht auf angstfreien Zugang zu sozialen Leistungen während eines illegalen Aufenthalts. In der Summe scheint mir, dass wir mit diesen Bedenken fast zu einem funktionalen Äquivalent, zu einem Anspruch auf Einwanderung kommen, zugleich aber diesen nicht bejahen. Und ich frage mich, warum ist das so? Im Hintergrund könnte stehen, dass die Debatten um Migration und Migrationssteuerung Ausdruck eines ungeklärten Verhältnisses von Universellem, von moralischem Universalismus auf der einen Seite und dem Partikularismus politischer Gemeinschaften auf der anderen Seite sind. Wir müssten dann diese Verhältnisklärung nochmal etwas weiter vorantreiben, um Spannungen und Widersprüche in rechtlichen Detailfragen auch sinnvoll auflösen zu können.

Meine zweite Beobachtung: An keiner Stelle wurde bisher das unionsbürgerrechtliche Migrationsregime politisch-moralisch hinterfragt. Das stelle ich nur mal fest. Es wurde nur beschrieben. Vor dem Hintergrund des Brexit ist das durchaus überraschend. Denn ein Argument in den Debatten *für* einen Brexit war, dass die Aufnahmekapazitäten begrenzt sind und es dann einen moralischen Vorrang der Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen vor der Zuwanderung von Unionsbürgern gibt. Das ist schon ein Thema, das man nicht nur positivistisch angehen sollte in den Debatten, die wir hier führen.

Meine dritte Beobachtung: Es gibt einen weitreichenden Konsens inzwischen – auch im Politischen und hier im Saal offensichtlich auch –, dass Verfassungstreue das Integrationsziel und der Integrationsmaßstab ist. So vermeidet man diese offensichtlich sehr unfruchtbaren Debatten um die „Leitkultur“. Das Problem hinter dieser schönen, konsensualen Lösung ist nur, dass jeweils ein sehr unterschiedliches Verfassungsverständnis zugrunde liegt. Verfassung als Eingriffsabwehrordnung oder als Leitbild gerechten Zusammenlebens – dazwischen liegen Welten. Ein solch diffuser Verfassungsbegriff hilft bei der Verständigung über gelungene Integration meines Erachtens aber nicht. Im Hintergrund steht offensichtlich, dass die Gesellschaft Normativitäten jenseits des Rechts, gar des Verfassungsrechts, nichts oder wenig zutraut, und auch deshalb den Verfassungsbegriff bemüht. Das könnte aber dysfunktionale Folgelasten für das Recht, insbesondere das Verfassungsrecht, zeitigen.

Frank Schorkopf: Ich habe zwei Referate gehört, die aus meiner Sicht menschenrechtlich gedacht sind und ich will das mit je einer Beobachtung und Anmerkung zu den Referaten kurz begründen. Herr *Krajewski* hat über den Status gesprochen und hat – ich war erstaunt, hatte, ohne darüber nachzudenken, vielleicht auch anderes erwartet – den Status an sich nicht in Frage gestellt. Dass es Status als solchen geben kann, ist in der momentanen Migrationsdebatte nicht selbstverständlich. Ich bin mir allerdings nicht ganz sicher, ob der Status dann doch ganz fraglos gestellt ist, denn mit den Klassen 1, 2, 3 der verschiedenen Statusverhältnisse kommt eine gewisse Kritik bei ihm hinein. Und ich denke, dass die Kritik noch weitergeht, so habe ich es zumindest empfunden, wenn man den menschenrechtlichen Bezug berücksichtigt. Dazu das schon angesprochene Beispiel der Sans-Papier, also der Leute, die sich ohne Status aufhalten, die ohne Papiere sind. *Markus Krajewski* hat dazu gesagt, für diese Personen gelten die Grundrechte, die Jedermann-Rechte, und ich glaube, das ist richtig. Aber warum brauchen wir dann noch die Menschenrechte? Wenn für Menschen, die sich hier aufhalten, ob mit oder ohne Status, die Grundrechte gelten, und, wenn jemandem in existentieller Not auch geholfen wird, dann brauchen wir doch nicht als Supertrumpf die Menschenrechte von außen, um über diesen Umweg den Menschen, die kein Aufenthaltsrecht oder gar keinen Status haben, also sich im Grunde genommen illegal aufhalten, einen Aufenthaltstitel zu verschaffen. Das leuchtet mir nicht ein, zumal ja – wir sprechen über Verfassungstreue, es gibt im Ausländerrecht auch den Gedanken der Rechtstreue, die wir von jedem Bürger verlangen – die Frage ist, wie steht es denn mit der Rechtstreue dieser Personen? Deren Verhalten können wir individuell, persönlich gut verstehen und wir würden uns wahrscheinlich auch so verhalten. Aber die Grundfrage ist doch, wie das

Menschenrecht, das jetzt ins Spiel kommt, als Supertrumpf ein Statusverhältnis begründen kann? Das erinnert mich an den Vormittag, wo wir bei Herrn *Breitenmoser* schon Entsprechendes gehört hatten und *Franz Reimer* die schöne Frage gestellt hat, wie es eigentlich mit der Gewaltenteilung steht. Das ist der zweite Gedanke zu *Markus Krajewski*. Denn wenn ich die Menschenrechte auswähle, spielt die Gewaltenteilung eine Rolle: Es sind nämlich internationale Gerichtshöfe, also die Judikative, noch nicht einmal nationale, sondern internationalisierte, überstaatliche Judikativen, die in diesem Zusammenhang auf den Good Case warten. Das heißt hier spielt die Gewaltenteilung eine ganz zentrale Rolle, die wir in den Blick nehmen müssen. Denn immerhin ist diese Rechtsordnung, die kritisiert worden ist, von der Legislative so gemacht und wird von der Exekutive vollzogen. Haben die Menschenrechte also vielleicht doch eine statuszersetzende Kraft?

Zur zweiten Beobachtung, zu Herrn *Thym*. Zunächst einmal zu dem sedentären Bias, also der unreflektierten Annahme, so übersetze ich mir das, der unreflektierten Annahme, dass die Rechtsordnung gemacht ist, ohne auf Migrationszusammenhänge zu achten. So wurde das, glaube ich, auch von Ihnen erläutert. Ich bin mir nicht sicher, ob das richtig ist, denn immer, wenn wir von Bias sprechen, ist das negativ konnotiert. Die Betonung liegt auf der unreflektierten Seite des Ganzen. Denn wenn wir etwa an das Grundgesetz denken, dann ist die Unterscheidung zwischen Statusdeutschen und deutschen Staatsangehörigen ganz bewusst in einer territorialen Ordnung vorgenommen worden, um in diesem Zusammenhang Konflikte zu vermeiden, ausgelöst von Deutschen, vormals deutschen Staatsangehörigen, die nun außerhalb der Grenzen lebten. Die territoriale Ordnung ist zunächst auch als Friedensordnung, konfliktvermeidend gedacht, auch wenn man sie dann als sedentär sehen kann. Bei der Partizipationsfrage leuchtet mir der Punkt mit der doppelten Staatsangehörigkeit überhaupt nicht ein. Was mir schon bei den Referaten in Kiel nicht gefallen hat, bei *Gärditz* und *Walter*, die auch zitiert worden sind, ist, dass im Grunde genommen bis auf das Wahlrecht nichts von der Staatsangehörigkeit übrig blieb. Jetzt kommen Sie, Herr *Thym*, und sagen, die sesshaften Ausländer werden einfach nicht Deutsche, also beziehen wir sie jetzt anders politisch ein. Warum eigentlich? Die deutsche Rechtsordnung hat alles getan, dass eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung mit Gestaltungswirkung einen Ausländer zum Deutschen macht. Denn es gibt einen Einbürgerungsanspruch. Dann ist jemand Vollbürger und auch politischer Bürger in diesem Sinn. Wenn er das nicht tut, ist das doch auch eine Entscheidung. Warum sollen wir diesen Gedanken der Partizipation hinterhertragen, um die Leerstelle, die wir vielleicht empfinden, oder einige empfinden, nun noch auszufüllen? Ich glaube, dass beide Referate Status als Differenzbegriff in Frage gestellt haben.

Christoph Bezemek: Ich habe auch eine Frage zu Status und Statuslosigkeit. Also einen Beitrag im Wesentlichen, der unter dem Motto steht: Es ist schon alles gesagt worden, nur noch nicht von allen. Ich fasse mich dementsprechend kurz: Meine Frage bezieht sich insbesondere auf These (13) von Herrn *Krajewski*, in der Sie meinen, dass es bei der Statuslosigkeit irregulärer Migranten im Wesentlichen um die Realisierung der von Hannah Arendt entwickelten Figur des Rechts, Rechte zu haben, geht. Ich muss jetzt zugeben, meine Hannah Arendt-Lektüre war immer eine relativ oberflächliche, aber so, wie ich das verstanden habe, ging es doch im Wesentlichen darum, zu sagen, dass man das Individuum aufgrund seines, ich glaube mich erinnern zu können, „nackten Menschseins“ als originären Rechtsträger begreift. Die Frage ist, welche Schlüsse ziehen wir jetzt vor diesem Hintergrund oder vor dem Hintergrund unseres Themas genau daraus? Und vielleicht ein bisschen entgegen dem, was *Frank Schorkopf* zuvor gesagt hat: Müsste das nicht heißen, dass ich einen originären Rechtsanspruch postulieren müsste, auch des oder der Fremden auf Inklusion in eine Gemeinschaft oder Zugang zu einem Gebiet, das die Gemeinschaft für sich beansprucht? Und daran anknüpfend: Aber wenn dem so sein sollte, vollzieht sich diese Realisierung in diesem durchaus extensiven Sinn auf Basis der geltenden menschenrechtlichen Standards, oder bedarf es dafür nicht eher so etwas wie einer normativen, einer positiven Verdichtung staats- oder rechtsphilosophischer Ansätze, wie sie heute in der Früh von Herrn *Breitenmoser* angedacht wurde? Vielen herzlichen Dank.

Rainer Hofmann: Vielen Dank den beiden Referenten für interessante und nachdenkenswerte Vorträge. Ich habe eigentlich nur einen kleinen Punkt zur These (15) von *Daniel Thym*, zum Minderheitenschutz. Richtig ist, dass das klassische Modell der Minderheitenschutz war. Maria Theresia und Katharina die Große haben das schon verwendet, indem sie den Zuwanderern, die sie in die Ukraine und in die von den Türken befreiten Gebiete holten, Befreiung vom Militärdienst und sonstige Privilegien anboten. Das waren dann Gruppenrechte, die dann in der Zwischenkriegszeit im Völkerrecht nochmal eine große Bedeutung hatten. Der moderne Minderheitenschutz ist aber nicht „kollektivistisch“, Herr *Thym*, er ist ausschließlich individualistisch ausgestattet. Wenn Sie sich die entsprechenden Dokumente des Europarats und der OSZE anschauen, ist dort immer die Rede von „Rechten von Personen, die Minderheiten angehören“, Rechte, die dann allerdings ggf. „in community with others“ ausgeübt werden können, also in Gemeinschaft mit anderen. Auch das kennen wir ja im Grundgesetz. Es ist richtig, dass kein europäischer Staat in den 1990er Jahren, als in Europa die neuen Minderheiten-Schutzinstrumente entwickelt wurden, Zuwanderern diesen Status gewährt hat. Das lag allerdings vor allem

daran, dass die Zuwanderer diesen Status nicht wollten. Es gab zum Beispiel in Deutschland eine entsprechende Diskussion Mitte der 1990er Jahre, in der sich zeigte, dass die verschiedenen betroffenen Gruppen diesen Status nicht wollten. Das kann sich ändern. Es gibt zurzeit Bestrebungen von Personen, als polnische Minderheit in der Bundesrepublik anerkannt zu werden. Dabei handelt es sich in der Tat um Personen, die seit 1989 in die Bundesrepublik zugezogen sind. Das wäre dann also tatsächlich die bisher einzige Gruppe, die ernsthaft diesen Anspruch stellt. In der Bundesregierung wird hierzu, soweit ich weiß, eine eher ablehnende Position vertreten. Dankeschön.

Jörg Luther: Eine kleine Anfrage an Herrn *Krajewski*. Sie haben wohl aus Gründen der Vortragsökonomie das Migrationsrecht auf das Immigrationsrecht beschränkt. Es wäre interessant, auch noch den Auswandererstatus hinzuzunehmen und zu fragen, welche inneren Zusammenhänge zwischen diesen Pfaden bestehen. Ich würde konkret beispielsweise zurückgehen auf das Wahlrecht der Auslandsdeutschen, die Beobachtung, dass wir bisher keinen Auslandswahlkreis haben. Eine weitere Frage geht an Herrn *Thym*. Steht die These (24), der prospektierte Abschied vom Leitbild der Sesshaftigkeit, nicht ein bisschen noch im Widerspruch zur These (10), wo Sie doch immerhin das sedentäre Menschenwürdeverständnis des Bundesverfassungsgerichts zumindest hinnehmen? Ich würde Sie bitten, letzteres vielleicht einmal einer nicht sesshaften Sinti-Familie zu erklären. Auch was Sie über das geringere Schutzniveau der internationalen Menschenrechte sagen, ist jedenfalls hinsichtlich der Europäischen Sozialcharta zweifelhaft und umstritten. Es ist sicherlich noch nicht ausgefeilt und voll abgeklopft, aber ihre Auslegung durch den Europäischen Ausschuss für soziale Rechte (ECSR) hat die Rechte der Migranten gestärkt. Auch das Verfassungsrecht anderer westeuropäischer Industriestaaten, soweit es soziale Grundrechte und, wie in Italien, ein soziales Menschenwürdeverständnis fördert, gestattet meines Erachtens keine Differenzierung von Minimalpositionen. Wenn der Gesetzgeber ein existentielles Minimum bestimmt, dann kann es keinen Unterschied im Minimum geben, soweit es auf einer menschenrechtlichen Basis beruht.

Harald Eberhard: Vielen Dank für die beiden eindrucksvollen Referate. Meine Frage richtet sich an *Daniel Thym*. Du hast in den Thesen (13) und (14) unter dem Gesichtspunkt der Realisierung politischer Teilhabe aus dem Blickwinkel des Demokratieprinzips vor allem das kommunale Ausländerwahlrecht als Instrument angesprochen. Damit in Beziehung gesetzt wurde – in der These (14) – auch die Frage der Doppelstaatsangehörigkeit und insoweit der Steuerungsmechanismus des Staatsangehörigkeitsrechts.

In der Frage des Ausländerwahlrechts sehen wir bekanntlich in der Judikatur sowohl des deutschen Bundesverfassungsgerichts als auch des österreichischen Verfassungsgerichtshofs relativ große Restriktionen. Die entsprechende Entscheidung über die Einführung eines Ausländerwahlrechts wäre nach dieser Judikatur jedenfalls auf verfassungsrechtlicher Ebene zu treffen. Für das österreichische Modell hat der Verfassungsgerichtshof angedeutet, dass das derzeitige Modell der Staatsbürgerdemokratie sogar ein Grundprinzip sei: Insoweit wäre diese Ausgestaltung besonders geschützt, so dass es einer Volksabstimmung bedürfte, um ein Ausländerwahlrecht auch nur auf kommunaler Ebene einzuführen. Derartiges ist ja in der Bundeshauptstadt Wien vor einigen Jahren geschehen und dann aus diesem Grund als verfassungswidrig aufgehoben worden. Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Vorgaben, nach denen das Staatsangehörigkeitsrecht keinen derart großen Restriktionen unterliegt: Würdest Du in diesem Lernprozess, in dem sich unsere Gesellschaft befindet, angesichts Deiner These (24), in der Du die Emanzipation vom Konzept der Sesshaftigkeit ansprichst, das eine oder das andere Konzept – Steuerung durch das Wahlrecht oder durch das Staatsangehörigkeitsrecht – als das vorteilhaftere ansehen? Oder würdest Du eine Kombination beider Instrumente andeuten? Mich würde interessieren, wie Deine Perspektive zu der angedeuteten vorsichtigen Öffnung mit Blick auf das Ausländerwahlrecht wäre? Vielen Dank.

Margarete Schuler-Harms: Auch von mir vielen Dank für die beiden ausgezeichneten Referate. Ich möchte die besondere analytische Perspektive hervorheben, die uns Herr *Thym* vorgestellt hat: Die Perspektive auf den grenzüberschreitenden Charakter des Aufenthalts und Lebens von Personen mit Migrationshintergrund, ob sie nun deutscher Staatsangehörigkeit sind oder nicht. Die systematische Behandlung dieser Perspektive ist neu und weitet den Blick auf Migration. Die Literatur verhandelt sie derzeit z.B. unter dem Stichwort der „transnationalen Migration“. Es handelt sich um einen wichtigen und systematisch noch wenig aufgearbeiteten Aspekt mit Bedeutung etwa für das Migrationsfolgenrecht. Zwei wichtige Punkte, die in früheren Tagungen bereits thematisiert wurden, sind hier einzuordnen und wurden deshalb folgerichtig auch in beiden Referaten angesprochen: der Aspekt der doppelten Staatsangehörigkeit und die Frage eines Wahlrechts im verfestigten Ausländerstatus.

Meine Frage geht an Herrn *Krajewski*. Sie haben uns ja das geltende Statusrecht vorgestellt und einige Aspekte dazu ausgeführt. Lässt sich möglicherweise die Perspektive von Herrn *Thym* auch in den von Ihnen ausgeführten Aspekten des Statusrechts bearbeiten? Ich will meine Frage auch konkretisieren: Steht möglicherweise der verfestigte Aufenthaltsstatus hin-

sichtlich der Ausstattung mit Rechten und Pflichten in größerer sachlicher Nähe zur Staatsbürgerschaft, wenn man die Perspektive von Herrn *Thym* miteinbezieht, in Bezug beispielsweise auf die angesprochenen politischen Rechte? Und wie sieht es im verfestigten Aufenthaltsstatus mit besonderen Rechten aus, deren Relevanz sich in dieser Perspektive der transnationalen Migration zeigt? Beispielhaft lassen sich anführen: Rückkehrrechte, Rechte auf Zugang zu Bildung und Arbeitsmarkt in privilegierter Form, etwa nach Rückkehr aus einem längeren Aufenthalt im Heimatland, dem ein gesicherter Aufenthalt in Deutschland vorausgegangen war; oder auch – da sehen wir es im Grunde heute schon – Fragen des Exports von Sozialleistungen. All diese Aspekte sind ja auch für den Status von Belang. Könnte nicht die von Herrn *Thym* eingebrachte Perspektive eine Erweiterung sein, die sich in der Untersuchung des Statusrechts fruchtbar machen ließe?

Stephan Rixen: Meine Fragen richten sich an Herrn *Thym*. Es geht mir vor allem um die These (1) und die These (10). Zunächst ist es auch mir so gegangen, dass ich den Ansatz, vom sedentären Bias her zu denken, sehr fruchtbar finde, sehr produktiv, aber auch produktiv irritierend. Denn mir ist nicht ganz klar, was mit Sesshaftigkeit gemeint ist. Das ist ja schon verschiedentlich angesprochen worden. Woran erkenne ich denn, dass jemand sesshaft ist? Ist es die pure Präsenz mit gewisser Permanenz? Gibt es vielleicht doch noch irgendwelche anderen Kriterien, die hineinspielen, Kriterien wertender Art? Ich glaube, es wäre ganz hilfreich, wenn Sie nochmals erläutern könnten, woran wir die Sesshaftigkeit kriteriell und in operabler Weise erkennen können.

Der zweite Punkt hat mit These (10) zu tun. Auch ich habe den Eindruck, dass hier untergründig ein Wandel geschieht. Der sedentäre Bias ist zunächst, das haben Sie ja sehr stark in einer Reihe von Disclaimern klargemacht, eigentlich als ein analytischer Begriff gemeint, als analytisch kritischer Begriff. Ich habe aber den Eindruck, dass er dann doch zu einem normativ *unkritischen* Begriff wird, der letztlich dazu führt, dass ein über die Sesshaftigkeit reformulierter Sozialstaatsbegriff die Reichweite des Menschenwürdebegriffs begrenzen soll, in der klaren, strategischen Absicht, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gewährleistung des Existenzminimums für Ausländer bzw. Migranten zu korrigieren. Meine Frage also lautet: Ist das wirklich nur analytisch gemeint, als eine Option, wie man neu denken könnte? Oder ist es nicht doch auch normativ gemeint? Meinen Sie, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts korrigiert werden sollte?

Dritter Punkt: Unterstellen wir einmal, das Bundesverfassungsgericht lässt sich nicht beirren – anders als der EuGH, der, so glaube ich, schon unter dem massiven öffentlichen Diskursdruck seine bisherige großzügige

Sichtweise auf Sozialleistungen verändert hat –, unterstellen wir, das Bundesverfassungsgericht lässt sich nicht beirren, es bleibt also bei seiner, in der Tat auch in rechtsvergleichender Perspektive großzügigen Ansicht und sagt: Ja, das Leistungsniveau ist, wie es ist, mit allen mutmaßlichen oder tatsächlichen Effekten, die das vielleicht für Migrationswillige hat. Wie passt das zu Überlegungen, die bislang nur leise diskutiert werden, dass man vielleicht auch auf EU-Ebene das Leistungsniveau regelt? Vielleicht in einer Richtlinie Korridore für Leistungen oder sogar konkrete Leistungsniveaus definiert, die wohl deutlich unter dem bleiben würden, was bislang bei uns im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als angemessen gilt? Wenn das Bundesverfassungsgericht bei seiner Linie bleibt, dann müssen wir uns daran erinnern, dass in der Lissabon-Entscheidung Artikel 1 Abs. 1 GG mit Blick auf die Existenzsicherung sozusagen zur eisernen Ration des Verfassungsrechts gemacht worden ist (vgl. BVerfGE 123, 267 [363]). Ich frage mich: Sollte die EU über die Festlegung von Leistungsniveaus nachdenken, droht dann nicht ein neuer Konflikt zwischen Grundgesetz und EU-Recht, zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH?

Rainer Pitschas: Die analytische Perspektive, Herr *Thym*, hat es mir angetan, mit der Sie Ihre Überlegungen auf das Migrationsfolgenrecht als Sozialrecht erstreckt haben. Ob etwa, wie Sie unter Bezug auf eine „Gleichheitssemantik des Sozialstaats“ anmerken, Ungleichheitsschwellen im Sozialrecht auftauchen, darüber ist lange nachgedacht worden und man wird das bejahen müssen. Allerdings im grenzüberschreitenden Bereich finden wir eine Rechtsprechung des EuGH vor, die den Export von Leistungen an Unionsbürger unterstützt. Also geht es offenbar in der Perspektive des Bundessozialgerichts und des EuGH nicht um „sedentäre Vorannahmen“ bzw. um das Leitbild, das Sie sozusagen erfinden bzw. verzerrt implantieren.

In Ihren weiteren Thesen setzen Sie den Versuch einer Rekonstruktion des Migrationsfolgerechts am „Leitbild der Sesshaftigkeit“ fort. In der These (14) gehen Sie von einer doppelten Staatsangehörigkeit aus und begründen damit meines Erachtens zu Unrecht Sesshaftigkeit als Anknüpfung für die Staatsangehörigkeit. Und in der These (15) (b) gehen Sie von einer kulturellen Autonomie des Einzelnen aus. Wie aber passt denn dazu nun das Leitbild der Sesshaftigkeit – zu dieser kulturellen Autonomie? Kurzum, das habe ich nicht so ganz verstanden.

Wenig klarer bleibt schließlich der Verweis auf die sozialstaatlichen Solidaritätspflichten in These (10) (c). Offenbar wird das Leitbild der Sesshaftigkeit in eine Konkurrenz oder in einen Gegensatz zur Solidarität gestellt. Wenn man dies annimmt, dann wird jedenfalls die Anknüpfung

an das „sedentäre Menschenwürdeverständnis“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts klarer, die allerdings gerade den Konnex von Menschenwürde und Solidarität zur Grundlegung der Gewährung von Leistungspflichten gegenüber Ausländern heranzieht. Könnten Sie vielleicht das Prinzip der Sesshaftigkeit doch noch einmal in seiner „dunklen“ analytischen Deutung, nicht in der wortwörtlichen Übersetzung, näherbringen? Danke.

Uwe Volkmann: Ich habe auch noch eine Frage zu Herrn *Thym*, und zwar zur inneren Architektur Ihres Vortrags – daran mögen Sie vielleicht erkennen, wie sehr er mich gefesselt hat. Es geht auch um das Verhältnis zwischen Ihrem Leitbild der Sesshaftigkeit und Ihrem „sedentären Bias“. Ich bin nun jemand, dem das Denken in Leitbildern mitsamt der Vorstellung, dass unser Recht von solchen Hintergrundvorstellungen aus erschlossen wird, nicht ganz unsympathisch ist. Insofern hat mir das Leitbild der Sesshaftigkeit sofort eingeleuchtet. Nicht ganz klar ist mir allerdings das Verhältnis, in dem der „sedentäre Bias“ am Ende dazu steht. Nachdem ich ihn mir erst einmal für mich übersetzt habe, habe ich mir, wie Herr *Schorckopf* zunächst auch, gesagt, dass der Begriff zunächst negativ konnotiert ist: Wenn man einen Bias als solchen identifiziert, dann geht es meist auch darum, ihn aufzubrechen, ihn zu überwinden. Und genau in dieser Funktion – das hat Herr *Rixen* mit den von ihm angesprochenen normativen Implikationen völlig richtig gesehen – wird er in Ihrem Abschnitt über die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Asylbewerberleistungsgesetz auch eingesetzt, nämlich um diese Rechtsprechung ein Stück aufzubrechen. Nicht ganz klar ist mir allerdings dann, wie sich dies zu demjenigen Abschnitt verhält, in dem Sie ein Verfassungsziel der gesellschaftlichen Integration postulieren, das seinerseits durch einen Verfassungspatriotismus grundiert sein soll. Mein ehemaliger Mainzer Kollege *Hufen* und ein Stück weit auch *Michael Heinig* haben dazu gesagt, Sie müssten nochmal was zu unseren vielen Integrationsproblemen im Alltag sagen. Ich finde, mit der Postulierung eines solchen Integrationsziels haben Sie dazu sehr viel gesagt, und Sie muten damit der liberalen Grundrechtsdogmatik, die für viele als unverzichtbar gilt, doch einiges zu. Diese basiert auf der Vorstellung, dass grundrechtliche Freiheit ein inhaltlich offenes Belieben eröffnet, sie begründet in diesem Sinne primär einen Anspruch auf Abwehr von Eingriffen, und alle anderen, weiteren Funktionen der Grundrechte haben im Verhältnis dazu nur eine dienend-instrumentelle Funktion. Von hier aus würde die klassisch liberale Grundrechtsinterpretation sagen: Grundrechtliche Freiheit gewährleistet auch die Freiheit, sich von der politischen Gemeinschaft abzuwenden, wenn man dies für sinnvoll oder richtig hält. Ein Verfassungsziel der gesellschaftlichen Integration wirft dann natürlich

Begründungsbedarf auf. Meine Frage ist aber: Ist dieses Ziel nicht auch seinerseits wieder dem Leitbild der Sesshaftigkeit verhaftet und ohne dieses Leitbild letztlich gar nicht denkbar? Gerade der Verfassungspatriotismus kann doch nur ein Patriotismus derjenigen sein, die schon oder gerade hier sind. Und das sind nicht diejenigen, die nur mal eben vorbeikommen, sondern es sind diejenigen, die dauerhaft hier bleiben. Sie versuchen selbst, das dadurch wieder aufzubrechen, dass Sie den Verfassungspatriotismus nicht material-inhaltlich, sondern prozedural definieren. Auch das ist mir im Grunde wieder sehr sympathisch. Aber auch da müsste man natürlich fragen, ob das nicht auch wieder genau an dem „sedentären Bias“ leidet, den Sie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in anderem Zusammenhang zu Recht vorgeworfen haben. Mir kam hier der Verdacht, dass der „sedentäre Bias“ ein wenig die Funktion eines Jokers bekommt, der mal dies und mal etwas anderes bedeutet.

Christoph Schönberger: Ich darf an das anknüpfen, was *Uwe Volkmann* gerade gefragt hat, weil in der Diskussion, die wir bis jetzt geführt haben über den „sedentären Bias“, vielleicht doch noch einmal die Verteidigung dieses „sedentären Bias“ nötig wird. Ich verstehe diesen Bias so, dass er die Anknüpfung von Rechtspositionen an den dauerhaften Aufenthalt ist. Und ich finde unsere Diskussion auch zu den Statusrechten hat sehr schön gezeigt, dass wir zunehmend eine Entwicklung erlebt haben, in der das Daueraufenthaltsrecht – also das, was wir im allgemeinen Ausländerrecht mit der Niederlassungserlaubnis umschreiben – zur zentralen Rechtsposition geworden ist und damit die Staatsangehörigkeit in gewisser Weise überlagert hat. Wenn das richtig ist, dann ist aber doch heute die territoriale Bindung weiter das zentrale Vehikel, mit dem wir auch Rechtspositionen vergeben. Ich habe das Referat von *Daniel Thym* so verstanden, dass es diese Orientierung am Daueraufenthalt befürwortet und etwa für Wahlrechte für die sogenannten „Denizens“ eintritt, also Wahlrechte für Personen, die dauerhaft hier sind. Mit anderen Worten: Wir fördern die dauerhafte Bindung an die Bundesrepublik Deutschland für diejenigen, die ein Daueraufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland haben. Und das entspricht, glaube ich, auch der spezifischen Modernität, die ursprünglich mal das Staatsangehörigkeitsrecht gehabt hat. Denn es ist ja erfunden worden, am Beginn des 19. Jahrhunderts, gerade als Reaktion auf Migrationsbewegungen. Es ist erfunden worden, um für Bedürftigkeitsfragen, Armenrecht, Fürsorge usw. einen verlässlichen Anknüpfungspunkt in der rechtlichen Formalisierung zu finden. Diese Bedeutung hat die Staatsangehörigkeit dann später durch ethnisch-nationale Verengung verloren, und an diese Stelle ist heute letztlich das dauerhafte Aufenthaltsrecht im Staatsgebiet getreten. Wenn das richtig ist, dann ist aber doch die Gebietszuordnung

weiterhin eine ganz zentrale Kategorie, die auch für viele der Forderungen des Referats, denen ich mit Sympathie gegenüberstehe, doch gerade weiterhin die Grundlage ist. Ist das dann aber ein irgendwie problematischer Bias, oder ist das nicht eigentlich die Grundlage der rechtlichen Bindung an die Bundesrepublik Deutschland? Bedürfte diese Bindung der Überwindung? Mir scheint, dass der Hinweis auf einen problematischen Bias im Referat von Herrn *Thym* etwas anderes meint. Er meint die Verengung des Staatsangehörigkeitsrechts auf eine Abstammungsgemeinschaft, die eine Weile unsere kulturellen Vorstellungen und unser Recht begleitet hat, inzwischen aber der Vergangenheit angehört. Die Kritik trifft dann aber nicht die rechtliche Anknüpfung an Sesshaftigkeit, sondern vielmehr ein Staatsangehörigkeitsrecht, das gerade nicht mehr an die Sesshaftigkeit anknüpfte, sondern an die Abstammung. In diesem Sinne scheint mir die territoriale Anknüpfung von Rechtspositionen gerade begrüßenswert zu sein und der sedentäre Bias eigentlich eine gute Sache.

Matthias Jestaedt: Liebe Kolleginnen und Kollegen, Sie haben im Schnitt noch nicht einmal die drei Minuten ausgeschöpft, so dass beide Referenten jetzt die Gelegenheit haben zu einem jeweils zehnmütigen Schlusswort. Herr *Thym* fängt an.

Daniel Thym: Vielen Dank für die Zustimmung und ebenso für die Kritik, die mich wissenschaftlich natürlich anspricht. Ich werde die Fragen und Kommentare in vier Antwortbündel kombinieren.

Zuerst zum Verhältnis von sedentärem Bias und Leitbild der Sesshaftigkeit – ein Thema, das Herr *Walter*, Herr *Heinig*, Herr *Schorkopf*, Herr *Luther*, Frau *Schuler-Harms*, Herr *Volkman* und Herr *Schönberger* ansprachen. Deren Anmerkungen betreffen eine entscheidende Weichenstellung, die man am besten dadurch auflöst, dass man zwei Sichtweisen unterscheidet, wie sich das Leitbild der Sesshaftigkeit und der sedentäre Bias zueinander verhalten. Ein weites Verständnis, das nicht das meine ist, würde die Kritik insoweit ins rechtlich Normative wenden, als die Kritik des sedentären Bias dazu diene, die rechtlichen Grundkategorien, auf denen das Grundgesetz, die europäische Verfassungsordnung und das Völkerrecht aufbauen, zu hinterfragen. Diese Kritik kann entweder eine rechtspolitische sein oder, soweit möglich, einen rechtlichen Umbau im Wege der dogmatischen Umgestaltung vornehmen, etwa indem man die Grundrechte so interpretiert, dass diese ein subjektives Einreiserecht gewähren. Die staatliche Territorialität würde durch Einreiserechte aufgebrochen, Sesshaftigkeit für irrelevant erklärt und die Perspektive des Grenzübertretts privilegiert. Es wäre dies eine weitgehende, im Kern auf eine dogmatische Umgestaltung der bestehenden Rechtsstruk-

turen abzielende Kritik des sedentären Bias, die freilich nicht die meine ist. Mein Anliegen besitzt vielmehr – und ich hoffe, dies auch mehrfach im Referat ausgedrückt zu haben – in erster Linie eine analytische Stoßrichtung, indem die Kritik des sedentären Bias die deutsche, europäische und internationale Rechtswissenschaft dazu auffordert, die Perspektive des Grenzübertritts stärker zu berücksichtigen, wenn es um die Begriffs- und die Konzeptbildung geht. Wenn man etwa eine Habilitation über ein Thema schreibt, das grenzüberschreitende Bezüge besitzt, sollte dies bei der Begriffs- und Konzeptbildung stärker berücksichtigt werden, als das bisher häufig der Fall war. So jedenfalls meine These: Wir haben die Perspektive des Grenzübertritts bisher nicht immer angemessen einkalkuliert. Ein solches Vorgehen zielt nicht primär auf dogmatische Konsequenzen, auch wenn sich diese im Einzelfall ergeben können, sondern verfolgt eine analytische Stoßrichtung. Das Ergebnis eines solchen analytischen Zugriffs besteht freilich darin, dass der rechtsdogmatische Anspruch reduziert ist, gerade weil das Grundgesetz und das Völkerrecht sowie die europarechtlichen Rahmenbedingungen in der Tat in vielfacher Hinsicht eine Sesshaftigkeit und auch die Zugehörigkeit prämiieren und rechtlich privilegieren, etwa in Form der Staatsangehörigkeit. Angesichts solcher Rahmenbedingungen fordert eine analytische Kritik des sedentären Bias nicht, diese bestehenden Rechtsfiguren aufzugeben, sondern will stattdessen die grenzüberschreitenden Aspekte bei der Begriffsbildung einbeziehen. Insoweit kann, rechtlich gesprochen, die analytische Kritik des sedentären Bias auf eine reformierte Sesshaftigkeit gerichtet sein, soweit diese im geltenden Recht honoriert wird, konzeptuell ergänzt freilich um die Perspektive des Grenzübertritts.

Der zweite Themenblock betrifft die Sozialleistungen in Reaktion auf die Wortmeldungen von *Andreas Paulus*, *Christian Walter*, Herrn *Rixen* und Herrn *Pitschas*. Zuerst einmal ganz konkret zu *Andreas Paulus*: Ich bin regelmäßig im rechtspolitischen Diskurs zu den betroffenen Themen unterwegs und in diesem Kontext wird das Karlsruher Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz in aller Regel so rezipiert, dass es eine ganz klare Aussage enthalte. Wenn Du jetzt sagst, dass die Aussage nicht so klar sei, ist dies für sich genommen eine feststellenswerte Aussage. Nichtsdestotrotz scheint mir auch in Deiner Wortmeldung eine gewisse Diskrepanz enthalten zu sein, eine Spannungslage, die im Urteil angelegt ist. Ganz konkret sollen Unterscheidungen beim Existenzminimum an einer strengen, begründungsbedürftigen Bedarfsprüfung gemessen werden, was gedanklich voraussetzt, dass im Prinzip alle gleichbehandelt werden sollen, es sei denn, man kann im Einzelfall nachweisen, dass eine Person keinen Bedarf etwa zur Anschaffung einer Waschmaschine hat und daher kein Geld für entsprechende Ansparmöglichkeiten erhalten muss. Mein Zugriff ist ein anderer, weil es nicht nur um eine strenge, einzelfallorientierte Bedarfsprü-

fung gehen soll, sondern darum, konzeptuell abzustufen, welche Form und Intensität die Bindung einer Person an eine Gesellschaft besitzt. Bei einer solchen Betrachtung wird die Grundannahme, dass prinzipiell alle gleich zu behandeln seien, aufgebrochen und stattdessen gefragt, inwieweit Anbindungen bestehen, die es rechtfertigen, diesseits der Bedarfsprüfung andere Kriterien anzulegen. Das wäre eine in der rechtsdogmatischen Struktur der Karlsruher Urteile bisher in dieser Form nicht angelegte Umstrukturierung der Rechtsmaßstäbe. Wenn man mit meiner Argumentation diesem zweiten Weg folgte, dann muss man in der Tat die Folgefrage stellen, welches geeignete Kriterien sind, mit denen wir Zugehörigkeit zur solidarischen Inländergemeinschaft definieren. Insoweit könnte man, wie Herr *Walter*, einzig auf Territorialität abstellen, auch wenn es näher liegen dürfte, auch qualitative Kriterien der Aufenthaltssicherheit, der Aufenthaltsdauer und der Bindung an die deutsche Gesellschaft zu berücksichtigen. Solche unterschiedlichen Zugänge muss man auch auf Grundlage meines Ansatzes thematisieren, was bisher in der Form jedoch gerade nicht der Fall ist. Wenn man dies jetzt unternimmt, wäre dies aus meiner Sicht durchaus schon ein gutes Ergebnis.

Zur Staatsangehörigkeit als Antwort auf Herrn *Eberhard*, *Frank Schorkopf* und *Christoph Schönberger*. Auf Grundlage dessen, was ich zu Beginn meines Schlussstatements sagte, dass es nämlich nicht mein Ziel ist, die bestehenden Privilegierungen des deutschen, europäischen und internationalen Rechts für Sesshaftigkeit und Zugehörigkeit, etwa in Form der Staatsangehörigkeit, aufzugeben, stellt sich in der Tat die Frage, wie man dennoch den sedentären Bias überwinden kann. Insoweit habe ich nicht etwa gesagt, dass die Verfassung klare Vorgaben enthalte, sodass die Überwindung des sedentären Bias primär eine Aufgabe für den einfachen Gesetzgeber ist. Wenn wir nun jedoch Sesshaftigkeit auf der Ebene des einfachen Rechts neu denken und die grenzüberschreitende Dimension stärker einbeziehen, dann haben wir bei dieser Ausgestaltung gewiss verschiedene Möglichkeiten. Wir können einerseits mit Herrn *Schorkopf* sagen, dass es eine freie Entscheidung ist, wenn eine Person sich gegen die Einbürgerung entscheidet, und dann folgt daraus eben die Konsequenz der Nichtbeteiligung am Gemeinwesen. Man kann aber auch die entgegengesetzte Perspektive einnehmen und darauf verweisen, dass – wie es *Christoph Schönberger* mit dem Blick ins 19. Jahrhundert angedeutet hat und was ich durch die historischen Anekdoten im Referat einbringen wollte – die Bildung des Nationalstaats letztlich ein Versuch der Vereinheitlichung von zuvor sehr disparaten gesellschaftlichen Strukturen unter dem neuen Dach des Nationalstaats war, die eine Gemeinsamkeit geschaffen haben, wo diese in dieser Form zuvor nicht existierte. Das heißt die Errichtung einer Staatsangehörigkeit des Nationalstaats besaß eine territoriumsorientierte, auf die Schaf-

fung von Einheitlichkeit orientierte Zielrichtung – anders als dies jedenfalls lange Zeit im deutschen Staatsangehörigkeitsrecht der Fall war. Wenn man die Staatsangehörigkeit öffnet, dann greift man in gewisser Weise die ursprüngliche Zielrichtung einer Einheitsstiftung auf.

Viertens zu Integrationsfragen und damit zu Herrn *Mayer*, Herrn *Hufen*, Herrn *Heinig* und Herrn *Volkmann*. Zuerst kann ich Herrn *Volkmann* zustimmen, weil er sehr schön das sagte, was ich auf Herrn *Hufen* geantwortet hätte. Ich habe in der Tat nicht nur Liberalität und Vielfalt betont, sondern ich habe auch ein Verfassungsziel der gesellschaftlichen Integration befürwortet, das es uns ermöglicht, Fragen des gesellschaftlichen Zusammenhalts und damit Fragen der Integration zu thematisieren, die freilich eine klare Zielrichtung besitzen, weil der Zusammenhalt vielfaltsbasiert sein sollte und auf Grundlage des Grundgesetzes wohl auch sein muss. Dieses verfassungsrechtliche Integrationsziel gibt uns die Möglichkeit, all diejenigen Themen, die Sie, Herr *Hufen*, angesprochen haben, dogmatisch zu verarbeiten: Parallelgesellschaften, Burka, koedukativer Schwimmunterricht und so weiter. Der dogmatische Mehrwert des Integrationsziels zeigt sich hierbei vor allem in den Bereichen, wo es keine sonstigen Verfassungswerte gibt, die es uns erlauben, diese Themen adäquat zu reflektieren. Im Schulbereich ist dies wegen Artikel 7 in der Regel der Fall, wegen der Schulpflicht. Hingegen ist dies in Bereichen, die nicht das Schulrecht betreffen, momentan schwerer möglich, sodass die Figur des verfassungsrechtlichen Integrationsziels es uns auch hier erlaubt, dogmatisch darüber nachzudenken, was Integration in einer pluralen Gesellschaft bedeutet. Soweit wir über Grundrechte sprechen, werden hierüber letzten Endes natürlich die Gerichte zu entscheiden haben. Doch gerade weil es um Fragen geht, wo Wirkungszusammenhänge unklar bleiben und Wertungsfragen eine Rolle spielen, spricht sehr viel dafür, dass in diesen Fällen eine richterliche Zurückhaltung angezeigt sein kann.

Abschließend hatte, auch im Bereich der Integration, *Franz Mayer* Europa und den Verfassungspatriotismus angesprochen. Europa ist ein sehr schönes Beispiel um zu zeigen, wie die Rolle der Verfassung im Integrationsprozess außerhalb der Rechtsdogmatik erfolgreich sein oder scheitern kann. Mit dem europäischen Verfassungsprozess war vielfach die Erwartung verbunden, über die Grundrechtecharta und mittels der Verfassungssymbolik im Verfassungsvertrag, der bekanntlich scheiterte, das zu wiederholen, was sich in der Bundesrepublik in den vergangenen Jahrzehnten in Form des Verfassungspatriotismus abspielte. Auf EU-Ebene ist dieses Unterfangen bekanntlich nur begrenzt erfolgreich gewesen. Die Grundrechtecharta etwa hat weitgehende dogmatische Auswirkungen, scheint aber in der individuellen und kollektiven Identitätskonstruktion der Bürger eine untergeordnete Rolle zu spielen. Mit anderen Worten: Verfassungspat-

riotismus ist nicht nur eine Frage der Dogmatik, sondern, wie auch im Wort angelegt, eine Frage des Patriotismus, also der gefühlsmäßigen Identifikation. Eine solche gefühlsmäßige Identifikation darf in einer pluralen Gesellschaft die Erwartung an die Verfassung gewiss nicht überspielen, insoweit stimme ich *Hans Michael Heinig* zu. In einer pluralen Gesellschaft ist Verfassungspatriotismus keine Absage an normative Bindungsleistungen außerhalb der Verfassung, sondern gerade auch die Anerkennung, dass die normative Einheit infolge eines Verfassungspatriotismus immer nur eine begrenzte Einheit sein wird, weil zugleich normative Bindungen außerhalb der Verfassung ermöglicht werden. Für den gesellschaftlichen Zusammenhalt in Bezug auf Staat und Gesellschaft bleibt jedoch der Verfassungsbezug die relevantere Kategorie, nicht die außerrechtlichen Bindungen. Hinzu kommt, dass in einer pluralen Gesellschaft der Bedarf an normativer Einigkeit der Bürger ein geringerer ist als in einer ethisch, religiös oder kulturell homogenen Gesellschaft. Insoweit zielt Integration heute sehr viel weniger auf Einheit, als dies etwa in den Schriften von Rudolf Smend in den 1920er Jahren noch als Zielvorgabe mitschwang. Heute zielt das Integrationsziel immer auch auf Pluralität und will insoweit weniger erreichen, als manchmal hineingelesen wird. Ich habe Ihnen meine Vorschläge unterbreitet, wie man den sedentären Bias überwinden kann, und danke erneut für die Zustimmung. Wenn Sie nicht von allen Punkten überzeugt sind, hoffe ich, dass Sie wenigstens mit dem Eindruck den Saal verlassen, dass meine Thesen es zumindest wert sind, darüber nachzudenken. Vielen Dank.

Markus Krajewski: Auch ich habe zu danken für die vielen Hinweise, Anmerkungen und kritischen Nachfragen. Ich möchte meine Antworten und mein Schlusswort in drei Blöcken bündeln. Zunächst möchte ich auf die Einwände und Nachfragen zu den konkreten rechtspolitischen Desiderata, die ich formuliert habe – also zu den Themen Wohnsitzauflagen, Duldung und irreguläre Migranten – eingehen. Dann will ich auf einer eher mittleren Abstraktionsebene kurz die Fragen zur Steuerung ansprechen: Also, was kann der Staat noch steuern? Welche Funktion hat der Status in dem Zusammenhang? Und auch, was hat das mit den Menschenrechten zu tun? Dann will ich schließlich drittens die Frage aufgreifen, die auch heute Morgen schon im Raum stand: Was ist eigentlich in diesen ganzen Diskursen unsere Aufgabe als Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrer?

Zunächst zur Wohnsitzauflage: Ich bin da ganz nah bei *Christian Walter*. In der Tat, es handelt sich zunächst um ein Gleichheitsproblem. Das ist aber ein wichtiger Aspekt, denn der Gesetzgeber hat ja diese Wohnsitzauflage bewusst als Gleichheitsproblem gestaltet, indem er Menschen, die ein Recht auf Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland auf der Grundlage eines bestimmten Aufenthaltstitels haben, herausgreift und nur für diese

die Wohnsitzauflage gilt. Dass Wohnsitzauflagen nicht generell unzulässig sind, habe ich – so meine ich – auch deutlich gemacht. Wenn wir die Gleichheitsfrage bearbeitet und für uns beantwortet haben, ob es tatsächlich einen integrationspolitisch relevanten Unterschied zwischen anerkannten Flüchtlingen und Personen, die beispielsweise auf der Grundlage der Familienzusammenführung nach Deutschland gekommen sind, wenn es tatsächlich einen relevanten Unterschied gibt, dann denke ich, ist die Differenzierung auch legitimierbar. Ich kann den relevanten Unterschied, wie gesagt, so nicht erkennen. Das führt zur nächsten Frage: Können Wohnsitzauflagen generell gegenüber allen Drittstaatsangehörigen als migrationspolitisches Steuerungsinstrument eingesetzt werden? Hier müssten wir dann fragen: Welche Probleme sollen damit eigentlich konkret geregelt werden? Die Probleme, die genannt wurden, die ja auch der Gesetzgeber vor Augen hat, die will ich überhaupt nicht in Abrede stellen. Natürlich haben wir in den städtischen Ballungsräumen Probleme, die zu bearbeiten sind. Wir müssen nur sehr genau fragen: Sind das Probleme, die tatsächlich mit den Instrumenten des Migrationsrechts zu lösen sind, oder sind es eigentlich soziale Probleme, die sich nicht mit Blick auf die Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen analysieren lassen? Wir haben in städtischen Ballungsräumen natürlich Probleme von sozialer Segregation, die aber möglicherweise mit ganz anderen Instrumenten des Rechts zu bearbeiten wären. Zur Frage nach der Neuregelung der Duldung in These (12). Was ich hier anrege – das auch in Antwort auf *Max Geis* – ist im Grunde genommen das, was der Gesetzgeber bei der letzten Reform des Aufenthaltsgesetzes selbst vorgeschlagen hat, was sich dann im Gesetzgebungsprozess aber nicht durchgesetzt hat. Wir haben zurzeit ein rechtlich intendiertes Ermessen nach 18 Monaten, das aber von den Ausländerbehörden überwiegend so nicht verstanden wird. Es wäre lediglich das Wort „sollte“ durch das Wort „ist“ zu ersetzen. Die 18-Monatsfrist ist in § 25 Absatz 5 des Aufenthaltsgesetzes bereits enthalten. Schwieriger ist es bei den irregulären Migranten, wir können da natürlich nicht durch eine „einfache“ Rechtsänderung tatsächlich zu einem legalen Aufenthaltsstatus kommen. Deswegen meine Antwort auch an *Karsten Nowrot*: Natürlich, ideal gedacht müsste man über die „Legalisierung“ dieser Personen nachdenken. Das ist mit den Mitteln des Aufenthaltsrechts aber nicht einfach zu lösen. Deswegen habe ich zunächst darauf hingewiesen, wo eigentlich die tatsächlichen Probleme liegen. Es sind Zugangsprobleme, oft zu Notfall-Gesundheitsleistungen. Ich kann das jetzt nicht weiter ausführen. Inzwischen wurde im Recht unter dem Stichwort „erweiterter Geheimnisschutz“ einiges verändert, das auch nach meinem Dafürhalten in die richtige Richtung geht. Aber das Problem besteht dann weiter, wenn es um die Kostenabrechnung geht: Hier sind die Sozialämter verpflichtet, den Ausländerbehörden die entsprechenden Infor-

mationen mitzuteilen. Auch wenn es empirisch natürlich nicht vollkommen belegt ist, führt das, soweit man jedenfalls die Praxis sieht, tatsächlich dazu, dass hier Personen, die dringend gesundheitlicher Versorgung bedürften, diese nicht wahrnehmen. Insgesamt glaube ich, geht es um die Anerkennung eines grundsätzlichen Phänomens, nämlich: Wir haben es hier mit Personen zu tun, die dauerhaft in Deutschland sind und es auch dauerhaft bleiben werden. Sie können nicht abgeschoben werden aus den unterschiedlichsten Gründen. Und ich möchte das, weil das immer auch sehr plastisch ist, an dem Beispiel des Drittstaatsangehörigen verdeutlichen, der bewusst seine Identifikationspapiere zerstört, also seinen Pass verbrennt, und dessen Staatsangehörigkeit dann nicht mehr festgestellt werden kann, so dass er eben letztlich auch nicht abgeschoben werden kann. Ich bin fern davon zu sagen, dass das ein legales Verhalten wäre; es ist ja auch strafbar. Aber wir müssen und das Recht muss das zur Kenntnis nehmen: Diese Person kann, unabhängig auch von dem moralischen Vorwurf, den man ihr macht, nicht abgeschoben werden. Darauf müssen das Recht und der Rechtsstaat reagieren. Er muss zur Kenntnis nehmen, dass eine Person hier in Deutschland lebt, die faktisch dauerhaft nicht abgeschoben werden kann. Und deswegen wäre mein Ansatz, zu sagen: Gut, diese Person ist hier, dieser Mensch ist hier, und dieser Mensch hat gewisse Rechte, die auch im Rahmen des einfachen Rechts kodifiziert werden sollten.

Das führt mich dann zu den etwas generelleren Fragen. Es ist ja auch die Frage aufgeworfen: Wie ist es dann mit der Steuerung? Und da bin ich ganz nah bei vielen Stimmen, die gesagt haben, dass diese ganzen Ausdifferenzierungen, auch der Rechtsstatus der Personen, die hier leben, letztlich gar nicht steuern. Wir können den Status des Asylbewerbers und auch der geduldeten Person noch so schlecht gestalten, es bleiben immer noch Personen, die sagen: Es lohnt sich, nach Deutschland zu kommen. So dass wir auf einer ganz anderen Ebene fragen müssen: Wie steuern wir das? Dann sind wir bei der Frage der Einreisekontrollen. Man muss sich klarmachen, dass wir natürlich unterscheiden müssen zwischen den Instrumenten, die Einreise ermöglichen, und der Frage, wie wir mit den Rechten der Personen umgehen, die hier sind. Es ist vielleicht ein bisschen untergegangen: Ich wollte in der Tat darauf hinweisen, dass der Status oder die Statuszuschreibung an sich alleine kein Instrument ist, sondern den Blick auf die jeweiligen Rechtspositionen lenken. Zum Thema der Menschenrechte; „die Menschenrechte als Supertrumpf“ hat das *Frank Schorkopf* vielleicht ein bisschen zuspitzend genannt. Ich glaube, darum geht es nicht, sondern es geht wiederum darum, erst einmal zur Kenntnis zu nehmen, welche Rechte, welche Rechtspositionen existieren. Wenn wir zum Ergebnis kommen, die Jedermann-Grundrechte oder vielleicht sogar die Ansprüche des einfachen Rechts, auch des Sozialrechts, gehen hier weiter als die entsprechen-

den Menschenrechte, dann brauchen wir die Menschenrechte nicht. Dem würde ich zustimmen. Nur wir sollten zur Kenntnis nehmen, dass es die Menschenrechte gibt und insbesondere, dass sie eben auch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte umfassen, die natürlich, das haben wir heute Morgen auch kurz angesprochen, unter einem Ressourcenvorbehalt stehen. Nur kann man die Frage des Ressourcenvorbehalts nicht einfach damit abtun, dass man darauf abstellt, dass eine bestimmte Behörde nur eine bestimmte Anzahl von Anträgen im Jahr bearbeiten kann und das ist dann das Ende der zur Verfügung stehenden Ressourcen. Die Fragen, die auch im Menschenrechtsdiskurs an dieser Stelle diskutiert werden, sind komplexer.

Was bleibt? Was ist unsere Aufgabe? Ich glaube, unsere Aufgabe ist zunächst einmal, die realen Probleme zur Kenntnis zu nehmen und zwar als soziale Probleme. Herr *Hufen* hat das Stichwort von der Parallelgesellschaft aufgegriffen. Ich habe das ja kurz erwähnt. Auch hier gilt es, genau zu fragen, was meinen wir damit eigentlich? Mit dem Begriff verbindet man oft ein bestimmtes Bild. Sie sprachen von dem hier in der vierten Generation lebenden Grundschüler, der von seiner Lehrerin das nicht annimmt, was sie ihm sagt. Migrationsrechtlich ist das ja nur dann relevant, wenn er überhaupt Drittstaatsangehöriger ist. Wenn der möglicherweise Deutscher ist, was durchaus möglich sein kann, dann sind wir ja auf einer ganz anderen Ebene. Hier wäre meine Antwort, dass wir mit anderen Instrumenten reagieren müssen. Ich glaube, unsere Rolle als Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrer sollte sein, hier auch zunächst einmal bescheiden anzuerkennen, dass sich aus dem Staatsrecht der große Wurf nicht ableiten lässt, wie wir zur Lösung realer Probleme beitragen können. Wir sollten deutlich machen, was der Staat leisten kann, wie er rechtlich regeln kann und was er eben auch nicht kann. Für den öffentlichen Diskurs ist es nicht hilfreich, wenn man das Bild aufbaut, der Staat könne etwas regeln, er regle es aber nicht, weil er sich zurückgezogen habe. Wir müssen zur Kenntnis nehmen, dass viele Dinge eben tatsächlich auch mit den Mitteln des Rechts an dieser Stelle nicht steuerbar sind. Vielen herzlichen Dank.

Matthias Jestaedt: Meine Damen und Herren, damit schließen wir die Diskussion für heute.

