Kapitel 4 Analyse: Wesentliche Konstruktionselemente migrationsspezifischer Illegalitäten

Die Analyse der wesentlichen Konstruktionselemente aus denen die migrationsspezifischen Illegalitäten geformt werden, ist von zentraler Bedeutung für die Dekonstruktion.

Das Sezieren der einzelnen Konstruktionselemente lässt die sich hinter den Illegalitäten verborgenen Illegalisierungsprozesse zum Vorschein kommen. Es bricht ein einheitliches Verständnis von Illegalität bzw. „illegaler Migration" oder „illegaler Migrant*innen" auf, ohne nach einem neuen, besseren Verständnis zu suchen. Im Rahmen der Dekonstruktion geht es vielmehr darum, Fragen und Widersprüche aufzuspüren und die Verwendung von Begrifflichkeiten gezielt zu verunsichern – plastisch könnte von einem „Bürsten gegen den Strich" gesprochen werden,[560] welches dazu dient, die Illegalisierungsprozesse und die verschiedenen Perspektiven im Zusammenhang mit den jeweiligen Konstruktionselementen herauszuarbeiten.

Die Konstruktionselemente umfassen eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungskomplexe und wirken zu unterschiedlichen Zeiten und Orten. Dem breiten Analyserahmen entsprechend, ist zunächst alles, was an der Gesamtkonstruktion migrationsspezifischer Illegalitäten mitwirkt, unter den Begriff der Konstruktionselemente zu fassen. Hierfür sind grundsätzlich nicht lediglich rechtliche Regelungen relevant, sondern soziale Interaktionen jeglicher Art.

Ziel der Untersuchung ist jedoch keine interdisziplinäre Analyse sämtlicher Faktoren, die in diesem Zusammenhang Bedeutung erlangen. Der Fokus liegt auf Rechtsnormen und den daraus entstandenen Rechtsstruk-

560 Die von *K. Friedrich Röhl/H. Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 330, gewählte Formulierung ist wohl – wenngleich es an einem entsprechenden Verweis fehlt – auf die von *Benjamin*, in: *Benjamin* (Hrsg.), Gesammelte Schriften – Band I.2, S. 691-704 (697), artikulierte Aufgabenstellung für den historischen Materialisten zurückzuführen, „die Geschichte gegen den Strich zu bürsten". Daran anknüpfend wurde das „Gegen-den-Strich-Lesen" in der feministischen Literaturwissenschaft zwischenzeitlich zu einer eigenständigen Lektüreform weiterentwickelt, siehe *Feldmann/Schülting*, in: *Nünning* (Hrsg.), Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie, S. 257 (257).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

turen und Regelungskomplexen.[561] Aufgrund der Komplexität der Konstruktion konzentriert sich die Untersuchung auf wesentliche Konstruktionselemente, welche eine (ge-)wichtige Rolle in der Konstruktion spielen, exemplarischen Charakter aufweisen oder aufgrund einer sehr spezifischen, außergewöhnlichen Rolle von Interesse sind. Gestützt durch den im Folgenden dargelegten Aufbau der Analyse soll diese eine Verständnisgrundlage liefern, die trotz ihrer Breite und Vielseitigkeit einprägsam ist.

Die Reihenfolge in der folgenden Darstellung orientiert sich am exemplarischen Ablauf illegalisierter Migrationsbiographien.[562] Zunächst werden die Illegalisierungen durch Migrationskontrollinstrumente (§ 1) und durch Externalisierungen (§ 2) beleuchtet, welche schon vor dem Gebietszugang der betroffenen Personen Wirkung entfalten. Das Erfordernis eines Visums für die Einreise entsteht beispielsweise schon im Heimatland, und Migrationskontrollsysteme wie ETIAS stellen auch bei Visumsfreiheit schon vor „Reisebeginn" Anforderungen für die Einreise. Es folgen die physischen Kontrollen an den Außengrenzen, wenn bei Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten die Einreisedokumente kontrolliert und Fingerabdrücke in Eurodac gespeichert werden, sowie parallel dazu digitale Formen der Migrationskontrolle wie die Weiterleitung der Daten von Fluggästen, welche die Außengrenzen überqueren. Aber auch nach der Einreise in das Unionsgebiet sind physische Kontrollen an den Binnengrenzen oder im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten möglich und die informationstechnischen Systeme und Datenbanken „verfolgen" das Migrationsgeschehen weiter, wenn beispielsweise Personeninformationen im SIS oder Straftaten in ECRIS gespeichert werden.

Die Einbeziehung Dritter und die Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen (§ 3) greifen zu verschiedenen Zeitpunkten im Ablauf eines Migrationsgeschehens ein und sind daher zwischen den verschiedenen Phasen als horizontale Elemente eingefügt. So kann eine strafbare Unterstützung durch eine selbst nicht migrierte Person beispielsweise sowohl hinsichtlich der illegalisierten Einreise als auch in Bezug auf einen illegalisierten Aufenthalt erfolgen. Auch die Übertragung von hoheitlichen Auf-

561 Dabei wird keine Vollständigkeit beansprucht. Es ließe sich schließlich bei nahezu jeder Regelung, vom Ehestandsrecht über das Gesellschaftsrecht bis hin zum Baurecht, ein Migrationsbezug herstellen, welcher sich als kleiner Mosaikstein ebenfalls untersuchen ließe.

562 Eine strikt chronologische Trennung ist nicht möglich, da viele Elemente zu unterschiedlichen Zeitpunkten relevant werden können. Die Zusammenarbeit mit Drittstaaten kann beispielsweise im präventiven Bereich schon ganz zu Beginn relevant werden oder aber repressiv bei der Rückführung erst gegen Ende.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gaben auf nichtstaatliche Akteur*innen erfolgt teilweise schon vor der Einreise, wenn Kontrollaufgaben auf Beförderungsunternehmen übertragen werden, teils erst nach der Einreise, wenn Arbeitgebende involviert werden. Ebenso finden sich Ausprägungen der Diversifikation schon im Vorfeld der Einreise in Form des Netzes von Verbindungsbeamt*innen, bei der Einreise im Zusammenhang mit den Beförderungsdaten und nach der Einreise im Kontext der Sanktionen für Arbeitgebende.

Die Instrumentalisierung von vulnerablen Personen (§ 4) und die Ausgestaltung des Aufenthaltsrechts im engeren Sinne (§ 5) entfalten ihre Wirkung hauptsächlich während des Aufenthalts im Unionsgebiet. Inwieweit einer Person besondere Rechte als Menschenhandelsopfer zukommen, wird ebenso erst nach der Einreise zum Zeitpunkt des Aufenthalts virulent wie die komplexen Fragen der Einordnung verschiedener Aufenthaltssituationen von Drittstaatsangehörigen, bei denen Rückführungshindernisse bestehen, oder von Unionsbürger*innen, welche in Schwierigkeiten mit den Freizügigkeitsvoraussetzungen geraten.

Die Fragen der De-Illegalisierung (§ 6) stellen sich ebenfalls im Zeitrahmen des Aufenthalts. Sie sind den primären aufenthaltsrechtlichen Weichenstellungen chronologisch jedoch nachgelagert, da eine Aufenthaltsverfestigung erst nach der Statusfeststellung erfolgen kann. Das gilt sowohl für die Erteilung eines Daueraufenthalts mit verbesserter Rechtsstellung, nachdem zuvor eine befristete Aufenthaltserlaubnis bestand, als auch für die Aufenthaltsverfestigung durch eine Ausbildungsduldung nach festgestellter Ausreisepflicht und Erteilung einer „klassischen" Duldung.

Die vielfältigen Illegalisierungsmöglichkeiten aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (§ 7) knüpfen wiederum an verschiedene Zeitpunkte an. Während die Konstruktionselemente in § 3 eher eine zugangshindernde Ausrichtung haben, stehen die Illegalisierungen aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit – wie beispielsweise die Aberkennung eines Aufenthaltstitels – eher im Zusammenhang mit einem Aufenthalt bzw. einer Aufenthaltsbeendigung und werden daher erst an späterer Stelle thematisiert.

Die Auseinandersetzung mit der Perpetuierung der Illegalisierung durch Einreiseverbote (§ 8) nimmt schließlich Bezug auf den Zeitraum nach der Ausreise aus dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und verdeutlicht die zeitliche Fortwirkung von Illegalisierungen in den individuellen Migrationsbiographien.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 1 Migrationskontrollinstrumente als Transmissionsriemen der Illegalisierungen

Die Wirkmächtigkeit von Illegalisierungen wäre ohne korrespondierende Kontrollen in erheblichem Maße reduziert. Die verschiedenen Instrumente der Migrationskontrolle transformieren die normativen Vorgaben der Rechtsordnung in die Praxis. Aufgrund dieser zentralen Funktion als „Transmissionsriemen" sollen als erstes Konstruktionselement verschiedene Migrationskontrollinstrumente und deren Entwicklung beleuchtet werden. Die Regelung der Kontrollen im Bereich der Migration prägt auch die korrespondierenden Illegalisierungen, denn die Frage, wo und wie Migration kontrolliert wird, entscheidet auch darüber, an welchen Orten und in welcher Form die damit einhergehenden Illegalisierungen stattfinden. Daher haben die Ausprägungen und Veränderungen im Bereich der Migrationskontrollen und Migrationskontrollinstrumenten unmittelbar Auswirkungen auf die Konstruktion illegalisierter Migration.[563] Migrationsbewegungen werden klassischerweise an Grenzen kontrolliert, wobei das traditionelle Verständnis von Grenzen als Demarkationslinien zwischen kohärenten nationalen Einheiten zunehmend durch die Betonung der Vielfalt und Dialektik von Grenzschutzpraktiken in Frage gestellt wird.[564] Dementsprechend sollen zunächst das Regelungsregime und die aktuellen Diskussionen im Bereich klassischer Grenzkontrollen auf EU-Ebene dargestellt werden, bevor auf die Wandlung, Ergänzung und teilweise Ablösung der klassischen Migrationskontrollsysteme durch informationstechnische Systeme und Datenbanken eingegangen wird.

I. Grenzkontrollen

Physische Grenzkontrollen sind der Archetyp der Migrationskontrollinstrumente. Sie sind Sinnbild der Einteilung in ein Innen und ein Außen und konkretisieren zumindest punktuell die abstrakten Ein- und Zuteilungen territorialer Herrschaftsbefugnisse. Art. 67 AEUV verleiht der EU die Kompetenz zur Entwicklung einer gemeinsamen Politik im Bereich der Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen, während Art. 77 AEUV die Kompetenz der EU im Bereich der Grenzschutzpolitik festlegt,

563 Siehe auch *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 117 f.

564 Siehe *Bossong/Carrapico*, in: *Bossong/Carrapico* (Hrsg.), EU Borders and Shifting Internal Security, S. 1-21 (2).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

welche einerseits die Personenkontrolle und die wirksame Überwachung des Grenzübertritts an den Außengrenzen umfassen soll, andererseits auch die schrittweise Einführung eines integrierten Grenzschutzsystem an den Außengrenzen.

1. Kontrolle der Außengrenzen

Die Außengrenzen der EU dürfen grundsätzlich nur an den Grenzübergangsstellen und während der festgesetzten Verkehrsstunden überschritten werden.[565] Jeder Mitgliedstaat kontrolliert seinen Teil der Außengrenzen einerseits in Ausübung seiner eigenen Souveränitätsrechte und Interessen, andererseits aber auch im gemeinsamen Interesse der Mitglieder des Schengen-Raums.[566] Die Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex) unterstützt die Mitgliedstaaten und soll zur Sicherstellung eines integrierten Grenzschutzes an den Außengrenzen beitragen, wobei sie inzwischen über ein verstärktes operatives Mandat verfügt, das alle wichtigen Komponenten des integrierten Grenzschutzes an den Außengrenzen umfasst und dafür sorgen soll, „das Überschreiten der Außengrenzen effizient zu steuern"[567] und nunmehr auch „die Effizienz der Rückkehrpolitik der Union zu erhöhen".[568] Trotz dieser Aufwertung des Mandats von Frontex und der korrespondierenden Ausstattung mit mehr Personal und finanziellen Mitteln, wird das etablierte Modell der zwischenstaatlichen Grenzkontrolle und -überwachung grundsätzlich beibehalten, womit sich die Frage nach Verantwortlichkeiten und Rechenschaftspflichten in einem zunehmend supranationalen Grenzmanagement stellt.[569]

Ein weiteres, für die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierungen bedeutsames Element im Kontext von Grenzkontrollen ist die Errichtung von Grenzzäunen oder Grenzmauern, welche gleichermaßen als analoge Ergänzung der physischen Grenzkontrollen fungieren und von immenser Bedeutung für die Symbolik der Kontrolle und Abschottung sind. Art. 14 Abs. 2 des Schengener Grenzkodex sieht vor, dass „[d]ie Einreiseverweigerung […] nur mittels einer begründeten Entscheidung unter ge-

565 Siehe Art. 5 Schengener Grenzkodex.
566 Siehe *Lang*, in: *Iliopoulos-Strangas/Potacs/Tanasescu u.a.* (Hrsg.), Migration | Migration | Migrations, S. 145-162 (150 f.).
567 Siehe Art. 1 FrontexVO (alte Fassung).
568 Siehe Art. 1 FrontexVO.
569 Siehe *Carrera et al.*, PE 604.943: The Future of the Schengen Area, S. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nauer Angabe der Gründe für die Einreiseverweigerung erfolgen [kann]". Dennoch wurden an vielen Außengrenzen Zäune und Mauern errichtet, um den Zugang zu den mitgliedstaatlichen Hoheitsgebieten unabhängig von den möglichen Gründen für eine Einreise zu unterbinden. Während vor dem sogenannten „langen Sommer der Migration" 2015 nur in Spanien, Griechenland und Bulgarien Grenzzäune errichtet waren, folgten seitdem auch Ungarn, Slowenien, Estland, Lettland, Litauen und Frankreich.[570]

Die geschlossenen Grenzzäune und -mauern hindern Migrant*innen daran, ein Schutzgesuch überhaupt erst zu stellen und erschaffen rechtliche Leerräume, in denen exekutive Herrschaftsgewalt ausgeführt wird, ohne rechtliche Verantwortung dafür zu tragen.[571] Die Konstruktionen von vorgelagerten Grenzzonen waren bereits wiederholt Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, wobei es meist zentral um die Frage der Bindung an menschenrechtliche Schutzstandards ging. Richtungsweisend war die *Hirsi* Entscheidung des EGMR zur Zurückweisung auf hoher See,[572] in welcher der EGMR die Hoheitsgewalt und somit auch die Bindung Italiens an die EMRK bejahte und in der Rückführung der Schutzsuchenden nach Libyen eine Verletzung von Art. 3 EMRK sah. Mangels individueller Prüfung stellte er zudem einen Verstoß gegen das Verbot der Kollektivausweisung sowie gegen das Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 4 ZP IV EMRK und Art. 13 EMRK) fest. Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung des EGMR zur spanischen Praxis der Rückschiebungen bei der Enklave Melilla an der Grenze zu Marokko zu sehen, welche die dritte Kammer des EGMR zunächst ebenfalls als Verstoß gegen das Verbot der Kollektivausweisung qualifizierte; zudem wurde die Hoheitsgewalt jenseits des spanischen Territoriums bejaht.[573]

Der Fall wurde jedoch auf Ersuchen der spanischen Regierung erneut vor der Großen Kammer des EGMR verhandelt und dort am 13. Februar

570 Siehe *Carrera et al.*, PE 604.943: The Future of the Schengen Area, Punkt 4, S. 25 f. und Annex 2 sowie *UNHCR*, Border Fences and Internal Border Controls in Europe.

571 *Guilfoyle*, in: *Gammeltoft-Hansen/Vedsted-Hansen* (Hrsg.), Human Rights and the Dark Side of Globalisation, S. 114-137 (127), spricht in diesem Zusammenhang unter Rückgriff auf *Marc Augé* von Nicht-Orten (*non-places*).

572 EGMR, *Hirsi Jamaa and Others*, Urteil vom 23. Februar 2012 (GK), Nr. 27765/09.

573 Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 3. Oktober 2017, Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 53 f. und 105.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2020 entschieden.[574] Die Große Kammer entschied, dass kein Verstoß gegen das Verbot der Kollektivausweisung vorliegt. Die Lesarten, Einschätzungen und Bewertungen des Urteils divergieren teils jedoch erheblich.[575] Jedenfalls lässt sich anhand des Urteils sehr gut illustrieren, welche Schwierigkeiten sich bei der (menschen-)rechtlichen Einhegung der aktuellen Grenzpolitiken ergeben, die versuchen, Grenzen vorzuverlagern und Migrant*innen durch Hinderung am Gebietszugang von Rechten und Garantien auszuschließen.

Wichtig ist zunächst festzuhalten, dass auch die Große Kammer die Praxis der *hot returns* nicht für rechtmäßig erklärt, sondern lediglich im konkreten Fall einen Verstoß gegen Art. 4 ZP IV EMRK verneint. Von der Garantie aus Art. 3 EMRK sind auch bei einer massenhaften Ankunft und illegalisierten Grenzübertritten keine Ausnahmen zulässig. Daher sind die unmittelbaren Abschiebungen ohne individuelle Prüfung direkt an der Grenze mangels der Möglichkeit der effektiven Schutzantragstellung weiterhin rechtswidrig.[576] Dies wurde in *N.D. und N.T.* jedoch nicht ausdrücklich festgestellt, da mangels substantiierten Vortrags der Beschwerdeführer eine Prüfung von Art. 3 EMRK nicht Gegenstand des Verfahrens war[577] und zum Entscheidungszeitpunkt aus Sicht des EGMR feststand, dass in beiden Fällen tatsächlich keine Schutzbedürftigkeit bestand.[578]

---

574 Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15.

575 Siehe *Thym*, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'; *Hruschka*, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR; *Carrera*, EUI Working Paper RSCAS 2020/21, S. 1-27; *Pichl/Schmalz*, „Unlawful" may not mean rightless; *Markard*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain; *Lübbe*, Der Elefant im Raum, und *Uerpmann-Wittzack*, EGMR billigt Festung Europa mit Toren.

576 Siehe *Hruschka*, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR, und in der deutschen Version *Hruschka*, Hot Returns bleiben in der Praxis EMRK-widrig, mit dem Hinweis auf die Ausführungen in EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 232, welche die Verpflichtungen aus dem Refoulement-Verbot außer Frage stellen, sowie *Markard*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain.

577 „*[L]es requérants […] ne prétendent pas avoir été soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention*", siehe die Unzulässigkeitsentscheidung vom 7. Juli 2015, Rn. 15, abrufbar unter: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156743 (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

578 Siehe *Hruschka*, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Da *hot returns* somit nur erlaubt sind, wenn feststeht, dass keine Schutzbedürftigkeit besteht, muss in der Praxis weiterhin regelmäßig ein Verfahren durchgeführt werden.[579]

Im Urteil der Großen Kammer findet sich jedoch eine „obskure Kombination restriktiver und dynamischer Elemente", da es einen Ausschluss von illegalisiert Eingereisten vom Anwendungsbereich des Art. 4 ZP IV EMRK vorsieht, allerdings nur sofern „nicht-illegalisierte" Zugangsmöglichkeiten bestehen und „tatsächlich und effektiv" erreichbar sind[580] – die „nicht-illegalisierten" Zugangsmöglichkeiten fungieren argumentativ also gewissermaßen als „Feigenblatt" für die Grenzschließungen.[581] Sie dienen als Voraussetzung für den „Vorwurf" der illegalisierten Einreise als eigenverantwortliche Handlung sowie für den damit verbundenen Ausschluss vom Anwendungsbereich von Art. 4 ZP IV EMRK.[582] Das „Ins-Spiel-Bringen" des Erfordernisses „nicht-illegalisierter" Zugangsmöglichkeiten droht so aber mangels Konkretisierung der Erfordernisse und praktischen Um-

579 In Anbetracht der dem Refoulement-Verbot dienenden Funktion von Art. 4 ZP IV EMRK, siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 198, kann die Unterscheidung von Art. 3 EMRK und Art. 4 ZP IV EMRK auch in Frage gestellt werden, siehe *Lübbe*, Der Elefant im Raum.

580 „*[G]enuinely and effectively accessible to the applicants*", siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 211.

581 „*[O]bscure combination of restrictions and dynamism*." Und „*the impression that the insistence on legal pathways is nothing more than a humanitarian fig leaf for border closures*." Siehe *Thym*, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions' der ein Ende der dynamischen, migrationsfreundlichen Menschenrechtsrechtsprechung des EGMR prophezeit und von einem „*restrictionist turn*" spricht, sowie *Carrera*, EUI Working Paper RSCAS 2020/21, S. 1-27 (2) der einen „*mix of protective and restrictive contributions*" sieht.

582 Dabei gilt, dass mangels Konkretisierung des Erfordernisses „nicht-illegalisierter" Zugangsmöglichkeiten in der Entscheidung die Ausschlussmöglichkeit auch bestehen könnte, wenn der Zugang tatsächlich seitens eines Drittstaats verhindert wird. Siehe *Markard*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain, mit Hinweis auf den Bericht des Sonderbotschafters für Migration und Flüchtlinge des Europarats *Boček* zur Situation von Migrant*innen in Melilla und Ceuta, abrufbar unter: https://www.ecoi.net/en/document/1443311.html (letzter Abruf am 3. Mai 2020). Ferner besteht die Möglichkeit, dass die Mitgliedstaaten an den Außengrenzen ihre Grenzposten strategisch auf das erforderliche Mindestmaß limitieren um ihre Verpflichtungen aus Art. 4 ZP IV EMRK einzuschränken, siehe *Carrera*, EUI Working Paper RSCAS 2020/21, S. 1-27 (7).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzungen zu einer hohlen Phrase zu verkommen und für Rechtsunsicherheit in der Zukunft zu sorgen.[583]

Andererseits sorgt das Urteil für eine erfreuliche Klarheit im Anwendungsbereich, wenn es den Ausschluss von Gebieten aus der Hoheitsgewalt des Staates mit deutlichen Worten ablehnt.[584] Da die Große Kammer die Rückschiebungen als Ausweisungen im Sinne des Art. 4 ZP IV EMRK qualifiziert,[585] stattet das Urteil die betroffenen Migrant*innen ferner unabhängig vom (*prima facie*) Nachweis einer Schutzbedürftigkeit mit Verfahrensrechten aus, wenngleich die damit verbundenen Verfahrensgarantien weniger weitreichend sind als im Asylverfahren nach einer erfolgten Einreise. Insofern normiert der EGMR einen neuen Schutzstandard bei der Zurückweisung von Migrant*innen an der Grenze.[586] Es bleibt jedoch abzuwarten, welche Auswirkungen die Entscheidung auf das Unionsrecht hat.[587]

Die dem Fall zugrundeliegende Grenzpolitik der spanischen Regierung ist deutlicher Ausdruck einer nützlichkeitsorientierten Perspektive. Wie schwierig es ist, einen entsprechend eigennützigen Vorstoß in das altruis-

---

583 Siehe *Thym*, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'.

584 „*[T]he special nature of the context as regards migration cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system […].[T]he Convention cannot be selectively restricted to only parts of the territory of a State by means of an artificial reduction in the scope of its territorial jurisdiction.*" Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar 2020 (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 110.

585 Damit folgt die Große Kammer nicht der Auffassung der spanischen Regierung, welche die Rückschiebungen als bloße Nicht-Zulassungen ansah, siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 173 ff.

586 Siehe *Thym*, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'.

587 Da Art. 3 der VerfahrensRL, welcher den Anwendungsbereich für Schutzgesuche auf Anträge „an den Grenzen" der Mitgliedstaaten erstreckt, im Lichte von Art. 18 GRC auszulegen ist, sind hier verschiedene Interpretationen möglich. So könnte mit Blick auf Art. 5 des Schengener Grenzkodex ein Ausschluss von Asylanträgen illegalisiert eingereister Schutzsuchender gefordert werden. Die französische Regierung vertrat im Verfahren vor dem EGMR die Auffassung, dass die AufnahmeRL und die VerfahrensRL nicht anwendbar seien, siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 149, da die betroffenen Personen keinen Schutzantrag an der Grenze im Sinne von Art. 3 AsylverfahrensRL gestellt hatten. Andererseits ist es auch möglich, dass die bestehenden Verpflichtungen aus dem Unionsrecht hiervon tatsächlich nicht beeinträchtigt werden, siehe *Markard*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tisch veranlagte System der Menschenrechte zu integrieren, zeigt sich an den mäandernden Ausführungen des Gerichts. Die im Urteil des EGMR zum Ausdruck kommende Zwiespältigkeit könnte jedoch auch auf eine Verschiebung bei der Dominanz der Perspektiven innerhalb des Gerichts hindeuten.

Das Urteil und die diesbezüglichen Diskussionen zeigen nochmals deutlich, dass physische Grenzsicherungen und -kontrollen weiterhin von großer Bedeutung sind (sowohl funktional als auch symbolisch). Sie dienen ferner als Projektionsflächen und Anlass für Auseinandersetzungen mit grundlegenden Fragen der Konzeption illegalisierter Migration.

2. Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen

Die Kontrollfrequenz korrespondiert mit dem Ausmaß der Illegalisierungen. Je häufiger Kontrollen stattfinden, desto häufiger werden deren Wirkungen in die Praxis übertragen. Daher sind Veränderungen bei der Kontrollhäufigkeit im Rahmen einer Dekonstruktion der Illegalisierungsprozesse relevant.

An den Binnengrenzen im Schengen-Raum finden grundsätzlich keine Grenzkontrollen statt.[588] Die Kompetenz für die Sicherstellung der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen obliegt nach Art. 77 Abs. 1 lit. a. AEUV der EU. Die Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen ist jedoch ausnahmsweise möglich, allerdings nur unter eng gefassten Voraussetzungen und auch nur zeitlich befristet.[589] Vorausgesetzt ist eine ernsthafte Bedrohung für die öffentliche Ordnung und Sicherheit oder die Gefährdung des grenzkontrollfreien Innenraums aufgrund „anhaltender schwerwiegender Mängel bei den Kontrollen an den Außengrenzen".[590]

Typische Beispiele hierfür sind die kurzfristigen Einführungen von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen im Zusammenhang mit politischen oder kulturellen Großveranstaltungen wie beispielsweise zu den G7 Treffen in Italien 2017, Deutschland 2015 und Belgien 2014, zu der Fußball Europameisterschaft 2016 in Frankreich oder der UCI-Straßenrad-

588 Siehe Art. 22 Schengener Grenzkodex.
589 Siehe Art. 25 ff. Schengener Grenzkodex.
590 Siehe Art. 25 Abs. 1 und 29 Abs. 1 Schengener Grenzkodex.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sport-Weltmeisterschaft 2017 in Norwegen.[591] Daneben finden sich seit einigen Jahren allerdings auch wiedereingeführte Grenzkontrollen an den Binnengrenzen, welche mit einem hohen Zugang an Schutzsuchenden begründet werden.[592] Die Rechtmäßigkeit dieser migrationspolitisch motivierten Binnengrenzkontrollen lässt sich dabei durchaus anzweifeln, insbesondere weil der Schengener Grenzkodex explizit festlegt, dass „Migration und das Überschreiten der Außengrenzen durch eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen […] nicht an sich als Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit betrachtet werden" soll.[593]

Wie weit die migrationspolitische Motivation der Mitgliedstaaten bei der Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen geht, zeigte sich auch deutlich im Verfahren *Arib* vor dem EuGH, in welchem Frankreich dem EuGH die Frage vorlegte, ob die wiedereingeführten Kontrollen an den Binnengrenzen eines Mitgliedstaats den an einer Außengrenze vorgenommenen Kontrollen gleichzustellen seien, wenn es um die Einreise nichtberechtigter Drittstaatsangehöriger gehe.[594] Frankreich hatte im Abstand von 20 km von der spanisch-französischen Grenze Kontrollen durchgeführt und dabei einen marokkanischen Staatsangehörigen aufgegriffen und wegen des Verdachts der illegalen Einreise in Gewahrsam genommen. Hintergrund der Frage war, ob in einem solchen Fall die Anwendung der RückführungsRL und der damit verbundenen Verfahrensregelungen ausgeschlossen werden kann, da die Person in Verbindung mit der illegalisierten Überschreitung der Außengrenze (bzw. in diesem Fall der mit der Außengrenze gleichgestellten Binnengrenze) aufgegriffen wurde. Der EuGH trat dieser Auffassung mit deutlichen Worten entgegen und

591 Siehe Europäische Kommission, Full list of Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

592 „*Big influx of persons seeking international protection*" in Österreich, Deutschland, Slowenien, Ungarn, Norwegen, Dänemark und Schweden, siehe Europäische Kommission, Full list of Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

593 Siehe ErwGr. 26 Schengener Grenzkodex.

594 Siehe EuGH, *Arib u.a.* (C-444/17), EU:C:2019:220, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stellte klar, dass schon der Wortlaut des Schengener Grenzkodex dem entgegensteht, welcher begrifflich eindeutig zwischen Binnen- und Außengrenze unterscheidet, und dass das in der RückführungsRL vorgesehene Rückführungsverfahren entsprechend nicht – auch nicht ausnahmsweise – anwendbar ist.[595]

Auch die zeitliche Dimension von wiedereingeführten Grenzkontrollen an den Binnengrenzen sorgt regelmäßig für Diskussionen. Der maximale Zeitrahmen für temporär wiedereingeführte Grenzkontrollen beträgt zwei Jahre.[596] Konsequenterweise hatte die Europäische Kommission 2017 darauf hingewiesen, dass die Wiedereinführung oder Verlängerung der Binnengrenzkontrollen nicht länger mit den verstärkten Migrationsbewegungen seit 2015 begründet und somit auch nicht auf Art. 29 des Schengener Grenzkodex gestützt werden kann.[597] Wenngleich die Begründungen für die wiederholte Anordnung seit dem 13. September 2015 durchgängig bestehender Grenzkontrollen Deutschlands an der Grenze zu Österreich analog zur Begründung der Grenzkontrollen Österreichs an der Grenze zu Ungarn und Slowenien in der Folge teils abgewandelt wurden,[598] werden die Binnengrenzen weiterhin migrationspolitisch begründet. Die Rechtmäßigkeit der Verlängerung der Binnengrenzkontrollen über den gesetzlich vorgeschriebenen Maximalzeitraum von zwei Jahren hinaus ist deshalb äußerst zweifelhaft.[599] Das gilt letztlich auch für die Änderung der Begründungen Schwedens, Dänemarks und Norwegens, welche nunmehr nicht mehr direkt auf die Migrationsbewegungen abstellen, jedoch eine Terrorgefahr aus diesen ableiten.[600] Die Wiedereinführung von Grenzkontrollen in Frankreich im Oktober 2015 aufgrund der UN-Klimakonferenz, welche seitdem aufgrund der wiederholten Terroranschläge durchgehend verlängert wurde, wirft gleichermaßen Fragen zur Vereinbarkeit mit dem geltenden EU-Recht auf.[601] Diese werden jedoch nicht migrationspolitisch

595 Siehe EuGH, *Arib u.a.* (C-444/17), EU:C:2019:220, Rn. 62 und 67.

596 Siehe Art. 25 Abs. 4 Schengener Grenzkodex.

597 Siehe Europäische Kommission, Fact Sheet vom 27. September 2017, Questions & Answers: Preserving and strengthening the Schengen area.

598 Seit Ende 2017 lautet die Begründung: „*security situation in Europe and threats resulting from the continuous significant secondary movements*".

599 Siehe *Schlikker*, Eine Grenze ist eine Grenze ist keine Grenze?, der von einem anhaltenden und systematischen Rechtsbruch spricht.

600 Siehe Ratsdokumente 13141/17 vom 12. Oktober 2017 (Dänemark), 13203/17 vom 13. Oktober 2017 (Schweden) und 13205/17 vom 13. Oktober 2017 (Norwegen).

601 Siehe *Carrera et al.*, PE 604.943: The Future of the Schengen Area, Punkt 2.3, S. 16 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

begründet und im Hinblick auf die Terroranschläge und den erklärten Ausnahmezustand ist dies auch glaubwürdig. Daher sind die Grenzkontrollen in Frankreich im Kontext der Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierung nicht gewichtig. Am 27. September 2017 hatte die Kommission einen Vorschlag zur Änderung der rechtlichen Regelung zur Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen vorgelegt,[602] welcher unter anderem in Art. 27 eine „Risikobewertung" der Mitgliedstaaten bei Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen fordert und die Zeiträume für die Verlängerungen in Art. 25 etwas großzügiger gestaltet, an der Höchstdauer von zwei Jahren jedoch festhält.

Die teils migrationspolitisch motivierte Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen und deren europarechtswidrig lange Beibehaltung sind von erheblicher Bedeutung. Einerseits kommt in der relativ unverhohlenen Nichtanwendung europarechtlicher Vorgaben eine gewisse Renationalisierung zum Ausdruck, welche als Anzeichen für eine partielle, faktische Kompetenzverschiebung im Migrationsrecht gedeutet werden kann und Ausdruck einer zunehmenden Entledigung von Aufnahme- und Prüfungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten gegenüber Schutzsuchenden durch Grenzkotrollen ist.[603] Andererseits entstehen durch die Addition der Grenzkontrollen an Außen- und Binnengrenzen vermehrte Möglichkeiten der Illegalisierung von Migrant*innen.[604] Zudem verdeutlicht die Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen aufgrund der verstärkten (Sekundär-)Migrationsbewegungen noch einmal die enge Verknüpfung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems mit der Schaffung und Regelung des Schengen-Raums.

3. Polizeikontrollen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten

Eine vergleichbare Problematik ergibt sich bei polizeilichen Kontrollmaßnahmen im inneren Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, insbesondere in Grenzgebieten.

---

602 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 571 final vom 27. September 2017.

603 Siehe *Guild et al.*, PE 571.356: Internal Border Controls in the Schengen Area: is Schengen Crisis-Proof?, Punkt 4.6, S. 48, die in diesem Zusammenhang von einem Surrogat sprechen.

604 Siehe auch *Schuster*, Ethnic and Racial Studies 2011, S. 1392-1407, die vor dem Hintergrund der Grenzsicherungsmaßnahmen von einer Verwandlung von (in diesem Fall afghanischen) Schutzsuchenden in „illegale" Migrant*innen spricht.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Schengener Grenzkodex differenziert zwischen zwei verschiedene Formen von „Grenzkontrollen“: einerseits die „Grenzübertrittskontrollen“ und andererseits die „Grenzüberwachung“.[605] „Grenzübertrittskontrollen“ sind Kontrollen an den Grenzübergangsstellen zur Überprüfung der Ein- oder Ausreisevoraussetzungen, „Grenzüberwachung“ die ergänzende Überwachung zwischen den Grenzübergansstellen und außerhalb der festgesetzten Verkehrsstunden. Beide Formen der „Grenzkontrollen“ sind unabhängig von einem bestimmten Anlass und erfolgen „ausschließlich aufgrund des beabsichtigten oder bereits erfolgten Grenzübertritts“.[606] Davon abzugrenzen sind anderweitige innerstaatliche polizeiliche Befugnisse. Diese sind Grenzübertrittskontrollen nicht gleichgestellt, sofern die polizeilichen Maßnahmen

1. keine Grenzkontrollen zum Ziel haben;
2. auf allgemeinen polizeilichen Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und insbesondere auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen;
3. in einer Weise konzipiert sind und durchgeführt werden, die sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheidet;
4. auf der Grundlage von Stichproben durchgeführt werden.[607]

Trotz der Bestätigung und Präzisierung der Voraussetzungen in der Judikatur des EuGH[608] ist die Qualifizierung konkreter Maßnahmen in der Praxis oftmals umstritten. Eine Konkretisierung des rechtlichen Rahmens durch den EuGH erfolgte 2017 im Urteil zum Vorabentscheidungsersuchen des Amtsgerichts Kehl im Strafverfahren gegen *A*, welcher sich gegen eine Identitätskontrolle an einem Bahnhof in der Nähe der deutsch-französischen Grenze gewehrt hatte.[609] Der EuGH machte darin deutlich, dass eine Regelung, „die den Polizeibehörden des betreffenden Mitgliedstaats die Befugnis einräumt, innerhalb eines Gebiets von 30 Kilometern ab der Landgrenze dieses Mitgliedstaats zu anderen Vertragsstaaten des Schengener Durchführungsübereinkommens zur Verhinderung oder Unterbin-

605 Siehe Art. 2 Nr. 10 bis 12 Schengener Grenzkodex.
606 Siehe Art. 2 Nr. 10 Schengener Grenzkodex.
607 Siehe Art. 23 lit. a Schengener Grenzkodex.
608 Siehe EuGH, *Melki und Abdeli* (C-188/10 und C-189/10), EU:C:2010:363, Rn. 70 ff.; *Adil* (C-278/12 PPU), EU:C:2012:508, Rn. 54 und 70, in der beispielsweise Sonderregeln für einen räumlichen Geltungsbereich als Indiz gewertet werden.
609 Siehe EuGH, *A* (C-9/16), EU:C:2017:483.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dung unerlaubter Einreise in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats oder unerlaubten Aufenthalts in diesem Hoheitsgebiet oder zur Verhütung bestimmter Straftaten, die gegen die Sicherheit der Grenze gerichtet sind, die Identität jeder Person unabhängig von deren Verhalten und vom Vorliegen besonderer Umstände zu kontrollieren", grundsätzlich europarechtswidrig ist, sofern nicht (ausnahmsweise) gewährleistet ist, „dass deren praktische Ausübung nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben kann".[610]

Der EuGH fordert, dass die polizeilichen Befugnisse in den nationalen Regelungen soweit konkretisiert und eingeschränkt werden, dass in der praktischen Ausübung eine mit Grenzübertrittskontrollen gleichbedeutende Wirkung vermieden wird,[611] womit er die Legislative in die Verantwortung zieht und einer weitgehenden Kompetenzübertragung an die Exekutive eine Absage erteilt. Ferner konkretisiert er den Maßstab dahingehend, dass die Einschränkungen und Konkretisierungen umso strenger ausfallen, je zahlreicher die Indizien für eine mögliche gleiche Wirkung sind,[612] wobei neben den anderweitigen nationalen Grundlagen für Kontrollen und Kontrollmaßnahmen im übrigen Hoheitsgebiet insbesondere das verfolgte Ziel und der räumliche Anwendungsbereich als Indizien angeführt werden.[613]

Auch seitens der Europäischen Kommission wurde versucht, die Problematik von Polizeikontrollen im Bereich der Binnengrenzen zu adressieren. So legte sie bereits 2012 Leitlinien für das Funktionieren des Schengen-Raums fest, welche auch polizeiliche Maßnahmen an den Binnengrenzen umfassten und in der die Kommission unter anderem „konkrete statistische Informationen" von den Mitgliedstaaten forderte.[614] Im Mai 2017 wurden diese Leitlinien im Rahmen einer Empfehlung der Kommission zu verhältnismäßigen Polizeikontrollen und zur polizeilichen Zusammen-

610 Wobei die Überprüfung Sache des vorlegenden Gerichts ist, siehe EuGH, *A* (C-9/16), EU:C:2017:483, Rn. 63.

611 Siehe EuGH, *A* (C-9/16), EU:C:2017:483, Rn. 37 ff., wobei er an der dem Fall zugrundeliegenden deutschen Regelung insbesondere die fehlende Konkretisierung der Intensität und der Häufigkeit bemängelt, Rn. 57.

612 *Carrera et al.*, PE 604.943: The Future of the Schengen Area bezeichnen dies treffend als „Maßstab der inkrementellen Rechtssicherheit", S. 22.

613 Siehe EuGH, *A* (C-9/16), EU:C:2017:483, Rn. 40.

614 Siehe Europäische Kommission, Halbjahresbericht über das Funktionieren des Schengen-Raums, 1. November 2011 – 30. April 2012, COM(2012) 230 final vom 16. Mai 2012, S. 11 und Anhang II B., S. 16 ff. Die Informationen zu den Kontrollen sollen dabei Zeit, Orte, Gründe und die zuständige nationale Behörde umfassen, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

arbeit im Schengen-Raum in überarbeiteter Form vorgelegt.[615] Die zentrale Empfehlung ist dabei die „wirksame Nutzung von Polizeikontrollen", wobei Polizeikontrollen als eine Art Minus -Maßnahme zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen skizziert werden und daher vorranging zur Anwendung kommen sollen.[616] Die Mitgliedstaaten sollen, sofern erforderlich und vom nationalen Rechtsrahmen abgedeckt, im gesamten Hoheitsgebiet die Polizeikontrollen intensivieren und auch an den Hauptverkehrsrouten Kontrollen durchführen, beides explizit auch in den Grenzgebieten. Die Notwendigkeit und Rechtfertigung der Intensivierung der Polizeikontrollen im Grenzgebiet wird ausdrücklich auch mit Sekundärbewegungen von „Personen, die die Außengrenzen irregulär überschritten haben", begründet, wobei sie aufgrund ihrer Flexibilität als wirksamere Maßnahme gegenüber statischen Grenzkontrollen betrachtet werden.[617] Die Kommission fordert zwar, dass die an die spezifischen Risiken von Grenzgebieten angepassten, intensivierten Polizeikontrollen nicht die gleiche Wirkung haben dürfen wie Grenzübertrittskontrollen, lässt jedoch offen, wie diese Unterscheidung in der Praxis aussehen soll.[618] Die Abgrenzung in der Praxis dürfte noch schwieriger werden, wenn die Kommission (entsprechend der EuGH-Rechtsprechung) auch auf Grenzgebiete beschränkte polizeiliche Befugnisse für möglich erachtet, die Identitätskontrollen beinhalten, und das unabhängig vom Verhalten der kontrollierten Person oder anderweitigen besonderen Umständen oder Informationen, aus denen sich die Gefahr einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit ergibt.[619] Wenn als einziges Differenzierungskriterium zwischen (rechtmäßigen) Polizeikontrollen im Grenzgebiet einerseits und (rechtswidrigen) Grenzkontrollen andererseits die Intensität und Häufigkeit der entsprechenden Kontrollen bleibt, lassen sich die Polizeikontrollen im Grenzgebiet auch als eine *light version* von Grenzkontrollen bezeichnen. Damit bliebe der Schengen-Raum ohne Grenzkontrollen an den Binnengrenzen zwar formal erhalten, dieses wesentliche Element würde jedoch inhaltlich weitgehend ausgehöhlt. Auch der weiterhin uneingeschränkt geltende Grundsatz der Nichtdiskriminierung dürfte die Exekutivorgane vor nicht unerhebliche Herausforderungen stellen,

615 Siehe Europäische Kommission, Empfehlung (EU) 2017/820 der Kommission vom 12. Mai 2017 zu verhältnismäßigen Polizeikontrollen und zur polizeilichen Zusammenarbeit im Schengen-Raum C/2017/3349.
616 Siehe Empfehlung 1 und 2, sowie ErwGr. 13.
617 Siehe ErwGr. 6.
618 Siehe ErwGr. 7.
619 Siehe ErwGr. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wenn einerseits minimalinvasives Vorgehen gefordert wird, um die Gefahr der gleichen Wirkung mit einer Grenzübertrittskontrolle zu bannen, andererseits aber die Unterbindung von Sekundärmigration explizit zum Ziel der Maßnahmen gesetzt wird.

Im Ergebnis ist die Forderung klarer und enger gesetzlicher Voraussetzungen für die Polizeikontrollen sinnvoll. Im Hinblick auf die Konstruktion illegalisierter Migration macht die formelle Unterscheidung zwischen Grenzübertrittskontrollen und Identitätskontrollen im Grenzbereich keinen Unterschied, da sie sich funktional gleichen, insbesondere seitdem migrationspolitische Zielsetzungen als Grund für die Polizeikontrollen aufgeführt werden. Daher lassen sich auch die konstruktionsbezogenen Ausführungen zu den Binnengrenzkontrollen[620] entsprechend auf die Polizeikontrollen übertragen.

II. Registrierungserfordernisse für Unionsbürger*innen

Das Kontrollinteresse der Mitgliedstaaten im Bereich der Migration erfasst nicht ausschließlich Drittstaatsangehörige, die in das Unionsgebiet einreisen. Bei einem Aufenthalt von über drei Monaten kann der Aufnahmemitgliedstaat auch von Unionsbürger*innen eine Anmeldung bei der zuständigen Behörde verlangen.[621] Das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürger*innen ist jedoch unabhängig von einer entsprechenden Registrierung, so dass einer Registrierung bzw. einer daraufhin erteilten Aufenthaltserlaubnis letztlich eine rein deklaratorische Funktion zukommt.[622] Insofern ist die Qualität der regelmäßigen Erfassung der Migrationsbewegungen von Unionsbürger*innen nicht mit der von Drittstaatsangehörigen vergleichbar. Vielmehr verdeutlicht sich einmal mehr die in der Grundprogrammierung dargestellte Differenzierung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen.[623]

620 Siehe Kapitel 4 § 1 I. 2.

621 Siehe Art. 8 UnionsbürgerRL.

622 Siehe statt vieler nur EuGH, *Oulane* (C-215/03), EU:C:2005:95, Rn. 18 f. und EuGH, *MRAX* (C-459/99), EU:C:2002:461, Rn. 74 jeweils m.w.N. Außerdem stellt Art. 25 der UnionsbürgerRL nochmals gesondert fest, dass es ausreicht, wenn das Recht in irgendeiner Form nachgewiesen werden kann und die Ausübung eines Rechts nicht von entsprechenden (Aufenthalts-)Dokumenten abhängig gemacht werden dürfen.

623 Zur Grundprogrammierung siehe Kapitel 3 § 1 III.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Die „Virtualisierung" der Migrationskontrolle: Informationstechnische Systeme und Datenbanken

Die Migrationskontrolle wird zunehmend „virtualisiert";[624] neben den traditionellen Kontrollen an physischen Grenzen erlangen informationstechnische Systeme und Datenbanken im Bereich der Migrationskontrolle zunehmend an Bedeutung. Diese neuen Formen von Grenzen lassen sich auch als „sozio-digitale" Grenzen umschreiben.[625] Sie sind nicht mehr an einer einheitlichen und vollständigen Öffnung oder Schließung orientiert, sondern vielmehr von einer spezifischen Permeabilität geprägt,[626] welche für die Beweglichkeit privilegierter Menschengruppen sowie von Wirtschaftsgütern und Kapital über Grenzen hinweg möglichst durchlässig sind, während illegalisierte Grenzüberschreitungen weniger sichtbar, aber unter Umständen sogar noch effektiver verhindert werden.[627] Die Aufgabe von Grenzen differenziert sich aus und umfasst nicht mehr nur eine bloße Abwehrfunktion. Neben einer umfassenden Protokollierung der Grenzübergänge treten zunehmend auch komplexe Kategorisierungs- und Sortierungsaufgaben. Mit der Technologisierung geht dabei auch eine Individualisierung einher, da die automatisierten Bewertungen und Risikoanalysen von Migrant*innen zunehmend pauschale Einteilungen anhand der Herkunftsländer ablösen.[628] Die gezielte und kontinuierliche Weiterentwicklung des informationstechnologischen Migrationskontrollansatzes zeigt sich an der Erweiterung der bereits bestehenden Systeme, der Entwicklung neuer Systeme und der systematischen Verbindung der verschiedenen Systeme und Datenbanken.[629] Im Folgenden werden zunächst die Entwicklung und Funktionen der verschiedenen informationstechnischen Systeme und Datenbanken mit Migrationsbezug dargestellt (1.), bevor auf

624 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 8.

625 Der Begriff der *socio-digital border* soll die Verknüpfung groß angelegter informationstechnischer Systeme mit der Klassifizierung zu sozialen Zwecken zum Ausdruck bringen, siehe *König*, Internet Policy Review 2016, S. 1-14 (9).

626 Siehe *Franko Aas*, Theoretical Criminology 2011, S. 331-346 (343).

627 Siehe *Bossong/Carrapico*, in: *Bossong/Carrapico* (Hrsg.), EU Borders and Shifting Internal Security, S. 1-21 (9).

628 Siehe *Bellanova/Hert*, in: *Body-Gendrot/Hough/Kerezsi u.a.* (Hrsg.), The Routledge Handbook to European Criminology, S. 514-532.

629 Zur Rolle von Statistiken im Bereich der Migrations- und insbesondere Grenzkontrollen und zu dem Zusammenspiel der Institutionen siehe *Takle*, Migration Studies 2017, S. 267-285.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die übergreifenden Aspekte der Interoperabilität und des Datenschutzes eingegangen (2.) und die Entwicklung evaluiert wird (3.).

1. Übersicht über die Systeme und Datenbanken

Über die Jahre hinweg hat die EU verschiedene, umfangreiche informationstechnische Systeme und Datenbanken entwickelt,[630] um die Vielzahl von Informationen im Bereich der Migration und des Grenzschutzes zu sammeln, auszuwerten und zu teilen, wobei seit Ende 2017 zunehmend versucht wird, die verschiedenen zentralisierten Systeme interoperabel zu gestalten, um einen einfacheren und gezielteren Zugriff auf möglichst umfassende und zuverlässige Informationen durch die autorisierten Stellen zu gewährleisten.[631] Die informationstechnischen Systeme wurden dabei komplementär zum Ziel der Bekämpfung illegalisierter Migration entwickelt und entsprechend der verschiedenen Konstellationen illegalisierter Migration konzipiert: Personen, die illegalisiert eingereist sind und aufgegriffen werden, werden im SIS gespeichert; Personen, die einen Asylantrag stellen, werden in Eurodac registriert und Personen, die mit einem Visum („nicht-illegalisiert") einreisen, werden im VIS gespeichert, womit die verschiedenen „Migrationsgeschichten" illegalisierter Migration lückenlos erfasst werden sollen.[632]

a) Schengener Informationssystem (SIS)

Nach dem Übereinkommen zum schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen von 1985[633] wurden 1990 im Schengener

630 Ein umfassender und informativer Überblick über die verschiedenen Systeme und Datenbanken im Bereich Justiz und Inneres der EU findet sich im Anhang zu *Bigo et al.*, Justice and Home Affairs Databases and a Smart Borders System at EU External Borders. Stand der Analyse ist 2012, es finden sich dort jedoch auch schon viele der geplanten Neuerungen.

631 Siehe Europäische Kommission, Februar 2019, Factsheet EU INFORMATION SYSTEMS – Security and Borders, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20190205_security-union-eu-information-systems_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

632 Siehe und *Broeders*, International Sociology 2007, S. 71-92 (85).

633 Schengener Übereinkommen (SÜ).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Durchführungsübereinkommen verschiedene Maßnahmen zur Umsetzung beschlossen. Diese sahen zur Kompensation des Wegfalls der Personenkontrollen an den Binnengrenzen im Schengen-Raum, neben den Kontrollen an den Außengrenzen, ein eigenes elektronisches Fahndungssystem vor:[634] das Schengener Informationssystem (SIS). Schon kurz nach der Inbetriebnahme des SIS am 26. März 1995 verständigten sich die Schengen-Staaten auf die Entwicklung einer zweiten Generation des SIS (SIS II), welches neben der Aufnahme weiterer Schengen-Staaten auch einen erweiterten Funktionsumfang haben sollte.[635] Die anvisierte neue Generation des SIS sollte eine automatische Speicherung und Abfrage von Fingerabdrücken ermöglichen[636] und auch Aspekte der Interoperabilität wurden 2005 bereits diskutiert.[637] Nach einer Zwischenlösung (dem sogenannten SISone4all[638] oder auch SIS 1+), welche noch nicht die vorgesehene Neukonfiguration umfasste, sondern lediglich den Benutzerkreis erweiterte, ging das SIS II nach wiederholten Verzögerungen und einer Vervielfachung der Kosten[639] am 9. April 2013 in Betrieb und führte die Speicherung biometrischer Daten ein.

Das zentralisierte, jedoch weitgehend dezentral geführte,[640] SIS II ist das größte System zum Informationsaustausch im Bereich der Sicherheit und des Grenzmanagements, wobei es sowohl der Personen- und Sachfahndung im Schengen-Raum dient, als auch der „erleichterten Durchsetzung

634 Siehe Art. 92 bis 101 des Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ).

635 Siehe ausführlich zur Entwicklung vom SIS zum SIS II *Brouwer*, Digital Borders and Real Rights, S. 72 ff.

636 Siehe Europäische Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II) KOM(2005) 230 endg. vom 31. Mai 2005.

637 Siehe Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Verbesserung der Effizienz der europäischen Datenbanken im Bereich Justiz und Inneres und die Steigerung ihrer Interoperabilität sowie der Synergien zwischen ihnen, KOM(2005) 597 endg. vom 24. November 2005. Zur Interoperabilität siehe Kapitel 4 § 1 III. 2. b).

638 Siehe Ratsdokument Nr. 13540/06 vom 12. Oktober 2006.

639 Anvisiert waren 15 Millionen Euro. Die Kosten beliefen sich am Ende auf ca. 190 Millionen Euro, siehe Deutscher Bundestag, BT-Drucksache 17/13196, S. 11 abrufbar unter: http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/17/131/1713196.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

640 Die Mitgliedstaaten sind für die Errichtung, den Betrieb und die Wartung der nationalen Systeme zuständig, die in einem zentralen System zusammengeführt werden, siehe Art. 6 SIS-II-VO.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:50
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen".[641] Der Anwendungsbereich des SIS II umfasst sowohl Personeninformationen von Drittstaatsangehörigen[642] als auch Fahrzeugregistrierungen[643]. Die sogenannten Ausschreibungen umfassen unter anderem Einreise- oder Aufenthaltsverweigerungen.[644] Die gespeicherten Daten beinhalten einen Datensatz zur Identifizierung der Person oder des Gegenstandes, Informationen, warum die Person oder das Objekt gesucht wird, und Anweisungen was zu tun ist, wenn die Person oder das Objekt gefunden wird.[645]

Nachdem die Kommission bereits im Jahr 2016 Vorschläge zum Ausbau des SIS II unterbreitet hatte,[646] wurde im Juni 2018 auf EU-Ebene eine Einigung hinsichtlich des Ausbaus und der Fortentwicklung des SIS II erzielt, welche einen verbesserten Zugriff für die EU-Agenturen, eine bessere Interoperabilität und einen erweiterten Anwendungsbereich vorsieht.[647] In Zukunft sollen sowohl Europol als auch die operativen Teams der Europäischen Grenz- und Küstenwache auf das SIS II zugreifen können und Einreiseverbote für Drittstaatsangehörige sollen zwingend in das SIS II aufgenommen werden.[648] Zusätzlich soll eine neue Ausschreibungskategorie für

641 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 11, und Europäische Kommission, Februar 2019, Factsheet EU INFORMATION SYSTEMS – Security and Borders, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20190205_security-union-eu-information-systems_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020), wonach im Jahr 2017 fünf Milliarden Abfragen im SIS II durchgeführt wurden, die zu über 76 Millionen Treffern führten, siehe Rat der Europäischen Union, SIS II – 2017 Statistics, Dok. Nr. 8279/18 vom 24. April 2018 abrufbar unter: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8279-2018-INIT/en/pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

642 Siehe SIS-II-VO.

643 Siehe SIS-II-KfzVO.

644 Siehe Art. 24 SIS-II-VO.

645 Siehe Art. 20 SIS-II-VO.

646 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 21. Dezember 2016, Sicherheitsunion: Kommission schlägt Stärkung des Schengener Informationssystems zur wirksameren Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität vor.

647 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Juni 2018, Security Union: Commission welcomes agreement on a reinforced Schengen Information System, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4133_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

648 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Juni 2018, Security Union: Commission welcomes agreement on a reinforced Schengen Information System, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4133_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Rückführungsentscheidungen" eingeführt werden, um die Durchsetzung von Rückführungsentscheidungen für Drittstaatsangehörige, die sich illegalisiert aufhalten, zu verbessern.[649] Außerdem soll die Liste der Gegenstände ausgeweitet werden und zukünftig auch gefälschte Dokumente und IT-Ausrüstung umfassen.[650] Die erweiterten Funktionen des SIS II sollen bis 2021 schrittweise implementiert werden, wobei eu-LISA die Zuständigkeit für die Umsetzung der technischen und operativen Änderungen zukommt.[651] Die Entwicklung des SIS ist somit gezeichnet von einem immer umfangreicheren Anwendungsbereich, welcher in Zukunft voraussichtlich noch wachsen und mit weitergehenden Zugriffsrechten versehen wird und somit die umfassende Dokumentation und Kontrolle von Migration in digitalisierter Form verdeutlicht.

b) Visa-Informationssystem (VIS)

Das 2011 in Betrieb genommene Europäische Visa-Informationssystem (VIS)[652] baut operativ auf dem SIS auf, beinhaltet Informationen über Personen, die Schengen-Visa beantragen, und dient dem europaweiten Austausch dieser Daten zwischen den Grenzschutzbeamt*innen an den Außengrenzen der EU und den Konsulaten der Mitgliedstaaten auf der ganzen Welt. Das VIS stellt eine der am weitesten entwickelten Datenbanken auf EU-Ebene dar und beinhaltet über 60 Millionen Visumsanträge sowie über 40 Millionen Fingerabdrücke.[653] Aufgrund der Verlinkung des zen-

649 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Juni 2018, Security Union: Commission welcomes agreement on a reinforced Schengen Information System, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4133_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

650 Siehe Pressemitteilung des Rates 661/18 vom 19. November 2018, Schengener Informationssystem: Rat erlässt neue Vorschriften zur Erhöhung der Sicherheit in der EU.

651 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Juni 2018, Security Union: Commission welcomes agreement on a reinforced Schengen Information System, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4133_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

652 Siehe VIS-VO.

653 Stand August 2018, siehe Europäische Kommission, Februar 2019, Factsheet EU INFORMATION SYSTEMS – Security and Borders, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20190205_security-union-eu-information-systems_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tralen Visa-Informationssystems (CS-VIS) mit den nationalen Schnittstellen (NI-VIS) wird das VIS bisweilen auch als „System aus Systemen" bezeichnet.[654] Das VIS kann biometrische Daten, vor allem Fingerabdrücke, zu Identifikationszwecken abgleichen. Aufgrund der notwendigen Visumsantragstellung werden nur Drittstaatsangehörige erfasst. Neben der Verifikation, dass die Identität der einreisenden Person tatsächlich mit derjenigen, für die das Visum ausgestellt wurde, übereinstimmt, hilft der Abgleich auch bei der Festlegung der Zuständigkeit für die Prüfung eines Asylantrags im Rahmen des Dublin-Systems und soll dem sogenannten „*visa shopping*" entgegenwirken.[655]

Am 16. Mai 2018 wurde eine Erneuerung des VIS vorgeschlagen, um die Interoperabilität des VIS mit anderen informationstechnischen Systemen der EU (insbesondere SIS, ECRIS und dem neuen EES) zu gewährleisten und damit eine obligatorische Kontrolle von Visumsanträgen in Form eines Abgleichs in einem einzigen vereinheitlichten Suchportal zu ermöglichen.[656] Ziel der Erneuerung sind unter anderem effizientere Rückführungsverfahren. Hierzu sollen die Reisedokumente, welche bei einem Visumsantrag hinterlegt werden, in die VIS-Datenbank aufgenommen werden, auf welche zukünftig auch Mitarbeiter*innen von Frontex zugreifen können sollen, womit eine „Identifizierung und Rückübernahme irregulärer Migranten ohne Ausweispapiere" erleichtert werden soll.[657] Außerdem soll der Anwendungsbereich des VIS in Zukunft auch auf Informationen über Visa für einen längerfristigen Aufenthalt sowie auf Aufenthaltstitel erweitert werden.[658] Auch hier zeigt sich, wie schon beim SIS, der kontinuierliche Ausbau der Systeme für immer weiterreichendere Zwecke.

---

654 „*[S]ystem of systems*", siehe *Balch/Geddes*, in: *Dijstelbloem/Meijer* (Hrsg.), Migration and the New Technological Borders of Europe, S. 22-39 (27).

655 Als „*visa shopping*" wird die wiederholte Antragstellung in einem anderen Mitgliedstaat, nachdem ein erster Antrag abgelehnt wurde, bezeichnet.

656 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2018) 302 final vom 16. Mai 2018. Zur Interoperabilität siehe Kapitel 4 § 1 III. 2. b).

657 Siehe Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 16. Mai 2018, EU-Visumpolitik: Kommission modernisiert das Visa-Informationssystem zur besseren Sicherung der Außengrenzen der EU.

658 Siehe Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 16. Mai 2018, EU-Visumpolitik: Kommission modernisiert das Visa-Informationssystem zur besseren Sicherung der Außengrenzen der EU.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Fingerabdruck-Datenbank (Eurodac)

Eurodac[659] ist eine 2003 erschaffene Datenbank, welche Fingerabdrücke zu Identifizierungszwecken von Asylbewerber*innen und bestimmten anderen Gruppen von Drittstaatsangehörigen beinhaltet.[660] Sie soll primär der verbesserten Anwendung der Regelungen der DublinVO dienen, in der Hauptsache also bei der Bestimmung des für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständigen Mitgliedstaats.[661] Insofern wird die Anwendung der Eurodac-Datenbank grundsätzlich durch die Antragstellung der betroffenen Person angestoßen, da erst der Antrag auf internationalen Schutz die Klärung der Zuständigkeit für die Prüfung des Antrages unter den Mitgliedstaaten erforderlich macht. Die Frage der Prüfungszuständigkeit ist für die betroffenen Personen von eminenter Wichtigkeit und das Dublin-System weist zweifelsfrei erhebliche Probleme in der Konzeption und Durchführung auf.[662]

aa) Bisherige Bedeutung für die migrationsspezifischen Illegalisierungen

Gleichwohl ist die Bedeutung der Identifikationsmöglichkeit über Eurodac in dieser, lediglich der Zuständigkeitsbestimmung dienenden Funktion für den Illegalisierungskontext bislang weniger groß. Eine Eurodac-Überprüfung findet zwar nicht nur im Falle eines Antrages auf internationalen Schutz statt – auch bei Drittstaatsangehörigen, „die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten", kann eine Abfrage erfolgen, jedoch lediglich, um zu sehen, ob die betreffende Person bereits zu einem früheren Zeitpunkt einen Antrag auf internationalen Schutz in einem anderen Mitgliedstaat gestellt hat.[663] Außerdem müssen die Mitgliedstaaten von Personen, die „beim illegalen Überschreiten einer Außengrenze aufgegriffen werden",

659 Eurodac steht für: *European Dactyloscopy*. Die Daktyloskopie ist die Personenidentifizierung anhand von Fingerabdrücken. Der Begriff Daktyloskopie setzt sich aus „Finger" (δάκτυλος *dáktylos*) und „Ausschauen" oder auch „Spähen" (σκοπιά *skopiá*) zusammen und bedeutet soviel wie „Fingerschau".

660 Rechtsgrundlage bei Einführung war die EurodacVO (alte Fassung). Daher wird das aktuelle Eurodac teils auch als Eurodac II bezeichnet.

661 Siehe Art. 1 Abs. 1 EurodacVO.

662 Siehe nur allgemein *Maiani*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2017, S. 622-645 und im Detail *Hruschka/Maiani*, in: Hailbronner/Thym, Dublin III Regulation (EU) No 604/2013.

663 Siehe Art. 17 EurodacVO.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fingerabdrücke abnehmen und binnen 72 Stunden nach dem Aufgreifen an das Zentralsystem der Eurodac-Datenbank übermitteln.[664]

bb) Erweiterung von Eurodac

Der Anwendungsbereich von Eurodac soll erweitert werden und nicht mehr bloß der wirksamen Umsetzung der DublinVO dienen, sondern für einen umfassenden Einsatz im Bereich der Migrationskontrolle konzipiert werden. Im Mai 2016 legte die Kommission einen Vorschlag zur Erweiterung der Eurodac-Datenbank vor, welcher einerseits die Kompatibilität zu den geplanten Veränderungen in der DublinVO sicherstellen sollte, andererseits aber auch weitergehende substanzielle Änderungen vorsah, wie beispielsweise die Ergänzung der biometrischen Daten und Identifizierungsmöglichkeiten um die Gesichtserkennung und die Reduzierung des Mindestalters für die Abnahme von Fingerabdrücken von 14 Jahren auf 6 Jahre.[665] Außerdem soll der Anwendungsbereich erweitert werden, „um die Identifizierung von illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen sowie von Personen, die über die Außengrenzen irregulär in die EU eingereist sind, zu ermöglichen," um „es den Mitgliedstaaten [zu] erleichtern, Drittstaatsangehörigen zum Zwecke der Rückführung neue Ausweispapiere auszustellen" und somit eine „wirksamere EU-Rückführungspolitik […], vor allem im Hinblick auf irreguläre Migranten, die mit betrügerischen Mitteln versuchen, die Feststellung ihrer Identität oder die Ausstellung neuer Ausweispapiere zu verhindern", zu fördern.[666] Während in Eurodac bislang lediglich die Fingerabdrücke von Personen gespeichert werden, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, soll in Zukunft auch die Übermittlung und der Vergleich von Daten Drittstaatsangehöriger möglich sein, welche sich illegalisiert aufhalten und keinen Schutzantrag stellen.[667]

Eine solche Ausweitung des Anwendungsbereichs der Eurodac-Datenbank auf illegalisierte Migration, Sekundärmigration und Rückführun-

664 Siehe Art. 14 EurodacVO.

665 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016, S. 2, 4, 13 und 15 respektive die geplanten Art. 2, 10, 13, und 14.

666 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016, S. 3.

667 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016, S. 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen[668] wäre ein beachtlicher Intensivierungsfaktor hinsichtlich der Illegalisierung von Migrant*innen. Der überarbeitete Vorschlag für die Neufassung der EurodacVO im Rahmen des EU-Migrations- und Asylpakets sieht neben einem angepassten Interoperabilitätsbedarf auch den Vorschlag vor, anstelle von Anträgen nunmehr Antragsteller zu erfassen, insbesondere um im Zusammenhang mit Sekundärmigration feststellen zu können, wann eine wiederholte Antragstellung durch dieselbe Person erfolgte.[669]

d) Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR)

Eine weitere Neuerung im Bereich der informationstechnischen Systeme stellt die Verwendung von Fluggastdatensätzen dar, welche mit der am 14. April 2016 verabschiedeten FluggastdatenRL eingeführt wurde. Diese sieht eine Weiterleitungspflicht der Buchungsdaten von Fluggesellschaften an zentrale Erfassungsstellen in den Mitgliedstaaten vor.[670] Dabei ist zwischen PNR- (*Personal Name Record*) und API- (*Advance Passenger Information*) Daten zu unterscheiden. Während Erhebung und Verwertung der PNR-Daten in der FluggastdatenRL geregelt sind, finden sich die entsprechenden Regelungen zu den API-Daten in der BeförderungsdatenRL. Die API-Daten sollen der Identifizierung bekannter Straftäter*innen und Terrorist*innen dienen, die PNR-Daten hingegen zielen auf eine Risikoanalyse bisher unbekannter Personen.[671]

668 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016, Art. 1 Abs. 1 lit. b. des Entwurfs auf S. 39.

669 Siehe den vorgeschlagenen, neu gefassten ErwGr. 14 in Europäische Kommission, ein neues Migrations- und Asylpaket, COM(2020) 609 final vom 23. September 2020, S. 16.

670 Die Ausführungen zur FluggastdatenRL finden sich teilweise schon bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (144 ff.).

671 Siehe *Bąkowski/Voronova*, PE 554.215: The Proposed EU Passenger Name Records (PNR) Directive, S. 2. Bestätigt auch in Art. 6 Abs. 2 lit. a. und ErwGr. 7 FluggastdatenRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der FluggastdatenRL ist nunmehr auf die Übermittlung der Fluggastdatensätze durch Fluggesellschaften beschränkt.[672] Es steht den Mitgliedstaaten jedoch frei, den Anwendungsbereich nach nationalem Recht auch auf Reisebüros oder Reiseveranstalter zu erstrecken.[673] Die Richtlinie betrifft nur Flüge über die EU-Außengrenzen, sog. Drittstaatsflüge. Binnenflüge werden von der Richtlinie selbst nicht erfasst. Für die Mitgliedstaaten besteht jedoch die Möglichkeit, die Richtlinie auch auf Flüge innerhalb der EU anzuwenden.[674] Die EU-Innenminister hatten allerdings schon 2015 eine Teilnahme der Mitgliedstaaten auf freiwilliger Basis verabredet. Pro Passagier und Flugbuchung können bis zu ca. 60 Einzeldaten[675] anlasslos erhoben werden. Die Speicherfrist beträgt fünf Jahre;[676] die Daten werden aber bereits nach sechs Monaten depersonalisiert, wenngleich unter einem Offenlegungsvorbehalt im Falle der Erforderlichkeit für die Strafverfolgung.[677]

bb) Diskriminierungsverbot und Flüchtlingsschutz

Die Richtlinie schreibt eine diskriminierungsfreie Verarbeitung der Fluggastdaten vor. Die Überprüfungskriterien dürfen nicht auf der „rassischen" oder ethnischen Herkunft einer Person, ihrer politischen Meinungen, ihrer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, ihrer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, ihrem Gesundheitszustand, ihrem Sexualleben oder ihrer sexuellen Orientierung aufbauen.[678] Die Verarbeitung der PNR-Daten soll „unter keinen Umständen" von den Mitgliedstaaten als Mittel zur Umgehung ihrer Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention benutzt werden. Außerdem sollte sie nicht zur Verweigerung „sicherer und effektiver rechtmäßiger Wege" in das Unionsgebiet gegen-

672 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a FluggastdatenRL.
673 Siehe ErwGr. 33 FluggastdatenRL.
674 Siehe Art. 2 Abs. 1 FluggastdatenRL.
675 Vgl. Anhang 1 FluggastdatenRL.
676 Siehe Art. 12 Abs. 1 FluggastdatenRL.
677 Siehe Art. 12 Abs. 2 und 3 FluggastdatenRL.
678 Siehe Art. 6 Abs. 4 FluggastdatenRL. Zur Kritik an der Verwendung des „Rassen"-Begriffs siehe *Cremer*, „… und welcher Rasse gehören Sie an?".

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

über Asylbewerber*innen dienen.[679] Diese Schutzklausel für Asylbewerber*innen in der Präambel findet jedoch keinen Niederschlag im Normtext der Richtlinie. Nur die Freizügigkeit der Unionsbürger*innen wird in der Richtlinie selbst explizit vor Beeinträchtigungen geschützt.[680] Die Erwägungsgründe können jedoch alleine, also ohne Pendant im Gesetzestext, keine Rechtskraft entfalten, sondern lediglich die Anwendung und Auslegung der verbindlichen Regelungen beeinflussen.[681] Für Asylbewerber*innen beschränkt sich der verbindliche Normtext auf die bloße Nicht-Diskriminierung in Art. 6 Abs. 4. Der Schutz „nicht-illegalisierter" Zugangsmöglichkeiten zum Unionsgebiet[682] aus Erwägungsgrund 21 ist lediglich ein, wenngleich dringlicher, Appell an die Mitgliedstaaten.

cc) Zielsetzung der Richtlinie und Bezug zu illegalisierter Migration

Die Verarbeitung der Fluggastdaten soll ausschließlich der Bekämpfung terroristischer Straftaten und schwerer Kriminalität dienen.[683] Die Richtlinie definiert „schwere Kriminalität" anhand eines Kataloges strafbarer Handlungen. Diese müssen ferner im Mitgliedstaat mit einer Freiheitsstrafe bedroht sein, deren Höchstmaß mindestens drei Jahre beträgt. Zu den relevanten strafbaren Handlungen zählt auch die „Beihilfe zur illegalen Einreise und zum illegalen Aufenthalt".[684] Diese ist in Deutschland mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe strafbar.[685] Eine Verarbeitung der Fluggastdaten zur Bekämpfung illegalisierter Migration ist somit möglich. Der Fokus der Datenverarbeitung liegt dabei zunächst auf den unterstützenden Handlungen Dritter.[686] Entscheidend im Rahmen der Betrachtung der Migrationskontrollinstrumente ist allerdings, dass die Erhebung, Speicherung

679 Siehe ErwGr. 21 FluggastdatenRL. Die Frage, welche sicheren und effektiven Wege es sind, die Schutzsuchenden verbaut werden könnten, bleibt leider unbeantwortet.
680 Siehe Art. 6 Abs. 9 FluggastdatenRL.
681 Zur Rolle der Erwägungsgründe im Rahmen der Gesetzesauslegung siehe *Klimas/Vaiciukaite*, Journal of International & Comparative Law 2008, S. 61-93, und Kapitel 2 § 1 V. 3.
682 Siehe hierzu auch Kapitel 4 § 2 IV. 1. b).
683 Siehe Art. 6 Abs. 2 FluggastdatenRL.
684 Siehe Anhang II Nr. 11 FluggastdatenRL.
685 § 96 Abs. 1 AufenthG. In besonders schweren Fällen sind bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe möglich, § 96 Abs. 2 AufenthG.
686 Zur Illegalisierung von Nicht-Migrant*innen im Rahmen der Beihilfe siehe Kapitel 4 § 3 II. 1. a).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und Verarbeitung der PNR-Daten zumindest auch der Bekämpfung illegalisierter Migration dient.

dd) Evaluation

Neben der zunehmenden (Zwangs-)Involvierung von nichtstaatlichen Akteur*innen bei der Kontrolle und Informationsbeschaffung[687] stellt die Verwendung von Fluggastdaten somit einen weiteren Baustein in der umfassenden digitalen Erfassung von Migrationsbewegungen dar, welcher explizit dem Ziel der Verhinderung illegalisierter Migration dienen soll.

e) Europäisches Grenzüberwachungssystem (EUROSUR)

Das Europäische Grenzüberwachungssystem (EUROSUR)[688] vernetzt die Grenzschutzagentur der EU (Frontex) mit den Grenzbehörden der Mitgliedstaaten, deren nationale Koordinierungszentren Frontex über alle wichtigen Vorkommnisse an den Außengrenzen der Europäischen Union unterrichten. Die Rechtsgrundlage[689] wurde Ende 2019 in eine Neufassung der Verordnung über die Europäische Grenz- und Küstenwache (Frontex) eingearbeitet, „um im Rahmen eines umfassenden Migrationskonzepts für eine wirksame Kontrolle der EU-Außengrenzen zu sorgen und die effektive Rückkehr irregulärer Migranten deutlich auszuweiten."[690] EUROSUR soll „der Aufdeckung, Prävention und Bekämpfung von illegaler Einwanderung und grenzüberschreitender Kriminalität" dienen und nebenbei durch die verbesserte Reaktionsfähigkeit der Mitgliedstaaten auch „einen Beitrag zur Gewährleistung des Schutzes und der Rettung des Lebens von Migranten […] leisten".[691] Der Anwendungsbereich erstreckt sich auf die EU-Außengrenzen, umfasst jedoch sowohl die Land- als auch die Seeaußengrenzen. Die bis dato freiwillige Anwendung bei der Überwachung von Luftgrenzen und Kontrollen an Grenzübergangsstellen durch die Mitgliedstaaten,[692] ist in der Neufassung der FrontexVO ver-

687 Siehe Kapitel 4 § 3 II. 2.
688 EUROSUR steht für: *European Border Surveillance System*.
689 Siehe EurosurVO.
690 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2018) 631 final vom 12. September 2018, S. 1 ff. sowie nunmehr die Art. 18 ff. FrontexVO.
691 Siehe Art. 1 und ErwGr. 1 und 2 EurosurVO und Art. 18 FrontexVO.
692 Siehe Art. 2 Abs. 1 und 2 EurosurVO (alte Fassung).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bindlich geregelt worden.[693] Die vorgesehenen Maßnahmen erstrecken sich auf das Beobachten, Aufspüren, Identifizieren, Verfolgen und Verhindern unbefugter Grenzübertritte sowie auf Abfang- bzw. Aufgriffsmaßnahmen.[694]

Schon 2015 sollte das „Seepferdchen Mittelmeer" (*seahorse mediterranean)*-Netzwerk als Unter-Netzwerk von EUROSUR errichtet werden.[695] Neben den EU-Mitgliedstaaten mit Mittelmeeraußengrenze soll auch Libyen an dem Projekt „Seepferdchen Mittelmeer" teilnehmen, um einen besseren und zeitnahen Informationsaustausch zu begünstigen und die Aktivitäten der Küstenüberwachung zu koordinieren.[696] Der Anwendungsbereich der EurosurVO erstreckt sich bislang lediglich auf EU-Mitgliedstaaten. Durch die Einbindung Libyens in das „Seepferdchen Mittelmeer"-Netzwerk drohte diese Beschränkung schon vor der Erweiterung des Rechtsrahmens für die Zusammenarbeit mit Drittstaaten im Rahmen der Novellierung der EurosurVO umgangen zu werden,[697] sollte Libyen bereits Zugang zu den Informationen des Überwachungsnetzwerkes erhalten. Ferner hatte die Kommission bereits 2015 erklärt, auch Ägypten, Tunesien und Algerien in das Projekt „Seepferdchen Mittelmeer" aufnehmen zu wollen.[698] Ziel des Projekts soll es sein, die Kapazitäten zur Bekämpfung illegalisierter Migration in nordafrikanischen Staaten zu erhöhen, indem deren Grenzüberwachungssysteme gestärkt werden.[699]

---

693 Siehe Art. 19 Abs. 1 FrontexVO.

694 Siehe Art. 2 Abs. 1 EurosurVO und Art. 19 Abs. 1 FrontexVO.

695 Siehe Europäische Kommission, Mitteilung über die Arbeit der Mittelmeer-Task Force, COM(2013) 869 final vom 4. Dezember 2013, Punkt 1.7.

696 Siehe Europäische Kommission, Questions & Answers: Migration on the Central Mediterranean route, vom 25. Januar 2017.

697 Art. 75 FrontexVO sieht nunmehr explizit einen „Informationsaustausch mit Drittstaaten im Rahmen von EUROSUR" vor. Allgemein zur Zusammenarbeit mit Drittstaaten siehe Art. 71 ff. FrontexVO, welche nunmehr auch Eurosur integriert.

698 Siehe Antwort der Kommission vom 23. Oktober 2015 auf die parlamentarische Anfrage vom 3. Juli 2015, E-010826/2015(ASW).

699 So explizit die Antwort der Kommission vom 29. März 2018 auf die parlamentarische Anfrage vom 4. Dezember 2017, E-007458/2017(ASW).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

f) Persönliche Daten in der Frontex Risikoanalyse (PeDRA)

Im Rahmen der FrontexVO ist für die Überwachung der Migrationsströme ein „gemeinsames integriertes Risikoanalysemodell" vorgesehen,[700] welches unter anderem der ebenfalls vorgesehenen „Schwachstellenbeurteilung" dienen soll.[701] Seit 2016 werden von der Grenzschutzagentur der EU (Frontex) im Rahmen des PeDRA-Projekts (*Processing of Personal Data for Risk Analysis*) persönliche Daten von Personen gesammelt, welche im Verdacht stehen, an Menschenschmuggel, Terrorismus oder grenzüberschreitenden Straftaten beteiligt zu sein. Die erfassten Daten werden täglich an Europol übermittelt, um die Verfolgung in den Mitgliedstaaten zu unterstützen. In der 2018 veröffentlichten umfassenden Risikoanalyse von Frontex wird darauf hingewiesen, dass im Bereich der Asylantragstellungen zunehmend auf Daten des Europäischen Unterstützungsbüros für Asylfragen (EASO) zurückgegriffen wird.[702] PeDRA ist als gemeinsames Projekt von Frontex und dem European Migrant Smuggling Centre (EMSC) konzipiert. Das EMSC wurde 2016 als Unterorganisation von Europol gegründet, um kriminelle Netzwerke im Bereich des Menschenschmuggels aufzudecken.[703] Dieser zunehmende, automatisierte Datenaustausch zwischen Frontex und dem EMSC/Europol[704] ist ein weiterer Baustein in der informationstechnologischen Ausrichtung der Migrationssteuerungspolitik der EU.

g) Europäisches Strafregisterinformationssystem (ECRIS und ECRIS-TCN)

Das Europäische Strafregisterinformationssystem (ECRIS)[705] wird wie das SIS grundsätzlich dezentral von den Mitgliedstaaten geführt, ermöglicht

700 Siehe Art. 4 und 29 FrontexVO.
701 Siehe Art. 32 Abs. 8 FrontexVO
702 Siehe Frontex, Risk Analysis for 2018, S. 12.
703 Siehe Europol, Press release from 22 February 2016, abrufbar unter: https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol-launches-european-migrant-smuggling-centre (letzter Abruf am 3. Mai 2020).
704 Siehe Europol/EMSC, Two Years of EMSC – Activity Report (2017-2018), S. 5. Im Jahr zuvor waren es noch lediglich über 500 Interviews, siehe Europol/EMSC, EMSC First Year – Activity Report (2016-2017), S. 13.
705 ECRIS steht für: *European Criminal Records Information System*.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jedoch einen einheitlichen Zugang zu den nationalen Strafregistern.[706] Insofern ist der Illegalisierungskontext grundsätzlich nicht migrationsspezifisch, da es sich auf strafbare Handlungen im Strafregister allgemein bezieht.[707] Der migrationsspezifische Illegalisierungskontext tritt erst mit der Erweiterung des ECRIS durch das geplante[708] ECRIS-TCN[709] zutage, das es den Mitgliedstaaten ermöglichen soll, Informationen über Verurteilungen von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen abzufragen. Wenngleich das geplante ECRIS-TCN offiziell nicht als „Instrument zur Regulierung der Migration gedacht ist"[710] und lediglich die Lücke schließen soll, welche durch die Nicht-Erfassung von Drittstaatsangehörigen im ECRIS besteht, wurde nicht lediglich eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des ECRIS angestrebt, sondern ein eigenes System mit gesondertem Rechtsrahmen für Drittstaatsangehörige. Inwieweit das Sonderregime für Drittstaatsangehörige am Ende tatsächlich auch materielle Differenzierungen zum ECRIS aufweist, lässt sich erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens endgültig beurteilen. Geplant ist eine Einführung für das Jahr 2021. Dass das neue ECRIS-TCN jedoch bereits im Rahmen der Interoperabilitäts-Strategie berücksichtigt worden ist und als komplementärer Teil eines neuen einheitlichen europäischen Suchportals[711] geplant ist,[712] lässt vermuten, dass zur Erreichung des Ziels der Interoperabilität stärkere Eingriffe vorgesehen werden, als unbedingt nötig wäre.

706 Siehe Art. 3 Beschluss 2009/316/JI des Rates vom 6. April 2009 zur Einrichtung des Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS) gemäß Art. 11 des Rahmenbeschlusses 2009/315/JI (ECRIS-Beschluss).

707 Mit der Einschränkung, dass es Straftatbestände gibt, welche tatbestandlich ein Migrationsmerkmal voraussetzen, was an dieser Stelle jedoch vernachlässigt werden kann.

708 Siehe Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag, COM/2016/07 final vom 19. Januar 2016 und Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 344 final vom 29. Juni 2017.

709 Der Zusatz TCN steht für *Third Country Nationals*, also Drittstaatsangehörige.

710 Siehe Begründung in Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag, COM/2016/07 final vom 19. Januar 2016.

711 Siehe hierzu die Ausführungen im Zusammenhang mit der Interoperabilität in Kapitel 4 § 1 III. 2. b).

712 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 794 final vom 12. Dezember 2017, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

h) Europäisches Reiseinformations- und -genehmigungssystem (ETIAS)

Am 5. September 2018 wurde die ETIAS-VO zur Einrichtung eines Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems angenommen.[713] Das vollständig elektronische ETIAS ist an das US-amerikanische System (ESTA)[714] angelehnt und sieht eine Vorabprüfung von Drittstaatsangehörigen, die von der Visumspflicht befreit sind und in den Schengen-Raum einreisen wollen, vor. Diese müssen vor Reiseantritt online eine Reisegenehmigung beantragen und eine geringe Reisegenehmigungsgebühr zahlen. Die Prüfung der Reisegenehmigung wird den Beförderungsunternehmen überantwortet, wobei diese lediglich zu prüfen haben, ob eine solche vorliegt.[715] Damit soll die Informationslücke geschlossen werden, welche bislang beim Überschreiten der EU-Außengrenzen von Reisenden ohne Visumspflicht bestand.[716] ETIAS ist dabei als Komplementärsystem zum SIS konzipiert und soll im Rahmen der Antragsüberprüfung die Daten mit den Ausschreibungen im SIS abgleichen.[717] Ziel der Vorabprüfung ist eine Analyse in Bezug auf ein etwaiges Sicherheitsrisiko, dem Risiko einer illegalen Einwanderung oder eines Epidemierisikos.[718]

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit sich das Erfordernis einer Reisegenehmigung vom Erfordernis eines Visums unterscheidet, und ob durch eine entsprechende Vorprüfung nicht die Visumsfreiheit unterminiert wird. In den offiziellen Quellen der EU wird hinsichtlich der Unterscheidung von Schengen-Visa und ETIAS-Reisegenehmigung teils lediglich darauf hingewiesen, dass die Schengen-Visa manuell im Reisepass eingetragen werden und grundsätzlich nur für das Land gelten, welches das Visum genehmigt hat, während die ETIAS-Reisegenehmigung elektronisch erfolgt und für den gesamten Schengen-Raum gilt.[719] An anderer Stelle wird mit dem Hinweis, dass für die Reisegenehmigung keine Botschaft aufgesucht werden muss und weniger Daten gesammelt werden als bei einer Visumsantragstellung, versichert, dass es sich nicht um ver-

713 ETIAS steht für *European Travel Information and Authorisation System*. Der Verordnungstext umfasst über 200 Seiten.
714 ESTA steht für *Electronic System for Travel Authorization*.
715 Siehe Art. 45 Abs. 1 ETIAS-VO.
716 Siehe ErwGr. 2 der ETIAS-VO.
717 Siehe ErwGr. 12 der ETIAS-VO.
718 Siehe Art. 1 Abs. 1, Art. 4, sowie ErwGr. 2, 9, 10, 22 und 27 der ETIAS-VO.
719 Siehe https://etias.com/about-etias/differences-between-etias-and-schengen-visas (abgerufen am 20. Februar 2019).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gleichbare Erfordernisse handle.[720] Insbesondere auch die signifikant längere Geltungsdauer der Reisegenehmigungen von drei Jahren und die wesentlich geringeren Bearbeitungszeiten aufgrund des automatisierten Vorgangs sprechen dafür, dass der Aufwand für die Betroffenen tatsächlich erheblich geringer ist.

Während der Aufwand für die betroffenen Personen bei der Reisegenehmigung geringer ausfällt, ergeben sich mit dem automatisierten Verfahren gleichwohl neue Probleme.

Die Verordnung sieht vor, dass „Kriterien für die Festlegung der spezifischen Risikoindikatoren […] unter keinen Umständen auf Informationen beruhen [dürfen], die die Hautfarbe, die Rasse, die ethnische oder soziale Herkunft, die genetischen Merkmale, die Sprache, die politische oder sonstige Anschauung, die Religion oder die Weltanschauung, die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen, die Geburt, eine Behinderung oder die sexuelle Orientierung einer Person offenlegen."[721] Außerdem sollen die Risikoindikatoren gegebenenfalls durch einen Überprüfungsausschuss ex-post beurteilt, überarbeitet und gelöscht werden.[722] In der Stellungnahme der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte zum Verordnungsentwurf kommen jedoch deutliche Bedenken hinsichtlich der Gefahr diskriminierender Profilbildungen (*discriminatory profiling*) sowie der automatischen Datenverarbeitung und der Interoperabilität zum Ausdruck,[723] welchen in der verabschiedeten Verordnung nicht abgeholfen wurde. So ist beispielsweise weiterhin ein umfassender Abgleich auch mit den Daten im VIS und Eurodac vorgesehen und die Speicherfrist wurde bei fünf Jahren belassen.[724]

Neben diesen konkreten Problemen bei der Umsetzung sind bei einer abstrakteren Betrachtung der Einführung des ETIAS im Hinblick auf den Zusammenhang von Migrationskontrollinstrumenten und illegalisierter Migration zwei Punkte besonders hervorzuheben: Einerseits die umfassen-

720 Siehe European Commission – Fact Sheet vom 5. Juli 2018, Security Union: A European Travel Information and Authorisation System – Questions & Answers, Punkt 1 abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-4362_en.htm (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

721 Siehe Art. 14 und ErwGr. 27 ETIAS-VO.

722 Siehe Art. 33 Abs. 6 ETIAS-VO.

723 Siehe *European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion 2/2017: The Impact on Fundamental Rights of the Proposed Regulation on the European Travel Information and Authorisation System (ETIAS), Punkt 2.3 und 3.2.

724 Siehe Art. 20 Abs. 2 und Art. 54 Abs. 1 lit. b ETIAS-VO.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

de Prüfung von Drittstaatsangehörigen vor Einreise in den Schengen-Raum und andererseits die Zielbestimmung der Verhinderung illegalisierter Einwanderung.

Mit Einführung des ETIAS werden sämtliche Drittstaatsangehörige bereits vor der Einreise einer Prüfung unterzogen und die beschriebene Grundprogrammierung eines präventiven Verbots für Drittstaatsangehörige auch verfahrenstechnisch umfassend implementiert. Wenngleich sich die konkreten Erfordernisse bei der Reisegenehmigung und dem Antrag auf ein Schengen-Visum unterscheiden, ist stets eine Vorabprüfung vorgesehen, welche nicht nur in Ausnahmefällen durchgeführt wird, sondern bei jeder Einreise zwingend zu erfolgen hat und dokumentiert wird. Diese umfassende Prüfung und Dokumentation unterstreicht nochmals die grundsätzliche Unterscheidung von EU-Bürger*innen (welche weiterhin keiner Vorprüfung unterzogen werden) und Drittstaatsangehörigen, wobei Drittstaatsangehörigen durch das Überprüfungserfordernis ein Risikoattribut zugeschrieben wird. Ferner bleibt abzuwarten, wie zuverlässig und reibungslos die automatische Überprüfung funktionieren wird.[725] Im Falle einer (automatischen) Ablehnung der Reisegenehmigung ist eine manuelle Überprüfung und individuelle Bewertung des Risikos vorgesehen.[726] Außerdem ist bei einer Verweigerung der Grund anzugeben, jedoch nur aus der in Art. 37 Abs. 1 und 2 aufgeführten Auflistung von Gründen.[727] Eine weitergehende Begründungspflicht ist nicht vorgesehen. Ferner müssen bei Verweigerung, Annullierung und Aufhebung der Reisegenehmigung Rechtsmittel zur Verfügung gestellt werden.[728]

Der zweite Punkt betrifft die Zweck- und Zielbestimmungen des ETIAS. Die in Art. 4 ETIAS-VO genannten Ziele umfassen neben dem allgemeinen Schutz vor Sicherheits- und Gesundheitsrisiken (lit. a und b) und der Verhütung, Aufdeckung und Untersuchung terroristischer oder sonstiger schwerer Straftaten (lit. f) unter anderem auch die „Verhinderung illegaler Einwanderung“ (lit. b)[729] und die „Unterstützung bei der Verwirklichung der Ziele des SIS“ (lit. e). Der breit gefächerte Zielkatalog lässt aufgrund der Tatsache, dass dieselben Maßnahmen zur Zielerreichung eingesetzt werden, auf eine gewisse Gleichgewichtung von Kriminalprävention und

725 Die Anwendung des Systems ist ab 2021 geplant.
726 Siehe Art. 26 ETIAS-VO.
727 Siehe Art. 38 Abs. 2 lit. b. ETIAS-VO.
728 Siehe Art. 37 Abs. 3, Art. 40 Abs. 3 und Art. 41 Abs. 7 ETIAS-VO.
729 Maßstab für die illegale Einwanderung sind nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 7 ETIAS-VO die Voraussetzungen für die Einreise und den Aufenthalt gemäß Art. 6 des Schengener-Grenzkodex.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Migrationskontrolle schließen und illustriert somit auch die Vermischung bis hin zur Vereinheitlichung migrations- und kriminalpolitischer Regelungen.

i) Smart Borders (EES und RTP)

Die 2013 gestartete Initiative für „intelligente Grenzen" (*smart borders*)[730] zielt auf eine Ergänzung der bestehenden informationstechnischen Systeme und soll aus einem Einreise-/Ausreisesystem (EES) und einem Registrierungsprogramm für Vielreisende (RTP) bestehen, welche Lücken in den bestehenden informationstechnischen Systemen schließen sollen.[731]

Das Einreise-/Ausreisesystem (EES)[732] soll im Wesentlichen das Stempeln der Reisepässe durch ein elektronischen Verfahren ersetzen, welches die Einreise und Ausreise von Drittstaatsangehörigen in den Schengen-Raum dokumentiert. Es findet insofern keine Prüfung wie im Rahmen des ETIAS statt, sondern nur eine Registrierung, wobei im Rahmen des EES auch biometrische Daten wie Gesichtsbilder und Fingerabdrücke gespeichert werden.[733] Die Hauptgründe für die Errichtung eines Einreise-/Ausreisesystem bestehen unter anderem darin „*overstayer*" systematisch zu identifizieren und die betroffenen Personen effizienter aufzugreifen, sowie illegalisierte Migrant*innen anhand gespeicherter biometrischer Informationen zu identifizieren.[734] Das Registrierungsprogramm für Vielreisende (RTP) zielte auf eine „Erleichterung des Grenzübertritts an den Außengrenzen der EU für Drittstaatsangehörige bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Sicherheit auf heutigem Niveau," wobei es im Detail um die „Förderung der Registrierung bestimmter Kategorien von vielreisenden, sicherheitsgeprüften Drittstaatsangehörigen" ging und operativ die „Verkürzung der Wartezeiten von Vielreisenden" angestrebt wurde, wobei die frei-

730 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, KOM(2008) 69 endg. vom 13. Februar 2008.

731 Siehe Europäische Kommission, Solidere und intelligentere Informationssysteme für das Grenzmanagement und mehr Sicherheit, COM(2016) 205 final vom 6. April 2016, Punkt 4 und 5.

732 EES steht für *Entry-Exit System*.

733 Siehe Art. 15, 16 Abs. 1 lit. d und 17 Abs. 1 lit. b und c EES-VO.

734 Siehe den entsprechenden Verordnungsvorschlag der Europäische Kommission, COM(2016) 194 final vom 6. April 2016, S. 3, Punkt 1.2.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werdenden Kapazitäten eine „gezielteren Kontrolle von Reisenden mit höherem Risikoprofil" ermöglichen sollten.[735]

Im Jahr 2016 hat die Kommission den Gesetzesentwurf für das Registrierungsprogramm für Vielreisende zurückgenommen[736] und einen neuen Entwurf zu den *smart borders* eingebracht, welcher am 30. November 2017 angenommen wurde.[737] Hintergrund für die Änderungen waren Schwierigkeiten bei der technischen Umsetzung.[738] Die wesentlichen Regelungen sind jedoch gleich geblieben, insbesondere wurde die Privilegierung von *bona fide*-Reisenden beibehalten.

Die Kritik an intelligenten Grenzen reicht von Kostenfragen über Zweifel an der Nützlichkeit im Bereich der Gefahrenabwehr bis hin zu Gefahren der Diskriminierung, des Datenschutzes und der „Erosion rechtsstaatlicher Verantwortlichkeit".[739] Für das Verständnis der Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierungen sind hingegen hauptsächlich relevant: 1. die immer umfangreichere Erfassung von individuellen Migrationsbewegungen und 2. die zunehmende Automatisierung bei der Erfassung und Auswertung.

Im Konzept der *smart borders* lassen sich die verschiedenen entwicklungsleitenden Perspektiven im europäischen Migrationsrecht deutlich herauslesen.[740] Das möglichst lückenlose Erfassen von Migrationsbewegungen ist zunächst Ausdruck der neutralen Organisationsperspektive. Im Zusammenhang mit den Privilegierungen für Vielreisende und der systematischen Suche nach und Identifizierung von illegalisierten Migrant*innen kommt hingegen eine deutliche Einteilung nach Gesichtspunkten der Nützlichkeit zum Ausdruck.

---

735 Siehe *Ballon*, PE 514.063: Erste Bewertung einer Folgenabschätzung der Europäischen Kommission – Paket „Intelligente Grenzen": Vorschlag der Kommission zu einem Registrierungsprogramm für Reisende, S. 3.

736 Siehe Abl. EU 2016 C 422/2.

737 Siehe EES-VO.

738 Die Registrierung mit zehn Fingern dauerte zu lang und war zu fehleranfällig, so dass nunmehr eine Registrierung mit nur vier Fingern vorgesehen ist. Die umfassende Machbarkeitsstudie von PWC ist abrufbar unter: www.statewatch.org/news/2014/oct/eu-smart-borders-report.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

739 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 8 f. m.w.N.

740 Zu den im Rahmen der Arbeit entwickelten Perspektiven als struktur- und stringenzverleihende Charakteristika der Untersuchung siehe Kapitel 2 § 4 II. 2

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Eu-LISA, Interoperabilität und Datenschutz

Eine zunehmend bedeutende Rolle im Bereich der informationstechnischen Systeme und Datenbanken kommt eu-LISA als deren „Managerin" oder „Hüterin" zu. Diese institutionelle Zentralisierung stellt in Verbindung mit der zunehmenden Verknüpfung verschiedener Systeme im Rahmen der Interoperabilitätsoffensive eine gleichermaßen bedeutsame wie problematische Entwicklung dar.

a) Die Europäische Agentur für IT-Großsysteme (eu-LISA) als zentraler Knotenpunkt

Im September 2011 beschloss die EU die Gründung einer Agentur für IT-Großsysteme (eu-LISA),[741] welche im Dezember 2012 ihre Arbeit aufnahm.[742] Das Hauptquartier der eu-LISA ist in Tallinn (Estland), das Zentrum für die Operationen hingegen in Straßburg (Frankreich).

Die vielleicht „obskurste Behörde der EU"[743] hat allgemein die Verwaltung der informationstechnischen Großsysteme zur Aufgabe, wobei ihre Verantwortung zunächst im Betriebsmanagement des SIS II, des VIS und von Eurodac liegt, was jedoch auch auf andere Großsysteme erweitert werden kann, sofern diese ebenfalls auf die Regelungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im AEUV[744] gestützt sind.[745] Die Kommission legte im November 2016[746] und im Juni 2017[747] Entwürfe für die Erweiterung des Verantwortungsbereichs von eu-LISA vor, wobei sich ersterer auf das bereits beschriebene Reiseinformations- und -genehmigungssystem (ETIAS) bezieht, während der Entwurf vom Juni 2017 eine Überarbeitung der Gründungsverordnung der Agentur vorsieht, „um […] die Arbeitsweise der Agentur zu verbessern und ihre Rolle bei der Bewältigung aktueller europaweiter Herausforderungen im Raum der Freiheit, der Si-

741 Eu-LISA steht für: *European Union Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice*.
742 Siehe eu-LISA-VO (alte Fassung).
743 Siehe *Brühl*, Süddeutsche Zeitung vom 21. November 2018.
744 Siehe Art. 67 bis 89 AEUV.
745 Siehe Art. 1 Abs. 2 und 3 eu-LISA-VO (alte Fassung).
746 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 731 final vom 16. November 2016.
747 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 352 final vom 29. Juni 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cherheit und des Rechts auszubauen und zu stärken".[748] Daher soll der Agentur einerseits die Verwaltung neuer Systeme übertragen werden (neben ETIAS sind nun auch EES und ECRIS-TCN aufgenommen worden) und andererseits soll sie für die Entwicklung von Interoperabilitätsmaßnahmen zuständig sein.[749]

Am 14. November 2018 wurde dann das Mandat der Agentur in einer Neufassung der eu-LISA-VO verbindlich erneuert und erweitert. Neben dem Betriebsmanagement von SIS II, VIS und Eurodac ist die Konzeption und Entwicklung des Betriebsmanagements des Einreise-/Ausreisesystems (EES), von DubliNet und des Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) explizit vorgesehen, während weiterhin die Möglichkeit besteht, der Agentur die Zuständigkeit für weitere Großsysteme zu übertragen.[750] Damit wird die Rolle von eu-LISA als zentraler Knotenpunkt in der Datenverarbeitung in Zukunft noch weiter wachsen. Die damit einhergehende Zentralisierungstendenz beschränkt sich jedoch nicht auf die institutionelle Ebene, auch funktional werden entsprechende Tendenzen anhand der Interoperabilitätsbestrebungen deutlich, wie im Folgenden dargestellt wird.

b) Interoperabilität

Unter Interoperabilität versteht man die Fähigkeit von Informationssystemen, Daten auszutauschen und die gemeinsame Nutzung von Informationen zu ermöglichen.[751] Die beschriebenen informationstechnischen Systeme und Datenbanken auf EU-Ebene im Bereich des Migrationsrechts wurden jeweils für einen bestimmten Zweck entwickelt. Ziel eines verbesserten Austauschs der Informationen aus den unterschiedlichen Datenbanken ist es, „effizientere Kontrollen an den Außengrenzen [zu] ermöglichen und dazu bei[zu]tragen, die irreguläre Migration zu verhindern und zu be-

748 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 352 final vom 29. Juni 2017, S. 2.

749 Siehe den Entwurf zu Art. 1 der vorgeschlagenen Verordnung, COM(2017) 352 final vom 29. Juni 2017.

750 Siehe Art. 1 Abs. 2 bis 5 sowie ErwGr. 18 eu-LISA-VO, welcher das ECRIS-TCN als mögliches Beispiel aufführt.

751 Siehe Europäische Kommission, Solidere und intelligentere Informationssysteme für das Grenzmanagement und mehr Sicherheit, COM(2016) 205 final vom 6. April 2016, Punkt 7.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kämpfen."[752] Als Legitimation für die Ausweitung des Datenaustauschs werden meist Argumente der Terrorismusbekämpfung und Sicherheit angeführt.[753]

2017 hatte die Kommission zwei ausgearbeitete Verordnungsvorschläge zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration[754] sowie Grenzen und Visa[755] vorgelegt, wobei ersterer 2018 nochmals überarbeitet wurde.[756] Anfang 2019 wurde eine vorläufige Einigung zwischen Ratsvorsitz und Parlament für eine Neuregelung der Interoperabilität der EU-Informationssysteme im Bereich Justiz und Inneres erreicht[757] und im Mai 2019 wurden die beiden Verordnungen angenommen.[758]

Die Interoperabilitätskomponenten für die von den beiden Verordnungen erfassten Systeme[759] umfassen (1.) ein Europäisches Suchportal, (2.) einen gemeinsamen Dienst für den Abgleich biometrischer Daten, (3.) einen gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten und (4.) einen Detektor für Mehrfachidentitäten.[760] Das neu geschaffene „Europäische Suchportal"[761], welches es der Polizei und dem Grenzschutz ermöglichen soll, Identifikationspapiere simultan anhand sämtlicher Informationssysteme der EU mit einer einzelnen Anfrage überprüfen zu lassen, wurde an anderer Stelle markant als „eine Art Super-Google für den Sicherheitsapparat" bezeichnet.[762]

---

752 Siehe Pressemitteilung 67/19 des Rates vom 5. Februar 2019, Interoperabilität der EU-Informationssysteme: vorläufige Einigung zwischen Ratsvorsitz und Europäischem Parlament.

753 Siehe *Mitsilegas*, in: *Lindahl* (Hrsg.), A Right to Inclusion and Exclusion?, S. 33-64 (54).

754 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 794 final vom 13. Dezember 2017.

755 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 793 vom 13. Dezember 2017.

756 Siehe Europäische Kommission, Geänderter Verordnungsvorschlag, COM(2018) 480 final vom 13. Juni 2018.

757 Siehe Pressemitteilung 67/19 des Rates vom 5. Februar 2019, Interoperabilität der EU-Informationssysteme: vorläufige Einigung zwischen Ratsvorsitz und Europäischem Parlament.

758 Siehe InteroperabilitätsVO I und InteroperabilitätsVO II.

759 EES, VIS, ETIAS, Eurodac, SIS und ECRIS-TCN, siehe Art. 1 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.

760 Siehe Art. 1 Abs. 2 InteroperabilitätsVO I und II.

761 *European Search Portal* (ESP), siehe Art. 6 bis 11 InteroperabilitätsVO I und II.

762 Siehe *Brühl*, Süddeutsche Zeitung vom 21. November 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Suchportal soll dabei nicht nur die eingangs erwähnten Informationssysteme umfassen, sondern im Falle einer Überprüfung auch auf Daten von Europol und Interpol zugreifen.[763] Als Schnittstelle wird ein „universelles Nachrichtenformat" (UMF) eingeführt, welches ein „gemeinsames Vokabular und logische Strukturen für üblicherweise ausgetauschte Informationen" vorgeben soll, „damit ausgetauschte Inhalte einheitlich und semantisch gleichwertig erstellt und gelesen werden können".[764] Der gemeinsame Dienst für den Abgleich biometrischer Daten[765] soll die Aufgabe haben, biometrische Merkmalsdaten zu speichern und die systemübergreifende Abfrage mehrerer Informationssysteme der EU anhand biometrischer Daten zu ermöglichen.[766] Der gemeinsame Speicher für Identitätsdaten[767] dient dazu, die korrekte Identifizierung von erfassten Personen zu erleichtern, indem eine individuelle Datei angelegt wird.[768] Der Detektor für Mehrfachidentitäten schließlich soll den gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten, das SIS und das Europäische Suchportal miteinander verbinden, um Identitätsprüfungen zu vereinfachen und dabei zu helfen, Identitätsbetrug zu bekämpfen[769].

c) Der Prümer Vertrag und Beschluss

Der 2005 von einigen Mitgliedstaaten geschlossene Prümer Vertrag[770] ist ein zwischenstaatlicher „Vertrag über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, zur Bekämpfung des Terrorismus, der Kriminalität und der illegalen Migration", welcher das Ziel eines vertieften Informationsaustauschs zwischen den Staaten verfolgt. Der Vertrag regelt neben dem Informationsaustausch über terroristische „Gefährder" und „Hooli-

763 Siehe Art. 6 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.
764 Siehe Art. 38 und ErwGr. 50 InteroperabilitätsVO I und II
765 *Shared Biometric Matching* (SBM), siehe Art. 12 bis 16 InteroperabilitätsVO I und II.
766 Siehe Art. 12 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.
767 *Common Identity Repository* (CIR), siehe Art. 17 bis 24 InteroperabilitätsVO I und II.
768 Siehe Art. 17 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.
769 *Multiple-Identity Detector* (MID), siehe Art. 25 bis 36 InteroperabilitätsVO I und II.
770 Vertragsstaaten waren zunächst Belgien, Deutschland, Spanien, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande und Österreich. Später sind Finnland, Slowenien, Ungarn, Norwegen, Bulgarien, Rumänien und Island dem Abkommen ebenfalls beigetreten.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gans“ hauptsächlich den automatisierten Austausch von DNA-Daten, Fingerabdruckdaten und Daten aus Kraftfahrzeugregistern sowie den dafür notwendigen Datenschutz.[771] In Kapitel 4 des Prümer Vertrags sind Maßnahmen zur Bekämpfung der illegalen Migration festgelegt, welche die Schaffung eines Netzes von Verbindungsbeamt*innen, die Benennung nationaler Kontakt- und Koordinierungsstellen und eine gegenseitige Unterstützung bei Rückführungen umfassen.[772]Am 26. August 2008 wurden die wesentlichen Inhalte des Prümer Vertrags durch einen EU-Ratsbeschluss in den Rechtsrahmen der Europäischen Union überführt.[773] Da im Ratsbeschluss ein dezentralisiertes System für den Austausch biometrischer Daten vorgesehen war, wird die Übereinstimmung des geplanten gemeinsamen Dienstes, welcher eine systemübergreifende Abfrage anhand biometrischer Daten ermöglichen soll,[774] bisweilen in Frage gestellt.[775]

d) Datenschutz auf Unionsebene

Neben der Frage der Kompatibilität mit den völkerrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Informationsaustausches in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit im Prümer Vertrag und Beschluss stehen die zunehmenden Interoperabilitätsbestrebungen auch in einem Spannungsfeld mit den datenschutzrechtlichen Regelungen auf Unionsebene.

So kompliziert die datenschutzrechtlichen Details im Einzelfall sein mögen, die grundlegenden Regelungen zum Datenschutz auf Unionsebene lassen sich überschaubar zusammenfassen. Nach Art. 16 AEUV besteht ein Recht auf Schutz personenbezogener Daten und gem. Art. 8 Abs. 2 GRC dürfen Daten „*nur* nach Treu und Glauben *für festgelegte Zwecke* und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich ge-

771 Außerdem sind dort verschiedene Formen der operativen polizeilichen Zusammenarbeit, wie gemeinsame Streifen und polizeiliche Hilfeleistung bei Unglücksfällen und Großereignissen geregelt

772 Siehe Art. 20 bis 23 Prümer Vertrag.

773 Beschluss 2008/615/JI des Rates vom 23. Juni 2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität.

774 Siehe Art. 12 Abs. 1 InteroperabilitätsVO I und II.

775 Siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

regelten legitimen Grundlage verarbeitet werden."[776] Diese Zweckbindung ist der zentrale Pfeiler im Datenschutzrecht. Daneben wurden folgende Grundsätze des Datenschutzes entwickelt, die sich bereits in Art. 6 Abs. 1 der DatenschutzRL aus dem Jahr 1995 finden und nunmehr in Art. 5 Abs. 1 der 2016 erlassenen Datenschutz-GrundVO zu finden sind, welche die frühere Richtlinie ersetzt: 1. Rechtmäßigkeit sowie Verarbeitung nach Treu und Glauben und Transparenz (lit. a), 2. Zweckbindung (lit. b), 3. Datenminimierung (lit. c), 4. Richtigkeit der Daten (lit. d), 5. Begrenzung der Speicherdauer (lit. e), 6. Integrität und Vertraulichkeit (lit. f).

Im Hinblick auf die informationstechnischen Systeme und Datenbanken im Kontext migrationsspezifischer Illegalisierungen stellen sich zuvorderst Fragen in Bezug auf die Zweckbindung und das Gebot der Datenminimierung. Personenbezogene Daten müssen danach einerseits „für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden" (Zweckbindung), andererseits müssen die Daten „dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein" (Datenminimierung),[777] womit eine ziellose Datensammlung unterbunden werden soll.[778] Daneben spielen aber auch die Maximen der Datenrichtigkeit und der Speicherdauerbegrenzung eine Rolle.

Zunächst droht die Interoperabilität mit dem Gebot der Zweckbindung zu konfligieren, wenn Daten aus den verschiedenen Systemen, die auf unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen mit abweichenden Zwecken erhoben wurden, im Rahmen der Interoperabilitätsmechanismen zusammengeführt werden. Insofern kann die Verknüpfung der Daten im Rahmen der Interoperabilität als eine (inzidente) Reform der Zweckbindungen angesehen werden. Dabei kommen nicht lediglich die vorhandenen Zwecke der einzelnen Systeme zusammen, es kommen auch neue Zwecke hinzu, wenn die verknüpften Datenbanken zur Bekämpfung von Identitätsbetrug genutzt werden sollen. Dies stellt einen neuen Zweck der Datenverarbeitung dar und birgt daher das Risiko einer „Zweckentfremdung" der zu einem anderen Zweck erhobenen Daten.[779]

---

776 Hervorhebung durch den Verfasser.

777 Siehe Art. 5 Abs. 1 lit. b und c Datenschutz-GrundVO.

778 Siehe *Brouwer*, in: *Besselink/Pennings/Prechal* (Hrsg.), The Eclipse of the Legality Principle in the European Union, S. 273-294 (277 ff.).

779 Siehe *Europäische Datenschutzbeauftragte*, Reflexionspapier zur Interoperabilität von Informationssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf das datenschutzrechtliche Gebot der Datenminimierung haben die Interoperabilitätsbestrebungen zunächst keine direkten Auswirkungen, da damit keine neuen Datenerhebungsbefugnisse einhergehen. Die Verknüpfung der verschiedenen Datenbanken führt jedoch teilweise dazu, dass sich einzelne Datensätze gewissermaßen „vergrößern", wenn (im gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten) alphanumerische Daten und (im Dienst für den Abgleich biometrischer Daten) biometrische Daten zusammengeführt werden.

Im Hinblick auf das Gebot der Begrenzung der Speicherdauer ist die geplante Regelung zur Datenspeicherungsdauer im gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten in den neuen InteroperabilitätsVOen problematisch. Dort ist eine Speicherung individueller Daten vorgesehen, „so lange […] wie die entsprechenden Daten in mindestens einem der Informationssysteme gespeichert werden, aus dem die Daten stammen", was mit Blick auf die divergierenden Speicherungszeiten in den verschiedenen zugrundeliegenden Systemen[780] zu einer erheblichen Verlängerung der Speicherdauer führen kann.[781] Der finale Gesetzestext wurde zwar noch geändert, jedoch ohne dass damit materielle Änderungen einhergegangen wären.[782] Ferner erhöht die Zentralisierung der verschiedenen Systeme die Gefahr unbefugter Zugriffe, da nunmehr lediglich ein Zugangspunkt angegriffen werden muss, um Zugriff auf mehrere Datenbanken zu erhalten, so dass mit der Interoperabilität auch ein erhöhtes Datensicherheitsrisiko einhergeht.[783]

Schließlich bringen informationstechnische Großsysteme aufgrund der Masse der verarbeiteten Daten immer auch die Gefahr von fehlerhaften

780 Im VIS sind fünf Jahre vorgesehen, in Eurodac zehn Jahre und im SIS II drei Jahre mit einer Verlängerungsmöglichkeit, siehe Art. 23 Abs. 1 VIS-VO, Art. 12 Abs. 1 EurodacVO und Art. 15 Abs. 4 und 5 SIS-II-VO.

781 Siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794, S. 5.

782 Anstelle des Bezugs auf eines der IT-Systeme, „aus dem die Daten stammen", heißt es in Art. 23 Abs. 2 InteroperabilitätsVOen nunmehr „von dem Daten im CIR enthalten sind". Da die Formulierung in der englischen Sprachfassung im Entwurf und im verabschiedeten Gesetzestext diesbezüglich identisch ist („*data is/are contained in the CIR*"), sind damit wohl keine inhaltlichen Änderungen intendiert worden.

783 Siehe *Europäische Datenschutzbeauftragte*, Reflexionspapier zur Interoperabilität von Informationssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daten mit sich.[784] Zwar kann der Datenabgleich im Rahmen der Interoperabilität in einem gewissen Umfang auch bei der Behebung von Fehlern hilfreich sein. Da dies jedoch nur für den Abgleich von Daten aus verschiedenen Systemen gilt, bleibt das grundsätzliche Problem im Zusammenhang mit fehlerhaft erhobenen Daten aber bestehen. Bei zunehmender Interoperabilität kann sich das Problem fehlerhafter Datensätze sogar noch verschärfen: nämlich dann, wenn aufgrund des Konzepts des gegenseitigen Vertrauens keine gewissenhafte Überprüfung des Einzelfalls (mehr) erfolgt, sondern lediglich auf die von einem anderen Mitgliedstaat erhobenen Daten aus einem der verknüpften Systeme zurückgegriffen wird.[785]

Ferner macht die Komplexität der Datensysteme es den betroffenen Personen schwer nachvollziehen, wo welche Daten über sie gespeichert sind.[786] Sofern die Urheberschaft von Daten den betroffenen Personen nicht bekannt ist oder Staaten sich ohne die Möglichkeit einer Überprüfung auf Daten anderer Staaten berufen, wird es trotz des in den InteroperabilitätsVOen vorgesehenen Schutzes und der Anwendbarkeit der Datenschutz-Standards oftmals schwer sein, sich gegen fehlerhafte Daten effektiv zur Wehr zu setzen.[787] Damit droht auch ein Konflikt mit dem Recht auf einen effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GRC,[788] wenngleich in der gesetzlichen Ausgestaltung explizit Informations- und Berichtigungsrechte vorgesehen sind und ein Web-Portal zur Erleichterung der Ausübung dieser Rechte eingerichtet werden soll.[789]

---

784 Und dies in nicht unerheblichem Maße, siehe *European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion 1/2018: Interoperability and Fundamental Rights Implications, S. 49 m.w.N.

785 Siehe *Brouwer*, Interoperability of Databases and Interstate Trust: A Perilous Combination for Fundamental Rights.

786 Siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794.

787 Siehe *Brouwer*, Interoperability of Databases and Interstate Trust: a Perilous Combination for Fundamental Rights und *European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion 1/2018: Interoperability and Fundamental Rights Implications, S. 50 ff.

788 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 30, gestützt auf die inklusive Auslegung der Verfahrensrechte in EuGH, *El Hassani* (C-403/16), EU:C:2017:960, Rn. 42, wonach bei Ablehnung von Visumsanträgen ein gerichtlicher Rechtsbehelf erforderlich ist und eine Überprüfung allein durch die Verwaltung folglich nicht ausreicht.

789 Siehe Art. 47 f. InteroperabilitätsVO I und II.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Evaluation der Entwicklung im Bereich der IT-Systeme

Die beständige Fortentwicklung der bestehenden informationstechnischen Systeme und Datenbanken (SIS, VIS, Eurodac) führt zu einer nahezu lückenlosen Dokumentation und Kontrolle von Migration. Diese Entwicklung bringt eine erhebliche Intensivierung der Illegalisierungen mit sich, da sie komplexere Prüfungsvorgänge ermöglicht und die Feststellung von Devianz erheblich erleichtert. Die neueren Instrumente sind von der Idee einer Permeabilität geprägt, nach der die neuen technischen Möglichkeiten für ein differenzierteres Kontrollsystem genutzt werden sollen. Diese Individualisierungstendenz bei der Kontrolle wirkt sich über die daran geknüpften Anforderungen und Restriktionen auf die verschiedenen Illegalisierungsprozesse aus. Sofern dies zu neuen Anforderungen führt wie bei der ETIAS-Reisegenehmigung, bedeutet dies ein „Mehr" an Illegalisierung.

Der Ausbau der bestehenden Systeme, kombiniert mit der Schaffung neuer Systeme und Datenbanken und der zunehmenden Vernetzung, birgt zudem eine Vielzahl an Risiken und ruft daher vielfältige Kritik hervor. Zunächst hat sich in der Vergangenheit bereits gezeigt, dass die Umsetzung informationstechnologischer Erneuerungen oftmals wesentlich langwieriger und kostspieliger ist, als zunächst geplant, womit die Glaubwürdigkeit und Unterstützung der Projekte gefährdet werden kann.[790] Für den Bereich der illegalisierten Migration ist insbesondere die Frage spannend, inwieweit die informationstechnischen Systeme und „intelligenten Grenzen" tatsächlich Auswirkungen auf die Migrationsbewegungen haben. Die möglichen oder tatsächlichen Auswirkungen auf die einer Migrationsbewegung zugrundeliegenden subjektiven Motive lassen sich kaum ergründen. Die Frage, inwieweit die Neuerungen in der Lage sind, die anvisierten Ziele der Terrorismusbekämpfung und der Reduzierung illegalisierter Migration voranzubringen, lässt sich hingegen zumindest in Teilen antizipieren. Da das EES keinen umfassenden und unmittelbaren Zugriff durch die Polizeibehörden vorsieht und im Rahmen regulärer Grenzkontrollen nur die Visadaten abgeglichen werden sollen, sind die damit einhergehenden substanziellen Veränderungen voraussichtlich überschaubar, und das EES dürfte eher dem Zweck der „Verwaltung der legalen Migration" dienen. Hierfür spricht auch die – trotz Einführung eines biometri-

790 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 18 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen Ein-/Ausreisesystems – gleichbleibende Entwicklung illegalisierter Migration in den USA.[791]

Ferner bestehen Zweifel hinsichtlich des Schutzes vor Diskriminierung. Wenngleich die neuen InteroperabilitätsVOen einen Diskriminierungsschutz vorschreiben, beschränkt sich dieser auf die „Verarbeitung personenbezogener Daten"[792] und erfasst somit weder mögliche Diskriminierungen im Rahmen individueller Kontrollen basierend auf den Interoperabilitätsmechanismen, noch diskriminierende Aspekte in der Grundkonzeption.[793] Der EuGH hatte an anderer Stelle eine Differenzierung anhand der Nationalität in der Datenverarbeitung zum Zwecke der Kriminalitätsbekämpfung untersagt, da sich die Situation von eigenen und fremden Staatsangehörigen für den jeweiligen Staat „im Hinblick auf das Ziel der Bekämpfung der Kriminalität" nicht unterscheide.[794] Dementsprechend ist die Rechtmäßigkeit der unterschiedlichen Behandlung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen[795] zumindest dann zweifelhaft, wenn die Datenverarbeitung der Kriminalitätsbekämpfung dient.

---

791 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 20 f.

792 Siehe Art. 5 InteroperabilitätsVO I und II.

793 Insbesondere die Ungleichbehandlung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen, siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794, S. 3.

794 Siehe EuGH, *Huber* (C-524/06), EU:C:2008:724, Rn. 76 ff. Auch der EuGH sieht in einer unterschiedlichen Verarbeitung der Daten von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Kriminalitätsbekämpfung eine Verletzung des Diskriminierungsschutzes, da die Situation „im Hinblick auf das Ziel der Bekämpfung der Kriminalität" unabhängig von der Staatsangehörigkeit ist und somit eine „systematische Verarbeitung personenbezogener Daten allein derjenigen Unionsbürger, die keine Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats sind", nicht zu rechtfertigen vermag.

795 Die unterschiedliche Behandlung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen spiegelt die in der Grundprogrammierung dargestellte Unterscheidung wider, siehe Kapitel 3 § 1 III. Sie ist bewusst in den Instrumenten verankert worden, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2017) 794 final vom 12. Dezember 2017, S. 20, wonach diese „in erster Linie auf Drittstaatsangehörige ab[zielen], deren Daten in einem zentralen Informationssystem der EU erfasst sind" und darüber hinaus „das Vertrauen der Öffentlichkeit stärken [dürften], da sie gewährleisten, dass die Sicherheit der EU-Bürger aufgrund der Konzipierung und Nutzung der Systeme erhöht wird."

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Weiter droht die Interoperabilität von informationstechnischen Systemen mit der datenschutzrechtlichen Vorgabe, zwischen „den personenbezogenen Daten verschiedener Kategorien betroffener Personen" klar zu unterscheiden, zu konfligieren,[796] wenn die gespeicherten Daten teilweise in Verbindung mit kriminellem Verhalten oder illegalisierten Grenzübertritten und gleichermaßen von *bona fide* Reisenden erhoben werden, womit außerdem auch die Vereinbarkeit mit dem Prümer Vertrag und Beschluss und weitergehenden Fragen im Bereich des Datenschutzes aufgeworfen werden.[797]

Zudem haben die veränderten Zugriffsmöglichkeiten im Rahmen der Interoperabilität Auswirkungen auf die der Datenerhebung und -verarbeitung zugrundeliegende Zweckbindung. Die in den InteroperabilitätsVOen vorgesehenen Mechanismen ermöglichen zukünftig regelmäßig den bis dato nur in Ausnahmefällen möglichen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf die Informationen aus den Datenbanken im Bereich von Migration und Grenzen und führen damit zu einer entscheidenden Neugestaltung der Zweckbindung.[798]

Schließlich sollen die Maßnahmen zur Weiterentwicklung der informationstechnischen Systeme sicherstellen, dass die persönlichen Daten möglichst fehlerfrei sind. Wenngleich dies nur in beschränktem Umfang möglich ist, dient dieser Aspekt nicht nur dem staatlichen bzw. behördlichen Interesse, sondern kann auch dem individuellen Interesse von Migrant*innen dienen.[799]

Mit Ausnahme der Aussicht auf eine mögliche Korrektur fehlerhafter Datensätze durch den Abgleich verschiedener Datensätze dient der Ansatz

---

796 Siehe Art. 6 JI-RL, welche beispielsweise zur Differenzierung zwischen Verdächtigen, Straftäter*innen, Opfern und anderen Beteiligten wie Zeug*innen auffordert.

797 Beispielsweise in Eurodac oder im VIS, siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794.

798 Siehe *Bossong*, Intelligente Grenzen und interoperable Datenbanken für die innere Sicherheit der EU, S. 28, der technische Mittel (wie beispielsweise das „*hit/no-hit*"-Verfahren) als nicht ausreichend zur Vermeidung der entstehenden datenschutzrechtlichen Konflikte erachtet.

799 Siehe *Meijers Kommission*, CM1802 Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework for Interoperability between EU Information Systems (Police and Judicial Cooperation, Asylum and Migration) 12 December 2017, COM (2017) 794, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Interoperabilität somit primär den Behördeninteressen. Die mit umfassenderen und vereinfachten Zugriffsmöglichkeiten einhergehenden Probleme im Bereich des Datenschutzes und des Diskriminierungsschutzes werden unzureichend adressiert. Insofern lassen sich die Entwicklungen im Bereich der informationstechnischen Systeme und Datenbanken nicht allein aus einer neutralen Ordnungsperspektive erklären. Da es bei der Interoperabilität nicht nur um die Verbesserung des Datenmaterials geht, sondern die Verknüpfungen eine Erleichterung der Arbeit der Behörden darstellen, welche negative Auswirkungen auf die Rechtspositionen von Migrant*innen mit sich bringt, muss auch die Nützlichkeitsperspektive hinzugenommen werden, um die Entwicklung umfassend nachvollziehen zu können.

IV. Zwischenresümee

Migrationskontrollinstrumente sind von eminenter Bedeutung für die Konstruktion illegalisierter Migration. An ihnen konkretisieren sich die abstrakten Regelungen der Migrationssteuerung, indem sie die Orte und Formen des Zusammentreffens von Exekutive und Migrant*innen festlegen. Während physische (Grenz-)Kontrollen an den Außengrenzen weiterhin bedeutsam sind und Abschottungen an den Außengrenzen schon den Zugang zum Hoheitsgebiet und den eigentlichen Kontrollpunkten zu unterbinden versuchen, haben in den vergangenen Jahren auch Kontrollen an den Binnengrenzen (teils in Form von wirkungsgleichen Polizeikontrollen) eine Renaissance erlebt. Die Verstärkung von Migrationskontrollen, insbesondere im Grenzbereich, hat dabei oftmals dahingehend ambivalente Effekte, dass mit ihr zwar ein gewisser Abschreckungseffekt verbunden ist, dieser jedoch eher zu einer Verschiebung von Migrationsbewegungen als zu einer Reduzierung führt. Eine umfassendere Kontrolle muss daher nicht zwingend eine signifikante Reduzierung illegalisierter Migration zur Folge haben.

Bei der der Migrationskontrolle gewinnen daneben zunehmend informationstechnische Systeme und Datenbanken an Bedeutung, welche auf verschiedenen Ebenen eine Transformation des Migrationskontrollregimes mit sich bringen. Die einzelnen Systeme und Datenbanken wachsen stetig an. Es werden mehr Personen erfasst, mehr Daten gespeichert und mehr Zugriffsmöglichkeiten vorgesehen mit dem Ergebnis einer immer umfas-

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

senderen Dokumentation und Kontrolle[800] – und damit einer Verstärkung der Illegalisierungsprozesse.

Die Entwicklung zeichnet sich jedoch nicht nur durch eine quantitative Steigerung aus. Auch die Qualität der Instrumente nimmt zu, da diese immer mehr auch für Analysezwecke in Bezug auf Risikoeinschätzungen eingesetzt werden (siehe PeDRA und ETIAS). Diese automatisierten Bewertungen und Risikoanalysen lösen zunehmend die Einteilung anhand der Herkunftsländer ab und führen somit zu einer Individualisierung der Kontrollen. Die umfassenden Datensätze ermöglichen eine komplexere Einschätzung der einzelnen Person und deren Umstände. Insofern kann das komplexe Zusammenspiel der Migrationskontrollinstrumente mit *Broeders* als „Sortiermaschine" bezeichnet werden, welche Migrant*innen „kennzeichnet" und „standardisiert", wobei manche dadurch privilegiert, andere dagegen exkludiert und ausgeschlossen werden.[801]

Aus dieser Individualisierung bei den Migrationskontrollen folgt eine Differenzierung der Illegalisierungsprozesse, da sich diese nicht nur in ihren Anforderungen, Sanktionen etc. unterscheiden, sondern zunehmend auch hinsichtlich der entsprechenden Kontrollen.

Die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalitäten wird damit noch komplexer und im Ergebnis auch umfassender. Die Bedeutung von Migrationskontrollinstrumenten bei der Konstruktion migrationsspezifischer Illegalitäten, insbesondere der IT-Systemen und Datenbanken, wird oftmals nicht ausreichend gewürdigt, da diesen grundsätzlich eine „dienende" Rolle zugedacht ist. Sie sind als „Bindeglieder" bzw. „Transmissionsriemen" im Rahmen einer Dekonstruktion, welche der Frage nachspürt, wie die zur „Illegalität" führenden Illegalisierungsprozesse konstruiert werden, jedoch gleichermaßen bedeutsam wie aufschlussreich.

---

800 Aufgrund des zunehmenden Einsatzes von Überwachungsmitteln an den EU-Außengrenzen wurde teilweise der Begriff der „elektronischen Festung" verwendet, siehe *Hayes/Vermeulen*, Borderline – The EU's New Border Surveillance Initiatives, S. 4.

801 „*[B]order surveillance can be seen as a sorting machine designed to earmark, standardize and sometimes even privilege part of the migrant population whilst at the same time earmarking, denying access and attempting to exclude and expel another part*." Siehe *Broeders*, in: *Dijstelbloem/Meijer* (Hrsg.), Migration and the New Technological Borders of Europe, S. 40-67 (47).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 2 Die Außendimension – Formen der Externalisierung

Die Migrationskontrolle und -steuerung beginnt nicht erst an der Grenze. Neben dem Ausbau der oben beschriebenen Migrationskontrollinstrumente der EU besteht im Bereich der Migrationssteuerung und Grenzkontrollen bzw. Grenzsicherung als Reaktion auf eine „geopolitische Ausdehnung der Migration"[802] seit einigen Jahren die Tendenz, die Außendimension (*external dimension*) verstärkt in den Fokus zu nehmen. Nachdem wesentliche Bestandteile der Migrationskontrolle zunächst im europäischen Rahmen auf ein intergouvernementales und später zunehmend supranationales Level gehoben wurden,[803] folgt nun eine Verlagerung nach außen.[804] Diese Tendenz ist eines der prägenden Entwicklungsmerkmale der europäischen Migrationspolitik[805] und von zentraler Bedeutung für die Konstruktion illegalisierter Migration, da sich der räumliche und zeitliche Anknüpfungspunkt migrationsrechtlicher Regelungen verschiebt. Im Folgenden soll zunächst auf die einschlägigen Begrifflichkeiten eingegangen werden (I.) und die Entwicklung und Implikationen dargestellt werden (II.), bevor eine Auseinandersetzung mit der Kompetenzverteilung (III.) und autonomen (IV.) sowie kooperativen (V.) Externalisierungen erfolgt.

I. Begrifflichkeiten der Außendimension

Die Außendimension der Migrationspolitik beschreibt generell den Regelungs- und Wirkungsbereich außerhalb der EU, wobei die Anknüpfungspunkte, Instrumente, Wirkungsmechanismen und die damit einhergehenden Verschiebungen und Ausdehnungen vielfältig sind. Die Außendimension spielt auf EU-Ebene nicht nur im Bereich des Migrationsrechts eine (zunehmend) wichtige Rolle.[806] Im Folgenden sollen sich die Ausführungen entsprechend der Ausrichtung der Untersuchung jedoch darauf konzentrieren.

---

802 Siehe *Geddes*, JCMS 2005, S. 787-806 (791).
803 Siehe zur Entwicklung ausführlich Kapitel 3 § 2.
804 Siehe *Lavenex*, West European Politics 2006, S. 329-350.
805 Vielleicht ist es sogar *das* prägende Merkmal. *Oliveira*, KJ 2016, S. 167-179, spricht hinsichtlich der zur Externalisierung korrespondierenden Frage nach dem („nicht-illegalisierten") Zugang zu internationalem Schutz nachvollziehbar von der „Gretchenfrage im Flüchtlingsrecht".
806 Siehe beispielsweise zur Außendimension der Sozialpolitik der EU, *Eichhorst et al.*, PE 440.287: The External Dimension of EU Social Policy.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dieses Entwicklungsphänomen wird meist mit dem Begriff der Externalisierung (respektive Internalisierung) beschrieben,[807] es werden aber auch die Begriffe der Extra-Territorialisierung[808] oder *external governance*[809] verwendet, welche jeweils unterschiedliche Aspekte der Entwicklung akzentuieren.

Das Konzept der *external governance* dient eher einer allgemeinen Beschreibung der Ausdehnung des unionsrechtlichen Rechtsregimes. Es betont den „Export" von Regelungen und Normen über das eigene Hoheitsgebiet hinaus. Zusammenfassen lässt sich die *external governance* als ein Zusammenspiel verschiedener Maßnahmen und Prozesse, wodurch eine Entität (die EU) das Verhalten einer anderen Entität (Staat X) kontrolliert.[810] Beispielhaft hierfür sind die Beitrittsverfahren zur EU, wobei auch die zunehmend komplexen gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnisse von Staaten als Auslöser für die *external governance* fungieren.[811] Teil dieser allgemeinen Ausdehnung des Rechtsregimes im Sinne eines „Regelungsexports" sind auch migrationsrechtliche Regelungen. Diese spielen in dem Bereich der Außendimension jedoch keine besondere Rolle.

Externalisierung, die Nach-Außen-Verlagerung, wird teils auf die neofunktionalistische Konzeption von *Schmitter*[812] zurückgeführt und beschreibt die Expansion von (Innen-)Politiken der EU auf Drittstaaten, (auch) ohne dass eine zukünftige Mitgliedschaft in der EU in Aussicht steht.[813] Dem gegenüber wird in diesem Kontext von „Internalisierung", der Nach-Innen-Verlagerung, gesprochen, wenn die EU als eigenständige

---

807 Siehe statt vieler nur *Gammeltoft-Hansen*, in: *Guild/Minderhoud* (Hrsg.), The First Decade of EU Migration and Asylum Law, S. 273-298; *Bossong/Carrapico* (Hrsg.), EU Borders and Shifting Internal Security; *Moreno-Lax/Lemberg-Pedersen*, Questions of International Law 2019, S. 5-33; *Liguori*, Migration Law and the Externalization of Border Controls und *Spijkerboer*, Journal of Refugee Studies 2018, S. 216-239.

808 Siehe *Rijpma/Cremona*, EUI Working Papers LAW 2007/01, S. 1-24.

809 Siehe *Lavenex*, Journal of European Public Policy 2004, S. 680-700.

810 Siehe *Balzacq*, in: *Balzacq* (Hrsg.), The External Dimension of EU Justice and Home Affairs, S. 1-32 (2), der ferner unter Berufung auf *Rodier* das Konzept der Extra-Territorialisierung als „Avatar" der *external governance* bezeichnet.

811 Siehe *Lavenex/Schimmelfennig*, Journal of European Public Policy 2009, S. 791-812 (793), welche die Staateninterdependez als „*trigger*" für die Ausweitung der *external governance* sehen.

812 Siehe *P. Schmitter*, in: *Whitehead* (Hrsg.), The International Dimensions of Democratization, S. 26-54.

813 Siehe *Wolff*, in: *Balzacq* (Hrsg.), The External Dimension of EU Justice and Home Affairs, S. 154-183 (158 f.), wobei das Konzept von *Schmitter* von 1996 ist und nicht, wie dort angeführt, von 1969.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

politische Einheit mit Drittstaaten über Angelegenheiten in Verhandlung tritt, welche traditionell in den Bereich der Innenpolitik fallen,[814] wenn die Außenpolitik also von den Institutionen der Innenpolitik bestimmt wird.[815] Sowohl Externalisierung als auch Internalisierung beschreiben daher im Ergebnis ein Verschwimmen der Grenze zwischen den Politik- und Regelungsbereichen, die klassischerweise der Innen- oder Außenpolitik zugeordnet werden. Die Verfolgung innenpolitischer Ziele findet zunehmend auch im außenpolitischen Rahmen statt, bzw. die Außenpolitik wird durch innenpolitische Ziele geprägt.

Rijpma und *Cremona* verwenden anstelle der Externalisierung den Begriff der Extra-Territorialisierung mit dem Argument, dass der Begriff der Externalisierung zu eng gefasst sei, wobei sie sich dabei auf die Definition von *Grossman* und *Helpman* zum Phänomen des *outsourcing*[816] stützen. Da die Externalisierung im ökonomischen Sinne (das *outsourcing*) eine externe Entität erfordert, an die etwas übertragen wird, lasse sich dies nicht auf die Analyse der Migrationspolitik der EU übertragen, weil diese teilweise auch unabhängig von einer Einbindung von Drittstaaten erfolgen könne, beispielsweise im Rahmen der Visa-Politik.[817] Von diesem Betrachtungswinkel aus ergibt die Argumentation durchaus Sinn. Die Gleichsetzung von *outsourcing* und Externalisierung als „*franglais*"[818] kann jedoch nur bedingt überzeugen, da die beiden Sprachräume zu trennen sind und die Begrifflichkeiten im Englischen deutlich unterscheidbar sind.

Ferner ist aus der Beschreibung eines spezifisch ökonomischen Phänomens auch nicht zwingend eine generelle Verengung des Begriffs ableitbar. Daher ist eine synonyme Verwendung der Begriffe „Externalisierung" und „Extra-Territorialisierung" nicht notwendigerweise abzulehnen.

Wenngleich der Begriff der Extra-Territorialisierung eine gewinnbringende Akzentverschiebung darstellen kann, da er im Gegensatz zum eher entitäts-bezogenen Begriff der Externalisierung den Zusammenhang der Entwicklungen zur (komplexen und sich wandelnden) Konzeption von Territorialität betont, soll im Rahmen der Untersuchung der Begriff der Externalisierung (in einem weiten Verständnis) verwendet werden, weil er

---

814 Siehe *Balzacq*, in: *Balzacq* (Hrsg.), The External Dimension of EU Justice and Home Affairs, S. 1-32 (2).

815 Diese Bestimmung erfolgt im Kontext der EU also konkret vom Rat für Justiz und Inneres anstelle des Rats für Auswärtige Angelegenheiten, d.h. von den Innenminister*innen der Mitgliedstaaten anstelle der Außenminister*innen.

816 Siehe *Grossman/Helpman*, Review of Economic Studies 2005, S. 135-159.

817 Siehe *Rijpma/Cremona*, EUI Working Papers LAW 2007/01, S. 1-24.

818 Im Französischen wird *outsourcing* als *externalisation* bezeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Entwicklungen auf konzeptioneller Ebene am umfassendsten beschreibt.

II. Entwicklung und Implikationen

Nach der Klärung der Begrifflichkeiten, sollen im Folgenden die Entwicklung und die Konzeption der Außendimension beleuchtet werden.

1. Entwicklung

Die Entwicklung der Außendimension in der Migrationspolitik und damit auch im Migrationsrecht der EU ist kein so neues Phänomen, wie es bisweilen scheint. Schon im Tampere-Programm von 1999 wurde die „Partnerschaft mit Herkunftsländern" im Rahmen eines „umfassenden Migrationskonzept[s]" gefordert und die Bekämpfung der „illegale[n] Einwanderung an ihrer Wurzel" in den breiteren Ansatz einer „Steuerung der Migrationsströme" eingebettet.[819] 2005 stellte der *Global Approach to Migration* (GAM)[820] einen breiter gefassten Rahmen auf, welcher die Vielschichtigkeit von Migration besser zu fassen versuchte und in überarbeiteter und umbenannter Form seit 2011 im *Global Approach to Migration and Mobility* (GAMM)[821] einen übergeordneten Rahmen der auswärtigen Migrationspolitik der EU festlegt. Dieser soll die „externe Dimension der Migrationspolitik der EU" konkretisieren, „auf einer echten Partnerschaft mit Nicht-EU-Ländern basieren und Fragen der Migration und Mobilität umfassend und ausgewogen angehen."[822] Dieser Ansatz findet sich auch bereits im 2006 eingeleiteten sogenannten Rabat-Prozess,[823] der eine Verbesserung des Dia-

819 Siehe Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 11 und 22 ff.

820 Siehe Europäischer Rat, Brüssel – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Dezember 2005, 15914/05, Punkt 8 ff.

821 Siehe Europäische Kommission, Gesamtansatz für Migration und Mobilität, KOM(2011) 0743 endg. vom 18. November 2011.

822 Siehe Europäische Kommission, Gesamtansatz für Migration und Mobilität, KOM(2011) 0743 endg. vom 18. November 2011, S. 5.

823 Siehe Rabat Declaration vom 11. Juli 2006. Es folgten seitdem regelmäßig Erklärungen und Aktionspläne, welche den Prozess konkretisierten und fortschrieben. Zuletzt die Politische Erklärung und der Aktionsplan 2018-2020 von Marrakesch vom 2. Mai 2018, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

logs und der Zusammenarbeit im Bereich der Migration mit den Staaten aus Nord-, West- und Zentralafrika zum Ziel hat, sowie im 2014 gestarteten sogenannten Khartum-Prozess, der eine zwar unverbindliche, aber umfassende und vertiefte Zusammenarbeit im Bereich Migration und Mobilität mit den Staaten am Horn von Afrika anvisiert.[824] 2016 wurde der GAMM durch den „neuen Migrationspartnerschaftsrahmen" komplementiert,[825] welcher eine Bündelung von verschiedenen Instrumenten und Einflussmöglichkeiten in umfassenden Partnerschaften („Migrationspakte") mit Drittländern anstrebt, um Migration besser zu steuern. Und auch in der Strategischen Agenda des Europäischen Rates 2019-2023 wird das Konzept aufgegriffen, wenn dort unter anderem ausgeführt wird: „Wir sind entschlossen, weiter auf eine uneingeschränkt funktionierende, umfassende Migrationspolitik hinzuarbeiten. Wir werden unsere Zusammenarbeit mit Herkunfts- und Transitländern fortführen und vertiefen, um illegale Migration und Menschenhandel zu bekämpfen und für effektive Rückführungen zu sorgen."[826]

Diese Entschlossenheit spiegelt sich auch in der Finanzierung wider. So soll das Budget für den Migrationsbereich im Mehrjährigen Finanzrahmen 2021-2027 im Vergleich zur vorherigen Periode 2014-2020 von 12,4 auf fast 33 Milliarden Euro erhöht werden und neben dem aufgestockten Asyl- und Migrationsfonds nun auch einen neuen Fonds für Integriertes Grenzmanagement von über 11 Milliarden beinhalten.[827]

Ferner hatte die Kommission 2018 vorgeschlagen, ein „Instrument für Nachbarschaft, Entwicklungszusammenarbeit und internationale Zusammenarbeit" einzurichten, welches die im vorausgegangenen Mehrjährigen Finanzrahmen noch einzeln gegliederten externen Aktivitäten in ein ge-

---

/homeaffairs/files/20180503_declaration-and-action-plan-marrakesh_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

824 Siehe Declaration of the Ministerial Conference of the Khartoum Process (EU-Horn of Africa Migration Route Initiative) vom 28. November 2014. Kritisch *Theurer*, KJ 2018, S. 280-294, die den Khartum-Prozess als *„externalisiertes* ‚Reparatur-Moment'" bezeichnet (282, Hervorhebung im Original).

825 Siehe Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über einen neuen Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, COM(2016) 385 vom 7. Juni 2016.

826 Europäischer Rat, Eine neue Strategische Agenda 2019-2024, Schlussfolgerungen vom 20. Juni 2019, EUCO 9/19.

827 Siehe Europäische Kommission, Mehrjähriger Finanzrahmen 2021-2027, COM(2018) 321 final vom 2. Mai 2018, S. 16 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

meinsames Instrument überführen soll,[828] und die dafür vorgesehenen Gesamtmittel um ca. 30 Prozent zu erhöhen.[829]

2. Implikationen

Externalisierungen sind meist von einer hierarchischen Beziehung zwischen den verschiedenen territorialen Hoheitsgewalten geprägt, so dass die wesentliche Entscheidungsmacht auf der einen Seite (EU) steht, während die Umsetzung größtenteils auf dem Gebiet der anderen Seite (Drittstaat) stattfindet.[830] Der Regelungs- und Einflussrahmen wird auf das Gebiet anderer Staaten ausgedehnt, diesen Staaten jedoch nur in sehr beschränktem Maße Zugang zu den Institutionen der EU gewährt und damit auch nur geringer Einfluss auf die Regelungsentwicklung innerhalb der EU zugestanden.[831]

Dabei ist es eigentlich unzutreffend, von dem Gebiet und den Grenzen der EU zu sprechen, da sich die einschlägigen Regelungen oftmals auf den Schengen-Raum beziehen, welcher vom gemeinsamen Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten abweicht.[832] Die Differenzierung zwischen den Mitgliedstaaten der EU und den Schengen-Staaten bzw. der EU als Akteurin soll jedoch für die nachfolgenden Ausführungen nicht weiter berücksichtigt werden, da die diesbezüglichen Abweichungen bei einer konzeptionellen Betrachtung von untergeordneter Bedeutung sind.

Ferner ist es grundsätzlich wichtig, die Außendimension der Angelegenheiten der EU auf den Gebieten Justiz und Inneres[833] nicht mit der Außen-

828 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2018) 460 final vom 14. Juni 2018.

829 Siehe Europäische Kommission, Mehrjähriger Finanzrahmen 2021-2027, COM(2018) 321 final vom 2. Mai 2018, S. 21

830 Siehe *Zapata-Barrero*, Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos 2013, S. 1-36 (5).

831 Siehe *Lavenex*, Journal of European Public Policy 2004, S. 680-700 (684).

832 Während Irland Teil der EU und nicht umfasst ist (ebenso das Vereinigte Königreich bis zu dessen Austritt aus der EU), gehören Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz als Nicht-Mitgliedstaaten dazu. Die EU-Mitgliedsländer Bulgarien Rumänien und Kroatien wenden den Schengen-Acquis bislang nur teilweise an.

833 Siehe zur Entwicklung *Boswell*, International Affairs, S. 619-638.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

politik gleichzusetzen, sondern vielmehr als ein eigenes Politikfeld mit eigenen Wirkmechanismen anzuerkennen.[834]

Die Entwicklungstendenz der Externalisierung lässt sich an einer Vielzahl unterschiedlicher Maßnahmen feststellen, welche sich sowohl uni-, bi- oder multilateral auf der staatlichen Ebene finden lassen, als auch unter der Einbeziehung von nichtstaatlichen Akteur*innen.[835] Im Folgenden soll zunächst auf die Problematik der Kompetenzverteilung eingegangen werden, bevor daraufhin die für die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierung bedeutsamsten Externalisierungen, unterteilt in autonome und kooperative, dargestellt, erläutert und kontextualisiert werden.

III. Externalisierung und Kompetenzverteilung

Die Kompetenzverteilung im Primärrecht bezieht sich gewöhnlich nicht explizit auf die Außendimension der Regelungsbereiche, der EuGH hat jedoch in seiner Rechtsprechung das Konzept der „impliziten externen Kompetenzen" (*implied external competences*)[836] entwickelt. Hiernach können sich Kompetenzen im Externen nicht nur aus einer ausdrücklichen Erteilung in den Verträgen ergeben, sondern auch implizit aus anderen Regelungen ableiten lassen.[837]

1. Die Kompetenz für die Außendimension des Migrationsrechts

So wurden Rückübernahmeabkommen im EG-Vertrag auf Art. 63 Abs. 3 lit. b EGV gestützt, obwohl dieser im Gegensatz zu Art. 79 Abs. 3 AEUV den Abschluss von internationalen Abkommen nicht ausdrücklich vorsah und die Abkommen lediglich als zweckdienlich für

834 Siehe *Balzacq*, in: *Balzacq* (Hrsg.), The External Dimension of EU Justice and Home Affairs, S. 1-32 (1) m.w.N.

835 Ausführlich *Gammeltoft-Hansen*, Access to Asylum.

836 Siehe *Rijpma/Cremona*, EUI Working Papers LAW 2007/01, S. 1-24 (10 f.).

837 „Um im Einzelfall zu ermitteln, ob die Gemeinschaft zum Abschluß internationaler Abkommen zuständig ist, muß [sic] auf das System und auf die materiellen Vorschriften des Vertrages zurückgegriffen werden. Eine solche Zuständigkeit ergibt sich nicht nur aus einer ausdrücklichen Erteilung durch den Vertrag […] sondern sie kann auch aus anderen Vertragsbestimmungen und aus in ihrem Rahmen ergangenen Rechtsakten der Gemeinschaftsorgane fließen." Siehe EuGH, *Commission v Council* (C-22/70), EU:C:1971:32, Rn. 15/19.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Erreichung der Zielvorgaben der Norm (Rückführung illegalisierter Migrant*innen) angesehen wurden.[838] Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass sich die Rechtsprechung zu den impliziten externen Kompetenzen ohne Weiteres auf sämtliche Aspekte der Außendimension im Migrationsrecht übertragen ließe. Vielmehr steht der immer umfassendere Ansatz in der Außendimension in einem Spannungsverhältnis zum Fehlen einer ausdrücklichen umfassenden Kompetenz der EU für die Außendimension des Migrationsrechts.[839]

Als explizite Kompetenz der EU für die Außendimension des Migrationsrechts findet sich zunächst die bereits erwähnte Kompetenz zur Schließung von Übereinkünften über eine Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen in ihr Ursprungs- oder Herkunftsland in Art. 79 Abs. 3 AEUV. Daneben umfasst Art. 78 Abs. 2 lit. g AEUV die Zuständigkeit für die „Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern zur Steuerung des Zustroms von Personen, die Asyl oder subsidiären bzw. vorübergehenden Schutz beantragen". Ob dies ebenfalls eine explizite externe Kompetenz oder lediglich eine interne Kompetenz darstellt, von welcher gegebenenfalls eine „implizite externe Kompetenz" abgeleitet werden kann, ist nicht eindeutig. Dies kann jedoch auch dahingestellt bleiben, da die meisten Externalisierungsmaßnahmen nicht in den Bereich der in Art. 78 AEUV geregelte Asyl- und Flüchtlingspolitik fallen, sondern vielmehr in die Einwanderungspolitik aus Art. 79 AEUV, womit nur der Rückgriff auf die EuGH-Rechtsprechung zu den „impliziten externen Kompetenzen" bleibt.[840]

Voraussetzung für eine implizite externe Kompetenz ist nach der Rechtsprechung des EuGH, dass der Abschluss eines internationalen Abkommens in einem bestimmten Politikfeld „erforderlich" ist, um die Ziele der korrespondierenden internen Kompetenz der EU zu erreichen.[841] Dieser Maßstab wurde nunmehr auch in Art. 216 AEUV übernommen,[842] womit diese Vorschrift in Verbindung mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung aus Art. 5 EUV die wesentlichen Vorgaben beinhaltet.

Grundsätzlich lassen sich für die verschiedenen Externalisierungsmaßnahmen durchaus (interne) Kompetenzzuweisungen in den Verträgen finden, deren Ziele mit den Maßnahmen gefördert werden. So umfassen

838 Siehe *Rijpma/Cremona*, EUI Working Papers LAW 2007/01, S. 1-24 (10).
839 Siehe *García Andrade*, CMLR 2018, S. 157-200.
840 Siehe *García Andrade*, CMLR 2018, S. 157-200 (160 f.).
841 Siehe EuGH, *Opinion 1/76*, EU:C:1977:63, Rn. 3.
842 „[W]enn der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union […] zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich [ist]."

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 77 Abs. 2 lit. a, b und d AEUV Visa und kurzfristige Aufenthaltstitel, Kontrollen an den Außengrenzen sowie den Grenzschutz an den Außengrenzen; Art. 79 Abs. 2 lit. a und c AEUV beinhalten die Regelung der Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen nicht illegalisierter Migration sowie die Bekämpfung der illegalisierten Migration. Daraus lassen sich grundsätzlich entsprechend weitgehende Kompetenzen in der Außendimension ableiten. Als Grenze dieser aus den internen Zuständigkeiten abgeleiteten umfassenden externen Kompetenz kommt einerseits Art. 79 Abs. 5 AEUV in Betracht, welcher den Mitgliedstaaten eine Berechtigung zur quantitativen Migrationssteuerung zugesteht[843] und somit die Möglichkeit der EU begrenzt, über den Arbeitsmarktzugang Anreize für Zusagen in der Kooperation von Drittstaaten zu setzen. Andererseits ist die Rechtsharmonisierung durch die EU im Bereich der Integration durch Art. 79 Abs. 4 AEUV beschränkt.[844]

Unabhängig von diesen Beschränkungen steht die umfassende Anwendung der Doktrin zu den impliziten externen Kompetenzen jedoch in einem Spanungsfeld zu der Zurückhaltung der Mitgliedstaaten bei der ausdrücklichen Kompetenzübertragung. Wenn eine so umfassende Kompetenz auch in der Außendimension intendiert gewesen ist, stellt sich die Frage, warum diese dann nur punktuell explizit erteilt worden ist. Diese Diskrepanz wirft ein kritisches Licht auf die großzügige Auslegung der impliziten externen Kompetenzen im Bereich des Migrationsrechts, zumal Ausnahmeregelungen grundsätzlich zurückhaltend anzuwenden sind. Würde eine weitgehende Erstreckung der internen Kompetenzen auf die Außendimension hingegen abgelehnt, würde die EU außerhalb ihrer Kompetenzen handeln, also *ultra vires*, womit es ihr an der notwendigen demokratischen Legitimation fehlen würde.[845] Auch wenn man nicht so weit geht, die tatsächliche Kompetenz in der Außendimension zu verneinen, wird klar, dass die bestehende kompetenzrechtliche Ausgestaltung

843 Siehe *Thym*, in: Kluth/Heusch, Art. 79 AEUV, Rn. 26.

844 Siehe *García Andrade*, CMLR 2018, S. 157-200.

845 Die Problematik der fehlenden demokratischen Legitimation besteht freilich auch dann, wenn kein hinreichend qualifizierter Kompetenzverstoß vorliegt, wie ihn das BVerfG für eine *ultra vires*-Kontrolle fordert und voraussetzt, dass „das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt“, siehe BVerfG, 2 BvR 2661/06, Beschluss vom 6. Juli 2010, DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106, Rn. 61.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Außendimension im Bereich des Migrationsrechts nicht unproblematisch ist.

Die Frage nach der Kompetenz ist daher nicht nur abstrakt für die Frage nach den zuständigen Akteur*innen der Illegalisierung und deren demokratische Legitimation bedeutend, sondern kann auch zu Rechtmäßigkeitsproblemen von Externalisierungsmaßnahmen führen, wie an der EU-Türkei-Erklärung im Folgenden exemplifiziert werden soll.

2. Handlungszuschreibung und Verbindlichkeit: Die EU-Türkei-Erklärung

Während es bei der allgemeinen Problematik der großzügigen Anwendung der Doktrin der impliziten externen Kompetenzen um die Konstellation ging, dass die EU unter Umständen in der Außendimension des Migrationsrechts außerhalb der ihr übertragenen Kompetenzen handelt und somit die demokratische Legimitation dafür fraglich ist, wirft der Fall der EU-Türkei-Erklärung kompetenzrechtliche Fragen aus einer anderen Perspektive auf. Die EU-Türkei-Erklärung wurde seitens der EU nicht als Akt der EU qualifiziert, sondern vielmehr als „die Frucht eines internationalen Dialogs zwischen den Mitgliedstaaten und der [Republik] Türkei und [sie] sollte angesichts ihres Inhalts und der Absicht ihrer Urheber weder rechtliche Bindungswirkungen entfalten noch eine Übereinkunft oder einen Vertrag darstellen".[846] Wenn die Erklärung weder Unionsakt ist noch rechtlich bindend, dann stellt sich auch die oben ausgeführte Kompetenzproblematik nicht. Doch die einseitige Qualifizierung als unverbindlicher Staatendialog ist durchaus zweifelhaft, bleibt allerdings für die weitere Entwicklung von Bedeutung.[847]

Obwohl die EU-Türkei-Erklärung auf der gemeinsamen Website des Europäischen Rates und des Rates der Europäischen Union in Form einer Pressemitteilung veröffentlicht wurde, ist auch das EuG der Auffassung, dass die Erklärung „weder als eine vom Europäischen Rat oder von einem anderen Organ, einer Einrichtung oder einer sonstigen Stelle der Union vorgenommene Handlung […] angesehen werden [kann]", vielmehr hät-

846 Siehe die Antwort des Europäischen Rats auf die Fragen des Gerichts, zitiert in EuGH, *NF / Europäischer Rat* (T-192/16), EU:T:2017:128, Rn. 27.

847 Insbesondere in Anbetracht der zunehmenden „Informalisierung", siehe *Carrera*, in: *Carrera* (Hrsg.), EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes, S. 21-59 (53).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten die Staats- und Regierungschefs ein „internationales Gipfeltreffen" veranstaltet und als Vertreter der Mitgliedstaaten als völkerrechtliche Subjekte gehandelt, weshalb das Gericht hinsichtlich der vorgebrachten Klagen von drei Schutzsuchenden unzuständig sei.[848] Diese Konstruktion eines Ausweichens auf einen „intergouvernementalen Politikmodus" birgt die Gefahr, die gerichtliche Kontrolle von Unionsorganen zu umgehen. Deshalb muss es auf die zugrundeliegende Kompetenzverteilung ankommen und nicht auf den „äußeren Schein". Damit wäre wohl eine Qualifizierung der Erklärung als Unionsakt geboten.[849] Sofern die Erklärung jedoch als Unionsakt angesehen wird und Teile der Erklärung als rechtsverbindliche Zusagen qualifiziert werden, wären die Verfahrensvorschriften aus Art. 218 AEUV einzuhalten gewesen, es hätte also insbesondere die Zustimmung des Europäischen Parlaments eingeholt werden müssen.[850]

Die Qualifizierung als Unionsakt hätte demnach nicht nur die Kontrollmöglichkeit durch die Unionsgerichte zur Folge, sondern sie hätte durch die zwingende Einbeziehung des Parlaments auch eine Auswirkung auf die demokratische Legitimation des Handelns der EU in der Außendimension des Migrationsrechts. Die Umgehung des Parlaments in politischen Prozessen der EU und die damit einhergehenden Schwächung der demokratischen Legitimation ist auch bei der zunehmenden „Informalisierung" von Rückübernahmeabkommen zu beobachten.[851]

Es zeigt sich, dass es in der Außendimension bisweilen nicht nur schwierig ist festzustellen, wer eigentlich handeln darf, sondern auch wer tatsächlich gehandelt hat, wobei in beiden Fällen die demokratische Legitimation im Bereich der Externalisierungen umgangen zu werden droht. Eine entsprechende Vernachlässigung der demokratischen Legitimation ist ein Merkmal, welches bei einer kritischen Bestandsaufnahme zu berücksichtigen ist.

---

848 Siehe EuGH, *NF / Europäischer Rat* (T-192/16), EU:T:2017:128, Rn. 71.

849 Siehe *Bast*, Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen?

850 Namentlich geht es hier um die Aufnahme syrischer Schutzsuchender und die vereinbarte Kostenübernahme, siehe *R. Hofmann/Schmidt*, NVwZ extra 2016, S. 1-9 (6). Kritisch auch *Spijkerboer*, Journal of Refugee Studies 2018, S. 216-239 (220 ff.).

851 Siehe *Carrera*, in: *Carrera* (Hrsg.), EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes, S. 21-59 (53).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Autonome Externalisierungen der EU

Die verschiedenen Externalisierungsinstrumente lassen sich einteilen in autonome Externalisierungen, welche von der EU unabhängig von den betroffenen Drittstaaten vorgenommen werden (können) und kooperative Externalisierungen, in welche die Drittstaaten zumindest involviert sind.[852] So lassen sich beispielsweise die bereits beschriebenen Nutzungen informationstechnischer Systeme im Rahmen der Grenzkontrollen teilweise als autonome Externalisierungsmaßnahmen qualifizieren, da diese unabhängig von Drittstaaten erfolgen und schon vor dem Erreichen der physischen Außengrenzen Informationen erhoben werden, und teilweise auch (Vor-)Entscheidungen über die Illegalisierung[853] einer Einreise getroffen werden.[854] Gleiches gilt für den physischen Grenzschutz, welcher durch die Errichtung von Mauern oder Zäunen einseitig Migration bis auf das Hoheitsgebiet unterbindet, und damit territoriale Grauzonen zu schaffen versucht,[855] wie sie sich in ähnlicher Form auch in den internationalen Transit-Zonen an Flughäfen finden.[856]

Ergänzend zu den bereits beschriebenen Migrationskontrollinstrumenten mit Externalisierungstendenz sollen im Folgenden das Visaregime und die Sanktionen für Beförderungsunternehmen als autonome Externalisierungen näher betrachtet werden.

---

852 Siehe *Rijpma/Cremona*, EUI Working Papers LAW 2007/01, S. 1-24 (13 ff.), die ferner als dritte Möglichkeit die (freiwillige) Inkorporation von bestimmten Regelungen in das nationale Recht von Drittstaaten aufführen, beispielsweise im Rahmen der Schengen-Systems (15).

853 *Spijkerboer*, EJML 2018, S. 452-469 (457) spricht in diesem Zusammenhang von der Verweigerung des Zugangs zur „Globalen Mobilitäts-Infrastruktur".

854 Beispielsweise im Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS), siehe Kapitel 4 § 1 III. 1. h), das eine Vorabprüfung von Drittstaatsangehörigen die von der Visumspflicht befreit sind, vorsieht und somit komplementär zum Visaregime konzipiert ist.

855 *Markard*, ZAR 2019, S. 236-241 (238) spricht in diesem Zusammenhang von der Schaffung „rechtsfreier Räume".

856 Während der EuGH Flughafen-Transit-Visa vom damaligen Kompetenzbereich ausschloss, da keine Außengrenze überquert worden sei, siehe EuGH, *Kommission / Rat* (C-170/96), EU:C:1998:219, Rn. 32, die Grauzone im Flughafen also vom Hoheitsgebiet ausschloss, hat der EGMR die Konzeption eines territorialen Ausschlusses verworfen und die Anwendung der EMRK gefordert, siehe EGMR, *Amuur v. France*, Urteil vom 25. Juni 1996, Nr. 19776/92, Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Visaregime

Das Erfordernis eines Visums für die Einreise in die EU bzw. den Schengen-Raum verlagert die Prüfung des Gebietszugangs von der (Außen-)Grenze in das Hoheitsgebiet desjenigen Drittstaates, dessen Staatsbürgerschaft die einreisewillige Person besitzt. Daher stellt es eine (klassische) Externalisierung dar. Die Festlegung der Staaten, deren Angehörige ein Visum zur Einreise benötigen, und der Drittländer, deren Staatsangehörige von der Visumspflicht befreit sind, erfolgt einseitig und unabhängig durch die EU,[857] weshalb die Externalisierung als autonom zu qualifizieren ist.

Grundsätzlich gilt, dass ein Schengen-Visum für drei Monate je Sechsmonatszeitraum gültig ist und zur Reise im gesamten Schengen-Gebiet berechtigt.[858] Während die Vergabe der Schengen-Visa früher nach der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion (*Common Consular Instructions* – CCI)[859] erfolgte, geschieht dies seit 2009 auf Grundlage des erlassenen Visa-Kodex, womit die früher den Mitgliedstaaten überantwortete Frage nach der Möglichkeit von Rechtsmitteln gegen ablehnende Bescheide nun durch eine entsprechende Verpflichtung zur Begründung der ablehnenden Entscheidung und Zurverfügungstellung von Rechtsmitteln ersetzt wurde, was als eine der bedeutsamsten Neuerungen angesehen wurde.[860] Die Gründe für die Ablehnung eines Visumsantrags sind in Art. 32 Abs. 1 Visa-Kodex nunmehr abschließend normiert, eine Erweiterung der Gründe durch die Mitgliedstaaten ist nicht möglich.[861]

a) Kriterien für die Visumsfreiheit und Erteilung eines Visums

In diesem Zusammenhang ist es interessant, sich anzusehen, welche Kriterien ausschlaggebend dafür sind, dass ein Land generell von der Visumspflicht befreit wird oder einer Person im Einzelfall ein Visum erteilt wird.

857 Siehe VisumsVO.

858 Siehe Art. 2 Nr. 2 lit. a. und Nr. 3 Visakodex. Ferner besteht die Möglichkeit eines „Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit", welches für das Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, aber nicht aller Mitgliedstaaten gültig ist, siehe Art. 2 Nr. 4 Visakodex.

859 Siehe Gemeinsame konsularische Instruktion an die diplomatischen Missionen und die konsularischen Vertretungen, die von Berufskonsularbeamten geleitet werden, Abl. 2002 C 313/01.

860 Siehe *Meloni*, European Law Review 2009, S. 671-695 (690).

861 Siehe EuGH, *Koushkaki* (C-84/12), EU:C:2013:862, Rn. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Bestimmung der Länder, deren Staatsangehörige von der Visumspflicht befreit werden, soll regelmäßig durchgeführt werden und „auf der Grundlage einer fallweise gewichteten Bewertung mehrerer Kriterien erfolgen."[862] Die nicht abschließende Liste der Kriterien für die Entscheidung ob eine Befreiung von der Visumspflicht gewährt wird umfasst unter anderem: (1.) die „illegale" Einwanderung, (2.) die öffentliche Ordnung und Sicherheit, (3.) die wirtschaftlichen Vorteile und (4.) die Außenbeziehungen der Union zu den entsprechenden Drittländern.[863] Weitergehende Hinweise, wie diese gegeneinander abzuwägen sind, bestehen jedoch nicht.[864] Ergänzend zu der Einteilung nach der Staatsangehörigkeit besteht die Möglichkeit, für bestimmte Personengruppen Ausnahmen vorzusehen.[865]

Neben der Ordnungsperspektive, welche durch die umfassende Informationsbeschaffung im Vorfeld einer möglichen Einreise zum Ausdruck kommt, verdeutlicht insbesondere der Aspekt der wirtschaftlichen Vorteile bei der Frage nach der Gewährung einer Visumsfreiheit die Dominanz der ökonomischen Perspektive in der Konzeption des Visaregimes.

Auch die Entscheidung, ob bei einer bestehenden Visumspflicht im Einzelfall ein Visum erteilt wird, hängt oftmals direkt von den ökonomischen Verhältnissen der antragstellenden Person ab, da „ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts […] [und der] Rückreise" vorhanden sein müssen.[866] Dabei soll die Rückkehrabsicht anhand der sozio-ökonomischen Situation festgestellt werden, welche neben den familiären Umständen auch anhand von Arbeitsplatzsituation, Höhe und Regelmäßigkeit von Einkommen, Eigentumspositionen sowie des sozialen Status (öffentliches Amt, angesehene Profession etc.) bewertet wird.[867] Aufgrund der bestehenden strukturellen Benachteiligungen von Frauen und Minderheiten lässt sich darin teils auch ein indirektes Anknüpfen an das Geschlecht und die Ethnizität erkennen.[868] Bei der Frage nach der Einhaltung der Grundsätze der Nicht-Diskriminierung der EU kommt es im Rahmen des Kon-

862 Siehe ErwGr. 3 VisumsVO.
863 Siehe Art. 1 VisumsVO.
864 Siehe *Heijer*, EJML 2018, S. 470-489 (472).
865 Siehe Art. 6 VisumsVO.
866 Siehe Art. 21 Abs. 3 lit. b Visakodex.
867 Siehe Europäische Kommission, Handbuch für die Bearbeitung von Visumanträgen und die Änderung von bereits erteilten Visa, Konsolidierte Fassung vom 15. September 2011, S. 126.
868 Siehe *Spijkerboer*, EJML 2018, S. 452-469 (458).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zepts der indirekten Diskriminierung[869] letztlich darauf an, ob sich die tatsächlichen Verzerrungen bei der Behandlung von Personengruppen als notwendig und verhältnismäßig darstellen und ob sie sich durch andere legitime Gründe rechtfertigen lassen.[870]

b) Humanitäre Visa

Im Rahmen der individuellen Visumsverfahren besteht jedoch auch die Möglichkeit, aus humanitären Gründen Visa zu erteilen.[871] Die Erteilung humanitärer Visa findet gleichermaßen in der Außendimension statt, jedoch unter umgekehrten Vorzeichen. Während die verschiedenen Externalisierungen den Gebietszugang grundsätzlich erschweren, eröffnen humanitäre Visa „nicht-illegaliserte" Zugangswege und das nicht erst an der Grenze, sondern schon in den Drittstaaten. Sie durchbrechen gewissermaßen die vorverlagerte Abschottung und reichen, bildlich gesprochen, den schutzbedürftigen Personen die Hand. Konzeptionell ist daher schon die Möglichkeit, humanitäre Visa zu erteilen, als komplementäre Externalisierungsmaßnahme von herausragender Bedeutung; auf geradezu einzigartige Weise verdeutlicht sie die Dialektik des Migrationsrechts.[872]

aa) Die aktuelle Situation

Wenngleich die Möglichkeit zur Erteilung humanitärer Visa die altruistisch humanitäre Perspektive im Visakodex rechtlich verankert, kommt sie in der Realität kaum zum Tragen. Es bestehen lediglich vereinzelte (freiwillige) Programme mit beschränktem Umfang zur humanitären Aufnah-

869 Formal knüpft das Visaregime an die Nationalität an.

870 Wenngleich die Staaten das Recht haben, grundsätzlich frei darüber zu entschieden, wer ihr Hoheitsgebiet betreten darf, lässt sich das Visaregime, auch wenn es formal an die Nationalität anknüpft, auf die Einhaltung der Grundsätze der Nicht-Diskriminierung der EU überprüfen, siehe *Heijer*, EJML 2018, S. 470-489 (473 und 488), der insbesondere eine indirekte Diskriminierung aus rassistischen und religiösen Gründen untersucht.

871 Siehe Art. 19 Abs. 4, Art. 25 Abs. 1 lit. a Visa-Kodex, jedoch nur mit räumlich beschränkter Gültigkeit.

872 Zur Dialektik des Migrationsrechts siehe Kapitel 2 § 4 III.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

me auf mitgliedstaatlicher Ebene.[873] Zwar hatte die Kommission 2017 die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, bis zum 31. Oktober 2019 mindestens 50.000 Personen neu anzusiedeln,[874] aber trotz der Finanzierungshilfe von 10.000€ je Neuansiedlung wird diese Zielvorgabe wohl nicht erreicht werden.[875] 2016 hatte die Kommission eine Verordnung zur Schaffung eines gesetzlichen Rahmens für die Neuansiedlung (*resettlement*) in der EU vorgeschlagen.[876] Diese sollte erstmals einheitliche Verfahrensregelungen und Kriterien „für die Aufnahme von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährung von internationalem Schutz [schaffen]" und eine „legale und sichere Einreise [ermöglichen]".[877] Im Falle einer positiven Entscheidung soll der jeweilige Mitgliedstaat sogar für die „kostenlose Überstellung in sein Hoheitsgebiet" sorgen und gegebenenfalls auch die „Ausreise aus dem Drittstaat [erleichtern]".[878] Nach einer teilweisen Einigung zwischen Parlament und Rat im Jahr 2018 wurde der Vorschlag aufgrund der fehlenden Unterstützung im Rat zurück auf die technische Ebene verwiesen,[879] weshalb ein Erlass in naher Zukunft unwahrscheinlich ist.

---

873 Konzeptionell können *resettlement* (eher dauerhaft) und humanitäre Aufnahmeprogramme (eher *ad-hoc*) weitestgehend als identisch betrachtet werden, wenngleich sich die Aufenthaltstitel in der konkreten Ausgestaltung und entsprechend die korrespondierenden Rechte im Hinblick auf Sozialleistungen, Arbeitsmarktzugang und Familienzusammenführung unterscheiden können. Siehe beispielsweise die Regelungen im deutschen Recht nach § 23 Abs. 2 (humanitäre Aufnahme) und 4 (*resettlement*) AufenthG mit den divergierenden Verlängerungsvorschriften nach § 8 AufenthG bzw. § 26 Abs. 3 AufenthG.

874 Siehe Europäische Kommission, Empfehlung der Kommission vom 3.10.2017 über den Ausbau legaler Einreisemöglichkeiten für Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, C(2017) 6504 final.

875 Siehe Europäische Kommission, Delivering on Resettlement vom 20. Juni 2019, wonach erst 32.071 der geforderten 50.000 Neuansiedlungen erfolgreich waren, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20190619_managing-migration-factsheet-delivering-resettlement_en.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

876 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 468 vom 13. Juli 2016.

877 Siehe Art. 1 und 3 der vorgeschlagenen Verordnung in Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 468 vom 13. Juli 2016.

878 Siehe Art. 10 Abs. 7 lit. b der vorgeschlagenen Verordnung in Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 468 vom 13. Juli 2016.

879 Siehe http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-jd-eu-resettlement-framework (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Die mögliche Verpflichtung zur Erteilung humanitärer Visa

Unabhängig von den politischen und rechtlichen Entwicklungen stellt sich die Frage, inwieweit nicht schon jetzt die Erteilung humanitärer Visa nicht nur rechtlich möglich ist, sondern unter Umständen sogar verpflichtend sein kann, insbesondere, wenn andernfalls (schwere) Menschenrechtsverletzungen zu befürchten sind,[880] mit anderen Worten, wenn der bestehende Ermessensspielraum bei der Erteilung humanitärer Visa in diesen Fällen auf Null reduziert wird.

Eine solche Ermessensreduzierung könnte sich aus Art. 33 Abs. 1 GFK, Art. 3 EMRK oder Art. 4 GRC ergeben. Hierfür müsste aber zunächst der jeweilige Anwendungsbereich eröffnet sein,[881] bevor in einem zweiten Schritt die resultierenden Pflichten diskutiert werden können.

Die Anwendung der GFK ist bei einer Antragstellung im Heimatland problematisch, da diese nach Art. 1 A Abs. 2 GFK voraussetzt, dass sich die Person außerhalb des Landes befindet. Auch wird die Antragstellung in einem Drittstaat nicht an Art. 33 Abs. 1 GFK geprüft, wenn dieser Drittstaat keine Rückführung plant.[882] Insofern wird die (Nicht-)Erteilung humanitärer Visa wohl eher nicht durch die GFK determiniert. Lediglich im Falle der Gefahr einer Ketten-Rückschiebung könnte der Drittstaat als (mit-)verantwortlich angesehen werden und daher ein direktes und individuelles Risiko der Verletzung des Refoulement-Verbotes Einfluss auf die Visumsentscheidung haben.[883]

Die Anwendung der GRC im Falle eines Antrages auf ein Visum aus humanitären Gründen in der Botschaft wurde durch den EuGH ebenfalls verneint.[884] In dem Eilverfahren ging es um eine syrische Familie mit zwei Kindern aus Aleppo, die in der belgischen Botschaft in Beirut (Libanon) Visumsanträge gestellt hat, um nach Belgien reisen zu können und dort Anträge auf internationalen Schutz zu stellen. Der EuGH vertrat die Auffassung, dass die Anträge zwar formal ein Kurzzeitvisum zum Gegenstand hatten, tatsächlich jedoch die Möglichkeit einer Schutzantragstellung nach erfolgter Einreise bezweckten und daher auf einen längerfristigen Aufent-

880 Noch vor der Entscheidung EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173 bejahend in Analogie zu EuGH, *Koushkaki* (C-84/12), EU:C:2013:862 *Peers*, External Processing of Applications for International Protection in the EU und *Jensen*, PE 509.986: Humanitarian Visas: Option or Obligation?, S. 26 ff.

881 Siehe hierzu Kapitel 5 § 1.

882 Siehe *Noll*, International Journal of Refugee Law 2005, S. 542-573 (555).

883 Siehe *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, S. 252.

884 Siehe EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

halt abzielen würden.[885] Da die EU jedoch nur für die Erteilung der 90-Tage-Visa zuständig ist,[886] könne der Antrag nicht in den Anwendungsbereich des Visakodex bzw. des Unionsrechts fallen, womit auch die Anwendung der GRC entfällt und für die Entscheidung allein das nationale Recht des Mitgliedstaats ausschlaggebend ist.

Zwar legt Art. 32 Abs. 1 lit. b Visakodex fest, dass „begründete Zweifel an der [vom Antragsteller] bekundeten Absicht…, das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vor Ablauf der Gültigkeit des beantragten Visums zu verlassen", lediglich einen Grund für die Verweigerung des beantragten Visums darstellen und folglich nicht zur Nichtanwendung des Visakodex führen, womit auch die GRC anwendbar wäre. Diese Regelung hielt der EuGH jedoch für nicht einschlägig, da entsprechende Zweifel im Ausgangsverfahren nicht bestünden.[887] Es ließe sich durchaus auch vertreten, die tatsächlichen Beweggründe für die Antragstellung, also die geplante Schutzantragstellung, nicht bereits bei der Anwendbarkeit des Visakodex zur berücksichtigen, sondern erst im Rahmen der materiellen Prüfung des Antrags,[888] womit der Visakodex anwendbar bliebe.

Abgesehen davon haben die Mitgliedstaaten den Visakodex teils bereits für einen „nicht-illegalisierten" Zugang zu internationalem Schutz genutzt, womit ebenfalls ein langfristiger Aufenthalt anvisiert wurde.[889] Aufschlussreich sind daher die Ausführungen des EuGH darüber, dass es „die allgemeine Systematik des mit der Verordnung Nr. 604/2013 geschaffenen Systems beeinträchtigen würde", wenn „Drittstaatsangehörige unter Berufung auf den Visakodex […] Visumanträge mit dem Ziel stellen könnten, die Gewährung internationalen Schutzes im Mitgliedstaat ihrer Wahl zu erreichen",[890] welche den naheliegenden Vorwurf provozieren, dass der EuGH sich mehr um den Schutz des Dublin-Systems als um den Schutz der Schutzsuchenden kümmere.[891] Da der EuGH, abweichend von den Schlussanträgen des Generalanwalts, bereits die Anwendung der GRC verneint hat, bleibt die Frage nach der Tragweite von Art. 4 GRC und der ent-

885 Siehe EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173, Rn. 42.
886 Siehe Art. 77 Abs. 2 lit. a AEUV „Visa und andere kurzfristige Aufenthaltstitel" bzw. davor Art. 62 Nr. 2 lit. a und b EGV „Vorschriften über Visa für geplante Aufenthalte von höchstens drei Monaten".
887 Siehe EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173, Rn. 46.
888 So ausdrücklich GA Mengozzi, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:93., Rn. 51.
889 Siehe *Jensen*, PE 509.986: Humanitarian Visas: Option or Obligation?, S. 43 ff.
890 Siehe EuGH, *X und X* (C-638/16 PPU), EU:C:2017:173, Rn. 48.
891 Siehe *Brouwer*, The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal Integrity vs. Political Opportunism?, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sprechenden Auswirkung auf die Ermessensentscheidung zur Erteilung humanitärer Visa weiterhin ungeklärt. Wenngleich die Entscheidung vor dem Hintergrund der politischen Rahmenbedingungen im Ergebnis nachvollziehbar ist, bleibt sie sowohl inhaltlich als auch rechtstechnisch[892] enttäuschend.

Schließlich kommt eine Ermessensreduzierung auf Grundlage der EMRK in Betracht. Die Frage, ob die EMRK in dieser Konstellation anwendbar ist, ist ebenfalls noch ungeklärt. Sie liegt aktuell zur Entscheidung bei der großen Kammer des EGMR.[893] Wenngleich der für die Anwendung der EMRK geforderte Maßstab der Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) zunächst enger erscheint als die bloße Durchführung des Unionsrechts in der GRC, ist in Anbetracht der Rechtsprechung des EGMR, wonach es eine Ausübung von Hoheitsgewalt im Sinne des Art. 1 EMRK darstellt, wenn Personen daran gehindert werden, die Grenzen eines Staates zu erreichen, eine Anwendung der EMRK durchaus denkbar.[894] Was aus einer Anwendbarkeit der EMRK für die Erteilung humanitärer Visa folgt, ist damit freilich noch nicht beantwortet. Da Art. 3 EMRK absolut gilt, wäre eine Verpflichtung zur Erteilung humanitärer Visa, zumindest in schwerwiegenden Fällen, konsequenterweise zu bejahen, denn ohne (Gebiets-)Zugang bleibt das menschenrechtliche Schutzversprechen eine Fata Morgana.[895]

892 *Thym*, Sollbruchstellen des deutschen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts, S. 27, spricht zutreffend von „fadenscheinigen Argumenten" hinsichtlich der Ablehnung der Anwendbarkeit des Visakodex.

893 Siehe EGMR, *M.N. and Others v. Belgium*, Nr. 3599/18. Die Anhörung fand am 24. April 2019 statt, die Entscheidung steht zum Zeitpunkt der Bearbeitung noch aus.

894 „*[T]he effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State*", siehe EGMR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urteil vom 23. Februar 2012 (GK), Nr. 27765/09, Rn. 180.

895 So auch *Costello*, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law, S. 3, die im speziellen Kontext der Erlangung des privilegierten Flüchtlingsstatus vor dem Hintergrund mangelnder Zugangs- und fairer Verfahrensmöglichkeiten von einer „*mirage*" spricht.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Die Perspektiven in der „Fernsteuerung“ durch das Visaregime

Zusammenfassend lässt sich das Visaregime der EU als ein Instrument der „Fernsteuerung“[896] bezeichnen, welches in Anbetracht der Möglichkeit zur Erteilung humanitärer Visa durchaus das Potenzial hätte, primär als Ordnungs- bzw. Steuerungsinstrument zu fungieren und dabei humanitäre und ökonomische Perspektiven gleichermaßen zu berücksichtigen. In der aktuellen Ausgestaltung und Anwendung dient es jedoch primär der Verhinderung ungewollter Einreisen von Drittstaatsangehörigen und bedient somit die staatliche Eigennützlichkeit.

2. Sanktionen für Beförderungsunternehmen als vorgelagerte Kontrollinstanz

Ein weiteres einseitig seitens der EU eingeführtes Externalisierungsinstrument sind die Sanktionen für Beförderungsunternehmen, womit diese als eine Art vorgelagerte Kontrollinstanz fungieren (sollen) und damit das Visaregime und die Grenzkontrollen komplementär ergänzen.[897] Beförderungsunternehmen sind dazu verpflichtet, die Einreisedokumente der von ihnen transportierten Personen zu kontrollieren und „alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sich zu vergewissern, dass der auf dem Luft- oder Seeweg beförderte Drittausländer über die für die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien erforderlichen Reisedokumente verfügt.“[898] Liegen die entsprechenden Papiere nicht vor, haben die Beförderungsunternehmen einen Transport der Person zu unterlassen. Ferner sind die Schengen-Staaten verpflichtet, „Sanktionen gegen Beförderungsunternehmer einzuführen, die Drittausländer, welche nicht über die erforderlichen Reisedokumente verfügen, auf dem Luft- oder Seeweg aus einem Drittstaat in ihr Hoheitsgebiet verbringen.“[899] Diese Sanktionen wurden sekundärrechtlich teilweise harmonisiert, zudem wurde eine Mindesthöhe

896 „*[R]emote control*“. Siehe auch *Guild/Bigo*, in: *Guild/Bigo* (Hrsg.), Controlling Frontiers, S. 233-263, die zur Verdeutlichung der dahinterliegenden Logik von „*policing at distance*“ sprechen.

897 Zum empirischen Vergleich der Umsetzung von Sanktionen gegen Beförderungsunternehmen siehe *Baird*, EJML 2017, S. 307-334.

898 Siehe Art. 26 Abs. 1 lit. b. Schengener Durchführungsabkommen (SDÜ).

899 Siehe Art. 26 Abs. 2 Schengener Durchführungsabkommen (SDÜ).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für die Sanktionen festgelegt.[900] Wie das Visaregime ist auch die Sanktionierung von Beförderungsunternehmen ein passives Instrument, um (ungewollte) Migration schon vor den Außengrenzen zu stoppen.[901]

Gleich den Visumsentscheidungen finden auch die Kontrollen durch die Beförderungsunternehmen außerhalb des Hoheitsgebiets der EU statt. Aufgrund der territorialen Verlagerung droht die Umgehung staatlicher Schutzpflichten,[902] denn das Sanktionsregime für Beförderungsunternehmen steht zwar formal unter dem Vorbehalt der Einhaltung der Verpflichtungen aus der GFK,[903] weshalb ein Transport von Flüchtlingen, auch vor der Anerkennung[904] ohne entsprechende Reisedokumente, eigentlich nicht sanktioniert werden dürfte. In Anbetracht der oftmals komplexen Faktoren, welche einen Flüchtlingsstatus begründen, ist eine solche Prüfung von einem Beförderungsunternehmen jedoch regelmäßig nicht leistbar, so dass in Anbetracht der drohenden Sanktionen im Zweifel von einer Beförderung absehen wird, selbst wenn diese eventuell aufgrund des Verweises auf die GFK nicht sanktioniert werden dürfte.[905]

V. Kooperative Externalisierungen unter Einbeziehung von Drittstaaten

Neben den autonomen Externalisierungen bestehen auch kooperative Ansätze in der Außendimension, welche die Drittstaaten miteinbeziehen.

---

900 Je beförderte Person muss der Mindestbetrag der Sanktion 3000 Euro betragen oder der Höchstbetrag mindestens 5000 Euro. Alternativ kann ein pauschaler Höchstbetrag von mindestens 500.000 Euro ungeachtet der Anzahl der beförderten Personen angesetzt werden. Siehe Art. 4 Abs. 1 lit. a bis c SDÜ-ErgänzungsRL.

901 „*[P]assive interseption measure*“, siehe *Lax*, EJML 2008, S. 315-364 (362). Anders verhält es sich bei aktiven Abfang-Maßnahmen, siehe *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, S. 374.

902 Siehe *Rodenhauser*, International Journal of Refugee Law 2014, S. 223-247 (234 ff.), der eine Verletzung des Rechts auf Ausreise für möglich hält (237) und das Refoulement-Verbot als verletzt ansieht (242), sofern die Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) bejaht wird, was er zumindest als geboten ansieht (245). Zur Frage der Zurechnung der Handlung von nichtstaatlichen Akteur*innen siehe Kapitel 4 § 3 II. 2. d).

903 Siehe Art. 26 Abs. 1 Schengener Durchführungsabkommen (SDÜ) und ErwGr. 3 SDÜ-ErgänzungsRL.

904 Die Statusfeststellung ist lediglich deklaratorisch.

905 Siehe ausführlich *Scholten*, The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions, S. 99 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Rückübernahmeabkommen

Wenngleich die EU (bzw. die Mitgliedstaaten) eigenständig über den Aufenthalt und die Rückkehr einer Person entscheiden und dabei einzelne Staaten auch autonom als sog. sichere Dritt- oder Herkunftsstaaten deklarieren kann,[906] ist sie bei der praktischen Umsetzung auf die Kooperation mit Drittstaaten angewiesen.[907] Rückübernahmeabkommen verpflichten die Vertragsparteien zur Rückübernahme ihrer Staatsangehörigen sowie – unter bestimmten Bedingungen – von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen. Sie legen ferner Regeln für die Durchführung der Rückführung fest, wobei in den teilnehmenden Staaten nicht immer die gleichen Teile der Exekutiven für die Umsetzung der Rückübernahmeabkommen zuständig sind.[908] Rechtsgrundlage für die Abkommen sind Art. 79 Abs. 3 und 218 AEUV.[909] Es bestehen aktuell 17 Rückübernahmeabkommen zwischen der

906 Siehe Art. 37 VerfahrensRL, wonach die Mitgliedstaaten sichere Herkunftsstaaten bestimmen können. Der seit geraumer Zeit bestehende Vorschlag einer europäischen Liste sicherer Herkunftsstaaten konnte bislang nicht umgesetzt werden. Ausführlich zur Entwicklung des Konzepts der sog. Sicheren Drittstaaten auf EU-Ebene *Lavenex*, Safe Third Countries, sowie zur Praxis der Mittelmeeranrainerstaaten und der Anwendung des Konzepts der sicheren Drittstaaten *Gil-Bazo*, International Journal of Refugee Law 2006, S. 571-600.

907 Siehe auch ErwGr. 7 der RückführungsRL, der „[d]ie Notwendigkeit gemeinschaftlicher und bilateraler Rückübernahmeabkommen mit Drittländern zur Erleichterung des Rückkehrprozesses“ hervorhebt, da die „internationale Zusammenarbeit mit den Herkunftsländern in allen Phasen des Rückkehrprozesses […] eine Voraussetzung für die Erzielung nachhaltiger Rückführungen [ist]“.

908 Meist sind es Polizei- (12 Staaten) oder Migrationsbehörden (11 Staaten), teils aber auch Grenzschutz (6 Staaten) oder Innenministerium (5 Staaten), siehe *European Migration Network*, Good Practices in the Return and Reintegration of Irregular Migrants, Annex 2, Tabelle A 2.1. Die Summe der zuständigen Stellen ist größer als die der teilnehmenden Staaten, da teils verschiedene Behörden in einem Staat zuständig sind und außerdem in manchen Staaten die Behörden in einer Institution zusammengefasst sind.

909 Siehe ausführlich zur Zuständigkeit *Schmidt*, Die Rückübernahmeabkommen der EU und der Kompetenzkonflikt mit ihren Mitgliedstaaten, S. 285 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

EU und Drittstaaten.[910] Die Rückübernahmeabkommen der EU gehen den bilateralen Abkommen der Mitgliedstaaten vor.[911]

a) Entwicklung

Der Abschluss von Rücknahmeübereinkommen ist seit den Schlussfolgerungen von Sevilla 2002 fester Bestandteil der Maßnahmen zur Bekämpfung illegalisierter Migration,[912] wobei sich die Anfänge dieser Entwicklung noch wesentlich weiter zurückverfolgen lassen.[913] Aktuell laufen Verhandlungen über Rückübernahmeabkommen seitens der EU mit Weißrussland, Tunesien, Nigeria, China, Algerien und Jordanien.[914] Da sich der Abschluss verbindlicher Abkommen oftmals als schwer und langwierig erweist, kommt zunehmend ein breiteres Instrumentarium zum Einsatz, welches verstärkt informellere Vereinbarungen umfasst, wie beispielsweise die praktischen Kooperationsvereinbarungen, welche bereits mit Afghanistan, Guinea, Bangladesch, Äthiopien, Gambia und der Elfenbeinküste ab-

910 In chronologischer Reihenfolge: Hongkong (1. März 2004), Macau (1. Juni 2004), Sri Lanka (1. Mai 2005), Albanien (1. Mai 2006), Russland (1. Juni 2007), Ukraine (1. Januar 2008), Mazedonien (1. Januar 2008), Bosnien und Herzegowina (1. Januar 2008), Montenegro (1. Januar 2008), Serbien (1. Januar 2008), Moldau (1. Januar 2008), Pakistan (1. Dezember 2010), Armenien (1. März 2011), Georgien (1. Januar 2014), Aserbaidschan (1. September 2014), Türkei (1. Oktober 2014), Kap Verde (1. Dezember 2014), siehe https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission_en (letzter Abruf am 3. Mai 2020), wo sich auch die einzelnen Abkommen abrufen lassen. Ferner ist ein Rückübernahmeabkommen mit Weißrussland, welches 2020 noch in Kraft treten soll, bereits unterzeichnet, siehe Europäische Kommission, Visaerleichterungen und Rückübernahme: EU und Belarus unterzeichnen Abkommen, Pressemitteilung vom 8. Januar 2020. Für einen umfassenden Vergleich der verschiedenen Rückübernahmeabkommen der EU siehe *Carrera*, Implementation of EU Readmission Agreements, S. 23 ff.

911 So hatte beispielsweise Deutschland ebenfalls Rückübernahmeabkommen mit Albanien, Mazedonien, Serbien, Georgien und Armenien geschlossen, bevor die Abkommen dieser Staaten mit der EU abgeschlossen wurden.

912 Siehe Europäischer Rat, Sevilla – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 21. und 22. Juni 2002, 13463/02, Punkt 30.

913 Siehe zur Entwicklung der Rückübernahmeabkommen der EU *Billet*, EJML 2010, S. 45-79 (47 ff.).

914 Siehe Europäische Kommission, Fact sheet: State of the Union 2018: Stronger EU rules on return vom 12. September 2018, MEMO/18/5713.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geschlossen wurden und sich gezielt an die Herkunftsländer illegalisierter Migrant*innen richten.[915]

Diese Strategie der Mitteldiversifikation im Bereich der Rückführungen wurde 2016 im sog. Migrationspartnerschaftsrahmen[916] umfassend erläutert und bestätigt. Kurzfristig geht es unter anderem darum, „die Rückkehrquote in die Herkunfts- und Transitländer zu steigern", während langfristig die „Grundursachen von irregulärer Migration" bekämpft werden sollen. Es geht also nicht nur um die Rückkehr in die Heimatstaaten, auch eine „Rückkehr" in ein bloßes Transitland ist möglich. Dazu sollen „verschiedene Instrumente und Einflussmöglichkeiten kombinier[t] und ein[ge]setz[t]" werden, „um umfassende Partnerschaften („Migrationspakte") mit Drittländern zur besseren Steuerung der Migration […] zu errichten." Es soll „die gesamte Bandbreite der Strategien und Instrumente der EU im Bereich der Außenbeziehungen in Anspruch genommen werden", wobei „positive und negative Anreize miteinander kombiniert werden".[917] Rückübernahmeabkommen in einem weiteren Sinne umfassen daher nicht nur die formellen Rückübernahmeabkommen der EU, sondern auch die politischen, unverbindlichen Absprachen auf „technischer" Ebene.

Dieser „Rückübernahmen-Agenda" kommt seit den hohen Migrationszahlen nach 2015 seitens der EU eine zentrale Rolle zu, um das propagierte Ziel einer effizienten Rückkehrpolitik[918] umzusetzen, wobei in der praktischen Umsetzung vor allem die Identitätsfeststellung eine große Hürde darstellt und Drittstaaten oftmals die Rückübernahme von Personen verweigern, welche seitens der EU als „ihre" Staatsangehörigen qualifiziert wurden.[919] Noch größer sind die Probleme bei der Kooperation, wenn es um die Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen geht, welche nicht aus dem jeweiligen Land kommen, sondern dieses lediglich auf dem Weg

915 Siehe Europäische Kommission, Fact sheet: State of the Union 2018: Stronger EU rules on return vom 12. September 2018, MEMO/18/5713.

916 Siehe Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über einen neuen Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, COM(2016) 385 vom 7. Juni 2016.

917 Siehe auch berits die Ausführungen zur Entwicklung der Externalisierungen in Kapitel 4 § 2 II.

918 Siehe Europäische Kommission, EU-Aktionsplan für die Rückkehr, COM(2015) 453 final vom 9. September 2015.

919 Siehe *Carrera*, in: *Carrera* (Hrsg.), EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes, S. 21-59 (21, 25 und 26 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach Europa durchquert haben,[920] was wenig verwundert, da meist weder die Staaten noch die betroffenen Personen ein intrinsisches Interesse an einer Rückübernahme haben und entsprechend allenfalls widerwillig kooperieren.[921]

b) Staatenzugehörigkeitsfeststellung

Wie aus der Entwicklung der Rückübernahmeabkommen hervorgeht, kommt dem Verfahren der Staatenzugehörigkeitsfeststellung eine zentrale Rolle bei der Konzeption und Umsetzung dieser Abkommen zu. Die Regelungen hierzu divergieren in den verschiedenen Rückübernahmeabkommen der EU, wobei im Abschnitt zu den Rückübernahmeverfahren bei der Staatsangehörigkeitsfeststellung in der Regel auf eine angehängte Liste von möglichen Dokumenten verwiesen wird, welche entweder als Beweis oder zumindest als Anscheinsbeweis (*prima facie*) angesehen werden.[922]

Die Verpflichtungen in den Rückübernahmeabkommen der EU unterscheiden sich hinsichtlich der Rückübernahme von eigenen Staatsangehörigen und Drittstaatsangehörigen, wobei die Beweisanforderungen bei Drittstaatsangehörigen erhöht sind und voraussetzen, dass der Antragstaat nachweisen kann, dass die Person sich im Staatsgebiet des anderen Staates aufgehalten hat oder dieses durchquert hat, bevor sie (direkt) illegalisiert eingereist ist, während bei eigenen Staatsangehörigen der Nachweis der Staatsangehörigkeit genügt.[923] Diese Differenzierung ist vor dem Hinter-

920 Siehe Kommissar für Migration, Inneres und Bürgerschaft *Avramopoulos*, Increasing the effectiveness of the EU system to return irregular migrants, 10170/15 vom 22. Juni 2015, S. 5.

921 Siehe EMN, Practical Measurse to Reduce Irregular Migration vom 30. Oktober 2012, S. 62. Weshalb der Passersatz (*EU laissez-passer*) auch in der Rückkehrpraxis kaum eine Rolle spielt, siehe die Antwort Deutschlands in der Befragung des EMN: Ad-Hoc Query on EU Laissez-Passer vom Oktober 2010.

922 Siehe *Carrera*, Implementation of EU Readmission Agreements, S. 30 ff. mit einer Überblickstabelle für die Rückübernahmeabkommen der EU mit Pakistan, Georgien, Armenien, Kap Verde, Aserbaidschan und der Türkei. Einheitlich ist lediglich die Anerkennung des Reisepasses, des Personalausweises und der Staatsangehörigkeitsurkunde als Beweismittel und der Aussage der betroffenen Person als Anscheinsbeweis. In allen anderen Punkten unterscheiden sich die Abkommen.

923 Siehe *Carrera*, Implementation of EU Readmission Agreements, S. 25. Die Differenzierung findet sich beispielsweise in Art. 3 und 4 der 2014 abgeschlossenen

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grund der völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Verpflichtung, eigene Staatsangehörige „zurückzunehmen",[924] verständlich.

Es verwundert nicht, dass versucht wird, die Schwierigkeiten bei der Staatsangehörigkeitsfeststellung in den Rückübernahmeabkommen der EU durch Regeln und Verfahren zu umschiffen, die eine Rückübernahme auch bei einer nicht vollständig geklärten Beweislage ermöglichen. So ist regelmäßig eine Rückübernahme Drittstaatsangehöriger und Staatenloser auch dann vereinbart, wenn die Voraussetzungen lediglich „durch vorgelegte Anscheinsbeweise glaubhaft gemacht" werden. Für den Nachweis der illegalisierten Einreise reicht sogar „die Erklärung des ersuchenden Staates, dass die betreffende Person nicht im Besitz der erforderlichen Reisedokumente, des erforderlichen Visums oder des erforderlichen Aufenthaltstitels ist" als Anscheinsbeweis aus.[925] Die Herabsetzung der Beweishürden zugunsten des ersuchenden Staates in den Rückübernahmeabkommen der EU führt zu erheblichen Souveränitätseinbußen auf Seiten des ersuchten Staates,[926] worin sich oftmals die den Abkommen zugrundeliegenden Machtverhältnisse wiederspiegeln dürften.

c) Rückübernahmeabkommen als konzeptionelle Ergänzung

Konzeptionell ergänzen die Rückübernahmeabkommen die Migrationskontrollinstrumente und die bereits beschriebenen Externalisierungen dahingehend, dass sie für den Fall, dass die vorverlagerten Kontroll- und Illegalisierungsinstanzen eine ungewollte Einreise nicht verhindern konnten, die Person möglichst zeitnah und unkompliziert wieder aus dem direkten Verantwortungsbereich der EU, also zurück in die Außendimension, verbracht werden kann.

Rückübernahmeabkommen mit Armenien, Aserbaidschan, Kap Verde und der Türkei.

924 Siehe EuGH, *Van Duyn / Home Office* (C-41/74), EU:C:1974:133, Rn. 21/23, „[a]ndererseits besagt ein völkerrechtlicher Grundsatz […], daß [sic] ein Staat seinen eigenen Staatsangehörigen die Einreise in sein Hoheitsgebiet oder den Aufenthalt in diesem nicht versagen darf."

925 Siehe Art. 4 und 10 Abs. 3 der Rückübernahmeabkommen von 2014 (bei Kap Verde Art. 9 Abs. 3). Aber auch in den älteren Rückübernahmeabkommen reicht die Glaubhaftmachung oftmals aus, siehe Art. 5 der Rückübernahmeabkommen von 2008 mit Serbien, Montenegro sowie Bosnien und Herzegowina.

926 Siehe *Carrera*, Implementation of EU Readmission Agreements, S. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Hotspots

Das Konzept der Hotspots wurde von der Kommission im Rahmen der Sofortmaßnahmen in der Europäischen Migrationsagenda 2015 vorgestellt. Es soll demnach ein Konzept entwickelt werden, „bei dem das Europäische Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO), Frontex und Europol vor Ort mit Mitgliedstaaten an den Außengrenzen zusammenarbeiten werden, um ankommende Migranten rasch erkennungsdienstlich zu behandeln, zu registrieren und ihre Fingerabdrücke abzunehmen […]. Bei nicht schutzbedürftigen Personen wird Frontex die Mitgliedstaaten durch Koordinierung der Rückführung irregulärer Migranten unterstützen."[927] Zwischenzeitlich wurden auf den griechischen Inseln Chios, Kos, Leros, Lesbos und Samos und in den italienischen Küstenorten Messina, Trapani, Pozzallo und Taranto sowie der italienischen Insel Lampedusa entsprechende Einrichtungen aufgebaut.[928] Die geographische Verteilung der Hotspots auf den griechischen Inseln unterstreicht den engen Zusammenhang des Hotspot-Konzepts mit der EU-Türkei-Erklärung,[929] welche die Rückführung aller illegalisierten Migrant*innen, die ab dem 20. März 2016 von der Türkei auf die griechischen Inseln gelangen, vorsieht.[930]

Da die betroffenen Personen meist kein Interesse an einer Verlegung in die Hotspots haben und vielmehr eine Weiterreise nach eigenen Vorstellungen anstreben, ist die Funktionalität der Hotspots vom Einsatz von Zwangsmitteln abhängig.[931] Wenngleich die GFK keine Vorgaben zur Haft beinhaltet, fordert sie grundsätzlich Freizügigkeit für Flüchtlinge, was ab dem Zeitpunkt der Antragstellung gilt.[932] In jedem Fall anwendbar sind das Recht auf Freiheit aus Art. 5 EMRK bzw. Art. 6 GRC sowie die se-

927 Siehe, Europäische Kommission, Die Europäische Migrationsagenda, COM(2015) 240 final vom 13.5.2015, S. 7.

928 Siehe *Mentzelopoulou/Luyten*, PE 623.563: Hotspots at EU External Borders – State of Play, S. 3 f., welche ferner diverse italienische Häfen identifizieren, welche faktisch als Hotspots fungieren.

929 Siehe *Mentzelopoulou/Luyten*, PE 623.563: Hotspots at EU External Borders – State of Play, S. 4.

930 Zu den weitreichenden Folgen des Abkommens auf das türkische Grenz- und Migrationsregime siehe *Hess/Heck*, in: *Ataç/Heck/Hess u.a.* (Hrsg.), Turkey's Changing Migration Regime and its Global and Regional Dynamics, S. 35-52.

931 Siehe *Markard/Heuser*, ZAR 2016, S. 165-172 (166).

932 Siehe Art. 26 GFK. Als Ausnahme kommt Haft als Maßnahme im Rahmen von Art. 9 und 32 GFK in Betracht. Siehe hierzu auch *Hathaway*, The Rights of Refugees under International Law, S. 414, und *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, S. 462 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kundärrechtlichen Vorgaben in der AufnahmeRL, RückführungsRL und Dublin III-VO, welche teils erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der bestehenden Praxis aufwerfen.[933] Der EuGH hingegen sah in der Unterbringung im griechischen Hotspot auf Chios keinen Verstoß gegen Art. 3 EMRK und verneinte auch eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK.[934]

Ohne die prekären Verhältnisse in den Hotspots marginalisieren zu wollen, soll die tatsächliche Ausgestaltung in der Praxis vorliegend jedoch außer Acht bleiben. Für die vorliegende Untersuchung stehen vielmehr die allgemeine Konzeption und die damit einhergehenden Verschiebungen bei der Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierungen im Fokus.

a) Konzeption

Konzeptionell ist zunächst die Zusammenarbeit der EU-Agenturen EASO, Frontex und Europol in den Hotspots hervorzuheben. Wenngleich deren Einsatz grundsätzlich auf die gezielte Unterstützung des Mitgliedstaates ausgelegt ist, sind sie umfassend in die Prozesse in den Hotspots eingebunden.[935] So wird in jedem Einsatzmitgliedstaat ein gemeinsames operatives Hauptquartier mit Vertretern der drei Agenturen (Regionale Taskforce der Europäischen Union – EURTF) aufgebaut, welches die Arbeiten der Unterstützungsteams an den Hotspots koordiniert und die enge Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden des Einsatzmitgliedstaates sicherstellen soll.[936] Expert*innen von Frontex sollen bei der Registrierung und Abnahme von Fingerabdrücken und der Vorbereitung der Rückführung unterstützen, während die EASO-Expert*innen bei der Registrierung und Dokumentation unterstützen sollen und Europol und Eurojust zusätzliche Ressourcen bereitstellen sollen.[937] Wenngleich die Mitgliedstaaten also formal

933 Siehe ausführlich hierzu *Markard/Heuser*, ZAR 2016, S. 165-172 (167 ff.), die von „[m]enschen- und europarechtswidrige[n] Internierungslager[n]“ sprechen.

934 Siehe EGMR, *J.R. et al v. Greece*, Urteil vom 25.1.2018, Nr. 22696/16, Rn. 147 und 116. Eine Verletzung der Informationspflicht aus Art. 5 Abs. 2 EMRK wurde hingehend bejaht, Rn. 124.

935 Siehe Pressemitteilung 144/16 des Europäischen Rates und des Rates der Europäischen Union, Erklärung EU-Türkei vom 18. März 2016.

936 Siehe Europäische Kommission, Bewältigung der Flüchtlingskrise: operative, haushaltspolitische und rechtliche Sofortmaßnahmen im Rahmen der Europäischen Migrationsagenda, COM(2015) 490 final vom 23. September 2015, Annex 2, S. 3.

937 Siehe Europäische Kommission, Bewältigung der Flüchtlingskrise: operative, haushaltspolitische und rechtliche Sofortmaßnahmen im Rahmen der Europä-

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weiterhin für die Verfahren zuständig sind, verdeutlicht sich der zunehmende Einfluss der EU-Agenturen und damit eine Verschiebung hinsichtlich der Akteur*innen im Prozess der Illegalisierung von Migrant*innen. Wenngleich die Festsetzung von Migrant*innen in den Hotspots an den Außengrenzen innerhalb des Unionsgebiets stattfindet[938] und somit streng genommen keine Extra-Territorialisierung im wörtlichen Sinne darstellt, ist die Externalisierungswirkung in Anbetracht der abgelegenen Orte vergleichbar mit den anderen Externalisierungsmaßnahmen[939] und dahingehend kooperativ, dass die Zustimmung des Einsatzmitgliedstaates erforderlich ist.

b) Umverteilungsmechanismen

Zum Hotspot-Konzept gehört ferner auch die Idee temporärer Umverteilungsmechanismen, nach der Menschen mit einem klaren Anspruch auf internationalen Schutz an andere Mitgliedstaaten verteilt werden, wo ihr Schutzantrag zu bearbeiten ist. Die Umverteilungsregelung ist nur auf Antragstellende anwendbar, welche aus Staaten kommen, deren Staatsangehörige eine durchschnittliche Schutzquote von über 75 Prozent vorweisen können.[940] Diese Kategorisierung von Schutzsuchenden anhand der Nationalität verdeutlicht einerseits ein pragmatisches Vorgehen unter der entwicklungsleitenden Steuerungsperspektive. Andererseits ist es eine modifi-

---

ischen Migrationsagenda, COM(2015) 490 final vom 23. September 2015, Annex 2, S. 2 f.

938 Die rechtliche Zulässigkeit von Aufnahmezentren außerhalb der EU, wie sie immer wieder zur Diskussion gestellt werden, hängt letztlich von deren konkreten Ausgestaltung ab, siehe *Berlit*, Flüchtlingsrecht in Zeiten der Krise, S. 78 m.w.N., der selbst die rechtlichen Hürden als „nicht unüberwindbar" qualifiziert. Ausführlich zur Entwicklung siehe *Engler*, Z'Flucht 2019, S. 128-145 m.w.N.

939 Siehe *Papoutsi et al.*, Journal of Ethnic and Migration Studies 2018, S. 1-13, die im Kontext der Hotspots von der Schaffung von Schwellenräumen (*liminal territorry*) sprechen.

940 Siehe Rat der Europäischen Union, Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates vom 14. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland (Abl. L 239 vom 15.9.2015), Art. 3 Abs. 2 und Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates vom 22. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland (Abl. 248 vom 24.9.2015, S. 80), Art. 3 Abs. 2. Ausschlaggebend hierfür sind die Eurostat-Daten.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zierte Fortschreibung der beschriebenen Grundprogrammierung,[941] welche eine privilegierende Einteilung anhand der Nationalität vorsieht, wenngleich hier nicht zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen, sondern zwischen Drittstaatsangehörigen unterschiedlicher Staatsangehörigkeit unterschieden wird.

VI. Zwischenresümee

Die verschiedenen Externalisierungen haben direkte Auswirkungen auf die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierungen, da sich die Örtlichkeiten und Zeitpunkte der Kontakte zwischen den Staaten und den Migrant*innen verschieben. Mit den verschiedenen Formen der Externalisierung wächst ferner die Befürchtung, dass die EU und die Mitgliedstaaten versuchen, rechtliche Bindungen im Bereich des Migrationsrechts zu umgehen.[942] Auch lässt sich im Bereich der Außendimension eine Perspektivenverschiebung beobachten. Die durch die Externalisierungen erzeugten Verlagerungen reduzieren die öffentliche Wahrnehmung der Maßnahmen. Dadurch, dass die betroffenen Personen nicht mehr (erst) auf dem Staatsgebiet in Kontakt mit den staatlichen Autoritäten treten, werden Migrant*innen und deren Behandlungen auch von der mitgliedstaatlichen Bevölkerung nicht mehr unmittelbar wahrgenommen. Dies führt zu einer Stärkung der ökonomischen Perspektive, da nicht nur das Korrektiv der Öffentlichkeit geschwächt ist, sondern auch die gerichtliche Kontrolle als Schutzinstanz der konkurrierenden humanitären Perspektive in der Außendimension stark reduziert ist.

Zwar hat der EGMR als Reaktion auf die Externalisierungsmaßnahmen den Anwendungsbereich der EMRK konsequenterweise auch auf Sachverhalte außerhalb der territorialen Hoheitsgebiete erweitert[943] und somit die

941 Siehe Kapitel 3 § 1 III.

942 Dabei ist zu beachten, dass auch der Europäische Rat betont, „dass die erforderliche Verstärkung der Kontrollen an den europäischen Grenzen jenen Personen, die die Schutzsysteme berechtigt in Anspruch nehmen können, nicht den Zugang zu diesen Systemen verwehren darf." Siehe Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl, 13440/08 vom 24. September 2008, S. 11. Zur Bindung an die Menschenrechte im Rahmen extraterritorialer Kooperationen anhand von Sorgfaltsverpflichtungen („*due diligence*") siehe *Ferstman*, GLJ 2020, S. 459-486, welche diese am Beispiel der Unterstützung Libyens durch die EU analysiert.

943 Siehe EGMR, *Loizidou v. Turkey*, Urteil vom 23. März 1995 (GK), Nr. 15318/89, Rn. 62: „*[T]he responsibility of Contracting Parties can be involved because of acts of*

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

menschenrechtliche Bindung grundsätzlich aufrecht gehalten, dies gilt jedoch entsprechend der Vorgaben in der EMRK nur dann, wenn tatsächlich auch Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Sofern dieses Maß der Kontrolle nicht erreicht wird und die Maßnahmen in der Außendimension unter der Hoheitsgewalt des Drittstaats erfolgen, entfällt die Kontrolle durch den EGMR.

Es sind jedoch nicht nur menschenrechtliche Garantien, die in der Außendimension umgangen werden. Auch die Grundsätze der Rechtstaatlichkeit sind gefährdet, wenn keine entsprechenden wirksamen Schutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Schließlich führt die Verlagerung von Prozessen und Entscheidungen in die Außendimension für die betroffenen Personen dazu, dass die tatsächlichen Entscheidungsträger*innen und Entscheidungsprozesse oftmals nicht klar erkennbar sind und die damit einhergehenden Illegalisierungen folglich nicht mehr eindeutig zugeordnet werden können.

§ 3 Die Involvierung Dritter und Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen

Migrationsspezifische Illegalisierungen sind von einer Akteur*innen- und Betroffenenvielfalt sowie einer Regelungsstreuung geprägt, welche oftmals übersehen wird. Die in diesem Abschnitt besprochenen Aspekte können im Rahmen eines Migrationsgeschehens zu verschiedenen Zeitpunkten und unter unterschiedlichen Bedingungen relevant werden, lassen sich jedoch im breit angelegten Analyserahmen der Illegalisierung sinnig und aufschlussreich mit den anderen Konstruktionselementen verbinden. Diese horizontale Verbindung verschiedener Konstruktionsmerkmale hilft dabei ein Verständnis für das komplexe Regelungsgefüge zu entwickeln, welches sich hinter dem Prozess der Illegalisierung verbirgt. Die Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen (I.) und die Einbeziehung Dritter (II.) illustrieren wesentliche strukturelle Merkmale der Konstruktion. Darüber hinaus lassen sich über einzelne Aspekte die auch in anderen Kontexten relevant sind, wie beispielsweise die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben, Querbezüge zu anderen Diskursen herstellen, welche sich dann wiederum gewinnbringend rückanbinden lassen.

---

their authorities, whether performed within or outside national boundaries, which produce effects outside their own territory".

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen

Illegalisierungen im Migrationsrecht beschränken sich nicht auf die materiell-rechtlichen Fragen hinsichtlich des Gebietszugangs und des Aufenthaltstitels, sondern finden sich, oftmals versteckt, auch in vielen anderen Regelungsbereichen, welche vordergründig ein anderes Regelungsziel verfolgen. Bei einer genaueren Betrachtung fungieren diese jedoch als Ergänzungsmaßnahmen im Regelungskomplex illegalisierter Migration. Diese Streuung von Illegalisierungsmechanismen soll im Folgenden anhand verschiedener Sekundärrechtsinstrumente exemplarisch verdeutlicht werden.

1. Die ArbeitgebersanktionenRL

Ein gutes Beispiel für das Chimärenhafte des europäischen Migrationsrechts ist die ArbeitgebersanktionenRL.[944] Deren zentrale Regelungsinhalte umfassen ein Beschäftigungsverbot für Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt[945] sowie diverse Pflichten für Arbeitgebende mit entsprechenden Sanktionen bei Zuwiderhandlung[946]. Daneben sieht die Richtlinie einen Schutz für Beschäftigte mit illegalisiertem Aufenthalt vor. Arbeitgebende müssen auch bei nach der Richtlinie illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen einschlägige Mindestlöhne zahlen und etwaige Mehrkosten für den Geldtransfer in das Land, in welches der/die illegalisiert Beschäftige zurückgekehrt ist oder zurückgeführt wurde, übernehmen.[947] Flankiert wird dies mit einem Auskunftsrecht über solche Ansprüche und korrespondierenden Mechanismen zur vereinfachten Geltendmachung.[948]

In diesem Schutz der Lohnansprüche zeigt sich eine Anerkennung der Machtverhältnisse in Arbeitsverhältnissen, wie sie auch in anderen illegalisierten Arbeitsverhältnissen, wie der sogenannten Schwarzarbeit, beobachtet werden kann. Die Arbeitgebenden agieren aus einer Machtposition, die Arbeitnehmenden sind gezwungen, sich den Umständen anzupassen. Entsprechend wurde beispielsweise im deutschen Recht, auch bei aufgrund von Schwarzarbeit nichtigen Verträgen, der Lohnanspruch auf Arbeitneh-

944 Die Ausführungen hierzu finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (139 ff.).
945 Art. 3 Abs. 1 ArbeitgebersanktionenRL.
946 Art. 4 ff. ArbeitgebersanktionenRL.
947 Art. 6 Abs. 1 lit. a und c ArbeitgebersanktionenRL.
948 Art. 6 Abs. 2 ArbeitgebersanktionenRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mendenseite, zumindest bereicherungsrechtlich, geschützt,[949] Leistungs- oder Mängelansprüche auf Arbeitgebendenseite hingegen nicht. Diese Privilegierung der Arbeitnehmendenseite in Schwarzarbeitsfällen wurde jedoch in jüngster Zeit aufgehoben.[950] Es sollen grundsätzlich keinerlei durchsetzbare Ansprüche aus dem nichtigen Arbeitsverhältnis entstehen – egal für wen. Das Gesetz verfolgt nicht „den Schutz eines oder beider Vertragspartner", sondern „die Wahrung öffentlicher Belange".[951] Bei bewussten Verstößen gegen arbeitsrechtliche Anzeige- und Meldepflichten sollen also beide Vertragsparteien gleichermaßen vom Schutz der Rechtsordnung ausgenommen werden, um eine wirkungsvolle Bekämpfung sicherzustellen.

Anders verhält es sich bei Zuwiderhandlungen gegen das Verbot illegalisierter Beschäftigung aus Art. 3 Abs. 1 ArbeitgebersanktionenRL. Hier besteht die Auffassung, dass Arbeitnehmende, insbesondere illegalisierte, gegenüber ihren Arbeitgebenden schutzbedürftig sind, in den Schutznormen aus Art. 6 fort.[952]

Diese unterschiedlichen Herangehensweisen könnten zunächst schlicht auf die unterschiedlichen Regelungsebenen zurückgeführt werden. Die gesetzgeberischen Motive der EU decken sich eben nicht immer mit den nationalstaatlichen. Außerdem sind illegalisiert beschäftigte Drittstaatsangehörige signifikant vulnerabler als „gewöhnliche" schwarzarbeitende Arbeitnehmer*innen.[953] Eine Privilegierung bei der Geltendmachung von vertraglichen Ansprüchen in Fällen mit Bezug zu illegalisierter Migration kann ferner die staatlichen Bekämpfungsintentionen stützen, da sie die Anzeigewahrscheinlichkeit erhöht.[954]

Eine dritte, etwas unerwartete, Erklärung bietet die Richtlinie selbst. Der Zweck des Beschäftigungsverbots sowie der korrespondierenden Sank-

---

949 Siehe noch BGH, VII ZR 336/89, Urteil vom 31. Mai 1990, NJW 1990, 2542.

950 BGH, VII ZR 241/13, Urteil vom 10. April 2014, NJW 2014, 1805. Zur gesetzgeberischen Intention der Gleichbehandlung, trotz meist unterschiedlicher wirtschaftlicher Stärke, siehe schon BT-Drs. 2/1111, 4.

951 BGH, VII ZR 336/89, Urteil vom 31. Mai 1990, NJW 1990, 2542 (2543).

952 Siehe *Schierle*, in: Hailbronner/Thym, Employers Sanctions Directive 2009/52/EC, Art. 6, Rn. 1.

953 Insbesondere in Arbeitsbereichen mit Vollbeschäftigung gestaltet sich das Machtverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden (genauer wäre es, speziell in diesen Konstellationen, aber auch allgemein, eigentlich von Arbeitentlohnenden und Arbeitleistenden zu sprechen) bisweilen signifikant anders, da die Abhängigkeit der Arbeitnehmenden wesentlich geringer ist.

954 Siehe *Schierle*, in: Hailbronner/Thym, Employers Sanctions Directive 2009/52/EC, Art. 6, Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionen und Maßnahmen liegt nicht, wie im Falle des Schwarzarbeitsverbots, im Schutz der Wirtschaft, des Wettbewerbs oder der Sozialkassen. Das Beschäftigungsverbot besteht nach Art. 1 „um die rechtswidrige Einwanderung zu bekämpfen", indem es, wie in Erwägungsgrund 2 formuliert, den „Anreiz" für eine rechtswidrige Einwanderung verringert, welcher in einer Beschäftigungsmöglichkeit auch ohne den erforderlichen Rechtsstatus gesehen wird.

Es handelt sich (ausschließlich) um ein Instrument der Migrationssteuerung. Die in der Richtlinie verwendete Terminologie der „illegalen Beschäftigung"[955] oder „illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen"[956] betont die Beschäftigungssituation, entscheidend für die Illegalisierung der Beschäftigung ist jedoch nicht die Arbeitserlaubnis, sondern die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts. Arbeitet beispielsweise eine Person mit einem Visum für Studierende, also mit grundsätzlich nicht illegalisiertem Aufenthalt, aber ohne entsprechende Arbeitserlaubnis,[957] greifen die strengen Sanktionsmechanismen aus der Richtlinie für die Arbeitgebenden folglich nicht.[958]

Es handelt sich bei der vordergründig arbeitsrechtlichen Vorgabe, dass Arbeitgebende nur Personen mit Aufenthaltsstatus beschäftigen dürfen, tatsächlich um ein Instrument zur Bekämpfung illegalisierter Migration, da die Arbeitgebenden zur Kontrolle der Aufenthaltstitel herangezogen werden und bei Zuwiderhandlungen mit empfindlichen Strafen rechnen müssen.[959] Mit anderen Worten lässt sich die Richtlinie somit als repressives Migrationssteuerungsinstrument im Gewand einer Arbeits- und Wirtschaftsregulierung beschreiben.

---

955 Art. 3 ArbeitgebersanktionenRL.

956 Art. 6 Abs. 1 lit. a ArbeitgebersanktionenRL.

957 Zu den Einschränkungen bei der Erwerbstätigkeit von Studierenden siehe Art. 23 REST-RL.

958 Wenngleich einige Mitgliedstaaten beschlossen haben, den Anwendungsbereich der Richtlinie auch auf Personen zu erweitern, deren (gültige) Aufenthaltserlaubnis die Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht zulässt, siehe Europäische Kommission, Mitteilung betreffend die Anwendung der Richtlinie 2009/52/EG vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, COM(2014) 286 final vom 22. Mai 2014, S. 3.

959 Zu (eigenständigen) Illegalisierungen der Arbeitgebenden siehe zugleich Kapitel 4 § 3 II. 2. a)

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Das Netz von Verbindungsbeamt*innen

Auch in anderen sekundärrechtlichen Instrumenten wird der Fokus auf die Illegalisierung erst auf den zweiten Blick sichtbar. Beispielsweise in der Verordnung zur Schaffung eines Netzes von Verbindungsbeamt*innen für Einwanderungsfragen.[960] Diese soll die Arbeit von Behördenmitarbeiter*innen in anderen Ländern koordinieren. Die Entsandten sollen Kontakte zu den Behörden des Gastlandes herstellen und aufrechterhalten,[961] sowie Informationen sammeln, welche zur Nutzung entweder auf operativer oder strategischer Ebene bestimmt sind.[962] Informationen sind zur Steuerung und zum Verständnis von Migration grundsätzlich hilfreich.

Die Verordnung in der ursprünglichen Fassung beschrieb den Zweck der Entsendung der Verbindungsbeamt*innen als Beitrag „[1.] zur Verhinderung und Bekämpfung der illegalen Einwanderung, [2.] zur Rückkehr illegaler Einwanderer und [3.] zur Steuerung der *legalen Wanderung*".[963] Sie sollen also auch die Steuerung „nicht-illegalisierter" Migration unterstützen.

Der zwar nicht abschließende, aber umfangreiche Katalog der als relevant betrachteten Informationen in Art. 2 Abs. 2 der bis 2019 geltenden Fassung umfasste jedoch ausschließlich Fragen zur illegalisierten Migration. Es ging um die „Ströme illegaler Einwanderer", deren Routen, Vorgehensweise und Anlässe, kriminelle Organisationen und Schleuseraktivitäten, Fälschungsmethoden von Reisedokumenten sowie schließlich Mittel und Wege der Rückkehr und Rückführung in die Herkunftsländer. Warum die „Einwanderungsfragen" nicht auch „nicht-illegalisierte" Bereiche umfassten, ist nicht nachvollziehbar. Wenn ein Netzwerk von informationssammelnden Beamt*innen im Ausland installiert wird, bietet dies beispielsweise auch eine Möglichkeit, hinsichtlich der Arbeitsmarktsituation Rückmeldung zu geben, um das Potenzial „nicht-illegalisierter" Einwanderung von hochqualifizierten Arbeitskräften oder Saison-Arbeiter*innen einschätzen zu können. Ebenso könnte die Möglichkeit zur Erfüllung der

960 Siehe VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung). Diese wurde am 6. Juni 2019 ersetzt durch die VerbindungsbeamtenVO.

961 Siehe Art. 3 Abs. 3 VerbindungsbeamtenVO und Art. 1 Abs. 1 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung).

962 Siehe Art. 3 Abs. 4 Art. 3 Abs. 3 VerbindungsbeamtenVO und Art. 2 Abs. 1 und 2 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung).

963 Art. 1 Abs. 1 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung) (Nummerierung und Hervorhebung durch den Verfasser).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Voraussetzungen für einen Familiennachzug evaluiert werden.[964] Die deutliche Schwerpunktsetzung der ursprünglichen Verordnung sah dies jedoch nicht vor. Betrachtet man die Schlussfolgerungen des Rats, welche der Verordnung zu Grunde liegen,[965] verdeutlicht sich diese Intention. Diese adressieren ebenfalls sowohl illegalisierte als auch „nicht-illegalisierte" Migration, der Schwerpunkt liegt jedoch wiederum auf Letzterer. Bei „nicht-illegalisierter" Migration geht es zudem vornehmlich um Integration und nicht um Zugangswege. Das Konzept der Verbindungsbeamt*innen wurde auf die Beziehungen zu Drittländern ausgerichtet, „die bei der Bekämpfung der illegalen Zuwanderung nicht mit der EU zusammenarbeiten".[966]

Im Mai 2019 wurde eine Neufassung der VerbindungsbeamtenVO beschlossen, welche eine erhebliche Neuausrichtung darstellt. Zunächst ist nun von „Verbindungsbeamten *für Zuwanderungsfragen*" anstelle von „Verbindungsbeamten *für Einwanderungsfragen*" die Rede.[967] Auch der Katalog der als relevant betrachteten Informationen wurde überarbeitet. Er umfasst nun neben den weitgehend übernommenen Informationen im Kontext illegalisierter Migration, welche oben beschrieben wurden, unter anderem auch „Maßnahmen zur Ausreisevorbereitung, die Migranten in Herkunfts- oder Aufnahmedrittländern zur Verfügung stehen und die die erfolgreiche Integration nach der legalen Ankunft in den Mitgliedstaaten fördern" und „bestehende und mögliche künftige Strategien und Möglichkeiten für eine legale Einwanderung aus Drittländern in die Union unter Berücksichtigung von Qualifikationen und der Nachfrage auf den Arbeitsmärkten der

964 Zu den erforderlichen Integrationsmaßnahmen vor Genehmigung der Familienzusammenführung, wie beispielsweise der Erwerb von Sprachkenntnissen, siehe *Hailbronner/Klarmann*, in: Hailbronner/Thym, Family Reunification Directive 2003/86/EC, Art. 7, Rn. 29 ff.

965 Europäischer Rat, Thessaloniki – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 19. und 20. Juni 2003, 11638/03 und Sevilla – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 21. und 22. Juni 2002, 13463/02 auf welche auch die ErwGr. 2 und 3 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung) Bezug nehmen.

966 Europäischer Rat, Thessaloniki – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 19. und 20. Juni 2003, 11638/03, Punkt II. 19 f., S. 5 f.

967 Siehe Art. 2 Abs. 1 VerbindungsbeamtenVO (Hervorhebung durch den Verfasser). Dies scheint jedoch nur in der deutschen Sprachfassung der Fall zu sein. In der englischen, spanischen, französischen, portugiesischen, niederländischen, italienischen und dänischen Sprachfassung findet sich eine entsprechende sprachliche Verschiebung nicht. Dort wird in beiden Fassungen von *immigration*, *inmigración*, *immigration*, *imigração*, *immigratie*, *immigrazione* bzw. *indvandring* gesprochen.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mitgliedstaaten sowie von Neuansiedlungs- und sonstigen Schutzinstrumenten".[968]

Die Neufassung der Verordnung geschah explizit in Reaktion auf den „drastische[n] Anstieg gemischter Migrationsströme in den Jahren 2015 und 2016" und ist Ausdruck der politischen Zielsetzung „irreguläre und unkontrollierte Migrationsströme durch sichere und gesteuerte Einreisemöglichkeiten zu ersetzen".[969] Die Förderung der „Prävention und Bekämpfung von illegaler Einwanderung" ist weiterhin ein zentrales Ziel der Regelung, nunmehr jedoch eingebettet in einen „umfassenden Ansatz eine[r] besseren Steuerung der Zuwanderung".[970] Wenngleich der Anstoß für die Überarbeitung der VerbindungsbeamtenVO im „EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten"[971] erfolgte, wurde der Ansatz im Gesetzgebungsprozess erweitert und eine umfassendere Aufgabe der Verbindungsbeamt*innen angestrebt. Da die Verhandlungsposition des Rates sich hauptsächlich auf die „Verstärkung der Rolle der Verbindungsbeamten bei der Bekämpfung der Schleusung von Migranten und bei der Erhebung von Informationen zur Unterstützung des Grenzmanagements an den Außengrenzen der EU" beschränkte[972] und die Änderungsvorschläge die Erweiterung auf Schutzalternativen im Drittstaat und Aufnahme von kriminellen Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Schmuggel von Migrant*innen umfassten,[973] lässt sich eine tatsächliche Verlagerung des Tätigkeitsschwerpunktes der Verbindungsbeamt*innen in der Praxis bezweifeln.

Dennoch zeigt die Gesetzesänderung eine Verschiebung der Perspektiven auf. Während es in der bisherigen Fassung fast ausschließlich um illegalisierte Migration ging und somit die nützlichkeitsorientierte ökonomische Perspektive klar dominant war, kommt nun verstärkt auch die neutrale Ordnungsperspektive zur Geltung und im Hinblick auf „nicht-illegalisierte" Zugangsmöglichkeiten sogar die altruistische Perspektive, so dass

968 Siehe Art. 3 Abs. 4 lit. h und k VerbindungsbeamtenVO.
969 Siehe ErwGr. 2 und 3 VerbindungsbeamtenVO.
970 Siehe ErwGr. 5 VerbindungsbeamtenVO.
971 Siehe Europäische Kommission, EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten (2015-2020), COM(2015) 285 final vom 27. Mai 2015.
972 Siehe Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 14.11.2018. Daneben wurden die Einführung eines Lenkungsausschusses und die Bereitstellung von Mitteln aufgeführt.
973 Siehe Rat der Europäischen Union, ST 14356 2018 INIT vom 15. November 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich nun, ganz im Sinne des (neuen) umfassenden Ansatzes, alle drei entwicklungsleitenden Perspektiven in der Regelung wiederfinden.

Mit der Aktualisierung der FrontexVO Ende 2019 werden die darin vorgesehenen Verbindungsbeamten in Drittstaaten in das mit der VerbindungsbeamtenVO geschaffene Netz „eingebunden".[974] Diese werden vorrangig in Drittstaaten entsandt, „die der Risikoanalyse zufolge ein Ursprungs- oder Durchgangsland für illegale Einwanderung sind." Die Frontex-Verbindungsbeamten werden entsendet, „um einen Beitrag zur Prävention und Bekämpfung illegaler Einwanderung und zur Rückkehr von zur Rückkehr verpflichteten Personen zu leisten."[975] Insofern lässt sich damit auf ein Wiedererstarken der nützlichkeitsorientierten Perspektive in der Konzeption des Netzes von Verbindungsbeamt*innen schließen. Neben diesem anschaulichen Changieren der Perspektiven in der sich wandelnden Gesetzeskonstruktion sind aus dekonstruktiver Sicht auch die Verlagerungen der Regelungen interessant. Das nützlichkeitsorientierte Ziel der Bekämpfung illegalisierter Migration im Rahmen des Netzes von Verbindungsbeamt*innen wurde letztlich lediglich auf der Ebene des Sekundärrechts verschoben. Auf die Nivellierung in der VerbindungsbeamtenVO folgte die Einführung in der FrontexVO. Solche horizontalen Verschiebungen in der Konstruktion lassen sich nur bei einer entsprechenden Analysebreite nachvollziehen.

3. Die BeförderungsdatenRL

Eine ähnliche Beobachtung lässt sich auch hinsichtlich der sekundärrechtlich in der BeförderungsdatenRL normierten Pflicht von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln, feststellen. Diese Angaben umfassen neben gewöhnlichen Daten wie Name, Staatsangehörigkeit, Geburtsdatum und Dokumentennummer auch Reisespezifika wie Abreise- und Ankunftszeit, Grenzübergangsstelle und Abreiseort.[976] Eine solche Obliegenheit erscheint zunächst neutral und ließe sich vielfältig sinnvoll deuten und nützlich einsetzen. Beispielsweise könnten die Informationen für verkehrspolitische oder touristische Zwecke genutzt werden. Eindeutiger Zweck der Richtlinie ist es aber, „die Grenzkontrol-

974 Siehe Art. 77 Abs. 1 FrontexVO.
975 Siehe Art. 77 Abs. 3 FrontexVO.
976 Siehe Art. 3 Abs. 2 BeförderungsdatenRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

len zu verbessern und die illegale Einwanderung zu bekämpfen".[977] Anders als bei der FluggastdatenRL, welche der allgemeinen Terrorismus- und Kriminalitätsbekämpfung dienen soll und nur innerhalb dieses weiten Anwendungsbereichs (auch) Aspekte der illegalisierten Migration erfasst,[978] dient die BeförderungsdatenRL gemäß ihrer Zweckbestimmung ausschließlich der Verbesserung der Grenzkontrollen und der Bekämpfung illegalisierter Migration.

4. Verschleierte Regelungsziele

Diese Beispiele verdeutlichen die inhaltliche Fokussierung auf den Bereich der illegalisierten Migration in Richtlinien, welche *prima facie* einen umfassenden Anwendungsbereich vermuten lassen. Diese verschleierten Regelungsziele unterstreichen die Notwendigkeit, den Blickwinkel bei der Betrachtung illegalisierter Migration zu weiten, um der Vielfältigkeit der Konstruktion gerecht zu werden.

II. Die Einbeziehung Dritter im Kontext migrationsspezifischer Illegalisierungen

Nicht-Migrieren schützt vor migrationsspezifischer Illegalisierung nicht. Auch Personen, die selbst nicht migrieren oder migriert sind, werden in Prozesse migrationsspezifischer Illegalisierungen einbezogen: einerseits aufgrund von eigenen Handlungen im Migrationskontext (I.), andererseits durch die Übertragung von Aufgaben (II.). Die Involvierung von Dritten als Konstruktionselement migrationsspezifischer Illegalisierungen ist einerseits in Anbetracht der Konzeption der vorliegenden Arbeit von besonderem Interesse, da Elemente miteinander verknüpft werden, welche ansonsten meist in getrennten Kontexten behandelt werden. Andererseits schafft deren Einbeziehung besondere (Zwischen-)Formen von Illegalitäten, da Dritte auch von einer (partiellen) Illegalisierung betroffen sind.

977 Siehe Art. 1 BeihilfeRL und nahezu identisch auch ErwGr. 1 BeförderungsdatenRL.

978 Siehe Kapitel 4 § 1 III. 1. d).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Migrationsspezifische Illegalisierungen von Nicht-Migrant*innen

Wie eingangs erwähnt beschränken sich die Illegalisierungen im Migrationsrecht nicht auf den Personenkreis der Migrant*innen selbst. Es gibt eine Vielzahl an Handlungen Dritter, welche in diesem Zusammenhang ebenfalls involviert und illegalisiert werden. Bereits erwähnt wurden das Beschäftigen von Personen mit illegalisiertem Aufenthalt sowie die Nicht-Kooperation von Beförderungsunternehmen mit den Grenzbehörden. In diesem Zusammenhang werden Arbeitgebende bzw. Beförderungsunternehmen, wenngleich selbst nicht migrierend, in einem migrationsspezifischen Kontext von Illegalisierungen erfasst, wenn sie Migrant*innen Arbeit geben bzw. befördern.[979]

Der wohl wichtigste Bereich, in welchen Dritte vom migrationsspezifischen Illegalisierungszusammenhang erfasst werden, ist jedoch die Beihilfe zur illegalisierten Migration[980] sowie der Menschenhandel und -schmuggel.[981]

a) Die Beihilfe zur illegalisierten Migration

Ausgangspunkt ist die Richtlinie zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt. Diese sieht zunächst eine generelle Ausnahme für die Hilfe zur illegalisierten Einreise, Durchreise und Aufenthalt von Angehörigen der Mitgliedstaaten vor.[982] Das ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert. Zum einen wird damit klargestellt, dass auch die Migration von EU-Bürger*innen illegalisiert sein kann. Andernfalls wäre eine Beihilfe schon gar nicht möglich und müsste nicht explizit ausgeschlossen werden. Das ist in Anbetracht des definitorischen Ausschlusses von EU-Bürger*innen vom illegalisierten Aufenthalt in der RückführungsRL[983] nicht frei von Widerspruch. Zum anderen ver-

979 Siehe zur ArbeitgebersanktionenRL auch Kapitel 4 § 3 I. 1 und Kapitel 4 § 3 II. 2. a) sowie zu den Pflichten der Beförderungsunternehmen Kapitel 4 § 3 I. 3 und Kapitel 4 § 3 II. 2. b) und c).

980 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a und b) BeihilfeRL.

981 Die Ausführungen hierzu finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (147 ff.).

982 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a und b BeihilfeRL, wonach lediglich Personen erfasst sind, die nicht Angehörige eines Mitgliedstaats sind.

983 Siehe Art. 3 Nr. 2 RückführungsRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wundert der diesbezügliche Ausschluss der Beihilfe. Wenn die Richtlinie (zu Recht) davon ausgeht, dass auch EU-Bürger*innen Einreise- und Aufenthaltsvorschriften verletzen können, ist es nicht nachvollziehbar, warum die Beihilfe dazu nicht gleichermaßen illegalisiert werden soll. Eine dahingehende Erklärung, dass die „nicht-illegalisierte" Ausübung der Personenfreizügigkeit, welche dem ganz überwiegenden Teil der Angehörigen der Mitgliedstaaten zusteht, nicht dadurch erschwert werden soll, dass Unterstützungshandlungen unter dem Damoklesschwert der Illegalisierung stehen, kann nicht überzeugen, da die Richtlinie für eine Sanktionierung stets Vorsatz fordert. Die Richtlinie wurde im Gesetzgebungsprozess ausgiebig diskutiert.[984] Eine Begründung für den Ausschluss der Beihilfe für EU-Bürger*innen findet sich dennoch nicht.

Die aus der Richtlinie folgende Verpflichtung der Sanktionierung erstreckt sich auf die Hilfe in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates einzureisen, durchzureisen[985] oder sich dort aufzuhalten,[986] jedoch nur, sofern dies vorsätzlich und unter Verletzung der Rechtsvorschriften des betreffenden Staates geschieht. Während die Beihilfe zur illegalisierten Ein- und Durchreise generell sanktioniert werden soll, wird für die Beihilfe zum illegalisierten Aufenthalt zusätzlich ein Handeln zu Gewinnzwecken gefordert. Ferner besteht die Möglichkeit, von einer Sanktionierung der Beihilfe zur Ein- und Durchreise abzusehen, wenn mit der Handlung eine humanitäre Unterstützung der Person bezweckt wurde[987]. Diese humanitäre Ausnahmemöglichkeit besteht nur für die Beihilfe zur illegalisierten Ein- und Durchreise, im Fall der Beihilfe zum illegalisierten Aufenthalt hingegen nicht. Zugegebenermaßen stehen Gewinnzwecke und humanitäre Unterstützung in einem gewissen Widerspruch. Aber auch humanitäre Projekte müssen in einer kapitalistischen Ordnung wirtschaftlich operieren. Eine humanitäre Unterstützung ist folglich nicht zwingend von Gewinnzwecken losgelöst. Die mit dem zusätzlichen Erfordernis der Gewinnzwecke intendierte Privilegierung der Beihilfe zum Aufenthalt gegenüber der Beihilfe zur Ein- und Durchreise kann somit in einigen Konstellationen in eine gegenteilige Ordnung umschlagen.

984 Die Richtlinie wurde damals noch im Konsultationsverfahren gegen den Widerstand des Parlaments verabschiedet, siehe ABl. 2001 C 276/244.
985 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a BeihilfeRL.
986 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. b BeihilfeRL.
987 Siehe Art. 1 Abs. 2 BeihilfeRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Fehlende Definition

Die Frage, welche der Richtlinientitel zu beantworten vorgibt,[988] nämlich unter welchen Umständen eine Einreise, Durchreise oder der Aufenthalt als unerlaubt anzusehen ist, bleibt leider weitestgehend offen. Die Richtlinie beschränkt sich diesbezüglich auf den Verweis auf die „Rechtsvorschriften des betreffenden Staates"[989] und bringt somit erneut die kohärenzgefährdende, hybride Rechtsnatur vieler sekundärrechtlicher Regelungen zum Ausdruck.

bb) Anstiftung und Beihilfe zur Beihilfe

Schließlich fordert die Richtlinie in Art. 2 auch eine Sanktionierung der Anstiftung und der Beihilfe (zur Beihilfe) sowie des Versuchs der Beihilfe und in Art. 3, dass die Sanktionen wirksam, angemessen und abschreckend sind. Wie weit diese – im Strafrecht grundsätzlich nicht unübliche – Ausweitung des Täter*innenkreises reicht, wird erst auf den zweiten Blick deutlich. Die diesbezügliche Haupttat ist ja an sich bereits eine bloße Beihilfe. Die damit einhergehende Strafbarkeit der versuchten Beihilfe ist zumindest dem deutschen Strafrecht ansonsten fremd.[990] Auch eine versuchte Anstiftung ist im deutschen Strafrecht grundsätzlich nur bei Verbrechen möglich.[991] Bei Straftatbeständen mit Migrationsbezug ist der Kreis an strafrechtlich sanktionierbaren Personen im Ergebnis wesentlich weiter.

988 Der vollständige Titel ist: Richtlinie 2002/90/EG des Rates vom 28. November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ABl. 2002 L 328/17.

989 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a und b BeihilfeRL.

990 Siehe, anstatt vieler, *Kudlich*, in: Heintschel-Heinegg, § 27 StGB, Rn. 22. Die von der Richtlinie geforderte Strafbarkeit findet sich jedoch in § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG entsprechend umgesetzt.

991 Die Strafrahmen der entsprechenden Haupttaten in § 95 Abs. 1 AufenthG beträgt jedoch lediglich bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bzw. in § 95 Abs. 3 AufenthG bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Die nach § 12 Abs. 1 i.V.m § 30 Abs. 1 StGB für eine Qualifizierung als Verbrechen und damit einhergehende Strafbarkeit des Versuchs der Anstiftung notwendige Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe ist somit nicht gegeben. Dennoch ist auch der Versuch einer Anstiftung nach § 96 Abs. 1, Abs. 3 AufenthG strafbar.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK

Mangels „nicht-illegalisierter" Einreisemöglichkeiten bleibt Schutzsuchenden meist nur die Einreise auf illegalisiertem Wege. Dieses Dilemma wird in Art. 31 Abs. 1 GFK aufgegriffen. Dort wird für Flüchtlinge ein Pönalisierungsverbot für die illegalisierte Einreise und den illegalisierten Aufenthalt normiert.[992] Dieses ist einerseits für sich genommen im Kontext migrationsspezifischer Illegalisierungen allgemein interessant, da es eine Grenze für Illegalisierungen normiert, andererseits im Bereich der Beihilfe, da die mögliche Straffreiheit der migrierenden Person auch Fragen hinsichtlich der Strafbarkeit der Unterstützungshandlungen von Dritten aufwirft. Im Folgenden soll zunächst auf Umfang und Inhalt des Pönalisierungsverbotes eingegangen werden, bevor dessen Rolle auf Unionsebene beleuchtet und abschließend die Anwendung anhand der Umsetzung im deutschen Recht exemplarisch dargestellt werden wird.

aa) Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK

Art. 31 Abs. 1 GFK sieht vor, dass die Konventionsstaaten „wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Artikel 1 bedroht waren und die ohne Erlaubnis in das Gebiet der vertragschließenden Staaten einreisen oder sich dort aufhalten, vorausgesetzt, dass sie sich unverzüglich bei den Behörden melden und Gründe darlegen, die ihre unrechtmäßige Einreise oder ihren unrechtmäßigen Aufenthalt rechtfertigen." Das Pönalisierungsverbot bildet mit dem Non-Refoulement Prinzip den Kern des internationalen Flüchtlingsrechts und ist entscheidend für die Möglichkeit, Zugang zu effektiven Schutzsystemen zu bekommen.[993] Aufgrund des lediglich deklaratorischen Charakters der Anerkennung als Flüchtling,[994] wird bis zu einer endgültigen Ablehnung der Rechtsstellung als Flüchtling von einer Vorwirkung des Flüchtlingsschutzes ausgegangen, welche auch das Pönalisierungsver-

992 Art. 31. Abs. 1 GFK verlangt, dass „[d]ie vertragschließenden Staaten […] wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen".

993 Siehe *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, S. 81-90 (81).

994 Siehe *UNHCR*, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bot erfasst.[995] Auch bei Personen mit subsidiärem Schutz oder anderen Schutztiteln lässt sich für eine entsprechende Anwendung argumentieren, was jedoch bislang keine weitreichende Akzeptanz gefunden hat.[996] Das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Einreise führt regelmäßig zu Schwierigkeiten, da die Einreise meist über einen Drittstaat erfolgt. Sofern ein Drittstaat jedoch nur als „Durchgangsland" genutzt wird, soll dies dem Erfordernis der Unmittelbarkeit aber nicht entgegenstehen.[997]

Während die unverzügliche Behördenmeldung meist relativ unproblematisch ist,[998] ist der Schutzumfang kontrovers. Einerseits stellt sich die Frage, ob die Straffreiheit nur das Strafrecht (im engeren Sinne) betrifft, oder auch zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Instrumente umfasst. Aus dem Sinn und Zweck der Norm, nämlich dem Ausschluss einer Bestrafung von Schutzbedürftigen, ist eine enge Auslegung abzulehnen und ein weites Verständnis von „Strafen" vorzuziehen, welches auch Ordnungswidrigkeiten und zivilrechtliche Instrumente umfasst.[999] Andererseits ist der Umfang der erfassten Delikte umstritten. Da der Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 GFK nur die unrechtmäßige Einreise und den unrechtmäßigen Aufenthalt nennt, stellen einige Staaten die Verwendung gefälschter Papiere bei der Einreise weiterhin unter Strafe.[1000]

---

995 Siehe *Goodwin-Gill*, in: *Feller/Nicholson/Türk* (Hrsg.), Refugee Protection in International Law, S. 185-252 (S. 193 und 219 Punkt 7).

996 Siehe *Costello*, UNHCR PPLA/2017/01: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, S. 12 f. m.w.N.

997 Siehe *UNHCR*, UNHCR's Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers, S. 2 Punkt 4, sowie zur Anerkennung in der deutschen Rechtsprechung und Kommentarliteratur *Hoboff*, in: Kluth/Heusch, § 95 AufenthG Rn. 109 m.w.N.

998 Die Unverzüglichkeit ist nicht anhand eines festen Zeitraums zu bestimmen, sondern individuell unter Berücksichtigung der besonderen Umstände, in welchen sich Flüchtlinge befinden, siehe *Costello*, UNHCR PPLA/2017/01: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, S. 28.

999 Siehe *Costello*, UNHCR PPLA/2017/01: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, S. 32 ff. m.w.N.

1000 Strafen sind hierfür beispielsweise in Deutschland, Österreich und Frankreich vorgesehen, während dies in den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich als vom Pönalisierungsverbot erfasst angesehen wird, siehe *Costello*, UNHCR PPLA/2017/01: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, S. 39 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Art. 31 Abs. 1 GFK im Unionsrecht

Neben dem primärrechtlichen Gebot des Einklangs mit der GFK aus Art. 78 AEUV, wird die GFK im migrationsrelevanten Sekundärrecht der EU oftmals erwähnt[1001] und teils darauf verwiesen.[1002] Auch der EuGH hat die GFK wiederholt als „wesentlichen Bestandteil des internationalen Rechtsrahmens für den Schutz von Flüchtlingen" bezeichnet,[1003] sieht sich jedoch für die Auslegung von Art. 31 GFK selbst als nicht zuständig an.[1004] Die Kompetenz des EuGH aus Art. 267 AEUV erstreckt sich „lediglich auf die Rechtsvorschriften, die zum Unionsrecht gehören" und umfasst somit internationale Übereinkommen, die von der Union geschlossen worden sind, nicht jedoch solche zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten.[1005] Insoweit ist die Nichtzuständigkeitserklärung eindeutig, da die EU selbst der GFK nicht beigetreten ist. Die Zuständigkeit im Vorlageverfahren besteht jedoch auch, „wenn und soweit die Union die Zuständigkeiten übernommen hat, die zuvor von den Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich einer nicht von der Union geschlossenen internationalen Übereinkunft ausgeübt wurden, und die Bestimmungen dieser Übereinkunft damit für die Union bindend geworden sind".[1006] Da trotz des Erlasses mehrerer Unionsrechtsakte im Anwendungsbereich der GFK die Zuständigkeiten nicht vollständig auf die Union übergegangen sind, sieht sich der EuGH dennoch nicht befugt, die GFK auszulegen, woran auch der Hinweis in Art. 78 AEUV nichts ändere, welcher fordert, dass die gemeinsame Politik im Bereich Asyl mit der GFK im Einklang stehen muss.[1007] Eine Ausnahme findet sich in der Rechtsprechung des EuGH bei Fällen, in welchen das Unionsrecht auf eine bestimmte Norm in der GFK verweist.[1008] Insofern könnte der Verweis auf Art. 31 GFK in Art. 14 Abs. 6 der Qualifikations-RL die Auslegungskompetenz des EuGH begründen, was im Übrigen auch der Zwecksetzung in Erwägungsgrund 23 die „zuständigen innerstaatli-

1001 Siehe beispielsweise ErwGr. 3 Dublin III VO oder ErwGr. 3 AufnahmeRL.
1002 Siehe Art. 14 Abs. 6 QualifikationsRL.
1003 Siehe statt vieler nur EuGH, *X* (C-199/12), EU:C:2013:720, Rn. 39 m.w.N.
1004 Siehe EuGH, *Qurbani* (C-481/13), EU:C:2014:2101, Rn. 29.
1005 Siehe EuGH, *TNT Express Nederland* (C-533/08), EU:C:2010:243, Rn. 59 ff. m.w.N. zur entsprechenden Rechtsprechung des EuGH.
1006 Siehe EuGH, *TNT Express Nederland* (C-533/08), EU:C:2010:243, Rn. 62 m.w.N. zur Rechtsprechung des EuGH.
1007 Siehe EuGH, *Qurbani* (C-481/13), EU:C:2014:2101, Rn. 24.
1008 Siehe EuGH, *Bolbol* (C-31/09), EU:C:2010:351 und *Abed El Karem El Kott u*. a. (C-364/11), EU:C:2012:826.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention zu leiten" dienen würde. Der EuGH lässt diese Möglichkeit einer Zuständigkeitsbegründung explizit offen, sieht diese im zugrundeliegenden Verfahren jedoch nicht gegeben, da diese weder in der Vorlagefrage aufgeworfen worden, noch entscheidungserheblich gewesen sei.[1009] Die Möglichkeit einer harmonisierenden Auslegung durch den EuGH besteht also grundsätzlich, ist bislang jedoch nicht erfolgt. Daher kommt den Anwendungen der Norm auf nationaler Ebene besondere Bedeutung zu, welche im Folgenden anhand der Rechtslage in Deutschland[1010] exemplarisch dargestellt werden soll.

cc) Die Rechtslage in Deutschland (§ 95 Abs. 5 AufenthG)

Nach überwiegender Auffassung erstreckt sich der auf Art. 31 Abs. 1 GFK gestützte Strafschutz nicht auf anlässlich der illegalisierten Einreise oder des illegalisierten Aufenthalts begangene Begleitdelikte, wie beispielsweise Urkundendelikte.[1011] Ferner schützt das Strafverbot zunächst nur die migrierte Person selbst. Dritte sind von diesem Strafschutz nicht umfasst. Nach der deutschen Strafrechtsdogmatik gibt es zwar keine Teilnahme ohne vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK, umgesetzt im nationalen Recht in § 95 Abs. 5 AufenthG, wird jedoch überwiegend nicht als Rechtfertigungsgrund ange-

1009 Siehe EuGH, *Qurbani* (C-481/13), EU:C:2014:2101, Rn. 28.

1010 Die Rechtslage in Deutschland war auch Gegenstand des Vorlageverfahrens in EuGH, *Qurbani* (C-481/13), EU:C:2014:2101. Vorgelegt hatte das Amtsgericht Würzburg.

1011 So in der Tendenz auch das BVerfG in seinem ausführlich begründeten Nichtannahmebeschluss, BVerfG, 2 BvR 450/11, Beschluss vom 8. Dezember 2014, NVwZ 2015, 361, jedoch einschränkend, wenn eine „notstandsähnliche Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit" vorliegt, 366, Rn. 53 ff. Kritisch in den Anmerkungen dazu, *Hörich/M. Bergmann*, NVwZ 2015, S. 367-368, die ausgehend vom geschützten Rechtsgut die Sinnhaftigkeit einer Sanktionierung bezweifeln (368). Für einen Ausschluss der Begleitdelikte von der Strafbefreiung siehe *Senge,* in: Erbs/Kohlhaas, § 95 AufenthG, Rn. 68; *Hoboff*, in: Kluth/Heusch, § 95 AufenthG, Rn. 106. A.A. ausführlich *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, S. 81-90 (87 ff.), 87 ff., und dem explizit folgend AG Korbach, InfAuslR 2012, 43, sowie *Fahlbusch*, in: Hofmann, § 95 AufenthG, Rn. 262 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sehen, sondern als persönlicher Strafaufhebungsgrund.[1012] Somit besteht die rechtswidrige Haupttat fort und die Teilnahme ist weiterhin strafbar. Der Kreis der Personen, welche im Rahmen der Beihilfe zur illegalisierten Einreise und Durchreise sowie zum illegalisierten Aufenthalt sanktionierbar sind, ist damit nicht nur untypisch weit gefasst, er ist auch von den privilegierenden Einschränkungen der GFK ausgeschlossen. Während der weit gefasste Täter*innenkreis vor dem Hintergrund von oftmals stark verzweigten Netzwerken der Migrationshilfe nachvollziehbar ist, ist der Ausschluss von Begleitdelikten und Dritten vom Strafverbot schwerer verständlich.

Das BVerfG vertritt die Auffassung, dass sich trotz des in der GFK geforderten, möglichst hohen Schutzniveaus, welches allgemein für eine weite Auslegung spricht, nicht unmittelbar aus der GFK ein Strafverbot hinsichtlich der Begleitdelikte ergibt.[1013] Entscheidend für die Erfassung vom Strafausschluss sei vielmehr, ob das Delikt in einer notstandsähnlichen Situation verübt worden ist. Neben der Frage nach der Notstandsähnlichkeit der Situation, erscheint es aber sinnvoll, auch die betroffenen Rechtsgüter in die Entscheidung miteinzubeziehen. Wenn sich die geschützten Rechtsgüter der jeweiligen Strafvorschrift mit denen decken, welche die Strafbarkeit der illegalisierten Einreise oder des illegalisierten Aufenthalts zu schützen versucht,[1014] sich mithin der Strafzweck gleicht,[1015] ist das Strafverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK richtigerweise ebenfalls anzuwenden. Die Forderung des BVerfG nach einer notstandsähnlichen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit mehrt ferner die Zweifel an der Einordnung als persönlicher

1012 Siehe zuletzt BVerfG, 2 BvR 450/11, Beschluss vom 8. Dezember 2014, NVwZ 2015, 361, 362 Rn. 18. Ebenso *Gericke*, in: Joecks/Miebach, § 95 AufenthG, Rn. 123; *Hoboff*, in: Kluth/Heusch, § 95 AufenthG, Rn. 106; *Winkelmann*, in: Bergmann/Dienelt, § 95 AufenthG, Rn. 15 f. A.A *Fischer-Lescano/Horst*, ZAR 2011, S. 81-90 (89 f.), die es als Rechtfertigungsgrund ansehen, sowie *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, Strafverteidiger 2015, S. 386-392 (388 f.)., jedoch unter Rückgriff auf § 34 StGB. *Hörich*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliviera, § 95 AufenthG, Rn. 275 lässt es offen, ob der Notstand nach § 34 StGB oder der Entschuldigungsgrund nach § 35 als einschlägig betrachtet wird. *Fahlbusch*, in: Hofmann, § 95 AufenthG, Rn. 247 nimmt schon einen Ausschluss auf Tatbestandsebene an.

1013 BVerfG, 2 BvR 450/11, Beschluss vom 8. Dezember 2014, NVwZ 2015, 361, 364, Rn. 34 ff.

1014 Namentlich die „Kontroll- und Steuerungsfunktion des ausländerrechtlichen Genehmigungsverfahrens“, siehe *Heinrich*, ZAR, S. 309-317 (314).

1015 So in einigen Fällen der Urkundenfälschung, wenn sich der Rechtsverkehr auf die mit der Einreiskontrolle betraute Person beschränkt, *Hörich/M. Bergmann*, NVwZ 2015, S. 367-368 (368).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Strafaufhebungsgrund und dem damit einhergehenden Ausschluss Dritter. Die Notstandsähnlichkeit rückt die Sachverhalte in die Nähe des rechtfertigenden Notstandes aus § 34 StGB. Dieser lässt als Rechtfertigungstatbestand jedoch die rechtswidrige Haupttat und somit die Strafbarkeit der Teilnahme entfallen. Gleiches wäre daher auch für die Fälle des Art. 31 Abs. 1 GFK bzw. § 95 Abs. 5 AufenthG angezeigt. Im Ergebnis ist die Einordnung des Pönalisierungsverbots als persönlicher Strafaufhebungsgrund legitimen Zweifeln ausgesetzt, und der umfassende Ausschluss von Begleitdelikten nur schwer rechtfertigbar.

2. Privatisierung hoheitlicher Aufgaben

Auch die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben[1016] stellt ein Konstruktionselement migrationsspezifischer Illegalisierungen dar, welches zunehmend an Bedeutung gewonnen hat.[1017] Dieses soll im Folgenden anhand der Einbeziehung von Arbeitgebenden (1.) und Beförderungsunternehmen im Allgemeinen (2.) bzw. Fluggesellschaften im Speziellen (3.) exemplifiziert werden, bevor abschließend die Frage der Zurechnung der Handlungen nichtstaatlicher Akteur*innen zu den Staaten thematisiert werden soll (4.). Die behandelten Formen der Privatisierung lassen sich als „indirekte Privatisierungen" begreifen, da sie nicht unmittelbar auf Vertragsbeziehungen

1016 Die Kategorien der „Privatheit" und der „Hoheitlichkeit" sind nicht naturgegeben, sondern gleichermaßen konstruiert wie die Unterscheidung von „Privatheit" und „Öffentlichkeit", deren Abgrenzung vielfach Anlass für Kontroversen – insbesondere in feministischen Debatten – war und ist, siehe nur *Ermert/Böhmer/Jähnert*, in: *Zentrum für transdisziplinäre Geschlechterstudien* (Hrsg.), Grenzziehungen von „öffentlich" und „privat" im neuen Blick auf die Geschlechterverhältniss, S. 1-11. Wenngleich nicht negiert werden soll, dass nicht abstrakt feststeht, was privat und was hoheitlich ist, werden die Zuschreibungen im Folgenden verwendet, um die Konstruktion bzw. die Verschiebungen in der Konstruktion darzustellen. Die Kooption von Arbeitgebenden und Beförderungsunternehmen stellt als Vervielfältigung der Akteur*innen im Rahmen von Illegalisierungsprozessen eine Verschiebung in der Konstruktion dar, unabhängig davon, dass bzw. wie die verwendeten Begrifflichkeiten konstruiert wurden. Bei der später in diesem Abschnitt diskutierten Frage, inwieweit „Private" durch Menschenrechte gebunden sind, werden zudem implizit auch die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den konstruierten Zuschreibungen verhandelt.

1017 Die Ausführungen hierzu finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (143 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

basieren, sondern nichtstaatliche Akteur*innen durch Haftungsregelungen kooptiert werden.[1018] Die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit unter zweierlei Gesichtspunkten von Interesse: Erstens ist die Verschiebung bei den Akteur*innen bzw. die Auslagerung für die (Re-)Konstruktion der migrationsspezifischen Illegalisierungsprozesse relevant, da sie ein bedeutsames Strukturmerkmal darstellt. Zweitens sind die einbezogenen nichtstaatlichen Akteur*innen indirekt selbst von den migrationsspezifischen Illegalisierungen betroffen, womit erneut gesonderte (Zwischen-)Formen von Illegalitäten entstehen.

a) Arbeitgebende

Ein Beispiel für die Entwicklung im Rahmen der hoheitlichen Bestrebung, Migration zu steuern und zunehmend nichtstaatliche Akteur*innen einzubeziehen, ist die Verpflichtung von Arbeitgebenden, die Aufenthaltspapiere von Arbeitnehmenden vor der Beschäftigungsaufnahme zu kontrollieren und eine Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne „rechtmäßigen Aufenthalt" zu unterlassen.[1019] Diese Kontroll- und Mitteilungsverpflichtung[1020] dient (ausschließlich) der Bekämpfung der illegalisierten Migration[1021] und ist somit ein Instrument der Migrationssteuerung im Gewand einer Arbeits- und Wirtschaftsregulierung,[1022] welches nichtstaatliche Akteur*innen in den Illegalisierungskontext einbezieht, indem diesen die Pflicht zur Prüfung der aufenthaltsrechtlichen Situation ihrer Arbeitnehmenden übertragen wird.

Abgesehen davon, dass entsprechende Prüfungen für Arbeitgebende bisweilen durchaus herausfordernd sind, ist es grundsätzlich nicht die Aufgabe nichtstaatlicher Akteur*innen, die aufenthaltsrechtliche Situation von

1018 Siehe *Gammeltoft-Hansen/Schechinger*, in: *Nollkaemper/Plakokefalos/Schechinger* (Hrsg.), The Practice of Shared Responsibility in International Law, S. 527-555 (531 f.). „Direkte" Involvierungen finden sich im Gegensatz dazu teils im Rahmen von vertraglichen Verpflichtungen privater Militär- und Sicherheitsfirmen, siehe hierzu *Davitti*, GLJ 2020, S. 487-505.

1019 Siehe Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 lit. a ArbeitgebersanktionenRL.

1020 Arbeitgebende haben nach Art. 4 Abs. 1 lit. c ArbeitgebersanktionenRL den Beschäftigungsbeginn eigenständig den Behörden anzuzeigen.

1021 Siehe Art. 1 ArbeitgebersanktionenRL.

1022 Es handelt sich hierbei somit um ein gutes Beispiel für die Diversifikation der Konstruktionselemente migrationsspezifischer Illegalisierungen siehe Kapitel 4 § 3 I.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anderen Personen zu prüfen. Durch ihre Prüfungen und Mitteilungen wirken sie jedoch gezwungenermaßen auch an der Illegalisierung von Personen mit und helfen dabei, den aufenthaltsrechtlichen Steuerungsmechanismen durch das Transponieren in die Arbeitswelt einen breiten Wirkungsbereich und eine effektivere Durchsetzung zu verschaffen. Da die Arbeitgebenden mit den Sanktionsdrohungen gezwungen werden, an der Durchsetzung von Migrationssteuerungsversuchen mitzuwirken, lässt sich dies ebenfalls als eigenständige Illegalisierung begreifen. Insofern besteht eine Parallelität zur bereits beschriebenen Konstellation bei der Beihilfe,[1023] da spezifische Formen migrationsspezifischer Illegalitäten entstehen.

b) Beförderungsunternehmen

Die bereits im Rahmen der Externalisierungen dargestellten Sanktionen für Beförderungsunternehmen[1024] sind für die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierungen nicht nur aufgrund der geographischen Verlagerung der Kontrolle in Drittstaaten relevant; auch die Übertragung der Kontrollaufgaben auf nichtstaatliche Akteur*innen ist in diesem Kontext von Bedeutung. Beförderungsunternehmen sind einerseits zur Übermittlung von Passagierdaten verpflichtet,[1025] andererseits sind sie verpflichtet, sicherzustellen, dass die von ihnen beförderten Personen über die für die Einreise erforderlichen Dokumente verfügen.[1026] Die Datenübermittlungen der Beförderungsunternehmen stellen selbstverständlich keine Grenzkontrollen dar und sollen diese auch nicht ersetzen. Die Tatsache, dass die Angaben an die „mit der Durchführung der Personenkontrollen an den Außengrenzen beauftragten Behörden" übermittelt werden, zeigt jedoch das Ineinandergreifen von auf nichtstaatliche Akteur*innen übertragenen Vorbereitungsmaßnahmen und weiterhin staatlich ausgeübten Kernbereichen.[1027] Die Verbindlichkeit dieser Einbeziehung wird durch die emp-

1023 Siehe Kapitel 4 § 3 II. 1.

1024 In der Praxis ist der Sanktions-Begriff wohl eher unüblich, es wird meist eher von Verantwortlichkeiten (*carriers' liability* oder *obligation*) und Gebühr (*charge*) gesprochen, siehe *Scholten*, The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions, S. 17.

1025 Siehe Art. 3 Abs. 2 BeförderungsdatenRL und Kapitel 4 § 3 II. 2. c).

1026 Siehe Art. 26 Abs. 1 lit. b. Schengener Durchführungsabkommen (SDÜ) und Kapitel 4 § 2 IV. 2.

1027 Aber auch die Kernbereiche sind davor nicht restlos gefeit. Im Februar 2016 hatte der Direktor von Frontex, *Fabrice Leggeri*, den Einsatz von Privatfirmen

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

findlichen Sanktionen bei Nicht-Kooperation unterstrichen,[1028] so dass auch in diesem Fall von einer eigenständigen Teil-Illegalisierung der Beförderungsunternehmen gesprochen werden kann.[1029]

Im Gegensatz zu den Privatisierungen von staatlichen Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge erfolgt die Übertragung der Migrationskontrolle an die Beförderungsunternehmen nicht freiwillig, sondern diese wird ihnen zwangsweise auferlegt, weshalb sie sich von einem klassischen *outsourcing* signifikant unterscheidet. Die Beförderungsunternehmen profitieren daher weder von den durchgeführten Kontrollaufgaben noch verstoßen sie selbst gegen die migrationsrechtlichen Vorgaben. Dennoch sind sie in dem Regelungskomplex diejenigen, die die Hauptverantwortung tragen, weshalb sich diesbezüglich zutreffend von einem *third-party liability system*[1030] oder auch von *third-party policing*[1031] sprechen lässt.

Ob die Privatisierung von Migrationskontrollen letztlich ein Kontrollzuwachs oder ein Kontrollverlust für die Staaten darstellt,[1032] lässt sich schwer beantworten.[1033] Klar ist hingegen, dass der Ansatz Ausdruck einer Transformation von Grenzen und Grenzkontrollen ist, welche nicht mehr physisch an den Rändern der Hoheitsgebiete verlaufen, sondern nunmehr

---

an den EU-Außengrenzen zur Diskussion gestellt, siehe ZDF Morgenmagazin: Frontex: „Braucht mehr Grenzbeamte" vom 3.2.2016.

1028 Art. 4 BeförderungsdatenRL fordert abschreckende, wirksame und angemessene Sanktionen und setzt lediglich finanzielle Mindeststrafbeträge fest. Auf die Möglichkeit anderer Sanktionen, auch nicht monetärer Art, im Falle schwerwiegender Verstöße wird ebenfalls explizit hingewiesen. Im deutschen Recht finden sich die Vorgaben in §§ 63 f. AufenthG umgesetzt.

1029 Entsprechend der Beihilfe zur illegalisierten Migration und der parallel konstruierten Teil-Illegalisierung von Arbeitnehmenden, siehe Kapitel 4 § 3 II. 1 und Kapitel 4 § 3 II. 2. a).

1030 Welches *Gilboy* anhand der folgenden drei Kriterien beschreibt „*(1) private entities are compelled to help deter misconduct; (2) civil and criminal sanctions exist for failure to perform duties; and (3) little or no compensation is provided to cover the costs of performing duties*", siehe *Gilboy*, Law & Policy 1998, S. 135-155 (140).

1031 „'*Third-party policing*' *describes police efforts to persuade or coerce nonoffending persons to take actions which are outside the scope of their routine activities, and which are designed to indirectly minimize disorder caused by other persons or to reduce the possibility that crime may occur.*" Siehe *Buerger/Mazerolle*, Justice Quarterly 1998, S. 301-327 (301).

1032 Bei *Bigo/Guild*, in: *Ryan/Mitsilegas* (Hrsg.), Extraterritorial Immigration Control, S. 252-273, wird dagegen die Kontrollfähigkeit der Staaten generell in Frage gestellt.

1033 Siehe *Scholten*, The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions, S. 31 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in diversifizierter Form[1034] in Räumen[1035] weit außerhalb der Hoheitsgebiete[1036] erfolgen.

c) Passagierdatenübermittlung durch Fluggesellschaften

Auch die in der 2016 verabschiedeten FluggastdatenRL geregelte Übermittlung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) durch Fluggesellschaften[1037] ist ein Beispiel für die Involvierung nichtstaatlicher Akteur*innen im Kontext migrationsspezifischer Illegalisierungen. Die Fluggesellschaften sind verpflichtet, die Buchungsdaten 24 bis 48 Stunden vor dem planmäßigen Abflug und unmittelbar nach dem die Fluggäste an Bord gegangen sind, an die zentralen Erfassungsstellen der Mitgliedstaaten zu übermitteln. Ziel der Erhebung und Weiterleitung der Fluggastdaten ist die Unterstützung der nationalen Behörden und Europols im Kampf gegen schwere Kriminalität und Terrorismus.[1038] „Schwere Kriminalität" wird dabei im Anhang der Richtlinie anhand eines Kataloges strafbaren Handlungen, die in dem jeweiligen Mitgliedstaat mit einer Höchst-Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren bedroht sind, definiert.[1039] Zu den im Anhang aufgezählten relevanten strafbaren Handlungen zählt auch die „Beihilfe zur illegalen Einreise und zum illegalen Aufenthalt".[1040] Diese ist in Deutschland mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe strafbar,[1041] womit eine Verarbeitung der Fluggastdaten zur Bekämpfung illegalisierter Migration möglich ist.

Die Erhebung und Übermittlung der Daten obliegt privaten Fluggesellschaften, welchen bei Zuwiderhandlungen abschreckende Sanktionen drohen.[1042] Sie werden somit ebenfalls als nichtstaatliche Akteur*innen gezwungen, sich an der Kontrolle und Kriminalitätsbekämpfung zu beteili-

1034 Siehe Kapitel 4 § 1.
1035 Siehe *Schulze Wessel*, Grenzfiguren – Zur politischen Theorie des Flüchtlings, die vom „Grenzraum" spricht.
1036 Siehe Kapitel 4 § 2.
1037 Siehe zur FluggastdatenRL als Migrationskontrollinstrument auch Kapitel 4 § 1 III. 1. d).
1038 Siehe Art. 6 Abs. 2 lit. a bis c FluggastdatenRL.
1039 Siehe Art. 3 Nr. 9 FluggastdatenRL.
1040 Siehe Anhang II Nr. 11 FluggastdatenRL.
1041 § 96 Abs. 1 AufenthG. In besonders schweren Fällen sind bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe möglich, § 96 Abs. 2 AufenthG.
1042 Siehe Art. 14 FluggastdatenRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen,[1043] und damit in Teilen auch eigenständig illegalisiert – in einem migrationsspezifischen Kontext.

d) Zurechnung der Handlungen nichtstaatlicher Akteur*innen

Die Übertragung der Kontrollen an private Beförderungsunternehmen wirft die Frage auf, ob bzw. inwieweit die Handlungen nichtstaatlicher Akteur*innen den Staaten zugerechnet werden können. Grundsätzlich kann Staaten nur ihr eigenes Handeln zugerechnet werden.

Wann und durch wen Staaten handeln, ist jedoch nicht immer einfach festzustellen. Die 2001 von der UN-Völkerrechtskommission erlassenen „Artikelentwürfe über die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln" geben jedoch hilfreiche Anhaltspunkte. Darin sieht Artikel 5 vor, dass „[d]as Verhalten einer Person oder Stelle, die kein Staatsorgan […] ist, die jedoch nach dem Recht des betreffenden Staates ermächtigt ist, hoheitliche Befugnisse auszuüben, […] als Handlung des Staates im Sinne des Völkerrechts zu werten [ist], sofern die Person oder Stelle im Einzelfall in dieser Eigenschaft handelt." Artikel 8 gibt vor, dass „[d]as Verhalten einer Person oder Personengruppe […] als Handlung eines Staates im Sinne des Völkerrechts zu werten [ist], wenn die Person oder Personengruppe dabei faktisch im Auftrag oder unter der Leitung oder Kontrolle dieses Staates handelt." Danach ließe sich eine völkerrechtliche Zurechnung der Handlungen der Beförderungsunternehmen an die Staaten durchaus begründen.[1044]

Neben der Staatenverantwortlichkeit könnten sich mit Blick auf die Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte der UN[1045] auch menschenrechtliche Verpflichtungen von Unternehmen begründen lassen (so-

1043 Kriminalität umfasst in diesem Fall auch die Beihilfe zur illegalisierten Einreise und zum illegalisierten Aufenthalt.

1044 Siehe *Rodenhauser*, International Journal of Refugee Law 2014, S. 223-247 (230 ff.), der eine Zurechnung bejaht.

1045 Siehe Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte: Umsetzung des Rahmens der Vereinten Nationen: „Schutz, Achtung und Abhilfe", welche vom Menschenrechtsrat in der Resolution 17/4 vom 16. Juni 2011 verabschiedet wurden; diese sollen in ein verbindliches Abkommen übertragen werden, siehe Resolution 26/9. 2018 wurde ein erster Entwurf (*zero draft*) vorgestellt, welcher 2019 nochmals überarbeitet wurde, abrufbar unter: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wohl moralisch als auch rechtlich), womit die Handlungen der Beförderungsunternehmen selbst direkt an menschenrechtlichen Maßstäben zu messen wären.[1046] Es bestehen also durchaus Begründungsmöglichkeiten, einerseits die Handlungen den Staaten zuzurechnen oder andererseits private Unternehmen zu verpflichten. Solange diese jedoch nicht fest etabliert sind und durchgesetzt werden, besteht die Gefahr menschenrechtlicher Schutzlücken bei der Übertragung von Aufgaben an nichtstaatliche Akteur*innen fort.

III. Zwischenresümee

Die beiden behandelten Themenkomplexe, die Diversifikation von Illegalisierungsmechanismen und die Einbeziehung Dritter in den Illegalisierungskontext, verdeutlichen die Vielfalt von Illegalisierungen und deren horizontale Streuung über verschiedene Regelungskomplexe hinweg.

Die bei der Diversifikation angeführten Beispiele von Regelungen mit verschleiertem Regelungsziel zeigen, dass sich Konstruktionselemente der Illegalisierung bisweilen erst auf den zweiten Blick als solche offenbaren und eine Dekonstruktion daher auch an abgelegenen Orten „suchen" muss.

Der Mehrwert des breiten dekonstruktiven Analyseansatzes offenbart sich auch am zweiten analysierten Themenkomplex, der Einbeziehung Dritter: Auch Personen, die selbst nicht migrieren, sind im Kontext migrationsspezifischer Illegalisierungen relevant, da diese einerseits eigenständig auf migrationsspezifische Weise illegalisiert werden können, und andererseits durch die (zwangsweise) Übertragung von Kontroll- und Mitteilungspflichten in Illegalisierungsprozesse einbezogen werden. Diese Dimension der migrationsspezifischen Illegalisierungsprozesse droht verloren zu gehen, wenn „illegale Migration" bzw. „illegale Migrant*innen" im Mittelpunkt stehen, da die betroffenen Personen bei der Strafbarkeit der Beihilfe[1047] selbst nicht migrieren und somit auch nicht unmittelbar Teil von Migration in einem engeren Sinne sind. Insofern akzentuiert der Abschnitt den Mehrwehrt des breiten Analyseansatzes mit Blick auf die Prozesse der Illegalisierung.

1046 Siehe *Baird/Spijkerboer*, Amsterdam Law Forum 2019, S. 4-19 (8 ff.).

1047 Die Strafbarkeit der Beihilfe bezieht sich hier auf eine nach Art. 31. Abs. 1 GFK straffreien illegalisierten Einreise oder zu einem illegalisierten Aufenthalt.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sofern Dritte im Rahmen der Beihilfe oder der unfreiwilligen Übernahme von Migrationskontrollaufgaben selbst mit Sanktionen bedroht werden, ist dies ebenfalls als eine spezifische Form migrationsspezifischer Illegalisierung zu betrachten.[1048]

Da nur einzelne Handlungen bzw. Unterlassungen von der jeweiligen Sanktionierung erfasst werden, handelt es sich lediglich um eine partielle Illegalisierung, womit erneut ein rechtlicher Graubereich eröffnet wird.

Wenngleich somit auch Dritte von Illegalisierungsprozessen erfasst werden, ist deren Status innerhalb einer (Il-)Legalitäts-Dichotomie nur schwer zu beschreiben. Während bei Migrant*innen zumindest die Migration als Abgrenzungsmerkmal existiert, so dass die zu bezeichnenden Graubereiche sich auf das Illegalitätsmerkmal beziehen,[1049] fehlt es im Rahmen der Beihilfe und Kooption schon daran. In Anlehnung an die in der vorliegenden Arbeit gewählte Terminologie[1050] müsste im Rahmen der Beihilfe wohl von (eigenständig) „illegalisierten Migrationshelfer*innen" gesprochen werden. Bei der Kooption ist die Beschreibung eines Status noch komplizierter. Am ehesten träfe es wohl die Bezeichnung als (eigenständig) „illegalisierte Helfer*innen bei der Migrationskontrolle". Insofern zeigt sich auch hier wieder der Vorteil einer Fokusverschiebung von der Person zum Prozess.[1051]

Die spezifische Illegalisierung nicht migrierter Personen im Rahmen der Beihilfe produziert dabei nicht lediglich eine besondere Ausprägung migrationsspezifischer Illegalität. Die „illegalisierten Migrationshelfer*innen" werden auf Unionsebene meist als „Schleuser" bezeichnet,[1052] womit auch eine entsprechend negativ konnotierte Subjektkonstruktion einhergeht.[1053]

1048 Zum Verständnis der Migrationsspezifität im Rahmen der vorliegenden Arbeit siehe Kapitel 2 § 4 I. 1 sowie zur Definition illegalisierter Migration Kapitel 1 § 6.

1049 Siehe hierzu die *topoi* der Grenz- und Graubereiche in Kapitel 1 § 7.

1050 Siehe Kapitel 1 § 4.

1051 Zur sich in der Terminologie widerspiegelnden Fokusverschiebung siehe Kapitel 1 § 4 I.

1052 Siehe nur Europäische Kommission, EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten (2015-2020), COM(2015) 285 final vom 27. Mai 2015.

1053 Die negative Konnotation durch den „Schleuser"-Begriff wurde in jüngerer Zeit teilweise durch den positiver besetzten Begriff der (privaten) „Seenotretter*innen" herausgefordert. Zur Rolle und Entwicklung der zivilen Seenotrettungsorganisationen im Mittelmeer siehe *Schmid*, sui generis 2018, S. 285-296. Im Hinblick auf die Wahrnehmung der zivilen Seenotrettung ist ferner der Streit um die Klassifizierung der von Nichtregierungsorganisationen bei der

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Da diese Personen von eigenständigen migrationsspezifischen Illegalisierungen betroffen sind, ist es jedenfalls wichtig, diese Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereich der Illegalisierungen nicht zu unterschlagen.

Auch die mit der Teleologie von Art. 31 Abs. 1 GFK konfligierende strafrechtliche Sanktionierung von Begleitdelikten erweitert den Anwendungsrahmen migrationsspezifischer Illegalisierungen – im Gegensatz zur Beihilfe jedoch nicht personell, sondern materiell.

Ebenso wird der Radius migrationsspezifischer Illegalisierungen durch die Involvierung nichtstaatlicher Akteur*innen erweitert. Die nichtstaatlichen Akteur*innen werden zwar selbst nur in sehr geringem Maße bzw. nur sehr indirekt illegalisiert. Insofern lassen sie sich bei einer statusorientierten Betrachtung ebenfalls schwerlich als „illegal" erfassen. Ihre Kooption verdeutlicht jedoch die Vielschichtigkeit und Komplexität von Illegalisierungsprozessen, welche migrationsspezifische Illegalitäten produzieren. Deren Involvierung führt allerdings nicht nur zu einer Vermehrung der relevanten Akteur*innen und einer Ausdifferenzierung der Illegalisierungsprozesse, sondern sie hat auch Auswirkungen auf die menschenrechtliche „Einhegung" von Illegalisierungen wenn aufgrund der Einbindung von nichtstaatlichen Akteur*innen menschenrechtliche Schutzlücken drohen – insbesondere weil deren Handlungen zwar teilweise an menschenrechtliche Schutzstandards gebunden sein oder unter Umständen auch Staaten zuzurechnen sein können, diese Konstruktionen aber noch keine weitreichende Akzeptanz gefunden haben.

Für die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalitäten ist ferner zu berücksichtigen, dass lediglich die Beförderung von Personen *ohne* die erforderlichen Dokumente sanktioniert wird, während die *Nicht*-Beförderung von Berechtigten nicht unter Strafe gestellt wird.[1054] Durch diese einseitige Sanktionierung von Beförderungsunternehmen wird die Illegalisierungstendenz durch die kooptierten nichtstaatlichen Akteur*innen in erheblichem Maße verstärkt.

Seenotrettung eingesetzten Schiffe vor den deutschen Verwaltungsgerichten illustrativ, siehe hierzu *Madjidian*, Zivile Seenotrettung vor deutschen Gerichten.

1054 Damit werden Anreize für eine präventive Nicht-Beförderung gesetzt, siehe *Kritzman-Amir*, Law & Ethics of Human Rights 2011, S. 194-215 (203).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 4 Die Instrumentalisierung von vulnerablen Personen

Ein Schutzbedürfnis liegt in vielen Fällen bereits der ursprünglichen Migrationsentscheidung (zumindest mit) zugrunde – teilweise entsteht es jedoch auch erst oder erneut in anderer Form im Zielstaat aufgrund ungleicher Teilhaberechte. Die Frage, wie mit besonders vulnerablen Gruppen verfahren wird ist unter Konstruktionsgesichtspunkten in zweierlei Hinsicht besonders interessant. Einerseits geht mit der Vulnerabilität oftmals auch eine Marginalisierung einher,[1055] so dass es sich häufig um wenig sichtbare Regelungsbereiche handelt. Andererseits lässt die besondere Schutzbedürftigkeit das Verhältnis der widerstreitenden Perspektiven besonders deutlich zutage treten.

In den Regelungen zu Opfern von Menschenhandel und illegalisiert beschäftigten Migrant*innen zeigt sich eine Instrumentalisierung der betroffenen Personen. Die Ausgestaltung der Rechte und Schutzoptionen für diese besonders gefährdeten Personengruppen lässt sich tatsächlich nicht aus einer humanitären Perspektive ableiten. Es zeigt sich vielmehr, dass sich Nützlichkeitserwägungen dahinter „verbergen".

I. Opfer von Menschenhandel

So findet sich in der Normierung des Umgangs mit Menschen, die Opfer[1056] von Menschenhandel geworden sind, eine verdeckte Instrumentali-

1055 Resultiert die Schutzbedürftigkeit beispielsweise aus einem illegalisierten Arbeitsverhältnis, fehlt es regelmäßig an einer Öffentlichkeit oder Unterstützungsstrukturen wie Gewerkschaften. Auch nach ihrer Ankunft bleiben die Opfer von Menschenhandel oft für die Öffentlichkeit „unsichtbar".

1056 Der Opferbegriff teilt nicht nur Schuld und Unschuld zu und klärt die Verantwortung für die Tat, er impliziert auch Ohnmacht, Hilflosigkeit und Schwäche. Aufgrund dieser vielfältigen Zuschreibungen wird der Opferbegriff insbesondere im Bereich sexualisierter Gewalt teils abgelehnt. Siehe *Sanyal*, Die Tageszeitung vom 13. Februar 2017, die vorschlägt, möglichst wertungsfrei von „Erlebende sexualisierter Gewalt" zu sprechen. Differenziert zu *Sanyals* Vorschlag mit weiteren Verweisen *Detjen*, ZEIT Online vom 27. Februar 2017. Trotz der nachvollziehbaren viktimologischen Bedenken wird er in diesem Rahmen verwendet um den korrespondieren „Status" in den rechtlichen Regelungen zum Ausdruck zu bringen. Zur Entwicklung des Opferbegriffs seit 1800 siehe *Goltermann*, Opfer.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sierung von Personen.[1057] Das zentrale Instrument in diesem Zusammenhang ist die MenschenhandelsopferRL.[1058] Diese beschäftigt sich dem Titel nach mit der Erteilung von Aufenthaltstiteln für Opfer von Menschenhandel und benennt als Gegenstand der Richtlinie auch die Erteilung eines befristeten Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige, die „bei der Bekämpfung des Menschenhandels und der Beihilfe zur illegalen Einwanderung kooperieren".[1059] Die Anwendung ist für die Mitgliedstaaten im Falle von Opfern des Menschenhandels obligatorisch, in Fällen bloßer Beihilfe zur illegalisierten Einwanderung hingegen fakultativ.[1060]

Die bedeutendste Regelung der Richtlinie ist die Gewährung eines befristeten Aufenthaltstitels für kooperationswillige Drittstaatsangehörige.[1061] Die Erteilung eines solchen Aufenthaltstitels steht jedoch im Ermessen der Behörden. Auch wenn die Voraussetzungen vorliegen, besteht kein Anspruch der betroffenen Personen auf die Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels.[1062] Mit dem Aufenthaltstitel geht ein Recht auf Arbeitsmarkt- und Bildungszugang einher.[1063] Davor wird eine Bedenkzeit eingeräumt, aus welcher sich zwar noch kein Aufenthaltsrecht ergibt,[1064] in der aber Zugang zu medizinischer Notversorgung und Mitteln zur Sicherung des Lebensunterhalts gewährt wird.[1065]

Ferner sieht die Richtlinie eine besondere Rücksichtnahme auf das Kindeswohl bei Minderjährigen[1066] vor sowie einen Zugang zu Programmen und Maßnahmen für die Rückführung in ein normales soziales Leben, sofern solche im jeweiligen Mitgliedstaat bestehen[1067]. Ergänzend besteht

---

1057 Die Ausführungen hierzu finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (152 f.).

1058 Daneben sind in diesem Bereich die MenschenhandelsRL und OpferschutzRL relevant, welche jedoch keine migrationsspezifischen Aspekte behandeln, siehe *Peers et al.*, EU Immigration and Asylum Law: 2nd, rev. ed Volume 2: EU Immigration Law, S. 462.

1059 Siehe Art. 1 MenschenhandelsopferRL.

1060 Siehe Art. 3 Abs. 1 und 3 MenschenhandelsopferRL.

1061 Siehe Art. 8 MenschenhandelsopferRL. Dieser ist zunächst mindestens sechs Monate gültig und gegebenenfalls verlängerbar.

1062 Siehe *Kau*, in: Hailbronner/Thym, Human Trafficking Directive 2004/81/EC, Art. 8, Rn. 2 und 8 sowie *Peers et al.*, EU Immigration and Asylum Law: 2nd, rev. ed Volume 2: EU Immigration Law, S. 465.

1063 Siehe Art. 11 Abs. 1 MenschenhandelsopferRL.

1064 Siehe Art. 6 Abs. 1 und 3 MenschenhandelsopferRL.

1065 Siehe Art. 7 Abs. 1 MenschenhandelsopferRL.

1066 Siehe Art. 10 MenschenhandelsopferRL.

1067 Siehe Art. 12 Abs. 1 MenschenhandelsopferRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach Art. 11 Abs. 3 RückführungsRL ein Verbot gegen die Person ein Einreiseverbot auszusprechen – sofern die Person keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt.[1068]

Den Opfern von Menschenhandel werden somit ein recht umfassender Schutz sowie umfangreiche Unterstützung und Entfaltungsmöglichkeiten gewährt. Dieser Schutz und die Unterstützung sind jedoch nur temporär. Der Aufenthaltstitel und die damit einhergehenden Unterstützungen können entzogen oder nicht verlängert werden – ohne das die Richtlinie diesbezüglich spezifische Verfahrensrechte vorsieht.[1069] Der Entzug ist möglich, sofern das Opfer aktiv, freiwillig und aus eigener Initiative den Kontakt zu den mutmaßlichen Tätern wiederaufnimmt, betrügt, die Zusammenarbeit einstellt oder die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit gefährdet.[1070] Das ist normativ nachvollziehbar, da es an ein persönliches „Fehlverhalten" der Person anknüpft.

Daneben besteht aber auch die Möglichkeit des Entzuges, wenn die Behörde beschließt, das Verfahren einzustellen,[1071] bzw. den erteilten Aufenthaltstitel nicht zu verlängern, wenn das Verfahren abgeschlossen wurde[1072]. Auf diese Tatsache bzw. Entscheidung hat das Opfer jedoch keinerlei Einfluss. Folglich kann sie ihm auch nicht vorgeworfen werden. Dennoch werden dem Opfer des Menschenhandels der Schutz, die Unterstützung und die Entfaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Richtlinie entzogen.[1073] Zur Anwendung kommt dann das allgemeine Ausländerrecht.[1074] Die Mitgliedstaaten sind lediglich dazu angehalten, bei einem Antrag auf einen anderweitigen Aufenthaltstitel in Betracht zu ziehen, dass ein Aufenthaltstitel aufgrund der Richtlinie erteilt wurde.[1075]

1068 Zur flächendeckenden Illegalisierungsreserve des Vorbehalts der öffentlichen Ordnung und Sicherheit siehe auch Kapitel 4 § 7.

1069 Siehe *Peers et al.*, EU Immigration and Asylum Law: 2nd, rev. ed Volume 2: EU Immigration Law, 467 f., die aber auch darauf hinweisen, dass insbesondere mit Blick auf Art. 47 GRC dennoch zumindest irgendeine Form von Rechtsbehelf vorzusehen ist.

1070 Siehe Art. 14 lit. a bis d MenschenhandelsopferRL.

1071 Siehe Art. 14 lit. e MenschenhandelsopferRL.

1072 Siehe Art. 13 Abs. 1 MenschenhandelsopferRL.

1073 Die allgemeinen Schutz- und Unterstützungsvorschriften aus der OpferschutzRL und der MenschenhandelsRL (insbesondere Art. 13) finden weiterhin Anwendung.

1074 Siehe Art. 13 Abs. 2 MenschenhandelsopferRL.

1075 Siehe ErwGr. 18 MenschenhandelsopferRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch das Verhängen von Einreiseverboten ist danach grundsätzlich wieder möglich.[1076] In aller Deutlichkeit und Härte wird damit klar, dass es letztlich um Informationsbeschaffung und Kriminalitätsbekämpfung und nicht um einen effektiven Opferschutz geht.[1077] Die Sonderregelungen der MenschenhandelsopferRL gelten nur, solange die Person eine sinnvolle Hilfe bei der Bekämpfung des Menschenhandels und illegalisierten Einwanderung darstellt. Die intuitiv hinter dem Instrument vermutete humanitäre Perspektive wird daher faktisch von der nützlichkeitsorientierten Perspektive überlagert.

II. Migrant*innen in illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen

Die Instrumentalisierung von an sich besonders schutzbedürftigen Personen ist kein Einzelfall in der Konstruktion des europäischen Migrationsrechts, vielmehr lässt es sich als wiederkehrendes Strukturmerkmal oder eben bewusstes Konstruktionselement bezeichnen. Auch in der ArbeitgebersanktionenRL lässt sich dieser Regelungsansatz finden. Dort wird in Art. 13 Abs. 4 die Möglichkeit eröffnet, befristete Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige in illegalisierten Beschäftigungen zu gewähren.

Die Regelung bezieht sich mit dem internen Verweis auf Art. 9 Abs. 1 lit. c und e explizit auf Fälle von besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen und Beschäftigungen von Minderjährigen.[1078] Auch hier geht es somit um besonders schutzbedürftige Personen, zumal die Beschäftigungsverhältnisse von Personen ohne rechtmäßigen Aufenthalt ohnehin meist besonders prekär sind.

Die in der Richtlinie vorgesehene Möglichkeit der Erteilung eines nicht bzw. geringer illegalisierten Aufenthaltes dient jedoch bei einer genauen

---

1076 Der Schutz besteht nur bei einem illegalisierten Aufenthalt, der direkt auf einen – gemäß der MenschenhandelsopferRL gewährten – „nicht-illegalisierten" Aufenthalt folgt. Es besteht keine „lebenslange Ausnahme", siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 11, Rn. 17.

1077 Siehe auch *Askola*, European Law Journal 2007, S. 204-217 (212) „*It is thus not a measure aimed at the protection of trafficking victims, but at squeezing out any relevant information […]. After that even the 'useful' victims are discarded.*"

1078 Der Vorschlag des Europäischen Parlaments, auch die Straftaten in Bezug auf die „unter Zwang erbrachten Arbeiten oder Dienste" von Opfern von Menschenhandel aus Art. 9 Abs. 1 lit. d ArbeitgebersanktionenRL aufzunehmen, wurde nicht angenommen, siehe Europäisches Parlament, 2007/0094(COD), PE409.510, S. 29, Änderungsantrag 48.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Betrachtung wiederum nicht dem Schutz der betroffenen Personen. Vielmehr geht es allein um die Verfolgung der Arbeitgebenden, welche gegen das Beschäftigungsverbot von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt verstoßen haben – und somit letztlich wiederum um die Bekämpfung illegalisierter Migration, indem der Anreiz reduziert wird, auch ohne gültigen Aufenthaltstitel Arbeit finden und sich somit selbst versorgen zu können.

Deutlich wird dieses Regelungsmuster wiederum an der Befristung des Aufenthaltstitels auf die Dauer des innerstaatlichen Verfahrens.[1079] Wenn das behördliche Interesse an der Person mit Abschluss des Verfahrens erlischt, diese also keinen „Nutzen" mehr für die Bekämpfung illegalisierter Beschäftigungen und Migration bringt, werden auch die Schutzmaßnahmen eingestellt.

Diese Parallele zwischen dem Umgang mit Opfern von Menschenhandel und demjenigen mit Migrant*innen in illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen kommt auch darin zum Ausdruck, dass hinsichtlich der Bedingungen für die Erteilung eines befristeten Aufenthaltstitels in der ArbeitgebersanktionenRL ausdrücklich auf die MenschenhandelsopferRL verwiesen wird.[1080]

III. Zwischenresümee

Die Ausgangssituationen und die gesetzlichen Regelungen in den beiden dargestellten Fällen gleichen sich. Es handelt sich jeweils um vulnerable Personengruppen, an denen von staatlicher Seite ein Kooperationsinteresse besteht. Die „Zusammenarbeit" erfolgt mit dem Ziel, den Menschenhandel bzw. die Beihilfe zur illegalen Einwanderung sowie illegalisierte Beschäftigungsverhältnisse zu bekämpfen – letztlich also illegalisierte Migration zu verhindern. Da die spezifischen Unterstützungen und Schutzgewährungen für die betroffenen Personen jedoch bedingt und befristet sind und somit einseitig vom staatlichen Interesse an einer „Zusammenarbeit"

1079 „[B]efristete Aufenthaltstitel, entsprechend der Dauer der betreffenden innerstaatlichen Verfahren", siehe Art. 13 Abs. 4 ArbeitgebersanktionenRL.

1080 Der Regelung zufolge „[…] legen die Mitgliedstaaten […] die Bedingungen fest, unter denen sie den betroffenen Drittstaatsangehörigen — *vergleichbar mit Drittstaatsangehörigen, die unter die Bestimmungen der Richtlinie 2004/81/EG fallen* — im Einzelfall befristete Aufenthaltstitel […] gewähren können", siehe Art. 13 Abs. 4 ArbeitgebersanktionenRL (Richtlinie 2004/81/EG ist die MenschenhandelsopferRL, Hervorhebung durch den Verfasser).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

abhängig gemacht werden, kann tatsächlich nicht von einer „Kooperation" gesprochen werden. Die temporären und konditionalen Statusverbesserungen fungieren vielmehr lediglich als Anreiz zur Informationspreisgabe und die betroffenen Personen somit als bloßes „Mittel zum Zweck".

In dieser Instrumentalisierung von Personen, die oftmals besonderen Schutzes bedürften, wird die humanitäre Perspektive somit nahezu vollständig zugunsten von Nützlichkeitserwägungen verdrängt und die einer funktionalen Nützlichkeitslogik folgende Ausgestaltung mancher Konstruktionselemente des Migrationsrechts offengelegt.

§ 5 *Das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne) als zentrale Determinante illegalisierter Migration*

Das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne)[1081] nimmt unter den verschiedenen Konstruktionselementen eine zentrale Rolle ein. Wenngleich die vorliegende Arbeit darauf zielt, das Bewusstsein dafür zu schärfen, dass migrationsspezifische Illegalisierungen wesentlich vielschichtiger und verbreiteter sind, als dies bei einer auf die aufenthaltsregelnden Normen beschränkten Untersuchung ersichtlich ist, soll nicht negiert werden, dass das Aufenthaltsrecht der zentrale Anknüpfungs- und Entscheidungspunkt der meisten migrationsspezifischen Illegalisierungen ist. Es soll im Folgenden jedoch nicht darum gehen, eine umfassende Analyse sämtlicher aufenthaltsrechtlicher Regelungen durchzuführen. Im Sinne der dekonstruktiv angelegten Untersuchung wird keine vollständige Darstellung des Aufenthaltsrechts angestrebt, vielmehr sollen Regelungs- und Konstruktionszu-

1081 Gemeint ist die Regelung des Aufenthalts. Insbesondere im deutschen Sprachraum wird (entsprechend des Regelungsbereichs nach § 1 Abs. 1 AufenthG) unter dem Begriff des Aufenthaltsrechts (im weiteren Sinne) auch die Regelung von Einreise und Aufenthaltsbeendigung sowie der Erwerbstätigkeit von Migrant*innen gefasst. Das entsprechende *right of residence* (*droit de séjour*; *derecho de residencia*) wird auf Unionsebene als „*[t]he right to regularly reside in a given country, according to the migration law of that country*" definiert, siehe *European Migration Network*, Asylum and Migration Glossary 6.0, S. 335. Das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne) ist an verschiedenen Stellen mit anderen Regelungsbereichen „verwoben"; insbesondere wird die Regelung des Aufenthalts von der Einreise abhängig gemacht und Fragen der Aufenthaltsbeendigung haben Auswirkungen auf den Aufenthalt, wenn beispielsweise im deutschen Recht mangels Rückführungsmöglichkeit trotz Ausreisepflicht eine Duldung erteilt wird. Insofern ist auch das Aufenthaltsrecht (im engeren Sinne) nicht vollständig isoliert zu betrachten.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sammenhänge in verschiedenen aufenthaltsrechtlich relevanten Kontexten thematisiert werden, die Fragen aufwerfen, Probleme aufdecken oder Widersprüche hervorheben und die binäre Aufteilung von Aufenthalten in „legale" und „illegale" in Frage stellen.

I. Besondere Regelungskomplexe im Aufenthaltskontext

Zunächst sollen drei verschiedene Regelungskomplexe vorgestellt werden, welche sich von den grundsätzlichen aufenthaltsrechtlichen Regelungen abheben: (1.) die Regelungen zu „nicht-illegalisierten" Migrationsmöglichkeiten von Drittstaatsangehörigen, (2.) die Regelungen zur Staatenlosigkeit und (3.) der Sonderfall der Illegalisierung von Unionsbürger*innen.

1. „Nicht-illegalisierte" Migrationsmöglichkeiten

Es mag verwundern, in einer Arbeit über illegalisierte Migration über „nicht-illegalisierte" Migrationsmöglichkeiten zu sprechen, also den Bereich, der meist als „legale Migration" bezeichnet wird. Bei dem der Arbeit zugrunde gelegten umfassenden Begriff der Illegalisierung lassen sich Illegalisierungen jedoch auch in Regelungszusammenhängen identifizieren, die üblicherweise dem Feld der „legalen Migration" zugeordnet werden. Wenngleich in den Fallkonstellationen, welche in diesem Abschnitt besprochen werden, also ebenfalls eine (wenngleich weniger intensiv) prekäre Aufenthaltssituation vorliegt und die Personen sich somit ebenso migrationsspezifischen Illegalisierungen ausgesetzt sehen, unterscheiden sie sich doch von anderen Konstellationen.

Auf der unionsrechtlichen Regelungsebene bestehen besondere Regelungen hinsichtlich der Einreise und des Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen[1082] für Studierende und Forschende,[1083] bei der unternehmensin-

1082 Die „nicht-illegalisierten" Migrationsmöglichkeiten von Unionsbürger*innen, welche entsprechend der Grundprogrammierung privilegiert sind (siehe Kapitel 3 § 1 III.), werden später gesondert adressiert (siehe Kapitel 4 § 5 I. 3.). Auch die „nicht-illegalisierten" Migrationsmöglichkeiten von Familienangehörigen werden als nachgelagertes Instrument in diesem Rahmen nicht thematisiert.

1083 Siehe REST-RL. Der Anwendungsbereich der Richtlinie kann von den Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 1 jedoch auch auf Schüler*innen, Freiwilligendienstleistende oder Au-Pairs ausgeweitet werden.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ternen Entsendung von Arbeitnehmenden,[1084] der Ausübung hochqualifizierter Beschäftigungen[1085] sowie für Saisonarbeiter*innen[1086]. Diese sektoralen Sonderregelungsregime für Drittstaatsangehörige können als Negativabgleich aufschlussreich für die Untersuchung der illegalisierten Bereiche sein. Migration in diesen Kontexten unterscheidet sich von den anderen Kontexten illegalisierter Migration hauptsächlich in zwei Punkten: Zum einen ist die Prekarität des Aufenthalts oftmals geringer[1087] und zum anderen entfällt ein regelmäßiger Anknüpfungspunkt von Illegalisierungen: die illegalisierte Einreise. Diese privilegierenden sektoralen Sonderregelungen basieren auf ökonomischen Erwägungen und bringen somit auch in Form der Privilegierungen die ökonomische Perspektive zum Ausdruck, welche Ausnahmen für Personen anhand von deren Nützlichkeit vorsieht.

2. Staatenlosigkeit

Auch Staatenlosigkeit stellt einen besonderen aufenthaltsrechtlichen Regelungskontext dar, welcher für die Konstruktion illegalisierter Migration von Bedeutung ist. Personen ohne Staatsangehörigkeit stellen für das migrationsrechtliche Regelungsregime der EU eine Herausforderung dar, da sie nicht ohne weiteres in das binäre Unterteilungsmuster in Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörige passen. Im Primärrecht wurde daher festgelegt, dass innerhalb der Regelungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Staatenlose den Drittstaatsangehörigen gleichgestellt sind.[1088] Diese Gleichstellung ist jedoch wiederum nicht ganz unproblematisch, da es die Mitgliedstaaten sind, die über den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit entscheiden und für die Feststellung der Staatsangehörigkeit zuständig sind.[1089]

1084 Siehe ICT-RL.
1085 Siehe HochqualifiziertenRL.
1086 Siehe SaisonarbeiterRL.
1087 Wobei diesbezüglich auch differenziert werden muss, da beispielsweise der Aufenthalt von Inhaber*innen der Blauen Karte meist weniger prekär sein dürfte als der von Saisonarbeiter*innen.
1088 Siehe Art. 67 Abs. 2 AEUV.
1089 Das Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen von 1954 definiert Staatenlose zwar als Personen, die aufgrund der jeweiligen nationalen Gesetzgebung von keinem Staat als Staatsangehörige betrachtet werden, regelt jedoch kein entsprechendes Verfahren zur Feststellung der Staatenlosigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Problematik der Staatenlosigkeit ist nicht neu, wurde jedoch aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit von Menschen ohne Staatsangehörigkeit in den letzten Jahren auf Unionsebene verstärkt in den Blick genommen. Ende 2015 nahm der Rat die Schlussfolgerungen zur Staatenlosigkeit an und begrüßte in diesem Rahmen auch die zehnjährige Kampagne des UNHCR zur Beseitigung der Staatenlosigkeit.[1090] Ferner findet sich ein Hinweis auf das bereits seit 1997 bestehende Europäische Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit,[1091] welches in Art. 4 den Grundsatz normiert, dass jede Person ein Recht auf eine Staatsangehörigkeit hat und Staatenlosigkeit zu vermeiden ist. Die EU hat sich also das Ziel gesetzt, Staatenlosigkeit zu verhindern, ohne selbst in der Lage zu sein, die Staatenlosigkeit einer Person durch die Vergabe einer Staatsangehörigkeit beheben zu können. Da die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen in den Mitgliedstaaten jedoch oftmals mangelhaft ist, stellt sich die Frage, ob es von Seiten der EU ausreicht, einen „Austausch zwischen den Mitgliedstaaten über bewährte Vorgehensweisen einzuleiten" und das „Europäische Migrationsnetzwerk als Plattform" anzupreisen,[1092] oder ob nicht ein gesetzlicher Rahmen für die Identifizierung und den Schutz von Staatenlosen auf Unionsebene geboten ist.[1093] Eine entsprechende Harmonisierung der Regelungen zur Staatenlosigkeit würde nicht nur die Schutzmöglichkeiten von Staatenlosen verbessern, sondern gleichermaßen dem Ziel der Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems entsprechen, da andernfalls die Statusregelungen von Staatenlosen im Unionsgebiet divergieren, diese in den migrationsrechtlichen Regelungen der EU jedoch Drittstaatsangehörigen gleichgestellt werden.[1094]

Die EU hätte die Kompetenz für eine Vereinheitlichung der Regelungen zur Staatenlosigkeit. Sie könnte mit der Festsetzung eines Verfahrens zur Feststellung der Staatenlosigkeit – der Voraussetzungen für einen Aufenthalt und des Umfangs der korrespondierenden Rechte – die Rechte der betroffenen Personen stärken und eine einheitliche Umsetzung im Unionsge-

1090 Siehe Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung 893/15 vom 4. Dezember 2015. Die Kampagne des UNHCR läuft unter dem #Ibelong. Weitere Informationen sind abrufbar unter: https://www.unhcr.org/ibelong/ (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

1091 Europäisches Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit vom 06.11.1997, SEV Nr. 166.

1092 Siehe Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung 893/15 vom 4. Dezember 2015.

1093 Siehe *Swider/Heijer*, EJML 2017, S. 101-135 (103).

1094 Siehe *Swider/Heijer*, EJML 2017, S. 101-135 (103 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

biet fördern.[1095] Solange dies nicht erfolgt, stellen Staatenlose eine besonders vulnerable, uneinheitlich geregelte Sondergruppe illegalisierter Migrant*innen dar. Diese „Regelungslücke" ist grundsätzlich unabhängig von der Dialektik der humanitären Perspektive und der Nützlichkeitsperspektive. Da sie zudem im Widerspruch mit der Ordnungsperspektive steht, lässt sich die Untätigkeit auf Seiten der EU letztlich nur mit einer überhöhten Rücksichtnahme auf das Subsidiaritätsprinzip erklären und auf Ebene der Mitgliedstaaten mit einer schlichten Geringschätzung der Problematik.

3. Die migrationsrechtliche Illegalisierung von EU-Bürger*innen

Illegalisierte Migration wird meist mit Nicht-EU-Bürger*innen assoziiert. Auch Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten können aber direkt von Illegalisierungen betroffen sein. Nicht nur im Rahmen der Einbeziehung von Personen, die nicht selbst migriert sind,[1096] sondern als selbst illegalisierte Migrant*innen. Das Konzept der Unionsbürgerschaft, welches darauf zielt, „der grundlegende Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu sein",[1097] und die Freizügigkeit im Schengen-Raum lassen ein solches Szenario zunächst abwegig erscheinen.[1098] Entsprechend beschränkt sich der Anwendungsbereich der migrationsrechtlichen Sekundärrechtsnormen meist auch auf Drittstaatsangehörige. In der Folge besteht, wie bereits in der Grundprogrammierung[1099] umrissen wurde, tatsächlich ein grundsätzlicher Schutz vor migrationsrechtlicher Illegalisierung für EU-Bürger*innen,[1100] an welchen jedoch ein Verbotsvorbehalt geknüpft ist. Dieser Regelungskomplex soll im Folgenden anhand der euro-

1095 Siehe *Swider/Heijer*, EJML 2017, S. 101-135 (121 ff.).
1096 Siehe hierzu Kapitel 4 § 3 II.
1097 Siehe statt vieler nur EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 58.
1098 *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 52, bezeichnet die Unionsbürgerschaft als einen „Migrationssteuerungsabwehranspruch" und akzentuiert damit deren Schutzfunktion.
1099 Siehe Kapitel 3 § 1 III.
1100 Auch vor anderen migrationsspezifischen Illegalisierungen sind Unionsbürger*innen grundsätzlich geschützt. Anders als für Drittstaatsangehörige bestehen keine Beschränkungen beim Arbeitsmarktzugang und es dürfen keine Sprach- oder Integrationstests von Unionsbürger*innen verlangt werden, siehe *Thym*, CMLR 2013, S. 709-736 (711 f.). Da es in diesem Teil jedoch um den Aufenthalt geht, werden sich die Ausführungen auf diesen konzentrieren.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

parechtlichen Regelungen und der korrespondierenden Rechtsprechung näher beleuchtet werden.

a) Die primärrechtlichen Anknüpfungspunkte

Die primärrechtlichen Anknüpfungspunkte für das Aufenthaltsrecht von Unionsbürger*innen in anderen Mitgliedstaaten finden sich einerseits in den personenbezogenen Grundfreiheiten[1101] und andererseits in der allgemeinen Freizügigkeitsregelung in Art. 21 Abs. 1 AEUV. In ersterem Fall ist es als Begleitrecht zur wirtschaftlichen Tätigkeit ausgestaltet und somit eng an die Ausübung einer wirtschaftlichen Betätigung geknüpft,[1102] im zweiten Fall folgt es unabhängig von einer wirtschaftlichen Aktivität unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft. Das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürger*innen steht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV explizit unter einem Regelungsvorbehalt, welcher Beschränkungen und Bedingungen ermöglicht. Es besteht unabhängig von nationalen Bescheinigungen, welchen lediglich „deklaratorische Wirkung und Beweisfunktion" zukommt.[1103] Das Vorliegen der Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht ist somit autonom zu prüfen und richtet sich (ausschließlich) nach den europarechtlichen Vorgaben.[1104]

b) Die sekundärrechtliche Ausgestaltung in der UnionsbürgerRL

Die grundlegenden Vorschriften aus dem Primärrecht finden sich etwas ausdifferenzierter in der sekundärrechtlichen Ausgestaltung wieder. Die Ausdifferenzierung findet sich in diesem Fall jedoch nicht in den allgemeinen sekundärrechtlichen Regelungen migrationsspezifischer Illegalisie-

1101 Insbesondere Art. 45 und 49 AEUV.
1102 Siehe EuGH, *Roux* (C-363/89), EU:C:1991:41, Rn. 9.
1103 Siehe EuGH, *Martínez Sala* (C-85/96), EU:C:1998:217, Rn. 53.
1104 Diese Unabhängigkeit von nationalen Bescheinigungen gilt gleichermaßen für die Entstehung wie auch für den Verlust des Freizügigkeitsrechts, siehe *Thym*, ZAR 2014, S. 220-227 (221). Eine Kompensation des Verlustes der Freizügigkeit durch einen „nicht-illegalisierten" Aufenthalt nach nationalem Recht ist grundsätzlich möglich, führt jedoch nicht zu einem Wiederaufleben des Freizügigkeitsrechts (223).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rung,[1105] sondern gesondert für Unionsbürger*innen in der UnionsbürgerRL. Es handelt sich somit um grundsätzlich getrennte Regelungskomplexe. Die sekundärrechtlichen Regelungen, welche im Zusammenhang mit der Illegalisierung von Unionsbürger*innen stehen, sollen im Folgenden genauer untersucht werden.

Die UnionsbürgerRL unterscheidet nach Aufenthalten bis zu drei Monaten (Art. 6), mehr als drei Monaten (Art. 7) und ab fünf Jahren im Aufnahmemitgliedstaat (Art. 16).

aa) In den ersten drei Monaten

Bis zu drei Monaten besteht ein Aufenthaltsrecht, wenn die Person im Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ist. Ansonsten sind nach Art. 6 Abs. 1 keine weiteren Bedingungen zu erfüllen oder Formalitäten zu erledigen. Es besteht also ein nahezu bedingungsloses Aufenthaltsrecht in den ersten drei Monaten, welches lediglich aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit eingeschränkt werden darf.[1106] Ferner steht das Aufenthaltsrecht auch in den ersten drei Monaten bereits unter dem Vorbehalt, dass die Begünstigten „Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen".[1107]

bb) Nach drei Monaten bis zu fünf Jahren Aufenthalt

Nach drei Monaten besteht das Aufenthaltsrecht nur fort, wenn die Person selbständig oder nichtselbständig erwerbstätig ist oder (für sich und ihre Familienangehörigen) „über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen" und ein umfassender Kran-

1105 Da sich die Konzeption des illegalisierten Aufenthalts oftmals explizit an Drittstaatsangehörige richtet, sind Unionsbürger*innen *a priori* vom Anwendungsbereich dieser Regelungen ausgeschlossen, siehe *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 49.

1106 Zur öffentlichen Ordnung und Sicherheit als flächendeckende Illegalisierungsreserve siehe Kapitel 4 § 7.

1107 Siehe Art. 14 Abs. 1 UnionsbürgerRL sowie EuGH, *Garcia-Nieto* (C-299/14), EU:C:2016:114, zum Ausschluss der Sozialleistungen in den ersten drei Monaten des Aufenthalts.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat besteht bzw. wenn anderweitig sichergestellt ist, dass ein ausreichender Krankenversicherungsschutz besteht und keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen werden müssen.[1108] Das Aufenthaltsrecht für Unionsbürger*innen nach drei Monaten hängt somit weitgehend von wirtschaftlichen Faktoren ab und bringt daher die ökonomische Perspektive zum Ausdruck, welche einer Verwertungslogik der Aufnahme(mitglied)staaten folgt. Berechtigt sind ökonomisch aktive[1109] und/oder ökonomisch inaktive, finanziell unabhängige Unionsbürger*innen.[1110] In manchen Fällen (Krankheit, Unfall oder unfreiwillige Arbeitslosigkeit nach mindestens einjähriger Beschäftigung) sind Härtefallregelungen vorgesehen, welche das Aufenthaltsrecht auch bei ökonomischer Inaktivität übergangsweise nicht erlöschen lassen,[1111] an der grundsätzlich ökonomischen Ausrichtung jedoch nichts ändern.

Die Frage nach der Rechtstellung ökonomisch inaktiver Unionsbürger*innen ist in diesem Zusammenhang besonders umstritten, da diese bei der Schaffung des Regelungskomplexes zunächst nicht bedacht wurden und sich erst im Laufe der Zeit ein klares Regelungsmuster entwickelt hat. Zum einen stellt sich die Frage, wann eine ökonomische Inaktivität angenommen werden kann (1), zum anderen, wie die ausreichenden Existenzmittel zu qualifizieren sind (2). Außerdem ist das Verhältnis zwischen Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrecht und Gleichbehandlungsgebot klärungsbedürftig (3).

(1) *Ökonomische (In-)Aktivität*

Für Arbeitnehmer*innen und Selbständige besteht nach Art. 7 Abs. 1 lit. a UnionsbürgerRL auch nach drei Monaten ein Aufenthaltsrecht. Die Arbeitnehmereigenschaft bleibt grundsätzlich erhalten, sofern die Person im Aufnahmemitgliedstaat unfreiwillig arbeitslos wird.[1112]

1108 Siehe Art. 7 Abs. 1 UnionsbürgerRL.

1109 Die Definition der ökonomisch aktiven Unionsbürger*innen ist eng verbunden mit der Definition des „Arbeiternehmers" aus Art. 45 AEUV, siehe *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 52 f.

1110 Hinzu kommen Studierende, also Personen bei denen eine ökonomische Aktivität und finanzielle Unabhängigkeit in der Zukunft zumindest als wahrscheinlich betrachtet wird.

1111 Siehe Art. 7 Abs. 3 UnionsbürgerRL. Zum Fortbestand der „Arbeitnehmereigenschaft" im Zusammenhang mit der eingeschränkten ökonomischen Aktivität im Rahmen einer Schwangerschaft siehe (bejahend) EuGH, *Saint Prix* (C-507/12), EU:C:2014:2007. Ausführlich zu den Härtefallregelungen *Guild/Peers/Tomkin*, The EU Citizenship Directive., S. 134 ff.

1112 Siehe *Tewocht*, in: Kluth/Heusch, § 2 FreizügG/EU, Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Status als Arbeitnehmer*in wird dabei durch den EuGH im Rahmen einer Gesamtbetrachtung recht großzügig gewährt.[1113] Komplizierter gestaltet sich die Frage nach der ökonomischen (In-)Aktivität im Rahmen der Arbeitssuche. Der EuGH geht davon aus, dass die Freizügigkeit solange vorliegt, wie eine begründete Aussicht auf Erfolg der Arbeitssuche besteht.[1114] Die Auffassung bestätigte er nochmals im Urteil *Alimanovic*, in welchem er festlegte, dass „ein Unionsbürger, der in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist ist, um Arbeit zu suchen, nicht ausgewiesen werden darf, solange er nachweisen kann, dass er weiterhin Arbeit sucht und eine begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden."[1115] Auf eine detailliertere Auseinandersetzung mit Grenzfällen der ökonomischen Aktivität, also insbesondere mit der Frage, wann eine begründete Aussicht auf eine Arbeitsaufnahme (noch) besteht, kann vorliegend verzichtet werden, da sie für die Beschreibung des Konstruktionselements nicht erforderlich ist. Die ökonomische Inaktivität alleine führt jedoch noch nicht zum Verlust des Freizügigkeitsrechts, vielmehr stellt sich dann die Frage nach ausreichenden Existenzmitteln.

(2) *Ausreichende Existenzmittel und unangemessene Belastung*

Nach Art. 8 Abs. 4 UnionsbürgerRL dürfen die Mitgliedstaaten keinen festen Betrag für die Existenzmittel festlegen, die sie als ausreichend betrachten, sondern müssen die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen. Ferner darf die Inanspruchnahme von Sozialleistungen nicht automatisch zu einer Ausweisung führen.[1116] Als entscheidendes Kriterium hat sich im Zusammenhang mit ökonomisch inaktiven Unionsbürger*innen die Formel der „unangemessenen Belastung" herauskristallisiert,[1117] welcher es jedoch an inhaltlicher Schärfe fehlt.[1118] Der EuGH nennt in *Brey* „die Höhe und die Regelmäßigkeit der […] verfügbaren Einkünfte, den Umstand, dass diese Einkünfte die nationalen Behörden zur Ausstellung einer Anmeldebescheinigung bewogen haben, und den Zeitraum […], in dem […] die beantragte Leistung voraussichtlich gezahlt

1113 Siehe EuGH, *Genc* (C-14/09), EU:C:2010:57, Rn. 15 ff., der bei einem monatlichen Durchschnittslohn von etwa 175 Euro und einer Wochenarbeitszeit von knapp 6 Stunden eine Qualifizierung als Arbeitnehmer*in für möglich erachtet.

1114 Siehe EuGH, *Kommission / Belgien* (C-344/95), EU:C:1997:81, Rn. 17.

1115 Siehe EuGH, *Alimanovic* (C-67/14), EU:C:2015:597, Rn. 56.

1116 Siehe Art. 14. Abs. 3 UnionsbürgerRL.

1117 Siehe EuGH, *Brey* (C-140/12), EU:C:2013:565, Rn. 79, sowie ErwGr. 16 der UnionsbürgerRL.

1118 Siehe *Verschueren*, EJML 2014, S. 147-179 (177).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden wird“ als Orientierungspunkte.[1119] Ferner kann für die Beurteilung der Gesamtbelastung der jeweilige Anteil an der Gesamtzahl der Personen, welche die Leistung beziehen, berücksichtigt werden.[1120]

Die Unangemessenheit wird demnach einerseits im Hinblick auf den Einzelfall und andererseits mit Blick auf das Gesamtsystem ermittelt. Damit wird zwar den widerstreitenden Zielvorgaben der Freizügigkeit einerseits, und der Integrität der Sozialsysteme der Mitgliedstaaten andererseits, Rechnung getragen, gleichzeitig führt diese Doppel-Formel jedoch zu mehr Ungewissheit als Klarheit.[1121] In der Folgejudikatur des EuGH lässt sich jedoch eine Abwendung von der Gesamtbetrachtung und eine Konzentration auf den Einzelfall feststellen.[1122] Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist ferner, dass es unerheblich ist, wer die Existenzmittel bereitstellt. Es kann sowohl die betroffene Person selbst sein, als auch Familienangehörige.[1123]

(3) *Freizügigkeitsrecht und Gleichbehandlungsgebot*

Sofern bei ökonomischer Inaktivität die eigenen Mittel zur Existenzsicherung nicht ausreichen, stellt sich die Frage, inwieweit sich aus dem Gleichbehandlungsgebot Sozialleistungsansprüche ableiten lassen.[1124] Das Verhältnis des Freizügigkeitsrechts von Unionsbürger*innen und des Gleichheitsgebots war lange Zeit unklar und umstritten.

Zwischenzeitlich stellte der EuGH im Fall *Dano* jedoch klar, dass das Gleichbehandlungsgebot vom Freizügigkeitsrecht abhängt.[1125] Ohne Erwerbstätigkeit oder ausreichende Existenzmittel besteht demnach kein Freizügigkeitsrecht und somit kein Gleichbehandlungsanspruch.[1126] Der EuGH betont dabei die Einschränkungen, welche im Primärrecht explizit

---

1119 Siehe EuGH, *Brey* (C-140/12), EU:C:2013:565, Rn. 78.

1120 Siehe EuGH, *Brey* (C-140/12), EU:C:2013:565, Rn. 78, sowie ausführlich zur *Brey*-Entscheidung *Verschueren, EJML 2014, S. 147-179.*

1121 Siehe *Verschueren*, EJML 2014, S. 147-179 (177 ff.), der von einem „*double test*“ spricht und außerdem auf den immensen Verwaltungsaufwand, der mit einer solchen Feststellung verbunden ist, hinweist.

1122 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 80.

1123 Siehe EuGH, *Zhu und Chen* (C-200/02), EU:C:2004:639, Rn. 30.

1124 Zur Frage der Sozialleistungsansprüche von Unionsbürger*innen siehe statt vieler nur *Raschka*, ZAR 2015, S. 331-337, und *D. Kramer*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2016, S. 270-301, der die Entwicklung aus einer Perspektive der „*earned citizenship*“ rekonstruiert.

1125 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 74, und *Alimanovic* (C-67/14), C:2015:597, Rn. 50.

1126 Der EuGH betont das Regelungsziel in Art. 7 Abs. 1 lit. b der UnionsbürgerRL, wonach nicht erwerbstätige Unionsbürger*innen daran gehindert wer-

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorgesehen sind.[1127] Danach findet das Diskriminierungsverbot nur im Anwendungsbereich der Verträge Anwendung[1128] und das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger*innen steht unter dem Vorbehalt der „Beschränkungen und Bedingungen" in den Verträgen und Durchführungsvorschriften[1129]. Ferner sieht Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 2 AEUV ausdrücklich vor, dass die Rechte, die dieser Artikel den Unionsbürgern verleiht, „unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen ausgeübt [werden], die in den Verträgen und durch die in Anwendung der Verträge erlassenen Maßnahmen festgelegt sind".[1130]

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass der EuGH das Diskriminierungsverbot in der UnionsbürgerRL als nicht anwendbar ansieht, wenn das Freizügigkeitsrecht einer Person infolge ökonomischer Inaktivität oder fehlender finanzieller Mittel erloschen ist. In der Folge ist ein Rückgriff auf Sozialleistungen im Gaststaat zur Sicherung der Freizügigkeitsrechte ausgeschlossen.[1131] Die Frage nach den ausreichenden Existenzmitteln fordert demnach „eine konkrete Prüfung der wirtschaftlichen Situation jedes Betroffenen vorzunehmen, ohne die beantragten Sozialleistungen zu berücksichtigen."[1132]

Der EuGH schrieb diesen Ansatz konsequent fort, als er in der Rechtssache *Alimanovic* auch arbeitssuchenden Unionsbürger*innen das Recht auf Sozialleistungen verweigerte, wobei er dies auf die Ausnahmebestimmung in Art. 24 Abs. 2 der UnionsbürgerRL stützte.[1133] Die systematische Logik dahinter ist nachvollziehbar; würde der sozialrechtliche Gleichbehandlungsanspruch unabhängig von einem Aufenthaltsrecht bestehen, hätte dies zur Folge, dass eben diese Sozialleistungen eine Existenzsicherung gewährleisten und somit letztlich zu einem Aufenthaltsrecht führen, womit die Voraussetzungen aus Art. 7 Abs. 1 lit. b der UnionsbürgerRL ausgehebelt würden.

---

den sollen, „das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaats zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in Anspruch zu nehmen", EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 76.

1127 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 60.

1128 Siehe Art. 18 AEUV.

1129 Siehe Art. 21. Abs. 1 AEUV.

1130 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 60. Der Vorbehalt in Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 2 AEUV ist gleichlautend mit dem aus Art. 21 Abs. 1 AEUV.

1131 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 78. Eine freiwillige Leistungserbringung durch den Gaststaat wäre jedoch weiterhin möglich.

1132 Siehe EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 80.

1133 Siehe EuGH, *Alimanovic* (C-67/14), EU:C:2015:597, Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Insofern lässt sich eine klare Linie erkennen. Die Frage nach aufenthaltsrechtlichen Privilegierungen orientiert sich an der ökonomischen Situation und Aktivität der betroffenen Person. Diese Fokussierung auf ökonomische Maßstäbe verschiebt das Konzept der Unionsbürgerschaft als „grundlegende[n] Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten"[1134] zurück zu einer „Marktbürgerschaft" welche zwischenzeitlich infolge der progressiven EuGH-Rechtsprechung bereits als überwunden angesehen wurde.[1135]

c) Nach fünf und zehn Jahren

Unionsbürger*innen, die sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben, haben nach Art. 16 Abs. 1 der UnionsbürgerRL das Recht, sich dauerhaft dort aufzuhalten, ohne dass dies an die bis dahin geltenden Voraussetzungen geknüpft ist.[1136] Die Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft und der ausreichenden Existenzmittel entfallen. Einzig der Vorbehalt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bleibt weiterhin bestehen.[1137] Das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 24 Abs. 1 UnionsbürgerRL wird uneingeschränkt angewandt. Nach zehn Jahren findet dahingehend eine weitere Aufenthaltsverfestigung statt, dass nach Art. 28 Abs. 3 UnionsbürgerRL nunmehr nur noch *zwingende* Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Ausweisung zu rechtfertigen vermögen, während bis dato nach Art. 28 Abs. 2 UnionsbürgerRL *schwerwiegende* ausreichend waren.

1134 Siehe statt vieler nur EuGH, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 58.

1135 Siehe *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, S. 2008-2014 (2011), die in Anbetracht des Urteil *Ruiz Zambrano* (C-34-09), EU:C:2011:124, noch konstatierten, dass der EuGH sich „endgültig von der transnationalen „Marktbürgerschaft" gelöst habe. Allgemein zur Entwicklung der Konzepte der Unionsbürgerschaft und der Marktbürgerschaft, siehe *Nic Shuibhne*, CMLR 2010, S. 1597-1628.

1136 Der EuGH betont in diesem Zusammenhang die in ErwGr. 18 der UnionsbürgerRL festgehaltene Zielsetzung, damit ein „wirksames Instrument für die Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats" bereitzustellen, *Dano* (C-333/13), EU:C:2014:2358, Rn. 72.

1137 Siehe Art. 27 ff. der UnionsbürgerRL. Zur öffentlichen Sicherheit und Ordnung als flächendeckende Illegalisierungsreserve siehe Kapitel 4 § 7.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Die Perspektiven und Subjektkonstruktionen in den aufenthaltsrechtlichen Abstufungen

Zusammengefasst besteht lediglich in den ersten drei Monaten und nach fünf Jahren ein weitgehend geschützter Aufenthalt für Unionsbürger*innen in anderen Mitgliedstaaten, welcher jedoch auch der Einschränkungsmöglichkeit aufgrund der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit unterliegt.[1138] In der Zwischenzeit, dem Aufenthalt von drei Monaten bis zu fünf Jahren, ist die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts eng an ökonomische Kriterien gebunden. Sind diese nicht (mehr) gegeben, erlischt das Aufenthaltsrecht. Das grundsätzliche Aufenthaltsrechts von Unionsbürger*innen ist somit ökonomisch determiniert. Es besteht ein zwischenzeitlich durch die Rechtsprechung ausdifferenzierter Ausschlussvorbehalt, welcher eine migrationsspezifische Illegalisierung von Unionsbürger*innen zur Folge hat.

Die tiefergehende Betrachtung dieses Regelungskomplexes veranschaulicht somit zweierlei: Zunächst wird deutlich, dass auch der Status von Unionsbürger*innen und das in den Grundfreiheiten verankerte korrespondierende Freizügigkeitsrecht nach einer zwischenzeitlichen Annäherung an einen „grundlegenden Status" letztlich von einer marktwirtschaftlichen Logik geprägt und beschränkt werden. Während die Entwicklung der Unionsbürgerschaft zu einem grundlegenden Status mit umfangreichen korrespondierenden Rechten die altruistische Perspektive zum Ausdruck bringt, zeigt sich in den Einschränkungen die Perspektive staatlicher Nützlichkeitserwägungen. Deutlich werden an dieser Stelle auch die entsprechende Subjektkonstruktionen,[1139] welche Unionsbürger*innen entweder als eigenständige Träger*innen von Freiheitsrechten oder als ökonomisch aktive Marktteilnehmer*innen kreieren.

Zweitens zeigt sich, dass es zwar unterschiedliche Regelungsansätze für Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörige gibt,[1140] jedoch beide Raum für migrationsspezifische Illegalisierungen lassen.

Hier verdeutlicht sich einmal mehr der Mehrwert der Fokusverschiebung auf die Illegalisierungsprozesse im Rahmen der Dekonstruktion. Wenn von „illegaler Migration" oder „illegalen Migrant*innen" gespro-

---

1138 Zur öffentlichen Ordnung und Sicherheit als flächendeckende Illegalisierungsreserve siehe Kapitel 4 § 7.

1139 Zur Subjektkonstruktion siehe Kapitel 2 § 3 IV. 2.

1140 Zur Grundprogrammierung des gesamten Migrationsrechts der EU in diesem Sinne siehe Kapitel 3 § 1 III.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen wird, sind meist nicht Unionsbürger*innen gemeint. Sofern Unionsbürger*innen mit „illegaler Migration" in Zusammenhang gebracht werden,[1141] geht es meist darum einen Überraschungseffekt zu erzielen und auf die Tatsache aufmerksam zu machen, dass die Freizügigkeitsrechte von Unionsbürger*innen nicht grenzenlos sind – und nicht darum, die betroffenen Personen entsprechend zu stigmatisieren oder sie tatsächlich mit illegalisierter Migration aus Drittstaaten gleichzusetzen. Dies wäre in der Sache auch nicht zutreffend. Unionsbürger*innen sind und bleiben gegenüber Drittstaatsangehörigen privilegiert. Für eine möglichst umfassende Dekonstruktion migrationsspezifischer Illegalitäten, ist es jedoch erforderlich, auch diese Konstellationen einzubeziehen um damit zusammenhängende Fragen und Widersprüche zu thematisieren.

Unter dem Blickwinkel der Illegalisierung ist es möglich, dem Ziel des dekonstruktiven Ansatzes gerecht zu werden, migrationsspezifisch illegalisierte Unionsbürger*innen zu berücksichtigen, ohne an dem Versuch zu scheitern, diese „sinnvoll" in die bestehenden Kategorien von „legal" und „illegal" einzuordnen. Vielmehr stellen diese, wie bereits die eigenständig teil-illegalisierten Dritten,[1142] eine Zwischenform dar.

II. Die Illusion der aufenthaltsrechtlichen (Il-)Legalitäts-Dichotomie

Dass die mit der formalen, binären Einteilung in „legale" und „illegale" Migration bzw. „legale" und „illegale" Migrant*innen suggerierte Möglichkeit einer klaren Unterscheidung eine Illusion ist,[1143] lässt sich auch anhand der folgenden Beispiele verdeutlichen.

1. Rückführungshindernisse und Nicht-Rückführbarkeit

Ein gleichermaßen anschauliches wie auch weit verbreitetes Phänomen, welches die Illusion einer solchen binären Einteilung deutlich macht, sind rückkehrpflichtige Personen, die nicht zurückgeführt werden können.[1144]

1141 Siehe beispielsweise *Thym*, European Law Review 2015, S. 249-262, oder *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 48 ff.

1142 Siehe Kapitel 4 § 3 II.

1143 Siehe nur *Düvell*, EJML 2011, S. 275-295 (292).

1144 So die etwas sperrige Übersetzung für den englischen Begriff der *non-removable returnee*.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Gründe, warum eine Rückführung nicht möglich ist, sind vielfältig und können neben rechtlicher auch praktischer/technischer oder politischer Natur sein.[1145] Sie reichen von Schwierigkeiten bei der Identifikation und Dokumentenbeschaffung über gesundheitliche und schutzbedingte Gründe bis zu technischen Gründen (wie beispielsweise das Fehlen passender Transportmöglichkeiten).[1146] Solche Hindernisse bei der Rückführung sind keine Seltenheit. Vielmehr lag die Rückführungsquote, also das Verhältnis zwischen der Zahl der Personen, gegen die eine Rückkehrentscheidung ergangen ist und der Zahl der tatsächlich rückgeführten Personen (unabhängig davon, ob sie freiwillig zurückgekehrt sind oder unter Zwang rückgeführt wurden), 2016 bei 45,8 Prozent und 2017 bei nur noch 36,6 Prozent.[1147] Nicht in allen Fällen, in denen eine Rückführung ausblieb, ist die Nicht-Rückführbarkeit dauerhaft. Wenngleich der genaue Anteil nicht festgestellt werden kann, ist jedoch von einer signifikanten Höhe an Fällen auszugehen, in denen eine dauerhafte Nicht-Rückführbarkeit vorliegt.[1148]

a) Grundsatz der zwingenden Rückkehrentscheidung

Die zentrale Regelung zum Umgang mit Personen mit einem illegalisierten Aufenthalt ist Art. 6 Abs. 1 RückführungsRL, welche besagt, dass „die Mitgliedstaaten gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung“ erlassen. Diese wird mit der Aufforderung in Art. 8 Abs. 1 RückführungsRL komplementiert, welche die Mitgliedstaaten auffordert, „alle erforderlichen Maßnahmen zur Vollstreckung der Rückkehrentscheidung“ zu ergreifen. Sofern der Tatbestand eines „illegalen Aufenthalts“ gegeben ist, ist die Rechtsfolgenseite somit grundsätzlich eindeutig. Es soll eine Rückkehrentscheidung getroffen werden und diese (sofern keine freiwillige Ausreise erfolgt, siehe Art. 7 RückführungsRL) mit den erforderlichen Maßnahmen vollstreckt werden.

1145 Siehe *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 83.

1146 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (30).

1147 Siehe Europäische Kommission, Fortschrittsbericht über die Umsetzung der Europäischen Migrationsagenda, COM(2018) 301 final vom 15. Mai 2018, S. 17.

1148 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (30), der trotz der dünnen statistischen Grundlage eine vorsichtige Schätzung auf ca. 300.000 Fälle pro Jahr abgibt.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Ausnahmeregelungen

Von dieser Regelung gibt es jedoch Ausnahmen. Zum einen sieht die RückführungsRL in Art. 6 Abs. 2 ausdrücklich eine Ausnahme von der Verpflichtung zum Erlass einer Rückkehrentscheidung vor, wenn die Person ein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat hat.[1149] Die Illegalisierung des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat bei bestehendem Aufenthaltsrecht in einem anderen, lässt sich zwar ebenfalls kaum in das binäre Schema von legalem und illegalem Aufenthalt einteilen, ist im Rahmen der Frage nach der Nicht-Rückführbarkeit jedoch vernachlässigbar.

Ferner kann von einer direkten Rückkehrentscheidung nach Art. 6 Abs. 3 RückführungsRL abgesehen werden, wenn die Person aufgrund eines bilateralen Abkommens von einem anderen Mitgliedstaat aufgenommen wird,[1150] oder nach Art. 6 Abs. 5 RückführungsRL solange ein aufenthaltsrechtliches Verfahren noch anhängig ist. Darüber hinaus finden sich in Art. 9 Abs. 1 RückführungsRL zwingende[1151] Regelungen zum Aufschub der Vollstreckung, sofern (a.) diese gegen den Grundsatz der Nichtzurückweisung verstoßen würde oder (b.) nach Artikel 13 Abs. 2 RückführungsRL aufschiebende Wirkung besteht (sprich Rechtsbehelfe eingelegt wurden, über welche noch nicht abschließend entschieden wurde). Zudem wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, „die Abschiebung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls um einen angemessenen Zeitraum auf[zu]schieben".[1152] Bei dieser fakultativen Regelung sind „die körperliche oder psychische Verfassung" der betreffenden Person sowie „technische Gründe wie fehlende Beförderungskapazitäten oder [das] Scheitern der Abschiebung aufgrund von Unklarheit über die Identität" zu berücksichtigen.[1153]

1149 Dies gilt sofern keine Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vorliegen oder die Person der Verpflichtung nicht nachkommt, sich in den entsprechenden Mitgliedstaat zu begeben.

1150 Dieser hat dann wiederum eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, weswegen *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 6, Rn. 16, von *domino return* sprechen.

1151 Im Gesetzgebungsverfahren hatte der Europäische Rat dafür plädiert, die Regelungen als nicht-bindende „Kann-Klauseln" zu formulieren, ist jedoch am Widerstand des Europäischen Parlaments gescheitert, siehe *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 85.

1152 Siehe Art. 9 Abs. 2 RückführungsRL.

1153 Siehe Art. 9 Abs. 2 lit. a und b RückführungsRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sofern die Abschiebung in einem der dargestellten Fälle aufgeschoben wird, können der betreffenden Person Verpflichtungen auferlegt werden. Diese entsprechen den Verpflichtungen, die für die Dauer der Frist für eine freiwillige Ausreise zur Vermeidung einer Fluchtgefahr vorgesehen sind und umfassen (1.) eine regelmäßige Meldepflicht, (2.) eine finanzielle Sicherheitsleistung, (3.) die Hinterlegung von Papieren oder (4.) die Verpflichtung, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten.[1154] Auch diese Ausnahmen sind aufgrund ihres temporären Charakters für die Nicht-Rückführbarkeit letztlich unerheblich. Einzig die in Art. 6 Abs. 4 RückführungsRL vorgesehene Möglichkeit, anstelle einer Rückkehrentscheidung einen Aufenthaltstitel zu erteilen, bietet einen unter Umständen dauerhaften Ausweg aus der Nicht-Rückführbarkeit.[1155] Andernfalls ist zwingend eine Rückkehrentscheidung zu treffen.[1156]

c) Temporäre Rückführungshindernisse

Die Frage ist nun, was geschieht, wenn sich eine entsprechende Rückführungsentscheidung nicht vollziehen lässt. Eine praktische oder faktische Duldung des Aufenthalts der Personen auf dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ist nicht zulässig.[1157] Teilweise finden sich im nationalen Recht der Mitgliedstaaten jedoch formell anerkannte, vorübergehende Abschiebehindernisse, wie beispielsweise im Rahmen der Duldung in Deutschland[1158] oder Österreich.[1159] Grundsätzlich sollen Personen, deren Aufenthalt in einem Mitgliedstaat toleriert/geduldet wird, im Unionsrecht nicht als „illegal" eingestuft werden, wenn die Tolerierung/Duldung förmlich erfolgt.[1160] Letztlich wird es jedoch dem nationalen Gesetzgeber freigestellt, den Status als einen legalen anzuerkennen oder auch nicht.[1161] Im Falle einer Duldung nach deutschem Recht soll der Aufenthalt weiterhin

1154 Siehe Art. 8 Abs. 3. i.V.m. Art. 7 Abs. 3 RückführungsRL.
1155 Zur Frage, inwieweit daraus eine Pflicht erwachsen kann, siehe Kapitel 4 § 6 II.
1156 Gegebenenfalls ist diese nach Aufschub oder vorheriger Aufnahme durch einen anderen Mitgliedstaat zu treffen.
1157 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (30).
1158 Siehe § 60a AufenthG.
1159 Siehe § 46a Fremdenpolizeigesetz 2005.
1160 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 3, Rn. 8.
1161 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 3, Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als illegalisiert gelten,[1162] wenngleich diese förmlich erfolgt.[1163] Andere sprechen mit Blick auf die „faktische und durch die Rechtsordnung vorübergehend nicht aufhebbare Aufenthaltsmöglichkeit" von einem „Aufenthaltsrecht im weiteren Sinne", welches von der aufenthaltsrechtlichen Illegalisierung nicht erfasst sei.[1164] Schließlich wird in der deutschen Duldung gleichzeitig eine „sonstige Aufenthaltsberechtigung" im Sinne des Art. 6 Abs. 4 Satz 1 RückführungsRL gesehen.[1165] Anhand der förmlichen Duldung des (weiterhin) illegalisierten Aufenthalts, welche sich sprachlich wie rechtlich als „Zwitterkategorie" beschreiben lässt,[1166] wird somit die zunächst so eingängige binäre Einteilung in „legal" und „illegal" in Frage gestellt.

d) Die neue Duldungsvielfalt im deutschen Recht

Während also bereits die bestehende „klassische" Form der Duldung erhebliche Kategorisierungsprobleme mit sich brachte, steigern die jüngst in Deutschland eingeführten neuen Formen der Duldung als Zwischenstufen an der Grenze zwischen Legalität und Illegalität die Komplexität in diesem Bereich zusätzlich. An ihnen lässt sich daher hervorragend exemplifizieren, wie schwierig bzw. beliebig eine Abgrenzung letztlich ist.

Mit den neu eingeführten Varianten der Duldung in Form der Ausbildungs-[1167] und Beschäftigungsduldung[1168] sowie der Duldung für Personen mit ungeklärter Identität[1169] existieren in Deutschland nunmehr vier

---

1162 Siehe *Bruns*, in: Hofmann, § 60a AufenthG, Rn. 2.

1163 Siehe § 60a Abs. 4 AufenthG: „Über die Aussetzung der Abschiebung ist dem Ausländer eine Bescheinigung auszustellen."

1164 Siehe *W. Kluth*, ZAR 2007, S. 20-23 (22), und *Hinterberger*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 155-186 (159).

1165 Siehe *Bauer/Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, § 60a AufenthG, Rn. 3.

1166 Siehe *Thym*, ZAR 2018, S. 193-200 (198).

1167 Siehe § 60c AufenthG. Die Möglichkeit einer Ausbildungsduldung wurde 2015 eingeführt. Die letzte Änderung aus dem Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung vom 8. Juli 2019 (BGBl. I 1021) ist am 1. Januar 2020 in Kraft getreten.

1168 Siehe § 60d AufenthG. Die Beschäftigungsduldung wurde durch das zum 1. Januar 2020 in Kraft getretene Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung vom 8. Juli 2019 eingeführt.

1169 Siehe § 60b AufenthG. Die Vorschrift wurde 2015 eingeführt, 2017 geändert und im Rahmen des Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausrei-

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verschiedene Formen der „Duldung", welche sich in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen teils erheblich unterscheiden.[1170]

Während die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung Privilegierungen zur „klassischen Duldung" nach § 60a AufenthG darstellen, folgt aus der Duldung nach § 60b AufenthG eine Schlechterstellung.

Die zentralen Voraussetzungen der Ausbildungsduldung sind die Aufnahme einer Ausbildung und die Klärung der Identität.[1171] Daneben bestehen verschiedene Ausschlusstatbestände.[1172] Bei der Beschäftigungsduldung ist eine 18-monatige Vorbeschäftigung zentral, ergänzt wiederum um das Erfordernis einer geklärten Identität. Hinzu kommen bei der Beschäftigungsduldung soziale Integrationsanforderungen.[1173]

Die Regelungen zur Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung gewähren bei Erfüllung der Voraussetzungen ein subjektives Recht auf die Erteilung einer Duldung („ist zu erteilen")[1174]und es besteht die Möglichkeit einer Aufenthaltsverfestigung. Die Ausreisepflicht bleibt zwar formal bestehen, aufgrund der „rechtlich vorstrukturierten Bleibeperspektive" besteht jedoch nur ein geringer Unterschied zu den bestehenden Aufenthaltstiteln, weshalb diesbezüglich zutreffend auch von einem „verkappten

---

sepflicht von 15. August 2019 (BGBl. I 1294) mit Wirkung zum 21. August 2019 neu gefasst und umfassend ergänzt, *Winkelmann*, in: Bergmann/Dienelt, § 62b AufenthG, Rn. 1.

1170 Für einen Überblick der (Neu-)Regelungen nebst Abgrenzung und Kontextualisierung siehe *Thym*, ZAR 2019, S. 353-363, sowie noch vor der Gesetzgebung unter teilweise Einbeziehung von Alternativvorschlägen *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.).

1171 Zur Ausbildungsduldung nach § 60c AufenthG siehe *Wittmann/Röder*, ZAR, S. 412-426.

1172 Voraufenthaltszeit, Missbrauch, sicherer Herkunftsstaat, strafrechtliche Verurteilung, zu vertretener Nicht-Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen, bei bestehender Ausreisepflicht konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung, abgelehnter Asylantrag der nach dem Stichtag am 31.8.2015 gestellt wurde.

1173 Siehe § 60d Abs. 1 AufenthG. Die Integrationsanforderungen umfassen die Sicherung des Lebensunterhalts (Nr. 5), ausreichende Sprachkenntnisse (Nr. 6) und den Abschluss eines Integrationskurses (Nr. 11) sowie bei Kindern den tatsächlichen Schulbesuch (Nr. 10).

1174 Bei der Beschäftigungsduldung erstreckt sich der Anspruch auch auf Ehegatt*innen bzw. Lebenspartner*innen und minderjährige Kinder, ist jedoch auf einen Regelanspruch reduziert („ist in der Regel […] zu erteilen") siehe § 60d Abs. 1 und 2 AufenthG.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aufenthaltstitel" gesprochen werden kann.[1175] Inwieweit diese „aufenthaltsrechtliche Zwitterlösung" mit der Vorgabe aus der Rückführungs-RL vereinbar ist, dass die Ausreisepflicht gegen Personen, die sich „illegal in ihrem Hoheitsgebiet" aufhalten, entweder zu vollstrecken ist oder einen „Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen" ist,[1176] ist zudem zweifelhaft.[1177]

Daneben lässt sich die Duldung für Personen mit ungeklärter Identität als eine „Duldung light" oder „Duldung minus" beschreiben, da gegenüber einer „regulären" oder „klassischen" Duldung die Rechtsstellung eingeschränkt wird.[1178] Die abgestufte Duldung nach § 60b AufenthG wird jedoch nur erteilt, wenn die Person getäuscht, falsche Angaben gemacht oder Mitwirkungspflichten verletzt hat, nicht jedoch, wenn die Identitätsklärung aus anderen Gründen scheitert. Ferner besteht die Möglichkeit einer „Heilung" wenn die Mitwirkungspflichten nachträglich erfüllt werden.

Diese Pluralität von Duldungsformen und die damit einhergehende Schaffung von Zwischenstufen eignen sich hervorragend für das Ziel der vorliegenden Arbeit, migrationsspezifische Illegalitäten zu dekonstruieren.

In den neuen Formen der Duldung spiegeln sich widerstreitende Motive und Perspektiven. Aufgrund der den Regelungen zugrundeliegenden dialektischen Spannung erscheint der Versuch einer hermeneutischen Sinn-Rekonstruktion wenig erfolgversprechend. Lässt man hingegen Widersprüche und Paradoxien im Rahmen einer dekonstruktiven Herangehensweise zu, lässt sich viel über die Konstruktionszusammenhänge lernen.

1175 Siehe *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.), S. 9 und 22.

1176 Siehe Art. 6 Abs. 4 und Art. 6 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 RückführungsRL.

1177 Siehe *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.), S. 22 ff.

1178 Siehe *Thym*, ZAR 2019, S. 353-363 (354 f.) der darauf hinweist, dass die meisten Rechtsfolgen (Erwerbstätigkeitsverbot, Wohnsitzauflage, Nichtberücksichtigung als Vorduldungszeit, reduzierte Sozialleistungen) schon vorher existierten und lediglich das Bußgeld für missachtete Mitwirkungspflichten wirklich neu ist. Der Begriff einer „Duldung minus" geht auf den amtierenden Innenminister Horst Seehofer zurück, siehe Plenarprotokoll 19/101 vom 16. Mai 2019, 12184 (C).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Besonders spannend ist dabei, dass im Rahmen der neuen Duldungsformen nicht nur die verschiedenen Perspektiven miteinander in Konflikt geraten, sondern auch verschiedene Formen von Nützlichkeitserwägungen miteinander konfligieren.

Das formale Festhalten an der Ausreisepflicht lässt sich nur aus einem staatlichen Eigeninteresse heraus erklären. In Anbetracht der Tatsache, dass der Vollzug längerfristig ausgesetzt wird, bleiben zur Begründung jedoch lediglich ein genereller Steuerungsanspruch[1179] und eine Mahnung der betroffenen Person zur Einhaltung der Voraussetzungen.

Auf der anderen Seite werden mit der in Aussicht gestellten Statussicherung und -verfestigung bei einer Beschäftigung oder Ausbildung Integrationserfolge belohnt und Perspektiven eröffnet. In der Gewährung dieser Rechte zeigt sich einerseits die humanitäre Perspektive, andererseits besteht regelmäßig auch ein ökonomisches Eigeninteresse von staatlicher Seite an der Erwerbstätigkeit und Qualifikation der Personen.

Insofern harmonieren hier einerseits die sonst regelmäßig widerstreitenden Perspektiven humanitärer und ökonomischer Prägung, andererseits konfligieren die ökonomischen und steuerungspolitischen Formen der Eigennützlichkeit, wenn eine ökonomisch begründete Bleibeperspektive mit der steuerungspolitischen Ausreisepflicht verknüpft bleibt.[1180]

Mit den neuen Formen der Duldung geht eine Ausdifferenzierung des Aufenthalts im intensiv illegalisierten Bereich einher. Schon die „klassische" Duldung ließ sich nicht eindeutig als „legaler" oder „illegaler" Aufenthalt qualifizieren. Mit der zunehmend nuancierteren Regelungsausgestaltung erscheint die Vorstellung einer klaren Abgrenzbarkeit von Legalität und Illegalität noch illusorischer. Ordnet man die verschiedenen Formend der Duldung stattdessen in einem „Illegalisierungs-Kontinuum" ein, welches keine festen Grenzen und kein schwarz/weiß kennt, sondern le-

1179 In der umstrittenen Theorie der Migrationssteuerung durch sog. *push* und *pull* Effekte, wäre die Ausreisepflicht gewissermaßen der kompensierende *push*-Effekt für den mit der Bleibeperspektive einhergehenden *pull*-Effekt. Zur Theorie der sog. *push* und *pull* Effekte siehe *van Hear/Bakewell/Long*, Journal of Ethnic and Migration Studies 2018, S. 927-944, die sich für ein „push-pull *plus*" Modell aussprechen, welches neben den sozialen Strukturen auch die Handlungsfähigkeit („*agency*") von Migrant*innen berücksichtigen soll.

1180 Siehe auch *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.), S. 6 ff., der von einem „Zielkonflikt" zwischen Integrationsförderung und Migrationssteuerung spricht.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diglich verschiedene Intensitäten der Illegalisierung, besteht dieses Problem hingegen nicht.

e) Nicht-Rückführbarkeit

Die Uneindeutigkeiten bei der Unterteilung verschärfen sich noch, wenn Rückführungshindernisse nicht nur vorübergehend bestehen. Wenngleich sich eine Nicht-Rückführbarkeit niemals absolut feststellen lässt, kann das Fehlen jeglicher begründeten Aussicht auf eine Rückführung in der absehbaren Zukunft als ausreichend betrachtet werden, um von einer Nicht-Rückführbarkeit auszugehen.[1181] Der Fall, dass ein tatsächlicher Vollzug der Rückkehrentscheidung dauerhaft nicht möglich ist, wird regelungstechnisch jedoch nicht adressiert – mit dem Ergebnis, dass es eine Vielzahl nicht-rückführbarer Personen gibt, welche sich aufgrund ihres dauerhaften Konflikts mit dem Regelungsansatz nicht in der (Il-)Legalitäts-Dichotomie kategorisieren lassen[1182] und diese somit stetig herausfordern. Hieran verdeutlicht sich nicht nur ein großer Graubereich im Rahmen der rekonstruierenden, kritischen Bestandsaufnahme; auch die Subjektkonstruktion[1183] illegalisierter Migrant*innen wird durch die dauerhafte (Nicht-)Abschiebbarkeit (*deportability*) geprägt.[1184]

2. Divergenz und Konflikt zwischen formeller und materieller Rechtslage

Ein im Rahmen migrationsspezifischer Illegalisierungen spannender Gesichtspunkt sind ferner Situationen, in denen es zu einer Divergenz bzw. einem Konflikt zwischen der formellen und der materiellen Rechtslage kommt, da in diesen Situationen die tatsächliche Uneindeutigkeit der binären Unterscheidung in „legal“ und „illegal“ deutlich zum Vorschein kommt. Was genau damit gemeint ist, soll im Folgenden an drei kurzen Beispielen veranschaulicht werden.

1181 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (30 f.).

1182 Ausführlich zu der Problematik der Nicht-Rückführbarkeit und den damit einhergehenden Problemen siehe *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 81 ff.

1183 Siehe hierzu im Rahmen der Methodik Kapitel 2 § 3 IV. 2.

1184 Zu *deportability* und deren Auswirkungen auf das Leben der betroffenen Personen siehe insbesondere *Genova* 2002, S. 419-447.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Die Situation vor einer deklaratorischen Statusfeststellung

Die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft[1185] ist ein rein deklaratorischer Akt.[1186] Daher stellt sich die Frage, wie sich Personen im Zeitraum nach der Einreise bis zur deklaratorischen Statusfeststellung in einem binären System qualifizieren lassen. Einerseits haben sie bis zur Statusfeststellung keinen Aufenthaltstitel, andererseits sind sie mit einem anerkannten Fluchtgrund eingereist und sind somit bereits Flüchtlinge, womit ein Recht auf einen „nicht-illegalisierten" Aufenthalt einhergeht. Das europäische Migrationsrecht sieht auch schon vor der formalen Statusfeststellung unterschiedliche Schutzgarantien vor. Der Schutz vor einer Zurückweisung aus Art. 21 Abs. 2 der QualifikationsRL ist ebenso anzuwenden wie die Garantien aus der VerfahrensRL, welche beispielsweise ein Aufenthaltsrecht bis zur Entscheidung über den Schutzantrag vorsehen.[1187]

Ergänzend sieht die AufnahmeRL soziale Schutzstandards für Schutzsuchende ab dem Moment der Antragstellung vor.[1188] Insofern wird die Frage bisweilen als rein theoretisch abgetan und die dogmatische Frage nach der Konzeption einer rein deklaratorischen Statusfeststellung als „mehr oder weniger unnötig" angesehen.[1189] Bei einer genaueren Betrachtung erscheint die Frage nicht ganz so einfach. Einerseits sind die beschriebenen Rechte vor der Statusfeststellung nicht deckungsgleich mit denen einer Person mit anerkanntem Flüchtlingsstatus und das deutsche Bundesverwaltungsgericht stellt mit Blick auf die europarechtlichen Regelungen fest, dass „das Aufenthaltsrecht für den anerkannten Flüchtling unionsrechtlich an die Zuerkennung des Flüchtlingsschutzes anknüpft, die sich ungeachtet der deklaratorischen Natur der Anerkennung gerade keine umfassende

1185 Siehe Art. 13 QualifikationsRL.

1186 Siehe *Kraft*, in: Hailbronner/Thym, Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, Art. 13, Rn. 9, sowie ausdrücklich auch ErwGr. 21 QualifikationsRL: „Die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ist ein deklaratorischer Akt".

1187 Siehe Art. 9 und Art. 46 Abs. 5 VerfahrensRL für den Verbleib während des Rechtsmittelverfahrens.

1188 Siehe zum Anwendungsbereich Art. 3 Abs. 1 AufnahmeRL: „Diese Richtlinie gilt für alle Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einschließlich an der Grenze, in den Hoheitsgewässern oder in den Transitzonen internationalen Schutz beantragen, […]".

1189 Siehe *Kraft*, in: Hailbronner/Thym, Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, Art. 14, Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rückwirkung beimisst."[1190] Eine nachträgliche Ausweitung der Rechte von Personen mit anerkanntem Flüchtlingsstatus auf die davorliegende Zeit ist folglich nicht vorgesehen,[1191] womit eine Divergenz hinsichtlich des Ausmaßes der (Nicht-)Illegalisierung der betroffenen Personen vor und nach der Antragstellung bestehen bleibt.

Andererseits gelten die beschriebenen Rechte, wie bereits erwähnt, auch erst ab dem Moment der Antragstellung. Für die Zeit bis zur Antragstellung besteht ein entsprechender Schutz nicht. Nach der Definition in der RückführungsRL besteht ein „illegaler Aufenthalt" bei einer Anwesenheit im Hoheitsgebiet, wenn die betroffene Person die Voraussetzungen für die Einreise oder den Aufenthalt nicht erfüllt.[1192] Da bei Vorliegen eines anerkannten Fluchtgrundes die Voraussetzungen für einen Aufenthalt grundsätzlich erfüllt sind, dürfte der Aufenthalt demnach eigentlich auch schon vor einer Antragstellung oder selbst für den Fall, dass eine Antragstellung gänzlich unterbleibt nicht illegalisiert werden. Es bleibt festzuhalten, dass die Einteilung in das binäre (Il-)Legalitäts-Schema in diesen Fällen besonders schwerfällt.

b) Noch ungeahndeter Verstoß gegen Auflagen

Eine vergleichbare Schwierigkeit bei der binären Einteilung ergibt sich im Falle eines noch nicht formell festgestellten Verstoßes gegen Auflagen im Zusammenhang mit spezifischen Aufenthaltstiteln. Auch in diesen Konstellationen divergieren die formelle und die materielle Rechtslage. So besteht beispielsweise im Rahmen eines Visums für Studierende grundsätzlich ein „nicht-illegalisierter" Aufenthalt, welcher jedoch Einschränkungen hinsichtlich der Arbeitsmöglichkeit vorsieht. Die Richtlinie überlässt die Regelung des Umfangs, in welchem eine Erwerbstätigkeit neben dem Studium ausgeübt werden darf, grundsätzlich den Mitgliedstaaten, legt jedoch eine Mindestfreigrenze von durchschnittlich fünfzehn Stunden pro Woche fest.[1193] Damit stellt sich die Frage, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn ein formal gültiger Aufenthalt in Form eines Visums für Studierende besteht,

1190 Siehe BVerwG, Urteil vom 13.02.2014, DE:BVerwG:2014:130214U1C4.13.0, Rn. 15.

1191 Siehe *Kraft*, in: Hailbronner/Thym, Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, Art. 13, Rn. 11.

1192 Siehe Art. 3 Nr. 2 RückführungsRL.

1193 Siehe Art. 24 Abs. 3 REST-RL. In Deutschland liegt die Grenze nach Art. 16 Abs. 3 AufenthG bei 120 Tagen oder 240 halben Tagen im Jahr.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die betroffene Person jedoch mehr arbeitet als sie dürfte. Streng genommen müsste eine Person, die zwanzig Stunden in der Woche arbeitet, fünfzehn Stunden als „nicht-illegalisiert" und die restlichen fünf Stunden als illegalisiert betrachtet werden.[1194] Die Situation ist vergleichbar mit Situationen, in denen Personen einen Aufenthaltstitel als Hochqualifizierte oder Saisonarbeiter*innen besitzen,[1195] aufgrund eines Arbeitsplatzwechsels oder einer zwischenzeitlich eingetretenen Arbeitslosigkeit die Voraussetzungen für den genehmigten Aufenthalt jedoch nicht mehr erfüllen.[1196] Zieht man erneut die Einteilung in der RückführungsRL zu Rate, müsste man feststellen, dass die Voraussetzungen für einen Aufenthalt in diesen Konstellationen nicht mehr vorliegen und der Aufenthalt als illegalisiert zu betrachten ist.

Zusammenfassend lässt sich die Frage stellen, ob die Voraussetzungen für die Einreise und den Aufenthalt im Rahmen der RückführungsRL formell oder materiell zu betrachten sind. Eine rein materielle Betrachtung hätte die Möglichkeit einer Ausweisung und Abschiebung einer Person mit einem formell gültigen Aufenthalt zur Folge, eine rein formelle Betrachtung würde zu einer illegalisierenden Qualifikation von schutzsuchenden Personen mit anerkannten Fluchtgründen führen.

Unabhängig von der Rechtsfolgenseite zeigen die Konstellationen, dass schon die Einteilung der Sachverhalte in das binäre Muster der (Il-)Legalität erhebliche Probleme verursacht. Im Rahmen der Rechtsanwendung lässt sich dieser Problematik mit einer Kumulierung der Erfordernisse entgegenwirken. Nur wenn die Voraussetzungen sowohl formell als auch materiell nicht (mehr) vorliegen, kann die daran angeknüpfte Rechtsfolge eintreten. Im weiteren Analyserahmen migrationsspezifischer Illegalisierung, wie er der vorliegenden Arbeit zugrunde liegt, bleibt die Frage jedoch ebenso bestehen wie in den rechtlichen Einteilungen im Primärrecht und den daran anknüpfenden Politiken. Auch wenn gegebenenfalls für

---

1194 Siehe *Düvell*, Social Science Information 2008, S. 479-497 (488), der innerhalb der Freigrenzen von „*perfectly legal immigrants*" und in der darüber hinausgehenden Zeit von „*clandestine immigrant workers*" spricht. Dies gilt für den Fall, dass die entsprechende Regelung der Mindestfreigrenze von fünfzehn Stunden pro Woche entspricht, wobei sich die Konstellation entsprechend der nationalen Umsetzungen dem Umfang nach umgestalteten ließe.

1195 Zum Spannungsfeld von arbeitsrechtlichen und migrationsrechtlichen Regulierungen im Rahmen der SaisonarbeiterRL siehe *Herzfeld Olsson/Fudge*, EJML 2014, S. 439-466.

1196 Siehe für Hochqualifizierte die Zulassungskriterien in Art. 5 HochqualifiziertenRL und für Saisonarbeiter*innen Art. 5 und 6 SaisonarbeiterRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Eintreten der Rechtsfolge zunächst die formelle und materielle Rechtslage in Einklang gebracht werden müssen, beispielsweise zu viel arbeitenden Studierenden also zunächst der Aufenthaltstitel entzogen werden müsste, beantwortet das noch nicht die Frage, ob im Rahmen der gemeinsamen Einwanderungspolitik der EU (Art. 79 AEUV) diese Konstellationen nicht auch schon davor als illegalisiert betrachtet werden müssten.

c) Wegfall von aufenthaltsstatusbegründenden Faktoren

Als drittes Beispiel können Situationen dienen, in welchen die aufenthaltsbegründenden Faktoren später entfallen. Verbessert sich die Situation im Herkunftsland signifikant, so dass die Verfolgungssituation dauerhaft entfällt, liegen die Voraussetzungen für eine Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht mehr vor, ohne dass die betroffene Person Einfluss darauf hat oder ihr eigenes Handeln dafür verantwortlich ist. Bis es gegebenenfalls im Rahmen einer Regelüberprüfung zu einem Widerruf der Anerkennung kommt,[1197] liegen die Voraussetzungen für einen „nicht-illegalisierten" Aufenthalt nicht mehr vor, dennoch besteht der Aufenthaltstitel fort. Das Gleiche lässt sich auf Personen mit subsidiärem Schutz oder einem nationalen Abschiebungsverbot bis zum Widerruf oder der Rücknahme übertragen.[1198] Wieder stellt sich die Frage, ob sich das Ausbleiben einer Illegalisierung auf administrativer Ebene verallgemeinern lässt und solche Konstellationen nicht in anderen Kontexten als illegalisiert zu betrachten sind. In jedem Fall ist der Aufenthalt der betroffenen Personen in solchen Situationen hochgradig prekär und in Anbetracht der erschwerten Aufenthaltsverfestigungsmöglichkeiten nur noch begrenzt vergleichbar mit anderen weniger stark illegalisierten Aufenthaltssituationen.

d) Der zugrundeliegende Perspektivenstreit

In den Abweichungen der formellen Rechtslage von der materiellen in den beschriebenen Konstellationen spiegeln sich dabei auch die widerstreitenden Perspektiven wieder, welche den Regelungen zugrunde liegen. Die Ausgestaltung der formellen Rechtslage ist selbstverständlich auch durch

1197 In Deutschland soll eine Regelüberprüfung spätestens nach drei Jahren stattfinden, siehe § 73 Abs. 2a AsylG.

1198 Siehe zu Widerruf und Rücknahme in Deutschland § 73b und 73c AsylG.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

spezifische Motive geprägt. Die Privilegierung von Studierenden (vor einem Verstoß gegen Auflagen) ist zumindest auch von einem Eigennutzen geprägt, da diese als potenzielle qualifizierte Arbeitskräfte von wirtschaftlichem Interesse sind, der Erhalt des Schutzstatus bis zur Feststellung des Wegfalls aufenthaltsbegründender Faktoren ist hingegen vorwiegend altruistisch geprägt. In allen Fällen spielt jedoch auch die neutrale Ordnungsperspektive eine Rolle. Der in der formellen Rechtslage verankerte „Bestandsschutz" dient der Operationalisierung. Die Statuskonservierung erleichtert die Steuerung, steht jedoch im Konflikt mit der materiellen Rechtslage und den darin verankerten Zielen. Während bei der ausstehenden Feststellung eines Schutzstatus die humanitäre Perspektive mit der Ordnungsperspektive konfligiert, ist es beim anstehenden Statusentzug die Perspektive des Eigennutzes. Die neutrale Ordnungsperspektive steht dabei nicht direkt in einem Konflikt mit den anderen Perspektiven, sondern „hemmt" vielmehr (zumindest zeitweise) deren Umsetzung. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es zu einem normativen Widerspruch in dieser Zwischenzeitkommt – gerade dieses Aufspüren von Widersprüchen ist Ziel des dekonstruktiven Ansatzes der Arbeit.

III. Zwischenresümee

An den vorangegangenen Ausführungen zeigt sich, dass es verschiedene Konstellationen gibt, in denen das binäre (Il-)Legalitäts-Muster uneindeutig ist. Selbst die Frage nach der rechtlichen Möglichkeit einer Abschiebung führt nicht zu einer klaren Zuordnung, wenn eine Duldung zwar temporär vor einer Abschiebung schützen, den damit einhergehenden Aufenthalt jedoch nicht als „nicht-illegalisiert" festschreiben soll. Bei einer abstrakteren Betrachtung verschwimmen die Grenzen noch mehr, so dass letztlich alle Personen als illegalisiert betrachtet werden können. Es lässt sich lediglich das Ausmaß der Illegalisierung unterscheiden. Der Aufenthalt ist also unterschiedlich prekär, aber letztlich in allen Fällen prekär. Der andauernde „Prozess des Statuswandels"[1199], beinhaltet nicht nur die Möglichkeit einer Statusverfestigung, sondern immer auch die eines Statusverlusts.[1200] Sofern die Statuserlangung im Rahmen des Migrations-

1199 Siehe *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 19.

1200 Wenngleich sich konzeptionell eine Mündung einerseits in eine Abschiebung und andererseits in der Einbürgerung beschreiben lässt, siehe *Thym*, Migrati-

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechts erfolgt, bleibt diese somit immer prekär; es gibt keinen endgültigen Schutz vor einer migrationsspezifischen Illegalisierung.

Besonders deutlich wird diese prekäre Situation in den Fällen akzessorischer Aufenthaltstitel, in denen die betroffenen Personen ihr Aufenthaltsrecht lediglich von dem eines/-r „Stammberechtigten"[1201] ableiten. Zwar besteht in diesen Konstellationen grundsätzlich die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht zu erlangen.[1202] Bis dahin greifen die migrationsspezifischen Illegalisierungen jedoch vollumfänglich auf die abgeleiteten Aufenthaltstitel durch, so dass beispielsweise bei einer im Nachhinein festgestellten betrügerischen Erlangung des Aufenthaltstitels des/-r Stammberechtigten auch den im Rahmen der Familienzusammenführung nachgezogenen Familienmitgliedern die Aufenthaltstitel entzogen werden können, selbst wenn diese nichts davon wussten.[1203] Selbst ein nach fünf Jahren erlangter selbständiger Daueraufenthaltstitel kann unter diesen Umständen noch entzogen werden,[1204] was

---

onsverwaltungsrecht, S. 19, ist der Statuswandel in der Realität auch in diesen Fällen nicht endgültig abgeschlossen. Einerseits kann der Prozess mit einer erneuten Einreise fortgesetzt werden, andererseits ist selbst eine Einbürgerung (unter engen Voraussetzungen) widerrufbar. Im Vereinigten Königreich ist der Entzug der Staatsbürgerschaft bereits bei einem Verdacht auf terroristische Aktivitäten möglich, British Nationality Act 1981 (in der aktuellen Fassung), Section 40, 4A. In Frankreich wurde, letztlich erfolglos, eine Verfassungsänderung angestrebt, die es ermöglichen sollte, verurteilten Extremist*innen die Staatsangehörigkeit zu entziehen, ZEIT ONLINE: „Hollande zieht Verfassungsänderung zurück", 30. März 2016. Auch Art. 16 Abs. 1 GG gewährt keinen ausschlusslosen Schutz. So ist beispielsweise der Entzug einer erschlichenen Staatsangehörigkeit möglich, BVerfG, 2 BvR 669/04, Urteil vom 24. Mai 2006, NVwZ 2006, 807, 810, Rn. 56 ff. Ferner wurde als Reaktion auf die Rückkehr von Terrorkämpfer*innen der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit 2019 auch auf Fälle von konkreten Beteiligungen „an Kampfhandlungen einer terroristischen Vereinigung im Ausland" erweitert, siehe den neu erlassenen § 28 Abs. 1 Nr. 2, welcher jedoch nur anwendbar ist, wenn die Person volljährig ist und nicht staatenlos würde.

1201 In der FamilienzusammenführungsRL wird von „Zusammenführender" bzw. „*sponsor*" gesprochen, siehe dort in Art. 2 lit. c.

1202 Im Rahmen der Familienzusammenführung gilt dies spätestens nach fünf Jahren, sofern zwischenzeitlich kein anderweitig begründeter Aufenthaltstitel ausgestellt wurde, siehe *Hailbronner/Klarmann*, in: Hailbronner/Thym, Family Reunification Directive 2003/86/EC, Art. 15, Rn. 7 ff. m.w.N.

1203 Siehe EuGH, *Y.Z. u.a.* (C-557/17), EU:C:2018:820, Rn. 45 ff.

1204 Siehe EuGH, *Y.Z. u.a.* (C-557/17), EU:C:2018:820, Rn. 61 ff., wobei in beiden Fällen eine individualisierte Prüfung der Situation der Familienangehörigen

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die dauerhafte Prekarität im Zusammenhang mit akzessorischen Aufenthaltstiteln deutlich zum Ausdruck bringt.

Vor dem Hintergrund dieser dauerhaften Möglichkeit des Statuswandels wird das migrationsrechtliche Konzept der Aufenthaltsregulierung teils als *fluid* oder *hybrid* umschrieben.[1205] An anderer Stelle wird das gesamte Migrationskontrollsystem[1206] als Illegalitäts-Regime bezeichnet, welchem die Annahme zugrunde liegt, dass jede*r potentiell „illegal" sei.[1207]

In jedem Fall lässt sich aus dem Aufenthaltsrecht mitnichten eine klare Einteilung von Migrant*innen als „legal" oder „illegal" ableiten. Es lassen sich lediglich verschiedene Formen und Intensitäten der Illegalisierung im Aufenthaltsrecht ausmachen, die sich tatsächlich nicht als fixe Kategorien, sondern als Teile eines Kontinuums begreifen lassen.

§ 6 De-Illegalisierung

Für die Konstruktion der migrationsspezifischen Illegalisierungen sind auch die Wege und Möglichkeiten der Legalisierung aufschlussreich, wobei es entsprechend der Ausführungen zur Terminologie zutreffender ist, in diesem Kontext von De-Illegalisierung zu sprechen.[1208] Der Vielzahl und Vielschichtigkeit der Illegalisierungen entsprechend bestehen auch

---

vorgenommen werden muss und dabei der Umstand, dass sie nichts von den betrügerischen Umständen wussten, zu berücksichtigen ist.

1205 Siehe *Vollmer*, Policy Discourses on Irregular Migration in Germany and the United Kingdom, S. 9 f.: „*The concept's nature of fluidity and hybridism becomes evident when looking at the various combinations of how a status of irregularity may be produced*."

1206 Zur Abgrenzung der Migrationskontrolle zum umfassenderen Ansatz der Migrationssteuerung siehe *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 6 ff., insbesondere S. 17 f.

1207 Siehe *Amaya-Castro*, European Journal of Legal Studies 2011, S. 137-161 (140): „*assumption that everybody is potentially illegal*".

1208 Siehe Kapitel 1. Entsprechend der Terminologiedebatte wird in diesem Zusammenhang auch häufig von Regularisierung gesprochen, siehe statt vieler nur *Blaschke*, PE 393.282: Trends on Regularization of Third Country Nationals in Irregular Situation of Stay Across the EU und *Baldwin-Edwards/Kraler*, REGINE – Regularisations in Europe. Dahingegen plädiert *W. Kluth*, ZAR 2007, S. 20-23 (22), dafür, zumindest in der deutschsprachigen Literatur aufgrund mangelnden Verbreitung des Begriffs der Irregularität von Legalisierung zu sprechen. Kritisch mit Blick auf den sich wandelnden Sprachgebrauch hierzu wiederum *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 105 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zahlreiche Formen der De-Illegalisierung. Da eine umfassende Darstellung sämtlicher De-Illegalisierungen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, sollen im Folgenden lediglich die aufenthaltsbezogenen De-Illegalisierungen besprochen werden.

Vor dem Hintergrund der dauerhaften Möglichkeit des Statuswandels sind aufenthaltsrechtliche De-Illegalisierungen meist nicht absolut, sondern sie stellen lediglich eine positive Veränderung in Form einer Statusverfestigung dar, welche somit den Grad der Illegalisierung und der entsprechenden Prekarität verringern, die aufenthaltsrechtlichen Illegalisierungen jedoch nicht gänzlich zum Verschwinden bringen. Daher rühren teils auch die Schwierigkeiten bei den Versuchen, Regularisierung (respektive De-Illegalisierung) zu definieren.[1209] Veranschaulicht werden kann diese Problematik wiederum anhand der bereits erwähnten „Zwitterkategorie"[1210] der Duldung in Deutschland[1211] oder Österreich[1212]. Je nachdem, wie der Status mit oder ohne Duldung in einer binären Unterteilung von „legal" und „illegal" qualifiziert wird, ist er als eine Form der „Legalisierung" anzusehen oder nicht. Insofern schreibt sich das bereits beschriebene Problem der Zuordnung eines geduldeten Aufenthalts[1213] nunmehr im Rahmen der De-Illegalisierungen fort, nur das es nunmehr nicht um die Qualifizierung des mit einer Duldung verbundenen Status geht, sondern um den daran anknüpfenden Prozess des Statuswandels.

Wie bereits erwähnt, soll eine förmlich erfolgte Duldung unionsrechtlich zwar nicht als „illegal" eingestuft werden, die Anerkennung wird letztlich jedoch den Mitgliedstaaten freigestellt.[1214] So wird die förmliche Duldung nach deutschem Recht[1215] teils als „illegaler" Aufenthalt angesehen,[1216] teils wird von einem nicht illegalisierten „Aufenthaltsrecht im

1209 Siehe *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 106 ff., m.w.N., der als Definition vorschlägt: „Jede administrative oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung, die irregulär aufhältigen Migrant*innen bei Erfüllen der Mindesterteilungsvoraussetzungen ein Aufenthaltsrecht gewährt," wobei lediglich der irreguläre Aufenthalt und die Erteilung eines Aufenthaltstitels konstitutiv sein sollen, S. 117.

1210 Siehe *Thym*, ZAR 2018, S. 193-200 (198).

1211 Siehe § 60a AufenthG.

1212 Siehe § 6a Fremdenpolizeigesetz 2005.

1213 Siehe hierzu bereits Kapitel 4 § 5 II. 1. c).

1214 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 3, Rn. 8.

1215 Siehe § 60a Abs. 4 AufenthG: „Über die Aussetzung der Abschiebung ist dem Ausländer eine Bescheinigung auszustellen."

1216 Siehe *Bruns*, in: Hofmann, § 60a AufenthG, Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weiteren Sinne“ gesprochen.[1217] Dies hat zur Folge, dass die Erteilung einer Duldung als „Legalisierung“ zu qualifizieren wäre, wenn der Aufenthalt mit einer Duldung als „nicht-illegalisiert“ betrachtet wird. Wird hingegen auch der geduldete Aufenthalt als „illegal“ qualifiziert, wäre die Duldung keine Form der „Legalisierung“.

Wird die Duldung bereits als „legalisiert“ betrachtet, kann eine weitere Statusverfestigung in einer binären Einteilung keine „Legalisierung“ mehr darstellen. Sofern der geduldete Status als ein „illegaler“ angesehen wird, ist zu einem späteren Punkt der Statusverfestigung noch eine „Legalisierung“ möglich.

Keine der beiden binären, absoluten Einteilungen vermag zu überzeugen. Sieht man die „Grenze“ zur Legalisierung schon bei einer Duldung erreicht, wären die gewichtigen Statusverbesserungen, die mit einer späteren Erteilung eines Aufenthaltstitels verbunden sind, nicht mehr als „Legalisierung“ anzusehen. Dies erscheint vor dem Hintergrund des Fortbestehens der Ausreisepflicht sowie der Nicht-Anerkennung als rechtmäßiger Aufenthalt widersinnig.

Andererseits droht eine Unterschlagung der durchaus relevanten Wirkungen einer Duldung, wenn diese nicht als „Legalisierung“ begriffen wird. Mit einer Duldung entfällt die Strafbarkeit des illegalisierten Aufenthalts, die Abschiebung wird zumindest für kurze Zeit ausgesetzt und es bestehen Möglichkeiten der Statusverfestigung. Insofern sind mit einer Duldung erhebliche Statusverbesserungen verbunden. Dies gilt in noch größerem Maße für die beschriebenen neuen Formen der Duldung.[1218] Da die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung aufgrund ihrer umfangreichen Statusrechte als „verkappte Aufenthaltstitel“ anzusehen sind, wäre es unangemessen, diese gänzlich aus dem „Legalisierungs-“ bzw. De-Illegalisierungskontext auszuklammern.[1219]

1217 Siehe *W. Kluth*, ZAR 2007, S. 20-23 (22) und *Hinterberger*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 155-186 (159).

1218 Siehe Kapitel 4 § 5 II. 1. d).

1219 Es ist zudem fragwürdig, inwieweit diese (in Anbetracht der fortbestehenden Ausreisepflicht) „unvollständige“ Legalisierung trotz der weitrechenden Statusverbesserung mit einer vorgezeichneten Aufenthaltsverfestigung mit der Vorgabe der Rückführungsrichtlinie vereinbar ist, dass entweder rückgeführt oder „legalisiert“ werden soll und eine Verzögerung der Rückkehr die praktische Wirksamkeit der Richtlinie gefährdet, siehe *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286 v. 13.3.2019 (u.a.)., S. 22 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sofern wie in der vorliegenden Arbeit nicht an der binären Einteilung in „legal“ und „illegal“ festgehalten, sondern anerkannt wird, dass der andauernde „Prozess des Statuswandels“[1220] zu unterschiedlich stark ausgeprägten Illegalisierungen des Aufenthalts führt, ist eine feste Grenzziehung zwischen „legalen“ und „illegalen“ Aufenthalten weitgehend obsolet. Vielmehr werden unterschiedliche Intensitäten der Illegalisierung als ein Kontinuum begriffen.

Entscheidend für die Frage, wann eine De-Illegalisierung vorliegt, ist dann lediglich, in welche „Richtung“ die Statusveränderung erfolgt. Führt sie zu einer Stärkung der Rechtsposition und eröffnet Teilhabe- und Integrationsoptionen, ist sie folgerichtig als De-Illegalisierung anzuerkennen, wenngleich ein darauf gestützter Aufenthalt weiterhin als illegalisiert zu qualifizieren ist.[1221]

I. Kategorisierungen und Konzeption

De-Illegalisierungen bringen grundsätzlich die humanitäre Perspektive zum Ausdruck, da sie Personen die Möglichkeit eröffnen aus Illegalisierungskontexten herauszutreten. Es sind jedoch nicht ausschließlich altruistische Motive, die den De-Illegalisierungen zu Grunde liegen. Einerseits kann die mit einer De-Illegalisierung verbundene Beendigung eines illegalisierten Aufenthalts auch im Interesse des jeweiligen Staates liegen, andererseits können De-Illegalisierungen auch eingesetzt werden, um Fehlern in der Verwaltung zu begegnen[1222] und so die Funktionalität (wieder) herzustellen, worin primär die Ordnungsperspektive zum Ausdruck kommt.

In den meisten Mitgliedstaaten gab und gibt es verschiedene Formen der De-Illegalisierung.[1223] Konzeptionell lassen sich aufenthaltsrechtliche

1220 Siehe *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 19, sowie *Motomura*, Immigration Outside the Law, S. 21: *„immigration status often is hard to ascertain or is changeable“*.

1221 Siehe Kapitel 4 § 5 II.

1222 Siehe *Bosniak*, Critical Review of International Social and Political Philosophy 2013, S. 344-365 (348 ff.), die von einem *adminstrative reset (mechanism)* spricht.

1223 Eine Übersicht für Italien, Spanien, Polen, Frankreich, die Niederlande, Schweden und Deutschland findet sich bei *Kraler*, Journal of Immigrant & Refugee Studies 2019, S. 94-113, 101 f. Ausführlich zu Deutschland, Österreich und Spanien *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 187 ff., und umfassend für die Mitgliedstaaten von 1996-2007 *Baldwin-Edwards/Kraler*, REGINE – Regularisations in Europe, S. 30 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

De-Illegalisierungen auf verschiedene Weisen einteilen. *Baldwin-Edwards* und *Kraler* unterscheiden Programme und Mechanismen.[1224] Aufenthaltsrechtliche De-Illegalisierungsprogramme sind demnach durch ein Verfahren gekennzeichnet, das außerhalb des regulären migrationsrechtlichen Rahmens angesiedelt ist,[1225] auf bestimmte illegalisierte Personengruppen abzielt und zeitlich begrenzt ist.[1226]

Dahingegen werden alle anderen Instrumente als Mechanismen klassifiziert, wobei diese meist langfristiger angelegt sind.[1227] *Apap*, *De Bruycker* und *Schmitter* schlagen eine kleinteiligere Unterscheidung anhand der folgenden Kriterien vor: 1. dauerhaft oder zeitlich begrenzt, 2. individuell oder kollektiv, 3. aus Schutzgründen oder aus Anerkennung faktischer Gründe, 4. aus Ermessen/Zweckmäßigkeitsüberlegungen oder aus Verpflichtung, und schließlich 5. organisiert/offiziell oder informell, welche weitestgehend selbsterklärend sind.[1228] Lediglich die Unterscheidung nach individuellen oder kollektiven De-Illegalisierungen ist etwas irreführend. Gemeint ist die Unterscheidung, ob die De-Illegalisierung auf individuell gewerteten Bewertungskriterien basiert, welche in der betroffenen Person begründet sind oder auf objektiven Kriterien, welche eine Vielzahl von Personen gleichermaßen betreffen und in der Regel keinen Beurteilungsspielraum vorsehen.[1229]

Hinterberger unterscheidet dagegen nach dem Zweck der zugrundeliegenden aufenthaltsrechtsbegründenden Entscheidungen, d.h. nach den Rechtsgründen, welche im Wesentlichen umfassen: 1. Nichtrückführbar-

1224 Siehe *Baldwin-Edwards/Kraler*, REGINE – Regularisations in Europe, S. 8.

1225 Diese sind gleichwohl rechtlicher Natur und befinden sich nicht gänzlich außerhalb des Rechts; so aber *Dauvergne*, Making People Illegal, S. 28 und 139 ff., die von einer Amnestie außerhalb des Rechts spricht.

1226 „*A regularisation programme is defined as a specific regularisation procedure which (1) does not form part of the regular migration policy framework, (2) runs for a limited period of time and (3) targets specific categories of non-nationals in an irregular situation*“, siehe *Baldwin-Edwards/Kraler*, REGINE – Regularisations in Europe, S. 8.

1227 Siehe *Baldwin-Edwards/Kraler*, REGINE – Regularisations in Europe, S. 9. Ähnlich *Brick*, Regularizations in the European Union, S. 3 f., und *Costello*, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law, S. 74 ff., die noch „*regularization by entitlement*“ ergänzt.

1228 Siehe *Apap/Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, S. 263-308 (266 ff.).

1229 Siehe *Apap/Bruycker/Schmitter*, EJML 2000, S. 263-308 (267 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit, 2. Soziale Bindung, 3. Familieneinheit, 4. Vulnerabilität, 5. Erwerbstätigkeit und Ausbildung und 6. Sonstige staatliche Interessen.[1230]

Auch wenn die Trennlinien der Kategorisierungen in der Praxis bisweilen verschwimmen,[1231] akzentuieren die Kategorisierungsvorschläge unterschiedliche Aspekte der verschiedenen De-Illegalisierungen und können daher allesamt gewinnbringende Perspektiven eröffnen. Konzeptionell ist es zum einen wichtig festzuhalten, dass sich, auch wenn die Entscheidung über De-Illegalisierungsmaßnahmen weitestgehend in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verbleibt,[1232] eine zunehmende „Europäisierung" des Regelungsbereichs Themas beobachten lässt.[1233] Zum anderen sind humanitäre De-Illegalisierungen im Ermessen der Staaten von Situationen zu trennen, in welchen aus menschenrechtlichen Verpflichtungen ein obligatorischer Schutzanspruch besteht.[1234]

II. Pflicht zur De-Illegalisierung?

Nach den Ausführungen zu den Kategorisierungen und der Konzeption von De-Illegalisierungen stellt sich die Frage, wann eine Pflicht zur De-Illegalisierung besteht bzw. wie sich eine solche begründen lässt. Aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 7 GRC[1235] oder Art. 3 EMRK lässt sich eine solche Pflicht nur in besonderen Ausnahmefällen oder in den beschränkten Ausmaßen eines Abschiebehindernisses herleiten.[1236] Anders könnte es jedoch ausse-

1230 Siehe *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 122 ff.

1231 Dies zeigt sich beispielsweise an einer im Ermessen stehenden Erneuerung eines Aufenthaltstitels, welcher sich faktisch nicht von einer De-Illegalisierung unterscheidet, siehe *Costello*, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law, S. 73, sowie *Kraler*, EJML 2011, S. 297-316 (301).

1232 Zu einer möglichen Verpflichtung aus unionsrechtlichen Vorgaben siehe sogleich Kapitel 4 § 6 II .

1233 Siehe *Kraler*, EJML 2011, S. 297-316 (299 ff.).

1234 Siehe *Costello*, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law, S. 78.

1235 „Art. 7 der Charta [ist] die gleiche Bedeutung und Tragweite beizumessen wie Art. 8 Abs. 1 EMRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", siehe EuGH, *McB.* (C-400/10 PPU), EU:C:2010:582, Rn. 53.

1236 Siehe hierzu ausführlicher *Thym*, ICLQ 2008, S. 87; *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 103 ff., und *Schieber*, Komplementärer Schutz, S. 82 ff., sowie die einschlägige Rechtsprechung des EGMR *in Jeunesse v. The Netherlands*, Urteil vom 3. Oktober 2014, Nr. 12738/10, Rn. 100 ff., und *Hoti v. Croatia*, Ur-

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hen, sofern der Blick auf die Systematik des Migrationsrecht der Union, insbesondere die sekundärrechtliche Ausgestaltung in der Rückführungs-RL gerichtet wird.

Das Ziel der Bekämpfung illegalisierter Migration wird auf Unionsebene meist durch eine „konsequentere und wirksamere europäische Rückführungspolitik" verfolgt.[1237] Dieser Ansatz spiegelt sich in der Vorgabe der RückführungsRL, nach der die Mitgliedstaaten grundsätzlich „gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung" zu erlassen haben, welche, sofern keine freiwillige Ausreise erfolgt, mit „alle[n] erforderlichen Maßnahmen" vollstreckt werden soll.[1238] Alternativ zur vorgesehenen Rückkehrentscheidung[1239] lässt sich der illegalisierte Aufenthalt jedoch auch durch eine De-Illegalisierungsmaßnahme „beenden". Diese Möglichkeit ist in Art. 6 Abs. 4 RückführungsRL auch explizit vorgesehen.[1240] Sofern die Vollstreckung einer Rückkehrentscheidung scheitert, stellt sich daher die Frage, inwieweit aus der Möglichkeit der De-Illegalisierung eine Pflicht werden kann, um das propagierte Ziel der Beendigung des illegalisierten Aufenthalts dennoch zu erreichen.[1241]

---

teil vom 26. Juli 2018, Nr. 63311/14, Rn. 118 ff. m.w.N. Kritisch zu De-Illegalisierungen die auf einer humanitären Logik beruhen *Kraler*, EJML 2011, S. 297-316 (313 ff.).

1237 Siehe Europäische Kommission, Eine konsequentere und wirksamere europäische Rückführungspolitik vom 12. September 2018, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-returns-policy_de.pdf (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

1238 Siehe Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 RückführungsRL.

1239 Siehe EuGH, *Zaizoune* (C-38/14), EU:C:2015:260, Rn. 31.

1240 „Die Mitgliedstaaten können jederzeit beschließen, illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen wegen Vorliegen eines Härtefalls oder aus humanitären oder sonstigen Gründen einen eigenen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen. In diesem Fall wird keine Rückkehrentscheidung erlassen."

1241 Siehe ausführlich *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 152 ff. Für die in diesem Zusammenhang immer wieder angeführten „Pull-Effekte", nach denen die Anzahl illegalisierter Migrant*innen zwar kurzfristig durch De-Illegalisierungen sinken würde, mittel- oder langfristig jedoch steigen könnte, da mehr Personen in der Hoffnung auf eine spätere De-Illegalisierung zunächst illegalisiert einreisten, fehlt es meist an Nachweisen, siehe *Orrenius/Zavodny*, FRB of Dallas Working Paper No. 1603 2016, S. 1-29 (21). Zu *push*- und *pull*-Faktoren im Bereich der Migrationssteuerung der EU siehe *Thielemann*, Refugee Survey Quarterly 2012, S. 21-37. Zur Frage nach einer Pflicht zur De-Illegalisierung des Aufenthalts aus familiären Gründen siehe *Rausch*, Die rechtliche Behandlung von irregulärer Migration zwi-

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Acosta Arcarazo[1242] und *Hinterberger*[1243] leiten aus dieser Systematik eine Pflicht zur aufenthaltsrechtlichen De-Illegalisierung mit dem Argument ab, dass, zumindest in den Fällen, in denen andernfalls ein längerfristiger illegalisierter Aufenthalt zu erwarten ist, die Effektivität und praktische Wirksamkeit der Vorgaben der RückführungsRL anders nicht zu gewährleisten ist. *Lutz* ist hingegen der Auffassung, dass nicht rückführbaren Personen ein Minimum an Rechten zusteht, welche in Art. 14 Abs. 1 der RückführungsRL aufgelistet sind und im Umfang bewusst hinter den Rechten aus der AufnahmeRL zurückbleiben,[1244] sich aus dem Unionsrecht jedoch keine Verpflichtung zur Erteilung eines Aufenthaltstitels im Falle der Nicht-Rückführbarkeit ableiten lasse.[1245]

Auch der EuGH hat festgestellt, dass es nicht der Zweck der RückführungsRL sei, „die Voraussetzungen für den Aufenthalt illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, gegen die eine Rückkehrentscheidung nicht vollzogen werden kann oder konnte, im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu regeln" und daher „ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet sein kann […] einen eigenen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen", auch wenn „keine hinreichende Aussicht auf Abschiebung mehr […] besteh[t]".[1246] Eine Pflicht zur De-Illegalisierung aufgrund faktischer Hindernisse bei der Rückführung hat der EuGH verneint.[1247]

Auch gesundheitliche Gründe reichen nach der Auffassung des EuGH nicht für eine Pflicht zur De-Illegalisierung aus, sondern können lediglich eine aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen eine Rückkehrentscheidung und die damit einhergehende Sicherung des Existenzminimums bedingen.[1248]

Diese Feststellung des EuGH, dass faktische Abschiebehindernisse keine allgemeine De-Illegalisierungspflicht begründen können, wird jedoch zu-

---

schen Migrationskontrolle und Menschenrechten in der Bundesrepublik Deutschland und Europa, S. 274 ff.

1242 Siehe *Acosta Arcarazo*, CMLR 2015, S. 1361-1378 (1377 ff.).

1243 Siehe *Hinterberger*, Regularisierungen von irregulär aufhältigen Migrant*innen, S. 158 und 163 ff.

1244 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (30 ff.).

1245 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (46).

1246 Siehe EuGH, *Mahdi* (C-146/14 PPU), EU:C:2014:1320, Rn. 87 und 89. Die Verpflichtung, eine schriftliche Bestätigung der Situation auszustellen (Rn. 88), lässt sich schwerlich als De-Illegalisierung qualifizieren.

1247 Dabei lässt sich zumindest eine Pflicht zur Formalisierung des Aufenthalts nicht rückführbarer Personen begründen, sofern diese lediglich deklaratorischen Charakter hat, siehe *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 103.

1248 Siehe EuGH, *Abdida* (C-562/13), EU:C:2014:2453, Rn. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mindest in denjenigen Fällen herausgefordert, in denen die faktischen Hindernisse nicht lediglich vorübergehend, sondern dauerhaft bestehen.

Die Frage, wann eine Nicht-Rückführbarkeit als dauerhaft anzusehen ist, lässt sich kaum eindeutig beantworten. Da sich die Umstände in der Zukunft ändern können und die Nicht-Rückführbarkeit sich somit nie endgültig darstellt, schlägt *Lutz* vor, „das Fehlen einer realistischen Aussicht auf eine erfolgreiche Rückführung in der vorhersehbaren Zukunft" ausreichen zu lassen, um von einer Nicht-Rückführbarkeit zu sprechen.[1249] Diese Abgrenzung sollte hinreichend konkret sein, um die konkreten Einzelfälle entsprechend qualifizieren zu können. Wenngleich, insbesondere durch die Kooperation mit Drittstaaten in Form von Rückübernahmeabkommen, versucht wird, Rückführungshindernisse abzubauen,[1250] existieren zweifelsfrei weiterhin Fälle von ausreisepflichtigen Personen, die nach dieser Definition als (dauerhaft) nicht abschiebbar anzusehen sind. Die Existenz dieser Personengruppe ist konzeptionell nicht vorgesehen,[1251] deshalb verwundert es auch nicht, dass die einschlägigen Unionsdokumente nicht vorrangig das Ziel verfolgen, die Rechtstellung von nicht-rückführbaren Personen zu regeln.[1252] Doch die Haltung (frei nach *Morgenstern)*, dass „nicht sein kann, was nicht sein darf"[1253] stellt letztlich keinen konstruktiven Ansatz zur Lösung des Problems dar.

III. Zwischenresümee

Vor dem Hintergrund des ständigen Prozesses des Statuswandels ist eine feste Grenzziehung zwischen den binären Kategorien von „legalen" und „illegalen" Aufenthalten abzulehnen und eine De-Illegalisierung stets zu

---

1249 *„[T]he absence of a realistic prospect that removal can be carried out successfully within the foreseeable future"*, siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (31).

1250 Zur Kooperation mit Drittstaaten im Rahmen von Externalisierungen siehe Kapitel 4 § 2 V.

1251 In ErwGr. 12 der RückführungsRL ist daher auch die Rede von „Drittstaatsangehörigen, die sich unrechtmäßig im Land aufhalten, aber *noch* nicht abgeschoben werden können." (Hervorhebung durch den Verfasser).

1252 Siehe *Lutz*, EJML 2018, S. 28-52 (31 f.).

1253 In *Christian Morgensterns* Gedicht „Die unmögliche Tatsache" kommt der Protagonist Palmström nach der Gesetzeslektüre zu dem Schluss, dass der eigene Tod aufgrund eines Zusammenstoßes mit einem Kraftfahrzeug lediglich ein Traum gewesen sein muss, da dies ansonsten rechtswidrig gewesen sei: „Weil, so schließt er messerscharf, nicht sein kann, was nicht sein darf." Siehe *Morgenstern*, Alle Galgenlieder, S. 83 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bejahen, wenn eine Stärkung der Rechtsposition erfolgt und Teilhabe- und Integrationsoptionen eröffnet werden, auch wenn der Aufenthalt weiterhin – wenn auch in geringerem Maße – als illegalisiert zu betrachten ist. Es bestehen verschiedene Kategorisierungsvorschläge für De-Illegalisierungen. Aus konzeptioneller Sicht ist insbesondere die Frage, ob eine De-Illegalisierung im Ermessen der Staaten liegt oder sich aus menschenrechtlichen Verpflichtungen ableitet, von Interesse, wobei sich auch aus der in der RückführungsRL konkretisierten Systematik des Migrationsrechts der EU eine Pflicht zu De-Illegalisierung ableiten lässt – insbesondere in Fällen der Nicht-Rückführbarkeit.

§ 7 Die öffentliche Ordnung und Sicherheit als flächendeckende Illegalisierungsreserve

Die migrationsrechtlichen Voraussetzungen und Gewährleistungen divergieren in den verschiedenen Regelungsbereichen erheblich. Die Erfordernisse für einen Aufenthalt im Rahmen einer Familienzusammenführung unterscheiden sich von denen für eine Aufenthaltserlaubnis als Flüchtling oder als hochqualifizierter Arbeiter signifikant. Im Gegensatz zu den unterschiedlichen Regelungen hinsichtlich der positiven Voraussetzungen für eine Aufenthaltsgenehmigung lässt sich ein Ausschlusskriterium identifizieren, welches quer durch die aufenthaltsgewährenden Regelungen zu finden ist: Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Wie ein roter Faden durchzieht er das Migrationsrecht und hängt damoklesschwertgleich über sämtlichen Migrationssachverhalten. Wie verfestigt der Aufenthalt einer Person auch bereits sein mag, bei einer Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit droht der Statusverlust. Aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher Situationen, in welchen der Vorbehalt Anwendung findet, und der Vielfältigkeit der möglichen Rechtsfolgen birgt der Vorbehalt hinsichtlich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eine beachtliche Illegalisierungsreserve. Die Verbreitung des Vorbehalts in verschiedenen Rechtsinstrumenten lässt ihn zudem flächendeckend Anwendung finden. Insbesondere erfasst er nicht nur die „klassischen" Bereiche illegalisierter Migration, sondern er betrifft auch Migrationsbereiche, welche gewöhnlich als „legal" bzw. nicht-irregulär qualifiziert werden, wie die Migration zu Studien- oder Forschungszwecken oder die Migration von Hochqualifizierten. So verdeutlicht er auch noch einmal die Vielfältigkeit und Vielschichtigkeit von migrationsspezifischen Illegalisierungen.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht

Im Folgenden soll zunächst die Ausgestaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht näher beleuchtet werden. Vorab ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass die unionsrechtlichen Rechtsbegriffe autonom und daher unabhängig von nationalen Konzepten gleichlautender Begrifflichkeiten zu bestimmen sind.[1254]

Die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sind als Rechtfertigungsgründe für Einschränkungen der Grundfreiheiten im Primärrecht etabliert,[1255] finden sich jedoch auch an vielen Stellen im Sekundärrecht.[1256] Die regelmäßig mitangeführte öffentliche Gesundheit ist konzeptionell für die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierung weniger relevant, da diese, anders als die öffentliche Ordnung und Sicherheit,[1257] meist nicht im Zusammenhang mit einer individuellen Handlung der betroffenen Person steht.

Weder die öffentliche Ordnung noch die öffentliche Sicherheit sind im Unionsrecht legaldefiniert, weshalb die jeweiligen Vorgaben im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten Bedeutung erlangen. Die nationalrechtliche Ausgestaltung hat jedoch europarechtlichen Vorgaben zu entsprechen und kann daher, trotz Beurteilungsspielraum, „nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden."[1258] Da es sich um eine Ausnahme zu den Grundfreihei-

1254 Siehe *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim u. a., Art. 36 AEUV, Rn. 17, sowie etwas ausführlicher zum Autonomiepostulat im Unionsrecht *Thym*, ZAR 2019, S. 1-7 (5), der auch auf die Notwendigkeit der Kontextualisierung des Migrationsrechts im Rahmen des weiteren Unionsrechts hinweist, um die „dogmatische[n] Rückkopplungsschleifen" zu berücksichtigen.

1255 Siehe Art. 36 AEUV für die Warenverkehrsfreiheit, Art. 45. Abs. 3 AEUV für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 52 Abs. 1 AEUV für die Niederlassungsfreiheut und die Dienstleistungsverkehrsfreiheit (i.V.m. Art. 62 AEUV) sowie Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV für die Kapitalfreiheit.

1256 Zur Entwicklung des Konzepts der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, ausgehend von der Rechtsprechung zum Binnenmarkt und der Unionsbürgerschaft und dessen Ausdifferenzierung in den migrationsrechtlich relevanten Sekundärrechtsakten siehe *Thym*, EJML 2019, S. 166-193 (180 f.) bzw. in der deutschen Sprachfassung *Thym*, ZAR 2019, S. 1-7 (6).

1257 Exemplifiziert in Art. 27 Abs. 2 UnionsbürgerRL, wonach für eine „Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit […] ausschließlich das persönliche Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend sein [darf]".

1258 Siehe EuGH, *Van Duyn / Home Office* (C-41/74), EU:C:1974:133, Rn. 18 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten handelt, ist bei der Begriffsbestimmung eine enge Auslegung angezeigt.[1259]

Für einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung fordert der EuGH, dass „außer der Störung der öffentlichen Ordnung, die jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt."[1260] Diese Tatbestandsbestimmung wurde zwar mit Blick auf Unionsbürger*innen und deren Angehörigen entwickelt, ist grundsätzlich aber auch bei der Auslegung anzuwenden, wenn Regelungen Drittstaatsangehörige (die keine Angehörigen von Unionsbürger*innen sind) betreffen.[1261]

Der unionsrechtliche Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sowohl den Bereich der inneren, als auch den der äußeren Sicherheit,[1262] wobei „[1.] die Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie [2.] das Überleben der Bevölkerung ebenso wie [3.] die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder [4.] eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen die öffentliche Sicherheit berühren können".[1263] Ergänzt wird die allgemeine Konzeption der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit teils durch eine abgestufte Qualifizierung. So werden im Rahmen des Ausweisungsschutzes der UnionsbürgerRL abhängig von der Aufenthaltsdauer der Person im Hoheitsgebiet „schwerwiegende" oder gar „zwingende" Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gefordert,[1264] während beispielsweise in der HochqualifiziertenRL bloße Gründe ausreichen[1265] oder in der REST-RL eine

1259 Siehe EuGH, *Van Duyn / Home Office* (C-41/74), EU:C:1974:133, Rn. 18 f.

1260 Siehe EuGH, *Bouchereau*, (Rs. 30/77), EU:C:1977:172, Rn. 33/35. Das Erfordernis, dass ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt sein muss findet sich auch in Art. 27 Abs. 2 UnionsbürgerRL und ErwGr. 27 Schengener Grenzkodex, der auf die ständige Rechtsprechung des EuGH verweist.

1261 Siehe EuGH, *E.P.* (C-380/18), EU:C:2019:1071, Rn. 30 f. Dies gilt jedoch nur grundsätzlich. Der Wortlaut, die Zielbestimmung und der Kontext einer Regelung können zu einer abweichenden Begriffsbestimmung führen, siehe Rn. 33 zur abweichenden Auslegung des Begriffs im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. e Schengener Grenzkodex.

1262 Siehe statt vieler nur EuGH, *Richardt* (C-367/89), EU:C:1991:376, Rn. 22 und *Tsakouridis* (C-145/09), EU:C:2010:708, Rn. 43 m.w.N.

1263 Siehe *Tsakouridis* (C-145/09), EU:C:2010:708, Rn. 44 m.w.N.

1264 Siehe Art. 28 Abs. 1 bis 3 UnionsbürgerRL; zur Qualifizierung außerdem ausführlich EuGH, *Tsakouridis* (C-145/09), EU:C:2010:708, Rn. 22 ff.

1265 Siehe Art. 9 Abs. 3 lit. a HochqualifiziertenRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Bedrohung" ausreicht.[1266] Grundsätzlich gilt zudem, dass ökonomische Erwägungen im Rahmen der Entscheidung über restriktive Maßnahmen aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nicht zulässig sind.[1267]

In seiner jüngeren Rechtsprechung entwickelte der EuGH eine großzügigere Auslegung, welche den Mitgliedstaaten weitergehende Beurteilungsspielräume eröffnete. So sah der EuGH es für möglich an, auch den bandenmäßigen Drogenhandel zu erfassen, freilich abhängig von seiner Intensität,[1268] womit die Unterscheidung von öffentlicher Sicherheit und öffentlicher Ordnung an Trennschärfe zu verlieren droht und eine Erweiterung des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten nahegelegt wird.[1269] Außerdem wurde in *P.I.* der sexuelle Missbrauch von Kindern ohne Einbindung in eine Bande oder sonstige kriminelle Strukturen als Möglichkeit der Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit anerkannt und der Maßstab für die „besonders schwere Beeinträchtigung eines grundlegenden gesellschaftlichen Interesses" im Rahmen der öffentlichen Sicherheit dahingehend ausgelegt, dass es ausreicht, dass „die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung" unmittelbar bedroht werden könnte.[1270] Diese erweiterte Begriffsauslegung lässt sich dahingehend deuten, dass schwerwiegende Vergehen nicht (mehr/bloß) als individuelle Taten gegen einzelne Personen angesehen werden, sondern als Unrecht gegenüber der Gesellschaft als solcher und deren Werte.[1271]

1266 Siehe Art. 7 Abs. 6 REST-RL. Teils finden sich zudem im Sekundärrecht punktuelle Konkretisierungen. In Art. 6 Abs. 2 FamilienzusammenführungsRL wird beispielsweise darauf hingewiesen, dass bei der Beurteilung die Schwere und Art des begangenen Verstoßes sowie die von der Person ausgehende Gefahr berücksichtigt werden müssen. Art. 6 Abs. 1 DaueraufenthaltsRL verpflichtet dazu, der Aufenthaltsdauer und den bestehenden Bindungen im Aufnahmestaat Rechnung zu tragen.

1267 Siehe Art. 6 Abs. 2 DaueraufenthaltsRL oder Art. 27 Abs. 1 UnionsbürgerRL.

1268 Siehe *Tsakouridis* (C-145/09), EU:C:2010:708, Rn. 45 ff., da „die Rauschgiftsucht ein großes Übel für den Einzelnen und eine soziale und wirtschaftliche Gefahr für die Menschheit ist".

1269 Siehe *Stehlík*, International and Comparative Law Review 2017, S. 127-142 (132).

1270 Siehe EuGH, *P. I.* (C-348/09), EU:C:2012:300, Rn. 17 ff. und 28.

1271 Siehe *Coutts*, CMLR 2015, S. 531-545 (539 ff.), der die Schlussfolgerung insbesondere auch auf die Entscheidung EuGH, *Onuekwere* (C-378/12), EU:C:2014:13 stützt, in der es um die Frage der Anrechnung von Zeiten in Strafhaft für die Erlangung eines Daueraufenthaltstitels ging und in welcher der EuGH das Kriterium der Integration im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft betonte.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wenngleich die jüngere Rechtsprechung nicht frei von Kritik geblieben ist,[1272] kann die allgemeine Rechtsprechung im Bereich der Grundfreiheit und Unionsbürgerschaft als einigermaßen gesichert angesehen werden, so dass sich die Frage stellt, inwieweit sich diese auch auf die migrationsrechtlichen Regelungen im Unionsrecht übertragen lässt.[1273] Hierbei ist mangels umfangreicher Rechtsprechung zu dieser Frage insbesondere die Entscheidung *Fahimian*[1274] von Bedeutung.[1275]

Der EuGH bestätigt in *Fahimian* die Unterscheidung zwischen Binnenmigration und der Migration aus Drittstaaten dahingehend, dass Ausnahmen und Einschränkungen im Rahmen der Binnenmigration eng auszulegen sind, während im Bereich der Migration aus Drittstaaten ein weiterer Auslegungsspielraum besteht und kontextspezifische Erwägungen berücksichtigt werden dürfen.[1276] Der EuGH betont, dass „bei der Auslegung einer Unionsvorschrift nicht nur deren Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen [sind], die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden".[1277] Dementsprechend können die Mit-

1272 Siehe *Azoulai/Coutts*, CMLR 2013, S. 553-570; *Kochenov/Pirker*, Columbia Journal of European Law 2013, S. 369-390, und *Kostakopoulou-Dochery/Ferreira*, Columbia Journal of European Law 2014, S. 167-191, die jeweils die Grundkonzeption der Unionsbürgerschaft durch die neuere Rechtsprechung gefährdet sehen.

1273 Grundsätzlich sieht der EuGH dies als möglich an, wie sich aus EuGH, *Zh. und O.* (C-554/13), EU:C:2015:377, Rn. 48 ergibt, in welcher er bei der Auslegung im Rahmen der RückführungsRL auf die Rechtsprechung zur UnionsbürgerRL in EuGH, *Gaydarov* (C-430/10), EU:C:2011:749, Rn. 32 verweist.

1274 EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255.

1275 Siehe *Stehlík*, International and Comparative Law Review 2017, S. 127-142 (131 f.), der die Anwendung im Rahmen der RückführungsRL leider nicht anspricht. Die relativ knapp gehaltenen Ausführungen in EuGH, *López Pastuzano* (C-636/16), EU:C:2017:949, Rn. 26 ff. beschränken sich im Wesentlichen darauf, dass eine Einzelfallprüfung notwendig ist und in diesem Rahmen die in Art. 12 Abs. 3 UnionsbürgerRL aufgezählten Kriterien zu berücksichtigen sind. Da sich die Vorgaben zum Ausweisungsschutz gem. ErwGr. 16 UnionsbürgerRL an Kriterien aus der Rechtsprechung des EGMR orientieren und nicht an der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, trägt das Urteil der kleinen Kammer nicht zur Klärung bei, siehe *Thym*, EJML 2019, S. 166-193 (181), bzw. in der deutschen Sprachfassung *Thym*, ZAR 2019, S. 1-7 (6); zur Rechtsprechung des EGMR im Rahmen von Art. 12 Abs. 3 UnionsbürgerRL siehe *Thym*, in: Hailbronner/Thym, Long Term Residents Directive 2003/109/EC, Art. 12, Rn. 10 f.

1276 Siehe *Stehlík*, International and Comparative Law Review 2017, S. 127-142 (137).

1277 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gliedstaaten keine zusätzlichen Bedingungen einführen, welche über die sekundärrechtlichen Vorgaben hinausgehen, sie haben jedoch einen Beurteilungsspielraum bei der Feststellung einer Bedrohung für die öffentliche Sicherheit.[1278]

Für die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierungen besonders relevant sind die darauf folgenden Ausführungen des EuGH, in welchen dieser die kontextuellen Unterschiede hinsichtlich der Einschränkungsmöglichkeiten aufgrund der öffentlichen Sicherheit zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen hervorhebt. Das Regelungsregime bei Unionsbürger*innen sieht vor, dass „bei einer zum Schutz der öffentlichen Sicherheit getroffenen Maßnahme ausschließlich das persönliche Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend sein darf und dieses Verhalten eine „tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche" Gefahr für dieses Grundinteresse der Gesellschaft darstellen muss", während im Fall der Ablehnung eines Drittstaatsangehörigen eine „potenzielle Gefahr für die öffentliche Sicherheit" ausreicht, wobei die Beurteilung sich zumindest auf Tatsachen stützen muss.[1279]

Diese Gefahrenprognose erfordert „eine Gesamtbetrachtung aller seine Situation kennzeichnenden Umstände", welche mit „komplexen Bewertungen verbunden sein [kann]", wobei „die zuständigen nationalen Behörden über einen weiten Beurteilungsspielraum [verfügen]".[1280] Als mögliche Beurteilungskriterien nennt der EuGH die „Persönlichkeit des Antragstellers, seine Integration in dem Land, in dem er lebt, die politische, soziale und wirtschaftliche Lage dieses Landes" sowie die Möglichkeit, dass „die von diesem Antragsteller während seines Studiums erworbenen Fähigkeiten später in seinem Herkunftsland zu die öffentliche Sicherheit beeinträchtigenden Zwecken eingesetzt werden können."[1281] Ergänzend zu den vielfältigen Beurteilungskriterien und dem weiten Beurteilungsspielraum „ist die gerichtliche Kontrolle der Beurteilung auf die Prüfung offenkundiger Fehler beschränkt" und hat sich zudem „insbesondere auf die Wahrung der Verfahrensgarantien" zu beziehen.[1282]

Diesen Ansatz bestätigte der EuGH jüngst in *E.P.* Dabei konkretisierte er den modifizierten Gefahrenbegriff bei Art. 6 Abs. 1 lit. e Schengener Grenzkodex dahingehend, dass „übereinstimmende, objektive und eindeu-

1278 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 36 f.
1279 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 40.
1280 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 41 ff.
1281 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 41.
1282 Siehe EuGH, *Fahimian* (C-544/15), EU:C:2017:255, Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tige Indizien" notwendig sind, um einen Verdacht darauf stützten zu können.[1283] Außerdem hatte der EuGH darauf hingewiesen, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, dass die Straftat, „deren Begehung der betreffende Drittstaatsangehörige verdächtig ist, angesichts ihrer Art und der drohenden Strafe eine hinreichende Schwere aufweisen muss, um die sofortige Beendigung seines Aufenthalts im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu rechtfertigen."[1284]

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Anknüpfungspunkte bzw. die Tatbestandmerkmale der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht einigermaßen einheitlich sind, die kontextabhängigen Ausgestaltungen sich jedoch stark unterscheiden.[1285] Während die Qualifizierungen für Sachverhalte innerhalb der Union hohen Voraussetzungen unterliegen und zudem die entsprechende Auslegung sehr eng ausfällt,[1286] wird in den Regelungen, die Drittstaatsangehörige betreffen, ein geringerer Qualifikationsmaßstab angesetzt und zudem ein sehr weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.

Daran zeigt sich nicht nur eine weitere Ausprägung der beschriebenen Grundprogrammierung des Migrationsrechts, welche zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen differenziert,[1287] auch die unterschiedlichen Perspektiven[1288] treten hier deutlich hervor. Während die entwicklungsleitende Perspektive bei den Regelungen der Grundfreiheiten und der Unionsbürgerschaft auf das Ziel der Europäischen Integration gerichtet ist und somit dem Grunde nach altruistisch, sind die Zulassungsregelungen von Drittstaatsangehörigen von einer ökonomischen Betrachtungsweise geprägt.

Neben dieser konzeptionellen Analyse ist es im Hinblick auf die Konstruktion migrationsspezifischer Illegalisierung interessant, wie vielfältig

---

1283 Siehe EuGH, *E.P.* (C-380/18), EU:C:2019:1071, Rn. 49.

1284 Siehe EuGH, *E.P.* (C-380/18), EU:C:2019:1071, Rn. 47 f.

1285 Siehe auch *Thym*, ZAR 2019, S. 1-7 (6), der von einer „kontextspezifischen Ausdifferenzierung" spricht und dies anhand der EuGH-Rechtsprechung zu den einschlägigen Sekundärrechtsakten belegt.

1286 Dies gilt auch für die Regelungen und Auslegung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Rahmen des EWR-Abkommens, des Assoziierungsabkommen mit der Türkei und des CETA Abkommens, welche insoweit den Regelungen des Binnenmarkts und der Unionsbürgerschaft näher sind, als den allgemeinen Regelungen in Bezug auf Drittstaatsangehörige, siehe *Stehlík*, International and Comparative Law Review 2017, S. 127-142 (138 ff.).

1287 Siehe Kapitel 3 § 1 III.

1288 Zu den im Rahmen der Arbeit entwickelten Perspektiven als struktur- und stringenzverleihende Charakteristika der Untersuchung Kapitel 2 § 4 II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und weit verbreitet der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im unionsrechtlichen Migrationsrecht ist. Dies soll im Folgenden anhand eines Überblicks über die verschiedenen migrationsrechtlich relevanten Regelungen verdeutlicht werden.

II. Zugangs- und aufenthaltsbezogene Einschränkungsmöglichkeiten

In nahezu allen Rechtsinstrumenten, welche spezielle Zugangs- und Aufenthaltsmöglichkeiten regulieren, findet sich ein Vorbehalt hinsichtlich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Bei der Prüfung eines Visumsantrags ist zu prüfen, ob die Person eine Gefahr für die Sicherheit der Mitgliedstaaten darstellt, und gegebenenfalls das Visum zu Verweigern.[1289] Von der Erfüllung dieser Voraussetzung für die Einreise hängt später auch die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts ab.[1290]

Die Zulassung und der Entzug bzw. die Nichtverlängerung der Blauen Karte stehen für Hochqualifizierte unter dem Vorbehalt, dass diese keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen dürfen.[1291] Gleiches gilt für den Ausschluss bei langfristig Aufenthaltsberechtigten.[1292] Auch die FamilienzusammenführungsRL sieht die Möglichkeit vor, eine Bewerbung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit abzulehnen oder den Aufenthaltstitel eines Familienangehörigen zu entziehen bzw. nicht zu verlängern.[1293] Der umfassende Vorbehalt betrifft auch Saisonarbeiter*innen. Werden diese als Bedrohung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit angesehen, muss ihnen die Zulassung verweigert werden.[1294]

Der Aufenthaltstitel von Drittstaatsangehörigen, welche bei der Bekämpfung von Menschenhandel und illegalisierter Einwanderung kooperieren, kann aus Gründen der öffentlichen Ordnung und dem Schutz der inneren Sicherheit nicht erteilt, nicht verlängert oder entzogen werden[1295] Sofern Drittstaatsangehörige als Bedrohung für die öffentliche Ordnung,

1289 Art. 21 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a vi) Visakodex.
1290 Siehe EuGH, *E.P.* (C-380/18), EU:C:2019:1071, Rn. 24 ff.
1291 Siehe Art. 5 Abs. 1 lit. f und Art. 9 Abs. 3 lit. a HochqualifiziertenRL.
1292 Siehe Art. 6 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 DaueraufenthaltsRL.
1293 Art. 6 Abs. 1 und 2 FamilienzusammenführungsRL.
1294 Art. 6 Abs. 4 SaisonarbeiterRL.
1295 Art. Abs. 2 und Art. 14 lit. c MenschenhandelsopferRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sicherheit oder Gesundheit angesehen werden, ist auch eine Zulassung als unternehmensinterner Transfer ausgeschlossen.[1296]

Wie bereits in der allgemeinen Analyse ausgeführt, steht auch die Zulassung von Studierenden und Forschenden unter dem Vorbehalt, dass diese nicht als Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit angesehen werden dürfen.[1297] Dementsprechend können Aufenthaltstitel oder deren Verlängerung verweigert[1298] und Mobilitätsrechte eingeschränkt werden.[1299]

Die Rechtsstellung als Flüchtling kann aberkannt, beendet oder die Verlängerung abgelehnt werden, wenn es stichhaltige Gründe für die Annahme gibt, dass die Person eine Gefahr für die Sicherheit des Mitgliedstaats darstellt.[1300] Gleiches gilt für subsidiär Schutzberechtigte.[1301] Auch die GFK sieht einen entsprechenden Vorbehalt vor. Ein sich rechtmäßig aufhaltender Flüchtling kann nach Art. 32 Abs. 1 GFK nur aus Gründen der Staatssicherheit und der öffentlichen Ordnung ausgewiesen werden. Selbst das Refoulement-Verbot wird für Flüchtlinge ausgesetzt, die als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates angesehen werden oder aufgrund eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden sind und daher als Bedrohung für die Gemeinschaft angesehen werden.[1302]

III. Weitere gerechtfertigte Einschränkungen

Die öffentliche Ordnung und Sicherheit dient jedoch nicht nur als Rechtfertigung für aufenthaltsbezogene Einschränkungen, sondern eröffnet auch eine Vielzahl an weiteren Einschränkungen in anderen Bereichen, welche ebenfalls zumindest überblicksartig dargestellt werden sollen, um deren Vielfältigkeit zu verdeutlichen.[1303]

1296 Art. 6 Abs. 8 ICT-RL.
1297 Siehe Art. 7 Abs. 6 REST-RL.
1298 Art. 21 Abs. 4 REST-RL.
1299 Siehe Art. 28 Abs. 8, Art. 29 Abs. 4 und Art. 31 Abs. 8 REST-RL.
1300 Art. 14 Abs. 4 lit. a QualifikationsRL.
1301 Art. 17 Abs. 1 lit. d QualifikationsRL.
1302 Art. 33 Abs. 2 GFK, europarechtlich aufgegriffen in Art. 21 Abs. 2 lit. a QualifikationsRL.
1303 Für Details zu den einzelnen Regelungen siehe die entsprechenden Kommentierung in *Hailbronner/Thym*.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Haft und Haftbedingungen

Die Inhaftnahme einer Person, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, kann aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden.[1304] Gleiches gilt für die Zugangsverweigerung für Familienangehörige, Rechtsbeistand oder Mitglieder von Nichtregierungsorganisationen zu Inhaftierten.[1305]

2. Einschränkungen des Rechts auf Gleichbehandlung

Die im Gleichbehandlungsgebot von Arbeiter*innen aus Drittstaaten verankerte Vereinigungsfreiheit steht unter dem Vorbehalt nationaler Bestimmungen über die öffentliche Ordnung und Sicherheit.[1306] Gleiches gilt für das Streikrecht und die Vereinigungsfreiheit von Saisonarbeiter*innen[1307] sowie für das Gleichbehandlungsgebot in der HochqualifiziertenRL.[1308]

3. Beschleunigte Verfahren und Grenzverfahren

Die begründete Annahme einer Gefahr für die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung eröffnet die Möglichkeit, ein beschleunigtes Verfahren oder ein Verfahren bereits an der Grenze durchzuführen.[1309] Das gilt auch für unbegleitete Minderjährige.[1310]

4. Verweigerung der Ausstellung von Reisedokumenten

Auch die Ausstellung von Reiseausweisen kann anerkannten Flüchtlingen verweigert werden, wenn zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung dem entgegenstehen.[1311]

1304 Art. 8 Abs. 3 lit. e AufnahmeRL.
1305 Art. 10 Abs. 4 AufnahmeRL.
1306 Siehe Art. 12 Abs. 1 lit. b Kombinierte-ErlaubnisRL.
1307 Siehe Art. 23 Abs. 1 lit. b SaisonarbeiterRL.
1308 Siehe Art. 14 Abs. 1 lit. b HochqualifiziertenRL.
1309 Art. 31 Abs. 8 lit. j VerfahrensRL.
1310 Art. 25 Abs. 6 lit. a iii) VerfahrensRL.
1311 Art. 25 Abs. 1 QualifikationsRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

5. Verweigerung der Frist zur freiwilligen Ausreise und Verlängerung des Einreiseverbotes

Ebenso steht die Gewährung einer Frist zur freiwilligen Ausreise unter dem Vorbehalt einer Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit.[1312] Ferner kann ein Einreiseverbot bei einer schwerwiegenden Gefahr auf über fünf Jahre verlängert werden.[1313]

6. Verweigerung der Entscheidungsbegründung

Die Begründungen für Rückkehrentscheidungen sowie Entscheidungen über ein Einreiseverbot oder eine Abschiebung können ebenfalls eingeschränkt werden.[1314]

7. Außerbetrachtlassung anderweitiger Aufenthaltstitel

Sofern Personen sich illegalisiert in einem Mitgliedstaat aufhalten, jedoch in einem anderen Mitgliedstaat einen gültigen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung haben, ist grundsätzlich keine Rückkehrentscheidung zu treffen, sondern die Rückkehr in diesen Mitgliedstaat anzuordnen. Dies gilt wiederum nicht, wenn die sofortige Ausreise des Drittstaatsangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit geboten ist.[1315]

8. Ausschreibung zur Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung im SIS

Die Ausschreibung zur Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung im SIS II erfolgt, wenn dies auf eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird,[1316] wobei in diesen Fäl-

1312 Art. 7 Abs. 4 RückführungsRL.
1313 Art. 11 Abs. 2 RückführungsRL.
1314 Art. 12 Abs. 1 RückführungsRL.
1315 Art. 6 Abs. 2 RückführungsRL.
1316 Art. 24 Abs. 2 SIS-II VO.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

len zudem auch das Informationsrecht der Betroffenen eingeschränkt werden kann.[1317]

9. Einreiseverbote über die 5-Jahresbeschränkung hinaus

Während Einreiseverbote gewöhnlich auf eine maximale Dauer von fünf Jahren beschränkt sind, kann diese Befristung überschritten werden, sofern „der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt".[1318] Eine zeitliche Obergrenze für ein Einreiseverbot besteht in diesen Fällen nicht, die Mitgliedstaaten sind lediglich zu einer Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angehalten.[1319]

10. Verfahrensschutz bei Ausweisung

Schließlich können auch die verfahrensrechtlichen Schutzvorschriften bei Ausweisungen von Ausländern aus Art. 1 ZP VII EMRK gem. Abs. 2 unbeachtet bleiben, wenn dies im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist oder die Ausweisung aus Gründen der nationalen Sicherheit erfolgt.

IV. Zwischenresümee

Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit findet sich quer durch die aufenthaltsgewährenden Rechtsakte der EU und rechtfertigt nicht nur die Nicht-Gewährung, die Nicht-Verlängerung oder den Entzug von Aufenthaltstiteln, sondern darüber hinaus eine Vielzahl an weiteren Einschränkungen. Die zwischenzeitlich etablierte, grundsätzliche Ausgestaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Unionsrecht differenziert in der Anwendung nach Unionsbürger*innen und Drittstaatsan-

---

1317 Art. 42 Abs. 2 lit. c SIS-II VO.

1318 Siehe Art. 11 Abs. 2 RückführungsRL sowie die Ausführungen zu den Einreiseverboten in Kapitel 4 § 8.

1319 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 11, Rn. 13 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gehörigen und bringt damit gleichermaßen die Grundprogrammierung als auch die verschiedenen entwicklungsleitenden Perspektiven zum Ausdruck. Sie ist daher als horizontales Querschnittsinstrument für die Konstruktion illegalisierter Migration im Unionsrecht gleichermaßen bedeutsam wie aufschlussreich.

§ 8 Perpetuierung der Illegalisierungen durch Einreiseverbote

Die migrationsspezifische Illegalisierung einer Person endet nicht immer mit deren Ausreise oder Rückführung. Die Phasen der Illegalisierung im chronologischen Ablauf eines Migrationszyklus lassen sich grob unterteilen in 1. Grenzübertritt, 2. Aufenthalt und 3. Ausreise/Rückführung.[1320] Eine umfassende Analyse der Illegalitätskonstruktion auf EU-Ebene endet jedoch, auch aus migrantischer Sicht, nicht mit der Rückführung einer Person. Die RückführungsRL sieht in Art. 11 die Möglichkeit vor, mit der Rückkehrentscheidung ein Einreiseverbot zu verhängen[1321] und somit den Illegalisierungskontext zeitlich über den Zeitpunkt der Rückkehr zu erstrecken. Die einheitliche Regelung der Einreiseverbote auf EU-Ebene war zunächst aufgrund der divergierenden nationalen Praktiken in Bezug auf Einreiseverbote umstritten; sie soll einerseits die Glaubwürdigkeit des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems fördern, andererseits Anreize für eine „freiwillige" Rückkehr schaffen.[1322]

Ein Einreiseverbot erstreckt sich entsprechend der Legaldefinition in Art. 3 Nr. 6 der RückführungsRL auf „das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten", womit einerseits klargestellt ist, dass die Hoheitsgebiete sämtlicher Staaten[1323] umfasst sind, andererseits, dass rein nationale Einreiseverbote

---

1320 Siehe *Menezes Queiroz*, Illegally Staying in the EU, S. 15 ff., die zwischen Aufenthalt und Ausreise zusätzlich noch eine Phase der Abhängigkeit beschreibt.

1321 Art. 3 Nr. 6 der RückführungsRL definiert ein Einreiseverbot als „die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und der dortige Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht."

1322 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 11, Rn. 1.

1323 Dies umfasst selbstverständlich nur diejenigen Staaten, die an die RückführungsRL gebunden sind. Von den EU-Mitgliedstaaten ist Irland ausgenommen (ebenso das Vereinigte Königreich bis zu dessen Austritt aus der EU). In Island, Liechtenstein, Norwegen und der Schweiz ist sie hingegen (eingeschränkt) anwendbar.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grundsätzlich nicht möglich sind, wobei die Regelungen im Rahmen der RückführungsRL sich nur auf migrationsspezifische Einreiseverbote beziehen und die Regelungen zu Einreiseverboten zu anderen Zwecken daher nicht berühren.[1324] Ein Einreiseverbot geht mit einer Rückkehrentscheidung zwingend einher, sofern keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt oder falls der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde, andernfalls ist ein Einreiseverbot im Rahmen einer Rückkehrentscheidung nicht obligatorisch.[1325] In vielen Mitgliedstaaten wird jedoch bei jeder Rückkehrentscheidung automatisch immer auch ein Einreiseverbot verhängt.[1326] Sofern ein Mitgliedstaat trotz eines bestehenden Einreiseverbots eines anderen Mitgliedstaats einen Aufenthalt gewähren möchte, muss er zunächst den Mitgliedstaat, der das Einreiseverbot verhängt hat, konsultieren.[1327] Die Dauer eines Einreiseverbots ist einzelfallabhängig festzusetzen und auf maximal fünf Jahre beschränkt, sofern die Person nicht eine „schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit" darstellt.[1328] Zeitlich unbeschränkte Einreiseverbote sind somit nicht möglich, wobei die Fünfjahresbegrenzung auch dann gilt, wenn kein entsprechender Befristungsantrag gestellt wurde, sofern ein solcher Antrag in der nationalrechtlichen Ausgestaltung vorgesehen ist.[1329] Ferner hat der EuGH zwischenzeitlich klargestellt, dass die Fünfjahresfrist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem die betroffene Person das Gebiet der EU-Mitgliedstaaten verlassen hat.[1330]

Um die tatsächlichen Auswirkungen von Einreiseverboten besser nachvollziehen zu können, ist es hilfreich, zwei verschiedene Konstellationen

---

1324 Siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 11, Rn. 5 f.

1325 Siehe Art. 11 Abs. 1 RückführungsRL.

1326 Siehe Europäische Kommission, Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EC): DR-02-13-466-EN-N vom 22 Oktober 2013, S. 165. Lediglich in Frankreich, Slowenien und Litauen erfolgte demnach eine einzelfallbezogene Entscheidung über Einreiseverbote. Siehe außerdem *Boeles*, in: *Zwaan* (Hrsg.), The Returns Directive, S. 39-46 (41 ff.), der sich gegen eine automatisierte Erteilung von Einreiseverboten ausspricht und für eine Einzelfallentscheidung plädiert.

1327 Siehe Art. 11 Abs. 4 RückführungsRL.

1328 Siehe Art. 11 Abs. 2 RückführungsRL.

1329 Siehe zur bis zum 31.7.2015 geltenden deutschen Regelung nach § 11 AufenthG, EuGH, *Filev und Osmani* (C-297/12), EU:C:2013:569, insbesondere Rn. 27 und 34.

1330 Siehe EuGH, *Ouhrami* (C-225/16), EU:C:2017:590, Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu betrachten: (1.) Die geplante Wiedereinreise, um einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen, und (2.) die geplante Wiedereinreise zu anderen Aufenthaltszwecken.

I. Wiedereinreise zur Schutzantragstellung

Zunächst soll die Frage in den Blick genommen werden, wie sich ein bestehendes Einreiseverbot zu einer erneuten Einreise zur Schutzantragstellung verhält. Mit einer erfreulichen Eindeutigkeit stellt Art. 11 Abs. 4 der RückführungsRL klar, dass ein Einreiseverbot einen Antrag auf internationalen Schutz nicht berührt. Somit beschränkt sich das Einreiseverbot in diesen Fällen tatsächlich auf die Einreise und hat keine weiterreichenden Auswirkungen auf einen möglichen Aufenthalt. In Anbetracht des Mangels an „nicht-illegalisierten" Einreisemöglichkeiten in vielen Fällen dürfte die zusätzliche Illegalisierung der Einreise durch ein Einreiseverbot im Rahmen des der Migrationsentscheidung zugrundeliegenden Motivbündels daher oftmals nicht zusätzlich ins Gewicht fallen, sofern das Ziel der illegalisierten Einreise das Stellen eines Schutzgesuches ist. Ferner steht es den Mitgliedstaaten offen, in Einzelfällen ein Einreiseverbot auszusetzen oder aufzuheben, wobei humanitäre Gründe als Anlass hierfür explizit genannt werden.[1331] In diesen Konstellationen sind die praktischen Auswirkungen von Einreiseverboten somit wohl eher beschränkt und die Regelung ist im Rahmen dieser Untersuchung primär als normatives Konstruktionselement von Interesse.

II. Strafrechtliche Sanktionierbarkeit und crimmigration

Die beschränkte Wirkung eines zusätzlichen Verbots der in den meisten Fällen ohnehin schon illegalisierten Einreise kommt auch in Erwägungsgrund 14 der RückführungsRL zum Ausdruck, der die Berücksichtigung einer Einreise trotz eines Einreiseverbots bei der Festsetzung der Dauer eines Einreiseverbots vorsieht, und somit verdeutlicht, dass die tatsächliche Wirkung eines Einreiseverbotes oftmals hinter der normativen Erwartung zurückbleibt.

Daher stellt sich die Frage, inwieweit es den Staaten möglich ist, Verstöße gegen Einreiseverbote mit weitergehenden strafrechtlichen Sanktionen

1331 Siehe Art. 11 Abs. 3. RückführungsRL.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu belegen, um deren ansonsten beschränkte Wirkung in den Fällen zu verstärken, in denen die Wiedereinreise mit dem Ziel erfolgt, einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen. Während die Rückführungs-RL selbst die Möglichkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung grundsätzlich offen lässt, setzt die Rechtsprechung des EuGH einer solchen klare Grenzen.[1332] Entsprechend der wiederholten Festlegung in der RückführungsRL selbst[1333] muss zunächst der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sämtlicher Maßnahmen berücksichtigt werden.[1334] Ferner dürfen strafrechtliche Mittel nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH nicht den Zielen der Richtlinie zuwiderlaufen und somit deren praktische Wirksamkeit gefährden,[1335] sie sind jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen.[1336] Auch die Europäische Kommission bestätigt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, auf Verstöße gegen Einreiseverbote mit strafrechtlichen Sanktionen zu reagieren.[1337] Erfolgt die Wiedereinreise trotz bestehendem Einreiseverbot zur Schutzantragstellung, beschränkt sich die Wirkung insofern hauptsächlich auf eine strafrechtliche Sanktion, während Einreise und Aufenthalt faktisch weitgehend unberührt bleiben. Die strafrechtliche Sanktionierung des Verstoßes gegen ein migrationsrechtlich normiertes (Einreise-)Verbot verdeutlicht die unter dem Stichwort *crimmigration* diskutierte, zunehmende Verflechtung von Straf- und Migrationsrecht.[1338]

1332 Siehe *Waasdorp/Pahladsingh*, BJCLCJ 2017, S. 247 (249 und 255).

1333 Siehe ErwGr. 13 und 16, sowie die Regelungen zur Inhaftierung in Art. 15 ff. RückführungsRL.

1334 Siehe EuGH, *El Dridi* (C-61/11 PPU), EU:C:2011:268, Rn. 41.

1335 Siehe EuGH, *Sagor* (C-430/11), EU:C:2012:777, Rn. 32 m.w.N.

1336 Siehe EuGH, *Skerdjan Celaj* (C-290/14), EU:C:2015:640, Rn. 25.

1337 Siehe Europäische Kommission, Anhang der Empfehlung der Kommission für ein gemeinsames „Rückkehr-Handbuch", das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen sein soll C(2017) 6505 final, Punkt 11.7, S. 63 f.

1338 Einführend zu *crimmigration* siehe *Marin/Spena*, EJML 2016, S. 147-156, und *Cholewinski/Ryszard*, in: *Baldaccini/Guild/Toner* (Hrsg.), Whose Freedom, Security and Justice?, S. 301-336; ausführlicher im Kontext von Einreiseverboten auf Unionsebene *Waasdorp/Pahladsingh*, BJCLCJ 2017, S. 247; ferner *Stumpf*, American University Law Review 2006, S. 367-419 (379 f.), als wohl prominenteste Vertreterin, die die Vermischung von Strafrecht und Migrationsrecht gleichermaßen als seltsam wie auch seltsam unscheinbar bezeichnet, da es sich einerseits um „entfernte Verwandte" handle, welche unterschiedliche Regelungsinhalte umfassen und auch historisch unterschiedliche Verbindungen eingegangen sind. Gleichwohl sei ihnen gemein, dass beide sich von anderen Rechtsgebieten dahingehend unterscheiden, dass sie öffentlich-rechtliche Inklusions- und Exklusionssysteme regeln und somit gleichermaßen darauf ausgelegt sind,

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Wiedereinreise zu anderen Zwecken

Die Bedeutung von Einreiseverboten in den Fällen, in denen die Einreise nicht auf eine Schutzantragstellung zielt, ist wesentlich umfassender. Die Ausnahmeregelung aus Art. 11 Abs. 4 RückführungsRL bezieht sich nur auf den Fall, dass die erneute Einreise zur Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz erfolgt. Somit erstreckt sich die Perpetuierung der Illegalisierung durch Einreiseverbote in allen anderen Fällen sowohl normativ als auch faktisch auf Einreise und Aufenthalt.

Die für andere Aufenthaltszwecke[1339] grundsätzlich offenstehenden „nicht-illegalisierten" Einreisemöglichkeiten werden somit durch Einreiseverbote versperrt. Zukünftig sollen Einreiseverbote außerdem zwingend im SIS hinterlegt werden, um eine wirksame Durchsetzung der Einreiseverbote im gesamten Schengen-Raum zu gewährleisten.[1340] Im Falle einer Einreise trotz bestehenden Einreiseverbots, steht die illegalisierte Einreise der Erlangung eines „nicht-illegalisierten" Aufenthalts entgegen.[1341]

Wenngleich bei bestehenden Einreiseverboten also grundsätzlich „nicht-illegalisierte" Einreisen und Aufenthalte ausgeschlossen sind, sind in engen Grenzen Ausnahmen vorzusehen. So hatte der EuGH 2018 über die Vorlagefrage eines belgischen Gerichts zu entscheiden, inwieweit bestehende Einreiseverbote dem Recht auf Familienzusammenführung entgegenstehen können.[1342] In den Verfahren ging es um Unionsbürger*innen, die nie von ihrem Freizügigkeitsrecht in der Union Gebrauch gemacht hatten[1343] und einen Antrag auf Familienzusammenführung mit Drittstaatsangehörigen gestellt hatten, welche aus unterschiedlichen Gründen mit einem Einreiseverbot bedacht worden waren. Die zuständige belgische

---

Individuen als Mitglieder der Gesellschaft anzuerkennen oder sie auszuschließen. Auch der damalige Menschenrechtskommissar des Europarates *Hammarberg*, kritisierte schon 2009 die Kriminalisierung von Migration, siehe *Hammarberg*, EJML 2009, S. 383-385.

1339 Beispielsweise um zu arbeiten, zu studieren oder zum Zweck der Familienzusammenführung.

1340 Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 21. Dezember 2016, Sicherheitsunion: Kommission schlägt Stärkung des Schengener Informationssystems zur wirksameren Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität vor.

1341 Siehe exemplarisch die explizite deutsche Regelung in § 11 Abs. 1 AufenthG.

1342 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 39, dem sieben verbundene Ausgangsverfahren zugrunde lagen.

1343 Im Rahmen der Vorlagefragen wird insoweit von „statische[n] Unionsbürger[n]" gesprochen.

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Behörde hatte sich aufgrund der bestehenden Einreiseverbote geweigert, die Anträge zu bearbeiten. Dem ist der EuGH dahingehend entgegengetreten, dass er der nationalen Behörde auferlegt hat, zumindest zu prüfen, ob ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, da andernfalls Unionsbürger*innen *de facto* dazu gezwungen werden könnten, das Unionsgebiet als Ganzes zu verlassen und ihnen somit der „tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte", die ihnen ihr Status verleiht, „vorenthalten würde".[1344] Dabei soll es unerheblich sein, ob das Abhängigkeitsverhältnis erst nach der Verhängung des Einreiseverbots entstanden ist oder ob das Einreiseverbot aufgrund einer Gefahr für die öffentliche Ordnung erlassen wurde.[1345] Aus der RückführungsRL selbst folgt hingegen keine Verpflichtung, einen entsprechenden Antrag auch nur zu bearbeiten.[1346]

Das Vorliegen eines entsprechenden Abhängigkeitsverhältnisses wird bei erwachsenen Unionsbürger*innen regelmäßig zu verneinen sein.[1347] Insofern verdeutlicht die durch den EuGH geforderte Prüfung eines Abhängigkeitsverhältnisses zum Schutz des Kernbestands der Unionsbürger*innenrechte[1348] im Umkehrschluss noch einmal die weitreichende Wirkung der Einreiseverbote. Außerhalb der engen Grenzen, in denen ausnahmsweise eine Prüfung vorzunehmen ist, gelten die Einreiseverbote umfassend.

IV. Zwischenresümee

Zusammenfassend ist die genauere Betrachtung von Einreiseverboten somit auf unterschiedliche Weise aufschlussreich für die Analyse der Konstruktion der migrationsspezifischen Illegalisierung. Zunächst stellt sie aufgrund der Perpetuierung der Illegalisierung über die Ausreise hinaus ein bedeutsames Konstruktionselement der migrationsspezifischen Illegalisierung dar. Darüber hinaus zeigt die strafrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen Einreiseverbote die konzeptionelle Verschmelzung migrationsrechtlicher und strafrechtlicher Regelungsbereiche.

1344 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 52 ff., insbesondere 62.
1345 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 81 und 97.
1346 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 45 f.
1347 Siehe EuGH, *K.A. u.a.* (C-82/16), EU:C:2018:308, Rn. 65.
1348 Zur auf Art. 20 AEUV gestützten Figur des Kernbestandsschutzes und der sich daraus ergebenen Folgen für die Rechtsstellung Drittstaatsangehöriger siehe *Neier*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 99-124 (127 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748923541-146, am 12.10.2024, 05:36:51
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb