

**Die rechtliche Behandlung von
irregulärer Migration zwischen
Migrationskontrolle und Menschenrechten in
der Bundesrepublik Deutschland und Europa**

**Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der
Universität Osnabrück**

**vorgelegt
von
Christine Rausch
aus
Frankfurt am Main**

Osnabrück, 2016

Berichterstatter:

Prof. Dr. Albrecht Weber

Mitberichterstatter:

Prof. Dr. Thomas Groß

Tag der mündlichen Prüfung: 24.03.2014

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013/2014 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Das Manuskript hierzu habe ich im Dezember 2015 abgeschlossen; später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurden nur punktuell nachgetragen.

Sehr herzlich möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Albrecht Weber danken, der das Zustandekommen dieser Arbeit überaus geduldig und fördernd begleitet hat.

Danken möchte ich ebenfalls Herrn Prof. Dr. Thomas Groß, der das Zweitgutachten zu dieser Dissertation erstellt hat.

Einen besonderen Dank gebührt ferner dem Institut für Migrationsforschung und Interkulturelle Studien, das insbesondere meinen Blick für andere Wissenschaftsdisziplinen geöffnet hat, sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die mir zu Beginn dieser wissenschaftlichen Arbeit ein Graduiertenstipendium gewährt hatte.

Meinen Ehemann Dr. David Gilgen und meinen lieben Kindern Elias und Luc gilt mein Dank für die unendliche Geduld und Ihr Verständnis für die vielen Stunden, die ich dieser Arbeit gewidmet habe, oft in Abwesenheit in der Universitätsbibliothek.

Besonders danken möchte ich schließlich meinen Eltern Wiltraud und Manfred Rausch für ihre ideelle und finanzielle Unterstützung. Durch ihre Ermunterungen und ihren Rückhalt haben sie im wesentlichen Maße zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Bielefeld, im März 2016

Christine Rausch

INHALTSVERZEICHNIS	i-x
Abkürzungsverzeichnis	x-xvi
Fragestellung und Untersuchungsgegenstand	S. 1
Erstes Kapitel: Die rechtliche inhaltliche Bestimmung des Begriffs des „illegalen Migranten“	S. 5
Einleitung	S. 5
I. Definition des Begriffs „irregulärer Migrant“ in der Europäischen Union	S. 6
II. Probleme bei der Bestimmung des Begriffs „illegale Einreise“ bzw. „illegaler Aufenthalt“ nach nationalem Recht	S. 7
1. Der Begriff der „illegalen Einreise“ i.S.d. § 14 Abs.1 AufenthG und dessen rechtliche Folgen	S. 8
1.1. Illegale Einreise von Drittstaaten	S. 9
1.1.1. Einreise über die Schengenaußengrenze	S. 9
1.1.1.1. Positivstaater	S. 9
1.1.1.2. Negativstaater	S. 11
1.1.2. Grenzübertritt an den EU-Binnengrenzen	S. 13
2. Der Begriff des „illegalen Aufenthaltes“	S. 15
III. Zwischenkategorien von legalen und illegalen Aufenthalt	S. 16
Erster Teil: Staatliche Verantwortung und Schutzpflichten für irreguläre Migranten? – Menschenrechte versus Staatssouveränität	S. 19
Zweites Kapitel: Der Staat als Garant von Menschenrechten für „Jedermann“? – Die universelle Geltung der Menschenrechte und ihre Begrenzung im nationalen Bereich	S. 19
Einleitung	S. 19
I. Menschenrechte und Nationalstaat	S. 19
II. Die Wirksamkeit der Menschenrechte	S. 23
III. Klassifizierung und Dimensionen von Menschenrechten	S. 23
1. absolute und relative Rechte	S. 23
2. positive und negative Rechte	S. 24
Drittes Kapitel: Der menschenrechtliche Rahmen für die rechtliche Behandlung von irregulärer Migration	S. 26
I. Der UN-Menschenrechtsschutz	S. 27
Einleitung	S. 27

1. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen zum Schutze der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (UNWAK)	S. 29
Einleitung	S. 29
1.1. Rechte im Fall der Ausweisung	S. 34
1.2. Rechte in der Arbeit	S. 34
1.3. Soziale Rechte	S. 34
1.4. Informationsrechte	S. 35
1.5. Durchsetzbarkeit der Rechte	S. 36
Zusammenfassung	S. 37
2. Der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPpbR)	S. 37
Einleitung	S. 37
2.1. Schutz durch Art. 17 Abs.1 und Art. 23 Abs.1 IPbPR – Schutz der Familie	S. 39
2.2. Der Fall: <i>Winata v. Australien</i>	S. 40
2.3. Der Fall: <i>Maddaferi v. Australien</i>	S. 42
Zusammenfassung	S. 43
3. Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)	S. 43
Einleitung	S. 43
3.1. Schutz durch das Diskriminierungsverbot	S. 47
3.2. Das Recht auf Gesundheit	S. 49
3.3. Das Recht auf Bildung	S. 49
3.4. Wirkung im innerstaatlichen Recht	S. 53
Zusammenfassung	S. 54
4. Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK)	S. 55
Einleitung	S. 55
4.1. Persönlicher Anwendungsbereich	S. 56
4.2. Gewährleistete Rechte	S. 57
4.3. Wirkung im innerstaatlichen Recht	S. 59
4.4. Durchsetzbarkeit der Rechte	S. 60
Zusammenfassung	S. 61
II. Regionale Menschenrechtsabkommen	S. 61
1. Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und das erste Zusatzprotokoll	S. 61

Einleitung	S. 61
1.1. Anwendungsbereich	S. 63
1.2. Das Diskriminierungsverbot	S. 65
1.3. Das Verbot der Folter oder unmenschlicher Behandlung als absolute Schranke der Ausweisung, Abschiebung und Auslieferung	S. 66
1.4. Das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit	S. 69
1.5. Das Recht auf Freiheit und Sicherheit	S. 71
1.6. Schutz durch Art. 8 EMRK	S. 71
1.6.1. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens	S. 71
1.6.1.1. Das Recht auf Aufenthalt aus Art. 8 EMRK	S. 72
1.6.1.2. Rechte im illegalen Aufenthalt aus Art. 8 EMRK	S. 76
1.6.2. Schutz des Privatlebens	S. 77
1.7. Das Recht eine Ehe einzugehen	S. 78
1.8. Soziale Rechte	S. 79
1.8.1. Das Recht auf Gesundheit	S. 81
1.8.2. Das Recht auf Bildung	S. 82
1.9. Das Recht auf wirksame Beschwerde	S. 83
1.10. Innerstaatliche Wirkung der EMRK in Deutschland	S. 83
Zusammenfassung	S. 84
2. Die Europäische Sozialcharta (ESC)	S. 84
Einleitung	S. 84
2.1. Persönlicher Anwendungsbereich	S. 87
2.2. Der Fall: <i>FIDH v. Frankreich</i> – Das Recht auf soziale und medizinische Versorgung	S. 88
2.3. Der Fall: <i>DCI v. Netherlands</i> - Das Recht auf Wohnung	S. 91
2.4. Das Recht in der Arbeit	S. 93
Zusammenfassung	S. 93
III. Vorgaben des Unionsrecht - Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EuGRCH)	S. 94
Einleitung	S. 94
1. Persönlicher Anwendungsbereich	S. 95
2. Schutz der Menschenwürde	S. 95
3. Freiheitsrechte	S. 96
3.1. Das Refoulementverbot	S. 96

3.2. Das Recht auf Bildung	S. 97
4. Soziale Rechte	S. 97
4.1. Das Recht auf ein Existenzminimum	S. 98
4.2. Das Recht auf Gesundheit	S. 98
5. Rechte des Kindes	S. 99
Zusammenfassung	S. 99
V. Begrenzung der Menschenrechte in der nationalen Rechtsordnung.	
Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Behandlung von illegaler Migration	S.101
Einleitung	S.101
1. Vorgaben des deutschen Grundgesetzes	S.101
2. Die Bedeutung der Menschenwürde in Bezug auf die Menschenrechte des sich illegal in der Bundesrepublik Deutschland aufhaltenden Migranten	S.111
3. Recht auf Aufenthalt aus den Grundrechten?	S.116
3.1. Das Refoulementverbot	S.116
3.2. Das Verfassungsrechtliche Schutzgebot der Ehe und Familie nach Art. 6 I GG	S.117
3.3. Die „Verwurzelungs-Fälle“	S.120
4. Gibt es einen grundrechtlichen Schutz im Aufenthalt? – Rechte im Aufenthalt	S.120
4.1. Leistungsrechte (soziale Rechte als Grundrechte)	S.121
4.1.1. Das Recht auf ein physisches und sozialkulturelles Existenzminimum als Menschenrecht	S.122
4.1.2. Das Recht auf Bildung als explizites Grundrecht bzw. Menschenrecht?	S.125
4.1.4. Das Recht auf Gesundheit als explizites Grundrecht bzw. Menschenrecht	S.127
Zusammenfassung	S.128
2. Teil: Europäische und nationale Maßnahmen zur Behandlung von illegaler Migration	S.130
Viertes Kapitel: Die Entwicklung und Notwendigkeit einer gemeinsamen Migrationspolitik und die Maßnahmen zur Verhinderung der illegalen Migration	
S.130	
Einleitung	S.130
I. Die Entwicklung einer gemeinsamen Migrationspolitik in der EU und die „Bekämpfung“ der illegalen Migration	S.132
II. Die neue Rechtslage nach dem Vertrag von Lissabon	S.140

Fünftes Kapitel: Externe Migrationskontrollen	S.144
I. Visa-Vergabepraxis als Steuerung und Abwehr der illegalen Migration im Vorfeld	S.144
Einleitung	S.144
1. Das Schengen-Visum	S.146
2. Visumpflicht	S.147
3. Kriterien bei der Visaerteilung als Schutz vor illegaler Einwanderung	S.149
4. Überprüfung der „Rückkehrbereitschaft“ eines „Drittausländers“ zur Verhinderung der illegalen Einwanderung	S.151
5. Rechtsschutz gegen die Versagung eines Visums	S.156
6. Folgen einer restriktiven bzw. liberalen Visaerteilungspraxis	S.157
Zusammenfassung	S.159
II. Verbesserung des Schutzes der Außengrenzen der EU	S.160
Einleitung	S.160
1. Das Konzept des integrierten Grenzschutzes bzw. der Grenzverwaltung der EU	S.162
2. Menschenrechte versus Grenzsicherung am Beispiel der Überwachung der Seegrenzen	S.166
2. 1. Menschenrechtliche Verpflichtungen auf Hoher See?	S.166
2.1.1. Problem: Vorverlagerung von Grenz- und Migrationskontrollen jenseits der Staatsgrenzen – in einem rechtsfreien Raum?	S.166
2.1.2. Problem: „mixed flows“	S.169
Zusammenfassung	S.171
III. Grenzübergangskontrollen	S.172
Einleitung	S.172
1. Zurückweisung wegen unerlaubter Einreise	S.173
2. Verdachtsunabhängige Kontrollen im Schengen-Binnengrenzraum - Schleierfahndung	S.178
3. - weitere „non-arrival“-Maßnahmen -	S.180
Sechstes Kapitel: Das E-border-Konzept	S.181
Einleitung	S.181
I. EURODAC	S.182
II. Schengener Informationssystem (SIS)	S.183
III. Visa-Informationssystem (VIS)	S.184
IV. Angedachte mögliche Instrumente zur künftigen Entwicklung	

einer integrierten Grenzverwaltungsstrategie	S.186
Zusammenfassung	S.187
Siebtes Kapitel: Rücknahme- und Rückkehrpolitik: Die Durchsetzung der Ausreisepflicht	S.189
Einleitung	S.189
I. Die Zusammenarbeit bei der Durchführung der Rückführung	S.190
1. Die gegenseitige Anerkennung von Rückführungsentscheidungen innerhalb der EU – RL 2001/40/EG	S.190
2. Die operationale Zusammenarbeit bei der Phase der Zwangsrückführung von Drittstaatsangehörigen	S.191
II. Die Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG)	S.193
Einleitung	S.193
1. Gegenstand der Richtlinie	S.195
2. Anwendungsbereich der Richtlinie	S.195
3. Verfahren zur Rückführung	S.196
3.1. Rückkehrentscheidung	S.196
3.1.1. Mindestanforderungen an die Rückkehrentscheidung	S.197
3.1.2. Freiwillige Ausreise	S.197
3.2. Abschiebung (Vollstreckung der Rückkehrentscheidung)	S.198
3.2.1. Mindestanforderungen an die Abschiebung (erzwungene Rückkehr)	S.198
3.2.2. Aussetzung des Vollzugs der Rückkehrentscheidung (Aufschub der Abschiebung)	S.198
3.2.3. Rechtsfolgen der Rückführungsentscheidung und Abschiebung	S.199
3.2.3.1. Abschiebehaft: Mindestverhaltensregeln für den Fall einer vorläufigen Inhaftnahme	S.199
3.2.3.2. Wiedereinreiseverbot in die EU	S.200
3.3. Verfahrensrechtliche Mindestgarantien	S.200
Zusammenfassung	S.201
III. Rückübernahmeabkommen und verstärkte Zusammenarbeit mit Drittstaaten	S.202
Einleitung	S.202
1. Rückübernahmeabkommen der EU	S.203
1.1. Rückübernahmepolitik	S.203
1.2. Inhalt der Rückübernahmeabkommen	S.205
1.3. Menschenrechtliche Bedenken	S.206

2. Bilaterale Rückübernahmeabkommen Deutschlands	S.208
3. Das Verhältnis von bilateralen und EU-Rückübernahmeabkommen	S.209
4. Bilaterale Abkommen und menschenrechtliche Erwägungen	S.210
Zusammenfassung	S.211
Achtes Kapitel: Interne Migrationskontrollen und Sanktionsregime	S.213
Einleitung	S.213
I. Eine Eigenheit des deutschen Rechts - Die Datenübermittlungspflichten	S.213
II. Sanktionen zur Verhinderung von illegaler Migration	S.216
III. Sonderproblem: Das Problem der illegalen Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne Aufenthaltsgenehmigung. Im Spannungsfeld zwischen Sanktionierung und Gewährung von Rechten	S.219
1. Drittstaatsangehörige ohne Aufenthaltsgenehmigung im informellen Arbeitssektor	S.219
2. Die Arbeitgebersanktionsrichtlinie – Die Richtlinie 2009/52/EG über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen	S.224
Einleitung	S.224
2.1. Ziel der Richtlinie 2009/52/EG	S.225
2.2. Anwendungsbereich der Arbeitgebersanktionsrichtlinie	S.226
2.3. Maßnahmen zur Eindämmung irregulärer Migration und Beschäftigung	S.226
2.3.1. Erhöhung von Behördenkontrollen	S.226
2.3.2. Arbeitgeberpflichten	S.227
2.3.3. Sanktionen	S.227
2.3.4. Stärkung der Arbeitnehmerrechte als Sanktion für den Arbeitgeber	S.228
2.4. Regularisierungsmöglichkeiten	S.230
Zusammenfassung	S.231
3. Wanderarbeitnehmer ohne Aufenthaltsstatus in Deutschland – ihre rechtliche Berücksichtigung	S.232
3.1. Genehmigungspflicht und Möglichkeiten der legalen Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer	S.232
3.2. Maßnahmen zur Eindämmung illegaler Beschäftigung vs. Rechte für irreguläre Migranten und die Umsetzung der Richtlinie 2009/52/EG in nationales Recht	S.236
3.3.1. Maßnahmen gegen illegale Beschäftigung	S.237
3.3.2. Arbeitnehmer-Rechte	S.239

3.3.2.1. Illegale Beschäftigung und ihre Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis	S.239
3.3.2.2. Das Problem der Durchsetzung der Rechte in der Arbeit	S.243
3.3.3. Umsetzung der Richtlinie 2009/52/EG ins nationale Recht	S.245
3.3.4. Einklang der nationalen rechtlichen Situation mit völkerrechtlichen Vorgaben	S.248
4. Situation in anderen EU-Staaten	S.249
Neuntes Kapitel: Regularisierungen und deren unterschiedliche rechtliche Kriterien in den Mitgliedstaaten Europas insbesondere Deutschlands	S.251
Einleitung	S.251
I. Regularisierungen in Europa	S.253
II. Regularisierung in Deutschland	S.255
1. Grundsatz	S.255
2. Rechtliche Instrumente zur Legalisierung	S.256
2.1. Rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit der Abschiebung	S.257
2.2. Dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen	S.258
2.3. Ermöglichung eines vorübergehenden Aufenthalts wegen eines Strafverfahrens	S.259
2.4. Scheitern der Abschiebung (§60a Abs.2a AufenthG)	S.259
2.5. Der sog. Allgemeine Abschiebestopp	S.259
2.6. „Legalisierungserlass“ zu Gunsten statusloser Ausländergruppen oder Nationalitäten	S.260
2.7. Bundesgesetzliche Bleiberechtsregelung für Altfälle	S.262
2.8. Härtefälle	S.264
Zusammenfassung	S.266
III. Regularisierungspraxis in weiteren EU-Mitgliedstaaten	S.267
1. Länderbeispiel: Frankreich	S.267
2. Südeuropäische Mitgliedstaaten	S.268
2.1. Länderbeispiel: Spanien	S.268
2.2. Länderbeispiel: Italien	S.269
3. Die nordeuropäischen Mitgliedstaaten	S.270
IV. Harmonisierung auf europäischer Ebene?	S.271
1. Auswirkung von Legalisierungen auf den europäischen Raum	S.271
2. Europäische Vorgaben und Kompetenzen	S.272
3. Möglichkeiten einer Harmonisierung	S.273

Zusammenfassung	S.274
V. Exkurs: Das Recht auf Legalisierung des Aufenthaltes aus familiären Gründen	S.275
Einleitung	S.275
Das Recht auf Legalisierung aus familiären Gründen nach nationalen Vorschriften	S.276
1.1. Der Fall der „Illegalität“ - Fehlen allgemeiner Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels	S.276
1.2. Anspruch aus den Regelungen für den Familiennachzug?	S.277
1.3. Vorliegen eines Abschiebehindernisses (§ 60a II bzw. § 25 V AufenthG i.V.m. Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK)	S.280
1.4. Der Schutz der Eltern - Kind- Beziehung im illegalen Aufenthaltsstatus – Beachtung des Kindeswohls	S.281
1.5. Probleme der Eheschließung bei strafbar illegalem Aufenthalt	S.284
1.6. Schutz vor Missbrauch - Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft oder „Scheinehe“?	S.285
2. Die Nachzugsrechte von Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige von Unionsbürgern sind, nach dem europäischen Recht – Neue Wege zur Legalisierung des illegalen Aufenthaltes?	S.292
2.1. Familiennachzugsrechte für Unionsbürger nach Unionsrecht im Vergleich zu deutschen Staatsangehörigen ohne Unionsbezug	S.292
2.1.1. Abgeleitete Rechte im Fall von sich illegal aufhaltenden drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern	S.294
2.1.2. Abgeleitete Aufenthaltsrechte drittstaatsangehöriger Eltern von Unionsbürgern	S.297
2.2. Abgeleitete Rechte im Fall von sich illegal aufhaltenden drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern trotz reiner Inlandssachverhalte?	S.298
2.2.1. Rückkehrerfälle	S.298
2.2.2. Kernbereichsfälle /Das Urteil „ <i>Ruiz Zambrano</i> “	S.300
2.2.3. Dienstleistungsfälle - Freizügigkeitsrechte aus den Grundfreiheiten – das Urteil „ <i>Carpenter</i> “	S.301
2.3. Rechtliche Konsequenzen der illegalen Einreise und des illegalen Aufenthaltes? - Die Urteile „ <i>MRAX</i> “ und „ <i>Kommission/Spanien</i> “	S.303
2.4. Missbräuchliche Anwendung des Unionsrechts?	S.305
Zusammenfassung	S.307

3. Teil und zehntes Kapitel: Rechte im illegalen Aufenthalt – Soziale Verantwortung des Staates gegenüber Migranten in illegaler Aufenthaltssituation?

Exemplarisch dargestellt an dem Recht auf Bildung und dem Recht auf Gesundheit in Deutschland

	S.310
Einleitung	S.310
I. Das Recht auf Schulbildung für Kinder und Jugendliche in illegaler Aufenthaltssituation	S.311
1. Das Menschenrecht auf Bildung	S.311
2. Ein Recht auf Schulbildung für sich irregulär aufhaltende Kinder und Jugendliche – Reformbemühungen, Wandel und Rechtsänderungen	S.312
Zusammenfassung	S.321
II. Das Recht auf staatliche Gesundheitsfürsorge: Ansprüche auf Leistungen des öffentlichen Gesundheitswesens	S.322
1. Das Menschenrecht auf Gesundheit	S.322
2. Die Lebenssituation von sich illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen im Bereich der Gesundheitsversorgung	S.323
3. Das Recht auf staatliche Gesundheitsversorgung: Ansprüche auf Leistungen des öffentlichen Gesundheitswesens	S.324
4. Der faktische Zugang zum Recht auf Gesundheitsversorgung	S.328
5. Der Umgang der Kommunen mit der rechtlich schwierigen Situation	S.330
6. Abschaffung der Übermittlungspflichten? – Vereinbarung der Übermittlungspflichten mit der Verfassung bzw. menschenrechtlichen Verpflichtungen?	S.333
7. Vergleich andere EU-Mitgliedstaaten	S.336
Zusammenfassung	S.338
III. Möglichkeiten einer Harmonisierung auf Unionsebene?	S.338
Zusammenfassung in Thesen	S.342
Literaturverzeichnis	S.353

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AA	Andere Auffassung
AB	Allgemeine Bemerkung
Abl.	Amtsblatt
Abk.	Abkommen
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Add.	Addendum
a.E.	am Ende
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
amtl.	amtlich
ANA-ZAR	Anwaltsnachrichten Ausländer- und Asylrecht
ÄndGE	Entwurf zum Gesetz zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes und weiterer Gesetze
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Appl.	Application
ARB	Assoziationsratsbeschluss
ArbG	Arbeitsgericht
Art. / Artt.	Artikel
Art. [...] EG	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft
AstV	Ausschuss der ständigen Vertreter
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuslG	Ausländergesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
AufenthGE	Entwurf zum Aufenthaltsgesetz
AufenthV	Aufenthaltsverordnung
Aufl.	Auflage
AuslG	Ausländergesetz
AuslR	Ausländerrecht
AWR	Forschungsgesellschaft für das Weltflüchtlingsproblem
Az.	Aktenzeichen
AZR	Ausländerzentralregister
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
Bd.	Band

Bek.	Bekanntmachung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMA	Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung
BMI	Bundesministerium des Innern
BR-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BTag	Bundestag
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BT-PlPr.	Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages
Buchst.	Buchstabe
BullEG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde am BVerfG
bzw.	beziehungsweise
CCPR	U.N. Covenant on Civil and Political Rights
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CESCR	Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CHARTER	Dokument des Konvents zur Charta der Grundrechte
CMLR	Common market law report
CMW	Committee on Migrant Worker
CNS	Consulting (Konsultationsverfahren)
COD	Co-Decision (Mitentscheidungsverfahren)
COREPER	Comité des représentants permanents (AstV)
CSU	Christlich Soziale Union
D	Deutschland
d.	der / die / das / des
d.h.	das heißt
D.R.	Decisions and Reports (amtl. Slg. der Entscheidungen des EMRK)
ders. / dies.	Derselbe / dieselbe
DIMR	Deutsches Institut für Menschenrechte
djb	Deutscher Juristinnenbund
DK	Dänemark
Doc. / Dok.	Document / Dokument
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
ebda.	Ebenda
EC	European Community
ECHR	European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMRK)
ECRAN	Advocacy Network of the European Council on Refugees and Exiles
ECRI	European Commission against Racism and Intolerance

ECSR	European Committee of Social Rights
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
efms	Europäisches Forum für Migrationsstudien
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EJML	European Journal on Migration an Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMN	Europäisches Migrationsnetzwerk
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
EP	Europäisches Parlament
ErgLfg.	Ergänzungslieferung
Erl.	Erlass
ESC	Europäische Sozialcharta
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EUV-L	Vertrag über die Europäische Union (Lissabon)
EUV-M	Vertrag über die Europäische Union (Maastricht)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EZAR	Entscheidungssammlung zum Ausländerrecht
f. / ff.	folgende Seite / folgende Seiten
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
FreizügG/EU	Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern
FreizügV	Freizügigkeitsverordnung
FS	Festschrift
GA	General Assembly (Generalversammlung)
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
gem.	gemäß
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
GKI	Gemeinsame Kontrollinstanz (Europol)
grds.	grundsätzlich
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
iHv	in Höhe von

insb.	insbesondere
iRd	im Rahmen der / des
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IGH	Internationaler Gerichtshof
IJP	Innen- und Justizpolitik
ILO	International Labour Organization
IMIS	Institut für Migrationsforschung und Interkulturelle Studien
IMK	Innenministerkonferenz
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JI	Justiz und Inneres (Rat für)
JRP	Journal für Rechtspolitik
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KindRG	Kindschaftsreformgesetz
KJ	Kritische Justiz
Kl.	Kläger
KOM	Kommissionsdokument
Komm.	Kommentar
KRK	Konvention über die Rechte des Kindes
LG	Landgericht
LIBE	Ausschuss für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres
lit.	litera (Aufzählung (a,b,c))
LS	Leitsatz
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MIGR	Ratsdokument im Bereich Migration und Rückkehr
mind.	mindestens
Mio.	Millionen
MPG	Migration Policy Group
Ms.	Manuskript
MS	Mitgliedstaat
MuB	Migration und Bevölkerung
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr./No.	Nummer / Number
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht

p.	page
PE	Dokumente des Europäischen Parlaments
Pkt.	Punkt
PNR	Passenger Name Records
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
Res.	Resolution
rev.	revidiert
RFSR	Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts
RL	Richtlinie
rm.	rechtmäßig
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Satz
S.	Seite
s.o.	siehe oben
SchAbk.	Schengener Abkommen
SGK	Schengener Grenzkodex
SCIFA	Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
SEK	Kommissionsdokument (Kabinettsvorgänge)
SGB	Sozialgesetzbuch
SIS	Schengener Informationssystem
SIS II	Schengener Informationssystem II
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
SZ	Süddeutsche Zeitung
TREVI	Terrorisme, Radicalisme, Extremisme, Violence Internationale
u.	und
u.a.	und andere
u.U.	unter Umständen
UA	Unterabsatz
UK	Vereinigtes Königreich
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
unzul.	unzulässig
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNO	United Nations Organization
UNTS	United National Treaty Series
UNWAK	Das Übereinkommen der VN zum Schutze der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen

Urt.	Urteil
US	United States
v.	versus
va	vor allem
v.d.	von der
verb.	Verbundene
veröff.	Veröffentlicht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VIS	Visa-Informationssystem
VK	Visakodex
VN	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
Vorss.	Voraussetzungen
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zollinformationssystem
ZÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht
ZP	Zusatzprotokoll
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZuwG	Zuwanderungsgesetz
ZuwGE	Entwurf des Zuwanderungsgesetzes

Fragestellung und Untersuchungsgegenstand

Diese Dissertation hat sich zur Aufgabe gestellt das Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch auf die Universalität der Menschenrechte und deren Grenzen durch die Souveränität der Nationalstaaten im Fall der irregulären Migration zu untersuchen. Der Konflikt zwischen der Forderung nach universellen Rechten für „Jedermann“¹ einerseits und nationalstaatlich angestrebter Migrationskontrolle andererseits ist im Fall der irregulären Migration besonders augenscheinlich. Die Staaten sind im Rahmen der völkerrechtlichen Bindungen frei darüber zu entscheiden, wem sie Zutritt zu ihrem Hoheitsgebiet gewähren und wen sie ab- bzw. ausweisen. Im Fall der irregulären Migration kann der Staat aber seine Souveränität hinsichtlich der Einreise und des Aufenthaltes in seinem Hoheitsgebiet nicht ausüben. Die Verpflichtung, den irregulären Migranten menschenrechtliche Mindeststandards zu gewährleisten, wird ihm sozusagen aufgezwungen.

Hieraus ergeben sich erhebliche Spannungsfelder. So hat der Staat ein berechtigtes Interesse, die Verlassenspflicht der in sein Hoheitsgebiet illegal eingewanderter Personen ordnungsrechtlich durchzusetzen und sich damit auch seiner menschenrechtlichen Verantwortung wieder zu entziehen. Auf der anderen Seite ist die menschenrechtliche Situation irregulärer Migranten in der Regel besonders prekär und deswegen auch besonders schutzwürdig. Die entscheidende Frage ist daher, inwieweit die Vorgaben internationaler, europäischer, aber auch nationaler Menschenrechte die staatliche Souveränität im Rahmen der illegalen Migration beschränken können. Was müssen Staat und Staatsgemeinschaft mindestens gewährleisten?

Die wissenschaftliche Untersuchung erfolgt in zwei Schritten:

Zunächst werden die menschenrechtlichen Aspekte im Rahmen irregulärer Migration untersucht. Welche Maßstäbe setzen hierbei die universellen und speziell die europäischen Menschenrechtsinstitute? Inwieweit beschränken sie staatliche Souveränität bzw. inwieweit erkennen sie die staatliche Souveränität im Fall der illegalen Migration an? Wie setzen Staaten die von ihnen eingegangenen menschenrechtlichen Verpflichtungen innerstaatlich um? Anhand der bisherigen

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenzeichen gelten gleichwohl für beiderlei Geschlecht.

vorliegenden Rechtsprechung wird herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen Menschen ohne Aufenthaltsstatus Rechte zuerkannt wurden. Innerhalb des staatlichen Gefüges werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben dargestellt und auf ihre Aussagen und Wirksamkeit hin beleuchtet.

Bei der Betrachtung der menschenrechtlichen Vorgaben geht es grundsätzlich um folgende wesentliche Fragen: Warum ist es für irreguläre Migranten so schwierig menschenrechtlichen Schutz zu erlangen, wenn doch die Menschenrechte universell gelten und als „Jedermann-Rechte“ ausgestaltet sind? Inwieweit können Menschenrechte begrenzt werden? Welche nicht zu unterschreitenden rechtlichen Grenzen gibt es? Was bedeutet in diesem Zusammenhang das Prinzip des Schutzes der Menschenwürde? Wie weit reicht der Menschenrechtsschutz, insbesondere in räumlicher Dimension? Welche positiven Verpflichtungen ergeben sich daraus für den Staat? Welche Rolle spielen besonders schutzwürdige Personen innerhalb der Gruppe der irregulären Migranten, wie z.B. Kinder und Jugendliche. Kann die Durchsetzung der Menschenrechte an die Offenbarung des illegalen Status geknüpft werden?

Demgegenüber werden im zweiten Teil dieser Untersuchung die Reaktionen auf illegale Migration in Europa und in den Nationalstaaten, insbesondere Deutschlands, dargestellt. Es werden die rechtlichen Maßnahmen vor allem mit Blick darauf beleuchtet, wie das Spannungsverhältnis zwischen Durchsetzung des Migrationsrechts und der Universalität der Menschen- bzw. Grundrechte gelöst wird? Welche Maßnahmen werden getroffen, um illegale Migration einzudämmen? Und welche Maßnahmen, um den Rechten des Einzelnen zur Geltung zu verschaffen? Zur Beantwortung dieser Fragen wird die Migrationspolitik der EU, ihre Kompetenzen und ihre Regelungsgegenstände dargestellt und ergänzend die nationalen rechtlichen Behandlungsstrategien der EU-Nationalstaaten, hier insbesondere Deutschlands, untersucht.

Die Darstellung der präventiven und repressiven Maßnahmen zur Steuerung der illegalen Migration folgt dem chronologischen mehrstufigen Ablauf des Kontrollsystems, namentlich in der Reihenfolge: (1) externe Migrationskontrollen (2) interne Migrationskontrollen (3) Rückführung der illegal eingewanderten *oder* (4) deren Legalisierung und (5) Zugang zu sozialen Rechten bzw. Verhinderung des Zugangs als Strategie gegen irreguläre Migration.

Bei der Betrachtung der einzelnen Maßnahmen zur Eindämmung der

irregulären Migration, soll der Umfang des Schutzes der Menschenrechte in Bezug auf die Rechte des sogenannten Illegalen ausgeleuchtet werden. Inwieweit spielt die Beachtung der Menschenrechte eine Rolle bei den Strategien eines Staates. Ab wann und unter welchen Voraussetzungen ist der Staat verpflichtet, diese fundamentalen Rechte tatsächlich zu gewährleisten? Ist die Pflicht gegebenenfalls auch im Ausland gegeben? Die Frage stellt sich insbesondere bei der Vorverlagerung von Grenz- und Migrationskontrollen oder bei Entscheidungen über die Einreise im Rahmen des Visa-Verfahrens? Diese Frage stellt sich aber auch bei der Rückführung irregulärer Migranten. Inwieweit muss hierbei die Gefahr von möglichen Verletzungen der Menschenwürde im Ausland berücksichtigt werden? Was bedeuten menschenrechtliche Verpflichtungen für die Vereinbarung von Rückübernahmeabkommen?

Der dritte Teil dieser Dissertation befasst sich mit der rechtlichen Situation der Migranten während ihres illegalen Aufenthalts. Viele Menschen ohne Aufenthaltsrecht leben auf Dauer faktisch auf dem Territorium der europäischen Nationalstaaten und haben sich zum Teil in die sozialen Strukturen der dortigen Gesellschaft eingegliedert.² Sie treten rechtlich in Erscheinung, versuchen aber unerkant zu bleiben. Daraus ergeben sich für diese Menschen prekäre Situationen, da sie aus der Angst heraus aufgedeckt zu werden, grundlegende Rechte nicht beanspruchen und durchsetzen. Sie leben, soweit sie sich der Öffentlichkeit entziehen, in einem selbst geschaffenen rechtsfreien Raum, der menschenunwürdige Lebensbedingungen zur Folge haben kann. Erpressbar gehen sie sittenwidrige Vertragsverhältnisse ein (z.B. Miet- und Arbeitsverträge). Krankheiten können sich aufgrund der medizinischen Unterversorgung lebensbedrohlich verschlechtern. Bei Familien mit Kindern ohne Aufenthaltsrecht stellt sich zusätzlich die Frage, wie deren Recht auf Schulbildung gewährleistet wird.

Mit diesen Problemen der illegalen Einwanderung hat die Rechtspraxis im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung umzugehen. Dabei stellen sich schwierige Fragen: Inwieweit kann eine Rechtsordnung derartige Missstände dulden? Wie steht es mit der Inanspruchnahme von grundlegenden Rechten, wenn

² Dies ganz unterschiedlich: Vgl. beispielsweise Norbert *Cyrus*, Frank *Düvell*, Dita *Vogel*, *Illegale Zuwanderung in Großbritannien und Deutschland: ein Vergleich*, in: *Migration and the Regulation of Social Integration*, Anita Böcker, Betty de Hart, Ines Michalowski (Hrsg.), IMIS-Beiträge, 24/2004, S. 45-74. S. auch die Dissertation von *Stobbe*, *Undokumentierte Migration in Deutschland und den Vereinigten Staaten*, Göttingen 2004.

sich Migranten im illegalen verdeckten Aufenthalt selbst einer rechtlichen Auseinandersetzung entziehen, um einer Aufdeckung ihres Aufenthaltes zu entgehen. Welche rechtliche Bedeutung hat es für die Gewährung von Rechten, wenn im Falle des unrechtmäßigen Aufenthaltes eine „Zulassung“ des Ausländers zum Staatsgebiet abgelehnt worden ist und dieser sich trotzdem und in der Regel ohne Wissen des Staates auf dessen Staatsgebiet weiter aufhält.

Die Problematik der Umsetzung des Rechts auf Zugang zu sozialen Menschenrechten im illegalen Aufenthalt wird anhand von zwei nationalen Beispielen dargestellt: Die Diskussionen um das Recht der irregulären Migranten auf Gesundheitsversorgung und auf Schulbildung in der Bundesrepublik Deutschland.

Die Nationalstaaten haben verschiedene Optionen, wie sie mit irregulärer Migration umgehen. Das Recht der Zielstaaten von Migrationsprozessen entscheidet über die Verfahrensweisen bei irregulärer Einreise und Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet sowie über die Umstände unter denen der Einzelne sein Leben im Aufenthaltsstaat einrichten muss. Die Praxis und die Strategien der EU-Staaten sind zum Teil sehr unterschiedlich. Denn ihre Migrationskonzepte hängen maßgeblich auch von politischen und ökonomischen Interessen, Wohlfahrtsystemen und historischen Entwicklungen ab. Neben einer sehr restriktiven Vorgehensweise einiger EU-Mitgliedstaaten, finden sich innerhalb der EU auch pragmatische Ansätze, mit dem Phänomen der Irregularität umzugehen. Das nationale Migrationsrecht der einzelnen EU-Staaten wurde und wird jedoch innerhalb der EU im Laufe eines fortlaufenden Europäisierungsprozess stetig angeglichen und unterliegt zunehmend verbindlichen europäischen Vorgaben. Eine Entwicklung, die seit der Öffnung der Binnengrenzen in Europa stark vorangetrieben wurde und den nationalen Migrationskonzepten Grenzen gesetzt hat.

ERSTES KAPITEL:

Die rechtliche inhaltliche Bestimmung des Begriffs des „illegalen“ Migranten

Einleitung

Eine treffende Definition des „illegalen Migranten“ oder kurz als „Illegaler“ bezeichnet, ist nicht einfach zu finden. Insbesondere die letztere Bezeichnung ist zu recht umstritten, denn sie deutet auf eine Kriminalisierung des Menschen an sich hin. Die untreffende Wortwahl des „Illegalen“ hat der Nobelpreisträger und Schriftsteller *Elie Wiesel* treffend in seinem viel zitierten Spruch bemerkt:

„Ihr sollt wissen, dass kein Mensch illegal ist. Das ist ein Widerspruch in sich. Menschen können schön sein oder noch schöner. Sie können gerecht sein oder ungerecht. Aber illegal? Wie kann ein Mensch illegal sein.“³

In der vorliegenden Untersuchung werden verschiedene Bezeichnungen synonym verwendet, die in der amtlichen und ihr nahestehenden Literatur gebräuchlich sind, wie „irreguläre Migranten“ (in Anlehnung an die internationale Bezeichnung „irregular migrants“), „Menschen ohne Papiere“ (entsprechend der französischen Bezeichnung „*sans papier*“) oder „Migranten ohne gültiges Aufenthaltsrecht“, „Menschen ohne Aufenthaltsrecht“ und auch „so genannte illegale Migranten“.

Die Bezeichnung „irregulärer Migrant“ sagt jedoch noch nichts über die spezifische Migrationsgeschichte bzw. die individuellen Gründe, Strategien und die besondere Lebenssituation aus. Wege in die „Illegalität“ gibt es viele.⁴ Das Phänomen der illegalen Migration umschreibt eine Vielzahl an Lebensschicksalen, wie abgelehnte Asylbewerber, die nicht in ihr Herkunftsland zurückgekehrt wollen oder können; Migranten, die der schlechten, aussichtslosen, wirtschaftlichen Lebenssituation ihres Herkunftsstaates entkommen wollen; Studenten, die nach dem Abschluss ihres Studiums da geblieben sind; Saisonsarbeitskräfte, die sich nach einem befristeten Werkvertrags-Arbeitsverhältnis eine illegale Beschäftigung suchen; Migranten,

³ *„You shall know that no one is illegal it is a contradiction in itself. People can be beautiful or even more beautiful. They may be just or unjust. But illegal? How can someone be illegal.“* Elie Wiesel (ohne Quellennachweis). Er soll diese Aussage in Tuscan, Arizona, auf einer Konferenz über Asyl in den USA gesagt haben.

⁴ Vgl. hierzu *Hoffmann*, Leben in der Illegalität, in: Falge u.a. (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, S. 18f.

die bei ihren Familienmitgliedern in Europa leben wollen; Opfer von Menschenhändlern, die illegal in der Prostitution arbeiten müssen.

Die politischen Strategien, um irreguläre Migration zu begrenzen sind vielfältig. Einfache Konzepte hierfür gibt es nicht. Denn illegale Migration resultiert aus einem Missverhältnis zwischen den sozialen und den politischen Bedingungen der Menschen in den einzelnen Ländern. Durch unterschiedliche Prozesse werden immer mehr Migrationsmotive und – Möglichkeiten geschaffen, gleichzeitig sind die Staaten aber bestrebt, Migration effektiver zu kontrollieren bzw. zu begrenzen.⁵

In der Regel versuchen irreguläre Migranten, so wenig wie möglich in der Gesellschaft ihres Ziellandes aufzufallen. Sie können aber aufgrund ihrer prekären Lebenssituation sich selbst, aber auch andere in schwierige und bedrohliche Lagen bringen.⁶

Häufig ist der Aufenthaltsstatus von irregulären Migranten nicht statisch und kann von einem illegalen in einen legalen wechseln oder umgekehrt. In Deutschland wurde z.B. der größte Teil der irregulären Migranten, die im Zuge der Osterweiterung plötzlich Personenfreizügigkeit genossen, faktisch legalisiert.

I. Definition des Begriffs „irregulärer Migrant“ in der Europäischen Union

Im europäischen Recht gibt es für den Begriff „irregulärer Migrant“ bzw. „illegale Einreise“ oder „illegaler Aufenthalt“ keine allgemein gültige Definition. Sie ist abhängig von dem Kontext und bestimmt sich demnach entweder nach nationalen oder europäischen Recht. Eine Definition findet sich in der Rückführungsrichtlinie, die den „illegalen Aufenthaltsstatus“ im Art. 3 insofern bestimmt, als *>>die Anwesenheit von Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 des SGK oder andere Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates<<.*⁷ Demgegenüber wird die Definition des „illegalen Aufenthaltes“ in der Sanktionsrichtlinie national

⁵ Schönwälder u.a., Migration und Illegalität in Deutschland, AKI-Forschungsbilanz 1, 2004, S. 1, S. 4 m.V.a. *Bommes*, Migration und nationale Wohlfahrtsstaaten.

⁶ *Bommes; Wilmes*, Menschen ohne Papiere in Köln, S. 8.

⁷ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger.

bestimmt.⁸ Dieser liegt namentlich dann vor, >> *wenn die Voraussetzungen für den Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates nicht oder nicht mehr erfüllt sind* <<.⁹

Die Staaten bestimmen, wer einen unerlaubten Aufenthaltsstatus erfüllt, indem sie die rechtlichen Bedingungen für einen Aufenthalt setzen, abändern und auslegen. Die Voraussetzungen für das Eintreten eines „illegalen Aufenthalts“ wurden in der Vergangenheit z.T. sehr weitgehend diskutiert. Zum Beispiel gab es den französischen Vorschlag, mit dem sich der Europäische Rat 2002 auseinandersetzte, dass alle Drittstaatsangehörige, deren Pass beim Überschreiten der EU-Außengrenze nicht abgestempelt wurde, rechtlich als „Illegale“ eingestuft werden sollten.¹⁰ Solche Tendenzen sind sehr bedenklich, da gleichzeitig aus der Qualifizierung des illegalen Aufenthaltsstatus unterschiedliche rechtliche Folgen resultieren können. So wurde in der Debatte um die Rückführungsrichtlinie diskutiert¹¹, ob bei Vorliegen einer illegalen Einreise ein niedrigerer rechtlicher Standard Anwendung finden sollte als bei Vorliegen eines illegalen Aufenthaltes, der aus einem abgewiesenen Asylgesuch oder einem abgelaufenen Visum resultiert.¹²

II. Probleme bei der Bestimmung des Begriffs „illegale Einreise“ bzw. „illegaler Aufenthalt“ nach nationalem Recht

Im deutschen Recht existiert keine genaue Definition für einen „illegalen Aufenthalt“. Die Illegalität des Aufenthaltes bestimmt sich vielmehr nach den Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen des AufenthG, sofern nicht durch Recht der Europäischen Union oder durch Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist. Nach diesen Regelungen führen verschiedene Wege zu einem unerlaubten Aufenthaltsstatus. Zum einen kann einem Ausländer von Anfang an ein Aufenthaltsrecht fehlen. Das ist der Fall, wenn er unerlaubt eingereist ist.¹³ Zum anderen kann sein Aufenthaltsrecht erst später entfallen sein, nachdem der

8 Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.06.2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, ABI. L 168/24.

9 Vgl. Art. 2 lit.c der Richtlinie 2009/52/EG.

10 Rats-Dok. 13645/02 (30 Okt. 2002). Darauf weist *Groenendijk* in seiner Einleitung hin, in: Bogusz u.a. (Hrsg.), *Irregular Migration and Human Rights*, xviii.

11 S. Draft Directive on Common Standards for Return (COD/2005/0167).

12 Letter to the EU Presidency, 14. April 2009, Amnesty International EU Office.

13 § 14 Abs.1 AufenthG.

Drittstaatsangehörige sich einige Zeit legal im Staatsgebiet aufgehalten hat: zum Beispiel durch Ablauf eines Touristenvisums, Ablehnung eines Verlängerungsantrages, ein gescheitertes Asylbegehren oder wenn der Aufenthaltsweg, nicht oder nicht mehr durch einen Aufenthaltstitel gedeckt wird. Die Ausreisepflicht folgt hier aus dem Vorrang des staatlichen Genehmigungsvorbehaltes.¹⁴ Anders ist das bei der Ausweisung. Durch diese wird anhand einer Ordnungsverfügung ein bestehendes Aufenthaltsrecht beendet und sie bewirkt damit die Ausreisepflicht.¹⁵

1. Der Begriff der „illegalen Einreise“ i.S.d. § 14 Abs.1 AufenthG und dessen rechtlichen Folgen

Die Grundvoraussetzungen für ein legales Aufenthaltsrecht bestimmen sich nach § 3 Abs.1 und § 4 Abs.1 AufenthG. Ausländer dürfen hiernach nur in das Bundesgebiet einreisen oder sich darin aufhalten, wenn sie einen anerkannten und gültigen Pass und einen nach § 4 AufenthG erforderlichen Aufenthaltstitel besitzen. Zudem darf kein Einreise- oder Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG gegeben sein (§ 14 Abs.1 Nr.3 AufenthG). Einige Staatsangehörige werden von der Genehmigungspflicht in Form eines Aufenthaltstitels für Kurzaufenthalte befreit (Art.1 Abs.2 der Verordnung 539/2001/EG (Anhang II)).¹⁶ Diese sog. Positivstaater können sich während dieser Zeit genehmigungsfrei im Bundesgebiet aufhalten.

Ist die Einreise als (materiell) unerlaubt i.S.d. § 14 Abs.1 AufenthG zu qualifizieren, hat dies schwerwiegende rechtliche Folgen für die Aufenthaltssituation des Ausländers. Denn zahlreiche andere Vorschriften knüpfen an die Legaldefinition des § 14 Abs.1 AufenthG an. Der unerlaubt eingereiste Ausländer ist hiernach vollziehbar ausreisepflichtig (§ 50 Abs.1, § 58 Abs.2 AufenthG) und nach § 58 Abs.1 AufenthG abzuschicken. Er ist innerhalb von sechs Monaten nach seinem Grenzübertritt zurückzuschicken (§ 57 AufenthG) und an der Grenze zurückzuweisen (§ 15 Abs. 1 AufenthG). Eine weitere folgenreiche Konsequenz ist, dass der Ausländer in diesen Fällen auch bei

14 Nach § 4 Abs.1 AufenthG steht der Aufenthalt unter Genehmigungsvorbehalt.

15 Vgl. §§ 11, 50 Abs.1, 51 Abs.1 Nr.5 AufenthG.

16 Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie die Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind.

Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs nicht erneut ins Bundesgebiet einreisen darf (§ 11 Abs.1 AufenthG).¹⁷ Die Einreise ohne erforderliches Visum verhindert zudem die Erteilung eines dort genannten Aufenthaltstitels, auch wenn die Voraussetzungen für einen Anspruch sonst erfüllt sind, § 5 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG. Eine Ausnahmeregelung wurde jedoch im Aufenthaltsgesetz im Vergleich noch zum § 58 Abs.1 AuslG 1990 durch § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG eingeführt. Danach kann von dem Erfordernis abgesehen werden, wenn Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen.

Darüber hinaus ist die unerlaubte Einreise nach § 95 Abs.1 Nr.3 AufenthG strafbar. Im Übrigen stellt die unerlaubte Einreise einen Grund für die Anordnung von Abschiebungshaft (Sicherheitshaft, § 62 Abs.2 Nr.1 AufenthG) bzw. Zurückweisungshaft (§ 15 Abs.5 AufenthG) dar. Ansonsten werden unerlaubt eingereiste Ausländer, die weder um Asyl nachsuchen, noch unmittelbar in Abschiebungshaft genommen werden, vor der Entscheidung über das weitere Verfahren auf die Bundesländer verteilt (§ 15 a AufenthG).

Trotz der weitreichenden Konsequenzen, ist die Grenzlinie, wann die Einreise als unerlaubt einzustufen ist, nicht immer klar zu setzen und in der juristischen Fachliteratur und Rechtsprechung immer noch umstritten.¹⁸ Vor allem wird bei „Negativstaatern“ nicht einheitlich beurteilt, wenn es um die Erfüllung des Kriteriums eines „erforderlichen Aufenthaltstitel“ in § 14 Abs. 1 Nr.2 AufenthG geht. Reicht es hier aus, dass „irgendein“ oder muss „ein dem Zweck entsprechender Aufenthaltstitel“ vorliegen? Umstritten ist auch die Grenzziehung der Sichtvermerksfreiheit von Drittausländern im Rahmen von Kurzaufenthalten. Richtet sich die Visumsfreiheit ausschließlich nach der Staatsangehörigkeit eines Ausländers oder sind hierbei auch die subjektiven Absichten des Ausländers zu berücksichtigen?

¹⁷ Seit Inkrafttreten der Änderung des § 11 I AufenthG durch das RLUMsG 2011 haben Ausländer nach dem Urteil des BVerwG v. 10.7.2012 (- C 19.11 -) einen Anspruch darauf, dass die Ausländerbehörde die in § 11 I 1 u. 2 genannten Wirkungen befristet. Dadurch sind die Interessen des Einzelnen an der zeitlichen Beschränkung der Wirkungen der Ausweisung u. an einem hierauf bezogenen effektiven Rechtsschutz erheblich aufgewertet worden. Vgl. im Einzelnen: *Bauer*, in: *Ausländerrecht, Kommentar* (Hrsg. Renner/Bergmann/Dienelt), 10. Aufl., § 11 Rn.25ff.
¹⁸ Ausf. zum Meinungsstreit: *Westphal*, in: *Huber* (Hrsg.), *AufenthG, Kommentar*, 1. Aufl., § 14 Rn. 18f.

1.1. Illegale Einreise von Drittstaatern

1.1.1. Einreise über die Schengenaußengrenze

1.1.1.1. Positivstaater

Positivstaater können genehmigungsfrei für Kurzaufenthalte von höchstens bis zu (drei Monaten) 90 Tage in den Schengen-Raum einreisen. Die Einreisemodalitäten bestimmen sich in diesem Fall nach europäischem Recht. Die Visumfreiheit bestimmt sich nach Art. 1 Abs.2 der EU-Visumsverordnung (EU VisaVO)¹⁹. Art. 20 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) ermöglicht dann den genehmigungsfreien Aufenthalt im gesamten Schengener Hoheitsgebiet. Die EU-VisaVO und Art. 20 SDÜ bilden einen rechtseinheitlichen Vorgang. Die Aufenthaltsverordnung (nachfolgend AufenthV) sieht für einen „Positivstaater“ keine eigenständige nationale Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels mehr vor.²⁰

Problematisch für die Beurteilung der Legalität der Einreise und des Aufenthaltes ist, wenn die Absicht des Ausländers eine andere ist, als rechtlich vorausgesetzt. So beispielsweise, wenn ein Positivstaater einen längeren Aufenthalt als erlaubt oder eine Erwerbstätigkeit plant. Fraglich ist dann, wie sich die Absicht des Ausländers auf die Legalität der Einreise bzw. des Aufenthaltes auswirkt. Knüpfen die Aufenthaltstitelpflicht und die Befreiungen nur – objektiv - an die Staatsangehörigkeit oder den Besitz eines Passes (objektive Ansicht) oder auch an die Dauer und den Zweck des Aufenthalts (subjektive Ansicht)?

Betrachtet man den Wortlaut der EU-VisaVO ist Art. 1 Abs.2 nur anwendbar, wenn der geplante Aufenthalt die drei zulässigen Monate nicht übersteigt.²¹ Zieht man den ersten Erwägungsgrund dieser Verordnung heran, der als primärrechtliche Zweckbindung „*Vorschriften für Visa für geplante Aufenthalte von höchstens drei Monaten*“ angibt, folgt daraus, dass die Befreiung insoweit

19 Die Verordnung (EG) Nr.539/2001 ist am 10.04.2001 in Kraft getreten. Sie stellt eine Weiterentwicklung des Schengener Besitzstandes dar und ist ein Ausfluss aus dem Amsterdamer Vertrag und Art. 62 Nr. 2b i) EGV. Die VO wurde zuletzt durch VO (EG) Nr. 1244/2009 des Rates vom 30.11.2009 (ABl. EU L 336 v. 18.12.2009, S. 1-3) geändert.

20 Anders geregelt war das noch in § 1 DVAuslG, der eine eigenständige nationale Liste der Drittstaater beinhaltete, die von der Visapflicht bei Kurzaufenthalten befreit sind. Mit der Einführung des neuen AufenthG wurde diese mit Blick auf die vorrangige, europäische Liste in Anhang II der EU-VisaVO vom Gesetzgeber für obsolet erachtet und gestrichen, vgl. BT-Drucks. 731/04 und auch BT-Drucks. 15/420, 68.

21 Dienelt, in: Renner/Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 10. Aufl., § 14, Rn. 6; ebenso Nr. 14.1.2.2.7.1. VAH; anders noch in § 1 I DVAuslG, wonach es auf die subjektive Absicht nicht ankam.

von einer bestimmten Willensrichtung abhängig ist.²² Bei Positivstaaten führt somit die Absicht zu einem längeren Aufenthalt bzw. zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zur Unanwendbarkeit der EU-VisaVO. Damit wird die Inanspruchnahme der Sichtvermerksfreiheit ausgeschlossen, so dass entsprechend die nationalen Regeln eingreifen. Dies gilt auch bei Kurzaufenthalten zu Erwerbszwecken. Diese Konsequenz ergibt sich auch aus Art. 4 Abs.3 VisaVO, die einen nationalen Gestaltungsspielraum ermöglicht. Deutschland hat von diesem Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht, so dass sich hier Kurzaufenthalte für Erwerbstätigkeit nach nationalem Recht bestimmen. § 4 Abs.1 AufenthG i.V.m. § 17 AufenthV verlangt in diesem Fall eine grundsätzliche Aufenthaltstitelpflicht (Ausnahme § 17 Abs.2 AufenthV i.V.m. § 16 BeschV). Ohne diese ist die Einreise des Ausländers als illegal zu werten, mit all den daraus resultierenden rechtlichen Konsequenzen. Hat der Ausländer hingegen diesen Entschluss erst nach seiner Einreise gefasst, ist die Einreise als erlaubt zu bewerten.²³ Anders zu bewerten ist darüber hinaus die rechtliche Situation bei Staatsangehörigen bestimmter Staaten, die von den Vergünstigungen des § 41 AufenthV profitieren. Hier liegt nach § 41 Abs.2 AufenthV keine unerlaubte Einreise vor. Diese Staatsangehörigen dürfen auch dann visumfrei einreisen, wenn der Aufenthalt nicht als Kurzaufenthalt geplant ist. Denn der erforderliche Aufenthaltstitel kann auch im Bundesgebiet eingeholt werden (§ 41 Abs.1 S.2 AufenthV).

1.1.1.2. Negativstaater

Die Frage, ob subjektive Kriterien zur Bewertung der Einreise als unerlaubt

22 So auch *Westphal; Stoppa*, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 470; *Funke-Kaiser*, in: GK-AuslR, Stand: Okt. 2014, § 14 Rn.17; *Ostgahte; Nowicki*, ZAR 2005, S. 364 f.; vgl. auch Nr. 14.1.2.2.7.1 AH-BMI, a.A.: *Hailbronner*, Ausländerrecht Kommentar, 93. Aktualisierung Nov. 2015, § 14 AufenthG, Rn.17 ff., der aus dem Wortlaut der Visumsverordnung zu einer objektiven Auslegung kommt. Auch § 17 AufenthG stelle auf die objektive Tatsache der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ab und nicht auf die Absicht, eine solche Erwerbstätigkeit aufzunehmen; vgl. auch: *Hoffmann*, in: Hofmann/Hoffmann, Kommentar, § 4 AufenthG, 1. Aufl., Rn. 13. *Hoffman* legt den Wortlaut von Art.1 Visum-VO objektiv aus. Subjektive Motive dürfen nicht zum Maßstab gemacht werden. Eine andere Interpretationsweise würde zu tatsächlichen Schwierigkeiten führen, da subjektive Absichten nachträglich von der Ausländerbehörde festgestellt werden müssten. Dies könnte zu Spekulationen führen, die nicht so bestanden haben müssen.

23 Siehe auch die vorläufigen Anwendungshinweise des BMI zum Aufenthaltsgesetz, Ziff. 14.1.2.7.3.VAH. Dort heißt es: „Wenn die zuständige Behörde sachlich begründete Anhaltspunkte dafür hat, dass die entsprechenden Absichten schon bei der Einreise bestanden haben, muss ein entsprechender Sinneswandel substantiiert unter Vortrag besonderer Umstände schlüssig dargelegt und plausibel gemacht werden. Ansonsten legt das AufenthG den Ausländern nicht die volle Beweislast auf, mit der Folge, dass ihnen hier die unerlaubte Einreise grundsätzlich nachgewiesen werden muss. Eine dem § 71 Abs.2 S.2 AuslG 1990 vergleichbare Vermutungsregelung kennt das AufenthG nicht mehr, so dass die strittige Frage, ob diese im Rahmen des § 14 Abs. Nr.2 AufenthG anwendbar ist, nicht mehr beantwortet werden muss.“

maßgeblich sind, stellt sich auch bei einem Negativstaater i.S.d. § 1 Abs.1 EUVisaVO, der mit einem Schengenvisum einreist, obwohl von Anfang ein längerer Aufenthalt oder eine Erwerbstätigkeit geplant war. Hier ist für die Frage der legalen Einreise i.S.d. § 14 Abs.1 Nr. 2 AufenthG maßgeblich, ob es für die Erfüllung des Kriteriums eines „erforderlichen Aufenthaltstitel“ in § 14 Abs. 1 Nr.2 AufenthG ausreicht, das „irgendein“ oder „ein dem Zweck entsprechender Aufenthaltstitel“ vorliegen muss. Legt man den Begriff „erforderlich“ objektiv formal aus, reicht für die Einreise der formale Besitz irgendeines Aufenthaltstitels (z.B. Schengenvisum). Danach würde die Rechtmäßigkeit der Einreise und des Aufenthaltes nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Ausländer entweder einen Daueraufenthalt plant oder eine unzulässige Erwerbstätigkeit aufnimmt. Der begründete Verdacht derartiger Absichten würde hingegen zur Zurückweisung an der Grenze (§15 II, Nr.2 bzw. Nr.2a AufenthG) und zur Aufhebung des Schengen-Visums (Art, 34 Abs. 2 VK) berechtigen.

Die h.M. geht nun wohl bei der Bewertung der Erforderlichkeit von einer formalen Sichtweise aus.²⁴ Dies bestätigt auch der Bundesgerichtshof (BGH) in seiner viel beachteten Entscheidung aus dem Jahre 2005.²⁵ Der BGH argumentiert, dass aufgrund der Prinzipien des allgemeinen Verwaltungsrechts die strenge Verwaltungsakzessorität anzuwenden sei. Auch die erschlichene Aufenthaltsgenehmigung sei wirksam, solange sie nicht gemäß § 48 VwVfG zurückgenommen werde.²⁶

Berücksichtigt man die im Gesetzesentwurf beigegebene Begründung vor dem Hintergrund der früheren Kontroverse, soll der Normtext in dem Sinne ausgelegt werden, dass es nur darauf ankommen soll, dass der Ausländer überhaupt einen Aufenthaltstitel besitzt.²⁷ Eine andere Interpretation würde zur erheblichen Rechtsunsicherheit führen. Angesichts der Vielzahl der Aufenthaltsw Zwecke würde völlige Unklarheit herrschen, ob der Inhaber eines Aufenthaltstitels sich legal in Deutschland aufhält oder nicht und wann der Ausländer gem. § 50 Abs.1 AufenthG ausreisepflichtig ist.²⁸ Auch der Gesetzgeber ging nicht unbedingt bei einem für den Aufenthalt unrichtig

24 BGH, Urt. v. 27.04.2005 – 2 StR 457 / 04, NJW 2005, 2095; so auch *Winkelmann*, in: Renner/Bergmann/Dienelt (Hrsg.), 10. Aufl., § 14 Rn.9; *Hailbronner*, Ausländerrecht Kommentar, § 14 Rn.12; *Westphal/Stoppa*, AuslR für die Polizei, 3. Aufl., S. 471; *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 30, Rn.39. Ausführlich zum Meinungsstreit insgesamt *Westphal*, in: Huber (Hrsg.), AufenthG, 1. Aufl., § 14 Rn. 18f.

25 BGH Urt. v. 27.04.2005 – 2 StR 457 / 04, NJW 2005, 2095; a.A. HessVGH, B.v. 16.3.2005 – 12 TG 298/05 – juris.

26 Ebenda, NJW 2005, 2095 (2097).

27 Vgl. *Funke-Kaiser*, in: GK-AuslR, Stand: Okt. 2014, § 14 Rn. 15f.

28 Vgl. *Westphal/Stoppa*, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 472.

angegebenen Zweck von einer unerlaubten Einreise aus.²⁹ Denn im Fall des § 15 Abs.2 2 a AufenthG hat der Zweckwechsel eines Ausländers keine obligatorische Zurückweisung zur Folge, sondern die Zurückweisung liegt in diesem Fall lediglich im Ermessen.³⁰ Indem der Gesetzgeber den § 95 Abs.1 (1a) AufenthG in das Gesetz einfügte, hat er sich zu einer objektiv-formellen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „erforderliche Aufenthaltsgenehmigung“ bekannt.³¹ Damit sollte die Strafbarkeitslücke für Negativstaater in Bezug auf die Strafbarkeit einer illegalen Beschäftigung und damit auch die Ungleichbehandlung gegenüber Positivstaatern beseitigt werden.

Der Aufenthalt wird auch dann nicht unmittelbar illegal, wenn der Ausländer eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, obwohl er nach seinem Aufenthaltstitel nicht dazu berechtigt ist. Dies ergibt sich auch aus § 52 Abs. 7 Nr. 1 AufenthG (alt), der nun durch Art. 34 VK ersetzt wurde.

1.1.2. Grenzübertritt an den EU-Binnengrenzen

Schwierig ist auch die Beantwortung der Frage, ob die Einreise eines Positivstaaters über eine EU-Binnengrenze legal ist, wenn nicht alle Voraussetzungen des Art. 5 Abs.1 SGK erfüllt sind. Denn visafreie Drittausländer dürfen sich nach Art. 20 SDÜ im Hoheitsgebiet der Schengener Vertragsparteien nur bei Erfüllung der in Art. 5 Abs.1 a), c), d) und e) SGK genannten Voraussetzungen frei bewegen. Hingegen genießen nach dem Wortlaut der EUVisaVO Positivstaater lediglich beim Übertritt der Außengrenzen die Visumfreiheit. Das könnte bedeuten, dass der Positivstaater beim unkontrollierten Überschreiten einer EU-Binnengrenze, illegal einreist und sich ggf. nach § 95 Abs.1 AufenthG strafbar macht und folglich ausgewiesen werden müsste. Die Folge wäre somit, dass der Ausländer selbst vorhersehbar abschätzen müsste, ob seine Einreise und sein Aufenthalt unerlaubt sind.³² Mit diesem Ergebnis können

29 Vgl. BT-Drs. 15/420, S.73.

30 Vgl. *ebenda*, S. 473.

31 Die Einfügung dieser Regelung erfolgte auf Grund der BGH-Entscheidung vom 27. April 2005 zu § 95 I Nr.2 AufenthG (s. Fn 22). Ein Ausländer, der sich auf Grund eines Schengen-Visums im Bundesgebiet aufhält und entgegen der Regelung des § 4 III S.1 AufenthG einer Erwerbstätigkeit nachgeht, fällt hiernach nicht mehr unter den Tatbestand des § 95 I Nr.2 AufenthG. Denn das Visum ist ein Verwaltungsakt und auf Grund der Erwerbstätigkeit rechtswidrig, nicht aber unwirksam erteilt (vgl. §§43, 48 VwVfG). Das Tatbestandsmerkmal der „Erforderlichkeit“ ist damit nicht erfüllt. Die so entstandene Strafbarkeitslücke sollte nach Auffassung des Gesetzgebers durch § 95 Ia AufenthG geschlossen werden.

32 Z.B. derjenige, der im Zuge seines Aufenthaltes über unzureichende finanzielle Mittel verfügt.

zum Teil widersprüchliche rechtliche Folgen und Wertungswidersprüche entstehen.³³ Denn allein die Frage, ob eine Einreise über eine EU-Außengrenze oder über eine EU-Binnengrenze erfolgt, entscheidet bei ansonsten gleichen Umständen darüber, ob eine Einreise als unerlaubt und ggf. bei Vorsatz als strafbar zu qualifizieren ist oder nicht. Ein weiterer Wertungswiderspruch ergibt sich auch im Vergleich zur deutschen Umsetzung von Art. 19 Abs. 1 SDÜ bei Negativstaaten. Da das Schengen-Visum gem. § 4 Abs.1 Nr.1 AufenthG i.V.m. § 6 AufenthG zugleich ein deutscher Aufenthaltstitel ist, sind im Fall eines Verstoßes von Art. 5 lit. a), lit. c) und lit. e) SGK bei Negativ-Staaten die ermessensabhängigen deutschen Vorschriften maßgeblich. Das Schengen-Visum würde in diesem Fall bis zu dessen Widerruf oder Rücknahme gültig bleiben.³⁴ Negativstaater, die im Besitz eines Schengen-Visums sind, würden gegenüber Positivstaater privilegiert werden, sofern beide dieselben Aufenthaltsvoraussetzungen nicht (mehr) erfüllen.

Ostgathe/Nowicki lösten das Problem, indem sie Art. 20 SDÜ im Zusammenhang mit der EUVisaVO sehen. Die Sichtvermerksfreiheit ergebe sich allein aus der EUVisaVO und sei an keine weiteren Bedingungen geknüpft. Hingegen enthalte Art. 20 SDÜ keine Befreiungsregelung und knüpfe nach seinem Wortlaut nicht an die Bedingungen der Sichtvermerksfreiheit der EU-VisaVO an. Denn das SDÜ lege keine generelle Sichtvermerkspflicht fest, sondern lediglich Bedingungen für die Reisefreiheit. Dies ergebe sich auch aus der primärrechtlichen Grundlage des Art. 62 Nr.3 EGV (aF).³⁵ Insofern bewirke die EUVisaVO mittelbar eine Fortgeltung der Sichtvermerksfreiheit während des Aufenthaltes im gesamten Schengengebiet. Die Geltung der EUVisaVO sei somit nicht nur auf die Einreise an einer EU-Außengrenze begrenzt, sondern umfasse auch die EU-Binnengrenzen.³⁶ Die Folge sei, dass der sichtvermerksfreie Ausländer trotz Nichterfüllung aller Bedingungen aus Art. 20 SDÜ sichtvermerksfrei bliebe, jedoch das Recht auf Bewegungsfreiheit verliere. Dies führe dann aber zur gesetzlichen Verlässenspflicht kraft Gesetzes nach Art. 23 SDÜ.³⁷

33 Vgl. hierzu die zahlreichen Beispielsfälle, in: *Westphal; Stoppa*, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 215ff.

34 Vgl. *Ostgathe; Nowicki*, ZAR 2005, S. 363.

35 Vgl. *Ebenda*, ZAR 2005, 363, m.V.a. *Moar*, ZAR, 2005, S. 186.

36 Vgl. *Ebenda*, ZAR 2005, S. 362.

37 *Ebenda*, 363f. Nach Art. 23 Abs.1 SDÜ haben Drittausländer das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien grundsätzlich und unverzüglich zu verlassen, wenn sie die geltenden Voraussetzungen für einen kurzen Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllen. Dieser vollziehbaren

Westphal/Stoppa hingegen lehnen eine Sichtvermerksfreiheit mittelbar über die EUVisaVO ab. Dennoch kommen sie zu dem Ergebnis, dass die Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nach Art. 20 SDÜ in diesem Fall nicht automatisch erlösche, sondern aus Gründen der Rechtssicherheit eine behördliche Entscheidung zwischen zu schalten sei.³⁸ Ein Problem spielt hier insbesondere das Bestimmtheitsgebot.³⁹ Denn der Positivstaater muss abschätzen können, ob er die Voraussetzungen des Art. 5 I lit c), d) oder e) SGK nicht erfüllt; so z.B. ob sein Aufenthalt eine Gefahr i.S.d. Art. 5 I lit. e) SKG für die öffentliche Ordnung darstellt und damit zugleich sein weiterer Aufenthalt unerlaubt wird.⁴⁰ Insofern muss an das Bestimmtheitsgebot ein erhöhter Anspruch gestellt werden.⁴¹

Insgesamt zeigen die rechtlichen Diskussionen um die illegale Einreise, dass es im Detail schwierig sein kann, die Illegalität der Einreise bzw. den exakten Zeitpunkt des Eintritts der Illegalität genau zu bestimmen. Rechtsprechung und Literatur sind in der Beurteilung z.T. noch uneinheitlich. Da insbesondere die Qualifizierung der Einreise als unerlaubte weitreichende rechtliche Konsequenzen in sich trägt, ist eine Lösung, die die illegale Einreise an klare, objektiv formale Voraussetzungen knüpft zu bevorzugen.⁴² Zugleich zeigt die nicht einheitliche innerstaatliche Umsetzung des Schengen-Rechts in den einzelnen Schengen-Staaten, dass dies zu einer unterschiedlichen Bewertung der illegalen Einreise innerhalb des Schengenraumes führen kann.

2. Der Begriff des „illegalen Aufenthaltes“

Die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes setzt den Besitz eines Aufenthaltstitels voraus, § 4 Abs.1 AufenthG. Ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels genügt nicht. Nicht maßgeblich ist, ob der Aufenthaltstitel rechtswidrig erteilt wurde. Der Aufenthalt ist solange rechtmäßig bis der Titel zurückgenommen wurde (§ 48 VwVfG).⁴³ Eine gefälschte Aufenthaltserlaubnis ist hingegen kein

Ausreisepflicht kommt unmittelbare Wirkung zu.

38 *Westphal/Volker*, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 218ff.

39 Darauf weist auch *Winkelmann* hin, in: Renner/Bergmann/Dienelt (Hrsg.) AusIR-Kommentar, 10. Aufl., § 14 Rn.12.

40 S. hierzu auch: VG Düsseldorf, Beschluss v. 4.6.2012 – 22 L 613/12 -, juris; s. näher zum Urteil auch: *Winkelmann*, ebenda, § 14 Rn.12.

41 *Winkelmann*, ebenda, führt dazu aus: „So kann Mittellosigkeit oder das Begehen von Rechtsverstößen nur dann mittelbar zum Erlöschen des Reiserechts und ggf zur Ausreisepflicht des Positivstaaters und zum strafbewehrten Aufenthalt führen, wenn die Sachlage im Einzelnen klar bestimmbar ist.“

42 So OLG Celle, B. v. 4.6.2014- 1 Ws 216/14 – mit Bezug auf Renner; Bergmann; Dienelt, 10. Aufl., § 95 AufenthG Rn. 53, juris.

43 Z.B. bei einer nachgewiesenen Scheinehe.

rechtmäßiger Aufenthaltstitel.⁴⁴ Wenn die Rechtsgrundlage für den Aufenthalt entfallen ist, ist der Aufenthalt noch solange legal bis der Aufenthaltstitel unter den Voraussetzungen des § 52 AufenthG widerrufen wird. Der Aufenthaltstitel kann auch kraft Gesetzes erlöschen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Einreise i.S.v. § 14 AufenthG illegal war.

Bei befristeten Aufenthaltstiteln führt die Überschreitung des genehmigten Zeitraums beim Verbleib im Bundesgebiet automatisch zur Illegalität des Aufenthaltes, § 51 Abs.1 Nr.1 AufenthG (*sog. overstayers*). Automatisch erlischt auch der Aufenthaltstitel, wenn eine auflösende Bedingung i.S.v. § 51 Abs. 1 Nr.2 AufenthG eintritt. Vor allem bei Arbeitsaufenthalten hängt die Wirksamkeit des Aufenthaltstitels in der Regel von der Erfüllung der darin enthaltenen Beschäftigungserlaubnis ab.⁴⁵ Die Beendigung der Beschäftigung führt dann in der Regel zum Erlöschen des Aufenthaltstitels.⁴⁶ Liegt hingegen ein Aufenthaltstitel vor, dem ein anderer Aufenthaltszweck zu Grunde liegt (z.B. familiär oder humanitär), wirkt sich die Ausübung einer unerlaubten Tätigkeit trotz gesetzlichen Verbots nicht auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes aus.⁴⁷ Hingegen führt die unerlaubte Tätigkeit bei Positivstaaten unmittelbar zur Rechtswidrigkeit und bei Negativstaaten stellt sie einen Aufhebungsgrund für das Schengen-Visum dar (Art. 34VK).

III. Zwischenkategorien von legalen und illegalen Aufenthalt

Besitzt ein Drittstaater keinen Aufenthaltstitel und ist er davon auch nicht befreit worden, ist sein Aufenthalt rechtswidrig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Aufenthalt „illegal“ ist. Unter bestimmten Voraussetzungen wird auch der Aufenthalt des sich rechtswidrig aufhaltenden Ausländers hingenommen. Diese Aufenthaltsmöglichkeiten - neben dem rechtmäßigen Aufenthaltsrecht – gelten jedoch nicht für Ausländer, die sich strafbar illegal im Bundesgebiet aufhalten. Grundsätzlich ist der Ausländer nach § 50 Abs.1 AufenthG zur Ausreise verpflichtet, wenn kein erforderlicher Aufenthaltstitel bzw. kein Aufenthaltsrecht nach Assoziationsabkommen EWG / Türkei mehr besteht. Der ausreisepflichtige

⁴⁴ *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, S. 199; *Winkelmann*, in: Renner/Bergmann/Dienelt (Hrsg.) AusIR-Kommentar, 10. Aufl., § 95 AufenthG Rn. 39; *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 28, Rn. 33.

⁴⁵ *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 35, Rn.69.

⁴⁶ Das ist z.B. der Fall, wenn der Aufenthaltstitel mit dem Aufenthaltszweck verbunden ist in einem bestimmten Unternehmen zu arbeiten.

⁴⁷ *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 34 u. S. 62.

Ausländer hat nach § 50 Abs.2 AufenthG das Bundesgebiet unverzüglich oder, wenn ihm eine Ausreisefrist gesetzt ist, bis zum Ablauf dieser Frist zu verlassen. Eine zwangsweise Rückführung scheidet während der Laufzeit der Ausreisefrist aus. Diese in diesem Fall sog. ausgestellte Grenzübertrittsbescheinigung kann und wird auch häufig verlängert, so dass ein quasi-geduldeter Aufenthalt entsteht.⁴⁸

Solange die Ausreisepflicht nicht vollziehbar ist, ist der Aufenthalt nicht strafbar. Beim Eintreten der Vollziehbarkeit muss differenziert werden, ob diese automatisch kraft Gesetzes oder aufgrund eines Verwaltungsaktes geschieht (§ 58 Abs.2). In bestimmten gesetzlich festgelegten Fällen (§ 58 Abs.2 S.1) ist die Ausreisepflicht vollziehbar, ohne dass die Behörde einen weiteren Verwaltungsakt erlassen müsste. Dieser Fall ist zum Beispiel gegeben, wenn der Drittstaater illegal eingereist ist oder wenn ein Positivstaater über seinen genehmigten Zeitraum im Bundesgebiet bleibt bzw. erwerbstätig wird. Ansonsten ist die Vollziehbarkeit des Aufenthaltes erst gegeben, wenn die Verwaltungsentscheidung über die Vollziehbarkeit vollziehbar ist.⁴⁹

Vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer können aber unter bestimmten Voraussetzungen geduldet werden (§ 60a AufenthG). Die Duldung vermittelt aber keinen rechtmäßigen Aufenthalt, sondern bestätigt lediglich den Verzicht auf die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht. Die Duldung beseitigt nicht die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht und der Aufenthalt bleibt unrechtmäßig, ist aber nicht strafbar (vgl. § 95 Abs.1 AufenthG). Der Ausländer macht sich auch dann nicht strafbar, wenn ihm zwar keine Duldung erteilt wurde, die rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung aber tatsächlich gegeben sind und die Behörde die Umstände kennt.⁵⁰

Von ihrer eigentlichen Bestimmung her wurde die Duldung als Instrument der vorübergehenden Aussetzung des Vollzugs aufenthaltsbeendender Maßnahmen konzipiert, insbesondere wenn ein Vollstreckungshindernis bei Unmöglichkeit der Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen gegeben ist. Die Duldung wird jedoch auch als „Quasi-Aufenthaltsrecht“ bei Vorliegen humanitärer Gründe erteilt, wenn eine Aufenthaltserlaubnis rechtlich

48Schönwälder u.a., Migration und Illegalität in Deutschland, AKI-Forschungsbilanz 1, 2004, S. 60.

49 Der Vollziehbarkeit der Entscheidung kann z.B. ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung entgegenstehen.

50 BVerfG, 06.03.2003 – 2 BVR 397/02; Rn.36ff.; Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 59, Rn.168. Besteht nur theoretisch ein Duldungsanspruch bei einem Untergetauchten bzw. der Behörden unbekanntem Ausländer, wird hingegen der strafbare, illegale Aufenthaltsstatus nicht beseitigt. BGH, Urt. v. 06.10.2004 – 1 StR 76.04, InfAuslR 2005S. 80, S. 81; OLG Frankfurt a.M., 18.08.2001 – 1WS 106/00, NStZ-RR 2001, S. 57; Mosbacher, NStZ 2003, S. 489.

nicht möglich ist.⁵¹ Primärer Zweck der mit der Duldung verbundenen Freiheitseinschränkung ist das Ziel, den nationalstaatlichen Entscheidungsvorbehalt aufrechtzuerhalten⁵²

Davon abzugrenzen sind schließlich diejenigen Migranten, die sich ohne Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet aufhalten und auf deren vollziehbare Ausreisepflicht weder zeitweilig verzichtet wurde noch eine Frist zur freiwilligen Ausreise gewährt wurde. Diese Ausländer halten sich illegal strafbar im Bundesgebiet auf und werden als „statuslose Ausländer“ bezeichnet.⁵³ Solange der Aufenthalt behördlich ermöglicht wird, ist der Aufenthalt nicht strafbar illegal. Hinsichtlich der Voraussetzungen liegen illegaler und geduldeter Aufenthalt in einigen Fällen sehr dicht beieinander, z.B. wenn die Abschiebung „aus tatsächlichen Gründen“ unmöglich ist. Kennzeichnend für den Migranten ohne Aufenthaltsstatus bzw. Duldung ist, dass er sich der Aufmerksamkeit der Behörden durch „Untertauchen“ entzieht, um seiner Ausreisverpflichtung nicht nachkommen zu müssen. Diese Dissertation betrachtet ausschließlich die rechtliche Situation der sich strafbar „illegal“ aufhaltenden Ausländer.

51 Vgl. hierzu weiter unter das neunte Kapitel.

52 Vgl. hierzu *Rieken*, Die Duldung als Verfassungsproblem, S. 166.

53 Bei Vorsatz wird der Straftatbestand des § 95 I Nr.2 AufenthG erfüllt, bei Fahrlässigkeit liegt nach § 98 I AufenthG eine Ordnungswidrigkeit vor.

ERSTER TEIL: Staatliche Verantwortung und Schutzpflichten für statuslose Ausländer? - Menschenrechte versus Staatssouveränität -

ZWEITES KAPITEL

Der Staat als Garant von Menschenrechten für „Jedermann“? – Die universelle Geltung der Menschenrechte und ihre Begrenzung im nationalen Bereich

Einleitung

In der Debatte um die Lebenssituation von Menschen in illegaler Aufenthaltssituation hört man häufig den Hinweis „Auch für irreguläre Migranten gelten die Menschenrechte“. Aber was bedeutet diese Aussage?⁵⁴ Wenn auch die Mehrzahl der Menschenrechte inzwischen in das allgemeine moralische Empfinden und in die Rechtsordnung eingegangen ist, ist ihre Anwendung doch außerordentlich kompliziert. Über die juristisch-politischen Probleme hinaus, stößt der Schutz der Menschenrechte auf Schwierigkeiten, die mit der Substanz dieser Rechte zu tun hat.⁵⁵ Die folgende Darstellung zeigt auf, dass der Bezug auf Menschenrechte nicht frei von Schwierigkeiten ist. Es herrscht hier ein kontroverser Diskurs insbesondere in Bezug auf Universalität, Umfang, Substanz und Durchsetzung dieser Rechte.

I. Menschenrechte und Nationalstaat

Die Menschenrechte scheinen ihrem (formalen) Begriff nach zu beanspruchen, „dass sie für alle Menschen gelten und insofern universell sind, dass sie für alle in gleicher Weise gelten und insofern egalitär sind, und dass sie keinem Menschen abgesprochen werden dürfen und insofern kategorisch sind“.⁵⁶

Betrachtet man jedoch die Entstehungsgeschichte der rechtlichen Verankerung von Menschenrechten im modernen Verfassungsstaat, war diese zunächst aufs Engste mit der Entstehung des Nationalstaates verbunden. Menschenrechte waren mit der Idee

⁵⁴ Vgl. z.B. *Hammarberg*, „It is Wrong to Criminalize Migration“, EJML 2009, S. 383-385.

⁵⁵ *Bobbio*, Das Zeitalter der Menschenrechte, S. 28.

⁵⁶ *Lohmann*, Menschenrechte zwischen Moral und Recht, S. 63.

der Volkssouveränität verknüpft und wurden vorrangig als Staatsbürgerrechte institutionalisiert und damit an die nationale Identität geknüpft.⁵⁷ Gegen die Universalität der Menschenrechte sprach zudem das Prinzip staatlicher Souveränität, das im Westfälischen Frieden (1648)⁵⁸ seine völkerrechtliche Gestalt annahm. Die Gewährleistung von Menschenrechten galt zunächst als strikt innerstaatliche Angelegenheit und war internationaler Einmischung entzogen. Dieses Westfälische Staatensystem öffnete sich jedoch insbesondere im 20. Jahrhundert, und es entstanden die ersten Ansätze, die Rechte von Individuen völkerrechtlich auszugestalten.⁵⁹

Insbesondere aufgrund der erschütternden Unrechtserfahrungen verursacht durch totalitäre Staatsmacht, wurden Menschenrechte der alleinigen Verfügungsmacht souveräner Staaten entzogen und international jenseits des Nationalstaates Schritt für Schritt institutionalisiert.⁶⁰ Nichtsdestotrotz kann dieser universelle Menschenrechtsschutz nur durch eine partikuläre nationale Staatsgewalt verwirklicht werden. Denn Menschenrechte sind in ihrer Verwirklichung notwendigerweise auf staatlichen Schutz angewiesen.⁶¹ Das bedeutet grundsätzlich, dass eine staatliche Autorität überhaupt existiert, die universelle Menschenrechte durch partikuläre politische Gemeinschaften garantiert. Damit ist der Staat auch der letztverantwortliche Garant der Menschenrechte.⁶² Das Menschenrechtsverständnis von Freiheit und Gleichheit aller Menschen kann nur in einer staatlichen Rechtsordnung gewahrt werden, in der die Geltung und Durchsetzung staatlicher Normen demokratisch legitimiert ist. So strebt das Bekenntnis zu den unveräußerlichen Menschenrechten nach Universalität und beruht im deutschen Verfassungsrecht gleichwohl auf dem Bekenntnis des Deutschen Volkes (Art. 1 Abs.2 GG).⁶³ Dies erfordert eine territoriale Begrenzung der staatlichen Rechtsordnung und eine personelle Begrenzung, die die Kriterien der Mitgliedschaft

⁵⁷ Koenig, Menschenrechte, S. 42.

⁵⁸ Die Grundsätze des klassischen „Westfälischen“ Völkerrechts beinhalten die Gleichheit der Staaten, das Verbot der Einmischung in innere Angelegenheiten anderer Staaten sowie das uneingeschränkte Recht zum Krieg.

⁵⁹ Z.B. verpflichteten sich die Staaten auf Initiative der 1919 gegründeten Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) darauf, Zwangs- und Pflichtarbeit zu beseitigen; vgl. das Übereinkommen über Zwangs- und Pflichtarbeit (ILO-Übereinkommen 29) vom 28. Juni 1930; UNTS Bd. 29, S. 55.

⁶⁰ Koenig, Menschenrechte, S. 51.

⁶¹ Zu der Paradoxie, dass das Anliegen der Menschenrechte, der Schutz der Menschen, gerade „ihrem ‚natürlichen Gegner‘, der Staatsgewalt,“ anvertraut werden muss, s. Frankenberg, Menschenrechte im Nationalstaat, in: ARSP 1988, Beiheft 33, S. 81 ff. (82, 84, 89ff.).

⁶² So lautet der im Verfassungsentwurf August 1948 („Chiemseer Entwurf“) formulierte Art. 1 I GG noch: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“.

⁶³ Isensee, in: ders.; Kirchhof (Hrsg.), 2. Aufl., 2000, Hd. Staatsrechts V, § 115 Rn. 45 ff.

festlegt.⁶⁴ Diese Paradoxie zwischen Universalität der Menschenrechte einerseits und Staatssouveränität andererseits bringt den Staat in einen Konflikt, wenn es um Migration geht, insbesondere im Fall der irregulären Migration.

Aus der territorialen Begrenzung für die Quelle von Rechten und im Besonderen von Menschenrechten erklärte *H. Arendt* am Beispiel des ihr geschilderten Flüchtlingselends die Universalität der Menschenrechte für gescheitert. „Denn die Staatsangehörigkeit erweise sich in einem Nationalstaat vielfach als Vorbedingung für das wirklich fundamentale Recht des Menschen: sein Recht, Rechte zu haben“.⁶⁵ Denn es ginge nicht primär darum ein spezielles Menschenrecht zu haben, sondern überhaupt erstmal um das Recht überhaupt einer politischen Gemeinschaft anzugehören.⁶⁶ Wie weitgehend die Rechtlosigkeit von Menschen ohne nationalstaatliche Protektion sein kann, zeigte sie anhand der Erfahrung von Staatenlosen und Minderheiten in zwei Weltkriegen. Seit dieser Zeit hat sich allerdings die Internationalisierung des Menschenrechtsschutzes fortentwickelt und sich eine Limitierung der Staatssouveränität dahin vollzogen, dass in einigen Fällen den subjektiven Rechten von Migranten mehr Beachtung geschenkt werden muss.⁶⁷

Die verfassungsrechtliche Anerkennung der Bedeutung der Menschenrechte im und für den Staat erstreckt sich jedoch, mit Ausnahme des deutschen Asylrechts, nicht auf den Zugang zum Staat.⁶⁸ Aus völkerrechtlicher Sicht liegt die Entscheidung über den Zugang von Zuwanderern im Ermessen der souveränen Staaten.⁶⁹ Grundsätzlich besteht damit weder nach Völkervertragsrecht noch nach Völkergewohnheitsrecht eine allgemeine Pflicht der Staaten, Ausländern die Einreise zu gestatten. Vielmehr ist allgemein anerkannt, daß jeder Staat selbst bestimmen kann, unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer in sein Gebiet einreisen darf. Dementsprechend korrespondiert dem in Art.14 Abs.1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 niedergelegten Recht, in anderen Ländern vor

64 Vgl. *Weizsäcker*, Grundrechte und freiwillige Migration, S. 96.

65 *Arendt*, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: *Die Wandlung* 4/1949, S. 754 ff. (761, 766, 768, 770).

66 Vgl. hierzu auch die rechtlose Situation der Gefangenhaltung von „illegal combatants“ außerhalb des US-Territoriums in Guantanamo. Da die Gefangenen keine „Kriegsgefangenen“ sind und außerhalb des US-Territoriums gehalten werden, bleibt ihnen der völkerrechtlich gesicherte Menschenrechtsschutz versagt.

67 *Y. Soysal* vertritt in „Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe“, die sehr optimistische Auffassung, dass transnationale Rechte derart wichtig geworden seien, dass die Staatsbürgerschaft (Citizenship) ein sich auflösendes Modell darstelle, das zugunsten transnationaler oder postnationaler Zugehörigkeit an Bedeutung verliere, s. S. 139ff.

68 So noch der Vorschlag von *Günter Dürig* das Recht auf Zuzug aus Art.11 GG in extremen Fällen zu gewähren. *S. Dürig*, Der Grundrechtsschutz von der Menschenwürde, in: *AöR* 81 (1956). Dort heißt es in S. 140ff: „Der aufnahmebegehrende Mensch bliebe dem staatlichen Geschehen (jetzt des Aufnahmestaates) als Objekt ausgeliefert und Art. 11 GG wäre folglich in seinem Wesensgehalt verletzt, wenn dem (wie ein Tier aus Angst) fliehenden Menschen der Zuzug (das ist mehr als „Asyl“ i.S. des Art.16 II Satz 2 GG) verweigert würde“.

69 *Verdross; Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., 1984, § 1210.

Verfolgung Asyl zu suchen und zu genießen, auch keine allgemeine völkerrechtliche Pflicht der Staaten, Asyl zu gewähren.

Der Konflikt zwischen dem Anspruch der universellen Geltung der Menschenrechte einerseits und dem nationalen Selbstbestimmungsrecht andererseits bleibt insoweit bestehen. *Frankenberg* beschrieb diesen Konflikt mit den Worten: „Der „grenzüberschreitende“ Universalismus wird aber theoretisch wie praktisch zurückgenommen, sobald die nationalstaatliche Souveränität berührt ist.“⁷⁰ Das heißt, die in der Logik des menschenrechtlichen Ansatzes liegenden Relativierung auch der durch die Zugehörigkeit eines Menschen zu einem bestimmten Staatsverband gegebenen Differenz wird „systematisch eben dort blockiert, wo partikulare (nationale) Interessen im Namen der Personal- oder Gebietshoheit auftreten“.⁷¹ Besonders deutlich wird dieses Spannungsverhältnis zwischen universalen Rechten einerseits und nationalstaatlich gewünschter Kontrolle andererseits, wenn die Bekämpfung von illegaler Migration in Europa hohe Priorität eingeräumt wird. In diesem Fall besteht ein offener Widerspruch zwischen dem Bekenntnis zu den Menschenrechten und der Wahrung staatlicher Souveränität, zu der die Überwachung der Ein- und Ausreise von Migrationsströmen und der Durchsetzung des Migrationsrechts gehören.⁷² Wie mit diesem Widerspruch umgegangen werden soll, wird sowohl in der sozial- als auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion unterschiedlich gelöst.⁷³ Je nach staatstheoretischer Grundüberzeugung wird den privaten Interessen der Migranten gegenüber der Staatlichkeit mehr Gewichtigkeit eingeräumt. Die politische Theorie sucht eine Lösung des Widerspruchs von Universalität und Partikularität in der gedanklichen Konstruktion der Zugehörigkeit. Allerdings wird die Zugehörigkeit unterschiedlich konstruiert, namentlich zur Weltgesellschaft oder zum Nationalstaat.⁷⁴

⁷⁰ *Frankenberg*, Menschenrechte und Nationalstaat, in: ARSP 1988, Beiheft 33: Menschen- und Bürgerrechte, S. 95; s. auch *Siehr*, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, S.133.

⁷¹ *Frankenberg*, ebenda, S. 81ff.; *Siehr*, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, S. 133.

⁷² Vgl. *Benhabib*, Die Rechte der Anderen, S. 14.

⁷³ Darauf weist auch *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 77ff. hin.

⁷⁴ Vgl. hierzu z.B. *Soysal*, Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe, Chicago 1994. *Soysal* konstruiert die Mitgliedschaft in Form von postnationalen Mitgliedschaften: Der Blick beschränkt sich bei *ihr* jedoch auf die sog. GastarbeiterInnen. Sie bestätigt andererseits, dass die Souveränität der Nationalstaaten aber weiterhin durch die selbstbestimmte Immigrationskontrolle und Grenzüberwachung erhalten bleibe, S. 141f.; vgl. hierzu auch: *Joppke*, Immigration and the Nation State. The United States, Germany and Great Britain, New York 1999.

II. Die Wirksamkeit der Menschenrechte

Die Anerkennung individueller, juristisch verbindlicher und damit durchsetzbarer Menschenrechte ist bis heute nur dem Grundsatz nach verwirklicht.⁷⁵ Betrachtet man die einzelnen menschenrechtlichen Normen, so sind sie, was sowohl ihre juristische als auch ihre politische Wirksamkeit anbelangt, sehr genau zu differenzieren. Insgesamt bleibt die Durchsetzung und Überwachung menschenrechtlicher Normen ein Problem und ist auf den Willen der Nationalstaaten angewiesen. Die Durchsetzungsstrategien, die das internationale Menschenrechtsregime kennt, reichen von politischen und wirtschaftlichen Sanktionen gegen menschenrechtsverletzende Staaten über nicht-judizielle Verfahren wie Staatenberichte bis hin zu Individualbeschwerdeverfahren. Diese sind nur dort möglich, wo der einzelne Staat sich durch eine entsprechende Erklärung einem solchem Überwachungssystem unterzogen hat. Zudem werden Ratifikationsurkunden um Vorbehalte und Erklärungen ergänzt, die im Ergebnis häufig sicherstellen, dass keinerlei rechtliche Verpflichtungen entstehen, die über bereits geltendes Recht hinausgehen, dass Menschenrechte also eine innerstaatliche Angelegenheit bleiben.⁷⁶

III. Klassifizierung und Dimensionen von Menschenrechten

1. Absolute und relative Rechte

Betrachtet man die unterschiedlichen Menschenrechte, kann man diese in verschiedene Gruppen bzw. Kategorien einteilen. Unproblematisch sind die Rechte, die absolut gewährleistet werden und die bei hoheitlichem Kontakt mit dem sog. Illegalen universell eingehalten und bei Missachtung verurteilt werden müssen. So wird jeder zustimmen, dass ein sich illegal aufhaltiger Migrant rechtsfähig ist, oder dass der Staat ihm gegenüber dem Folterverbot unterliegt. Geht *Hannah Arendt* noch davon aus, dass Rechte an Mitgliedschaft in einem politischen Gemeinwesen gebunden sind und sich namentlich auf das Recht auf Staatsangehörigkeit reduziert⁷⁷, geht die neuere Diskussion über die „Arendtsche

⁷⁵ Kälén; Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., S. 17.

⁷⁶ Vgl. hierzu Noll, *The Exclusionary Construction of Human Rights*. S. insb. S. 9.

⁷⁷ Vgl. weiter oben S. 21 (Fn. 65).

Position“ hinaus, indem sie ein Ensemble von grundlegenden Menschenrechten zu identifizieren versucht, die der Mensch vor seiner Mitgliedschaft in einer politischen Gemeinschaft besitzt. Im Rahmen der Völkerrechtsentwicklung existiert nach der Theorie des Mindeststandards⁷⁸ – unabhängig von jeglicher schriftlicher Fixierung - ein Kernbestand von Menschenrechten, die als sogenannte Mindeststandards universell akzeptiert werden. Sie beziehen sich auf menschenrechtliche Ausländerbehandlung und erfassen u.a. das Recht auf Leben, das Recht auf körperliche Unversehrtheit und auf Sicherheit der Person, der Schutz sogenannter Habeas Corpus-Rechte, d.h. Schutz der Justizgrundrechte, zu denen rechtliches Gehör, Anspruch auf einen gesetzlichen Richter und weitere Verfahrensgarantien zählen; die Gleichheit vor dem Gesetz, der Schutz vor willkürlicher Festnahme und Haft, und die Beachtung der Menschenwürde bei Art und Weise eines Haftvollzugs. Darüber hinaus sind als ius-cogens-Normen noch das Verbot der Sklaverei, die Rassendiskriminierung und Verbrechen gegen die Menschlichkeit relevant. Ein menschenrechtlicher Mindeststandard dient zudem der Absicherung der Menschenwürde des einzelnen Migranten.

Die fundamentalen Rechte sind jedoch überwiegend nicht absolut, sondern relativ. Denn ihr Schutz stößt an einem bestimmten Punkt an eine unüberwindbare Schranke: den Schutz eines anderen, auch wieder fundamentalen Rechtes. Hier wird es für die Rechte von Migranten ohne Aufenthaltsrecht schon wesentlich schwieriger, denn ihr Status als unerwünschter Migrant kann in diesem Fall exkludierend wirken.

2. Positive und negative Rechte

Die Rechte werden zudem nach ihren Strukturen und Funktionen im Hinblick auf den Status des Einzelnen gegenüber dem Staat unterschieden. Der Status des Einzelnen fächert sich in einen „status negativus“, „positivus“ und „activus“ auf,⁷⁹ wobei im Fall der Illegalität lediglich der „status negativus“ und „status positivus“ von Relevanz ist. Der „status negativus“ beschreibt den Zustand, indem der Einzelne seine Freiheit vom Staat hat. Er bezeichnet die klassischen Abwehrrechte

⁷⁸ Vgl. *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Auflage, 2013, S. 856f.; *Herdegen*, Völkerrecht 2010, S. 212; vgl. allgemein dazu auch *Kissling*, Claudia, „Menschenrechtlicher Mindeststandard“, Humboldt Forum Recht (HFR) 2001, S. 1.

⁷⁹ *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 87.

als individuelle Freiheitsrechte vor staatlicher Intervention.⁸⁰ Demgegenüber umschreibt der „positive Status“ einen Zustand, in dem der Einzelne seine Freiheit nicht ohne den Staat verwirklichen kann. Die Leistungsdimension kommt im Schutzaspekt zum Ausdruck. Der Staat sichert diesen Zustand im Wesentlichen durch soziale Leistungsrechte (z.B. das Recht auf Gesundheitsversorgung oder auf Schulbildung) und wird damit zu einer positiven Handlung verpflichtet.⁸¹ Staatliche positive Verpflichtungen sind im Fall der illegalen Migration besonders schwer zu verwirklichen, da staatlicherseits zusätzliche Mechanismen installiert werden müssen. Problematisch ist hier insbesondere, dass der irreguläre Migrant bei Kontakt mit staatlichen Einrichtungen die Ausweisung befürchten muss, so dass sich hier insbesondere die Frage nach einer anonymen Inanspruchnahme von sozialen Rechten zusätzlich stellt.⁸²

Die Unterscheidung zwischen positiven und negativen Rechten findet man in der Unterteilung der Menschenrechte in verschiedenen Generationen wieder. Menschenrechte der ersten Generation werden als die klassischen Freiheitsrechte des 19. Jh. bezeichnet. Die zweite Generation bezeichnet die soziokulturellen Leistungsrechte. Die strikte Unterteilung der bürgerlich-politischen Rechte als Abwehrrechte (status negativus) und der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte als Leistungsrechte (status positivus) lässt hingegen keine differenzierte Bewertung des Wesens der Rechtsnormqualität der einzelnen Bestimmungen zu.⁸³ Dass die Freiheitsrechte als Abwehrrechte eine Vorrangstellung im Menschenrechtssystem innehaben, ist streitig. Die Unterscheidung zwischen „negativen“ und „positiven“ Freiheiten steht vielmehr quer zu den verschiedenen Klassen oder Dimensionen von Menschenrechten.⁸⁴ Dabei werden die Grund- und Menschenrechte sowohl in ihrer negativen, abwehrrechtlichen als auch in ihrer positiven, leistungsbezogenen Dimension wahrgenommen.

80 *Pieroth; Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 26. Aufl., S. 22.f.

81 Ebenda. S. 22f.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 395ff.

82 Vgl. hierzu insbes. zehntes Kapitel, II 6.

83 Vielmehr wird eine umfassende Wesensdifferenz unterstellt (Status negativus – status positivus; Enthaltung – Leistung; kostenneutral – kostenintensiv); vgl. hierzu: *Wimalasena*, Die Durchsetzung sozialer Rechte, S. 7.

84 *Wimalasena*, Die Durchsetzung sozialer Rechte, S. 19.

DRITTES KAPITEL

Der menschenrechtliche Rahmen für die rechtliche Behandlung von irregulärer Migration

Im Folgenden werden internationale Menschenrechtssysteme dahingehend untersucht, welche rechtliche Wirksamkeit einzelne Menschenrechte für Migranten in irregulärer Aufenthaltssituation haben. Es soll aufgezeigt werden, wie in den einzelnen Menschenrechtssystemen das oben aufgezeigte Spannungsverhältnis zwischen Souveränität des Staates und Rechte für „irreguläre Migranten“ gelöst wird.

Blickt man auf die menschenrechtlichen Gewährleistungen, ist zu unterscheiden, ob sie Rechte im Aufenthalt oder ein Recht auf Aufenthalt begründen. Bei der Untersuchung werden die Menschenrechtsinstrumente nicht allumfassend analysiert, sondern es wird das Spannungsverhältnis an einzelnen Beispielen der Rechtsprechung aufgezeigt und dargestellt, wie es im konkreten Einzelfall gelöst wurde. Beleuchtet werden insbesondere das Recht auf Bildung, das Recht auf Gesundheit und das Recht auf Schutz der Familie.

Im Abschnitt III. des dritten Kapitels wird die Charta der Grundrechte der Europäischen Union als menschenrechtliche Vorgabe des Unionsrechts behandelt. Im folgenden Abschnitt wird herausgearbeitet, welche rechtlichen Vorgaben die deutsche Verfassung im Vergleich dazu gibt.

Betrachtet man die Lebenssituation von Menschen ohne Aufenthaltsstatus, bestehen Probleme im Menschenrechtsbereich in Bezug auf eine Vielzahl von Grundrechten. Zu nennen sind insbesondere:

1. Das Recht auf Leben
2. Das Recht auf Gleichheit
3. Das Recht auf Freiheit
4. Schutz vor Sklaverei und Zwangsarbeit
5. Das Recht auf Rechtsschutz
6. Das Recht auf Bildung
7. Das Recht auf Schutz der Ehe und Familie
8. Das Recht eine Staatsangehörigkeit zu erwerben
9. Das Recht auf Gesundheitsfürsorge

I. Der UN-Menschenrechtsschutz

Einleitung

Das UN-Menschenrechtsregime lässt die Souveränität des Staates grundsätzlich unangetastet. Aus dem Dogma der gleichen Souveränität aller Staaten (Art. 2 Ziffer 1 UN-Charta) folgt für den Nationalstaat die Gebietshoheit. Nach dem Völkerrecht ist jeder Staat frei, den Zugang zu seinem Staatsgebiet zu regeln.⁸⁵ So kennt zwar die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte⁸⁶ (folgend AEMR) das Recht zu emigrieren⁸⁷, allerdings nicht das Recht zu immigrieren (Art. 13). Dieser Gegensatz führt dazu, dass die Ausreisefreiheit als Menschenrecht nur unvollkommen realisiert werden kann, da sie einer fehlenden Einreisefreiheit gegenübersteht.⁸⁸ *Eichenhofer* nimmt hingegen eine andere Perspektive ein und leitet aus der Gewährleistung der Ausreisefreiheit als Menschenrecht ein individuelles, durch die Menschenrechte ermöglichtes, daher geschütztes und deshalb auch zu ermöglichendes Geschehen ab. Migration ist unter seinem Blickwinkel nicht bloß als faktisches Geschehen zu begreifen, sondern auch als ein elementares Anliegen der Menschenrechte zu sehen und müsse daher als positive Freiheit gedacht werden.⁸⁹ Dieser Ansatz ist begrüßenswert, als er Migration nicht lediglich aus der Perspektive der Gefahrenabwehr her begreift, sondern als etwas Positives wahrnimmt, namentlich als positive Freiheit des Einzelnen, verankert in dem Menschenrecht auf Ausreisefreiheit. In Bezug auf die Behandlung von irregulärer Migration muss die Ausreisefreiheit als Menschenrecht insbesondere auch dann Berücksichtigung finden, als Drittstaaten an der Abwehr illegaler Migration beteiligt sind, indem sie Menschen an der Ausreise des Staatsgebietes hindern.⁹⁰

Ist der Migrant jedoch schon auf dem Territorium eines Staates anwesend,

⁸⁵ *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 2008, 2. Aufl., S. 50ff; *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl., S. 855, Rn. 3

⁸⁶ Am 10. Dezember 1948 wurde drei Jahre nach Inkrafttreten der UN-Charta die Allgemeine Menschenrechtserklärung verabschiedet, UN GA Res. 217 (III). Abgedruckt in Sartorius II, Nr. 19.

⁸⁷ Art. 13 II AEMR formuliert: "Jeder hat das Recht, jedes Land, einschließlich seines eigenen Landes, zu verlassen und in sein Land zurückzukehren".

⁸⁸ Zur Bedeutung der Ausreisefreiheit als Menschenrecht für die Einreisefreiheit, s. *Eichenhofer*, Einreisefreiheit und Ausreisefreiheit, ZAR 2013, S. 135ff. *Eichenhofer* weist auf einen elementaren Gegensatz zwischen einer gewährleisteten Ausreisefreiheit, aber einer prinzipiell fehlenden Einreisefreiheit hin. Denn die weitreichende Ausreisefreiheit bliebe als Menschenrecht unvollkommen realisiert, wenn und solange ihr nicht die Einreisefreiheit entspreche, s. insbes. S. 140.

⁸⁹ S. *Eichenhofer*, ebenda, S. 141f.

⁹⁰ Vgl. hierzu weiter auch unten S. 171.

erstreckt sich nach Art. 2 Abs.1 AEMR die Gewährleistung der in der AEMR genannten Menschenrechte auf alle in dem Gebiet des Staates befindlichen und seiner Hoheitsgewalt (Jurisdiktion) unterstehenden Personen. Hier fordert die AEMR neben den bürgerlichen und politischen Rechten auch die Einbeziehung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten. Die AEMR statuiert in Art. 25 Ab. 1 das Recht auf Gesundheitsversorgung und in Art. 26 Abs.1 S. 1. u.a. erstmals das Recht für „Jedermann“ auf Bildung⁹¹. Darüber hinaus wird in Art. 16 AEMR formuliert, dass jedermann das Recht hat, überall als rechtsfähig anerkannt zu werden. Wird hier keine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gemeinschaft gefordert, spricht Art. 26 AEMR hingegen auch ein solidarisches Verhalten der Bürger gegenüber der Gemeinschaft als „Pflicht“ an.⁹² Diese Pflicht darf aber nicht dahin gedeutet werden, dass man sich die Menschenrechte erst verdienen muss. Diese Rechte hat jeder Mensch unabhängig von Vorbedingungen, Verhalten und Vorleistungen.⁹³

Es stellt sich die Frage, welche Relevanz die räumlich-politische Zugehörigkeit für die Geltung der Menschenrechte für „Jedermann“, namentlich auch dem Migranten, hat, der sich ohne Zustimmung des Staates auf dem Staatsgebiet aufhält. Auf jeden Fall darf die fehlende Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes nicht zur völligen Rechtlosigkeit des unerwünschten „Fremden“ führen. Denn die Idee der Grund- und Menschenrechte basiert auf dem Glauben an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit und verlangt wegen der angeborenen menschlichen Würde den Schutz des Individuums. So heißt es bereits in der AEMR: „Alle Menschen sind frei und an Würde und Rechten gleich geboren.“ Die Gründungsstaaten der Vereinten Nationen stimmten in dem Gedanken überein, dass die Menschenwürde die Quelle der Menschenrechte ist. In den UN-Menschenrechtstexten kommt dies an verschiedenen Stellen zum Ausdruck. Insbesondere in den Internationalen Pakten von 1966 wurde in der Präambel im zweiten Absatz die Formulierung übernommen: „In der Erkenntnis, dass sich diese Rechte aus der dem Menschen innewohnenden Würde ableiten (...).“⁹⁴

91 Dort heißt es: „Jeder hat das Recht auf Bildung“.

92 So heißt es in Art. 29 I AEMR: Jeder hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist; s. hierzu: *Kluth*, Migrationsgerechtigkeit, ZAR 2011, S. 331.

93 S. hierzu: *Bielefeldt*, Menschenwürde, Deutsches Institut für Menschenrechte 2008.

94 Insbesondere sowohl die libanesischen als auch australischen Mitglieder des Menschenrechtsausschusses, die an der Beratung der Pakte beteiligt waren, widersprachen dem Vorschlag des damaligen Jugoslawiens, dass die Menschenrechte in den allgemeinen Rechtsprinzipien

Mit der Ratifikation der AEMR haben die Mitgliedsstaaten akzeptiert, dass Menschenrechte eine internationale Angelegenheit sind. Sie verpflichtet die Staaten alle Individuen im Einklang mit den Menschenrechten zu behandeln.⁹⁵ Hingegen bestimmt die AEMR weder den genauen Gehalt der Menschenrechte, noch räumt sie individuelle Rechtsansprüche ein. Der Menschenrechtserklärung kam als Resolution der Generalversammlung grundsätzlich noch keine Rechtsverbindlichkeit zu.⁹⁶

Einige Bestimmungen wie das Verbot der Sklaverei können hingegen völkergewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen.⁹⁷ Die Entfaltung und Konkretisierung des Menschenrechtsschutzes und die Entwicklung von Kontrollmechanismen entsteht erst in der Folgezeit. In Bezug auf die Menschenrechte von arbeitenden Migranten in irregulärer Aufenthaltssituation ist insbesondere als spezielle Konvention die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention⁹⁸ (nachfolgend UNWAK) zu nennen. Im Folgenden wird zunächst die UNWAK dargestellt und analysiert, da sie als einzige UN-Konvention explizit umfassende Rechte für irreguläre Migranten enthält und diese konkretisiert. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Konvention, insbesondere anhand der Diskussionen in den „working groups“, zeigt zudem besonders anschaulich die Bedenken der einzelnen Staaten auf, Rechte für irreguläre Migranten explizit zu gewährleisten.

1. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen zum Schutze der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (UNWAK)

Einleitung

Auf internationaler Ebene findet man Regelungswerke, die ausdrücklich Rechte für sich illegal aufhaltende Menschen vorsehen, insbesondere in ihrer Rolle als Arbeitnehmer. Das Übereinkommen Nr. 143 der Internationalen

gründen. Sie forderten hingegen die Unveräußerlichkeit der Menschenrechte und dass diese aus der Menschenwürde abzuleiten seien, was dann dementsprechend in der Formulierung des Art. 1 AEMR übernommen wurde. Vgl. detailliert hierzu: *Tiedemann*, Was ist Menschenwürde?, S. 22f.

⁹⁵ *Kälin; Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 45.

⁹⁶ Die AEMR hat auf jeden Falle eine politisch-moralische Autorität, umstritten ist hingegen inwieweit sie rechtliche Bindungswirkung entfaltet, s. hierzu *Kau*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl., 3. Abschnitt, S. 203 Rn. 235.

⁹⁷ Ebenda, Rn. 232.

⁹⁸ Das Übereinkommen der Vereinten Nationen zum Schutze der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen, UN GA Res. 45/158.

Arbeitsorganisation betreffend Missbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer aus dem Jahre 1975⁹⁹ beinhaltet einige schützende Klauseln.¹⁰⁰

Wesentlich umfangreicher ist in ihrem Schutzgehalt die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen vom 18. Dezember 1998 (UNWAK)¹⁰¹. Diese enthält eine Vielzahl von Rechten für Arbeitsmigranten, wie sie auch schon in den Menschenrechtspakten allgemein niedergelegt sind. Das Bedeutsame an dem Übereinkommen ist, dass sie diese Rechte anhand der unterschiedlichen Kategorien von Wanderarbeitnehmern und ihren Familien präzisiert und einen Rechtekatalog für sich irregulär aufhaltende Migranten enthält, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.¹⁰² Ein vergleichbares Instrument auf europäischer Ebene existiert bislang nicht.

Die UN-Konvention ist am 1. Juli 2003 in Kraft getreten. 48 Länder haben die Konvention bislang ratifiziert.¹⁰³ Verpflichtet hat sich bisher allerdings kein EU-Mitgliedstaat, sondern in erster Linie Herkunftsstaaten von Wanderarbeitnehmern.¹⁰⁴ Insbesondere letztere sind an der Einhaltung der Menschenrechte ihrer Staatsangehörigen im Ausland interessiert und versuchen daher deren Schutz über universelle Menschenrechtsabkommen zu stärken.¹⁰⁵

99 Deutschsprachige Textversion ist abrufbar unter: <http://www.ilo.org/ilolex/englisch/index.htm>.

100 S. insbes. Art. 9 Abs. 1 und Art. 1 des Übereinkommens. Allerdings ist die Schutzwirkung als gering zu bezeichnen. Die enthaltenen Grundrechte sind allgemein gehalten und die Familienmitglieder der Wanderarbeitnehmer wurden ausgenommen. Lediglich drei EU-Mitgliedstaaten haben bisher das Übereinkommen unterzeichnet (Italien, Portugal und Schweden; zukünftig Slowenien und Zypern).

101 UN General Assembly Resolution 45/158 of 18 December 1990, abrufbar unter: <http://www.december18.net/web/general/stArtikel.php>. Diese Konvention ist der bedeutsamste Versuch, ein internationales Regime für Wanderarbeitnehmer zu entwickeln. Sie konzentriert sich auf Arbeitnehmerrechte im Aufenthalt, weniger auf Rechte auf Zugang. Nicht geschützt werden Migranten, die keine Arbeit aufgenommen haben und Familienangehörige, die nicht unter den Begriff „Familienmitglieder“ fallen.

102 Art. 2 Abs. 1 definiert als Wanderarbeitnehmer: „Jede Person, die in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht hat, eine Tätigkeit gegen Entgelt ausüben wird, ausübt oder ausgeübt hat.“ Unter den Begriff des Wanderarbeitnehmers werden auch Personen, die nicht über die erforderlichen Dokumente verfügen oder deren Status nicht geregelt ist, (Art. 5 b) umfasst. Hingegen werden u.a. Flüchtlinge und Staatenlose (d), Studenten und Auszubildende (e) nicht eingeschlossen (Art. 3).

103 Stand: 29. Sept. 2015 (S. <http://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/uno-abkommen/wanderarbeiter/>). Die 47 Staaten, die bisher die Konvention unterzeichnet haben sind u.a.: Aserbeidschan, Belize, Bosnien Herzegowina, Cap Verde, Kolumbien, Ecuador, Ägypten, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, Mexiko, Marokko, Philippinen, Senegal, Seychellen, Sri Lanka, Tadschikistan, Uganda und Uruguay.

104 Vgl. die Gründe der ablehnenden Haltung bei: Cholewinsky; MacDonald, *The Migrant Workers Convention in Europe*, s. insbes. S. 130ff.; *Bosniak*, *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants Under the International Migrant Workers Convention*, in: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1994, Vol. 4, S. 749f. und insbesondere für einen allgemeinen Überblick der Einwände gegen die Ratifizierung des Abkommens: *Hume; Niessen*, *Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects*, in: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1994, Vol. 4, S. 399.

105 S. z.B. zur Rolle Mexiko's als Befürworter der UNWAK: Díaz; Kuhner, *Mexico's role in the promoting and implementing the ICRMW*, in: *De Guchteneire u.a. (Hrsg.), Migration an Human Rights*, S. 219ff.

Hingegen wollte insbesondere auch Deutschland die Definition des „Wanderarbeitnehmers“ auf jene Migranten beschränken, die sich mit einem regulären Status im Inland aufhalten. Denn die Gewährleistung von Rechten für alle schaffe Anreize für weitere irreguläre Migration.¹⁰⁶ Paradoxerweise wird zugleich als politisches Argument gegen die Ratifizierung vorgebracht, dass die Konvention überflüssig sei, da sie keine zusätzlichen Rechte im Vergleich zu bestehenden Menschenrechtsinstrumenten gewährleiste. So scheint auch das immer wieder vorgebrachte Argument der EU-Staaten, dass aufgrund des europäischen Harmonisierungsprozesses im Bereich der Migrationspolitik und des damit einhergehenden Kompetenzübergangs auf EU-Ebene, sich einzelne Mitgliedstaaten nicht isoliert verpflichten dürften, als Scheinargument.¹⁰⁷ Es mutet an, dass man die Verantwortlichkeit bzgl. der Ratifikation auf die EU-Ebene schieben möchte.¹⁰⁸ Denn weder das Primärrecht noch das Sekundärrecht verbieten eine Ratifizierung.¹⁰⁹

In der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention wird das Spannungsverhältnis zwischen staatlicher souveräner Entscheidungshoheit über Migrationspolitik und individuellen Menschenrechtsschutz deutlich aufgezeigt, indem ein hybrides Instrument geschaffen wurde, das zum einen grundlegende individuelle Rechte auch für sich irregulär aufhaltende Wanderarbeitnehmer rechtlich vorschreibt, andererseits die territoriale Souveränität der Staaten bekräftigt wird.¹¹⁰ Dementsprechend enthält die Konvention neben der Gewährleistung von Rechten für Migranten zugleich eine Vielzahl von Regelungen, die die Souveränität der unterzeichnenden Staaten untermauern. Art. 79 UNWAK¹¹¹ verdeutlicht beispielsweise anhand der Interpretationsmöglichkeiten des Begriffs „Zulassung“¹¹² in Satz 1 dieser Regelung die unterschiedlichen Sichtweisen der

106 *Spieß*, Die Wanderarbeitnehmerkonvention, S. 66 ff., insbes. zu den Gründen der BRD gegen die Ratifizierung, der Konvention; *Cholewinsky*, Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment, Oxford 1997, S. 187.

107 So z.B.: Frankreich, Spanien und auch Deutschland, vgl. hierzu: *Macdonald; Cholewinsky*, The ICRMW and the European Union, in: De Guchteneire u.a. (Hrsg.), Migration and Human Rights, 367ff.; *Spieß*, Die Wanderarbeitnehmerkonvention, S. 73ff.

108 Vgl. zur Europäisierung der Migrationspolitik: zweiter Teil, viertes Kapitel.

109 S. *Spieß*, in: *Fischer-Lescano; Kocher; Nassibi* (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität, S. 133.

110 S. *Rausch*, Grenzen der Gesellschaft, S. 59f.

111 Art. 79 UNWAK regelt: „Keine Bestimmung dieser Konvention berührt das Recht jedes Vertragsstaates, die Kriterien für die Zulassung von Wanderarbeitnehmern und ihren Familienangehörigen festzulegen. In Bezug auf sonstige Fragen im Zusammenhang mit der Rechtsstellung und Behandlung von Wanderarbeitnehmern und ihren Familienangehörigen sind die Staaten an die in dieser Konvention festgelegten Einschränkungen gebunden“. Vgl. auch Art. 35 UNWAK.

112 So verstanden beispielsweise die Delegationen der USA, Frankreich, Kanada und Deutschland unter dem Begriff der „Zulassung“ die weitestgehend mögliche Auslegung, nämlich das die Macht des Staates, seine eigene Immigrationspolitik zu führen und durchzusetzen, in keinerlei Hinsicht durch die in der Konvention niedergelegten Rechte beschränkt werde. Hingegen vertraten die Repräsentanten

Verhandlungspartner, aber auch die mögliche Einschränkung der Konventionsrechte.

Die Konvention begreift sich selbst als Mittel zur Bekämpfung von irregulärer Migration durch die Stärkung der Rechte des Arbeitnehmers. Der Anreiz für illegale Beschäftigung soll dadurch gemindert werden, dass sich diese für den Arbeitgeber nicht auszahlt.¹¹³ Dieser Ansatz findet sich in der so genannten europäischen Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie (RL 2009/52/EG) wieder.¹¹⁴ Auch enthält Art. 69 UNWAK die Verpflichtung für die Vertragsstaaten illegale oder heimliche Wanderung und Beschäftigung zu verhindern. Darunter werden sowohl Maßnahmen zur Aufdeckung und Unterbindung illegaler Migration genannt als auch die wirksame Sanktionierung gegen dritte Personen, wie gegen Schlepper oder auch gegen Arbeitgeber.¹¹⁵

Gleichzeitig werden in der Konvention auch die besonderen menschlichen Probleme bei illegaler Migration erkannt und ihnen Rechnung getragen, indem neben der Förderung geeigneter Maßnahmen zur Unterbindung der irregulärer Strukturen auch der Schutz der grundlegenden Menschenrechte gewährleistet wird.¹¹⁶ Demfolgend werden in Teil III. der Konvention die Rechte aller Wanderarbeitnehmer geregelt, so auch für die sich irregulär aufhaltenden Migranten, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Hingegen sind irregulär aufhaltende Migranten, die erwerbslos sind, durch die Konvention nicht geschützt; es sei denn, sie fallen unter den Begriff des "Familienangehörigen" im Sinne der Konvention.¹¹⁷ Der Rechtskatalog enthält einen Mindeststandard und berührt keine günstigeren Rechte oder Freiheiten, die aufgrund eines für den Vertragsstaat geltenden zwei- oder mehrseitigen Vertrages gelten.¹¹⁸

Die Konvention enthält für „undokumentierte“ Migranten Rechte im

Schwedens, Cape Verde und Algeriens die Ansicht, dass das Kriterium der Zulassung im Kontext der Konvention ausgelegt werden müsse. S. hierzu: *Bosniak*, Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants, S. 756 f., m.w.N.; *Cholewinsky*, Migrant Workers in International Human Rights Law, S. 193.

113 So heißt es in der Präambel: "In Anbetracht dessen, dass Arbeitnehmer, die nicht über die erforderlichen Dokumente verfügen oder deren Status nicht geregelt ist, häufig unter weniger günstigeren Arbeitsbedingungen als andere Arbeitnehmer beschäftigt werden und dass dies gewisse Arbeitgeber dazu veranlasst, sich solche Arbeitskräfte zu besorgen, um sich die Vorteile unlauteren Wettbewerb zu verschaffen."

114 Vgl. hierzu weiter unten: achtes Kapitel, III 2.

115 Art. 68 Abs.2 UNWAK.

116 So heißt es in der Präambel: "Eingedenk dessen, dass die menschlichen Probleme, die bei der Wanderung entstehen, im Falle der irregulären Wanderung noch schwerwiegender sind, und demzufolge in der Überzeugung, dass geeignete Maßnahmen gefördert werden sollten, um heimliche Wanderungen und den Handel mit Wanderarbeitnehmern zu verhüten und zu unterbinden und gleichzeitig den Schutz ihrer grundlegenden Menschenrechte zu gewährleisten,"

117 Vgl. zur Bestimmung, *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 51 f.

118 Art. 81 UNWAK.

Aufenthalt und kein Recht auf Aufenthalt. Art. 35 UNWAK stellt klar, dass aus den Rechten der Konvention kein Recht auf eine Regularisierung hergeleitet werden könne.¹¹⁹ Die Möglichkeit der Regularisierung wird aber auch nicht ausgeschlossen. Art. 69 Abs.1 UNWAK statuiert, dass die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen, wenn sich Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Status nicht geregelt ist, in ihrem Hoheitsgebiet befinden, um sicherzustellen, dass deren Status nicht ungeregelt bleibt.¹²⁰ Entscheidet sich ein Vertragsstaat für rechtliche Möglichkeiten der Regularisierung, sollen insbesondere die Umstände ihrer Einreise, die Dauer ihres Aufenthaltes im Beschäftigungsstaat sowie ihre familiäre Situation angemessen berücksichtigt werden.¹²¹ Bemerkenswert ist, dass das ökonomische Kriterium hier nicht aufgeführt wird.¹²²

Neben dem Diskriminierungsverbot von Personen, die im Ausland einer Beschäftigung nachgehen (Art. 7) enthält die Konvention eine detaillierte Umschreibung an Rechten, die allen Wanderarbeitnehmern beim Aufenthalt in einem fremden Land zustehen sollen. Dazu gehören Garantien wie der Schutz des Rechts auf Lebens (Art. 9) und vor Folter (Art.10), das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit (Art. 11), die Religionsfreiheit (Art.12) und die Meinungsfreiheit (Art.13), der Schutz der Familie (Art.14), der Schutz des Eigentums (Art. 15) und Art. 16 schützt das Recht auf persönliche Sicherheit und Freiheit. Hingegen haben irreguläre Migranten im Vergleich zu den sich rechtmäßig aufhaltenden Migranten nicht das Recht, sich im Hoheitsgebiet frei zu bewegen und dort ihren Wohnsitz frei zu wählen (vgl. Art. 39).

1.1. Rechte im Fall der Ausweisung

Art. 17 UNWAK regelt die habeas corpus-Rechte, d.h. die Rechte, die einer Person bei ihrer Verhaftung zustehen. So sind gem. Abs.3 Wanderarbeitnehmer, die wegen Verstoßes gegen ausländerrechtliche Vorschriften in Haft gehalten werden, soweit wie möglich, von Verurteilten oder Untersuchungsgefangenen

119 Art. 35: „Die Bestimmungen dieses Teils der Konvention sind nicht dahin auszulegen, dass sich daraus eine Regularisierung der Lage von Wanderarbeitnehmern oder deren Familienangehörigen, die nicht über die erforderlichen Dokumente verfügen oder deren Status nicht geregelt ist, oder ein Recht auf eine derartige Regularisierung ihres Status herleitet, (...)“.

120 Danach müsste der Aufenthaltsstatus von Ausländern, die nicht ausgewiesen werden können, rechtlich reguliert werden.

121 Art. 69 Abs.2.

122 Vgl. aber die nationalen Regelungen weiter unten im Neunten Kapitel, II.

getrennt unterzubringen.¹²³

Art. 22 beinhaltet Schutzbestimmungen bezüglich der Ausweisung. Danach ist u.a. die Kollektivausweisung verboten; es darf nur aufgrund einer gesetzlichen Entscheidung, die für den Migranten in verständlicher Sprache verfasst ist, ausgewiesen werden. Zudem sind nicht die Ausweisungskosten zu tragen, sondern es können nur die Reisekosten auferlegt werden.

1.2. Rechte in der Arbeit

Darüber hinaus bestehen Rechte in der Arbeit zur Geltendmachung des Vergütungsanspruchs. Dem Betroffenen soll im Fall der Ausweisung, vor oder nach der Abreise angemessene Gelegenheit gegeben werden, sich insbesondere alle Lohnansprüche abgelten zu lassen (Art. 22 Abs. 6 UNWAK); Art. 22 Abs. 9 betont, dass sich die Ausweisung nicht negativ auf die Ansprüche (so auch Lohnansprüche) auswirken darf. Bezüglich des Arbeitsentgelts und anderer Arbeitsbedingungen bzw. Beschäftigungsbedingungen ist im Vergleich zu den Staatsangehörigen keine ungünstigere Behandlung erlaubt (Art. 25). Dabei haben die Vertragsstaaten alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass Wanderarbeitnehmer wegen der Irregularität ihres Aufenthalts oder ihrer Beschäftigung keines der sich aus diesem Grundsatz ergebenden Rechte verlieren (Art. 33).

Art. 26 schützt das Recht auf Teilnahme an Versammlungen und Tätigkeiten von Gewerkschaften und anderen Vereinigungen bzw. diesen nach deren Bestimmungen beizutreten oder um deren Hilfe oder Beistand nachzusuchen. Sich illegal aufhaltende Migranten haben jedoch selber kein aktives Recht sich zusammenzuschließen (vgl. Art. 40 Abs.1). Sie sollen selber politisch nicht aktiv werden.

1.3. Soziale Rechte

Die UN-Konvention gewährt im Bereich der sozialen Rechte für irreguläre Migranten einen fundamentalen Mindeststandard, der in seinem Schutzgehalt im Vergleich zum UN-Sozialpakt z.T. jedoch deutlich sparsamer ist. So ist das Recht auf Gesundheit (Art. 28) im Schutzzumfang enger normiert als im Sozialpakt.

¹²³ Hiergegen hatte Deutschland in den Verhandlungen zur UNWAK Stellung bezogen. Vgl. *Spieß*, Die Wanderarbeitnehmerkonvention, S. 32.

Besteht in der UNWAK lediglich das Recht auf dringende ärztliche Versorgung, nämlich “das Recht, jede ärztliche Versorgung, die für die Erhaltung ihres Lebens oder die Vermeidung einer nicht wiedergutzumachenden Schädigung ihrer Gesundheit dringend erforderlich ist”, wird hingegen in Art 12 des UN-Sozialpaktes “das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit” anerkannt.¹²⁴

Das Recht auf Bildung ist hingegen weiter formuliert als in den anderen UN-Konventionen. Es wird für Kinder, auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit den Staatsangehörigen des betreffenden Staates, das grundlegende Recht auf Zugang zur Bildung ohne jegliche Einschränkungen gewährt. Dabei umfasst das Recht auf Zugang sowohl öffentliche Vorschuleinrichtungen als auch Schulen und ist nicht auf die Primärbildung beschränkt.¹²⁵ Als ein weiteres “kinderspezifisches Recht” ist in Art. 29 das Recht aller Kinder auf einen Namen, auf Registrierung ihrer Geburt und auf eine Staatsangehörigkeit genannt. Darüber hinaus wird das Recht auf soziale Sicherheit und als kulturelles Recht, das Recht auf Achtung der kulturellen Identität gewährleistet¹²⁶. Andere Rechte werden im Vergleich zum Sozialpakt hingegen nicht aufgeführt. So insbesondere nicht das Recht auf Wohnen¹²⁷ oder das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard, das das Recht auf Wohnen auch umfasst¹²⁸. Art. 27 Abs.1 enthält aber das Recht auf soziale Sicherheit.¹²⁹

1.4. Informationsrechte

In Art. 33 sind zudem Informationsrechte für alle Wanderarbeitnehmer statuiert. Damit soll sichergestellt werden, dass jeder seine Rechte kennt, indem er darüber informiert wird. So trifft die Vertragsstaaten eine Pflicht für die Verbreitung der Informationen zu sorgen.¹³⁰ In älteren Konventionen sind die Informationsrechte nicht ausdrücklich niedergelegt, werden aber vorausgesetzt. Da dies nicht

¹²⁴ Vgl. hierzu weiter unten, S. 49f.

¹²⁵ Vgl. Art. 30 UNWAK.

¹²⁶ Art. 31 UNWAK.

¹²⁷ Vgl. insbesondere zum Recht auf Wohnung in Bezug auf irreguläre Kinder die Entscheidung des ECSR, *Defence für Children International (DCI) v. Netherlands*, die in diesem Kapitel unter 2.3. näher erläutert wird.

¹²⁸ Vgl. Art. 11 des UN-Sozialpaktes.

¹²⁹ Die niederländische Regierung hatte gegen diesen Artikel Bedenken geäußert, vgl. *Noll*, EJML 2010, S. 256.

¹³⁰ Art. 33 Abs. 2 u. 3.

ausgereicht hat, enthalten neuere Konventionen ein entsprechendes Recht.¹³¹

1.5. Durchsetzbarkeit der Rechte

Allerdings wird in der UN-Konvention nicht die Problematik der eigentlichen Ausübung der Konventionsrechte geregelt. Es besteht keine Klausel, die undokumentierte Migranten für den Fall schützt, dass ihr irregulärer Status aufgrund der Inanspruchnahme von Konventionsrechten aufgedeckt wurde.¹³² Dafür müsste irregulären Migranten eine gewisse Immunität im Rechtsverfahren zugesagt werden. In Art. 83 lit. a) UNWAK wird nur das Recht gesichert, dass jeder das Recht hat, eine wirksame Beschwerde einzulegen. Die Frage ist, wie der Begriff „wirksam“ zu verstehen ist (vgl. Art. 13 EMRK, Art. 2 Abs.3 IpbPR, Art. 8 AEMR).

Grundsätzlich reicht die rechtliche Möglichkeit allein nicht aus, wenn andere Umstände dazu führen, dass der Rechtsweg von den Betroffenen nicht bestritten wird. Der Rechtsweg muss auch tatsächlich in Anspruch genommen werden können. Der Staat ist in solchen Fällen verpflichtet, die Zugangsschwellen zu senken.¹³³ Das könnte bedeuten, dass die Institutionen, die über die Mindestrechte von irregulären Migranten zu entscheiden haben, dem Aufenthaltsstatus keine Beachtung schenken dürfen.

Für die Überwachung der Vertragsstaaten ist ein Ausschuss zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen¹³⁴ vorgesehen, welcher obligatorische Staatenberichte¹³⁵ prüfen kann. Eine Überprüfung im Rahmen eines Individual- (Art. 77) bzw. zwischenstaatlichen Beschwerdeverfahren (Art. 76), soweit der betreffende Staat eine entsprechende Erklärung abgegeben hat, konnte sich noch nicht etablieren. Die für ein „opt in“ notwendige minimale Anzahl von zehn verpflichtenden Vertragsparteien wurde noch nicht erreicht.¹³⁶

131 Vgl. Art. 42 der KVK. Vgl. hierzu auch *Spieß*, Die Wanderarbeitnehmerkonvention, S. 33.

132 S. *Rausch*, Grenzen der Gesellschaft, S. 54 (Fn 24); auf dieses Dilemma weist auch *Noll*, EJML 2010, S. 257 hin; vgl. auch *Spieß*, ebenda, S. 54.

133 Vgl. *Spieß*, ebenda, S. 54.

134 Vgl. Art. 72 UNWAK.

135 Vgl. Art. 74 UNWAK.

136 Vgl. Art. 76 Abs.2 und Art. 77 Abs. 8 UNWAK. Bisher haben lediglich Guatemala (sowohl für Art. 76 als auch für Art. 77) und Mexiko (Art. 77) verpflichtende Erklärungen abgegeben.

Zusammenfassung

Auf internationaler Ebene wurde die Problematik der rechtlichen Stellung von „irregulären Migranten“ wahrgenommen und in Form eines vorsichtig formulierten Rechtskatalogs explizit anerkannt (UNWAK). Das „Wanderarbeitnehmer-Übereinkommen“ klärt diese Rechte und vermeidet negative Vorstellungen über „Illegale“ als „geringer wertige“ Menschen. Gleichzeitig wird aber auch anerkannt, dass der rechtliche Schutz wesentlich geringer ist als bei legal arbeitenden Drittstaatsangehörigen. Es zeigt sich aber auch, dass die freiheitlich-demokratischen Rechtsstaaten der EU es bisher ablehnen, ihre Souveränität auf diesem Gebiet zugunsten der internationalen Ebene zu beschränken. Die Ratifizierung der Konvention durch die EU-Staaten hätte einen hohen symbolischen Wert. Insbesondere verdeutlicht die Zurückhaltung in Bezug auf die Ratifizierung aber auch, dass die Gewährleistung von Rechten für irreguläre Migranten eine innerstaatliche Angelegenheit bleiben soll.

2. Der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)

Einleitung

Am 16. Dezember 1966 wurde der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte¹³⁷ gemeinsam mit dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt bzw. Iwskr)¹³⁸ verabschiedet. Wurden in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte die Garantie von unteilbaren und unveräußerlichen Menschenrechten noch als Utopie skizziert, lag die besondere Bedeutung der zwei Pakte darin, dass durch sie die Menschenrechte erstmals auf universeller Ebene rechtlich verbindlich gemacht werden sollten. Es wurde ein Vertragsmechanismus zur Durchsetzung ihrer Garantien geschaffen, durch die die völkerrechtlichen Garantien mithilfe eines internationalen Überwachungssystems gesichert werden sollten. Die Aushandlung dieser Verträge

137 United Nations Treaty Series (Vertragssammlung der Vereinten Nationen) Bd. 993, S. 3. BGBl. 1973 II S. 1570.

138 United Nations Treaty Series (Vertragssammlung der Vereinten Nationen) Bd. 999, S. 171. BGBl. 1973 II S. 1534. Die Bundesrepublik Deutschland ist Vertragspartei und hat das Abkommen am 17.12.1993 ratifiziert. Der IPwskr trat am 3.1.1976 in Kraft (BGBl. II, 1973, S.1569). Er wurde unterdessen von 158 Staaten ratifiziert (Ratifikationsstand abrufbar unter: <http://www.20hchr.org/english/bodies/ratification/3.htm>).

und der anschließende Ratifizierungsprozess dauerte, insbesondere auch wegen der ideologischen Differenzen zwischen Ost und West zur Zeit des Kalten Krieges, fast dreißig Jahre bis zu ihren Inkrafttreten am 23. März 1976.¹³⁹ Vor dem Hintergrund, dass die westlichen Staaten den Pakt, im Gegensatz zum damaligen Ostblock, auf unmittelbar anwendbare liberale Abwehrrechte beschränken wollten, erklärt sich die Zweiteilung der universellen Menschenrechte auf zwei Verträge. Der IPbpR, als das grundlegende Dokument für die klassischen Grund- und Freiheitsrechte, wurde mit einem wesentlich effektiveren Rechtsschutzsystem ausgestattet als der IPwskR.

Nach Art. 2 I IPbpR verpflichten die Vertragsstaaten sich gegenseitig, die Rechte des Paktes zu achten, sie innerstaatlich zu garantieren und mit wirksamen Rechtsschutzinstrumenten zu versehen. Mit der Verabschiedung eines ersten Fakultativprotokolls am 19. Dezember 1966, wurde ein Individualbeschwerdeverfahren eingeführt, das die Überprüfung von Mitteilungen einzelner Personen ermöglicht, die geltend machen, Opfer einer Verletzung eines im Pakt niedergelegten Rechtes zu sein. Dieses Protokoll muss für seine Verbindlichkeit von den Vertragsparteien gesondert ratifiziert werden. Es trat für Deutschland erst am 25. November 1993 in Kraft.

Als unabhängiges Überwachungsorgan sieht der Pakt einen Menschenrechtssausschuss vor. Diesem obliegt als Aufgabe die Prüfung von obligatorischen Berichten der Vertragsstaaten zur Umsetzung ihrer Vertragspflichten nach Art. 40 IPbpR (Staatenberichtsverfahren)¹⁴⁰, die Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen nach Art. 41 IpbpR, wonach Vertragsstaaten befugt sind, beim Ausschuss Beschwerde gegen einen anderen Vertragsstaat einzulegen (Staatenbeschwerdeverfahren) und die Entgegennahme und Prüfung von Individualbeschwerden nach dem ersten Fakultativprotokoll bei Selbstverpflichtung des betreffenden Staates. Hier entscheidet der Ausschuss im schriftlichen Verfahren mit der sog. Ansicht (view). Dieses Urteil ist nicht rechtsverbindlich, wird jedoch in den meisten Fällen befolgt. Ein weiteres Instrument zur Klärung der Inhalte der Pakt-Rechte sind die verfassten allgemeinen Bemerkungen (*General Comments*) des Ausschusses, die als “autoritative Interpretationen der Bestimmungen des Paktes” gelten.¹⁴¹

¹³⁹ Kälin; Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., S. 46.

¹⁴⁰ Vgl. zum Verfahren hierzu: ders., S. 239f.

¹⁴¹ Vgl. *Von der Wense*, *Der UN-Menschenrechtssausschuss und sein Beitrag zum universellen Schutz der Menschenrechte*, 1999, S. 45ff.

Betrachtet man die gewährleisteten Rechte des Zivilpaktes, gibt es einige Bestimmungen, die die Souveränität des Staates hervorheben. So heißt es in Art. 1 IPbpr, dass alle Völker das Recht auf Selbstbestimmung haben. Der Pakt gewährt kein Recht auf Einreise; der Menschenrechtsausschuss hat mehrfach festgestellt, dass es grundsätzlich die Sache des Staates ist, zu entscheiden, wen er zu seinem Hoheitsgebiet zulässt.¹⁴² Einige Rechte werden explizit nur denjenigen zugestanden, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet aufhalten, so das Recht sich im Hoheitsgebiet frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen (Art. 12 Abs.1). In Art. 13 heißt es: „Ein Ausländer, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufhält, kann nur auf Grund einer rechtmäßig ergangenen Entscheidung ausgewiesen werden, (...). Es ist lediglich eine verfahrensrechtliche Sicherung der Stellung vorgesehen, nicht aber ein Schutz gegen Ausweisung. Die Vorschriften, die Ausländer potentiell ein Recht auf Fürsorge gewähren, sind durch das Ausweisungsrecht der Staaten eingeschränkt zu sehen.

Es existieren aber auch eine Vielzahl an Rechten, die auf „Jedermann“ (u.a. Recht auf Leben (Art. 6); Folterverbot (Art.7); Verbot der Sklaverei (Art. 8); Rechtsfähigkeit (Art. 16) anwendbar sind.

2.1. Schutz durch Art. 17 Abs.1 und Art. 23 Abs.1 IPbpr - Schutz der Familie

Die Betrachtung des IPbpr ist insbesondere hinsichtlich des Rechtes auf Schutz der Familie von Interesse, da hier der Menschenrechtssausschuss sich mit der illegalen Aufenthaltssituation von Migranten beschäftigt hat. Der Schutz des Familienlebens¹⁴³ findet sich insbesondere in Art.17 des IPbpr, der im Zusammenhang mit Art.23 Abs.1 IPbpr, den Schutz der Familie zum Gegenstand hat. In Art. 23 Abs.1¹⁴⁴ wird explizit der hohe Schutz der Familie anerkannt und enthält mit dem „Anspruch auf Schutz“ eine positive Gewährleistungspflicht des Staates. Die programmatische Aussage ist jedoch nicht justiziabel. Die eigentliche

142 AB 15 (27) (1986) Ziff. 5. Nichtamtliche Übersetzung, abgedruckt in: *Kälin; Malinver; Nowak* (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., S. 343.

143 Aufgrund der universellen Geltung des Paktes wird ein weiter Familienbegriff verwendet. Es wird primär nach nationalem Recht bestimmt, welche Beziehungen zwischen Personen als Familienleben oder als Familie betrachtet werden. Die Verbindungen als Familienleben müssen aber effektiv gelebt werden. Siehe: MRA, General Comments 16 (1988), Ziff. 5, und 19 (1990), Ziff. 2; *Kälin; Künzli*, Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 445f.

144 „Die Familie ist die natürliche Kernzelle der Gesellschaft und hat Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat.“

Bedeutung von Art. 23 Abs.1 liegt im Bestandsschutz.¹⁴⁵ Für die Geltendmachung von Rechten aus dem Schutz der Familie ist Art. 17 IPbpR¹⁴⁶ heranzuziehen. In seinem Schutzzumfang fließen sowohl Unterlassungspflichten (abwehrrechtliche Dimension: Unterlassung von Eingriffen in das Familienleben), Schutzpflichten (Schutz vor Bedrohungen durch Drittpersonen) als auch Gewährleistungspflichten (Pflicht positiver familienfreundlicher Maßnahmen). Aus der Vorschrift geht jedoch zugleich hervor, dass der Schutz des Familienlebens nicht absolut ist. Art. 17 IPbpR lässt alle Eingriffe zu, soweit sie nicht willkürlich oder rechtswidrig sind. Rechtswidrig können nur Eingriffe sein, die der nationalen Rechtsordnung widersprechen. Als willkürlich betrachtet der Ausschuss alle Eingriffe in das Recht, die nicht auf vernünftigen Gründen beruhen oder im konkreten Fall unverhältnismäßig sind. Der Eingriff muss, um nicht als willkürlich qualifiziert zu werden, im Lichte des Paktes einen legitimen Zweck verfolgen, muss berechenbar und insbesondere hinsichtlich des zu erreichenden Zwecks angemessen sein.¹⁴⁷ Darüber hinaus wird über Art. 24 IPbpR¹⁴⁸ das Wohl des Kindes berücksichtigt.¹⁴⁹ Die Vorschrift statuiert ein Recht auf erforderliche Schutzmaßnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat. Dabei handelt es sich um positive Gewährleistungsmaßnahmen, bei deren Durchführung den Staaten ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt.¹⁵⁰

2.2. Der Fall: *Winata v. Australien*

Inwieweit der Schutz des Familienlebens und die Achtung des Kindeswohls (Art. 24 IPbpR) die Souveränität des Staates in Bezug auf den Umgang mit sich illegal aufhaltenden Migranten begrenzen kann, zeigen insbesondere zwei Entscheidungen des Ausschusses für Menschenrechte.¹⁵¹ Bemerkenswert ist insbesondere die Rechtssache *Winata v. Australien*¹⁵², in der es um die Frage

145 Nowak, CCPR-Kommentar, 1989, Art. 23 Rn.10.

146,1. Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, (...) ausgesetzt werden. 2. Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe und Beeinträchtigungen.“

147 Nowak, CCPR-Kommentar, 1989, Art.17, Rn.11f.; Kälin; Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 118.

148 Art. 24 Abs.1 IPbpR lautet: „Jedes Kind hat (...) das Recht auf diejenigen Schutzmaßnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat, die seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert.“

149 Die speziellere Regelung ist Art. 9 KRK.

150 Nowak, CCPR-Kommentar, 1989, Art.24, S. 455f., Rdn.6.

151 MRA, *Winata v. Australia*, 9307/2000 (2001) und *Maddaferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004).

152 In diesem Fall sollte ein Indonesisches Ehepaar ausgewiesen werden, dass sich seit zehn Jahren illegal in Australien aufgehalten hatte, obwohl sie einen 13 jährigen Sohn hatten, der in Australien geboren worden war und die Australische Staatsangehörigkeit besaß.

ging, ob es zulässig sei, die sich illegal aufhaltenden ausländischen Eltern von Kindern auszuweisen, die auf der Grundlage des „ius soli – Prinzips“ die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates erlangt hatten. In dieser Rechtssache betrachtete der Ausschuss die Ausweisung der sich in Australien illegal aufhaltenden Eltern eines minderjährigen Kindes australischer Staatsangehörigkeit als „willkürlich“ i.S. des Art. 17 i.V. mit Art. 23 I IPbPR¹⁵³ und sah dieses Recht für alle drei Beteiligten als verletzt an. Zudem sah er in Bezug auf den Sohn Barry eine zusätzliche Verletzung des Art. 24 IPbPR¹⁵⁴. Die durch die Ausweisungsentscheidung entstandene Zwangssituation der Beschwerdeführer, entweder den Sohn allein zurückzulassen oder als Familie gemeinsam ins Herkunftsland zurückzukehren, wurde als Eingriff in Art. 17 IPbPR gewertet.¹⁵⁵ Seine Rechtfertigung wurde aber verneint, da keine Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles (lange Aufenthaltsdauer (14 Jahre (Eltern) bzw. 13 Jahre (Sohn)), australische Staatsangehörigkeit und soziale Integration des Sohnes) stattfand, die zusätzliche Gründe für die Ausweisung erfordert hätten.¹⁵⁶ Der alleinige Verweis auf die Durchsetzung von Ausländerrecht war für die Rechtfertigung des Eingriffs, insbesondere um die Maßnahme nicht als „willkürlich“ einzustufen, für den Ausschuss nicht ausreichend.

Erstaunlich ist, dass die Tatsache des illegalen Aufenthaltsstatus der Eltern bei der Entscheidung keine große Rolle gespielt hat. Vielmehr wurde auch deren faktische Integration (14 Jahre Aufenthalt) als Kriterium im Abwägungsprozess mit einbezogen.¹⁵⁷ Zwar wird der weite Ermessensspielraum der Staaten im Bereich ihrer Migrationspolitik, insbesondere was die Entscheidungsgewalt über die Ausweisung sich illegal aufhaltender Ausländer angeht, vom Ausschuss bekräftigt. Das Ermessen über die staatliche Einwanderungskontrolle erfährt aber eine Begrenzung, um den individuellen menschenrechtlichen Anforderungen des Paktes gerecht zu werden. Beachtenswert an dieser Entscheidung ist die

153 Nach Stellungnahme des Staates gibt der Menschenrechtsausschuss das Ergebnis der Prüfung in sog. *views* bekannt, die zwar nicht völkerrechtlich bindend sind, jedoch in den meisten Fällen befolgt werden

154 Die abweichende Meinung des Ausschusses hingegen bezweifelt die Verletzung von Art. 24, da es häufig vorkomme, dass Familien ihren Aufenthaltsort bzw. ihr Aufenthaltsland aus verschiedensten Gründen wechseln und die Kinder diesen Wechsel meist ohne Schwierigkeiten bewerkstelligen könnten. Die abweichende Meinung stellt sich hingegen die Frage, ob die Staaten auch in diesen Fällen verpflichtet seien Maßnahmen zum Schutze der Kinder zu erlassen und bezeichnen das Urteil als „vague value judgement“.

155 *Winata* (Fn 149), Ziff. 7.2.; kritisch hingegen die abweichende Meinung des Ausschusses (Ziff. 3), die schon einen „Eingriff“, bezweifeln, da die Familie gemeinsam auch woanders hätten leben können („elsewhere approach“).

156 *Winata* (Fn 149): Ziff. 7.3: „In view of this duration of time, it is incumbent on the State party to demonstrate additional factors justifying the removal of both parents that go beyond a simple enforcement of its immigration law in order to avoid a characterisation of arbitrariness.“

157 *Winata* (Fn 149), Ziff. 7.3.

großzügige Einbeziehung der individuellen Interessen trotz der Illegalität des Aufenthaltes.

Vergleicht man die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK, ist diese wesentlich restriktiver und misst dem Umstand, dass die Familie in der „Illegalität“ gegründet wurde und damit wusste, worauf sie sich einlässt, großes Gewicht bei. Im Fall *Winata* hätte eine negative Entscheidung nicht zwangsweise zur Trennung der Eltern von ihrem Sohn geführt. Denn die Familie hätte auch an einem anderen Ort gemeinsam leben können (Unterschied zu *Rodrigues da Silva*). Es ging hier allein um die Frage, ob es dem 13jährigen Sohn zumutbar war, den Eltern nach Indonesien zu folgen.¹⁵⁸ Insofern hatte der Ausschuss versäumt, die individuellen besonderen Umstände näher zu beleuchten, die bei Rückkehr der gesamten Familie zu einem Härtefall für den Jungen geführt hätten.¹⁵⁹

2.3. Der Fall: *Maddaferi v. Australien*

Im Fall *Maddaferi v. Australien* ging es auch um die Zulässigkeit der Familientrennung durch die Ausweisung eines Elternteils (hier: des Vaters). Der Sachverhalt unterscheidet sich insofern von *Winata*, dass diesmal der sich illegal aufhaltende Ehemann einer australischen Staatsangehörigen und Vater von vier minderjährigen gemeinsamen Kindern, ausgewiesen werden sollte. Der italienische Staatsangehörige hatte in seiner Heimat eine zweijährige Haftstrafe abgesessen und konnte deswegen seinen Aufenthalt in Australien nicht legalisieren. Als sich illegal aufhaltender Migrant wurde er in Abschiebehaft, später wegen schwerer psychischer Probleme, in Hausarrest genommen. Der Ausschuss entschied, es liege eine Verletzung von Art. 17 und 23 in Verbindung mit Art. 24 I IPbpR vor. Ein Eingriff in Art. 17 IPbpR wird aufgrund der Zwangsentscheidung (Trennung oder gemeinsame familiäre Rückkehr ins Herkunftsland des Vaters, vgl. *Winata*) bejaht. Die Güterabwägung zwischen öffentlichem Interesse (illegaler Aufenthalt, bewusster Verstoß gegen Aufenthaltsrecht und Vorstrafe) und dem individuellen Interesse (vierzehnjähriges

158 Denn den Wechsel eines Aufenthaltsorts bzw. des Aufenthaltslandes müssen Kinder aus verschiedensten Gründen (z.B. aus beruflichen oder persönlichen) bewerkstelligen, was meist ohne allzu große Schwierigkeiten geschafft wird. Vgl. hierzu: Annex individual opinion by Committee members Ziff.2.

159 Vgl. *Winata* (Fn 149), Ziff. 3.4: „Psychological studies were provided which concluded that Barry was a typical Australian teenager and would be „completely at sea and at considerable risk if thrust to Indonesia“. Andererseits merkte die australische Regierung an: „that the Winata and Li have family ties in Indonesia and that Barry could easily adapt to the change in circumstances“. Vgl. auch Kritik von *Burchill*, *Netherland Quartely of Human Rights*, 2003; S. 225-245.

bestehendes Familienleben, fehlende italienische Sprachkenntnisse der Kinder, psychische Erkrankung des Vaters) entschied der Ausschuss aufgrund der besonderen Härte, die eine Ausweisung zur Folge gehabt hätte, zu Gunsten des Individualinteresses und verneinte damit eine Rechtfertigung des Eingriffs.¹⁶⁰

Zusammenfassung

Die Entscheidungen *Winata* und *Maddaferi* sind im Bereich des Familienschutzes für illegale Migration von großer Bedeutung. Dem Wohl des inländischen Kindes wird zunehmend mehr Gewichtung geschenkt. Beachtenswert ist, dass grundsätzlich anerkannt wird, dass die Ausweisung (als Interesse des Staates an der Einhaltung des Aufenthaltsrechts) eines sog. Illegalen als unverhältnismäßige Maßnahme qualifiziert werden kann, wenn aufgrund außergewöhnlicher Umstände der Eingriff in den Schutz auf Familienleben nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Damit geht der Ausschuss davon aus, dass eine Legalisierung des illegalen Aufenthaltes bzw. die Nichtausweisung eines irregulären Migranten zumindest in besonderen Härtefällen zum Schutz der Menschenrechte erforderlich sein kann. Wünschenswert wäre allerdings gewesen, wenn der Ausschuss in beiden Fällen diese besonderen Umstände noch hinreichender untersucht und aufgeklärt hätte; dies könnte bei zukünftigen Fällen für Unsicherheit sorgen.

3. Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)

Einleitung

Im Gegensatz zum IPbpR gewährte der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt, IPwskR) bisher kein individuelles Rechtsschutzverfahren. Die im IPwskR verankerten Rechte wurden und werden immer noch nicht als individuell einklagbar, sondern als Staatenverpflichtung mit progressivem Charakter eingeordnet.¹⁶¹ Seit dem Ende des Kalten Krieges

¹⁶⁰ *Maddaferi* (Fn 149), Ziff.: 9.8.

¹⁶¹ Dieser Charakter wurde mit dem Wortlaut des Art. 2 I IPwskR versucht zu begründen. Dieser verpflichtet den Vertragsstaat, >>unter Ausschöpfung seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, von allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen <<. So z.B. *Kirchhof*, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte, EuGRZ 1994, 16 (28); *Isensee*, Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des

gewinnen die wsk-Rechte jedoch mehr und mehr an Bedeutung. Die Wiener Weltmensenrechtskonferenz von 1993 betont wieder die Unteilbarkeit der Menschenrechte und damit die Forderung nach Gleichrangigkeit aller Menschenrechte.¹⁶² Mittlerweile wird die Frage der Justiziabilität dieser Rechte differenzierter betrachtet. Die Auffassung, dass die wsk-Rechte in ihrer Funktion bloße Leistungsrechte sind und lediglich Staatszielbestimmungen darstellen, lässt sich, betrachtet man die internationale Rechtsentwicklung, nicht mehr halten.¹⁶³ Insbesondere der Ausschuss für den Sozialpakt¹⁶⁴ hat an dieser Entwicklung mitgewirkt, indem er die Rechte anhand seiner sogenannten Allgemeinen Kommentare (General Comments) konkretisiert hat, die eine Art abstrahierte richterliche Auslegung der Konventionsrechte darstellen.¹⁶⁵

Dabei hat sich zum Schutz der Menschenrechte eine Staatenverpflichtung auf drei Ebenen herausgebildet, namentlich die staatlichen Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten.¹⁶⁶ Diese dreigliedrige Normenstruktur ist von dem modernen Verständnis geprägt, dass die wsk-Rechte, insbesondere in der Ausprägung der menschenrechtlichen Achtungspflicht, auch Freiheitsrechte sind.¹⁶⁷ Damit gewinnen diese Rechte immer mehr an Klarheit und Individualrechtscharakter. Die strikte Unterteilung der bürgerlich-politischen Rechte als Abwehrrechte (status negativus) und der wsk-Rechte als Leistungsrechte (status positivus) lässt hingegen keine differenzierte Bewertung des Wesens der Rechtsnormqualität der einzelnen Bestimmungen zu.¹⁶⁸ Auf nationalstaatlicher Ebene wird den wsk-Rechten die rechtsverbindliche Anerkennung noch größtenteils abgesprochen. Verwiesen wird insbesondere auf den Programmcharakter des Art. 2 I IpwskR. Es gibt jedoch auch in der nationalen

Grundgesetzes, Der Staat 19, 1980, S. 378f.

162 In der „Wiener Erklärung“ der Weltkonferenz über die Menschenrechte v. 14 bis zum 25. Juni 1993 heißt es unter (5): „Alle Menschenrechte sind allgemeingültig, unteilbar, bedingen einander (...)“.

163 Ebenda, S. 208.

164 Der UN-Sozialausschuss (Das „Committee on Economic, Social and Cultural Rights“ berichtet an den UN-Wirtschafts- und Sozialrat (ECOSOC). Seine Aufgaben sind grundsätzlich die Entgegennahme von Staatenberichten über die Umsetzung der staatlichen Verpflichtungen und die Formulierung der „General Comments“. Gemäß dem Pakt ist für dieses Staatenberichtverfahren der ECOSOC der UNO zuständig (Art. 16-24); dieser hat seine Aufgabe jedoch an den Sozialausschuss delegiert.

165 Riedel, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtssverträgen 2005, S. 160.

166 Diese staatliche Verpflichtung auf den drei Ebenen wird auch Pflichtentrias genannt. Dabei bedeutet die Achtungspflicht (to respect), dass der Staat nicht in bestehende Menschenrechtsgarantien eingreifen darf, im Rahmen der Schutzpflicht (to protect) soll der Staat vor Eingriffen Dritter schützen und die Gewährleistungspflicht (to fulfill) verlangt von dem Staat die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Rechte zu verwirklichen.

167 Vgl. Krennerich, „Soziale Rechte sind Freiheitsrechte! Plädoyer für ein freiheitliches Verständnis wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte“, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.): Jahrbuch Menschenrechte 2007, Frankfurt 2006, S. 57-66.

168 Vielmehr wird eine umfassende Wesensdifferenz unterstellt, vgl. hierzu: Wimalasena, Kritische Justiz 2008, S. 7f.

Rechtsprechung Tendenzen den Rechten des Sozial-Paktes nicht insgesamt die Qualität als unmittelbar anwendbares subjektives Recht abzusprechen, sondern auch einzelne Bestimmungen zur Begründung individualrechtlicher Positionen heranzuziehen.¹⁶⁹

Der Sozialausschuss (CESCR) geht hingegen von einzelnen unmittelbar anwendbaren Rechten aus. Als unmittelbar umzusetzende Staatenverpflichtung wertet er explizit das in Art. 2 II, 3 IPwskR¹⁷⁰ normierte Verbot der Diskriminierung.¹⁷¹ Darüber hinaus geht das CESCR davon aus, dass jede Bestimmung des IPwskR mit einem normativen Kern (sog. Kernverpflichtungen bzw. „minimum core obligations“) ausgestattet ist, den jeder Vertragsstaat unabhängig von seinem Entwicklungsstand zu beachten habe.¹⁷² Es sichert damit die Erfüllung eines Minimalstandards, das die Staaten ausnahmslos zur Gewährleistung verpflichtet.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass aus den Bestimmungen des Sozialpaktes sowohl die Pflicht zur Umsetzung als auch zur Einhaltung des Rechts abzuleiten sind. Die Pflicht zur Umsetzung bezieht sich auf das rechtliche Gebot, das in diesem Pakt anerkannten Rechte schrittweise zu verwirklichen („to take steps“ - Pflicht zur progressiven Realisierung) sind. Dieses Gebot hat zum Inhalt, dass der Staat im Rahmen seiner Möglichkeiten alle geeigneten Maßnahmen ergreifen muss, mit denen er so schnell wie möglich die volle Verwirklichung der Pakt-Rechte erreicht. Es handelt sich dabei um eine sofortige Verpflichtung. Handelt es sich hingegen um Kerninhalte eines einzelnen Rechts, ist das Recht ohne jeden Zeitaufschub zu realisieren (Recht auf Einhaltung).

169 Vgl. hierzu *Wimalasena*, Kritische Justiz 2008, S.7f. Das VG Minden, Urt. 26.03.2007 – 9K 3614/06, DVBl. 2007, S. 775, hat sich in Bezug auf diese Frage (im konkreten Fall ging es um die Beurteilung der Einführung von Studiengebühren und der Verletzung von Art. 13 II lit.c) (Recht auf Bildung)) insofern geäußert: <<Der Eigenschaft als verbindliche Rechtsnorm steht es nicht entgegen, dass die Rechtsverwirklichung gemäß Art. 2 I IPwskR lediglich nach und nach erfolgen soll (...). Mit der darin zum Ausdruck kommenden progressiven Verwirklichung der Rechte des IPwskR sollte den Vertragsstaaten die Sorge vor Völkerrechtsverstößen wegen wirtschaftlichen Unvermögen genommen werden. Die Rechtspflicht der Vertragsstaaten zur progressiven Rechtsverwirklichung wird hiervon indes nicht berührt>>. Dieser Rechtsmeinung wurde jedoch im Berufungsurteil des OVG Münsters am 9. Oktober 2007 widersprochen, wonach der IPwskR als bloße Verpflichtungserklärung des Bundes die Bundesländer rechtlich in keiner Weise binde. Das Gericht sieht demnach Art. 13 II lit.c) IPwskR nicht als verletzt an. Vgl. hierzu wiederum BVerfGE 112, 226 (245), das letztendlich in seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit des Hochschulrahmengesetzes in Bezug auf die Wahrung gleicher Bildungschancen mitunter auch auf Art. 13 Abs.1 S.1 Abs.2 IPwskR hinweist.

170 Art. 2 Abs.2 des Sozialpaktes: „Die Vertragsstaaten verpflichten sich zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werde.“

171 In General Comment No.3 betont das CESCR die unmittelbare Anwendbarkeit Art. 2 II, 3, IPwskR ausdrücklich. Vgl. dazu CESCR General Comment No.3 § 5, UN Doc. E/1991/23, abrufbar unter <http://www.oh-chr.org/englisch/bodies/cescr/comments.htm>.

172 In seinem General Comment No. 3 hat das Ausschuss bereits die „minimum core obligations“ in allgemeiner Form herausgearbeitet. Vgl. CESCR General Comment No. 3 § 10.

Im Vergleich zum IPbpR wurde der Sozialpakt mit einem vergleichsweise schwachen Durchsetzungsmechanismus vertraglich ausgestattet. Für die Überwachung der Umsetzung und Einhaltung der Pakt-Rechte steht allein das Staatenberichtsverfahren zur Verfügung, in dem der Sozialausschuss, als ein vom Wirtschafts- und Sozialrat (ECOSOC) geschaffenes politisches Unterorgan¹⁷³, die Staatenberichte nach Maßgabe des Pakts prüft und mit seinen “Concluding Observations”¹⁷⁴ Stellung bezieht.

Ein wichtiger Schritt für die Entwicklung der sozialen Menschenrechte ist das neue Fakultativprotokoll zum UN-Sozialpakt, das die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 2008 angenommen und zur Ratifikation freigeben hat.¹⁷⁵ Das Protokoll sieht vor, dass sich Einzelpersonen nach Ausschöpfung nationaler Rechtsbehelfe an den UN-Sozialpaktausschuss unter Berufung auf die dort verankerten individuellen Rechte wenden können, um ihren Sachverhalt aus menschenrechtlicher Sicht beurteilen zu lassen. Damit sollen die institutionellen Voraussetzungen auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung an die des Zivilpaktes angeglichen werden. Die Bundesrepublik Deutschland hat bisher die Unterwerfungserklärung noch nicht ratifiziert.¹⁷⁶

Bei der Betrachtung der im UN-Sozialpakt enthaltenen garantierten Rechte sind für Migranten ohne Aufenthaltsstatus insbesondere das akzessorische Diskriminierungsverbot (Art. 2 Abs.2), das Recht auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit (Art. 12) und das Recht auf Bildung (Artt. 13, 14) zu berücksichtigen.

Darüber hinaus sind als Rechte in der Arbeit in Art. 7 IPwskR das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen verankert. Art. 8 garantiert schließlich mitunter das Recht, Gewerkschaften zu bilden und einer Gewerkschaft beizutreten. Die Gewerkschaftsrechte gelten nicht absolut, dürfen aber nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit oder der

173 Vertraglich ist der ECOSOC mit dieser Aufgabe betraut (Art. 16 Abs.2 a), ein aus Staatsvertreterinnen und Staatsvertretern nicht unabhängiges Organ, der aber die Funktion eines Kontrollorgans nicht befriedigend erfüllen konnte, so dass 1987 mit einer Resolution der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als Expertenorgan eingesetzt wurde. Vgl. hierzu: *Kälin; Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 241.

174 Vgl. die für Deutschland getroffene “allgemeine Empfehlungen”: CESCR, Concluding observation of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Germany, UN-Dok. E/C.12/1/Add.29, 1998 und Concluding observation of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Germany 24/09/2001, N-Dok. E/C.12/1/Add.68.

175 Vgl. hierzu *Aichele*, „Ein Meilenstein für die Unteilbarkeit: Das neue Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“, in Vereinte Nationen (2009) 2, S. 72-78.

176 Vgl. hierzu: BT-Drs.17/17062.

öffentlichen Ordnung oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer erforderlich sind. Als einschränkbares Freiheitsrecht ist die Gewerkschaftsfreiheit auch explizit in den Garantien der Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 22 IPbpr, Art. 11 EMRK und Art. 16 AMRK geregelt.

3.1. Schutz durch das Diskriminierungsverbot

Gemäß Art. 2 Abs.2 IPwskR ist grundsätzlich das Diskriminierungsverbot zu beachten. Die Rechte des Sozialpaktes müssen diskriminierungsfrei verwirklicht werden. Die in Art. 2 Abs.2 IPwskR aufgeführte Aufzählung der Diskriminierungsgründe¹⁷⁷ ist nach h.M. nicht abschließend. Unter dem Merkmal “sonstiger Status” können auch weitere Gründe subsumiert werden.¹⁷⁸ Dazu gehören auch die Staatsangehörigkeit¹⁷⁹ und der Aufenthaltsstatus.¹⁸⁰ Der illegale Aufenthaltsstatus darf damit auch nicht als Merkmal zur Diskriminierung herangezogen werden. Dies führt der Sozialausschuss nun auch in seinen “Allgemeinen Bemerkungen Nr. 20” zu Art. 2 Abs.2 IpwskR aus:

*“Der Grund der Staatsangehörigkeit sollte der Inanspruchnahme der im Pakt niedergelegten Rechte nicht entgegenstehen; so haben beispielsweise alle in einem Staat lebenden Kinder, auch Kinder ohne regulären Aufenthaltsstatus, das Rechts auf Bildung und auf Zugang zu ausreichender Nahrung und erschwinglicher Gesundheitsversorgung. Die im Pakt niedergelegten Rechte gelten für alle Menschen, einschließlich Nichtstaatsangehöriger, beispielsweise Flüchtlinge, Asylsuchende, Staatenlose, Wanderarbeitnehmer und Opfer des internationalen Menschenhandels, ungeachtet dessen, welche Rechtstellung und welche Ausweispapiere sie besitzen.”*¹⁸¹

177 Dabei handelt es sich um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, welches nur in Bezug auf die im betreffenden Pakt gewährleisteten Garantien Anwendung findet. Vgl. *Dohmes-Ockenfels*, Die Rechte auf Arbeit und Bildung der Asylbewerber in der Europäischen Union, S. 170; *Kälin; Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 395.

178 CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 20, Ziff. 14. Vgl. auch *Dohmes-Ockenfels*, S. 176.

179 Das ergibt sich zum einen aus Art.2 Abs.3 IpwskR, der Entwicklungsländern unter bestimmten Umständen erlaubt frei darüber zu entscheiden, ob sie fremden Staatsangehörigen die wirtschaftlichen Konventionsrechte gewährleisten. ‘E contrario’ kann daraus geschlossen werden, dass grundsätzlich die Staatsangehörigkeit kein Diskriminierungsgrund sein darf. Vgl. *Poscher; Rux; Langer*, Das Recht auf Bildung, S. 43.

180 Dies ergibt sich auch aus verschiedenen „concluding observations“ des Sozialpaktausschusses. Darin hält er fest, dass es gegen die Verpflichtung aus dem UNO-Pakt I verstoße, wenn Kinder als „illegal immigrants“ keinen Zugang zur Bildung erhielten. Vgl. z.B. Concluding Observations of the CESCR: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, UN Doc. E/c./1994/19,21.12. 1994, Ziff. 28 und 37.

181 CESCR, Allgemeine Bemerkungen Nr.20, UN-Dok. E/C.12/GC/20 2. Juli 2009, Ziff. 30. Der Sozialausschuss verweist zudem in seiner

Eine Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine intendierte Ungleichbehandlung vorgenommen wird, für die kein legitimes Ziel verfolgt wird und die nicht verhältnismäßig ist.¹⁸² Sachlich begründete Differenzierungen aufgrund des Aufenthaltsstatus sind nicht ausgeschlossen, erlauben jedoch nur Differenzierungen bei der Ausgestaltung und nicht die Einschränkung des Rechts.¹⁸³

Art. 2 Abs.2 IPwskR enthält neben dem Verbot direkter Diskriminierung auch das Verbot faktischer (indirekter) Diskriminierung.¹⁸⁴ In seinen allgemeinen Bemerkungen führt der Sozialausschuss als Beispiel die Pflicht der Vorlage einer Geburtsurkunde als Voraussetzung für die Schulanmeldung als mögliche indirekte Diskriminierung auf.¹⁸⁵ Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um Bemühenspflichten, wobei Art. 2 Abs.1 IPwskR einschlägig ist.

So heißt es in Ziff. 27: *“The nature of discrimination varies according to context and evolves over time. A flexible approach to the ground of “other status” is thus needed to capture other forms of differential treatment that cannot be reasonably and objectively justified and are of a comparable nature to the expressly recognised grounds in Article 2(2). These additional grounds are commonly recognised when they reflect the experience of social groups that are vulnerable and have suffered and continue to suffer marginalisation. The Committee’s General Comments and Concluding Observations have recognised various other grounds and these are described in more detail below. However, this list is not intended to be exhaustive.”*

Zudem ist in diesem Zusammenhang Art. 26 IPbpR zu beachten, der im Gegensatz zu Art. 2 Abs.2 IPwskR ein selbstständiges Diskriminierungsverbot

Fn.23 auf den General Comment No. 30 (2004) des Ausschusses zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung über Nicht-Staatsangehörige hin.

182 *Dohmes-Ockenfels*, Die Rechte auf Arbeit und Bildung der Asylbewerber in der Europäischen Union, S. 174f.; *Kälin; Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, S. 399.

183 Vgl. *Poscher; Rux; Langer*, Das Recht auf Bildung, S. 43f., in Bezug auf das Recht auf Bildung (Art. 2 Abs.2 IPwskR i.V.m. Art. 13 IPwskR).

184 Diese liegt dann vor, wenn eine Maßnahme neutral gefasst ist, in ihren tatsächlichen Auswirkungen jedoch ausschließlich oder klar überwiegend eine Personengruppe mit Merkmalen benachteiligt; s. hierzu *Kälin; Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 402 m.w.N.

CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 20, Ziff. 10b. Dort wird als Beispiel für indirekte Diskriminierung benannt:” For instance, requiring a birth registration certificate for school enrolment may discriminate against ethnic minorities or non-nationals who do not possess, or have been denied, such certificates.”

enthält.¹⁸⁶ Dieses verpflichtet die Vertragsstaaten, Diskriminierungen zu unterlassen, wo immer sie in der Rechtssetzung oder Rechtsanwendung tätig werden.¹⁸⁷ Damit können weite Bereiche des staatlichen Handelns über das Diskriminierungsverbot dem menschenrechtlichen Kontrollsystem und insbesondere dem Individualbeschwerdeverfahren des IPbpR zugänglich gemacht werden.¹⁸⁸ Dies bedeutet auch die Möglichkeit einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 26 IPbpR auf die wsk-Rechte und damit eine weitere effektive prozessuale Option, die in der BRD jedoch ausgeschlossen wurde.¹⁸⁹

3.2. Das Recht auf Gesundheit

Das Recht auf Gesundheit ist auf internationaler Ebene insbesondere im UN-Sozialpakt geregelt. In Art. 12 IpwskR erkennen die Vertragstaaten das Recht einer jeden und eines jeden auf das für sie und für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit an. Damit schließt der Anwendungsbereich auch Migranten in einer irregulären Situation mit ein. Dies war anfangs strittig.¹⁹⁰ In seinen allgemeinen Bemerkungen hat der UN-Sozialausschuss in Bezug auf das Recht auf Zugang zu medizinischer Versorgung von irregulären Migranten ausdrücklich in den Anwendungsbereich mit eingeschlossen. In dem General Comment heißt es: *”Die Staaten unterliegen der rechtlichen Verpflichtung das Recht auf Gesundheit zu achten, indem sie es beispielsweise unterlassen, den gleichberechtigten Zugang zu vorbeugenden, heilenden und lindernden Gesundheitsdiensten für jeden Menschen zu verweigern oder zu beschränken, einschließlich für (...) illegale Immigranten (...)”*.¹⁹¹

Die Staaten haben demnach eine Achtungspflicht insofern, dass Niemand

186 Vgl. *Kälin; Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 396.

187 Vgl. hierzu den Entscheid des Menschenrechtssauschusses im: *Zwaan de Vries: MRA, Zwaan-De Vries v. The Netherlands*, 182/1984 (1987).

188 *Wimalasena*, Kritische Justiz 2008, S. 17.

189 *Ebenda*, S. 17. Dieser Weg über Art. 26 IPbpR ist jedoch in der BRD über einen Vorbehalt ausgeschlossen worden. Das Fakultativprotokoll zum IPbpR wurde 1994 nur unter der Bedingung ratifiziert, dass die Zuständigkeit des Menschenrechtsausschusses für Beschwerden ausgeschlossen wird, die eine Verletzung von Art. 26 IPbpR geltend machen, vgl. BGBl. 1994 II, 311.

190 Z.B. wurden in der Erklärung über die Menschenrechte von Personen, die nicht Staatsangehörige des Landes sind, in dem sie leben (13. Dezember 1985) das Recht auf Gesundheitsschutz und medizinische Betreuung lediglich Ausländern zugestanden, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhalten (Art. 8 I).

191 CESCR (2000), Allgemeine Bemerkung Nr.14, Ziff. 34 (Hervorhebungen sind die der Verfasserin).

willkürlich vom Gesundheitssystem ausgeschlossen werden darf (gleichberechtigter Zugang).¹⁹² Der Zugang zu einer medizinischen Versorgung fällt nach der Auffassung des Ausschusses in den Kernbereich des Rechts auf Gesundheit. Dazu gehört für ihn insbesondere: *“das Recht auf Zugang zu medizinischen Einrichtungen und ärztlicher Betreuung ohne jegliche Diskriminierung (zu gewährleisten), insbesondere im Hinblick auf schutzbedürftige und ausgegrenzte Gruppen”*.¹⁹³ Alle Personen, unabhängig von ihrem Migrationsstatus, sind zur medizinischen Basis- und Notfallversorgung berechtigt.¹⁹⁴ Werden diese Minimalrechte nicht verwirklicht, erachtet der Ausschuss für wsk-Rechte den Art. 12 als verletzt. Damit sind die Rechte auch unmittelbar anwendbar. Die Pflicht der Verwirklichung steht zwar unter dem Ressourcenvorbehalt, wobei bei menschenrechtlichen Verpflichtungen aus dem Kernbereich dem Staat die Beweislast obliegt, alle verfügbaren Ressourcen mobilisiert und vernünftig eingesetzt zu haben.¹⁹⁵ Von Seiten internationaler Fachausschüsse wird immer wieder unterstrichen, dass gerade die Probleme sozialer Gruppen, die sich in verletzlichen Lebenslagen befinden, von den Staaten mit besonderer Aufmerksamkeit und besonderem Nachdruck zu bearbeiten sind. So verpflichtet z.B. die UN-Frauenkonvention dazu, eine angemessene und erforderlichenfalls unentgeltliche Betreuung der Frau während der Schwangerschaft zu gewährleisten.

3.3. Das Recht auf Bildung

In Art. 13 Abs.1 S.1 des Sozialpaktes wird das Recht eines jeden auf Bildung anerkannt. Damit können sich alle Menschen, auch Ausländer ohne rechtlichen Aufenthaltsstatus, auf dieses Recht berufen. Als Voraussetzung muss jedoch das Kriterium des Wohnsitzes erfüllt sein, denn eine staatliche Verpflichtung kann nur bestehen, wenn ein gewisser Grad an sozialer Integration erfolgt ist.¹⁹⁶ Dabei ist die Voraussetzung des Wohnsitzes nicht rechtlich, sondern faktisch zu fassen. Der rechtliche Aufenthaltsstatus ist nicht maßgeblich, sondern der faktische

192 CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr.14, Ziff. 34.

193 CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr.14, Ziff. 43.

194 CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 19, The right to social security, 4. Febr. 2008, E/C.12/GC/19, paragraph 37. Dort heißt es: “all persons, irrespectiv of their nationality, residency or immigration status, are entitled to primary and emergency medical care”.

195 Kälin; Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 360.

196 Vgl. Beiter, The Protection of the Right of Education by International Law, S. 415.

Lebensmittelpunkt muss in dem verpflichtenden Staat liegen, der eine gewisse Aufenthaltsdauer verlangt.¹⁹⁷

Das Recht auf Bildung zählt in seiner grundlegenden Bedeutung zu den herausragenden und weitestentwickeltesten Menschenrechten. Der Sozialausschuss hat sich in den allgemeinen Bemerkungen No. 11 und No. 13 umfassend zur Auslegung dieses Rechts und seinen Bildungszielen geäußert und seine Wichtigkeit als "Empowerment Right" unterstrichen.¹⁹⁸ Ein Minimum an Bildung und Erziehung ist insbesondere unerlässlich für die Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit¹⁹⁹. Sie ist Voraussetzung für die Wahrnehmung vieler anderer Menschenrechte, für die Übermittlung von Kultur, aber auch notwendige Voraussetzung für den späteren sicheren Erwerb des Lebensunterhaltes.²⁰⁰ Der Kernanspruch beinhaltet deshalb den Anspruch auf einen unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht, denn ohne elementare Bildung ist ein Leben in Würde gefährdet.²⁰¹ Die hohe Priorität der Erfüllung dieser Vertragspflicht wird auch in der Setzung eines zeitlichen Rahmens für die Umsetzung in Art. 14 IPwskR erkennbar.

Das in Art. 13 Abs.2 lit.a) anerkannte Recht den unentgeltlichen Zugang zu einer Grundschulbildung zu gewährleisten, gilt als unmittelbar geltendes Element des Rechts auf Bildung²⁰² und ist damit als Kernanspruch justiziabel.²⁰³ Umstritten ist, ob der Begriff der Grundschulbildung, der in der englischen originalen Variante "primary education" heißt, ins deutsche Schulsystem übertragen, lediglich die Grundschulzeit, die Orientierungsphase (5. bis 6. Schuljahr) oder auch die Sekundarstufe I (7. bis 9. Schuljahr) umfasst. Würde man nur die Grundschule erfassen, die in Deutschland in der Regel lediglich vierjährig ist, wäre der Begriff zu eng gefasst. Denn die Internationale Standard Classification (ISCED) der UNESCO erfasst als Primarstufe Level 1 die ersten

197 So haben beispielsweise Touristen kein Recht auf Bildung. Auch bei einem Aufenthalt - oder asylrechtlichen Verfahren im Vertragsstaat ist die Dauer desselbigen maßgeblich, damit ein Recht auf Bildung für das Kind entstehen kann. Erst nach einer bestimmten Zeit stellt sich die Frage der Notwendigkeit einer schulischen Bildungsmöglichkeit. Vgl. hierzu auch: *Poscher, Rux, Langer*, Das Recht auf Bildung, S. 34f.

198 CESCR, General Comment No. 13, UN-Dok. E/C. 12/1999/10 und General Comment No.11, UN-Dok E/C.12/1999/14.

199 Vgl. General Comment No.13 Ziff. 4, in der es heißt: „perhaps the most fundamental is that "education shall be directed to the full development of the human personality."

200 So wird Bildung auch als Hauptinstrument zur Überwindung von Armut und als Schutz vor wirtschaftlicher und sonstiger Ausbeutung gesehen. Vgl. General Comment No. 13 Ziff. 1.

201 Vgl. *Kälin; Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 459.

202 Demgegenüber sind die Rechte in der Bildung zu unterscheiden, zu denen die Annehmbarkeit (acceptability), worunter insbesondere auch die Unterrichtsqualität zählt und die Anpassungsfähigkeit (adaptability), die insbesondere die Veränderungen in der soziale Umwelt der Bildung beinhaltet, zählen; vgl. hierzu auch: *Poscher; Rux; Langer*, Das Recht auf Bildung, S. 36.

203 CESCR, General Comment No. 13.

sechs Schuljahre. *Dohmes-Ockenfels* fasst unter „primary education“ die Schulbildung, die durchlaufen werden muss, damit der Zugang zu einer Berufsausbildung möglich ist.²⁰⁴ Damit folgert sie wohl aus dem Wort „*einschließlich*“ in 13 Abs.2 lit.b) IPwskR, dass die „verschiedenen Formen des höheren Schulwesens“ und der „höheren Fach- und Berufsschulen“ sich auf gleicher zeitlicher Ebene befinden müssen. Diese Interpretation deckt sich jedoch nicht mit der Aussage des Sozialausschusses in seinem General Comment No.13²⁰⁵, in dem er in Bezug auf lit. b) auf das Level 2 der ISCD verweist, welches die Sekundarstufe I umfasst.²⁰⁶ Art. 13 Abs.2 Buchstabe b) bezieht als „secondary education“ das Recht auf Bildung in den Bereich des „höheren Schulwesens“²⁰⁷ ein. Damit sind im deutschen Schulsystem die Sekundarbildung der Unter- Mittel- und Oberstufe (7. Bis 10. Klasse), sowie die duale Berufsausbildung und die gymnasiale Oberstufe (11. bis 13. Klasse) gemeint.

Die Verpflichtung der Vertragsstaaten in Bezug auf den Schulzugang besteht für die sechsjährige „primary education“ als unentgeltlich und obligatorisch („muss angeboten werden“), die darauffolgende „secondary education“ ist hingegen lediglich eine progressive Erfüllungspflicht (Art. 2 Abs.1 IpwskR); hier besteht lediglich die Verpflichtung die Unentgeltlichkeit im höheren Schulwesen allmählich einzuführen.

Nicht progressiv ist hingegen das Diskriminierungsverbot gem. Art. 2 Abs.2 IPwskR, das auch auf dieser Stufe volle Gültigkeit besitzt und unmittelbar umzusetzen ist.²⁰⁸ Aus dem Recht auf Bildung (Art. 13 IpwskR) i.V.m. dem allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 2 I IpwskR) ergibt sich zudem ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang (wegen Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsstatus) zum staatlichen Bildungssystem. Nicht diskriminierend sind hingegen Ungleichbehandlungen beim Zugang zur Schule, die auf rationalen und ernsthaften Gründen beruhen.²⁰⁹ Der UN-

204 In diesem Sinne: *Dohmes-Ockenfels*, Die Rechte auf Arbeit und Bildung der Asylbewerber in der Europäischen Union, S. 122.

205 CESCR, General Comment No. 13, Ziff. 12. Das unter „verschiedenen Formen der höheren Bildung“ auch die Sekundarstufe I fällt, lässt sich weiter aus der Bemerkung des Sozialausschusses schließen. So auch: Poscher, Rux, Langer, Das Recht auf Bildung, S. 37 m.w.N.

206 Ausdrücklich: ISCED, Ziff. 52.

207 Zum höheren „Schulwesen“ gehört nach der ISCED die schulischer Sekundarbildung der Unter- und Mittelstufe (Level 2) und umfasst damit 7. bis 10. Klasse und die schulische Sekundarbildung der Oberstufe (Level 3).

208 Vgl. hierzu oben S. 47f.

209 Sachliche Differenzierungen, die das Recht auf Bildung nicht gefährden sind möglich, so z.B. muss für Asylbewerber mit einiger Verfahrensdauer für deren Kinder das Recht auf Bildung sichergestellt sein. Es wird aber nicht verlangt, dass sie an den allgemeinen Schulen

Sozialausschuss hat sich zur Gewährleistung des Rechts auf Bildung in seiner allgemeinen Bemerkung derart geäußert, dass Bildung nach dem Gesetz und de facto für alle zugänglich sein muss, insbesondere für die schwächsten Gruppen, ohne dass eine Diskriminierung stattfindet. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung habe auf alle Personen im Schulalter Anwendung zu finden, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates haben, auch wenn sie nicht dessen Staatsangehörigkeit haben, und unabhängig von ihrem rechtlichen Status.²¹⁰ Eine Einschränkung des Sozialausschusses für Kinder ohne Aufenthaltsstatus lediglich auf den Grundschulbereich lässt sich hieraus nicht entnehmen. Für Staaten, wie die Bundesrepublik Deutschland, die bereits eine obligatorische und unentgeltliche Sekundarstufe eingeführt haben, bedeutet dies, dass auch auf dieser Bildungsstufe ein diskriminierungsfreier Zugang gewährt werden muss.

Für den Grundschulbereich (1. - 6.Klasse) bedeutet das, dass der Zugang für alle Kinder Pflicht und unentgeltlich sein muss. Das Kriterium der Schulpflicht bestimmt, dass weder die Eltern noch der Staat darüber bestimmen dürfen, ob das Kind Grundschulbildung genießt oder nicht.²¹¹ Diese Verpflichtung verlangt demnach auch vom Staat, dass Grundschulunterricht für alle hinreichend verfügbar ist. Das Element der Verfügbarkeit muss auf dieser Stufe vollständig verwirklicht sein. Der Grundsatz der Nicht-Diskriminierung erfordert zudem, dass auch Kinder ohne rechtlichen Aufenthaltsstatus der gleiche Zugang zur Grundschule (1. bis 6. Klasse) und zur Sekundarstufe (7. bis 10. Klasse) gewährt wird.

3.4. Wirkung im innerstaatlichen Recht

Es stellt sich die Frage, ob die Pakt-Rechte auch unmittelbar anwendbar sind. Der UN-Sozialpaktausschuss kommt zu dem Schluss, dass der UN-Sozialpakt unmittelbar anwendbare Bestandteile enthält.²¹² In der Praxis geschieht eine förmliche und damit sichtbare Beachtung einer menschenrechtlichen Norm durch

unterrichtet werden müssen. Vgl. CESCR, Concluding Observations v. 7.12.1994, Ziff. 28 u. Ziff. 37, UN-Dok.E/C.12/1994/19.

210 Allgemeine Bemerkung Nr. 13, Das Recht auf Bildung (Art. 13), CESCR E/C.12/1999/19, 8. Dezember 1999.

211 CESCR, General Comment, No. 11, Ziff. 6.

212 Siehe CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 9 (Die innerstaatliche Anwendbarkeit des Paktes), UN, Doc. CESCR E/C.12/1998. Abgedruckt in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen. Deutsche Übersetzung und Kurzeinführungen, Baden-Baden 2005, S. 238-243, Ziff.10.

deutsche Behörden und Gerichte äußerst selten.²¹³ Vielmehr wird angenommen, dass die Bestimmungen des Paktes grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte gewähren. Diese Ansicht wird jedoch in der Lehre²¹⁴ und in der Rechtsprechung²¹⁵ vereinzelt als zu undifferenziert kritisiert, da eine formale Trennung von liberalen und sozialen Rechten anhand der zwei UN-Pakte nicht möglich sei und allein aus politischen Gründen erfolgte.²¹⁶ Vielmehr müsse für jede Bestimmung einzeln durch Auslegung ermittelt werden, ob sie unmittelbar anwendbar sei oder nicht.²¹⁷ Damit ist der Anspruch auf freien und gleichen Zugang zu vorhandenen Bildungseinrichtungen justiziabel. Unmittelbar anwendbar sind zudem auch die Verbote direkter Diskriminierung und das Recht auf Gesundheit.

Zusammenfassung

Die größte Leistung des UN-Sozialpaktes dürfte wohl der ideelle Wert sein, der menschenrechtliche Positionen mittelbar vor allem in gerichtlichen Entscheidungsfindungen einfließen lässt. Dennoch gewinnt der Pakt zunehmend Geltungskraft. Einzelne Vertragsbestimmungen werden als unmittelbar anwendbar (self-executing) eingestuft und können dem einzelnen subjektive Rechte verleihen; zudem gewinnt das individuelle Beschwerdeverfahren durch die Ratifizierung des Fakultativprotokolls durch immer mehr Nationalstaaten allmählich an Bedeutung.

In Bezug auf irreguläre Migranten hat der Sozialpaktausschuss mehrmals ausdrücklich betont, dass insbesondere Menschengruppen in verletzlichen Lebenslagen besonderer Schutzbedürftigkeit bedürfen; hier verweist er explizit auf Migranten in irregulärer Aufenthaltssituation. Der Aspekt des Zugangs zu bestehenden Einrichtungen der medizinischen Versorgung wird vom UN-Sozialpaktausschuss dem Kernbereich des Rechts auf Gesundheit zugeordnet. Dabei spricht der Ausschuss explizit das Problem des faktischen Zugangs an. Das Recht auf Zugang zu medizinischen Einrichtungen und ärztlicher Behandlung ist ohne jegliche Diskriminierung (direkt oder indirekt) auch faktisch zu

213 Vgl. aber die Diskussion zur Zulässigkeit von Hochschulgebühren gemessen am Sozialpakt.

214 *Wimalasena*, Kritische Justiz 2009, 17, 20; *Riedel/Söllner*, JZ 2006, S. 276f.

215 Wegweisend: Frankfurt a.M. NVwZ-RR 1999, 325; vgl. auch BVerfG, JZ 2005, 616, 617 (m. Anm. *Stettner*); BVerwG NVwZ 2002, S. 210.

216 *Wimalasena*, Kritische Justiz 2009, S. 17, S. 20.

217 *Ebenda*, 9.

gewährleisten. Dies gilt auch für das Recht auf Schulbildung (Grundschule und Sekundarstufe). Der Schulzugang muss für alle, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet haben, unabhängig von ihrem rechtlichen Aufenthaltsstatus, de facto zugänglich sein.

4. Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes

Einleitung

Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989²¹⁸ (nachfolgend KRK) als Spezialkonvention anerkennt in umfassender Weise die Menschenrechte von Kindern und Jugendlichen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr.²¹⁹ Sie wurde bisher von 193 Staaten (von 203 weltweit) ratifiziert und genießt damit in der ganzen Welt eine breite Akzeptanz. Das KRK-Übereinkommen ist am 5. April 1992 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten.²²⁰

Die KRK betrachtet das Kind erstmals als eigene Persönlichkeit, welches selbständiger Träger von Rechten ist. Sie gewährt den Kindern und noch nicht volljährigen Jugendlichen neben den üblichen klassischen Freiheitsrechten (Artt. 13-16, 37, 40) auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, so auch das Recht auf Gesundheit²²¹ und das Recht auf Bildung (Art. 28 KRK) sowie auf einen ihrer Entwicklung angemessenen Lebensstandard.²²² Der Rechtekatalog wird zudem ergänzt durch kinderspezifische Rechte, wie das Recht auf einen Registriereintrag nach der Geburt (Art. 7) oder auf eine eigene Identität (Art. 8), Schutz bei Trennung von den Eltern (Art. 9) und vor Kinderhandel (Art. 35). Die Konvention enthält im Weiteren Garantien für spezielle Kategorien von Kindern mit besonderen Schutzbedürfnissen, so auch für ausländische Kinder, wie Flüchtlingskinder (Art. 22).

Für die Auslegung der gesamten Konvention sind vier Grundprinzipien²²³

218 UN GA Res. 44/25. Abgedruckt in Sartorius II, Nr.29.

219 Art. 1 KRK.

220 Nach Ratifizierung am 6. März 1992 (BGBl. 1992 II, 122) ist die Konvention für Deutschland am 5. April 1992 in Kraft getreten (Bek. vom 10. Juli 1992, BGBl. 1992 II, 990).

221 Nach Art. 24 hat das Kind das Recht auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit.

222 Art. 27 KRK: Die Vertragsstaaten erkennen das Recht jedes Kindes auf einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessenen Lebensstandard.

223 Grundsatz der Nichtdiskriminierung gem. Art. 2, Kindeswohl gem. Art. 3 Abs.1, Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung gem. Art. 6

wegweisend. Als tragendes Grundprinzip und Leitmotiv der Konvention steht das „Kindeswohl“²²⁴ im Vordergrund (Art. 3 KRK). Bei allen Maßnahmen staatlicher oder privater Institutionen stellt es einen vorrangig zu beachtenden Gesichtspunkt dar. In Abwägungskonstellationen kann die Berücksichtigung des Kindeswohls nur im Ausnahmefall zurückgedrängt werden. Dieses zentrale Kindeswohlprinzip findet sich in anderen Rechtsakten wieder und wird für die Auslegung immer wieder herangezogen. Die Art der Verpflichtung ist vergleichbar mit dem Sozialpakt und der Verpflichtungsgrad der wsk-Rechte ist progressiver Natur, Art. 4 S.2 KRK.

4.1. Persönlicher Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der UN-Konvention über die Rechte des Kindes (KRK) ist in deren Artikel 2 Abs.1 geregelt. Während des Entstehungsprozesses des Übereinkommens wurde intensiv darüber diskutiert, ob auch die sich illegal aufhaltenden Kinder von der KRK profitieren sollen; letztendlich wurde vereinbart, dass die Konvention auf alle Kinder anwendbar sei, die unter die Jurisdiktion eines Staates fallen.²²⁵

Deutschland hingegen hatte zunächst die rechtliche Bindungswirkung des Abkommens beschränkt und gemeinsam mit der Ratifikation einen Vorbehalt erklärt, der zu einer Schutzbereichsbegrenzung führte, die Kinder ohne Aufenthaltsstatus ausschloss. Insbesondere konnte keine Bestimmung der KRK dahin ausgelegt werden, dass sie das Recht der Bundesrepublik Deutschland beschränkt, Gesetze und Verordnungen über die Einreise von Ausländern und die Bedingungen ihres Aufenthaltes zu erlassen, ohne Unterschiede zwischen Inländern und Ausländern zu machen. Nr. IV des Vorbehalts bestimmte darüber hinaus im 1. HS: „Nichts in dem Übereinkommen kann dahin ausgelegt werden, dass die widerrechtliche Einreise eines Ausländers in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder dessen widerrechtlicher Aufenthalt dort erlaubt ist“.²²⁶ Darüber hinaus wurde ein Vorbehalt bezüglich der unmittelbaren

und Recht auf Anhörung gem. Art. 12 KRK.

224 Vgl. zur Schwierigkeit der Bestimmung des Kindeswohls: *Dorsch*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, S. 106 ff. m.w.N.

225 *Detrick*, Convention on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 1999, S. 78.

226 Nr. IV, 2. Hs. der Erklärung, BGBl. 1992 II, S. 990. Nr. IV bestimmte darüber hinaus im 1. HS: << Nichts in dem Übereinkommen kann dahin ausgelegt werden, dass die widerrechtliche Einreise eines Ausländers in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder dessen

innerstaatlichen Anwendbarkeit der Konvention erklärt.²²⁷

Deutschland hat schließlich die Vorbehaltserklärung gegen die UN-Kinderrechtskonvention am 13. Juli 2010 zurückgenommen.²²⁸ Damit findet die KRK nun auf alle Kinder Anwendung und kann bei hinreichender Bestimmtheit entsprechender Normen individualrechtliche Rechtspositionen hervorbringen.²²⁹

4.2. Gewährleistete Rechte

Art. 2 Abs. 1 KRK bestimmt, dass die Staaten, die in dem Übereinkommen festgelegten Rechte jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind achten und ohne jede Diskriminierung aufgrund des sonstigen Status²³⁰ des Kindes (...) gewährleisten. Es stellt sich die Frage, ob sich das Diskriminierungsverbot nur auf diejenigen ausländischen Kinder erstreckt, die die Bestimmungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt erfüllen oder auch auf Kinder, die keinen Aufenthaltsstatus haben. Betrachtet man den “travaux préparatoires” (den Parteiwillen der Vertragsstaaten) anhand der Beratungsdokumente zum Entwurf der KRK, lässt sich eine Einschränkung des Diskriminierungsverbotes auf lediglich sich rechtmäßig aufhaltende Kinder, die die USA sogar beantragt hatten²³¹, aber sich dem allgemeinen Widerspruch unter Hinweis auf die Universalität der Menschenrechte²³² beugten, nicht ermitteln. Vielmehr muss daraus geschlossen werden, dass die Geltung des Diskriminierungsverbotes auch “undokumentierte” Kinder umfasst. Demzufolge bedarf jede Differenzierung

widerrechtlicher Aufenthalt dort erlaubt ist<<.

227 Nr. I, S.2 der Erklärung sagt aus:<< Zugleich schließt die Bundesregierung eine innerstaatliche unmittelbare Anwendbarkeit des Übereinkommens aus. Die Konvention begründe „völkerrechtliche Staatenverpflichtungen, die die Bundesrepublik nach näherer Bestimmung ihres mit dem Übereinkommen übereinstimmenden Rechts erfülle.“ >>. Die rechtliche Wirksamkeit der Erklärung war umstritten. Vgl. hierzu, *Dorsch*, Kinderrechtskonvention, 307 ff.; *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 380 f.

228 BGBl 1992 II, S. 121. Das Vorhaben scheiterte bisher immer an der Mehrheit der Bundesländer, die einer Rücknahme der Vorbehaltserklärung nicht zustimmten. Siehe auch unter Ziffern 3086 bis 3095 des Koalitionsvertrages vom 26. Okt. 2009, in denen die Partner der CDU/CSU-FDP-Koalition festgeschrieben haben: „Wir setzen uns für eine Stärkung der Kinderrechte ein. Diese Rechte müssen im Bewusstsein der Erwachsenen stärker verankert werden. Wir wollen in allen Bereichen, insbesondere bei den Schutz-, Förder- und Partizipationsrechten, kindgerechte Lebensverhältnisse schaffen. Wir wollen die Vorbehaltserklärung zur UN-Kinderrechtskonvention zurücknehmen. An der Ausgestaltung eines Individualbeschwerdeverfahrens zur UN-Kinderrechtskonvention werden wir aktiv mitwirken“.

229 Vgl. zu den gesetzlichen Konsequenzen aus der Rücknahme des Vorbehaltes: *Tillmann*, ZAR 2012, S. 378.

230 Die enumerierten Diskriminierungsmerkmale sind nur beispielhaft aufgezählt, sowohl Staatsangehörigkeit als auch der Aufenthaltsstatus können, wie bei Art. 2 Abs. UNO-Pakt I, unter den „sonstigen Status“ subsumiert werden. Vgl. *Cremer*, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes, 122; *Dohmes-Ockenfels*, Die Rechte auf Arbeit und Bildung, S. 88; *Dorsch*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, S. 116.

231 *Cremer*, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes, S. 123 m.w.N. insbesondere auf E/CN.4/L.1575 para. 40:“(…) to all children lawfully in its territory”, zitiert nach *Detrick* (Hrsg.) “Travaux Préparatoires”, S. 142; *Dorsch*, Kinderrechtskonvention, S. 116f.

232 *Ebenda*, S. 123.

aufgrund von Eigenschaften (sonstiger Status), durch die Personen oder Personengruppen unterscheidbar sind, soweit sie den Genuss der Konventionsrechte betrifft, der Rechtfertigung.²³³ Die Bundesrepublik Deutschland hatte zunächst durch ihren inzwischen zurückgenommenen Ausländervorbehalt dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht zugestimmt,²³⁴ und bekundet, dass sie durch die Konvention nicht gehindert sei, Ausländer und Inländer unterschiedlich zu behandeln.

Darüber hinaus schützt die Konvention die Bindungen der Kinder zu ihren Eltern. Art. 9 KRK erlaubt die Trennung entgegen den Willen des Kindes von seinen Eltern nur zum Wohl des Kindes.²³⁵ Art. 18 KRK stellt den Grundsatz sicher, dass beide Elternteile für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind. Als soziale Rechte sind insbesondere Art. 24 (Anerkennung des Rechtes des Kindes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit sowie auf Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zu Wiederherstellung der Gesundheit), Art. 26 (soziale Sicherheit) und Art. 27 (angemessene Lebensbedingungen) zu nennen.

In Art. 28 KRK ist das Recht auf Bildung geregelt. Das Recht auf Bildung ist weitestgehend an Art. 13 des UN-Zivilpaktes angelehnt.²³⁶ Die Bildungsziele ergeben sich aus Art. 29 KRK. Hieraus wird ersichtlich, dass als Ziel neben der vollen Entwicklung der Persönlichkeit auch die Erziehung zur Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten und zum verantwortungsbewußten Leben gerichtet sein muss.²³⁷ Art. 28 Abs.1 lit. a) gewährt das Recht auf obligatorische und unentgeltliche Grundschulbildung, lit.b) verpflichtet die weiterführenden Schulen nach der Grundschulbildung allen Kindern chancengleich “zugänglich” zu machen.²³⁸ Lit. a) und b) erscheinen im Vergleich zu Art. 13 Abs.1 lit. a) und

²³³ *Ebenda*, 122.

²³⁴ BT-Drs. 17/2138.

²³⁵ Vgl. hierzu auch zum Recht auf Familienleben: Art. 8 EMRK die Entscheidung des EGMR (*Moser v. Austria*) v. 21 September 2006, No. 12643/02, in dem der EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK feststellte, da das Kind einer sich illegal aufhaltenden Mutter von dieser mit der Begründung getrennt wurde, dass die Mutter keine angemessene Unterkunft und nicht genügend Einkommen habe, um hinreichend für das Kind zu sorgen. Vielmehr hätten die nationalen Behörden in ihren Beurteilungsspielraum auch mit einbeziehen müssen, unter welchen Maßnahmen das Kind bei der Mutter hätte bleiben können.

²³⁶ Aus den Beratungsdokumenten zum Entwurf der KRK lässt sich schließen, dass es ein wichtiges Anliegen gewesen zu sein scheint, dass Art. 28 KRK möglichst mit Art. 13 IPwskR übereinstimmt; vgl. *Dorsch*, Kinderrechtskonvention, S. 180f.

²³⁷ Vgl. nur Art. 29 Abs.1 lit. a), b) und d).

²³⁸ Dabei ergibt sich aus der Vorschrift bzgl. des Zugangs zu höheren Schulen kein Schulgeldverbot, denn in lit. b) heißt es lediglich: “(...) geeignete Maßnahmen wie die Einführung der Unentgeltlichkeit und die Bereitstellung finanzieller Unterstützung bei Bedürftigkeit“.

lit.b) Sozialpakt weniger stark verpflichtend, da die Dringlichkeit der prioritär zu erfüllenden Pflichten, insbesondere im Bereich der Grundschulbildung, nicht so deutlich hervorgehoben werden.²³⁹ Der Kinderrechtsausschuss bekräftigt in General Comment No. 6 in Bezug auf unbegleitete minderjährige Flüchtlingskinder, dass jedes Kind ungeachtet seines Status vollen Zugang zur Bildung gem. Art. 28 KRK haben muss in dem Land, in dem es sich aufhält.²⁴⁰ Damit sollen ausländische Kinder, die sich für eine bildungsrelevante Zeit im Staat aufhalten, nicht um ihre Bildungschancen gebracht werden.²⁴¹ Auch Art. 28 KRK steht (wie Art. 13 des Sozialpaktes) in direktem Zusammenhang mit der Grundsatzbestimmung des Diskriminierungsverbotes. Da der Schutzzumfang des Art. 2 Abs.1 KRK auch Kinder ohne Aufenthaltsstatus umfasst, haben diese nach Art. 28 Abs. 1 KRK i.V.m. Art. 2 Abs.1 KRK ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zur Bildung.²⁴² Weiterhin statuiert Art. 24 KRK, dass besondere Maßnahmen zum Schutz von Kindern ergriffen werden müssen.

4.2. Wirkung im innerstaatlichen Recht

Die Bundesrepublik hatte in ihrer "Interpretationserklärung" die unmittelbare Anwendung der Vorschriften der KRK zunächst verneint.²⁴³ Mit der Rücknahme des Vorbehaltes wurde die Möglichkeit der innerstaatlichen unmittelbaren Anwendung eröffnet. Art. 28 Abs.1 lit. a) ist inhaltlich hinreichend bestimmt und klar, um "self-executing" Charakter zu haben. Lit. b) hingegen ist zu vage formuliert, um unmittelbar anwendbar zu sein, in Verbindung mit dem direkten Diskriminierungsverbot ergibt sich jedoch ein unmittelbar anwendbarer Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Bildungseinrichtungen.

239 Für die Grundschulbildung fehlt eine dem Art. 14 IPwskR vergleichbarer Verpflichtung in der KRK. Auch lit. b) KRK klingt weniger verpflichtend; dort heißt es, dass die Vertragsstaaten die Entwicklung der weiterführenden Schulen „fördern“ und sie allen Kindern verfügbar und zugänglich machen.

240 Vgl. CRC, General Comment No. 6, Ziff. 41. Vgl. hierzu auch die "Concluding Observations" des Kinderrechtssausschusses in Bezug auf einen Staatenbericht aus Dänemark, GA, Official records: 51st Session, Supplement No.44, Para.447, UN-Dok. A/51/49 und die "Concluding Observations" für Belgien: GA, Official: 51st Session, Supplement No. 44, Para. 585, UN-Dok. A/51/49, 1997, in denen der mangelnde Zugang zur Gesundheitsversorgung und Bildung von Kindern, deren Asylantrag zurückgewiesen wurde und die dennoch im Land verblieben, als konventionswidrig erklärt wurde.

241 Vgl. hierzu: *Poscher;Rux;Langer*, Das Recht auf Bildung, S. 60.

242 Vgl. *Poscher; Rux; Langer*, Das Recht auf Bildung, S. 56 m.V. auf UN-Centre for Human rights, Legislative History of the Convention on the Rights of the Child (1978 – 1989), Article 2 (Non-Discrimination), HR/1995/Ser.1/article.2, S.15:" (...) Other delegations agreed that the parents' illegal entry into the territory of a State Party could not be invoked in order to limit the rights of their children."

243 Vgl. weiter oben: S. 56f.

4.3. Durchsetzbarkeit der Rechte

Die UN-Kinderrechtskonvention verfügte zunächst über keine effektiven Durchsetzungsmechanismen. Dies hat sich mit der Neuregelung über die Einführung eines Individualbeschwerdeverfahrens geändert, an dem die Bundesrepublik Deutschland aktiv mitgewirkt hat.²⁴⁴ Nachdem der UN-Menschenrechtsrat den Entwurf für ein drittes Fakultativprotokoll²⁴⁵ am 17. Juni 2011 angenommen hatte, und dieser dann von der UN-Generalversammlung 19. Dezember 2011 verabschiedet wurde, hat der Bundestag am 8. November 2012 einstimmig das Gesetz zur Ratifikation des 3. Fakultativprotokolls zur Kinderrechtskonvention verabschiedet. Damit können Kinder, die in Deutschland leben, vor dem „Committee on the Rights of the Child“ künftig Verletzungen ihrer Rechte aus der KRK geltend machen.²⁴⁶

Zuvor bestand lediglich das Staatenberichtverfahren gemäß Art. 44 KRK, dass die Vertragsstaaten verpflichtet, in regelmäßigen Abständen über die Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte dem Ausschuss für die Rechte des Kindes Mitteilung zu machen.²⁴⁷ Der Kinderrechtsausschuss hat bisher zwei Berichte der BRD geprüft.²⁴⁸

Die Kinderrechtskonvention entfaltet darüber hinaus mittelbar Rechtswirkung durch ihre Heranziehung bei der Auslegung anderer Bestimmungen. So hat der EuGH in seiner ersten Entscheidung zur Familiennachzugsrichtlinie die KRK als allgemeinen Rechtsgrundsatz qualifiziert und wendet sie damit als Rechtsquelle für den EU-Grundrechtsschutz an.²⁴⁹ Vor allem das Konventionsprinzip des Vorrangs des Kindeswohls wird bei der Interpretation einzelner Normen herangezogen.²⁵⁰

244 Die Bundesregierung hatte im Koalitionsvertrag 2009, 17. Legislaturperiode (S.70), bekräftigt, dass sie an der Ausgestaltung eines Individualbeschwerdeverfahrens zur UN-Kinderrechtskonvention aktiv mitwirken werde“.

245 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communication procedure, UN-Dok. A/HRC/17/L.8.

246 S. ausführlich zur Entwicklung und Bewertung des neuen Individualbeschwerdeverfahrens, *Löhr*, in: Barwig u.a. (Hrsg.): *Solidarität, Hohenheimer Tage zur Ausländerrecht 2012*, S. 307ff.

247 Vgl. zum Ablauf des Staatenberichtsverfahren (Art. 44 Abs.1, Art. 45 lit.d): *Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention, Art. 45 Rn. 1-8.

248 CRC, Initial reports of States parties due in 1994 v. 16.9.1994, Germany, UN-Dok. CRC/C/11/Add.5, CRC, Second periodic reports of States parties in 1999, Germany, UN-DokCRC/C/83/Add.7, 2003. In seinen letzten „Concluding Observations“ forderte der Ausschuss die Bundesregierung auf, die Länder von der Rücknahme des Ausländervorbehaltes zu überzeugen.

249 Darauf weist *Walter*, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 43, hin.

250 Vgl. auch Art. 5 Abs.5 der Familiennachzugsrichtlinie, der dieses Prinzip dort verankert.

Zusammenfassung

Die KRK zeigt zum einen die unsichere Beziehung zwischen exklusiver Souveränitätsmacht und den Menschenrechten von Migrant*innen,²⁵¹ andererseits aber auch die Entwicklung des internationalen Menschenrechtssystems hin zu einem sich immer weiter entwickelnden Schutzsystem. Auch Kindern in irregulärer Aufenthaltssituation stehen diese Rechte zu, denn sie dürfen für den Migrationsverstoß ihrer Eltern nicht verantwortlich gemacht werden. Die Rücknahme des Ausländervorbehaltes durch die Bundesregierung, der zu einer Schutzbereichsbegrenzung führte, zeigt, dass die Bundesrepublik Deutschland inzwischen die besondere Schutzbedürftigkeit auch von Kindern mit Migrationshintergrund anerkennt und sich der prekären Situation von Kindern in irregulärer Aufenthaltssituation bewusst ist. Somit ist die Einführung des Individualbeschwerdeverfahrens ein positiver Schritt hin zu einem effektiveren Menschenrechtssystem.

II. REGIONALE MENSCHENRECHTSABKOMMEN

1. Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und das erste Zusatzprotokoll

Einleitung

Die Beachtung der Menschenrechte in Europa ist insbesondere in der „Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)“ geregelt. Sie wurde vom Europarat am 4. November 1950 verabschiedet und am gleichen Tag von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet²⁵². Am 3. September 1953 trat sie im Bundesgebiet in Kraft²⁵³. Durch eine Reihe späterer Zusatzprotokollen wurden die in der EMRK garantierten Rechte zunehmend ausgedehnt, so auch auf einige soziale Rechte. So garantiert das Zusatzprotokoll Nr. 1 vom 20. März 1952 z.B. in Art. 2 S.1 das

²⁵¹ Vgl. hierzu: *Noll*, EJML 2010, S. 245.

²⁵² BGBl. II, 1952, S. 685, 953, in der Neufassung vom 17.5.2002, BGBl. II, 2002, S. 1054.

²⁵³ BGBl. II 1954, S. 19.

Recht auf Bildung.²⁵⁴ Ansonsten besteht (vergleichbar mit den beiden UN-Konventionen) eine Trennung der bürgerlichen und politischen Rechte von den sozialen Rechten der Europäischen Sozialcharta.

Im Unterschied zu den anderen Menschenrechtsübereinkommen sieht die EMRK zur Überwachung der Einhaltung der Konventionsrechte ein wirkungsvolles Rechtsschutzsystem mit Individualrechtsschutz vor. Nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges (Art. 35 EMRK) kann jeder gegen die Verletzung seiner Konventionsrechte klagen (Individualbeschwerde, Art. 34). Die Bindungswirkung der Urteile des EGMR (Art. 46 EMRK) gilt grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien (inter-partes), haben aber Orientierungswirkung für die anderen Mitgliedstaaten (erga-omnes)²⁵⁵. Dabei können konkrete Urteile jedoch nur begrenzt auf andere Sachverhaltskonstellationen und Rechtsordnungen umgesetzt werden. Der EGMR betont regelmäßig den Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten (margin of appreciation)²⁵⁶ und den subsidiären Auffangcharakter seiner Rechtsprechung.²⁵⁷ Im Bereich des Migrationsrechts wird den Mitgliedstaaten wegen des anerkannten Rechts der Vertragsstaaten, „die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von Fremden zu kontrollieren“²⁵⁸, ein weiter Beurteilungsspielraum zugemessen²⁵⁹, der insgesamt zu einer eher restriktiven Urteilspraxis des EGMR geführt hat. Denn die EMRK gewährt lediglich einen grundrechtlichen Mindeststandard, der als Richtlinie für die Staaten gelten soll. Zugleich hat die EMRK einen dynamischen Charakter, sie ist ein „living instrument“, das im Lichte der

254 Diese Zusatzprotokoll wurde von Deutschland am 20.3.1952 unterzeichnet, vgl. BGBl. II, 1956, S. 1879, in der Neufassung vom 17.5.2002, BGBl. II, 2002, S. 1054, und am 13.2. 1957 ratifiziert, vgl. BGBl. II, 1957, S.226.

255 S. *Fritzsch*, Der Schutz sozialer Bindungen von Ausländern, S. 56 ff., der im Ergebnis den Urteilen des EGMR Orientierungswirkung (persuasive authority) zu kommen lässt, m.w.N.

256 Bei dem „margin of appreciation“ handelt es sich um ein Instrument des Gerichtshofs zur Variation seiner Kontrolldichte je nach betroffenen Grundrecht und Lebensbereich, dem der Fall zuzuordnen ist, vgl. hierzu: *Grabewarter; Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 18 Rn. 20f.

257 Vgl. hierzu: *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 113f m.V.a. EGMR, Urt. v. 15.01.2007 (Große Kammer), Appl. No. 60654/00, *Sisojeva v. Lettland*, Ziff. 90f. Dort heißt es: „Die Wahl der angemessenen Mittel zur Beachtung (der Konvention) ist grundsätzlich den nationalen Einrichtungen überantwortet, die sich im ständigen Kontakt mit den maßgeblichen Akteuren in ihren Ländern befinden und besser in der Lage sind, die Möglichkeiten und Mittel ihrer jeweiligen nationalen Rechtssysteme einzuschätzen (...). Daher kann Art. 8 EMRK, wie der Gerichtshof wiederholt ausgeführt hat, für sich genommen nicht dahingehend ausgelegt werden, dass ein Recht auf Erteilung eines bestimmten Aufenthaltstitel umfasst.“

258 So die ständige Rechtsprechung seit EGMR, Urt. v. 18.02.1991, *Moustaquim v. Belgien*, Nr. 12313/86, Ziff. 43. Vgl hierzu: *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 112.

259 Vgl. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 113f.

aktuellen Umstände ausgelegt werden muss und sich stetig weiterentwickelt²⁶⁰.

1. 1. Anwendungsbereich

Die besondere Bedeutung der EMRK liegt in ihrem umfassenden Anwendungsbereich. Nach Art. 1 EMRK sichern die Hohen Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen („within their jurisdiction“) die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.²⁶¹ Der EGMR entschied in der Rechtssache *Bankovic*²⁶², dass das Konzept der Hoheitsgewalt gem. Art. 1 EMRK grundsätzlich territorial im Sinne der Herrschaft eines Staates über sein eigenes Gebiet und die Personen, die sich darauf befinden, zu verstehen ist.²⁶³ Auf Kritik stieß das Urteil, da es den Begriff der Jurisdiktion erstmals in einem von dem Zurechenbarkeitskriterium der Staatenverantwortlichkeit abweichenden Sinne auslegte. Dies ist besonders im Fall des staatlichen Handelns außerhalb seines eigenen Territoriums bedenklich, da hier ein menschenrechtliches Vakuum in Kauf genommen wird.²⁶⁴ In Ausnahmefällen wird aber auch eine extraterritoriale Wirkung der EMRK angenommen, und zwar wenn der verpflichtete Staat eine „wirksame Gesamtkontrolle“ „Jurisdiction“ - „Herrschaftsgewalt“ („effective overall control“) über ein bestimmtes Gebiet ausübt²⁶⁵ oder im Einzelfall Personen oder Personengruppen dergestalt in seinen Einflussbereich bringt, dass sie – wie im Fall von Festnahmen im Ausland – unter dessen „Gewalt und Kontrolle“ stehen²⁶⁶. Eine extraterritoriale Anwendung wurde auch in der Entscheidung *Hirsi Jamaa* bejaht; in diesem Fall wurden Flüchtlinge von Militärschiffen unter italienischer Flagge ohne ihrer Kenntnis nach Tripolis

260 Vgl. EGMR, Ur. v. 25.04.2978, *Tyrer v. Vereinigtes Königreich*, Series A 26, in dem es heisst: „the Convention is a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions“; vgl. hierzu: *Grabenwater; Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 5 Rn. 13f.; *Walter*, Familienzusammenführung, S. 81.

261 Mit Ausnahme einzelner Vorschriften die ausdrücklich Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit erlauben (vgl. Art. 16 EMRK; vgl. auch Art. 14 EMRK und Art. 3 und 4 des 4. Zusatzprotokolls).

262 EGMR, Ur. v. 12.12.2001, *Bankovic and Others v. Belgium u.a.*, Appl.No. 52207/99 (= EuGRZ 2002, 133).

263 Vgl. Ziff. 59-66 des Bankovich-Urteils (Fn. 260). Der EGMR weist zudem in Ziff. 80 darauf hin, dass die EMRK ein regionales Instrument sei, das einen europäischen Raum schaffe und nicht für weltweites Handeln der Vertragsstaaten geschaffen worden sei. Vgl. hierzu auch: EGMR, Ur. v. 1.12.2005, *Tuquabo-Tekle u.a. v. the Netherlands*, Appl.No. 60665/00, Ziff. 26-31, hier wurde aber über den Einwand der Niederlande der fehlenden Jurisdiction i.S.v. Art.1 jedoch nicht entschieden.

264 Vgl. *Kälin; Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 150.

265 EGMR, Ur. v. 23.02.2012, *Hirsi Jamaa ua v. Italien*, Appl.No. 27765/09, Ziff. 70-72; EGMR, Ur. v. 23.3.1995, *Loizidou v. Turkey*, Appl. 15318/89; (Preliminary Objections), Serie A 310, Z. 62M.

266 *Grabenwater; Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 17, Rn.12 m.V.a. EGMR, Ur. v. 16.11.2004, *Issa u.a. v. Turkey*, Appl.No. 31 31 821/96, Z.71; EGMR, Ur. v. 08.06.2004, *Ilascu and Others v. Moldavia and Russia*, Appl.No. 48787/99, Ziff. 1.

zurückgeführt. Italien übte damit auf Hoher See eigene Hoheitsgewalt im Sinne des Art. 1 EMRK aus.²⁶⁷

Was den persönlichen Anwendungsbereich im Staatsgebiet betrifft, ist Art. 1 EMRK nach seinem Wortlaut sehr weit gefasst und umfasst alle Personen, die sich faktisch im Hoheitsgebiet des Staates aufhalten. Unterstützung findet die Auslegung, dass der fehlende aufenthaltsrechtliche Status den Anwendungsbereich der EMRK nicht ausschließt, in der Genese der EMRK. Erstreckte der Entwurf der Beratenden Versammlung des Europarates den Geltungsbereich der Konvention zunächst auf „alle Personen, die im Gebiet der Vertragsparteien ihren Wohnsitz haben“, wurde das Kriterium des „Wohnsitzes“²⁶⁸ nicht beibehalten, da es dem Sachverständigenrat als zu restriktiv erschien.²⁶⁹ Dass der Migrant für die Geltung der Rechte in der EMRK nicht zuvor rechtlich in den Vertragsstaat zugelassen werden muss, hat der EGMR in seiner Rechtsprechung bestätigt.²⁷⁰ Damit ist jedoch noch nicht gesagt, welche Menschenrechte nach ihrem sachlichen und persönlichen Schutzbereich anwendbar sind und welche Rechtsfolgen sich damit verbinden.

Zur Achtung der Souveränität des Staates setzen einige Konventionsrechte ausdrücklich einen rechtmäßigen Aufenthalt voraus. So beschränkt Art. 2 des 5. ZP, der die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit gewährleistet, seinen Schutzbereich auf sich legal aufhaltende Personen. Das Merkmal „legal“ wurde explizit mit der Begründung in den Text aufgenommen, um die Souveränität der Staaten über die Einwanderungskontrolle zu unterstreichen.²⁷¹ Die in Art. 1 7. ZP²⁷² garantierten Verfahrensgarantien in Ausweisungsverfahren schützen nur Ausländer, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Konventionsstaats aufhalten. Dabei definiert sich die Voraussetzung des legalen Aufenthaltes aus dem nationalen Recht. Bei einem faktischen Aufenthalt des Ausländers bleibt es der Befugnis des Konventionsstaates überlassen, rechtlich zu bestimmen, wer sich

267 *Hirsi ua v. Italien* (Fn. 263), Ziff. 75; s. *Weber*, ZAR 2012, S. 266; vgl. hierzu weiter unten auch: fünftes Kapitel, II, 2.2.

268 „all persons residing within their territories“

269 Vgl. hierzu auch *Martinez-Soria*, Illegalität und Schulbesuch, RdJB 2005, S. 90 und *Poscher; Rux; Langer*, Das Recht auf Bildung, S. 67.

270 Vgl. z.B. EGMR, Urt. v. 21.04.1997, *D v. the United Kingdom*, Reports 1997-III, Ziff. 48; kritisch: *Fritzsch*, Der Schutz sozialer Bindungen von Ausländer, S. 150.

271 Explanatory Report to P4 para 8: zit: Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, S. 737, Fn. 17.

272 Nach Art. 1 Abs.1 7. ZP ist vorgeschrieben, dass ein Ausländer, der sich rechtmäßig in einen Vertragsstaat aufhält, nur aufgrund einer rechtmäßig ergangenen Entscheidung ausgewiesen werden darf. Dem Ausländer wird die Möglichkeit eingeräumt, Gründe vorzubringen, die gegen seine Ausweisung sprechen, wobei die konkrete verfahrensrechtliche Ausgestaltung dem Vertragsstaat überlassen wird.

rechtmäßig aufhält.²⁷³ Einen minimalen Verfahrensschutz vor kollektiver Ausweisung²⁷⁴ bietet jedoch Art. 4 des ZP.4, der auch Ausländer ohne Aufenthaltsrecht erfasst.²⁷⁵ Der EGMR wertete in seiner Entscheidung *Hirsi ua. v. Italien* die Zurückweisung auf Hoher See als Kollektivausweisung und stellte eine Verletzung des Art. 4 des Protokolls Nr. 4 fest. Neu an der Entscheidung war, dass er die Vorschrift erstmalig extraterritorial anwendete; denn alle bisher entschiedenen Fälle hatten sich auf dem Staatsgebiet der Vertragsparteien abgespielt.²⁷⁶

In seiner Rechtsprechung hebt der EGMR immer wieder hervor, dass den Staaten ein Recht auf Kontrolle der Einreise und Einwanderung von Ausländern zukomme und gewährt deswegen den Staaten in diesem Bereich einen besonders weiten Entscheidungsspielraum.²⁷⁷

1.2. Das Diskriminierungsverbot

Art. 14 EMRK enthält ein akzessorisches Diskriminierungsverbot.²⁷⁸ Dieses richtet sich gegen intendierte und faktische Diskriminierungen. Dabei setzt der EGMR hinsichtlich des Kriteriums der Staatsangehörigkeit, welches von dem Merkmal „nationale Herkunft“ umfasst wird, einen sehr strengen Maßstab an.²⁷⁹

273 *Flinterman*, Expulsion of Aliens, in: van Dijk/von Hoof/ von Rijn/Zaaak (Hrsg.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, S. 966.

274 Fraglich ist, was unter einer kollektiven Ausweisung zu verstehen ist. In *Andric v. Sweden* (Appl. 45917/99), definierte der EGMR eine kollektive Ausweisung als: “any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of a group.” Das bedeutet, inter alia, dass jeder Person die Möglichkeit gegeben werden muss, Argumente gegen seine Ausweisung gegenüber der maßgeblichen Behörde vorbringen zu dürfen, s. *Schokkenbroek*, Prohibition of Collectiv Expulsion of Aliens, in: van Dijk/von Hoof/ von Rijn/Zaaak (Hrsg.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, S. 955.

275 S. insbes. EGMR, Urt. v. 5. Februar 2002, *Conka v. Belgium*, Appl. No. 00051564/99, Ziff. 63. Hier bemerkte der EGMR: “at no stage of in the period between the service of the notice on the aliens to attend the police station and their expulsion did the procedure afford sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account.”

276 EGMR, *Hirsi Jamma v. Italien* (Fn 263), Ziff. 177f.; s. hierzu ausführlich: *Weber*, ZAR 2012, S. 268.

277 EGMR, Urt. v. 28.05 1985, *Abdulaziz, Cabalas and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/18 et al, Ziff. 67; EGMR, Urt. v. 19.02.1996, *Gül v. Switzerland*, Appl. No. 23218/94, Ziff. 38.

278 Art. 14 EMRK verpflichtet die Vertragsparteien: “Der Genuss der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten muss ohne Unterschied des Geschlechts, der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politischen oder sonstigen Anschauungen, nationalen oder sozialen Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status gewährleistet werden.“ Die dort aufgelisteten Gründe sind nicht abschließend.

279 „According to the Court’s case law, EGMR, Urt. v. 16.09.1996, *Gaygusuz v. Österreich*, Appl No. 40892/98, Ziff. 42., „a difference of treatment is discriminatory, for the purpose of Article 1 if it, has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised“. Moreover the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situation justify

Eine Ungleichbehandlung kann jedoch gerechtfertigt sein, wenn sachliche und vernünftige Gründe vorliegen, die ein legitimes Ziel verfolgen und die Maßnahme in Hinblick auf dieses Ziel verhältnismäßig ist. Eine Differenzierung in diesem Sinne können die kurze Aufenthaltsdauer eines Ausländers oder der illegale Aufenthaltsstatus rechtfertigen.

1.3. Das Verbot der Folter oder unmenschlicher Behandlung als absolute Schranke der Ausweisung, Abschiebung und Auslieferung

Dass der Staat nicht foltern bzw. unmenschliche oder erniedrigende Behandlungen durchführen darf, ergibt sich aus Art. 3 EMRK. Es stellt sich darüber hinaus die Frage, inwieweit der Staat in seiner Entscheidungsfreiheit über die Ausweisung, Abschiebung oder Auslieferung von Menschen eingeschränkt ist, wenn der betroffenen Person im Zielstaat schwerste Menschenrechtsverletzungen drohen? Gegen die Verantwortlichkeit des ausweisenden Staates könnte sprechen, dass eine in Folge der Ausweisung zu befürchtende Misshandlung des Betroffenen nicht durch diesen Staat selbst begangen wird, sondern durch einen anderen Staat.²⁸⁰ Der EGMR hat eine Verantwortlichkeit des Staates nach der Konvention bejaht und Schutzpflichten aus Art. 3 EMRK abgeleitet, wenn es ernsthafte Gründe für die Annahme gibt, dass dem betroffenen Ausländer im Heimatstaat nach der Rückkehr einer ernsthaften Gefahr ausgesetzt wäre, dort gefoltert oder unmenschlich und herabwürdigend behandelt, bestraft oder getötet zu werden, und in diesen Fällen ein absolutes Abschiebeverbot vorgeschrieben.²⁸¹ Denn in der Übergabe des Betroffenen in die Gewalt des ausländischen Staates liegt eine dem ausweisenden Staat unmittelbar zurechenbare Handlung vor, die zur direkten Folge hat, dass eine Person einer menschenunwürdigen Behandlung ausgesetzt wird.²⁸² Von der Struktur her ist bemerkenswert, dass Art. 3 die einzige Bestimmung der EMRK ist, die keinerlei Einschränkungen oder Ausnahmen

a different treatment. However, very weighty reasons would have to put forward before the Court regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention.” Dazu vertiefend: *König; Peters*, Das Diskriminierungsverbot, in: Grote; Marauhn (Hrsg.), EMRK /GG Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 21, Rn. 136ff m.w.N.

280 *Grabenwarter*, Pabel, EMRK, 5. Aufl., S. 176f. Rn. 40; *Zimmermann*, Ausweisungsschutz, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006, Kap.27, Rn.23.

281 EGMR, Urt.v. 7. Juli 1989, *Soering v. The United Kingdom*, Appl No. 14038/88 (=EuGRZ 1989, 314); EGMR, Urt. v. 5 Juli 2005, *N. v. Finlan*, Appl No. 45029/9, Ziff. 158-159; EGMR, Urt. v. 15.11.1996, Appl. No. 22414/93, *Chahal v. the United Kingdom* = NVwZ 1997, 1093.

282 EGMR, Urt. v. 20.03.1991, *Cruz Varas u.a. v. Schweden*, Appl. No. 46/1990/237, Ziff. 69; vgl. Grabenwarter; Pabel, EMRK, 5. Aufl., S. 176 m.w.V s. insb. dort Fn. 258.

unterliegt. Damit können sich alle Menschen auf das Abschiebeverbot berufen. Soweit aus Art. 3 EMRK mittelbar ein Refoulement-Verbot hergeleitet wird, kann sich hieraus ggf. ein Schutz vor Zurückweisung an der Grenze ergeben, wenn dadurch eine unerlaubte Einreise verhindert werden sollte.²⁸³

Der EGMR hat den Schutz durch Art. 3 EMRK auch auf Ausländer ausgedehnt, denen wegen einer Krankheit bei einer Rückkehr in den Herkunftsstaat schwerwiegende Gefahren für Leben und Gesundheit drohen. In seiner Entscheidung *D. v. The United Kingdom*²⁸⁴ wurde die Abschiebung eines an Aids im Endstadium erkrankten karibischen Staatsangehörigen erstmals als konventionswidrig betrachtet, da er in seinem Heimatland keinerlei Unterstützung von staatlicher oder familiärer Seite hätte erwarten können. Insgesamt waren die Fälle, die eine Verletzung des Art. 3 EMRK bejahten, durch außergewöhnliche Umstände gekennzeichnet.²⁸⁵ Insbesondere musste eine schwere Erkrankung im fortgeschrittenen Stadium²⁸⁶ kombiniert mit fehlenden Behandlungsmöglichkeiten und sozialen bzw. familiären Bindungen im Zielstaat vorliegen. Ansonsten verwies der EGMR in seiner anschließenden restriktiven Rechtsprechung auf den Ausnahmecharakter der Entscheidung.²⁸⁷ In einer Grundsatzentscheidung der Großen Kammer, *N. v. Vereinigtes Königreich*²⁸⁸ im Jahre 2008 rechtfertigte der EGMR die hohe Anwendungsschwelle des Art. 3 EMRK²⁸⁹ und betonte zugleich die wesentliche Schutzrichtung der Konvention auf bürgerliche und politische Rechte²⁹⁰. Der Fall *D. v. The United Kingdom* war insoweit ein besonderer Ausnahmefall, da die Entscheidung aufgrund der „humanitären Erwägungen“

283 S. Zimmermann, Ausweisungsschutz, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 27, Rn. 36ff.

284 EGMR, Urte. 02.05.1997, *D. v. The United Kingdom*, Appl. No. 30240/96, NVwZ 1998, S.61.

285 Ähnlich im Urteil v. 7.09.1998, *B.B. v. Frankreich*, Appl. No. 30930/96. Hier ging es um das Abschiebeverbot eines Kongolesens mit fortgeschrittener Aids-Erkrankung und weiterer außergewöhnlicher Umstände (fehlende Behandlungsmöglichkeit, große Gefahr opportunistischer Erkrankungen sowie fehlende familiäre Bindungen).

286 Der kritische Krankheitszustand wurde in einer Reihe anderer Fälle verneint. So z.B. im Fall *Arcila Henao v. the Netherlands*, EGMR, Entsch. v. 24.06.2003, Appl. No. 13669/03 oder im Fall *Ndangoya/Schweden*, EGMR, Entsch. v. 22.06.2004, Appl. No. 17868/03.

287 Eine Übersicht der Rechtsprechung findet sich in EGMR (Große Kammer), *N. v. The United Kingdom*, Nr.26565/05 (2008), para 34ff.; s. Kälin; Künzli, Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 552.

288 EGMR (Große Kammer), Urte. 27.05.2008, *N. v. The United Kingdom*, Appl. No. 26565/05.

289 Als Rechtfertigung wurde insbesondere vorgebracht, dass die EMRK kein Recht begründe von der Gesundheitsinfrastruktur des Aufenthaltsstaates zu profitieren (para 42). Da Art. 3 EMRK nicht von den Vertragsstaaten verlange die bestehenden Ungleichheiten in der Gesundheitsinfrastruktur durch die Zurverfügungstellung von unentgeltlichen und unbegrenzten Gesundheitsleistungen gegenüber Personen ohne Aufenthaltsrecht auszugleichen (para 45). Vgl. hierzu die Kritik der „joint dissenting opinion of judges Tulkens, Bonello and Spielmann“ (para. 6ff.), die darauf hinweisen, dass es bei einem im Destinationsstaat festgestellten Leiden, das die Anwendungsschwelle von Art. 3 überschreite, nicht darauf ankommen könne, ob dieses Leiden durch eine Verfolgung oder durch eine Krankheit verursacht worden sei.

290 S. ebenda, Para 45: „(...) auch wenn viele Rechte der Konvention Auswirkungen sozialer und wirtschaftlicher Art haben, schützt die Konvention wesentlich bürgerliche und politische Rechte“.

erfolgen musste, um die Würde des Menschen zu schützen.²⁹¹ Art. 3 EMRK verpflichtet hingegen nicht die Staaten, unterschiedliche soziale und wirtschaftliche Standards auszugleichen.²⁹²

Darüber hinaus wird die Frage diskutiert, ob die weit verbreitete Praxis der Vertragsstaaten, sich in Form von Auslieferungsverträgen oder diplomatischen Zusicherungen des Zielstaates, eine Person nicht zu foltern bzw. unmenschlich zu behandeln, ausreicht, um den Schutzpflichten aus Art. 3 EMRK zu genügen.²⁹³ Durch die schriftliche Vereinbarung soll das reale Risiko hinsichtlich einer Verletzung von Art. 3 EMRK für den jeweiligen Einzelfall minimiert werden.²⁹⁴ Fraglich ist, ob dadurch noch das notwendige Maß von Schutz gewährleistet ist. Der EGMR prüft das Vorliegen einer Zusicherung im Rahmen der Risikoprognose im Einzelfall.²⁹⁵ Wird in diesem Staat systematisch gefoltert, geht der EGMR davon aus, dass eine Zusicherung grundsätzlich die Gefahr der menschenunwürdigen Behandlung nicht zu beseitigen vermag.²⁹⁶

Bei der Gefahr einer Verfolgung aus religiösen Gründen im Zielstaat hat der EGMR festgestellt, dass dies nicht für sich genommen eine Verantwortung des entsprechenden Vertragsstaats aufgrund des Art. 9 EMRK (Religionsfreiheit) begründe, sondern im Rahmen der Prüfung des Art. 3 EMRK zu berücksichtigen sei, sofern die entsprechende Verfolgung die Intensität einer durch Art. 3 EMRK verbotenen Verfolgung erreiche.²⁹⁷

291 Die Regierung des Vereinigten Königreichs stellte in den nachträglichen Schlussfolgerungen fest, dass die Konvention seit dem Fall D. auch vor einer Verletzung der Menschenwürde schütze. Darauf weist *Frohwerk*, soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, S. 183f, hin.

292 EGMR, Urt. v. 27.05.2008, *N. v. The United Kingdom*, Appl. No. 26565/05= NVwZ 2008, 1334 Rn. 44. Auch das Urteil *M.S.S. vs. Belgien* erstreckt den Schutzbereich des Art. 3 EMRK ausdrücklich nicht allgemein auf soziale Leistungsrechte und betont den Ausnahmecharakter.

Vielmehr betrifft die Entscheidung den Schutz der Menschenwürde von Personen, die - in einem ihnen vollständig fremden Umfeld - vollständig von staatlicher Unterstützung abhängig sind und behördlicher Gleichgültigkeit gegenüberstehen, obwohl sie sich in ernsthafter Armut und Bedürftigkeit befinden (EGMR, Urteil v. 21.01.2011, - *M.S.S.* -, Appl. No. 30696/99, NVwZ 2011, S. 413, Rn.253).

293 Vgl. hierzu die Kritik von z.B. Amnesty International, Amnesty Report 2010 in Bezug auf Deutschland (verfügbar unter: www.amnesty.de/amnesty-international-report-2010); aber auch UNHCR: Anmerkungen von UNHCR zu diplomatischen Zusicherungen und Internationalen Flüchtlingsschutz, Protection Operations and Legal Advice Section, Division of International Protection Services Genf, August 2006, S.1; vgl auch MRA, *Alzery v. Schweden*, Communication No. 1416/2005 (2006).

294 EGMR, Urt. v. 28.2.2008, *Mohammed Ali Hassan Al-Moayad v. Deutschland*, Appl No. 35.865/03, Ziff. 103ff.

295 EGMR, Urt. 15.11.1996, *Chahal v. The United Kingdom*, Appl No. 22414/93 = NVwZ 1997, 1093, Z. 95ff; s. *Alleweldt*, NVwZ 1997, S. 1079. Hier wurde die Zusicherung in die Risikoprognose mit einbezogen, aber nur beschränkter Bedeutung zugemessen.

296 S. Kälin; Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*. 2. Aufl. S. 551 m.V.a. *Chahal v. The United Kingdom* (ebenda), Ziff. 105; *Saadi v. Italy* (Große Kammer), Nr. 37201/06 (2008), Para 147f. und *Ismoilov and Others v. Russia*, 2947/06 (2008), para.127. Kritisch zur Entwicklung der EGMR-Rspr.: *Maaßen*, ZAR 1998, S. 107ff.; *Hailbronner*, DÖV 1999, S. 619 ff. Im Fall der privaten Verfolgung im Zielstaat bestand ein Dissens zwischen der Rechtsprechung des EGMR und der deutschen Gerichte. Das BVerwG nahm eine Verpflichtung zur Unterlassung der Abschiebung nur dann an, wenn die Verfolgung des Betroffenen von staatlichen oder quasistaatlichen Stellen ausging.

297 *Weiszäcker*, *Grundrechte und freiwillige Migration*, S. 62 m.V.a. *Razaghi v. Sweden*, admissibility decision of 11 March 2003, Appl. No. 64599/01. Ziff. 11.

1.4. Das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit

Art. 4 Abs.1 EMRK verbietet, dass niemand in Sklaverei²⁹⁸ oder Leibeigenschaft gehalten werden darf; Abs.2 enthält ein absolutes Verbot²⁹⁹ der Zwangs- und Pflichtarbeit³⁰⁰. In dem Fall *Silidian* wurde in der Ausbeutung einer sich unrechtmäßig in Frankreich befindlichen afrikanischen Minderjährigen als unbezahlte „Hausdienerin“ eine Verletzung von Art. 4 Abs.1 und Abs.2 EMRK festgestellt.³⁰¹ Das 15-jährige Mädchen wurde, zwar im Einvernehmen ihrer Familie, mit einem Touristen-Visum nach Frankreich gebracht, um dort als Dienstmädchen gegen ihren Willen für die vier Kinder und den Haushalt einer französischen Familie rund um die Uhr unentgeltlich zu sorgen. Um das Mädchen gefügig zu machen, wurde ihr der Pass weggenommen, sie durfte nicht alleine das Haus verlassen und ihr wurde gedroht, dass sie als illegale Immigrantin im Falle der Entdeckung festgenommen und eingesperrt werden würde.³⁰² Das durch die Familie unter Zwang geschaffene Abhängigkeitsverhältnis und die faktische Unmöglichkeit des Mädchens aus diesem fremden ungewollten Wohn- und Arbeitsverhältnis herauszukommen, erfüllten nach dem EGMR sowohl die Kriterien der Sklaverei³⁰³ als auch der Zwangsarbeit³⁰⁴.

Spielte Art. 4 EMRK in den Konventionsstaaten lange Zeit keine wichtige Rolle³⁰⁵, gewinnt das Menschenrecht mit dem Fall *Silidian* und den modernen Formen der Sklaverei, vor denen insbesondere „Illegale“ aufgrund ihrer Verletzbarkeit (z. B. Angst vor Entdeckung, fehlende Informationen und Sprachkenntnisse) gefährdet sind, immer mehr an Bedeutung. Der Fall *Silidian*

298 Als Sklaverei kann man einen Zustand oder die Stellung einer Person bezeichnen, an der mit dem Eigentumsrecht verbundenen Befugnisse oder einzelne davon ausgeübt werden können. Vgl. Definition bei: *Grabenwarter; Pabel*, Europäischen Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., S.182, Rn. 47.

299 Als absolutes Recht stellt jeder Eingriff in den Schutzbereich dieses Menschenrechts (Abs.1 und Abs.2) zugleich einen Verstoß des Konventionsstaates dar.

300 Der EGMR hat zur Auslegung des Begriffs insbesondere Abkommen der ILO herangezogen. Die ILO Forced Convention von 1930 (39, LNTS 55) definiert in Art. 2 Zwangsarbeit. Die Zwangs- und Pflichtarbeit umfasst jede Verpflichtung zu einer höchstpersönlichen Dienstleistung, gleichgültig, ob es sich um körperliche oder geistige Arbeit handelt, EGMR, Urt. v. 23.11.1983, van der Musselle, Serie A 70 = EUGRZ 1985, 477, Z.33; zit. nach: *Grabenwarter; Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., S. 183, Fn.305, s. auch bzgl. der Auslegung, S. 157, Rn.40 u.41.

301 EGMR, Urt. v. 26.7.2005, *Silidian v. France*, Appl. No. 73316/01.

302 Ebenda, Ziff. 113ff.

303 Ebenda, Ziff. 124.

304 Ebenda, Ziff. 113ff.

305 Siehe: *Harris, O'Boyle & Warbrick*, Law of European Convention on Human Rights, S. 118.

verdeutlicht, dass Art. 4 EMRK neben der negativen Verpflichtung (Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit) auch positive Verpflichtungen erfordert, nämlich dass der Staat Rahmenbedingungen schafft, die solche Missstände eindämmen können. Der EGMR sah die positive Verpflichtung staatlicherseits insbesondere darin, eine effektive Strafverfolgung aufzubauen³⁰⁶. Demzufolge hielt der EGMR im Fall *Silidian* die französische Rechtsprechung, die zwar zivilrechtlich der Geschädigten eine Kompensation zusprach, aber in der Berufung des strafrechtlichen Verfahrens die Verurteilung der Verantwortlichen wegen Ausbeutung einer Arbeitskraft revidierte, nicht mit Art. 4 EMRK vereinbar. Die Verletzung von Art. 4 EMRK stellt nach dem EGMR zugleich eine Verletzung eines fundamentalen Wertes demokratischer Gesellschaften dar, so dass Art. 4 EMRK einen effektiven Schutz einfordert.³⁰⁷ Neben der positiven Verpflichtung einer effektiven Strafverfolgung sind aber auch andere Schutzpflichten denkbar, die die Opferrechte in ihrer menschenunwürdigen Situation stärken und schützen und ihnen im geschützten Raum, entkoppelt von ihrem fehlenden Aufenthaltsrecht, Rechte auf sichere Unterbringung, medizinische Versorgung, Beratung, Zugang zu Entschädigung³⁰⁸ und materielle Unterstützung etc. gewähren.

In jüngeren völkerrechtlichen Verträgen, wie dem Palermo-Protokoll gegen Menschenhandel aus dem Jahr 2000 und der Europaratskonvention gegen Menschenhandel aus dem Jahr 2005, sind explizit Verpflichtungen nicht nur zur Prävention, sondern ebenso zu effektiver Strafverfolgung, Opferschutz und Opferrestitution vorgesehen.³⁰⁹ Auf europäischer Ebene wurde am 21. März 2011 die Richtlinie 2011/36/EU erlassen, nach der Delikte im Zusammenhang mit Menschenhandel, schneller verfolgt, härter sanktioniert und die Opfer besser geschützt werden sollen. Die bisher mangelnde Umsetzung dieser Richtlinie

306 Ebenda, para 89: Die Konventionsstaaten haben die positive Verpflichtung „to adopt criminal law provisions which penalise the practices referred to in Art. 4 and to apply them in practice“.

307 Siehe: Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of European Convention on Human Rights*, S. 118.

308 EGMR, Urt. v. 13.11.2012, *C.N. v. the United Kingdom*, Appl. No. 4239/08. Der EGMR hat einer Frau aus Uganda eine Entschädigung in Höhe von ca. 29.000 € zugesprochen, da Großbritannien die Frau nicht vor Sklaverei und Ausbeutung nach Art. 4 EMRK geschützt hatte. Die Frau war mit gefälschten Papieren nach Großbritannien eingereist und arbeitete als Haushaltshilfe; den Lohn hatte sie nicht erhalten. Ein britisches Gericht lehnte die Schutzansprüche wegen Ausbeutung ab.

309 Siehe insbesondere UN-Protokoll gegen Menschenhandel („Palermo Protokoll“), Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels von 2005, das 2008 in Kraft getreten ist. In diesem ist als Ziel die Achtung der Rechte des Opfers genannt sind. S. hierzu insbesondere auch die Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates.

wurde von der Europäischen Kommission angemahnt.³¹⁰ Die Umsetzungsfrist für die EU-Mitgliedstaaten ist am 6. April 2013 abgelaufen.

1.5. Das Recht auf Freiheit und Sicherheit

Dass die Verwaltungspraxis eines Staates auch gegen „*Overstayers*“ ein faires Verhalten einhalten muss, zeigt die EGMR-Entscheidung *Conka v. Belgium*.³¹¹ Dort wurde entschieden, dass es gegen Art. 5 Abs.1 (f) EMRK verstößt, wenn die belgischen Behörden eine Gruppe von undokumentierten Migranten unter einem falschen Vorwand vorladen³¹², um sie anschließend für das Abschiebeverfahren festzunehmen.³¹³ Das Urteil bestätigt, dass auch bei sich illegal aufhaltenden Personen ihre Würde, als rationale Person zu handeln, geachtet werden muss und nicht durch absichtliche Täuschung, nämlich durch die Verbreitung falscher Informationen, eine bestimmte Handlung des Migranten entgegen seinem wahren Willen herbeigeführt werden darf.

In Bezug auf die Inhaftnahme einer sich illegal aufhaltenden Person kann diese in Einklang mit Art. 5 EMRK nur erfolgen, wenn ein Haftgrund vorliegt und der Grundrechtseingriff geeignet und erforderlich ist, um den Zweck der Rückführung sicherzustellen.³¹⁴

1.6. Schutz durch Art. 8 EMRK

1.6.1. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Nach Art. 8 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Familienlebens. Als Familie werden in erster Linie Ehepartner und Kinder verstanden. Dabei stellt

310 Die Bundesregierung Deutschland hat am 13.02.15 einen Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2011/36/EU erlassen, s.. BR Drucksache 54/15. Vgl. hierzu nur: Die Zeit v. 14.4.2013, „Menschenhandel in der EU nimmt zu“; Die Süddeutsche Zeitung v. 14.4.2013, „Mehr Opfer von Menschenhandel, aber weniger Verurteilte“.

311 EGMR, Urt. v. 5. Februar 2002, *Conka v. Belgium*, App. No. 00051564/99.

312 Eine Gruppe slowakischer Staatsangehöriger rumänischer Herkunft wurden unter dem Vorwand zur Polizeibehörde geordnet, um Aspekte ihres Asylverfahrens zu klären. Bei ihrer Ankunft wurden sie hingegen sofort festgenommen.

313 S. *Conka v. Belgium* (ebenda), Ziff. 42: “It follows that, even as regards overstayers, a conscious decision by the authorities for facilitate or improve the effectiveness of a planned operation for the expulsion of aliens by misleading them about the purpose of a notice so as to make it easier to deprive them of their liberty is not compatible with Article 5.““On effective remedy”. Zugleich wurde vom EGMR erstmals eine Verletzung von Art.4 4. Zp angenommen, da eine Gruppe von abgelehnten Asylbewerbern ohne Prüfung der Besonderheiten des Einzelfalls ausgewiesen wurden, s. *Conka v. Belgium* (ebenda), Ziff. 61ff.

314 S. EGMR, Urt. v. 2.12.2010, *Jusic v. Schweiz*, Appl. No 4691/06.

der Gerichtshof auf ein tatsächlich bestehendes Familienleben³¹⁵ ab, wobei der Schutzbereich nicht auf die Kernfamilie beschränkt bleibt, wenn die Beziehungen zu nahen Verwandten hinreichend intensiv sind.³¹⁶ Was der Begriff „Achtung“ bedeutet ist zunächst auslegungsbedürftig. Klargestellt ist, dass die Verpflichtung des Staates nicht nur darin besteht, Eingriffe in das geschützte Familienleben zu unterlassen, sondern dass der Staat vielmehr auch positiv verpflichtet ist, den Schutz durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung sicherzustellen.³¹⁷ Das durch Art. 8 EMRK geschützte Rechte auf Achtung des Familienlebens ist nicht absolut. Die Schranken des Abs.2 EMRK können einen Eingriff in dieses Recht rechtfertigen. In Ausweisungsfällen muss die zuständige Behörde abwägen, ob die Existenz der Familie einer Ausweisung entgegensteht. Denn die Ausweisung eines Familienmitgliedes kann das gemeinsame Familienleben auf dem Territorium des ausweisenden Staates beenden.

1.6.1.1. Das Recht auf Aufenthalt aus Art. 8 EMRK

Unter der Prämisse, dass die Konvention grundsätzlich kein Recht auf Einreise gewährt, hat der EGMR diesem Grundsatz folgend bei Familiennachzugsfällen aber auch bei Ausweisungsfällen, sehr restriktiv beurteilt, wenn einzelne Familienmitglieder aus Art. 8 EMRK ein Aufenthaltsrecht ableiten wollten. Insbesondere bei Nachzugsfällen war der EGMR anfangs sehr zurückhaltend, um sich nicht in die Migrationspolitik der souveränen Staaten einzumischen. Er änderte jedoch, insbesondere mit dem Fall *Sen*³¹⁸, seine Rechtsprechung und nahm auch bei ausländerrechtlich verweigerten Nachzugsfällen Verletzungen von Art. 8 EMRK an.

Ausgehend von seiner Rechtsprechung „*Abdulaziz*“³¹⁹, in der der Gerichtshof den einzelnen Staaten einen weiten Ermessensspielraum zuspricht, war

315 Der Gerichtshof unterscheidet nicht zwischen einer „ehelichen“ und einer „nichtehelichen“ Familie (sog. „famille naturelle“); vgl. EGMR, Urte. v. 13.6.1979, *Marckx ./ B*, App. No. 31= EuGRZ 1979, 454, Z. 45.

316 *Marckx ./ B*, ebenda, EuGRZ 1979, S. 458, Vgl. *Frowein*, in: Frowein; Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Art. 8 Rn. 20; Grabenwater; Pabel; EMRK, 5. Auflage, S. 237 Rn.18. Vgl. zum Familienbegriff auch: *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 82 f. 317 *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Art. 8 Rn. 11, Rn.23ff.

318 EGMR, Urteil vom 21. Dez. 2001, *Sen v. Niederlande*, Appl. No. 31465/96, InfAusIR 2002, S. 344ff. Hier war hauptsächlich das Wohl der inländischen Kinder bei der Abwägung für die positive Entscheidung ausschlaggebend. Für die niederländischen Kinder war es unzumutbar in das Herkunftsland ihrer Eltern auszureisen. Siehe auch Urteil des EGMR, Urte. v. 1. Dez. 2005, *Tuquabo-Tekle v. Niederlande*, Appl. No. 60665/00, Ziff.45.

319 EGMR, Urteil vom 28. Mai 1985, *Abdulaziz u.a. Vereinigtes Königreich*, Serie A, Nr. 94, EuGRZ 1985, 567, 570.

entscheidend für die Frage der Verletzung von Art. 8 EMRK, ob sich das Familienleben auch an einem anderen Ort zumutbar realisieren lässt (sog. elsewhere-approach). Das Zumutbarkeitskriterium wurde anfangs sehr restriktiv ausgelegt und war eigentlich nur gegeben, wenn das Familienleben woanders rechtlich nicht möglich war.³²⁰ Die Lebensortentscheidung eines Paares muss der Staat nicht akzeptieren. Selbst einem Staatsangehörigen war es zumutbar dem ausländischen Partner zur Führung ihres Ehelebens ins Ausland zu folgen.³²¹ Denn es besteht keine völkergewohnheitsrechtliche Pflicht, Fremde die Einreise in das Hoheitsgebiet zu gestatten.³²² Dem Staat obliegt grundsätzlich die Entscheidung bzw. Kontrolle darüber, welche Drittstaatsangehörige er in sein Staatsgebiet aufnimmt. Diese strenge Rechtsprechung hat der Europäische Gerichtshof mit der Zeit jedoch insofern gelockert, als er das Kriterium der Zumutbarkeit immer mehr für tatsächliche Hindernisse öffnete und im Entscheidungsprozess bei der Abwägung berücksichtigte, so auch das Kriterium der Staatsangehörigkeit.³²³ Darauf aufbauend wurde ein Kriterienkatalog³²⁴ entwickelt, in den folgende Faktoren bei der Abwägung von Wichtigkeit sind: ob ein Verstoß gegen das Zuwanderungsgesetz vorliegt, die Schwere weiterer Verstöße gegen die Sicherheit und Ordnung, der Integrationsgrad des bleibeberechtigten Familienangehörigen, ob die Trennung zur Zerrüttung des Familienlebens führen würde und, ob Kinder betroffen sind, wobei in diesem Fall das Wohl des Kindes zu berücksichtigen ist.

Betrachtet man die Fälle von Familien, von denen einzelne Mitglieder sich in der Illegalität befinden, steht diese Gruppe, obwohl es eigentlich um Ausweisung geht, den Nachzugsfällen näher. Auch hier hat der Staat dem Aufenthalt noch nicht zugestimmt. Im Vergleich zu Nachzugsfällen fällt bei der Abwägung zusätzlich negativ ins Gewicht, dass bereits Migrationsrecht missachtet wurde. Andererseits steht die Gruppe den Ausweisungsfällen insoweit näher, dass intensive Bindungen zu sich rechtmäßig aufhaltenden Personen, insbesondere zu Kindern, im Aufenthaltsstaat entstanden sein können oder Abschiebehindernisse

320 Vgl. hierzu *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 77.

321 Im Fall „*Abdulaziz*“ war es den britischen Ehefrauen zumutbar ihren ausländischen Ehemännern ins Ausland zu folgen.

322 *Tomuschat*, in: Merten; Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, 2009, S. 444ff.

323 So z.B. EGMR, Urt. v. 26.03.1992, *Beldjoudi v. France*, Appl. No.12083/86. Hier entschied der Gerichtshof, dass der französischen Ehefrau eines algerischen Staatsangehörigen, die immer in Frankreich gelebt hatte, nicht zumutbar sei ihrem Ehemann nach Algerien zu folgen (Rn.68).

Ihr Ehemann sollte ausgewiesen werden, da er schwere Straftaten begangen hatte.

324 Vgl. EGMR, Urt. v. 31.01.2006, *Rodrigues da Silva and Hoogkammer v. Netherlands*, Appl. No. 504357799, Ziff. 39.

bestehen³²⁵.

Dogmatisch ist vorweg festzuhalten, dass der EGMR die Fälle des illegalen Aufenthaltes eines Familienmitgliedes der Verletzung einer positiven Verpflichtung zuordnet.³²⁶ Da der Aufenthalt zu keiner Zeit rechtmäßig ist, betrifft die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts (angegriffene Entscheidung) keinen Eingriff in die Ausübung des Rechts auf Achtung des Familienlebens. Vielmehr wird geprüft, ob dem Staat eine Pflicht oblag, dem irregulär aufhaltenden Migrant den Aufenthalt zu gestatten, um ihm zu ermöglichen, dort das Familienleben aufrechtzuerhalten und fortzuführen. Durch den positiven Ansatz wird die Bestimmung des Schutzbereichs verengt, da die umfassende Prüfung, einschließlich der Kriterien von Abs.2 zur möglichen Rechtfertigung schon bei der Bestimmung und Begrenzung des Umfangs der positiven Handlungspflicht selbst Einzug finden. Steht eine Verletzung der Handlungspflicht fest, muss gleichzeitig eine Verletzung des Art. 8 EMRK angenommen werden. Besteht andererseits keine positive Verpflichtung, ist der Schutzbereich des Art. 8 EMRK nicht eröffnet.³²⁷

Die brisante Frage ist, ob der Schutzbereich des Art. 8 EMRK auch eröffnet ist, wenn der Aufenthalt eines Familienmitglieds nicht rechtmäßig ist.³²⁸ Besteht eine positive Verpflichtung von Seiten des Staates zum Schutz der Achtung des Familienlebens, in diesem Fall ein Aufenthaltsrecht zu gewähren? Muss der Staat das Familienleben achten, wenn dieses in der Illegalität gegründet wurde? Die Frage ist umstritten. Der Europäische Gerichtshof hat bisher in solchen Fällen sehr restriktiv geurteilt und dem Umstand, dass der Aufenthalt illegal ist, großes Gewicht beigemessen.³²⁹ Klargestellt hat das Gericht, dass allein der faktische Aufenthalt „fait accompli“ regelmäßig kein Aufenthaltsrecht begründet.³³⁰ Besonders wichtig war für den Gerichtshof der Aspekt, ob zum Zeitpunkt der Familienbegründung ein Familienmitglied sich rechtswidrig im Aufenthaltsstaat befand und demzufolge kein berechtigtes Vertrauen in die Fortdauer des Aufenthaltes genießen konnte. Für eine Trennung von Kindern seien die Eltern

325 EGMR, Urt. v. 15.11.1996, *Chahal v. The U.K.*, Appl. No. 22414/93, Ziff. 76.

326 S. EGMR, Urt. 31.01.2006, *Rodrigues da Silva v. Netherlands*, Appl. No. 50435/99, Ziff. 39; *Benamur v. the Netherlands*, Urt. v. 5. April, EGMR, Appl. No. 43786/04.

327 So im Fall *Benamur v. the Netherlands* (ebenda), der als unzulässig vom EGMR abgewiesen wurde.

328 Verneinend: *Fritzsch*, Der Schutz sozialer Bindungen von Ausländern, S. 165ff.

329 EGMR, Urt. v. 24.4.1996, *Boughanemi v. France*, Appl. No. 22070/93.

330 *Rodrigues da Silva v. Netherlands* (Fn. 324), Ziff. 43.

dann regelmäßig selbst verantwortlich;³³¹ dies auch, wenn die Kinder aufgrund des *jus soli* Prinzips nach der Geburt die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsortes erworben hatten.³³² Denn die Kinder könnten regelmäßig mit den Eltern gemeinsam in deren Heimatland zurückkehren. In derartigen Fällen stelle die Abschiebung von ausländischen Familienangehörigen nur unter außergewöhnlichen Umständen eine Verletzung von Art. 8 EMRK dar.³³³ Ob dies schon gegeben sein kann, wenn aufgrund der fortgeschrittenen Integration eines minderjährigen Kindes im Aufenthaltsstaat ein Mitziehen nicht mehr zumutbar ist, hat der Gerichtshof noch nicht beantwortet, wäre aber in außergewöhnlichen Fällen denkbar.³³⁴ Einen außergewöhnlichen Umstand hat der Gerichtshof bisher erst einmal im Fall *Rodrigues da Silva & Hoogkammer* (2006)³³⁵ angenommen, klärt jedoch nicht ganz eindeutig, wann dieses Kriterium erfüllt ist.

Insbesondere zwei Aspekte haben den EGMR davon überzeugt, dass die Abschiebung der Mutter eine Verletzung des Art. 8 EMRK bedeuten würde. Zum einen hätte die Abschiebung zu besonders harten Konsequenzen geführt. Denn die zwangsweise Rückkehr der Mutter hätte eine Unterbrechung der Bindung zum Kind zur Folge gehabt. Die Mutter hätte ohne das Kind nach Brasilien zurückkehren müssen. Mögliche schwerwiegende Folgen für das Wohl des jungen Kindes (3 Jahre) wurden angenommen (Verweis *Berrehab* Ziff 29). Zum anderen hätte der rechtmäßige Aufenthalt zum Zeitpunkt der Beziehung mit dem Vater des Kindes begründet werden können. Ob dieses Kriterium mit ausschlaggebend war, stellt der EGMR nicht klar. Dies wäre wünschenswert gewesen. Denn ungewiss bleibt, wie entschieden worden wäre, wenn die Mutter durchgängig kein Recht auf

331 Vgl. z.B. die EGMR-Entscheidung in der Sache *O. und O.L. v. UK*. Die Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 11979/86 kann unter: <http://hudoc.echr.coe.int> abgerufen werden.

332 Auch in diesen Fällen hat der EGMR eine restriktive Linie verfolgt. So z.B. in den Fällen *Jaramillo v. UK*, Entscheidung über die Beschwerde Nr. 24865/94; *Sorabjee v. UK* (1994), Entscheidung über die Beschwerde Nr. 23938/94; *Poku v. UK*, Entscheidung über die Beschwerde Nr. 26985/95 und *O. und O.L. v. UK* (s. ebenda). Den Kindern wurde trotz Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates aufgrund des recht jungen Alters (vier Jahre (*Jaramillo*) bzw. 10 Jahre (*Poku*)) und der damit zu vermutenden Integrationsfähigkeit, zugemutet in den Herkunftsstaat der Mutter zu folgen. Da das Familienleben im Herkunftsstaat der Mutter zumutbar war, wurde eine Verletzung des Art. 8 EMRK abgelehnt. Vgl. hierzu bejahend auch *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Art. 8 Rn. 25.

333 *Rodrigues da Silva v. Netherlands* (Fn. 325).

334 In den Entscheidungen *Jaramillo* und *Poku* wurde die Integrationsfähigkeit des Kindes immerhin in die Abwägung mit einbezogen. Im Ausweisungsfall *Mehemi v. France*, EGMR, Urt. v. 25.09.1997, Nr. 85/1996/704/896, wurde es den Kindern im Alter zwischen 15 und 17 nicht zugemutet.

335 Die brasilianische Staatsangehörige (22 Jahre) reiste in die Niederlande ein und ging eine Beziehung mit einem Staatsangehörigen ein, aus der bald eine Tochter hervorging. Die Mutter holte bald darauf ihre beiden älteren Söhne aus Brasilien nach. Alle drei hatten zu keiner Zeit einen legalen Status. Nach einigen Jahren zerbrach die Beziehung mit dem Niederländer. In einem folgenden Sorgerechtsverfahren wurde dem Vater das Sorgerecht – hauptsächlich wegen des unsicheren Aufenthaltsstatus der Mutter – zugeteilt. Die Erziehung übernahmen größtenteils die Großeltern –väterlicherseits – und die Mutter.

Legalisierung gehabt hätte. Diesem Umstand sollte jedoch nicht allzu großes Gewicht beigemessen werden, da die Möglichkeit der Legalisierung nach nationalem Recht zum Zeitpunkt der EGMR-Entscheidung eben nicht mehr bestand. Nach nationalem Migrationsrecht sollte für die Mutter kein Aufenthaltsrecht mehr möglich sein. Die Härte des Falls bestand darin, dass die Mutter im Fall ihrer erzwungenen Rückkehr von ihrem Kind getrennt worden wäre. Das Familienleben hätte sich nicht woanders realisieren lassen können. Die Trennung eines Elternteils von dem eigenen Kind wurde zwar vom EGMR in seiner Rechtsprechung auch mit Art. 8 EMRK als vereinbar angesehen, jedoch lagen in diesen Fällen zusätzlich noch schwerwiegende Straftaten vor (Vergleich *Boughanemi*³³⁶, *Chair*³³⁷).³³⁸

1.6.1.2. Rechte im illegalen Aufenthalt aus Art. 8 EMRK

Der Schutz des Art. 8 EMRK kann sich auch im illegalen Aufenthalt auswirken. Vor allem können auch hier nur schwerwiegende Gründe eine Trennung des Kindes von seinen Eltern bzw. einem Elternteil rechtfertigen. In der Entscheidung *Moser v. Austria* wurde der Entzug des Sorgerechts einer Migrantin kurz nach der Geburt ihres Kindes als Verletzung von Art. 8 EMRK gerügt.³³⁹ Der Eingriff in das Familienleben ließ sich nicht allein mit der Begründung der Gefährdung des Kindeswohles aufgrund ihres fehlenden Aufenthaltsstatus und ihrer unzulänglichen Wohnverhältnisse und finanziellen Mitteln rechtfertigen.³⁴⁰ Das legitime Anliegen, nämlich die Sicherung des Kindeswohls, hätte durch sorgfältige Überprüfung möglicher alternativer Maßnahmen, z.B. durch ihre Unterbringung in einem Mutter-Kind-Zentrum, und deren Auswirkungen auf Eltern und Kind überprüft werden müssen.³⁴¹ Die Notwendigkeit das Kind in öffentliche Fürsorge zu nehmen wurde damit staatlicherseits nicht ausreichend begründet. Trotz des den Behörden zustehenden weiten Ermessensspielraums

336 EGMR, Urt. v. 24. April 1996, App. No. 15/1995/522/608, *Boughanemi*.

337 Vgl. EGMR, Urt. v. 6.12.2007, *Chair u.a. v. BRD*, App. No. 69735/01 = InfAuslR 2008, S. 111. Die Ausweisung eines Marokkaners führte zur Trennung von seiner Tochter. Art. 8 EMRK wurde aber nicht als verletzt angesehen, da der Beschwerdeführer wegen sehr schwerer Straftaten (Vergewaltigung) rechtskräftig verurteilt worden war.

338 Vgl. EGMR, Urt. v. 5. April 2005, *Benamur v. the Netherlands*, App. No. 43786/04.

339 EGMR, Urt. v. 21.9.2006, *Moser v. Österreich*, Appl. No. 12643/02, FamRZ 2006, S. 187.

340 *Ebenda*, Ziff. 68. In diesem Fall war die Legalisierungsmöglichkeit ihres fehlenden Aufenthaltsrechts noch nicht geklärt, da sie zwischenzeitlich einen österreichischen Staatsangehörigen geheiratet hatte.

341 *Ebenda*, Ziff. 66, 70. Zwar hatte die Behörde die Möglichkeit der Unterbringung des Kindes bei Verwandten bzw. einem Freund geprüft, jedoch weitere Maßnahmen nicht in Betracht gezogen.

stand der Eingriff in keinem Verhältnis zu dem mit dem Eingriff verfolgten Ziel (para 73).

1.6.2. Schutz des Privatlebens

Das in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens umfasst nach der Auffassung des EGMR das Netz an persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen, die für das Privatleben eines jeden Menschen ausmachen.³⁴² Damit wird der Schutzbereich denkbar weit definiert. Dennoch ist umstritten, welche Umstände des Aufenthalts Voraussetzung für eine sog. Verwurzelung sind. Bei der Schutzbereichsbestimmung stellt sich insbesondere die Schwierigkeit, ob es hierbei allein auf die gelebten Beziehungen des Ausländers ankommt (auf die Integrationsleistungen) oder ob auch an den Aufenthaltsstatus rechtliche Anforderungen gestellt werden müssen. Die Meinungen, ob ein rechtmäßiger Aufenthalt Voraussetzung einer sog. „Verwurzelung“ ist, sind sehr unterschiedlich.³⁴³ Die Gefahr besteht, dass infolge einer weiten Schutzbereichsbestimmung des Art. 8 Abs.1 EMRK durch die Hintertür in die nationale Einwanderungsgesetzgebung und damit in die Einwanderungskontrolle des souveränen Staates eingegriffen wird. Andererseits stellt sich die Frage, warum Beziehungen eines bloß geduldeten oder sogar statuslosen Ausländers zu seinem Aufenthaltsstaat nicht sein Privatleben berühren sollten.³⁴⁴

Die Frage, ob der Voraufenthalt zwingend rechtmäßig sein muss, hat der EGMR noch nicht eindeutig geklärt und hält sich diesbezüglich noch bedeckt.³⁴⁵ Allerdings spielte die Qualität des Aufenthaltsstatus im Rahmen der Prüfung des Art. 8 EMRK eine wichtige Rolle. Insgesamt ist die Rechtsprechung des EGMR sehr kasuistisch geprägt. Betrachtet man die Rechtsprechung des EGMR, wurde

342 EGMR, Urt. v. 9.10.2003, *Slivenko v. Latvia*, Appl. No. 48321/99 – Ziff. 96. Das BVerfG übernimmt diesen weiten Ansatz und formuliert ganz ähnlich: «Das Recht auf Achtung des Privatlebens umfasst die Summe der persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen, die für das Privatleben eines jeden Menschen konstitutiv sind (...) und denen – angesichts der zentralen Bedeutung dieser Bindungen für die Entfaltung der Persönlichkeit eines Menschen – bei fortschreitender Dauer des Aufenthalts wachsende Bedeutung zukommt...«, BVerfG, B. v. 10.5.2007 – 2 BvR 304/07 – InfAuslR 2007, 275 (277); BVerfG, B. v. 10.8.2007 – 2 BvR 535/06.

343 Vgl. hierzu in der Literatur: *Eckertz-Höfer*, ZAR 2008, S. 44f; *Fritzsche*, ZAR 2010, S. 16f.; *Marx*, ZAR 2007, S. 261; Benassi, InfAuslR, 2006, S. 401f; *Hoppe*, ZAR 2006, S. 126f. In der Rechtsprechung vgl. mit weiten Ansatz: VGH Baden-Württemberg, InfAuslR 2009, S. 72; VGH Mannheim, ZAR 2008, S. 68 mit der restriktiveren Auslegung des OVG.

344 *Marx*, ZAR 2006, S. 266; auch *Hoppe* weist darauf hin, ZAR 2006, S. 127.

345 EGMR, Urt. v. 15.1.2007, *Sisojeva II*, Appl. No. 60654/00 = InfAuslR 2007, S. 140f.; Vgl. hierzu auch: *Hoppe*, ZAR 2006, S. 127.

aus einem langjährigen Aufenthalt allein noch keine schützenswerte Rechtsposition abgeleitet.³⁴⁶ Im Urteil vom 30.1.2006 in der Rechtssache *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gegen die Niederlande* hat der Gerichtshof ««daran erinnert, dass Personen, welche die Behörden der Vertragsstaaten mit ihrem Aufenthalt als „fait accompli“ konfrontieren, regelmäßig keinen Anspruch darauf haben, dass ihnen ein Aufenthaltsrecht zuerkannt werde«». Auch in seinem jüngsten Urteil *Nnyanzi*³⁴⁷ hat der EGMR die Frage, ob ein zehn Jahre andauernder prekärer Aufenthalt aufgrund eines Asylverfahrens dazu führen kann, dass eine Aufenthaltsbeendigung den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens berührt, ausdrücklich offen gelassen. Jedoch stellte der EGMR ausdrücklich klar, dass auch im Falle eines Privatlebens i.S.v. Art. 8 EMRK der Eingriff (die Ausweisung auf gesetzlicher Grundlage) gerechtfertigt sei. Denn das legitime Ziel, die Aufrechterhaltung und Stärkung der Einwanderungskontrolle, sei verhältnismäßig, da der Beschwerdeführerin nie ein Aufenthaltsrecht erteilt wurde. Hingegen kann die Abschiebung in Fällen der Entwurzelung im Herkunftsstaat in besonders schwerwiegenden Fällen gegen Art. 3 EMRK verstoßen.³⁴⁸

1.7. Das Recht eine Ehe einzugehen

Art. 12 EMRK garantiert darüber hinaus das Recht „eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen“ (vgl. Art. 6 GG, Art. 9 EuGRCH, der sich auf Art. 12 EMRK stützt). Der Schutzbereich wurde im Gegensatz zu Art. 8 EMRK vom EGMR sehr eng definiert und umfasst grundsätzlich nicht das Recht eines Paares, den Ort für die Hochzeit zu bestimmen, wenn das Ehepaar auch an einem andern Ort heiraten könnte.³⁴⁹ Eingriffe in das Recht der Eheschließungsfreiheit können sich aus dem Erfordernis einer Ehefähigkeitsbescheinigung für Ausländer, bei Eheverboten für Ausländer mit prekären Aufenthaltsstatus oder Ausweisung eines heiratswilligen

346 Siehe z.B.: *Ghiban*, Urt. v. 16.9.2004, NVwZ 2005, S. 1046; *Dragan u.a. v. Deutschland*, EGMR, Urt. v. 7.10.2004, Beschwerde 33743/03 – NVwZ 2005, S. 1043 ff.

347 EGMR, Urt. v. 8.4.2008, *Nnyanzi v. UK*, Appl. Nr. 21878/06.

348 Vgl. hierzu auch: EGMR, Urt. v. 02.05.1997, *D. v. The United Kingdom*, App. No. 30240/97. Der EGMR bejahte die Abschiebung eines an AIDS erkrankten Drogenkuriers in die Karibik i.S.v. Art. 3 EMRK als unmenschlich, da er dort keinerlei familiäre, soziale, medizinische oder finanzielle Unterstützung erwarten konnte und deshalb die letzten Monate seines Lebens auf der Strasse hätte verbringen müssen.

349 Harris, O'Boyle & Warbrick, *European Convention on Human Rights*, 2009, S. 552, m.V. in Fn.25 auf EGMR, *Entscheid v. 11.07.2006, Savoia and Bounegru v. Italy*, 8407/05.

Partners bzw. bei Visa-Verweigerung zur Schließung der Hochzeit³⁵⁰, ergeben, die gerechtfertigt sind, wenn die Eheschließung auch im Ausland vollzogen werden kann.

1.8. Soziale Rechte

Dient die EMRK nach ihrem Hauptziel primär dem Schutz der bürgerlichen und politischen Rechte, werden in der Konvention dennoch einzelne soziale Rechte ausdrücklich garantiert bzw. werden in der Spruchpraxis der Konventionsorgane aus einigen Konventionsbestimmungen positive staatliche Verpflichtungen abgeleitet.³⁵¹ In seiner Grundentscheidung *Airey v. Irland* stellt der Gerichtshof fest, dass die Konventionsrechte keine theoretischen oder illusorischen, sondern praktische und effektive Rechte gewährleisten³⁵² und bekräftigt darüber hinaus, dass viele bürgerliche und politische Rechte der Konvention doch Implikationen sozialer oder wirtschaftlicher Natur hätten.³⁵³ Betrachtet man insgesamt die Spruchpraxis des EGMR werden diese dem Einzelnen aus den Rechten der EMRK zuerkannten sozialen Leistungen jedoch auf „äußerst außergewöhnliche Fallkonstellationen“ begrenzt. Insbesondere aus Art. 3 EMRK hat der Gerichtshof soziale Leistungsrechte zum Schutz vor materieller Not entnommen.³⁵⁴

Diese Begrenzung auf außergewöhnliche Einzelfälle ist damit zu erklären, dass es eine „Sozialunion“ der Vertragsstaaten der EMRK nicht existiert, bei der im Fall von Hilfsbedürftigkeit soziale Rechte eingefordert werden könnten.³⁵⁵ Der Konvention fehlt ein den nationalen Verfassungen vergleichbarer sozialer Schutzauftrag.³⁵⁶ Soziale Leistungsrechte werden vorrangig im einfachen Recht der Mitgliedstaaten ausgestaltet.³⁵⁷ Hingegen können soziale Rechte als

350 Grabenwarter; Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, S. 276, Rdn.75.

351 Siehe als Grundsatzentscheidung: EGMR, Urt. v. 9.10.1979, *Airey v. Irland*, App. No. 6289/73. In dieser Entscheidung wurde eine Verletzung von Art. 6 Abs.1 EMRK und ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe aufgrund der finanziellen Umstände der Beschwerdeführerin positiv festgestellt; siehe insbesondere auch EGMR, *D. v. The United Kingdom* (Fn. 348); in diesem Fall bejahte der EGMR eine Schutzpflicht des Staates, wenn das Recht auf Leben unmittelbar in Gefahr ist; EGMR, Urteil v. 10.05.2001, *Z.u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, App. No. 29392/95. In dieser Entscheidung wurde eine staatliche Schutzpflicht vor einer Vernachlässigung von Kindern durch Dritte begründet.

352 EGMR, Urt. v. 9.10.1979, *Airey v. Irland*, App. No. 6289/73, Ziff. 24. Vgl. *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, S. 150f.

353 Ebd., Ziff. 26.

354 Vgl. oben. S. 67 f.

355 *Frohwerk*, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, S. 205.

356 *Frohwerk*, ebenda, S. 215ff.

357 Durch die europäische Integration ist die Mitgliedschaft des Einzelnen im Solidarverband seines Mitgliedstaates durch die Mitgliedschaft in der größeren Zugehörigkeitseinheit EU überlagert worden. Vgl. hierzu: *Frohwerk*, ebenda, S. 202.

Menschenrechte, die nicht als Ausdruck der Mitgliedschaft in einem nationalstaatlich definierten Solidarverband angesehen werden und die ohne Bezug zu Herkunft, Nationalität oder Staatsangehörigkeit und lediglich eine Folge des bloßen Mensch-Seins sind, nur im Ausnahmefall einen Schutz vor sozialer Not bieten.

Grundsätzlich gilt, dass der Ausländer auf die Fürsorge seines Heimatstaates verwiesen werden kann.³⁵⁸ Der „Fremde“, insbesondere der ohne Aufenthaltsrecht, gehört erstmal nicht der nationalen Solidargemeinschaft an.³⁵⁹ Eine Verantwortung des Staates und der Solidargemeinschaft gegenüber Ausländern entsteht erst, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind: z.B. mit Erteilung der Arbeitserlaubnis und seiner Stellung als Arbeitnehmer, mit Erlangung eines Aufenthaltsrechts im Rahmen des Familiennachzugs, mit der Anerkennung als Flüchtling und insbesondere auch dann, wo jemand auf der Grundlage eines rechtmäßigen Aufenthaltes sich in die Aufnahmegesellschaft integriert hat und eine neue Heimat gefunden hat. In diesen Fällen öffnet sich die nationale Solidargemeinschaft und es entsteht eine sozialrechtliche Zugehörigkeit, die je nach Aufenthaltsstatus differenziert werden muss und unterschiedliche soziale Rechte beinhaltet.³⁶⁰ Dementsprechend ist Art und Umfang des sozialrechtlichen Leistungsanspruchs immer auch ein wichtiger Indikator für Zugehörigkeit und gleichzeitig ein Testlauf für die Sicherheit des individuellen Aufenthaltes.³⁶¹ Denn die Inanspruchnahme von sozialen Leistungen kann bei einem ungesicherten Aufenthalt zur Beendigung des Aufenthaltes führen.³⁶² Beispielsweise fordert das AufenthG für die rechtmäßige Aufenthaltsbegründung hierfür explizit die Fähigkeit zur eigenständigen Sicherung des Lebensunterhaltes. Die Begründung des Aufenthaltes und damit der Zugang zu den Leistungen der Sozialhilfe sind daher faktisch auf die Personen beschränkt, die dieser Leistungen auf absehbarer Zeit nicht bedürfen. Der unrechtmäßige Aufenthalt kann hingegen die Mitgliedschaft in die Solidargemeinschaft nicht begründen.

358 Janda merkt zurecht an, dass diese Exklusivität (nationaler) Systeme sozialer Sicherheit nicht per se unerträglich sei – werden die ausgeschlossenen Personen anderswo gleichwertig abgesichert. S. Janda, Migranten im Sozialstaat, S. 388.

359 Solidarität wird als ein Zusammengehörigkeitsgefühl von Individuen und Gruppen beschrieben, das zur gegenseitigen Hilfe verpflichtet. Vgl. zur sozialen Inklusion als Mitgliedschaftsrecht: Janda, Migranten im Sozialstaat, 387 m.V.a. Marshall, Bürgerrechte und soziale Klassen, S. 53.

360 Vgl. zum abgestuften System sozialrechtlicher Zugehörigkeit für Drittstaatsangehörige: Kingreen, Soziale Rechte und Migration, S. 47f.

361 Kingreen, Soziale Rechte und Migration, S. 86.

362 Nach § 55 Abs.2 Nr. 6 AufenthG kann ein Ausländer ausgewiesen werden, wenn er für sich, seine Familienangehörigen oder für sonstige Haushaltsangehörige Sozialhilfe in Anspruch nimmt; hier ist aber der in § 56 AufenthG enthaltene Härtefallschutz zu beachten, der insbesondere für Personen gilt, die über einen Aufenthaltstitel verfügen und sich schon längere Zeit in Deutschland aufhalten.

Hingegen kann die EMRK eine freie Wahl und den freien Zugang zu einer fremden Solidargemeinschaft nicht gewährleisten.³⁶³ Demnach dient die Anerkennung von sozialen Leistungsrechten aus Art. 3 EMRK nicht allgemein der Linderung sozialer Not, sondern ist auf außergewöhnliche Einzelfälle begrenzt, die der sozialen Absicherung der Menschenwürde dienen und begründen sich nach der Spruchpraxis des Gerichtshofs aus humanitären Erwägungen. Als sozialer Präzedenzfall ist hier insbesondere die Entscheidung *D. v. VK.* zu nennen.³⁶⁴ Insgesamt ist der EGMR in seiner Spruchpraxis noch sehr zögerlich, wenn es um die Mobilisierung der Menschenwürde zum Schutz vor sozialer Not geht.³⁶⁵ Der Anwendungsbereich des Existenzminimums ist auf den Schutz von sehr begrenzten Härtefällen ausgerichtet, die aus menschlichen Erwägungen schlicht nicht hingenommen werden dürfen und dem Staat verbieten, bei sozialpolitischen Entscheidungen allein programmatisch vorzugehen und nicht den Menschen als solchen mit einbeziehen.³⁶⁶

1.8.1. Das Recht auf Gesundheit

Ein ausdrückliches Recht auf Gesundheit findet man in der EMRK nicht. Die Gewährleistung einer Sicherstellung der medizinischen Grundversorgung, wie sie in der Literatur diskutiert wird, ist wohl abzulehnen.³⁶⁷ Ein Existenzminimum auf Gesundheitsversorgung ist nach der Spruchpraxis der Konventionsorgane nur insoweit anzunehmen als es der Vermeidung einer unmenschlichen oder erniedrigenden Situation dient.³⁶⁸ Ansonsten betont der EGMR, dass Art. 3 EMRK die Konventionsstaaten nicht dazu verpflichtet, allen Personen, die sich auf ihrem Gebiet aufhalten, freien und unbegrenzten Zugang zu medizinischer Versorgung zu gewähren und somit die Unterschiede zwischen der Gesundheitsversorgung in verschiedenen Staaten auszugleichen.³⁶⁹ Es besteht auch kein Anspruch auf Nichtausweisung, um von der medizinischen, sozialen

363 Vgl. vertiefend hierzu: *Frohwerk*, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, S. 208 ff. Dem Ausländer ist jedoch über das Diskriminierungsverbotes (Art. 14 EMRK) bis zur rechtmäßigen Beendigung des Aufenthaltes der Zugang zu sozialen Leistungen geöffnet. Denn der Staat muss für eine Begrenzung der sozialen Leistungen auf die eigenen Staatsbürger sehr gewichtige Gründe anführen.

364 S. hierzu nur: *Dröge/Marauhn*, Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, 2001, S. 90 ff.

365 Darauf weist *Frohwerk* hin, in: Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, 192; siehe auch: Zur Menschenwürde als „elementarer Standard der Humanität“: *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2009, Art 1, Abs.1, Rn.2.

366 Vgl. *Frohwerk*, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, S. 192.

367 *Nußberger*, Sozialstandards im Völkerrecht, 2005, S. 368.

368 *Bank*, Verbot der Folter, in: Grote/Marauhn, (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 11, Rn.92.

369 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 20 Rn. 42.

und sonstigen Hilfe im Aufnahmeland zu profitieren.³⁷⁰ Ein Ausweisungsverbot aus Art. 3 EMRK folgt in diesem Zusammenhang nur in sehr eng begrenzten Ausnahmefällen.³⁷¹

1.8.2. Das Recht auf Bildung

Einschlägig für das Recht auf Bildung ist Art. 2 des ersten Zusatzprotokolls (ZP) zur EMRK, das subjektiv-rechtliche Bildungsrechte enthält, die der Einzelne vor dem EGMR geltend machen kann. Die negative Formulierung in Art. 2 Satz 1 1.ZP - >>Niemanden darf das Recht auf Bildung verwehrt werden<< - wurde insoweit ausgelegt, dass ein Recht auf Teilnahme an den bestehenden staatlichen Bildungseinrichtungen gewährt wird.³⁷² Ein originäres Leistungsrecht in der Form eines Anspruchs auf die Schaffung bestimmter Bildungseinrichtungen gewährt Art. 2 S.1 EMRK/1. ZP grundsätzlich nicht.³⁷³ Hingegen ist das Recht auf Bildung auch als originäres Leistungsrecht denkbar, wenn im Einzelfall ein gewisses Minimum an Ausbildungsmöglichkeiten unterschritten wird.³⁷⁴ Welche Bildungseinrichtungen von dem Recht umfasst sind, wurde bisher durch die Rechtsprechung und der Literatur nicht abschließend geklärt. Der sachliche Anwendungsbereich umfasst nur Schul- und Hochschuleinrichtungen und nicht Einrichtungen der Berufsausbildung.³⁷⁵ Unstreitig ist, dass durch das Recht auf Bildung in erster Linie eine Ausbildung ab einer Elementarschule gewährleistet ist.³⁷⁶

Ein Recht auf Aufenthalt umfasst Art. 2 ZP 1 EMRK hingegen nicht.³⁷⁷ In einer Reihe von Verfahren vor dem EGMR wurde von Schulkindern eine

370 EGMR (*Dragan/Deutschland*), Urt. v. 7.10.04, 33743/03, NVwZ 2005, S. 1043.

371 *D. v. Vereinigtes Königreich (Fn. 348)*.

372 EGMR, Urteil v. 23.7.1963, *Belgischer Sprachenfall*, Serie A 6 = EuGRZ 1975, 289, II B 3.

373 *Wildhaber*, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 1992, Art.2 EMRK/1.ZP, Rn.3.

374 Denn die Vertragsstaaten haben sich mit der Anerkennung des Rechts auf Bildung stillschweigend verpflichtet, für das Vorhandensein öffentlicher Schulen und generell für die Existenz eines gewissen Minimums an Ausbildungsmöglichkeiten Sorge zu tragen. So heißt es im „*Belgischen Sprachenfall*“ des EGMR, EuGRZ 1975, S. 298 (300): Das Recht auf Bildung sei „bar jeden Sinnes, wenn es für seine Träger nicht das Recht begründete, je nach Lage des Falles eine Ausbildung in der Landessprache oder in einer der Landessprachen zu erhalten.“ Vgl. hierzu auch: *Große Wentrup*, Die Europäische Grundrechtecharta, S. 130; *Wildhaber*, ebenda, Art.2 EMRK/1.ZP, Rn. 31.

375 *Langenfeld*, in: Grote/ Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006 Kap.23, Recht auf Bildung, Rn. 17; *Poscher, Rux, Langer*, Das Recht auf Bildung, S. 68; vgl. auch EGMR, Urteil v. 07.02.2006, *Mürsel Eren./Türkei*, Appl. No. 60856/00, Reports 2006-II, Ziff. 41.

376 *Grabenwarter; Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 22 III, Rn. 88.

377 *Frowein*, in: Frowein; Peukert (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., 1996, Art.2 des 1. ZP, S. 672, Rn.2.

Verletzung des in Art. 2 des Protokolls Nr.1 garantierten Rechts auf Bildung durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen geltend gemacht. Der EGMR äußerte sich zu den Schutzwirkungen des Rechts auf Bildung für den Aufenthalt von Ausländern derart, dass das Recht auf Bildung nicht durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen verletzt werden könne.³⁷⁸

1.9. Das Recht auf wirksame Beschwerde

Gemäß Art. 13 EMRK hat jedermann, der eine Verletzung seiner durch die Konvention geschützten Rechte behauptet, das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei der nationalen Instanz. Der besondere Zweck des Art. 13 EMRK ist es sicherzustellen, dass die in der Konvention gewährleisteten Rechte in den Mitgliedstaaten effektiv geschützt werden (vgl. Art. 2 Abs.3 IpbPR, Art. 8 AEMR). Gemäß Art. 34 EMRK werden Individualbeschwerden ausschließlich vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrecht behandelt.

Im Fall *Hirsi u.a. v. Italien* hat der EGMR, durch den Grundsatz effektiver Beschwerdemöglichkeit, die extraterritorialen Verfahrensrechte von Migranten auch in Abschiebungs- oder Rückführungsfällen wesentlich gestärkt. Für ein effektives Beschwerderecht betonte er insbesondere die Bedeutung von Informationsrechten.³⁷⁹ Der Gerichtshof befand im Ergebnis, dass den Beschwerdeführern jegliches Rechtsmittel gegen ihre Rückschiebung vorenthalten wurde. Denn die Möglichkeit einer Strafanzeige von Libyen aus sah die Große Kammer, mit einem Hinweis auf das völlige Fehlen aufschiebender Wirkung, nicht als gegeben an. Er urteilt, dass ein Verfahren aus dem Ausland für die Betroffenen nur unter erheblichen Erschwernissen zu führen gewesen sei und wertet dies als Verletzung des Beschwerderechts nach Art. 34 EMRK.³⁸⁰

1.10. Innerstaatliche Wirkung der EMRK in Deutschland

Die EMRK gilt kraft gesetzlicher Übernahme im Rang eines Bundesgesetzes³⁸¹

378 S. *Weizsäcker*, Grundrechte und freiwillige Migration, S. 62 m.V.a. die EGMR-Entscheidung: *Vikulov et Autres contre la Lettonie*, admissibility decision of 25 March 2004, Ziff. 11.

379 Zweimal wies der EGMR darauf hin, dass die Beamten an Bord für Befragungen nicht ausgebildet waren und weder Übersetzer noch Rechtsberater an Bord waren, EGMR, Urteil vom 23.02.2012, *Hirsi ua v. Italien*, Appl. No. 27765/09, Ziff. 185.

380 Ebenda, Ziff. 25.

381 Als problematisch erwies sich mit der Zeit die „lex posterior derogat priori“ Regel, die besagt dass das später in Kraft getretene Gesetz das

und damit unterhalb des Grundgesetzes (Art. 59 Abs.2 S.1 GG). Die EMRK stellt strikt geltendes Recht dar, ebenso wie förmliche Bundesgesetze und vermittelt subjektive Rechte. Die deutschen Gerichte haben die EMRK zu beachten, soweit nicht Verfassungsrecht oder sonstiges vorrangiges Recht eindeutig entgegensteht. Die Gewährleistungen der EMRK und die Entscheidungen des EGMR binden nach Art. 20 Abs.3 GG alle staatlichen Behörden und Gerichte und sind nach dem BVerfG im „Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung“ zu berücksichtigen.³⁸² Darüber hinaus ist das GG unter Berücksichtigung der EMRK als Auslegungshilfe bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite der GG-Grundrechte heranzuziehen. Zudem können bestimmte Gehalte der EMRK allgemeine Regeln des Völkerrechts i.S.d. Art.25 GG sein.³⁸³

Zusammenfassung

Betrachtet man auf der europäischen Ebene die EMRK, so ist sie im Vergleich zu den internationalen Menschenrechtsregelungen ein starkes Instrument, da die EMRK zur Überwachung der Einhaltung der Konventionsrechte ein wirkungsvolles Rechtsschutzsystem mit Individualrechtsschutz vorsieht. Die besondere Bedeutung der EMRK liegt in ihrem umfassenden Anwendungsbereich, was insbesondere in Bezug auf die menschenrechtliche Verpflichtung auf Hoher See und unter dem Topic der Vorverlagerung von Grenzkontrollen bzw. eines menschenrechtlichen Vakuums den Nationalstaaten die Richtung gewiesen hat.

Der EGMR hat sich in einigen wichtigen Entscheidungen mit der rechtlichen Situation von irregulären Migranten auseinandergesetzt. Insbesondere wenn es um die Würde des Einzelnen geht und „humanitäre Erwägungen“ einen Ausnahmefall vorschreiben, ist der Souverän in seiner Prärogative, Einwanderungsrecht durchzusetzen, beschränkt; denn die Menschenwürde des Einzelnen verlangt, dass der Mensch als solcher bei der rechtlichen Entscheidung Berücksichtigung findet. Der Staat darf keine absolute Grenze überschreiten. Um seiner Würde gerecht zu werden, muss der Mensch sowohl als rational Handelnder (vgl. *Conka*), als auch

ältere verdrängt. Die deutsche Rechtsprechung löst den Konflikt nach Möglichkeit mit dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung (BVerfGE 74, 358/370). Vgl. zu der Problematik: Gusy, Die Rezeption der EMRK in Deutschland, in: Grewe; Gusy (Hrsg.), Menschenrechte in der Bewährung. Die Rezeption der Europäischen Menschenrechtskonvention in Frankreich und Deutschland im Vergleich, 2005, S. 138ff.

382 BVerfGE, Bschl. v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, S. 318.

383 Siehe hierzu auch Gusy, Die Rezeption der EMRK in Deutschland (Fn.381).

als zu schützende Person (vgl. *Silidian, D. v. VK*) betrachtet werden. Dabei handelt es sich immer um den Ausnahmefall bzw. den Härtefall. Auch in den Fällen, in denen ein Familienmitglied einen illegalen Aufenthaltsstatus hat, verlangt der EGMR außergewöhnliche Umstände, die die Härte des Falles auszeichnen (vgl. *Rodrigues da Silva*), um eine Verletzung von Art. 8 EMRK im Falle der Abschiebung zu bejahen. Auch bei Ausweisungsfällen hat der EGMR eine Verletzung lediglich in besonderen Ausnahmefällen angenommen, nämlich dann, wenn die Entscheidung aufgrund der „humanitären Erwägungen“ erfolgen musste, um die Würde des Menschen zu schützen. Das Recht auf Bildung könne hingegen nicht durch aufenthaltsbeende Maßnahmen verletzt werden.

2. Die Europäische Sozialcharta (ESC)

Einleitung

Die Spaltung der bürgerlichen und politischen Rechte (EMRK) und der sozialen Rechte wurde auch auf europäischer Ebene vollzogen. In der Europäischen Sozialcharta (ESC) sind, als Gegenstück zur EMRK, die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte geregelt. Die Europäische Sozialcharta vom Oktober 1961³⁸⁴ wurde auf der Grundlage des Änderungsvertrages vom 3. Mai 1996 aktualisiert und revidiert³⁸⁵ und ist in dieser Fassung seit dem 1. Juli 1999 in Kraft. Allerdings ist die geänderte Fassung, welcher den Katalog der garantierten Rechte erweitert, bisher von 34 Staaten ratifiziert (nicht von Deutschland) und von 11 weiteren Staaten unterzeichnet worden³⁸⁶.

In der ESC führte, ähnlich wie in dem UN-Sozialpakt, die Abspaltung der sozialen Rechte zu einem geringeren Schutzstandard im Vergleich zum Schutzsystem der bürgerlichen und politischen Rechte. Das zeigt sich zum einem an der bestehenden Auswahlmöglichkeit aus der Liste der verankerten Rechte. Bei den verankerten 31 Rechten müssen sich die Staaten lediglich zur Anerkennung von mindestens sechs Rechten aus neuen Kern-Garantien³⁸⁷ verpflichten, von den

384 BGBl. 1964 II, S. 1262.

385 Die Revidierte Sozialcharta fasst in einem einzigen Text alle bisherigen Änderungen der Sozialcharta zusammen und gewährt zusätzliche Garantien, wie etwa ein Recht auf unentgeltlichen Primar- und Sekundarschulunterricht, ein Recht auf Wohnung sowie ein Recht auf Schutz vor Armut und sozialen Ausschluss.

386 Stand: 20.12.2015; der aktuelle Stand findet sich unter: <http://conventions.coe.int/>.

387 Das sind folgende Garantien: das Recht auf Arbeit (Art.1), die Koalitionsfreiheit und das Recht zu Kollektivverhandlungen und Streik (Art.5

übriggebliebenen Rechten können Verpflichtungen nach freier Wahl übernommen werden. Die meisten Staaten haben von Art. 20 Abs.1 lit b) und c) ESC Gebrauch gemacht und eine Anzahl von Vorbehalten erklärt. Zum anderen sind die Durchsetzungsmöglichkeiten im Vergleich zur EMRK wesentlich reduziert. Die Rechte der ESC enthalten keine subjektiven Rechte des Einzelnen, sondern lediglich allgemeine Verpflichtungen für die Staaten. Das international eher schwach öffentlich gestaltete Kontrollsystem beschränkt sich auf Staatenberichte über die Umsetzung der Charta.³⁸⁸ Gestützt auf die periodisch abzuliefernden Berichte der Vertragsstaaten prüft der Europäische Ausschuss für Sozialrechte, ein vom Ministerkomitee des Europarats gewähltes Gremium unabhängiger Sachverständiger, die Vereinbarkeit der staatlichen Sozialpolitiken mit den menschenrechtlichen Vorgaben der Sozialcharta und bewertet die Umsetzung der Paktverpflichtungen mit seinen Schlussfolgerungen („Conclusion“).³⁸⁹ Das Ministerkomitee erlässt, nach eingehender Prüfung und Beratung der zu klärenden Fälle im Regierungsausschuss,³⁹⁰ ggf. Empfehlungen an die Vertragsstaaten.³⁹¹

Zudem sieht das Zusatzprotokoll vom 5. September 1995 ein Kollektivbeschwerdeverfahren für Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen und internationale nichtstaatliche Organisationen an einen Ausschuss unabhängiger Experten vor.³⁹² Ist die Beschwerde zulässig, erstellt nach Ende der Begründetheitsprüfung der ESC-Ausschuss einen urteilsähnlichen Bericht („Decision on the Merits“) darüber, ob die Vertragspartei die geltend gemachten Konventionsrechte verletzt hat.³⁹³ Das Ministerkomitee des Europarats ist in diesem Fall verpflichtet gem. Art. 9 Abs.1 ZP 1995, eine an die betreffende Vertragspartei gerichtete Empfehlung anzunehmen³⁹⁴, die jedoch für den

und 6), der Schutz von Jugendlichen im Arbeitsleben (Art.7), das Recht auf soziale Sicherheit (Art.12) und auf soziale und medizinische Unterstützung (Art.13), das Recht der Familien auf Schutz (Art.16), das Recht von Wanderarbeitnehmern und ihrer Familien auf Schutz (Art.19) und das Recht auf Chancengleichheit und Gleichberechtigung im Bereich von Beschäftigung und Arbeit ohne Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 20). Deutschland hat die Bestimmungen der Art. 4 Abs.4, 7 Abs.1, 8 Abs.2 u. 4 und 10 Abs.4 ESC nicht angenommen.

388 Das Staatenberichtverfahren ist in Art. 21ff. ESC geregelt.

389 Art. 24 Abs.1 ESC i.d.F.v. Art.2 ZP 1991.

390 S. Art. 29 ESC. Dies kann er nach Art. 28 i.d.F.v. Art. 5 ZP 1991 mit Zweidrittelmehrheit der von den Vertragsparteien abgegebenen Stimmen. Damit wurde die Verabschiedung von Empfehlungen erleichtert, indem nicht mehr Zweidrittelmehrheit der Mitgliedstaaten des Europarates, sondern nur noch der Vertragsstaaten der Sozialcharta erforderlich ist; vgl. *Neubeck*, Die Europäische Sozialcharta und deren Protokolle, 93.

391 Der Regierungsausschuss bereitet die Entscheidung des Ministerkomitees vor und wählt aufgrund von sozialen, wirtschaftlichen und politischen Erwägungen diejenigen Fälle aus, die Gegenstand von Empfehlungen an die einzelnen Vertragsstaaten sein sollen (Art. 27 ESC).

392 Deutschland und Österreich anerkennen diese Kompetenz nicht, vgl. *Kälin; Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., S. 238.

393 Vgl. zum genauen Verfahren: *Schneider*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kulturelle Menschenrechte, S. 20ff.

394 In dem Fall „*International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*“, Decision of 5 September 2003, Collective Complaint

Vertragsstaat sanktionslos bleibt³⁹⁵. Die quasigerichtliche Praxis ist eine neue Entwicklung auf internationaler Ebene.³⁹⁶ Zudem hat die ESC mittelbar im Rahmen der Auslegung der EMRK durch den EGMR Beachtung gefunden.³⁹⁷ Sollte dies künftig zunehmen, kann eine direkte rechtliche Bedeutung dieser Empfehlung die Folge sein.³⁹⁸ Darüber hinaus hat die ESC auch entscheidenden Einfluss auf die Grundrechtecharta bezüglich der Verbürgungen sozialer Rechte gehabt.

2.1. Persönlicher Anwendungsbereich

Im Gegensatz zur EMRK ist der persönliche Anwendungsbereich der ESC grundsätzlich auf die Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten und Flüchtlinge i.S.d. GFK beschränkt, die im jeweiligen Hoheitsgebiet ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind (Reziprozitätsprinzip).³⁹⁹ Demnach fallen Ausländer ohne rechtmäßigen Aufenthaltsstatus aus dem geschützten persönlichen Geltungsbereich heraus. Überraschend hat der Ausschuss jedoch in besonderen Fällen den persönlichen Anwendungsbereich der ESC entgegen dem Wortlaut des Anhangs Art. 1 der ESC auch für sich illegal aufhaltende Ausländer geöffnet. In seiner Entscheidungspaxis *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*⁴⁰⁰ und *Defence für Children International (DCI) v. Netherlands*⁴⁰¹, hat der Ausschuss die Ausweitung auf irreguläre Migranten - in Anwendung der Auslegungsregeln der Wiener Vertragskonvention von 1969 - mit der Begründung gerechtfertigt, dass

No. 14/2003, stellte der Ausschuss im Rahmen eines Kollektivbeschwerdeverfahrens eine Verletzung Frankreichs von Art. 17 ESC fest. Vom Ministerkomitee wurde anschließend keine Empfehlung an den verletzenden Vertragsstaat Frankreich adressiert. Der Ausschuss stellte jedoch in seiner späteren Rechtsprechung klar, dass dies nicht seine rechtliche Beurteilung in Frage stellen könnte, s. *Defence for Children International (DCI) v. Netherlands*, Collective Complain No. 47/2008, Ziff. 20f.

395 Artt. 21-20 der ESC.

396 Kälin; Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., S. 57.

397 Neubeck, *Die Europäische Sozialcharta*, S. 136.

398 S. Walter, *Familienzusammenführung*, S. 93.

399 Vgl. den Anhang zur Sozialcharta sowie die Anlage Nr. 1 zu ihrem Zusatzprotokoll. Dort heißt es insbesondere: „Vorbehaltlich des Artikels 12 Abs.4 und des Artikels 13 Abs.4 schließt der durch die Art.1 bis 17 erfasste Personenkreis Ausländer insoweit ein, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind“. Vgl. stellvertretend die Kritik v. *Cholewinsky*, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, S. 215, der wegen des begrenzten Adressantenkreises die ESC als gleichwertiges Gegenstück zu EMRK auf dem Gebiet der „fundamentalen Rechte“ anzweifelt.

400 *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*, Decision of 5 September 2003, Collective Complaint No. 14/2003.

401 *Defence for Children International (DCI) v. Netherlands*, Collective Complain No. 47/2008. S. auch: *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*, Complaint No. 69/2011.

die ESC ein “living instrument” sei, das bestimmten Werten (Würde, Autonomie, Gleichheit, Solidarität und anderen generellen anerkannten Werten) gewidmet sei.⁴⁰² Um den fundamentalen Rechten Leben und Bedeutung zukommen zu lassen, müssen sie in diesem Sinne interpretiert werden.⁴⁰³ In Anbetracht der Gewährleistung des Schutzes besonders verletzlicher Gruppen, sollte nicht pauschal der Anwendungsbereich beschränkt werden, sondern im Einzelfall geprüft werden, ob das maßgebliche Recht auf die spezifische verwundbare Kategorie von Personen anwendbar ist, um unverhältnismäßige nachteilige Auswirkungen zu vermeiden (*DCI v. Netherlands*, para. 37). Das Recht auf Gesundheitsfürsorge hält der Ausschuss für ein Recht von so fundamentaler Bedeutung für das einzelne Individuum, das mit dem Recht auf Leben eng verbunden ist und damit auch die Menschenwürde an sich herausfordert, insbesondere wenn es die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern betrifft. Die Beachtung der Menschenwürde als der fundamentale Wert und Kern positiver europäischer Menschenrechte wird als Begründung für die Anwendbarkeit einzelner sozialer Rechte herangezogen.⁴⁰⁴ War die Ausweitung des Schutzes einzelner Rechte auf „Illegale“ im Fall *FIDH* aufgrund des eindeutigen Wortlautes von § 1 Appendix unter Auslegung von Art. 3 §1 der Wiener Konvention noch umstritten (vier Stimmen waren dagegen⁴⁰⁵), wurde im späteren Fall *DCI v. the Netherlands (2009)*, in dem es um das Recht auf Wohnung für sich illegal aufhaltende Kinder ging, die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs mit ähnlichen Argumenten einstimmig anerkannt.⁴⁰⁶

2.2. Der Fall: *FIDH v. Frankreich* - Das Recht auf soziale und medizinische Versorgung

Das Recht auf Gesundheitsfürsorge findet sich in Art. 13 ESC⁴⁰⁷, der die

402 International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France (Fn. 399) , Ziff. 27; *DCI*, ebenda, Ziff. 34 m.v.a. FIDH.v. France.

403 *DCI*, ebenda, Ziff. 34 m.V.a FIDH.v. France (Fn. 400).

404 Health care is prerequisite for the preservation of human dignity (Ziff. 31).

405 *FIDH* (Fn. 400), Dissenting opinion of Mr. Stein EVJU, joined by Mrs. Polonca KONCAR und Mr Lucien FRANCOIS und Dissenting opinion of Mr Rolf BIRK.

406 Dort heißt es: „The Committee concludes unanimously that there is a violation of Art. 31 § 2 and Art. 17 §1c.”

407 Art. 13 ESC gehört nach Art. 20 Abs.1 lit.b) ESC zu dem „harten Kern“ der ESC. Die ESC ist der einzige völkerrechtliche Vertrag, in welchem zusätzlich zu dem Recht auf soziale Sicherheit auch noch ein Recht auf soziale und medizinische Fürsorge gewährt wird. In Art. 12 wird das Recht eines jeden auf das ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit gewährt, s. hierzu. *Neubeck*, Die

Vertragsparteien verpflichtet sicherzustellen, dass jedem, der nicht über ausreichende Mittel verfügt, im Fall der Erkrankung eine seiner Lage erforderliche Betreuung zu gewähren.⁴⁰⁸ In Art. 13 (4) findet sich allerdings eine Einschränkung auf die „rechtmäßig in ihrem Gebiet befindlichen Staatsangehörigen“. Die Gleichbehandlung der gesundheitlichen Fürsorge setzt also die Voraussetzung der „Nationalität“ und des „rechtmäßigen Aufenthaltes“ in einem Vertragsstaat voraus.⁴⁰⁹

Mit der problematischen gesundheitlichen Versorgung „sans papiers“ in Frankreich hatte sich der Ausschuss im Rahmen eines Kollektivbeschwerdeverfahrens der International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. Frankreich zu befassen. Dem Beschwerdeverfahren lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Auf der Grundlage einer gesetzlichen Änderung (Loi de finance rectificative pour 2002) wurde die Gesundheitsfürsorge für undokumentierte Migranten in Frankreich maßgeblich eingeschränkt. Vor der Gesetzesnovellierung gewährte das Aide Médicale de l'Etat (AME -staatliche medizinische Hilfe) für „sans papiers“ explizit freien Zugang zur medizinischen Versorgung.⁴¹⁰ Denjenigen, die ohne Unterbrechung mindestens drei Jahre nachweislich in Frankreich gelebt hatten, erhielten sogar freie medizinische Versorgung durch Hausärzte (assistance médicale à domicile). Die neue Regelung hingegen schrieb die Übernahme eines Anteils der Kosten der ärztlichen Behandlung vor (mit der Ausnahme von Kindern, schwangeren Frauen und schwer Erkrankten).⁴¹¹ Darüber hinaus wurde für die Inanspruchnahme der staatlichen Gesundheitsversorgung der Nachweis eines mindestens drei Monate langen Aufenthalts in Frankreich verlangt (außer in Notfällen und lebensbedrohlichen Situationen).⁴¹²

Der FIDH argumentierte entgegen der Ansicht Frankreichs, dass die unter Art. 13 (4) ESC vorgeschriebene Beendigung des „rechtmäßigen Aufenthaltes“

Europäische Sozialcharta, 241.

408 Art. 13 (1) ESC bestimmt: „Um die wirksame Ausübung des Rechtes auf Fürsorge zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, sicherzustellen, dass jedem, der nicht über ausreichende Mittel verfügt und sich diese auch nicht selbst oder von anderen, insbesondere durch Leistungen aus einem System der Sozialen Sicherheit verschaffen kann, ausreichende Unterstützung gewährt wird und im Falle der Erkrankung die Betreuung, die seine Lage erfordert.“

409 Art. 13 (4) ESC bestimmt: „die in Absätzen 1, 2, und 3 genannten Bestimmungen auf die rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien anzuwenden, und zwar auf der Grundlage der Gleichbehandlung und in Übereinstimmung mit den Verpflichtungen, die sie dem am 11. Dezember 1953 zu Paris unterzeichneten Europäischen Fürsorgeabkommen übernommen haben.“

410 Article L251-1 des Code de l'Action Sociale et des Familles.

411 Art. L 251-2.

412 Art. L 251-1.

lediglich in Bezug auf die Gleichbehandlung mit anderen Staatsangehörigen zu verstehen sei. Eine Verweigerung jeglicher medizinischer Unterstützung sei im Fall des illegalen Aufenthaltes nicht gerechtfertigt. Dieser Interpretation folgte der ESC-Ausschuss und bestätigte, dass eine Gesetzgebung oder Praxis, die generell die Berechtigung zur medizinischen Versorgung für sich innerhalb des Territoriums eines Unterzeichnerstaates faktisch aufhaltenden Ausländern untersagt, gegen die Sozialcharta verstoße (Ziff. 32).⁴¹³ In dem speziellen Fall hingegen nahm der Ausschuss mehrheitlich keine Verletzung von Art. 13 ESC an, da Frankreichs Gesundheitsversorgung durch das AME nach drei Monaten Aufenthalt und für Ausländer mit kürzeren Aufenthalt in Notfällen gewährt werde.⁴¹⁴ Er bejaht jedoch eine Verletzung des Art. 17 ESC (revidiert)⁴¹⁵ unter Bezugnahme auf Art. 7 ESC / Art. E der Charta⁴¹⁶, da die Begrenzung des gesundheitlichen Schutzes (zeitlicher Aufenthaltsnachweis, ansonsten begrenzte Versorgung auf Notfälle) für Kinder, als besonders schutzwürdige Gruppe, nicht den Erfordernissen des Art. 17 ESC genüge.⁴¹⁷

413 Vgl. hierzu auch die aktuellen Schlussfolgerungen (conclusions) in Bezug auf den vorgelegten Staatenbericht Deutschlands, in denen sich der ESC-Ausschuss mit den angenommenen Rechten, die zu der Gruppe "Gesundheit, soziale Sicherheit und sozialen Schutz" gehören, zu befassen hatte. Hier stellt er fest, dass die Situation für sich illegal aufhaltende Migranten ohne finanzielle Ressourcen in Deutschland in Bezug auf die medizinische Notfallversorgung nicht mit Art. 13 § 4 ESC vereinbar sei (S. 28). Die Schlussfolgerungen (conclusions) als auch die Staatenberichte (state reports) können unter: www.coe.int/socialcharter abgerufen werden.

414 Vgl. *FIDH* (Fn. 400), "dissenting opinions" von Tekin Akillioglu und Jean-Michel Belorgey, die eine Verletzung sowohl von Art. 17 als auch von Art. 13 annehmen.

415 Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz. Weiterhin weist der Ausschuss darauf hin, dass Art. 17 der revidierten Sozialcharta durch die Kinderrechtskonvention inspiriert wurde (Ziff. 36).

416 Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz.

417 *FIDH* (Fn. 400), Ziff. 36.

2.3. Der Fall: *DCI v. Netherlands* – Das Recht auf Wohnung

In dem Fall *Defence for Children International (DCI) v. Netherlands*⁴¹⁸ musste der ESC-Ausschuss das Recht auf Wohnung von sich irregulär aufhaltenden Kindern klären.⁴¹⁹ Art. 31 §2 ESC verpflichtet die Vertragsparteien, Maßnahmen zu ergreifen, um die wirksame Ausübung des Rechts auf Wohnung zu gewährleisten, mit dem Ziel Obdachlosigkeit vorzubeugen und sie erforderlichenfalls schrittweise abzubauen. Die Beschwerde der Organisation DCI richtete sich gegen das niederländische Recht, das Kinder in irreguläre Aufenthaltssituation rechtlich und faktisch vom Wohnrecht ausschloss. Das Ausländergesetz von 2000 (*Vreemdelingenwet v. 23 Nov. 2000*), welches 2001 in Kraft trat, verbindet ausdrücklich den rechtlichen Aufenthaltsstatus an die Berechtigung von Sozialleistungen, ausgenommen hiervon sind die Schulbildung, notwendige medizinische Versorgung und Rechtshilfe.⁴²⁰ Das Recht auf Wohnung war Kindern in irregulärer Aufenthaltssituation versperrt. Ausnahmen bestanden lediglich, im Fall der Rückkehr in ihr Heimatland oder wenn sie unter anderen spezifischen Voraussetzungen mit den Behörden kooperierten. Darüber hinaus war nach § 43 des Ausländergesetzes (2000) unter Fristsetzung die Räumung der Unterkunft zulässig.⁴²¹

Der ESC-Ausschuss stellt auch beim Recht auf Wohnung den engen Bezug zu dem Recht auf Leben und der Menschenwürde her (vgl. *AME v. Frankreich*).⁴²² Der Ausschuss betont, dass alle Kinder schutzbedürftig seien und dass Kinder, die obdachlos aufwachsen, rechtloser (*outright*) Hilflosigkeit ausgesetzt sind (Ziff. 47).⁴²³ Die Lebensbedingungen in den Unterkünften müssen ein Leben in Menschenwürde ermöglichen (Ziff. 62).⁴²⁴ Auch Zwangsräumungen

418 *Defence for Children International (DCI) v. Netherlands*, Collective Complain No. 47/2008. S. auch: *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*, Complaint No. 69/2011.

419 Die Anzahl von Kindern, die nicht legal in den Niederlanden leben, bewegt sich zwischen 25.000 und 60.000.

420 Art. 10 *Vreemdelingenwet v. 23 Nov. 2000*. Das Instrument der Exklusion von sog. Illegalen durch Entzug sozialer Leistungen als Strategie den „Ausreisepflichtigen“ zur Ausreise zu zwingen, wurde in den Niederlanden hauptsächlich durch den *Linking Act 1998* eingeführt. Bis 1998 war es sogar möglich gewesen, dass ein Arbeitgeber einen Ausländer ohne Aufenthaltsrecht bei den Sozialversicherungen anmelden konnte. Diese wurden in den Niederlanden die „weißen Illegalen“ genannt. Vgl. hierzu *Pluymen*, IMIS Beiträge, Heft 24 (2004), S. 75ff.; *Minderhoud*, *Coping with Irregular Migration: The Dutch Experience*, in: Bogusz u.a. (Hrsg.) *Irregular Migration and Human Rights*, S. 400ff.

421 (e) “the aliens supervision officers are authorised, after the expiry of limit referred to in c), to compel the vacation of property in order to terminate the accommodation or the stay in the residential premises provided as a benefit in kind as referred to in c).”

422 Ziff. 47, 62 m.V.a. *FEANTSA v. France*, Compliant No 39/2006.

423 Siehe weiter ebenda in Ziff. 61: „Die Verhinderung von Obdachlosigkeit diene der individuellen Sicherheit und dem Wohlsein (*well being*)“.

424 Hier bezieht sich der Ausschuss auf die Empfehlung des Commissioner for Human Rights of Europe on the implementation of the right to

müssen eine alternative Unterbringung gewährleisten, deren Wohnverhältnisse die Menschenwürde der Person achtet. Zwei Kriterien waren für den Ausschuss ausschlaggebend: die Achtung der Menschenwürde und die besondere verletzbare Situation von Kindern.⁴²⁵

Neben der Verletzung von Art. 31 § 2 ESC stellt der Ausschuss, wie im Fall *FIDH v. France*, aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit des Kindes auch eine Verletzung von Art. 17 §1 (c) ESC⁴²⁶ fest. Denn wenn die Familie das für eine positive körperliche und geistige Entwicklung ihres Kindes günstige Umfeld nicht schaffen kann, trifft den Staat eine Schutzpflicht, die dafür notwendigen Maßnahmen zu treffen. Die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots nach Art. E i.V.m. Artt. 31 und 17 ESC, verneint der Ausschuss hingegen. Er stellt klar, dass die Vertragsparteien Personen, die sich legal oder illegal auf ihrem Territorium aufhalten, unterschiedlich behandeln dürfen (Ziff. 73). Es gehe vielmehr darum, ob der Personenkreis der sog. Illegalen überhaupt zur Inanspruchnahme der Rechte berechtigt sei und unter welchen Bedingungen (Ziff. 74), wobei wieder auf die Achtung der Menschenwürde, als anerkannter fundamentaler Wert und Kern positiver europäischer Menschenrechte hingewiesen wird (Ziff. 73).

Beachtenswert ist, dass der Ausschuss das tragende Grundprinzip und Leitmotiv des „Kindeswohls“ des Art. 3 der KRK als bindendes Prinzip für die ESC betrachtet (Ziff. 9). Der Ausschuss betont immer wieder die besondere Situation und Verletzbarkeit von Kindern, die den Staat zur Garantie spezifischer Rechte verpflichtet. Insbesondere schütze die Europäische Sozialcharta die grundlegenden Rechte der Kinder auf europäischer Ebene und ergänze damit die EMRK (Ziff. 26). In Bezug auf die Sozialcharta werden insbesondere genannt: das Recht auf Wohnung (Art. 31 §2), das Recht auf Gesundheit (Artt. 8, 11, 7, 19 § 2), das Recht auf Bildung (Artt. 9, 10, 15, 17⁴²⁷, 19, §§11-12), das Recht auf

housing (June 2009), in der er fordert: "the starting point to reduce homelessness should be (...) to guarantee that all people, regardless of circumstance, are able to benefit from housing that corresponds with human dignity, the minimum being temporary shelter. The requirement of dignity in housing means that even temporary shelter must fulfil the demands for safety, health and hygiene (....).

425 Vgl. nur Ziff. 65 (Fn 418): "Any other solution would run counter to the respect for their human dignity and would not take due account of the particularly vulnerable situation of children."

426 Um Kindern und Jugendlichen die wirksame Ausübung des Rechts zu gewährleisten, in einem für die Entfaltung ihrer Persönlichkeit und für die Entwicklung ihrer körperlichen und geistigen Fähigkeiten günstigen Umfeld aufzuwachsen, verpflichten sich die Vertragsparteien, (...), alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, die darauf gerichtet sind: (...) (c) Kindern und Jugendlichen, denen vorübergehend oder endgültig die Unterstützung der Familie fehlt, den Schutz und die besondere Hilfe des Staates zu gewährleisten.

427 Art. 17 Abs.2 ESC revidiert enthält im Gegensatz zur ESC ein Recht auf Schulbildung. Dort heißt es: " (...) verpflichten sich die

Schutz der Familie und das Recht auf Familienzusammenführung (Art. 16, 27, 19 § 6), Schutz vor Gefahr und Missbrauch (abuse) (Art. 7§1 und §3) und besondere Arbeitsbedingungen für Jugendliche zwischen 15 und 18 Jahren (Art. 7).

2.4. Das Recht in der Arbeit

Die ESC enthält auch Rechte in der Arbeit. Art. 2 regelt das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen. Art. 3 schützt das Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, die den Staat dazu verpflichten, Sicherheits- und Gesundheitsvorschriften zu erlassen und die Umsetzung und Einhaltung dieser Vorschriften zu kontrollieren. Art. 4 beinhaltet das Recht auf gerechtes Arbeitsentgelt. Art. 7 schützt insbesondere Kinder und Jugendliche. Art. 19 ESC, der das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand im Hoheitsgebiet betrifft, ist hingegen auf sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet befindlichen Arbeitnehmer beschränkt.

Zusammenfassung

Die Äußerungen des ESC-Ausschusses sind insbesondere für die Rechte von Kindern und Jugendlichen in irregulärer Aufenthaltssituation von Wichtigkeit, die eine besondere schutzbedürftige Gruppe darstellen. Die besondere Situation und Verletzbarkeit von Kindern verpflichtet den Staat zur Garantie spezifischer Rechte. Im Vergleich zu erwachsenen Migranten bestehen hier staatlicherseits besondere positive Schutzpflichten, die den Kindern und Jugendlichen den Zugang zu grundlegenden Rechten (unabhängig von Nachweis einer bestimmten Aufenthaltsdauer) sichern. Hier ergänzt die Europäische Sozialcharta auf europäischer Ebene die EMRK. Aber auch in Bezug auf Erwachsene darf der Zugang zur medizinischen Versorgung nicht grundsätzlich versperrt sein; eine Notfallversorgung ist immer zu gewährleisten. Andererseits stellt der Ausschuss in Bezug auf das Diskriminierungsverbot klar, dass Personen, die sich illegal auf dem Territorium der Vertragsparteien aufhalten, anders behandelt werden dürfen als sich legal aufhaltende Ausländer. Dennoch ist bei jeder staatlichen

Vertragsparteien (...), alle notwendigen und geeigneten Maßnahmen zu treffen, die darauf gerichtet sind:“ Kindern und Jugendlichen eine unentgeltliche Schulbildung in der Primar- und Sekundarstufe zu gewährleisten sowie den regelmäßigen Schulbesuch. Die ESC (...) enthält hingegen nur den Bereich der beruflichen Bildung (Artt. 7, 10).

Entscheidung, in jedem Einzelfall die Würde des Menschen maßgeblich miteinzubeziehen. Der ESC stellt klar heraus, dass es eine absolute Grenze gibt, die zum Schutz der Menschenwürde nicht unterschritten werden darf. Der Mensch als solcher muss bei der rechtlichen Entscheidung Berücksichtigung finden. In Deutschland spielt die ESC keine große Rolle. Zwar wird der besonderen Schutzbedürftigkeit der Kinder und Jugendlichen mittlerweile größere Beachtung beigemessen, der Bezug auf völkerrechtlicher Ebene ist jedoch die KRK.⁴²⁸

III. Vorgaben des Unionsrecht - Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EuGRC)

Einleitung

Die Gemeinschaftsgewalt ist aufgrund der Charta der Grundrechte an die dort genannten Unionsgrundrechten gebunden. Durch ihre Einbeziehung in das Primärrecht der EU nach Art. 6 Abs.1 EUV im Wege des Lissabonner Vertrages gehört sie zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen. Der Weg zu einem geschriebenen eigenständigen Grundrechtskatalog nahm seinen Anfang in der Proklamation der Charta der Grundrechte der EU am 7.12.2000 in Nizza.⁴²⁹ Zuerst sollte die Rechtsverbindlichkeit der EuGRCH als Grundrechtskatalog durch die Integration in die EU-Verfassung erreicht werden. Nach dem Scheitern der EU-Verfassung hat sie nun durch den am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon⁴³⁰ als Primärrecht Rechtsverbindlichkeit erlangt⁴³¹. Die Charta der Grundrechte wird damit zur unmittelbaren Rechtsquelle für den europäischen Grundrechtsschutz.⁴³² Die überstaatlichen Grundrechte der EuGRCH binden gem.

428 Vgl. hierzu nur die Handlungsempfehlungen des Beirats der Integrationbeauftragten v. 24.Sept. 2012, Flüchtlinge ohne Aufenthaltsstatus, S. 3 (verfügbar unter: http://www.aktion-bleiberecht.de/media/Beschluss_Integrationsbeirat.pdf , abgerufen am 15.12.2014). Dort heißt es:“Hier spielt auch die Kinderrechtskonvention eine besondere Rolle. Denn Kinder und Jugendliche sind besonders schutzbedürftig und bedürfen besondere Unterstützung in allen Belangen.“

429 In einem Konvent unter Vorsitz von Roman Herzog wurde ein Chartatext erarbeitet, der aus 15 Beauftragten der Staats- und Regierungschefs, einem Beauftragten der Kommission, 16 Abgeordneten des Europäischen Parlaments und 30 Mitgliedern der nationalen Parlamente bestand.

430 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABl. Nr. C 306 vom 17.12.2007.

431 Art. 6 Abs.1 S. 1 EUV (n.F.) statuiert: “Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7.12.2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.“

432 *Pache; Rösch*, Die neue Grundrechtsordnung der EU, EUR 2009, S. 775.

Art. 51 Abs.1 EuGRCH stets die Gemeinschaftsorgane, die Mitgliedstaaten hingegen nur bei der "Durchführung" von Gemeinschaftsrecht. Gem. Art. 52 Abs.3 S. 1 EuGRCH wird außerdem die EMRK zu einem Mindeststandard erklärt, hinter dem die Gemeinschaftsorgane bei der Anwendung der EuGRCH nicht zurückbleiben dürfen.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Charta verfolgt eine vergleichsweise offene Grundkonzeption, die grundsätzlich alle Grundrechte mit Ausnahme der in Kapitel V aufgeführten Bürgerrechte (Ausnahme des Rechts auf eine gute Verwaltung) allen Menschen, also auch Drittstaatsangehörigen, garantiert.⁴³³ Einige Rechte sind den Unionsbürgern oder sich rechtmäßig aufhaltenden Drittstaatsangehörigen vorbehalten, so z.B. das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit gem. Art. 45 EuGRCH, die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten (Art. 15), das Recht auf Leistungen der sozialen Sicherheit (Art. 34 (2)) und bestimmte politische Rechte (Art. 39, Art. 40), die nur den Unionsbürgern zu stehen. Einige Rechte und Prinzipien werden zwar 'jedermann' garantiert, aber nur nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten (z.B. Art. 35 S.2).

2. Schutz der Menschenwürde

Die Grundrechtecharta schützt in Art. 1 die Würde des Menschen. Dort heißt es: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen".⁴³⁴ In den Erläuterungen steht: "Die Würde ist nicht nur ein Grundrecht an sich, sondern bildet das eigentliche Fundament der Grundrechte." Daraus ergibt sich insbesondere, dass keines der in dieser Charta festgelegten Rechte dazu verwendet werden darf, die Würde eines anderen Menschen zu verletzen, und dass die Würde des Menschen zum Wesensgehalt der in dieser Charta festgelegten Rechte gehört. Sie darf daher auch bei Einschränkungen eines Rechtes nicht angetastet werden. In den Erläuterungen des Präsidiums vom 20. September 2000 wurde der normative Doppelcharakter der Menschenwürdegarantie sowohl als eigenständiges und

⁴³³ Vgl. *Weber*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 11.

⁴³⁴ Der Wortlaut ist maßgeblich dem ersten Artikel des deutschen Grundgesetzes nachgebildet, vgl. *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Art. 1 I Rn.1.

einschränkungsloses Grundrecht als auch als objektiver Rechtsgrundsatz herausgestellt.⁴³⁵

Die unter dem Abschnitt I festgelegten Rechte stehen unter der Bezeichnung “Würde des Menschen”, womit für diese Rechte ein besonders enger Würdebezug betont wird. Die damit verbundenen Rechte sind das Recht auf Leben, das Recht auf Unversehrtheit, das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit und das Verbot der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung (Art. 1-5). Letzteres ist in Art. 4 EuGRCH geschützt. Es stützt sich auf den wortgleichen Art. 3 EMRK und ist als Individualrecht formuliert. Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung soll insbesondere das Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit (Art. 5 EuGRCH) gewährleisten. Das in Abs. 3 aufgegriffene Verbot des Menschenhandels wurde explizit wegen seiner Wichtigkeit mitaufgenommen.⁴³⁶ Das Recht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen ist in Art. 31 EuGRCH geschützt. In diesem Zusammenhang sind insbesondere das Recht auf gerechten Lohn, Schadensersatz bei Arbeitsunfällen und Zugang zu Gerichten, für Menschen in irregulärer Aufenthaltssituation von Relevanz. Aber auch die Rechte in den weiteren Kapiteln „Freiheiten“, „Gleichheit“ und „Solidarität“ sowie „Justizielle Rechte“ haben enge Bezüge zur Menschenwürde.

3. Freiheitsrechte

Der Schutz der Familie wird in Art. 7 EuGRCH geregelt, der aber über Art. 8 EMRK nicht hinausgeht. Art. 9 EuGRCH schützt das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen.

3.1. Das Refoulementverbot

Das Asylrecht (Art. 18) wird als gemeinsames Institut der Mitgliedstaaten und nicht als individuelle Rechtsgarantie der Charta in Übereinstimmung mit der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 gewährleistet.⁴³⁷ Bezüglich des Schutzes bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung ergänzt Art. 19 II EuGRCH um ein Refoulementverbot aufgrund des Risikos der Todesstrafe, was konventionsrechtlich

⁴³⁵ Erl zu Art. 1 GrCH, Abl. C 303 v. 14.12.2007, 17.

⁴³⁶ S. *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Art. 5 Rn. 20f.

⁴³⁷ *Weber*, Charta der Grundrechte, 2002, S. 8.

– nach dem gegenwärtigen Stand des EGMR nicht eindeutig garantiert ist.⁴³⁸ Der Schutz vor Kollektivausweisungen (Art. 19 I) korrespondiert mit Art. 4 4. Zusatzprotokoll EMRK und weicht vom Wortlaut nur insoweit ab, als Kollektivausweisungen in der Charta schlechthin für unzulässig erklärt werden.

3.2. Das Recht auf Bildung

Darüber hinaus garantiert die Charta der Grundrechte der EU in Art. 14 das Recht auf Bildung.⁴³⁹ Dieses Recht wurde in Anlehnung an Art. 2 1. ZP EMRK formuliert, geht aber darüber hinaus.⁴⁴⁰ Über den Schutzzumfang der EMRK hinaus gehen auch die Gewährleistungen der Absätze 2 und 3 von Art. 14 EuGRCH. Sie enthalten insbesondere das Recht, unentgeltlich am Pflichtschulunterricht teilzunehmen. Die positive Formulierung setzt ein im jeweiligen Mitgliedstaat vorhandenes Bildungswesen voraus. Die negativen Inhalte gewährleisten Teilhabeansprüche. Der harte Kern des Grundrechts liegt in dem Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu bestehenden (schulischen) Einrichtungen.⁴⁴¹

4. Soziale Rechte

Die Gewährleistung von Rechten sozialen Inhalts neben den Freiheits- und Gleichheitsrechten in einem einheitlichen Charta-Text ist auf europäischer Ebene ein Novum. Im Konvent wurden die Diskussionen über Aufnahme und Ausgestaltung sehr kontrovers geführt und waren der umstrittenste Teil der Charta.⁴⁴² Die sozialen Rechte sind insbesondere in dem Kapitel “Solidarität” enthalten. Einen engen Bezug hat hier auch die durch Art. 1 EuGRCH geschützte Menschenwürde. So hat *Herzog* im Rahmen der Konventsverhandlungen den Vorschlag eingebracht, ein soziales Recht umso eher anzuerkennen und in die Charta aufzunehmen, je enger es mit der Menschenwürde verknüpft sei.⁴⁴³

438 Darauf weist *Bast*, in: Migrationsverwaltungsrecht hin, 188; s. *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage, Titel II, Art. 19 Rn.17.

439 Vgl. hierzu: *Casper*, RdJB 2001, S. 165 - 180.

440 Vgl. die Erläuterungen zu Art. 14: *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. Art. 14, Rn.7.

441 *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Art. 14, Rn. 13. m.w.V.

442 Siehe zu den konträren Ansichten: *Iliopoulos-Strangas*, Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon, S. 805ff.; *Riedel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., vor Titel IV, Rn.1-16.

443 *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Art. 1, Rn.9.

4.1. Das Recht auf ein Existenzminimum

Ein Recht über die Gewährleistung sozialer Unterstützung zur Sicherstellung eines “menschenswürdigen Daseins” findet sich in Art. 34 Abs.3 EuGRCH. Darüber hinaus ist die durch Art. 1 EuGRCH verbürgte Garantie der materiellen Existenzsicherung, die auch jenseits des Anwendungsbereichs von Art. 34 Abs.3 EuGRCH Wirkung entfalten kann, zu bejahen.⁴⁴⁴

Nach dem Willen des Konvents begründet dieses Recht auf ein Existenzminimum keinen subjektiven öffentlichen Rechtsanspruch auf soziale Unterstützung und keine positive Verpflichtung zu einem bestimmten Tun, sondern enthält lediglich eine objektivrechtliche Garantie von Sozialhilfeleistungen und Abwehrrechte.⁴⁴⁵ Eine Klärung, welchen sozialen Mindeststandard der Schutz der Menschenwürdenorm überhaupt erfordert, steht jedoch noch aus.⁴⁴⁶

4.2. Das Recht auf Gesundheit

Ebenfalls für die Sicherung existenzieller Mindeststandards bedeutsam ist Art. 35 S. 1 EuGRCH⁴⁴⁷, der ein Recht auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gewährleistet. Der Chartakonvent hat allerdings auch hier betont, dass damit kein subjektives einklagbares Recht des Einzelnen geschaffen werden soll⁴⁴⁸ und hatte bei Art. 35 EuGRCH ein reines “Abwehrrecht” vor Augen.⁴⁴⁹ Art. 35 S.1 verbürgt dabei jedem Menschen Zugang zu ärztlicher Versorgung und Gesundheitsversorgung. Aus dem Solidaritätsprinzip in Verbindung mit dem Menschenwürdeverweis (Art.1) kann zumindest ein existentielles Minimum gesundheitsschützender Arztversorgung für

444 *Schwarzburg*, Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, S. 145. Als Beispiel wird zur existenzsichernden Funktion der Menschenwürdenorm die Asyl-Mindestnormen-RL 2003/9/EG genannt, S. 145 f.

445 *Rudolf*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Art. 34, Rn. 20, s. dort die Argumentation von Rudolf, die dafür plädiert den Mindestbestand sozialrechtlichen Schutzes als menschenrechtliches Minimum anzusehen, das über die völkerrechtliche Garantie des Art. 1 iVm Art. 9 des UN-Sozialpakts als bereits verbindliches Völkerrecht anzusehen sei.

446 *Schwarzburg*, Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, S. 142.

447 Art. 35 stützt sich auf Art. 11 ESC, s. *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 129.

448 *Riedel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Art. 35, Rn.9.

449 *Riedel*, ebenda, Art. 35, Rn.9; *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 129f. Das Jedermann-Recht reduziert sich deshalb (m.V.a. Art. 12 UN-Sozialpakt) auf ein Abwehrrecht des Einzelnen gegenüber Eingriffen des Staates in seine Gesundheit, oder auf ein Abwehrrecht gerichtet auf ein Unterlassen des Staates, etwa im Erlass diskriminierender Zugangsregeln.

jedermann als gewährleistet angenommen werden.⁴⁵⁰ Auch wurde im Konvent mehrmals die Frage diskutiert, ob aus Art. 35 EuGRCH mit seiner Formulierung als „Jedermannsrecht“ nicht auch sich illegal aufhaltende Drittstaatsangehörige im Gemeinschaftsgebiet ein Recht auf Gesundheitsversorgung ableiten könnten. Im Laufe der Diskussionen wurde eine medizinische Grundversorgung, aber keine präventiven Gesundheitsmaßnahmen, allgemein anerkannt.⁴⁵¹ Die Frage wurde gestellt, ob man noch darüber hinausgehen wolle.⁴⁵² Damit bleibt aber die Frage offen, ob es einen geschützten Zugang zu medizinischer Versorgung ohne Offenbarung gegenüber den Ordnungsbehörden geben wird.

5. Rechte des Kindes

Den Rechten der Kinder⁴⁵³ wird in Art. 24 EuGRCH⁴⁵⁴ unter dem Titel „Gleichheit“ ein eigener Artikel gewidmet. Darüber hinaus normiert Art. 32 Abs.1 S.1, 2 EuGRCH speziell ein Verbot der Kinderarbeit. In Bezug auf Kinder in irregulärer Aufenthaltssituation sind insbesondere die Schutz- und Fürsorgepflichten von Wichtigkeit. Nach Art. 24 Abs. 1 EuGRCH haben Kinder Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig ist.⁴⁵⁵ Die Zielrichtung des Wohlergehens ist die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit. Es handelt sich dabei um ein subjektives Recht.⁴⁵⁶ Geboten ist, wirksame Regelungen zu schaffen, damit Schutz und Fürsorge für Kinder gewährleistet sind.⁴⁵⁷ Mit dem Gebot betont die Charta ausdrücklich ein besonderes Schutzbedürfnis von Kindern und Jugendlichen.⁴⁵⁸

Zusammenfassung

Die EU-Grundrechte-Charta spricht „jeder Person“, die in der Charta genannten

450 A.A. insoweit Meyer; Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 28.

451 Protokoll der Achten Sitzung des Konvents (informelle Tagung) am 27./28. April 2000, SN 3502/00, in: Bernsdorff; Borowsky, Die Charta der Grundrechte, 1. Aufl., S. 227.

452 Ebenda, S. 340.

453 Als Kinder werden grundsätzlich alle Menschen bezeichnet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Vgl. Riedel, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl., Titel III, Art. 24, Rn.16.

454 Die Regelungen der KRK stellen eine Rechtserkenntnisquelle dar, s. Charta-Erläuterungen, Abl. 2007 C 303/25.

455 Vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 14.02.2008, Rs. C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG*, Slg.2008, I-505, Rd.41-42.

456 Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 4, 2009, Kapitel 10, S. 1028, Rn. 3433.

457 Hieraus lassen sich aber keine neuen Kompetenzen der Union ableiten (Art. 51 Abs.2).

458 Titel Riedel, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl., III, Art. 24, Rn. 18.

Rechte zu, so u.a. auch ein Recht auf Bildung und Gesundheitsschutz (Artt. 14, 35 EuGRCH). Die Charta präsentiert einen Vollkatalog der Grundrechte und beschränkt sie sich nicht auf die Rechte, für die der Union eine Kompetenz zum Handeln übertragen wurde. Durch die Schaffung von diesen unionsrechtlichen Grundrechten mit leistungsrechtlichen Komponenten werden nicht gleichzeitig neue Kompetenzen der Union auf diesem Gebiet begründet.⁴⁵⁹ *Bast* weist zurecht darauf hin, dass eine Befugnis zum gesetzgeberischen Handeln aus einem Charta-Grundrecht als solches nicht abgeleitet werden kann (Art. 51 Abs.2 EuGRCH), so dass eine Schere zwischen Sollen und Können bestehe.⁴⁶⁰ Es fehle der EU eine allgemeine Kompetenz zur Verwirklichung und normativen Ausgestaltung dieser Menschenrechte im Fall von Rechten für Menschen ohne Aufenthaltsrecht. Art. 79 Abs. 2 lit.b) AEUV, der eine Kompetenz für die Festlegung der Rechte von Drittstaatsangehörigen beinhaltet, beziehe sich lediglich auf die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhaltenden Drittstaatsangehörigen. *Bast* ist insoweit zuzustimmen, dass die Politik der EU gegenüber sich illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen bisher nicht dem Ziel der “angemessenen Behandlung” von Drittstaatsangehörigen zuzuordnen ist, sondern der “Verhütung und Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel” dient.⁴⁶¹

Betrachtet man jedoch die Kompetenznorm des Art. 79 Abs.2 lit.c) AEUV, nach der die Union die Kompetenz für die Regelung der illegalen Einwanderung und des illegalen Aufenthaltes erhalten hat, ist dieser Ermächtigungsgrundlage nicht zu entnehmen, dass sie die Regelung der Rechte von Menschen ohne Aufenthaltsrecht vollkommen ausschließt. Denn das Ziel der Bekämpfung der illegalen Migration sagt erstmal nichts darüber aus, welches Mittel erfolgreich wäre. Rechte für irreguläre Migranten können demnach insoweit geregelt werden als der Union Kompetenzen in den einzelnen Bereichen (Zugang zur Bildung, zu Gesundheitseinrichtungen) zugewiesen wurden. Das bedeutet, dass für jedes maßgebliche einzelne Grundrecht der Charta zu überprüfen ist, inwieweit den Mitgliedstaaten unionsrechtliche Verpflichtungen überhaupt auferlegt werden können.

459 S. im Einzelnen hierzu: *Große Wentrup*, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten.

460 *Bast*, in: Fischer-Lescano/Koch/Nassibi (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität, S. 78. Er weist weiter darauf hin, dass die kompetenzrechtliche Kopplung von Aufenthaltsstatus und Rechten zu einer Schere zwischen Sollen (Vorgaben der Grundrechtecharta) und Können (fehlende spezifische Kompetenz der EU zur Verwirklichung und Ausgestaltung dieser Menschenrechte) führe.

461 *Bast*, ebenda, S. 78 f. S. Art. 79 Abs. 1 AEUV.

Darüber hinaus entfaltet die Grundrechtecharta insbesondere auch bei der Durchführung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten seine Wirksamkeit. Mit Hilfe der Rechtsprechung des EuGH ist zu erwarten, dass zukünftig auch in Bezug auf die Rechte von Drittstaatsangehörigen ohne Aufenthaltsrecht diese mit Grundrechtsgehalten aufgeladen werden.⁴⁶²

V. Begrenzung der Menschenrechte in der nationalen Rechtsordnung. Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Behandlung von illegaler Migration

Einleitung

In diesem Kapitel wird der Frage nachgegangen, welche Vorgaben das Grundgesetz (nachfolgend GG) für Migranten in einer irregulären Aufenthaltssituation gibt. Dem folgend wird die wissenschaftliche Diskussion nachgezeichnet, ob auch Menschen im irregulären Aufenthalt einen Grundrechtsstatus haben. Welche Bedeutung haben hierbei die sich gegenüberstehenden Pole des verfassungsrechtlichen Nationalstaatsprinzips und die menschenrechtliche Fundierung der Verfassung? Gibt es eine verfassungsrechtliche Grenze, die bei der rechtlichen Behandlung von sich illegal aufhaltenden Migranten nicht unterschritten werden darf? Es werden verschiedene Grundrechte unter der Prämisse beleuchtet, inwiefern hier individuelle Rechte für Migranten in irregulärer Aufenthaltssituation Wirksamkeit entfalten können.

1. Vorgaben des deutschen Grundgesetzes

Der Widerstreit von menschenrechtlicher Universalität und staatlicher Partikularität findet sich auf Verfassungsebene des deutschen Grundgesetzes wieder und kennzeichnet den verfassungsrechtlichen Handlungsrahmen der Migrationsverwaltung.⁴⁶³ Im deutschen Grundgesetz wirken die gegensätzlichen Stränge bereits in der Formulierung des ersten Artikels: „Das Bekenntnis zu den unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ strebt nach Universalität und beruht gleichwohl auf dem Bekenntnis

⁴⁶² Vgl. zur Rückführungsrichtlinie: das Urteil des EuGH „*El Dridi*“, s. hierzu weiter unter: siebtes Kapitel II., S.194 (Fn.194).

⁴⁶³ Vgl. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 67f.

des Deutschen Volkes, das die partikulare deutsche Hoheitsgewalt zur Achtung der nachfolgenden Grundrechte verpflichtet. Insbesondere die vier sog. Deutschenvorbehalte des Grundgesetzes unterstreichen diese Beschränkung menschenrechtlicher Verwirklichung innerhalb des Staates.⁴⁶⁴ So ist z.B. das Recht auf Freizügigkeit im Bundesgebiet, also das Recht, den Aufenthaltsort im Bundesgebiet frei zu wählen, speziell für Deutsche durch Art. 11 GG gesichert.⁴⁶⁵

Blickt man auf die „Jedermann-Grundrechte“ stellt sich auch hier die Frage, inwieweit tatsächlich und mit welcher Intensität sie von jedem Menschen im Staatsgebiet, also auch von Migranten, als Rechtspositionen in Anspruch genommen werden können. In der verfassungsrechtlichen Literatur zum Grundrechtsschutz von Ausländern existieren hierzu unterschiedliche Argumentationen. Wieder muss das Spannungsverhältnis zwischen universellen Anspruch der Menschenrechte und der Souveränität des Staates austariert werden, das die einen eher zu Gunsten der Interessen des Ausländers lösen⁴⁶⁶, die anderen mehr zu Gunsten der Souveränität des Staates.⁴⁶⁷ Was die Bedeutung der Grundrechte im Bereich der Migration und hier insbesondere im Fall der illegalen Migration angeht, muss erstmal zwischen der Frage unterschieden werden, ob allein aus dem faktischen rechtswidrigen Aufenthalt ein grundrechtlicher Schutz des Aufenthaltes erwachsen kann (also ob allein der faktische Aufenthalt an sich schon verfassungsrechtlich geschützt ist und die Beendigung des Aufenthaltes einer Rechtfertigung unterliegt) oder ob es um die Anwendung von Grundrechten im illegalen Aufenthalt geht, namentlich inwieweit dem Migranten Rechte im illegalen Aufenthalt zustehen (also die Frage des Gesundheitszugangs, Bildungszugangs etc.).

Es wird zuerst die Frage behandelt, ob es einen grundrechtlichen Schutz des faktischen illegalen Aufenthaltes gibt?⁴⁶⁸ Das BVerfG hat sich noch nicht explizit

464 Der Ausschluss der Ausländer von den Deutschenrechten wird von Teilen der Literatur kritisiert. Siehe hierzu auch *Siehr*, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, S. 302. Die Deutschenrechte, die der Staat des Grundgesetzes trotz ihrer menschenrechtlichen Verwurzelung nur seinen eigenen Staatsbürgern garantiert, markieren den Schnittpunkt zweier Legitimationsstränge, und zwar der Legitimation des Staates aus der Idee der Menschenrechte und der Legitimation des Staates aus dem Nationalstaatsprinzip, das den besonderen Pflichten des Staates gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen Rechnung trägt.

465 Das BVerfG geht davon aus, dass auch die Einreise von Deutschen in das Bundesgebiet dem Schutz des Art. 11 GG unterliegt, BVerfGE 2, 266 (273); *Hailbronner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VII., 3. Aufl, 2009, § 152 Rn 32ff m.w.N.; a.A. *Weizsäcker*, Grundrechte und freiwillige Migration, S. 83f.

466 S. z.B.: *Zuleeg*, DÖV 1973, S. 361ff.; *Weizsäcker*, Grundrechte und freiwillige Migration, S.70-113; *Rieken*, Die Duldung als Verfassungsproblem, S. 72ff.

467 S. z.B.: *Doehring*, VVDStRL 32 (1973); *Heintzen*, Fremde in Deutschland, Der Staat 36 (1997), S. 327ff. und *Fritsch*, Der Schutz sozialer Bindungen von Ausländern.

468 Mit dieser Frage hat sich schon *Rieken*, in seiner Dissertation intensiv beschäftigt, Die Duldung als Verfassungsproblem, vgl. insb. S. 52 ff.

mit der verfassungsrechtlichen Situation von sich illegal aufhaltenden Migranten auseinandergesetzt. In der Grundsatzentscheidung zum Grundrechtsschutz führt das BVerfG im Rahmen der Zulässigkeit aus, dass diese ausscheide, wenn mangels Aufenthaltsrecht dessen Erteilung begehrt wird.⁴⁶⁹ Auch in seinem Urteil zum Familiennachzug aus dem Jahr 1987 hat das BVerfG⁴⁷⁰ Stellung zu der Frage bezogen, inwieweit Ausländer, die sich nach Ablauf ihres Visums für einen Verwandtenbesuch weiter in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, denjenigen gleichgestellt werden, die außerhalb des Staatsgebietes Einreise und Aufenthalt begehren. In dem Urteil heißt es:

„Allerdings mag grundsätzlich fraglich erscheinen, ob sich der Schutzbereich verfassungsrechtlicher Gewährleistungen auch auf einreise- und aufenthaltswillige Ausländer erstreckt, die noch nicht in den räumlichen Hoheitsbereich der BRD gelangt sind. Die Beschwerdeführer haben durch ihren Besuchsaufenthalt bei ihren Angehörigen zwar Gebietskontakt zur BRD hergestellt. Mit Ablauf der Gültigkeit ihrer Sichtvermerke standen sie jedoch außerhalb der BRD weilenden, Einreise und Erlaubnis zu dauerndem Aufenthalt bei ihren Angehörigen begehrenden Ausländern gleich.“⁴⁷¹

Gleichzeitig stellt das Gericht klar, dass es „nahezu unstrittig sei“, dass sich aus dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit kein Recht auf Einreise ergebe. Entsprechendes gelte in Fällen, in denen die Betroffenen zwar schon eingereist seien, sich der angestrebte weitere Aufenthalt von der bisherigen Anwesenheit im Bundesgebiet nach Zweck und Dauer aber grundlegend unterscheide.⁴⁷² Nach Aussagen des Gerichtes würde der Schutz der Grundrechte im Staatsgebiet nicht automatisch mit dem schlichten Aufenthalt im Hoheitsgebiet einhergehen, sondern erst mit der Zulassung von Seiten des Staates. In einer älteren Entscheidung des BVerfG⁴⁷³ aus dem Jahr 1984 hatte das Gericht hingegen keinen Zweifel, trotz des mittlerweile illegalen Aufenthaltes einer Migrantin, an der Anwendbarkeit der Grundrechte und erklärt, dass der Aufenthalt von Ausländern in den Schutzbereich des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit falle.

469 BVerfGE 35, 382 (398f.).

470 BVerfGE 76, 1.

471 BVerfGE 76, 1, (136); *Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: VVDStRL 32 (1974), S. 61 ff.

472 BVerfGE 76, 1 (71).

473 BVerfG, 22.08.1983 – 2 BvR 1193/83 = NVwZ 1984, S. 165ff. Die Verfassungsbeschwerde handelte von einer Spanierin, die visumfrei zu Besuchszwecken eingereist war und nach Ablauf der erlaubnisfreien Aufenthaltszeit erfolglos eine Aufenthaltserlaubnis beantragt hatte.

Zumindest sieht das BVerfG nicht generell einen rechtmäßigen Aufenthalt oder eine vorherige Zulassung als Voraussetzung der Geltung der Grundrechte für Ausländer an. Insofern ist die Entscheidungspraxis des BVerfG nicht ganz konsistent. Es ist nicht eindeutig zu erkennen, nach welchen Kriterien das Gericht urteilt. Auf der einen Seite erkennt die Rechtsprechung aus Art. 2 Abs.1 GG keine allgemeine Aufenthaltsfreiheit an, sieht dennoch den „Aufenthalt von Menschen in der Bundesrepublik“ als eine von Art. 2 Abs.1 GG geschützte Form der freien Persönlichkeitsentfaltung an.⁴⁷⁴

Betrachtet man parallel dazu die wissenschaftliche Diskussion, gibt es zwei gegensätzliche Strömungen, die jeweils entweder dem Interesse des Staates an seiner Souveränitätshoheit oder dem Interesse des Einzelnen mehr Geltungskraft zusprechen. *Josef Isensee* billigt zwar dem sich illegal aufhaltenden Ausländer den unverkürzten Schutz der Habeas-Corpus-Grundrechte zu, jedoch sei der Aufenthalt selber nicht grundrechtlich gewährleistet.⁴⁷⁵ Im Übrigen unterscheidet er zwischen grundrechtlichen Schutz des Aufenthaltes und dem tatsächlichen Aufenthalt als Voraussetzung für die Ausländergrundrechte. Die Grundrechtsgeltung findet er im „status passivus“. Wer der deutschen Staatsgewalt unterworfen ist, genieße den Schutz der Grundrechte. Er verweist dabei auf *Georg Jellinek*⁴⁷⁶, der in der Subjektion die Basis aller staatlichen Wirksamkeit sieht. *Isensee* entwickelt darauf aufbauend das Zwei-Phasen-Modell der Gebietszulassung. Er unterscheidet zwischen grundrechtsfreier Aufenthaltsbegründung (Phase der Kooptation) und der grundrechtlichen Absicherung des Aufenthaltes (Phase der Subordination). In der koordinationsrechtlichen Phase der Gebietszulassung fordere die Verfassung lediglich die Beachtung der objektiven Gebote der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere der Maximen eines geordneten Verwaltungsverfahrens. Die Verfassung ließe in der Zulassungsphase dem Staat bei der Entscheidung gerade deshalb weiten Raum, weil in dem Augenblick, in dem der Fremde zum Gebietszugehörigen geworden sei, die Entscheidungsflexibilität endet. Denn sobald der Aufenthaltsstaat den Ausländer zugelassen hat, tritt er aus der Grundrechtsindifferenz in die Grundrechtsbindung ein.⁴⁷⁷ Damit hätte der grundrechtliche Schutz seine Voraussetzung nicht im

⁴⁷⁴ Darauf weist *Bast* hin, in: *Migrationsverwaltungsrecht*, S. 207.

⁴⁷⁵ *Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: *VVDStRL Bd.32* (1974), S. 62.

⁴⁷⁶ *Jellinek* erklärte die Beziehung des Individuums zum Staat anhand der Statustheorie. Dabei unterschied er vier Statusverhältnisse. Im passiven Status (*status subjectionis*) unterwirft sich der Mensch unter die Herrschaft des Staates. Dieser Status wird begrenzt durch den negativen Status (*status libertatis*), der die individuelle Freiheitssphäre des Einzelnen schützt.

⁴⁷⁷ *Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: *VVDStRL Bd.32* (1974), S. 69.

faktischen Aufenthalt, sondern im staatlich zuerkannten Aufenthaltsrecht.⁴⁷⁸ Davon zu unterscheiden sei seine aufenthaltsrechtliche Position, die grundrechtlich nicht geschützt sei. Nach *Isensee* genieße der Aufenthalt als Grundrechtsvoraussetzung für Ausländer erstmal nicht gleichwertigen Grundrechtsschutz. Bei Gebietszulassung liege er überhaupt jenseits der grundrechtlichen Schutzbereiche. Nach Gebietszulassung bestimme sich seine aufenthaltsrechtliche Position zunächst nach einfachem Verwaltungsrecht, ergänzt durch das Grundrecht des Art. 2 Abs.1 GG. Erst mit der Dauer des Aufenthaltes und mit der Integration in die deutsche Gesellschaft, steigere sich der grundrechtliche Schutz. Er unterscheidet zwischen vorgrundrechtlicher Statusbegründung und dem grundrechtlichen Status. Als erste Folge der Selbstbindung durch Gebietszulassung setzt *Isensee* ein Mindestmaß an aufenthaltsrechtlicher Stausicherheit voraus.⁴⁷⁹ In welchem Maße dem Ausländer dann eine Annäherung an den Grundrechtsstandard der Deutschen gewährleistet werden müsse, bringt *Isensee* als Analogiekriterium das „Rechtsschicksal der Unentrinnbarkeit“, das grundsätzlich nur die Deutschen zu tragen hätten, während der Ausländer primär seinem Heimatstaat zugeordnet sei. Je nach dem Grad, in dem er auf Lebensentfaltung im Geltungsbereich des Grundgesetzes angewiesen sei, müsse ihm ein Minimum an „Erwerbsmöglichkeit“, an räumlicher Bewegungsfreiheit, an organisierter Kommunikation zuerkannt werden“. Das höchste Maß an „Unentrinnbarkeit“ sei in der Regel beim Asylberechtigten und beim Staatenlosen erreicht. Dort sei „weitgehende Annäherung an den Deutschenstatus menschenrechtliches Gebot“.⁴⁸⁰ Der Grundgedanke ist hier, dass sich der Status des Ausländers nicht in das konventionelle Modell zweiseitiger Rechtsbeziehung zwischen Individuum und Staat füge. Denn der Ausländer sei zwei öffentlichen Gewalten zugeordnet, der des Aufenthaltsstaates und der des Heimatstaates.⁴⁸¹

Schwerdtfeger hingegen entwickelte zur Intensität des Grundrechtsschutzes von Ausländern die These vom Anwachsen eines materialen

478 Vgl. hierzu *Rieken*, Die Duldung als Verfassungsproblem, S. 67, der in der vorläufigen Anerkennung eines grundrechtlichen Status, einen eklatanten Widerspruch zur Ratio der Grundrechtsnormen als Menschenrechte erblickt. Das „Statusmodell“ müsse insoweit modifiziert werden, dass das Aufenthaltsrecht für die Subjektion keine Bedeutung haben dürfe.

479 *Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: *VVDStRL* Bd.32 (1974),71f. Vgl. dort Anmerkung in der Fn.56: „Die rechtsstaatlich gebotene Stabilisierung des Aufenthaltsrechts sprengt jedoch nicht die zeitlichen und sonstigen Grenzen der Aufenthaltserlaubnis. Wer den kleinen Finger des Touristenvisums erhält, kann nicht die ganze Hand der Einwanderungserlaubnis erwarten. Der Staat ist in der Entscheidung über die Aufenthaltsverlängerung grundsätzlich ebenso frei wie bei der ersten Zulassung. Der Ausländer kann die Verlängerung nicht dadurch ertrotzen, dass er sich in den Aufenthaltsstaat durch eigene Tätigkeit integriert und grundrechtlich geschützte Positionen erwirbt.“

480 *Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: *VVDStRL* Bd.32 (1974), S. 76ff.

481 Ebenda, S. 56.

Grundrechtsgehaltes.⁴⁸² Danach sei im Aufenthaltsstatus die materiale Grundrechtsposition und damit die Intensität des Grundrechtsschutzes von der Aufenthaltsdauer abhängig. Allerdings betreffe all dies nur den rechtmäßigen Aufenthalt in der Bundesrepublik. Das Anwachsen materialer Grundrechtsposition könne sich der Ausländer in den genannten Bereichen nicht erschleichen.⁴⁸³ Das heißt, dass ein sich illegal aufhaltender Ausländer keine bessere Grundrechtsposition aufgrund der Dauer seines Aufenthaltes erlangen dürfe.⁴⁸⁴

Auch in jüngeren Veröffentlichungen findet man die Auffassung, dass dem illegalen Aufenthalt grundsätzlich kein Grundrechtsschutz zukomme. Im Fall der Nichtzulassung unterbinde die staatliche Entscheidungshoheit über die Gebietszulassung den Grundrechtsschutz.⁴⁸⁵ Denn allein die ausdrückliche Entscheidung des Vertragsstaates würde der Souveränität des Staates und der Selbstbestimmung des Volkes Rechnung tragen. Nach *Fritzs*ch sei der Staat erst dann vertraglich verpflichtet Rechte zu gewähren, wenn er dem Aufenthalt ein ausdrückliches Einverständnis erteilt habe (*pacta sunt servanda*). Das klassische rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, wonach die Freiheitssphäre des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt und die Eingriffe des Staates rechtfertigungsbedürftig sind, gelte bei Ausländern (in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht) nicht, da sie für den Aufenthalt im Gastland eines Aufenthaltstitels bedürften.⁴⁸⁶ *Fritzs*ch kommt zu dem Schluss, dass das faktische Betreten des Bundesgebietes durch einen Ausländer noch keinen grundrechtlichen Schutz des Aufenthaltes nach sich zieht.⁴⁸⁷

482 Die These vom Anwachsen eines materialen Grundrechtsgehaltes geht davon aus, dass dem Ausländer im rechtmäßigen Aufenthalt mit Dauer des Aufenthaltes ein Grundrecht immer mehr zuwächst bis er, *Schwerdtfeger* schlägt fünfzehn Jahre vor, eine materiale Grundrechtsposition erlangt, die auch im Bereich der Deutschengrundrechte derjenigen von Deutschen gleich sei oder zumindest nahekomme. Ausgenommen von diesem Prozess seien jedoch Ausländer im illegalen Aufenthalt. S. hierzu *Schwerdtfeger*, Verhandlungen des 53. DJT 1980, Bd. I, Gutachten A 30f.; vgl. hierzu auch *Siehr*, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, S. 370f.

483 *Schwerdtfeger*, ebenda, A 33.

484 Im Rechtsgutachten heißt es: „Anfangs vermittele Art.2 Abs.1 GG dem Ausländer nicht viel mehr als eine prozessuale Rechtsposition, denn abgesehen vom Asylrecht habe er keinen Anspruch auf (erstmalige) Aufenthaltsgewährung. Er sei auch nicht darauf angewiesen, seine Persönlichkeit gerade auf deutschem Territorium zu entfalten, zumal er dann noch in seinem Heimatstaat voll verwurzelt sei und insofern jederzeit zurückkehren könne. Demgemäß sei der materiale Grundrechtsgehalt des Art.2 Abs.1 zu Beginn seines Aufenthaltes zunächst gering. Die Situation ändere sich jedoch mit fortschreitender Aufenthaltsdauer: „Je länger der Aufenthalt in der Bundesrepublik andauert, umso mehr der Ausländer darauf angewiesen ist, seine Persönlichkeit gerade in der Bundesrepublik zu entfalten, umso mehr an materiellen Schutzgehalt wächst dem Ausländer im Rahmen des Art.2 I zu.“, S. AaO, A 32.

485 Vgl. nur: *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 72; *Fritzs*ch, Der Schutz sozialer Bindungen von Ausländern, S. 152.

486 *Fritzs*ch, ebenda, S. 151.

487 *Fritzs*ch, ebenda, S. 152.

Dieser wissenschaftlichen Sichtweise steht die universell menschenrechtliche Herangehensweise gegenüber. Es wird versucht aus Art. 2 Abs.1 GG als Auffanggrundrecht einer allgemeinen Handlungsfreiheit ein Recht auf Zugang zum und Aufenthalt im Bundesgebiet abzuleiten. Der grundrechtlicher Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG könne auch für private Migrationsinteressen mobilisiert werden, die auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet gerichtet seien. Eine Einschränkung der Einreise und des Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen würde in diesem Fall der Schrankenregelung des Art. 2 Abs.1 GG unterliegen und Eingriffe seien rechtfertigungsbedürftig und an rechtsstaatliche Maßstäben zu messen.⁴⁸⁸ Dabei gibt es unterschiedliche Ansätze die Aufenthaltsfreiheit normativ zu verankern. *Weizsäcker* findet eine normative Verankerung, neben Art. 2 Abs.1 GG, auch in den speziellen Freiheitsrechten.⁴⁸⁹ *Bast* hingegen findet die normative Grundlage allein in Art. 2 Abs.1 GG, auch dann, wenn ein Eingriff zugleich ein freiheitsrechtlich speziell geschütztes Interesse wie das Zusammenleben in der Familie oder der Religionsausübung berührt. Die spezielleren Freiheitsrechte würden dann den Schutzgehalt des Art. 2 Abs.1 GG verstärken.⁴⁹⁰ *Rieken* leitet aus dem allgemeinen „Verfassungsprinzip der gleichen Freiheit Aller“ einen grundrechtlichen Status aller Ausländer ab, der sich auf der universalistischen Menschenrechtskonzeption der Verfassung gründe. Das allgemeine Verfassungsprinzip der Freiheit gründe auf der liberalen Vorstellung von der natürlichen Freiheit, die jeden Menschen allein Kraft seines Menschseins besitze. Ein Staatswesen, das den Schutz der Menschenwürde an den Ausgangspunkt seiner Rechtsordnung stelle und auf diese Weise die Selbstbestimmung des einzelnen Menschen zu seiner Geltung mache, begeben sich der Möglichkeit, für die Menschen von vornherein begrenzte Freiheitsrechte zu statuieren.⁴⁹¹ Dadurch seien Eingriffe in den grundrechtlich geschützten Aufenthalt verfassungsrechtlich zu rechtfertigen und unterfielen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG. Der Rechtfertigungsgrund für Eingriffe liege dann in der Wahrung der Nationalstaatlichkeit, nämlich dem Recht über die

488 Vgl. hierzu *Weizsäcker*, Grundrechte und freiwillige Migration, S. 89-70; *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 207. Vgl. hierzu auch: BVerfG E 6, 36f. – Elfes; E80, 137, 152ff. – Reiten im Walde.

489 *Weizsäcker*, Grundrechte und freiwillige Migration, S. 120 – S. 130.

490 *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 211.

491 *Rieken*, Die Duldung als Verfassungsproblem, S. 91. Er führt weiter aus, dass im liberalen Verfassungsstaat westlicher Prägung der wichtigste Grund für Eingriffe in die individuelle Freiheitssphäre im Schutz der Menschenrechte selbst liege, d.h. in der Aufgabe, eine Ausübung rechtlicher Freiheit und Gleichheit innerhalb der Gemeinschaft, in der Koexistenz konkurrierender Freiheitsansprüche der Menschen zu ermöglichen.

(Erst-) Zulassung zum Staatsgebiet hoheitlich zu entscheiden.⁴⁹² Als Konsequenz kommt *Rieken* in Bezug auf die Bewertung der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes auf einfachgesetzlicher und grundrechtlicher Ebene zu einem unterschiedlichen Ergebnis. Er gelangt zu einer Konstellation relativer Rechtswidrigkeit.⁴⁹³ Der Aufenthalt aus grundrechtlicher Perspektive sei rechtmäßig. Denn wenn die Einschränkung der Freiheitsausübung rechtfertigungsbedürftig sei, müsse umgekehrt auch die Freiheitsausübung prinzipiell als rechtmäßig gelten.⁴⁹⁴ Der Aufenthalt aus ausländerrechtlicher Perspektive sei hingegen rechtswidrig. Der einzige Weg, die aufenthaltsrechtliche Grundrechtsvoraussetzung dem sich illegal aufhaltenden Ausländer wieder zu entziehen, wäre die erfolgreiche Abschiebung.

Vergleicht man die Positionen, beruhen sie auf unterschiedlichen Sichtweisen. Die eine Position vertritt die Ansicht, dass die Gewährleistung von Rechten und Pflichten und Freiheiten im Übrigen dem Ausländer noch keinen Anspruch darauf gibt, diese auch in einem bestimmten Vertragsstaat auszuüben. Der Ausländer nimmt nicht an dem „Verfassungsprinzip der gleichen Freiheit“ aller teil, solange der Staat dem Aufenthalt nicht zugestimmt hat. Erst mit einem rechtmäßigen Aufenthalt würden dem Ausländer mit der Dauer Grundrechtspositionen zuwachsen, die nach einer langen Aufenthaltsdauer den der Deutschen gleichstehen müssten.

Die andere Position geht hingegen davon aus, dass die Freiheit, somit auch die Freiheit der Persönlichkeitsfaltung, erst einmal unbegrenzt und universell sei. Deshalb könne es ein Anwachsen verfassungsrechtlicher „zu erkannter Positionen“ mit zunehmender Aufenthaltsdauer nicht geben. Im Rahmen der Grundrechtsprüfung stehe daher nicht das konstituierte Freiheitsrecht und damit die Bestimmung der „materialen Grundrechtsposition“, sondern die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Eingriffe über die Grundrechtsschranken im Vordergrund.⁴⁹⁵ Die grundlegende Bedeutung der uneingeschränkten Anwendung der Grundrechte liegt in der Rechtfertigungsbedürftigkeit jeder Beschränkung des Zugangs zum und Aufenthaltes im Bundesgebiet sowie jeder

492 *Rieken*, ebenda, S. 148ff.

493 *Rieken*, ebenda, S. 42ff, S. 164ff. Auf der Grundlage des Phänomens der relativen Rechtswidrigkeit könnten divergierende Rechtswidrigkeitsurteile unter anderen auf eine Veränderung des rechtlichen Maßstabs zurückzuführen sein. Aus dem Verfassungsprinzip der gleichen Freiheit Aller, erwachse der Maßstab für die Beurteilung des Aufenthaltes aus grundrechtlicher Perspektive. Das Nationalstaatsprinzip wiederum gebe demgegenüber für die Bewertung des Aufenthaltes einen anderen Maßstab vor. Denn die Genehmigung des Aufenthaltes von Ausländern ist grundsätzlich dem Staat vorbehalten.

494 *Rieken*, ebenda, S. 165.

495 *Rieken*, ebenda, S. 94.

ungleichen Behandlung verschiedener Ausländergruppen im Aufenthaltsrecht.⁴⁹⁶ Damit wird die Verfolgung von privaten Migrationsinteressen grundsätzlich als eine Form der freien Persönlichkeitsentfaltung anerkannt, die wie jede andere Freiheitsbetätigung grundrechtlichen Schutz vor ungesetzlichem staatlichem Zwang genießt.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da trotz des Genehmigungsvorbehalts des Aufenthaltes von Seiten des Staates es dem Freiheitsgedanken der Verfassung widersprechen würde, wenn von vornherein die Freiheitsrechte nur für sich rechtmäßig aufhaltende Personen gelten würden. Die universalistische Menschenrechtskonzeption der Verfassung, die die Menschenwürde an den Anfang der Verfassung stellt, beruht auf der Vorstellung von der natürlichen Freiheit, die jeden Menschen kraft seines Menschseins besitzen. Die Zulassung zum Aufenthalt staatlicherseits kann keine ungeschriebene Voraussetzung für den Grundrechtsstatus sein. Art. 2 Abs.1 GG schützt als Auffanggrundrecht diese Freiheitsbetätigung.⁴⁹⁷ Dies bedeutet hingegen nicht, dass Art. 2 Abs.1 GG einen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt vermittelt.⁴⁹⁸ Denn die rechtlichen Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 1 GG bestehen nur innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken.⁴⁹⁹ Dem Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt werden im Bereich des Migrationsrechts und insbesondere in Bezug auf die Entscheidung, ob die Einwanderungspolitik offen oder eher geschlossen sein soll, erhebliche Spielräume zugestanden.⁵⁰⁰

In Bezug auf die rechtliche Situation von Migranten ohne Aufenthaltsstatus hat das insofern Konsequenzen, dass dogmatisch die Fälle des illegalen Aufenthaltes als Fragestellungen des „status negativus“ behandelt werden. Denn die Abschiebung bedeutet dann einen Eingriff in Freiheitsrechte, der gerechtfertigt werden muss. Das bedeutet gleichzeitig nach den Worten *Basts* eine positivrechtliche Begründung des Kant'schen Gastrechts (Recht auf Hospitalität), das vorbehalten entgegenstehenden Interessen zu gewährleisten ist. Hierbei reicht jede vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls aus, um die Aufenthaltsfreiheit einzuschränken.⁵⁰¹ Denn die Entscheidung, wer sich als Drittstaatsangehöriger im

496 Vgl. *Weiszäcker*, Grundrechte und freiwillige Migration, S. 147.

497 BVerfG 35, 382, 399 – Ausweisung I.

498 Entgegen den Aussagen des BVerfG, vgl. BVerfGW 76, 1, 71 – Familiennachzug.

499 Vgl. hierzu *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 210f.

500 S. *Kluth*, Migrationsgerechtigkeit, ZAR 2011, S. 331.

501 *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 207.

Staatsgebiet aufhalten darf, wird maßgeblich der Gestaltungsfreiheit der vollziehenden Gewalt überlassen. Die Verfassung gibt diesbezüglich keine weiteren Vorgaben. Bei der Abwägung spielt hierbei eine maßgebliche Rolle, dass der Drittstaatsangehörige im deutschen Staatsgebiet im Unterschied zum deutschen Staatsangehörigen zwei Staaten zugeordnet ist. Im Gegensatz zum Deutschen trägt er nach *Isensees* Worten nicht das „Schicksaal der Unentrinnbarkeit“. Da der Ausländer primär seinem Heimatstaat zugeordnet ist, mache auch eine Teilung der staatsrechtlichen Verantwortung aus der Sicht der Menschenwürde erträglich.⁵⁰² Das bedeutet für den Bereich des Rechts auf Aufenthalt, dass der „irreguläre Migrant“ aus Grundrechten kein Aufenthaltsrecht ableiten kann mit der Begründung, er wolle sein gefährdetes Grundrecht gerade in Deutschland geltend machen. Eine Grenze muss jedoch zum einen dort gezogen werden, wenn Grundrechte in dem Herkunftsstaat vollständig vorenthalten werden und zum anderen, wo durch die Versagung des Aufenthaltsrechts Dritte in ihren Grundrechten verletzt werden (das kann insbesondere bei Familiennachzugsfällen eine Rolle spielen). In allen anderen Fällen wird der Staat hingegen ein sehr weites Ermessen haben, da er grundsätzlich berechtigt ist den ausreisepflichtigen Migranten wieder auszuweisen. Hätte der Nationalstaat nicht diese grundsätzliche Entscheidungshoheit über den Zugang zum Territorium zu bestimmen, würde es sich zunächst in Widerspruch zu dem ihn konstituierenden Merkmal der Territorialbezogenheit setzen. Mit der Abgrenzung der eigenen Nation nach außen und damit einhergehend der Ausgrenzung der Nichtzugehörigkeit, legt er den Grundstein seiner Legitimation, für seine Interessen gegenüber anderen Nationen und für das Wohl eines ganz bestimmten Volkes überhaupt erst eintreten zu können. Die Verantwortung gegenüber seinen Angehörigen, kann er nur glaubwürdig übernehmen, wenn ihm die Kompetenz obliegt, die Voraussetzungen für den Mitgliedstaat festzulegen.⁵⁰³ Dieses grundlegende nationale Interesse kann sich jedoch dann nicht durchsetzen, wenn fundamentale Rechte und die Menschenwürde des irregulären Migranten gefährdet sind. Was bedeutet nun aber die Menschenwürde in Bezug auf die Menschenrechte des sich illegal aufhaltenden Migranten?

502 *Isensee*, VVDStRL 32 (1974), S. 78.

503 Vgl. *Rieken*, Die Duldung als Verfassungsproblem, S. 157. S. auch Gérard Noiriel, Die Tyrannei des Nationalen, S. 12 u. S. 67. *Noiriel* weist darauf hin, dass durch eine Nationalisierung des Sozialen (zwischen 1789 und 1948) und durch die Gewährleistung sozialer Rechte es zu einer verstärkten Identifizierung von In- und Ausländern gekommen sei, die auch zu verfeinerten Kontrollmechanismen geführt habe.

2. Die Bedeutung der Menschenwürde in Bezug auf die Menschenrechte des sich illegal in der Bundesrepublik Deutschland aufhaltenden Migranten

Zum Schutz und Absicherung der Menschenwürde mit ihrem „Unverfügbarkeitstopos“ hat sich die Verfassung eine Grenze gesetzt, die in speziellen Ausnahmefällen ein bestimmtes staatliches Verhalten erfordert. Aber was beinhalten die grundlegenden Verbürgungen der Menschenwürde? Durch das Bekenntnis zur Menschenwürde hat sich der Staat verpflichtet, die Würde eines jeden Menschen durch verbindlich garantierte Menschenrechte gegen die Gefahr der Missachtung zu schützen (Art.1 Abs.1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 GG). Was heißt aber nun die übernommene Garantie eines menschenwürdigen Lebens für den Staat? Im deutschen Verfassungsrecht wird der Würde des Menschen die zentrale Rolle im System des Grundgesetzes zugesprochen. Sie steht am Anfang der Verfassung. Sie ist mit der Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG)⁵⁰⁴ ausgestattet und höchstrangige Norm der deutschen Verfassung, die alle drei staatlichen Gewalten bindet (Art. 1 Abs. 1 GG). Die Menschenwürde soll nicht nur ihre Geltung, sondern auch ihre inhaltliche Entfaltung unter den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes erlangen. Das Recht soll nach einem Maßstab beurteilt werden, den es sich selbst nicht geschaffen hat.

Erstaunlich ist, gemessen an der Bedeutung der Menschenwürde in der Verfassung, dass deren Definition und Auslegung immense Schwierigkeiten bereitet.⁵⁰⁵ Die Unklarheiten in Bezug auf die Auslegung der Menschenwürde führen in der Verfassungsrechtswissenschaft zum Teil zu der Annahme, dass es sich dabei um eine Leerformel handele. Der Begriff der Menschenwürde sei allein als ein Instrument zur Systemstabilisierung durch die Produktion von Illusionen zu begreifen.⁵⁰⁶ Aus der Schwierigkeit heraus, den Schutzgehalt der Menschenwürde zu definieren, bestimmt das BVerfG die Menschenwürde negativ „vom Verletzungsvorgang her“. Theoretischer Bezugspunkt dieser beim Verletzungsvorgang ansetzenden Definition von Würde soll die berühmte von

504 Danach sind Änderungen dieses Grundgesetzes, durch welche u.a. die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze „berührt“ unzulässig.

505 Aus diesem Grund wird das Konzept der Menschenwürde als juristisches Prinzip in einigen EU-Staaten abgelehnt. Insbesondere in Großbritannien wird mit Verweis auf Frankreich auf die Gefahr hingewiesen, dass aufgrund der Unklarheit des Konzepts die Justiz eigene moralische Überzeugung für allgemeinverbindlich erklären könnte, vgl. hierzu *Tiedemann*, Was ist Menschenwürde?, S. 32.

506 Vgl. *Tiedemann*, ebenda, S. 38. S. auch zu dem Ansatz, dass es sich bei dem Rechtsbegriff der Menschenwürde um eine Leerformel handele z.B.: *Denninger*: Staatsrecht. Einführung in die Grundprobleme des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 25ff.

Günter Dürig entwickelte „Objekt-Formel“ sein, nach der eine Würdeverletzung dann vorliegt, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.⁵⁰⁷ Da die Objektformel recht unbestimmt ist, hat sich zur Konkretisierung die Bildung von Beispielsgruppen entwickelt.⁵⁰⁸ Aber auch diese Herangehensweise stößt auf Schwierigkeiten, vor allem wenn es um neue Problemkonstellationen geht. Denn wer einen Verletzungsvorgang bestimmen möchte, muss eine gewisse positive Vorstellung davon haben, was er als Würde verletzend qualifizieren möchte. Dies setzt Evidenz und Konsens voraus. Aber welche Kriterien sollen als Maßstab herangezogen werden? In der Rechtsordnung muss sich der Mensch häufig als Objekt entgegen seinem subjektiven Willen fügen. Wann ist die Grenze überschritten, die den Menschen als bloßes Objekt in Missachtung seiner Würde herabgewürdigt? *Das BVerfG* umschreibt diese unüberschreitbare Tabugrenze als, dass der Mensch einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (oder in der) eine willkürliche Missachtung der Würde des Menschen liegt. Die Behandlung muss also, wenn sie die Menschenwürde berühren soll, Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personenseins zukommt, also in diesem Sinne eine „verächtliche Beachtung“ sein.⁵⁰⁹ Das Gericht zieht zudem zur Erkenntnis, was die Würde des Menschen fordere, historische Entwicklung und zeitbedingte Erkenntnis heran.⁵¹⁰ Dies wiederum birgt die Gefahr, das eigene moralische Überzeugungen, Motive und Ziele der einschränkenden Staatsmacht bei der Bestimmung des Würdebegriffs Einzug halten.⁵¹¹ *Siehr* bemerkt zudem richtig, dass mit der Fokussierung auf elementare Unrechts- und Verletzungserlebnisse des Menschen erst die eine Seite des Bekenntnisses zu Menschenrechten als „Grundlage jeder staatlichen Gemeinschaft“ erfasst werde. Ein freiheitliches Staatswesen benötigt noch eine weitere Dimension der Menschenrechte, nämlich die Freiheit.⁵¹² Jeder

507 Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 81 (1956), S. 127.

508 Danach gelten bestimmte Eingriffsarten (→Diffamierung, Diskriminierung, Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und grausame Bestrafung←) als Antastung der Menschenwürde, vgl. BayVerfGE, in: BayVBl. 1982, 47, 50.

509 S. das „Abhörurteil“ v. 15.12.1970 des BVerfGE 30, 1(25f.). In der Entscheidung zur „lebenslanger Freiheitsstrafe“ heißt es: „Es widerspricht (...) der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen (...). Der Satz, „der Mensch muß immer Zweck an sich selbst bleiben“, gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete.“; BVerfGE 45, 187 (228);

510 S. z.B.: BVerfGE 45, 187 (228) (Lebenslange Freiheitsstrafe).

511 In dem „Abhörurteil“ (Fn. 509) finden sich durchaus Tendenzen, eher auf die Absichten der handelnden Staatsorgane als auf die Wirkungen für die betroffenen Menschen abzustellen.

512 *Siehr*, Die Deutschengrundrechte des Grundgesetzes, S. 53 und S. 40ff.

Mensch hat das elementare Recht auf freie Selbstbestimmung.⁵¹³ Der Mensch soll nie um seiner Würde willen als bloßes Objekt behandelt werden, sondern muss immer zugleich in seiner Subjektqualität respektiert werden. Damit wird die Würde des Menschen, in der kantischen Traditionsweise⁵¹⁴, in der Autonomie des Individuums gesehen. Der Grund der Menschenwürde ist die jedem Menschen innewohnende Fähigkeit, sich zu einem autonomen, selbst bestimmten menschlichen Wesen zu entwickeln. Die Zuschreibung des moralischen Status „Würde“ erfolgt, weil wir anerkennen, dass jeder Mensch die Anlage und Fähigkeit hat, Personalität zu entwickeln und zu entfalten.⁵¹⁵ Die Menschenwürde ist die Vorbedingung personaler Selbstdefinition und Selbstentfaltung. Diese ermöglicht überhaupt erst dem Einzelnen, in rechtlich garantierter Freiheit und Gleichheit zu leben. Sie ist Bedingung, damit die Grundrechte ausgeübt werden können. Der Staat ist demzufolge nach Art. 1 Abs.1 GG verpflichtet die Anlage und Bestimmung des Menschen zur vernünftigen Selbstbestimmung zu achten und zu schützen. Dazu gehören auch die Voraussetzungen, die erst eine Entwicklung zur Person ermöglichen. Wenn die Willensfreiheit des Menschen beeinträchtigt wird, wo die Bedingungen der Möglichkeit selbstbestimmten Lebens in Frage gestellt werden, darf es um der Achtung der Würde des Menschen willen keinerlei Einschränkungen, Relativierungen und Abwägungen geben.⁵¹⁶ Dabei geht es nicht um eine unbegrenzte Selbstentfaltung bzw. Handlungsfreiheit. Denn diese findet seine Grenze in den Rechten der anderen und in gemeinschaftsbezogenen Gründen.⁵¹⁷ Es geht darum, überhaupt in der Lage zu sein, eine Entscheidung frei treffen zu können. Denn nur wenn ein Mensch autonome Entscheidungen treffen kann, wenn er sich selbst bestimmen kann, macht die der Freiheit dienenden Verfassung einen Sinn. Dabei werden zahlreiche Dimensionen menschlichen Lebens getroffen. Die Anerkennung des Rechts auf Leben als Basis und Verwirklichungsbedingung der Menschenwürde, die Anerkennung der Rechtssubjektivität der Menschen und ihrer prinzipiellen Gleichheit, das Recht auf autonome Selbstentfaltung, das Recht auf ein Mindestmaß

513 *Bielefeldt*, Menschenwürde. Der Grund der Menschenrechte, S. 18.

514 Bei *Kant* fanden sich die zentralen Begründungselemente und begrifflichen Umschreibungen für den Menschenwürdeansatz. Im Ergebnis heißt Würde bei *Kant* sittliche Autonomie. Er nennt die Freiheit das >>einzige, ursprünglich, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht<<. Er verweist auf die Würde des Menschen als eines sittlichen Verantwortungssubjekts, die in einer konsequenten Freiheitsordnung Anerkennung finden soll, Immanuel Kant, „Grundlegung zur Methaphysik der Sitten“ (1785), zweiter Abschnitt (Akademieausgabe Bd. IV), 434; S. auch *Bielefeldt*, „Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat, Essay No. 1, Dezember 2004, S. 7ff.

515 Ebenda, S. 93.

516 *Tiedemann*, Was ist Menschenwürde?, S. 91.

517 BVerfG 4, 7(16); ferner 12, 45 (51); 21, 362 (372); 41m 29 (50).

an physischen und sozialkulturellen Existenzminimum als Sicherung eines menschenwürdigen Daseins, das Recht auf geistig-seelische und körperliche Integrität, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, als Anerkennung einer höchstpersönlichen Privatsphäre, das Recht auf minimale Achtung und letztendlich das Verbot der Folter.

Diese zentrale Bedeutung der Menschenwürde findet sich als unverbrüchlicher Kernbestand auch in den meisten Einzelgrundrechten wieder und wurde von der Rechtsprechung in Fallgruppen konkretisiert.⁵¹⁸ Die Aussagen des BVerfG lassen sich als Bekenntnis zur Absolutheit des Menschenwürdeschutzes und als Verweis auf seine Abwägungsresistenz verstehen.⁵¹⁹ Diese präzise Bestimmung des absoluten Menschenrechtskerns und Menschenwürdegehaltes ist nicht immer leicht und ist bei einigen Grundrechten äußerst schwierig abzugrenzen. Denn der Konsens, was der Menschenwürdegehalt ist, kann sich sehr schnell an den Rändern auflösen, und wirft die Frage auf, ob dieser abstrakt-generell oder auf den Einfall bezogen zu bestimmen ist und kann allenfalls bei konsensfähigen Extrembeispielen gefunden werden.⁵²⁰

Aber was heißt das im Fall des Migranten, der sich ohne Aufenthaltserlaubnis im Staat aufhält. Art. 1 Abs.1 S.2 GG fordert den Staat nicht nur zu einer Achtungspflicht, sondern auch zu einer Schutzpflicht auf.⁵²¹ Das bedeutet die Verpflichtung erstreckt sich nicht nur auf die Abwehr von Eingriffen („achten“), wodurch dem Staat die Grenzen aufgezeigt werden, die der Staat nicht überschreiten darf; sondern Art.1 Abs.1 S.2 GG fordert darüber hinaus auch „positives“ staatliches Handeln zugunsten eines effektiven Schutzes der Rechte. Es müssen Bedingungen erhalten und geschaffen werden, unter denen dieses Recht faktisch durchgesetzt werden kann. Denn die Anwendung der Grundrechte wird erst durch „äußere Bedingungen“ ermöglicht. Das bedeutet zum einen, dass der Staat sich aktiv schützend vor die möglichen Opfer der Menschenwürdeverletzung stellt, die von

518 Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Großen Lauschangriff einen absolut geschützten Kernbereich des Grundrechts aus Art. 13 I GG anerkannt, in den nicht eingegriffen werden darf, da dieser zur unantastbaren Menschenwürde gem. Art. 1 I GG gehöre. In dieser Entscheidung stellt das Gericht fest: „Die Privatwohnung ist als „letztes Refugium“ Mittel zur Wahrung der Menschenwürde. Dies verlangt zwar nicht einen absoluten Schutz der Räume der Privatwohnung, wohl aber einen absoluten Schutz des Verhaltens in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt“, BVerfGE: 1 BvR 2378/98-1 BvR 1084/99, Rn. 120. Vgl. die kritischen Anmerkungen von: *Teifke* zur Entscheidung, Das Prinzip der Menschenwürde, S. 121 f.

519 Vgl. *Rothkegel*, ZAR 2012, S. 359; vgl. hierzu die unterschiedlichen Grundpositionen zum Verhältnis zwischen Grundrechtscharakter und absoluter Geltung des Art. 1 Abs.1 GG: *Teifke*, Das Prinzip der Menschenwürde, S. 87ff.

520 Vgl. *Siehr*, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, S. 334.

521 Art. 1 Abs. 1 GG lautet: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

Dritten ausgeht.⁵²² Dazu gehören auch die Gewährleistung eines geeigneten institutionellen Rahmens zur effektiven Inanspruchnahme der Rechte und die Befähigung zur Kenntnisnahme von Grundrechten und dessen Durchsetzungsmechanismen. Das heißt vor allem, dass irreguläre Migranten als Menschen, deren Würde zu achten und zu schützen ist, nicht bloß Objekt staatlicher Macht sein dürfen, wenn es um die Verteidigung der Staatssouveränität geht über Einreise und Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu entscheiden.

Im Folgenden wird zum einen untersucht, inwieweit im Grundgesetz verankerte Grundrechte für die Rechte von Migranten in irregulärer Aufenthaltssituation wirksam gemacht werden können und zum anderen, inwieweit hier die Menschenwürde mobilisiert werden kann, um einzelne Rechtsgehalte für die ansonsten „Rechtlosen“ herauszuschälen. Interessant ist hier ein Blick auf das spanische Verfassungsgericht, das sich mit dem verfassungsrechtlichen Status von irregulären Migranten befasst hat und hierfür insbesondere die Menschenwürde mobilisiert.⁵²³ Das Gericht hat in seiner Rechtsprechung klar hervorgehoben, dass irreguläre Migranten keine „outlaws“ seien, welche sich aufgrund der Verletzung staatlicher Souveränität in einem rechtsfreien Raum bewegen, sondern mit menschlicher Würde ausgestattet sind, die als freie Mitglieder an der Rechtsgemeinschaft teilnehmen und nicht bloß Objekt öffentlicher staatlicher Gewalt sein dürfen.⁵²⁴ Bei der Bestimmung der Rechte, die allen Menschen zustehen, orientiert sich das Gericht maßgeblich daran, welche Verbindung explizit das spezifische Recht, unter Heranziehung internationaler Menschenrechtsverpflichtungen mit der Menschenwürde hat und welches spezielle Interesse (Wesensgehalt) das Recht schützen will⁵²⁵.

Anhand der Darstellung der folgenden Grundrechte wird im Einzelnen untersucht, ob sich für „irreguläre Migranten“ ein Recht auf Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland bzw. sonstige Rechte „im Aufenthalt“ ergeben können

522 Aus der verfassungsrechtlichen Staatszielbestimmung lassen sich keine konkreten rechtlichen Folgerungen ziehen bis auf diejenige, dass der Gesetzgeber von Verfassung wegen befugt und verpflichtet ist, Regelungen zum Schutz der Menschenwürde zu schaffen (BVerfGE zur Abtreibung). In: Insee/Kirchhof, HdStR V, 2000, §111, Rdn. 13, weist darauf hin, dass die Formulierung des Art. 1 Abs.1 GG auch eine engere Auslegung zuließe, nämlich, dass sich der Schutz auf den Schutz der Durchsetzung der Abwehrfunktion reduziert. Die Formulierungsvorschläge bei den Beratungen des Parlamentarischen Rats deuten aber eher auf die doppelte Schutzfunktion hin. Vgl. *Jaekel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 31. Vgl. auch *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 138.

523 Vgl. hierzu auch das Urteil des spanischen Verfassungsgerichts: STC 13/1994 (FJ 8) of 3 February and 196/ 1987 (FJ3) of 1 December. Das Gericht hat in diesem Urteil „dignity-related rights“ kategorisiert, die mit dem Prinzip der Menschenwürde untrennbar verbunden sind.

524 STC 237 / 2007, FJ3.

525 Ibid.

3. Recht auf Aufenthalt aus den Grundrechten?

3.1. Das Refoulementverbot

Ein Rechtsanspruch auf Aufenthaltsgewährung ergibt sich aus Art. 16a Abs.1 GG für „politisch Verfolgte“, der jedoch mit der Einführung von Art. 16 a Abs.2-5 GG als Folge des Asylkompromiss von 1993 drastisch eingeschränkt wurde. Ob und in welchem Maße sich aus den einzelnen Grundrechten selbst ein Refoulementverbot ergeben kann, wird kontrovers diskutiert.⁵²⁶ Für den Fall der drohenden Folter oder unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung hat das BVerfG entsprechende Vorgaben aus Art. 1 Abs.1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hergeleitet.⁵²⁷ Hingegen hat das BVerfG noch offengelassen, inwieweit bei drohenden Grundrechtsverletzungen im Ausland unmittelbar aus dem Grundgesetz Abschiebungsverbote geltend gemacht werden können.⁵²⁸ Es stellt sich hier die zentrale Frage, inwieweit in diesem Fall der Grundrechtsschutz reicht und ob die grundrechtsverletzenden Maßnahmen einer ausländischen Staatsgewalt dem deutschen Staat zurechenbar sind. Die Kausalverknüpfung ist insofern gegeben, da der Betroffene durch die aufenthaltsbeendende Maßnahme der Bundesrepublik Deutschland gezwungen wird, sich unter die fremde Hoheitsgewalt zu begeben. Die im Ausland eintretenden Folgewirkungen (einer grundrechtswidrigen Behandlung) werden dadurch erst ermöglicht. Das Gesamtgeschehen wird damit nicht ausschließlich durch den fremden Staat beeinflusst. Der deutschen Staatsgewalt sind die im Ausland eintretenden Folgen zurechenbar.⁵²⁹ Dazu muss im Zeitpunkt der Vornahme der aufenthaltsbeendenden Maßnahme objektiv erkennbar sein, dass dem Ausländer im Heimatstaat eine entsprechende grundrechtswidrige Folge droht, auf deren Ausbleiben die Bundesrepublik nicht vertrauen darf.⁵³⁰

Vorgeschlagen wurde von *Hong*, ein allgemeines Refoulementverbot als ungeschriebenes Grundrecht des Grundgesetzes anzuerkennen, das sich auf die Menschenwürdegehalte der einzelnen Grundrechte stützt und deshalb schrankenlos zu

526 S. hierzu insbes.: *Cremer*, Der Schutz vor Auslandsfolgen, 270ff; *Hong*, Asylgrundrecht und Refoulementverbot, S. 148ff.

527 BVerfG (K) II/3, Beschl. v. 3. April 1992, 2 BvR 1837/91, NVwZ 1992, 660 (661).

528 *Huber*; *Göbel-Zimmermann*, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl., Rn. 1843 mit Verweis auf: BVerfG, NVwZ-Beil. 1993, 11 = DVBl. 1994, S. 45.

529 *Cremer*, Der Schutz vor Auslandsfolgen, S. 271; s. auch: *Huber*; *Göbel-Zimmermann*, ebenda, Rn. 1843ff.

530 *Huber*; *Göbel-Zimmermann* (Fn.528), Rn. 1846.

gewährleisten sei.⁵³¹ Das BVerwG hält eine Abschiebung mit dem Grundgesetz unvereinbar, wenn die Betroffenen im Falle der Abschiebung (wegen unzureichender Existenzbedingungen oder mangels medizinischer Versorgung) sehenden Auges dem sicheren Tod oder schwersten Verletzungen ausgeliefert sein würde.⁵³²

In jüngerer Zeit wurde im Rahmen von diplomatischen Zusicherungen und Auslieferungsverträgen die Frage diskutiert, ob die tatsächlichen Realisierungsbedingungen der Menschenwürde gegebenenfalls auch im Ausland zu gewährleisten seien oder ob die Gewährleistung der rechtlichen Mindestbedingungen ausreicht. Für das BVerfG reichen rechtliche Gewährleistungsvorkehrungen aus.⁵³³ Dem u.E. ist nicht zuzustimmen; denn nach dem Schutzzweck von Art. 1 Abs.1 S. 1 GG muss darüber hinaus auch die Schaffung und Erhaltung von Bedingungen, unter denen das Recht faktisch durchgesetzt werden kann, gewährleistet sein. Dies bestätigt auch der UN-Antifolter-Ausschuss, der diplomatische Zusicherungen nicht als geeignetes Mittel ansieht, um im Falle der Auslieferung wirksam vor Folter im Zielland zu schützen.⁵³⁴ Auch der EGMR ist in seinem Urteilen gegenüber diplomatischen Zusicherungen mittlerweile vorsichtiger geworden. In seiner jüngsten Entscheidung *Othmann (Abu Qatada) vs. Vereinigtes Königreich* fordert der Gerichtshof eine gewisse Qualität der Zusicherung und erarbeitet anhand seiner bisherigen Rechtsprechung einen umfangreichen allgemeinen Kriterienkatalog.⁵³⁵ So ist für die Bewertung einer Zusicherung, neben der Zusicherung der Einhaltung der Menschenrechte allgemein, u.a. maßgeblich, wie detailliert die Zusicherung ist, welche Behörde die Garantie geleistet hat, inwiefern sie für den Zielstaat verbindlich handeln durfte und ob die Einhaltung anhand eines objektiven Monitoring überprüft werden kann.

3.2. Das Verfassungsrechtliche Schutzgebot der Ehe und Familie nach Art. 6 I GG

Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der

⁵³¹ Hong, Asylgrundrecht und Refoulementverbot, 2008, S. 165-167.

⁵³² BVerwG 115, 1,7; BVerwG 114, 378, 382.

⁵³³ BVerfGE 75, 1 = JZ 2004, 141. Siehe dazu vertiefend die Anmerkungen von Vogel. Vgl. hierzu nun: EGMR, Urt. v. 21.01.2011 – Nr. 30696/09, *M.S.S. v. Belgium and Greece*.

⁵³⁴ Entscheidung des UN-Anti-Folterrausschusses (CAT) vom 27.03.2013, Mitteilung Nr. 430/2010, *Abichou ./ Deutschland*, abrufbar unter: http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/CAT_Communication_no_430_2010_deutsch.pdf?__blob=publicationFile.

⁵³⁵ EGMR, Urt. 17.01.2012, *Othmann (Abu Qatada) ./ Vereinigtes Königreich*, Application No 8139/09, para189.

staatlichen Ordnung. Art. 6 Abs.1 GG erfasst das Recht auf Eheschließung und die Freiheit der Familiengründung⁵³⁶ sowie das Recht auf ein eheliches Zusammenleben bzw. familiäres Zusammenleben. Daneben ist hinsichtlich der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern Art. 6 II S.1 GG als spezielles Grundrecht (Elterngrundrecht) zu beachten. Dieses gewährleistet die Wahrnehmung der Elternverantwortung im Interesse des Kindeswohls. Auch der Vater eines nichtehelichen Kindes ist generell und nicht nur bei einem Zusammenleben mit dem Kind und der Mutter Träger des Elternrechts.⁵³⁷ Die staatliche Schutzpflicht des Art. 6 Abs.1 GG umfasst nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates, sondern enthält darüber hinaus eine Institutsgarantie, durch die die wesentlichen Strukturelemente der Ehe und Familie geschützt werden. Zudem stellt die Norm eine verbindliche Wertentscheidung dar. Diese begründet für den Staat die Pflicht, Ehe und Familie durch geeignete -materielle und immaterielle- Maßnahmen zu fördern.⁵³⁸

Inwiefern sich aus Art.6 Abs.1 GG ausländerrechtliche Folgerungen ableiten lassen, ist im Einzelnen umstritten. In ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt Art. 6 GG grundsätzlich keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt.⁵³⁹ Beschränkungen zum Familiennachzug seien nicht als Eingriff in das Abwehrrecht des Art. 6 Abs.1 GG zu werten. Art 6 Abs.1 GG ist aber in seiner Funktion als wertentscheidende Grundsatznorm betroffen.⁵⁴⁰ Es besteht eine staatliche Verpflichtung eheliche und familiäre Bindungen bei ihren Entscheidungen zum Schutz des Art. 6 Abs.1 i.V.m. Abs.2 GG grundrechtgemäß zu berücksichtigen. Der Schutzzumfang ergibt sich somit im Einzelfall aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Abwägung der öffentlichen Interessen, die einem Aufenthalt eines Ausländers entgegenstehen könnten und dem

536 Vgl. BVerfGE 31, 58 (679 = NJW 1971, 1509).

537 BVerfG, Beschluss v. 1.4.2008, 1 BvR 1620/04, NJW 2008, 1287. In dieser Entscheidung heißt es: "Das Kind hat eigene Würde und eigene Rechte. Als Grundrechtsträger hat es Anspruch auf den Schutz des Staates und die Gewährleistung seiner grundrechtlich verbürgten Rechte (...). Das Elternrecht dem Kind gegenüber findet seine Rechtfertigung darin, dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, damit es sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gesellschaft entwickeln kann, wie es dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht (...).

538 Ständige Rspr. seit BVerfG, Beschluss vom 17.1.1967 -1 BvL 4/5-, BVerfGE 6, 55 (76).

539 BVerfGE 76,1 (47) = NJW 1988, 626 (631) mit ablehnender Anmerkung insbesondere: *Huber*, NJW 1988, S. 669; *Kimminich*, JZ 1988, S. 355. Denn das Grundgesetz überantwortet die Entscheidung, in welcher Zahl und unter welchen Voraussetzungen der Zugang zum Bundesgebiet ermöglicht werden soll, weitgehend der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt (vgl. BVerfGE 76,1, 47 f.; 8, 81, 92).

540 Das Abwehrrecht des Art. 6 Abs.1 GG betreffe nur das Recht der Familienmitglieder, die Gemeinschaft nach innen frei zu gestalten, die Beziehungen nach außen unterlägen jedoch der Rechtsordnung. Es liege in der Entscheidung der Gesetzgeber und vollziehenden Gewalt, den Zuzug zu regeln. Die Institutsgarantie könne nur betroffen sein, wenn alle Familienmitglieder bereits rechtmäßig und auf Dauer im Bundesgebiet ansässig wären.

verfassungsrechtlichen Schutz der Familie, nach dem bestehende familiäre Bindungen des Ausländers an Personen, die sich berechtigter Weise im Bundesgebiet aufzuhalten, zu berücksichtigen sind.⁵⁴¹ Eine formalrechtliche Bindung reicht für die Schutzwirkung nicht aus. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Verbundenheit zwischen den Familienmitgliedern.⁵⁴²

Für die Frage der Verletzung von Art. 6 GG geht es auch in der Rechtsprechung des BVerfG maßgeblich darum, ob sich das Familienleben auch an einem anderen Ort zumutbar realisieren lässt (vgl.: „elsewhere-approach“). Ist es den bleibeberechtigten Familienmitgliedern nicht zumutbar dem ausreisepflichtigen Familienangehörigen zu folgen, drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurück. Das BVerfG stellt klar, dass dies selbst dann gelten kann, wenn der Ausländer vor der Entstehung der zu schützenden Lebensgemeinschaft gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen hat.⁵⁴³ Das Zumutbarkeitskriterium erfordert jedenfalls die nähere Klärung der tatsächlichen familiären Umstände in Bezug auf die Fortsetzung der familiären Lebensgemeinschaft im Ausland⁵⁴⁴ (vgl. *Winata*). Entscheidungserheblich zu berücksichtigen sind insbesondere Kenntnisse der Landessprache und der Kultur des Zielstaats sowie die Möglichkeit der Familie, eine wirtschaftliche Existenz zu begründen⁵⁴⁵, die deutsche Staatsangehörigkeit des bleibeberechtigten Kindes bzw. Ehepartners⁵⁴⁶ und Alter des Kindes. Bei Eltern-Kind Beziehungen ist verfassungsrechtlich problematisch und entscheidungserheblich zu berücksichtigen, ob die erzwungene Ausreise eines Elternteils zur Trennung vom

541 Vgl. BVerfGE v. 10.5.2008 – 2 BvR 588/08, InfAuslR 2008, 347; BVerfGE v. 12.5.1987, BVerfGE 76,1,50.

542 BVerfGE 76, 1, 42f.; BVerfGE, Beschluss vom 10.5.2008 – 2BvR 588/08 = InfAuslR 2008, 347. Vgl. zur Problematik der Scheinehe weiter unten, s. neuntes Kapitel V, 1.6.

543 BVerfGE, Beschluss vom 10.5.2008 – 2BvR 588/08, InfAuslR, 347, 348; BVerfGE, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30.1.2002 – 2 BvR 231/00-, InfAuslR 2002, 171ff.; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31.8.1999 – 2 BvR 1523/99-, InfAuslR 2000, 67.

544 BVerfGE, Beschluss vom 10.5.2008 – 2BvR 588/08 = InfAuslR 2008, 347, 348.

545 BVerfGE, a.a.O., 347. In diesem Entscheid ging es um die familiäre Lebensgemeinschaft eines ausreisepflichtigen Türken (nach Ablehnung des Asylbegehrens untergetaucht – insgesamt fünfjähriger unerlaubter Aufenthalt) mit einer kolumbianischen Staatsangehörigen (Lebensgefährtin), die ein gemeinsames Kind (kolumbianischer Staatsangehörigkeit) hatten. Zugleich hatte die Lebensgefährtin ein weiteres Kind mit deutscher Staatsangehörigkeit – abgeleitet vom Vater -, für deren Ausübung der Personensorge die Mutter gemäß § 28 Abs.1 Nr.3 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis besaß. Das Gericht bejahte eine Verletzung von Art. 6 GG, da die besonderen familiären Umstände nicht gewürdigt wurden. Angesichts fehlender türkischer Sprachkenntnisse und mangelnder wirtschaftlicher Unabhängigkeit der Familie hätte die Verlagerung ihres Lebensmittelpunktes in die Türkei für die Dauer des Wehrdienstes des Beschwerdeführers, während dessen er weder als Betreuungsperson noch als kultureller Vermittler oder Ernährer der Familie zur Verfügung stehen würde, erhebliche Probleme aufwerfen dürfen.

546 Die deutsche Staatsangehörigkeit ist aber nicht für die Frage der grundsätzlichen Gewährleistung einer aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkung für ein Elternteil maßgeblich.

Kind führt (vgl. *Rodrigues da Silva & Hoogkammer*) und damit eine schutzwürdige Beziehung zerrüttet wird. Entscheidend für die Beurteilung ist die tatsächlich gelebte Beziehung zwischen Kind und Elternteil. Dabei kommt es maßgeblich auf die Sicht des Kindes an, dessen Wohl ist zu beachten und zu schützen ist.⁵⁴⁷

3.3. Die „Verwurzelungs-Fälle“

Das BVerfG hat lange Zeit ein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand des Aufenthaltes vorausgesetzt, für dessen Entstehen die Staatsgewalt (mit-) verantwortlich sei. Menschen mit einem nicht genehmigten Aufenthalt fielen somit nicht in den Schutzbereich des Art. 6 I GG.⁵⁴⁸ Damit wurde die Qualität des Aufenthaltsstatus in die Definition der Schutzwürdigkeit der sozialen Bindungen verlagert (was der EGMR erst im Rahmen einer Interessenabwägung als Problem der Rechtfertigung ihrer Beeinträchtigung thematisiert). Das BVerfG hat jedoch mittlerweile eine rechtsdogmatische Wende vollzogen und die Rechtsprechung des EGMR grundrechtsbezogen in die deutsche Verfassung aufgenommen. (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 8 EMRK). In Bereich der „Verwurzelungsfällen“ muss jedoch zwischen den geduldeten und dem illegalen Aufenthalt ohne Kenntnis durch die Behörden scharf unterschieden werden. Da im letzteren Fall jegliches schutzwürdiges Vertrauen auf ein Aufenthaltsrecht verneint werden kann, wird die Einzelfallabwägung auf jeden Fall zu einem negativen Ergebnis führen.

4. Gibt es einen grundrechtlichen Schutz im Aufenthalt? – Rechte im Aufenthalt

Die Frage stellt sich, ob und ggf. inwieweit Leistungsansprüche des irregulären Migranten gegenüber dem Staat dienlich gemacht werden können? Gibt es ein notwendiges Minimum, auf das auch „irreguläre Migranten“ einen Anspruch haben? Was ist der verfassungsrechtlich gebotene Umfang dieses Existenzminimums. Dies wirft die Frage nach Art und Maß des zu schützenden Existenzminimums auf.

⁵⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.12.2008, 2 BVR 1830/08, juris.

⁵⁴⁸ *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, S. 202.

4.1. Leistungsrechte (soziale Rechte als Grundrechte)

Die Frage nach der Existenz sozialer Grundrechte bleibt aus vielen Gründen höchst unklar und umstritten.⁵⁴⁹ Im deutschen Grundgesetz findet man aufgrund seiner freiheitsrechtlichen Konzeption lediglich wenige wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Einzelnen gegen Eingriffe des Staates.⁵⁵⁰ Auch das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip stellt keine geeignete Grundlage für die Ableitung konkreter, einklagbarer Rechtsansprüche da.⁵⁵¹ Art. 20 Abs.1 GG enthält einen an den Gesetzgeber und die vollziehende Gewalt gerichteten objektiv-rechtlichen Auftrag, sozialstaatliche Aufgaben mit dem zuvördersten Ziel der Sicherung menschenwürdiger Existenz wahrzunehmen.⁵⁵² Eine Ausnahme besteht jedoch im Zusammenspiel mit Art 1 Abs.1 GG, wonach ein Anspruch auf die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein abzuleiten ist.

Die Einwände gegenüber sozialen Grundrechte haben ihre Berechtigung. Sie bergen aufgrund ihrer äußerst schwierigen Inhalts- und Strukturbestimmung und ihrer meist hohen Kostenintensität,⁵⁵³ im Falle ihrer grundrechtlichen Gewährleistung unlösbare verfassungsrechtliche Probleme. Denn den Staatshaushalt betreffende Entscheidungen fallen in die Kompetenz des Gesetzgebers und nicht in die Entscheidungsbefugnis der nur mittelbar demokratisch legitimierten Justiz. Dies führt zu Kompetenzprobleme zwischen Verfassungsgericht und Parlament.⁵⁵⁴

Andererseits haben aber auch die liberalen Freiheitsrechte eine soziale Dimension. Wenn die Grundrechte „reale Freiheit“ garantieren, so heiße dies, dass der Staat für die tatsächlichen, die sozialen Voraussetzungen ihrer „Verwirklichung“ einzustehen und der Einzelne darauf einen Anspruch habe.⁵⁵⁵

549 Siehe Übersicht zum Meinungsstand: *Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Kommentar zum GG, Art. 20 VIII, Rd. 49ff.; *Heintschel von Heinegg*; *Haltern*, Grundrechte als Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem, JA 1995, S. 333ff.

550 S. BVerfGE 7, 198 (sog. „Lüthentscheidung“) – in seinen Leitsätzen.

551 S. BSozGE 6, 213 ff, 219; 10,97 ff (100); s. auch BVerfGE 27, 253 ff. (283); 39,302ff. (315).

552 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1999, § 6, Rdn. 214.

553 Darüber hinaus wird angemerkt, dass die konkrete Grundrechtsgewährleistung von den verfügbaren staatlichen Finanzmitteln abhängig sei, was die Aufgabe der Unbedingtheit grundrechtlicher Ansprüche bedeuten würde. Vgl. *hierzu: Böckenförde*, Grundrechte und Grundrechtstheorien, NJW 1974, S. 1536.

554 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 462, m.w.N.

555 *Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Isensee; Kirchhof (Hrsg.), 1992, Bd. 5, Allgemeine Grundrechtslehre, § 112, Rdn. 88. Die Wichtigkeit der faktischen Freiheit für den einzelnen wurde auch vom Bundesverfassungsgericht in seiner „Numerus-clausus-Entscheidung“ vom 18.7.1972, BVerfGE 33, 303, 331, betont.

So hat auch das BVerfGE in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip eine „soziale“ Interpretation der klassischen Freiheitsrechte immer wieder vorgenommen.⁵⁵⁶ In seiner Numerus-Clausus-Entscheidung hat sich das BVerfG mit der Frage befasst, ob der Staat von Verfassungen wegen zur Schaffung von Studienplätzen verpflichtet sei. In seiner Entscheidung hat das Gericht das Argument anerkannt, dass die Freiheit „ohne Wert“ sei, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen nicht gegeben seien, um sie in Anspruch zu nehmen.⁵⁵⁷ Allerdings sei ein Individualrecht auf Schaffung eines Studienplatzes nur dann „vorstellbar“, wenn der Staat seine Verpflichtung „offenkundig“ verletzt habe.⁵⁵⁸ Leistungsansprüche auf Teilhabe an einem vorhandenen Güterstand als Reaktion auf vorangegangenes staatliches Handeln (derivative Leistungsrechte) bestehen hingegen unbestritten. Sie finden ihren Rechtsgrund im Gleichheitsgebot.⁵⁵⁹

4.1.1 Das Recht auf ein physisches und sozialkulturelles Existenzminimum als Menschenrecht

Ob es eine verfassungsrechtliche Grundlage für ein originäres Recht auf ein Existenzminimum gibt, war lange Zeit in Deutschland umstritten. Zunächst hatte das BVerfG das Recht auf Fürsorge bei Mittellosigkeit allein aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs.1 GG abgeleitet, wenn der Staat seiner Schutzverpflichtung willkürlich nicht oder völlig unzureichend nachkäme.⁵⁶⁰ Mit seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des SGB II über die Regelleistungen für Erwachsene und Kinder, hat das BVerfG erstmals ausdrücklich aus Art. 1 Abs.1 i.V.m. Art. 20 Abs.1 GG ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimum abgeleitet.⁵⁶¹ Einen Schritt weiter ging das BVerfG in seiner

556 Siehe insbesondere BVerfGE 33, 303. In dieser Entscheidung hat das BVerfG aus der Freiheit des Berufs in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein Recht auf faire und nachvollziehbare Vergabe von Studienplätzen unter Ausschöpfung aller Ressourcen anerkannt. In der Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 115, 25) wurde aus dem Recht auf Leben ein Anspruch auf Leistungen der Alternativmedizin bei lebensbedrohlichen Krankheit anerkannt und erst kürzlich hat das BVerfG aus der Menschenwürde einen Anspruch auf ein Existenzminimum abgeleitet.

557 BVerfGE 33, 303, 331.

558 Ebenda.

559 *Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Isensee; Kirchhof (Hrsg.), 1992, Bd. 5, Allgemeine Grundrechtslehre, § 112, Rdn. 68.

560 BVerfG, Urteil v. 19.12.1951, BVerfGE 1, S. 104f.

561 BVerfGE 125, 175, 232ff. = NJW 2010, 505 = NVwZ 2012, 580 L. Das Gericht verlangt, dass der Gesetzgeber zur Ermittlung des Anspruchsumfanges alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungen zu bemessen hat.

Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Leistungssätze des Asylbewerberleistungsgesetzes. Hier hat es geurteilt, dass das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum ein das physische und soziokulturelle Minimum umfassendes, unverfügbares Menschenrecht ist.⁵⁶² Damit bestätigt das BVerfG ausdrücklich, dass die Existenz des Menschen in seinen sozialen Bezügen zu sehen ist.⁵⁶³ Der unmittelbar verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Gewährleistung erstreckt sich nur auf Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind; er gewährleistet das gesamte Existenzminimum durch eine einheitliche grundrechtliche Garantie, die sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst.⁵⁶⁴ Der Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums ist enger, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert, und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht.⁵⁶⁵

Dass wirklich Neue an diesem Urteil ist, dass das schon früher herangezogene Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum erstmals und gleich mehrfach als Menschenrecht bezeichnet wird.⁵⁶⁶ Das Gericht betont, dass der Staat schon deshalb zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins verpflichtet ist, weil er aus Art. 1 Abs.1 2 GG zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet ist. Hier hat der Gesetzgeber mit seinem Motiv ungesteuerte Migration, durch die im Asylbewerberleistungsgesetz festgesetzten, weit unter dem Existenzminimum liegenden Leistungen, einzudämmen, vom BVerfG eine eindeutige Grenze

562 Vgl. BVerfG, Urt. v. 18.7.2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, abgedruckt ZAR 2012, S. 339 ff. Vgl. Rdn. 88, dort heißt es:“ Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergibt sich aus Art. 1 I GG in Verbindung mit Art. 20 I GG. Art. 1 I GG begründet diesen Anspruch als Menschenrecht. Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 I GG wiederum erteilt dem Gesetzgeber den Auftrag, ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern.

563 Siehe hierzu noch *Soria*, JZ 2005, S. 644.

564 BVerfG, Urt. v. 18.7.2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, Rdn. 90.

565 BVerfG, a.a.O., Rdn. 93.

566 Darauf weist auch *Tiedemann* (NVwZ 2012, S. 1032) in seiner Anmerkung zum BVerfGE, Urt. v. 18.7.2012 – 1 BvL 2/11 hin. Er kritisiert zugleich an der Entscheidung, dass das BVerfG das Grundrecht immer noch aus Art. 1 I i. V. mit Art. 20 I GG ableitet. Um es als Menschenrecht zu begründen, namentlich auch Ausländer ohne Aufenthaltsrecht in seinen Schutzbereich miteinschließt, könne das Sozialstaatsprinzip nicht mehr den Schutzbereich liefern und Art. 1 I GG den subjektiven Grundrechtsanspruch. Denn das Sozialstaatsprinzip habe nicht den Rang eines universalen Menschenrechts, sondern lasse sich als Solidarprinzip deuten, das den eingemeindeten Mitgliedern der Solidargemeinschaft Ansprüche der Gemeinschaft vermittele. Tiedemann vertritt daher die Ansicht, dass Art. 1 I 1 und 2 GG nur allein den Anspruch begründen könne (S. 1032).

erfahren.⁵⁶⁷ Die Instrumentalisierung des Leistungsrechts durch die Herausnahme aus dem System des Sozialrechts zu ausländerpolizeilichen Zwecken und die Einordnung ins Ordnungsrecht widerspricht schon dem Menschenwürdegrundsatz.⁵⁶⁸ Eine Einschränkung der Leistungen ist allenfalls nur dann gerechtfertigt, wenn aufgrund eines kurzfristigen Aufenthaltes ein Minderbedarf gerechtfertigt ist.⁵⁶⁹ Der Umfang der Minimalversorgung ist also keine feststehende Größe, sondern in jedem Einzelfall nach dem individuellen Bedarf zu ermitteln.⁵⁷⁰

Was bedeutet das nun im Fall des sich illegal aufhaltenden Migranten? Inwieweit kann er das Menschenrecht auf ein physisches und soziokulturelles Existenzminimum im Aufenthaltsstaat geltend machen? Was ist sein individueller Bedarf? Es erscheint fraglich, dass sich ein Ausländer ohne Aufenthaltsrecht auf das gesamte soziokulturelle Existenzminimum berufen kann. Denn es können sich wohl kaum untergetauchte, ausreisepflichtige Migranten auf einen Inklusionsanspruch (Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben) berufen, wenn sie sich gegen den Willen des Staates aufhalten. Kann man dem illegal aufhaltenden Migranten entgegenhalten, dass er ja freiwillig ausreisen könne, um ein menschenwürdiges Dasein in seinem Herkunftsstaat zu sichern? Der Menschenwürdeschutz würde also nicht mehr im Geltungsbereich des Grundgesetzes zu gewährleisten sein. Und welcher Maßstab ist dann anzusetzen? Der irreguläre Migrant hätte auf jeden Fall einen Anspruch auf sein nach persönlichem Bedarf zu ermittelndes Existenzminimum, vorausgesetzt er nimmt mit dem Staat Kontakt auf. Ansprüche könnte er dann solange geltend machen bis er ausgewiesen wird.

Wie ist es nun im Fall des „untergetauchten“ irregulären Migranten? Dieser Fall ist schon aus dem Grund höchst problematisch, da der Leistungsanspruch eine Individualisierung der persönlichen Situation erfordert. Diese Offenbarung ist im Fall der irregulären Aufenthaltssituation gerade nicht möglich; denn die Folge wäre die Ausreiseverpflichtung und ggf. die Abschiebung. Die Frage ist, ob zur Sicherung des physiologischen und kulturellen Existenzminimums eine anonyme Inanspruchnahme verfassungsrechtlich notwendig wäre. Das hieße, dass bei Ansprüchen zur Sicherung des Existenzminimums ein geschützter Raum (bzw. keine expliziten Mitteilungspflichten bestehen) staatlicherseits gewährleistet werden

⁵⁶⁷ Aufgabe und erklärtes Ziel des AsylbLG war, die verfassungsrechtlich garantierte Grundsicherung so unattraktiv wie möglich zu gestalten, um jeglichen Anreiz zu ungesteuerten Einreise zu vermeiden. Vgl. BT-Drucks. 12/5008, S. 13.

⁵⁶⁸ S. Rothkegel, ZAR 2012, S. 360.

⁵⁶⁹ BVerfG, Urt. v. 18.7.2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, Rn. 102.

⁵⁷⁰ a.a.O., Rn. 121.

müsste. Das würde auch bedeuten, dass der Staat evtl. zusätzliche staatliche Schutzaktivitäten schaffen müsste, um der besonderen Situation der Gruppe, der untergetauchten irregulären Migranten, ein menschenwürdiges Leben zu gewährleisten. Dies kann nur in den Fällen angenommen werden, wo die betroffenen Schutzgüter (z.B. das Recht auf Leben nach Art. 2 Abs.2 GG) existenziell gefährdet sind oder besondere Gruppen (wie Kinder, ungeborenes Leben) besonders geschützt werden müssen. Denn je höher die Wertigkeit des betroffenen Schutzgutes, desto größer das Ausmaß der geforderten staatlichen Schutzaktivitäten.⁵⁷¹ So fordert auch das BVerfG bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums, dass der Gestaltungsraum enger ist, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert (Rn. 93). In diesem Bereich gibt es kaum Spielraum. Jedoch kann z.B. aus dem Menschenrecht auf ein Existenzminimum keine anonyme Inanspruchnahme von Sozialhilfe abgeleitet werden. Denn dadurch, dass der faktische Aufenthalt in den Herrschaftsbereich des Staates fällt, unterliegt er der gesamten staatlichen Jurisdiktion, im positiven als auch für ihn im negativen Sinne. Eine Ausnahme liegt nur dann vor, wenn die „Versperrung“ des Menschenrechts zu unerträglichen Ergebnissen führt, wo eine allgemeine moralische Verpflichtung die risikolose Inanspruchnahme es gebietet. In diesem Fall ist die effektive Geltendmachung von Menschenrechtsnormen (durch einen barrierefreien, relativ sicheren Zugang) höher zu bewerten als die staatliche Souveränität.

Es soll anhand des Rechts auf Bildung für Kinder und Jugendliche und dem Recht auf Gesundheit diskutiert werden, inwieweit ein barrierefreier Zugang von staatlicher Seite aus zu gewährleisten ist.

4.1.2. Das Recht auf Bildung als explizites Grundrecht bzw. Menschenrecht?

Im Grundgesetz findet sich im Vergleich zu anderen europäischen Staaten⁵⁷² und einigen Landesverfassungen⁵⁷³ kein ausdrückliches Recht auf Bildung. Es finden

⁵⁷¹ Frings, in: Falge; Fischer-Lescano; Sieveking (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, S. 146.

⁵⁷² Viele Mitgliedstaaten der EU haben ein Recht auf Bildung und zumindest die Grundschulpflicht verfassungsrechtlich festgeschrieben: Art. 17 Abs.3 belgische Verfassung; Art. 76 Satz1 dänische Verfassung; Art. 13 Abs.1 S. 2 finnische Verfassung; Art. 16 Abs.3 griechische Verfassung; Art. 34 italienische Verfassung; Art. 23 Abs.1, luxemburgische Verfassung; Art. 74 Abs.3 a) portugiesische Verfassung; Art. 27 Abs.4 spanische Verfassung. Vgl. Weber, „Menschenrechte, Texte und Fallpraxis“, S. 694ff.

⁵⁷³ Art. 11 Abs.1 Verfassung Baden-Württemberg; Art. 128 Abs.1 Verfassung Bayern; Art. 29 Abs.1 Verfassung Brandenburg; Art. 27 Abs.1 Verfassung Bremen; Art. 8 Abs.1 Verfassung NRW, Art. 102 Abs.1 S. Verfassung Sachsen; Art.25 Abs.1 Verfassung Sachsen-Anhalt; Art. 20 S.

sich aber verfassungsrechtlich relevante Elemente eines Rechts auf Bildung, aus denen sich Teilhaberechte ableiten lassen.⁵⁷⁴ In Art. 7 Abs. 1 GG hat der Staat für den gesamten Bereich der Bildung und Ausbildung Verantwortung übernommen. Der Staat ist folglich objektiv-rechtlich verpflichtet, ein leistungsfähiges Schulwesen zu gewährleisten.⁵⁷⁵ Dieser staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag als grundlegende Wertentscheidung dient ganz wesentlich dem durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Recht des Kindes auf freie menschenwürdige Entfaltung seiner Persönlichkeit.⁵⁷⁶ Das BVerfG hat in zahlreichen Entscheidungen den Bedarf an Hilfe und den Schutz der noch in der Entwicklung befindlichen Persönlichkeit des Kindes bekräftigt.⁵⁷⁷ Dass eine elementare Schulbildung (Grund- und Hauptschule) essentiell wichtig für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes ist, darf als unbestritten angenommen werden. Aus dieser Staatsverantwortung leitet sich auf jeden Fall ein derivatives Teilhaberecht an öffentlichen Bildungseinrichtungen aus Art. 2 Abs.1 GG i.V.m. Art. 1, Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitsgrundsatz), Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip) ab. Daneben ist ein originäres Teilhaberecht auf schulische Elementarbildung aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und dem Art. 20 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich insoweit zu bejahen, als im Falle einer generellen Verweigerung von Bildungsmöglichkeiten das zur Entfaltung der Kindespersönlichkeit notwendige Minimum fehlt. Dieses Minimum an Bildung schließt auch schon das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum (physische und soziokulturelle Minimum) mit ein. Dieses Grundrecht ist auch barrierefrei zu gewährleisten, da Kinder für ihre Aufenthaltssituation nicht verantwortlich gemacht werden dürfen. In dem Fall der staatlichen Garantie von elementarer Schulbildung für sich illegal aufhaltende Kinder erfüllt der Staat die

1 Thüringen.

574 S. Glotz; Faber, Grundgesetz und Bildungswesen, in: Benda u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994, § 28 Rn.11.

575 S. Jarass, DÖV 1995, S. 677. Die Zusammenfassung dieser Grundrechte zu einem Grundrecht auf Bildung mit verschiedenen Inhalten sei trotz vielfältiger wissenschaftlicher Begründungsversuche in den Worten *Richters* noch nicht gelungen; siehe Richter, in: Denninger u.a.(Hrsg.), AK-GG, 3. Aufl., 2001, Art.7 Rn. 8a.

576 S. z.B. das OVG Bremen, Urt. v. 03.02.2009 - 1 A 21/07 II, BeckRS 2009, 32579. S. in den Entscheidungsgründen unter A. II. Nr. 3 lit. b) zum „Homeschooling“: Die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrages durch die Schulpflicht dient dem durch Art.2 Abs.1 i.V.m. Art.1 Abs.1 GG geschützten Kindesinteresse (BVerfG, Kammerbeschluss v. 21.04.1989 – 1 BvR 235/89 – (juris vom 29.04.2003 – 1 vom 15.03.2007 – 1 BvR 2780/06). S. auch *Reimer*, Homeschooling als Option?, NVWZ, 2008, S. 718.

577 Grundlegend: BVerfGE 24, 119, 144, in der es heißt: „Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne des Art.1 Abs.1 und Art.2 Abs. 1 GG“. S. auch: BVerfGE 79, 51, 63; E 83, 130, 140.

menschenrechtliche Verpflichtung, der Würde des Kindes gerecht zu werden.⁵⁷⁸

4.1.4. Das Recht auf Gesundheit als explizites Grundrecht bzw. Menschenrecht

Aufgrund der Struktur der Grundrechte als Freiheitsrechte lässt sich auf der Ebene des deutschen Verfassungsrechts auch kein unmittelbares Grundrecht auf Gesundheitsversorgung feststellen. Allerdings ist ein Anspruch des Einzelnen insoweit anzuerkennen, als es für das jeweils minimal Notwendige zur faktischen Freiheit notwendig ist. In Anbetracht des überragenden Stellenwertes des Rechtsgutes Gesundheit ist ein subjektiv-rechtlicher Anspruch insoweit anzuerkennen, als die in Art. 2 Abs.2 S. 1 GG grundrechtlich garantierte körperliche Unversehrtheit schwerwiegend bedroht ist. Das hieße im Bereich des Rechts auf Gesundheit, dass ein Anspruch auf staatliche Gesundheitsleistung im Umfang einer medizinischen Grundversorgung besteht. Grundlage ist Art. 2 Abs.1 S.1 GG als objektive Wertennorm in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip. Hinzu tritt die Menschenwürdegarantie aus Art 1 Abs.1 GG. Versagte man Bedürftigen derartige Leistungen, wäre eine Beeinträchtigung der Menschenwürde das Ergebnis. Ein Anspruch auf medizinische Grundversorgung lässt sich auch aus dem Grundrecht auf ein Existenzminimum ableiten.⁵⁷⁹

Darüber hinaus lassen sich Schutzpflichten aus Art. 2 Abs.2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs.1 GG in Bezug auf Dritte ableiten.⁵⁸⁰ Insbesondere ist hier an das ungeborene Kind von Schwangeren, die in einer irregulären Aufenthaltssituation leben, zu denken. Als soziales Grundrecht ist hier zudem der Art. 6 Abs.4 GG heranzuziehen, der das geschützte Recht der Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft beinhaltet. Darüber hinaus bestehen Schutzpflichten gegenüber der Allgemeinheit, insoweit als bei ansteckenden Krankheiten die Gesundheit von Dritten gefährdet ist. So kann der mangelnde Zugang zur Gesundheitsversorgung das Recht auf Leben

578 Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der Behinderung des Schulzugangs v. Kindern und Jugendlichen in irregulärer Aufenthaltssituation: *Rausch*, Menschenrechte und illegale Migration, in: Walter u.a., (Hrsg.), Grenzen der Gesellschaft, S. 76 ff. Mittlerweil hat der Gesetzgeber Schulen explizit aus der Übermittlungspflicht gem. § 87 Abs.2 AufenthG herausgenommen. S. hierzu zehntes Kapitel, S.313 f.

579 So auch *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 4. Aufl., 1992, Bd.1, Art. 1, Rn.30.

580 Das BVerfG hat in Bezug auf Schutzpflichten einige grundlegende Entscheidungen gefällt. Ausgangspunkt ist hier insbesondere die Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 39,1). Hier urteilte das Gericht, dass die Schutzpflicht des Staates umfassend sei. Sie verbiete nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe, sondern geböte dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor das sich entwickelnde Leben zu stellen.

nach Art. 2 Abs. 2 GG (auch von Dritten) gefährden und damit das höchst individuelle Rechtsgut des Menschen.

Das Grundrecht auf ein Existenzminimum muss für die Fälle barrierefrei zugänglich sein, als es besondere Gruppen, wie Kinder, Jugendliche und werdende Mütter bzw. Wöchnerinnen (hier muss insbesondere auch das ungeborene bzw. neugeborene Kind geschützt werden), betrifft. Denn auch hier kann diese Personengruppe für ihre aufenthaltsrechtliche Situation nicht verantwortlich gemacht werden. Sie können ihr Menschenrecht auf Gesundheitsversorgung nicht in einem anderen (ihrem) Staat geltend machen, denn es steht nicht in ihrer Verfügungsgewalt. Für Erwachsene in irregulärer Aufenthaltssituation muss der Zugang zur Gesundheitsversorgung für Notfälle gesichert und barrierefrei zugänglich sein, da in einer derartigen Ausnahmesituation ein Arztbesuch aufgrund der Konfliktsituation (evtl. Angst vor Ausweisung) nicht hinausgezögert werden darf. Darüber hinaus wäre es zum einen aus humanitären Gründen äußerst wünschenswert die Basisversorgung für irreguläre Migranten barrierefrei zu öffnen, zum anderen steht die Öffnung aber auch im Interesse des Staates, da dadurch ansteckende Krankheiten frühzeitig erkannt und behandelt sowie Verschlimmerungen von Krankheiten vermieden und dadurch zukünftige höhere Kosten vermieden werden können.⁵⁸¹

Zusammenfassung

Im Fall der sich illegal aufhaltenden Ausländer ohne Duldung ist zum einen festzuhalten, dass eine uneingeschränkte personelle Geltung der Grundrechte gegeben ist. Demnach sind Eingriffe rechtfertigungsbedürftig. Bei irregulären Migranten ist der Staat für den Grundrechtsschutz insoweit verantwortlich als der sog. Illegale seine grundlegenden Rechte nicht in seinem Heimatstaat bzw. einem anderen Staat geltend machen kann.

Eine andere Variante, woraus sich ein Recht auf Aufenthalt denken lässt ist, dass durch den Verweis des irregulären Migranten auf ein anderes Land, eine Dritte Person in einem grundlegenden Recht verletzt wird. Maßgeblich ist hier insbesondere das Recht auf Familie bzw. die Eltern-Kind Beziehung. Darüber hinaus bestehen auch Rechte im illegalen Aufenthalt, insbesondere dann, wenn die Würde des Einzelnen gefährdet bzw. durch die Vorenthaltung eines Rechtes verletzt wird.

⁵⁸¹ Vgl. hierzu auch weiter unter das zehnte Kapitel, II, 6.

Der Einzelne darf nicht in die Konfliktsituation geraten, dass er aus der Angst vor einer Ausweisung (durch das Nichtaufsuchen eines Arztes) sein Leben in Gefahr bringt. Bei Kindern und Jugendlichen trifft den Staat noch eine höhere Verantwortung, da sie für ihren illegalen Aufenthaltsstatus nicht verantwortlich gemacht werden dürfen.

ZWEITER TEIL: Europäische und nationale Maßnahmen zur Behandlung von illegaler Migration

VIERTES KAPITEL

Die Entwicklung und Notwendigkeit einer gemeinsamen Migrationspolitik und die Maßnahmen zur Verhinderung der illegalen Migration

Einleitung

Das Phänomen der irregulären Migration wird auf europäischer und nationaler Ebene immer wieder kontrovers diskutiert. Es werden Lösungsansätze gesucht, um die Zahlen der sog. illegalen Migranten zu vermindern, wobei allen Akteuren bewusst ist, dass es keine einfachen Lösungen gibt und die Problematik allumfassend behandelt werden muss. Grundsätzlich muss man zwischen drei Arten von „Illegalität“ differenzieren, der es einer unterschiedlichen Behandlung bedarf. Zum einen die Gruppe der illegal Einreisenden, die heimlich die Grenze überwinden, dann die Gruppe der Einreisenden, die einen legalen Einreisestatus vortäuschen und schließlich die Gruppe, die legal einreisen (visumfrei bzw. mit einem Visum) und dann über ihre genehmigte Aufenthaltsdauer hinaus sich im Schengengebiet illegal aufhalten. Schaut man auf die verfügbaren Statistiken, sind die meisten der sich illegal aufhaltenden Migranten nicht illegal eingereist, sondern sog. *overstayers*.⁵⁸² So sind z.B. in Italien nach einer offiziellen Mitteilung des damaligen Innenministeriums 2004 lediglich 10 % der „Illegalen“ über die Seegrenzen, 15% über die Landesgrenzen ins Inland gekommen und 75 % waren „*overstayers*“.⁵⁸³ Folgt man dieser Datenlage scheint die Steuerung der unerwünschten Migration über die Visapolitik, nämlich vor der Einreise über das Visumverfahren Kontrolle über den Wanderungsprozess auszuüben, besonders effizient zu sein. Andererseits dürfen einzelne Maßnahmen nicht separat betrachtet werden, sondern haben Auswirkungen auf das Einwanderungsregime insgesamt. Beispielsweise verhindert eine restriktive Visapolitik, dass weniger Migranten den legalen Weg über die visafreie Einreise zum illegalen Aufenthalt nutzen. Dies hat jedoch zur Folge, dass mehr einreisewillige

582 Quelle: OECD International Migration Outlook 2007, S. 48.

583 In Italien hat man aufgrund seiner Regularisierungen genauere Kenntnisse über Phänomene der illegalen Migration. Vgl. hierzu *Finotelli*, *Illegale Einwanderung, Flüchtlingsmigration und das Ende des Nord-Süd-Mythos*, S. 111, mit Nachweisen für die Daten.

Immigranten heimlich über den gesetzeswidrigen Weg einreisen.⁵⁸⁴ Die heimliche, illegale Einreise in die EU erfordert wiederum die Überwachung der EU Außengrenzen. Gleichzeitig muss das professionelle und kriminelle Schlepperwesen bzw. der Menschenschmuggel in die EU bekämpft werden. Zudem sind die Kontrollen an den Grenzübergangsstellen eine weitere wichtige Maßnahme, um festzustellen, ob die Einreise tatsächlich den rechtlichen Bestimmungen entspricht. Bei Einreisedokumenten muss überprüft werden, ob diese gefälscht sind. Erforderlichenfalls muss eine höhere Fälschungssicherheit der Dokumente erreicht werden.

Um die Effizienz von Grenzkontrollen zu verbessern wird die biometrische Technologie immer weiter entwickelt.⁵⁸⁵ Auch spielt bei der Bekämpfung illegaler Einwanderung der integrierte Informationsaustausch, sog. e-borders eine immer größere Rolle. Hierdurch werden Datenübermittlungen, die auch biometrische Daten enthalten, ermöglicht und erleichtert. Zudem dient der Aufbau einer „Intelligence-gestützten Grenzverwaltung“ der Erfassung und Auswertung von Daten zum Zwecke einer Bedrohungs- oder Gefahrenanalyse, um bestimmte Risikokriterien zu erstellen. Darüber hinaus wird Dritten, nämlich Beförderungsunternehmen, die Verantwortung bei der Überprüfung der Gültigkeit der Einreisedokumente mit übertragen. Bei Einreiseverweigerung eines Drittäusländers, ist das Beförderungsunternehmen, diese Person an die Grenze befördert hat, verpflichtet diese zurückzunehmen bzw. auf Verlangen in einen Drittstaat, der ihn aufnimmt, zu bringen (Art. 26 (1) a) SDÜ) bzw. wird das Unternehmen strafrechtlich sanktioniert (Art. 26 (2) SDÜ).

Zur Aufdeckung eines faktischen illegalen Aufenthaltes wurde der Ausbau interner Kontrollen (insbesondere Maßnahmen zur Identitätsfeststellung) notwendig; die erfolgreiche Rückführung des identifizierten illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen erforderte eine effektivere Rückführungspolitik. Hierbei werden Drittstaaten zunehmend mit einbezogen, wobei auch eine Verschränkung mit der Visapolitik stattfindet.

584 Vgl. hierzu *Finotelli*, die in ihrer Dissertation zeigt, dass in Italien die Rate der unerlaubten Einreisen der Migranten aus einem bestimmten Land umso niedriger bleibt, je liberaler die Visapraxis für das entsprechende Land ist, ebenda, S. 107.

585 Vgl. nur: KOM (2006) 402 endg., Rn. 22.

I. Die Entwicklung einer gemeinsamen Migrationspolitik in der EU und die „Bekämpfung“ der illegalen Migration

Der Wegfall der Binnengrenzen hatte zur Folge, dass Migranten eine weitgehende unkontrollierte faktische Bewegungsfreiheit im gesamten Unionsgebiet genießen. Dadurch ist die Frage ihrer Aufnahme in einen Mitgliedstaat und ihre rechtliche Behandlung eine Angelegenheit gemeinsamer Interessen für alle Mitgliedstaaten geworden. Durch die Aufhebung der Binnengrenzen können nationale Migrationsentscheidungen Auswirkungen auf die anderen Mitgliedstaaten haben. Denn die Reisefreiheit begünstigt auch Asylsuchende, Flüchtlinge und sich illegal aufhaltende Migranten. Als Konsequenz wurde beispielsweise sichergestellt, dass Asylanträge tatsächlich nur in einem Mitgliedstaat geprüft werden müssen, um dem „asylum-shopping“ entgegen zu wirken.⁵⁸⁶ Auch die Praxis einiger Mitgliedsstaaten, den illegalen Aufenthalt unter bestimmten Voraussetzungen zu legalisieren, wurde bereits unter dem Aspekt der Weiterwanderung kritisiert.⁵⁸⁷

Eine weitere Folge des Abbaus der Kontrollen an den Binnengrenzen war die gleichzeitige Zusammenarbeit der teilnehmenden Staaten hinsichtlich der Kontrolle an den gemeinsamen Außengrenzen. Die Mitgliedstaaten mit einer Außengrenze der EU waren nun plötzlich maßgeblich dafür verantwortlich, dass keiner unbefugt über den Landweg bzw. Seeweg in die EU einreist. Maßnahmen in Bezug auf Lastenausgleich und Unterstützung im Bereich der Grenzsicherung wurden nötig. Schon das Schengener-Übereinkommen und das Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990 (SDÜ) beinhaltet auf völkerrechtlicher Ebene neben dem Abbau der Kontrollen der Binnengrenzen eine ganze Reihe von Ausgleichsmaßnahmen. So wurden im SDÜ, das mit dem Amsterdamer Vertrag in das EG-Gemeinschaftsrecht eingegliedert wurde, u.a. Vorschriften bezüglich einer einheitlichen Visapaxis, gemeinsamer Grenzkontrollen an den Außengrenzen, der Pflichten der Beförderungsunternehmen, die Einrichtung eines zentralen Informationssystems - SIS- zur Personen- und Sachausschreibung, etc. vereinbart, auf die später noch im Einzelnen eingegangen wird. Eine der wichtigsten Ausgleichsmaßnahmen ist die schwerpunktmäßige Verlagerung der

⁵⁸⁶ Die Asylzuständigkeits-Verordnung EG Nr. 343/2003 regelt, welcher Mitgliedstaat für die Bearbeitung eines Asylantrages zuständig ist (Abl. L 50 vom 6.2.2003, S.1). Die sog. Dublin II VO wurde durch die VO (EU) Nr. 604/2013 vom 26. Juni 2013 (sog. Dublin III VO) neu gefasst (Abl. 180/31).

⁵⁸⁷ Vgl. nur Pakt zur Einwanderung und Asyl, Oktober 2008, Rats-Dok.:13189/08 AISM 68.

Personenkontrollen an die Außengrenzen.⁵⁸⁸ Darauf aufbauend wurden zahlreiche weitere rechtliche Bestimmungen im Einwanderungsrecht notwendig. Denn zur Kontrolle der Außengrenzen bedarf es gemeinsamer Mindeststandards auf einzelnen Sachgebieten des Einwanderungs- und Asylrechts. Die Freizügigkeit bewirkte demnach, neben der Herstellung eines gemeinsamen Rechtsraumes, dass die Europäisierung des Migrationsrechts maßgeblich vorangetrieben wurde.

Vor dem Maastrichter Vertrag vom 9.12.1991 hatte sich der Europäisierungsprozess der Einwanderungs- und Asylrechts außerhalb des gemeinschaftlichen Rahmens entwickelt. Regelungskompetenzen wurden von den Mitgliedstaaten nur recht zögerlich auf die EU-Institutionen übertragen. Um die eigene staatliche Souveränität zu erhalten, wurde lange Zeit eine intergouvermentale Zusammenarbeit bevorzugt. Kompromissbereite Mitgliedstaaten einigten und verpflichteten sich auf völkerrechtlicher Ebene. Beispiel hierfür sind die zwei Schengener Abkommen (vom 14.6.1985 und 14.6.1990) sowie das Dubliner Abkommen über die Bestimmung des für die Prüfung eines Asylantrages zuständigen Staates. Dies reichte aber auf lange Sicht nicht aus. Den maßgeblichen Schritt zur Vergemeinschaftung des Einwanderungsrechts schuf der Amsterdamer Vertrag vom 16. / 17.6.1997. Die im Maastrichter Vertrag⁵⁸⁹ zunächst der sogenannten „dritten Säule“, also auf intergouvermentaler Ebene, zugeordneten Themenbereiche (Visa, Asyl und Einwanderung), wurden in die erste Säule überführt und damit vergemeinschaftet und für die EU ein eigener Kompetenztitel (Titel IV EGV) geschaffen. Mit dieser Überführung hatten die Mitgliedstaaten sich entschlossen, ihre Souveränität einzuschränken und auf europäischer Ebene gemeinsame einheitliche Lösungen zu suchen. Dennoch blieb dieses Sachgebiet immer ein hoch sensibler Politiksbereich. Die Frage nach der Kompetenzverteilung, bleibt unter den Mitgliedstaaten weiter umstritten und mit „opt-out Möglichkeiten“ für einige Mitgliedstaaten. Umfassende Regelungskompetenzen wurden nicht verliehen, sondern eine Harmonisierung bestimmter Bereiche angestrebt, um Mindeststandards zu sichern. Zudem wurde erstmal eine Übergangsphase eingeführt, die am 1.5.2004 endete. In dieser Phase spielten die Mitgliedstaaten eine stärkere Rolle im gemeinschaftlichen

588 Kritisch zu dieser Verbindung *Epiney*, Der freie Personenverkehr und seine Folgen, in: Busek/Hummer (Hg.) S. 115.

589 Der Maastrichter Vertrag schuf den Aufbau der EU, deren Struktur als Tempelkonstruktion veranschaulicht wird, die aus drei Säulen besteht: Die erste Säule stellte das Gemeinschaftsrecht dar. Die zweite umfasste die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und die dritte enthielt die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres.

Rechtsetzungsverfahren. Als einschränkende Besonderheit wurden im Vergleich zum sonstigen Gemeinschaftsrecht die Kompetenz des EuGH zunächst beschränkt⁵⁹⁰, die Kommission verfügte nicht über das Initiativmonopol, da auch ein Mitgliedstaat die Initiative zur Rechtssetzung ergreifen konnte (Art. 67 Abs.1 EG) und die Einstimmigkeitsregel bei der Beschlussfassung wurde erstmals beibehalten. Nach Ablauf der Fünfjahresfrist entfiel jedoch das Initiativrecht der Mitgliedstaaten. Die Regelung kehrte zu dem Normalfall der Rechtssetzung (allein) auf Vorschlag der Kommission zurück. Zudem hatte der Rat am 22.12.2004 den in Artikel 67 Abs. 2, 2. Gedankenstrich EG vorgesehenen Überleitungsbeschluss gefasst, der das Mitentscheidungsverfahren nach Artikel 251 EG für den Sachbereich der illegalen Einwanderung⁵⁹¹ zur Anwendung brachte und damit die Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit anordnete.⁵⁹²

Als Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen im Bereich der illegalen Einwanderung bzw. des illegalen Aufenthaltes stand zunächst Art 63 Abs. 3 lit. b) EGV zur Verfügung.⁵⁹³ Die Rechtsakte, die die Einreise und die Kontrolle der Außengrenzen betreffen, fanden in Art.62 Nr.2 EGV ihre Rechtsgrundlagen. Art. 62 Nr.2 lit. a) EGV ermächtigte den Rat zum Erlass von Normen und Verfahren, die von den Mitgliedstaaten bei der Kontrolle der Außengrenzen einzuhalten waren. Art. 62 Nr.2 b) EGV enthielt eine umfassende Gemeinschaftskompetenz zur Regelung von Visa für Aufenthalte bis zu drei Monaten. Im Bereich der Visapolitik, und zwar hinsichtlich Art. 62 Nr.2 lit. b) Ziff. I (Positiv- bzw. Negativliste von Drittstaaten) und Ziff. III (einheitliche Visagegestaltung), entschied der Rat von Anfang an mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments. Nach Ablauf der Fünfjahresfrist galt für die Sachbereiche der Art. 62 Nr.2 lit.b) Ziff. II (Verfahren und Voraussetzungen für die Visaerteilung) und Ziff. IV (Vorschriften für ein einheitliches Visum) ohne weiteres das Verfahren der Mitentscheidung des Europäischen Parlaments (Art. 251 EG).⁵⁹⁴

Zur Umsetzung der Vorgaben des Amsterdamer Vertrages verabschiedete der Europäische Rat 1999 in Tampere ein Arbeitsprogramm, das bis 2004 ausgeführt

590 Zuständigkeiten des EuGH bestanden nur unter den einschränkenden Vorgaben des Art. 68 EG.

591 Der endgültige Übergang zum Mitentscheidungsverfahren (also auch für den Bereich der legalen Migration) ist mit Inkrafttreten des Lissabonner Reformvertrages vollzogen worden.

592 Beschluss des Rates über die Anwendung des Verfahrens des Artikels 251 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Bereiche, die unter Titel IV des Dritten Teils dieses Vertrages fallen, v. 22.12.2004, Abl. EU Nr. L 396/45 v. 31.12.2004.

593 Dieser sieht für folgende einwanderungspolitische Maßnahmen Kompetenzen unter b) vor: illegale Einwanderung und illegaler Aufenthalt, einschließlich der Rückführung solcher Personen, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten.

594 Es bedurfte hier, nicht wie in anderen Sachbereichen, eines überleitenden Ratsbeschlusses nach Art. 67 Abs.2 EG.

wurde.⁵⁹⁵ Dieses enthielt wegweisende Leitlinien für den Harmonisierungsprozess des Migrations- und Flüchtlingsrechts. Es soll ein „Raum der Freiheit, Sicherheit und Gerechtigkeit“ geschaffen werden. Er fordert darüber hinaus die Entwicklung eines umfassenden Migrationskonzepts⁵⁹⁶, das auch deutliche Schutzkomponenten enthalten soll.⁵⁹⁷ Dieses zu vereinheitlichende Migrationsrecht weist in den Beschlüssen von Tampere ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der Steuerung legaler und der Vermeidung illegaler Einwanderung auf. Unter dem Titel „Management of Migration Flows“ wird in Zif. 3 der Schlussfolgerungen zur „Beendigung der illegalen Einwanderung und zur Bekämpfung derjenigen, die diese organisieren,“ aufgerufen, während der Europäische Rat in Zif. 23 seine Entschlossenheit bekräftigt, „die illegale Einwanderung an ihren Wurzeln zu bekämpfen“. In diesen Schlussfolgerungen von Tampere wurde noch versucht ein Ausgleich zwischen der humanitären Tradition der EU und Migrationskontrolle zu schaffen.⁵⁹⁸

Nach den Terroranschlägen 9/11 veränderte und verschärfte sich insbesondere die Migrationspolitik. Die Bekämpfung der illegalen Migration trat in den Vordergrund. Der Europäische Rat von Sevilla (21./22. Juni 2002) hielt insbesondere in seinen Schlussfolgerungen fest, dass Maßnahmen zur Steuerung von Migrationsströmen und zur Bekämpfung illegaler Migration getroffen werden müssen.⁵⁹⁹

Währenddessen hatte die Europäische Gemeinschaft mit den auf der Grundlage von Art. 63 EG (alt) in Kraft gesetzten Richtlinien und Verordnungen den ersten Schritt zur rechtlich bindenden Harmonisierung des Ausländer- und Asylrechts der einzelnen Mitgliedstaaten vollzogen. Seit Mitte des Jahres 2004 gibt es einen Bestand an Rechtsakten, der den Rahmen und die Grundlage für das Einwanderungs- und Asylrecht der Gemeinschaft bildet.⁶⁰⁰ Darüber hinaus wurden zwei Agenturen

595 Tampere, Europäischer Rat, 15.16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr.4, http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm.

596 Vgl. dazu: *ter Steer*, Das Einwanderungskonzept der EU, S. 22 ff.

597 So soll die EU zu ihren Verpflichtungen aus der GFK uneingeschränkt stehen und solidarisch auf humanitäre Anforderungen reagieren, Tampere Europäischer Rat, 15.16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr.4, http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm.

598 Vgl. *Cholewinsky*, The ICRMW and the European Union, S. 375. Cholewinsky stellt fest, dass in den Schlussfolgerungen von Tampere ein „dualer approach“ in Bezug auf die europäische Migrationspolitik festgelegt wurde: zum einen ein „fair treatment of third-country nationals“ und zum anderen ein „mangement of migration flows“. Seit dem würden diese Vorgabe miteinander konkurrieren.

599 Ratsdokument 12894/02, S. 8ff.

600 Vgl. den Überblick bei *Kugelmann*, in: Schulze; Zulegg; Kadelbach (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl., § 41 Einwanderungs- und Asylrecht, S. 2218f.

besonders wichtig, nämlich die Schaffung von EUROPOL im Jahre 1999⁶⁰¹ und die „Border Management Agency“ im Juni 2002⁶⁰², die später in die Errichtung der Grenzschutzagentur Frontex münden sollte.⁶⁰³ Dazu kam die Schaffung moderner Informationstechnologien, zu nennen sind hier maßgeblich EURODAC⁶⁰⁴ und das SIS⁶⁰⁵.

Als Nachfolge des Tampere Programms wurde das Haager Programm des Europäischen Rates vom 5.11.2004 beschlossen. Dieses steckte in einem zweiten Schritt (nach der Übergangsphase) das weitgehende Ziel über bloße Minimumstandards hinaus, nämlich ein gemeinsames Asylverfahren im Zeitraum von 2005 bis 2010 zu schaffen und die Integration von Drittstaatsangehörigen zu verbessern. Im Bereich der illegalen Einwanderung zählt zu den Prioritäten der EU, die Einführung eines integrierten Schutzes an den Außengrenzen der Union, die Weiterentwicklung einer gemeinsamen Visapolitik bei gleichzeitiger Gewährleistung der Freizügigkeit und die Steuerung der Migrationsströme. Zudem wird die Verabschiedung gemeinsamer Standards für die Rückführungspolitik der Mitgliedstaaten gefordert und Schritte zur Einführung des Visa-Informationssystems (VIS) und zur Einführung von Visa mit biometrischen Daten beschlossen, um eine effizientere Visapolitik zu etablieren. 2005 wurde dann zur Koordination der Grenzsicherung auf der Rechtsgrundlage der VO Nr. 2007/2004/EG vom 26. Oktober 2004 eine Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen“ (FRONTEX) geschaffen.⁶⁰⁶ Darauf folgend haben der Rat und die Kommission einen Aktionsplan verabschiedet, der die spezifischen Maßnahmen enthielt, die zur Umsetzung des Haager Programms getroffen werden sollten.⁶⁰⁷ Infolge wurde von der Kommission ein erstes Maßnahmenpaket vorgelegt, zu dem insbesondere der Richtlinien-Vorschlag für gemeinsame Standards für die Rückführung sich illegal aufhaltender Drittstaatsangehöriger gehörte.⁶⁰⁸

601 Mitteilung betreffend die Tätigkeitsaufnahme von Europol, ABl. EG 1999 Nr. L 185/1.

602 Dok. 10019/02 FRONT 58 COMIX 354,

603 Auf der Grundlage von Art. 66 und Art. 62 Nr. 2a) EG hatte die Europäische Kommission 2003 einen Vorschlag zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen vorgelegt KOM (2003), 323 endg.

604 VO Nr. 2725/2000 des Rates vom 11.12.2000, ABl. L326 vom 13.12.2000. EURODAC ist seit Anfang 2003 in Kraft. Vgl. hierzu: sechstes Kapitel, S. 188ff.

605 Vgl. hierzu: sechstes Kapitel.

606 Vgl. hierzu fünftes Kapitel II, S. 162ff.

607 Aktionsplan des Rates und der Kommission zur Umsetzung des Haager Programms zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABl. C 198 vom 12.8.2005, S.1. Vgl. auch die Mitteilung der Kommission über politische Prioritäten bei der Bekämpfung der illegalen Einwanderung von Drittstaatsangehörigen, KOM (2006) 402 endg.

608 KOM (2005), 391 endg.; vgl. weiter unten das siebte Kapitel II.

Mit dem „Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl“ vom Oktober 2008⁶⁰⁹, stand die Europäische Migrationspolitik wieder ganz oben auf der Agenda. Insbesondere wird eine enge Zusammenarbeit der EU mit den Transit- und Herkunftsländer angestrebt, hier insbesondere der Abschluss von Rückübernahmeabkommen. Dabei soll die Kooperation mit den Herkunftsstaaten illegaler Migration evtl. verknüpft werden mit Visae erleichterungen bzw. Arbeitsmöglichkeiten für deren Staatsangehörige. Darüber hinaus soll der Ausbau der Grenzschutzagentur (FRONTEX) und die europäische Zusammenarbeit bei der Organisation von Sammelflügen zur Rückkehr sich illegal aufhaltender Drittstaatsangehöriger gefördert werden. Zugleich wird bestimmt, dass Legalisierungen aus humanitären und ökonomischen Gründen nur fallweise vorzunehmen sind. Die europäische Kommission legte 2008 ein neues Maßnahmenpaket vor, das die biometrischen Datenerfassung und die elektronische Reise genehmigungen umfasst.⁶¹⁰ Darüber hinaus arbeitet die Kommission an der Errichtung eines „Europäischen Grenzkontrollsystems“ (EUROSUR) auf der Grundlage der von der Agentur FRONTEX durchgeführten Machbarkeitsstudie.⁶¹¹

Im Dezember 2009 wurde das neue fünf Jahresprogramm (Stockholmer Programm) angenommen und damit für die Jahre 2010 bis 2014 die weiteren Prioritäten im Migrationsbereich der Gemeinschaft aufgestellt. Dieses Programm steht unter den neuen Kompetenzen des Vertrages von Lissabon.⁶¹² Allgemeine Priorität ist, dass das alte Arbeitsprogramm fortgeführt wird. Weiterhin geht es um die Effektivierung schon in Kraft getretener Maßnahmen zur Bekämpfung illegaler Einwanderung. Positiv ist jedoch, dass eine Rückkehrpolitik unter uneingeschränkter Achtung der Grundrechte und der Würde des einzelnen „Zurückzuführenden“ zu erfolgen hat.⁶¹³ Es wird bestärkt, dass die EU auf gemeinsamen Werten und der Achtung der Grundrechte beruht und der EMRK beitreten soll⁶¹⁴ und dass sie einschließlich ihrer Organe, die Grundrechte in ihren sämtlichen Tätigkeitsbereichen aktiv voranbringt. Dabei wird auf die volle Einbeziehung des Fachwissens der

609 Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl, beschlossen durch den Europäischen Rat am 16.10.2008, Rats. Doc.: 13189/08.

610 Mitteilung der Kommission vom 13.2.2008, KOM (2008) 69 endg.

611 Mitteilung der Kommission vom 13.2.2008, KOM (2008) 68 endg.

612 Vgl. weiter unter: viertes Kapitel II, S. 140 ff.

613 Das Stockholmer Programm, Rats-Doc. 2010/C 115/01, S. 30.

614 Ebenda, S. 8, 2.1. Vgl. für Aktivitäten der Europäischen Grundrechteagentur beispielsweise die Kooperationsvereinbarung zwischen FRONTEX und der Grundrechteagentur.

Europäischen Agentur der EU für Grundrechte hingewiesen.⁶¹⁵

Auch in dem Aktionsplan der Kommission vom Juli 2010⁶¹⁶ zur Umsetzung des Stockholmer Programms wird die Verteidigung der Menschenrechte der Migranten hervorgehoben. Neu ist die Betonung, dass die Beachtung der Grundrechte-Charta in Bezug auf die Prävention und Reduzierung der irregulären Migration zu einer glaubwürdigen Migrationspolitik dazu gehört.⁶¹⁷ Ansonsten war die Kommission in Bezug auf die Problematik von Menschenrechten und sich illegal aufhaltenden Migranten eher zurückhaltend.⁶¹⁸ Auch in Bezug auf die Unterzeichnung der UNWAK hat sie mittlerweile eine eher zurückhaltende Meinung.⁶¹⁹ Hingegen erhält die UNWAK Unterstützung vom Europäischen Parlament und vom Wirtschafts- und Sozialausschuss.⁶²⁰ Das Europäische Parlament bewirkte auch bei den Verhandlungen zur Arbeitgebersanktions-Richtlinie, dass die Rechte der „Illegalen“ angemessen berücksichtigt werden.⁶²¹ Eine größere Beachtung der Rechte von Migranten in irregulärer Aufenthaltssituation könnte auch die Europäische Agentur für Grundrechte vorantreiben. In ihrer Stellungnahme zum Stockholmer Programm, ruft sie dazu auf die Behandlung von irregulärer Migration im Geiste einer an fundamentalen Rechten orientierten Herangehensweise.⁶²² Insbesondere die Praxis der Mitteilungspflichten, die einen mittelbaren Effekt auf die Inanspruchnahme von fundamentalen Rechten für irreguläre Migranten hat, wird herangezogen.⁶²³ Darüber hinaus hat sie mit FRONTEX eine Kooperationsvereinbarung geschlossen mit dem

615 Ebenda, S. 8.

616 Action Plan Implementing the Stockholm Programme. Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2010) 171. Vgl. auch KOM (2006) 402 endg. erwähnt in Nr.2 Beachtung Menschenrechte.

617 COM (2010) 171, S.7:“The prevention and reduction of irregular immigration in line with the Charter of Fundamental Rights is equally important for the credibility and success of EU policies in this area.” Ansonsten bewegen sich die geplanten Aktionen der Kommission im Bereich der effektiven Politik zur Bekämpfung illegaler Migration hauptsächlich in der Überprüfung erlassener Rechtsakte: So die Bewertung von Rückübernahmeabkommen (2010) und Bemühungen weitere Abkommen abzuschließen, die Bewertung der gemeinsamen Rückkehrpolitik (2011), Bericht über die Sanktionsrichtlinie 2009/52/EG (2014) und Report über die Implementierung der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG. Zudem soll die Richtlinie 2002/90/EG geändert werden.

618 Vgl. aber die Mitteilung der Kommission: „European Commission, Communication to the Council and the European Parliament on Immigration and Asylum Policies“, COM (1994) 23, 23 Februar 1994, S. 29, § 109. Dort wird argumentiert, dass zu einer glaubwürdigen restriktiven Migrationspolitik auch der Erlass von Maßnahmen gehöre, die einen Mindeststandard dieser verletzlichen Gruppe definieren. Die Europäische Kommission rief in diesem Sinne die Mitgliedstaaten auf, die UNWAK zu unterzeichnen.

619 *Cholewinski*, The EU Acquis on irregular migration ten years on (2012), S. 384.

620 Vgl. *Cholewinski*, ebenda, S. 385, Fn. 39.

621 Vgl. achttes Kapitel, III 2.

622 A chance to put fundamental rights protection right in the centre of the European Agenda, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/ewsi/en/news/newsdetail.cfm?ID_ITEMS=9625 (Stand: 01.02.2014).

623 Ebenda, 10 f. Darüber hinaus fordert sie ein Überdenken der Richtlinie 2002/90/EG vom 28.1. in Hinblick auf die humanitäre Klausel in Art. 1.2. der Richtlinie insofern, dass diese für alle Mitgliedstaaten zwingend sein sollte.

Ziel die Einhaltung der Menschenrechte an den Außengrenzen Europas besser zu schützen.

Die Inhalte der Kompetenzbestimmung des Art. 63 EGV sind abgearbeitet. Als wichtige rechtsverbindliche Maßnahme wurde in Bezug auf die Rückföhrungspolitik die Richtlinie über gemeinsame Standards und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückföhrung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger erlassen.⁶²⁴ Zu nennen ist hier auch die Richtlinie 2001/40/EG über die Anerkennung von Rückföhrungsentscheidungen. Zudem hat die Gemeinschaft angefangen, den strafrechtlichen Rahmen für die Bekämpfung der illegalen Einwanderung und des Menschenhandels gemeinschaftsrechtlich mittels Richtlinien vorzugeben. So in der Richtlinie zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt.⁶²⁵ Darüber hinaus wurde im Juli 2009 die sog. Arbeitgebersanktionsrichtlinie 2009/52/EG verabschiedet.⁶²⁶ Ferner regelt die Richtlinie 2004/81/EG des Rates vom 29.4.2004 die Erteilung von kurzfristigen Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren.

Die Rechtsakte, insbesondere die Rückföhrungsrichtlinie, sind Ergebnis eines harten, langwierigen und mühsam erzielten Kompromisses. Den Interessen der im Rat vertretenen Mitgliedstaaten, die oftmals restriktive Regelungen zur Migration fordern, steht als Gegengewicht das vom Europäischen Parlament formulierte Interesse der EU gegenüber.⁶²⁷ Insgesamt orientieren sich die Politikansätze an der Unterscheidung zwischen legaler und illegaler Migration. Auffallend ist, dass die Mitgliedstaaten ihr Initiativrecht lediglich im Bereich der Migrationskontrolle (illegale Einreise bzw. Rückföhrung) genutzt haben.⁶²⁸ Diese Vorgehensweise zeigt, dass die Mitgliedstaaten im Harmonisierungsprozess vor allem an einer Verteidigung

624 Rückföhrungsrichtlinie 2008/115 gestützt auf die Rechtsgrundlage des Art. 63 Absatz 3 b EGV (alt).

625 RL 2002/90/EG v. 29.4.2004, Abl.EG L 328, S.17; vgl. dazu auch den Rahmenbeschluss 2002/629/JI vom 19.7.2002 zur Bekämpfung von Menschenhandel.

626 Rechtsgrundlage: Art. 63 Abs.3 b EGV; vgl. hierzu weiter unten das achte Kapitel, III 2.

627 *Kugelmann*, Das Gemeinsame Asylsystem – Abschottung und / oder Integration?, InfAusIR 2008, S. 196.

628 Darauf weist *Peek*, Richtlinienumsetzung: Europarechtliche Anforderungen und mitgliedstaatliche Praxis, auf S. 31 hin. Von den Mitgliedstaaten vorgeschlagene Richtlinien: Richtlinie 2001/40/EG (gegenseitige Anerkennung von Rückföhrungsentscheidungen), Richtlinie 2001/51/EG (Verantwortlichkeit von Transportunternehmen), Richtlinie 2002/90/EG (Unterstützung bei Illegaler Einreise und Illegalen Aufenthalt – alle drei auf Initiative Frankreichs), Richtlinie 2003/110/EG (Unterstützung bei der Durchbeförderung im Rahmen von Abschiebungen auf dem Luftweg – auf Initiative Deutschlands), Richtlinie 2004/82 (Verpflichtung von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln- auf Initiative Spaniens).

ihrer nationalen Souveränität interessiert sind.⁶²⁹

II. Die neue Rechtslage nach dem Vertrag von Lissabon

Der längere Zeit im Schwebezustand⁶³⁰ befindliche Reformvertrag von Lissabon⁶³¹ wurde nach dem Ratifikationsprozess im November 2009 abgeschlossen, so dass der Vertrag Lissabon am 1. Dezember 2009 in Kraft treten konnte.⁶³² Dieser hat zu maßgeblichen Änderungen der primärrechtlichen Rahmenbedingungen geführt. Die Regelungen entsprechen in weiten Teilen dem gescheiterten Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE).⁶³³ Der EU-Vertrag und der EGV werden grundlegend modifiziert. Der letztere wird durch die Änderungen von dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) ersetzt. Organisationsrechtlich verschmelzen bisherige EU und alte EG in eine neue einheitliche EU mit eigener Rechtspersönlichkeit.⁶³⁴ Damit ist der Reformprozess, der am 15. Dezember 2001 von den Staats- und Regierungschefs der Union mit der Erklärung von Laeken eingeleitet wurden⁶³⁵, einem vorläufigen Abschluss kommen.

Die Kompetenzbestimmungen (Art. 77ff. AEUV), die zum Erlass von Maßnahmen im Bereich des Migrations- und Asylrechts ermächtigen, stehen unter dem Titel V, der das Ziel hat, einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu bilden.⁶³⁶ Die bisher unter Titel VI EUV Bestimmungen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Artt. 29-42) sowie die in Titel IV EGV enthaltenen Unions- bzw. Gemeinschaftskompetenzen wurden unter dem gemeinsamen Dach der Union zusammengeführt. Nach Art. 4 Abs.2 lit. j) AEUV teilt sich die EU die Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten. Diese „geteilte

629 Vgl. Peek, ebenda, S. 31 und den Verweis in Fn. 59 auf *Barbou des Places/Oger*, EJML 6 (2004), S. 353 ff.

630 Irland hatte im Wege der Volksabstimmung die Ratifizierung des Vertrages nicht gebilligt.

631 Die Staats- und Regierungschefs haben auf ihrem Treffen am 18./19.10.2007 in Lissabon den auf der Regierungskonferenz vom 21./22.6.2007 in Brüssel beschlossenen Reformvertrag verabschiedet und am 13.12.2007 in Brüssel unterzeichnet, Pressemitteilung der Kommission vom 13.12.2007 JP/07/1992.

632 ABl. Nr. C 306 S.1, ber. ABl. 2008 Nr. C 111 S. 56 u. ABl. 2009 Nr. C 290 S.1. Der Vertrag besteht eigentlich aus zwei Verträgen: dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

633 Zur Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon kam es, weil die politischen Voraussetzungen für eine Ratifizierung des Vertrages über eine Verfassung für Europa nicht mehr hergestellt werden konnte.

634 Nach Art. 1 III 3 EU n.F. tritt die EU an die Stelle der EG, deren Rechtsnachfolgerin sie ist. Durch den neuen Art. 47 EUV wird der Union Rechtspersönlichkeit verliehen.

635 Schiffauer, Zum Verfassungszustand der Europäischen Union nach der Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon, EUGRZ 2008, S. 1

636 Art. 67 AEUV bestimmt: (1) Die Union bildet einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und –traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden.

Zuständigkeit“ bedeutet, dass der Union in diesem Bereich die vorrangige Gesetzgebungskompetenz zukommt.⁶³⁷ Insgesamt gilt das in Art. 5 Abs.2 EUV nF verankerte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Dieses besagt, dass die Union nur „innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele“ tätig werden darf. Sie bedarf daher für jede Maßnahme, die sie erlassen will, einer ihr von den Mitgliedstaaten zur eigenen Wahrnehmung übertragenen und im EUV nF und AEUV enthaltenen Kompetenz. Für die Bereiche, in denen eine Kompetenzzuweisung fehlt, bleiben allein die Mitgliedstaaten regelungsbefugt.⁶³⁸ Hat die EU jedoch von ihrer Regelungskompetenz Gebrauch gemacht, darf entgegenstehendes nationales Recht weder angewendet noch erlassen werden. Nimmt die EU hingegen ihre Regelungskompetenz nicht wahr, behalten die Mitgliedstaaten ihre Eigenzuständigkeit. In den Bereichen Visa, Asyl und Einwanderung liegt im Allgemeinen eine geteilte Gemeinschaftskompetenz⁶³⁹ vor, bei der als Kompetenzausübungsschranke das Subsidiaritätsprinzip⁶⁴⁰ (Art. 5 Abs.3 EUV nF / Art.5 Abs.2 EG aF) und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs.4 EUV nF / Art.4 Abs.3 EG aF) zu beachten sind.

Durch den Lissaboner Vertrag wurde die Stellung des Europäischen Parlaments aufgewertet. Auf die neu gefassten Bestimmungen der Art. 67 bis 89 AEUV (Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts) finden dem Grundsatz nach die Gemeinschaftsverfahren Anwendung. Die Fälle möglicher Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit im Rat mit Beteiligung des Parlaments im Verfahren der Mitentscheidung wurden ausgeweitet. Für die Politik der Kontrollen an den Binnen- und Außengrenzen sowie der einheitlichen Visapolitik gilt keine Übergangsfrist mehr, sondern das ordentliche Gesetzgebungsverfahren (Mitentscheidungsverfahren von Rat und EP) auf unbefristete Zeit (Art. 77 Abs.1 u. Abs.2) AEUV). Neu ist, dass sich die Kompetenz auch auf Aufenthalte von Drittstaatsangehörigen für einen

637 Art. 3 Abs.2 AEUV.

638 Vgl. dazu detailliert: *ter Steer*, Das Einwanderungskonzept der EU, S. 133 ff.

639 Gemäß Art. 2 Abs. 2 AEUV zeichnet sich eine geteilte Zuständigkeit dadurch aus, dass sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen können. In Art. 2 Abs.2 S. 2 AEUV ist nunmehr klar gestellt worden, dass die Mitgliedstaaten im Bereich der geteilten Zuständigkeit Regelungen treffen dürfen, „sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat“. Daraus folgt, dass nicht ein ganzer Sachbereich für die Mitgliedstaaten „gesperrt“ ist, wenn die Union in diesem Bereich eine Regelung erlässt. Vgl. hierzu: *König*, in: Schulze, Zulegg, Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 2, Rn. 21 f.

640 Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die EU in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Kompetenz fallen nur insoweit tätig, als die Ziele der zu treffenden Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht wird und der besser durch Maßnahmen der Gemeinschaft erreicht werden.

kurzen Zeitraum erstreckt (Art. 77 Abs. 2 lit.a) AEUV).⁶⁴¹ Neu ist auch der Kompetenztitel des Art. 77 Abs.1 lit.c), Abs.2 lit. d) AEUV, dieser enthält nunmehr eine ausdrückliche Ermächtigung für die Einführung eines integrierten Grenzschatzes an den Außengrenzen, die über die schon bisher bestehende Europäische Agentur für die Operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen (FRONTEX)⁶⁴² hinausreicht. Was die Regelungskompetenz in Bezug auf die Einwanderungspolitik der Union betrifft, wird es zu einigen eher geringfügigen Änderungen kommen. Art. 79 Abs.1 EUAV enthält nun eine ausdrücklich normierte Zielsetzung. Diese ist darauf gerichtet, dass die Union eine gemeinsame Einwanderungspolitik entwickelt, „die in allen Phasen eine wirksame Steuerung der Migrationsströme, eine angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, sowie die Verhütung und verstärkte Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel gewährleisten soll“. Art. 79 Abs.2 c) und d) AEUV enthält für die beiden letztgenannten Ziele neue Kompetenzgrundlagen⁶⁴³. Art. 79 Abs. 3 AEUV enthält zudem nun eine ausdrückliche Abschlusskompetenz für Rückübernahmeabkommen über Drittstaatsangehörige mit den Ursprungs- oder Herkunftsländern, wenn diese die Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder die Anwesenheit oder den Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllen.⁶⁴⁴ Die Verantwortung über den Kern der Einwanderungspolitik verbleibt jedoch weitgehend in den Händen der Mitgliedstaaten. Denn diese dürfen weiterhin allein über die Anzahl von Drittstaatsangehörigen zur Arbeitsmigration bestimmen.⁶⁴⁵

In Bezug auf die Regelung der Rechte von Personen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität besteht für die EU hingegen keine allgemeine Kompetenz. Die Kompetenz auf die Festlegung der Rechte beschränkt sich auf sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhaltende Drittstaatsangehörige (Art. 79 (2) lit. b). Auch die Verpflichtung auf eine „angemessene Behandlung“ beschränkt sich auf diese Kategorie von Drittstaatsangehörigen (Art. 79 (1)). Allerdings sind die Ermächtigungsgrundlagen offen ausgestaltet (Art 79 (2) lit. c)) und sehen keine

641 Vgl. hierzu *Weber*, ZAR 2008, S. 55f.. *Weber* ist der Ansicht, dass ein „kurzer Zeitraum“, auch einen Zeitraum länger als drei Monate umfassen könne.

642 FRONTEX wurde auf der Grundlage von Art. 62 Abs.2 lit. a) und 66 EGV (alt) errichtet. Die Rechtsgrundlage für die VO (EG) Nr. 2007/2004, Abl. 2004 L 349/1 war aber zweifelhaft.

643 Neu ist insbesondere die Kompetenzgrundlage in Bezug auf den Menschenhandel.

644 Vgl. hierzu: siebtes Kapitel III.

645 Art. 79 Abs.5 AEUV.

Einschränkung hinsichtlich der rechtlichen Mittel vor. Die Verträge geben hier keine Richtung vor, inwieweit den individuellen Rechten von irregulären Migranten bei der wirksamen Steuerung der Migrationsströme Geltung verschafft wird.⁶⁴⁶

In den folgenden Kapiteln werden die wichtigsten europäischen Maßnahmen zur Behandlung illegaler Migration dargestellt. Insbesondere werden sie daraufhin analysiert, inwieweit auch die Rechte der statuslosen Migranten hierbei eine Berücksichtigung finden. Die folgende Darstellung folgt einem chronologischem Ablauf des Kontrollsystems: (1) Externe Migrationskontrolle, (2) interne Mechanismen zur Migrationskontrolle, (3) Rückführung und (4) Legalisierung.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ Vgl. hierzu *Bast*, in: Fischer-Lescano u.a. (Hrsg.), *Arbeit in der Illegalität*, S. 78f.

⁶⁴⁷ Vgl. insbesondere die Mitteilung der Kommission über politische Prioritäten bei der Bekämpfung der illegalen Einwanderung von Drittstaatsangehörigen: KOM (2006) 402 endg. Dort benennt die Kommission im Hinblick auf die „Bekämpfung“ der illegalen Migration folgenden Maßnahmen: (1) Kooperation mit Drittstaaten, (2) Grenzschutz – Integrierte Verwaltung der Außengrenzen, (3) Bekämpfung des Menschenhandels, (4) Sicherheit von Dokumenten (Reise- und Identitätspapieren), (5) Regularisierungen, (6) Minderung der Anreize für illegale Migration (insbes. im Bereich der illegalen Beschäftigung) (8) effektive Rückführungspolitik, (9) Informationsaustausch, (10) Haftung von Beförderungsunternehmen.

Externe Migrationskontrollen

I. Visa-Vergabepraxis als Steuerung und Abwehr der illegalen Migration im Vorfeld

Einleitung

Im Laufe der 90 Jahre wurde die Visapolitik zum wichtigsten Grundpfeiler der Abwehrmaßnahmen gegen illegale Migration. Das Visaverfahren, eine Kontrolle vor der eigentlichen Grenzkontrolle, eine „policing at a distance“, dient dazu unerwünschte von erwünschten Migranten im Vorfeld auszusortieren.⁶⁴⁸ Es ermöglicht eine gründliche Prüfung des Wunsches nach Zugang durch die zuständigen Behörden des Ziellandes.⁶⁴⁹ Deutschland führte bereits Anfang der 80er Jahre die Visumpflicht für die Herkunftsländer der größten Asylbewerbergruppen und illegaler Migration ein.⁶⁵⁰

Die Schaffung des Schengen-Raums und die Einführung eines Schengen-Visums erforderten eine Europäisierung und damit eine Vereinheitlichung der Visapolitik, da die bisherigen nationalen Verfahren Schlupflöcher für illegale Migration boten.⁶⁵¹ Mit dem Amsterdamer Vertrag von 1999 wurde der Gemeinschaft die ausschließliche Kompetenz übertragen, festzulegen, welche Drittstaatsangehörige für eine kurzfristige Einreise ein Visum benötigen und aus welchen Ländern Drittstaatsangehörige visumfrei einreisen können (Art. 77 Abs.2 lit. a) AEUV, ex-Art. 62 Abs.2 2b EGV). Seitdem hat eine weitgehende Harmonisierung der Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen für Drittausländer in Bezug auf Kurzaufenthalte (Aufenthalte bis zu drei Monaten) in Europa stattgefunden.⁶⁵² Die Harmonisierung der europäischen Visumpolitik war von

⁶⁴⁸ Vgl. zu dem Begriff „policing at a distance“: Bigo; Guild, *Controlling frontiers* (2005), S. 204.

⁶⁴⁹ Vgl. Brabandt, ZAR 2012, S. 175.

⁶⁵⁰ Italien und Spanien führten z.B. die Visapflicht erst im Hinblick auf die bevorstehende Unterzeichnung des Schengener Abkommen ein. Vgl. Kreienbrink, *Einwanderungsland Spanien*, S. 176.

⁶⁵¹ Zum Beispiel kamen Beschwerden von Schengenpartnern, dass ukrainische Migranten mit einem deutschen Schengen-Visum nach Italien, Spanien und Portugal eingereist seien, um eine illegale Beschäftigung aufzunehmen (vgl. hierzu den Bericht des 2. Untersuchungsausschusses, S. 272 f.), s. auch: Finotelli, *Illegale Einwanderung, Flüchtlingsmigration und das Ende des Nord-Süd-Mythos* (2007), S. 112 m.w.N.. Frankreich, Mitinitiator des Schengenprozesses, drohte, aus Angst vor einer nicht hinreichenden Grenzsicherung der Außengrenzen der EU, mehrmals an, seine Grenzkontrollen solange noch aufrechtzuerhalten bis sichergestellt sei, dass die anderen Schengen-Staaten einen dem französischen entsprechenden Sicherheitsmaßstab ansetzen würden. Siehe hierzu: Cruz, *Schengen, ad hoc immigration group and other European Intergovernmental bodies*; Churches Committee for Migratns in Europe, *Briefing paper 12*, Brussels 1993.

⁶⁵² Das betrifft hauptsächlich touristische Aufenthalte, Besuchs- und Geschäftsreisen oder den grenzüberschreitenden LKW-Verkehr.

einem weitgehenden Einverständnis der Mitgliedstaaten gekennzeichnet. Dennoch brachte der Entwicklungsprozess hin zu einer restriktiveren Visapolitik auch Interessenkonflikte zwischen den EU-Mitgliedstaaten mit sich. Denn für eine liberalere Visumpolitik können wichtige Belange, wie außenpolitische und wirtschaftliche Interessen, geopolitische Nähe oder die Förderung des Tourismus sprechen.⁶⁵³ So führte zum Beispiel die Verpflichtung der neuen osteuropäischen Mitgliedstaaten, ihre Visapolitik gegenüber ihren Nachbarn im Rahmen der EU-Beitrittsverhandlungen zu verschärfen, zu einer starken Einschränkung der Bewegungsfreiheit der Personen in dieser Region, die die sozialökonomischen und politischen Beziehungen über die Außengrenzen der EU hinweg erheblich störte. Insbesondere vor dem Hintergrund außereuropäischer Wirtschaftsbeziehungen plädieren auch Außenpolitiker und Teile der Wirtschaft immer wieder für eine Lockerung der Visaerteilungspraxis.⁶⁵⁴

Um die Aussortierung unerwünschter Migration im Vorfeld zu steuern, wurde auf der Grundlage des Art. 62 Abs.2 2b EGV (aF) ein feingliedriges Regelwerk geschaffen, das Drittstaatsangehörige in Bezug auf ihr Einreiserecht nach Europa bzw. Deutschland sehr unterschiedlich behandelt. Zum einen wird unterschieden, ob ein Drittausländer sichtvermerkspflichtig für den Aufenthalt von drei Monaten ist, zum anderen wird anhand von verschiedenen Visa-Kategorien (Schengen-Aufenthalt-3-Monate, Flughafentransit-Visum, Konsultationsverfahren) je nach dem Sicherheitsrisiko differenziert, welche Kriterien zu erfüllen sind und welche Staaten und Behörden im Rahmen des Entscheidungsverfahrens benachrichtigt werden müssen. Um die Wirksamkeit des geschaffenen Visaregimes zu erhöhen, wurden Flug- und Schifffahrtsgesellschaften in die Visumkontrolle eingebunden. Die Beförderung eines Passagiers ohne gültiges Visum bzw. ohne Aufenthaltstitel⁶⁵⁵ oder Pass, führt zu empfindlichen finanziellen Strafen und

653 Vgl. hierzu auch *Kreienbrink*, in: Spanien – ein Bollwerk Europas gegen unerwünschte Flüchtlinge?, S. 176 f., der am Beispiel Spaniens die Schwierigkeiten darstellt, die bei der Einführung der Visapflicht für die Staaten Lateinamerikas und des benachbarten Maghreb aufgrund historischer und kultureller Bindungen zu bewältigen waren. S. auch die Kritik der „International Crisis Group“, die dem derzeitigen Visaregime folgende negative Auswirkungen zuschreibt: „as fostering resentment, inhibiting progress on trade, business, education and more open civil societies, and as a result contributing negatively to regional stability (ICG, Europe Report No. 168); vgl. hierzu auch *Kruse/Trauner*, EC Visa Facilitation and Readmission Agreements (2008), S. 7.

654 Siehe speziell zum Problem der Balkan-Staaten, *Kruse/Trauner*, ebenda, S. 5. Vgl. auch die Forderungen aus der Wirtschaft und deutscher Außenpolitiker die Visumerteilungspraxis gegenüber Russland zu lockern, was auf gegenläufige Interessen (Sicherheitsbedenken) der Innenpolitiker stößt; siehe hierzu: Newsletter MuB 04/2012 v. 7.05.2012, „In der Diskussion: Visumpolitik in Deutschland“.

655 Grundsätzlich lassen sich zwei Visatypen unterscheiden. Für den kurzfristigen Aufenthalt von bis zu drei Monaten ohne Erlaubnis der Erwerbstätigkeit ist das sog. Schengen-Visum maßgeblich. Die Voraussetzungen für einen längerfristigen Aufenthalt bestimmen sich nach nationalem Recht (nationales Visum). Das Schengen-Visum soll hier als Instrument zum Schutz vor illegaler Migration näher untersucht werden.

Rückbeförderungspflichten (sog. carrier sanctions).⁶⁵⁶ Damit werden private Beförderungsunternehmen zunehmend in die vorverlagerte Grenzkontrolle eingebunden.

1. Das Schengen-Visum

Ein bedeutender Schritt auf dem Weg zu einer Harmonisierung der Visumpolitik ist die Einführung eines einheitlichen Sichtvermerks, der für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten erteilt werden kann. Das Schengen-Visum berechtigt, gleich von welchem Schengen-Staat erteilt, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen grundsätzlich zur Einreise in alle Schengen-Staaten und zum Kurzaufenthalt im gesamten Schengen-Gebiet.⁶⁵⁷ Der Gemeinschafts-Aquis wurde im Laufe der Zeit immer wieder neu strukturiert und in Teilbereichen inhaltlich reformiert und mündete zuletzt in den Visakodex⁶⁵⁸, der im Mai 2009 formal in Kraft getreten ist.⁶⁵⁹ Dieser regelt nun die Erteilung des Schengen-Visums (Einreise und Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen für Aufenthalte von bis zu drei Monaten) und brachte insbesondere wichtige Neuregelungen im Hinblick auf das Visainformationssystem (VIS)⁶⁶⁰ und den Rechtsschutz im Visumverfahren. Im Übrigen bleibt das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) weiterhin gültig und regelt insbesondere die Ausschreibungen im Schengener-Informationssystem (SIS) und die Voraussetzungen für den Reiseverkehr von Drittausländern. In Deutschland wird das Schengen-Visum gem. § 4 Abs.1 Nr.1, § 6 AufenthG ausdrücklich als Aufenthaltstitel bezeichnet. Dadurch werden die nationalen Vorschriften durch die Regeln des Visakodex als vorrangiges Unionsrecht überlagert. Die Schengen-Vorschriften korrespondieren jedoch größtenteils mit den deutschen Vorschriften in § 5 Abs.1 AufenthG. So entspricht Art. 5 SKG im Wesentlichen den im AufenthG geregelten Erteilungsvoraussetzungen für Besuchsvisa.⁶⁶¹

656 Vgl. hierzu: fünftes Kapitel. III 3, S. 180.

657 Art. 19 ff. SDÜ.

658 Früher im SDÜ geregelt. Durch das Schengenprotokoll zum Amsterdamer Vertrag vom 2. Okt. 1997 wurde mit Wirkung vom 1. Mai 1999 der gesamte Schengener Besitzstand (sog. Schengener Aquis), der aus den beiden Übereinkommen Schengen I und II sowie aus den vom Exekutivausschuss angenommenen Beschlüssen und Erklärungen besteht, in den rechtlichen Rahmen der EU einbezogen und damit Bestandteil des Gemeinschaftsrechts.

659 VO 810/2009/EG v. 13.07.2009 u. ersetzt insb. Art. 9-17 SDÜ, VO 415/2003/EG und die Gemeinsame Konsularische Instruktion (GKI).

660 Vgl. hierzu: sechstes Kapitel III.

661 S. die Kriterien für ein Besuchsvisum laut Auswärtigen Amt (abgerufen im Internet (www.auswaertiges.amt.de): der Aufenthalt muss

2. Visumpflicht

Untersucht man das Visumverfahren als Kontrolle der illegalen Migration, stellt sich zuerst die Frage, welcher Personenkreis überhaupt der Visumpflicht unterliegt. Die Visumpflicht dient dem Zweck, den Zugang von bestimmten Drittstaatsangehörigen zum Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu steuern und zu kontrollieren und erleichtert die Zurückweisung von Personen aus bestimmten Herkunftsländern. Geregelt ist die Visumpflicht für die Einreise von Drittausländern für Kurzaufenthalte in der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001.⁶⁶² Diese bestimmt sowohl die Staatsangehörigen, die beim Überschreiten der EU-Außengrenze im Besitz eines Visums sein müssen (Negativliste) und die Staaten, die von dieser Visumpflicht befreit sind (Positivliste) und bewirkt somit eine weitgehende Verdrängung der nationalen Vorschriften, soweit es um Kurzaufenthalte geht. Die Gemeinschaft hat damit ihre Handlungsverpflichtung aus Art. 77 Abs.2 lit. a) AEUV (ex-Art. 62 Abs.2 2b EGV) erfüllt. Für die Bestimmung der Drittländer, deren Staatsangehörige der Visumpflicht unterliegen, wurden bisher die auf der Grundlage der in Erwägungsgrund Nr. 5 der Visa-Verordnung festgelegten Kriterien herangezogen, die bisher rein politischer Natur waren. Maßgeblich waren insbesondere die Gefahr der illegalen Einwanderung⁶⁶³, die öffentliche Ordnung und Sicherheit sowie die Außenbeziehungen der Union zu Drittländern, die regionale Kohärenz und das Gegenseitigkeitsprinzip. Um die Visumpolitik stärker auch mit anderen Politikbereichen der Union abstimmen zu können, setzte insbesondere das Europäische Parlament kürzlich durch⁶⁶⁴, dass als zusätzliche Kriterien „wirtschaftlicher Nutzen, insbesondere betreffend Tourismus und Außenhandel“

finanziell abgesichert sein, die Interessen der BRD dürfen nicht beeinträchtigt oder gefährdet sein, evtl. Verpflichtungserklärung eines Gastgebers, Nachweis für Krankenversicherung, Auslandsvertretungen müssen zudem insbesondere zur Rückkehrbereitschaft und Rückkehrmöglichkeit des Reisenden eine positive Prognose abgeben.

⁶⁶² VO (EG) Nr. 539/2001 des Rates v. 15.3.2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittstaaten, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind, Abl. Nr. L 81/1 v. 21.3.2001; geändert durch VO (EG) Nr. 2414/2001 v. 7.12.2001, Abl. Nr. L 3271 v. 12.12.2001 (Einbeziehung von Rumänien in die Positivliste) und VO (EG) Streichung von Ecuador von der Positivliste) und zuletzt geändert durch die VO (EU) 509/2014 v. 15. Mai 2014, Abl.Nr.L 149/67.

⁶⁶³ So wurde beispielsweise die Befreiung Rumäniens von der Visapflicht in Art. 8 Abs.2 der Visa EU-VO von der Verpflichtung abhängig gemacht, dass Rumänien hinsichtlich der illegalen Einwanderung und des illegalen Aufenthalts einschließlich der Rückführung von illegal aufhältigen Personen bestimmte Maßnahmen erfülle; s. hierzu EG Pressemitteilung v. 29.06.2001: Kommission empfiehlt Befreiung rumänischer Staatsbürger von der Visumpflicht ab 2002, IP/01/925.

⁶⁶⁴ S. hierzu auch den Bericht des Ländervertreeters im Strategischen Ausschuss (SCIFA) 2013/14, S.77, verfügbar unter: anlage4.pdf (zuletzt besucht am 5.1.2015).

und „auswärtige Beziehungen, insbesondere betreffend Menschenrechte und Grundfreiheiten“ neu aufgenommen wurden. Neu ist zudem, dass alle Auswahlkriterien im Verordnungstext in Art. 1 nun verbindlich festgeschrieben sind. Darüber hinaus wurde mit der Änderungsverordnung 1289/2013 v. 20.12.2013 die Visumverordnung u.a. um einen Mechanismus zur Aussetzung der Visafreiheit von Drittstaaten ergänzt. Der Auslöser für diese Änderung war der starke Anstieg der Asylozugangszahlen von Bürgern aus Serbien, Montenegro und Mazedonien in den EU-Mitgliedstaaten.⁶⁶⁵ Nach langen Verhandlungen wurde in Art. 1 lit a) der Verordnung es ermöglicht, die Visumfreiheit von Bürgern visumbefreiter Drittstaaten vorübergehend auszusetzen, wenn eine Notlage dies als letztes Mittel erfordert; und zwar dann: „wenn es über einen Zeitraum von sechs Monaten im Vergleich zum selben Zeitraum des Vorjahres oder zum letzten Sechsmonatszeitraum vor der Anwendung der Befreiung der Visapflicht, zu einem erheblichen und plötzlichen Anstieg der widerrechtlichen Aufenthalte oder Asylantragstellungen mit geringer Anerkennungsquote oder der Zahl abgelehnter Rückübernahmeersuchen eines visumbefreiten Drittstaates kommt“⁶⁶⁶.

Problematisch an dieser neuen Regelung ist, dass die betroffenen Staaten versuchen, die „vulnerablen Staatsangehörigen“ - nämlich diejenigen, die in der EU unter Verdacht stehen einen Asylantrag zu stellen - an der Ausreise zu hindern, um die Einführung der Visapflicht zu vermeiden. Zum Beispiel führte Serbien zahlreiche restriktive Maßnahmen ein, um die Zahlen der Asylanträge serbischer Staatsangehöriger in der EU gering zu halten. Mitunter bewirkte die Verschärfung der Kontrollen der Grenzpolizei aller in die EU-Reisenden und der Transport- und Reiseunternehmen zu einer Ausreiseverhinderung tausender serbischer Staatsangehöriger.⁶⁶⁷ Kritikwürdig ist insbesondere, dass diejenigen an ihrer Reisefreiheit gehindert werden, die unter den Verdacht stehen in der EU humanitären Schutz zu suchen, so dass bei der Kontrolle diskriminierende Kriterien anhand eines „ethnic profiling“, wie zum Beispiel die Zugehörigkeit zur ethnischen Gruppe der Roma, zum Tragen kommen können.⁶⁶⁸ Diese neue

665 S. hierzu insbesondere auch die Diskussionen um die Aussetzung der Visafreiheit für die Balkanstaaten aufgrund der plötzlichen hohen Anzahl von Asylanträgen von Staatsangehörigen aus Mazedonien und Serbien; s. hierzu: Newsletter Migration und Bevölkerung Deutschland: Debatte über Umgang mit Asylbewerbern vom Balkan, (MuB) 9/12.

666 S. VO 1289/2012, AB1 L347 v. 2012.2013, S. 78.

667 Vergleichbare Maßnahmen traf auch Mazedonien. S. hierzu: Frontex, Western Balkans Annual Risk Analysis 2013. Warsaw, May 2013. Verfügbar unter: http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/WB_ARA_2013.pdf, S. 30.

668 S. hierzu: Issue Paper by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, „The Rights to leave“, October 2013, S. 28ff.

Visapolitik führt somit zu einer Verschiebung der Kontrolle „wer ein möglicher ungewollter Migrant“ ist, von der EU (im Rahmen des Visumverfahrens) zum Herkunftsland des Einreisewilligen. Menschenrechtlich sehr bedenklich ist, dass insbesondere das Recht auf Ausreise und das Recht auf Asyl durch ein zudem diskriminierendes bzw. willkürliches Kontrollverfahren gefährdet ist.⁶⁶⁹

3. Kriterien bei der Visaverteilung als Schutz vor illegaler Einwanderung

Um einheitliche Sicherheitsstandards einhalten zu können, haben sich die Vertragsstaaten in Art. 21 Visakodex verpflichtet, ein Schengen-Visum nur dann zu erteilen, wenn die in Art. 5 Abs.1 lit. a), c)-e) SGK (allgemeine Einreisebestimmungen) und die in Art. 21 Abs.3 Visakodex (Regelungen über den einheitlichen Sichtvermerk) benannten Voraussetzungen gegeben sind⁶⁷⁰ und das Visainformationssystem (nachfolgend VIS) gemäß Art. 8 Abs.2 und Art. 15 der VIS-VO abgefragt wurde (Art. 21 Abs.2 Visakodex). Betrachtet man die Voraussetzungen des Art. 5 Abs.1 SGK wurden hier Sicherheitsmechanismen vor illegaler Migration eingebaut. Der Drittausländer muss einen gültigen Pass besitzen, damit er im Fall eines illegal werdenden Aufenthaltes wieder ausgewiesen werden kann; er muss seinen Aufenthaltsweg anhand von Dokumenten belegen können, damit er nicht zweckwidrig einen illegalen Aufenthalt anstreben kann; er darf nicht zur Einreiseverweigerung gem. Art. 96 SDÜ ausgeschlossen sein, denn er soll schengenweit befugt sein einzureisen.

Zudem wurde in Bezug auf den Schutz vor illegaler Migration insbesondere das Flughafen-Transitvisum (FTV) eingeführt, das bestimmte Drittstaaten benötigen (Art. 3 Visakodex).⁶⁷¹ Dieses gestattet lediglich die Benutzung des Flughafentransitbereichs. Durch das FTV soll sichergestellt werden, dass der Ausländer lediglich über einen oder mehrere Schengen-Flughäfen (Transit) reist,

⁶⁶⁹ Ebenda, S.28ff, S. 60.

⁶⁷⁰ Nach Art.5 Abs.1 SGK kann einem Drittausländer für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien nur gestattet werden, wenn er gültige Grenzübertrittspapiere besitzt (Art.5 lit. a), ggf. seinen Aufenthaltsweg anhand von Dokumenten belegen kann und über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts verfügt (Art.5 lit. c). Ferner darf er nicht zur Einreiseverweigerung ausgeschlossen sein (Art. 5 lit. d), etwa aufgrund einer vorangegangenen Ausweisung und/oder Abschiebung, die die Einreiseperrre des § 11 Abs.1 AufenthG auslöst und er darf keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die nationale Sicherheit oder die internationalen Beziehungen einer Vertragsparteien (Art. 5 lit. e) darstellen.

⁶⁷¹ Frankreich verlangt nach Aussage von Amnesty International im Vergleich zu anderen Staaten die Vorlage eines FTV am häufigsten, insbesondere bei russischen Staatsangehörigen; siehe hier AI, Ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem und der Schutz der Menschenrechte, Darstellung und Empfehlungen Februar 2009, S.26.

sein tatsächliches Ziel ein Drittstaat ist, und er den Transitaufenthalt nicht zur Einreise in das Schengen-Gebiet nutzen will.⁶⁷² Als Grund für die Einführung dieser neuen Kategorie von Visa wird in dem Erwägungsgrund (5) des Visakodex die Vorbeugung vor illegaler Einreise genannt.⁶⁷³ Es spricht jedoch vieles dafür, dass die Flüchtlingsrelevanz bei der Auswahl der Staaten eine große Rolle spielt.⁶⁷⁴ Denn im Transitbereich besteht für den Drittstaater die Möglichkeit Kontakt mit den Grenzbehörden des EU-Staates zu suchen, um ein Schutzersuchen zu stellen.

Durch die schengeneinheitlichen Erteilungsvoraussetzungen soll sichergestellt werden, dass die Interessen aller Schengen-Staaten berücksichtigt werden. Dadurch sind die Voraussetzungen insgesamt restriktiver geworden.⁶⁷⁵ Denn es erfolgt eine obligatorische Kumulation der Einreisevoraussetzungen aller Vertragsstaaten, die jedoch durch nationale Konzepte und Regelungen definiert werden. Problematisch ist jedoch, dass sich die nationalen Bestimmungen der Vertragsstaaten teils erheblich voneinander unterscheiden. Die Folge ist, dass dem Drittstaatsangehörigen schon die Einreise zu verweigern ist, wenn die Voraussetzungen des Art. 5 SGK in Bezug auf einen Vertragsstaat nicht vorliegen. Demzufolge kann es zu Konstellationen kommen, dass einem Drittstaater die Einreise verweigert wird, obwohl dies nach den Voraussetzungen der meisten EU-Staaten nicht zu rechtfertigen wäre.

672 S. insbesondere zur Kritik an der europäischen Ermächtigungsgrundlage, *Westphal; Stoppa*, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 238f.

673 Vgl. z.B. Erwägungsgrund (5). Dort steht: "Im Hinblick auf die Bekämpfung der illegalen Einwanderung muss die Durchreise durch die Transitzone der Flughäfen geregelt werden. So sollte von den Staatsangehörigen der in einer gemeinsamen Liste aufgeführten Drittländer ein Visum für den Flughafenstransit verlangt werden. Im dringlichen Fall eines Massenzustroms illegaler Einwanderer sollte es den Mitgliedstaaten allerdings erlaubt sein, diese Verpflichtung auch Staatsangehörigen anderer als der in der gemeinsamen Liste aufgeführten Drittländer aufzuerlegen."

674 Gem. Art. 3 Abs. 1VK i.V.m. dem Anhang IV sind aufgeführt: Afghanistan, Bangladesh, Dem. Rep. Kongo, Eritrea, Äthiopien, Ghana, Iran, Nigeria, Pakistan, Somalia, Sri Lanka.

675 Z.B. ist die Einreise nach Art. 5 II i.V.m. Art. 5 I lit. d) SDÜ zu verweigern, wenn nur ein Schengen-Staat nach seinen Maßstäben den Drittstaatler zur Einreiseverweigerung im SIS ausgeschrieben hat (Art. 96 SDÜ). Die Entscheidung nach Art. 96 SDÜ kann darauf gestützt sein, dass der Aufenthalt des Drittstaatlers eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit darstellen würde. Nach Art. 96 II SDÜ insbes. bei einem Drittstaatler, der wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit einer Freiheitsstrafe von mind. einem Jahr bedroht ist, und der begründete Verdacht schwerer Straftaten besteht. Bedeutsam ist, dass die Ausschreibung allein auf der Grundlage der einschlägigen nationalen Regelungen erfolgt und eine Rechtfertigung nicht notwendig ist. Das Ermessen der Schengen Staaten ist demnach sehr weit, was die Auslegung der Norm betrifft und wer i.S. des SIS benachrichtigt. Dies hat zur Folge, dass ein Drittstaater von einem Vertragsstaat zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben worden sein kann und nicht in die gesamten Schengen-Staaten einreisen darf, obwohl dies nach dem Recht des Vertragsstaates, in das der Ausländer evtl. einreisen möchte, nicht möglich gewesen wäre.

4. Überprüfung der „Rückkehrbereitschaft“ eines „Drittausländers“ zur Verhinderung der illegalen Einwanderung

Die im Ausland für die Visaerteilung zuständigen Auslandsvertretungen müssen bei ihrer Entscheidung insbesondere das Risiko der rechtswidrigen Einwanderung einschätzen können. Bei der Prüfung eines Antrages ist nach Art. 21 Abs.1 Visakodex zu beurteilen, ob bei dem Antragsteller das Risiko der rechtswidrigen Einwanderung besteht, ob er eine Gefahr für die Sicherheit der Mitgliedstaaten darstellt und ob er beabsichtigt, vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des beantragten Visums das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu verlassen. Die Beantwortung dieser Fragen, insbesondere die zentrale Prüfung der Voraussetzung der „Rückkehrbereitschaft“ erfordert eine Prognoseentscheidung, die bisher sowohl in der Verwaltungspraxis als auch der Rechtspraxis zu großen Unsicherheiten führte.⁶⁷⁶

Vor Inkrafttreten des Visakodex gab es bei der Prüfung der „Rückkehrbereitschaft“ nach nationalem Recht⁶⁷⁷ keine eindeutigen Maßstäbe. Exemplarisch für die umstrittene Auslegung des Kriteriums der „Rückkehrbereitschaft“ in der Verwaltungspraxis können die politischen Auseinandersetzungen um den sog. „Fischer-Vollmer-Erlass“ vom 3.3.2000 herangezogen werden⁶⁷⁸. Der damaligen rot-grünen Bundesregierung wurde vorgeworfen, dass es auf der Grundlage ihrer liberalen Visapolitik zu Missständen gekommen sei, die organisierte Schleuserkriminalität im Bereich der illegalen Einwanderung aus dem ost-europäischen Raum (hauptsächlich aus der Ukraine) hervorgebracht hätte.⁶⁷⁹ Die Neuerung dieses Erlasses war, dass nicht jeder Zweifel an der Rückkehrbereitschaft, sondern erst die hinreichende Wahrscheinlichkeit der fehlenden Rückkehrbereitschaft die Ablehnung eines Besuchsvisums rechtfertige. Die leitende Maxime hieß für den Fall, dass sich die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles für und gegen eine Erteilung eines

676 Grundsätzlich ist der Antragsteller darlegungspflichtig (§ 82 Abs.1 AufenthG). Er hat den Zweck und die Umstände des beabsichtigten Aufenthaltes schlüssig vorzutragen und erforderlichenfalls durch geeignete Unterlagen zu belegen; vgl. auch Abschnitt III Nr.3 GKI, wonach der Antragsteller die Auslandsvertretung davon überzeugen muss, dass die Rückreise in das Herkunftsland gewährleistet ist.

677 Vor Inkrafttreten des Visakodex wurden Visa für Kurzaufenthalte für Drittstaatsangehörige nach nationalem Recht gem. § 6 Abs.1 AufenthG a.f. erteilt.

678 Unmittelbarer Auslöser für die Entstehung des Vollmer-Erlass vom 3. März 2000 war das Bekanntwerden einer Reihe von Härtefällen, wie z.B. Beschwerden an den Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages über verweigerte Visa zum Familiennachzug, s. Visaerteilungspraxis, Deutscher Bundestag (Hrsg.), Bericht des Untersuchungsausschuss, S. 167.

679 Visaerteilungspraxis, Deutscher Bundestag (Hrsg.), Bericht des Untersuchungsausschuss, S. 53.

Besuchsvisums die Waage hielten: „in dubio pro libertate – im Zweifel für die Reisefreiheit“ galt. Dass diese Missstände durch die damalige Visaerteilungspraxis hervorgebracht wurde, konnten jedoch durch den damals eingerichteten Untersuchungsausschuss⁶⁸⁰ nicht bestätigt werden. In seinem Bericht wurde der Vollmer-Erlass als rechtmäßig bewertet.⁶⁸¹ Der Sachverständige *Joachim Teipel* urteilte vielmehr, dass die Probleme nicht solche der Rechtslage oder der Erlasslage gewesen seien, sondern dass es sich um Probleme der tatsächlichen Umsetzung vor Ort (insbesondere Ukraine) gehandelt hätte.⁶⁸²

Insbesondere auch in der deutschen Rechtsprechung existierten mehrere Maßstäbe, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad für die Bejahung eines illegalen Verbleibs einschlägig sei. Grundsätzlich wurde in zwei Schritten geprüft. Wenn feststand, dass der Visumantragsteller eine illegale Einwanderung anstrebte, war das Visum zwingend abzulehnen. So auch nach der aktuellen Rechtslage gem. Art. 32 Abs.1 lit. a) vi) Visakodex. In diesem Fall hat die Versagung des Visums bereits wegen einer Gefahr für die öffentliche Ordnung zu erfolgen. Nach der Rechtsprechung des OVG griff der Regelversagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr.3 AufenthG aber schon bereits im Gefährdungsstadium ein. Und zwar dann, wenn die Wahrscheinlichkeit eines illegalen Verbleibs wesentlich höher war als die Wahrscheinlichkeit einer zweckentsprechenden Verwendung des Visums.⁶⁸³ Auch in diesem Fall war die Voraussetzung des Art. 5 Abs. 1 lit. e) SGK nicht gegeben, da der beabsichtigte Aufenthalt eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellte.⁶⁸⁴ In Fällen unterhalb dieser Wahrscheinlichkeitsschwelle wurde der Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen eingeräumt. Zwar war in der obergerichtlichen deutschen Rechtsprechung⁶⁸⁵ anerkannt, dass nicht jeder

680 Ebenda, S. 288.

681 Ebenda, S. 288.

682 Ebenda, S. 177. Mit dem Runderlass vom 26.10.2004 wurde der Runderlass vom 3.3.2000 aufgehoben und das Visumverfahren der Auslandsvertretungen auf der Grundlage des sog. Chrobog-Erlasses neu geregelt und der neuen Gesetzeslage (Zuwanderungsgesetz 2002) angepasst.

683 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, 14.09.2007 – OVG 2 N 38.07, InfAuslR 2008, 22 (23); OVG Nordrhein-Westfalen, 28.08.1995 - 11B1957/95, NVwZ-RR 1996, 608 609.

684 Die öffentliche Ordnung im Schengengebiet ist als gefährdet anzusehen, wenn ein zwingender oder ein Regelversagungsgrund i.S.d. § 5 IV vorliegt oder eine zwingende Erteilungsvoraussetzung i.S.d. § 5 I u. II nicht erfüllt ist; vgl. *Remer*, Ausländerrecht, 8. Auflage, § 6 Rn. 20; a.A. *Jobs*, InfAuslR 2008, S. 10; *Jobs* verneint die Ansicht, dass die Absicht zur Einwanderung eine Gefahr für die öffentliche Ordnung i.S.d. § 5 I lit. e) SGK darstelle. In der Rspr. sei diese Frage noch nicht geklärt. Nach seiner Ansicht knüpfe der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ an den order-public Vorbehalt an, der nach der Rspr. des EuGH eng auszulegen sei.

685 Vgl. *Jobs* m.V.a. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14.9.2007 – 2 N 38.07, in: InfAuslR 2008, S. 11.

Zweifel an der Rückkehrbereitschaft den Regelversagungsgrund des § 5 Abs.1 Nr.3 AufenthG begründe. Da Zweifel fast nie völlig ausgeschlossen werden könnten, wäre ansonsten die Zulassung zu Besuchsaufenthalten nur in Ausnahmefällen zulässig.⁶⁸⁶ In der Praxis stand den Behörden jedoch ein weites Ermessen zu, das im Einzelfall kaum überprüfbar war. Insbesondere bei mangelnder familiärer, sozialer oder/und wirtschaftlicher Verwurzelung im Heimatland⁶⁸⁷ wurde dem Visabeglehen nicht stattgegeben.

Die neue Rechtslage ist nun etwas klarer ausgestaltet; der Visakodex verlangt in § 32 Abs. 1 lit. b) u.a. zur Verweigerung des Visums, dass „begründete Zweifel an der Glaubwürdigkeit der bekundeten Absicht bestehen das Hoheitsgebiet vor Ablauf der Gültigkeit des Visums zu verlassen“⁶⁸⁸. Die Zweifel bezüglich des Aufenthaltszwecks bzw. der Rückkehrbereitschaft müssen also einen bestimmten Intensitätsgrad erreichen. Nicht jedes beliebige Migrationsrisiko kann zur Versagung führen. Andererseits wurde in der Rechtssache *Koushkaki*⁶⁸⁹ vom EuGH klargestellt, dass von den zuständigen Behörden „mitnichten“ verlangt wird, im Hinblick auf die Feststellung, ob sie ein Visum erteilen müssen, Gewissheit zu erlangen. Das Visum muss jedoch u.a. verweigert werden, wenn begründete Zweifel an der Absicht des Antragstellers bestehen, das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vor Ablauf der Gültigkeit des beantragten Visums zu verlassen. Diese Beurteilung der Rückkehrabsicht beruht auf einer Gesamtschau von Umständen, in deren komplexen Bewertung primär die persönlichen Umstände des individuellen Einzelfalles einfließen. Hierbei sind insbesondere die familiäre, soziale und wirtschaftliche Situation des Antragstellers, etwaige frühere rechtmäßige oder rechtswidrige Aufenthalte in einem Mitgliedstaat sowie seine Bindungen im Wohnsitzstaat und in den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen. Darüber hinaus können aber auch die allgemeinen Verhältnisse im Wohnsitzstaat des Antragstellers bei der Beurteilung einfließen.⁶⁹⁰

686 Vgl. in dem Urteil heißt es wörtlich: „Nicht jeder Zweifel an der Rückkehrbereitschaft eines sich besuchsweise im Bundesgebiet aufhaltenden Ausländers beinhaltet jedoch eine Gefährdung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland. (...) es entspricht (...) nicht dem Zweck des Gesetzes, eine Ermessensentscheidung der Botschaft bei Besuchsaufenthalten dieser Art nur ausnahmsweise zuzulassen.

687 OVG Münster 31.05.1995-17A3538/92; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14.9.2007 – 2 N 38.07, InfAusR 2008, S. 22.

688 Im Entwurf der Verordnung zum Visakodex 2006/142 (COD) hieß es im Art. 18 Abs.7 noch: „Bestehen Zweifel bezüglich der Rückkehrbereitschaft, sieht die Auslandsvertretung von der Erteilung eines Visums ab.“

689 EuGH, Urt.v.19.12.2013, C84/12 (*Koushkaki*).

690 Ebenda, Rn. 56. Eine Ablehnung darf sich aber nicht alleine auf die Situation im Herkunftsland stützen. S. hierzu im Einzelnen *Stahmann*, Erleichterungen bei der Visaerteilung für Kurzaufenthalte für Drittstaatsangehörige, in: Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2014, S. 158ff.

Der EuGH klärte zudem in der Rechtssache *Koushkaki*, dass der Visakodex hinsichtlich der Gründe, aus denen die Erteilung eines Visums abgelehnt werden kann, abschließend ist. Die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaates dürfen ein einheitliches Visum nur dann verweigern, wenn dem Antragsteller einer der in Art. 32 Abs.6 des Visakodex und Art. 35 Abs.6 aufgezählten Gründe entgegensteht. Damit ist die strittige Frage beantwortet, ob die Versagung des Visums im Ermessen der Auslandsvertretungen liege.⁶⁹¹ Dennoch ergibt sich daraus wohl kein subjektiver Rechtsanspruch des Antragstellers, ein Visum einklagen zu können. Denn der EuGH hat seine Feststellung insofern wieder relativiert, indem er der zuständigen Behörde bei der Prüfung der Voraussetzungen einen „weiten Beurteilungsspielraum“ zuspricht.⁶⁹² Die Bewertung bezieht sich dabei sowohl auf die vorgenannten Anwendungsvoraussetzungen der Vorschrift als auch auf die Würdigung der Tatsachen, die für die Feststellung maßgeblich sind, ob die in diesen Bestimmungen genannten Gründe der Erteilung des beantragten Visums entgegenstehen.⁶⁹³ Es drängt sich nun aber die Frage auf, inwieweit der „weite Beurteilungsspielraum“ von den Gerichten überprüfbar ist bzw. ob den Gerichten – wie im nationalen Prüfungsrecht - nur eine eingeschränkte Prüfung in Bezug auf Beurteilungsfehler zugestanden wird.⁶⁹⁴ Insofern besteht zurzeit eine Verunsicherung bei den nationalen zuständigen Gerichten. Hat die 24. Kammer des VG Berlins am 18.11.2014 erst kürzlich entschieden, dass die Auslegung des in § 32 Abs.1 lit.b) Visakodex genannten unbestimmten Rechtsbegriffs der „begründeten Zweifel an der Rückkehrabsicht“ gerichtlich voll überprüfbar sei,⁶⁹⁵ distanziert sich das OVG Berlin-Brandenburg in dem einen Tag später ergangenen Urteil von der Entscheidung des VG Berlins⁶⁹⁶ und beschränkt - wegen des vom EuGH anerkannten weiten Beurteilungsspielraums - die gerichtliche Kontrolldichte. Argumentiert das VG Berlin noch, dass sich aus einer europarechtskonformen Auslegung des Visakodexes und aus dem vom EuGH

691 Das VG Berlin hatte dem EUGH u.a. folgende Frage vorgelegt: „Begründet der Visakodex einen gebundenen Anspruch auf Erteilung eines Schengen-Visums, wenn die Einreisevoraussetzungen insbesondere des Art.21 Abs.1Viskodex erfüllt sind und kein Grund für die Verweigerung des Visums nach Art.32 Abs.1 Viskodex gegeben ist?“, VG Berlin, Beschl. v. 10.2.1012 - 4K35.11V-, juris.

692 EuGH, Urt.v.19.12.2013, C84/12 (*Koushkaki*), Rn.60.

693 *Ebenda*, Rn.60.

694 S. hierzu: *Stahmann* Erleichterungen bei der Visaerteilung für Kurzaufenthalte für Drittstaatsangehörige, in: Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2014, S.162.

695 VG Berlin,Urt. v. 18.11.2014, 24 K 33.14 V, Rn.26, juris; s. auch VG Berlin, Urt.v.28.03.2014, 4 K75.13.V, juris.

696 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19.11.2014, 6 B 20.14, Rn.32.

konstatierten weiten Beurteilungsspielraum nicht geschlossen werden könne, dass hier die nach nationalem Verfahrensrecht eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte maßgeblich sei. Denn vielmehr beziehe sich der Beurteilungsspielraum nur darauf, dass die in der Bewertung der Rückkehrabsicht einzustellenden und von der Behörde zu gewichtenden Faktoren gesetzlich nicht abschließend geregelt seien, sondern von ihr selbst je nach Einzelfall bestimmt werden könne. Beschränkt das OVG – gerade wegen des vom EuGH anerkannten weiten und zu beachtenden Beurteilungsspielraums - die richterliche Kontrolle und bezieht sich dabei mangels einer unionsrechtlichen Regelung auf die maßgebliche nationale Verfahrensausgestaltung, die bei Bestehen eines Beurteilungsspielraums einschlägig ist.⁶⁹⁷ In diesem Fall sei nämlich die gerichtliche Kontrolle auf die Prüfung beschränkt, ob die Behörde die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten habe.⁶⁹⁸ Rechtsnormen sei u.a. dann eine Beurteilungsermächtigung für die Verwaltung zu entnehmen, wenn der zu treffenden Entscheidung in hohem Maße wertende Elemente anhaften.⁶⁹⁹

Wie die unterschiedlichen Interpretationen der Gerichte zeigen, hat der EuGH mit seinem Urteil in Bezug auf die subjektiven Rechte eines Visumsantragstellers keine eindeutig richtungsweisende Aussage getroffen. Im Ergebnis ist wohl der Auslegung des OVG Berlins zuzustimmen. Schon *Huber* weist in seiner Anmerkung zum Urteil *Koushkaki* darauf hin, dass es im Unionsrecht keine Strategie einer möglichst vollständigen inhaltlichen Gerichtskontrolle aller Maßnahmen der Verwaltung existiere, sondern vielmehr eine beschränkte richterliche Kontrolle maßgeblich sei. Denn das deutsche Konzept der gebundenen Verwaltung gebe es weder im EU-Recht noch im Verwaltungsrecht vieler Mitgliedstaaten.⁷⁰⁰ Im deutschen Recht hat die eingeschränkte richterliche Kontrolle eine besondere Bedeutung bei sog. prognostische Entscheidungen.⁷⁰¹ Vom VGH Mannheim wurde z.B. in dem Fall der Prognoseentscheidung über die künftige Verfassungstreue eines Einbürgerungsbewerbers nach § 8 StAG der

⁶⁹⁷ Das Gericht verweist hier auf den Beschluss des BVerwG, Beschluss v. 21. Juli 2011 – BVerwG 1 WB 12.11 – juris mw.Nachw. S. hierzu auch die Anmerkung v. *Huber* zum Urteil *Koushkaki*: NVwZ 2014, S. 294.

⁶⁹⁸ Namentlich, ob die Behörde bei ihrer Beurteilung von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, indem sie sich frei bewegen kann, verkannt, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat.

⁶⁹⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19.11.2014, 6 B 20.14, Rn.33.

⁷⁰⁰ Anmerkung v. *Huber* zum Urteil *Koushkaki*: NVwZ 2014, S. 294.

⁷⁰¹ Entscheidungen, bei denen die Subsumtion unter einen unbestimmten Rechtsbegriff von zukunftsgerichteten komplexen Wertungen und/oder von komplexen Diagnosen abhängt, vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 321, S. 322f.

Verwaltung ein Beurteilungsspielraum kraft gesetzlicher „Beurteilungsermächtigung“ eingeräumt.⁷⁰² Insofern sind die Fälle über die Prognoseentscheidung über die Rückkehrbereitschaft eines Visaantragstellers, was die Komplexität der Beurteilung betrifft, ähnlich einzustufen. Im Ergebnis kann der weite Beurteilungsspielraum der zuständigen Behörden zu einer deutlich abweichenden Erteilungspraxis innerhalb der EU führen und damit das Ziel der Visa-Verordnung schmälern, die Erteilungs- bzw. Versagungspraxis zu vereinheitlichen (s. insbesondere Erwägungsgrund 22 und 28).⁷⁰³

5. Rechtsschutz gegen die Versagung eines Visums

Die Versagung eines Schengen-Visums wird nach unmittelbar geltenden unionsrechtlichen Vorschriften geregelt. Nach Art. 32 Abs.2 Visakodex werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine Entscheidung über die Verweigerung und die entsprechende Begründung dem Antragsteller unter Verwendung eines Standardformulars in Anhang VI schriftlich mitzuteilen. Darüber hinaus stehen dem Antragsteller, dessen Visumantrag abgelehnt wurde, ausdrücklich ein Rechtsmittel zu (Art. 32 Abs.3, 35 Abs.7 Visakodex). Damit findet eine Harmonisierung des Rechtsschutzes gegen die Versagung eines Visums auf europäischer Ebene statt, die von der Kommission gegen den Willen einzelner Mitgliedstaaten durchgesetzt wurde und zu deutlichen Verbesserungen des Rechtsschutzes und der Transparenz im Zusammenhang mit der Visumerteilung und der Verweigerung geführt hat.⁷⁰⁴ Insbesondere Deutschland sperrte sich gegen diesen Prozess.⁷⁰⁵

Im Vergleich dazu bleibt nach § 83 Abs.1 AufenthG die Versagung eines nationalen Visums⁷⁰⁶ und eines Passersatzes an der Grenze unanfechtbar. Mit der

702 VGH Baden-Württemberg, 10.05.2001 – 13 S916/00, NVwZ 2001, S.1434.

703 Vgl. hierzu *Pfersich*, ZAR 2014, S. 289.

704 Vgl. nur Rat-Doc. 5588/08, S. 59 (Fn2). Dort fügte die Kommission hinzu: „Die Einführung des Systems der obligatorischen Begründung für eine Verweigerung sowie des Beschwerderechts sind grundlegende Anliegen der Kommission. Die Befürchtungen der Delegationen in Bezug auf die Häufigkeit von Rechtsstreitigkeiten seien übertrieben (...).“ Unter Bezugnahme auf die gemeinsame Visa-Politik stellte die Kommission fest, dass die Mitgliedstaaten nicht an einer Ermessensbefugnis in Bezug auf das Beschwerderecht festhalten könnten.

705 Vgl. nur BR-Drs. 536/06 v. 22.9.2009, Nr.6. In dem Beschluss heißt es: „für eine generelle Verpflichtung zur Angabe der Gründe einer Ablehnung eines Visumantrages sieht der Bundesrat keinen Bedarf. Auch wenn für die Benennung der Ablehnungsgründe die Verwendung eines einheitlichen Formulars vorgesehen ist, ist mit der Begründung dennoch Zusatzaufwand verbunden, zumal im Einzelfall noch zusätzlich Angaben gemacht werden sollen. (...) Sobald die Kommission für die Begründungspflicht die „Gleichbehandlung der Antragsteller“ anführt, geht sie einmal mehr von der irrigen Annahme aus, die EU sei zur Gleichbehandlung aller Drittstaatsangehörigen verpflichtet.“

706 Dabei ist das Tatbestandsmerkmal „touristischer Zweck“ eng auszulegen. Bei kurzfristigen Visums wurde häufig in der innerstaatlichen

Neuregelung des Aufenthaltsrechts durch das Zweite Richtlinienumsetzungsgesetz an den EG-Visakodex hat der Gesetzgeber trotz starker Kritik von Seiten des Schrifttums⁷⁰⁷ und dem überwiegenden Teil der Kommentarliteratur an der Vorgängervorschrift festgehalten. Der Visapflichtige muss sich bei Versagung eines Visums und eines Passersatzes an der Grenze auf die Möglichkeit einer Antragstellung bei der zuständigen Auslandsvertretung verweisen lassen.⁷⁰⁸ Der Gesetzesbegründung, dass die Vorschrift ausschließlich im öffentlichen Interesse bestehe und keine subjektiven Rechte des Ausländers betreffe,⁷⁰⁹ wird vehement widersprochen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift wird wegen Art. 19 Abs.4 S.1 GG, der im Fall der möglichen Verletzung von subjektiven Rechten durch die öffentliche Gewalt den Rechtsweg eröffnet, stark angezweifelt.⁷¹⁰ *Hailbronner* hingegen hält die Unanfechtbarkeit der Versagung von Touristen-Visa für verfassungsgemäß, möchte aber im Fall der Verletzung anderer subjektiver Rechte des Ausländers Korrekturen durch verfassungskonforme Auslegung vornehmen;⁷¹¹ ausnahmsweise z.B. wenn ein erheblicher Verstoß gegen das Willkürverbot- oder Diskriminierungsverbot (Art. 3 GG) gegeben sei.⁷¹² Unter diesen Gesichtspunkten lässt sich die Verfassungsmäßigkeit der Norm wohl noch rechtfertigen, wenn der Begriff „touristischer Zweck“ eng ausgelegt, nämlich nur in Bezug auf touristische Reisen, verwendet wird.

6. Folgen einer restriktiven bzw. liberalen Visaerteilungspraxis

Die Auswirkungen von Veränderungen der Visumpolitik sind bislang empirisch fast nicht erforscht.⁷¹³ Es gibt einige Vermutungen und an Länderstudien

Rechtsdiskussion keine genaue Unterscheidung der Aufenthaltszwecke vorgenommen; vgl. hierzu *Hofmann*, HK-AuslR, 1. Aufl., § 83 AufenthG, Rn.7.

⁷⁰⁷ *Weinzierl*, Grundrechte und freiwillige Migration, S. 145f.; *Bast*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 209.

⁷⁰⁸ Grundsätzlich besteht die Möglichkeit der sog. Remonstration, die dem rechtunkundigen Bürger jedoch häufig nicht bekannt ist. Das Ergebnis des Verfahrens wird in Form eines Remonstrationsbescheides unter der Darlegung der tragenden Gründe mitgeteilt. Danach bzw. stattdessen kann Klage beim VG Berlin erhoben werden.

⁷⁰⁹ Begr. des Ges.Entw., BT-Drs. 15/420, S. 97.

⁷¹⁰ S. *Dienelt*, in: Renner, Ausländerrecht, 10. Aufl., § 83 Rn.2; *Funke-Kaiser*, GK-AufenthG, Stand 4/2012, § 83, Rn.3. mit Nachweisen zum Streitstand.

⁷¹¹ *Hailbronner*, Kommentar–AuslR, Stand August 2012, § 83 Rn. 8.

⁷¹² Ebenda, § 83 Rn.14.

⁷¹³ Vgl. BAMF Working Paper 40 „Visumpolitik als Migrationskanal“, S. 13 m.V.a. *Mau/Brandt* (2011), S. 5.

gemachte Beobachtungen.⁷¹⁴ Restriktive Visabestimmungen ermöglichen den nationalen Kontrollsystemen bei der Entscheidung über die Einreise einen hohen Ermessensspielraum. Durch die Verschärfung der Sichtvermerksvorschriften und die Einführung von Kontrollpflichten der Beförderungsunternehmen⁷¹⁵, konnten die Zahlen der Asylbewerber und der Migranten, die sich illegal aufhalten, aus den Staaten mit Visapflicht verringert werden. Dies bewirkte jedoch ein Ansteigen der Rate der unerlaubten Einreisen, da sich Migranten ohne gesetzliche Einreisemöglichkeit, auf dem illegalen Weg nach Europa einschleichen. Die restriktive Visumpolitik ist somit gleichzeitig für das Anwachsen der illegalen Immigration und für die Entwicklung eines effektiven und anpassungsfähigen Schlepperwesens mitverantwortlich.⁷¹⁶ Zudem bewirkt eine restriktive Visaerteilungspraxis, dass visapflichtige Ausländer, die einen illegalen Aufenthalt anstreben, nach Ablauf ihres Visums oder ihrer illegalen Einreise sich auf Dauer im Land illegal niederlassen. Der illegale Aufenthalt führt damit häufig zu einer dauerhaften Einwanderung.

Im Gegensatz dazu, fördert eine liberale Visapolitik eher die Etablierung von „zirkulären“ Migrationssystemen. Insbesondere Migranten aus Staaten Mittel-, Ost- und Südosteuropa, die keiner Visumpflicht unterliegen, berichten, dass das Pendeln zwischen Heimatland und illegalen Aufenthaltsstaat, auch aufgrund des lockeren Umgangs der Behörden, leicht zu verwirklichen gewesen sei.⁷¹⁷ *Finotelli* zeigt, dass durch die liberale Visapolitik der Bundesrepublik Deutschland gegenüber bestimmten Staaten, meist osteuropäischen Staaten, und ihrer Akzeptanz gegenüber zirkulärer Migrationssysteme, ein gewisser Grad an „public ambiguity“ gegenüber illegaler Einwanderung entstanden sei. Im Rahmen dieser zirkulären Migrationssysteme seien illegale Migranten de facto geduldet

714 Vgl. z.B. *Finotelli*, *Illegale Einwanderung, Flüchtlingsmigration und das Ende des Nord-Süd-Mythos* (2007), S. 249 -279.

715 Beförderungsverbot und Asylsuchende: Siehe BVerwG 07.09.1999 C 9/99, NVwZ 2000, 448 – InfAuslR 2000, 91: „Das Einreise- und Aufenthaltsrecht von Asylsuchenden dient deren Schutz, erweitert aber nicht die Betriebsrechte der Beförderungsunternehmen. Die Fluggesellschaften sind demgemäß von vornherein nicht berechtigt, einen Ausländer im Hinblick auf seine Behauptung einzufliegen, er sei zwar aufgrund seiner Staatsangehörigkeit visumpflichtig, jedoch zur Einreise in das Bundesgebiet ohne Visum befugt, weil er um Asyl nachsuchen wolle.“

716 Kriminelle Schleuserorganisationen machen aufgrund dieser prekären humanitären Situation mit den Schutzsuchenden ihr großes Geschäft und bieten unterschiedlichste und häufig lebensgefährliche Reiserouten ins vielversprechende Europa an. S. hierzu: *Morrison*, *The Cost of Survival: The Trafficking of Refugees into the UK* (London: Refugee Council, July 1998). Vgl. hierzu auch *Trauner & Kruse*, *EC-Facilitation and Readmission Agreements*, 2008, S. 7, die im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Analyse Mitarbeiter der Europäischen Kommission befragte. Diese stellten die derzeitige Visapolitik stark in Frage, da sie nicht die gewünschten Erfolge erziele.

717 *Alt*, *Leben in der Schattenwelt* (2003), S. 94; *Finotelli*, ebenda, S. 110. *Finotelli* nennt als Beispiel die Pendelmigration zwischen Deutschland und Polen.

worden.⁷¹⁸ *Finotelli/Sciotino* kamen darüber hinaus zu dem Ergebnis, dass es unterschiedliche Visaerteilungspraxen in Bezug auf die unterschiedlichen Staaten gebe. In Bezug auf osteuropäische Staaten existiere eine liberale Visapolitik; hingegen erfuhren andere Staaten eine sehr restriktive Erteilungspraxis.⁷¹⁹

Zusammenfassung

Insgesamt ist die Visumpolitik von einer mangelnden Transparenz gekennzeichnet, bei der sich die Staaten einen größtmöglichen Spielraum in Bezug auf die Auswahl der Einreisenden bewahren möchten. Mit der Entscheidung „*Koushaki*“ wurde vom EuGH der weite Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Visaerteilungspraxis bekräftigt. Dabei ermöglicht die Visumpflicht die Zugangsverweigerung von Personen aus bestimmten Herkunftsländern. Ob der Antragsteller auf der Grundlage seiner „Rückkehrbereitschaft“ vor der Einreise individuell eingehend überprüft wird, entscheidet erstmal allein die Staatsangehörigkeit, unabhängig von seinen persönlichen Eigenschaften. Mit der Einführung der Möglichkeit der Aussetzung der Visafreiheit in „Notfällen“ wurde gleichzeitig ein verschärfter Kontroll- bzw. Auslesemechanismus auf Seiten des Herkunftslandes der EU-Einreisewilligen geschaffen, der menschenrechtlich bedenklich ist, da insbesondere auch „vulnerable“ Personen von der Ausreiseverweigerung betroffen sind.

Führte der Europäisierungsprozess einerseits zu einer restriktiveren Visapolitik in einigen Mitgliedstaaten,⁷²⁰ hat insbesondere der Visakodex zu einem verbesserten Rechtsschutz bei Ablehnung eines Schengenvisums geführt und damit die individuellen Rechte des einzelnen Visumantragstellers gestärkt. Die Kommission erreichte, mit der Unterstützung des EU-Parlaments, diese Verfahrensgarantien gegen den Widerspruch einzelner Mitgliedstaaten; sie hat damit einer willkürlichen Visaerteilungspraxis entgegengewirkt. Ein liberalerer Ansatz wurde auch mit dem Stockholmer Programm eingeleitet.⁷²¹ Zum einen

⁷¹⁸ *Finotelli*, ebenda, S.112. *Finotelli* sieht hier eine Konvergenz zur italienischen Einwanderungspolitik im Umgang mit illegaler Migration, da in beiden Staaten ein ähnlicher Grad an „public ambiguity“ gegenüber illegaler Einwanderung bestehe. Die Duldung kreisförmiger, durch eine liberale Visapolitik geförderte Migrationssysteme könne somit als funktionales Äquivalent zu den italienischen Regularisierungen betrachtet werden.

⁷¹⁹ *Finotelli; Sciotino*, Looking for the European Soft Underbelly (2006), S. 254.

⁷²⁰ Vgl. hierzu *Brabandt*, ZAR 2012, S. 175.

⁷²¹ S. Stockholmer Programm - Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger [Amtsblatt C 155 vom 4.5.2010], S. 58.

wird hier die Möglichkeit der Verabschiedung von Visaerleichterungsabkommen betont, zum anderen versucht man die Wertung der Risikoannahme für eine illegale Einwanderung von der Grundlage der Staatsangehörigkeit auf eine individuellere Prüfung des Antragstellers zu verschieben.⁷²² Visaerleichterungen werden hingegen nur gewagt, da durch das neue Visa-Informationssystem in Verbindung mit biometrischen Identifikationen, weitere Sicherheitsmechanismen eingebaut wurden.⁷²³

Insgesamt besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an der Abwehr illegaler Zuwanderung und der Förderung des freien Reiseverkehrs der erwünschten Migranten. Wie schwierig jedoch die Umsetzung einer effektiven und vor illegaler Einwanderung sicheren Visapraxis ist, lässt sich anhand des Berichts des zweiten Untersuchungsausschusses erahnen, der, trotz gleicher Rechts- bzw. Erlasslage, einen unterschiedlichen Umgang der einzelnen Auslandsvertretungen im osteuropäischen Raum dokumentiert hat.⁷²⁴ Sowohl die politische Situation als auch die Arbeitsweise und die personelle Ausstattung der Auslandsvertretung vor Ort spielen dabei eine maßgebliche Rolle. Fragwürdig ist bei der Überprüfung des Migrationsrisikos, wenn allein anhand schematisch aufgestellter Kriterien die Rückkehrbereitschaft des Drittstaatsangehörigen geprüft wird. Um den Menschenrechten des Einzelnen gerecht zu werden, gebietet es immer auch die besondere Interessenlage, dem Gebot der einzelfallgerechten Verhältnismäßigkeitsprüfung gerecht zu werden. Menschenrechtlich äußerst problematisch ist, wenn die restriktive Visumpolitik mit dem offiziellen Ziel, illegale Einwanderung zu beschränken, die Inanspruchnahme von Menschenrechten für Flüchtlinge unterbindet.

II. Verbesserung des Schutzes der Außengrenzen der EU

Einleitung

An den Außengrenzen der EU gerät der Universalitätsanspruch der Menschenrechte ins Wanken. Das Dilemma zwischen Souveränitätsverteidigung

⁷²² Darauf weist Guild hin, s. *Guild*, When Even Machiavelli's Prince Needs, S. 382.

⁷²³ Vgl. hierzu weiter unten: sechstes Kapitel, III.

⁷²⁴ Vgl. die Feststellungen des 2. Untersuchungsausschusses im zweiten Teil seines Berichtes (Fn. 678) unter Punkt E zur: Visumerteilungspraxis an anderen Auslandsvertretungen, S. 238 ff.

der europäischen Staaten und der Achtung der Menschenrechte der unerwünschten Immigranten und insbesondere der Menschenwürde wird hier besonders deutlich. Die Außengrenzsicherung hat jedes Jahr den Tod zahlreicher Menschen zur Folge, die gehofft hatten in Europa ein neues Leben anzufangen.⁷²⁵ Insgesamt ist der Migrationsdruck so hoch, dass flüchtende Migranten trotz stetig steigender Grenzsicherung immer gefährlichere Wege, meist mit Hilfe von Schlepperorganisationen, suchen müssen. Dies führt dazu, dass trotz größter Bemühungen die Außengrenzen immer auch für unerwünschte Migration durchlässig bleiben werden.⁷²⁶ Menschenrechtlich problematisch ist, dass durch die Überwachung der Grenzen und die Vorverlagerung der Grenzkontrollen der Weg für schutzsuchende Flüchtlinge häufig versperrt ist.⁷²⁷ Darüber hinaus wurden verschiedene Fälle dokumentiert, in denen in Seenot geratenen Flüchtlingsbooten nicht geholfen wurde, da sich die beteiligten Staaten über Verantwortlichkeiten der Seenotrettung nicht einigen konnten.⁷²⁸ Kooperationen und Vereinbarungen mit Drittstaaten (Herkunftsländer illegaler Migration bzw. Transitländer) ermöglichen eine Exterritorialisierung der Migrationskontrolle. Insbesondere die Push-back-Operationen einzelner Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Freundschafts- und Kooperationsabkommens mit Transitländern verhindern den individuellen Schutz der Menschenrechte.⁷²⁹ Ziel ist es den „Kampf gegen illegale Einwanderung“ zunehmend jenseits der Grenzen der EU anzugehen. Sowohl die Mitgliedstaaten als auch die EU versuchen damit menschenrechtliche Verpflichtungen zu umgehen.

725 Dokumentierte tragische Todesfälle gibt es zahlreiche. Es existieren jedoch keine offiziellen Zahlen über die Todesopfer.

Für eine Sammlung der Todesfälle der UNITED siehe: UNITED for Intercultural Action, European network against nationalism, racism, fascism and in support of migrants and refugees. Die bisher umfassendste Studie zur Anzahl von Todesfällen und Vermisstmeldungen ist das Projekt „The Migrants’s Files“. Eine Gruppe von europäischen Journalisten haben Daten über die Flüchtlingsdramen gesammelt und ausgewertet und kamen auf Zahlen von 23.000 toten bzw. vermissten Flüchtlingen zwischen den Jahren 2010 und 2014, abrufbar unter:

<https://www.detective.io/detective/the-migrants-files/>. S. hierzu nur den Artikel in der Zeit v. 31. März 2014, 23.000 Flüchtlinge gestorben oder vermisst. S. auch zur Qualität der Datensätze dieses Projektes insbesondere den Artikel von *Gruhnwald* und *Kohli* in der Neuen Zürcher Zeitung v. 31.3.2014, Daten einer Tragödie.

726 Vgl. dazu *Alt*, *Illegale Migration: von Grüner und Blauer Grenze zur „Embedded Migration“*, in: ZAR 2004, S. 311 f.

727 Vgl. zu Diskussion über EU-Außenstellen, *Alt*, ebenda, S. 311ff.

728 Vgl. zu einzelnen konkreten Vorfällen z.B.: S.O.S. Europe. Human Rights and Migration Control, Amnesty International Juni 2012, S. 12f. m.V. auch auf: The Parliamentary Assembly of the Council of Europe’s report “Lives lost in the Mediterranean Sea: who is responsible?”, veröffentlicht 29. März 2012, verfügbar online unter: http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2012/20120329_mig-RPT.EN.pdf.

729 Insbesondere Italien war mit seinen Pushback-Operationen in die öffentliche Kritik geraten, die auf der Grundlage eines „Freundschafts- und Kooperationsabkommens“ mit Libyen durchgeführt wurden. Der italienische Innenminister bezeichnete diese Strategie auf einer Pressekonferenz als wichtigen Wendepunkt im Kampf Italiens gegen „illegale“ Einwanderung. S. hierzu auch: *Lehnert/Markard*, ZAR 2012, S. 195.

1. Das Konzept des integrierten Grenzschutzes bzw. der Grenzverwaltung der EU

Dem Thema der „Außengrenzkontrollen“⁷³⁰ hat der Europäische Rat in Laeken (EU-Gipfel 2001) einen festen Platz auf der einwanderungspolitischen Agenda zugewiesen.⁷³¹ Grundsätzlich ist die Durchführung des Schutzes der Außengrenzen Aufgabe der an den Außengrenzen gelegenen nationalen Staaten. Diese Aufgabe hat stetig steigende gemeinschaftliche Brisanz, da die Mitgliedstaaten mit einer Außengrenze die Hauptlast der Grenzsicherung tragen müssen. Entsprechend der Umsetzung des Solidaritätsprinzips zwischen den Mitgliedstaaten (nun mit dem Vertrag von Lissabon in Art. 80 AEUV besonders exponiert) wurden Forderungen nach einer gerechten Lastenverteilung zugunsten derjenigen Mitgliedstaaten laut, die die Belastungen, die durch die Kontrolle der Außengrenzen entstehen, zu tragen haben.⁷³² Zur Verbesserung des Schutzes der Außengrenzen wurde dementsprechend ein Gemeinschaftsrahmen für koordinierte operative Maßnahmen der Mitgliedstaaten entwickelt. Im Jahre 2002 hat im Auftrag des Europäischen Rates die Kommission in ihrer Mitteilung zur Entwicklung eines integrierten Grenzschutzes an den EU-Außengrenzen⁷³³ ein Konzept für die Sicherung der Außengrenzen entwickelt.⁷³⁴ Dieses Projekt wurde offiziell im Juni 2002 in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Sevilla bestätigt.

Mit der Verordnung zur Errichtung der Europäischen Grenzschutzagentur⁷³⁵

730 Folgt man der Mitteilung der Kommission (KOM (2002) 233 endg., S. 8) ist eine der wichtigsten Funktionen der Außengrenze, dass sie als „Barriere“ oder „Filter“ bei Ein- und Ausreisekontrollen von Personen und damit dem Schutz der inneren Sicherheit der Mitgliedstaaten dienen soll.

731 Presidency Conclusions, Laeken European Council meeting of 14-15 December 2001, SN/300/1/01REV 1 CONCL 42.

732 S. die Schlussfolgerungen des JI-Rates über einen gemeinsamen Rahmen für echte und praktische Solidarität gegenüber Mitgliedstaaten, deren Asylsysteme besonderem Druck, einschließlich durch gemischte Migrationsströme, ausgesetzt sind, die am 08.03.2012 verabschiedet wurden (Ratsdokument 7115/12). S. auch die Mitteilung der Kommission vom 06.04.2005 an den Rat und das Europäische Parlament zur Aufstellung eines Rahmenprogramms für Solidarität und Steuerung der Migrationsströme für den Zeitraum 2007 bis 2013; KOM (2005) 123 endg.; Ratsdokument 8690/05. Dieses Rahmenprogramm beinhaltet in seinem Gesamtvolumen: einen Europäischen Flüchtlingsfonds, einen Rückführungsfond, einen Integrationsfonds und einen Außengrenzfonds. Bzgl. des Außengrenzfonds wurde eine Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Mai 2007 erlassen (ABl. 144 vom 06.06.2007, S. 22ff.).

733 Mitteilung der Kommission vom 7. Mai 2002 „Auf dem Weg zu einem integrierten Grenzschutz an den Außengrenzen der EU-Mitgliedstaaten“, KOM (2002) 233 endg.

734 Siehe auch die Mitteilung der Kommission über die politischen Prioritäten bei der Bekämpfung der illegalen Einwanderung von Drittstaatsangehörigen, KOM (2006) 402 endg.

735 VO (EG) Nr. 2007/2004 des Rates zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union v. 26.10.2004, Abl. EU Nr.L 349/1 v. 25.11.2004. Die VO wurde mit der VO (EU) Nr. 1168/2011 abgeändert.

wurde die „Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (FRONTEX)“ mit Sitz in Warschau geschaffen und damit die europäische Grenzschutzsicherung institutionalisiert.⁷³⁶ Sie nahm im Oktober 2005 ihre Arbeit auf.⁷³⁷ Operationen im Bereich der Grenzkontrollmaßnahmen finden zum Schutz der Land-, See-, und Luftgrenzen statt. Vier Hauptströme der illegalen Migration in die EU muss das europäische Grenzkontrollsystem unter Kontrolle bekommen, d.h. die Routen über die südlichen Seeaußengrenzen, die östlichen Landesaußengrenzen, über den Balkan und über die internationalen Flughäfen.⁷³⁸

Der primärrechtliche Rahmen der operativen FRONTEX-Einsätze ist nun in Art. 77 Abs.2 AEUV geregelt. Als sekundärrechtliche Norm bestimmt die FRONTEX-VO Nr. 1168/2011 u.a. die Aufgaben der Agentur. Ferner ist die Überwachung der Seeaußengrenzen durch die Seeaußengrenzenverordnung geregelt, die am 17. Juli 2014 in Kraft getreten.⁷³⁹ Sie enthält Leitlinien für FRONTEX-Einsätze an den Seegrenzen. Die Verordnung ersetzt den Beschluss⁷⁴⁰, der vom EuGH am 5. September 2012 für nichtig erklärt worden war, da er „wesentliche Bestandteile“ der Überwachung der Seeaußengrenzen der Mitgliedstaaten enthielt und demzufolge im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren statt im Ausschussverfahren hätte erlassen werden müssen.⁷⁴¹ Der Gerichtshof stellte fest, dass die auf den Beschluss beruhenden Leitlinien nicht lediglich Verfahrensmodalitäten im Sinne des SGK seien, sondern geeignet seien in einen erheblichen Umfang in die Souveränität von Drittstaaten und in die Grundrechte der betroffenen Personen einzugreifen.⁷⁴² Die Wirkungen des rechtswidrigen Beschlusses wurden jedoch so lange aufrechterhalten, bis innerhalb einer angemessenen Frist eine Neuregelung erlassen wurde.⁷⁴³ Die neue Seeaußengrenzenverordnung enthält insbesondere auch menschenrechtliche Maßstäbe, die bei Seepatrouillen eingehalten werden müssen.⁷⁴⁴ So sind

736 S. hierzu: *Fischer-Lescano/ Tohidipur*, Die europäische Grenzschutzagentur FRONTEX, Beilage zum Asylmagazin 5/2007.

737 Website: <http://www.frontex.europa.eu>, tätig seit 3.10.2005.

738 FRONTEX, Pressemitteilung vom 22.2.2007, abrufbar unter: http://www.eu2007.de/de/News/Press_Releases/February/0222BMIFrontex.html.

739 VO (EU) Nr. 656/2014, ABl.L189/93 v. 15.Mai 2014.

740 Ratsbeschluss (EU) Nr. 2010/252 v. 26.4.2010, ABl 210 Nr. L 111 S. 20.

741 Urteil des EuGH vom 5. September 2012, C-355/10, Ziff. 1 f.

742 Urteil des EuGH vom 5. September 2012, ebenda, Ziff. 76ff.

743 *Ebenda*, Ziff. 90.

744 VO (EU) Nr. 656/2014, ABl.L189/93 v. 15.Mai 2014.

Vorschriften und Sicherungen aufgenommen worden, die insbesondere die Notwendigkeit einer menschenwürdigen Behandlung bei der Grenzüberwachung und die Beachtung des Prinzips des non-refoulement sichern sollen.⁷⁴⁵ Darüber hinaus ist das Amt einer/s Grundrechtsbeauftragten bei Frontex eingerichtet worden,⁷⁴⁶ deren vollständige Unabhängigkeit jedoch angezweifelt wird.⁷⁴⁷ Zudem wird zurecht kritisiert, dass die menschenrechtlichen Vorgaben des *Hirsi-Urteils* unzureichend Eingang in die Seeaußengrenzenverordnung gefunden haben.⁷⁴⁸

Betrachtet man die übertragenen Aufgaben der Agentur, so umfassen diese de jure insbesondere „nur“ die Koordinierung und Unterstützung der Mitgliedstaaten bei deren grenzschützender Tätigkeit (Art. 2 FRONTEX-VO).⁷⁴⁹ Die Maßnahmen der Agentur selbst haben keinen Eingriffscharakter, und es wurden ihr auch keine exekutiven Befugnisse zugesprochen (Art. 4 FRONTEX-VO).⁷⁵⁰ Ein bedeutender Schritt in diese Richtung wurde jedoch mit Einführung der Verordnung über Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke⁷⁵¹ (Rapid Border Intervention Teams) getan. Auf der Grundlage dieser Verordnung können für gemeinsame Grenzschutzaktionen im Falle eines Massenzustroms von Drittstaatsangehörigen Beamte aus einem Expertenpool in andere Mitgliedstaaten entsandt werden.⁷⁵² Neu an diesen Soforteinsätzen zur Sicherung des Grenzschutzes ist, dass sie nicht auf Antrag eines Mitgliedstaates durchgeführt werden, sondern auf Antrag der FRONTEX-Agentur. Die Meinungen gehen darüber weit auseinander, inwieweit die Agentur ausgebaut werden sollte. Seit Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages

745 S. insbesondere Art. 1 und Art. 26 lit. a) der VO 1168/2011/EU und Anhang der Ratsentscheidung v. 26.4.2010, Rules for sea border operations coordinated by the Agency, in denen insbesondere auch das Refoulement-Verbot anerkannt wird. Die erhöhte Sensibilität für Menschenrechtsbelange im Rahmen von Frontex-Operationen zeigt sich auch in den Einsatzplänen, die nun auf eine Beachtung von Menschenrechten verstärkt hinweisen. Vgl. hierzu im Einzelnen: Europäische Grundrechteagentur (FRA), *Fundamental Rights at Europe's southern Sea borders* (2013), S. 118 ff. Es soll aber auch bei Trainingsaktivitäten, die Frontex durchführt oder koordiniert, die Sensibilisierung für Menschenrechte eine größere Rolle spielen (vgl. Art. 5 Frontex VO), FRA (2013), S. 114.

746 Vgl. Art. 23a der VO 1168/2011/EU.

747 S. hierzu *Haarhuis*, ASYLMAGAZIN 2013, S. 14. Die tatsächliche Unabhängigkeit wird von *Haarhuis* angezweifelt, da ein öffentlicher Bericht lediglich durch das Konsultationsforum erfolgt, der bisher aber noch nicht auf der Website von Frontex zu finden sei.

748 S. hierzu insbesondere weiter unten S.170f.

749 Weitere Aufgaben sind insbesondere: die Unterstützung bei der Ausbildung von Grenzbeamten, Forschung und Risikoanalysen, Unterstützung bei gemeinsamen Aktionen (auch Rückführungen).

750 Die eigentlichen materiellen Grundlagen für die Rechtseingriffe gegenüber Personen sind nach wie vor dem nationalen Recht, z.B. Bundespolizeigesetz zu entnehmen (vgl. § 23 Abs.1 Nr. 2 BPolG).

751 Verordnung (EG) Nr. 863/2007 über einen Mechanismus zur Bildung von Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates hinsichtlich dieses Mechanismus der und der Regelung der Aufgaben und Befugnisse von abgestellten Beamten.

752 Vgl. *Weber*, ZAR 2008, 56; *Weinzler/Lisson* (2007), Grenzschutz und Menschenrechte, S. 28.

enthält Art. 77 Abs.1 lit. c) AEUV⁷⁵³ eine ausdrückliche Ermächtigung für die Einführung eines integrierten Grenzschutzsystems an den Außengrenzen, die über die schon bisher bestehende Europäische Agentur für die Operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen (FRONTEX) hinausreicht. Die überarbeitete FRONTEX-VO Nr. 1169/2011 hat erneut die Agentur in ihren Rechten gestärkt und räumt ihr eigene Entscheidungsbefugnisse und Vorschlagsrechte⁷⁵⁴, regelt jedoch nicht die Verantwortung für ihre Einsatztätigkeiten. Die originären Verantwortlichkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten. Insbesondere in Anlehnung an die wachsende Rolle, die der Agentur zukommt, ist die unklare Verteilung der Verantwortlichkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und FRONTEX sehr problematisch. Eine erhebliche Erweiterung der Eingriffsrechte von FRONTEX wird aktuell insbesondere wegen dem Kontrollverlust an den Schengen-Außengrenzen aufgrund der aktuellen hoch angestiegenen Flüchtlingszahlen⁷⁵⁵ von der Europäische Kommission und einigen Mitgliedstaaten gefordert. Die Kommission hat im Dezember 2015 einen Verordnungsentwurf über einen europäischen Grenz- und Küstenschutz vorgelegt⁷⁵⁶, indem sie vorschlägt, dass zukünftig in außergewöhnlichen Belastungssituationen auch ohne oder gegen den Willen des betroffenen EU-Staates, EU-Grenzschutzoperationen durchgeführt werden sollen, wenn dieser seinen unionsrechtlichen Verpflichtungen zur Grenzsicherung nicht nachkommt⁷⁵⁷.

Eine weitere Strategie zum Ausbau des Grenzmanagements an den Außengrenzen des Schengen-Raums ist die Errichtung des Europäischen Grenzkontrollsystems EUROSUR.⁷⁵⁸ Aufgabe des Systems ist es, Migrationsbewegungen rechtzeitig zu erfassen und dementsprechend reagieren zu können, um illegale Einwanderung und grenzüberschreitende Kriminalität an den

753 „(...) alle Maßnahmen, die für die schrittweise Einführung eines integrierten Grenzschutzsystems an den Außengrenzen erforderlich sind“

754 FRONTEX ist befugt Einsätze von Grenzpatrouillen gemeinsam mit Mitgliedstaaten zu leiten (Frontex erarbeitet Einsatzpläne und entscheidet über den Einsatz personeller und technischer Ressourcen).

755 Momentan gewährleisten die südlichen und südöstlichen EU-Staaten keine Grenzüberwachung bzw. geregelte Grenzkontrolle nach dem Schengener Grenzkodex und der EUROSUR-Verordnung mehr. Insbesondere werden die Fingerabdrücke nicht mehr vollständig erfasst und es findet keine funktionierende Einreisekontrolle bzw. Einreiseverweigerung irregulärer Migranten statt, die kein internationales Schutzgesuch vorbringen können.

756 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard and repealing Regulation (EC) No.2007/2004, Regulation (EC) No.863/2007 and Council Decision 2005/267/EC (COM 2015/ 671 final).

757 Art. 5 Abs.3, Art.18 2015/0310(COD).

758 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung eines Europäischen Grenzüberwachungssystems (EUROSUR); KOM (2011) 873 endgültig; Ratsdokument 18666/11.

See- und Landaußengrenzen der EU zu verhindern.⁷⁵⁹ Dabei geht es neben einer stärkeren Kooperation der europäischen Grenzschutzbehörde auch um die Überwachung der EU- Außengrenzen mit modernster Überwachungstechnologie.⁷⁶⁰

2. Menschenrechte versus Grenzsicherung am Beispiel der Überwachung der Seegrenzen

Auf der Grundlage der von der Kommission in Auftrag gegebenen CIVIPOL-Studie über die Kontrollierbarkeit der EU-Seegrenzen⁷⁶¹ einigten sich der Rat im November 2003 auf ein Programm zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung an den Seegrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.⁷⁶² Die EU-Grenzschutzagentur FRONTEX hat ein Netzwerk zur Sicherung der Seegrenzen gegründet. Am 24.5.2007 rief FRONTEX zusammen mit den Mitgliedstaaten das Europäische Grenzpatrouillennetz ins Leben. Dieses Instrument wurde auf europäischer Ebene konzipiert, um die Zusammenarbeit zu fördern und damit den gemeinsamen Schutz der europäischen Seegrenzen zu verbessern. Ziel des Grenzpatrouillennetzes soll sein, der illegalen Migration über das Mittelmeer und entlang der südlichen Atlantikküste Einhalt zu gebieten und Menschen in Seenot aufzuspüren.⁷⁶³

2.1. Menschenrechtliche Verpflichtungen auf Hoher See?

2.1.1. Problem: Vorverlagerung von Grenz- und Migrationskontrollen jenseits der Staatsgrenzen – in einem rechtsfreien Raum?

Rechtlich problematisch werden die Operationen von FRONTEX, wenn

⁷⁵⁹ Die für die Grenzüberwachung zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sollen über nationale Koordinierungszentren operative Informationen austauschen; die nationalen Koordinationszentren sollen untereinander sowie mit FRONTEX verstärkt – insbesondere mittels Lagebildern – bei der Erstellung von Risikoanalysen zusammenarbeiten.

⁷⁶⁰ Vgl. die kritische Studie: Hayes und Vermeulen, *Borderline: The EU's New Border Surveillance Initiatives*, Studie der Heinrich-Böll-Stiftung vom Juni 2012, <http://www.statewatch.org/news/2012/jun/borderline.pdf>.

⁷⁶¹ EU, Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 11490/1/03, CIVIPOL Studie.

⁷⁶² EU, Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 15445/03. Weitere Maßnahmen im Bereich der Sicherung der Seegrenzen sind u.a. die im Oktober 2006 vom Rat angenommenen Schlussfolgerungen zur Verstärkung der Seeaußengrenzen (EU, Rats-Dok. Nr. 13559/06), und die im November 2006 vorgelegte Mitteilung der Europäischen Kommission zum Ausbau des Grenzschutzes an den südlichen Seegrenzen (EU, Europäische Kommission, KOM (2006) 733endg).

⁷⁶³ Vgl. Ratsdokument 17164/10.

Grenzkontrollen auf hoher See oder in territorialen Gewässern dritter Staaten (z.B. afrikanischer Transit und Herkunfts-Staaten) durchgeführt werden.⁷⁶⁴ Operative FRONTEX-Einsätze werden durchaus auf außerhalb der 12-Seemeilen-Grenze des Küstenmeeres (Art. 3 SRÜ⁷⁶⁵) ausgedehnt. Die an das Küstenmeer grenzende Anschlusszone (Art. 33 SRÜ) ist nicht mehr Teil des Hoheitsgebietes eines Staates und unterliegt der Ordnung der Hohen See, werden allerdings als eine „seewärts vorgelagerte Grenzkontrollzone“ bezeichnet. Neben dem ursprünglichen Zweck der Schmuggelkontrolle gewinnen sie nunmehr vor allem in Hinblick auf die Verhinderung illegaler Einwanderung an Bedeutung.⁷⁶⁶ In der Anschlusszone hat der Staat mithin nicht die gleichen, vollumfänglichen Befugnisse zur Einwanderungskontrolle, wie innerhalb des Küstenmeeres, sodass auch die Eingriffsbefugnisse der Beamten im Rahmen der operativen FRONTEX-Einsätze nur sehr eingeschränkt sein dürften.⁷⁶⁷ Der Wortlaut des Art. 33 SRÜ spricht nur von der Ausübung einer effektiven Kontrolle, die erforderlich ist, um Verstöße gegen das Einwanderungsrecht des Staates zu verhindern oder solche Verstöße zu bestrafen.

Es stellt sich hier nach den Worten der Kommission die Frage, ««wie beim Abfangen von Schiffen zu verfahren ist, auf denen sich nachweislich oder mutmaßlich illegale Einwanderer auf dem Weg in die Europäische Union befinden».⁷⁶⁸ Dürfen diese inspiziert, abgefangen, abgelenkt und zurückgewiesen bzw. schon in den Abfahrtshäfen kontrolliert werden („Interception-Measures“).⁷⁶⁹ Sind die jeweiligen Maßnahmen der Migrationskontrollen aus seerechtlicher Sicht auf hoher See überhaupt zulässig?⁷⁷⁰ Welche menschenrechtlichen Verpflichtungen treffen die EU-Mitgliedstaaten bzw. die EU bei Handlungen auf See jenseits der EU-Außengrenzen? Ein klarer Rechtsrahmen

764 Insbesondere durch die von FRONTEX koordinierten HERA Einsätze bei den Kanarischen Inseln; vgl. hierzu ausführlich *Fischer-Lescano; Tohidipur*, Beilage zum Asylmagazin 5/2007, S. 22ff.

765 Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen v. 10.12.1982; BGBl 1994 II S. 1798.

766 *Mrozek*, DÖV 2010, S. 892 m.V.a. *Graf Vitzthum*, in: *ders* (Hrsg.), Handbuch des Seerechts, 2006, Kap. 2 Rn. 189.

767 So wird zu Recht vertreten, dass das Zurückdrängen von Booten, in denen illegale Einwanderer vermutet werden – nicht nur ein neues Phänomen an den Seeaußengrenzen der EU, sondern bereits durch die USA in Bezug auf Einwanderung aus Haiti und durch Australien praktiziert – von Art. 33 SRÜ nicht gedeckt sei, vgl. *Graf Vitzthum*, ebenda, Kap. 2, Rn. 190 m.w.N.

768 KOM/2006/0733 endg., Mitteilung der Kommission an den Rat – Ausbau von Grenzschutz und Verwaltung an den südlichen Seegrenzen der Europäischen Union vom 30.11.2006, Rn. 35f.

769 Siehe hierzu *Weinzierl/Lisson*, Grenzschutz und Menschenrechte, Eine europarechtliche und seerechtliche Studie: Die Studie des Instituts für Menschenrechte untersucht in diesem Zusammenhang die Frage, in welchen Maße Staaten Migrationskontrollen in den verschiedenen Zonen, der inneren Gewässer, dem eigenen Küstenmeer, der Hohen See und dem Küstenmeer von Drittstaaten nach dem Völkerrecht vornehmen dürfen.

770 Zwangsmaßnahmen auf Hoher See sind mit dem derzeitigen Seerecht nicht vereinbar, vgl. EU, Europäische Kommission, SEC (2007) 691, S. 20. S. zu dieser Problematik sehr detailliert Teil 3 der Studie v. *Weinzierl/Lisson*, *Grenzschutz und Menschenrechte* (2007).

in Bezug auf die exekutiven Befugnisse von FRONTEX fehlte lange Zeit.⁷⁷¹ Rechtliche Zuständigkeiten und politische Verantwortung sind immer noch schwer festzustellen. Ein Problem sind die Wechselwirkungen der geltenden Rechtssysteme und die fehlenden gerichtlichen und parlamentarischen Kontrollen. Dadurch ist insbesondere der Rechtsschutz individuell Betroffener, die im Rahmen von FRONTEX-Operationen in ihren Rechten verletzt wurden, problematisch. Die FRONTEX-Einsatzarmbinde offenbart lediglich die Beteiligung der Agentur (Art.6 IV RaBIT-VO, Art. 10 IV FRONTEX-VO), erschwert aber die Zuordnung der mitgliedstaatlichen Verantwortlichkeit.⁷⁷² Dennoch wird in der Literatur zurecht eine Verantwortlichkeit von FRONTEX aus der Zurechnungsfigur der effektiven Kontrolle aus dem Recht der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit angenommen, wonach eine staatliche Handlung einer Internationalen Organisation zuzurechnen ist, wenn diese die faktische Möglichkeit besaß, eine potentielle Rechtsverletzung zu verhindern.⁷⁷³

Zudem wird kritisiert, dass die Operationen von FRONTEX in Bezug auf die Behandlung der Migranten undurchschaubar seien. Anhand der FRONTEX-Statistiken sei nicht zu erkennen, wohin aufgegriffene Migranten abgeschoben wurden und ob darunter Schutzsuchende waren. Auch seien die Anzahl der Toten nicht offiziell statistisch erfasst.⁷⁷⁴ Andererseits betont die Agentur FRONTEX immer wieder, dass ihre Patrouillen auch eine humanitäre Funktion (Seenotrettung, Bekämpfung des Menschenschuggels und Vorbeugung gefährlicher Seereisen) hätten, was von anderen Stimmen als ein nicht aktiv unterstützter (Neben-)Effekt der Migrationskontrolle gesehen wird.⁷⁷⁵ Die Operation „Triton“, die von der Grenzschutzagentur neu gestartet wurde und die italienische Seenotrettungsoperation „Mare Nostrum“ abgelöst hat, zeigt, wie zögerlich die Verantwortung für die in Seenot geratenen Flüchtlinge von der europäischen Agentur übernommen wird. Die Operation „Triton“ ist scharfer Kritik ausgesetzt, da sie mit ihrem vorrangigen Mandat der Grenzschuttsicherung, ihrem bescheidenen Budget und ihrem engen Einsatzgebiet einer angemessenen

771 Es wurde immer wieder kritisiert, dass FRONTEX auf hoher See eingesetzt wird, ohne das zentrale menschenrechtliche und völkerrechtliche Fragen geklärt worden seien (z.B. HERA-Einsätze bei den Kanarischen Inseln, POSEIDON im östlichen Mittelmeer). Vgl. hierzu die Zukunftsgruppe Europa: ZAR 2008, S. 327.

772 Dies liegt insbesondere auch daran, dass die Einsatzpläne von FRONTEX geheim sind.

773 Vgl. ausf. hierzu *Lehnert*, FRONTEX und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen (2014), S. 341 ff.

774 S. *Weinzierl*, Human Rights at the EU's common external maritime border, German Institut for Human Rights (2008), 3.

775 *Löhr/Pelzer*, Kritische Justiz (2008), S. 309.

Seenotrettung nicht gerecht werden kann.⁷⁷⁶

2.1.2. Problem: „mixed flows“

Ein weiteres Problem stellen die „mixed flows“ dar. Bei den abgefangenen Migranten befinden sich nicht nur „illegale“ bzw. „freiwillige“ Wirtschaftsmigranten, sondern auch Asylsuchende. Eine Unterscheidung findet bei den operativen Einsätzen häufig nicht statt.⁷⁷⁷ Dieses Problem erkannte 2006 auch die Kommission, indem sie in ihrer Mitteilung feststellt, dass « auch die Frage eine besondere Aufmerksamkeit verdiene, in welchem Umfang die Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz der Nichtzurückweisung zur Schutzgewährung verpflichtet seien, wenn ihre Schiffe in den unterschiedlichsten Situationen Abfang-, Such- und Rettungsmaßnahmen durchführen.»⁷⁷⁸

Eine wesentliche und umstrittene Rechtsfrage war lange Zeit, ob das Refoulement-Verbot aus der Genfer Flüchtlingskonvention (Art. 33 I GFK)⁷⁷⁹ auch jenseits der Staatsgrenzen bindet.⁷⁸⁰ Zum Teil wurde von staatlicher Seite die Ansicht vertreten, dass das Zurückweisungsverbot der GFK (Refoulement-Verbot) auf hoher See, die extraterritoriale Gebiet ist, gegenüber Personen, die Verfolgungsgründe geltend machen, keine Anwendung finde.⁷⁸¹ Nach überwiegender Staatenpraxis entfalte der Grundsatz des non-refoulement seine Wirkung erst bei territorialem Gebietskontakt.⁷⁸² Unterstützend wurde häufig das historische Argument i.d.S. herangezogen, dass die Annahme der Geltung des Refoulement-Verbots jenseits der Staatsgrenzen der Gewährung einer Pflicht zur

776 S. hierzu nur: Amnesty International: <http://www.amnesty.de/2014/10/31/start-von-triton-seenotrettung-gefahr> (abgerufen am: 20.04.2015), Süddeutsche Zeitung v. 31.10.2014, Anetzberger: Das Mittelmeer wird wieder unsicherer u. die Kritik von ProAsyl: http://www.proasyl.de/de/news/detail/news/europas_schande_triton_und_mare_nostrum_im_vergleich/ (abgerufen am: 20.04.2015).

777 Parkes, SWP 2006, S.4; Löhr; Pelzer, Kritische Justiz 2008, S. 305; Siehe zu den erschreckenden nationalen Praktiken der griechische Küstenwache den Bericht von Pro Asyl: The truth may be bitter, but it must be told – Über die Situation von Flüchtlingen in der Agäis und die Praktiken der griechischen Küstenwache, Frankfurt am Main 2007.

778 KOM/2006/0733 endg., Rn.35f.

779 Das Prinzip des Non-Refoulement, das sich zunächst als Staatenverpflichtung nach Art. 33 I Genfer Flüchtlingskonvention darstellt, wird vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung als ein umfassendes aus Art. 3 i.V.m. Art. 13 EMRK folgendes individuelles Recht interpretiert.

780 Gründe für eine extraterritoriale Geltung der GFK vgl. schon die Studien von Fischer-Lescano; Tohidipur, ZaöRV 2007, S. 1243 und Weinzierl/Lisson, Grenzschutz und Menschenrechte 2007, S. 56ff., als auch den Beschluss des UNHCR: Exekutivkomitee, Beschluss Nr.97 (2003).

781 Vgl. BMI, Effektiver Schutz für Flüchtlinge, wirkungsvolle Bekämpfung illegaler Migration, Pressemitteilung, September 2005, S. 2 ; so auch: BT-Drs. 16/ 2723 v. 25.09.2006, S. 6.

782 BT-Drs. 16/6254, S.7; vgl. aber die kritischere Meinung der Bundesregierung in: BT-Drs.16/9204, 5. u. BT-Drs. 16/6254.

Aufnahme von Flüchtlingen gleiche, die gerade, nach der Entstehungsgeschichte der GFK, nicht vereinbart werden sollte.⁷⁸³ Nach der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*⁷⁸⁴ ist nun verbindlich festgestellt, dass der menschen- und flüchtlingsrechtlich verbriefte Grundsatz der Nichtzurückweisung auch auf Hoher See zu beachten ist. Der Gerichtshof hat damit klar gestellt, dass sich die Vertragsstaaten ihren Verpflichtungen aus den Menschenrechten nicht entziehen können, indem sie Grenzkontrollen auf die Hohe See vorverlagern. Nach dem Wortlaut von Art. 1 EMRK komme es mit Blick auf den räumlichen Geltungsbereich der Konvention entscheidend darauf an, ob eine Person der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates untersteht. Dies ist gegeben, wenn Schutzsuchende sich auf einem Schiff eines Vertragsstaates der EMRK befinden.⁷⁸⁵ Es reiche aber auch die faktische Kontrolle und Macht über eine Person aus, z.B. wenn ein Flüchtlingsboot auf Hoher See angehalten, betreten und dessen Führung zwecks Kurswechsels übernommen wird oder sich Personen in kleinen Flüchtlingsbooten den Anweisungen von größeren Schiffen zur Änderung ihres Kurses nicht widersetzen können.⁷⁸⁶

Anzumerken bleibt, dass die Entscheidung *Hirsi u.a. v. Italien* auch weitreichende Auswirkungen für die Einsätze der Agentur FRONTEX hat.⁷⁸⁷ Aber auch FRONTEX ist für die Beachtung von Menschenrechten sensibler geworden.⁷⁸⁸ So regelt z.B. Art. 4 der neuen Seeaußengrenzverordnung den Grundsatz der Nichtzurückweisung. Dort heißt es u.a. in Abs. 3: Die „aufgegriffenen oder geretteten Personen“ seien „auf geeignete Weise zu informieren, so dass sie Gründe vorbringen können, aufgrund derer sie annehmen, dass die Ausschiffung an dem vorgeschlagenen Ort gegen den Grundsatz der

783 S. US Supreme Court, *Sale v. Haitian Centers Council*: Urteil vom 21.01.1993, Az.: 509 US 155.

784 EGMR, Urteil vom 23.02.2012, *Hirsi ua v. Italien*, Antragsnummer 27765/09. Der Gerichtshof hatte in dem Fall zu entscheiden, ob es mit der EMRK vereinbar ist, dass Italien im Mai 2009 südlich von Lampedusa Flüchtlinge auf Hoher See gestoppt und auf italienischen Militärschiffen nach Libyen gebracht hatte. Festgestellt wurden Verletzungen von Art. 3 EMRK (Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung), Art. 4 des vierten Zusatzprotokolls zur EMRK (Verbot der Kollektivausweisung) und Art. 13 der EMRK (Recht auf einen effektiven Rechtsbehelf). Vgl. hierzu im einzelnen *Weber*, ZAR 2012, Menschenrechtlicher Schutz von Bootsflüchtlingen, S. 267 ff.).

785 EGMR, ebenda, Ziff. 70 ff., insbesondere Ziff. 76ff. ; Vgl. zur „jurisdiction“ auch drittes Kapitel II; s. auch *Weber*, ebenda, S. 266.

786 EGMR ebenda, Ziff. 70ff., insbesondere Ziff. 74.

787 Z.B. kam es im Rahmen der Frontex-Operation Nautilus IV zu einem ähnlichen Vorkommnis, an dem Frontex beteiligt war, s. zu den Einzelheiten: *Klepp*, Europa zwischen Grenzkontrolle und Flüchtlingsschutz (2011).

788 Insbesondere die FRONTEX Grundrechtstrategie (s. den neu eingefügten Art. 26a) und der FRONTEX-Verhaltenskodex (s. Art. 5) sehen schon den Grundsatz der Nichtzurückweisung vor. Des Weiteren führen diese Maßnahmen auf, es schutzbedürftigen Personen zu ermöglichen, ein Asylbegehren bei der jeweiligen zuständigen nationalen Stelle vorzutragen, Personen Zugang zu medizinischen Hilfseinrichtungen zu verschaffen und bestimmte Personengruppen in besonderer Weise zu betreuen. Zu beachten ist auch die schriftliche Vereinbarung zwischen FRONTEX und der Grundrechtsagentur (Cooperation agreement between FRA and Frontex, 26 May 2010).

Nichtzurückweisung verstößt“. Es wird jedoch in der Verordnung offen gelassen, wie ein solches Prüfverfahren auf Hoher See ausgestaltet werden soll, welche konkreten Folgen ein Schutzgesuch auf Hoher See hat und welcher Mitgliedstaat gegebenenfalls zur Aufnahme und Durchführung eines Asylverfahrens zuständig sein soll.⁷⁸⁹ Grundsätzlich müsste in diesem Fall der nächstgelegene europäische Hafen angesteuert werden, um ein rechtmäßiges Prüfverfahren einschließlich möglicher Rechtsschutzaspekte gewährleisten zu können.⁷⁹⁰

Zusammenfassung

Der EGMR hat im Fall *Hirsi u.a. v. Italien*, aber auch im Fall *M.S.S.*⁷⁹¹ klar gemacht, dass die Hohe See kein rechtsfreier Raum ist. Dies wird das Grenzregime, das sich vor allem an sicherheitspolitischen und ökonomischen Interessen orientierte, maßgeblich umgestalten. Dennoch steht zu befürchten, dass einzelne Mitgliedstaaten weiterhin mit Drittstaaten kooperieren werden und die Strategie eher in Richtung Ausreiseverhinderung und der Durchführung von „Pullback“-Operationen gehen wird. Da solche Operationen die Drittstaaten allein durchführen, wird keine Hoheitsgewalt nach Art. 1 EMRK mehr ausgeübt.⁷⁹² Diese Bereitwilligkeit der Drittstaaten an der Bekämpfung der illegalen Migration mitzuwirken, wurde insbesondere dadurch erreicht, dass herkömmlich unverbundene Politikfelder (insbesondere der Entwicklungszusammenarbeit, der Wirtschafts- und der Sicherheitspolitik, Migrationskontrolle und internationalen Rechtsberatung) zu einem kohärenten Konzept verknüpft wurden.⁷⁹³ Ob der Druck zur Auswanderung insbesondere aus afrikanischen Staaten dadurch nachhaltig gesenkt wird, bleibt fraglich. Vielmehr wird durch diese Strategie das menschenrechtlich gewährleistete Ausreiserecht (Art. 13 II AEMR, Art. 2 II der 4. ZP-EMRK, 12 II IPbPR) vieler Menschen in rechtswidriger Weise beschränkt.⁷⁹⁴ Durch diese verstärkte Kooperation mit den Drittstaaten wurde das Grenzregime

789 Vgl. BT-Drs. 17/847.

790 Vgl. *Weber*, ZAR 2012, S. 269.

791 EGMR, 21.01.2011 – 30696/09, *M.S.S. v. Belgium and Greece*.

792 Vgl. *Lehnert/Markard*, ZAR 2012, S. 199.

793 Vgl. auch den „Europa-Afrika-Pakt“, KOM (2005) 489.

794 Vgl. hierzu: *Eichenhofer*, ZAR 2013, S. 140f. S. auch weiter oben zu Art. 13 II AEMR, S. 27.

der EU weit über die Außengrenzen hinaus etabliert.⁷⁹⁵

Positiv hingegen ist zu bewerten, dass aufgrund des massiven Drucks der Zivilgesellschaft, allmählich eine Sensibilisierung in Bezug auf die Beachtung von Menschenrechte stattgefunden hat. Ob dies nur reine Rhetorik bzw. Routinebekenntnis ist, bleibt abzuwarten. Dieser nach außen hin zu wahrende Schein der Beachtung der Menschenrechte, zeigt sich insbesondere in der immer wieder auftauchenden Argumentation, dass die rigide Grenzüberwachungspolitik insbesondere auch mit dem Anliegen gerechtfertigt wird, „den Verlust weiterer Menschenleben zu vermeiden.“ Bedenklich ist insbesondere der Verantwortungsvakuum bei der europäischen Seenotrettung. Festzuhalten bleibt, dass durch die verstärkte Kooperation mit Drittstaaten die EU das Ausgreifen ihres Grenzregimes weit über das Gebiet der Europäischen Union hinaus in den letzten Jahren erheblich vorangetrieben hat.

III. Grenzübergangskontrollen

Einleitung

Der Schengener Grenzkodex (nachfolgend SGK) legt Regeln für die Grenzkontrollen von Personen an den Außengrenzen fest und soll insbesondere der Bekämpfung von illegaler Zuwanderung und der Vorbeugung jeglicher Bedrohung der inneren Sicherheit und öffentlichen Ordnung dienen.⁷⁹⁶ Einer Mindestkontrolle werden alle Personen unterzogen, die die Feststellung ihrer Identität anhand der vorgelegten oder vorgezeigten Reisedokumente ermöglicht, Art. 7 Abs.2 S.3 SGK. Drittstaatsangehörige unterliegen hingegen zusätzlich einer eingehenden Kontrolle, die gem. § 7 Abs.3 SGK die Überprüfung der in Art. 5 Abs. 1 SGK festgelegten Einreisevoraussetzungen umfasst sowie ggf. der für den Aufenthalt und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erforderlichen Erlaubnisse. Die erforderlichen Dokumente werden auf Gültigkeit und auf Fälschungs- oder Verfälschungsmerkmale überprüft. Die unterschiedlichen zu überprüfenden Punkte werden in diesem Absatz aufgelistet. Als einheitliche Grundsätze werden dort, außer der Überprüfung der Grenzübertrittspapiere und der anderen

⁷⁹⁵ Vgl. hierzu auch *Buckel*, Kritische Justiz 2011, S. 253ff.

⁷⁹⁶ Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen. Vgl. auch den Erwägungsgrund 6.

Voraussetzungen für die Einreise (Art. 5 SGK), auf die bei der Darstellung der Visaerteilung⁷⁹⁷ schon eingegangen wurde, auch die fahndungstechnische Überprüfung sowie die Abwehr von Gefahren für die nationale Sicherheit und die öffentliche Ordnung genannt. Die Durchführung von Grenzübertrittskontrollen müssen die Grenzschutzbeamten unter uneingeschränkter Wahrung der Menschenwürde⁷⁹⁸ durchführen und die durchgeführten Maßnahmen müssen verhältnismäßig sein, (Art. 6 Abs.1 S.1 u. 2 SGK). Darüber hinaus ist das Diskriminierungsverbot des Art. 6 Abs.2 SGK zu beachten.⁷⁹⁹

Da bei Negativstaaten im Rahmen des Visumverfahrens die Voraussetzungen für ein Aufenthaltstitel schon geprüft wurden, ist die Grenzpolizei nur befugt die Entscheidungen der Auslandsvertretungen zu revidieren, wenn nachträglich eingetretene oder zuvor nicht berücksichtigte Umstände erkannt werden.⁸⁰⁰ Ansonsten ist sie an die Entscheidung der Auslandsvertretung oder Ausländerbehörde gebunden. Positivstaaten werden hingegen umfassend auf ihre Einreisevoraussetzungen überprüft.

1. Zurückweisung wegen unerlaubter Einreise

Als aufenthaltsverhindernde Maßnahme wird der Ausländer bei Nichterfüllung der Einreisevoraussetzungen nach Art. 13 Abs.1 SGK⁸⁰¹ i.V.m. Anh V Teil A SGK zurückgewiesen.⁸⁰² Diese Vorschrift und die Durchführungsregelungen im

797 S. hierzu: fünftes Kapitel, I 3.

798 Vgl. hierzu den Bericht des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres v. 15.6.2005, A6-0188/2005, S. 77. Aus dem Bericht lässt sich entnehmen, dass der Vorschlag zur Aufnahme der Verpflichtung zur Menschenwürde in dem SGK ein Anliegen des Parlaments gewesen sei, in Reaktion auf Hinweise, dass Grenzschutzbeamte mit Drittstaatsangehörigen unangemessen behandelt hätten.

799 In Erwägungsgrund 7 der Verordnung 562/2006 heißt es zudem, dass die Durchführung der Grenzkontrollen „auf professionelle und respektvolle Weise“ erfolgen soll.

800 *Westphal*, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 554, Rn. 18.15.

801 Nach § 13 I muss eine Zurückweisung grundsätzlich (Ausnahme nur nach § 13 I 1, 2 SGK) erfolgen, wenn in der Person des Drittstaatsangehörigen eine der Voraussetzungen des Art. 5 I SGK nicht vorliegt. Danach muss der Einreisewillige im Besitz eines oder mehrerer gültiger Reisedokumente sein, die ihn zum Überschreiten der Grenze berechtigen (Vgl. § 15 I i.V.m. § 14 I Nr. 1); er muss im Besitz eines gültigen Visums sein, falls dies nach der VO 539/2001/EG (EUVisaVO) vorgeschrieben ist (Vgl. § 15 I i.V.m. § 14 I Nr. 2 und 3 AufenthG); er muss den Zweck und die Umstände des beabsichtigten Aufenthalts belegen, und er muss über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts sowohl für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat oder für die Durchreise in einen Drittstaat, in dem seine Zulassung gewährleistet ist, verfügen oder in der Lage sein, diese Mittel rechtmäßig zu erwerben (Vgl. § 15 II Nr. 2. 2a AufenthG); er darf nicht im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschlossen sein (vgl. § 15 I i.V.m. § 14 I Nr. 3 AufenthG); er darf keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationale Beziehungen eines Mitgliedstaats darstellen und darf insbesondere nicht in den nationalen Datenbanken der Mitgliedstaaten zur Einreiseverweigerung aus denselben Gründen ausgeschlossen worden sein (vgl. § 15 I i.V.m. § 14 I Nr.3 und § 15 II Nr.1).

802 Die entsprechende nationale Norm ist § 15 AufenthG, die durch Art. 13 SKG in Teilen verdrängt wird.

Anhang V A zum SGK⁸⁰³ gelten als Rechtsverordnung unmittelbar in allen EU-Staaten, für die das SGK verbindlich ist und haben Vorrang vor dem materiellen nationalen Recht. Mit vollendeter Einreise sind hingegen nur noch die aufenthaltsbeendenden nationalen Maßnahmen der Zurückschiebung (§ 57 AufenthG) und der Abschiebung (§ 58 AufenthG) zulässig. Die Verweigerung der Einreise als Rechtsfolge geht auf das allgemeine Völkerrecht zurück, das kein Recht eines Ausländers auf die Einreise in einen anderen Staat kennt, sondern davon ausgeht, dass jeder souveräner Staat, unter Beachtung seiner rechtlichen Verpflichtungen, die Bedingungen für das Betreten des Staatsgebietes grundsätzlich selbst definiert.⁸⁰⁴

Der Anwendungsvorrang des europäischen Rechts hat zur Folge, dass die nationalen Regelungen weitgehend verdrängt werden. Im Vergleich zu der nationalen Regelung des § 15 AufenthG, bestehen jedoch keine wesentlichen abweichenden Inhalte. Eine zu beachtende Ausnahme ist die Unterscheidung im deutschen Recht zwischen obligatorischen und fakultativen Zurückweisungsbefugnissen in § 15 Abs.1 und Abs.2 AufenthG.⁸⁰⁵ Das europäische Recht sieht in Art. 13 Abs.1 S.1 SGK eine Zurückweisung im Ermessenswege nicht vor. Über die Ausnahmemöglichkeiten in Art. 5 Abs.4 SGK hinaus bleibt jedoch Raum für nationale Ermessenserwägungen.⁸⁰⁶

Die obligatorische Zurückweisung wegen unerlaubter Einreise ist in § 15 Abs.1 i.V.m. § 14 Nr.1 AufenthG i.V.m Art 5 Abs.1 lit.a), Art 13 SGK geregelt. Eindeutig besteht ein Zurückweisungsfall, wenn der Tatbestand des Versuchs der illegalen Einreise vorliegt. Die Voraussetzungen des § 14 Abs.1 AufenthG entsprechen dann den Voraussetzungen des Art. 5 Abs.1 lit.a) (Passpflicht) und lit. b) (Aufenthaltsgenehmigungspflicht) SGK. Für den Versuch der unerlaubten Einreise reicht es aus, dass die formelle Berechtigung zur Einreise fehlt.

Die Ermessens-Zurückweisung ist in § 15 Abs.2 und 3 AufenthG geregelt.⁸⁰⁷ Sie ist wegen des Anwendungsvorrangs des Art. 13 Abs.1 SGK allerdings

803 Hier werden die Einreisemodalitäten näher geregelt.

804 Kluth/Hund/Maaßen, *Zuwanderungsrecht* 2008, S. 77, Rdn.69.

805 S. Winkelmann, in: Renner; Bergmann; Dienelt (Hrsg.), *AuslR*, 10. Aufl., § 15 AufenthG Rn. 9.

806 S. Westphal, *Ausländerrecht für die Polizei*, 3. Aufl., S. 89.

807 Diese Regelung bewirkt jedoch, dass eine unkontrollierte Einreise über die EU-Außengrenze trotz Verstoßes gegen Art. 5 Abs.1 lit. c), d) und e) SGK nicht als unerlaubt i.S.d. § 14 Abs.1 AufenthG zu werten ist. Fraglich ist, ob diese Konsequenz auch bei Positivstaaten zutrifft. Hier tritt wieder das Problem des Art. 20 Abs. 1 SDÜ auf (vgl. hierzu weiter oben: erstes Kapt., S. 13ff.). Diese Problematik zeigt zugleich die uneinheitliche innerstaatliche Umsetzung des Schengen-Rechts in den einzelnen Schengen-Staaten, die zu einer unterschiedlichen Bewertung der illegalen Einreise führt.

zwingend. Als Zurückweisungstatbestände lassen sich mehrere Gründe feststellen: Wenn ein Ausweisungsgrund (§§ 53-56 AufenthG) vorliegt, wird nach § 15 Abs.2 Nr.1a AufenthG i.V.m. Art. 5 Abs.1 lit. e), Art. 13 SGK zurückgewiesen werden. Die Zurückweisungsmöglichkeit gem. § 15 Abs.2 Nr.2 AufenthG bzw. Art. 5 c) SGK⁸⁰⁸ ist gegeben, wenn ein illegaler Zweckwechsel nachgewiesen werden kann. Danach wird ein visumpflichtiger Ausländer an der Grenze zurückgewiesen werden, wenn der begründete Verdacht besteht, dass der Aufenthalt nicht dem angegebenen Zweck dient. Die Zurückweisung ist auch in den Fällen zulässig, in denen der Ausländer den abweichenden Zweck in einem anderen Schengen-Staat verwirklichen will.⁸⁰⁹ Was ist nun unter einem „begründeten Verdacht, zweckwidrigen Aufenthaltes“ zu verstehen? Da der Ausländer seinen wahren Aufenthaltszweck nicht der Grenzbehörde preisgeben wird, lässt sich der innere Wille einer Zweckänderung an der Grenze häufig schwer feststellen (auch wegen der besonderen Verhältnisse). Nach der Rechtsprechung liegt ein begründeter Verdacht dann vor, wenn er sich aus objektiven, nachprüfbaren Umständen ergibt, die einen sicheren Schluss darauf zulassen, dass der Ausländer seinem angegebenen Zweck zuwider einreisen will. Bloße Vermutungen genügen nicht.⁸¹⁰ So etwa wenn er einen Daueraufenthalt oder eine Erwerbstätigkeit anstrebt, für den er ein entsprechendes Visum mit Zustimmung der Ausländerbehörde benötigt hätte.⁸¹¹ Als taugliche Indizien für einen Verdachtssachverhalt werden beispielsweise auch das Fehlen eines Rückreisetickets oder der nötigen finanziellen Mittel, Art des Reisegepäcks und die Nichtkenntnis der Anschrift von angegebenen Verwandten, herangezogen.⁸¹² Durch Art. 5 Abs.1 lit. c) SGK werden Drittstaatsangehörige nun direkt verpflichtet, den Zweck und die Umstände des beabsichtigten Aufenthaltes zu belegen.⁸¹³ Den Ausländer trifft demnach die Darlegungs-Beweislast. Kann er oder will er das nicht, kann er an der deutschen Außengrenze zurückgewiesen

808 Danach muss der Drittstaatsangehörige den Zweck und die Umstände des beabsichtigten Aufenthaltes belegen.

809 Mit dieser in das AusIG 1990 neu eingeführten Vorschrift, sollte zweifelsfrei klargestellt werden, dass wenn der beabsichtigte Aufenthalt nicht dem angegebenen Zweck dient, die Möglichkeit der Zurückweisung besteht, um damit der illegalen Zuwanderung Einhalt zu gebieten, vgl. BT-Drs. 11/6321, 77.

810 VG München, InfAusIR 1992, 366, 367.

811 Vgl. *Hailbronner*, AusIR, 93. Aktualisierung Nov. 2015, § 15 Rdn. 29ff; VG München v. 8.7.1992 1992, InfAusIR 1992, S. 366f.

812 *Winkelmann*, in: *Renner*; *Bergmann*; *Dienelt* (Hrsg.), AusIR, 10. Aufl., § 15 AufenthG Rn. 23; *Hailbronner*, AusIR, 93. Aktualisierung Nov. 2015, § 15 Rn. 30 .

813 Gem. Art. 5 Abs. 2 SGK enthält Anhang I zum SGK eine nicht abschließende Liste von Belegen, die sich der Grenzschutzbeamte von dem Drittstaatsangehörigen vorlegen lassen kann, um zu prüfen, ob die Bedingungen des Art. 5 I SGK erfüllt sind.

werden. Diese Verpflichtung dürfte vor allem Positivstaater treffen, da bei Visuminhabern die erforderlichen Angaben schon im Visumverfahren überprüft wurden.⁸¹⁴ Eine ausdrückliche rechtliche Klarstellung wäre im SGK wünschenswert gewesen.⁸¹⁵ Darüber hinaus birgt die Überprüfung des Aufenthaltszwecks durch die Grenzbehörde aufgrund der besonderen Verhältnisse (fehlende Zeit aufgrund der Schnelligkeit des Reiseverkehrs, begrenzte Erkenntnismittel) Schwierigkeiten. Die Vorschrift des Art. 5 SGK umreißt nicht klar, aus welchem Grund ein Ausländer die Dokumente, die seinen Aufenthaltszweck belegen, vorzulegen hat. Hier bestehen für den Grenzbeamten erhebliche Spielräume jemanden die Einreise zu verweigern, was die Gefahr einer Subjektivierung seiner Entscheidung mit sich bringt.⁸¹⁶ Zu beachten ist hierbei insbesondere das Diskriminierungsverbot des Art. 6 Abs.2 SGK.

Beabsichtigt der Ausländer, der mit einem Schengenvisum einreisen will oder von der Visumpflicht befreit ist, tatsächlich aber die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit entgegen § 4 Abs.3 S.1 AufenthG, ist die Zurückweisung gem. § 15 Abs.1 Nr. 2a AufenthG i.V.m. Art. 5 I lit. e), Art. 13 SGK vorgesehen, wenn er die Einreise mit der objektiv feststellbaren Absicht der Aufnahme einer unerlaubten Einreise führt.⁸¹⁷ Darüber hinaus liegt die Zurückweisung nach § 15 Abs.2 Nr.3 AufenthG nach dem Wortlaut im Ermessen, wenn nicht alle Einreisevoraussetzungen des Art.5 Abs.1 SGK erfüllt sind, verpflichtet aber nach Art. 13 I SGK wieder zur zwingenden Zurückweisung.

Nach § 15 Abs.2 Nr.3 AufenthG i.V.m. Art. 5 Abs.1 lit. d), Art. 13 SGK ist ein Drittstaatenbürger zurückzuweisen, wenn er im Schengener Informationssystem (SIS) nach Art. 96 SDÜ zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben worden ist. Die Ausschreibung einer bestimmten Person im SIS hat zur Folge, dass die zuständigen Behörden nicht mehr das spezifische Risiko dieser Person in Bezug auf „nationale Sicherheit“ oder „illegale Migration“ in der Grenzkontrollsituation nachweisen müssen. Die Bestimmung, welche Person zur Einreiseverweigerung nach Art. 96 SDÜ ausgeschrieben werden soll, liegt im Ermessen der zuständigen nationalen Behörden bzw. Gerichten. Denn die Ausschreibung erfolgt allein auf der Grundlage der einschlägigen nationalen Regelungen und eine Rechtfertigung

814 Vgl. dazu ausführlich und mit Beispielen aus der Praxis: *Westphal; Stoppa*, AusIR für die Polizei, 3. Aufl., S. 524 ff.

815 Hierzu steht lediglich in Anlage V Teil A Nr. 2 S.2: „Hat der Drittstaatsangehöriger an der Grenze einen oder mehrere der Belege nach Art. 5 II SGK nicht vorgelegt, so zieht dies nicht automatisch eine Entscheidung zur Annullierung des Visum nach sich.“

816 Siehe *Epiney*, Schengen und seine Folgen in: Busek u.a. (Hrsg.), *Etappen auf dem Weg zur einer europäischen Verfassung*, S. 61.

817 Vgl. hierzu *Winkelmann*, in: *Bergmann/Dienelt/Renner* (Hrsg.), *AusIR*, 10. Aufl., § 15 Rn. 26f.

ist nicht notwendig.⁸¹⁸

Insbesondere wird die Auslegung des Begriffs „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ in Art. 96 SDÜ national bestimmt.⁸¹⁹ Dies hat zur Folge, dass ein Drittstaater von einem Vertragsstaat zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben worden sein kann, ohne dass dies nach dem Recht anderer Vertragsstaaten möglich gewesen wäre.⁸²⁰

Im nationalen Recht ist zu unterscheiden, ob der Drittausländer nach § 11 Abs.1 S.1 AufenthG zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben worden ist. In diesem Fall muss er gem. § 15 Abs.1 AufenthG zurückgewiesen werden, da er ansonsten gem. § 14 Abs.1 Nr.3 AufenthG unerlaubt einreisen würde. Wenn hingegen der Ausländer aufgrund einer Gefahrenprognose ausgeschrieben wurde (unerwünschter Ausländer), dann ist die Zurückweisung nur im Rahmen des § 15 Abs.2 oder Abs.3 AufenthG nach pflichtgemäßem Ermessen möglich und nicht zwingend.⁸²¹ Ähnlich ist die Sachlage bei Art. 5 Abs.1 lit. e) SGK gelagert, wonach der Drittausländer nur unter der Voraussetzung in das Territorium der Schengen-Staaten einreisen darf, wenn er keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die nationale Sicherheit oder die internationalen Beziehungen darstellt. Auch bei der Umsetzung dieser Begrifflichkeiten differieren die nationalen Verständnisse erheblich (§ 15 Abs.2 Nr.3 AufenthG i.V.m. Art. 5 Abs.1 lit. e), Art. 13 SGK).

Eine wichtige Entwicklung ist Art. 13 Abs.3 SGK. Dieser sieht vor, dass die Zurückweisung eines Drittstaatsangehörigen an der Grenze schriftlich begründet werden muss, und dass es ein Rechtsmittel gegen die Zurückweisung gibt. Die Verfahren für die Einlegung des Rechtsmittels bestimmen sich nach nationalem Recht und haben keine aufschiebende Wirkung.⁸²²

Hingegen wurde für Asylsuchende eine weitere Verschärfung eingeführt. Denn Zurückweisungen von Asylsuchenden sind schon dann möglich, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat (...) für die Durchführung

818 Vgl. *Brouwer*, Digital Borders and Real Rights, S. 62.

819 Eine Tendenz der Harmonisierung findet sich aber in Art. 96 Abs. S.2 SDÜ. Allerdings bevorzugten die Mitgliedstaaten statt einer Harmonisierung nationale Kriterien für die Anwendung des SIS.

820 Vgl. zu der daraus möglichen resultierenden Ungleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen: *Cholewinski*, EJML 2000, S. 377.

821 Vgl. auch EuGH, Urteil v. 31.1.2006, C-503/03. Danach rechtfertigt eine Ausschreibung im SIS zur Einreiseverweigerung nicht zwingend eine Einreiseversagung; vielmehr muss die Einreise eine schwere Gefährdung für die Sicherheit eines Landes bedeuten.

822 Eine Begründungspflicht wurde im Visumrecht hingegen erst später eingeführt, vgl. *Laas*, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraums, S. 152.

des Asylverfahrens zuständig ist.⁸²³ Was das Ziel der Zurückweisung anbelangt, sind insbesondere auch bilaterale und europäische Rückübernahmeabkommen zu beachten.⁸²⁴

Darüber hinaus gewährleistet die Verordnung (EG) 562/2006 den einheitlichen Einsatz des Visainformationssystem (VIS) an den Außengrenzen und sieht im Regelfall eine systematische Abfrage des Visumsverfahrens im VIS in Kombination mit einer Verifizierung der Fingerabdrücke vor.⁸²⁵

2. Verdachtsunabhängige Kontrollen im Schengen-Binnengrenzraum - Schleierfahndung

Der Abbau der Grenzkontrollen innerhalb des Schengenraums führt, zusätzlich zu den bereits getroffenen Ausgleichsmaßnahmen im Rahmen des Schengen-Acquis, zu immer weitergehende interne Kontrollmechanismen. Dementsprechend wurde von *Gortazar* nicht zu Unrecht festgestellt, dass die Grenzen von nun an “überall“ zu finden sind.⁸²⁶ Eine dieser internen Kontrollen zur Verhinderung der illegalen Einreise sind in Deutschland, aber auch in anderen Mitgliedstaaten, die verdachtsunabhängigen Personenkontrollen im Schengen-Binnengrenzraum. Die Bundespolizei (früher Bundesgrenzschutz) und einige Länderpolizeien haben 1998 Befugnisse zu verdachtsunabhängigen Kontrolle erhalten, um unerlaubte Einreisen zu verhindern, die derzeit stark umstritten waren.

Entscheidend ist bei den verdachtsunabhängigen Kontrollen, dass Personenkontrollen durchgeführt werden, ohne dass eine konkrete Gefahr oder der Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit vorliegen muss, insbesondere muss nicht der konkrete Verdacht einer unerlaubten Einreise oder eines unerlaubten Aufenthaltes vorliegen. Weiterhin war beachtenswert und neu, dass die Bundespolizei (früher Bundesgrenzschutz) seit 1998 auch Kontrollen außerhalb des Grenzraums, in Zügen und auf Bahnhöfen durchführen, wenn die Auswertung des Lagebildes oder die polizeiliche Erfahrung ergibt, dass diese zur

823 § 18 Abs.2 Nr. 2 AsylG. Zu beachten ist hier aber der Vorrang des Unionsrecht und die dann maßgebliche Regelung des Art. 3 Abs.1 der Dublin-III-VO.

824 Vgl. hierzu das siebte Kapitel, III.

825 Verordnung (EG) Nr. 81/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 in Bezug auf die Nutzung des Visainformationssystems im Rahmen des Schengener Grenzkodex; ABl L 35 vom 04.02.2009 S. 56 ff. Vgl. hierzu insbesondere weiter unten das sechste Kapitel, III.

826 *Gortazar*, Implementing Amsterdam Immigration and Asylum Rights in EC Law, in: Guild u.a. (Hrsg.), Implementing Amsterdam, S. 140.

unerlaubten Einreise genutzt werden. Im Zuge dieser Kontrollen darf die Bundespolizei jedermann kurzzeitig anhalten und befragen sowie mitgeführte Ausweispapiere oder Grenzübertrittspapiere zu Prüfzwecken herausverlangen.⁸²⁷ Ziel dieser Befugnisenerweiterung war nach dem Willen des Gesetzgebers die Verhinderung oder Unterbindung der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet.

Damit verlagern sich die Kontrollen von Migranten zunehmend von der Grenze ins Inland. Den Anlass für die Neuregelung gab der Abbau der Grenzkontrollen in der Folge des „Schengener Abkommens“ innerhalb der Vertragsstaaten.⁸²⁸ Im EuGH-Urteil „*Melki*“⁸²⁹ wurde bestätigt, dass verdachtsunabhängige Kontrollen im Grenzraum nicht per se unzulässig sind. Es wird aber klar herausgestellt, dass eine Befugnis, die Kontrollen im Binnengrenzraum erlaubt, eine Einschränkung enthalten muss, die sicherstellt, dass bei ihrer praktischen Anwendung die Vorgaben des Art. 21 SGK (insbesondere dürfen die Maßnahmen keine Grenzkontrollen zum Ziel haben) eingehalten werden (vgl. § 22 und § 23 BPolG). Die Europäische Kommission tadelte in ihrem Bericht vom 13.10.2010 über die Anwendung des SGK unter Hinweis auf das „*Melki*“ Urteil, dass es Berichte von Reisenden über angebliche regelmäßige und systematische Kontrollen in den Grenzgebieten gebe.⁸³⁰

Problematisch sind zudem verdachtsunabhängige Kontrollen zum Zwecke der Bekämpfung der illegalen Einreise, wenn die polizeilichen Praktiken bei der Ausübung ihres Auswahlmessen diskriminierende Techniken verwenden, indem insbesondere Personen kontrolliert werden, die aufgrund ihres Aussehens (z.B. Hautfarbe), ins Raster fallen.⁸³¹ Diese Praxis wird im internationalen Kontext als „Ethnic Profiling“ oder „Racial Profiling“ bezeichnet⁸³² und als unzulässige Methode verurteilt, da sie diskriminierend ist.⁸³³

827 Nach § 22 Ia BPolGB kann die Bundespolizei „zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet in Zügen und auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes, soweit auf Grund der Lagekenntnisse, oder grenzpolizeilichen Erfahrungen anzunehmen ist, dass diese zur unerlaubten Einreise genutzt werden, sowie in einer dem Luftverkehr dienenden Anlage oder Einrichtung eines Verkehrsflughafens mitmit grenzüberschreitendem Verkehr jede Person kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen, dass mitgeführte Ausweispapiere oder Grenzübertrittspapiere zur Prüfung ausgehändigt werden.“

828 *Walter*, Die Polizei 1999, S. 33-40.

829 EuGH, Urt. vom 22.06.2010 - Rs. C-188/10 und C-189/10 – (*Melki & Abdeli*).

830 Bericht v. 13.10.2012 KOM (2010) 554.

831 S. insbesondere VG Koblenz vom 28.2.2012, 5 K 1026/11.KO u. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 29.10.2012, 7 A 10532/12; vgl. hierzu die kritische Abhandlung v. *Drohla*, ZAR 2012, S. 411.

832 Z.B. EGMR, Urt. v. 13.12.2005, 55762/00 u. 55974/00 (*Timishev v. Russia*).

833 So etwa nach Art. 14 Alt. 3 EMRK, Art. 26 S. 2 Alt. 2IPbR und insbesondere nach Art. 1 I Alt.1 der Anti-Rassismus-Konvention (ICERD)

3. Weitere “non-arrival“-Maßnahmen

In die Grenzkontrollpflichten werden zunehmend private Akteure miteinbezogen. Art. 26 Abs.1 lit a) SDÜ verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten Normen zu erlassen, die Beförderungsunternehmen verbindlich vorschreiben „alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sich zu vergewissern, dass der auf dem Luft- oder Seeweg beförderte Drittländer über die für die Einreise erforderlichen Reisedokumente verfügt.“ Im Fall der Einreiseverweigerung des Ausländers ist der Beförderungsunternehmer nach Art. 26 Abs.1 lit. b) SDÜ verpflichtet diesen unverzüglich außer Landes zu bringen. Bei Zuwiderhandlung sind die Mitgliedstaaten nach Art. 26 Abs.2 SDÜ verpflichtet Sanktionen gegen das Beförderungsunternehmen einzuführen. Die Umsetzung dieser Verpflichtung erfolgte im deutschen Recht in §§ 63, 64 AufenthG.

Daneben verpflichtet die Richtlinie 2004/82/EG⁸³⁴ des Rates vom 29. April 2004 Beförderungsunternehmen auf Anforderung Passdaten ihrer Passagiere (sog. API-Daten), die aus einem Drittstaat einreisen zu übermitteln.⁸³⁵ Damit sollen die Grenzkontrollen verbessert und die illegale Einwanderung bekämpft werden.⁸³⁶

834 Richtlinie 2004/82/EG des Rates vom 29. April über die Verpflichtung von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln, AB L 261 vom 06.08.2004, S. 24 ff.

835 Die sog. API-Daten (Advanced Passenger Information) sind innerhalb von 24 Stunden zu löschen.

836 Die Daten können nach dem nationalen Recht auch zur Strafverfolgung verwendet werden.

SECHSTES KAPITEL

Das E-border-Konzept

Einleitung

Zur Verbesserung der Effizienz von Grenzkontrollen wird die Nutzung von modernen Informationstechnologien, insbesondere die biometrische Technologie, fortlaufend weiterentwickelt. Im Juni 2003 bekräftigte der Europäische Rat von Thessaloniki, dass „in der EU ein kohärenter Ansatz in Bezug auf biometrische Identifikatoren oder biometrischen Daten verfolgt werden (muss), der in harmonisierte Lösungen für Dokumente für Staatsangehörige von Drittländern, Pässe für EU-Bürger und Informationssysteme (VIS und SIS II) mündet“.⁸³⁷

Mittlerweile ist auf europäischer Ebene ein umfassendes neues Regelwerk entstanden, das die Aufnahme von biometrischen Merkmalen in Pässen⁸³⁸, Identitätskarten⁸³⁹ und Informationssystemen (VIS und SIS) vorschreibt. Seitdem wurden umfassende Informationssysteme entwickelt, die Daten über Drittstaatsangehörige sammeln, die kurzzeitig legal, illegal oder um Asyl suchend in die Europäische Union einreisen. Der Zweck ist eine umfassende und zielgerichtete Datennutzung.⁸⁴⁰ Hier ist insbesondere die Weiterentwicklung des Visa-Informationssystems und des Schengener Informationssystems II sowie die in Umsetzung befindliche Aufnahme biometrischer Daten dieser Systeme von besonderer Bedeutung. Damit die Daten effektiv von den zuständigen Behörden genutzt werden können, hat das Haager Programm den „Grundsatz der Verfügbarkeit“ und das „Prinzip der operativen Zusammenarbeit“ zwischen den maßgeblichen Behörden eingeführt,⁸⁴¹ um die europäischen Informationssysteme

837 Europäischer Rat (Thessaloniki) 19. und 20. Juni 2003, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, DOC/03/3, Rn.11.

838 Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 über Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten; ABl. 385 vom 29.12.2004 S.1ff. Diese VO schreibt höhere und einheitliche Sicherheitsstandards für Pässe und Reisedokumente von EU-Bürgern zum Schutz vor Fälschungen. Insbesondere neu ist die verpflichtende Aufnahme biometrischer Identifikatoren (Fingerabdruck, Gesichtsbild), Art. 1 (2) VO. Damit sollen Reisedokumente eindeutig ihrem Inhaber zuzuordnen sein und damit einer betrügerischen Verwendung vorbeugen.

839 Verordnung (EG) 380/2008 v. 18. April 2008 zur Änderung der VO (EG) 1030/2002. Als Ziel der Verordnung wird explizit der Schutz vor illegaler Migration genannt, vgl. Erwägungsgrund (2).

840 Vgl. den Kommissionsvorschlag vom 24.06.2009 für eine Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen (EURODAC, VIS und SIS II später ggf. weitere IT-Großsysteme) im Bereich Justiz und Inneres, KOM (2009) 293 endgültig; Ratsdokument 11722/09.

841 Ratsdokument 14292/04 vom 5.11.2004, S. 12 ff.

mit Daten zu Drittstaatsangehörigen und Straftätern soweit wie möglich miteinander zu verbinden.⁸⁴² Das Stockholmer Programm hat diese Entwicklung nochmals bekräftigt und befürwortet moderne interoperable Technologie für ein effizientes und sicheres Grenzmanagement sowie eine schnelle Inbetriebnahme des SIS-II-Systems und die Einführung des VIS-Systems.⁸⁴³

VIS, EURODAC und SIS sind groß angelegte elektronische Überwachungssysteme, die eine neue Entwicklung im Bereich der Immigrationspolitik, speziell aber auch für den Bereich der irregulären Migration darstellen. Sie werden genutzt, um Migrationsflüsse und –bestände zu kontrollieren.

I. EURODAC

Mit der EURODAC-Verordnung (EG) 2725/2000 wurde ein elektronisches Fingerabdruckvergleichssystem („EURODAC“)⁸⁴⁴ errichtet. Damit wurde erstmalig die Möglichkeit eröffnet, biometrische Daten auf europäischer Ebene in Datensysteme zu speichern und den unionsweiten Datenaustausch wesentlich zu verbessern. EURODAC ist eine zentrale daktyloskopische Datenbank, die ein „Automated Fingerprint Identification System (AFIS)“ enthält und seit 2003 in Betrieb ist. Die Verordnung verpflichtet die Mitgliedstaaten⁸⁴⁵ grundsätzlich zur Abnahme aller zehn Fingerabdrücke von (1) Asylsuchenden und (2) Ausländern, die bei der irregulären Einreise an den Außengrenzen festgestellt werden sowie optional von (3) irregulären Migranten, die im Hinterland aufgegriffen werden. Voraussetzung ist darüber hinaus ein Mindestalter von 14 Jahren.

Abhängig von der Personenkategorie sind unterschiedliche Speicherfristen vorgesehen. Beim illegalen Überschreiten der „Dublin-Außengrenze“ bestimmt Art. 8 VO (EG) 2725/2000, die erlaubten Maßnahmen.⁸⁴⁶ Art. 11 VO (EG) 2725/2000 regelt die Maßnahmen bei einem illegalen Aufenthalt.⁸⁴⁷ Danach

842 Groenendyk, ZAR 2007, S. 321.

843 S. Stockholmer Programm, - Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger [Amtsblatt C 155 vom 4.5.2010], S. 57.

844 VO (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11.12.2000, Abl. L326 vom 13.12.2000. Das EURODAC-System ist EU-weit sowie in Island und Norwegen seit 15.01.2003 in Betrieb. Seit 01.04.2006 findet es in Dänemark, seit 12.12.2008 in der Schweiz Anwendung.

845 Inzwischen beteiligen sich 32 Staaten, neben den 28 EU Mitgliedstaaten nehmen vier weitere Schengen-Staaten teil (Norwegen, Island, Schweiz und Lichtenstein).

846 Abnahme der Fingerabdrücke und unverzügliche Übermittlung an Zentraleinheit; Speicherung ausschließlich zum Zweck des Vergleichs, ob schon als Asylbewerber in Zentraleinheit registriert und nur für zwei Jahre; kein Vergleich mit Datenbestand.

847 Keine Speicherung, sondern nur Vergleich der Fingerabdrücke mit der Datenbank v. Asylbewerbern (Art. 4 VO 2527/2000/EG).

dürfen abgenommene Fingerabdrücke lediglich an die Zentraleinheit übermittelt und mit dem Datenbestand aus Art.4 VO (EG) 2725/2000 verglichen, jedoch nicht gespeichert werden. Durch einen Änderungsvorschlag der Kommission⁸⁴⁸ soll insbesondere die Effizienz der Anwendung der EURODAC-Verordnung gesteigert werden, der Datenschutz verbessert und der Anwendungsbereich um den subsidiären Schutz erweitert werden. Eine grundlegende Neuerung ist die Möglichkeit eines Zugriffs der Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden und des europäischen Polizeiamtes Europol auf Daten, die in der „EURODAC“-Datenbank gespeichert sind.⁸⁴⁹ Allerdings wurden die Voraussetzungen für die Datenabfrage sehr eng gefasst und als Ausnahme statuiert.⁸⁵⁰ Da diese Öffnung nicht dem vorgegebenen Zweck der Verordnung entspricht (effektive Umsetzung des Dublin-Regimes) und ein grundlegender Nachweis über die Notwendigkeit aus Sicherheitsgründen fehle, war sie vielfältiger Kritik ausgesetzt. Insbesondere steht damit die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs der Datenschutzrechte (Art. 7 und Art. 8 EuGRCh) einer besonderen „vulnerablen“ Personengruppe in Frage, die auch bzgl. des Gleichbehandlungsgebots fragwürdig ist (Art. 20 EuGRCh).⁸⁵¹

II. Schengener Informationssysteme (SIS)

Das Schengener Informationssystem SIS ist ein staatenübergreifendes, computergestütztes polizeiliches Fahndungssystem zur Ausschreibung von Personen und Sachen in den Schengen-Staaten. Es setzt sich aus einem zentralen Computersystem in Straßburg (C.SIS) und nationalen Systemen der einzelnen Mitgliedstaaten (N.SIS) zusammen. Als IT-Warnsystem hat es nach Art. 93 SDÜ zum Ziel, die öffentliche Sicherheit und Ordnung und die Anwendung der Bestimmungen dieses Übereinkommens im Bereich des Personenverkehrs zu gewährleisten. Die polizeilichen Ausschreibungen sind an bestimmte

848 KOM (2008) 825 endgültig; Ratsdokument 16934/08; KOM (2009) 324 endgültig; Ratsdokument 13263/09 (geänderter Vorschlag).

849 Verordnung (EU) 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 1977/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

850 KOM (2009) 344 endgültig; Ratsdokument 13322/09. Siehe hierzu auch *Groenendijk*, ZAR 2006, S. 321.

851 S. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 47, Nov. 2012: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/november/stellungnahme-der-brak-2012-47.pdf> u. des Europäischen Datenschutzbeauftragten: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/T-22-2015-Init/de/pdf.sdoku>

Fahndungskategorien gebunden.⁸⁵² Insbesondere interessant ist hier Art. 96 SDÜ, nach dem Drittstaatsangehörige unter bestimmten Voraussetzungen zur Einreiseverweigerung ausgeschlossen werden dürfen. Nach Art. 96 III SDÜ können auch Drittstaatsangehörige, denen nach einer Ausweisung oder Abschiebung die Wiedereinreise gemäß dem deutschen § 11 S. 1 AufenthG gesetzlich untersagt ist, in das SIS aufgenommen werden.⁸⁵³ Nach *Broeders* sind die meisten Treffer vor allem dieser Kategorie zu zuordnen, so dass das SIS bisher hauptsächlich dem Management irregulärer Immigranten diene.⁸⁵⁴

Inzwischen gibt es seit 2003 das kapazitätsmäßig erweiterte Folgesystem SIS II. Die SIS II-Verordnung⁸⁵⁵ stellt hierbei die Rechtsgrundlage dar für die Entwicklung einer neuen computerisierten Datenbank über Drittstaatsangehörige, denen Einreise und Aufenthalt verweigert werden kann. Diese soll einen höheren Sicherheitsstandard haben, weitere Daten (vor allem auch biometrische Daten) speichern können und den Zugang für mehr Behörden ermöglichen. Zudem wurde die strikte Trennung zwischen Einwanderungsdaten und strafrechtlichen Daten von Drittstaatsangehörigen aufgehoben. Die für einen Zweck gespeicherten Daten können nun auch für einen anderen Zweck genutzt werden.

Da die Bindung der Speicherung von Daten an einen bestimmten Zweck eines der Hauptprinzipien des europäischen und nationalen Datenschutzes ist, wurde diese weitreichende Verfügbarkeit von Daten des SIS II scharf kritisiert.⁸⁵⁶ Eine weitere neue Entwicklung ist der Versuch die Synergie zwischen SIS II und VIS, das nachfolgend dargestellt ist, zu erhöhen, die derzeit noch voneinander getrennte Systeme sind.

III. Visa-Informationssysteme (VIS)

Mit der VO (EG) 767/2008⁸⁵⁷ wurde die Einrichtung einer Datenbank (VIS)

852 S. Art. 94 ff. SDÜ.

853 Nach deutschem Recht kann der Ausländer dann gem. § 15 I AufenthG bzw. muss gem. § 15 AufenthG an der Grenze zurückgewiesen werden.

854 *Broeders*, *International Sociology* 2007, S. 71-92.

855 VO (EG) Nr. 1987/2006 vom 20.12.2006, Abl. EG 2006 L 381, S.4.

856 Es wurde ein Kompromiss im Ministerrat zur Nutzung des SIS II für polizeiliche und gerichtliche Zwecke erreicht (Ratsdokument 5239/06 vom 12.1.2006); vgl. hierzu kritisch *Groenedijk*, *ZAR* 2007, S. 320ff.

857 Verordnung (EG) Nr. 767/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über das Visa-Informationssystem (VIS) und den Datenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten über Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt.

eingeleitet, mit der bestimmte im Rahmen des Visum-Erteilungsverfahrens erhobene Daten einschließlich biometrischer Merkmale (digitales Gesichtsbild; 10 Finger) von Visum-Antragstellen gespeichert werden, um ihre Identität und die Echtheit des Visums zu überprüfen. Genauso wie das SIS, wird das neue VIS aus einer zentralen Datenbank (C-VIS), einer nationalen Recheneinheit (N-VIS) und lokalen Zugangsterminals für Polizei, Ausländerbehörden und Konsularstellen bestehen. Die nationalen Visumbehörden aller Mitgliedstaaten sollen alle Anträge auf ein Kurzzeitvisum sowie alle Entscheidungen über ein Visumsantrag, die Erteilung, die Ablehnung bzw. den Widerruf eines Visums dem VIS melden. Zudem soll das VIS ermöglichen, dass die Grenzkontrollbehörden einen Visumantrag zurückverfolgen können. Spätestens drei Jahre nach Inbetriebnahme des VIS sollen bei Kontrollen an allen Außengrenzübergängen auch die Fingerabdrücke der Visa-Inhaber überprüft werden.⁸⁵⁸ Der Zweck des VIS ist neben der Bekämpfung der illegalen Migration und des Menschenhandels (insbesondere durch die Bekämpfung des Visumsbetrugs) sowie des Terrorismus, die Verhinderung von Visum-Mehrfachanträgen bei verschiedenen Mitgliedstaaten („VISA-Shopping“) und die Harmonisierung und Vereinfachung von Verfahrensabläufen.⁸⁵⁹ Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit – unter engen Voraussetzungen - VIS-Daten zum Nachweis der Identität eines Drittstaatsangehörigen zum Zweck der Rückführung an Drittstaaten zu übermitteln.⁸⁶⁰ Somit können „overstayers“ leichter identifiziert werden. Diese Möglichkeit hatte das Europäische Parlament lange Zeit abgelehnt.⁸⁶¹ Nicht erfolgreich war hingegen die Forderung Deutschlands, das VIS als Warndatei durch die Speicherung von Missbrauchsfällen (z.B. zweckwidrige Verwendung des Visums oder unberechtigter Aufenthalt nach Ablauf des Visums) auszugestalten.⁸⁶² Zugriffsrechte sollen neben den Auslandsvertretungen auch die Grenzschutz- und Asylbehörden erhalten sowie unter strengen Voraussetzungen die für die innere Sicherheit zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und

858 Vgl. Art. 18 (2) VO (EG) 767/2008.

859 Vgl. Art. 2 VO (EG) 767/2008.

860 Art. 20 VO (EG) 767/2008.

861 Vgl. BT-Drs. 16/9557, 3.

862 Vgl. Bericht des Ländervertreeters im Strategischen Ausschuss für Einwanderungs-, Grenz- und Asylfragen, 2009/2010, 62; vgl. BT-Drs.

16/9557, 3. Eine Visa-Warndatei wurde aber auf nationaler Ebene durch das Gesetz zur Errichtung einer Visa-Warndatei und zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes vom 22. Dezember 2011 eingeführt (BGBl. I Nr. 71, S. 3037 – ausgegeben am 29.12.2011).

Europol.⁸⁶³ Das VIS wird seit Oktober 2011 nach Regionen gestaffelt in Betrieb genommen.

IV. Angedachte mögliche Instrumente zur künftigen Entwicklung einer integrierten Grenzverwaltungsstrategie - Schaffung eines allgemeinen und automatisierten Einreise-/Ausreisystems

Auf europäischer Ebene wird an der die Gestaltung einer effektiveren Kontrolle von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen gearbeitet. Vorgesehen ist, Reisende anhand von bestimmten Kategorien zu differenzieren und nicht, wie bisher rechtlich in Art. 7 Abs. III SGK vorgegeben, alle Drittstaatsangehörigen einer „eingehenden Kontrolle“ an der Grenze zu unterziehen. Mit dem Verordnungsvorschlag der Kommission vom 28.02.2012 unter dem Schlagwort „intelligente Grenzen“⁸⁶⁴ soll der Rechtsrahmen eines Einreise- und Ausreisystems (EES) und eines Registrierungsprogramms für Reisende (Registered Traveller Programme –RPT) geschaffen werden, das die Grenzbewegungen von zwei unterschiedlichen Personengruppen elektronisch registrieren soll.⁸⁶⁵ Die Systeme sollen der leichteren Identifizierung von „Overstayers“ dienen.

„Bona-fide-Reisende“ mit biometrischen Reisepass und die schon einer Vorabkontrolle unterzogen wurden, wird ein erleichterter Grenzübertritt möglich sein.⁸⁶⁶ Über automatische Kontrollgates soll ihnen schnell und ohne weitere Prüfung der Grenzschutzbeamten Einreise gewährt werden. Hingegen soll die Einreise und Ausreise der übrigen Drittstaatsangehörigen (die nicht vorab sicherheitsgeprüft wurden) über ein Entry-Exit-System kontrolliert und dokumentiert werden. Anhand der automatischen Registrierung von Datum und Ort der Ein- bzw. Ausreise könnten bei der Überziehung der autorisierten Aufenthaltsdauer, nationale Behörden beispielsweise einen Warnhinweis

863 Beschluss 2008/633/JI des Rates vom 23. Juni 2008 über den Zugang der benannten Behörden der Mitgliedstaaten und von Europol zu Visa-Informationssystem (VIS) für Datenabfragen zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten, ABl. L 218 vom 13.08.2008 S. 129ff. Mit dem VIS-Zugangsgesetz vom 06.05.2009 wurde der Ratsbeschluss in Bundesrecht umgesetzt (BGBl. I S. 1034 ff.).

864 Vorschlag der Kommission vom 28.02.2013, für eine Verordnung, KOM (2013) 95 endg. 2013/0057 (COD).

865 Mitteilung der Kommission vom 25.10.2011, Intelligente Grenzen: Optionen und weiteres Vorgehen, KOM (2011) 680, endg., so auch schon in der Mitteilung der Kommission vom 13.2.2008, KOM (2008) 69 endg.

866 Diese würden in dem Registrierungssystem RTP gespeichert werden.

erhalten.⁸⁶⁷ Ziel ist es die Zahl der erfolgreichen Rückführungen von sich irregulär im Schengen-Raum aufhaltenden Drittstaatsangehörigen zu erhöhen.⁸⁶⁸

Die Kommission strebt zudem eine mehr faktenbasierte Politik an, um verlässliche Daten für eine zukünftige Visumpolitik zu haben.⁸⁶⁹ Unklar ist wie das neue System in die bestehenden Datenbanken (SIS, VIS) optimal eingefügt werden kann. Darüber hinaus wird zurzeit über die Implementierung von biometrischen Identifikatoren und die Ermöglichung eines Zugriffsrechts für Strafverfolgungsbehörden diskutiert.⁸⁷⁰

Zusammenfassung

Die Informationssysteme SIS II, VIS und EURODAC erlauben eine wesentlich höhere Überwachung von Migrationsbewegungen von Drittstaatsangehörigen.

Mittels dieser Systeme und auch durch die Erfassung biometrischer Daten versucht man, gewünschte Migration zu erleichtern und unerwünschte Migration frühzeitig zu erkennen und zu verhindern. Die Daten von Asylbewerbern, die nach einem erfolglosen Asylverfahren sich weiterhin illegal im Staat aufhalten, sind im EURODAC erfasst. Diejenigen, die mit einem legalen Visa eingereist sind, werden über das VIS erfasst, die von der Visapflicht befreiten Drittstaatsangehörigen sollen zukünftig im Entry-Exit-System biometrisch erfasst werden, und diejenigen die unerkannt illegal über die Grenze eingereist sind, sollen bei einem Aufgriff in der SIS-Datenbank registriert werden.

Damit werden auch die Möglichkeiten einer erfolgreichen Abschiebung erweitert. Denn diese erfordert den Zugang zu Daten, die die Identifikation der Person und sein Herkunftsland ermöglicht. Die Nutzung von gespeicherten biometrischen Daten kann z.B. die Ausweisung von Drittstaatsangehörigen erleichtern, die über ihre Identität täuschen. Damit hat die Entwicklung dieser Datenbanken, neben der Aufdeckung von Betrugsfällen, vor allem auch eine präventive Funktion.

Problematisch und kontrovers diskutiert wird die Ausweitung der

867 Bisher können „*Overstayers*“ nur durch einen Abgleich der Ein- und Ausreisedaten ermittelt werden. Diese sind jedoch nicht immer 100% nachzuvollziehen, wenn z.B. der Einreisestempel nicht mehr lesbar ist oder ein anderes Reisedokument bei der Ausreise verwendet wird. Auch durch das VIS wird nicht erfasst, ob Personen mehrmals eingereist oder nach Ablauf ihres Visums ausgereist sind bzw. sichtvermerksfreie Drittstaatsangehörige.

868 Vgl. KOM (2011) 680 endg., S. 11.

869 Vgl. KOM (2011) 680 endg., S. 13.

870 Vgl. Mitteilung der Kommission vom 28. Oktober 2011 an das Europäische Parlament und den Rat: Intelligente Grenzen: Optionen und weiteres Vorgehen; KOM (2011) 680 endgültig; Ratsdokument 16049/11.

Zugriffsrechte einer immer größeren Anzahl von innerstaatlichen Behörden auf migrationsrechtliche Datenbanken. Daten werden für unterschiedliche Zwecke, namentlich auch für andere – erstmal nicht vorgesehene Zwecke genutzt.⁸⁷¹

Die sog. intelligenten Grenzen führen zu einer Datenansammlung ungeahnten Ausmaßes, die eine Gefährdung der Grundrechte der betreffenden Drittstaatsangehörigen in sich tragen kann. Daher wird die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der geplanten Maßnahmen auch in Anbetracht der hohen Kosten und der möglichen Risiken beim Schutz personenbezogener Daten zu Recht stark bezweifelt.⁸⁷²

871 S. hierzu *Broeders*, Dennis, *The New Digital Borders of Europe. EU Databases and the Surveillance of Irregular Migrants*, *International Sociology*, Jan. 2007, Vol. 22 No.1, S. 81.

872 Vgl. hierzu die Studie: „Borderline – EU Border Surveillance Initiatives“ von Dr. Ben Hayes und Mathis Vermeulen (Berlin, Mai 2012), herausgegeben von der Heinrich-Böll-Stiftung. Diese kommt zu dem Ergebnis, dass die neuen europäischen Grenzüberwachungsinitiativen in ihrer geplanten Umsetzung andere als die von der EU-Kommission dargestellten Ziele verfolgen, unangemessen und zudem enorm kostspielig sein. Ähnlich argumentiert auch der Bundesdatenschutzbeauftragte Peter Schaar in einem Interview v. 6.03.2013, Automatisierte «Smart-Border»-Kontrollen sind «unsinnig», abrufbar unter:
http://www.bfdi.bund.de/DE/Oeffentlichkeitsarbeit/RedenUndInterviews/2013/dpaInsight_SmartBorderKontrollen.html.

SIEBTES KAPITEL

Rücknahme- und Rückkehrpolitik: Die Durchsetzung der Ausreisepflicht

Einleitung

Die Rückkehrpolitik der EU gehört zu einem wichtigen Bestandteil der „Steuerung der Migrationsströme“. Das Grundproblem ist, dass alle Mitgliedstaaten Schwierigkeiten bei der Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger haben. Eine entscheidende Rolle spielt bei der mangelnden Durchsetzung der Beendigung des illegalen Aufenthaltes die Länge des Voraufenthaltes. Je länger sich der Ausländer zuvor im Mitgliedstaat aufgehalten hat, desto weniger ist er gewillt, in sein Heimatland zurückzukehren.⁸⁷³

Darüber hinaus gibt es zahlreiche praktische Hindernisse, die eine Rückführung des sich illegal aufhaltenden Ausländers erschweren, zeitlich verzögern oder sogar scheitern lassen. Die zwei wichtigsten Gründe für eine erfolglose Abschiebung sind das Fehlen der nötigen Reise- oder Identitätsdokumente und der mangelnde Wille des Herkunftslandes zur Kooperation bei der Rückübernahme.⁸⁷⁴ Als zu erreichendes Ziel wird demzufolge die höhere Effizienz der eigentlichen Rückkehrpolitik angestrebt. Die EU geht darüber hinaus davon aus, dass eine konsequente Abschiebepolitik dazu beitragen kann, potentielle Migranten davor abzuschrecken, den illegalen Weg in die Union zu beschreiten.⁸⁷⁵ Allerdings ist der Druck der illegalen Migration so hoch, dass immer wieder neue Strategien gesucht und gefunden werden, um irregulär in die EU einzureisen. Denn die Inkaufnahme von Risiken ist ein wesentlicher Teil der Strategie irregulärer Migranten.

Die Etablierung einer wirksameren und besser abgestimmten europäischen Rückführungspolitik wird als ein wesentlicher Bestandteil einer europäischen

⁸⁷³ Siehe hierzu *Hailbronner*, ZAR 2005, S. 350 m.w.N.

⁸⁷⁴ Vgl. die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament „Über eine gemeinsame Politik zur Rückkehr illegal aufhältiger Personen“ v. 14.10.2002, KOM (2002) 546 endg. Die Kommission weist in ihrer Mitteilung darauf hin, dass die Justiz- und Innenminister der Mitgliedstaaten kürzlich zum Ausdruck gebracht haben, dass das Hauptproblem nicht die Stärkung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten sei, sondern eher die mangelnde Bereitschaft der Drittländer, ihre Staatsangehörigen wieder zu übernehmen und eine dauerhafte Rückkehr sicherzustellen.

⁸⁷⁵ Council of the European Union, Council Conclusions defining the European Union the future strategy on readmission, doc. 11260/11 MIGR 118m 8 Jun. 2011, 2.

Migrationspolitik gesehen.⁸⁷⁶ Art 79 Abs.2 lit. c) AEUV stellt die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einwanderungspolitischer Maßnahmen, die die Rückführung von Personen, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten, zum Inhalt haben. Für die Annahme und Durchführung dieser Maßnahmen sind gem. Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft gemeinsam verantwortlich, so dass das Subsidiaritätsprinzip Beachtung finden muss.⁸⁷⁷

Ausgangspunkt für eine Diskussion um EU-Konzepte und Vorschläge war das Grünbuch vom April 2002 über eine Rückkehr sich illegal aufhaltender Personen, in dem schwerpunktmäßig die künftige Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet und die Ausarbeitung einer Rückübernahmepolitik in Zusammenarbeit mit Drittländern behandelt und zur Diskussion gestellt wurde.⁸⁷⁸ Im Oktober 2002 legte die Kommission eine Mitteilung über eine Gemeinschaftspolitik zur Rückkehr illegal aufhältiger Personen vor. Als Strategie zur Verbesserung der Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger wurden folgende Vorgehensweisen für wichtig erachtet: Kooperation mit den betreffenden Drittstaaten, Notwendigkeit der Unterstützung von Transit-Mitgliedstaaten, Verbesserung operationeller Kooperationen, klare Rechtsgrundlagen und die Forderung nach einem bindenden Regime gegenseitiger Anerkennung und gemeinsamer Standards.⁸⁷⁹

I. Die Zusammenarbeit bei der Durchführung der Rückführung

1. Die gegenseitige Anerkennung von Rückführungsentscheidungen innerhalb der EU - die RL 2001/40/EG

Die „Richtlinie über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen“⁸⁸⁰ ist als erste Etappe auf dem Weg zu

876 Vgl. das Stockholmer Programm - Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger [Amtsblatt C 155 vom 4.5.2010], S. 30 (Rdn. 6.1.6).

877 Es dürfen keine Maßnahmen ergriffen werden, wenn ein solches Handeln nicht einen höheren Effektivitätsgrad aufweist als Handlungen auf der nationalen, regionalen oder lokalen Ebene.

878 Grünbuch über ein Gemeinschaftspolitik zur Rückkehr illegal aufhältiger Personen v. 10.4.2002, KOM (2002) 175 endg.

879 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament „Über eine gemeinsame Politik zur Rückkehr illegal aufhältiger Personen“ v. 14.10.2002, KOM (2002) 546 endg.

880 RL 2001/40/EG des Rates v. 28.5.2001 über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen, ABI EG L 149 vom 02.06.2001, S. 34ff. Die hierzu auch den Vorschlag für eine Entscheidung des Rates zur Festlegung

einer einheitlichen europäischen Rückföhrungspolitik zu sehen, sodass eine Rückföhrungsentscheidung eines Mitgliedstaates in einem anderen Mitgliedstaat vollstreckt werden kann, ohne dass dieser eine erneute Sachprüfung vornimmt.⁸⁸¹ Gegenstand der Richtlinie sind jedoch nur Entscheidungen, die auf Grundlage einer schwerwiegenden und akuten Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit ergehen oder mit einem Verstoß gegen Einreise- oder Aufenthaltsbestimmungen begründet werden. Allerdings sieht die Richtlinie keinen bindenden Rahmen für die gegenseitige Anerkennung der Entscheidungen vor. Wegen dieser bloßen Anerkennungsmöglichkeit haben die Mitgliedstaaten bisher so gut wie keinen Gebrauch von der Regelung gemacht.⁸⁸² Die Kommission hat in einer Mitteilung angekündigt, die Anerkennung von Rückföhrungsentscheidungen für die Mitgliedstaaten in einer neuen Richtlinie verpflichtend einzuföhren.⁸⁸³ In ihrem Vorschlag über gemeinsame Normen und Verfahren zur Rückföhrung sich illegal aufhaltender Drittstaatsangehöriger⁸⁸⁴ wollte die Kommission die Anerkennungsmöglichkeiten von erlassenen Rückföhrungsentscheidungen im Vergleich zur bisherigen RL 2000/40/EG wesentlich erweitern. Der Vorschlag enthielt jedoch auch keine Verpflichtung zur Anerkennung.⁸⁸⁵

der Kriterien und praktischen Modalitäten zum Ausgleich finanzieller Ungleichgewichte auf Grund der Anwendung der RL 2001/40/EG des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückföhrung von Drittstaatsangehörigen, KOM (2003) endg. v. 3.2.2003. Die Anerkennungsproblematik ist demnach immer noch nicht gelöst. Im deutschen Recht ist die Richtlinie in § 58 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG umgesetzt. Danach liegt eine vollziehbare Ausreisepflicht auch dann vor, wenn Ausländer auf Grund einer Rückföhrungsentscheidung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union gem. Art.3 der Richtlinie 2001/40/EG ausreisepflichtig wird, sofern diese von der zuständigen Behörde anerkannt wird und eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist. Demnach liegt auch hier die Anerkennung im Ermessen der zuständigen deutschen Behörden.

881 Vgl. hierzu auch die Entscheidung des Rates vom 23. Februar 2004 zur Festlegung der Kriterien und praktischen Einzelheiten zum Ausgleich finanzieller Ungleichgewichte aufgrund der Anwendung der Richtlinie 2001/40/EG über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückföhrung von Drittstaatsangehörigen (2004/191/EG).

882 Vgl. *Laas*, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, S. 177.

883 Mitteilung der Kommission „Entwicklung einer gemeinsamen Politik in den Bereichen illegale Einwanderung, Schleuserkriminalität und Menschenhandel, Außengrenzen und Rückföhrung illegal aufhältiger Personen“, KOM (2003) 323 endgültig v. 3.6.2003, S. 10.

884 KOM (2005) 391 vom 1.9.2005.

885 Der Richtlinienvorschlag von 2005 sah vor, dass wenn sich ein illegal aufhaltender Migranten, dem gegenüber in einem ersten Mitgliedstaat eine Rückföhrungsentscheidung oder Abschiebungsanordnung erlassen wurde, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates ergriffen wird, kann dieser zweite Mitgliedstaat eine der folgenden Maßnahmen treffen: (1) Anerkennung der Rückföhrungsentscheidung oder Abschiebungsanordnung und Durchführung der Abschiebung; (2) Ersuchen verbunden mit der Pflicht den betreffenden Drittstaatsangehörigen unverzüglich zurückzunehmen; (3) Einleitung des Rückföhrungsverfahrens nach den innerstaatlichen Recht, (4) Beibehaltung oder Neuausstellung eines Aufenthaltstitels.

2. Die operationale Zusammenarbeit bei der Phase der Zwangsrückführung von Drittstaatsangehörigen

In der Phase der zwangsweisen Rückführung selbst ist insbesondere die „Richtlinie über die Unterstützung bei der Durchbeförderung im Rahmen von Rückführungsmaßnahmen“⁸⁸⁶ von praktischer Relevanz. Nach deren Art. 5 ist der ersuchte Mitgliedstaat, sofern die Durchbeförderungsvoraussetzungen aus Art. 4 der Richtlinie vorliegen, verpflichtet, bei Rückführungen auf dem Luftwege „im Rahmen der verfügbaren Mittel und nach Maßgabe der einschlägigen internationalen Standards aller Unterstützungsmaßnahmen die von der Landung und der Öffnung der Flugzeugtüren bis zur Sicherung der Ausreise des Drittstaatsangehörigen erforderlich sind“ zu veranlassen.⁸⁸⁷

Des Weiteren ist in der Phase der zwangsweisen Rückführung die Entscheidung betreffend die Organisation von Sammelflügen zur Rückführung von Drittstaatsangehörigen maßgeblich.⁸⁸⁸ Diese hat die verwaltungstechnische Bündelung von Rückführungsmaßnahmen innerhalb der EU auf dem Luftweg zum Ziel und beinhaltet die Organisation gemeinsamer Flüge, um ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige zurückzuführen. Darüber hinaus wird in den angehängten Leitlinien für Sicherheitsvorschriften bei gemeinsamen Rückführungen auf dem Luftweg, die Anwendung von Zwangsmaßnahmen geregelt, die zwar bei rückkehrunwilligen oder Widerstand leistenden Personen grundsätzlich angewendet werden dürfen, aber verhältnismäßig sein sollen und die Würde und körperliche Unversehrtheit der betroffenen Person wahren müssen.⁸⁸⁹ Aufgrund von mehreren Todesfällen bei der Abschiebung und der Dokumentation zahlreicher Vorfälle entwürdigender Zwangsmaßnahmen (Knebelung, Fesselung, Betäubung) durch die begleitenden Beamten, geriet die Abschiebepaxis verschiedener Mitgliedstaaten stark in Kritik.⁸⁹⁰

886 Richtlinie 2003/110/EG des Rates v. 25.11.2003 über die Unterstützung bei der Durchbeförderung im Rahmen von Rückführungsmaßnahmen auf dem Luftweg, Abl. EU Nr. L 321/26.

887 Zur Umsetzung in innerstaatliches Recht wurde das Aufenthaltsrecht um einen eigenen Abschnitt „Durchbeförderung“ ergänzt (vgl. Abschnitt 1a, § 74a AufenthG).

888 Die Entscheidung des Rates betreffend die Organisation von Sammelflügen zur Rückführung von Drittstaatsangehörigen, die individuellen Rückführungsmaßnahmen unterliegen, aus dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten, ABl. L 261 vom. 6.8.2004, S. 28.

889 Entsch. 2004/573/EG, Leitlinien Ziff. 3.2. lit. b).

890 Vgl. insbesondere den Bericht des Ausschusses für Migration, Flüchtlinge und Bevölkerung, der Parlamentarischen Versammlung des Europarats v. 10.9.2001, Doc. 9196, Expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity. Auch das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) hat festgestellt,

In der späteren Rückführungs-Richtlinie wurde die Kritik aufgegriffen und in Art. 8 Abs. 4 Zwangsmaßnahmen nur als ultima ratio und im Einklang mit den Grundrechten und unter gebührender Berücksichtigung der Menschenwürde und körperlichen Unversehrtheit akzeptiert. Darüber hinaus wird in Art. 8 Abs. 6 der Richtlinie ein wirksames System zur Überwachung der Rückführungen vorgeschrieben, wobei die konkrete Ausgestaltung des Abschiebungsmonitoring den Mitgliedstaaten überlassen bleibt.⁸⁹¹

II. Die Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG)

Einleitung

Am 16. Dezember 2008 trat die sogenannte Rückführungs-Richtlinie, gestützt auf der Rechtsgrundlage des Art. 63 Absatz 3 lit. b) EGV (Vorgängerbestimmung von Art. 79 Abs.2 lit. c.) AEUV), in Kraft.⁸⁹² Die Richtlinie war bis zum 24.12.2010 von den Mitgliedstaaten umzusetzen.⁸⁹³ Deutschland hat die Richtlinie erst am 26.11.2011 in nationales Recht umgesetzt.⁸⁹⁴

Die Verhandlungen im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EG gestalteten sich recht schwierig und zäh.⁸⁹⁵ Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag vom 1.9.2005 stieß vor allem im Rat der Europäischen Union auf erheblichen Widerstand.⁸⁹⁶ Zudem stand das Europäische Parlament, das zum ersten Mal im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens aktiv verhandeln durfte, in Gegenposition zu den EU-Mitgliedstaaten. War das Ziel insbesondere einzelner Mitgliedstaaten gemeinsame, operative Standards für die Rückführung zu entwickeln, um den Prozess zu vereinfachen und zu beschleunigen, beharrte

>> (...) dass Abschiebungsmaßnahmen auf dem Luftweg ein offenkundiges Risiko unmenschlicher und erniedrigender Behandlung mit sich bringen kann, s. CPT/Inf/E (2002) 1-Rev. 2010, Auszug aus dem 13. Jahresbericht (CPT/Inf (2003) 35), S. 76, Rn.31.

891 In Deutschland besteht an drei Flughäfen ein unabhängiges Abschiebungsmonitoring, vgl. hierzu *Allenberg/ Küblbeck*, ZAR 2011, 310ff.

892 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Rückführungsrichtlinie), Amtsblatt Nr. L 348/12/2008, S. 0098-0107.

893 Art. 20 Rückführungs-Richtlinie 2008/115/EG.

894 In Deutschland trat am 26. November 2011 das Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex vom 22. November 2011 (BGBl. I S. 2258) in Kraft, mit dem unter anderem das Aufenthaltsgesetz und das Asylverfahrensgesetz geändert wurden.

895 Siehe zu der Entwicklung der EU-Rückführungsrichtlinie und deren Gang der Beratungen in den EU-Gremien: *Franßen-de la Cerda*, Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik, ZAR 2008, S. 377.

896 KOM (2005) 391 vom 1.9.2005 mit dem Vorschlag der Kommission für eine „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger“.

das Europäische Parlament darauf, dass auch materielle Garantien für die Betroffenen geregelt werden sollten.⁸⁹⁷ Dies führte im Rat zur Kritik, dass die Vorschläge des EP und der Richtlinienentwurf der Kommission zu sehr die Interessen der sich illegal aufhaltenden Migranten vertrete und das Rückführungsverfahren, statt es wirkungsvoll auszugestalten, verkompliziere und erschwere.⁸⁹⁸

Ein weiterer kritischer Punkt waren Einzelheiten in Bezug auf das Verbot der Wiedereinreise in die EU und der Abschiebehaft. Befürwortete das Parlament eine Ermessensentscheidung über das Wiedereinreiseverbot und eine grundsätzliche Beschränkung der Haftdauer auf drei Monate mit Verlängerungsoption, plädierte der Rat für eine gebundene Entscheidung und eine tendenziell unbegrenzte Haftdauer.⁸⁹⁹ Das Europäische Parlament wollte im Gegensatz zum Rat den Rechtsschutz auch auf die Entscheidungen über den vorübergehenden Gewahrsam, also die Abschiebehaft, und das Verbot der Wiedereinreise erstrecken. Im Ergebnis wurde der Kommissionsvorschlag zum Teil maßgeblich geändert und der Harmonisierungsbereitschaft der Regierungen der EU-Mitgliedstaaten angepasst. Entstanden ist eine Richtlinie mit eher geringem Harmonisierungsgrad. Die Akzeptanz des Inhaltes der nun verabschiedeten Richtlinie wird immer noch sehr unterschiedlich wahrgenommen. Vor allem im lateinamerikanischen Ausland wurde sie scharf kritisiert und sogar als „Richtlinie der Schande“ bezeichnet.⁹⁰⁰ Mittlerweile wird die Rückführungs-Richtlinie insgesamt positiver bewertet und auch als Möglichkeit der Stärkung von Rechtspositionen von Drittstaatsangehörigen wahrgenommen.⁹⁰¹ Insbesondere hat der EuGH in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass die Richtlinie 2008/115/EG dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegt und damit die Grundrechtsrelevanz des Rechtsbereichs unterstrichen.⁹⁰²

897 Insbesondere sprach sich der Berichterstatter Manfred Weber (EVP-ED Abgeordneter) für den Schutz illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger aus; besonders gelte es dabei die Einheit der Familie, die ärztliche Behandlung, das Recht des Kindes auf Bildung und auf die Betreuung von schutzbedürftigen Personen zu achten. S. insbesondere: Europäisches Parlament: 16.6.2006, PE 374,321v02-00.

898 Vgl. z.B. bezüglich die Ansicht des deutschen Bundesrates in seiner Stellungnahmen in BR-Drs. 705 (B) unter Nr 2 (S.1); House of Lords EU Committee Report on Illegal Migrants: Proposals for A Common EU Policy on Returns, 32nd Report of Session 2005-06, 121 (Q384).

899 *Kugelman*, InfAuslR 2008, S. 197.

900 Vgl. hierzu etwa Migration News Sheet, August 2008, p.8: “EU provides an issue on which all Member States of Mercosur can stand united”; Evo Morales, „42 days? Try 18 months – This European targeting of illegal immigrants is hypocritical, draconian and undiplomatic“, The Guardian, 16 Jun. 2008.

901 Vgl. *Kessler*, Der Einzelfall zählt, ASYLMAGAZIN 5/2012, S. 102.

902 Vgl. EuGH, Urt. v. 28.04.2011 - Rs. C-61/11 PPU, *El Dridi*, Slg. 2011, I-0000, Rn. 31ff; EuGH, Urt. v. 06.12.2011, Rs. C-329/11, *Achughbabian*.

1. Gegenstand der Richtlinie

Die Richtlinie enthält einheitliche Regelungen in Bezug auf den Ablauf des Rückkehrverfahrens und bestimmt zugleich Mindeststandards für den Rechtsschutz. Dabei sollen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass der illegale Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Wege eines fairen und transparenten Verfahrens beendet wird. Art. 1 der Rückführungs-Richtlinie betont, dass die Normen und Verfahren insbesondere im Einklang mit den Grundrechten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschafts- und Völkerrechts, einschließlich der Verpflichtungen zum Schutz von Flüchtlingen und zur Achtung der Menschenrechte, insbesondere unter Beachtung der Grundrechtecharta⁹⁰³ angewendet werden. Nicht Gegenstand dieser Richtlinie sind die Gründe und Verfahren für die Beendigung eines rechtmäßigen Aufenthaltes.

2. Anwendungsbereich der Richtlinie

Grundsätzlich verpflichtet die Richtlinie jeden sich illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen zur Ausreise. Definiert wird „illegaler Aufenthalt“ in Art. 3 lit. a), als *„die Anwesenheit eines Drittstaatsangehörigen, der nicht oder nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 des SGK oder andere Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllt, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates.“*⁹⁰⁴ Damit ist der Anwendungsbereich erst einmal sehr weit gefasst und berücksichtigt nicht, wie der illegale Aufenthaltsstatus zustande gekommen ist.

Unterscheidungen werden jedoch beim Schutzstandard getroffen, der bei einer unerlaubten Einreise zum Teil geringer ist.⁹⁰⁵ Die Richtlinie 2008/115/EG berechtigt in den in Art. 2 Abs.2 genannten Fällen zudem die Mitgliedstaaten, den

903 Vgl. Erwägungsgrund 24 der RL 2008/115/EG in dem es heißt: Die Richtlinie wahrt die Grundrechte und Grundsätze, die vor allem in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind.

904 Vgl. die Definition des „illegalen Aufenthaltes“ in der Sanktionsrichtlinie, die im Vergleich zur Rückführungsrichtlinie lediglich national bestimmt wird; s. hierzu weiter unten das achte Kapitel, III.2.2.

905 Es wurde auch in den Verhandlungen zur RL diskutiert, ob bzw. inwieweit bei einer illegalen Einreise ein geringerer Standard gewährt werden sollte als bei einem illegalen Aufenthalt, der nach einem negativ entschiedenen Asylverfahren oder nach dem Ablauf eines Visums entstanden ist; vgl. Letter to the EU Presidency, 14. April 2009, Amnesty International EU Office.

Anwendungsbereich einzuschränken.⁹⁰⁶ Die wichtigsten dieser Ausnahmetatbestände betreffenden Personen sind in Art. 2 Abs.2 lit. a)⁹⁰⁷ und in Art. 2 Abs.2 lit. b)⁹⁰⁸ geregelt.

3. Verfahren zur Rückführung

3.1. Rückkehrentscheidung

Als Kernaussage beinhaltet die Richtlinie die Verpflichtung, dass die Mitgliedstaaten gegen jeden sich illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhaltenden Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung erlassen müssen.⁹⁰⁹ Andererseits eröffnet die Richtlinie auch die Möglichkeit den Aufenthalt zu legalisieren. Insbesondere Art. 6 Abs. 4 der RL 2008/115/EG bietet Möglichkeiten zur Legalisierung. Danach können die Mitgliedstaaten jederzeit beschließen einen sich illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhaltenden Drittstaatsangehörigen aus familiären, humanitären oder sonstigen Gründen einen eigenen Aufenthaltstitel oder eine Aufenthaltsberechtigung zu erteilen. Durch die Einfügung „sonstige Gründe“ wird den Mitgliedstaaten ein weiter Spielraum eingeräumt.

Darüber hinaus werden die unterschiedlichen Personengruppen mit ihren spezifischen Schutzbedürfnissen in der Richtlinie aufgegriffen, gewähren jedoch den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum. So z.B. Art. 5 der Richtlinie 2008/115/EG, der die Mitgliedstaaten auffordert, bei der Umsetzung der Richtlinie in gebührender Weise a) das Wohl des Kindes, b) die familiären Bindungen und c) den Gesundheitszustand zu berücksichtigen und den Grundsatz der Nichtzurückweisung einzuhalten. Die Bezugnahme auf kulturelle und soziale Bindungen zum Herkunftsland, wie im Kommissionsvorschlag noch in Art. 5 vorgesehen war, ist weggefallen.

906 Der Anwendungsbereich ist für privilegierte Drittstaatsangehörige im Sinne des Art. 2 Abs.3 ausgeschlossen. Darüber hinaus gilt bei der Anwendung der Richtlinie das Günstigkeitsprinzip, Art. 2 Abs.2, Art. 4 Abs.1 und Abs. 2.

907 „Personen, die von den zuständigen Behörden in Verbindung mit dem illegalen Überschreiten der Außengrenze eines Mitgliedstaat auf dem Land-, See- oder Luftwege aufgegriffen bzw. abgefangen werden und die nicht anschließend die Genehmigung oder das Recht erhalten haben, sich in diesem Mitgliedstaat aufzuhalten.“

908 „Personen, die nach einzelstaatlichem Recht aufgrund einer strafrechtlichen Sanktion oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind oder gegen die ein Auslieferungsverfahren anhängig ist“.

909 Art. 6 Abs.1 der RL.

3.1.1. Mindestanforderungen an die Rückkehrentscheidung

Die Rückkehrentscheidung muss schriftlich ergehen, eine Begründung enthalten, sowie über Rechtsbehelfe belehren (Art.12 Abs.1 RL 2008/115/EG). Die tragenden Gründe müssen in einer Sprache verfasst sein, bei der davon ausgegangen werden kann, dass der Drittstaatsangehörige diese versteht (Art. 12 Abs.2 der RL). Eine Einschränkung findet sich bei illegal Eingereisten, die gem. Art. 12 Abs.3 der Richtlinie 2008/115/EG hier ausgenommen werden können. Eine Rückkehrentscheidung kann dann nur in Form eines Standardformulars ergehen.

3.1.2. Freiwillige Ausreise

Grundsätzlich ist die freiwillige Rückkehr der zwangsweisen Rückführung vorzuziehen, sofern das Rückkehrverfahren dadurch nicht gefährdet wird. In die Rückkehrentscheidung ist für die freiwillige Ausreise grundsätzlich eine angemessene Frist zwischen sieben und dreißig Tagen anzugeben.⁹¹⁰ Diese können die Mitgliedstaaten nur auf Antrag des Ausländers gewähren, wenn sie ihn zuvor darüber benachrichtigt haben. Zudem müssen die Mitgliedstaaten diese Frist für die freiwillige Ausreise unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles verlängern, wie etwa Aufenthaltsdauer, Anwesenheit schulpflichtiger Kinder und das Bestehen sonstiger familiärer und sozialer Bindungen (Art. 7 Abs.2 der RL). Zu beachten ist, dass diese Gründe auch Abschiebungshindernisse im Sinne des Art. 9 Abs.2 der Richtlinie 2008/115/EG darstellen können, mit der Folge, dass dann eine Verlängerung der Frist zur Ausreise nicht mehr ausreicht.⁹¹¹ Bei Fluchtgefahr kann die Frist bei Ablehnung eines „unbegründeten“ Antrages auf Aufenthalt oder bei einem Risiko für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder nationalen Sicherheit auch wegfallen. Falls keine freiwillige Ausreise erfolgt oder keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt wurde, dann ist die Abschiebung vollziehbar und die Mitgliedstaaten müssen alle notwendigen Maßnahmen treffen, um den „Rückkehrbescheid“ durchzusetzen (Art. 8 Abs.1 der RL).

⁹¹⁰ Art. 7 Abs.1. Die Richtlinie verfügt damit nun eine Mindestfrist von 7 Tagen, die im Kommissionsvorschlag noch nicht verpflichtend war.
⁹¹¹ Vgl. Art. 6 Nr. 2 Kommissionsvorschlag KOM (2005) 391 vom 1.9.2005.

3.2. Abschiebung (Vollstreckung des Rückkehrbescheides)

Zur Vollstreckung der Rückkehrbescheides können die Mitgliedstaaten eine getrennte Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung erlassen, mit der die Abschiebung angeordnet wird (Art. 8 Abs.3 RL 2008/115/EG). Das noch im Kommissionsvorschlag obligatorische zweistufige Verfahren (Rückführungsverfahren und Abschiebungsanordnung) sollte ein harmonisiertes Verfahren einführen, das jedoch für die Mitgliedstaaten nicht verpflichtend ist. Die Abschiebungsanordnung ist im deutschen Recht mit § 59 AufenthG vergleichbar.

3.2.1. Mindestanforderungen an die Abschiebung (erzwungene Rückkehr)

Nach Art. 8 Abs.4 müssen zur Durchführung der Abschiebung Zwangsmaßnahmen letztes Mittel und verhältnismäßig sein. Ergeht eine Abschiebungsanordnung muss diese gem. Art. 12 Abs.1. der RL 2008/115/EG schriftlich erfolgen,

3.2.2. Aussetzung des Vollzugs der Rückkehrentscheidung (Aufschub der Abschiebung)

Die Mitgliedstaaten müssen die Abschiebung aufschieben, wenn diese gegen den Grundsatz der Nichtzurückweisung verstoßen würde. Dieser besagt, dass nur in sichere Länder abgeschoben werden darf. Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten die Abschiebung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles um einen angemessenen Zeitraum aufschieben. Hervorgehoben werden in der Richtlinie insbesondere die körperliche oder seelische Verfassung und technische Gründe sowie das Scheitern der Abschiebung aufgrund unklarer Identität. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend.⁹¹² Die Rückführungsrichtlinie überlässt den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum. Eine zwingende Aufschiebung, wie es noch im Art. 8 Abs.2 des Vorschlags der Kommission vorgegeben war, ist aufgegeben worden.

⁹¹² Es verwundert, dass die Gründe „Wohl des Kindes“ und „familiäre Gründe“ aus Art. 5 der RL hier nicht aufgenommen wurden, vgl. hierzu *Franßen-de la Cerda*, ZAR 2008, S. 382.

Danach musste die Abschiebung ausgesetzt werden, wenn bestimmte Umstände vorlagen, wie (a) zu schlechte körperliche und seelische Verfassung für den Transport, (b) fehlende Beförderungskapazitäten oder (c) Schutz Minderjähriger.⁹¹³ Der Schutz unbegleiteter Minderjähriger wird nun in Art. 10 der Richtlinie 2008/115/EG separat behandelt, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, das Wohl des Kindes zu berücksichtigen und sich zu vergewissern, dass der Minderjährige im Rückkehrstaat einer fürsorgenden Person bzw. Stelle übergeben wird. Die Ausweisung unbegleiteter Minderjähriger wird allerdings ausdrücklich nicht ausgeschlossen.

Zudem sollten die Mitgliedstaaten Garantien im Fall der Aufschiebung der Vollstreckung der Abschiebung oder für den Zeitraum der gestatteten Frist zur freiwilligen Ausreise gewähren, die nach Art. 14 Abs.1 der RL 2008/115/EG aber lediglich von den Mitgliedstaaten soweit wie möglich zu beachten sind. Darunter zählen: die Aufrechterhaltung der Familieneinheit, die medizinische Notfallversorgung und die Gewährleistung der unbedingt erforderlichen Behandlung von Krankheiten und des Zugangs zum Grundbildungssystem für Minderjährige je nach Länge ihres Aufenthaltes. Darüber hinaus sollen die spezifischen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen berücksichtigt werden. Der Aufschub der Abschiebung entspricht der deutschen Duldung nach § 60 a AufenthG.

3.2.3. Rechtsfolgen der Rückführungsentscheidung und Abschiebung

3.2.3.1. Abschiebehaft: Mindestverhaltensregeln für den Fall einer vorläufigen Inhaftnahme

Die Inhaftnahme einer Person ist als letztes Mittel und nur unter den Bedingungen des Art. 15 der RL 2008/115/EG anzuordnen. Abschiebehaft ist zulässig für bis zu sechs Monaten, mit der Möglichkeit um eine Verlängerung um weitere 12 Monate.⁹¹⁴ Damit passt sich die EU der deutschen Rechtslage an und setzt erstmals Regeln für eine Reihe von Ländern, in denen es bisher keine Obergrenze für die Abschiebehaft gab.⁹¹⁵ Andererseits gibt es eine Reihe von Mitgliedstaaten,

⁹¹³ Art. 8 Abs. 2 Kommissionsvorschlag, KOM (2005) 391 vom 1.9.2005.

⁹¹⁴ Art. 15 der RL.

⁹¹⁵ So z.B. in Dänemark, Estland, Finnland, Litauen, den Niederlanden, Großbritannien und Schweden. Vgl. für Deutschland: § 62 AufenthG.

die deutlich unter dieser Obergrenze liegen, so z.B. in Frankreich (32 Tage) und Spanien (40 Tage).⁹¹⁶ Bei diesen Ländern ist anzunehmen, dass sie ihre Obergrenze aufgrund der Richtlinie anheben werden. Darüber hinaus soll Abschiebehaft grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen vollzogen werden.⁹¹⁷ Zugelassen wird grundsätzlich auch die Inhaftierung von Minderjährigen und Familien, dies jedoch nur im äußersten Falle und für die kürzeste mögliche Dauer. Das Mittel des vorläufigen Gewahrsams soll nur begrenzt zum Einsatz kommen und an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geknüpft werden. Es muss eine einzelfallbezogene Abwägung der „Gefahr des Untertauchens“ mit dem Freiheitsgrundrecht des irregulären Migranten stattfinden. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine Inhaftnahme nur angeordnet werden, wenn eine betroffene Person durch ihr Verhalten die Abschiebung behindert.⁹¹⁸

3.2.3.2. Wiedereinreiseverbot in die EU

Nach einer Abschiebung ist nach Art. 11 Abs.1 der RL 2008/115/EG ein Rückreiseverbot für die gesamte EU obligatorisch, das grundsätzlich nicht länger als fünf Jahre gilt, wenn der Drittstaatsangehörige seiner Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen ist oder keine Frist für die freiwillige Ausreise angeordnet wurde. Damit erhalten einzelstaatliche Maßnahmen zur Rückführung eine europäische Dimension. Im Übrigen können im Falle einer ernsthaften Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung die Interessen eines Staates z.B. durch eine mögliche Ausdehnung des Wiedereinreiseverbots gewahrt werden.

3.3. Verfahrensrechtliche Mindestgarantien

Gegen einen Ausweisungsbeschluss sind Rechtsmittel möglich sowie ggf. eine kostenlose Prozesskostenhilfe.⁹¹⁹ Letzteres war lange umstritten. Vor allem Griechenland, Malta, Zypern sowie osteuropäische EU-Staaten (wie Litauen und Tschechien) hatten dies wegen der zu hohen Kosten abgelehnt. Auch Deutschland wollte Prozesskostenhilfe nur dann gewährleisten, wenn der eingelegte

916 Vgl. Migration News Sheet, May 2008.

917 Art. 16 Abs.1 RL. Ausnahmen werden aber zugelassen, wenn spezielle Hafteinrichtungen nicht vorhanden sind. In diesem Fall müssen die Drittstaatsangehörigen von den gewöhnlichen Strafgefangenen getrennt untergebracht werden.

918 EuGH, Urt. v. 28.04.2011, Rs. C-61/11 PPU, *El Dridi*, Slg. 2011, I-0000, Rn. 39.

919 Vgl. Art. 13 Abs.4 der Richtlinie.

Rechtsbehelf, nach deutschem Vorbild, Aussicht auf Erfolg habe.⁹²⁰ Diese Möglichkeit der Einschränkung (nach Maßgabe der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs und Fehlen der nötigen finanziellen Mittel) wurde mit der Bezugnahme auf Art. 15 III bis VI der Richtlinie 2005/85/EG⁹²¹ erreicht.⁹²²

Zusammenfassung

Insgesamt ist die Rückführungsrichtlinie recht offen und enthält bei der Umsetzung weite Spielräume für die Mitgliedstaaten. Dennoch erforderte die Richtlinie in den EU-Mitgliedstaaten z.T. erhebliche Rechtsänderungen. Die Umsetzung ins deutsche Recht geschah mit dem 2. Richtlinienumsetzungsgesetz vom 26. November 2011.⁹²³

Die Kernaussage der Richtlinie heißt: Mitgliedstaaten sollen den illegalen Aufenthaltsstatus nicht hinnehmen, sondern regeln. Sich illegal aufhaltende Personen müssen zurückgeführt werden, wenn nicht eine Ausnahme geboten ist. Grundsätzlich besteht in Art. 5 der Richtlinie 2008/115/EG die Pflicht, dass bei der Umsetzung der Rückführungs-Richtlinie in gebührender Weise das Wohl des Kindes, familiäre Bindungen und der Gesundheitszustand zu berücksichtigen sind. Konkret besteht hier die Möglichkeit der Fristverlängerung zur freiwilligen Ausreise (Art. 6 Abs.4) und der Aufschiebung der Vollstreckung der Abschiebung (Art. 9). Darüber hinaus ist eine Legalisierung des illegalen Aufenthaltes für die Mitgliedstaaten jederzeit möglich (Art. 6 Abs.4).

Die Richtlinie behandelt auch Rechte im illegalen Aufenthalt. Art. 14 der RL 2008/115/EG verpflichtet zur Beachtung (aber nur soweit wie möglich) von Familieneinheit i.S.v. Art. 14 lit. a), Zugang zur Gesundheitsversorgung, eingeschränkt aber auf die Notfallversorgung und unbedingt erforderliche Behandlung (Art. 14 Abs.1 lit. b) und des Zugangs zum Grundbildungssystem für Minderjährige nach einer gewissen Aufenthaltsdauer⁹²⁴ (Art. 14 lit. c)).

920 FAZ v. 6.6.2008 (Nr.130).

Die Richtlinie über Mindestnormen für die Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung oder Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft vom 1.12.2005 (ABl. Nr. L 326/13 v. 13.12.2005) sind diese Einschränkungen in Art. 15 III 1 lit. d) und Art. 15 III Unterabs. 1 lit. b) vor.

922 Vgl. auch Erwägungsgrund (11) der Rückführungsrichtlinie.

923 Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex vom 22.11.2011, BGBl. I, Nr. 59, 2258. Vgl. zur unvollständigen Umsetzung etwa: *Kessler*, ASYLMAGAZIN 5/2012, S. 142ff.

924 *Deibel* erblickt sogar in der Änderung des § 87 I AufenthG, wodurch Schulen sowie Bildungs- und Erziehungseinrichtungen von der Mitteilungspflicht ausgenommen wurden, einen Verstoß gegen Sinn und Zweck der Rückführungs-Richtlinie, da die Neuregelung nach seiner Ansicht den illegalen Aufenthalt erleichtere, s. *Deibel*, ZAR 2012, S. 154.

Darüber hinaus sind die spezifischen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen zu berücksichtigen. Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Garantien i.S.d. Art. 14 der RL 2008/115/EG ist, dass der unrechtmäßige Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen i.S.v. Art. 6 Abs.4 oder Art. 9 noch toleriert wird. Sog. Illegale, die sich nicht im dokumentierten Rückkehrverfahren befinden, können nicht von der Vorschrift des Art. 14 profitieren. Demnach werden diese Rechte nur bis zur Vollstreckung der Ausreisepflicht den noch geduldeten Migranten gewährt. Die fundamentalen Rechte von „untergetauchten“ Migranten werden in der Richtlinie 2008/115/EG nicht behandelt. Dennoch ist zu erwarten, dass mit Hilfe der Rechtsprechung des EuGH die individualrechtlichen Garantien von Drittstaatsangehörigen ohne Aufenthaltsrecht durch die Aufladung der Regelungen mit Grundrechtsgehalten gestärkt werden.⁹²⁵ Das haben insbesondere die Entscheidungen *El Dridi* und *Achughbabian* gezeigt.⁹²⁶ Dabei ergeben sich Schutzgewährleistungen insbesondere durch die Bindung an die Grundrechtecharta, die bei der Durchführung von Unionsrecht (Art. 51 Abs.1 S. 1 EuGRCH) Anwendung findet. Es wird sich in der Zukunft noch zeigen, inwieweit die Rückführungspolitik der Mitgliedstaaten durch die Rechtsprechung des EuGH in Anwendung der Grundrechtecharta noch weitere Einschränkungen erfährt. Hier könnte es insbesondere auch im Bereich des Familienschutzes und zum Wohle des Kindes durch die Schutzgewährleistungen des Art. 7 und des Art. 24 EuGRCH zu einigen Korrekturen durch den EuGH kommen.

III. Rückübernahmeabkommen und verstärkte Zusammenarbeit mit Drittstaaten

Einleitung

Eine wichtige Handlungsstrategie bei der Bekämpfung illegaler Migration ist die Einbeziehung von Drittstaaten. Bei der Rückführung irregulärer Migranten hängt die erfolgreiche Durchsetzung der Ausreisepflicht maßgeblich davon ab, ob der

⁹²⁵ Vgl. hierzu auch *Bast*, der in der Rückführungs-Richtlinie mit Hilfe der Rechtsprechung des EuGH ein Schlüsselinstrument individualrechtlicher Garantien für Drittstaatsangehörige ohne Aufenthaltsrecht erblickt, *Bast*, in: Fischer-Lescano u.a (Hrsg.), *Arbeit in der Illegalität*, S. 90, s. auch S. 79.

⁹²⁶ EuGH, Urt. v. 6.12.2011, C-329/11, *Achughbabian*.

identifizierte aufnahmeverpflichtende Zielstaat diese Personen tatsächlich zurücknimmt bzw. aufnimmt und bei der Beschaffung von Reisedokumenten, an Identitätsklärungen oder bei der Anerkennung der Staatsangehörigkeit mitwirkt.

Grundsätzlich ist es als Prinzip des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts anerkannt, dass jeder Staat verpflichtet ist seine eigenen Staatsangehörigen zurückzunehmen.⁹²⁷ Diese Pflicht der Rückübernahme scheitert jedoch häufig an dem Unwillen der ersuchten Staaten. Daher wurden anfangs bilaterale Rückübernahmeabkommen, später auch derartige Abkommen auf EU-Ebene geschlossen. Sie beinhalten Regeln über den Nachweis der Staatsangehörigkeit und erleichtert in vielen Fällen die Anforderungen für diesen Nachweis.⁹²⁸ Wird die Staatsangehörigkeit glaubhaft gemacht, bestehen Regeln zur Form und zum Verfahren der Rückführung, die an Fristen gebunden ist.

Problematisch zeigte sich auch die Rückübernahmepflicht eines Staates, wenn es um die Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen ging, die entweder einen Daueraufenthaltstitel von diesem Staat erhalten hatten oder direkt aus diesem Staat illegal eingereist waren. Schwierig gestaltete sich häufig auch die Durchsetzung der Rückübernahme von ehemaligen eigenen Staatsangehörigen, die später staatenlos geworden waren. Deshalb wurde in den neueren bilateralen Verträgen und in den Rückübernahmeabkommen der Union die Drittstaatsangehörige mit einbezogen.

1. Rückübernahmeabkommen der EU

1.1. Rückübernahmepolitik

Eine eindeutige Kompetenz der EU für den Abschluss von Rückübernahmeabkommen begründet sich aus Art. 79 Abs.3 AEUV.⁹²⁹ Zur Kontrolle der illegalen Migration gewinnt die Kooperation mit den Herkunfts- und Transitstaaten unter der Politik des „Global Approach to Migration“ eine immer größere Bedeutung. In vielen Dokumenten der EU wird darauf hingewiesen, dass eines der Hauptprobleme in dem mangelnden Willen von

⁹²⁷ Vgl. hierzu: *Lehmguth*, ZAR 1997, S. 161.

⁹²⁸ So kann der Nachweis nicht nur durch den Pass oder Passersatzpapiere nachgewiesen werden, sondern auch durch andere Dokumente und Beweise glaubhaft gemacht werden. Als Beispiel kann hier das Abkommen mit Rumänien angebracht werden.

⁹²⁹ Zuvor stützten sich die Rückübernahmeabkommen auf Art. 63 Ziff.3 lit. b) EGV, der jedoch keine eindeutige Ermächtigung beinhaltete.

Drittstaaten besteht, ihre eigenen Staatsangehörigen zurückzunehmen, um eine dauerhafte Rückkehr zu ermöglichen.⁹³⁰ Zudem möchte man Staaten zwingen evtl. auch Staatsangehörige zurückzunehmen, bei denen nicht hundertprozentig nachweisbar ist, dass sie Staatsangehörige des Landes sind (z.B. aufgrund der offenen Grenzen zwischen Nigeria und dem Sudan). Darüber hinaus sollen Schwierigkeiten bei der Abschiebung ausreisepflichtiger Migranten dadurch behoben werden, dass Kooperationen mit Drittstaaten auch auf administrativer Ebene eingegangen werden. Problematisch ist, dass der Abschluss von Rückübernahmeabkommen häufig an der Kooperation der Drittstaaten scheitert. Um hier erfolgreichere Ergebnisse zu erzielen, werden zunehmend Anreize geschaffen, um die auftretenden Schwierigkeiten beim Abschluss von Rückübernahmeabkommen zu reduzieren. Als Anreiz dient hier insbesondere eine großzügigere Visapolitik. Dies führt zu einer interessanten Entwicklung, die zunehmend die europäische Rückübernahmepolitik an die Visapolitik koppelt.⁹³¹ Aber auch andere Gemeinschaftspolitiken (insbesondere die Außenpolitik der Union, hier etwa die Entwicklungshilfe und technische Beihilfe) werden mit der Rückführungspolitik zu einem Gesamtpakt verschnürt; so versucht die EU insoweit vorhandene Handlungsspielräume zu nutzen.⁹³² Für die Zukunft sind umfassende Mobilitätspartnerschaften zwischen der EU und den Herkunftsstaaten angedacht.⁹³³ Geplant ist eine gemeinsame Migrationssteuerung unter Einschluss wechselseitiger Interessen.⁹³⁴ Für die Auswahl der Verhandlungspartner spielen für die EU vor allem der Wanderungsdruck und die geographische Lage des betreffenden Drittstaates als Kriterium eine entscheidende Rolle.⁹³⁵ Seither traten vierzehn Rückübernahmeabkommen der EU in Kraft: Hongkong (seit 01.03.2004), Macao (seit 01.06.2004), Sri Lanka (seit 01.05.2005), Albanien (seit

930 So etwa Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament über eine Gemeinschaftspolitik zur Rückkehr illegal aufhältiger Personen, KOM (2002) 323 endg. v. 3.6.2003.

931 Insbesondere bei Abkommen mit der Russischen Föderation, später auch Verhandlungen mit der Ukraine und des Westbalkanländern wurde dieser Ansatz integriert. Bei den AKP-Ländern (Afrika, Karibik und Pazifik) wurde hingegen die Kopplung zwischen Rückübernahmeabkommen und Visaerleichterungen nicht gewählt. Vgl. hierzu: *Trauner; Kruse*, EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: Implementing a New EU Security Approach in the Neighbourhood, CEPS Working Document No. 290 /April 2008, S. 17.

932 Die Kommission nennt in ihrer Mitteilung zur Evaluierung der EU-Rückübernahmeabkommen (KOM/2011/0076 endg.) in ihrer Empfehlung 6 vier zur Verfügung stehende Anreize (verschiedene visapolitische Instrumente, finanzielle Unterstützung, Instrumente des Gesamtansatzes zur Migrationsfrage und legale Zuwanderung) die den Partnerländern bei Verhandlungsaufnahme als Gesamtpaket zur Verfügung gestellt werden sollten.

933 Vgl. hierzu kritisch: *Riedel*, Illegale Migration im Mittelmeer, SWP Studie 2011.

934 Vgl. hierzu auch *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 369.

935 Council of 02/11/2004, Press release n° 13588/1/04 REV 1 (Press 295).

01.05.2006), der Russischen Föderation (seit 01.06.2007), Ukraine, Bosnien Herzegowina, Montenegro, Makedonien, Serbien und Moldawien (seit 01.01.2008), Georgien (01.03.2011) und Pakistan (01.12.2010). Ein weiteres Abkommen wurde mit der Türkei (2014) und Aserbaidshjan (2014) geschlossen.⁹³⁶ Mit Marokko wird zurzeit in dieser Angelegenheit verhandelt. Offene Mandate bestehen u.a. noch mit Algerien, Ägypten, China, Kap Verde, Belarus und Armenien.⁹³⁷ Darüber hinaus existieren mit weiteren Staaten Rückübernahmeklauseln.⁹³⁸

1.2. Inhalt der Rückübernahmeabkommen

Die Struktur der Rückübernahmeabkommen mit den oben genannten Drittländern folgt einem Grundmodell, jedoch gibt es auch substantielle inhaltliche Unterschiede.⁹³⁹ Ziel der Vereinbarungen ist ein schnelles und effektives Verfahren für die Identifikation und die Rückübernahme („repatriation“) von sich illegal aufhaltenden Personen. Der ersuchte Staat ist verpflichtet, seine eigenen Staatsangehörigen zurückzunehmen, wenn nachgewiesen werden kann, dass diese Personen Staatsangehörige des ersuchten Staates sind und sie die geltenden Voraussetzungen für die Einreise und den Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllen.⁹⁴⁰ Zudem ist der ersuchte Staat verpflichtet, jeden Staatsangehörigen oder Staatenlosen, der sich illegal in dem Hoheitsgebiet des Aufenthaltsstaates aufhält, zu übernehmen, bei dem nachgewiesen werden kann, dass der Betreffende im Besitz eines vom ersuchten Staat ausgestellten gültigen Visum ist und von diesem auf direkten Wege in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates eingereist ist oder im Besitz eines vom ersuchten Staat gültigen Aufenthaltsgenehmigung ist oder aus dem Hoheitsgebiet des ersuchten Staates auf direktem Weg illegal in das

936 S. Bericht des Ländervertreeters im Strategischen Ausschuss (SCIFA) für Einwanderungs-, Grenz- und Asylfragen über Angelegenheiten der Europäischen Union 2014/2015, S. 137.

937 Dies kündigt die Kommission in ihrem Aktions-Plan zur Umsetzung des Stockholmer Programms an, KOM (2010) 171, S. 54.

938 In denen mit Armenien, Aserbaidshjan, Georgien und Usbekistan (1969), Kroatien (2001) und Chile (2002) unterzeichneten Partnerschafts- und Assoziationsabkommen; in den Abkommen von Cotonou, das 2000 mit den AKP-Staaten unterzeichnet und 2005 abgeändert wurde und in den euromediterranen Abkommen, unterzeichnet mit Ägypten (2001), Algerien und Libanon.

939 Vgl. hierzu *Trauner; Kruse*, CEPS Working Document No. 290 /April 2008, S. 25 und *Billet*, EJML 2010, S. 67. Unterschiede gibt es z.B. bei den Fristen.

940 Z.B. Art. 2 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Russischen Föderation über die Rückübernahme vom 17.05.2007, L 129/22.

Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten eingereist ist.⁹⁴¹ Die Rücknahme betrifft also zum einen die eigenen Staatsangehörigen, zum anderen aber auch Drittstaatsangehörige für deren illegalen Aufenthalt Transitstaaten verantwortlich gemacht werden.

Darüber hinaus werden in Rückübernahmevereinbarungen die Modalitäten für das Rückübernahmeverfahren geregelt. Rückübernahmeersuchen und Fristen, notwendige Nachweise bzgl. der Staatsangehörigkeit und der Beziehung des Drittstaats zum Drittstaatsangehörigen bzw. Staatenlosen, notwendige Nachweise für die Illegalität der Einreise und des Aufenthaltes, Überstellungsmodalitäten und Art der Beförderung. Einige Staaten (Makedonien, Moldawien, Russland, Serbien und Ukraine) haben im Fall der illegalen Einreise ein beschleunigtes Verfahren ermöglicht, das extrem kurze Fristen ansetzt. Der ersuchende Staat muss dann innerhalb weniger Tage, nachdem die Person festgenommen wurde, ein Rückübernahmeersuchen übermitteln.⁹⁴² Dadurch könnte u.U. die Verpflichtung zur Gewährung eines effektiven Verfahrenszugangs gefährdet sein.

1.3. Menschenrechtliche Bedenken

Der menschenrechtliche Schutz von sich irregulär aufhaltenden Drittstaatsangehörigen, die zurückgeführt werden sollen, ist die andere Seite, die kritisch zu beleuchten gilt. Problematisch ist die Vereinbarung von Rückübernahmeabkommen vor allem mit Staaten, die die Menschenrechte nur im eingeschränkten Maße achten. Insbesondere das Europäische Parlament hat hierauf hingewiesen.⁹⁴³ Die meisten dieser Abkommen beinhalten zwar eine Bezugnahme zu Menschenrechten und beinhalten sogenannte „non-affection clauses“ (Unberühtheitsklauseln), aber sie verweisen nicht ausdrücklich auf die konkreten maßgeblichen menschenrechtlichen Garantien.⁹⁴⁴ Dieser vertragliche

941 Vgl. *ebenda*, Art. 3 desselben Abkommens.

942 Vgl. Rückübernahmeabkommen mit der Russischen Föderation, Art. 6 (3), Art. 11 (3).

943 So erklärte das EP in seinem Bericht zum Rückübernahmeabkommen mit Russland: „The question of readmission is not cut and dried as it seems at first sight. A fair readmission procedure implies that the contracting parties have to have an unequivocally democratic State structure and the organisation of their institution and their political practice must be certain to guarantee human rights.“ EP Report on the proposal for a Council decision concerning the conclusion of the Agreement between the European Community and the Russian Federation on readmission, Rapporteur Maria da Assucao, Esteves A6-0028/2007, 5. February 2007, pp. 6-7.

944 Aufgrund der Kritik des EP und von Seiten einiger NGO's in Bezug auf „non-affection clauses“ wurde in der Vereinbarung mit Russland ausdrücklich eine Liste von menschenrechtlichen internationalen Verpflichtungen aufgenommen; vgl. Art. 18 des Abkommens der EU mit der Russischen Föderation (Fn. 925) dort heißt es in Abs.1: „Dieses Abkommen lässt die Rechte, Verpflichtungen und Zuständigkeiten der

Schutz ist nicht ausreichend, denn er schützt nicht vor Vertragsverletzung seitens der Vertragspartner nach der Rückübernahme, da der individuell Betroffene nicht dagegen klagen kann. Zur Überprüfung der Einhaltung des internationalen Flüchtlingsrechts und der Menschenrechte sind als Kontrolle Monitoring-Mechanismen angedacht.⁹⁴⁵ Eine Verbesserung der Menschenrechtsgarantien in Rückübernahmeabkommen hält auch die Kommission für notwendig und erwägt in künftigen Rückübernahmeabkommen Kontrollmechanismen und/oder Garantien in Betracht zu ziehen, um zu gewährleisten, dass die Menschenrechte der Rückkehrer uneingeschränkt Beachtung finden.⁹⁴⁶ Insbesondere in Grenzregionen aufgegriffene Personen unterliegen häufig einem beschleunigten Verfahren, das eine schnellere Rückübernahme ermöglicht, worin die Europäische Kommission in der Praxis eine Gefahr des unzureichenden internationalen Schutzes erblickt.⁹⁴⁷ Darüber hinaus schlägt sie vor, Aussetzungsklauseln einzufügen, um auf etwaige Menschenrechtsverletzungen in Drittstaaten reagieren zu können. Im Rat wurden hingegen im Rahmen der Schlussfolgerungen zur Festlegung der Rückübernahmestrategie der EU, Schutzklauseln zur Einhaltung der Menschenrechte kritisiert, da die Rückübernahmeverfahren rein technischer Natur seien und eine Prüfung im vorausgegangenen Verfahren in den Mitgliedstaaten stattgefunden habe.⁹⁴⁸ Menschenrechtliche Mindestgarantien werden zwar auch in der Rückführungs-Richtlinie in Art. 9 Abs.1 gewährleistet, wonach insbesondere die Mitgliedstaaten auf den Grundsatz der Nichtzurückweisung verpflichtet werden; ein ausreichender Schutz setzt aber eine angemessene Umsetzung der Mitgliedstaaten voraus. Eine erneute Verpflichtung zur Schutzgewährung in Rückübernahmeabkommen verhindert hingegen einen Automatismus der Rückführung, der bei einer Einordnung als rein technisches Verfahren zu Menschenrechtsverletzungen führen kann.

Ein weiteres Problem ist die Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen in Transitstaaten anhand von Drittstaatsangehörigen-Klauseln. Zum einen stellt sich hier die Frage, ob die Transitländer überhaupt in der Lage sind; die Anzahl der

Gemeinschaft, der Mitgliedstaaten und der Russischen Föderation unberührt, die sich aus dem Völkerrecht ergeben, insbesondere aus: (a) aus dem Übereinkommen (...) über die Rechtstellung der Flüchtlinge (b) der Europäischen Konvention (...) zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, (...).“

945 Vgl. hierzu eingehend: *Billet*, EJML 2010, S. 73 und den Evaluationsbericht der Kommission, Empfehlung (KOM/2011/0076 endg.)

946 Evaluationsbericht der Kommission, ebenda, S. 12.

947 S. ebenda, Evaluationsbericht der Kommission, Empfehlung 10, in der die Kommission vorschlägt, dass im Leitfaden für Grenzschutzbeamte besonders hervorgehoben wird, dass Grenzschutzbeamte überprüfen, ob Personen internationalen Schutz beantragen wollen.

948 Ratsdokument 11260/11.

zurückgewiesenen Drittstaatsangehörigen angemessen zu bewältigen. Bisher ist noch nicht voraussehbar, wie viele Migranten die Transitstaaten aufnehmen müssen. In einigen Staaten fehlen die rechtlichen, institutionellen Strukturen und Erfahrungen, um angemessen die Rückführung in die Herkunftsländer zu organisieren.⁹⁴⁹ Zum anderen ist bedenklich, wenn in Staaten abgeschoben wird, in denen die Menschenrechtslage prekär ist und kein hinreichend rechtlich institutionalisierter Flüchtlingsschutz existiert. Ein sicheres und faires Asylverfahren ist unter diesen Bedingungen für den Zurückgewiesenen nicht mehr gewährleistet.⁹⁵⁰ Zudem können Kettenabschiebungen eine Folge sein.⁹⁵¹

2. Bilaterale Rückübernahmeabkommen Deutschlands

Bis zum Jahr 2004 bestanden ausschließlich bilaterale Rückübernahmeabkommen. Deutschland unterzeichnete aufgrund des hohen Anstiegs rumänischer Asylbewerber das erste Rückführungsabkommen neueren Typs 1992 mit Rumänien.⁹⁵² Dieses erleichterte die Rückführung rumänischer Staatsangehöriger erheblich, da für den Nachweis der Staatsangehörigkeit lediglich die Glaubhaftmachung der jeweiligen Staatsangehörigkeit ausreichte. So genügte eine verlässliche Zeugenaussage oder der Rückschluss auf die Staatsangehörigkeit über die Aussagen des Zurückzuführenden als Beweismittel.⁹⁵³ Andere Rückübernahmeabkommen waren nicht so erfolgreich. Als Beispiel kann hier das Rückübernahmeabkommen mit der Sozialistischen Republik Vietnam angeführt werden, das am 21.09.1995 in Kraft trat. Schon der Ausgangspunkt der Verhandlungen war schwierig, da sich Vietnam anfänglich geweigert hatte, überhaupt eigene Staatsangehörige zurückzunehmen. Letztendlich konnte man sich auf eine vertragliche Rücküberführung eigener Art einigen. Jedoch musste die Staatsangehörigkeit voll nachgewiesen werden und das

949 Trauner; Kruse, CEPS Working Document No. 290 /April 2008, S. 29.

950 Vgl. hierzu nur den Human Rights Watch Report über die kritische Situation in der Ukraine. >>Ukraine: on the Margins, Rights Violation against Migrants and Asylum seekers at the New Eastern Border of the European Union<<, November 2005, Vol. 17, n° 8 (D) verfügbar unter der „Human Rights website“.

951 Trauner; Kruse, CEPS Working Document No. 290 /April 2008, S. 30.

952 BGBl. II 1993, Nr. 8, S. 220. In einem späteren Abkommen (1998) wurde auch die Rückübernahme von Staatenlosen mit aufgenommen, BGBl. II 1999, Nr. 7, S. 172.

953 Art. 1 Abs.3, Art.2 Abs.3.

Verfahren zur Rückführung war kompliziert.⁹⁵⁴

In jüngerer Zeit hat Deutschland Rückübernahmeabkommen mit Syrien (Inkraftgetreten am 03.01.2009)⁹⁵⁵ und dem Kosovo (Inkraftgetreten am 01.09.2010)⁹⁵⁶ und Kroatien (unterzeichnet am 10.12. 2012)⁹⁵⁷ geschlossen, die aus menschenrechtlicher Sicht scharfe Kritik erfuhren. Insbesondere die Vereinbarung über die Rückübernahme staatenloser Kurden nach Syrien wurde, wegen ihrer rechtlosen Situation und den dortigen menschenrechtsverletzenden Praktiken, kritisiert.⁹⁵⁸

Auf der Grundlage des Rückübernahmeabkommen zwischen Deutschland und dem Kosovo sollten die derzeit 14.000 ausreisepflichtigen Personen aus dem Kosovo zurückgeführt werden.⁹⁵⁹ Dieses Abkommen wurde insbesondere von Menschenrechtsorganisationen und Oppositionsparteien in Bezug auf die Rückführung von Minderheiten, insbesondere von Roma, kritisiert.⁹⁶⁰

3. Das Verhältnis von bilateralen zu EU-Rückübernahmeabkommen

Problematisch ist zum Teil die Beziehung zwischen EU-Rückübernahme-Abkommen und bilateralen Abkommen.⁹⁶¹ Aus der ausdrücklichen Zuständigkeit der EU für den Abschluss von Rückübernahmeabkommen in Art. 79 Abs.3 AEUV kann jedoch noch keine legislative Ausschließlichkeit zulasten der Mitgliedstaaten abgeleitet werden.⁹⁶² In dem gesamten Kompetenzbereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts besteht erstmal eine zwischen

954 BGBl. II 1995, Nr. 27, S. 743. Vgl. ausführlich dazu (auch zu anderen bilateralen Abkommen Deutschlands): *Lehnguth*, ZAR 1997, S. 167; vgl. *Lenguth* auch zu anderen bilateralen Abkommen Deutschlands. Eine Tabelle aller bilateralen Rückübernahmeabkommen findet sich unter: www.bmi.bund.de.

955 BGBl. II 2008; Nr. 21, S. 811.

956 BGBl. II 2010, Nr. 9, S. 259.

957 BGBl. 2012, Nr. 35, S. 1340.

958 In Bezug auf Syrien besteht zurzeit ein Abschiebestopp, vgl. ZAR 2013, S. 168.

959 Das Abkommen wurde am 14.4.2010 in Berlin unterzeichnet. Der Bundesinnenminister erklärte zu dem Abkommen: >>Das Rückübernahmeabkommen stellt die bisherige gute und erfolgreiche Zusammenarbeit beider Seiten bei der Bekämpfung der illegalen Migration auf eine neue Grundlage. Nach seinem Inkrafttreten wird es den deutschen Ausländerbehörden nicht nur wie schon bisher möglich sein, ausreisepflichtige kosovarische Staatsangehörige oder andere aus dem Kosovo stammende Personen dorthin zurückzuführen, sondern künftig auch Drittstaatsangehörige und staatenlose Personen, wenn diese aus dem Kosovo rechtswidrig nach Deutschland eingereist sind oder über den erlaubten Zeitraum hinaus ausgedehnt habe<<

960 Siehe stellvertretend nur: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten (...) und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drucksache 17/67- v. 12.01.2010, Abschiebungen in den Kosovo.

961 Vgl. hierzu insbesondere: *Panizzon*, *Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity or Dualism?*, *Refugee Quarterly* 2012, 31(4). S. 101-133.

962 Vgl. hierzu *Bast*, in: Fischer-Lescano u.a. (Hrsg.), *Arbeit in der Illegalität*, S. 86.

Mitgliedstaaten und Union geteilte Zuständigkeit (Art. 4 Abs.2 lit. j) AEUV). Die Mitgliedstaaten sind erst an dem Abschluss entsprechender Abkommen gehindert, wenn die Union selbst mit dem betreffenden Drittland Verhandlungen aufnehmen will (Art. 2 Abs.2 AEUV).⁹⁶³

EU-Rückübernahmeabkommen haben Vorrang vor bilateralen Abkommen; diese gelten jedoch fort, soweit sie nicht im Widerspruch zu den Ersteren stehen bzw. Regelungslücken in diesen vorhanden sind.⁹⁶⁴ Allerdings gibt es noch Mitgliedstaaten, die sich auf bilaterale Abkommen stützen, die vor Inkrafttreten der EU-Rückübernahmeabkommen geschlossen wurden.⁹⁶⁵ Dieses Vorgehen wurde insbesondere von der Kommission kritisiert, da eine uneinheitliche Anwendung die Glaubwürdigkeit der Rückübernahmepolitik der EU gegenüber Drittländern untergrabe. Als sehr bedenklich äußerte die Kommission zudem, dass die Garantien in den Abkommen, was Menschenrechte und den internationalen Schutz anbelange, an Wirksamkeit verlieren könnte, wenn Mitgliedstaaten irreguläre Zuwanderer nicht nach den strengen Maßgaben der EU-Rückübernahmeabkommen rückführen.⁹⁶⁶

4. Bilaterale Abkommen und menschenrechtliche Erwägungen

Eine weitere Entwicklung ist eine zunehmende Informalisierung der bilateralen Rücknahmevereinbarungen insbesondere von südlichen mediterranen EU-Mitgliedstaaten, die in der Regel weder öffentlich gemacht noch parlamentarisch kontrollierbar sind. Insbesondere bei Ländern⁹⁶⁷, in denen Verhandlungen über Rückübernahmevereinbarungen häufig nicht erfolgreich sind, werden informelle Vorgehen bevorzugt.⁹⁶⁸ Flexible, informelle Abmachungen über die Rückkehr illegal aufhältiger Migranten, die in der Praxis mit finanziellen Zusagen oder anderen Anreizen verknüpft wurden, erreichten eine höhere Akzeptanz, erfuhren jedoch aufgrund des großen Verlustes an Transparenz des

⁹⁶³ S. dazu *Cassarino*, Readmission Policy in the European Union, S. 20f.

⁹⁶⁴ Vgl. auch Art. 4 Abs.3 EUV, der insbesondere nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit betont, dass die Mitgliedstaaten die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen und alle Maßnahmen unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.

⁹⁶⁵ Vgl. hierzu den Evaluationsbericht der Kommission, KOM/2011/0076 endg., S. 2.

⁹⁶⁶ Ebenda, S. 2.

⁹⁶⁷ Dies vor allem bei Verhandlungen über Rückübernahmen von Migranten aus afrikanischen Ländern.

⁹⁶⁸ Rückübernahmeabkommen sind insbesondere auch aus Popularitätsgründen unbeliebt, dagegen haben informelle Vereinbarungen keine große Öffentlichkeitswirkung.

Rückübernahmeverfahrens und der damit verbundenen Gefährdung der Rechte und Sicherheit des zurückführenden Drittstaatsangehörigen, auch starke Kritik.⁹⁶⁹ Insbesondere die EU kritisierte diese Form von informellen Vereinbarungen, da dadurch die Verhandlungen bezüglich EU-Rückübernahmeabkommen erheblich erschwert und insbesondere auch die Gefahr der Unterschreitung oder Unwirksamkeit von menschenrechtlichen Garantien bestehe.⁹⁷⁰ Darüber hinaus stellte die EU-Grundrechteagentur fest, dass eine Reihe von unterschiedlichen formellen und informellen bilateralen Vereinbarungen bestehen, die zum Teil Rückübernahme-Modalitäten lediglich am Rande behandeln. Auch hier bergen insbesondere die beschleunigten Verfahren bei Aufgreifen im Grenzbereich eine Gefahr der Verhinderung menschenrechtlicher Garantien. Die möglichen besonderen Umstände in diesem Fall, namentlich Getrenntsein von den anderen Migranten, fehlender Zugang zu Informationen und rechtlichem Beistand, können die Möglichkeiten eines Asylbegehrens erheblich erschweren.⁹⁷¹

Zusammenfassung

Insgesamt ist festzuhalten, dass die europäischen Rückübernahmeabkommen in Bezug auf menschenrechtlichen Schutz einen höheren Standard bieten können. Die zugrundeliegenden Verhandlungen sind in den meisten Fällen transparenter. Die Entwicklung zeigt auch, dass menschenrechtliche Kritik seitens der EU z.T. aufgenommen wurde. Dies zeigt insbesondere die Weiterentwicklung der „Unberühtheitsklauseln“ und die Überwachung der Rückübernahmeabkommen durch „Gemischte Rückübernahmeausschüsse“, die auch einem höheren menschenrechtlichen Schutzstandard dienen sollen. Insbesondere die Europäische Kommission weist immer wieder auf die besondere Bedeutung der Achtung des Menschenrechtsschutzes bei der Anwendung der EU-Rückübernahmeabkommen hin und hat eine kritische Haltung gegenüber Drittstaatsangehörigen-Klauseln.⁹⁷² Diesbezüglich hat sie in ihrem Evaluationsbericht verschiedene Sicherheitsmechanismen vorgeschlagen, um Menschenrechtsverletzungen

969 Vgl. *Cassarino*, The „New Approach“ to the Readmission of Illegal Persons: Operability versus Transparency.

970 Vgl. hierzu den Evaluationsbericht der Kommission, KOM/2011/0076 endg., S. 2.

971 S. hierzu weiter: FRA, *Fundamental Rights at Europe's Southern Borders* (2013), S. 100ff.

972 In ihrem Evaluationsbericht (Fn. 968) schlägt die Kommission deshalb in ihrer Empfehlung 8 vor, dass die EU ihre Rückübernahmepolitik stärker auf wichtige Herkunftsländer irregulärer Zuwanderer statt auf die Transitländer ausrichten sollte, beispielsweise auf Afrika südlich der Sahara und Asien.

vorzubeugen. Demgegenüber besteht die überwiegende Meinung im Europäischen Rat für Justiz und Inneres, insbesondere bei einigen Mitgliedstaaten, dass EU-Rückübernahmeabkommen lediglich den technischen Vollzug der Rückführung regeln und Schutzklauseln zur Einhaltung von Menschenrechte nicht implementiert werden sollten.⁹⁷³

Äußerst problematisch ist, wenn aufgrund von Rückübernahmeabkommen bzw. Rückübernahme-Klauseln eine Externalisierung der Migrationskontrolle mit einem wesentlich niedrigeren menschenrechtlichen Schutzstandard entsteht. In diesem Fall ist die effektive Durchsetzung von Menschenrechten für die betroffenen Drittstaatsangehörigen wesentlich schwieriger. Migranten, die außerhalb der Grenzen der EU aufgegriffen werden, wurden ohne Prüfung eines internationalen Schutzbegehrens auf der Grundlage von Rückübernahmeübereinkommen bzw. binationaler Vereinbarungen in Länder mit prekärer Menschenrechtssituation zurücktransportiert.⁹⁷⁴

Andererseits sind Europäische Rückübernahmeabkommen im Vergleich zu bilateralen Vereinbarungen äußerst schwierig verhandelbar und dementsprechend sehr langwierig, so dass Mitgliedstaaten immer noch gerne auf bilaterale Vereinbarungen zurückgreifen, die darüber hinaus besser auf ihre eigenen Interessen abgestimmt werden können.⁹⁷⁵

973 Ratsdokument 11260/11.

974 Vgl. hierzu insbesondere den EGMR - Fall *Hirsi u.a. v. Italien* (s. hierzu weiter oben ausführlich, S. 63f.), und das bilaterale Abkommen zwischen Italien und Libyen.

975 Aber auch Drittstaaten lassen sich lieber auf bilaterale Abkommen ein, die meistens in Bezug auf Menschenrechte nicht so einen großen Druck erzeugen, nur auf ein bestimmtes Land verpflichten und die Vereinbarungen meistens mit anderen Anreizen verbunden werden können, die für die Drittstaaten äußerst interessant sind wie z.B. Quoten für Arbeitsmarktzugang, für die die EU im Rahmen ihrer Verhandlungsstrategie gar keine Kompetenz hätte. Vgl. hierzu: *Panizzon*, *Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity or Dualism?* *Refugee Survey Quarterly* (2012) 31(4): 101-133 first published online November 2012.

ACHTES KAPITEL

Interne Migrationskontrollen und Sanktionsregime

Einleitung

Zur Auffindung und Identifizierung von irregulären Migranten existieren in Europa unterschiedliche strukturierte Kontrollsysteme. Deutschland besitzt im Vergleich zu den meisten anderen Mitgliedstaaten ein „hoch entwickeltes System“ der Registrierung und Überwachung.⁹⁷⁶ Neben der oben schon beschriebenen Schleierfahndung⁹⁷⁷ können die Landespolizeibehörden Identitätskontrollen im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeiten vornehmen, die auch die Überprüfung des Aufenthaltsstatus beinhalten.⁹⁷⁸ Darüber hinaus bestehen Kontrollen der Zollbehörden am Arbeitsplatz (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) zur Aufdeckung und Verfolgung illegaler Beschäftigung.⁹⁷⁹

I. Eine Eigenart des deutschen Rechts – Die Datenübermittlungspflichten

Ein maßgeblicher Bestandteil des deutschen Kontrollsystems zur Aufdeckung von Drittstaatsangehörigen ohne Aufenthaltstitel ist der Austausch von Informationen zwischen den Behörden. Insbesondere die Vorschriften des §§ 87, 88 AufenthG zeigen die Vernetzung der einzelnen öffentlichen Stellen in Bezug auf die Übermittlung von ausländerrechtlich-relevanten Daten.⁹⁸⁰ Der Kontakt eines sich illegal aufhaltenden Migranten zu einer öffentlichen Stelle⁹⁸¹, z.B. im Rahmen der Beantragung von Sozialleistungen, löst in den meisten Fällen Übermittlungspflichten zwischen Sozial- und Ausländerbehörden aus und beinhaltet demnach für diese Person eine große Gefahr der Offenbarung seines irregulären Aufenthaltsstatus. Diese auf übermittelte Informationen basierte Kontrolle von Zugängen zum Wohlfahrtsstaat bewirkt mittelbar, dass Rechte auf

976 Schönwälder/Vogel/Sciortino, AKI-Forschungsbilanz 1, Migration und Illegalität in Deutschland, S. 39.

977 S. hierzu: fünftes Kapitel III3.

978 Polizeiliche Kontrollen zur Überprüfung des Aufenthaltsstatus auf der Grundlage des polizeilichen Gefahrentatbestandes.

979 Vgl. hierzu ausführlich: achtes Kapitel, III3.

980 Vgl. hierzu im Einzelnen insbesondere: Kluth, ZAR 2013, S. 183ff.

981 Nach § 2 BDSG sind öffentliche Stellen „Behörden, Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände sowie die Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigung ungeachtet ihrer Rechtsform“. Zur Auslegung des Begriffs „öffentliche Stelle“ s. Kluth, ZAR 2013, S. 184.

Sozialleistungen von irregulären Migranten in den meisten Fällen nicht wahrgenommen werden. Ordnungsrecht und Sozialrecht bleiben damit unmittelbar miteinander verbunden.

Denn wenn der Aufenthaltsstatus des Ausländers illegal („ohne erforderlichen Aufenthaltstitel“) ist oder Umstände vorliegen, die einen Ausweisungsgrund rechtfertigen bzw. Voraussetzungen schaffen, um die Abschiebung zu ermöglichen, ist die öffentliche Stelle sogar ohne Ersuchen⁹⁸² der mit der Ausführung des AufenthG betrauten Behörden verpflichtet, diesen Umstand unmittelbar der Ausländerbehörde mitzuteilen (sog. Spontanmitteilung).⁹⁸³ Eine einschränkende Klarstellung ist mit der Änderung des § 87 Abs.2 AufenthG, die am 1. Juni 2008 in Kraft getreten ist, vorgenommen worden: Die Übermittlungspflicht wird seitdem nur dann ausgelöst, wenn die öffentliche Stelle die Kenntnis über den illegalen Aufenthaltsstatus im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben erlangt hat. Aus dem Wortlaut der Vorgängervorschrift war diese Einschränkung nicht ohne Weiteres zu erkennen; denn „bekannt geworden“ sind Umstände auch dann, wenn sie rechtmäßig der Behörde zur Kenntnis gelangt sind, ohne dass die Kenntnis unmittelbar mit der Erfüllung amtlicher Aufgaben zusammenhängt. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn ein Bediensteter den Umstand des fehlenden Aufenthaltstitels in seinem privaten Umfeld erlangt.⁹⁸⁴

Problematisch sind die Übermittlungspflichten insbesondere bei der Inanspruchnahme von Rechten und bei der Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Pflichten (Melde- und Schulpflicht). Der irreguläre Migrant muss in diesem Fall die daraus resultierenden negativen Folgen in Kauf zu nehmen. Dieses Dilemma, das in vielen Fällen bewirkt, dass Rechte und Pflichten nicht wahrgenommen werden, führt in der Wissenschaft zu Diskussionen, ob die Informationspflichten mit sozialen Menschenrechten bzw. mit dem Grundgesetz vereinbar sind.⁹⁸⁵ Als Grund- bzw. Menschenrechte wurden insbesondere das Recht auf Bildung⁹⁸⁶, das

982 Vgl. § 87 Abs.1 AufenthG, der eine Mitteilungspflicht von öffentlichen Stellen auf Ersuchen der mit der Ausführung des AufenthG betrauten Behörden normiert.

983 § 87 Abs.2 Nr. 2 AufenthG. Gemäß § 87 Abs.2 Nr.1 AufenthG müssen öffentliche Stellen unverzüglich die zuständige Ausländerbehörde unterrichten, „wenn sie im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben Kenntnis erlangen von dem Aufenthalt eines Ausländers, der keinen erforderlichen Aufenthaltstitel besitzt und dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist“.

984 S. hierzu den Bericht des BMI zum Prüfauftrag „Illegalität“, S. 40, verfügbar unter:

http://www.bmi.bund.de/cae/sevlet/contentblob/151394/publicationFile/File/13641/Pruefbericht_Illegalitaet.pdf.

985 Vgl. hierzu differenziert: Kluth, ZAR 2013, S. 182-188.

986 In Bezug auf den grundrechtlichen Anspruch auf Schulzugang und der Verfassungsmäßigkeit von Übermittlungspflichten, s. Rausch,

Recht auf elementare medizinische Versorgung und das Recht auf arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz zur Durchsetzung von Lohnforderungen betrachtet und die Rechtmäßigkeit der Übermittlungspflicht in der jeweiligen Fallkonstellation in Frage gestellt. Im Ergebnis wurde das Spannungsverhältnis zwischen sozialen Menschenrechten des sich illegal aufhaltenden Migranten einerseits und dem legitimen staatlichen Interesse über irreguläre Aufenthalte in Kenntnis gesetzt zu werden, unterschiedlich gelöst.⁹⁸⁷ Kritisiert wurde insbesondere, dass die Meldepflichten sich als Mittel der Migrationskontrolle als ungeeignet erwiesen hätten⁹⁸⁸, da die Entscheidung der illegalen Einreise nicht von einem möglichen Zugang zu sozialen Leistungen abhänge.⁹⁸⁹ Die Aufrechterhaltung der Meldepflichten sei als unverhältnismäßige Einschränkung des Rechts (Recht auf Gesundheit, Recht auf Bildung) zu bewerten.⁹⁹⁰ Bei Kindern und Jugendlichen wurde dem Menschenrecht auf Bildung ein sehr hoher Stellenwert beigemessen. In Bezug auf Schulen sowie Bildungs- und Erziehungseinrichtungen entschied sich der Gesetzgeber letztendlich die Übermittlungspflicht in diesem Bereich herauszunehmen.⁹⁹¹ In Bezug auf das Recht auf Gesundheitsversorgung wurde nur im Fall der Notfallversorgung eine Sperrwirkung der Übermittlungspflicht gem. § 203 StGB anerkannt. Bei einer Notfallbehandlung im Krankenhaus unterliegen die Krankenhausverwaltung und die abrechnenden Sozialämter dem so genannten „verlängerten Geheimnisschutz“. Da Ärzte der Schweigepflicht unterliegen, setzt sich diese Pflicht der Nichtoffenbarung des illegalen Status fort. Darüber hinaus wurde eine wirksame Durchsetzung von Rechten aus dem Arbeitsverhältnis angemahnt bzw. befürwortet⁹⁹²; die Abschaffung bzw. Einschränkung der Übermittlungspflicht wurde in der Praxis in diesem Fall jedoch noch nicht aufgenommen.

Insgesamt werden zum Schutz der Wahrung der Rechte des sog. Illegalen mehrere Wege diskutiert, die aus der Übermittlungspflicht für ihn resultierenden

Menschenrechte und illegale Migration, S. 65ff. u. S. 76ff.; *Krieger*, NVwZ 2007, S. 169f.

987 Vgl. hierzu weiter unten detaillierter: in Bezug auf das Recht auf Arbeit, S. 245 und das zehnte Kapitel in Bezug auf das Recht auf Schulbildung (S. 328ff.) und dem Recht auf Gesundheitsversorgung (S. 336ff.).

988 So aber die Argumentation des BMI im BMI-Bericht zum Prüfauftrag „Illegalität“, 39. Dort heißt es: „Mit der Übermittlungspflicht verfüge der Staat über ein Mittel der Migrationskontrolle, dass dazu beiträgt, dem Aufenthaltsrecht Geltung zu verschaffen.“ – abrufbar unter:

http://www.bmi.bund.de/cae/sevlet/contentblob/151394/publicationFile/File/13641/Pruefbericht_Illegalitaet.pdf (aufgerufen am: 01.04.2014).

989 So z.B. *Krieger*, NVwZ 2007, S. 167f.; *Aichele*, in: *Falge; Fischer-Lescano; Sieveking* (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, S. 220 u. S. 222.

990 In Bezug auf das Recht auf Gesundheit, s. z.B.: *Aichele*, in: *Falge; Fischer-Lescano; Sieveking* (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, S. 221f.

991 § 87 AufenthG Abs. 1. Vgl. hierzu auch: ebenda, S. 218 f.

992 S. z.B. *Kluth*, ZAR 2013, S. 187.

negativen Folgen einzuschränken. Zum einen kann die tatbestandliche Seite des § 87 Abs. 2 AufenthG eingeschränkt werden. Dies erfordert eine Gesetzesänderung und wurde, wie bereits oben erwähnt, im Fall der Bildung für Kinder und Jugendliche umgesetzt. Zum anderen wurde angedacht, die Übermittlungspflicht ins Ermessen der zuständigen öffentlichen Stelle zu legen, also als „Kann-Vorschrift“ bzw. als „Soll-Vorschrift“ auszuformulieren. Damit würden für die verantwortliche Behörde Handlungsspielräume entstehen, um dem jeweiligen Einzelfall im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gerecht werden zu können. Zurecht weist *Kluth* daraufhin, dass in diesem Fall für den Migranten die Unsicherheit der Aufdeckung seines prekären Aufenthaltsstatus bestehen bleiben würde, da für ihn ungewiss bliebe, ob sein Status an die Ausländerbehörde übermittelt wird.⁹⁹³ Ein weiterer Weg, der anfangs in einigen Bundesländern insbesondere im Bereich des Rechts auf Schulbesuch gegangen wurde, ist, dass die Übermittlungspflichten bestehen bleiben, aber für die Inanspruchnahme der Rechte nicht die Offenbarung des Aufenthaltsstatus erforderlich ist. Dies hat zur Folge, dass ohne Kenntniserlangung der öffentlichen Stelle auch keine Meldepflicht entsteht.⁹⁹⁴

Problematisch ist zudem, dass die rechtliche Umsetzung der Meldepflichten bundesweit sehr uneinheitlich gehandhabt wird; neben einem unterschiedlichen Rechtsverständnis, liegt insbesondere auch eine unterschiedliche Betätigung des Organisationsermessens vor.⁹⁹⁵

II. Sanktionen zur Verhinderung von illegaler Migration

Zur Effektivierung des Migrationsmanagements spielt die Sanktionierung der illegalen Einreise und des illegalen Aufenthalts als Mittel zur Reduzierung illegaler Migration eine immer größere Rolle.⁹⁹⁶ So haben beispielsweise Spanien und Italien ihre strafrechtlichen Normen in ihrer neuen Ausländergesetzgebung maßgeblich verschärft. Insbesondere wurden neue Straftatbestände im

993 Vgl. hierzu: *Kluth*, ZAR 2013, S. 187.

994 Vgl. hierzu: zehntes Kapitel I.

995 Vgl. hierzu: zehntes Kapitel I.2.

996 Vgl. zur Diskussion des geschützten Rechtsguts von § 95 AufenthG: *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, S. 43-52. Hier wird insbesondere diskutiert, ob als Rechtsgut die Stabilisierung verwaltungsrechtlicher Ordnungssysteme, vgl. *Aurnhammer*, Spezielles Ausländerstrafrecht, S.77 u. *Winkelmann*, in: Renner/Bergmann/Dienelt (Hrsg.), AuslR-Komm, 10. Aufl., § 95 Rn. 5 oder die territoriale Hoheitsgewalt (so *Cannawurf*, S. 49ff) geschützt werden soll. Vgl. zur Problematik des unklaren zu schützenden Rechtsgutes auch: *Bergmann*; *Hörich*, in: *Beichel-Benedetti*; *Brinkmann* (Hrsg.), Steht das europäische Migrationsrecht unter Druck?, S. 27ff.

Zusammenhang mit illegalen Aufenthalten eingeführt. Aber auch das Eingehen von Scheinehen⁹⁹⁷ oder die Angabe von falschen Daten, mit denen die Eintragung eines Ausländers in die Einwohnermelderegister ermöglicht wird⁹⁹⁸, ist nun in Spanien strafbar.⁹⁹⁹ Dabei gleichen sich die Sanktionsregime der einzelnen EU-Mitgliedstaaten kontinuierlich an, was auf einen schon seit einiger Zeit in Gang gesetzten Europäisierungsprozess in diesem Bereich zurückzuführen ist.

Im nationalen deutschen Recht ist die strafrechtliche Sanktionierung des unerlaubten Aufenthalts nichts Neues.¹⁰⁰⁰ Es gibt vielfältige Vorschriften, wie sich Ausländer ohne Aufenthaltsrecht strafbar machen können, auf die hier im Einzelnen nicht eingegangen wird.¹⁰⁰¹ Einen sehr engen Anwendungsbereich weisen die Straftatbestände des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs.1 Nr. 2 AufenthG), der Einreise ohne Pass oder Passersatz (§ 92 Abs.1 Nr. 1 AufenthG) und der unerlaubten Einreise (§ 95 Abs.1 Nr. 3 AufenthG) auf, die nun bei Anwendung der Rückführungsrichtlinie europarechtskonform auszulegen sind.¹⁰⁰²

Darüber hinaus können sich auch Dritte strafbar machen, die den Ausländer bei der Ausübung der Straftat entweder Beihilfe leisten (§ 26 StGB) oder zu dieser anstiften (§ 27 StGB) oder beispielsweise den Straftatbestand der Einschleusung gem. § 96 AufenthG erfüllen. Diese Möglichkeit der Strafbarkeit führt bei Dritten, die sog. Illegalen humanitäre Hilfe leisten, zur Verunsicherung. Denn die Grenzen, wann eine Unterstützungshandlung strafbar ist, sind für den Hilfegewährenden nicht klar zu erkennen. Nach der rechtlichen Definition liegt ein „Hilfeleisten“ im Sinne einer Beihilfehandlung schon dann vor, wenn die Handlung den illegalen Aufenthalt als Haupttat erleichtert oder fördert.¹⁰⁰³ Insbesondere längerfristige Hilfen können, trotz humanitärer Motivation, den Tatbestand der Beihilfe erfüllen, wenn diese maßgeblich dazu beitragen, dass der

997 Art. 53, 2b Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería.

998 Art. 53.2d

999 Dies hat auch zu scharfer Kritik geführt. Denn die Kriminalisierung von sich irregulär aufhaltenden Migranten sei nicht die richtige Antwort auf das Problem, sondern stigmatisiere sie und gefährde diese in ihren Menschenrechten. Zudem überlaste es die Gerichtssysteme (insbesondere in Italien). Vgl. stellvertretend nur: *Guild*, Criminalisation of Migration in Europe, Human Rights Implications, Issue Paper, published by Hammarberg, Commissioner for Human Rights.

1000 Vgl. nur: § 13 II AuslPolVO, § 47 I Nr.1 AuslG 1965, § 92 I AuslG a.F., § 95 I AufenthG. Mit der Zeit ist das Ausländerstrafrecht immer differenzierter und vielfältiger geworden. S. hierzu: *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, S. 30ff.

1001 Vgl. hierzu insbesondere: *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, 40ff.; *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 249ff.

1002 Während eines laufenden Rückführungsverfahrens darf der illegale Aufenthalt (die Nichterfüllung der Rückkehrverpflichtung) allein nicht mehr bestraft werden. Vgl. hierzu insbesondere: *Hörich*; *Bermann*, NJW 2012, S. 3340 f.

1003 Vgl. *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 250, Rn.1013 m.w.N.

Ausländer illegal im Bundesgebiet verbleibt.¹⁰⁰⁴ Zulässig sind hingegen humanitär motivierte Hilfeleistungen, die dazu dienen menschenunwürdige Verhältnisse zu verhindern.¹⁰⁰⁵ Auf europäischer Ebene ist zudem die Richtlinie 2002/90/EG zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt zu beachten.¹⁰⁰⁶ Nach Art. 1 Abs.2 der Richtlinie liegt es im Ermessen der Mitgliedstaaten, ob Unterstützung aus humanitären Gründen den Beihilfetatbestand erfüllt. Eine klare Ausnahme schreibt die Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie 2009/52/EG vor, in der in Art. 13 Abs.3 klargestellt wurde, dass die Unterstützung von Drittstaatsangehörigen bei der Einreichung von Beschwerden keine Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt i.S. der RL Nr. 2002/90/EG darstellen darf.

Zugleich werden unter Androhung von Sanktionen auch private Personen zur Migrationskontrolle verpflichtet. Hier maßgeblich Beförderungsunternehmen¹⁰⁰⁷, die zur Überprüfung der Einreisevorschriften verpflichtet werden und Arbeitgeber, die die erforderlichen Aufenthaltstitel prüfen müssen¹⁰⁰⁸.

Die angeordneten extraterritorialen Grenzkontrollen durch private Beförderungsunternehmen bedeuten gleichzeitig, dass Schutzsuchende ohne Einreiserecht keine Möglichkeit des Asylbegehrens in dem betreffenden Staat haben; sie wurden deshalb unter dem Aspekt der Umgehung verfassungs- und völkerrechtlichen Schutzpflichten stark kritisiert.¹⁰⁰⁹ Das Pendant auf europäischer Ebene findet sich in Art. 26 Abs. 2 SDÜ¹⁰¹⁰, der, vorbehaltlich völkerrechtlicher Verpflichtung und unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts, zur Einführung von Sanktionen gegen Beförderungsunternehmen verpflichtet, die Drittausländer, welche nicht über die erforderlichen Reisedokumente verfügen, auf dem Luft- und Seeweg aus einem Drittstaat in ihr Hoheitsgebiet zu verbringen.¹⁰¹¹ Darüber hinaus wurde auf Initiative Spaniens eine Richtlinie „über die Verpflichtung von

1004 S. hierzu vertiefend: *Kretschmar*, Die Straflosigkeit humanitären Handelns, ZAR 2013, S. 282.

1005 BGH, NJW 1990, 2207. S. hierzu auch *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 253, Rn.1020 u. *Kretschmar*, ZAR 2013, S. 280.

1006 Richtlinie Nr. 2002/90/EG des Rates vom 28 November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ABl. L 328 vom 5.12.2002, S. 17.

1007 Im Fall einer Beförderung von Passagieren ohne Einreiserecht werden dem Unternehmen ein Bußgeld und die Pflicht zum Rücktransport der betroffenen Person auf eigene Kosten auferlegt. Bei wiederholten Scheitern wird die Handlungspflicht mit einer Zwangsgeldandrohung (in Höhe von 1000 bis 5000 €) erzwungen, §§ 63f. AufenthG.

1008 Vgl. weiter unten: achtes Kapitel, III 2.3.2.

1009 Vgl. hierzu auch *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 343 m.w.V.

1010 Siehe auch die RL v. 28.6.2001 (ABl. Nr.L 187 S. 45).

1011 Deutschland hat hier maßgeblich mitgewirkt; hier wurde die Beförderungspflicht schon mit § 18 AuslG 1965 eingeführt.

Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln“ erlassen.¹⁰¹² Die Richtlinie 2004/82/EG wurde auf die Rechtsgrundlage des Art. 63 Abs.1 Nr. 3 lit. b) EG a.F. gestützt, obwohl die Zwecksetzung wohl eher dem Ziel der Bekämpfung des internationalen Terrorismus dient als der Verhinderung illegaler Migration.¹⁰¹³ Art. 4 Abs.1 lit. b) der Richtlinie schreibt bei Verstößen gegen die Datenübermittlungspflicht Sanktionen vor.

Was die Androhung von Sanktionen gegenüber Arbeitgebern betrifft, geht die Richtlinie 2009/52/EG noch einen Schritt weiter, indem sie den Mitgliedstaaten Sanktionen gegenüber dem Arbeitgeber konkret vorschreibt.¹⁰¹⁴ Arbeitgeber, die sich illegal aufhaltende Migranten beschäftigen, müssen sanktioniert werden. Auf die Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie wird weiter unten detailliert eingegangen.¹⁰¹⁵

III. Sonderproblem: Das Problem der illegalen Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne Aufenthaltsgenehmigung: Im Spannungsfeld zwischen Sanktionierung und Gewährung von Rechten.

1. Drittstaatsangehörige ohne Aufenthaltsgenehmigung im informellen Arbeitsmarktsektor

Illegale Migration geht in den häufigsten Fällen mit illegaler Beschäftigung einher. Denn eine der wichtigsten Gründe für die Entscheidung illegal einzuwandern, ist die Hoffnung anhand einer Erwerbstätigkeit ein angemessenes Einkommen zu erzielen. Die Suche nach irregulärer Arbeit wird vom heimischen Arbeitsmarkt in den meisten Fällen auch erfüllt.¹⁰¹⁶ Denn es ist geradezu der „Wettbewerbsvorteil“ der „Illegalen“ am Arbeitsmarkt, dass sie für Dumpinglöhnen arbeiten und außerdem für sie keine Steuern und Sozialabgaben

Richtlinie 2004/82/EG v. 29.4.2004, ABl. EU Nr. L 261/24 v. 6.8.2004.

1013 Vgl. hierzu auch *ter Steeg*, Das Einwanderungskonzept der EU, S. 425f.

1014 Siehe zur Frage, ob die Europäische Union überhaupt eine Normsetzungskompetenz für Straftatbestände innerhalb der EU besitzt: *Hörich*, Die Sanktionsrichtlinie, ZAR 2010, S. 49-53. *Hörich* stellt die unterschiedliche Rechtsprechung des EuGH, der eine Annexkompetenz bejaht und des BVerfG, der diese verneint, dar und erwartet insbesondere wegen der „Sanktionsrichtlinie“ noch Spannungen zwischen den zwei Gerichtshöfen (s. dort insbes. S. 53).

1015 Siehe weiter unten: S. 224ff.

1016 Für die Ansicht, dass irreguläre Migration wesentlich ein arbeitsmarktgesteuertes Phänomen ist, vgl. etwa *Longchmap* et al. 2005. *Finotelli*, Illegale Einwanderung, Flüchtlingsmigration und das Ende des Nord-Südmythos, S.78, m.w.N.

entrichtet werden.¹⁰¹⁷ Durch den In Kauf genommenen fehlenden arbeitsrechtlichen Schutz, sind sie zudem flexibel einsetzbar. Wirtschaftszweige, die besonders arbeitsintensiv sind, die mit niedrigen Gewinnspannen kalkulieren müssen, die starkem Wettbewerb und einer zyklischen Fluktuation bei der Arbeitsnachfrage ausgesetzt sind, können durch irregulär Beschäftigte erhebliche Arbeitskosten sparen. So bieten sich für „Irreguläre“ im Baugewerbe, in der Landwirtschaft, bei Reinigungsdiensten oder im Hotel- und Gaststättengewerbe eine Vielzahl an Gelegenheiten für eine Beschäftigung im Verborgenen an. Illegale Beschäftigung wird deshalb in einigen Branchen als ein notwendiger Bestandteil angesehen, um der erfolgreichen Flexibilität von Arbeitsprozessen gerecht zu werden. Rechtliche Maßnahmen, die eine Regularisierung ermöglichen, haben deshalb in diesen Bereichen nur teilweise Erfolg gehabt.¹⁰¹⁸ Zum Teil hat auch die Rekrutierung von Migranten informelles Wirtschaften hervorgebracht. Nach *Bommes* bewirkten zum Beispiel die Umstrukturierungen des Bausektors im Rahmen der Europäisierung, die die Rekrutierung sogenannter Werkvertragsarbeitnehmer in den frühen 1990er Jahren zur Folge hatten, maßgeblich die Reduzierung der Lohnkosten. Um weiterhin billige Arbeitskräfte einsetzen zu können, wurde nun häufig auch auf informelle Arbeitsverhältnisse zurückgegriffen.¹⁰¹⁹ Inwieweit jedoch die Existenz legaler Migrationsmöglichkeiten auf der Grundlage von Saisonarbeit und Werkverträgen, hier insbesondere in der Landwirtschaft, sich positiv oder negativ auf die Bildung irregulärer Beschäftigungsverhältnisse ausgewirkt hat, ist insgesamt noch nicht hinreichend erforscht.¹⁰²⁰

In anderen Wirtschaftszweigen, besonders bei Dienstleistungen im häuslichen Bereich, werden günstige und flexible ausländische illegale Arbeitskräfte in Anspruch genommen, da legale Arbeitskräfte für viele private Haushalte nicht bezahlbar sind bzw. die Nachfrage nicht bedienen können.¹⁰²¹ *Bommes* bemerkt

1017 S. *Bommes*, IMIS Beiträge Heft 38/2011, S. 125; s. auch *Klos*, in: Grenzen und Möglichkeiten der Migrationspolitik, S. 151.

1018 OECD Secretariat 2000, Some Lessons from Recent Regularisation programmes. In Combating the Illegal Employment of Foreign Workers, 53-70 (online), Paris OECD. Verfügbar unter: www.oecd.org. Vgl. hierzu auch *Klos*, in: Grenzen und Möglichkeiten der Migrationspolitik, S. 151.

1019 *Bommes*, APUZ 35-36/2008.

1020 S. *Schönwälder ua.* (Hrsg.), AKI-Forschungsbilanz, S. 51. Hier wurde die Gefahr, dass irreguläre Beschäftigungsverhältnisse aus einer erlaubten dreimonatigen Beschäftigungsverhältnis entstanden seien, eher als gering eingeschätzt. *Stobbe* hingegen vermutet, dass ein Zusammenhang zwischen Saisonarbeit und illegaler Beschäftigung bestehe. Vgl. *Stobbe*, Undokumentierte Migration in Deutschland und den Vereinigten Staaten, S. 98f.

1021 Gerade konservative Wohlfahrtssysteme bieten durch den Mangel an öffentlichen Angeboten die Voraussetzungen für diesen privaten

hierzu: „So ruht in Ländern wie Deutschland, Österreich, Spanien oder Italien die Finanzierung und die Organisation der Pflege einer wachsenden Zahl alter und pflegebedürftiger Menschen stillschweigend strukturell auf einer in ihrer Größenordnung schwer einzuschätzenden Zahl von informell bzw. illegal beschäftigten Migranten“.¹⁰²² Auf den offensichtlich immensen Bedarf an bezahlbarer häuslicher Pflege reagierte der Gesetzgeber erstmal vorsichtig und zeitlich begrenzt mit einer Sonderregelung über den Einsatz ausländischer Haushaltshilfen in Haushalten mit pflegebedürftigen Menschen (sog. Graycard).¹⁰²³ Diese Regelung, die später in der Beschäftigungsverordnung (BeschV) ihre Grundlage fand, gestattet zwar Deutschen mit pflegebedürftigen Familienmitgliedern auf Vermittlung der Bundesagentur für Arbeit (BA) ausländische Haushaltshilfen aus MOE-Staaten zu beschäftigen. Von dieser rechtlichen Möglichkeit wurde jedoch nur sehr eingeschränkt Gebrauch gemacht, da die gestattete Hilfe sich nur auf den Haushalt und nicht auf die Pflege bezog und deutsche Sozialversicherungsstandards vorschrieb.¹⁰²⁴ Die daraus entstehenden Kosten und die Begrenzung auf Haushaltstätigkeiten führten jedoch dazu, dass sich trotz rechtlicher Grundlage häusliche Pflege durch Ausländer vorwiegend im Bereich der Illegalität, bestenfalls in einem Graubereich von Entsendung entwickelt hatte.¹⁰²⁵ Mit der Neufassung des § 21 der BeschV (alt) im Dezember 2009 wurde der Tätigkeitsbereich auf „pflegerische Alltagshilfen“ ausgedehnt.

Mittlerweile sind die Arbeitsmarktrestriktionen für die Neu-Unionsbürgerinnen aus den MOE-Staaten seit dem 01.01.2014 entfallen. Vermutet wird, dass der freie Arbeitsmarktzugang zu einer Verlagerung der Beschäftigung von den Privathaushalten in besser bezahlte Arbeitsmarktsegmente führen wird, da die migrierenden Frauen aus MOE-Staaten meist über berufliche Qualifikationen verfügen, die europaweit gefragt sind.¹⁰²⁶ Der Bereich der haushaltsnahen Dienstleistungen wird dann an Frauen aus Russland, Asien und

informellen Sektor. Vgl. hierzu *Schönwälder ua.*, ebenda, 42 u. 55.

1022 *Bommes*, APUZ 35-36/2008.

1023 Erste Verordnung zur Änderung der Anwerbestoppausnahmereverordnung vom 30.1.2002 (BGBl 2002, S.575). Vgl. *Finotelli* (2006), S.76.; *Kolb* (2004), S. 99.

1024 Vgl. *Finotelli*; *Sciortino*, Looking for the European soft underbelly, S. 76; sie weisen darauf hin, dass bis zum Auslaufen der Regelung zum 31.12.2002 nur 1.104 Arbeitsgenehmigungen (davon 862 an polnische Arbeitnehmer) erteilt worden seien.

1025 Vgl. *Röseler*, in: Renner; Bergmann; Dienelt (Hrsg.), *AuslR-Komm*, 10. Auflg., § 18 Rn. 32.

1026 *Frings*, Die Entwicklung haushaltsnaher Dienstleistungen im Kontext der begrenzten Arbeitnehmerfreizügigkeit für Neu-Unionsbürger, in: Scheiwe; Krawietz (Hrsg.), *Transnationale Sorgearbeit*, S. 76f.

Afrika weitergegeben werden. Allerdings kann die gegenwärtig gelebte irreguläre Praxis nicht einfach durch eine Erweiterung der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis für Pflegekräfte regularisiert werden. Die daraus resultierende Verteuerung der Pflege und Betreuung, wäre für viele Pflegebedürftige und ihre Angehörigen nicht mehr finanzierbar. Als Lösung sind nur umfassende politische und rechtliche Strategien denkbar, die die Versorgung und Betreuung Pflegebedürftiger von einer überwiegend privaten Angelegenheit in eine echte gesamtgesellschaftliche Verantwortung überführt, die die übermäßigen finanziellen Lasten des Einzelnen auffängt.¹⁰²⁷

Dieser kurze Einblick in die Struktur des informellen Sektors sollte auch die Schwierigkeiten des Gesetzgebers veranschaulichen, angemessene Regelungen zur Eindämmung illegaler Beschäftigung und illegaler Migration zu erlassen. Eine völlige Verhinderung der illegalen Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen kann es nicht geben. Der Hauptansatzpunkt zur Bekämpfung illegaler Ausländerbeschäftigung besteht darin die Beschäftigungsmöglichkeiten im informellen Markt soweit wie möglich zu erschweren, um weniger Anreize für illegale Migration zu schaffen. Als Maßnahmen werden insbesondere Sanktionen und erhöhte behördliche Arbeitsplatzkontrollen eingesetzt. Darüber hinaus wirken sich auch hier maßgeblich die Übermittlungspflichten des §§ 87, 88 AufenthG auf die rechtliche Situation des illegal arbeitenden Migranten aus. Aus Angst vor einer Aufdeckung des unrechtmäßigen Aufenthaltes, bedeutet Irregularität sich der Öffentlichkeit zu entziehen. Bei Verletzung ihrer Rechte, ist der Rechtsweg in den meisten Fällen verschlossen. Ausbeuterische Arbeitgeber können ihrerseits zudem damit drohen, sie bei der Polizei „auffliegen“ zu lassen. Damit entziehen sich irreguläre Arbeitsverhältnisse größtenteils den Rechtsvorgaben. Dem Arbeitnehmer faktisch zustehende Rechte können nicht wahrgenommen werden. Seine Position ist dadurch bei der Verhandlung von Arbeitsbedingungen (z.B. in Bezug auf rechtlich gewährte Mindestlöhne, Arbeitszeiten, Arbeitsschutz) und bei der Durchsetzung des vom Arbeitgeber vorenthaltenen Arbeitslohns maßgeblich geschwächt.

Diese Grundvoraussetzungen außerhalb des Rechtsrahmens bedeuten jedoch nicht, dass unbedingt ausbeuterische Arbeitsbedingungen gegeben sein müssen. Die Arbeitsbedingungen und der Arbeitslohn hängen maßgeblich von dem

1027 Vgl. hierzu z.B. *Hoffer*, Arbeitsmigration in der Pflege – Argumente für das Ende der Grauzone, in: Scheiwe; Krawietz (Hrsg.) *Transnationale Sorgearbeit*, S. 115-119.

Arbeitsmarktsektor und dem Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber ab. Zum Beispiel lassen sich in Privathaushalten für „irreguläre Migranten“ relativ stabile Einkommen mit angemessenem Stundenlohn erzielen. Denn Vertrauen ist in diesem Arbeitssektor eine sehr wichtige Grundlage und die Nachfrage im privaten Dienstleistungsbereich ist sehr hoch.¹⁰²⁸ Aber auch hier wurden zahlreiche Fälle ausbeuterischer Arbeitsverhältnisse bekannt.¹⁰²⁹

Im Bausektor und in der Gastronomie liegen die Verhältnisse für illegal beschäftigte Ausländer anders. In diesen Wirtschaftssektoren wird weniger auf ein vertrauensvolles Arbeitsverhältnis gesetzt als auf die Nachfrage billiger Arbeitskräfte. Gefragt sind einfache Tätigkeiten, die leicht durch andere Arbeitskräfte ersetzt werden können. Zudem führt die hohe ordnungsbehördliche Kontrolldichte dazu, dass bestimmte Arbeitstätigkeiten unattraktiv werden und sich verlagern bzw. tiefer im „Untergrund“ verschwinden.¹⁰³⁰ Zudem ist es aufgrund der Internationalisierung und Verflechtung der Vertragsverhältnisse weder für die kontrollierende Behörde als auch für den einzelnen Arbeitnehmer schwer nachzuvollziehen, wer Arbeitgeber ist.¹⁰³¹ Die hohe Informalität und die leichtere Ersetzbarkeit der Arbeitskraft führen zu einer erhöhten Verletzlichkeit für gefährliche und unwürdige Arbeitsbedingungen sowie zur Vorenthaltung des Arbeitslohnes.

Äußerst problematisch ist die Situation bei Opfern von Menschenhandel. Insbesondere Frauen müssen in der „Sexindustrie“ Zwangsarbeit leisten und werden zum Teil nicht dafür entlohnt.¹⁰³² Migrantinnen, die im Herkunftsland angeworben wurden und in der Prostitution arbeiten, müssen häufig einen erheblichen Teil ihres Erwerbes an Schlepperorganisationen abtreten.¹⁰³³

1028 Wer seine Kinder oder pflegebedürftigen Eltern jemanden Dritten in die Obhut gibt und seine Hausschlüssel übergibt, ist darauf bedacht, dass die Person insgesamt mit den Arbeitsbedingungen zufrieden ist. Siehe hierzu, *Bommes; Wilmes* (2006): Studie, Menschen ohne Papiere in Köln, S. 36f.

1029 Insbesondere wird häufig der Informationsmangel des sog. Illegalen über seine Rechte und die Androhung ihn auffliegen zu lassen als Druckmittel zur Verschlechterung des Arbeitsverhältnisses ausgenutzt; vgl. hierzu insbesondere den Bericht der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) aus dem Jahre 2011, der die Situation im Hausarbeitssektor in zehn EU-Mitgliedstaaten behandelt; abrufbar unter: http://fra.europa.eu/sites/default/files/migrantinnen_in_einer_irregularen_situation_die_als_hausangestellte_arbeiten_de.pdf (aufgerufen am 03.03.2013); s. auch den EGMR Fall – *Silidian* – als Beispiel extremer Arbeitsausbeutung (vgl. hierzu weiter oben, S. 69f.).

1030 In der Bauwirtschaft führte die hohe Kontrolldichte beispielsweise zur Verlagerung vom Hoch- und Tiefbau in den Innenausbau. Siehe: *Bommes; Wilmes*, Studie: Menschen ohne Papiere in Köln, S. 41. Irregulär arbeitende Männer versuchen aufgrund der geringeren Attraktivität im Bau- und Gaststättengewerbe immer mehr in den privaten Dienstleistungsbereich auszuweichen. Siehe weiter: *ebend.*, S. 45f.

1031 *Spieß*, Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen, S. 47.

1032 *Ebenda.*, S. 47 mit weiteren Verweis in Fn. 9 auf die GTZ-Studie über Opfer von Menschenhandel aus Rumänien, *Trafficking of Women from Romania into Germany* (2005), S. 45.

1033 *Stobbe*, Undokumentierte Migration in Deutschland und den Vereinigten Staaten, S. 111.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Situation von irregulären Migranten grundsätzlich von der Situation des privaten Arbeitsmarktes abhängig ist und sich meistens außerhalb eines rechtlichen Rahmens abspielt. Zudem ist der Druck der illegalen Migration so hoch, dass trotz staatlicher Kontrollen immer wieder Nischen gesucht und gefunden werden, illegalen Beschäftigungsverhältnissen nachzugehen. Dies erfordert für die Migrationsverwaltung ein Nachdenken über umfassende Maßnahmen in diesem Bereich. Der nun folgenden Untersuchung der wichtigsten europäischen und nationalen Maßnahmen zur Eindämmung der illegalen Beschäftigung liegt wieder das Spannungsverhältnis zwischen Rechten des irregulären Migranten und angemessenen Maßnahmen zu Steuerung illegaler Migration zugrunde.

2. Die Arbeitgebersanktionsrichtlinie – Die Richtlinie 2009/52/EG über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen

Einleitung

Die Europäische Kommission hat am 16. Mai 2007 den Entwurf einer Richtlinie¹⁰³⁴ vorgelegt, die die Sanktionierung von Arbeitgebern, die sich illegal aufhaltende Migranten beschäftigen, zum Inhalt hat. Nach der Vorlage im Rat und dem Europäischen Parlament, hat das Europäische Parlament, der Rat der Europäischen Union den Vorschlag in der geänderten Fassung am 3. Februar 2009 im Verfahren der Mitentscheidung nach Art. 251 EG angenommen; sie trat dann am 20. Juli 2009 in Kraft.¹⁰³⁵ Die Richtlinie 2009/52/EG stützt sich auf die Rechtsgrundlage des Art. 63 Abs. 3 Buchstabe lit. b) EGV aF. Die Mitgliedstaaten mussten die Richtlinie bis zum 20. Juli 2011 in nationales Recht umgesetzt haben.¹⁰³⁶

1034 Kommissionsvorschlag: KOM (2007) 0249 - C 60143/2007 – 2007/0094 (COD).

1035 Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.06.2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, ABl. L 168/24.

1036 Art. 17 der Richtlinie 2009/52/EG.

2.1. Ziel der Richtlinie 2009/52/EG

Vorrangiges Ziel der Richtlinie ist die Eindämmung der irregulären Migration durch die Einschränkung der Beschäftigungsmöglichkeiten für irreguläre Migranten.¹⁰³⁷ Die Richtlinie 2009/52/EG schreibt ein allgemeines Verbot der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne legalen Aufenthalt vor.¹⁰³⁸ Bei einem Verstoß gegen dieses Gebot sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, mit Sanktionen und Maßnahmen zu reagieren. Die Richtlinie sieht nur Mindestregeln vor. Den Mitgliedstaaten steht es frei, strengere Sanktionen, Maßnahmen und Arbeitgeberpflichten einzuführen oder beizubehalten.¹⁰³⁹ Insgesamt sollen diese Maßnahmen (Präventivmaßnahmen (Art. 4), Kontrollmaßnahmen (Art. 14), Sanktionsmaßnahmen (Art. 5, Art. 6 Abs.1, Art. 7, Art. 9-12 und Art. 8), zu einer Angleichung der Rechte zwischen legal und illegal Beschäftigten (Art. 6, Art. 13)) führen und damit die Attraktivität der illegalen Beschäftigung für den Arbeitgeber maßgeblich geschmälert werden. Durch die erhoffte Einschränkung von „Verdienstmöglichkeiten“ für irreguläre Migranten, soll ein wichtiger Pullfaktor für die illegale Einreise und Aufenthalt abgeschwächt werden.¹⁰⁴⁰ Die Stärkung der Rechte für sog. Illegale im Arbeitsverhältnis ist dabei nicht das vordergründige Anliegen der Richtlinie, aber ein zu beachtendes Element.¹⁰⁴¹ In erster Linie geht es aber nicht um den Schutz des illegal Beschäftigten, sondern die negativen Auswirkungen der illegalen Beschäftigung insgesamt einzudämmen.¹⁰⁴² Der Ansatz besteht jedoch darin, nicht den illegal beschäftigten irregulären Drittstaatsangehörigen, sondern den Arbeitgeber zu sanktionieren.

Die Richtlinie möchte ein Mindestmaß an Harmonisierung mit drei wesentlichen Merkmalen auf europäischer Ebene herbeiführen: verwaltungstechnische Pflichten für den Arbeitgeber, Sanktionierung bei

1037 S. z.B. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2009/52/EG. (ABl. L 168 vom 30.06.2009, S. 24).

1038 Art. 1 und Art. 3 der RL, siehe auch Erwägungsgrund 3. Eine Ausnahme enthält Art. 3 Abs.3 der RL. Für den Fall, dass die Rückführung des Drittstaatsangehörigen aufgeschoben wurde, liegt es im Ermessen des Mitgliedstaates, ob eine Beschäftigung gestattet ist. Damit können auch geduldete Ausländer in Deutschland in den Genuss der Gestattung einer Beschäftigung kommen.

1039 Art.1 und Erwägungsgrund 4 der RL.

1040 S. Erwägungsgrund 2 der Richtlinie (ABl. L 168 vom 30.06.2009, S. 24).

1041 S. hierzu auch die Mitteilung der Kommission (COM (2014) 286 final) vom 22.05.2014. Dort heißt es z.B. auf S. 2: „Gleichzeitig sind Schutzmaßnahmen zur Wiedergutmachung des Unrechts vorgesehen, das irregulären Migranten widerfahren ist.“

1042 So heißt es in der Begründung der Richtlinie: „Illegale Beschäftigung kann Druck auf die Löhne ausüben, die die Verschlechterung insgesamt bewirken und den Wettbewerb zwischen den Unternehmen verzerren. Durch eine Anpassung der Rechte zwischen legal und illegal Beschäftigten können diese negativen Folgen vermindert werden.“

Zuwiderhandlung und vermehrte Kontrolle durch die Mitgliedstaaten.¹⁰⁴³

2.2. Anwendungsbereich der Arbeitgebersanktionsrichtlinie

„Ohne legalen Aufenthalt“ befindet sich ein Drittstaatsangehöriger gem. Art. 2 c) der Richtlinie 2009/52/EG, wenn die Voraussetzungen für dessen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates nicht oder nicht mehr erfüllt sind. Unter „illegaler Beschäftigung“ werden gem. Art. 2 lit. d) die Fälle bezeichnet, in denen ein Drittstaatsangehöriger ohne legalen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates beschäftigt wird. Damit fallen Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, aber unter Verletzung ihres Aufenthaltstitels (der ihnen die konkret ausgeübte Beschäftigung untersagt) einer Erwerbstätigkeit nachgehen, nicht unter den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Mehrere Mitgliedstaaten haben den Anwendungsbereich jedoch auf diese Personengruppe ausgedehnt.¹⁰⁴⁴ Hingegen fallen die nach deutschem Recht geduldeten Migranten in den Anwendungsbereich der Richtlinie, da ihr Aufenthalt rechtswidrig ist.

2.3. Maßnahmen zur Eindämmung irregulärer Migration und Beschäftigung

2.3.1. Erhöhung der Behördenkontrollen

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet eine wirksame und angemessene Durchführung von Inspektionen zur Aufdeckung illegaler Beschäftigung sicher zu stellen.¹⁰⁴⁵ Die betreffenden Unternehmen werden auf der Basis einer Risikobewertung überprüft (Art. 14 Abs.1 und 2). Die Kommission wollte noch eine Inspektionsquote von mindestens jährlich 10 % für die Mitgliedstaaten verbindlich vorschreiben. Diese hohe jährliche Kontrolldichte wurde jedoch aufgrund des erheblichen Verwaltungsaufwandes und der dadurch nicht

1043 Ein Harmonisierungsbedarf in Einklang mit dem in Art. 5 EUV niedergelegten Subsidiaritätsprinzips ist gegeben, da der Umgang mit illegaler Beschäftigung in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich ist. Dadurch können die Wettbewerbsbedingungen innerhalb der EU verfälscht werden und es kann zu Sekundärbewegungen kommen. Siehe aber auch in Bezug auf die Festlegung bestimmter Sanktionen die Kritik des Deutschen Bundesrates in seiner Stellungnahme (BR-Drs. 364/07).

1044 So z.B. illegale Beschäftigung mit einem Touristen- oder Studentenvisum. Jedoch haben mehrere Mitgliedstaaten beschlossen, den Anwendungsbereich der Richtlinie zu erweitern und diese auch auf diese Personengruppe zu erstrecken. S. zu den einzelnen Mitgliedstaaten die Mitteilung der Kommission v. 22.05.2014, COM (2014) 286 final, S. 3.

1045 Art. 14 Abs.1 Richtlinie 2009/52/EG; s. auch Erwägungsgrund 28 u. 29 der RL.

gewährleisteten Qualität nicht für zweckmäßig befunden.¹⁰⁴⁶ Im nationalen Durchschnitt liegt dieser Anteil derzeit bei 2 %.¹⁰⁴⁷

2.3.2. Arbeitgeberpflichten

Die Richtlinie legt dem Arbeitgeber verschiedene Prüfpflichten auf, die bei deren Beachtung im Fall einer Aufdeckung eines Beschäftigtenverhältnisses mit einem sog. Illegalen zu einer Nichthaftbarmachung gemäß Art. 4 Abs.3 der Richtlinie 2009/52/EG führen.

Zum einen ist der Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob der ausländische Arbeitnehmer einen gültigen Aufenthaltstitel vorlegen kann (Art. 4 Abs.1), der nicht offenkundig falsch ist. Für die Dauer der Beschäftigung ist der Nachweis über den Aufenthaltstitel zu dokumentieren (Art. 4 Abs.1. lit. b). Darüber hinaus müssen Unternehmen und juristische Personen die Beschäftigung eines Drittstaatsangehörigen der zuständigen Behörde melden (Art 4 Abs.1 lit. c). Handelt es sich bei dem Arbeitgeber um eine natürliche Person und dient die Beschäftigung privaten Zwecken ist ein einfaches Meldeverfahren möglich (Art. 4 Abs.2).

2.3.3. Sanktionen

Bei Zuwiderhandlung gegen das in Art. 3 niedergelegte Verbot ist der Mitgliedstaat verpflichtet, wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen gegen den Arbeitgeber zu verhängen. Art. 5 Abs.2 schreibt lit. a) finanzielle Sanktionen vor, die entsprechend der Zahl der illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen verschärft werden und verlangt zudem in lit. b) die Übernahme der Kosten der Rückführung. Bei natürlichen Personen, die zu privaten Zwecken und keine besonders ausbeuterische Arbeitsverhältnisse abgeschlossen haben, sind geringere Geldstrafen möglich (Art. 5 Abs. 3). Vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen Art. 3 der Richtlinie sollen in besonders schweren Fällen nach Art. 9 der Richtlinie eine Straftat darstellen und hierfür

¹⁰⁴⁶ Vgl. Kritik des Bundesrates (Drucksache 364/07, Punkt 24), dass die Quotenregelung keine Gewähr für eine effektive Kontrolle biete, da diese keine Kriterien zur Auswahl der Unternehmen und zur Qualität der Überprüfung vorsehe. Vgl. hierzu auch Kritik v. *Vogel; Cyrus*, in: *Focus Migration*, März 2008, S. 6 und *Voglieder*, ZAR 2009, S. 175.

¹⁰⁴⁷ Vgl. KOM (2007) 249 endg., SEC (2007) 603, Impact Assessment v. 16.5.2007, S. 168.

angemessene wirksame, abschreckende strafrechtliche Sanktionen androht werden (Art. 10 der Richtlinie). Das ist der Fall, wenn nach Art. 9 lit. a) die Zuwiderhandlung nicht abgestellt oder kontinuierlich begangen wird oder lit. b) die Zuwiderhandlung eine erhebliche Anzahl gleichzeitig illegal beschäftigter Drittstaatsangehöriger betrifft¹⁰⁴⁸, lit. c) besonders ausbeuterische Arbeitsbedingungen vorliegen lit. d) die Arbeitskraft genutzt wird, wohl wissend, dass diese Person Opfer von Menschenhandel ist oder lit. e) einen Minderjährigen¹⁰⁴⁹ betrifft. Die Haftung trifft sowohl natürliche Personen als auch Personen in leitender Stellung innerhalb einer juristischen Person bei maßgeblicher Rechtsverletzung im Rahmen ihrer Geschäfte.¹⁰⁵⁰ Darüber hinaus können ggf. sonstige Maßnahmen, insbesondere der Ausschluss von Zuwendungen und vom Vergabeverfahren, verhängt werden.¹⁰⁵¹

2.3.4. Stärkung der Arbeitnehmerrechte als Sanktion für den Arbeitgeber

Die Richtlinie enthält Vorschriften, die dem illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen grundlegende Arbeitnehmerrechte gewährleisten sollen. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass der Arbeitgeber gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) noch ausstehende Vergütungen dem illegal Beschäftigten nachzahlt.¹⁰⁵² Gegebenenfalls werden die Kosten für die Überweisung ausstehender Beträge in dem Fall der Rückführung ins Heimatland in Rechnung gestellt (Art. 6 Abs.1 lit. c). Wegen der Schwierigkeit des Nachweises eines Arbeitsverhältnisses für „Illegale“, wird eine Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses von drei Monaten vermutet; es sei denn, es kann eine andere Zeitspanne nachgewiesen werden.¹⁰⁵³ Außerdem müssen nach Art. 6 lit b) der Richtlinie fällige Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nachgezahlt werden. Darüber hinaus kann unter den Bedingungen des Art. 8 der Richtlinie der illegal Beschäftigte Ansprüche

1048 Im Vergleich zum Kommissionsvorschlag (Art. 10 Abs.1 lit.b) KOM (2007) 249 endg.) wurde statt „vier“ auf „erhebliche“ verändert.

1049 Im Vergleich zum Kommissionsvorschlag (Fn.1047) werden nun auch Minderjährige miteinfasst.

1050 Artt. 10 u. 11 der RL 2009/52/EG.

1051 Die einzelnen Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten treffen können, sind in Art. 7 der Richtlinie aufgelistet.

1052 Nach dem Kommissionsvorschlag (KOM (2007) 249 endg.) sollte dieser Prozess noch automatisch in Gang gesetzt werden (vgl. Art. 7 Abs.2 lit. a). Ein solches Verfahren ist in Art. 6 Abs.2 (b) nur noch optional vorgesehen. Vgl. hierzu auch *Schierle*, Arbeitsrechtlicher Schutz bei illegaler Beschäftigung, in: Barwig (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländergesetz 2009, S. 101.

1053 Art. 6 Abs.3. Der Vorschlag der Kommission sprach noch von einer vermuteten sechsmonatigen Dauer (vgl. Art.7 Abs.2b KOM (2007) 249 endg.).

gegenüber dem Auftraggeber seines Arbeitgebers geltend machen.¹⁰⁵⁴

Zur effektiven Durchsetzbarkeit dieser Rechte sollen die Mitgliedstaaten Mechanismen einführen, die gewährleisten, dass die erforderlichen Verfahren zur Einforderung ausstehender Vergütungen auch nach ihrer Rückkehr oder Rückführung eingereicht und ggf. die Forderung vollstreckt werden können und der sich illegal aufhaltende Ausländer vor der Vollstreckung einer Entscheidung über die Rückführung über seine Rechte systematisch und objektiv informiert wird (Art. 6 Abs.2 lit. b).¹⁰⁵⁵ Hervorzuheben ist, dass die einzuführenden wirksamen Verfahren auch mit Hilfe benannter Dritte, zum Beispiel durch Gewerkschaften, gegen den Arbeitgeber eingeleitet werden können.¹⁰⁵⁶ Diese können dann, wenn sie ein rechtmäßiges Interesse an der Einhaltung der Richtlinie haben, entweder im Namen eines illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen oder zu dessen Unterstützung mit dessen Einwilligung an den notwendigen Verwaltungs- und zivilrechtlichen Verfahren sich beteiligen.¹⁰⁵⁷ Derartige Unterstützungshandlungen dürfen keine Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt gem. Art. 13 Abs.3 der Richtlinie 2002/90/EG¹⁰⁵⁸ darstellen. Ob diese Rechte auch anonym geltend gemacht werden können bzw. ob die Staaten verpflichtet sind, anonyme Klageverfahren einzuführen, besagt die Regelung nicht eindeutig. Die in Deutschland gesetzlich festgelegten Übermittlungspflichten des § 87 Abs.2¹⁰⁵⁹ könnten hingegen gegen das vorgeschriebene „wirksame Verfahren“ verstoßen.¹⁰⁶⁰ Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 6 Abs.2 lit. a) i.V.m. Abs. 1 der Richtlinie 2009/52/EG verpflichtet, wirksame Verfahren zur Geltendmachung des Vergütungsanspruchs einzurichten, einschließlich der Möglichkeit eine entsprechende gerichtliche Entscheidung vollstrecken zu lassen, ggf. auch nach der Rückkehr in das Heimatland. In einer Evaluierung der

1054 In der Regel ist der Auftraggeber nur haftbar (im Unterschied zum Richtlinienentwurf), wenn dieser von dem illegalen Beschäftigungsverhältnis wusste (Art. 8 (2)) und nicht, wenn er seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist (Art. 8 (3)). Der Richtlinienentwurf forderte hingegen auch in diesem Fall eine Haftung.

1055 Dass dieses Verfahren automatisch von Staats wegen anläuft, wie es noch im Richtlinienentwurf der Kommission zu finden war (Art.7 Abs.2 a)), ist auf Kritik einiger Mitgliedstaaten geändert worden. Der deutsche Bundesrat schlug vielmehr eine Abschöpfung der ausstehenden Vergütung bei Rückkehr vor, um andere mögliche illegal Beschäftigte abzuschrecken (Empfehlung, 364/1/07, S.6, Rn. 24, 25; insbesondere auch Rn. 40f.)

1056 Art. 13 Abs.1 und Art. 6 Abs.1 der RL.

1057 Art. 13 Abs.2 der RL.

1058 Richtlinie Nr. 2002/90/EG des Rates vom 28 November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ABl. L 328 vom 5.12.2002, S. 17.

1059 Vgl. hierzu achttes Kapitel, 213ff.

1060 So die Ansicht von *Schierle*, Arbeitsrechtlicher Schutz bei illegaler Beschäftigung, in: Barwig ua (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländergesetz 2009, S. 101.

Kommission betreffend der Anwendung der Richtlinie vom Mai 2014 stellte sie fest, dass nur vier Mitgliedstaaten besondere Maßnahmen eingeführt haben, dank derer irreguläre Migranten die ihnen zustehenden Zahlungen erhalten könnten; dies auch nach ihrer Rückkehr oder Rückführung.¹⁰⁶¹ Zudem bemängelte die Kommission, dass die Pflicht einer „systematischen und objektiven Information“ der irregulären Migranten über ihre Rechte nicht effektiv umgesetzt sei.¹⁰⁶²

Darüber hinaus sieht Art. 13 Abs.4 der Richtlinie im Fall ausbeuterischer Arbeitsbedingungen und illegaler Beschäftigung von Minderjährigen eine befristete Aufenthaltserlaubnis für aussagebereite Opfer nach innerstaatlichem Recht im Einzelfall vor.¹⁰⁶³ In diesem Fall muss der Drittstaatsangehörige im Verfahren gegen den Arbeitgeber kooperieren.¹⁰⁶⁴ Diese befristete (für die Dauer des Strafverfahrens) Legalisierungsmöglichkeit wurde in Anlehnung an die Bedingungen der Opferschutzrichtlinie ausgestaltet.¹⁰⁶⁵ Die Mitgliedstaaten haben weiterhin das Recht, Vorschriften im Zusammenhang mit den Artikeln 6 und 13 beizubehalten bzw. zu erlassen, die günstiger sind, soweit sie mit der Richtlinie im Zusammenhang stehen.

2.4. Regularisierungsmöglichkeiten

Abgesehen von den besonderen Einzelfällen des Art. 13 Abs.4 wird die Möglichkeit der Regularisierung aus ökonomischen Gründen nicht behandelt.¹⁰⁶⁶ Die Richtlinie stellt in dieser Hinsicht klar, dass der Drittstaatsangehörige aus dem illegalen Beschäftigungsverhältnis kein Recht auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt herleiten kann.

1061 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat betreffend die Anwendung der Richtlinie 2009/52/EG vom 18.Juni 2009 über die Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, KOM (2014) 286, endg, S. 8f.

1062 Ibid, S. 9.

1063 Der im Richtlinienentwurf noch enthaltene Ansatz, dass Opfer von besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen nicht abgeschoben werden sollten, bis sie ihre ausstehende Vergütung erhalten, konnte sich nicht durchsetzen.

1064 Die Umsetzung dieser Bestimmung liegt jetzt maßgeblich im Ermessen der Mitgliedstaaten; anders noch im Kommissionsvorschlag (Fn.1047), Art. 14 Abs.3. Dies geht wohl auch auf die Kritik des Bundesrates zurück (Empfehlung, 364/07, S.8, Rn.33), der diese Ausweitung des Anwendungsbereichs der RL 2004/81/EG kritisiert hatte, da es einen Anreiz zur Aufnahme illegaler Beschäftigung darstelle. Zudem wurde infrage gestellt, ob Art. 63 Abs.3 lit.b) EG hier die richtige Rechtsgrundlage sei.

1065 Richtlinie über die Erteilung kurzfristiger Aufenthaltstitel für Opfer der Beihilfe zur illegalen Einwanderung und des Menschenhandels, die mit den zuständigen Behörden kooperieren, RL 2004/81/EG des Rates v. 29.4.2004, ABIEG 1 261, S.24.

1066 Es wurde aber auf europäischer Ebene als Legalisierungsgrund in Erwägung gezogen.

Zusammenfassung

Positiv sind sicherlich die Vorgaben bezüglich der Rechte illegal beschäftigter Arbeitnehmer zu bewerten. Hierdurch soll illegale Beschäftigung für den Arbeitgeber unattraktiv gemacht werden, weil er aus der illegalen Arbeitskraft keine Vorteile mehr zieht. Denn dem illegal Beschäftigten stehen größtenteils ähnliche Rechte (vor allem was die Vergütung betrifft) wie legal Beschäftigten zu. Interessant ist dabei, dass explizit auf die besondere Problematik der illegalen Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne Aufenthaltspapiere eingegangen wird. So wird die schwierige Beweislage bezüglich der Arbeitsdauer und Vergütung auf Grund der meist fehlenden schriftlichen Vereinbarung zumindest durch die Rechtsvermutung für ein Arbeitsverhältnis von mindestens dreimonatiger Dauer und einer Vergütung, die dem Mindestlohn in den Tarifvereinbarungen oder gemäß den Gepflogenheiten in den Beschäftigungsbranchen entsprechen, vereinfacht. Darüber hinaus wird die Problematik der Durchsetzung der Rechte thematisiert. Zur Durchsetzung der Rechte sollen wirksame Verfahren von den Mitgliedstaaten eingeführt werden. Die Frage bleibt jedoch, ob diese Rechte nur im Fall der Aufdeckung des illegalen Status, also bei der Rückkehr, garantiert werden sollen. Dagegen würde sprechen, dass Dritte (z.B. Gewerkschaften) im Namen des illegal beschäftigten Arbeitnehmers befugt sind, Beschwerde einzulegen, ohne der Gefahr der Sanktionierung wegen Beihilfe zum illegalen Aufenthalt ausgesetzt zu sein.¹⁰⁶⁷ Daraus lässt sich schließen, dass die Arbeitnehmerrechte auch aus der „Illegalität“ heraus geltend gemacht werden sollen können. Eine konkrete Vorschrift, dass die Mitgliedstaaten anonyme Beschwerdeverfahren einzuleiten haben, kann aus Art. 13 Abs.1 der Richtlinie nicht abgeleitet werden. Zumindest werden die Übermittlungspflichten im nationalen Recht wohl mit dem Erfordernis eines „wirksamen Verfahrens“ nicht mehr im Einklang stehen. Der Evaluierungsbericht der Kommission vom Mai 2014 zeigt hingegen, dass viele Mitgliedstaaten die in der Richtlinie vorgesehenen Schutzelemente zugunsten der irregulären Migranten nicht zufriedenstellend umgesetzt haben.¹⁰⁶⁸

Vergleicht man die Rechte mit denen, die explizit in der UNWAK¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁷ Vgl. auch Erwägungsgrund (26) und (27).

¹⁰⁶⁸ S. KOM (2014) 286 endg, insbes. S. 11.

¹⁰⁶⁹ Vgl. hierzu das dritte Kapitel, S. 29 ff.

garantiert sind, so sind diese ähnlich, in der Richtlinie sogar noch detaillierter geregelt. Der maßgebliche Zweck der „Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie“ für die Rechtsgewährleistung ist jedoch im Unterschied zur UNWAK eine effektivere Migrationskontrolle. Die Aussage der Richtlinie heißt: „Illegale bekommen Rechte, nicht weil sie schutzwürdig sind, sondern als Mittel zur Bekämpfung illegaler Migration“. Dieses Mittel, Stärkung der Arbeitnehmerrechte, hätte andererseits aber auch wesentlich restriktiver ausgestaltet werden können. In den Verhandlungen im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens zur Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie wurden mitunter ganz andere Ansätze diskutiert. So wurde insbesondere auch vorgeschlagen, dass man nicht die Rechte der Arbeitnehmer stärkt, sondern allein mit Sanktionen und effektiven und unbürokratischen Bußgeldern gegen illegale Beschäftigung vorgeht.¹⁰⁷⁰ Der positive Ansatz hinsichtlich der Arbeitnehmerrechte ist sicherlich auch dem Einfluss des Europäischen Parlaments zu verdanken, dass sich über sein Mitentscheidungsrecht für die Rechte der irregulären Migranten in illegaler Beschäftigung eingesetzt hatte.¹⁰⁷¹ Nicht zu unterschätzen ist hingegen die Gefahr, dass die Umsetzung der Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie zu einer Diskriminierung der sich legal aufhaltenden Wanderarbeitnehmer bei ihrer Arbeitssuche führen könnte.¹⁰⁷²

3. Wanderarbeitnehmer ohne Aufenthaltsstatus in Deutschland – ihre rechtliche Berücksichtigung

3.1. Genehmigungspflicht und Möglichkeiten der legalen Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer

Im Bereich der Arbeitsmigration hat Deutschland mit dem Zuwanderungsgesetz 2005 angefangen, Einwanderung aktiv zu steuern und den Arbeitsmarkt für Drittstaatsangehörige Schritt für Schritt zu öffnen. Neu eingeführt wurde im Aufenthaltsgesetz die Erleichterung, dass die Entscheidung über Aufenthalt und

1070 Vgl. hierzu auch *Schierle*, Arbeitsrechtlicher Schutz bei illegaler Beschäftigung, in: Barwig ua (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländergesetz 2009, S. 101.

1071 Darauf weist *Groenendijk*, Arbeitsmigration aus Drittstaaten, in: Barwig ua (Hrsg.), Hohenheimer Tage 2009, S. 31, hin, der insbesondere den Einsatz eines italienischen Sozialdemokraten des EP im Mitentscheidungsverfahren der RL hervorhebt.

1072 Darauf weist die europäische Grundrechteagentur (FRA) in ihrer Stellungnahme zum Stockholmer Programm hin: „The Stockholm Programm: A chance to put fundamental rights protection right in the centre of the European Agenda“, S. 11. Vgl. auch die Kritik von *Vogel; Cyrus*, Irreguläre Migration in Europa, Focus Migration Kurzdossier (2008).

Ausübung einer Erwerbstätigkeit eines Ausländers nunmehr einheitlich durch die Ausländerbehörde („one-stop government“) ergeht. Das doppelte Genehmigungsverfahren wurde durch ein Zustimmungsverfahren ersetzt.¹⁰⁷³ Gemäß § 39 Abs.1 S.1 AufenthG erfolgt nun die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit über die Arbeitserlaubnis intern.¹⁰⁷⁴

Der seit 1972 eingeführte Anwerbestopp wurde zwar zunächst weitgehend übernommen und der Arbeitsmarkt blieb dadurch für Drittstaatsangehörige grundsätzlich verschlossen.¹⁰⁷⁵ Eine Zuwanderung zu Arbeitszwecken war die Ausnahme und nur in bestimmten Branchen ausnahmsweise möglich. Dennoch entwickelt sich schrittweise, insbesondere für hochqualifizierte Drittstaatsangehörige, eine Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes und eine zunehmende Vereinfachung der Verfahrensvorschriften zur Arbeitsmarktzulassung. Die rechtlichen Rahmenbedingungen erfuhren eine kontinuierliche Liberalisierung. Darüber hinaus diente die mit Wirkung vom 1. Juli 2013 in Kraft getretene neue Beschäftigungsverordnung auch dem Ziel, gut ausgebildeten ausländischen Arbeitnehmern die Zuwanderung zur Ausübung einer Beschäftigung zu erleichtern, indem es insgesamt das Arbeitsmarktbeschäftigungsrecht rechtlich klarer und einfacher auszugestalten versuchte.¹⁰⁷⁶

Rechtstechnisch besteht weiterhin ein sogenanntes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, d.h. die Beschäftigung von Ausländern gilt als verboten, es sei denn der Aufenthaltstitel erlaubt es (§ 4 Abs.3 S.1 AufenthG). Drittstaatsangehörige benötigen in Deutschland grundsätzlich einen Aufenthaltstitel, der ihnen eine Erwerbstätigkeit gestattet. Jeder Aufenthaltstitel muss bereits erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist (§ 4 Abs.2 S.2 AufenthG).¹⁰⁷⁷

Die aufhaltrechtlichen Regelungen orientieren sich insbesondere an dem

1073 *Stiegeler*, in: Hofmann; Hoffmann (Hrsg.) HK-AusIR, 1. Aufl., § 39 Rn.5.

1074 Prüfungsmaßstab für die Beurteilung ist, ob die Ausländerbeschäftigung negative Auswirkungen auf den inländischen Arbeitsmarkt erwarten lässt. Dabei ist im Grundsatz eine Arbeitsmarkt- und Vorrangprüfung vorzunehmen, dh es dürfen keine bevorrechtigten deutschen oder sonstigen Arbeitnehmer für den konkreten Arbeitsplatz zur Verfügung stehen. Zudem darf der Ausländer nicht zu ungünstigeren Bedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt werden (§39 II AufenthG).

1075 Der im Verfahren zum Aufenthaltsgesetz vom Gesetzgeber angekündigte Paradigmenwechsel hatte sich erstmal nicht verwirklicht, wird nun aber Schritt für Schritt realisiert. Siehe hierzu z.B. das SVR-Jahresgutachten 2014, Neun Kernbotschaften, S. 1, abrufbar unter: http://www.svr-migration.de/content/wp-content/uploads/2014/04/SVR_JG_2014_WEB.pdf, aufgerufen am 01.09.2014.

1076 Vgl. Verordnungsbegründung v. 1.2.2012, BR-Drs. 182/13.

1077 *Hoffmann*, in: Hofmann; Hoffmann (Hrsg.), HK- AusIR, 1. Aufl., § 4 Rn.20.

Qualifikationsprofil der angestrebten Beschäftigung und daran, ob die Zuwanderung auf eine dauerhafte Beschäftigung oder nur vorübergehend angelegt ist. § 18 Abs.2 AufenthG enthält die Grundnorm für die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung. § 18 AufenthG ist einschlägig, wenn der Ausländer keine selbständige Tätigkeit nach § 21 AufenthG ausübt und nicht „hochqualifiziert“ i.S.v. § 19 AufenthG¹⁰⁷⁸ bzw. § 19a AufenthG¹⁰⁷⁹ oder kein Forscher i.S.v. § 20 AufenthG ist.

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit setzt voraus, dass der Arbeitsmarkt durch zwischenstaatliche Vereinbarung oder Rechtsverordnung eröffnet ist (§ 18 Abs.3, Abs.4 AufenthG). Nach Abs.4 dürfen Beschäftigungen, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen, nur über einen Aufenthaltstitel legitimiert werden, wenn diese Tätigkeit ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit ausgeübt werden kann oder wenn sie zu einer durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG zugelassenen Berufsgruppe gehören.¹⁰⁸⁰ Nach der derzeitigen Beschäftigungsverordnungsregelung (BeschV) sind als vorübergehende Beschäftigung erlaubnisfähig etwa Saisonbeschäftigungen (§ 15 lit. a) BeschV), Au-Pair-Beschäftigungen (§ 12 BeschV) und Haushaltshilfen (§ 15 lit. c) BeschV). Für Ausländer, die hingegen eine ausbildungsangemessene Beschäftigung anstreben, ist beispielsweise für Pflegefachkräfte aus Drittstaaten nach § 6 Abs.2 BeschV der Nachweis eines gleichwertigen Ausbildungsstandes und ausreichende Sprachkenntnisse erforderlich. Im Jahre 2013 wurde durch eine weitere Änderung der BeschV die bereits bestehende Liste für Mangelberufe auf technische und Pflegeberufe erweitert,¹⁰⁸¹ so dass nunmehr keine Vorrangprüfung

1078 § 19 bestimmt unter welchen Voraussetzungen hochqualifizierte Ausländer in besonderen Fällen eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden kann.

1079 Als neuer befristeter Aufenthaltstitel wurde die EU Blue Card (Richtlinie 2009/50/EG) in das Aufenthaltsgesetz eingeführt, wonach insbesondere die Zuwanderung für qualifizierte Drittstaater erleichtert wurde und ihrem Inhaber eine höhere Mobilität innerhalb der EU ermöglichen soll.

1079 *Siegeler*, in: Hofmann; Hoffmann (Hrsg.), HK-AuslR, 1. Aufl., § 39 Rn.5.

1080 In begründeten Einzelfällen kann eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Beschäftigung auch dann erteilt werden, wenn ein öffentliches Interesse, insbesondere ein regionales, wirtschaftliches oder arbeitsmarktpolitisches Interesse besteht (§18 Abs.4 S.2 AufenthG). S. hierzu: https://www.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mta4/~edisp/16019022dstbai447048.pdf?_ba.sid=L6019022DSTBAI447051

1081 S. hierzu die Positivliste der Bundesagentur für Arbeit gem. § 6 Abs.2 S.1 Nr. 2 BeschV v. 1.09.2015 verfügbar unter: https://www.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mta4/~edisp/16019022dstbai447048.pdf?_ba.sid=L6019022DSTBAI447051 (zuletzt besucht am 7.12.2015).

mehr i.S.d. § 6 Abs. 3 der BeschV stattzufinden hat.¹⁰⁸² Ob die neu geschaffenen rechtlichen Möglichkeiten zur Entgegenwirkung von Engpässen an Arbeitskräften in bestimmten Branchen auch die politisch gewollte Eindämmung der irregulären Beschäftigung bewirken wird, ist fraglich. Abzuwarten bleibt, inwieweit sich die seit dem 01.01.2014 bestehende uneingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV für Rumänen und Bulgaren auf den illegalen Arbeitsmarkt auswirken wird.¹⁰⁸³ Diese waren in der Vergangenheit, auch aufgrund der noch bestehenden Arbeitsmarktrestriktionen, häufig in prekären und informellen Arbeitsverhältnissen beschäftigt und traten als Opfer von Menschenhandel in Erscheinung.¹⁰⁸⁴

Hat sich der deutsche Arbeitsmarkt für Hochqualifizierte und Fachkräfte geöffnet, bleibt er gegen Arbeitszuwanderung von ungelernten Arbeitskräften weitgehend abgeschlossen. Eine kleine Öffnung bietet die neue Regelung des § 26 Abs. 2 BeschV für Staatsangehörige von Albanien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Mazedonien, Montenegro und Serbien, die am 01.11.2015 mit dem Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz in Kraft getreten ist. Die Verordnung bietet unabhängig der persönlichen Qualifikation die Möglichkeit der Aufnahme einer Ausbildung oder einer Beschäftigung in Deutschland. Voraussetzungen sind ein konkretes Ausbildungs- oder Arbeitsplatzangebot mit tariflichen bzw. ortsüblichen Gehalt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit, die eine sogenannte Vorrangprüfung vornimmt. Zwingende Voraussetzung ist, dass ein Visumverfahren aus dem Herkunftsstaat betrieben wird. Sinn und Zweck der Verordnung ist insbesondere die Eindämmung der missbräuchlichen Inanspruchnahme des Flüchtlingsrechts durch die Staatsangehörigen der Balkanländer, indem Visum-Antragsteller, die sich auf § 26 Abs.2 BeschV berufen wollen, in den letzten 24 Monaten vor Visum-Antragstellung in Deutschland keine Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz bezogen haben dürfen.¹⁰⁸⁵ Hingegen hätte eine zu restriktive Auslegung der Verordnung

1082 Im Jahr 2013 wurde zudem ein Programm mit dem Namen „Triple Win“ zur Rekrutierung von Pflegekräften in Bosnien-Herzegowina, Serbien und auf den Philippinen etabliert. Vgl. hierzu *Ohliger*, Fachkräfteeinwanderung: Ansätze und erste Erfahrungen, MuB 2014/5.

1083 Art. 23 der Beitrittsakte zum Vertrag zum Beitritt zur EU vom 25.04.2005 sowie deren Anhang VI und VIII ermöglichte die Suspendierung eines ungehinderten und diskriminierungsfreien Zugangs zum Arbeitsmarkt zu Gunsten der bisherigen fünfzehn Mitgliedstaaten in drei Phasen bis zu maximal sieben Jahren (sog. „2+2+3-Modell“).

1084 Vgl. *Frings*, Die Entwicklung haushaltsnaher Dienstleistungen im Kontext der begrenzten Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 61; s. hierzu auch das Interview mit *Philipp Schwertmann* vom „Bündnis gegen Menschenhandel“ v. 4.4.2014, abrufbar unter:

www.bpb.de/gesellschaft/migration/newsletter/282171/interview (zuletzt besucht am 7.7.2014).

1085 Diese Einschränkung gilt nach § 26 Abs.2 BeschV n.F. hingegen nicht, wenn der Antragsteller nach dem 1.1.2015 und vor Inkrafttreten der

sicherlich die indirekte Folge ist, dass in bestimmten Branchen eine Vielzahl an undokumentierten Arbeitern auch zukünftig noch beschäftigt werden.¹⁰⁸⁶

3.2. Maßnahmen zur Eindämmung illegaler Beschäftigung vs. Rechte für irreguläre Migranten und die Umsetzung der Richtlinie 2009/52/EG in nationales Recht

Leitlinie der deutschen Politik ist irregulären Migranten den Zugang zum regulären Arbeitsmarkt zu versperren und somit irreguläre Beschäftigung soweit wie möglich einzudämmen. Sie sollen als Gruppe daran gehindert werden, einer irregulären Beschäftigung nachzugehen und damit ein Einkommen zu erzielen. Damit soll der Anreiz, in die BRD einzureisen und sich undokumentiert aufzuhalten, verringert und bereits anwesenden irregulären Migranten der Aufenthalt soweit erschwert werden, so dass sie sich zur Ausreise gezwungen sehen.¹⁰⁸⁷ Diese Sichtweise spiegelt sich auch in der Empfehlung des Bundesrates zur Arbeitgebersanktionsrichtlinie wieder¹⁰⁸⁸ Insbesondere unter Punkt 13 steht, dass „jeglicher Anreiz, die Drittstaatsangehörige veranlassen könnten, in den Mitgliedstaaten eine illegale Beschäftigung aufzunehmen, zu vermeiden seien.“ Der Bundesrat kritisiert deshalb auch den Richtlinienvorschlag der Kommission (Punkt 14), insbesondere in Bezug auf die Maßnahmen, die dem Schutz des illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen dienen. So wird die Vorgabe kritisiert, dass der Staat die Zahlung der ausstehenden Vergütung sicherzustellen hat und dass unter bestimmten Umständen ein befristetes Aufenthaltsrecht gewährt wird. Denn dies stelle eher einen Anreiz zur Aufnahme illegaler Beschäftigung dar (Punkt 40). Im Gegenzug wird die Abschöpfung der ausstehenden Vergütung durch den Staat vorgeschlagen, um eine größere Abschreckung für mögliche illegale Beschäftigte zu erzielen (Punkt 41).¹⁰⁸⁹

Verordnung einen Asylantrag gestellt hat und unverzüglich nach Inkrafttreten der Verordnung ausreist und einen Visumantrag im Herkunftsstaat stellt.

1086 Vgl. *Feldgen*, ZAR 2006, S. 175; s. auch *Inghammer*, EJML 2010, S. 211.

1087 *Stoppe*, Undokumentierte Migration in Deutschland und den Vereinigten Staaten, S. 97.

1088 BRat-Drs. 364/07.

1089 Vgl. auch den Neunten Bericht über die Erfahrung bei der Anwendung des Gesetzes illegaler Beschäftigung, BTag-Drs. 14/4220.

3.3.1. Maßnahmen gegen illegale Beschäftigung

Im nationalen Recht bestehen vielfältige Regelungen, die dem Arbeitgeber Pflichten auferlegen, die Legalität des Aufenthaltsstatus zu überprüfen. Nach § 4 Abs.3 S. 4 AufenthG ist der Arbeitgeber verpflichtet, sich zu vergewissern, ob die erforderlichen aufenthalts- und beschäftigungsrechtlichen Erlaubnisse vorliegen. Ihn trifft eine Erkundigungslast.¹⁰⁹⁰ Der Arbeitgeber muss prüfen, ob die Voraussetzungen nach § 4 Abs.3 S. 1 und S.3 AufenthG vorliegen. Zudem hat der Arbeitgeber eine Auskunftspflicht gegenüber der Arbeitsverwaltung. Neu eingeführt wurde zur Verbesserung und Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung am 01.01.2009 mit § 2a Abs.1 und Abs.2 SchwarzArbG des Vierten Sozialgesetzbuches (SGB IV) die Mitführungs- und Vorlagepflicht von Ausweispapieren in bestimmten Branchen.¹⁰⁹¹ Der Arbeitgeber hat zudem jeden Arbeitnehmer gemäß § 2 a Abs.2 SchwarzArbG nachweislich und schriftlich auf die Mitführungs- und Vorlagepflicht hinzuweisen. Fahrlässige und vorsätzliche Zuwiderhandlungen werden mit Bußgeld geahndet.

Darüber hinaus bestehen im Fall der illegalen Beschäftigung eines sich illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörige zahlreiche Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände. Diese hier einzeln aufzuführen wäre zu umfangreich.¹⁰⁹² Im Folgenden werden die wichtigsten Tatbestände mit Blick auf die Arbeitgebersanktionsrichtlinie dargestellt. Gemäß § 404 Abs.2 Nr.3 SGB III handelt ordnungswidrig, wer einen Ausländer ohne erforderliche aufenthalts- und beschäftigungsrechtliche Genehmigung beschäftigt. Gleichzeitig kann sich der Arbeitgeber auch nach § 95 Abs.1 AufenthG i.V.m. § 27 StGB strafbar machen, der in Betracht kommt, wenn es sich um einen Arbeitnehmer und eine einmalige Beschäftigung handelt und der Arbeitgeber keinen Vermögensvorteil¹⁰⁹³ erhält. Dies kann im privaten Beschäftigungs-Bereich gegeben sein. Liegt ein Vermögensvorteil vor, kann der Straftatbestand der Schleusung erfüllt sein (§ 96 I

1090 *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Aufl., § 27 III 34.

1091 Nach § 28a Abs.4 des Vierten Sozialgesetzbuches sind Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftszweige: 1. im Baugewerbe, 2. im Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, 3. im Personenbeförderungsgewerbe, 4. im Speditions-, Transport- und damit verbundenen Logistikgewerbe, 5. Schaustellergewerbe, 6. bei Unternehmen der Forstwirtschaft, 7. im Gebäudereinigungsgewerbe, 8. bei Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen, 9. in der Fleischwirtschaft.

1092 Vgl. die Übersicht der wichtigsten Tatbestände bei *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht: Rn.547 bzgl des Arbeitgebers und Rn. 627 bzgl des Auftraggebers bei der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit.

1093 Ein Vermögensvorteil liegt vor, wenn der Arbeitgeber für den gezahlten Lohn eine Arbeitsleistung erhält, die einen wirtschaftlich höheren Wert besitzt. Im Einzelnen dazu: *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, S. 159f. m.w.N.

Nr.2 lit.a AufenthG). Wenn ein Arbeitgeber mehrere Ausländer mehrmals beschäftigt, kann § 96 I Nr.2 lit.b AufenthG gegeben sein. Ist der Arbeitnehmer im Besitz eines Schengen-Visums (das die Erwerbstätigkeit ausschließt), wird die unerlaubte Erwerbstätigkeit nun nach § 95 I lit.a AufenthG unter Strafe gestellt.¹⁰⁹⁴ Das bedeutet, dass der Arbeitgeber bei Beschäftigung eines Ausländers mit Schengen-Visum, welches die Beschäftigung nicht erlaubt, sich nach § 95 I lit.a AufenthG iVm §§ 26, 27 StGB als Schleuser strafbar macht, wenn er dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt.¹⁰⁹⁵

§ 10 Abs.1 SchwArbG, begründet eine Straftat, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer ohne erforderliche aufenthalts- und beschäftigungsrechtliche Genehmigung zu auffallend ungünstigeren Bedingungen als vergleichbare deutsche Kräfte beschäftigt. Ein auffälliges Missverhältnis wird angenommen, wenn die Bedingungen insgesamt etwa 20 % schlechter sind.¹⁰⁹⁶ Ein Vermögensvorteil wird im Vergleich zu § 96 Abs.1 Nr.1 AufenthG nicht verlangt.¹⁰⁹⁷ § 11 Abs.1 und Nr. 2a SchwarzArbG kann mit § 96 Abs.1 Nr.2 AufenthG verglichen werden. Wenn ein Unternehmer mehr als fünf Ausländer illegal beschäftigt oder die Beschäftigung entgegen § 4 Abs.3 S.1 AufenthG beharrlich wiederholt, handelt es sich gemäß § 11 Nr.1, bzw. Nr.2a SchwarzArbG ebenfalls um eine Straftat. § 96 Abs.1 Nr.2 AufenthG setzt hingegen nur voraus, dass der Täter mindestens zwei Ausländer beim illegalen Aufenthalt unterstützt oder die Tat einmal wiederholt.¹⁰⁹⁸ Beide Gesetze haben eine unterschiedliche Schutzrichtung und schließen sich nicht gegenseitig aus, so dass bei Erfüllung beider Tatbestände Idealkonkurrenz vorliegt.¹⁰⁹⁹

1094 Hintergrund der Einführung dieser durch das 2. ÄnderG neuen Regelung ist die BGH-Entscheidung vom 27. April 2005 AZ: 2 StR 457/04 – zu § 95 I Nr.2 AufenthG. Ein Ausländer, der sich auf Grund eines Schengen-Visums im Bundesgebiet aufhält und entgegen der Regelung des § 4 III S.1 AufenthG einer Erwerbstätigkeit nachgeht, fällt hiernach nicht mehr unter den Tatbestand des § 95 I Nr.2 AufenthG. Denn das Visum ist ein Verwaltungsakt und auf Grund der Erwerbstätigkeit rechtswidrig; ist aber nicht unwirksam erteilt (vgl. §§ 43, 48 VwVfG). Das Tatbestandsmerkmal der „Erforderlichkeit“ ist damit nicht erfüllt. Die so entstandene Strafbarkeitslücke sollte nach Auffassung des Gesetzgebers durch § 95 Ia AufenthG geschlossen werden.

1095 In der amtlichen Begründung zur neuen Regelung heißt es mitunter: ««Die mit der Aufnahme des Absatzes 1 lit. a) einhergehenden Ungleichbehandlung gegenüber Ausländern, die sich aufgrund eines nationalen Aufenthaltstitels im Bundesgebiet aufhalten ist beabsichtigt. Letztgenannte Gruppe erfüllt bei unerlaubter Beschäftigung lediglich einen Bußgeldtatbestand. Im Gegensatz zu dieser Gruppe ist die Strafbewehrung der unerlaubten Erwerbstätigkeit beim Schengen-Visum-Pflichtigen geboten, da diese – aufgrund des Schengen-Visums keine Perspektive der Integration in Deutschland haben. «« (BT-Drucks. 16, 5065 zu Nr. 76); vgl. hierzu auch *Westphal; Stoppa*, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 717.

1096 *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, S. 156 m.w.N.

1097 *Ebenda*, S. 159 m.w.N.

1098 *Wingarter*, in: Hofmann; Hoffmann (Hrsg.), HK-AuslR, 1. Aufl., § 96 Rn.7.

1099 *Cannawurf*, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, S. 157f. Das SchwArbG dient dem Schutz des deutschen Arbeitsmarktes und der

Die Beauftragung zu Werk- oder Dienstleistungen entgegen dem Beschäftigungsverbot stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und kann mit einer Geldbuße von bis zu 500 000 Euro geahndet werden (vgl. § 98 Abs.5 AufenthG). Erfolgt die Entleihung eines Arbeitnehmers ohne erforderlichen Aufenthaltstitel oder Arbeitsgenehmigung, kann dies nach § 15 lit. a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe belegt werden bzw. eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 a AÜG darstellen. Beim Nichtabführen von Steuern und Sozialversicherungsbeiträge drohen nach § 370 der Abgabenordnung (AO) und § 266a StGB und § 266 a StGB ebenfalls Freiheitsstrafen oder Geldstrafen.

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber bei illegaler Beschäftigung zur Zahlung von Abschiebungskosten herangezogen werden.¹¹⁰⁰ Dabei haftet er in diesem Fall vorrangig vor dem Ausländer.¹¹⁰¹ In Bezug auf das Sanktionsregime hatte Deutschland insoweit die Vorgaben der Sanktionsrichtlinie erfüllt.

3.3.2. Arbeitnehmer-Rechte

3.3.2.1. Illegale Beschäftigung und ihre Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis

§ 4 Abs. 3 AufenthG verbietet die Beschäftigung von Ausländern ohne erforderlichen Aufenthaltstitel. Ob der Arbeitsvertrag in diesen Fällen nach § 134 BGB unwirksam ist, ist von der Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt worden.¹¹⁰² Das Fehlen der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen führt jedoch noch nicht zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages. Es liegt lediglich ein absolutes Beschäftigungsverbot vor.¹¹⁰³ Erst die tatsächliche Ausübung einer ungenehmigten Beschäftigung verstößt gegen ein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB.¹¹⁰⁴ Problematisch sind die daraus folgenden Auswirkungen auf den Arbeitsvertrag. Der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz macht das Rechtsgeschäft

sozialen Absicherung des Arbeitsmarktes. Die Normen des Ausländerstrafrechts schützen dagegen die territoriale Hoheitsgewalt. Die Vorschriften haben jeweils eine unterschiedliche Schutzrichtung und liegen somit in Idealkonkurrenz. Siehe auch den Meinungsstreit zum Schutzzweck der §§ 95 AufenthG ff, ebenda, S. 51 ff.

1100 § 66 Abs.4 AufenthG.

1101 § 66 Abs.4 S.3 AufenthG.

1102 Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S.157, Rn. 580.

1103 Dienelt; Röseler, in: Renner Ausländerrecht (Kommentar), 9. Auflg. 2011, § 4 AufenthG Rdn. 61.

1104 Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 27 Rn.33.

nach § 134 BGB nur nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz „ein anderes“ ergibt. Erforderlich ist daher eine Auslegung des Gesetzes. Kann die Entscheidung nicht der Diktion der Verbotsnorm entnommen werden, entscheiden Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes.¹¹⁰⁵ Bezüglich der Frage, ob das Arbeitsverhältnis nach § 134 BGB nichtig ist, gab es in der Rechtsprechung und Literatur sehr unterschiedliche Meinungen. Einige Stimmen bejahen, die Wirksamkeit des Vertrages, deren Hauptpflichten jedoch im Fall der illegalen Beschäftigung suspendiert sind¹¹⁰⁶; andere bewerten den Arbeitsvertrag als unwirksam, wenden jedoch die Grundsätze des faktischen Arbeitsverhältnisses¹¹⁰⁷ an¹¹⁰⁸. Andere Stimmen lehnen hingegen diese Anwendung ab, da der Arbeitnehmer für die Vergangenheit nicht schutzwürdig sei. Die erbrachte Arbeitsleistung wird dann lediglich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen abgewickelt. Dabei hat die Frage nach der Wirksamkeit des Vertrages elementare Folgen für die Rechte des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag.¹¹⁰⁹ Erachtet man den Arbeitsvertrag als nichtig, so besteht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein faktisches Arbeitsverhältnis, das der Arbeitgeber jederzeit durch einseitige Erklärung aufheben kann, ohne an Kündigungsfristen gebunden zu sein. Bejaht man lediglich Bereicherungsansprüche, bestehen überhaupt keine Arbeitnehmerschutzrechte. Als Anspruch kann allenfalls die vereinbarte Vergütung als Obergrenze geltend gemacht werden.

Der Verstoß gegen das Genehmigungserfordernis führt nach hier vertretener Ansicht nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, weil dies nicht vom Normzweck des Verbots gefordert ist. § 4 Abs.3 AufenthG dient dem Schutz der Allgemeinheit und sollen die Ausländerbeschäftigung steuern und den Zugang auf

1105 *Ellenberger*, in: Palandt (Hrsg.), 69. Auflg. § 134 Rn. 14, § 134 R 7 m.V.a. BGH 71, 361, 85, 43, 88, 242, NJW 68, 92, 2558; *Koch*, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch, 15. Aufl., § 27 Rn.3. mit Verweis auf BGH 14.12.1999, NJW 2000, 1186.

1106 *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S.150; *Koch*, in: *Schaub* (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 27 Rn. 33.

1107 Charakteristisch für das faktische Arbeitsverhältnis ist, dass dieses für die Zukunft keinen Bestandsschutz genießt, also ohne Einhaltung einer Frist durch einseitige Erklärung mit Wirkung für die Zukunft gelöst werden kann. Für die Vergangenheit wird es wie ein fehlerfreies Arbeitsverhältnis behandelt; s. *Arbeitsgericht Hannover*, Urt. v. 15.1.2003 – C 13 269/02.

1108 Das BAG führte in seinem Urteil 1969 aus, dass ein Arbeitsvertrag nach § 134 von vornherein nichtig sei, wenn die Vertragsparteien trotz Kenntnis des Genehmigungserfordernisses beabsichtigen, den Arbeitsvertrag ohne Genehmigung durchzuführen (BAG NJW 69, 2111). Dieser Rspr. waren die unteren Gerichte und das Schriftum weitgehend gefolgt. Vgl. *Engels*, RdA 1976, S.167 m.w.N., so auch in jüngerer Zeit: *McHardy* (1994), S. 97ff.; *Ellenberger*, in: *Palandt* (Hrsg.), 69. Auflg. §134 Rn. 14, ArbV mit ausländ. ArbN, ohne Genehmigung gem AFG 19, ja bei gemeinsamer Umgehungsabsicht (mV auf BAG NJW 69, 2111): sonst nein (BAG NJW 77, 1023, 1608). Diese Wertung ist aber in neuerer Zeit immer mehr auf Kritik gestoßen; *Engels*, RdA 1976, 174; LAG Hamm, BB 1976m 872; LAG Frankfurt, Urteil v. 6.4.1971, DB 1972, S. 2264; *Arbeitsgericht Hannover*, Urt. v. 15.1.2003 – C 13 269/02; *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 150 ff.

1109 Vgl. hierzu die sehr detaillierten Ausführungen von *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 149 ff.

den Arbeitsmarkt kontrollieren.¹¹¹⁰ *Will* folgert richtig, dass zur Sicherung des Verbotszwecks ein Vollzugsverbot des Vertrages (Suspension) genügt. Dies hat zur Folge, dass die Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag suspendiert sind und die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten ruhen.¹¹¹¹ Wird dann trotz des Vollzugsverbots eine Beschäftigung ausgeübt, so finden die Regeln des sog. faktischen Arbeitsverhältnisses Anwendung. Der Vertrag wird für die Zeit seines unwirksamen aber vollzogenen Arbeitsverhältnisse, aber faktischen Vollzugs, als wirksam betrachtet. Hingegen stellt die Nichtigkeit des Vertrages nicht generell das geeignete Instrument zur Durchsetzung des Beschäftigungsverbots dar.¹¹¹² Die Folge wäre, dass indem der Arbeitgeber von den vertraglichen Pflichten freigestellt wird, dieser aufgrund seiner faktischen Machtstellung belohnt werden würde. Denn häufig hat der illegal beschäftigte Ausländer seine Arbeitsleistung schon erbracht. Diese Besserstellung des Arbeitgebers kann wiederum einen eigenen Anreiz zur Beschäftigung sich illegal aufhaltender ausländischer Arbeitskräfte schaffen.¹¹¹³ Die Wirksamkeit des Vertrages kann auch nicht davon abhängen, ob ein einseitiger oder ein einvernehmlicher Verstoß gegen das Genehmigungserfordernis vorliegt.¹¹¹⁴ Ob der bösgläubige Arbeitgeber an seine Vertragspflichten gebunden ist, kann nicht davon abhängen, ob der Arbeitnehmer über die Genehmigungspflicht seiner Tätigkeit weiß oder nicht. Ähnliche Probleme bestehen bei sittenwidrigen Verträgen i.S.d. § 138 BGB, die bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen regelmäßig vorkommen.

Rechtliche Klarheit bringt nun insbesondere § 98 a I S.1 AufenthG, der Art. 6 I lit. a) S. 1 der Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie umsetzt. Die Richtlinie schreibt vor, dass der Arbeitgeber auf jeden Fall verpflichtet sein soll, ausstehende Vergütung für geleistete Arbeit zu zahlen sowie die fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen (s. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie). Die Bestimmung des § 98 a I S. 1 AufenthG sichert nun ausdrücklich den vertraglichen Vergütungsanspruch des illegal Beschäftigten gegen die rechtshindernde Einwendung des § 134 BGB ab. § 98 a Abs.1 S.2, Abs.2 enthält die widerlegbare Vermutung, dass das Arbeitsverhältnis mindestens drei Monate

1110 *Sußmann*, in: Bergmann; Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 11. Auflage, sieht als Schutzobjekt den Arbeitsmarkt der BR Deutschland, § 4, Rn. 57.

1111 *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 150, Rn. 550.

1112 Ebenda, S.158

1113 So auch schon LAG Frankfurt, Urteil v. 6.4.1971, DB 1972, S. 2264; *Engels*, RdA 1976, S. 169f.

1114 Vgl. *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S.156, Rn. 579f.

bestanden hat. Hinsichtlich der Höhe der Vergütung sieht das Gesetz nun im Fall der Nichtvereinbarung, der Nichtigkeit oder Streitigkeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern, dass als vereinbarte Vergütung die übliche Vergütung vermutet wird.¹¹¹⁵ Die Regelung dient dazu, die Beweisschwierigkeiten, die ein sich illegal aufhältige Beschäftigter in der Regel in Bezug auf Dauer und Bedingungen des Arbeitsverhältnisses hat, abzumildern.

Ob man einen wirksamen Arbeitsvertrag annimmt oder lediglich die Voraussetzungen eines faktischen Arbeitsverhältnisses bejaht, führt in Bezug auf die Ansprüche des Arbeitnehmers bei einem vollzogenen Arbeitsverhältnis fast zu identischen Ansprüchen. Dem Arbeitnehmer steht ein quasivertraglicher Lohnanspruch zu.¹¹¹⁶ Darüber hinaus sind Vorschriften bezüglich der Arbeitsbedingungen einzuhalten. Dem Arbeitgeber obliegt eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer hinsichtlich Leben und Gesundheit.¹¹¹⁷ Es besteht ein Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruch (§ 1 BUrlG) sowie – im Krankheitsfall (in besonderen Fällen) – Anspruch auf Entgeltfortzahlung (§ 3 EFZG).¹¹¹⁸ Die Regelungen zur Arbeitszeit müssen beachtet werden.¹¹¹⁹ Auch gelten die Schutzvorschriften des Mutterschutzgesetzes (insbesondere Beschäftigungsverbote, § 4 MuschG). Das absolute Kündigungsverbot in § 9 MuSchG ist nur bei einem wirksamen Vertrag anwendbar.¹¹²⁰ Zudem besteht Sozialversicherungspflicht (§ 2 Abs.2 Nr.1 SGB IV), auch wenn das Beschäftigungsverhältnis nichtig oder sittenwidrig ist.¹¹²¹ Als sozialversicherungspflichtig gelten die Krankenversicherung in § 5 Abs.1 Nr.1 SGB V, die Unfallversicherung in § 2 Abs.1 SGB VII und die Rentenversicherung nach § 1 Nr. 1 SGB VI. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, das Beschäftigungsverhältnis dem Versicherungsträger zu melden und die gesetzlich

1115 Bei nachweisbarer Vergütungsvereinbarung kann die Zulässigkeit einer niedrigeren vereinbarten Vergütung problematisch sein, wenn das Niveau des Mindestlohns unterschritten wird. Auf jeden Fall ist die Vereinbarung wirksam, wenn die Grenzen der Sittenwidrigkeit nach § 134 BGB überschritten werden. S. hierzu: *Wunderle*, in Bergmann; Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 11. Aufl., § 98a AufenthG, Rn.7.

1116 *Will*, *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht*, S. 157, Rn. 581.

1117 Die Grundzüge sind in §§ 617f. BGB enthalten.

1118 Zur Problematik der Verweigerung der Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers während der Krankheit des Ausländers, siehe *Will*, *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht*, 152, Rn. 559ff. Der Anspruch kann auf Lohnzahlung nicht dadurch zum Erlöschen gebracht werden, dass der Arbeitgeber die Krankheit des Arbeitnehmers zum Anlass nimmt, sich auf das Beschäftigungsverbot zu berufen und nunmehr die Entgeltfortzahlung verweigert (Rn. 560). Vgl. auch *Gutmann*, *Ausländischer Arbeitnehmer*, 179f. Anders BAG 26.6.1996, NJW 1997, 821.

1119 So z.B. § 3 ArbZG, bei Verstoß § 22 Abs.1 Nr.1 ArbZG.

1120 Vgl. hiezu *Will*, *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht*, 153, Rdn. 567ff.

1121 *Spieß*, *Die Wanderarbeitnehmerkonvention*, S. 51 m.V. in Fn. 227 auf das Urteil des Bundessozialgerichts vom 10.08.2000, Az. B 12 KR 21/98.

festgelegten Beiträge abzuführen (§§ 28 lit. a), 28 lit. e) SGB IV). Der Vertrag muss zudem bei einem wirksamen Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung beendet werden.¹¹²²

3.3.2.2. Das Problem der Durchsetzung der Rechte in der Arbeit

Problematisch für die Durchsetzung der Rechte in der Arbeit ist wiederum, dass bei einer Klageerhebung aufgrund der durch § 87 Abs.2 AufenthG¹¹²³ ausgelösten Übermittlungspflichten die Gefahr besteht, dass die für die Rückführung zuständigen Behörden von dem illegalen Status erfahren und die Abschiebung einleiten. Verantwortlich dafür sind wiederum die Übermittlungspflichten des § 87 Abs.2 AufenthG, und die daraus resultierende Entdeckungsgefahr. Nach § 87 Abs.2 AufenthG hat das Arbeitsgericht, als öffentliche Behörde, die Ausländerbehörde zu informieren, wenn es von dem illegalen Aufenthaltsstatus in Erfüllung seiner Aufgaben Kenntnis erlangt. Wann dieser Fall vorliegt, wird unterschiedlich ausgelegt. Zum einen wird darauf abgestellt, ob die Ermittlung des aufenthaltsrechtlichen Status zum Aufgabengebiet der Gerichte gehört. Trifft den Richter keine Amtsermittlungspflicht zur Aufklärung des Sachverhaltes, sondern lediglich die Pflicht auf einen vollständigen Parteivortrag hinzuwirken, wie es im arbeitsgerichtlichen Verfahren der Fall ist, wird zum Teil eine Übermittlungspflicht abgelehnt.¹¹²⁴ Verbreiteter ist die Ansicht, dass dann eine „Übermittlungspflicht“ bejaht wird, wenn der fehlende Aufenthaltsstatus entscheidungserheblich sei.¹¹²⁵ Kluth stellt hingegen in seinem Rechtsgutachten für den Deutschen Bundestag¹¹²⁶ darauf ab, ob die illegale Arbeit den Aufenthaltswert darstellt. Insgesamt führt diese unklare Rechtslage dazu, dass sich irregulär aufhaltende und arbeitende Migranten nicht sicher sein können, ob bei einer Klage vor dem Arbeitsgericht ihr Aufenthaltsstatus aufgedeckt wird.¹¹²⁷

In der Praxis wird zum Teil die Gefahr der Aufdeckung des illegalen

1122 Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 154, Rn. 571ff.; Koch, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 27 III Rdn.33.

1123 Hierzu schon weiter oben im achten Kapitel unter I. Speziell bei illegaler Erwerbstätigkeit sind auch § 13 Abs.2 SchwarzArbG und § 405 Abs.6 SGB III einschlägig.

1124 S. hierzu Lewek, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, in: Fischer-Lescano, Andreas u.a. (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität, S. 191 ff.

1125 Vgl. hierzu: Will, Aufenthalt ohne Aufenthaltsrecht, S. 240f., Rn. 971; Lewek (ebenda), S.192f. und Winkelmann, in: Renner/Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 10. Aufl., § 87 AufenthG, Rdn.14.

1126 Kluth, Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drucksache 16/445 und BT-Drucksache 16/1202 v. 26. Juni 2006.

1127 Zu dieser Problematik auch: Spieß, Wanderarbeitnehmerkonvention, S. 51f.

Aufenthaltsstatus dadurch umgangen, dass Dritte stellvertretend für den irregulären Migranten Rechte aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber einklagen. Insbesondere spielen Gewerkschaften (oder auch Hilfsorganisationen¹¹²⁸) hier eine entscheidende Rolle. Vorreiter in diesem Bereich ist die Gewerkschaft ver.di, die Arbeitnehmern in irregulärer Aufenthaltssituation bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche hilft und eine gewerkschaftliche Anlaufstelle für illegale Arbeitnehmer mit dem Namen MigrAr (Migration und Arbeit) in Deutschland eingerichtet hat.¹¹²⁹ Als Gewerkschaftsmitglied bekommen irregulär Migranten kostenlosen Rechtsbeistand. Zur Durchsetzung der Rechte aus dem Arbeitsverhältnis werden Lösungen gesucht, die die Gefahr der Festnahme des ausreisepflichtigen Migranten erheblich reduzieren, so z.B. die Anstrengung einer außergerichtlichen Einigung mit dem Arbeitgeber bzw. bei einer nicht zu vermeidenden gerichtlichen Auseinandersetzung, den Rechtsstreits vor dem Arbeitsgericht in der Güteverhandlung zum Abschluss zu bringen, damit aufgrund des schriftlichen Verfahrens die persönliche Anwesenheitspflicht umgangen werden kann.¹¹³⁰

Die Unterstützung von irregulären Migranten war und ist, auch innerhalb der deutschen Gewerkschaften durchaus umstritten.¹¹³¹ Mittlerweile können undokumentierte Arbeitnehmer bei ver.di Mitglied werden.¹¹³² Mit der Unterstützung von Gewerkschaften und Hilfsorganisationen gab es von undokumentierten Wanderarbeitnehmern vor dem Arbeitsgericht auch erfolgreiche Klagen, ohne dass ihr Aufenthaltsstatus aufgedeckt wurde.¹¹³³

1128 Beispielsweise leistete das Projekt ZAPO in Form einer Beratungsstelle des Polnischen Sozialrates Hilfe bei der Durchsetzung von Arbeitsrechten. S. hierzu *Vogel*, Menschen ohne Aufenthaltsrecht in der Erwerbsarbeit: Fischer-Lescano ua (Hrsg.), S. 31 m.w.N.

1129 Siehe aus der Presse: *Dohler, Christine*, „Schuften für einen Euro die Stunde“, Die Zeit, Nr. 47, v. 12.11.2009. Die Gewerkschaft ver.di versucht, Arbeitern ohne Papiere zu einem gerechten Lohn zu verhelfen.

1130 Vgl. zum Verfahren vor dem Arbeitsgericht auch *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, in: Fischer-Lescano ua (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität, S. 188ff.

1131 In Spanien entwickelte die Gewerkschaft beispielsweise Strategien die sich irregulär aufhaltenden Migranten aktiv in die Arbeitsmarktpolitik mit einzubeziehen. Darauf weisen *Noll*, EJML 2010, S. 261, Fn. 62 und *Inghammer*, EJML 2010, S. 209 f., hin.

1132 ver.di baut mittlerweile gewerkschaftliche Anlauf- und Beratungsstellen in vielen deutschen Großstädten auf (so z.B. in Frankfurt a.M., München, Bremen, Berlin). Vgl. zu Gewerkschaftlichen Handlungsspielräumen: *Schmidt-Hullman*, in: Arbeit in der Illegalität (Fischer-Lescano, Andreas u.a. (Hrsg.)), S. 199ff.

1133 S. hierzu z.B. www.aktiv-gegen-diskriminierung.info/blog/verdi-ak-undokumentierte-arbiet. S. auch den Fall einer Polin, die als Putzfrau in einem Privathaushalt gearbeitet und sich dabei verletzt hatte. Der Arbeitgeber verweigerte daraufhin die Zahlung und bestritt das Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsgericht verurteilte die Familie zur Zahlung des Lohns und zu einer Entgeltzahlung im Krankheitsfalle, da für die Existenz eines Arbeitsverhältnisses der Beweis des ersten Anscheins spreche, s. ArbG Hannover, Urteil v. 15.01.2003 - 13/Ca 268/02. S. auch *Tschenker*, die auch darauf hinweist, dass grundsätzlich vor dem Arbeitsgericht der Aufenthaltstitel keine Rolle spiele. *Tschenker*, Arbeit ohne Lohn. Irreguläre Migrant_Innen nach wie vor ohne Zugang zum Recht, S.11.

3.3.3. Umsetzung der Richtlinie 2009/52/EG ins nationale Recht

In Deutschland wurde die Arbeitgebersanktionsrichtlinie mit dem Zweiten Richtlinienumsetzungsgesetz¹¹³⁴ in nationales Recht umgesetzt und hat damit zu einigen rechtlichen Veränderungen geführt. Insgesamt bestand in Deutschland schon ein gut ausgebautes Regelsystem zur Bekämpfung der Schwarzarbeit.¹¹³⁵ Auch die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis bestanden de jure schon. Im Arbeitsrecht musste die Vermutungsregel des Art. 6 Abs. 3 der Sanktionsrichtlinie für ein dreimonatiges Arbeitsverhältnis und der Vereinbarung einer üblichen Vergütung eingefügt werden, das mit der ausländerrechtlichen Vorschrift des § 98 a AufenthG geschehen ist.¹¹³⁶ Nicht in nationales Recht umgesetzt wurde hingegen die Verpflichtung des Arbeitgebers die Kosten für die Überweisung für noch ausstehende Zahlungen in das Land in das der Ausländer zurückkehren musste, zu übernehmen (s. Art. 6 Abs.1 lit.c) Sanktionsrichtlinie).

Einen rechtlichen Umsetzungsbedarf gab es hauptsächlich in Bezug auf die Durchsetzung der Rechte. § 98 a Abs. 6 AufenthG stellt nun für die Rechtsdurchsetzung klar, dass branchenunabhängig die Haftbarmachung von Hauptauftragnehmern (also der Auftraggeber des Arbeitgebers) i.S. v. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie möglich ist.¹¹³⁷ Im Fall der Vollstreckung einer Rückführungsentscheidung war ein Informationsrecht über die Rechte aus der Richtlinie i.S. des Art. 6 Abs.2 S.2 einzuführen. Nach § 59 Abs.8 AufenthG müssen die Ausländerbehörden nun Betroffene vor einer Abschiebung über deren Recht auf Nachzahlung ausstehender Vergütungen unterrichten. Einen Umsetzungsbedarf forderten auch die Vorschriften des Art. 13 Abs.4 und Art. 6 Abs.2 S.2 der Richtlinie, die bestimmen, dass, wenn es sich bei dem Beschäftigten um einen Drittstaatsangehörigen, der zu besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen gearbeitet hat, oder um einen Minderjährigen handelt, im Einzelfall ein befristeter Aufenthaltstitel nach den Bedingungen des nationalen

1134 Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex vom 22.11.2011, BGBl. 2258.

1135 Bei den Sorgfaltspflichten des Arbeitgebers fehlt noch eine Regelung, die die Aufbewahrungspflicht für Arbeitgeber von Kopien der Aufenthaltstitel von Drittstaatsangehörigen, die sie beschäftigen, beinhaltet.

1136 Das Gesetz vermutet, dass das Beschäftigungsverhältnis drei Monate bestanden hat und die übliche Vergütung vereinbart worden ist.

1137 Das deutsche Arbeitsrecht kennt grundsätzlich keine Generalunternehmerhaftung für Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers. Vgl. die Ausnahmen in bestimmten Branchen bei *Schierle*, Arbeitsrechtlicher Schutz bei illegaler Beschäftigung, in: Barwig; Beichel-Benedetti; Brinkmann (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländergesetz 2009, S. 98.

Rechts zu gewähren ist.¹¹³⁸ Unter dem Titel „Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen“ regelt nun § 25 Abs.4b AufenthG den vorübergehenden Aufenthalt illegal beschäftigter Ausländer, die Opfer einer Straftat nach § 10 Abs.1 oder § 11 Abs.1 Nr. 3 des SchwArbG oder nach § 15 lit. a) des AÜG geworden sind. Allerdings ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in Anlehnung an § 25 Abs.4a AufenthG nur möglich, wenn die vorübergehende Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet für sachgerecht erachtet wird, weil ohne seine Angaben die Erforschung des Sachverhalts erschwert wäre, und wenn der Ausländer seine Bereitschaft erklärt hat, in dem Strafverfahren wegen der Straftat als Zeuge auszusagen. Die Aufenthaltserlaubnis kann für jeweils sechs Monate erteilt oder verlängert werden (in begründeten Fällen auch länger), wenn dem Ausländer von Seiten des Arbeitgebers die zustehende Vergütung noch nicht vollständig geleistet wurde und es für den Ausländer eine besondere Härte darstellen würde, seinen Vergütungsanspruch aus dem Ausland zu verfolgen (§ 25 Abs.4b) 3, § 26 Abs.1 S.3 AufenthG). Eine Chance zum Verbleib im Bundesgebiet besteht hingegen nicht; dies spiegelt sich auch im § 44 Abs.1 Nr. 3 AufenthG nieder, der besagt, dass der Ausländer nicht integrationsbedürftig ist.

Hingegen besteht immer noch das Problem der behördlichen Übermittlungspflichten nach § 87 Abs. 2 AufenthG und des arbeitsgerichtlichen Rechtsschutzes. Ob die Informationspflichten der Richter mit dem Erfordernis eines „wirksamen Verfahrens“ i.S.d. Sanktions-Richtlinie (Art. 13 Abs.1 und Art. 6 Abs.1)¹¹³⁹ im Einklang stehen, ist fraglich. Auf der einen Seite wird den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einer Richtlinie die Ausgestaltung der Einzelheiten überantwortet, andererseits muss aber auch die praktische Wirksamkeit („*effet utile*“) einer Richtlinie Beachtung finden.¹¹⁴⁰

Die Übermittlungspflicht hält hingegen viele illegal beschäftigte „irreguläre Migranten“ aufgrund der hohen Aufdeckungsgefahr und der daraus resultierenden „Furcht“ vor einer Abschiebung davon ab, ihren Vergütungsanspruch gerichtlich geltend zu machen.¹¹⁴¹ Das „wirksame“ Verfahren“ i.S.v. Art. 6 Abs.2 der RL

1138 Art. 13 IV.

1139 Vgl. hierzu weiter oben in diesem Kapitel, S. 229.

1140 Der EuGH benutzt im Hinblick auf den „*effet utile*“ die Standardformel, wonach eine Regelung den Umsetzungsanforderungen genügt, „wenn sie tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie (...) gewährleistet“; vgl. hierzu *Peek*, Richtlinienumsetzung, insbesondere S. 92 ff. m.V.a. die EuGH-Rechtsprechung in der Rn. 383. S. hierzu auch die Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses von *Thym*, S. 8, BT-Drs. 17 (4) 282 F.

1141 Vgl. die vielfältigen Studien, die die Lebenssituation von Menschen ohne Papiere in deutschen Großstädten untersucht haben, insbesondere

verwirklicht sich im Fall der deutschen Richtlinienumsetzung tatsächlich nur in Bezug auf die Personen, die beabsichtigen, ihren illegalen Aufenthaltsstatus zu beenden oder diesen durch Ausreise bzw. eine „Legalisierung“ schon beendet haben. Dies widerspricht aber dem Ziel der Richtlinie. Die illegale Einwanderung soll u.a. dadurch reduziert werden, dass finanzielle Anreize zur illegalen Beschäftigung für den Arbeitgeber wegfallen. Illegale Ausländerbeschäftigung soll sich für den Arbeitgeber finanziell nicht mehr lohnen, so dass sich dadurch auch das Angebot an illegalen Arbeitsplätzen verringert. Die Verpflichtung zu „wirksamen Verfahren“ bedeutet, dass die Durchsetzung der ausstehenden arbeitsrechtlichen Ansprüche auch im unerlaubten Aufenthalt tatsächlich durchgesetzt werden können muss. Dem illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen soll die Geltendmachung seiner Ansprüche erleichtert werden. So enthält der Erwägungsgrund (26) der Arbeitgebersanktionsrichtlinie die Vorgabe, dass bei der Anwendung der Richtlinie benannte Dritte, die den Drittstaatsangehörigen in Beschwerdeverfahren unterstützten, vor möglichen Sanktionen im Zusammenhang mit dem Verbot der Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt geschützt werden sollen. Darüber hinaus verpflichtet der Erwägungsgrund (37) in Satz 2, dass u.a. das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gebührend zu beachten sei. Auch zählt zu den Zielen der Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie, einen Beitrag zur „Verringerung der Ausbeutung von Drittstaatsangehörigen ohne legalen Aufenthalt“ zu leisten.¹¹⁴² Demnach spricht vieles dafür, dass es sich bei der deutschen Umsetzung der Richtlinie um eine verbotene Beeinträchtigung der praktischen Wirksamkeit einer Richtlinien-Bestimmung handelt. Es bleibt erstrebenswert, dass Arbeitsgerichte entweder aus der Übermittlungspflicht ausgenommen werden bzw. dass im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens auf die Offenbarung des Aufenthaltsstatus des Klägers verzichtet wird. Denkbar wäre auch die Zwischenschaltung eines „Ombudsmann“, der vor Gericht stellvertretend die Arbeitsrechte des sich irregulär aufhaltenden Drittstaatsangehörigen einfordert.¹¹⁴³ Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Kostenbelastung bei einem barrierefreien arbeitsgerichtlichen

für Leipzig: *Alt* (1999); für Berlin: *Aschler, Münz et al.* (2001); für München: *Anderso* (2003); für Frankfurt: *Krieger, Ludwig et al.* (2006), für Köln: *Bommes, Wilmes* (2007); für Hamburg: *Vogel* (2009).

1142 S. z.B. SEC (2007) 604 vom 16.5.2007; Zusammenfassung der Folgenabschätzung, S. 5.

1143 Vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 16 der Richtlinie RL 2009/52/EG, wonach „die Mitgliedstaaten die Möglichkeit und einen etwaigen Mehrwert prüfen sollten, der sich ergibt, wenn eine zuständige Behörde in die Lage versetzt wird, ein Gerichtsverfahren gegen einen Arbeitgeber mit dem Ziel einzuleiten, ausstehende Vergütungen einzufordern“.

Rechtsschutz für den Staat und die Solidargemeinschaft vergleichsweise gering ist und gleichzeitig die Attraktivität der illegalen Beschäftigung für den Arbeitgeber maßgeblich geschmälert wird.¹¹⁴⁴ Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH die Frage der praktischen Wirksamkeit in diesem Fall klären wird.

3.3.4. Einklang der nationalen rechtlichen Situation mit völkerrechtlichen Vorgaben

Bemerkenswert ist, dass die „Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie“ grundsätzlich die Rechte in der Arbeit enthält und detailliert ausgestaltet, die auch durch die UNWAK und durch andere menschenrechtliche Instrumenten garantiert werden. Jedoch sind der Ansatz und die Idee, die sich dahinter verbergen, unterschiedlich. Die Sanktionsrichtlinie verfolgt als primäres Ziel die Verhinderung der illegalen Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne Aufenthaltsstatus; die UNWAK hingegen sieht die Gruppe der „illegal Beschäftigten“ als besonders verletzlich an und gewährt Rechte hauptsächlich aus diesem Grund. Dennoch sind die rechtlichen Strategien, die die schützenden menschenrechtlichen Normen verfolgen, ähnlich denen der „Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie“. Die territoriale Souveränität des Staates wird bekräftigt. Der Aufenthaltsstatus soll geregelt werden (nämlich entweder abschieben oder legalisieren). Die zu verfolgenden Maßnahmen sind Sanktionen gegenüber dem Arbeitgeber und nicht gegenüber dem Arbeitnehmer. So verpflichtet auch die UNWAK die Staaten zur Sanktionierung illegaler Migration (Art. 68 Abs.2 UNWAK). Auch der EGMR hat im Fall *Silidian* klargestellt, dass Art. 4 EMRK den Staat verpflichtet, die Verantwortlichen wegen Ausbeutung einer Arbeitskraft strafrechtlich zu sanktionieren. Der EGMR stellte fest, dass eine positive Verpflichtung des Staates zu einer effektiven Strafverfolgung zum Schutze des Migranten besteht.¹¹⁴⁵

Die zweite Seite der Strategie illegale Beschäftigung zu reduzieren, ist die Gewährung von Rechten für „Illegale“. Es werden Rechte in der Arbeit zugesichert. Jedoch wird die Problematik der Durchsetzbarkeit nur schwach gelöst. Der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes, wie er in Art. 6 und Art. 13 EMRK und Art. 47 EuGRCH gewährleistet wird, wird in der

¹¹⁴⁴ Darauf weist auch *Kluth* hin, in: ZAR 2013, S. 188.

¹¹⁴⁵ Siehe hierzu: drittes Kapitel II, 1.3.

Sanktionsrichtlinie zwar bekräftigt.¹¹⁴⁶ Die Umsetzung im deutschen Recht ist jedoch aufgrund des Hindernisses der Übermittlungspflicht nach § 87 Abs.2 AufenthG unzureichend geregelt. Besonders wichtig für die Durchsetzbarkeit der Rechte ist die Anerkennung der Gewerkschaftsrechte. Durch die Aufnahme der arbeitenden Migranten ohne Aufenthaltsrecht in die Gewerkschaft können einerseits die Rechte leichter gegenüber dem Arbeitgeber durchgesetzt werden, und zwar sowohl außergerichtlich als auch im arbeitsrechtlichen Verfahren. Darüber hinaus erlangen die Gewerkschaften dadurch ein vertieftes Wissen über den informellen Sektor, was wiederum für ihre Gewerkschaftsarbeit dienlich ist.¹¹⁴⁷ Schützt die UNWAK in Art. 26 das Recht auf Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, ist es erstaunlich, dass die UNWAK hingegen für irreguläre Migranten kein aktives Recht enthält „sich zusammenzuschließen“ (vgl. Art. 40 Abs.1). Ein Grund könnte dafür sein, dass arbeitende „irreguläre Migranten“ keine allzu mächtige Interessengruppe darstellen sollen.

4. Situation in anderen EU-Staaten

Das Sanktionssystem hat sich in anderen EU-Mitgliedstaaten nach den europäischen Vorgaben angepasst und ist dadurch insbesondere in vielen südeuropäischen Mitgliedstaaten verschärft worden.¹¹⁴⁸ Bemerkenswert ist jedoch, dass mit der Problematik der Durchsetzbarkeit der Rechte in der Arbeit recht unterschiedlich umgegangen wird. In vielen Mitgliedstaaten werden de jure Rechte garantiert, jedoch ist der Zugang zu den Rechten versperrt. In einigen Mitgliedstaaten ist auch der Zugang größtenteils gesichert. In Spanien wurden beispielsweise nach den Vorgaben der entsprechenden Verfassungsgerichtsurteile¹¹⁴⁹ insbesondere die Vereinigungs-, Versammlungs-, und Demonstrationsfreiheit sowie die Streikrechte von illegalen Einwanderern neu geregelt.¹¹⁵⁰ Demnach kommen zukünftig alle Ausländer - ob mit illegalen oder rechtmäßigen Aufenthaltsstatus - in den Genuss der genannten Rechte.¹¹⁵¹

1146 Vgl. Erwägungsgrund (37) der RL 2009/52/EG.

1147 Vgl. *Inghammer*, EJML 2010, S. 211.

1148 Vgl. *Engbersen; Broeders*, Immigration control and strategies of irregular immigrants, S. 177 m.w.N.

1149 Vgl. insbesondere: Tribunal Constitucional, Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre 2007 y Sentencia 259/2007, de 19 de diciembre de 2007.

1150 Art. 7.1., 8 und 11 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería.

1151 Siehe hierzu insbesondere *Cerdán; Maas*, Ley de Extranjería, ZAR 2010, S. 107.

Mit der Reform des Ausländergesetzes, des sog. Ley de Extranjería, die am 13.12.2009 in Spanien in Kraft trat, wurden vor allem die Vorgaben europäischer und verfassungsrechtliche Vorgaben umgesetzt. Ziel des neuen Ausländerrechts ist mitunter auch Instrumente im Kampf gegen die illegale Einwanderung zu schaffen. Interessant ist, dass gleichzeitig die Rechte von illegalen Einwanderern gestärkt wurden.

Ein besonderer Fall ist Frankreich, da sich dort eine rege Streikkultur der illegal arbeitenden „Sans Papiers“ entwickelt hat, die auch immer wieder zu Erfolgen geführt hat.¹¹⁵² Interessant ist insbesondere, dass die Streikbewegungen von den Gewerkschaften unterstützt werden und die Arbeitgeber zudem als Vermittler gegenüber den Staatsorganen eintreten. Da viele Unternehmen, Restaurants und Hotels auf die Arbeitskraft der „Sans Papiers“ angewiesen sind, wurde durch die Niederlegung ihrer Arbeit so stark Druck auf den Staat ausgeübt, dass letztendlich Legalisierungen ermöglicht wurden. Hingegen wurden in Frankreich im Jahr 2005 die Strafen für Arbeitgeber, die irreguläre Migranten beschäftigen, drastisch erhöht. Insgesamt besteht, wie in Deutschland aber auch in den Niederlanden, eine harte Gesetzgebung zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung. Ob diese Antwort des Staates immer zum Erfolg führt, ist umstritten; zum Teil wird angenommen, dass eine zu repressive staatliche Kontrollpolitik in Bezug auf informelle Aktivitäten auch riskant sei und genau das Gegenteil bewirke. Befürchtet wird, dass der informelle Arbeitssektor noch mehr in den Untergrund wandern könne und damit für den Staat kaum noch erreichbar sei.¹¹⁵³ Aus diesem Grund wird eine Kombination von Bekämpfung der Schwarzarbeit mit dem Instrument der Regularisierung vorgeschlagen, die auch dem Anliegen der EU entgegenkommen würde, die Menschenrechte und Grundrechte ihrer Bürger besser zu schützen.¹¹⁵⁴

¹¹⁵² Siehe Newsletter Migration und Bevölkerung 05/08, Frankreich: „Sans Papiers“ erstreiken Aufenthaltsrecht.

¹¹⁵³ Vgl. *Engbersen; Broeders*, Immigration control and strategies of irregular immigrants, S. 278 m.w.N.

¹¹⁵⁴ Vgl. hierzu *Riedel*, Illegale Migration im Mittelmeerraum, SWP-Studie 2011, S. 35.

NEUNTES KAPITEL

Regularisierung von irregulären Aufenthalten und deren unterschiedliche rechtliche Kriterien in den Mitgliedstaaten Europas, insbesondere in Deutschland

Einleitung

Eine Alternative zur Rückführung von sich illegal aufhaltenden Personen ist die Regularisierung ihres irregulären Aufenthaltes. Die Überführung des irregulären Aufenthaltes in einen legalen Aufenthalt kann entweder durch eine Amnestie auf der Grundlage einer Verordnung oder eines Gesetzes oder im Rahmen einer individuellen Einzelentscheidung vollzogen werden; deshalb wird z.T. auch von Legalisierung gesprochen.¹¹⁵⁵ In Deutschland findet man diese Maßnahmen eher selten; argumentiert wird, dass sie der deutschen Migrationspolitik und der Rechtskultur widersprechen.¹¹⁵⁶ Im Vergleich dazu sind Regularisierungen in anderen europäischen Staaten, meist südeuropäischen Ländern, ein Bestandteil ihrer Rechtssysteme und Teil der politischen Kultur bzw. in den Organisationsstrukturen des Staates verankert.¹¹⁵⁷ In Italien zum Beispiel stellen derartige Maßnahmen keine Besonderheit der Migrationssteuerung dar, sondern sind ein Instrument des Krisenmanagements, auf das die italienische Regierung auch in anderen Politikbereichen zurückgreift, wie z.B. im Bauwesen oder Steuerwesen.¹¹⁵⁸

Die Gründe, warum Staaten auf Regularisierungsmaßnahmen zurückgreifen, sind sehr unterschiedlich. Einige Staaten wollen damit die Anzahl der illegal aufhältigen Migranten reduzieren. Zudem wird durch eine Verringerung des informellen Arbeitsmarktsektors eine zusätzliche Einnahme von Steuergeldern

¹¹⁵⁵ Durch die Verwendung des Begriffs „Regularisierung“ soll verhindert werden, dass der Status der Person als illegal bezeichnet wird.

¹¹⁵⁶ Schönwälder weist jedoch darauf hin, dass eine solche Maßnahme (Legalisierungsprogramme) unter der Regierung Brandt ernsthaft erwogen wurde und schließt daraus, dass dem keine unüberwindlichen Barrieren im Recht oder der politischen Kultur entgegenstehen würden, in: Schönwälder / Vogel / Sciortino (Hrsg.), AKI Forschungsbilanz, S. 73. m.V.a. Schönwälder, Einwanderung und ethnische Pluralität. Politische Entscheidungen und öffentliche Debatten in Großbritannien und der Bundesrepublik von den 1950er bis zu den 1970er Jahren, Essen 2001, S. 502.

¹¹⁵⁷ Hein, Illegaler Aufenthalt und Legalisierung, in: Barwig (Hrsg.), Ausweisung im demokratischen Rechtsstaat, Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 1995, S. 393.

¹¹⁵⁸ Finotelli, Illegale Einwanderung, Flüchtlingsmigration und das Ende des Nord-Süd-Mythos, S. 116.

und Sozialbeiträgen erwartet. Soziale Exklusion und Arbeitsmissstände können gemildert und Arbeitsmarktbedürfnisse befriedigt werden. Positiv wird gewertet, dass illegal beschäftigte Migranten bereits Integrationsleistungen erbracht und sich im dortigen Arbeitsleben erprobt haben.¹¹⁵⁹ Darüber hinaus hat ein Regularisierungsprogramm eine interne Kontrollfunktion („regaining control“). Durch die Antragstellungen der zuvor meist untergetauchten Migranten werden diese für die staatlichen Behörden sichtbar. Aus diesem Grund liegen in Italien und Spanien weit bessere Kenntnisse über die Situation der sich im Land irregulär befindlichen Ausländer vor. Andere Staaten erlassen Legalisierungsmaßnahmen grundsätzlich nur aus humanitären Gründen. Hier spielen menschenrechtliche Verpflichtungen die maßgebliche Rolle. Zudem möchte man durch ein Legalisierungsangebot dem Umstand gerecht werden, dass viele Migranten aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen über lange Zeit hinweg nicht abgeschoben werden können, sich aber zwischenzeitlich integriert haben.

Regularisierungskampagnen, insbesondere Massenregularisierungen, sind immer wieder starker Kritik ausgesetzt. Als Instrument der Migrationssteuerung seien sie ungeeignet und würden die Einwanderungsgesetzgebung ad absurdum führen. Denn illegale Wanderungen seien ein Dauerphänomen, und es wird vermutet, dass jede Amnestie die Hoffnung auf weitere Amnestien wecke und damit einen bedenklichen Pull-Faktor für weitere illegale Zuwanderung darstelle.¹¹⁶⁰ Zudem eröffne sich dadurch die Möglichkeit zur Bildung neuer Migrationsbrücken. Andere Stimmen sehen hingegen diese uneingeschränkte Pull-Wirkung nicht als nachgewiesen an. Der Nachweis eines Pull-Effekts in einzelnen „Communities“ könne man nicht ins Allgemeine übertragen.¹¹⁶¹ *Arango/Finotelli* weisen in ihrer Untersuchung zu Regularisierungen in Spanien darauf hin, dass deren Pull-Faktor wesentlich von den Einreisebedingungen und damit auch von der Visa-Politik abhängt.¹¹⁶²

1159 Vgl. zu Regularisierungen als Ersatz für eine aktive Einwanderungspolitik ebenda, S. 37 ff.

1160 So auch die Ansicht des deutschen Innenministers *Schäuble*, ZAR 2006, S. 224.

1161 In einer Studie von *Elrick* und *Ciobanu* (2009) wurde die anziehende Wirkung von Regularisierungsprogrammen in Spanien auf zwei rumänische Communities untersucht. Es konnte festgestellt werden, dass die meisten Mitglieder dieser Community den Weg aufgrund des Regularisierungsprogramms nach Spanien fanden, jedoch soziale Netzwerke vor Ort und die freie Visapolitika ein weiterer wichtige Gründe waren, S. *Elrick* und *Ciobanu*, „Migration networks and policy impacts: Insights from Romanian-Spanish migrations“, *Global Networks* 2009, 9 (1), S. 14ff.

1162 Vgl. hierzu *Arango/Finotelli*, in: IMPCD, Regine 2009, Länderstudie zu Spanien, S. 91. Ein Regularisierungsprogramm führe bei einer restriktiven Visapolitik zu einem geringeren Pull-Effekt als bei einer großzügigen Visapolitik. Als Beispiel wird die illegale Einwanderung von Ekuadorianern und Kolumbianern nach Spanien angebracht, dessen Anzahl trotz Regularisierungsprogramm 2001/2003 aufgrund der Einführung

Kritiker befürchten zudem, dass breit angelegte Regularisierungsprogramme in einem EU-Mitgliedstaat Auswirkungen auf andere Mitgliedstaaten haben könnten. Da das europäische Recht zunehmend Weiterwanderungsrechte für sich legal aufhaltende Drittstaatsangehörige gewährt, wird befürchtet, dass legalisierte Migranten in andere Mitgliedsstaaten weiterwandern.¹¹⁶³ Diese Auswirkungen sind jedoch wissenschaftlich bisher nicht belegt. Eine internationale Studie kam bei einer EU-weiten Umfrage zu dem Ergebnis, dass lediglich die tschechische Republik, Irland und Polen Auswirkungen von Regularisierungsmaßnahmen anderer EU-Mitgliedstaaten feststellen konnten.¹¹⁶⁴ Andersherum ließe sich auch argumentieren, dass gerade ein legalisierter Aufenthaltsstatus den Migranten an den nationalen Arbeitsmarkt bindet und dieser aus diesem Grund gerade nicht weiterwandert. Es gibt zum Beispiel Nachweise dafür, dass irreguläre Arbeitsmigranten eher dazu geneigt sind weiterzuwandern, um Angebote auf dem informellen Arbeitsmarkt anderer EU-Staaten wahrzunehmen.¹¹⁶⁵

Festzuhalten bleibt, dass Funktionsweise und Wirkung von Legalisierungsprogrammen kontrovers beurteilt werden¹¹⁶⁶, es jedoch zunehmend auch Stimmen gibt, die positive Effekte von Legalisierungen erkennen.¹¹⁶⁷

I. Regularisierungen in Europa

Die Kriterien und Gründe anhand derer ein Staat eine sich im Inland illegal aufhaltende Person legalisiert, sind in Europa sehr unterschiedlich. In mehreren wissenschaftlichen Studien wurden die unterschiedlichen Maßnahmen der einzelnen europäischen Staaten anhand von Kriterien kategorisiert.¹¹⁶⁸ In einer

der Visapflicht deutlich sank.

1163 Vgl. hierzu auch *Laas*, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraums aus der Perspektive des deutschen und des spanischen Rechts, S. 209.

1164 ICMPD, REGINE 2009, Final Report, S. 57: Die Tschechische Republik bemerkte, dass eine Transit-Route nach Italien bestehe; Irland konnte Wanderungsbewegungen feststellen, die von ihrer Regularisierungspolitik herrührte, die Eltern von legal aufhaltigen Kindern zu legalisieren und Polen verzeichnete einen Einfluss der deutschen Politik der „Geduldeten“.

1165 Als Beispiel kann die Transit Migration von Osteuropa via Deutschland nach Spanien bzw. Italien genannt werden, siehe hierzu: ICMPD Studie, Regine 2009, Final Report, S. 46.

1166 Siehe *Schönwälder/Vogel/Sciortino*, AKI-Forschungsbilanz 1 (2006), S. 73. Die Kommission kommt in ihrer Schlussfolgerung hingegen zu dem Ergebnis, dass mit diesen Programmen zwar die Bevölkerungsentwicklung besser gesteuert, das Problem der Schwarzarbeit eingedämmt und die Staatseinnahmen erhöht werden könnten; Regularisierungen aber dennoch einen Anreiz zur illegalen Einwanderung bilden würden. Vgl. auch die Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Studie über die Zusammenhänge zwischen legaler und illegaler Migration, KOM/2004/0412 endg.

1167 Vgl. *Riedel*, SWP-Studie 2011, S. 35; vgl. auch OECD, International Migration Outlook 2007.

1168 Vgl. schon: *De Bruycker* (Hrsg.), Odysseus Studie 2000.

Studie zu Regularisierungspraktiken in der EU (REGINE) hat das International Centre of Migration Policy Development (ICMPD) im Auftrag der Europäischen Kommission zwei Grundtypen von Regularisierungsmaßnahmen herausgearbeitet. Der eine Grundtyp basiert auf humanitären und menschenrechtlichen Erwägungen; der andere Grundtyp folgt einer regulierenden, arbeitsmarktorientierten Logik,¹¹⁶⁹ die zum Ziel hat, den informellen Sektor einzudämmen. Diese meist umfangreich angelegten Regularisierungs-Programme sind in südeuropäischen Mitgliedstaaten zu finden.

Die Studie unterscheidet bei der Ausgestaltung von Legalisierungsmaßnahmen zwei Hauptformen: Regularisierungsprogramme und Regularisierungsmechanismen. Erstere sind breiter angelegt, beinhalten klare und transparente Kriterien und dienen meist dazu, die Anzahl der illegal Beschäftigten zu senken. Mechanismen sind demgegenüber Teil der regulären Migrationspolitik und demnach permanente Maßnahmen. Häufig liegen sie im Ermessen der Verwaltung, legalisieren lediglich eine begrenzte Anzahl und begründen sich meistens aus humanitären Erwägungen. Regularisierungen können einmalig oder andauernd sein, als individuelle Einzelfallentscheidung ergehen oder für eine ganze Personengruppe gelten. Darüber hinaus münden erfolgreiche Legalisierungen entweder in einen Daueraufenthalt oder lediglich in einen vorübergehenden Aufenthaltsstatus, wobei hier die Gefahr des Rückfalls in die „Illegalität“ besteht. Der Europäische Rat hat die bisher stattgefundenen Regularisierungsprogramme klassifiziert und grob fünf Programmtypen herausgearbeitet: (1) außergewöhnliche humanitäre Programme, (2) Familien-Zusammenführungs-Programme, (3) fortdauernde Programme auf einer Fall-zu-Fall Basis, (4) einzigartige, aber breit angelegte Programme, die auf Arbeitsaufnahme beruhen und (5) „earned“ Regularisierungsprogramme, dh. das Aufenthaltsrecht muss erst verdient werden, indem verschiedene Voraussetzungen nachgewiesen werden müssen (z.B. Nachweis Beschäftigungsverhältnis, Kenntnisse der Landessprache).¹¹⁷⁰

1169 ICMPD, Regularisations in Europe, Research Brief, S. 3, verfügbar unter: http://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Logos/Publications/REGINE_Policy_Brief.pdf. (abgerufen am: 02.02.2015).

1170 Council of Europe, Doc. 11350, 6 July 2007, Regularisation programmes for irregular migrants.

2. Regularisierungen in Deutschland

Im Gegensatz zu den südeuropäischen Mitgliedstaaten bietet Deutschland keine allgemeinen expliziten Programme an, um sich illegal im Land aufhaltenden Menschen zu legalisieren. Regularisierungen werden weitgehend abgelehnt. Die ablehnende Haltung wird mit dem Argument der „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ begründet. Rechtswidriges Verhalten dürfe nicht belohnt werden, auch um keine Anreize zu weiteren Rechtsverletzungen zu schaffen.¹¹⁷¹ Es bestehen jedoch Möglichkeiten im Einzelfall aus humanitären Gründen einen legalen Status zu erhalten. Die dafür maßgeblichen Rechtsinstrumente und darin enthaltenen Kriterien zur Regularisierung sollen nachfolgend dargestellt werden.

1. Grundsatz

In Deutschland hat die illegale Einreise rechtlich schwerwiegende Konsequenzen.¹¹⁷² § 5 Abs.2 AufenthG bestimmt, dass bei einem Verstoß gegen Visumsvorschriften, sogar auch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines gesetzlichen Anspruchs, eine Aufenthaltsgenehmigung grundsätzlich nicht erteilt werden kann. Befindet sich demnach ein Ausländer ohne erforderliche Aufenthaltsgenehmigung im Inland, muss der Betreffende ausreisen, um ein Visum für seinen Aufenthaltsweg zu beantragen. Jedoch existieren Ausnahmen, die eine Legalisierung auch im Inland ermöglichen. Das sind die Fälle, in denen gesetzliche Befreiungstatbestände bestehen, Ansprüche auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vorliegen oder das Nachholen des Visumverfahrens nicht zugemutet werden kann (§ 5 Abs.2 S.2 2. Alt. AufenthG). Grundsätzlich lassen sich für sich illegal aufhaltende Migranten in Deutschland zwei Gründe ausfindig machen, die den Weg zur Legalisierung des illegalen Aufenthaltes eröffnen können. Das sind humanitäre Gründe und solche, die im Schutz der Ehe und der Familie liegen.

¹¹⁷¹ Bundesregierung des BMI, Bericht „Illegal aufhältige Migranten in Deutschland“ zum Prüfauftrag „Illegalität (2007)“, S. 39, verfügbar unter: http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/151394/publicationFile/13641/Pruefbericht_Illegalitaet.pdf

¹¹⁷² Vgl. hierzu weiter oben das erste Kapitel.

2. Rechtliche Instrumente zur Legalisierung

Es gibt Fälle, in denen die Ausreise eines ausreisepflichtigen Ausländers nicht durchgesetzt werden kann, da Abschiebungshindernisse bestehen. Dem Betroffenen wird dann zumeist eine Duldung gem. § 60 a AufenthG erteilt. Jedoch kann das Rechtsinstitut der Duldung nicht als Legalisierung qualifiziert werden, da sie nicht die Verpflichtung beendet, den Staat zu verlassen und somit auch die Rechtswidrigkeit des Aufenthaltes bestehen bleibt. Sie ist jedoch im Legalisierungsprozess interessant, da zum einen der sich illegal aufhaltende Ausländer im Inland zeitweilig bleiben darf und zum anderen in bestimmten Fällen die Duldung als Vorstufe zur Aufenthaltserlaubnis gesehen werden kann. Denn ein geduldeter Ausländer kann unter bestimmten Voraussetzungen einen rechtmäßigen Aufenthaltstitel in Form einer Aufenthaltserlaubnis erwerben.¹¹⁷³ Um den Legalisierungsprozess von einem illegalen Aufenthalt bis zur Legalisierung verständlich zu machen, werden die einzelnen Rechtsinstrumente kurz dargestellt und anschließend einige wichtige Kriterien zusammengefasst, die eine Legalisierung ermöglichen.

Im Vordergrund steht das Rechtsinstitut der Duldung, da die Erlangung einer Duldung als erster Schritt anzusehen ist, um in den Legalisierungsprozess einzutreten. Zudem macht sie den untergetauchten irregulären Migranten für die Behörden wieder sichtbar mit all den daran hängenden positiven rechtlichen Konsequenzen, wie staatliche Fürsorge, Arbeitsmarktzugang etc.

Zu unterscheiden ist zwischen einer Duldung auf der Grundlage einer individuellen Einzelfallentscheidung gemäß § 60a Abs.2 AufenthG im Ermessen oder als Rechtsanspruch und einer generellen abstrakten Entscheidung gemäß § 60 a Abs.1 AufenthG. Zudem ist zu unterscheiden, ob die Duldung nur eine kurzfristige Verschiebung der Aufenthaltsbeendigung bewirkt oder eine Perspektive zur Legalisierung eröffnen kann. Die Duldung wurde in der ausländerrechtlichen Praxis häufig als „Quasiaufenthaltsrecht“ für Ausländer benutzt, deren Aufenthalt aufgrund von Abschiebehindernissen über Jahre hinweg nicht beendet werden konnte. Mit der Verweigerung eines rechtmäßigen Aufenthaltstitels konnte die Verfestigung des Aufenthaltstitels ausgeschlossen werden. Die ursprünglich im Gesetzgebungsverfahren zum Aufenthaltsgesetz

¹¹⁷³ S. hierzu insbesondere die Ausführungen zu den Altfallregelungen weiter unten: S. 262ff.

gewollte Abschaffung der Duldung zur Vermeidung von den sog. Kettenduldungen ist im AufenthG nicht umgesetzt worden.¹¹⁷⁴ Die gesetzlichen Möglichkeiten wurden jedoch insofern erweitert, dass Geduldete unter bestimmten Voraussetzungen nun einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis haben.¹¹⁷⁵

2.1. Rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit der Abschiebung

Nach § 60 a Abs.2 S.1 AufenthG ist bei einem ausreisepflichtigen Ausländer die Abschiebung auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Die Erfüllung der gleichen Tatbestandsmerkmale können auch die Erteilungen einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs.5 AufenthG rechtfertigen. Dies gilt insbesondere, wenn die Abschiebung bereits achtzehn Monate ausgesetzt ist. Die Duldung ist immer dann einschlägig, wenn eine Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt werden kann. Denn § 25 Abs.5 S.3 und S.4 AufenthG bestimmen, dass ein Aufenthaltsrecht nur zugesprochen werden darf, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist.¹¹⁷⁶

Eine rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise ist gegeben, wenn der Ausländer aus Rechtsgründen nicht ausreisen kann. Das kann z.B. der Fall sein, wenn die erforderlichen Einreisepapiere fehlen. Dem Drittstaatsangehörigen kann auch aus Rechtsgründen die Ausreise unzumutbar sein. Eine Unzumutbarkeit der Ausreise kann sich sowohl aus inlandsbezogenen Hindernissen als auch aus Umständen im Herkunftsstaat ergeben. Zu den rechtlichen Ausreisehindernissen gehören vor allem grundrechtlich fundierte Ausreisehindernisse sowie rechtliche Hindernisse auf Grund des deutschen Grundgesetzes oder der EMRK. Der Hauptanwendungsfall ist sicherlich Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK, die als Ausreisehindernis Bedeutung erlangen, wenn die reguläre Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Wege des Familiennachzugs ausscheidet oder der Ausländer aufgrund seiner eigenen Integrationsleistung und seinem langen Aufenthalt als „faktischer Inländer“ zu qualifizieren und somit eine Rückkehr ins

1174 Vgl. hierzu: *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Aufl., S. 166, Rn. 501.

1175 S. hierzu insbesondere die Ausführungen zu den Altfallregelungen weiter unten: S. 262 ff.

1176 Satz 4 konkretisiert durch drei Regelbeispiele den Ausschluss eines Aufenthaltstitels: „bei falschen Angaben, bei der Täuschung über die Identität oder die Staatsangehörigkeit oder dann, wenn zumutbare Anforderungen an die Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt werden.“

Heimatland unzumutbar ist.¹¹⁷⁷

Ein weiteres wichtiges Ausreisehindernis ist gegeben, wenn sich die rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ergibt (Artt. 1 I, 2 II 1GG). In diesem Fall ist eine Abgrenzung zum Abschiebungsverbot des § 60 Abs.7 AufenthG vorzunehmen, der bei zielstaatsbezogenen Abschiebehindernissen einschlägig ist.¹¹⁷⁸ Realisiert sich hingegen die konkrete Gefahr für Leib und Leben durch eine bestehende Krankheit schon bzw. noch im Inland (z.B. durch Retraumatisierung), liegt ein inlandsbezogenes Abschiebehindernis vor.

Hingegen kann ein tatsächliches Abschiebehindernis beispielsweise dann gegeben sein, wenn die Identität des Ausländers ungeklärt ist, Staatenlosigkeit vorliegt, der Pass fortdauernd fehlt, kein Staat bereit ist, den Ausländer aufzunehmen oder die Verkehrsverbindungen in den Heimatstaat unterbrochen sind.¹¹⁷⁹

2.2. Dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen

Im Ermessenswege kann eine Duldung gem. § 60 a Abs.2 S.3 AufenthG erteilt werden, wenn dieses dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen eine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Im Unterschied zu den zwingenden Duldungsgründen in Abs.2 S.1 der o.a. Vorschrift reichen hier schon dringende Duldungsgründe aus. Diese sind gegeben, wenn ein zwingender gesetzlicher Duldungsgrund knapp verfehlt wird. Maßgeblich ist, dass der geduldete Aufenthalt aufgrund seines Zwecks in aller Regel zeitlich begrenzt ist. Dies kann ein persönlicher Grund sein (z.B. die Beendigung einer Ausbildung oder einer Krankenbehandlung) oder es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran (z.B. der Ausländer wird als Zeuge in einem Gerichtsverfahren benötigt).¹¹⁸⁰

Nach § 25 Abs.5 AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erteilt werden. Diese Norm sollte ursprünglich die Praxis der so

1177 Vgl. hierzu ausführlich weiter oben: S. 119.

1178 Wird der Schadenseintritt durch die fehlende medizinische und soziale Infrastruktur im Zielland ausgelöst, dann handelt es sich um ein zielstaatsbezogenes Abschiebehindernis. In diesem Fall ist für die Entscheidung das BAMF zuständig.

1179 *Bauer*, in: Bergmann, Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 11. Aufl., § 60a 2.1.2.

1180 *Bauer*, ebenda, § 60a, Rn. 37ff.

genannten Kettenduldungen vermindern,¹¹⁸¹ konnte die Erwartungen jedoch nur begrenzt erfüllen. Grundvoraussetzung der Norm ist die Unmöglichkeit sowohl der Abschiebung als auch der freiwilligen Ausreise.¹¹⁸² Übersteigt der Aufenthalt achtzehn Monate soll § 25 Abs.5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis rechtfertigen.

2.3. Ermöglichung eines vorübergehenden Aufenthalts wegen eines Strafverfahrens

Zudem besteht die Möglichkeit, eine Duldung zu erteilen, wenn die Anwesenheit des Ausländers in einem Strafverfahren wegen eines Verbrechens nötig ist. Handelt es sich bei dem Ausländer um ein Opfer einer Straftat kann für die Dauer des Gerichtsverfahrens auch eine befristete Aufenthaltserlaubnis erteilt werden (§ 25 Abs.4a AufenthG). Diese Norm ist vor allem auch bei Menschenhandelsopfern einschlägig. Ein Daueraufenthalt kann jedoch grundsätzlich nicht auf der Grundlage dieser Norm erreicht werden und ist nur in dem Fall denkbar, dass dem Opfer von Menschenhandel in dem Zielstaat erhebliche konkrete Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit drohen. Dann wäre ein Abschiebeverbot im Sinne von § 25 Abs.3 i.V.m. § 60 Abs.7 AufenthG aus zielstaatsbezogenen Gründen einschlägig.¹¹⁸³

2.4. Scheitern der Abschiebung (§60a Abs.2a AufenthG)

Eine auf eine Woche begrenzte Duldung ist nach § 60 a Abs.2a AufenthG zu erteilen, wenn die Abschiebung oder eine Durchbeförderung des Ausländers nach der EG-Durchbeförderungs-Richtlinie vom 25.11.2003 gescheitert ist und die BRD nach Art. 6 der Richtlinie zur Rückübernahme verpflichtet ist.¹¹⁸⁴

2.5. Der sog. Allgemeine Abschiebestopp

Auf der Grundlage einer generellen Regelung können Abschiebungen gemäß §

1181 S. hierzu die Gesetzesbegründung BT-Ds. 15/420, S. 80.

1182 S. *Dienelt*, in: Renner/Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 10. Aufl., § 25, Rn.105.

1183 Der Aufenthaltstitel ist weitgehend von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen freigestellt (§ 5 Abs.3 AufenthG). Vgl. *Will*, *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht*, S. 124.

1184 S. hierzu *Bruns*, in: Hofmann/ Hoffmann (Hrsg.), *HK-AuslR*, 1. Aufl., § 60a Rn. 28.

60a Abs.1 AufenthG ausgesetzt werden. Nach diesem sog. Allgemeinen Abschiebestopp kann von der obersten Landesbehörde angeordnet werden, dass einer Gruppe von Ausländern aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland eine Duldung erteilt wird. Relevant ist insbesondere das Tatbestandsmerkmal „humanitärer Grund“, das vorliegt, wenn im Falle einer Rückführung im Herkunftsland eine erhebliche Gefährdungssituation im Sinne einer konkreten Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit droht.¹¹⁸⁵

Eine Verlängerung der Anordnung eines Abschiebestopps über sechs Monate hinaus bedarf zur Wahrung der Bundeseinheitlichkeit gemäß § 60 a Abs.1 S.2 AufenthG i.V.m. § 23 Abs.1 AufenthG des Einvernehmens des BMI. Die inhaltsgleiche Norm des § 23 Abs.1 AufenthG ermöglicht hingegen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

2.6. „Legalisierungserlass“ zu Gunsten statusloser Ausländergruppen oder Nationalitäten

Auf der Rechtsgrundlage von § 23 Abs.1 AufenthG können die Bundesländer die Anordnung erlassen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Diese Anordnung erfordert zur Wahrung der Bundeseinheitlichkeit das Einvernehmen mit dem Bundesinnenministerium des Inneren (§ 23 Abs.1 S. 3 AufenthG). Interessant ist, dass § 23 Abs.1 AufenthG, im Gegensatz zur alten Regelung des § 30 Abs.1 AuslG 1990, keine weiteren Voraussetzungen für eine gruppenbezogene Anordnung erfordert, so dass die Rechtsgrundlage einen weiten Umsetzungsspielraum eröffnet. Inwieweit sich illegal aufhaltende Ausländer davon profitieren können, bleibt jedoch problematisch. *Will* weist zurecht darauf hin, dass aufgrund der ausländerrechtlichen Konzeption des Aufenthaltsgesetzes, den illegalen Aufenthaltsstatus konsequent durch die Durchsetzung der Ausreisepflicht zu beenden, eine Legalisierung nach § 23 Abs.1 AufenthG nur denkbar wäre, wenn

¹¹⁸⁵ S. zu den Voraussetzungen im Einzelnen: *Fritsch*, ZAR 2015, S. 172-176.

ein eigenständiger humanitärer Sachgrund, die vorangegangene „aufenthaltsrechtliche Illegalität“ rechtfertigen könne.¹¹⁸⁶

Die Innenministerkonferenz hatte am 17.11.2006 auf der Rechtsgrundlage des § 23 Abs.1 AufenthG einen Bleiberechtsbeschluss¹¹⁸⁷ erlassen, der von den Bundesländern durch Anordnungen umgesetzt wurde. In den Anwendungsbereich dieses Beschlusses kamen ausreisepflichtige Ausländer, die seit der Einreise in das Bundesgebiet faktisch wirtschaftlich und sozial integriert waren.¹¹⁸⁸ Grundsätzlich musste bis zu dem Stichtag am 17.11.2006 eine ununterbrochene Aufenthaltsdauer von acht Jahren nachgewiesen worden sein, wobei bei Ausländern mit mindestens einem minderjährigen Kind lediglich der Nachweis eines sechsjährigen Aufenthaltes ausreichte. Bei Vorliegen der übrigen maßgeblichen Erteilungsvoraussetzungen wurde eine befristete Aufenthaltserlaubnis auf zwei Jahre erteilt bzw. auf ein Jahr, wenn Sozialleistungen bezogen wurden.¹¹⁸⁹ Für sich illegal aufhaltende Ausländer war der Bleiberechtsbeschluss interessant, da er keine Einschränkung auf geduldete Ausländer beinhaltete, sondern allgemein auf „ausreisepflichtige ausländische Staatsangehörige“ verwies.¹¹⁹⁰ Dennoch stellte sich damals die Frage, inwieweit der illegale Aufenthalt zu einem Ausschluss dieser Regelung führte. Die Bundesländer hatten hier unterschiedliche Regelungen getroffen. Ein kurzfristiger zwischenzeitlicher illegaler Aufenthalt wurde grundsätzlich als unschädlich eingestuft.¹¹⁹¹ Schwierigkeiten bereitete darüber hinaus der Nachweis der illegalen Aufenthaltszeiten, der hohen Anforderungen ausgesetzt war.¹¹⁹² Da auch die Sicherung des Lebensunterhaltes durch ein eigenes legales Beschäftigungsverhältnis nachgewiesen werden musste, war zumindest ein illegaler Aufenthaltsstatus bei der Antragstellung ein Ausschlussgrund.

1186 Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 113f.

1187 Bleiberechtsbeschluss der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 17.11.2006.

1188 Vgl. Marx, ZAR 2007, S. 43. Marx weist daraufhin, dass dem Bleiberechtsbeschluss eine heftige kontroverse Diskussion um das Bleiberecht langjährig im Bundesgebiet lebender faktisch integrierter erfolgloser Asylsuchender ohne rechtmäßigen Aufenthalt vorangegangen war.

1189 Siehe zu den einzelnen Voraussetzungen des Beschlusses: Marx, ZAR 2007, S. 43-53; Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht 2007, S. 107-113.

1190 Vgl. Marx, ZAR 2007, S. 45.

1191 Einige Bundesländer begrenzen die Zeit auf drei Monate, so z.B. in Bayern Vorl. bay. Best. v. 17.11.2006 oder NRW, Anordnung. 29.11.2006, Nr.1.1.1., zitiert nach Marx. Marx hält eine starre Grenze nicht für sachgerecht, da es nach dem Bleiberechtsbeschluss allein auf die „faktische wirtschaftliche und soziale Integration ankomme“, ZAR 2007, S. 45.

1192 BW, AH v. 4.12.2006, Nr.1.1e, zitiert nach Marx, ZAR 2007, S. 45.

2.7. Bundesgesetzliche Bleiberechtsregelung für Altfälle

Die Implementierung einer stichtagsunabhängigen gesetzlichen Altfallregelung wurde immer wieder politisch vorgeschlagen und diskutiert, um insbesondere der Praxis der „Kettenduldungen“ entgegenzusteuern und gleichzeitig eine möglichst einheitliche Anwendung der neuen Altfallregelung im gesamten Bundesgebiet sicherzustellen.¹¹⁹³ Diesbezügliche Gesetzesvorschläge wurden bisher aus dem Grund abgelehnt, dass Regularisierungsprogramme „ultima ratio“ seien und auf außergewöhnliche Fälle bzw. Härtefälle begrenzt werden sollten.¹¹⁹⁴ Mit der bundesgesetzlichen Bleiberechtsregelung für Altfälle nach § 104a Abs.1 AufenthG konnte sich erstmals eine bundesrechtliche Altfallregelung durchsetzen.¹¹⁹⁵ Im Vergleich zum IMK-Bleiberechtsbeschluss 2006 weist sie inhaltlich viele Ähnlichkeiten auf, begünstigt jedoch ausschließlich geduldete Ausländer. Auf statuslose Migranten ist die Altfallregelung nicht anwendbar. Der Legalisierungsprozess kann in diesem Fall nur mittelbar über eine vorangegangene Duldung erreicht werden. Die Antragstellung ist wie im IMK-Beschluss 2006 auch an Stichtage gebunden, so dass sie lediglich nur Ausländer mit unsicheren langjährigen Aufenthaltsstatus erfasst, die einen bestimmten zeitlich befristeten Zeitraum zu einem bestimmten Stichtag nachweisen können. Grundvoraussetzung ist, dass der langjährig geduldete Ausländer im Bundesgebiet wirtschaftlich und sozial integriert ist und dies nachweisen kann.¹¹⁹⁶ Als

1193 Auf der Sitzung der IMK am 29.3.1996 vereinbarten die Länder erstmalig eine Härtefallregelung für ausländische Familien mit langjährigem Aufenthalt. Die Bleiberechtsregelung, die von den Ländern umgesetzt wurde, begünstigte Familien, die vor dem 1.7.1990, bzw. Alleinstehende, die vor dem 1.1.1987 ins Bundesgebiet eingereist waren und deren Asylantrag aus von ihnen nicht zu vertretenden Umständen nicht beendet werden konnte. In einer weiteren Altfallregelung, die im November 1999 erlassen wurde, wurden die Stichtage für Familien auf den 1. Juli 1993 und für alleinstehende Personen und Ehegatten ohne Kinder auf den 1. Januar 1990 abgeändert. Eine Aufenthaltsbefugnis konnte jedoch nur erteilt werden, wenn die Betroffenen nachweisen konnten, dass sie sich faktisch integriert hatten und es trotz der Ablehnung ihres Asylantrages, nicht zu vertreten hatten, dass sie Deutschland nicht verlassen konnten. Ein zwischenzeitliches Untertauchen wäre nach dieser Regelung beispielsweise schädlich gewesen, da dadurch die Aufenthaltsbeendigung vorsätzlich hinausgezögert worden wäre. Eine illegale Einreise und kurzzeitiger illegaler Aufenthalt von drei Monaten waren hingegen nicht schädlich.

1194 S. nur BT-Drucks, 13/1198 v. 25.04.1995: „Jede Altfallregelung auf dem Gebiet des Asylrechts begünstigt Personen, denen es gelungen ist trotz nicht vorhandener Asylgründe durch Verfahrensverzögerungen, Einlegung von Rechtsbehelfen etc. eine bestimmte Verfahrensdauer zu erreichen. Sie führt im Übrigen dazu, dass das Asylverfahren wieder vermehrt von den betroffenen Personengruppen als ein Instrument angesehen wird, den angestrebten Daueraufenthalt doch zu erreichen. Die Aussicht auf Legalisierung des Aufenthalts – insbes. wenn Stichtage jeweils `verlängert` bzw. `erneuert` werden- hat zur Folge, dass der Asylbewerberzugang in diesen Bereichen zunimmt, was zu einer Mehrbelastung des Verwaltungsgerichts führt.“

1195 Sie trat durch das 2. Änderungsgesetz zum Aufenthaltsgesetz am 28.8.2007 in Kraft.

1196 Als Voraussetzung werden im Gesetz: ausreichender Wohnraum, ausreichende Deutschkenntnisse, Schulpflichterfüllung bei Kindern und es dürfen keine Ausschlussgründe vorliegen, wobei Ausnahmen zugelassen werden. Zu den einzelnen Voraussetzungen, auf die ich hier im einzelnen nicht eingehen möchte, siehe: *Kirsch*, ZAR 2007, S. 130-135; *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 114-118.

Integrationsleistung wird insbesondere verlangt, dass der Lebensunterhalt einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutz durch legale Erwerbstätigkeit ohne zusätzliche Mittel der Sozialhilfe gesichert ist bzw. diesbezüglich eine positive Prognose vorliegt (§ 104a Abs.5 AufenthG). Kann der Ausländer seinen Lebensunterhalt bereits durch eine Erwerbstätigkeit sichern, wird ihm sofort ein Aufenthaltstitel nach § 23 Abs.1 AufenthG erteilt. Kann eine eigenständige Lebensunterhaltssicherung noch nicht nachgewiesen werden, wird eine Aufenthaltserlaubnis befristet zur Arbeitssuche erteilt. Nach dieser Probezeit muss zur Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis um weitere zwei Jahre der Lebensunterhalt auch in Zukunft überwiegend durch eigenständige Erwerbstätigkeit gesichert sein. Da die finanziellen Anforderungen für die Lebensunterhaltsicherung sehr hoch sind, profitierte von der Regelung nur ein kleiner Teil der in Frage kommenden Geduldeten. Nach § 104b AufenthG können zudem integrierte Kinder von geduldeten Ausländern ein eigenständiges elternunabhängiges Aufenthaltsrecht nach § 23 Abs.1 S.1 AufenthG erwerben, wenn sie aufgrund eigenständiger Integrationsleistungen eine faktische Integration nachweisen können.

Der fehlenden Zukunftsoffenheit der Regelungen des §§ 104a, 104b AufenthG wurde mit der am 1.7.2011 in Kraft getretenen stichtagsunabhängigen Regelung des § 25 a AufenthG begegnet. Damit wurde eine weitere rechtliche Verbesserung von langjährig geduldeten gut integrierten Kindern und Jugendlichen eingeführt und deren rechtliche Aufenthaltsperspektive in Deutschland verbessert. Im Rahmen des am 1.8.2015 in Kraft getretenen Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung¹¹⁹⁷ wurde die Regelung zu Gunsten der Antragsteller nachgebessert und eine großzügigere Aufenthaltsgewährung ermöglicht. Insbesondere wurde die Ermessens- in eine Soll-Vorschrift¹¹⁹⁸ umgewandelt, der erforderliche Zeitraum des Voraufenthaltes und des (erfolgreichen) Schulbesuchs auf vier Jahre gekürzt und die Mindestaltersgrenze von fünfzehn Jahren gestrichen. Bestehen bleibt hingegen die Höchstaltersgrenze von 21 Jahren. Jugendliche die hingegen vor ihrem 17. Lebensjahr eingereist sind, müssen sich auf die ebenfalls im August 2015 neu in Kraft getretene alters- und stichtagsunabhängige Altfallregelung des § 25b

1197 BGBL. I 2015, 1386.

1198 Die die Erteilung bei Vorliegen der Voraussetzungen im Regelfall vorsieht.

AufenthG berufen.¹¹⁹⁹ Damit wurde die langjährige Forderung der Praxis nach einer stichtagsunabhängigen Altfallregelung, um insbesondere auch das Phänomen der „Kettenduldungen“ einzudämmen, endlich erfüllt. Denn das vorherige Sammelsurium an Regelungen der §§ 25 V, 104 a, 104b sowie §§ 18a und 25a AufenthG entschärften bisher nicht das Problem.

§ 25b Abs.1 AufenthG ermöglicht nun als Soll-Vorschrift die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Geduldete, wenn die Integration in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland nachhaltig gelungen ist. Schreibt S. 2 der Vorschrift bestimmte Regelvoraussetzungen für die Erteilung vor, lässt S.1 Spielraum für Einzelfallentscheidungen aufgrund anderweitig nachweisbarer Integrationsleistungen und eröffnet dadurch den Weg, neben wirtschaftlichen Integrationsleistungen auch eine sozio-kulturelle Integration zu belohnen.

2.8. Härtefälle

Mit dem AufenthG wurde anhand von § 23 a AufenthG¹²⁰⁰ eine Härtefallregelung erlassen, mit der erstmals eine eigene Rechtsgrundlage für eine Aufenthaltserlaubnis aufgrund des Ersuchens einer Härtefallkommission normiert wurde. Neu ist, dass auf der Grundlage dieser Vorschrift vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden kann, obwohl nach den Vorschriften des Asyl- und Ausländerrechts ein Aufenthaltsrecht ausgeschlossen ist. Die Vorschrift ermöglicht also außerhalb des Systems des Ausländerrechts die Legalisierung eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers.¹²⁰¹ Aus diesem Grund wurde diese Regelung von einigen Stimmen sehr kritisch betrachtet.¹²⁰² Der Gesetzgeber hat trotz dieser Bedenken zu Recht an

¹¹⁹⁹ § 25 eingef. mWv 1.8.2015 durch G. v 27.7.2015 (BGBl.IS.1386).

¹²⁰⁰ § 23a AufenthG statuiert: „Die oberste Landesbehörde darf anordnen, dass einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von den in diesem Gesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn eine von der Landesregierung durch Rechtsverordnung eingerichtete Härtefallkommission darum ersucht (Härtefallersuchen).“

¹²⁰¹ Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 119.

¹²⁰² Vgl. *Schönenbroicher*, ZAR 2004, S. 351-358, der die Vorschrift § 23a AufenthG als verfassungswidrig einstuft. Auch der Süsmuth-Kommissions-Bericht lehnte eine allgemeine Härtefallregelung aus rechtspolitischen und rechtssystematischen Überlegungen ab. Die ablehnende Haltung wird damit begründet, dass eine gesetzliche Regelung mit Rechtsanspruch zu undifferenziert sei und eine Ermessensvorschrift zu einer Einbuße an Rechtssicherheit führen könnte. Zudem könnte eine allgemeine Härtefallklausel zu einer weiteren erheblichen Belastung der Behörden und Gerichte führen und damit auch die Verfahrensdauer unter Umständen erheblich verlängern und zusätzliche Anreize geben das Asylrecht zu missbrauchen. Letztlich wird empfohlen, dass jedes Bundesland seinen spezifischen Umgang mit Härtefällen beibehalten solle. A. A. *Groß*, ZAR

der Vorschrift festgehalten und damit eine rechtliche Handhabe geschaffen, um die Einzelfallgerechtigkeit in zuvor äußerst problematischen humanitären Fällen sicherzustellen.¹²⁰³ Die Vorschrift begründet keine – gerichtlich überprüfbaren - subjektiven Rechte des Ausländers, sondern bestimmt, dass die Befugnis zur Aufenthaltsgewährung ausschließlich im öffentlichen Interesse steht (§ 23 a Abs.1 S.4 AufenthG). Die Härtefallkommissionen werden ausschließlich im Wege der Selbstbefassung tätig (§ 23 a Abs.2 S.2 AufenthG). Darüber hinaus soll das Härtefallersuchen der Kommission voraussetzen, dass nach ihrer Feststellung dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen (§ 23a Abs.2 S.4 AufenthG). Kommt die Kommission zu diesem Ergebnis, richtet sie ihr Ersuchen an die oberste Landesbehörde, die dann über den Härtefall entscheidet.

Die Anwendungsfälle, die im Rahmen von § 23a AufenthG in Frage kommen, sind außergewöhnlich gelagerte, atypische Einzelfälle, bei denen ein Abweichen von der normierten Regelung im Gesetz zu Vermeidung besonderer Härten geboten erscheint. Betrachtet man die Tätigkeitsberichte der Härtefallkommissionen, so wurden als Härtefälle insbesondere bearbeitet: knappe Nichterfüllung des maßgeblichen Stichtags der IMK Bleiberechtsregelung oder der gesetzlichen Altfallregelung, Trennung von engen Verwandten, schwerste Gesundheitsprobleme, die im Herkunftsland nicht adäquat behandelt werden können. Ein wichtiges ausschlaggebendes Kriterium ist zudem regelmäßig das Vorliegen einer erfolgreichen Integration und Sozialisation.¹²⁰⁴

Vergleicht man nun die entscheidungsrelevanten Kriterien für die Bejahung eines Härtefalles mit anderen in Frage kommenden Rechtsgrundlagen, stellt sich die Frage, ob nicht schon eine großzügigere Auslegung dieser Vorschriften ein legales Aufenthaltsrecht hätte ermöglichen können. Als Beispiel kann § 25 Abs.5 i.V.m. mit Art. 8 EMRK genannt werden, der unter Berücksichtigung des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Fall einer „Verwurzelung“ ein Aufenthaltsrecht

2005, S. 65.

¹²⁰³ Siehe positive Bewertung der Vorschrift: *Groß*, ZAR 2005, S. 65; *Kessler*, in: Hofmann/ Hoffman (Hrsg.), AusIR-Kommentar, 1. Aufl., § 23 a, S. 294; *Rieken*, Duldung als Verfassungsproblem, S. 245.

¹²⁰⁴ Zu den einzelnen Entscheidungskriterien der Bundesländer s. aktuell: <http://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2016/02/HFK-Gesamtuebersicht-aktuell-2015-12-31.pdf> I; s. schon: *Schwantner*, Die Härtefallkommissionen der Bundesländern. Stand 12/2008, amnesty international, S.1.

aus humanitären Gründen ermöglicht.¹²⁰⁵

Für Ausländer, die sich über einen längeren Zeitraum illegal im Inland aufhalten, kommt § 23 a AufenthG grundsätzlich nicht als Legalisierungsmaßnahme in Betracht. Typische Situationen, die sich aus dem Leben in der „Illegalität“ ergeben, können keinen Härtefall i.S. von § 23 a AufenthG begründen.¹²⁰⁶ Insbesondere spielt die faktische Integration als Härtegrund keine Rolle. In vielen Bundesländern werden Anträge von Migranten von der Härtefallkommission von vornherein ausgeschlossen, bei denen der Aufenthaltsort unbekannt ist, die über die Staatsangehörigkeit oder Identität getäuscht haben, die sich aufenthaltsbeendenden Maßnahmen entzogen haben, zur Fahndung ausgeschrieben oder unmittelbar vor Antragstellung unerlaubt eingereist sind.¹²⁰⁷ Insgesamt ist festzustellen, dass die Norm nur für diejenigen Ausländer ein Aufenthaltsrecht begründen kann, die sich lediglich vorübergehend illegal in Deutschland aufgehalten haben.

Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es in Deutschland zurzeit keine allgemeinen Regulierungsprogramme gibt, die die Möglichkeit eröffnen, „untergetauchte“, sich illegal aufhaltende Ausländer zu legalisieren. Allein die Aufenthaltsdauer oder die faktische Integration eines sich illegal aufhaltenden Ausländers rechtfertigen nicht die Legalisierung des Aufenthaltes. Diese Kriterien waren im Rahmen von Altfallregelungen für langfristig geduldete Ausländer relevant. Häufig waren sie auf eine bestimmte Gruppe beschränkt. Im Rahmen des IMK-Beschlusses konnte, entsprechend der Umsetzung der einzelnen Länder, ein zeitweiliger illegaler Aufenthalt für die Antragstellung unschädlich sein. Maßgeblich waren allein humanitäre Gründe, die eine Legalisierung rechtfertigen, gekoppelt mit erfolgreichen Integrationsleistungen des Betroffenen. Was langfristig geduldete Ausländer betrifft, geht die Tendenz zu einer

¹²⁰⁵ Vgl. hierzu weiter oben: drittes Kapitel, V, 3.3.

¹²⁰⁶ Vgl. *Groß*, ZAR 2005, S. 65, der im ZuwG keinerlei Lösung für das Problem der sich illegal aufhaltenden Ausländern sieht.

¹²⁰⁷ Vgl. die Zusammenstellung der Härtefallkommissionen und deren Ausschlusskriterien bei: *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 120 Fn.247. Siehe für das Jahr 2015 die Zusammenstellung v. *Schwantner* zu den einzelnen Regelungen in den Bundesländern, insbes. S. 2, verfügbar unter: <http://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2016/02/HFK-Gesamtuebersicht-aktuell-2015-12-31.pdf> 1. Zu den einzelnen Regelungen in den Bundesländern vgl. auch die ältere detaillierte Zusammenstellung v. *Schwantner*, Die Härtefallkommissionen der Bundesländern. Stand 12/2008. amnesty international –

wohlwollenderen Auslegung der verantwortlichen Behörden, obwohl es starke Differenzen in Bezug auf die Anwendung der Regelungen in den einzelnen Bundesländern gibt. Positiv zu bewerten ist, die stichtagsfreie Bleiberechtsregelung für langjährig Geduldete. Die Legalisierung des geduldeten Aufenthaltes bleibt jedoch immer noch der Ausnahmefall und ist an strenge Kriterien gebunden.¹²⁰⁸ Sich illegal aufhaltende Ausländer können hingegen allein aus humanitären Gründen in den Legalisierungsprozess eintreten, der mit der Erteilung einer Duldung beginnt und im Laufe der Zeit in einen rechtmäßigen Aufenthaltsstatus münden kann.

III. Regularisierungspraxis in weiteren EU-Staaten

1. Länderbeispiel: Frankreich

Frankreich besitzt große Erfahrungen in der Migrationspolitik und der Stellung als Einwanderungsland. Eine Strategie des Landes mit illegaler Migration umzugehen ist bzw. war die Regularisierung von Personen „sans papiers“, die aber zurückhaltend angeboten wird. Eine derartige Maßnahme wurde in den Jahren 1982 (132.000 Migranten) 1997 (8.700) und 2006 (7.000) durchgeführt. Die Regularisierung in 1997 betraf sich illegal aufhaltende Familienangehörige, die aus rechtlichen Gründen nicht ausgewiesen werden konnten.¹²⁰⁹ In 2006 war die Zielgruppe Familien in irregulärer Aufenthaltssituation, deren minderjährigen Kinder zur Schule gingen. Bei den Familien musste insbesondere ein wahrer Wille zur Integration und eine Entwurzelung des Kindes im Heimatland nachgewiesen werden.¹²¹⁰ Darüber hinaus bestand die Möglichkeit der Legalisierung nach zehnjährigen Aufenthalt auf französischem Territorium. Dieses Recht wurde jedoch mit dem Sarkozy II Gesetz abgeschafft, da man den jahrelangen rechtsmissbräuchlichen Aufenthalt nicht mehr belohnen wollte. Stattdessen wurde mit dem neuen Migrations- und Asylgesetz eine

¹²⁰⁸ Vgl. hierzu nur die Handlungsempfehlungen des Beirats der Integrationsbeauftragten vom 24.09.2012, 4ff., abrufbar unter: http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/IB/2012-09-28-beschluss-beirat.html (zuletzt besucht am 14.12.2013)

¹²⁰⁹ Das Pasqua Gesetz (1993) führte die Voraussetzung ein, dass für ein Aufenthaltsrecht eine legale Einreise notwendig ist. Zudem war Migranten, die ohne Dokumente nach Frankreich eingereist, aber deren Kinder in Frankreich geboren worden waren, die Möglichkeit versperrt ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage des Verfassungsrecht auf Familienleben zu erlangen. Diese rechtliche Situation beförderte viele Familien in eine irreguläre Aufenthaltssituation, obwohl sie nicht ausgewiesen werden konnten.

¹²¹⁰ *Sohler*, ICMPD, REGINE, Regularisations in Europe, S. 19f. Diese Länderstudie liefert einen guten Überblick über die Regularisierungspolitik Frankreichs.

außerordentliche Aufenthaltsgewährung eingeführt, wonach die Präfekturen lediglich in Sonderfällen aus humanitären Gründen einen Aufenthaltstitel gewähren konnten (Commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour).¹²¹¹ In Frankreich waren Regularisierungsmaßnahmen häufig Reaktionen auf „Sans-Papiers-Protestbewegungen“, wodurch die Regierung stark unter Druck geriet. Nach dem Regierungswechsel 2012 wurde unter der Mitte-Links-Regierung das Migrationsrecht neu überdacht. Die Regeln der Legalisierung von Personen ohne Aufenthaltstitel sollen präzisiert, jedoch Massenlegalisierungen vermieden werden.¹²¹²

2. Südeuropäische Mitgliedstaaten

In den südeuropäischen Mitgliedstaaten wurden Programme zur Regularisierung als ein de-facto-Zuwanderungskanal für Arbeitsmigration erlassen. Sie dienen als ein Ersatz für legale, organisierte Migrationsströme. Demzufolge werden ökonomische Gründe, nämlich das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, zusätzlich als Kriterium für eine Legalisierung verlangt. Aufgrund ihrer Reichweite und Regelmäßigkeit sind Regularisierungen in Südeuropa Ziel zahlreicher Kritik geworden.¹²¹³

2.1. Länderbeispiel: Spanien

González-Enríquez schreibt in ihrem Länder-Bericht zu Spanien, dass „außerordentliche“ und „andauernde“ Regularisierungen ein wesentliches Instrument der spanischen Migrationspolitik seien, Migrationsströme zu managen.¹²¹⁴ Mehr als 40 % der Immigranten waren ursprünglich oder irgendwann illegal aufhältig. Diese Politik ist darauf zurückzuführen, dass Spanien lange Zeit die Bedürfnisse des Arbeitsmarktes trotz hoher Nachfrage nach ausländischen Arbeitskräften ignoriert hatte.¹²¹⁵ Inzwischen haben die spanischen Regierungen mit der Durchführung regelmäßiger Regularisierungen

¹²¹¹ Ebenda, S. 10.

¹²¹² S. Le Monde v. 23.11.2011, Une circulaire pur clarifier les critères de régularisation des étrangers sans papiers.

¹²¹³ Vgl. *Finotelli*, Regularisierung illegaler Migration in Spanien und Italien (2008), S. 75.

¹²¹⁴ Die weitaus wichtigste Legalisierungsmöglichkeit in Spanien waren die sechs außerordentlichen Regularisierungsverfahren; vgl. hierzu *Finotelli*, (2008), S. 85f.

¹²¹⁵ *Gonzales-Enríques*, „Spain: Irregularity as a Rule“, in: Triandafyllidou (Hrsg.), Irregular Migration in Europe, S. 247-266.

reagiert. Die erste Maßnahme wurde 1985/86 durchgeführt, das letzte Verfahren im Jahre 2005 war im Reglamento 2393/2004 als sog. außerordentliche Normalisierung vorgesehen. Es diente im Rahmen eines weitergehenden Programms zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung. Gefordert wurde als Bedingung zur Legalisierung, dass der Arbeitgeber für den sich illegal aufhaltenden Migranten einen Aufenthaltstitel beantragt, indem er bestätigte, dass er ihn mindestens noch sechs Monate beschäftigt und sich an die rechtlichen Voraussetzungen des Arbeits- und Sozialrechts hält. Insgesamt wurden 2005 im Rahmen der Amnestie 578.375 Antragsteller legalisiert.¹²¹⁶ Darüber hinaus besteht in Spanien die Möglichkeit einer individuellen ordentlichen Legalisierung (Art. 31 Abs.3 und 4 LOEx), wenn Voraussetzungen der besonderen „Verwurzelung“ (berufliche, soziale oder familiäre) vorliegen.¹²¹⁷ Diese individuellen Maßnahmen sollen zudem längerfristig die Massenregularisierungsprogramme eindämmen. Allerdings besteht in Spanien wegen der derzeitigen Wirtschaftskrise ein geringerer Bedarf an ausländischen Arbeitskräften, so dass zurzeit härter, in Form von Rückführungen, gegen illegale Migration vorgegangen wird. Für die Zukunft sind in Spanien momentan keine weiteren Regularisierungsprogramme vorgesehen. Zwar sind weitere Maßnahmen wahrscheinlich, jedoch nicht in dem Ausmaße wie sie im Jahre 2005 vorgenommen wurden.

2.2. Länderbeispiel: Italien

Auch Italien hat in regelmäßigen Abständen breit angelegte Amnestien zur Regularisierung illegaler Aufenthalte durchgeführt.¹²¹⁸ Begründet wird diese Politik, wie im Fallbeispiel Spaniens, mit einem fehlenden rechtlich fundierten Einwanderungskonzept. Zudem begünstigt in Italien auch die dort verbreitete Schattenwirtschaft illegale Migration, in der informelle Arbeitsverhältnisse leicht

¹²¹⁶ Vgl. hierzu ausführlich, *Finotelli*, Regularisierung illegaler Migration in Spanien und Italien (2008), S. 86; vgl. im Einzelnen auch *Laas*, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraums, S. 202-253.

¹²¹⁷ Vgl. ausführlich: *Laas*, ebenda, S. 202; *Aguilera Izquierdo* (RMTAS 63 (2006)), S. 179.

¹²¹⁸ Siehe die Zusammenstellung von Regularisierungsmaßnahmen von *Finotelli*.: 1985: Gesetz 943/86, 1. Regularisierung (105.000 Migranten), 1990: Gesetz 39/90, 2. Regularisierung (217.000); 1995 Gesetzesdekret, 3. Regularisierung, 486/1995 (244.000); 1998: Gesetz 40/1995, 4. Regularisierung (217.000); 2002, Gesetz 189/02, 5. Regularisierung (634.000). *Finotelli*, Regularisierung illegaler Migration in Spanien und Italien (2008), 79.

zu finden sind.¹²¹⁹ Die Nachfrage nach gering qualifizierten Arbeitskräften sollte zwar durch die Einführung von „Quotendekreten“, in denen jährlich eine Obergrenze an Einreisen zum Zweck der Arbeitsanheuerung festgelegt wird, auf dem rechtlichen Weg gestillt werden. Die zu späte und nicht bedarfsgerechte Umsetzung konnte jedoch den Arbeitskräftebedarf nicht hinreichend decken.¹²²⁰ Die folgende illegale Migration wurde durch mehrere Regularisierungsverfahren teilweise legalisiert. Voraussetzung waren insbesondere die Einreise vor einem bestimmten Stichtag und der Nachweis einer regulären Tätigkeit. Eine Ausnahme war die Regularisierung von 1990, die kein bestehendes Arbeitsverhältnis voraussetzte. Neben den ökonomischen wurden auch humanitäre Gründe berücksichtigt, hier insbesondere familiäre Bindungen und flüchtlingsrelevante Gründe nach der Genfer Flüchtlingskonvention.¹²²¹

Sowohl am italienischen als auch am spanischen Beispiel konnte nicht eindeutig festgestellt werden, ob Regularisierungsprogramme neue illegale Migration hervorruft. Vielmehr werden die Mechanismen hinter solchen Effekten als sehr komplex beschrieben.¹²²² Regularisierungen haben es hingegen ermöglicht, die irregulären Einwanderungsströme ex post zu kontrollieren und dem Bedürfnis nach billigen Arbeitskräften nachzukommen.

3. Die nordeuropäischen EU-Mitgliedstaaten

Die nordeuropäischen Mitgliedstaaten lehnen breit angelegte Regularisierungsprogramme grundsätzlich ab. Vor den 90er Jahren gab es auch in diesen Ländern, ähnlich wie heute in den südeuropäischen Mitgliedstaaten, arbeitsmarktpolitische Gründe für Regularisierungen.¹²²³ In Großbritannien besteht die Möglichkeit, allein auf der Grundlage der Aufenthaltsdauer, nämlich 14 Jahre bzw. 7 Jahre (bei Familien mit Kindern) ununterbrochenen Aufenthalts, eine unbefristete Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen. Diese Vorschrift liegt jedoch im Ermessen der Behörden und schließt wohl untergetauchte, sich illegal aufhaltende Ausländer aus.¹²²⁴ Schweden lehnt Regularisierungen grundsätzlich

1219 *Touzenis*, Migration and Human Rights in Italy: prospects for the ICRMW, S. 345.

1220 *Finotelli*, Regularisierung illegaler Migration in Spanien und Italien (2008), S. 78.

1221 *Ebenda*, S. 79.

1222 Vgl. die Analysen am italienischen und spanischen Beispiel bei: *Finotelli; Arango*, Documents d'Anàlisi Geogràfica 2011, S. 510f.

1223 Vgl. hierzu: *Schönwälder; Vogel; Sciortino*, AKI-Forschungsbilanz 1, S. 73.

1224 Die "long residence concessions" sind nur begrenzt auf "illegale" anwendbar. Sie können "overstayers", illegal Einreisende und

ab. Begründet wird die Haltung, dass aufgrund der sehr liberalen Arbeitsmigration, solche Maßnahmen nicht notwendig seien. Legalisierungen werden nur im Einzelfall aus humanitären Gründen erteilt.¹²²⁵

Manche Legalisierungen haben Asylbewerber im Blickfeld, die aufgrund ihres noch nicht abgeschlossenen Asylverfahrens über viele Jahre hinweg sich in dem Staat aufhalten. So hatte beispielsweise Belgien im Jahre 2000 ein Legalisierungsprogramm verabschiedet, dass als Bedingung ein nach vier Jahren noch nicht abgeschlossenes Asylverfahren (drei Jahre für Familien mit Kindern) voraussetzte.¹²²⁶

IV. Harmonisierung auf europäischer Ebene?

1. Auswirkungen von Legalisierungen auf den europäischen Raum

Die Europäische Gemeinschaft (jetzt Europäische Union) hatte sich schon frühzeitig mit den unterschiedlichen Regularisierungspraktiken innerhalb der EU und deren Auswirkungen auf den europäischen Raum befasst. Die Europäische Kommission hat im Jahre 2000 die Situation in einer Studie untersuchen lassen (sog. Odysseus-Studie). Schließlich wurde Ende 2007 das International Centre for Migration Policy Development (ICMPD) beauftragt, die Praxis der einzelnen EU-Staaten in Bezug auf Regularisierungen zu ermitteln, um eine zukünftige EU-Politik in diesem Bereich beurteilen zu können.¹²²⁷ Diese Studie wurde im Februar 2009 abgeschlossen. Stand die Kommission Regularisierungsprogrammen anfangs noch recht offen gegenüber, wurde ihre Haltung mit der Zeit, insbesondere gegenüber der Praxis südeuropäischer Staaten, zunehmend kritischer.¹²²⁸ Begleitet war die Skepsis von der massiven Kritik der Regierungen einzelner Mitgliedstaaten. Insbesondere traf die spanische

abgelehnte Asylbewerber nur begünstigen, wenn sie nicht untergetaucht, nicht straffällig geworden sind oder keine groben Verstöße, gegen das Einwanderungsrecht begangen haben (bad immigration history). S. hierzu Lenoel, REGINE, Regularisation in Europe, ICMPD, Country Studie UK, Chapter 6, insbes. S. 109f.

¹²²⁵ Brick, Legalization: Getting it Right, Migration Policy Institut (mpi) Dez. 2011, S. 6f. u. S. 15.

¹²²⁶ S. hierzu MuB v. 20 Febr. 2000. S. auch die Legalisierungsprogramme in den Niederlanden im Jahre 2003 und 2004.

¹²²⁷ KOM (2006) 402 endg.

¹²²⁸ Vgl. Mitteilung, KOM (2001) 672 endg., S. 6; positiver auch KOM (2003) 336 endg. und KOM (2004) 412 endg., hier ist die Haltung der Kommission schon vorsichtiger. In ihrer Mitteilung (2006) 402 endg., S. 7-6 und in ihrer Mitteilung (2008) 394/4 äußert sie sich dahingehend, dass breit angelegte Regularisierungsprogramme vermieden werden sollten und nicht effektiv für das Migrations-Management seien.

Regierungsmaßnahme 2006 auf heftigen Widerstand,¹²²⁹ woraufhin die Europäischen Mitgliedstaaten die Einrichtung eines gegenseitigen Informationssystems beschlossen, um sich auf derartige Massenregularisierungen zukünftig besser einstellen zu können.¹²³⁰ Ein Verbot von Regularisierungen wollte sich Spanien hingegen nicht von seinen EU-Partnern gefallen lassen; in dem Europäischen Pakt zur Einwanderung und Asyl, den der Europäische Rat am 16.10.2008 angenommen hatte und eine Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten der EU untereinander darstellt, wird jedoch als Maßnahme unter II lit. a) festgesetzt, dass die Mitgliedstaaten Legalisierungen aus humanitären oder ökonomischen Gründen nur „einzelfallabhängig“ vornehmen dürfen. Allgemeine Legalisierungen sollen künftig nicht mehr möglich sein.¹²³¹

2. Europäische Vorgaben und Kompetenzen

Die EU-Gesetzgebung hat bisher lediglich rudimentär rechtliche Vorgaben in Bezug auf Legalisierungen statuiert. Nach der Rückführungs-Richtlinie sind Legalisierungen nicht verboten und jederzeit im Rückführungsverfahren möglich.¹²³² Die Richtlinie schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten den illegalen Aufenthaltsstatus nicht hinnehmen, sondern regeln sollen.¹²³³ Darüber hinaus bestimmt die Arbeitgebersanktions-Richtlinie, dass im Fall ausbeuterischer Arbeitsbedingungen und illegaler Beschäftigung von Minderjährigen nach innerstaatlichen Bedingungen in Anlehnung an die Bedingungen der Opferschutzrichtlinie¹²³⁴ entsprechend der Dauer des betreffenden innerstaatlichen Verfahrens eine befristete Aufenthaltserlaubnis im Einzelfall gewährt werden soll.¹²³⁵ Dies begründet jedoch keine Pflicht zu einem dauernden rechtlichen Aufenthalt.

1229 Vgl. nur *Schäuble*, ZAR 2006, S. 224.

1230 Entscheidung des Rates vom 5. Oktober über die Einrichtung eines Mechanismus zur gegenseitigen Information über asyl- und einwanderungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten, ABl. EU 2006, L 283/40ff.

1231 Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl v. 24. September 2008, RatsDok. 13440/08.

1232 Art. 6 Abs.4 RL 2008/115.

1233 Vgl. hierzu siebtes Kapitel, II.3.1.

1234 Art. 8 RL 2004/81/EG des Rates v. 29.4.2004, AbIEG I 261, S. 24, (Richtlinie über die Erteilung kurzfristiger Aufenthaltstitel für Opfer der Beihilfe zur illegalen Einwanderung und des Menschenhandels, die mit den zuständigen Behörden kooperieren).

1235 Art. 13 Abs.4 RL 2009/52.

3. Möglichkeiten einer Harmonisierung

Auf EU-Ebene könnte man sich verschiedene Möglichkeiten zu einer harmonisierten Vorgehensweise vorstellen. Eine Möglichkeit wäre, die immer wieder geforderte Begrenzung der Legalisierungsmaßnahmen auf Fall zu Fall Entscheidungen. Fraglich ist, ob ein Verbot breit angelegter Regularisierungsmaßnahmen in Form einer Richtlinie oder Verordnung durchsetzbar wäre, wie es im Europäischen Pakt vorgesehen ist. Denn einige südeuropäische Staaten nutzen diese als eine Ergänzung ihrer noch nicht auf die Bedürfnisse im Inland abgestimmte Migrationspolitik. Ein zu schnelles Verbot könnte, ohne vorherige Reformierung des Migrationsrechts, diesen Staaten Probleme bereiten. Demzufolge ist es fraglich, ob ein strenges Verbot von den meisten Mitgliedstaaten getragen würde.¹²³⁶

Man könnte sich auch einen gemeinsamen Rechtsrahmen zur Formulierung von Mindeststandards vorstellen, die im Bereich von Regularisierungen gelten sollen. Als rechtliche Kompetenzgrundlage könnte hier Art. 79 Abs.2 lit. a) AEUV zur Gesetzgebung über Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen von Drittstaatsangehörigen dienen.¹²³⁷ Die internationale „ICPD Studie“ schlägt die Entwicklung von Prinzipien und Richtlinien für Regularisierungs-Programme und Maßnahmen vor. Jedoch dürften derartige Maßnahmen politisch nicht durchsetzbar sein. Zum einen sind die Vorstellungen der einzelnen Mitgliedstaaten, wer legalisiert werden sollte, sehr unterschiedlich. Zum anderen möchten sich die wenigsten Mitgliedstaaten auf verbindliche Kriterien festlegen lassen. Da das Instrument der Legalisierung gerade Fehlentwicklungen oder nicht erwünschte Resultate der Migrationspolitik korrigieren soll, ist es äußerst schwierig, sich im Vorfeld auf allgemeingültige Kriterien zu einigen. Das zeigen insbesondere auch die Rechtsinstrumente in Deutschland. Höchstens im Bereich der Drittstaatsangehörigen, die nicht abgeschoben werden können, könnte man an eine rechtliche Mindestharmonisierung denken; insbesondere könnte man Kriterien aufstellen, nach welcher Aufenthaltsdauer ein rechtmäßiger Aufenthaltstitel gewährt werden sollte.

Eine weitere Möglichkeit wäre, den Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission zu verbessern. Aus den Umfragen der

¹²³⁶ ICMPD, REGINE, Regularisations in Europe, S. 109f.

¹²³⁷ Vgl. hierzu *Bast*, in: Fischer-Lescano u.a. (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität, S. 88.

jüngsten Studie zu Regularisierungen ergibt sich, dass fast von allen Mitgliedstaaten ein gesteigerter Informationsaustausch im Rahmen der gegenseitigen Austauschmechanismen gewünscht wird. Insbesondere sollte ein Informationsaustausch im Bereich Forschung (z.B. Auswirkungen von Regularisierungsprogrammen), Identifizierung der „good practices“ und Politikerneuerungen (policy innovation) stattfinden.¹²³⁸ Zu überlegen wäre insofern, welche Grundlagen schon zur Verfügung stehen und inwieweit dieser Informationsaustausch verpflichtend bzw. Möglichkeiten zum Eingreifen in den Entscheidungs- bzw. Ausgestaltungsprozess einer Regularisierungsmassnahme bestehen sollten. Als Ausgangspunkt für einen derartigen Informationsaustausch könnte das gegenseitige Informationssystem über nationale Maßnahmen stehen.¹²³⁹ Die auf Art. 66 EG (alt) gestützte Entscheidung sieht vor, dass die Mitgliedstaaten den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission über ein webgestütztes Netz die Maßnahmen anzeigen, die sie im Bereich Asyl und Einwanderung zu treffen beabsichtigen und die aller Voraussicht nach beträchtliche Auswirkungen auf mehrere Mitgliedstaaten oder die gesamte Europäische Union haben. Nach dieser Entscheidung besteht schon ein begrenzter Austausch von Informationen. Allerdings handelt es sich um ein reines Informationssystem, nach dem die Kommission und die Mitgliedsstaaten nicht in den Entscheidungsprozess eingreifen können.¹²⁴⁰

Zusammenfassung

Die unterschiedliche Haltung der Mitgliedstaaten der EU gegenüber Regularisierungen veranschaulicht, dass es verschiedene Betrachtungsweisen und Argumente gibt, mit dem Phänomen der irregulären Migration umzugehen. Das deutsche Argument gegen Regularisierungen beruht auf dem Gedanken, dass der Verstoß gegen ein Rechtssystem mit einer Legalisierung des illegalen Aufenthaltes nicht belohnt werden dürfe. Amnestien gibt es aber auch in anderen Rechtsbereichen und der historische Blick zeigt, dass insbesondere in den 60er Jahren die Nichteinhaltung der Einreisebestimmungen kein Ausschlussgrund für

¹²³⁸ ICMPD, REGINE, S. 58.

¹²³⁹ Entscheidung des Rates 2006/688/EG vom 5. Oktober 2006 über die Einrichtung eines Mechanismus zur gegenseitigen Information über asyl- und einwanderungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten, Abl. EU 2006, L 283/40 ff.

¹²⁴⁰ Vgl. hierzu detaillierter *Laas*, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraums, S. 209f.

eine Legalisierung war. Die ablehnende Haltung gegenüber Regularisierungen liegt also nicht allein in der deutschen Rechtskultur. Vielmehr hat sich die Migrationspolitik insofern geändert, als Zuwanderung in Hinblick auf die nationalen Bedürfnisse exakter gesteuert bzw. begrenzt wird. Insofern ist ein sehr ausdifferenziertes nationales Migrationsrecht entstanden.

Andererseits kann das Instrument der „Regularisierung“ in Verbindung mit der Bekämpfung der Schwarzarbeit auch positive Effekte erzielen. Zum Beispiel können zusätzliche Erkenntnisse über irreguläre Migrationsmuster oder den informellen Sektor gewonnen werden. Insbesondere nach menschenrechtlichen Erwägungen wäre eine differenziertere Betrachtungsweise in einigen Fällen wünschenswert; dies insbesondere in den Fällen, wenn sich Kinder und Jugendliche seit langer Zeit irregulär im Land aufhalten müssen.

V. Exkurs: Das Recht auf Legalisierung aus familiären Gründen

Einleitung

Familiäre und soziale Netzwerke sind für das Leben in der Illegalität von großer Bedeutung. Vorhandene soziale Netzwerke können die Entscheidung bekräftigen oder es ermöglichen, in die „Illegalität“ abzutauchen. Zudem begünstigen die restriktiven Familiennachzugsregelungen, dass der illegale Weg gewählt wird, um als Familie zusammenleben zu können. Andererseits ist die Familie in der „Illegalität“ besonders schutzwürdig, vor allem wenn Kinder betroffen sind, die für den illegalen Aufenthaltsstatus nicht verantwortlich gemacht werden können. Festzuhalten bleibt: das Recht auf Familienzusammenführung ist als Migrationsfaktor von erheblicher Bedeutung.

Rechtlich schwierig zu beurteilen ist es, wenn sich lediglich einzelne Familienmitglieder illegal im Land aufhalten. Zum Beispiel, wenn der „Illegale“ eine eheliche Bindung zu einer Deutschen bzw. zu einem sich rechtmäßig aufhaltenden Ausländer eingeht oder für ein minderjähriges Kind, das zwischenzeitlich geboren wurde, zu sorgen hat. Hieraus kann sich ein schwieriges Spannungsfeld ergeben, da einerseits der die Einreise- und Aufenthaltsvorschriften missachtende Ausländer zur Ausreise verpflichtet ist, andererseits ihm aus der familiären Bindung zu aufenthaltsberechtigten Personen, die sozial und rechtlich integriert sind, eine Ausreise nicht unbedingt zugemutet

werden kann, um das familiäre Leben in einem Drittstaat zu verwirklichen. Das Interesse der staatlichen Organe die Ausreisepflicht durchzusetzen, steht hier dem Interesse des aufenthaltsberechtigten Partners bzw. Familienmitgliedes des sog. Illegalen gegenüber, in seinem Heimatland bzw. rechtmäßig gewählten Aufenthaltslandes zu verbleiben und hier seine Ehe bzw. Familienleben zu realisieren. Zusätzlich stellt sich die Frage, wie mit Missbrauchsfällen umzugehen ist, wobei auch hier der Schutz der Ehe bei der Überprüfung insbesondere von „Scheinehen“ oder der Schutz der Eltern-Kind-Beziehung bei der Überprüfung insbesondere von „Scheinvaterschaften“ beachtet werden muss.

Da die Einwanderungskanäle nach Deutschland größtenteils versperrt sind, und Legalisierungen von sich illegal Aufhaltenden grundsätzlich gesetzlich untersagt sind, bietet die Gründung einer ehelichen Gemeinschaft bzw. die eingetragene Lebenspartnerschaft¹²⁴¹ oder die Legalisierung des Kindes über das Eingehen einer Scheinvaterschaft die Chance, dass ein Aufenthaltsrecht entsteht bzw. sich ein Abschiebehindernis ergibt.

1. Das Recht auf Legalisierung aus familiären Gründen nach nationalen Vorschriften

1.1. Der Fall der „Illegalität“ - Fehlen allgemeiner Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels

Bei einer illegalen Einreise bzw. einem illegalen Aufenthalt ist, trotz Vorliegen der Voraussetzungen der Familiennachzugsregelungen, insbesondere § 5 Abs.1 Nr.2 AufenthG zu beachten.¹²⁴² Denn die Erteilung eines Aufenthaltstitels kann immer noch an der Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen hierfür scheitern.

Ein Verstoß gegen Einreisebestimmungen bzw. ein illegaler Aufenthalt ist strafbar¹²⁴³ und stellt grundsätzlich einen Ausweisungsgrund im Sinne von § 5 Abs.1 Nr. 2 AufenthG dar. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Weg zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aufgrund eines Familiennachzugs aus rechtlichen Hindernissen generell versperrt ist. Von der regelmäßigen Sperrwirkung des § 5 Abs.1 Nr.2 AufenthG wird zum einen abgesehen, wenn ein Ausnahmefall

¹²⁴¹ Der ausländisch eingetragene Lebenspartner genießt dieselben nationalen Nachzugsrechte, so dass auf ihn die maßgeblichen Regelungen entsprechend Anwendung finden (§ 27 Abs.1 (2) AufenthG).

¹²⁴² S. bei Minderjährigen nach illegaler Einreise Ermessensreduzierung, Hamburgisches OVG, Beschluss v. 26.10.2011 – 5 Bs 158/11, InfAusIR, 2012, S. 59 ff.

¹²⁴³ S. § 95 AufenthG.

gegeben ist.¹²⁴⁴ In diesem Fall besteht weiterhin trotz eines Ausweisungsgrundes ein gesetzlicher Anspruch. Zum anderen kann vom Regelfall des § 5 Abs.1 Nr.2 AufenthG abgesehen werden, wenn eine gesetzliche Sonderregelung für den Familiennachzug in § 27 Abs.3 S.2. AufenthG vorliegt.¹²⁴⁵ Das bedeutet jedoch, dass in Fällen in denen im Grundsatz ein Anspruch auf Familiennachzug besteht, lediglich ein Ermessensanspruch gegeben ist. Insoweit ist eine Interessenabwägung der öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen, die für und gegen die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung sprechen. Maßgeblich sind in jedem Fall die Umstände des Einzelfalles. Hier spielen Kriterien, wie die Schwere des Verstoßes in Bezug auf die illegale Migration, weitere Gesetzesverstöße bzw. Straftaten, der Aufenthaltsstatus des berechtigt im Bundesgebiet aufhältigen Familienangehörigen und die persönlichen Beziehungen zu diesem, eine Rolle. Eine positive Entscheidung setzt voraus, dass das durch Art. 6 GG geschützte Interesse des Ausländers sowie seiner Familie an der Familienzusammenführung das gegengerichtete öffentliche Interesse an der Durchsetzung der aufenthaltsrechtlichen Vorschriften überwiegt. Darüber hinaus kann von der Voraussetzung des § 5 Abs.2 Nr.1 und Nr.2 AufenthG, namentlich dem Erfordernis der Erfüllung der Visumpflicht nach Abs.2 S.2 abgesehen werden, wenn auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles es nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen.¹²⁴⁶

1.2. Anspruch aus den Regelungen für den Familiennachzug?

Dem verfassungsrechtlichen Schutzgebot für Ehe und Familie wird durch das AufenthG insbesondere dadurch Rechnung getragen, dass es eine Reihe von abgestuften Regelungen für den Familiennachzug enthält. Maßgeblich ist hierbei hauptsächlich der Grad der Verfestigung des Aufenthaltstitels des Stamberechtigten. Das geänderte Zuwanderungsgesetz 2007 hat bezüglich des

1244 Dieser ist gegeben, wenn besondere Umstände vorhanden sind, die das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen. Dies erfordert eine Abwägung der Umstände des Einzelfalles nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Dabei sind einerseits das Gewicht, das der Ausweisungsgrund hat, und andererseits die persönlichen Belange des Ausländers, insbesondere ein ihm nach Art.6 GG oder 8 EMRK zustehender Schutz einzubeziehen; vgl. OVG Bremen, Beschluss vom 27.10.2009, InfAusIR 2010, S.29; VGH München, Beschl. v. 16.7.2008 – 19 CS 08.1436 – juris; OVG Magdeburg, Beschl. v. 31.8.2009 – 2 M 132/09 – juris.

1245 § 27 Abs.3 S.2 ist gegenüber § 5 Abs.1 Nr.2 lex specialis, so auch: *Müller*, in: Handkommentar Hofman/Hoffman, 1. Aufl., 27 Rd.31; Marx in: GK-AufenthG, Stand Mai 2008, § 27 Rn. 275.

1246 Vgl. hierzu auch Bay. VGH, Beschluss v. 9.3.2009, InfAusIR 2009, S. 293: Hier war die Trennung des gerade zwei Monate alten Kindes zum Wohle des Kindes nicht zumutbar.

Rechts auf Familiennachzug allerdings einige Verschärfungen mit sich gebracht, die verfassungsrechtlich kritisiert wurden.¹²⁴⁷ Hingegen verweist § 27 Abs.1 AufenthG ausdrücklich auf den Schutz von Ehe und Familie gem. Art. 6 GG.¹²⁴⁸

Die Frage, unter welchen Umständen sich bei Bestehen einer schützenswerten familiären Lebensgemeinschaft aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK ein zwingendes Abschiebehindernis bzw. ein Aufenthaltsrecht ergibt, wird von der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Grundsätzlich lässt sich sagen, umso sicherer der Aufenthaltsstatus des Ehegatten bzw. des Lebenspartners ist, umso mehr wird der Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft als solcher gewichtet. Demzufolge genießen Ehen mit Deutschen oder Ausländern mit verfestigtem Bleiberecht einen relativ weitgehenden Schutz. Insbesondere Ehen mit deutschen Staatsangehörigen sind privilegiert, da einer bzw. einem Deutschen die Ausreise in einen anderen Staat zur Fortsetzung der Lebensgemeinschaft nicht zumutbar ist.¹²⁴⁹ Allerdings wurden im Recht auf Ehegattennachzug generell einige Verschärfungen vorgenommen. Gewährte der Ehegattennachzug zu Deutschen nach altem Recht noch ein sicheres Aufenthaltsrecht¹²⁵⁰, werden nun zur Sicherung der Integration und zur Verhinderung von Zwangsehen weitere Voraussetzungen verlangt. Sowohl das Erfordernis des vollendeten 18. Lebensjahres¹²⁵¹ als auch die Sprachanforderungen für beide Ehegatten¹²⁵² wurden wegen verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken scharf kritisiert.¹²⁵³ Mit dem § 30 Abs.1 S.3 Nr. 6 AufenthG wurde 2015 bezüglich der Sprachanforderungen eine allgemeine Härtefallregelung eingeführt, nach der besondere Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden können. Damit dürfte die Regelung den Vorgaben des EuGH, die er in der Rechtssache *K u. A* getroffen hatte, entsprechen.¹²⁵⁴ Das 2. Änderungsgesetz fügte zudem für einen

1247 Vgl. hierzu *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 367 ff.

1248 Die Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet für ausländische Familienangehörige wird gem. Art. 6 GG erteilt und verlängert.

1249 Der deutsche Ehepartner besitzt ein absolutes Recht auf Verbleib in Deutschland. Ohne einen Zuzug seines ausländischen Partners wäre er gehindert, eine dem Wesen der Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft zu führen. Vgl. *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.) *Ausländerrecht*, 11. Aufl., § 28, Rn. 28.1.1.0. S. hierzu auch BVerwG, Urteil v. 04.09.2012, 10 C12.12., in: *ASYLMAGAZIN* 1 /2012, S. 398-399.

1250 Vgl. AuslG 1990 u. AufenthG 2004.

1251 Grundsätzliches Mindestalter von 18 Jahren für beide Ehegatten (§ 28 I 5 iVm § 30 I Nr.1 AufenthG).

1252 Der Ehegatte muss sich zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen können (§ 28 I 5 iVm § 30 I Nr.2 AufenthG).

1253 *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 367ff. Fraglich war insbesondere, ob das geforderte Spracherfordernis eines konkreten Sprachniveaus nach § 30 Abs.1 Nr.2 AufenthG noch mit den nach Art. 7 Abs.2 der RL 2003/86/EG möglichen „Integrationsmaßnahmen“ vereinbar ist. Diese Frage wurde letztendlich dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.

1254 EuGH, Urteil v. 9.7.2015, C-153/14 (K u. A) = *InfAuslR* 2015, S. 332. Der EuGH hält das Erfordernis von Sprachkenntnissen im Sinne der

Rechtsanspruch auf Familiennachzug den Nachweis hinreichender finanzieller Mittel für das gemeinsame Familienleben ein.¹²⁵⁵

Der Ehegattennachzug zu legal sich aufhaltenden Ausländern wird nach §§ 30, 29, 27, 5 AufenthG geregelt.¹²⁵⁶ Zwingend erforderlich ist, dass der Ausländer, zu dem nachgezogen werden soll, eine Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis besitzt (§ 29 Abs.1 Nr. 1 AufenthG), also einen sicheren Aufenthaltsstatus vorweisen kann. Grundsätzlich besteht ein Rechtsanspruch, wenn der Ausländer entweder eine Niederlassungserlaubnis (§ 30 Abs.1 Nr.3a), eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU (lit. b)), Aufenthaltserlaubnis zwecks Forschung¹²⁵⁷ (lit. c)) besitzt oder er als Asylberechtigter¹²⁵⁸ oder Konventionsflüchtling¹²⁵⁹ anerkannt ist (lit. c)).

Darüber ist ein Familiennachzug zulässig, wenn die Aufenthaltserlaubnis seit zwei Jahren besteht und ein weiterer Daueraufenthalt möglich ist (lit. d)) oder wenn die Dauer des Aufenthaltes voraussichtlich über ein Jahr betragen wird und die Ehe bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis bereits bestand (lit. e)) oder im Fall eines weiterwandernden, dauerhaft sich aufhaltenden Drittstaatsangehörigen unter den Voraussetzung des lit. f) oder wenn der Ausländer eine Blaue Karte EU besitzt (lit. g)). Zudem müssen je nach Aufenthaltstitel¹²⁶⁰ die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sein.¹²⁶¹ Sind einzelne Voraussetzungen nicht erfüllt, ist dennoch ein Ermessensanspruch gegeben. So in dem Fall, wenn die Aufenthaltsdauer kürzer als zwei Jahre beträgt, die Ehe noch nicht vor der Einreise bestand oder wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt. Im Ausnahmefall

Familien-Nachzugsrichtlinie als integrationsförderlich und damit richtlinienkonform. Er hat jedoch weiterhin festgestellt, dass ein automatischer Ausschluss des Familiennachzugs bei Nichtnachweis der erforderlichen Sprachkenntnis nicht mit der RL 2003/86/EG vereinbar ist. Der Gerichtshof verlangt die Möglichkeit einer Ausnahme, die auf die individuellen Umstände des Einzelfalles Rücksicht nimmt. Es seien daher die individuellen Umstände wie Alter, Bildungsniveau, Analphabetismus, finanzielle Lage und der Gesundheitszustand zu berücksichtigen (Rn. 56) S. hierzu: *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.) Ausländerrecht, 11. Aufl., § 30, Rn. 38-53; *Müller*, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl., § 30, Rn. 16-21.

¹²⁵⁵ § 27 Abs.3 AufenthG. Wenn der Lebensunterhalt nicht gesichert ist, besteht nur ein Regelanspruch. Die zuvor gültige Regelung des § 28 AufenthG normierte noch einen Rechtsanspruch unabhängig vom Nachweis finanzieller Mittel.

¹²⁵⁶ Sehr informativ zur Entwicklung der deutschen Familiennachzugsregelungen: *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 323-338.

¹²⁵⁷ § 20 AufenthG.

¹²⁵⁸ § 25 I AufenthG.

¹²⁵⁹ § 25 II AufenthG.

¹²⁶⁰ Kein Nachweis von Sprachkenntnissen bei: Asylberechtigten (§ 25 I AufenthG), anerkannten Flüchtlingen (§ 25 III AufenthG), im Fall von zielstaatsbezogenen Abschiebehindernissen (§ 25 III AufenthG) und bei Aufenthaltstiteln (§ 19-21, § 38a), wenn die Ehe bereits im Herkunftsland bestand (§ 30 II 2Nr.1). Beachtlich sind noch die Ausnahmen des § 30 II 3 Nr.2 und Nr.3.

¹²⁶¹ Erforderliches Alter (§ 30 I Nr.1), deutsche Sprachkenntnisse (§ 30 I Nr.2), ausreichender Wohnraum (§ 29 I Nr.2), Sicherung des Lebensunterhalts (§ 5 I Nr. 1.), kein Ausweisungsgrund (§ 5 I Nr.2), kein Aufenthaltsverbot (§ 11 I), Pass (§ 5 I Nr.4).

kann auch auf die Sicherung des Lebensunterhaltes verzichtet werden.¹²⁶²

Darüber hinaus besteht bei Personen mit unsicherer Aufenthaltsperspektive („keine begründete Aussicht“¹²⁶³) kein Recht auf Familiennachzug nach den allgemeinen Nachzugsregeln. Für Duldungsinhaber ist demnach ein Recht auf Familiennachzug ausgeschlossen. Nach § 29 Abs.3 AufenthG besteht auch kein Nachzugsrecht bei einer Aufenthaltserlaubnis nach §§ 25 Abs.4-5, 104a Abs.1 S.1 und 104b AufenthG.

Nach §§ 22, 23 Abs.1, 25 Abs.3 AufenthG ist der Nachzug nur aus humanitären Gründen möglich, nicht hingegen aufgrund ehelicher oder familiärer Bande. Ein eingeschränkter Familiennachzug ist zu Personen möglich, die nach § 24 Abs.4 AufenthG auf der Grundlage eines EU-Ratsbeschlusses vorübergehend im Bundesgebiet Aufnahme gefunden haben.

1.3. Vorliegen eines Abschiebehindernisses (§ 60a II bzw. § 25 V AufenthG i.V.m. Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK)

Wenn eine reguläre Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Wege des Familiennachzugs ausscheidet, erlangt Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK als Ausreisehindernis über § 60 a II bzw. § 25 V AufenthG Bedeutung. Ein rechtliches Abschiebeverbot ergibt sich durch die drohende Verletzung des Rechts auf familiäre Lebensgemeinschaft, wenn diese durch eine Abschiebung unzumutbar und unverhältnismäßig beeinträchtigt wäre. Insbesondere ist entscheidend, in welchem Grade die Betroffenen auf das familiäre Zusammenleben gerade im Bundesgebiet angewiesen sind.

Wenn der Lebenspartner auch kein Bleiberecht, sondern lediglich eine Duldung oder eine Aufenthaltsgestattung besitzt, wird ein unmittelbares Abschiebungshindernis gemäß § 60a Abs.2 S.1 AufenthG i.V.m, Art. 6 GG, Art. 8 EMRK regelmäßig nur dann angenommen werden können, wenn die Ehegatten und deren Kinder in besonderem Maße aufeinander angewiesen sind und von einer unzumutbaren Dauer der Trennung auszugehen ist. Halten sich hingegen alle Familienangehörigen strafbar illegal im Bundesgebiet auf, könnte sich wohl aus Art.6 I GG, Art. 8 EMRK lediglich ein Abschiebehindernis ergeben, wenn ein

¹²⁶² Zu beachten ist z.B., dass sich aus der Qualifikations-Richtlinie Besonderheiten für volljährige Ehegatten von volljährigen Flüchtlingen nach Art. 23 II, Art. 24 I RL 2004/83/EG ergeben können.

¹²⁶³ Siehe hierzu auch *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 172, mit Bezug zur Familiennachzugsrichtlinie RL 2003/86/EG.

Familienleben in einem anderen Staat menschenrechtlich nicht möglich ist.

Allerdings befreit Art. 6 GG den ausländischen Ehegatten grundsätzlich nicht von der Einhaltung der Einreisebestimmungen. Mit dem verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie ist es grundsätzlich vereinbar, den Ausländer auf die Einholung eines erforderlichen Visums zu verweisen. Nach h.M. werden kurzfristige Trennungen von Ehegatten ohne Vorliegen sonstiger besonderer Umstände als zumutbar angesehen. Bei voraussichtlich längerer Trennung der Familienangehörigen wurde ein zwingendes Abschiebehindernis von verschiedenen Gerichten bejaht.¹²⁶⁴

1.4. Der Schutz der Eltern-Kind-Beziehung im illegalen Aufenthaltsstatus; Beachtung des Kindeswohls

Aus dem Eltern-Kind-Verhältnis lassen sich Aufenthaltsrechte für den an sich nicht-bleibeberechtigten Angehörigen in verschiedenen Konstellationen ableiten, vor allem durch die Geburt eines aufenthaltsberechtigten Kindes. Hält sich ein Elternteil illegal im Bundesgebiet auf, während das andere Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, erwirbt das Kind auch die deutsche Staatsangehörigkeit (Abstammungserwerb oder *ius sanguinis* § 4 I StAG bzw. sog. *ius solis* gem. § 4 III StAG).¹²⁶⁵ Davon abgeleitet hat die Mutter bzw. der Vater die Möglichkeit, eine Aufenthaltsgenehmigung über § 28 Abs.1 Nr. 3 AufenthG zu erlangen, um die Personensorge auszuüben. Ist der nicht-bleibeberechtigte Elternteil nicht sorgeberechtigt, wird für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorausgesetzt, dass die familiäre Gemeinschaft schon im Bundesgebiet gelebt wurde und wird (§ 28 Abs.1 S. 4 AufenthG).

Die Rechtslage für den Fall, dass beide Elternteile Drittstaatsangehörige sind, ist komplizierter. Denn die Entscheidung über einen Aufenthaltsanspruch des Kindes und davon evtl. ableitbar für die statuslosen Eltern hängt davon ab, ob eine

¹²⁶⁴ Nach § 5 II S.2 2. Alt. AufenthG kann von dem Visumserfordernis nach Ermessen abgesehen werden, wenn die Nachholung des Visumsverfahren im Einzelfall nicht zumutbar ist. Die Unzumutbarkeit kann sich dabei zum einen aus besonderen persönlichen Schwierigkeiten bei der Einholung des Visums ergeben, etwa wegen besonders hoher Reisekosten, Krankheit oder der Sorge für einen pflegebedürftigen Angehörigen, s. *Samel*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 11. Auflage, § 5 AufenthG, Rn. 9ff. Die Ausreise kann aber auch aus verfassungsrechtlichen Gründen unzumutbar sein, z.B. wenn die Trennung mit einer an und für sich schützenswerten ehelichen oder familiären Gemeinschaft verbunden ist, BVerwG, Beschl. v. 26.3.1999, 1 B 18.99 = InfAuslR 1999, S.332f.; VG Berlin, Urt. v. 4.1.2006 – VG 5 V 12.05 = InfAuslR 2006, S. 194.

¹²⁶⁵ Seit der Änderung des Reichs- und Staatsangehörigkeitsrechts 1993 kann auch das nichteheliche Kind eines Deutschen mit der Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten.

schutzwürdige Bindung zwischen ihnen und dem Kind besteht. Die frühere Rechtslage, nach der der Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis eines im Bundesgebiet geborenen Kindes allein an den Aufenthaltsstatus der Mutter anknüpft - und nicht an den vom Vater - wurde mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz abgeschafft, nachdem das BVerfG diese Regelung als unvereinbar mit Art.3 Abs.3 S.1 GG für verfassungswidrig erklärt hatte.¹²⁶⁶

Diese Änderung hat jedoch gleichzeitig eine Verschlechterung für die Aufenthaltskonstellation gebracht, wenn ein mitsorgeberechtigter Elternteil kein Aufenthaltsrecht besitzt. Früher hatte das Kind unabhängig vom Status immer dann von Amts wegen einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel, wenn die Mutter ein Aufenthaltsrecht besaß. Nach der neuen Rechtslage hat das Kind nur noch einen Anspruch von Amts wegen, wenn entweder die/der aufenthaltsberechtigte(r) Mutter bzw. Vater allein sorgeberechtigt ist oder beide sorgeberechtigten Eltern über einen sicheren Aufenthaltstitel¹²⁶⁷ verfügen.¹²⁶⁸ Besitzt lediglich ein Elternteil einen sicheren Aufenthaltstitel, liegt der Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht für das Kind (bzw. davon abgeleitet evtl. für das statuslose Elternteil) nun im Ermessen der Behörde.¹²⁶⁹ Bei der Ermessensausübung sind maßgeblich die Bindungen des Kindes zu dem im Inland lebenden Elternteil zu bewerten.¹²⁷⁰ Ist die Mutter i.S.v. § 33 S.1 AufenthG aufenthaltsberechtigt, wird auch dem Kind regelmäßig eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden.¹²⁷¹ Ist hingegen lediglich der Vater aufenthaltsberechtigt, ist im Fall eines nichtehelichen Kindes insbesondere zu berücksichtigen, ob ihm ein Sorgerecht zusteht oder er in familiärer Lebensgemeinschaft mit seinem Kind lebt.¹²⁷² Hier wurde vom Gesetzgeber zusätzlich eine Schranke gegen missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen eingebaut.¹²⁷³ Für eine schutzwürdige Vater-Kind-Beziehung ist aber eine häusliche Gemeinschaft nicht unbedingt notwendig.¹²⁷⁴ Jedoch bedarf es dann zusätzlicher Anhaltspunkte, um gleichwohl eine familiäre

1266 BVerfG 114, 357-371.

1267 Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG.

1268 § 33 S.2 AufenthG. Vgl. hierzu *Oberhäuser*, in: Hofmann / Hoffmann, HK-AuslR, 1. Aufl., § 33 Rn.1.

1269 § 33 S.1 AufenthG.

1270 Vgl. hierzu *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 95f, Rn. 335.

1271 Der Mutter wird diese schutzwürdige Bindung zum Kind naturgemäß zugesprochen; vgl. *Oberhäuser*, in: Hofmann / Hoffmann, HK-AuslR, 1. Aufl., § 33.

1272 BT-Drucks. 16/5065, S. 176. Der Gesetzgeber geht nur von einer schutzwürdigen Beziehung aus, wenn der Vater sorgeberechtigt ist oder mit dem Kind zusammenlebt. Das erfordert nicht unbedingt eine häusliche Gemeinschaft.

1273 Vgl. hierzu *Oberhäuser*, in: Hofmann / Hoffmann, HK-AuslR, 1. Aufl., § 33 Rn.9.

1274 Umgekehrt ist bei häuslicher Gemeinschaft grundsätzlich eine schützenswürdige Beziehung anzunehmen.

Lebensgemeinschaft annehmen zu können. Diese können etwa in intensiven Kontakten, einem gemeinsam verlebten Urlaub, der Übernahme eines nicht unerheblichen Anteils an der Betreuung und Erziehung des Kindes oder sonstiger vergleichbarer Beistandsleistungen liegen.¹²⁷⁵

Daran anschließend stellt sich die Frage, inwieweit der ledige statuslose Vater ein Aufenthaltsrecht von seinem aufenthaltsberechtigten Kind ableiten kann. Bei der Vater-Kind-Beziehung ist zu beachten, dass die rechtliche Stellung des nichtehelichen Vaters zum Wohle des Kindes zunehmend gestärkt wurde. Insbesondere durch das Kindschaftsreformgesetz vom 16.12.1997¹²⁷⁶ wurde die gemeinsame elterliche Sorge für nichteheliche Kinder als mögliche Form der familiären Verbundenheit zur Verfügung gestellt. Zudem ist aber auch das Umgangsrecht zugunsten des nicht sorgeberechtigten Elternteils in den letzten Jahren erneuert worden. Auch wenn ein Elternteil nicht sorgeberechtigt ist, hat das Kind ein Recht auf Umgang mit jedem Elternteil.¹²⁷⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat die Wichtigkeit und die Bedeutung des Umgangsrechts beider Elternteile – mit ihren spezifischen nicht zu ersetzenden Erziehungsbeiträgen – für das Wohl des Kindes konkretisiert und bestätigt.¹²⁷⁸ Damit hat die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die eigenständige Bedeutung der Vater-Kind-Beziehung und die damit zusammenhängenden Kindeswohlgesichtspunkte immer wieder unterstrichen.¹²⁷⁹ Darauf aufbauend hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen¹²⁸⁰ ausländerrechtliche Konsequenzen gezogen, wenn eine schützenswerte Beistandsgemeinschaft besteht, die nur im Bundesgebiet verwirklicht werden kann. In diesem Fall

„drängt die für den Staat aus Art. 6 Abs.1 und 2 Satz 1 GG erwachsende Schutzpflicht regelmäßig einwanderungspolitische Interessen zurück, auch wenn der Ausländer vor Entstehung der zu schützenden Lebensgemeinschaft gegen

1275 BVerfG, Beschl. v. 8.12.2005 -2 BvR 1001/04 = FamRZ 2006, 187, 189; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 20.2.2003, BVerwG 1C 13.02 = InfAuslR 2003, S. 327.

1276 BGBl. I, 2942.

1277 Jedes Elternteil ist entsprechend zum Umgang mit seinem Kind verpflichtet und berechtigt (§ 1684 BGB).

1278 BVerfG, Beschluss v. 25.10.2005 – 2 BvR 524/01, Rn 38ff. - juris.

1279 BVerfG, Beschluss v. 23.1.2006 – 2 BvR 1935/05 = InfAuslR 2006, 320 (321); vgl. auch Marx, Der aufenthaltsrechtliche Status des nichtsorgeberechtigten Elternteils nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, InfAuslR 2006, 441ff.; Cernota, Das Bundesverfassungsgericht stärkt das Aufenthaltsrecht ausländischer Väter, ZAR 2006, S. 102ff.

1280 Z.B. BVerfG v. 30.1.2002 – 2 BvR 231/00 = InfAuslR 2002, 171; Beschluss v. 10.5.2008 - 2 BvR 588/08 = InfAuslR 2008, 347 und Beschluss v. 1.12.2008 - 2 BvR, 1830/08 – juris.

aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen und Ausweisungsgründe gesetzt hat (...).“

Auch wenn das Kind noch nicht geboren ist, kann sich dies schon aufenthaltsrechtlich auswirken.¹²⁸¹ Als Voraussetzung vorgeburtlicher Schutzwirkung des Art. 6 Abs.1 GG wird insbesondere verlangt, dass eine Prognose die gemeinsame verantwortungsvolle Erziehung des Betroffenen erwarten lässt.¹²⁸² Bei der Interessenabwägung stehen im Rahmen der Grundrechtsprüfung das persönliche Interesse an einem Bleiberecht, vor allem ein baldiger Geburtstermin, und der Wunsch der Mutter als auch des Vaters die elterliche Sorge auszuüben, dem öffentlichen Interesse an der Beendigung des illegalen Aufenthaltsstatus gegenüber.¹²⁸³

1.5. Probleme der Eheschließung bei strafbar illegalem Aufenthalt

Art. 6 Abs.1 GG beinhaltet als Freiheitrecht auch das Recht, die Ehe mit einem frei gewählten Partner einzugehen (Eheschließungsfreiheit).¹²⁸⁴ Dieser Schutz gilt nach dem BVerfG uneingeschränkt auch für Ausländer¹²⁸⁵, selbst wenn dieser vor Entstehung der zu schützenden Lebensgemeinschaft gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen hat.¹²⁸⁶ So kann dem Ausländer, selbst wenn er vollziehbar ausreisepflichtig ist, ein Anspruch auf eine zeitlich beschränkte Duldung zur Durchführung der Eheschließung zustehen.¹²⁸⁷ Umstritten ist, ab welchem Zeitpunkt die grundrechtliche Garantie der Eheschließung aus Art. 6 Abs.1 GG greift. In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass das Verlöbnis als solches nicht über die durch Art. 6 Abs.1 GG gewährte Eheschließungsfreiheit einen Duldungsanspruch vermittelt.¹²⁸⁸ Die h.M. lässt

1281 Duldung wegen bevorstehender Niederkunft: Sächs. OVG, Beschluss v. 2.10.2009 -3 B 482/09 = InfAusIR 2010, 27f.; Hamburg. OVG, Beschluss v. 4.8.2008 - 4 Bs 84/08 = InfAusR 2009,16-19.

1282 InfAusIR 2010, 28.

Siehe hierzu Verwaltungsgericht Karlsruhe, Urt. v. 15.8.2001 = InfAusIR 2002, S. 38. In dieser Entscheidung hat das VG einen Anspruch auf Duldung gem. § 55 Abs.2 AuslG in einem Fall gewährt, in dem der – nichteheliche – Vater zwei Monate vor der Geburt seines Kindes abgeschoben werden sollte. Die zukünftigen Eltern hatten jedoch zuvor eine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben.

1284 BVerfGE 31, 58/67; 105, 313/342; BVerfG, NJW 2004, 2008/2010.

1285 BVerfGE 31, 58/68f.; E36, 146/161f.

1286 BVerfG, Beschl. v. 10.8.1994 – 2 BvR 11542/94 = InfAusIR 1994, 394; BVerfG, Beschluss v. 31.10.1999, - 2 BvR 1523/99 = InfAusIR 2000, 67, 68; OVG Berlin v. 20.5.1998, - OVG 7S23.98 = InfAusIR 1998, S. 430.

1287 OVG Bremen, EZAR 045 Nr.4.

1288 BVerfG v. 16.10.1979 - 1 C 20.75 = InfAusIR 1980, S. 115; BVerfG, Beschl. v. 24.10.1984 – BVerfG 1B 9.84 = InfAusIR 1985, 130,

einen Anspruch auf eine Duldung in Betracht kommen, wenn die Eheschließung unmittelbar bevorsteht.¹²⁸⁹ In der Regel wird ein Aufgebot mit feststehendem Heiratstermin gefordert.¹²⁹⁰ Diese Voraussetzung scheidet häufig schon bei dem Nachweis der notwendigen Dokumente.¹²⁹¹ Zudem muss der Ausländer seinen illegalen Status offenbaren und evtl. mit der Ausländerbehörde Kontakt aufnehmen, was natürlich für ihn ein Risiko in sich birgt. Vor allem wenn die Eheschließung aufgrund der zeitaufwendigen und schwierigen Beschaffung der hierfür notwendigen Dokumente und deren Legalisierung sich verzögert, so dass die Unmittelbarkeit der Eheschließung angezweifelt werden kann und so die Erteilung bzw. Verlängerung der Duldung in Gefahr ist. Meistens muss bei untergetauchten Ausländern die Eheschließung im Herkunftsstaat oder die Ausreise und Wiedereinreise mit einem Visum zur Eheschließung ins Auge gefasst werden.¹²⁹²

5. Schutz vor Missbrauch - Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft oder „Scheinehe“?

Damit ein Ausländer in den Genuss der Familiennachzugsregelungen kommt, muss er das Tatbestandsmerkmal der familiären bzw. ehelichen Lebensgemeinschaft i.S.v. § 27 Abs.1 AufenthG erfüllen. Das formale Eheband allein genügt nicht.¹²⁹³ Es dürfen keine begründeten Zweifel an der der ernsten

131; Das Bundesverwaltungsgericht hat in dieser Entscheidung festgestellt, dass eine Verletzung der durch Art. 6 Abs.1 GG gewährleisteten Eheschließungsfreiheit aufgrund einer Versagung eines Aufenthaltstitels jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn der Zeitpunkt der geplanten Eheschließung völlig ungewiss ist.

1289 OVG RH-Pf., Beschl. v. 11.5.2006 – 7 B 10543/06; Hess VGH, Beschl. v. 19.11.1993, - 12 TG 2539/93, InfAuslR 1993; VG Cottbus, Beschl. v. 29.10.2002 – 3 L 621/02 – 6S., M2774. Insgesamt sind die Anforderungen, die an eine „unmittelbar bevorstehende Eheschließung“ gestellt werden, in der Rspr. und in der Handhabung der Bundesländer unterschiedlich. Einige Bundesländer haben in Erlassen Kriterien zur Bestimmung herausgearbeitet. S. hierzu: *Müller*, in: Hofmann, Rainer; Hoffmann, Holger, HK-AuslR, 1. Aufl., § 27 Rd.16.

1290 VG Gera, Beschluss vom 17.12.2002 – 4 E 2358/02 GE – 7S., M3080; OVG HH v. 4.5.1983 OVG Bs VII 236/83 = InfAuslR 1984, 42; a.A.: Schiedermaier/Wollenschläger, Stand Sept. 2011, Handbuch des Ausländerrechts, 3 D, § 2 Rn. 129.

1291 Bei der Eheschließung treffen den Standesbeamten zahlreiche Prüfpflichten, um die Rechtmäßigkeit der Eheschließung sicherzustellen (§ 13 PStG). Siehe zur Problematik der Eheschließung von Ausländern allgemein noch zur alten Rechtslage: *Weizsäcker*, InfAuslR. 2003, S. 300-308; *Jöst*, InfAuslR 2000, S. 204-208.

1292 Dann könnte ein nationales Visum zum Zwecke der Eheschließung beantragt werden.

1293 Ist die Ehe nur ein formaler, offener Raum, in dem sich die Erwartungen der Ehegatten erfüllen sollen und der eben deshalb wenigstens weithin ihrer autonomen Ausgestaltung unterliegt (vgl. zur interindividuellen Ehelehre: *Kern-Eimann*, Das neue Ehebild des EheschIRG: eine Untersuchung anhand der Scheineheregelungen, S. 22) oder bestehen in Teilbereichen der Ehe doch soziale zwingende Verhaltensmuster, also inhaltlich konkretisierte Rechtspflichten (sozial-pragmatische Ehelehre)? Der pluralistische Staat könne keine Ehe zwecke bestimmen oder Ehepflichten verbindlich vorgeben. Da es an den Vorgaben fehle, könne man auch keinen Missbrauch definieren; vgl. hierzu: *Wolf*, FamRZ 1998, S. 1482.

Absicht zur Führung einer familiären Lebensgemeinschaft bestehen.¹²⁹⁴ Vorausgesetzt wird eine tatsächliche Verbundenheit in Form einer Beistandsgemeinschaft.¹²⁹⁵ Die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft hat der Gesetzgeber in § 1353 Abs.1 S.2 BGB präzisiert, indem er als unabdingbar klarstellt, dass die Ehe die beiden Ehegatten zur gegenseitigen Verantwortung verpflichtet.¹²⁹⁶

In diesem Kontext stellt sich die Frage, wie mit dem Phänomen umgegangen wird, dass Ausländer, die keine Aussicht auf ein Aufenthaltsrecht haben, ihren Aufenthalt durch die Eheschließung mit einem Aufenthaltsberechtigten bzw. einem Staatsangehörigen oder Unionsbürger zu ermöglichen versuchen. Als Reaktion darauf bestehen für den Staat verschiedene Möglichkeiten. Diese reichen von der Verhinderung der Eheschließung¹²⁹⁷, der Versagung ausländerrechtlicher Vergünstigungen bei nicht gelebten ehelichen Pflichtengemeinschaft, bis hin zur Aufhebung der Ehe und Sanktionierung durch die Strafgerichte¹²⁹⁸. Eine weitere Strategie ist, die Familiennachzugsregelungen an bestimmte Bedingungen zu knüpfen, die für „Scheinehen-Paare“ hinderlich sind. Problematisch ist, dass diese Regelungen alle Familiennachzugsfälle umfassen und sich integrationshinderlich bis diskriminierend auf „echte Lebenspartnerschaften“ auswirken können. Als Beispiel kann die Voraussetzung von Ehebestandszeiten für den Familiennachzug genannt werden.

In Bayern und Baden-Württemberg bestanden als Mittel zur „Scheinehenbekämpfung“ Erlasse, die eine dreijährige Ehebestandszeit für die Einreise zum Ehegattennachzug vorschrieben. Das BVerfG hatte 1987 die Dauer

1294 So hat das BVerfG justiziert, dass die Ehegatten erkennbar in einer dauerhaften, durch enge Verbundenheit und gegenseitigen Beistand geprägten Beziehung zusammenleben. Es muss also eine tatsächliche Verbundenheit in Form einer Beistandsgemeinschaft vorliegen, die in ihrer Intensität über die Beziehung in einer reinen „Begegnungsgemeinschaft“ (...) hinausgeht; s. BVerfG, Beschluß v. 18.4.1989 - 2BVR 1169/84-. S. auch BVerfG, 5.5.2003 - 2 BvR 2043/02.

1295 Ständige Rechtsprechung des BVerfG. Vgl. u.a. BVerfVGE 10, 59 (66) und BVerfGE 10, 59 (66) und BVerfGE 87, 234.

1296 § 1353 BGB (Eheliche Lebensgemeinschaft):

(1) Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung.

(2) Ein Ehegatte ist nicht verpflichtet, dem Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft Folge zu leisten, wenn sich das Verlangen als Missbrauch seines Rechtes darstellt oder wenn die Ehe gescheitert ist.

1297 Nach § 1310 Abs.1 S. 2 Halbsatz 2 BGB besteht für den Standesbeamten die gesetzliche Verpflichtung an der Eheschließung nicht mitzuwirken, wenn offenkundig ist, dass mit der Ehe keine zugehörigen Pflichten eingegangen werden sollen. In diesem Fall besteht ein Eheaufhebungsgrund nach § 1314 Abs.2 Nr. 5 BGB. Sind hingegen entsprechende Anzeichen nicht erkennbar sind oder drängen sich diese nicht auf, ist der Standesbeamte nicht befugt, Motive und Zwecke zu erforschen und damit die Schließung der Ehe zu verweigern; s. OVG Saarlouis, B. v. 12.12.2005 – 2 W 27/05, NVwZ 2006, S. 718.

1298 Vgl. hierzu: Müller, Missbrauch des Rechts auf Familiennachzug, EMN Studie, S. 15.

der nachzuweisenden Ehebestandszeit zwar als verfassungswidrig bezeichnet, da sie echte Ehen übermäßig belaste und gefährde, diese Zeitvorgabe im Grunde aber unter Beachtung des Schutz – und Förderungsgebotes des Art.6 Abs.1 GG als zulässig befunden.¹²⁹⁹ Die Möglichkeit einer zwei- bzw. ausnahmsweise dreijährigen Wartezeit zwischen dem Zeitpunkt der Antragstellung und der Genehmigung der Einreise der Familienmitglieder ist auch gem. Art. 8 Abs. 1 der Familiennachzugsrichtlinie für Drittstaatsangehörige¹³⁰⁰ gegeben. Diese kann sich durch die mögliche Verfahrensdauer von maximal neun Monaten noch verlängern, die ausnahmsweise sogar noch überschritten werden darf.

Durch das Richtlinienumsetzungsgesetz 2007¹³⁰¹ wurde der § 27 Abs.1 Nr. 1a Nr. 1 AufenthG als Ausschlussstatbestand für den Familiennachzug mit dem politischen Ziel eingefügt, Scheinehen zu bekämpfen. Danach wird der Familiennachzug nicht zugelassen, wenn feststeht, dass die Ehe oder das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck geschlossen oder begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen.¹³⁰² Es stellt sich die Frage, ob zur Nachzugsberechtigung die Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft oder ob auch (als negatives Tatbestandsmerkmal) das Nichtbestehen einer Scheinehe nachgewiesen werden muss.¹³⁰³ Der Unterschied ist, dass im zweiten Fall jede Ehe mit Familiennachzugsbegehren erst einmal unter dem Generalverdacht der Scheinehe steht.¹³⁰⁴ Ein Verdacht, der durch weitere Beweismittel entkräftet werden muss und zu systematischen Einzelfallprüfungen von Seiten der Behörde führen kann. Eine derart weite Interpretation des § 27 Abs.1 Nr. 1a Nr.1 AufenthG

1299 BVerfG, Beschluss v. 12.05.1987 – 2BvR 1226/83, 101 u. 313/84 - E 76,1 = InfAuslR 1988, 33 = JZ 1988, 347 m. Anm. Kimminich, ebd., 355ff. = NJW 1988, S. 626 - Familiennachzug.

1300 RL 2003/86/EG vom 22. Sept. 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251 vom 3. Okt. 2003, S. 12.

1301 AufenthG (im ZuwG) geändert durch das Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. Aug. 2007, BGBl. I 1970 (ZuwG 2007).

1302 Die Notwendigkeit dieser Regelung wurde zu Recht bestritten. Schon zuvor musste die Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft nachweislich belegt werden (§ 82 Abs.1 S.1 AufenthG).

1303 Vgl. *Hailbronner*, AuslR, Kommentar, Bd.1 (Feb. 2008), § 27, Rn. 59; a.A. *Müller*, in: Hofmann/ Hoffmann, HK-AuslR 2008, § 27, Rn. 28.

1304 Wie sich die Konzentration auf den Zweck der Eheschließung bei der Scheinehenprüfung auswirken kann zeigt die „*primary pupose rule*“, die 1997 in Großbritannien abgeschafft wurde. Hiernach hatte der beantragende Ausländer nachweisen müssen, dass die Ehe nicht in erster Linie geschlossen wurde, um eine Aufenthaltserlaubnis zu erwirken. Da das subjektive Kriterium der „Absicht nicht allein aufgrund der Aufenthaltserlaubnis“ die Ehe geschlossen zu haben, schwer nachzuweisen ist und der objektive Nachweis einer ehelichen Lebensgemeinschaft nicht ausreichte, musste ein Sachverhalt bewertet werden, der nicht eindeutig nachgewiesen werden konnte. Da grundsätzlich von einem missbräuchlichen Antrag ausgegangen wurde und es dem Antragssteller überlassen wurde das Gegenteil zu beweisen, war die Möglichkeit eröffnet, wahrhaftigen Ehegemeinschaften aufgrund der „*primary purpose rule*“ die Aufenthaltserlaubnis zu versagen. In der Praxis hatte diese Regel insbesondere Ehepaare aus Asien und Afrika belastet, s. hierzu: *Sachdeva; Menski*, *The Primary Purpose Rule in British Immigration Law* (GEMS) 1993.

wirft jedoch verfassungsrechtliche und richtlinienkonforme Bedenken auf. Das BVerfG meldete grundsätzlich Zweifel an der „Scheinehenüberprüfung“ an. Zum Schutz des Persönlichkeitsrechts und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs.1, Art. 2 Abs.2 GG) sind die zuständigen Behörden demnach, unter Ausklammerung des höchstpersönlichen Bereichs, auf äußere Umstände angewiesen und dürfen erst ermitteln, wenn ein berechtigter Anlass zur Prüfung gegeben ist.¹³⁰⁵ Darüber hinaus stellte das Gericht klar, dass den Betroffenen nicht vorbehaltlos die Last auferlegt werde dürfe darzutun, dass es sich bei ihrer Ehe nicht um eine „Scheinehe“ handele.¹³⁰⁶ Eine ähnliche Anforderung stellt auch die Familiennachzugs-Richtlinie, nach der Ermittlungen wegen Scheinehen nur bei begründetem Verdacht gestattet sind.¹³⁰⁷ Es müssen Indizien vorliegen, die unter Betrachtung der Gesamtumstände auf eine Scheinehe schließen lassen. Zudem sind nur „punktuelle Kontrollen“¹³⁰⁸ zugelassen und „zweckmäßig erachtete Nachforschungen“ erlaubt.¹³⁰⁹ Ein Antrag auf Familiennachzug darf nur abgelehnt werden, wenn feststeht, dass die Voraussetzungen einer Scheinehe vorliegen.¹³¹⁰ Mit der Formulierung „feststehen“ setzt der Versagungsgrund einen überhöhten Überzeugungsmaßstab voraus, denn er verlangt, dass eine Tatsache sicher, gewiss und unumstößlich sein muss. Damit wird für den Versagungsgrund des § 27 Abs.1a Nr. 1 AufenthG die Darlegungslast auf die Ausländerbehörde verschoben. Gewinnt die Ausländerbehörde die hohe Sicherheit der Überzeugung nicht, liegt das Tatbestandsmerkmal nicht vor und es kommt erst gar nicht zu einer Beweislastfrage.¹³¹¹ Hingegen besteht bei der Feststellung des Vorliegens einer familiären Lebensgemeinschaft i.S.d. § 27 Abs.1 keine „Beweislast“ der Ausländerbehörde. Der Ausländer hat vielmehr das Bestehen einer „familiären Lebensgemeinschaft“ als erforderliche Voraussetzung für den Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nachzuweisen und die negativen Folgen der

1305 BVerfGE 76,61=NJW 1988, 631 = FamRZ 1988, 363; so führt das Gericht weiter aus, dass es mit Art. 1 I GG i.V.m. Art. 2 I GG jedoch schwerlich vereinbar sei, wenn die Verwaltung es unternähme, sich diese Kenntnis von Amts wegen zu verschaffen, als es darauf hinwies, dass diese zwangsläufig zur Kenntnis von Umständen aus dem höchstpersönlichen Bereich der Betroffenen führt. BVerfG, 5.5.2003-2 BvR 2042/02 ?

1306 BVerfGE, U. v. 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83 ua - BVerfGE 76,1.

1307 Art.16 Abs.4 der Familiennachzugsrichtlinie RL 2003/86/EG.

1308 Art. 16 Abs.4 der RL 2003/86/EG.

1309 Fraglich ist des Weiteren, inwieweit im Rahmen der Antragsstellung die Mitgliedstaaten befugt sind gegebenenfalls zum Nachweis des Bestehens echter familiärer Bindungen die Befragung des Zusammenführenden und des Familienangehörigen und andere als „zweckmäßig erachtete Nachforschungen“ (Art.5 (2) 2. Abs.2) anzustellen. Unklar ist vor allem, ob hierfür auch ein begründeter Verdacht vorliegen muss

1310 Im Unterschied dazu reichen für die Annahme einer Zwangsehe tatsächliche Anhaltspunkte (so auch § 27 Abs.1 (1a) Nr. 2.) aus.

1311 So Dienelt, in: Renner/Bergmann/Dienelt, AusR-Kommentar, 10. Aufl., § 27 Rn. 59ff.

Nichterweislichkeit einer ehelichen Lebensgemeinschaft zu tragen.¹³¹²

Die Anforderungen an die Feststellung einer Scheinehe bereiten in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Wie kann man eine Scheinehe feststellen, ohne die Privatsphäre bzw. datenschutzrechtliche Bestimmungen zu verletzen, ohne die involvierten Familienmitglieder übermäßig zu stören oder ihr mögliches Familienleben gar zu zerstören und ohne binationale Ehen bzw. ausländische Ehen zu diskriminieren? Als Orientierung für äußere Umstände, wurden Anhaltspunkte herausgearbeitet, die kumulativ auf eine Scheinehe hindeuten können. So auch in der Entschließung des EU-Rates¹³¹³, die z.B. keine gemeinsame verständliche Sprache, widersprüchliche Angaben hinsichtlich ihrer jeweiligen Personalien, Übergabe eines Geldbetrages für das Eingehen der Ehe, als Indizien auflistet. Nach der deutschen Rechtsprechung wird die häusliche Gemeinschaft¹³¹⁴ grundsätzlich als Indiz für eine eheliche Lebensgemeinschaft gewertet. Das Fehlen einer solchen kann jedoch für das Vorliegen einer Scheinehe sprechen. Andererseits wurde anerkannt, dass sich eine Zweckgemeinschaft in Form einer Wohngemeinschaft auch ohne familiäre Lebensgemeinschaft, aber in häuslicher Gemeinschaft leben lässt und getrennte Wohnungen, aus beruflichen oder sonstigen Gründen, dennoch eine innige familiäre Lebensgemeinschaft gelebt werden kann.¹³¹⁵ Weiterhin können auch Ehekrisen oder kurzfristige Trennungen den Anschein erwecken, es handele sich um eine Scheinehe, wobei eine Trennung, auch wenn sie anfänglich als endgültig angesehen wurde, für den Bestand der ehelichen Lebensgemeinschaft unschädlich ist.¹³¹⁶ Darüber hinaus wurde auch ein ungesichertes Aufenthaltsrecht bzw. illegaler Aufenthalt regelmäßig als Indiz für eine Scheinehe gewertet.¹³¹⁷

Bemerkenswert ist, dass in der Familienzusammenführungs-Richtlinie 2003/86/EG ausdrücklich die Möglichkeit festgeschrieben wurde, der Tatsache besondere Bedeutung zuzumessen, dass die Eheschließung bzw. die Schließung

1312 So *Dienelt*, in: Renner/Bergmann/Dienelt, AusR-Kommentar, 10. Aufl., § 27 Rd. 60; vgl. VGH Kassel, B. v. 1.7.2005 – 9 TG 1210/05; VGH Kassel, B. 9.8.2004 – 9TG 1179/04, FamRZ 2005, 989.

1313 Entschließung des Rates 97/C382(01 v. 4.12.1997, ABl. C 282 v. 16.12.1997.

1314 Der Grundsatz der häuslichen Gemeinschaft als „eheliche Lebensgemeinschaft“ wird auch in Nr.17.1.2.2 AuslG-VwV hervorgehoben.

1315 VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 25.3.1998 – 13 S 2792/96, EZAR 023 Nr.11 (S.4); Hessischer VGH, Beschluß v. 21.3.2000 – 12 TG 2545/99- NVwZ-RR 2000, S. 640.

1316 S. nur BVerwG - 1 B 92.98- = InfAuslR 1999, S. 72.

1317 S. bzgl. den Indikatoren, die von den Ausländerbehörden als Anfangsverdacht für eine Scheinehe gewertet werden zu § 27 AufenthG 27.1a.1.1.7 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz (AVwV); s. auch die aufgelisteten Anhaltspunkte bei: *Dienelt*, in: Renner/Bergmann/Dienelt, AusR-Kommentar, 10. Aufl., § 27 Rd. 63.

der Lebenspartnerschaft erfolgt ist, nachdem dem Zusammenführenden ein Aufenthaltstitel erteilt wurde.¹³¹⁸ Das bedeutet, dass jede Ehe, die nach der Einreise in einen Mitgliedstaat geschlossen wird, anlassunabhängig dem Verdacht der Scheinehe ausgesetzt wird. Die Beachtung des Zeitpunktes der Eheschließung wurde insbesondere auf Drängen von Deutschland eingebracht. Die deutsche Delegation wünschte für derartige Familiennachzugskonstellation eine Ermessensentscheidung, um im Einklang mit seinen nationalen Bestimmungen zu sein.¹³¹⁹ Da diese Forderung auf heftigen Widerstand stieß¹³²⁰, wurde als Kompromiss der fragliche Weg über die Scheinehe gewählt, der nun alle Ehen mit Ausländern erfasst.

Eine ähnliche Problematik existiert in Bezug auf sog. Scheinvaterschaften. Die aus einer verantwortungsvollen gelebten Eltern-Kindbeziehung möglichen resultierenden aufenthaltsrechtlichen Legalisierungsansprüche bzw. Abschiebungshindernisse, lassen die Abgrenzung zu einer nur zum Schein angegebenen Vaterschaft wichtig werden. Nach § 27 Abs. 1a) AufenthG wird der Familiennachzug nicht zugelassen, wenn das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck geschlossen wurde, um einen Aufenthaltstitel zur erlangen. Das Problem sog. Scheinväter¹³²¹ betrifft insbesondere die Fälle der Anerkennung der Vaterschaft durch einen deutschen Staatsangehörigen bzw. bei einem Ausländer mit verfestigten Aufenthaltsstatus für Kinder lediger ausländischer Frauen, die ausschließlich dem Ziel dienen, der Mutter abgeleitet vom Aufenthaltsrecht des Kindes – der umgekehrte Fall ist auch möglich – einen Aufenthaltstitel zu verschaffen. Denn diese Vaterschaftsanerkennung bewirkt den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes (Abstammungserwerb nach *ius sanguinis* i.S.v. § 4 Abs.1 StAG oder *ius solis* i.S.v. § 4 Abs.3 StAG) und eröffnet der Mutter bzw. dem Vater die Möglichkeit eine Aufenthaltsgenehmigung nach § 28 Abs.1 Nr. 3 AufenthG zu erlangen, ohne dass

1318 Art. 4 Abs.1 i.V.m. Art. 16 Abs.2 lit. b) RL 2003/86/EG.

1319 Nach deutschem Recht kommt es beim Ehegattennachzug zu Ausländern mit einer Aufenthaltsbefugnis auf den Zeitpunkt der Eheschließung an. Ein Nachzugsanspruch besteht in diesem Fall nur dann, wenn die Ehe mit dem Ausländer schon bei Einreise des Ehegatten bestanden hat und von diesem bei der erstmaligen Beantragung der Aufenthaltsgenehmigung angegeben wurde. Bei nachfolgender Eheschließung kommt allenfalls eine Aufenthaltserlaubnis im Ermessenswege in Betracht (§ 18 Abs.1 Nr.3, Abs.2).

1320 Da eine Ermessensregelung in solchen Fällen den Grundsätzen der Richtlinie widerspricht, nämlich die Familienzusammenführung auf jeden Fall für Mitglieder der Kernfamilie zuzulassen (Erwägungsgrund 9), wenn der Zusammenführende im Besitz eines mindestens einjährigen Aufenthaltstitels ist mit begründeter Aussicht auf Daueraufenthalt (Art.3 (1)), unabhängig davon, ob die familiären Bindungen vor oder nach der Einreise des Zusammenführenden entstanden sind (Art.2 d), wurde die Forderung Deutschland abgelehnt. Siehe sehr detailliert hierzu: *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 336, S. 235.

1321 Vgl. zum tatsächlichen Ausmaß des Missbrauchs, *Göbel-Zimmermann*, ZAR 2006, S. 82.

eine biologische oder zumindest soziale Vater-Kind-Beziehung zugrundeliegen muss.

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft vom 13.3.2008¹³²² ist die dadurch eröffnete befristete Anfechtung der Vaterschaft (§ 1600 BGB) der einzige Weg, auch bewusst wahrheitswidrigen Vaterschaftsanerkennungen zur Erlangung eines Aufenthaltstitels zu begegnen.¹³²³ § 1600 Abs.3 BGB setzt jedoch auch voraus, dass zwischen dem Kind und Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht. Zur Überprüfung der biologischen Vaterschaft wird darüber hinaus die vermehrte Praxis einiger Behörden, das Verwandtschaftsverhältnis anhand von Vaterschaftstests zu überprüfen, kritisch gesehen.¹³²⁴ Denn bei der Beurteilung sollte es mehr auf die tatsächliche persönliche Verbundenheit als auf die biologische Vaterschaft ankommen.¹³²⁵

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Maßnahmen insbesondere zur Bekämpfung von Scheinehen und Scheinvaterschaften erhebliche Auswirkungen auf die Bedingungen des Familiennachzugs an sich haben können. Die Diskussionen um die Familiennachzugsrichtlinie haben am Beispiel Deutschlands gezeigt, dass eine eigentlich erwünschte restriktive Familiennachzugsregelung über die Missbrauchsvorschriften zur Verhinderung von Scheinehen eingebracht wurde.

Zum Schutz des Grundrechts auf Ehe und Familie ist es einerseits wichtig nur zum Schein geschlossene Ehen von ausländerrechtlichen Vergünstigungen auszuschließen, um das Institut der Ehe vor Aushöhlungen zu bewahren. Andererseits gebietet das Grundrecht äußerste Zurückhaltung bei der Verhinderung von Eheschließungen und bei störenden und schädigenden Eingriffen in den Bestand der Ehe. Der sich über einen langen Zeitraum hinweg bestehende Verdacht einer Scheinehe kann echte Lebenspartnerschaften schwer belasten. Umso wichtiger ist es, dass die mit der Verfolgung von Scheinehen betrauten Behörden anhand von klaren objektiven, äußeren Kriterien urteilen, damit nicht subjektive Vorstellungen über die Ehe bzw. über das Bestehen einer

1322 BGBl. I, S. 313.

1323 Vgl. hierzu auch: Hamburgerisches OVG, Beschluss v. 24.10.2008 – 5 Bs 196/08 = InfAuslR 2009, 19 f.

1324 Müller, in: Hofmann; Hoffmann (Hrsg.), HK- AuslR, 1. Aufl., § 27 Rn.20.

1325 So auch Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Aufl., S. 221, Rn. 687: „Mithin kommt es nicht auf die formale Abgabe der Vaterschaftsanerkennung und der Sorgerechtsklärung an, sondern auf den tatsächlichen Willen, die Vaterrolle mit seinen damit verbundenen Pflichten einzunehmen.“ m.V.a. Sächs. OVG v. 15.9.2006, InfAuslR 2006, 446-448.

Lebensgemeinschaft entscheiden. Gerade hier liegen bei zuständigen Behörden häufig Unsicherheiten vor. Auch unter dem Aspekt der Diskriminierung bedarf es eines sensiblen und vorsichtigen Umgangs mit ausländischen und deutschen Ehepartnern.

2. Die Nachzugsrechte von Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige von Unionsbürgern sind, nach dem europäischen Recht – Neue Wege zur Legalisierung des illegalen Aufenthaltes?

2.1. Familiennachzugsrechte für Unionsbürger nach Unionsrecht im Vergleich zu deutschen Staatsangehörigen ohne Unionsbezug

Das Familiennachzugsrecht für Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige von Unionsbürgern sind, ist sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene unterschiedlich ausgestaltet. Kennzeichnend ist, dass das Nachzugsrecht zu Unionsbürgern, wenn der maßgebliche Sachverhalt dem Unionsrecht unterfällt, als Sonderrecht, eine vom allgemeinen nationalen Ausländerrecht zu trennende Rechtsmaterie darstellt. Dem wurde mit dem deutschen Freizügigkeitsgesetz/EU Rechnung getragen, das nun die Rechtsstellung von Unionsbürgern umfassend regelt.¹³²⁶ Vergleicht man die Familiennachzugsrichtlinie (RL 2003/86/EG) mit der Unionsbürgerfreizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38/EG) bzw. das deutsche AufenthG mit dem Freizügigkeitsgesetz/EU¹³²⁷ zeigen die Voraussetzungen für den Familiennachzug, aber auch bezüglich der Regelungen, die die illegale Einreise, den illegalen Aufenthalt oder die Ausweisung erfassen, gravierende Unterschiede auf. Das Unionsrecht bietet für Unionsbürger und deren Familienmitglieder eine Reihe von Vorzügen: Der Familiennachzug erstreckt sich dabei auf die Ehegatten, Kinder bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres sowie auf erwachsene Kinder und Verwandte der aufsteigenden Linie, denen Unterhalt

¹³²⁶ Dieses vollzog sich mit dem Zuwanderungsgesetz 2004 und dem Richtlinienumsetzungsgesetz 2007 in zwei Schritten: Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) vom 30. Juli 2004 (BGBl. I, 1950, 1986, verkündet als Art. 2 des ZuWG vom 30. Juli 2004, BGBl. I, 1950 (ZuWG), geändert durch das Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. Aug. 2007, BGBl. I 1970 (ZuWG 2007).

¹³²⁷ Die beiden Richtlinien sind mit Ablauf der Umsetzungsfrist mittlerweile unmittelbar anwendbar und wurden in deutsches Recht umgesetzt. Siehe zur Bewertung der Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie den Bericht der EU-Kommission vom 10.12.2008, der diese als insgesamt enttäuschend einstuft, ZAR 2009, S. 78.

gewährt wird.¹³²⁸ Es sind für den Nachzug keine Integrationsleistungen nachzuweisen. Als Grundsatz gilt, dass der zusammenführende Unionsbürger bei nachgewiesenem ausreichendem Krankenversicherungsschutz und ausreichenden Existenzmitteln nachziehen lassen kann.¹³²⁹ Dabei schließt auch die Erst-Einreise aus einem Drittland bzw. der unrechtmäßige Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen den Nachzug von Familienangehörigen (unter ausdrücklicher Abweichung von *Akrich*¹³³⁰) nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus (*Metock*¹³³¹). Zudem rechtfertigt die unerlaubte Einreise oder der illegale Aufenthalt keine Versagung des Freizügigkeitsrechts (*MARX*¹³³², *Metock*) und eine Einreiseverweigerung ist nicht allein auf Grundlage des Art. 96 Abs.2 SDÜ möglich. Das Aufenthaltsrecht kann nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art. 45 Abs.3 AEUV, Art. 52 Abs.1AEUV) entfallen bzw. eine Einreiseverweigerung oder Ausreisepflicht begründen. Dagegen sind Unionsbürger und ihre Familienmitglieder ohne den notwendigen Unionsbezug schlechter gestellt, so dass auch in diesem Fall von einer Inländerdiskriminierung gesprochen wird.¹³³³ Das maßgebliche Abgrenzungskriterium für die Anwendung der günstigeren unionsrechtlichen Regeln über den Familiennachzug ist das Vorliegen eines „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“.¹³³⁴ Ein tatsächlicher Grenzübertritt ist für die Geltendmachung des Aufenthaltsrechts hingegen nicht zwingend erforderlich. Trotz Inlandsaufenthaltes reicht es, wenn lediglich relevante „grenzüberschreitende Elemente“ über die Grenzen des Mitgliedstaates hinausweisen. Dieser Sachverhalt kann auch dann vorliegen, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates von den Grundfreiheiten des Unionsrechts Gebrauch macht.¹³³⁵ Der EuGH verzichtet sogar in Ausnahmefällen gänzlich auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt, wenn die Verweigerung eines Aufenthaltsrechtes für einen Drittstaatsangehörigen eine Verletzung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft zur Folge hätte.¹³³⁶

1328 Siehe die Begriffsbestimmung zum Familienangehörigen in Art. 2 Nr.2 der RL 2004/38/EG.

1329 § 4 Satz 1 FreizügG/EU; vgl. auch RL 2004/38/EG.

1330 EuGH, Urt. v. 23.9.2003 - Rs. C-109/01 (*Akrich*). Siehe weiter unten auch: S. 296, S. 305.

1331 EuGH, Urt. vom 25.7.2008, Rs. C-127/08, Slg. 2008, I-6241 (*Metock*) = ZAR 2008, S. 354.

1332 EuGH, Rs. C-459/99, Slg. 2002, I-6591.

1333 Vgl. zur Inländerdiskriminierung: *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, S. 168f.

1334 EuGH, Urt. v. 25.7.2008 - Rs. C-127/08, Slg. 2008, I-6241 (*Metock*), Rn.77.

1335 S. z.B. EuGH, Urt. v. 11.7.2002 – Rs C-60/00 (*Carpenter*).

1336 EuGH, Urt. v. 8.3.2011 - Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*) = EuGRZ 2011, S.142. Bisher hatte der EuGH einen Verzicht auf eine grenzüberschreitendes Element und damit die Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereiches des Vertrages abgelehnt. So nach EuGH, Urt.

Diese Rechtssituation hat insbesondere auch Auswirkungen auf die Situation von sich illegal aufhaltenden Familienmitgliedern von Unionsbürgern. Im Folgenden wird die maßgebliche Judikatur des EuGH zum Freizügigkeitsrecht daraufhin genauer untersucht, inwieweit sie für die Rechte von „irregulären“ drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern Bedeutung hat.

2.1.1. Abgeleitete Rechte im Fall von sich illegal aufhaltenden drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern

Voraussetzung für das Entstehen von Rechten drittstaatsangehöriger Familienangehöriger ist nach Art. 3 Abs.1 RL 2004/38/EG, dass der Unionsbürger in einen Mitgliedstaat einreist bzw. sich in einem Mitgliedsstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht hat und der drittstaatsangehörige Familienangehörige i.S.v. Art. 2 Nr.2 RL 2004/38/EG den Unionsbürger in einen anderen Mitgliedstaat begleitet oder ihm nachzieht.¹³³⁷ Der Begriff „begleiten“ oder „nachziehen“ sagt über den maßgeblichen Aufenthaltsstatus des Familienangehörigen zunächst nichts. Der EuGH hat in seinem Urteil *Metock*¹³³⁸ Art. 3 Abs.1 der Richtlinie 2004/38/EG weit ausgelegt und entschied, dass es auf die vorherige Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes des Familienangehörigen nicht ankommt. Sowohl die Entscheidung über den erstmaligen Zugangswunsch eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen zu einem Unionsbürger in das Unionsgebiet als auch den illegalen Aufenthalt des Familienangehörigen in einem Mitgliedsstaat, schließen die Anwendbarkeit der Richtlinie nicht aus.

2.10.2003 - Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11 613, Rn. 26-27. Der Gerichtshof wies darauf hin, dass „die in Art. 17 EG vorgesehene Unionsbürgerschaft (...) nicht bezweckt, den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auf interne Sachverhalte auszudehnen, die keinerlei Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen. Andererseits stellt er klar, dass „ein solcher Bezug zum Gemeinschaftsrecht, aber bei Personen (besteht), die (...) Angehörige eines Mitgliedstaates sind und sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaat aufhalten und zwar unabhängig davon, ob sie die im Vertrag vorgesehene Freizügigkeit ausgeübt haben oder von Geburt an im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats gelebt haben“.

1337 Art. 3 Abs.1 RL 2004 /38 / EG. Siehe hierzu insbesondere EuGH Rspr.: Urt. v. 5.6.1997 – Rs. C-64 u. C-65 (*Uecker* u. *Jacquet*), Slg. 1997, I-3171; Urt. v. 27.10.1982 - Rs. C 35 u. 36/82 (*Morson v. Niederländischer Staat*), Slg. 1982, 3723, 3725 u. insbes. auch, Urt. v. 2. Okt. 2003 - Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11 613, Rn. 26-27.

1338 Im Urteil *Metock* (Rs. C-127/08, Slg. 2008, I-6241) ging die wesentliche Rechtsfrage dahin, ob sich ein drittstaatsangehöriger Familienangehöriger eines Unionsbürgers, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, auch dann auf die Familiennachzugsregeln berufen kann, wenn er sich vorher gerade nicht (rechtmäßig) im Unionsgebiet aufgehalten hat. Nach erfolglos geführten Asylverfahren hielt sich Herr *Metock* unrechtmäßig in Irland auf (Antrag wurde endgültig im Februar 2008 abgelehnt). Zuvor (Okt. 2006) heiratete er eine britische Staatsangehörige mit der er zwei Kinder (geboren 1998 und 2006) hat. Sein Antrag auf Aufenthaltsgenehmigung als Ehegatte einer in Irland arbeitenden und wohnenden Unionsbürgerin wurde abgelehnt, da er die Voraussetzung eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthaltes nicht erfüllte.

Diese Ausweitung des Anwendungsbereichs der Richtlinie auf Familiennachzug erklärt der EuGH damit, dass die Ausübung der Freiheiten „schwer behindert“ werde, wenn diese im Aufnahmemitgliedstaat kein normales Familienleben führen dürften.¹³³⁹ Um dem Binnenmarktziel gerecht zu werden, müsse der Familiennachzug zu Unionsbürgern harmonisiert werden, damit die Entscheidung, ob man von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch macht, nicht davon abhängt, wie das nationale Ausländerrecht in dem Mitgliedstaat ausgestaltet ist.¹³⁴⁰ Der EuGH bezieht sich in seinen Entscheidungsgründen auf seine frühere Rechtsprechung (*MARX*¹³⁴¹, *Kommission/Spanien*¹³⁴²) in bewusster Abkehrung von seiner Rechtsprechung in *Akrich*¹³⁴³. In dieser Entscheidung stellte der EuGH noch grundsätzlich klar, dass nur derjenige mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehöriger in den Genuss der Rechte aus den (früheren) Art. 10 VO/EWG 1612/68¹³⁴⁴ komme, der sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalte.¹³⁴⁵ Denn die Verordnung betreffe von vornherein nur die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft.¹³⁴⁶ Mit der neuen Urteilspraxis ermöglicht der EuGH hingegen Familiennachzug zu Unionsbürgern uneingeschränkt und nähert sich in seinem Anwendungsbereich unter starker Auflockerung des Freizügigkeitskriteriums sehr der Familiennachzugsrichtlinie (RL 2003/86/EG) an.

Die neue Rechtsprechung des EuGH wurde kontrovers diskutiert. Insbesondere wurde die Behinderung der Freizügigkeit in dem Fall angezweifelt, wenn das drittstaatsangehörige Familienmitglied eines Unionsbürgers noch nie ein

1339 Ebenda, Rn. 62.

1340 Ebenda, Rn. 69.

1341 EuGH, Rs. C-459/99, Slg. 2002, I-6591.

1342 EuGH, Rs. C-157/03, Slg. 2005, I-2911.

1343 EuGH, Rs. C-127/08, Slg. 2008, I-6241 (*Metock*). Dort heisst es (Rn. 58): „Es trifft zu, dass der Gerichtshof in den Rn. 50 und 51 des Urteils *Akrich* entschieden hat, dass sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 der Verordnung Nr. 1612/68 kommen zu können, regelmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten muss, wenn er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, in den der Unionsbürger abwandert oder abgewandert ist. Hieran ist jedoch nicht festzuhalten. Denn der Genuss solcher Rechte kann nicht davon abhängen, dass sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige zuvor in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat.“

1344 Der hier maßgebliche Absatz 1 a) lautet: „1) Bei dem Arbeitnehmer, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates beschäftigt ist, dürfen folgende Personen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit Wohnung nehmen: a) sein Ehegatte (...).

1345 Da Herr *Akrich* sich mittlerweile rechtmäßig in Irland aufgehalten hatte, war es nicht von Relevanz, dass er zuvor aus Grossbritannien ausgewiesen wurde.

1346 EuGH, Urt. v. 23.9.2003 - Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607.

Aufenthaltsrecht im Unionsgebiet besaß.¹³⁴⁷ Zudem wurden Probleme in der Regelungskompetenz der EU in Bezug auf die Einwanderung von Drittstaatsangehörigen ins Unionsgebiet gesehen. Denn die Richtlinie wurde nicht auf den früheren Titel IV des Dritten Teils des Vertrags¹³⁴⁸, sondern auf Art. 12, 18, 49, 44, 52 EG (alt) gestützt. Damit steht man vor einer schwierigen Kompetenzabgrenzung aus Grundfreiheiten und Titel IV EG (alt) im Bereich der Zuwanderung. Der EuGH entscheidet damit Fragen der erstmaligen Einwanderung (im Bereich des Familiennachzugs) über die Anwendung der Richtlinie 2004/38/EG und begibt sich damit gefährlich nahe in den Souveränitätsbereich der nationalen Mitgliedstaaten. Die zähen Verhandlungen bei dem Entstehungsprozess der Familiennachzugsrichtlinie (RL 2003/86/EG) zeigen, wie zögerlich die Mitgliedstaaten ihre Entscheidungshoheit über Einwanderungsfragen abgeben.¹³⁴⁹

Dieses Spannungsverhältnis hat der EuGH letztendlich zugunsten der unionsrechtlichen Freizügigkeit gelöst. Entschied sich der EuGH in der Rechtssache *Akrich* zunächst zugunsten der Souveränität der Nationalstaaten zu lösen. In der Begründung seines Urteils argumentierte er noch: „Um in den Genuss der Rechte aus Art.10 VO 1612/69/EWG kommen zu können, müsse sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, wenn er sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, in den der Unionsbürger abwandere oder abgewandert sei.“¹³⁵⁰ Nahm er diese Argumentationslinie Stück für Stück über die Rechtsprechung in *Jia*¹³⁵¹ und *Eind*¹³⁵² zurück und revidiert sie im Urteil *Metock*.¹³⁵³ Damit folgt der EuGH seiner Linie die Freizügigkeitsrechte weit auszulegen. Ausschlaggebend für die Frage, ob nationales Recht oder das Freizügigkeitsrecht der Union zur

1347 Vgl. kritisch, *Epiney*, EUR 2008, S. 848.

1348 Nun: Titel V Kapitel 2 AEUV.

1349 Vgl. hierzu auch *Epiney*, EUR 2008, S. 845.

1350 EuGH, Urt. v. 23.9.2003 - Rs. C-109/01 (*Akrich*), Rn 50.

1351 EuGH, Urt. v. 9.1.2007 - Rs. C-1/05 (*Jia*), Slg. 2007, I-1 = NVwZ 2007, 437. In dieser Entscheidung bleibt der EuGH, was das Erfordernis des rechtmäßigen Aufenthaltes betrifft, noch unklar. Er stellt lediglich fest, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, einen solchen rechtmäßigen Aufenthalt vorauszusetzen.

1352 EuGH, Urt. v. 11.12.2007 - Rs. C-291/05 (*Eind*), Slg. 2007, I-10719, RW 56 = InfAuslR 2008, S. 114. In dieser Entscheidung wird hervorgehoben, dass ein auf nationales Recht beruhendes Aufenthaltsrecht nicht Voraussetzung für die Inanspruchnahme des abgeleiteten Freizügigkeitsrecht sei.

1353 Mit der Entscheidung *Metock* wurde auch der Widerspruch in der Rspr. aufgehoben, der aus den voneinander abweichenden Ansätzen in den Urteilen *MRAX u. Kommission/Spanien* einerseits und der Entscheidung *Akrich* entstand. Darauf weist *Dienelt* hin, in Renner/Bergmann/Dienelt, AuslR-Kommentar 11. Aufl., § 2 FreizügG/EU, Rn.28.

Anwendung kommt, ist nunmehr allein die Eigenschaft als Familienangehöriger eines Unionsbürgers.¹³⁵⁴

Das Urteil *Metock* hatte erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsanwendung der Mitgliedstaaten der EU und wurde insoweit scharf kritisiert. Dennoch haben die Mitgliedstaaten innerhalb kurzer Zeit ihre nationale Gesetzgebung dem Urteil entsprechend angepasst.¹³⁵⁵ Als Reaktion auf die sehr weite Auslegung des unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts, konzentrieren sich die Mitgliedstaaten nun auf die Bekämpfung der missbräuchlichen Inanspruchnahme dieser Rechte und diskutieren diesbezüglich Lösungswege.¹³⁵⁶

2.1.2. Abgeleitete Aufenthaltsrechte drittstaatsangehöriger Eltern von Unionsbürgern

Inwieweit drittstaatsangehörige Eltern ein Aufenthaltsrecht von ihrem Kind mit Unionsbürgerstatus ableiten können, behandelt die Rechtssache *Zhu/Chen*.¹³⁵⁷ Die Eheleute Chen, die als chinesische Staatsangehörige lediglich eine befristete Aufenthaltserlaubnis für Großbritannien besaßen, hatten sich bewusst dafür entschieden, ihr Kind in Irland entbinden zu lassen, damit das Kind nach dem ius-soli-Grundsatz die irische Staatsangehörigkeit erlangte.¹³⁵⁸ Die Mutter zog sodann mit ihrem Neugeborenen nach Wales (Großbritannien). Nachdem sie für sich und ihr Kind erfolglos eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis beantragt hatte, erhob sie Klage. Der EuGH entschied letztinstanzlich, dass Catherine (die Tochter) sich auf das Freizügigkeitsrecht nach Art 18 EG (jetzt Art. 21 AEUV) berufen könne.¹³⁵⁹ Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass eine minderjährige Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, die krankenversichert ist und der von einem drittstaatsangehörigen Elternteil Unterhalt gewährt wird bzw. elterliche Sorge erfährt, das Recht habe, sich im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten.¹³⁶⁰ Bezüglich

1354 EuGH, Urt. v. 19.12.2008 - Rs. C-551/07 (*Sahin*), Slg. 2008 I-10453.

1355 S. hierzu *Kees*, Beschränkung der Freizügigkeit von Unionsbürgern?, in: Barwig/Stephan/Brinkmann (Hrsg.), *Freiheit: Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2013*, S. 61.

1356 S. hierzu *Kees*, ebenda, S. 61f. *Kees* weist daraufhin, dass die diesbezüglichen Diskussionen im EU-Ministerrat und in den Arbeitsgruppen in Brüssel sich bisher auf die Vermeidung von Missbrauch und Scheinehen beziehen; vgl. auch *Raschka*, ZAR 2013, S. 238.

1357 EuGH, Urt. v. 19.10.2012 - Rs. C-200/02 (*Zhu/Chen*), Slg.2004, I-9925, = EuR 2005, 658.

1358 Die Rechtssache *Chen* wurde auch in Bezug auf Rechtsmissbrauch diskutiert, s. *Wilson*, Die Rechte von Drittstaatsangehörigen nach Gemeinschaftsrecht, S. 152.

1359 EuGH, Urt. v. 19.10.2012 - Rs. C-200/02 (*Zhu/Chen*), Slg.2004, I-9925, Rn. 24.

1360 Ebenda, Rn. 24ff.

der Mutter von Catherine argumentierte das Gericht, dass dem Aufenthaltsrecht des Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen würde, wenn dem Elternteil, der für das Kind tatsächlich sorgt, nicht erlaubt sei, sich mit diesem Kind im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten.¹³⁶¹ In Fortsetzung dieser Rechtsprechung urteilte der EuGH, dass die Eltern das Aufenthaltsrecht trotz Volljährigkeit des Kindes so lange beanspruchen könnten, wie sich das Kind in einer Ausbildung befinde und der elterlichen Fürsorge bedürfe.¹³⁶²

2.2. Abgeleitete Rechte im Fall von sich illegal aufhaltenden drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern trotz reiner Inlandssachverhalte

2.2.1. Rückkehrerfälle

Eine bemerkenswerte Ausdehnung der Freizügigkeitsrechte und damit einhergehend eine Beschränkung des nationalen Migrationsrechts bezüglich der Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen, findet man bereits in der Rechtssache *Singh*¹³⁶³ aus dem Jahre 1992. Hier entschied der EuGH zum ersten Mal, dass trotz Aufenthaltes im Herkunftsstaat des Gemeinschaftsbürgers (nun Unionsbürger) Gemeinschaftsrecht (nun Unionsrecht) anwendbar sein könne, wenn zuvor von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht wurde und der Gemeinschaftsbürger in seinen Herkunftsstaat zurückkehrt.¹³⁶⁴ Bestätigt und

1361 Ebenda, Rn. 45. Der EuGH verweist in den Entscheidungsgründen auf seine Entscheidung *Baumbast*, Urt. v. 17.09.2002 – C-413/99, Rn. 71-75. Hier hat der Gerichtshof anerkannt, dass “in einem Fall, in dem Kinder ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat haben“, das Gemeinschaftsrecht „dem Elternteil, der die Personensorge für die Kinder (...) wahrnimmt, ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit den Aufenthalt bei den Kindern erlaubt, um ihnen die Wahrnehmung ihres genannten Rechts zu erleichtern.“

1362 EuGH, Urt. v. 23.2.2012 - Rs. C – 480 / 08 (*Teixera*) = NVwZ 2012, 892. Dort heißt es: “Dem Elternteil, das die elterliche Sorge für die in Ausbildung befindlichen Kinder eines Unionsbürgers tatsächlich wahrnimmt, welcher im Aufnahmemitgliedstaat arbeitet oder gearbeitet hat, steht ein Recht auf Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat zu.“ S. auch das jüngste Urteil: *EuGH*, Urt. 08.05.2013 - Rs. C-525/11 (*Alarape un Tijani*)= InfAusLR 2013, 262, das das Urteil *Teixera* bestätigt.

1363 EuGH, Urt. v. 7.7.1992 - Rs. C-370/90 (*Singh*), Slg. 1992, I-4265. In diesem Vorabentscheidungsverfahren ging es um die Frage, ob bei der Rückkehr eines Gemeinschaftsbürgers in sein Herkunftsland, der von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, sein Drittstaatsangehöriger Ehegatte sich bezüglich des Einreise- und Aufenthaltsrecht auf Gemeinschaftsrecht berufen kann. Frau *Singh*, britische Staatsangehörige, hatte einen Inder geheiratet. Beide hielten sich mehrere Jahre als Arbeitnehmer in Deutschland auf, bevor sie nach Großbritannien zurückkehrten. Dort erging ein vorläufiges Scheidungsurteil, woraufhin eine Ausweisungsentscheidung gegen Herrn *Singh* erlassen wurde und er sich seitdem illegal in Großbritannien aufhielt.

1364 Gemäß Art. 52 EWG (jetzt Art. 56 AEUV) und der Richtlinie 73/148 sei ein Mitgliedstaat verpflichtet, dem Ehegatten eines Angehörigen dieses Staates ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit zu gestatten, in das Hoheitsgebiet einzureisen und sich dort aufzuhalten, wenn sich der Angehörige dieses Staates mit dem Ehegatten in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaat begeben hatte, um dort eine unselbständige Tätigkeit i.S.v. Art. 48 EWG auszuüben, und zurückkehrt, um sich im Hoheitsgebiet des Staates dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, niederzulassen.

weiterentwickelt hat der EuGH seine Rechtsprechung in Bezug auf „Rückkehrfälle“ insbesondere in der Rechtssache *Eind*.¹³⁶⁵ Das Freizügigkeitsrecht könnte, so der EuGH in seiner Begründung in der Rechtssache *Singh*, nicht seine volle Wirksamkeit entfalten, wenn ein Staatsbürger eines Mitgliedstaates von seiner Ausübung durch Hindernisse abgehalten werden könnte, die einen Familienangehörigen bei Rückkehr in den Heimatstaat drohen.¹³⁶⁶ Die Zielsetzung dieser Rechtsprechung wird im ersten Absatz des Urteils klar hervorgehoben.¹³⁶⁷ Gemeinschaftsbürgern soll größtmögliche Mobilität ermöglicht werden. Der Gerichtshof stützt seine Argumentationslinie bei der Begründung stets auf die Freizügigkeitsbestimmungen im Sinne des *effet-utile*.

Bemerkenswert ist, dass aus dem Art. 52 EWG (nun Art. 56 AEUV) unter Heranziehung des Sekundärrechts ein Recht zur Mitnahme des Ehegatten abgeleitet wurde, der für das Herkunftsland des Ehegatten nach dem nationalen Migrationsrecht kein Aufenthaltsrecht mehr besaß. Denn Herr Singh hatte nach dem britischen Einwanderungsrecht sowohl vor seiner Abreise wie auch nach seiner Rückkehr kein Recht auf Aufenthalt. Damit wird der Freizügigkeitsberechtigte nicht mehr nur vor Nachteilen aufgrund der Wanderung geschützt, sondern erlangt durch die in Anspruch genommene Freizügigkeit Vorteile. Die Grundfreiheiten nähern sich damit den Grundrechten (mit der Einschränkung, dass ein „grenzüberschreitendes Element“ vorliegen muss), wodurch eine deutliche Ausweitung ihrer Funktion verbunden ist.¹³⁶⁸ Demnach stellt sich die Frage, unter Fortführung dieses Ansatzes, inwieweit andere vorteilhafte Aufenthaltsbedingungen im Aufnahmestaat im Vergleich zum Herkunftsstaat als Beschränkung der Personenfreiheiten einzustufen sind.¹³⁶⁹ Es stellt sich aber auch die Frage, wie lange sich der stammrechtlich gebürtige Unionsbürger überhaupt in dem anderen Mitgliedstaat aufhalten muss, um bei seiner Rückkehr in sein Heimatland den unionsrechtlichen Status mitnehmen zu können. Die Judikatur des EuGH hat insofern gefordert, dass ein die Freizügigkeit

1365 EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-291-/05 (*Eind*), Slg. 2007, I-10719, RW 56 = ZAR 2008, 28. Vgl. kritisch *Pfersich*, ZAR 2008, S. 30.

1366 EuGH, Urt. v. 7.7.1992, Rs. C-370/90 (*Singh*), Slg. 1992, I-4265, Rn. 19f. u. Rn. 23.

1367 „Die Gesamtheit der Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit soll den Gemeinschaftsbürgern die Ausübung jeder Art von Erwerbstätigkeit im gesamten Gebiet der Gemeinschaft erleichtern und steht Maßnahmen entgegen, die diese dann benachteiligen könnten, wenn sie im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben wollen“.

1368 *Lach*, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, S. 117.

1369 So werden in der Literatur bestimmte andere Statusrechte (im Bereich der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft oder beim Sorgerecht) beispielhaft als Beschränkung der Grundfreiheiten diskutiert. S. dazu kritisch, *Classen*, EUR 2004, S.42.

vermittelnder grenzüberschreitender Sachverhalt voraussetzt, dass der Unionsbürger mit einer gewissen Nachhaltigkeit von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben muss.¹³⁷⁰ Erforderlich ist daher eine bestimmte Qualität der Inanspruchnahme von den Unionsbürgerrechten.

2.2.2. Kernbereichsfälle /Das Urteil „Ruiz Zambrano“

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat der EuGH¹³⁷¹ einen ganz neuen Weg beschritten und zum ersten Mal ein Aufenthaltsrecht für einen sich illegal aufhaltenden drittstaatsangehörigen Familienangehörigen aus dem Kernbestand der Unionsbürgerschaft seines Kindes abgeleitet. Die Große Kammer provozierte mit ihrer Entscheidung eine zum Teil sehr kritische wissenschaftliche Auseinandersetzung.¹³⁷² Wie im Fall *Zhu/Chen* erhielten die Kinder eines abgelehnten Asylbewerbers aus Kolumbien auf der Grundlage des ius-soli-Prinzips und zur Vermeidung der Staatenlosigkeit die belgische Staatsangehörigkeit. Das Besondere an diesem Fall ist, dass es sich um einen reinen Inlandssachverhalt handelte und ein grenzüberschreitendes Element fehlte.¹³⁷³ Denn die Kinder mit belgischer Staatsangehörigkeit hatten Belgien nie verlassen (im Unterschied zur Rs. *Zhu/Chen*). Unter Verweis auf die Rechtssache „*Rottmann*“¹³⁷⁴ leitete das Gericht aus dem Kernbereich der Unionsbürgerschaft der Kinder ein Recht des Vaters auf Aufenthalt ab, da die Kinder sonst mit dem Vater nach Kolumbien hätten ausreisen müssen und ihnen damit der Kernbestand der Unionsbürgerrechte verwehrt worden wäre.¹³⁷⁵ Die Theorie vom Kernbestand hat der EuGH in seiner folgenden Judikatur jedoch nicht auf den Ehegattennachzug ausgeweitet, sondern hier auf das nationale Recht verwiesen.¹³⁷⁶ Maßgeblich ist, ob sich der Unionsbürger de facto gezwungen sieht, das Unionsgebiet zu verlassen. Dieser Ausnahmefall wurde bei Kindern, die Unionsbürger sind, bejaht,

1370 S. hierzu *Dienelt*, FreizügG/EU, in: Renner u.a. (Hrsg.), AusIR, 10. Aufl., § 1 Rn. 34.

1371 EuGH, Urt. v. 8.03.2011, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*) = EuR 2011, S. 540.

1372 Vgl. nur: *Hailbronner*; *Thym*, NJW 2011, S. 2008; *Frenz*, ZAR 2011, S. 211; *Nettesheim*, JZ 2011, S.1030; ferner *Huber*, Die ausländerrechtlichen Folgen des EuGH-Urteils *Zambrano*, NVwZ 2011, S. 856.

1373 Demzufolge war auch die RL 2004/38/EG nicht anwendbar.

1374 EuGH, Urt. v. 02.03.2010, Rs. C-135/08 (*Rottmann*) = NVwZ 2010, 509. Interessant an dieser Entscheidung ist, dass der EuGH die nationale Rücknahmeentscheidung einer Einbürgerung unter den unionsrechtlichen Prüfungsvorbehalt stellt, da mit Verlust der Staatsangehörigkeit gleichzeitig die Unionsbürgerschaft verloren ging.

1375 Die Große Kammer entschied, dass Art. 20 AEUV eine innerstaatliche Maßnahme verbiete, die den „tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, der ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt“, NJW 2011, 2033, Rn. 42.

1376 S. EuGH, Urt. v. 5.5.2011 - Rs. C-434/09 (*Mc Carthy*) und EuGH, Urt. v. 15.11.2011 - C-256/11 (*Dereci u.a.*) = ZAR 2012, S. 248ff.

da sie ihren Eltern ohne Aufenthaltsrecht folgen müssen. Diese Schaffung einer neuen Kategorie des absoluten Kernbereichs wurde sehr kontrovers diskutiert. *Hailbronner/Thym* kritisieren insbesondere, dass der EuGH immer mehr Sachverhalte an sich ziehe und dass damit das Verhältnis des EuGH zum Unionsgesetzgeber überaus strapaziert werde.¹³⁷⁷ Eine Entwicklung, die auch in den vorangegangenen Urteilen immer wieder kritisiert wurde und mit dem Urteil *Zambrano* seinen Höhepunkt erreichte.

2.2.3. Dienstleistungsfälle - Freizügigkeitsrechte aus den Grundfreiheiten – das Urteil „*Carpenter*“

Eine weitere bedeutsame EuGH-Entscheidung für die Rechtstellung von sich irregulär aufhaltenden Drittstaatsangehörigen ist die Rechtssache „*Carpenter*“¹³⁷⁸. In der umstrittenen Entscheidung leitete der EuGH für die drittstaatsangehörige Ehefrau eines Unionsbürgers aus der Dienstleistungsfreiheit ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht ab.¹³⁷⁹ Frau Carpenter, eine philippinische Staatsangehörige, die nach Ablauf ihres Visums illegal in Großbritannien verblieben war, jedoch zwischenzeitlich den britischen Staatsangehörigen Herrn Carpenter geheiratet hatte und für dessen Kinder sorgte, drohte die Ausweisung. Da ihr Ehegatte in der Werbebranche tätig war und er zu einem erheblichen Teil Dienstleistungen gegen Entgelt für Kunden anderer Mitgliedstaaten erbrachte, schloss der EuGH aus der Berufstätigkeit ein „grenzüberschreitendes Element“ im Rahmen der zu prüfenden Dienstleistungsfreiheit. Trotz des fehlenden Sekundärrechts¹³⁸⁰ löst der EuGH die Situation dadurch, dass er Art. 49 EG (alt), als Vorschrift des Primärrechts, grundrechtskonform „im Lichte“ des Familienschutzes (Art. 8 ERMK) auslegt¹³⁸¹

1377 *Hailbronner, Thym*, ZAR 2011, S. 2012.

1378 EuGH, Urt. v. 11.07.2002 - Rs. C-60/00 (*Carpenter*) = InfAusIR 2002, S. 373.

1379 Siehe zur Erweiterung des Schutzbereichs der Grundfreiheiten: *Alber, Schneider*, DÖV 2004, S. 317f.

1380 Die frühere Richtlinie 73/148 fand keine Anwendung. S. Art. 1 (1): „Die Mitgliedstaaten heben nach Maßgabe dieser Richtlinie die Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen auf: lit. a) für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, die sich (...) oder die dort (in einem anderen Mitgliedstaat) Dienstleistungen erbringen wollen; lit. c) ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit für den Ehegatten und die noch nicht 21 Jahre alten Kinder dieser Staatsangehörigen.“ Dieser Sachverhalt wurde in der RL 2004/38 EG neu geregelt, wonach das Recht auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat bis zu drei Monaten keinen Bedingungen unterliegen darf, außer dem Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses (Art. 6 (1) der RL). Dieses Recht erstreckt sich auch auf Familienangehörige, die den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen (Abs.2).

1381 Vgl. *Mager*, JZ 2003 insbes.: S. 202, S. 204, S. 207. Sie bezeichnet das Urteil als ein Systembruch in Bezug auf die bisherigen Grundsätze zur Geltung der Gemeinschaftsgrundrechte für Mitgliedstaaten, das nur mit Blick auf die zukünftige EU-Charta verstanden werden könne; vgl. hierzu auch *Alber/Schneider*, DÖV 2004, S. 317.

und im Ergebnis Frau Carpenter ein Aufenthaltsrecht zuspricht.¹³⁸² Der EuGH schließt aus der bevorstehenden Trennung der Eheleute und der damit verbundenen negativen Auswirkungen auf das Familienleben auf eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Rn.39).¹³⁸³ In der folgenden Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Ausweisungsentscheidung kein angemessenes Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Achtung des Familienlebens und der Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit wahre (Rn.43). Der Verstoß gegen die Einwanderungsvorschriften sei schwächer zu bewerten, da Frau Carpenter seit ihrer Ankunft in Großbritannien keinerlei Vorwürfe gemacht werden könne, so das künftige keine weitere Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu befürchten (Rn.44).

Die Entscheidung des Gerichtshofs erweckt insgesamt den Anschein, dass der EuGH die Union (früher Gemeinschaft) in Richtung einer Grundrechtsgemeinschaft weiterentwickeln will, dies aber zunächst unter dem Deckmantel der Grundfreiheiten und unter formaler Aufrechterhaltung eines Gemeinschaftsbezugs tut. Fraglich ist in der Entscheidung *Carpenter* zudem die Anwendung des Art. 8 EMRK, weil das Menschenrecht auf Achtung des Familienlebens weder von der Eigenschaft als Unionsbürger noch von der Geltung der Grundfreiheiten abhängen darf.¹³⁸⁴

Auch in der Rechtssache *Akrich* betont der EuGH für den Fall, dass ein Drittstaater sich irregulär im Hoheitsgebiet aufhält, gleichwohl das Recht auf Achtung des Familienlebens i.S.d. Art. 8 EMRK zu berücksichtigen sei. In diesem Fall ist die Forderung wohl eher noch als ein Hinweis für die Mitgliedstaaten zu sehen und nicht als eine im Rahmen der Beschränkung der Grundfreiheit zu prüfende Schranke.¹³⁸⁵ Denn der EuGH lehnt in der Rechtssache *Akrich* im Fall

1382 S. Fn.1378, Rn. 40. Dort heißt es, dass sich ein Mitgliedstaat nur dann auf Gründe des allgemeinen Interesses berufen könne, um eine innerstaatliche Regelung zu rechtfertigen, die geeignet sei, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu behindern, wenn diese Regelung mit den Grundrechten, deren Wahrung der Gerichtshof sichere, im Einklang stehe.

1383 S. Fn.1378, Rn. 39. S. auch kritisch: *Mager*, JZ 2003, S. 204; *Classen*, EUR 2004, S. 422. Zudem ist auch unklar, was der EuGH als Beschränkung bewertet. Dies muss wohl die vorgebrachte Kinderbetreuung von Seiten der Frau Carpenter sein, die sie bei Verlassen UK's nicht mehr durchführen könnte. Diese faktische Beeinträchtigung ist jedoch von vielen äußeren Faktoren abhängig. Dies wirft die Frage auf, was passiert, wenn z.B. Frau Carpenter längerfristig krank wird oder selbst berufstätig wird.

1384 Vgl. *Acierno*, *The Carpenter Judgement*, 28 EL Rev. (2003), S. 398.

1385 So aber *Herdegen*, *Europarecht*, 13. Aufl., S. 274, Rn. 17, der in Bezug auf „*Akrich*“ darauf hinweist, dass das Gemeinschaftsrecht keinen Anspruch der EG und ihrer Organe begründe, losgelöst von gemeinschaftlichen Verpflichtungen ganz allgemein die Einhaltung der EMRK zu fordern. Im Ergebnis liefe die Rechtsprechung des EuGH darauf hinaus, die Freizügigkeit nach Art. 39 EG im Hinblick auf den Familiennachzug um die Rechte aus Art. 8 EMRK unmittelbar anzureichern.

des rechtswidrigen Aufenthaltes gerade den Gemeinschaftsbezug ab.¹³⁸⁶

2.3. Rechtliche Konsequenzen der illegalen Einreise und des illegalen Aufenthaltes?- Die Urteile „MRAX“ und „Kommission/Spanien“

Die Entscheidung „MRAX“¹³⁸⁷ ist insbesondere für den Fall der formellen illegalen Einreise drittstaatsangehöriger Familienmitglieder von Unionsbürgern interessant. In dieser Rechtssache ging es um die Überprüfung generell abstrakter belgischer Vorschriften bezüglich der Zurückweisung an der Grenze, der Versagung der Aufenthaltserlaubnis und bestimmte Fragen im Rahmen des Rechtsschutzes, die von der Organisation Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) angefochten wurden. Zuerst ging es in der Vorlagefrage um die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung an der Grenze bei fehlendem Sichtvermerk. Der EuGH hielt grundsätzlich an der Visumpflicht auch für Familienmitglieder fest,¹³⁸⁸ wobei er den Mitgliedstaaten auferlegte, die Erteilung zu erleichtern (unverzüglich nach Möglichkeit an der Grenze).¹³⁸⁹ Eine Zurückweisung erachtete der Gerichtshof, unter Beachtung des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens, nur dann für verhältnismäßig, wenn eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit bestehe.¹³⁹⁰

Zudem urteilte der EuGH, dass die Einreise eines drittstaatsangehörigen Ehegatten eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers ohne Visum¹³⁹¹ bzw. ohne gültigen Identitätsnachweis (Personalausweis bzw. Reisepass) allein weder die Versagung der Aufenthaltserlaubnis noch der Ausweisung rechtfertige.¹³⁹² Auch der zwischenzeitliche Ablauf des Visums (bei ordnungsgemäßer Einreise) darf weder zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis noch zur Ausweisung

1386 So auch *Epiney*, EUR 2008, 840, 842.

1387 EuGH, Urt. v. 25. 07.2002, Rs C-459/99 (*MRAX*) = InfAuslR 02, S. 417ff.

1388 Ebenda, Rn. 56.

1389 Ebenda, Rn. 60.

1390 Ebenda, Rn. 61.

1391 So auch in: EuGH, Rs.C-157/03 (*Kommission/Spanien*), Slg. 2005, I—2911.

1392 *MRAX* (Fn. 1388), Rn. 77: „Das Gemeinschaftsrecht hindere die Mitgliedstaaten zwar nicht daran, die Verletzung nationaler Vorschriften zur Überwachung von Ausländern mit allein geeigneten Sanktionen zu belegen, die zur Gewährleistung der Wirksamkeit dieser Vorschriften erforderlich sein können (Verweis EuGH, Slg. 1976, 497 Rdnr. 42 = NJW 1976, 2065 – *Royer*), sofern diese Sanktionen verhältnismäßig sind (Verweis EuGH, Slg. 1980, 2171 Rdnr. 19 = NJW 1981, 506 – *Pieck*)“. Rn 78: „Dagegen würde eine Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis und erst recht eine Entfernung aus dem Hoheitsgebiet, die ausschließlich darauf gestützt wären, dass der Betroffene gesetzliche Formalitäten in Bezug auf die Ausländerüberwachung nicht erfüllt hat, den Kern des unmittelbar durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Aufenthaltsrechts antasten und ständen offensichtlich außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung (Verweis analog dazu u.a. EuGH, Slg. 1976, 497 Rdnr. 40 = NJW 1976, S. 2065 – *Royer*).“

führen.¹³⁹³ Zudem entschied der EuGH, dass bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, die Vorlage eines gültigen Ausweises keine Voraussetzung sein dürfe.¹³⁹⁴ Damit legt der EuGH grundsätzlich fest, dass wenn die Einreise des Familienmitglieds lediglich gegen gesetzliche Formalitäten des nationalen Migrationsrechts verstößt, eine Verneinung der Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Familiennachzugsrechts nicht verhältnismäßig sei. Damit verdrängte der Gerichtshof diesbezüglich entgegenstehendes nationales Recht der Mitgliedstaaten.¹³⁹⁵

In der Rechtssache *Kommission/Spanien*¹³⁹⁶ lockerte der EuGH die Bestimmungen des Art. 96 SDÜ für Drittstaatsangehörige auf, die mit einem Unionsbürger verheiratet sind. Der Gerichtshof entschied, dass nicht allein deshalb die Einreise verweigert werden dürfe, weil eine Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im SIS nach Art. 96 SDÜ vorliege. Die in diesem Fall verpflichtende Einreiseverweigerung nach Artt. 5, 15 SDÜ sei nicht mit dem Gemeinschaftsrecht (nun Unionsrecht) vereinbar. Vielmehr müsse nach gemeinschaftsrechtlichen Regelungen in jedem Einzelfall geprüft werden, ob das persönliche Verhalten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle.¹³⁹⁷

Folgt man der Rechtsprechung des EuGH, reicht für das Recht auf Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates allein der Nachweis darüber aus, dass eine relevante Familienbeziehung i.S.d. RL 2004/38/EG und keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht.¹³⁹⁸ Die unionsrechtlichen Vorschriften kommen danach auch bei der „Erst-Einreise“ eines Familienangehörigen aus einem Drittstaat zum Zuge, ohne dass es auf einen vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt ankommt. Der EuGH begrenzt zudem die

1393 *MRAX* (Fn. 1388), Rn. 90.

1394 *MRAX* (Fn. 1388), Rn. 89. Siehe Kritik von *Egger*, *EuZW* 2002, S. 607, dass die Versagung der Aufenthaltserlaubnis und Ausweisung nicht getrennt geprüft worden sein, da hinsichtlich der Ausweisung RL 64/221/EWG seine Anwendung hätte finden müssen.

1395 In der am 29.04.2004 verabschiedeten Richtlinie 2004/38/EG (ABIEU v. 30.04.2004 L 158 S. 77) über das Einreise- und Aufenthaltsrecht für Unionsbürger und ihren Familienangehörigen, hat man den Vorgaben des EuGHs Rechnung getragen. Art. 5 Abs. 4 regelt: „Verfügt ein Unionsbürger oder ein Familienangehöriger, der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, nicht über die erforderlichen Reisedokumente oder gegebenenfalls die erforderlichen Visa, so gewährt der betreffende Mitgliedstaat dieser Person jede angemessene Möglichkeit, sich die erforderlichen Dokumente in einer angemessenen Frist zu beschaffen oder übermitteln zu lassen oder sich mit anderen Mitteln bestätigen zu lassen oder nachzuweisen, dass sie das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt genießt, bevor er eine Zurückweisung verfügt.“

1396 EuGH - Rs. C-157/03 (*Kommission/Spanien*), Slg. 2006, I-1097.

1397 EuGH - Rs. C.-503/03 (*Kommission/Spanien*), Slg. 2006, I-1097.

1398 Vgl. auch *Epiney*, *EUR* 2008, S. 844.

Sanktionsmöglichkeiten unter Hinweis auf Art. 27 und Art. 35 der RL 2004/38/EG für illegal eingereiste oder sich aufhaltende Ausländer, die anschließend als Familienangehörige unter das Freizügigkeitsrecht fallen. Der Mitgliedstaat behält lediglich das Recht Sanktionen zu verhängen, die die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht nicht beeinträchtigen, wie etwa die Verhängung einer Geldbuße, sofern sie verhältnismäßig ist (*Metock*, Rn. 97, m.V. auf das Urteil *MARX*, Rn. 77).¹³⁹⁹ Damit wäre eine Bestrafung auch nach dem deutschen § 95 AufenthG in diesem Fall nicht mehr zulässig.

2.4. Missbräuchliche Anwendung des Unionsrechts?

In der vom EuGH entschiedenen Rechtssache „*Akrich*“¹⁴⁰⁰ ging es um die Situation, dass die Eheleute *Akrich* allein zu dem Ziel nach Irland auswanderten, um nach der Rückkehr in das Vereinigte Königreich für den drittstaatsangehörigen Ehegatten über die gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsregelungen ein Aufenthaltsrecht zu erlangen. Herr *Akrich*, ein marokkanischer Staatsangehöriger, hielt sich, nach dem er schon mehrmals aus Großbritannien abgeschoben worden war, erneut illegal im Vereinigten Königreich auf und heiratete eine britische Staatsangehörige. Sein Antrag auf Aufenthaltsgenehmigung wurde abgelehnt, und er wurde auf seinen Wunsch hin nach Irland abgeschoben. Seine Ehefrau ging dort einer unselbständigen Beschäftigung nach. Nach knapp einem Jahr kehrte Frau *Akrich* gemeinsam mit ihrem Ehemann in ihr Heimatland Großbritannien zurück. Herr *Akrich* stellte einen Antrag auf Bescheinigung der Einreise und Widerruf der immer noch gültigen Ausweisungsverfügung. Er bezog sich in seiner Begründung auf das EuGH-Urteil „*Singh*“. Die zuständigen britischen Behörden lehnten den Antrag jedoch ab, da sie dem Antragsteller missbräuchliches Verhalten vorwarfen, da die Eheleute *Singh* sich allein mit dem Ziel in Irland aufgehalten hatten, um bei der Rückkehr ein Aufenthaltsrecht nach dem Gemeinschaftsrecht geltend machen zu können.

Der EuGH stellte in dieser Rechtssache hinsichtlich des Vorwurfes wegen Missbrauchs des Gemeinschaftsrecht fest, dass es für einen Arbeitnehmer ohne Belang sei, welche Absichten ihn dazu veranlasst haben, in das Hoheitsgebiet

¹³⁹⁹ *MRAX* (Fn. 1388).

¹⁴⁰⁰ EuGH, Urt. v. 23.9.2003 - Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607.

eines anderen Mitgliedstaates einzureisen und sich dort aufzuhalten, sofern er dort tatsächlich eine echte Tätigkeit ausübe oder ausüben wolle, auch wenn zum Zeitpunkt der Niederlassung der mitwandernde drittstaatsangehörige Ehegatte in dem Mitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht hatte.¹⁴⁰¹ Demzufolge sei das Verhalten der Eheleute *Akrich* nicht als missbräuchlich zu bewerten. Hatte der EuGH in seinem Urteil „*Singh*“¹⁴⁰² die Beantwortung dieser Frage noch offen gehalten, nimmt er nun eine eindeutige Position ein.¹⁴⁰³

Hingegen wird die Eingehung von Scheinehen als zu beachtender Missbrauch anerkannt (so nun auch in Art. 35 der RL 2004/38), was zuvor vom EuGH nicht so eindeutig formuliert wurde und nicht klar war. Denn in dem Urteil „*Diatta*“ entschied der EuGH, dass auch ein von einem freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmer auf Dauer getrennt lebender Ehegatte ein Aufenthaltsrecht bis zu dem Zeitpunkt habe, an dem „die zuständige Stelle die Auflösung des Ehebandes ausgesprochen habe“.¹⁴⁰⁴ Diese Entscheidung sorgte für Verwirrung, da die Abgrenzung zur Scheinehe verschwamm. Es stellte sich die Frage, ob auch eine lediglich formale Ehe, Aufenthaltsrechte vermittele. Insoweit hat die EuGH-Entscheidung „*Akrich*“ Klarheit gebracht, dass die Scheinehe als ein Missbrauch gegen Unionsrecht zu qualifizieren ist.¹⁴⁰⁵ Die Freizügigkeits-Richtlinie für Unionsbürger¹⁴⁰⁶ hat die Missbrauchsproblematik aufgenommen und Vorschriften integriert, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen, notwendige Maßnahmen zu erlassen, um die durch die Richtlinie verliehenen Rechte im Falle des Rechtsmissbrauchs oder Betrugs – wie z.B. durch die Eingehung von Scheinehen - zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen (s. Art. 35, Art.7 (28) RL 2004/38/EG). Dennoch wird der Nachweis einer Scheinehe schwierig bleiben, wenn ein ständiges Getrenntleben der Ehegatten grundsätzlich gestattet ist.¹⁴⁰⁷

1401 EuGH, Urt. v. 23.9.2003 - Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607, Rn. 60.

1402 Siehe in der Urteilsbegründung (*Singh*), Slg. 1992, I – 4294, Rn. 24: „Hinsichtlich der vom Vereinigten Königreich angeführten Gefahr der Gesetzesumgehung genügt der Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes (...), wonach es nicht Folge der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Vergünstigungen sein kann, daß die Begünstigten sich den nationalen Rechtsvorschriften mißbräuchlich entziehen dürfen und daß es den Mitgliedstaaten verwehrt ist, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um einen derartigen Mißbrauch zu verhindern.“

1403 Siehe bzgl. des Missbrauchsbegriff im Gemeinschaftsrecht: *Borrmann*, ZAR 2004, S. 65.

1404 EuGH, Urt. v. 13.2.1985 - Rs.- C-267/83(*Diatta*), Slg. 1985, 567.

1405 Insoweit auch die Freizügigkeits-Richtlinie, in die, in Anbetracht der Missbrauchsproblematik, Scheineheregelungen aufgenommen wurden (s. Art. 35, Art.7 (28)).

1406 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

1407 So auch *Göbel-Zimmermann*, ZAR 2006, S. 86. S. dort auch den Hinweis auf VGH Kassel, InfAuslR 2004, S. 223. Der Gerichtshof geht davon aus, dass Widerspruch und Klage des Ehegatten eines Unionsbürgers trotz Verdachts der Scheinehe aufschiebende Wirkung haben.

Zusammenfassung

Die Entscheidungen des EuGH zeigen eine interessante Entwicklung. Der Gerichtshof ist gewillt, auf der Grundlage einer großzügigen Interpretation des Unionsrechts, sowohl des Primärrechts als auch des Sekundärrechts, Drittstaatsangehörigen weitreichende Rechte zuteilwerden zu lassen. Die Familiennachzugsregeln sind echte Rechte für die nachzugsberechtigten drittstaatsangehörigen Familienmitglieder von Unionsbürgern, die ihre Unionsbürgerrechte ausgeübt haben. Der Freizügigkeitsgedanke spielt dabei nicht mehr allein die ausschlaggebende Rolle, sondern vielmehr auch der Schutz der Grundrechte, insbesondere der Schutz der Familie (Art. 8 EMRK).

Diese Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung hat wichtige Konsequenzen für den rechtlichen Status von sich illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen, die mit Unionsbürgern in familiärer bzw. partnerschaftlicher Beziehung leben. Denn das nationale Ausländerrecht wird durch das Unionsrecht in wesentlichen Bereichen modifiziert. Verstöße gegen das nationale Zuwanderungsrecht führen nicht mehr automatisch zu einer rechtswidrigen Aufenthaltssituation, die nicht mehr geheilt werden kann. Ausreisepflicht bzw. Ausweisung und das Verhängen einer Einreisesperre sind nicht mehr die notwendige Folge. Für sich illegal aufhaltende Migranten, die mit einem Unionsbürger in familiärer Beziehung stehen, bedeutet dies, dass zumindest eine Aufenthaltssituation künstlich konstruiert werden kann, um über das Unionsrecht den irregulären Aufenthaltsstatus zu legalisieren (*Metock*).

Wenn es um die aufenthaltsrechtliche Situation von minderjährigen Unionsbürgern geht, ist der EuGH in seiner Rechtsprechung noch großzügiger und trägt damit der besonderen Schutzbedürftigkeit der Kinder und Jugendlichen Rechnung (vgl. auch Art. 24 EuGRCH). Umso fragwürdiger erscheinen hier die zum Teil schwierig zu handhabenden Abgrenzungskriterien zwischen nationalen Recht und Unionsrecht. Führt die Ausdehnung der Geltung der Unionsgrundrechte zulasten der nationalen Gestaltungsspielräume einerseits zur Stärkung der Unionsbürgerschaft und zur Infragestellung der

Dies scheint umso relevanter zu sein als aus dem abgeleiteten Nachzugsrecht nun ein eigenständiges Aufenthaltsrecht (Art. 13 Abs.2 a RL 2004/38/EG) erwachsen kann und später zu einem Daueraufenthalt erstarken kann (Art. 16 Abs.1 i.V.m. Abs.2).

Inländerdiskriminierung¹⁴⁰⁸, umso fragwürdiger ist es, dass es keine klaren Abgrenzungskriterien gibt.¹⁴⁰⁹

Zudem sind für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Unionsrecht relativ einfach zu erfüllen, nämlich beispielsweise die Bereitschaft ins europäische Ausland zu gehen bzw. eine grenzüberschreitende Dienstleistung zu erbringen (*Carpenter*). Demzufolge stellt sich immer noch die Frage, ob man auf das „grenzüberschreitende Element“ nicht gleich verzichten sollte. Insofern hatte es die Familiennachzugsrichtlinie versäumt, die Inländerdiskriminierung abzuschaffen.¹⁴¹⁰ Dies auch insbesondere unter dem Aspekt, dass die Differenzierung zwischen privilegierten und nicht-privilegierten Drittstaatsangehörigen, die in familiären Banden zu einem Unionsbürger stehen, nicht gerechtfertigt ist, wenn der unionsrechtliche Sachverhaltsbezug nicht mehr nachvollziehbar hergeleitet wird (*Carpenter*). Abzuwarten bleibt inwieweit der EuGH gewillt ist, die weite Auslegung der Grundfreiheiten zugunsten der Aufenthaltsrechte von Drittstaatsangehörigen weiterzuführen. *Barret*¹⁴¹¹ weist richtig daraufhin, dass insofern eine Ausweitung auf weitere Familienmitglieder bzw. nahestehende Personen oder gar auf andere Grundfreiheiten, wie die Freiheit des Warenverkehrs, nach der Argumentationslinie des EuGH möglich erscheint.

Betrachtet man die Zögerlichkeit mit der die Mitgliedstaaten die intergouvernementale Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen in das Unionsrecht überführt sowie ihr Festhalten am nationalen Ausländerrecht, was insbesondere auch bei dem schwierigen und zähen Aushandlungsprozess der Familiennachzugsrichtlinie deutlich wurde, erscheint es fraglich, die Interpretation der Grundfreiheiten zu weit auszudehnen, um so über die Brüsseler Hintertür die Integration von Drittstaatsangehörigen voranzutreiben. Eine derartige Integration ist zwar m. E. rechtspolitisch wünschenswert, bedarf aber der entsprechenden Zustimmung der Mitgliedstaaten. Andererseits wird in bedenklicher Weise in die Souveränität bzw. Regelungskompetenz in Bezug auf die Einwanderung von

1408 Es wurde sogar angenommen, dass die Entscheidung *Carpenter* das Ende der Inländerdiskriminierung einleiten würde: *Toner*, *European Journal of Migration and Law* 2003, S. 167.

1409 So stellte sich beispielsweise im Fall *Akrich* die Frage, wie lange ein Unionsbürger als Wanderarbeitnehmer im Europäischen Ausland verbringen muss, damit Gemeinschaftsrecht seine Anwendung findet? Was passiert, wenn der Unionsbürger aufhört wirtschaftlich tätig zu werden? Inwieweit ist Frau *Carpenter* verpflichtet weiterhin die Kinder ihres Ehemannes zu hüten?

1410 Vgl. zur Inländerdiskriminierung: *Walter*, *Inländerdiskriminierung bei Familiennachzug*.

1411 *Barret*, *Common Market Law Review* 2003, S. 407.

Drittstaatsangehörigen der einzelnen Mitgliedstaaten eingegriffen.

Gleichzeitig wird aber auch deutlich, inwieweit sich nationale Regelungen, wie am Beispiel der Rechtssache *Chen*¹⁴¹² zu sehen ist, über das Unionsrecht auf andere mitgliedstaatliche Rechtsordnungen auswirken kann, was die Dringlichkeit einer gemeinsamen Rechtsordnung im Bereich Migration verdeutlicht.

1412 Das „jus soli“-Prinzip wurde in Irland kürzlich insofern eingeschränkt, dass entweder ein Elternteil bereits irischer Staatsbürger sein muss. Wenn beide Elternteile ausländische Staatsangehörige sind, muss der nicht-irische sorgeberechtigte Elternteil mindestens drei der letzten vier Jahre vor der Geburt des Kindes in Irland gelebt haben. Diese Änderung des Staatsbürgerschaftsrechts ging hauptsächlich aus der Debatte zum Fall *Chen* hervor. S. hierzu: Irland, Neuseeland: Reform des Staatsangehörigkeitsrechts, MuB, Newsletter Juli 2004 (5/04).

DRITTER TEIL

Zehntes Kapitel

Rechte im illegalen Aufenthalt – Soziale Verantwortung des Staates gegenüber Migranten in illegaler Aufenthaltssituation? – Exemplarisch dargestellt an dem Recht auf Bildung und dem Recht auf Gesundheit in Deutschland.

Einleitung

Befasst man sich mit der Problematik der illegalen Migration, stößt man schnell auf die Forderung der Sicherung und Gewährleistung eines existenziellen Mindeststandards.¹⁴¹³ Insbesondere die Durchsetzung von Ansprüchen auf Lohn, Leistungen des öffentlichen Gesundheitswesens und Schulbesuch für Kinder und Jugendliche werden als besonders dringlich hervorgehoben. Irreguläre Migranten sind auf Grund ihrer Furcht vor Aufdeckung oftmals nicht in der Lage, grundlegende Rechte geltend zu machen.¹⁴¹⁴ Wohlfahrtsverbände und kirchliche Einrichtungen versuchen daher, humanitäre Hilfe anzubieten, um diesen Personen einen Mindeststandard an Rechten zuteilwerden zu lassen. Um diese, auch rechtlich bedenkliche Situation von „Illegalen“ und ihren Helfern erträglich und rechtlich eindeutig zu gestalten, wird gefordert, dass der Gesetzgeber hier aktiv wird.¹⁴¹⁵ Im Bereich der Bildung für Kinder und Jugendliche ist der Gesetzgeber

1413 Auf die problematische Situation von sich illegal aufhaltenden Migranten wurde immer wieder, insbesondere von Seiten der Wissenschaft und Kirche, aufmerksam gemacht. Vgl. insbesondere die Resolution des Rates für Migration zum Problem der aufenthaltsrechtlichen Illegalität in: Integration und Illegalität in Deutschland, Osnabrück 2001 (Rat für Migration e.V.), S. 101-102; das Jahresgutachten 2004 des Sachverständigenrats für Zuwanderung und Integration, S. 353; die Petition des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes an den Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages zum Problemkomplex 'Illegalität', Sicherung von Grund- und Menschenrechten, verfügbar unter: <http://www.joerg-alt.de/Politisches/Petition/Text/Petition.pdf> (abgerufen am 3.2.05); die Deutsche Bischofskonferenz 2001, „Leben in der Illegalität in Deutschland – eine humanitäre und pastorale Herausforderung“, S. 18ff., verfügbar unter: http://www.forum-illegalitaet.de/DBK_2001.pdf. Zudem wurde am 2.3.2005 das vom Katholischen Forum „Leben in der Illegalität“ initiierte „Manifest Illegalität“ veröffentlicht, das zu diesem Zeitpunkt von 372 Personen, Organisationen und Institutionen veröffentlicht wurde und eine differenzierte und lösungsorientierte Diskussion anregt, verfügbar unter: <http://www.forum-illegalitaet.de/ManifestUnterzeichner.pdf>.

1414 Vgl. nur den Fall der 15-jährige Bolivianerin Magdalena. Den Behörden in Hamburg wurde über das 2006 eingeführte Schülerzentralregister bekannt, dass die Schülerin keinen Aufenthaltstitel besaß; daraufhin wurde die Abschiebung angeordnet, s. hierzu http://www.gew.de/Ein_Menschenrecht_Bildung_fuer_Kinder_ohne_Aufenthaltsstatus.html (abgerufen am 1.3.2013).

1415 Hier wird insbesondere die Abschaffung der Meldepflichten für Schulen und der Strafbarkeit humanitär Helfender vorgeschlagen. Dies wurde schon in dem Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ gefordert (Berlin 2001, 197 f., verfügbar unter:

bereits tätig geworden und hat diesen Bereich explizit aus den Übermittlungspflichten gem. § 87 AufenthG herausgenommen.¹⁴¹⁶

I. Das Recht auf Schulbildung für Kinder und Jugendliche in illegaler Aufenthaltssituation

1. Das Menschenrecht auf Bildung

Die Untersuchungen des Menschenrechtssystems im 1. Teil 2. Kapitel haben ergeben, dass dem Recht auf Bildung eine herausragende Stellung zukommt. Bei Migranten, die sich auf Dauer im Staatsgebiet aufhalten, muss unabhängig von dem Aufenthaltsstatus eine staatliche Verantwortung bejaht werden.¹⁴¹⁷ Hieraus leitet sich auf jeden Fall ein derivatives Teilhaberecht an öffentlichen Bildungseinrichtungen aus Art. 2 Abs.1 GG i.V.m. Art. 1, Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitsgrundsatz) und Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip) ab. Daneben ist ein originäres Teilhaberecht auf schulische Elementarbildung aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und dem Art. 20 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich insoweit zu bejahen, als im Falle einer generellen Verweigerung von Bildungsmöglichkeiten das zur Entfaltung der Kindespersönlichkeit notwendige Minimum fehlt. Besondere Bedeutung erlangt hier auch die UN-Kinderrechtskonvention. Das Recht auf Bildung ist in Art 28 KRK geschützt und Art. 3 KRK beinhaltet die staatliche Verpflichtung bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, deren Wohl als einen vorrangigen Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Auch die Rechtsprechung des ESC-Ausschusses hat mehrmals besonders hervorgehoben, dass Kinder und Jugendliche besonders geschützt werden müssen.

Im Folgenden wird am Beispielsfall der Schulbildung für Kinder und Jugendliche gezeigt, wie das Spannungsverhältnis zwischen dem Menschenrecht auf Bildung und Souveränität des Staates in Deutschland bzw. in den einzelnen

www.bundesregierung.de/Anlage250836/Zuwanderungsbericht.pdf), aber letztendlich erst zehn Jahre später umgesetzt.

¹⁴¹⁶ Der § 87 Abs.1 AufenthG heißt nun: „Öffentliche Stellen mit Ausnahme von Schulen sowie Bildungs- und Erziehungseinrichtungen haben ihnen bekannt gewordene Umstände den in § 86 Satz 1 genannten Stellen auf Ersuchen mitzuteilen, soweit dies für die dort genannten Zwecke erforderlich ist.“

¹⁴¹⁷ Vgl. hierzu: *Langenfeld*, AöR 1998, S. 404; *Dohmes-Ockenfels*, Die Rechte auf Arbeit und Bildung der Asylbewerber in der Europäischen Union, Berlin 1999, S.187, S. 197.

Bundesländern gelöst wurde.

2. Ein Recht auf Schulbildung für sich irregulär aufhaltende Kinder und Jugendliche – Reformbemühungen, Wandel und Rechtsänderungen

Für das Jahr 2008 gibt es Schätzungen, die besagen, dass in Deutschland max. 30.000 Kinder und Jugendliche in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität zwischen sechs und fünfzehn Jahren leben.¹⁴¹⁸ Nach neueren Schätzungen bewegen sich die Zahlen vermutlich zwischen einigen tausend und einigen zehntausend.¹⁴¹⁹ Inzwischen dürfte die Zahl noch höher liegen. Aufgrund der Verschärfung des Asylrechts, lässt sich vermuten, dass insbesondere Menschen aus den „sicheren Herkunftsländern“ aus Angst vor Abschiebung in die „Illegalität“ gehen.

Die Situation von sich irregulär aufhaltenden Kindern und Jugendlichen ist besonders prekär und menschenrechtlich äußerst bedenklich. Die besondere Schutzbedürftigkeit und die Anerkennung besonderer Unterstützung wurden nach zähen Ringen auch von den politisch Verantwortlichen wahrgenommen. Die Beschulung von Kindern und Jugendlichen, die keinen legalen Aufenthaltstitel bzw. keine Duldung vorweisen können, erwies sich jedoch lange Zeit als sehr schwierig. In den meisten Fällen verhinderten interne Migrationskontrollen (Übermittlungspflichten) einen Schulbesuch.¹⁴²⁰ Trotz dringenden Anratens sowohl von wissenschaftlicher Seite als auch von der Seite der Kirchen und Wohlfahrtsverbände wurde die Problematik im Zuwanderungsgesetz von 2004 noch nicht berücksichtigt.¹⁴²¹ Als Argument wurde angeführt, dass es nicht mit rechtsstaatlichen Prinzipien wie dem Legalitätsprinzip, dem Prinzip der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz sowie der Einheit der Rechtsordnung vereinbar sei, wenn öffentliche Stellen Hilfe und Unterstützung für sich illegal aufhaltende Migranten gewähren, ohne gleichzeitig das Ziel zu verfolgen den

1418 Siehe zu näheren Informationen, den Internetauftritt des Hamburger Weltwirtschaftsinstituts: www.irregularmigraton.hww.net.

1419 *Barbara; Karaksaoglu; Vogel*, Es darf nicht an den Papieren scheitern (Hrgs. GEW), S. 8.

1420 Vgl. nur zur alten Rechtslage: *Fador; Peter*, Aufenthaltsrechtliche Illegalität und soziale Mindeststandards. Das Recht des statuslosen Kindes auf Bildung; *Rausch*, Menschenrechte und illegale Migration, in: *Walter; Menz; De Carlo* (Hrsg.), *Grenzen der Gesellschaft*, 79f., *Krieger*, *NVwZ* 2007, S. 165ff. Vgl. zu regionalen Besonderheiten die Studie von: *Wilmes/Bommes*, *Menschen ohne Papiere in Köln*, S. 123 ff.

1421 Eine Lösung wäre, die verantwortlichen öffentlichen Stellen, denen dringliche humanitäre Einrichtungen (z.B. Krankenhäuser) unterliegen, rechtlich von ihrer Mitteilungspflicht zu befreien bzw. staatliche Leistungen anonym zu verteilen.

illegalen Aufenthalt zu beenden.¹⁴²² Der dadurch erweckte Anschein der Legalität würde das Gebot der Ausreisepflicht untergraben und neue Zuwanderungsanreize schaffen. Bildungszugang für diese Gruppe würde eine „verbotene Mitgliedschaft“ zum Staat erzeugen und das Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten stören.¹⁴²³ Die Verantwortung für die missliche Lage wurde vielmehr den Statuslosen selbst zugewiesen: „Ausländer, die ohne entsprechenden Aufenthaltstitel nach Deutschland einreisen oder sich hier aufhalten, verletzen das geltende Recht und sind sich [...] in der Regel völlig darüber im Klaren, welche Konsequenzen dies für ihre Lebensumstände in Deutschland haben wird. Sie sind in diesem Sinne selbst für ihre „Illegalität“ verantwortlich. Aus dieser Position heraus können keine Ansprüche an den deutschen Staat oder die deutsche Gesellschaft abgeleitet werden“.¹⁴²⁴ Die verantwortlichen staatlichen Organe sahen sich insoweit ihrer Verantwortung zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Lebens enthoben. Inzwischen wird überwiegend die Meinung vertreten, dass Kinder und Jugendliche für ihre irreguläre Aufenthaltssituation nicht verantwortlich gemacht werden können und ihnen ein Recht auf Schulbildung zustehe.¹⁴²⁵ Die in § 87 AufenthG verankerten aufenthaltsrechtlichen Übermittlungspflichten finden daher seit dem zweiten Richtlinienumsetzungsvertrag 2012¹⁴²⁶ sowohl auf Schulen als auch auf andere Bildungs- und Erziehungseinrichtungen (Kindergärten, kinder- und

1422 Siehe insbesondere: Stellungnahme des Bundesinnenministeriums (BMI) zur Petition vom 14.2.2001, eingestellt unter: <http://www.joerg-alt.de/Politisches/Petition/Stellungnahme/BMI05.tif>, (abgerufen am 2.2.2014). In der heißt es: „Die Meldepflicht im Rahmen des § 76 AuslG (alt) ist jedoch eine rechtsstaatliche Folge, die notwendig ist, um dem Recht der BRD Geltung zu verschaffen. Es ist aus rechtsstaatlichen Gründen nicht hinnehmbar, wenn auf der einen Seite das Ausländerrecht den Aufenthalt an die Erfüllung bestimmte Bedingungen knüpft und auf der anderen Seite das Sozialrecht den Aufenthalt über Umwege materiell absichert und perpetuiert. Ein solcher Zustand wäre mit der Aufgabe des Staates, die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zu gewährleisten wie auch mit der angestrebten Steuerung der Zuwanderung ganz und gar unvereinbar.“ Vgl. auch die Auffassung des Kreisverwaltungsreferats München, Stellungnahme v. 2.10.2003 zur Studie: „Dass Sie uns nicht vergessen“. Menschen in der Illegalität in München, München 2003 (abgerufen am 2.2.2014 unter: <http://www.joerg-alt.de/Politisches/Petition/Stellungnahme/stellungnahme.html>). Dort heißt es: „Hilfe und Unterstützung durch öffentliche Träger könnten im Hinblick auf das Legalitätsprinzip nur zum Ziel haben, den illegalen Aufenthalt zu beenden. Alles Andere wäre mit der Bindung der öffentlichen Verwaltung an Recht und Gesetz nicht vereinbar (...). Anonyme Verteilung staatlicher Leistung wäre im höchsten Maße bedenklich.“

1423 S. hierzu *Krieger*, NVwZ 2007, S. 166ff.

1424 Vgl. Prüfbericht „Illegalität“ (2007); Stellungnahme des BMI zur Petition 14.2.2001, eingestellt unter: <http://www.joerg-alt.de/Politisches/Petition/Stellungnahme/BMI05.tif>, abgerufen am 2.3.2013.

1425 Vgl. nur die Aussage von dem damaligen Innenminister Schäuble in einem Schreiben v. 14. Mai 2009 an den Leiter des Kommissariats der deutschen Bischöfe: „Kindern kann der Aufenthaltsrechtsverstoß ihrer Eltern nicht als eigenes Verschulden zugerechnet werden. Aus humanitärer Sicht und letztlich auch aus unserem eigenen gesellschaftlichen Interesse ist es deshalb zu befürworten, Kindern und Jugendlichen bis zum 18. Lebensjahr unabhängig vom Aufenthaltsstatus den Zugang zu Bildung zu ermöglichen.“

1426 In Kraft seit 26.11.2011, BGBl. 2011 I, S. 2258.

jugendtherapeutischen Einrichtungen etc.) keine Anwendung mehr.¹⁴²⁷

Diese Entwicklung offenbart in Bezug auf das Spannungsverhältnis zwischen Universalität der Menschenrechte und Souveränität des Staates letztendlich eine Verschiebung zu Gunsten der wirksamen Durchsetzung der Menschenrechte des Kindes und des Jugendlichen. Insbesondere die UN-Kinderrechtskonvention hat hierbei einen großen Einfluss auf die Rechtsentwicklung erlangt.¹⁴²⁸ Dem „Kindeswohl“ wird insgesamt eine größere Bedeutung beigemessen.¹⁴²⁹ Und es setzt sich zunehmend die Meinung durch, dass Kinder ohne Aufenthaltsstatus genauso schutzwürdig wie andere Kinder seien und nicht für das rechtsmissbräuchliche Verhalten ihrer Eltern verantwortlich gemacht werden könnten.¹⁴³⁰

Diese Entwicklung hin zur effektiven Durchsetzung von Menschenrechten auch für Kinder von irregulären Migranten konnte nur ins Rollen gebracht werden, da Kirchenverbände, hier insbesondere als Vorreiter die Katholische Kirche,¹⁴³¹ Wohlfahrtsverbände, NGOs und später auch Gewerkschaften und Fraktionen (insbesondere PDS und Die Grünen) auf die menschenrechtswidrige Situation dieser Kinder immer wieder aufmerksam gemacht hatten. Im Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Regierung (2010) wurde letztendlich der Handlungsbedarf anerkannt¹⁴³² und später entgegen der Widerstände einiger Bundesländer mit dem zweiten Richtlinienumsetzungsvertrag 2012 umgesetzt wurde.

Da Schulbildung Ländersache ist, wurde bis dahin die humanitär fragwürdige Situation von Kindern ohne Aufenthaltsstatus von den einzelnen Landesregierungen je nach politischer und rechtlicher Auffassung unterschiedlich bewertet. Einige Bundesländer bzw. Kommunen¹⁴³³ unterstützten aktiv die Rechte

1427 Siehe noch zur alten Rechtslage und der Frage um die Verfassungsmäßigkeit der Übermittlungspflichten: *Fador; Peter*, Aufenthaltsrechtliche Illegalität und soziale Mindeststandards (Hrsg. GEW); *Rausch*, Menschenrechte und illegale Migration, in: Grenzen der Gesellschaft?, S. 76 ff.

1428 Argumentationslinien, die die Durchsetzung der Rechte von Kindern in der Illegalität begründen wollen, nehmen immer Bezug auf die KRK.

1429 Vgl. hierzu auch die Rücknahme des deutschen Vorbehaltes in Bezug auf die KRK; s. insbes. weiter oben, drittes Kapitel I4.

1430 Vgl. nur das Schreiben des ehemaligen Bundesminister Wolfgang Schäubles vom 14. Mai 2009 an den Leiter des Kommissariats der deutschen Bischöfe, die Hauptgeschäftsführung der BDA, den Geschäftsführenden Bundesvorstand des DBG und den Rat der EKD.

1431 Vom Katholischen Forum Illegalität angestoßen wurde Anfang 2005 das Manifest „Illegale Zuwanderung für eine differenzierte und lösungsorientierte Diskussion“ verabschiedet.

1432 Dort heißt es: „Wir werden die aufenthaltsgesetzlichen Übermittlungspflichten öffentlicher Stellen dahingehend ändern, dass der Schulbesuch von Kindern ermöglicht wird.“

1433 Besonders aktiv war hier die „links-regierte“ Stadt München. Der Stadtratsbeschluss bestätigte, dass irreguläre Kinder schulpflichtig seien.

von irregulären Migranten und umgingen die Übermittlungspflichten des AufenthG durch Erlasse¹⁴³⁴ bzw. Rundschreiben an die Schulen, indem sie vorschrieben, dass bei Schulanmeldungen auf die Auskunft nach dem aufenthaltsrechtlichen Status verzichtet werden soll; in anderen Bundesländern wurde das Schulanmeldeverfahren nicht durch rechtliche Regelungen an die besondere Situation von Kindern ohne Aufenthaltsstatus angepasst und die Offenbarung des Aufenthaltsstatus war Sache des Schulträgers.¹⁴³⁵ In diesen Fällen wurde die Übermittlungspflicht nach § 87 Abs. 2 AufenthG dann ausgelöst, wenn die Schulanmeldung den Nachweis des Aufenthaltsstatus verlangte.¹⁴³⁶ Die Bedingungen für ausländische Kinder und Jugendliche, ihr Recht auf Schulbildung in Anspruch zu nehmen, waren im gesamten Bundesgebiet uneinheitlich. Um Rechtsklarheit zu schaffen und das Recht auf Zugang zur Schulbildung allen Kindern und Jugendlichen zu sichern, begannen Reformbemühungen gegen den Widerstand einiger Bundesländer,¹⁴³⁷ den § 87 Abs.2 AufenthG insofern zu ändern, dass die Übermittlungspflichten im Bereich der Schulbildung nicht mehr eingreifen. Die gegensätzlichen Positionen wurden im Rahmen der Innenministerkonferenz von 2009 ohne Ergebnis debattiert.¹⁴³⁸

Aber auch die landesspezifischen Schulgesetze enthalten in ihren rechtlichen Regelungen unterschiedliche Voraussetzungen für die Beschulung von Kindern und Jugendlichen ohne Aufenthaltsstatus. In der Rechtspraxis werden die Tatbestandsmerkmale der Schulgesetze, die Spielraum für Interpretationen lassen, unterschiedlich ausgelegt bzw. durch spezielle verwaltungsinterne Regelungen und Anordnungen insofern ergänzt, dass sie explizit „vollziehbar ausreisspflichtige“ Kinder und Jugendliche in die Schulpflicht mit einbeziehen

Weiterhin stellte das Schulreferat fest, dass weder aus schulrechtlichen noch aus ausländerrechtlicher Sicht eine Verpflichtung bestehe, Nachweise zum Aufenthaltsstatus zu verlangen. Vgl. Sozialreferat Stadt München 01.09.2010, verfügbar unter:

http://www.muenchen.info/soz/pub/pdf/398_nicht_vergessen.pdf. Vgl. auch die von der Landeshaupt München in Auftrag gegebene Studie „Dass sie uns nicht vergessen“, Anderson, 2003. Auch die Stadt Freiburg gab 2003 eine Stellungnahme zur Meldepflicht von Schulleitern ab und äußerte sich dahingehend, dass die Erfassung des ausländerrechtlichen Status beim Schulaufnahmeverfahren nicht erforderlich sei und demnach keine Übermittlungspflichten entstehen würde. Bzgl. der Pflicht zur Gewährleistung des „Jederman-Recht“ auf Erziehung und Ausbildung bezieht sich das staatliche Schulamt auf Art. 11 Abs.1 der Landesverfassung.

1434 Z.B. hatte das nordrhein-westfälische Schulministerium in einem Erlass vom März 2008 geregelt, dass Schulleitungen bei der Anmeldung der Kinder nicht nach dem Aufenthaltsstatus fragen dürfen und sie keiner Mitteilungspflicht gegenüber der Ausländerbehörde unterliegen.

1435 So z.B. in Niedersachsen.

1436 Vgl. BMI 2007, S. 29.

1437 S. hier nur die Stellungnahme des Innenministeriums zum Schulzugang von Kindern ohne Aufenthaltsstatus in Baden-Württemberg v. 24.08.2010, BR- Drs. 14 / 6858.

1438 Die IMK hatte sich mit dem Thema am 3./4. Dezember befasst, hierzu aber keinen Beschluss gefasst; vgl. BR-Drs. 14/6858.

oder ausschließen.¹⁴³⁹ Einige Bundesländer nehmen im Fall von sich irregulär aufhaltenden Kindern nach ihrer Rechtslage eine Schulpflicht¹⁴⁴⁰ an, andere lediglich ein Recht auf Schulzugang¹⁴⁴¹. Darüber hinaus gibt es Bundesländer (z.B. Sachsen, Baden Württemberg), die den Schulzugang „irregulärer Kinder“ gar nicht regeln. In Bayern¹⁴⁴², Nordrhein-Westfalen¹⁴⁴³ und im Saarland¹⁴⁴⁴ gibt es z.B. ausdrückliche schulrechtliche Regelungen für statuslose Migranten, die eine Schulpflicht bejahen. In Hessen¹⁴⁴⁵ werden statuslose Kinder und Jugendliche nach § 46 Abs.3 der Verordnung zur Gestaltung der Schulverhältnisse v. 19. August 2011 (VOGSV) nicht von der Schulpflicht erfasst. Sie haben nach § 46 Abs.3 der VOGSV jedoch ein Recht auf Schulbesuch, da sie ihren tatsächlichen Aufenthalt in Hessen haben.¹⁴⁴⁶

In den meisten Bundesländern (z.B. Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Berlin, Hessen und Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Sachsen) besteht für den Entstehungstatbestand der Schulpflicht das Kriterium des „gewöhnlichen Aufenthalts“¹⁴⁴⁷ neben dem Begriff „Wohnung“ oder „Wohnsitz“. Der unbestimmte Rechtsbegriff des „gewöhnlichen Aufenthaltes“ wird jedoch unterschiedlich ausgelegt. In einigen Bundesländern wird ein „gewöhnlicher Aufenthalt“ für statuslose Kinder und Jugendliche angenommen, in anderen hingegen nicht. So liegt z.B. in Niedersachsen nach einem Erlass ein gewöhnlicher Aufenthalt vor, wenn jemand – ohne sich in Niedersachsen ständig

1439 Vgl. den Überblick über die Regelungen in den Bundesländer (Stand Januar 2010) in: *Allenberg*, Schulbesuch von Kindern und Jugendlichen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität, in: Barwig; Beichel-Benedetti; Brinkmann (Hrsg.), *Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2010*, S. 160f.

1440 S. zur Bedeutung der Schulpflicht im Rahmen des Schulbesuchs für Kinder ohne Aufenthaltsstatus: *Rausch*, *Menschenrechte und illegale Migration*, S. 74f.; *Cremer*, *Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere*, S. 12; *Allenberg*, *Schulbesuch von Kindern und Jugendlichen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität*, S. 155ff.

1441 Besteht lediglich ein Recht auf Schulzugang, steht dieses, wie Zugangsrechte im Allgemeinen, unter dem Vorbehalt des personell, finanziell und sachlich Möglichen.

1442 Vgl. Art. 35 Abs.1 S. 2 Nr. 4 BayEUG.

1443 Vgl. NRW: § 34 (1) SchulG: „Schulpflichtig ist, wer in Nordrhein-Westfalen seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seine Ausbildungs- oder Arbeitsstätte hat. In Abs. 6 der Vorschrift heißt es dann: Die Schulpflicht besteht für Kinder und Asylbewerberinnen und Asylbewerber und allein stehende Kinder und Jugendliche, die einen Asylantrag gestellt haben, sobald sie einer Gemeinde zugewiesen sind und solange ihr Aufenthalt gestattet ist. Für ausreisepflichtige Kinder und Jugendliche besteht die Schulpflicht bis zu Erfüllung ihrer Ausreisepflicht (...).“

1444 § 1 Abs.1 Gesetz Nr.826 über die Schulpflicht im Saarland.

1445 Hessen knüpfte ursprünglich die Schulpflicht explizit an einen legalen Aufenthaltstitel und schloss somit Geduldete und sich strafbar illegal aufhaltende Ausländer aus. 2009 wurde das Schulgesetz geändert und der Gesetzestext von NRW übernommen.

1446 S. auch § 3 Abs.1 der VO zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nicht deutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003.

1447 Vgl. zur umstrittenen Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs: *Rausch*, *Menschenrechte und illegale Migration*, in: *Walter; Menz; De Carlo* (Hrsg.), *Grenzen der Gesellschaft*, S. 72ff., *Allenberg*, *Schulbesuch von Kindern und Jugendlichen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität*, in: *Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2011*, Barwig u.a. (Hrsg.) S. 158f.

niederlassen zu wollen – mindestens fünf Tage dort tatsächlich wohnt.¹⁴⁴⁸ Im Vergleich dazu knüpft eine sächsische Verwaltungsvorschrift die Schulpflicht explizit an den rechtmäßigen Aufenthalt.¹⁴⁴⁹

In Anlehnung an § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I, der für das Verwaltungsrecht maßgeblich ist,¹⁴⁵⁰ werden zur Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ in Literatur und Rechtsprechung als Kriterien zum einen die tatsächliche Dauer des Aufenthaltes und zum anderen die positive Prognose, dass ein Verweilen in Zukunft fortgesetzt wird, herangezogen. Für die tatsächliche Aufenthaltsdauer wurde in der Literatur die Dauer von sechs Monaten bzw. mindestens einigen Monate angenommen.¹⁴⁵¹ Problematischer ist die Auslegung des Kriteriums der positiven Prognose der zukünftigen Verweildauer. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist der tatsächliche Aufenthalt eines Migranten im Rechtsinn „gewöhnlich“, wenn ausländerrechtlich davon auszugehen ist, dass der Ausländer auf unabsehbare Zeit dort bleibt, wenn der Verbleib im Bundesgebiet also „zukunfts offen“ sei.¹⁴⁵² Dem Aufenthaltsrecht wird demnach besondere Bedeutung beigemessen. Allerdings ist die Rechtmäßigkeit des gewöhnlichen Aufenthaltes nicht immer anhand des Aufenthaltsrechts zu beurteilen. Es ist zu berücksichtigen, dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes für jedes Rechtsgebiet unter Berücksichtigung von Sinn, Zweck und Regelungszusammenhang anhand der jeweiligen Norm interpretiert werden muss. Das BSG nahm im Fall eines geduldeten schwerbehinderten Ausländers, der sich voraussichtlich länger als sechs Monate in Deutschland aufhält, i.S.d. § 2 Abs.2 SGB IX einen rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland an. Aus der Zielsetzung des SGB IX ließe sich entnehmen, dass auch ausländische behinderte Menschen am Leben in der deutschen Gesellschaft teilzunehmen haben. Das Gericht merkte zum geduldeten Aufenthaltsstatus an, dass dieser zwar zur Ausreise verpflichte, aber

1448 S. Ergänzende Bestimmungen zur Schulpflicht und zum Rechtsverhältnis zur Schule, Nr.3.1.2. (verfügbar unter: <http://www.schule.de/2241001/0035074.htm>.)

1449 Verwaltungsvorschrift zum Unterricht für ausländische Schüler an den allgemeinverbindlichen Schulen im Freistaat Sachsen“ vom 6.3.1992 Dort heißt es: „(...) dass Schulpflicht für alle Kinder und Jugendlichen besteht, die in Sachsen ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Ausbildungs- oder Arbeitsstätte haben. Ausländische Schüler, die sich rechtmäßig im Land Sachsen aufhalten, haben demzufolge dieselben Rechte und Pflichten wie deutsche Schüler“.

1450 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 20.05.2008 - 2S6.08- (asyl.net, M13542) mwN.

1451 Kopp; Ramsauer, Kommentar zum VerfG, 16. vollst. überarbeitete Aufl. 2015, § 3 Rn. 27.

1452 BVerwG, NVwZ-RR, 583 (583); BVerwGE111, 213 (215f) Berlin-Brandenburg; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 19.02.2009 – 13 PA159/08 (s. asyl.net, M15308).

rechtlich nicht darin gehindert sei, sich weiterhin in Deutschland aufzuhalten, solange die Abschiebung ausgesetzt sei.¹⁴⁵³

Der BayVGH interpretierte den Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes losgelöst von der Qualifizierung des Aufenthaltes, sondern im Kontext des Schulwesens. Insoweit sei „im Hinblick auf die Bedeutung des Schulbesuchs für ein Kind – und das Gemeinwesen – sowie im Hinblick auf die kaum mögliche Nachholung einer unterlassenen Beschulung von einem „gewöhnlichen Aufenthalt“ im schulrechtlichen Sinn auszugehen, wenn im Zeitpunkt des möglichen Schulbesuchs eine Beschulung des Kindes für einen sinnvollen Zeitraum möglich erscheint. Davon wird im Allgemeinen dann auszugehen sein, wenn es hinreichend wahrscheinlich ist, dass das betroffene Kind das kommende Schuljahr in Bayern wird durchlaufen können.“¹⁴⁵⁴

Betrachtet man nun unter den dargelegten Gesichtspunkten die Situation von sich illegal aufhaltenden Kindern und Jugendlichen, fällt die Antwort, ob ein gewöhnlicher Aufenthalt vorliegt nicht leicht. Schwierig ist insbesondere der Fall zu beantworten, wenn sich die Familie auf Dauer illegal im Zielland aufhält und ihren Lebensmittelpunkt trotz ihres illegalen Aufenthaltsstatus im Bundesgebiet gefunden hat. Die Prognose ihres zukünftigen Verbleibens ist nicht zu bestimmen, denn ihre Aufenthaltsdauer hängt von der Aufdeckung ihres illegalen Aufenthaltsstatus ab. Auch wenn man den Sinn und Zweck der Schulpflicht heranzieht, gerät man bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs in Schwierigkeiten. Denn die Schulpflicht beinhaltet zuvörderst die Verpflichtung zum regelmäßigen Besuch des Unterrichts, die der Staat bei Nichteinhaltung mit Instrumenten des staatlichen Zwangs durchsetzen kann. Aber gerade diese Durchsetzung der Schulpflicht ist bei sich illegal aufhaltenden Kindern nicht möglich, da sie entweder für den Staat nicht sichtbar sind oder im Fall des Auftauchens und des „Ergreifens“ staatlicherseits nicht die Schulpflicht sondern die Beendigung des Aufenthaltes zwangsweise durchgesetzt wird.¹⁴⁵⁵ Im Sinne der Schulgesetze ist ein „gewöhnlicher Aufenthalt“ demnach abzulehnen und damit eine Schulpflicht zu verneinen.¹⁴⁵⁶

Andere Bundesländer knüpfen wiederum an das Kriterium der „Wohnung“

¹⁴⁵³ BSG, Urteil v. 29.4.2010 – B9 SB 2/09 R – asyl.net, M 17238.

¹⁴⁵⁴ VGH Bayern, Urteil v. 23.7.2002 – 7 B 01.2384 (juris).

¹⁴⁵⁵ VGHS. hierzu auch: *Rausch*, Menschen und illegale Migration, in: Grenzen der Gesellschaft Walter u.a. (Hrsg.) S. 75f.

¹⁴⁵⁶ aA. *Hanschmann*, Unsichtbare Kinder, RDJB 2010, S. 87.

im melderechtlichen Sinne oder „Wohnsitz“ an (z.B. Bremen und Schleswig-Holstein).¹⁴⁵⁷ Der Zusammenhang von Melde- und Schulrecht führt dazu, dass nicht die tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich sind, sondern vielmehr die Wohnung im melderechtlichen Sinne. Dem folgend setzt auch eine Verfügung der Senatorin für Bildung, Wissenschaft und Gesundheit an die Leiter der öffentlichen Schulen in Bremen als Voraussetzung für die Schulpflicht „eine Wohnung im Bundesland“ i.S.d. § 52 BremSchulG voraus, dass die Person gemeldet ist. In Baden-Württemberg ist der Schulzugang irregulärer Kinder hingegen nicht geregelt.¹⁴⁵⁸ Eine Gesetzesnovelle im Jahre 2009 änderte das Schulgesetz dahingehend, dass lediglich Asylbewerber und Geduldete nach einem halbjährigen Aufenthalt schulpflichtig sind.¹⁴⁵⁹ Eine ausdrückliche rechtliche Inklusion von Kindern ohne Aufenthaltsstatus war nicht erwünscht; ein Recht auf Bildung für alle wird aber insbesondere aus Art. 11 der baden-württembergischen Landesverfassung abgeleitet.¹⁴⁶⁰

Das Fehlen klarer Regelungen wird u.a. von der Integrationsbeauftragten der Bundesregierung Böhmer als unzureichend angesehen. Es wird gefordert, dass der Zugang zur Schule „barrierefrei“ gestaltet wird.¹⁴⁶¹ Demzufolge mahnt sie eine entsprechende Anpassung von Landesschulgesetzen sowie eine umfassende Aufklärung der Schulen vor Ort an, damit sichergestellt sei, dass Schulen keine Dokumente wie z.B. Meldebescheinigungen u.a. verlangen, die wiederum den faktischen Zugang zu Schule versperren könnten. Ebenfalls kam eine Studie der Universität Oldenburg zu dem Ergebnis, dass trotz rechtlicher Klarstellung auf Landesebene, an vielen Schulen das Rechtsbewusstsein fehle, dass irreguläre Kinder einen Rechtsanspruch auf Schulbesuch hätten. So haben Schulen Bedenken, dass sie ein Risiko eingingen, da das sich illegal aufhaltende Kinder nicht unfallversichert sei. Zum anderen müssten auch die Eltern aufgeklärt werden, dass ein Recht auf Schulbesuch für ihre Kinder bestehe.¹⁴⁶²

Das Fallbeispiel des Schulbesuchs für Kinder ohne Aufenthaltsstatus zeigt zum einen wie schwierig die Durchsetzung von Menschenrechten im Fall der

1457 S. § 52 BremSchulG u. § 20 Abs.1 S.1 SchulG Schleswig-Holstein.

1458 S. §72 SchG. Vgl. hierzu insbesondere die Studie des Sachverständigenrats deutscher Stiftungen für Integration und Migration für die Stiftung Mercator, SVR-Info (April 2010), S. 5.

1459 S. §72 SchG.

1460 Vgl. BR.-Drs. 14 / 6858, S. 3.

1461 Vgl. dazu 9. Lagebericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration 2012, S. 287f.

1462 Funk; Karaksooglu; Vogel, „Es darf nicht an den Papieren scheitern“ (Hrsg. GEW), S. 43.

illegalen Migration ist, um einen effektiven und gleichberechtigten Zugang zur Bildung bzw. erzieherischen Hilfen zu gewährleisten. Anerkannt ist, dass bei einem dauerhaften Aufenthalt Kinder bzw. Jugendliche ein Recht auf Schulbesuch haben. Die effektive Durchsetzung dieses Rechts erfordert jedoch Schutzmechanismen, damit der „irreguläre Migrant“ das Recht ohne Angst vor Abschiebung faktisch wahrnehmen kann. Denn das Verhältnis zwischen Staat und irregulären Migranten ist prekär. Kommt der Staat mit dem „Ausreisepflichtigen“ in Kontakt, bedeutet das fast immer, dass er verpflichtet ist, die Ausreisepflicht notfalls mit Zwangsmitteln zu vollziehen. Eine Ausnahme liegt nur dann vor, wenn er von der Illegalität des Aufenthaltes nicht in Kenntnis gesetzt wird oder wenn die ausländerrechtlichen Übermittlungspflichten ausnahmsweise keine Anwendung finden.

Die Diskussion, ob junge Migranten ohne Aufenthaltsrecht ein Recht auf Schulzugang haben oder der Schulpflicht unterliegen, verdeutlicht dieses Dilemma. Die Schulpflicht beinhaltet zuvörderst die Verpflichtung zum regelmäßigen Besuch des Unterrichts, die der Staat bei Nichteinhaltung mit Zwangsmaßnahmen durchsetzen kann.¹⁴⁶³ Diese Pflicht gewährleistet, dass jedem Kind ein gewisser Bildungsstandard zuteilwird, was bei einem Recht lediglich auf Schulzugang nicht gänzlich gesichert ist.¹⁴⁶⁴ Bei sich illegal aufhaltenden Migranten ist die Beziehung zwischen Staat und Kind bzw. Jugendlicher sehr schwach ausgeprägt und wird im amerikanischen Rechtsraum sogar als „verboten“ bezeichnet.¹⁴⁶⁵ Da „Illegale“, solange sie erfolgreich untergetaucht sind, nicht für den Staat sichtbar sind, können bei einer Nichtbefolgung der Schulpflicht auch keine Zwangsmaßnahmen durchgeführt werden. Hingegen führt das Auftauchen und Ergreifen des irregulären Migranten nicht zu dem Gebot, die Schule zu besuchen, sondern ggf. zu einer mit Zwangsmitteln durchgesetzten Beendigung des Aufenthaltes. Gewährleistet die Schulpflichtigkeit einerseits die Eingliederung des Schülers in das Schulsystem mit all seinen Vorzügen (z.B. ressourcenunabhängiger Zugang, besondere Förderungsmaßnahmen, Übernahme

1463 So *Langenfeld*, AöR 1998, S. 390. Sie betrachtet die Schulpflicht als staatbezogene Komponenten für die Legitimierung der Schulpflicht: die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens, die gesellschaftliche Integration, den Ausgleich familiär-sozialer Differenzen und die Fähigkeit zur Teilhabe an demokratischen Prozessen.

1464 Besteht lediglich ein Recht auf Schulzugang, steht dieses, wie Zugangsrechte im Allgemeinen, unter dem Vorbehalt des personell, finanziell und sachlich Möglichen.

1465 Der Charakter der Beziehung zwischen „Illegalen“ und dem Staat wurde im Immigrationsbereich als eine „verbotene“ bezeichnet; vgl. das US-Urteil: *Plyer v. Doe*, 457 U.S., 202, 246 (1982); hierzu auch *Krieger*, NVwZ 2007, S. 166f.

von zusätzlich anfallenden Kosten bei Bedürftigkeit), entsteht andererseits für Familien in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität die konkrete Gefahr der Entdeckung des fehlenden Aufenthaltsstatus.¹⁴⁶⁶ Eine geringere Entdeckungsfahr birgt hier zwar das Recht auf Schulzugang, das nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann. Unzureichend ist allerdings, wenn in einigen Bundesländern der Schulzugang von hinreichenden personellen und räumlichen Kapazitäten der Schulen abhängig gemacht wird. Ein unbedingter Rechtsanspruch ohne Benachteiligung gegenüber anderen Kindern wurde z.B. in Berlin dadurch erreicht, dass ein gleichberechtigter Zugang für statuslose Kinder und Jugendliche explizit geregelt wird.¹⁴⁶⁷

Zusammenfassung

Die Beispiele zeigen die Schwierigkeit das Menschenrecht auf Bildung im Fall des Schulbesuchs so umzusetzen und auszugestalten, dass es von Kindern und Jugendlichen in irregulärer Aufenthaltssituation faktisch und barrierefrei in Anspruch genommen werden kann. Es müssen staatlicherseits Schutzmechanismen eingebaut werden, die eine aktive Beachtung dieser Problematik erfordern. Dabei zeigen die Bestrebungen für einen Wandel hin zu einem relativ gesicherten Zugang für irreguläre Kinder und Jugendliche wiederum das Spannungsverhältnis zwischen Universalität von Menschenrechten und Staatssouveränität auf. Wird auf der einen Seite die Verpflichtung für einen gesicherten Schulbesuch insbesondere aus dem menschenrechtlich verbrieften Recht auf Bildung abgeleitet, wird andererseits von einzelnen Politikern als Argument eine Minimierung der Gefahren für die innere Sicherheit herangezogen.¹⁴⁶⁸

1466 S. hierzu *Cremer*, Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere, S. 12; *Allenberg*, Schulbesuch von Kindern und Jugendlichen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität, in: Barwig, Beichel-Benedetti, Brinkmann (Hrsg.), S. 156. Problematisch war hier insbesondere die Einführung eines Schulregisters in Hamburg, das die Einhaltung der Schulpflicht überprüft und die Verwahrlosung einzelner Kinder und Jugendliche aufdecken soll. Dies führte zu einer drastischen Erhöhung der Gefahr als irregulärer Migranten aufgedeckt zu werden.

1467 In Berlin können Kinder und Jugendliche ohne Aufenthaltsrecht und ohne Duldung die Schulen des Landes Berlin freiwillig und unter den gleichen Bedingungen besuchen wie schulpflichtige Kinder. S. § 9 I S.2 Ausführungsbestimmungen über Beurlaubung und Befreiung des Unterrichts v. 19. Nov. 2014 (AVSchulbesuchspflicht).

1468 Der CDU-Politiker und Bundestagsabgeordnete Reinhard Grindel argumentierte, dass Kinder besser in der Schule als auch auf der Straße aufgehoben seien. Das minimiere einerseits die Gefahr für die innere Sicherheit Deutschlands und könne darüber hinaus die Rückkehrbereitschaft der Eltern fördern, da der Schulbesuch ihrer Kinder deren Perspektiven im Herkunftsland verbessere, s. MuB, Newsletter, April 2008. Ähnliche Argumente brachte auch Bundesminister Schäuble hervor.

II. Das Recht auf staatliche Gesundheitsfürsorge: Ansprüche auf Leistungen des öffentlichen Gesundheitswesens

1. Das Menschenrecht auf Gesundheit

Abgeleitet aus der in Art. 1 Abs.1 GG geschützten Menschenwürde besteht, wie auch schon an anderer Stelle ausgeführt, verfassungsrechtlich ein Anspruch auf ein menschwürdiges Existenzminimum. Das bedeutet auch eine medizinische Gesundheitsversorgung, die sich insbesondere aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Art. 2 Abs.2 GG ergibt.¹⁴⁶⁹ Würde den Bedürftigen eine staatliche Grundversorgung versagt, wäre die Beeinträchtigung ihrer Menschenwürde die Folge.

Nach der Rechtsprechung des EGMR lässt sich aus der EMRK wohl ein Leistungsanspruch ableiten, wenn das Recht auf Leben unmittelbar in Gefahr ist. Bemerkenswert ist, dass die Menschenwürde als fundamentaler Wert und Kern positiver europäischer Menschenrechte als Begründung für die Anwendbarkeit einzelner sozialer Rechte der Europäischen Sozialcharta durch den Europäischen Ausschuss für Sozialrechte im Fall der „Illegalität“ herangezogen (*FIDH v. France*) wurde. Insbesondere die besondere Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen verpflichtet den Staat zur Garantie grundlegender Rechte. Kindern und Jugendlichen ist (unabhängig vom Nachweis einer bestimmten Aufenthaltsdauer) eine voraussetzungslose Gesundheitsversorgung zu gewährleisten.

Hierzu hat auch der UN-Ausschuss für soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte in Auslegung des Art. 12 IPwskR in seinem General Comment ausgeführt: „Medizinische Einrichtungen und ärztliche Betreuung müssen für alle, insbesondere für die besonders schutzbedürftigen und an den Rand gedrängten Gruppen der Bevölkerung rechtlich wie faktisch ohne Verletzung des Diskriminierungsverbots zugänglich sein“.¹⁴⁷⁰

Im gleichen Sinne bemängelte das Europäische Parlament im Jahre 2011 in einer Resolution, dass das Recht auf Gesundheitsversorgung weder rechtlich noch faktisch für irreguläre Migranten hinreichend von den Mitgliedstaaten garantiert

¹⁴⁶⁹ Frings, in: Falge/Fischer-Lescono/Sievekling (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, S. 145.

¹⁴⁷⁰ CECSR, General Comments No. 14, UN Doc. E/C. 12/2000/4, 11.8.2000, § 12. Vgl. hierzu auch drittes Kapitel I3.

sei.¹⁴⁷¹ Insbesondere mahnt es die Mitgliedstaaten, gemeinsame Prinzipien für grundlegende Elemente der Gesundheitsversorgung zu finden. Keine Einigkeit bestände nämlich auch darin, welche Leistungen die Basisgrundversorgung als Minimumstandard überhaupt beinhalten soll.

2. Die Lebenssituation von sich illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen im Bereich der Gesundheitsversorgung

Bei Menschen ohne Aufenthaltsstatus wird die Angst vor gesundheitlichen Problemen und Unfällen als besonders belastend empfunden. Im Krankheitsfall wird ein Arztbesuch in den meisten Fällen bis zum unaufschiebbaren nicht mehr zu leugnenden schlechten Krankheitsverlauf hinausgezögert. Dadurch verschlimmern sich häufig Krankheiten, die in einem früheren ärztlich behandelten Stadium einen wesentlich mildereren Krankheitsverlauf genommen hätten. In besonderen Krankheitsfällen kann die ärztliche Nichtbehandlung lebensbedrohlich werden. Zudem birgt die unsichere Situation, die Angst vor Aufdeckung, selbst ein weiteres Krankheitsrisiko unter spezifischen psychischen Krankheiten zu leiden. Die Strategien der irregulären Migranten im Krankheitsfall sind unterschiedlich. Einige benutzen eine fremde Versicherungskarte, andere können für die Zeit der Behandlung ins Heimatland zurückkehren. Diejenigen, denen diese Mittel nicht zur Verfügung stehen, versuchen sich oder ihren Angehörigen selbst zu behandeln. Einige nicht staatliche Organisationen¹⁴⁷² haben sich diesem Problem angenommen und vermitteln „irreguläre Migranten“ an Ärzte weiter, die kostenlos bzw. für ein geringes Entgelt behandeln oder sie bieten selbst Sprechstunden an. Allerdings erreichen deren Hilfsangebote nur einen geringen Teil der irregulären Migranten¹⁴⁷³ und die finanziellen Mittel sind stark begrenzt. Vor allem wenn eine schwerwiegende Krankheit auftritt, die einen

1471 CECSR, General Comments No. 14, UN Doc. E/C. 12/2000/4, 11.8.2000, § 12. Vgl. hierzu auch drittes Kapitel I3.

1472 Zu nennen sind z.B.: Malteser MigrantenMedizin, das Büro für medizinische Flüchtlingshilfe (medibüro) und die Caritas-Ambulanz für Wohnungslose (Berlin). Es verfügen nicht alle sich irregulär aufhaltenden Migranten über das Wissen, um die Angebote in Anspruch nehmen zu können. Vgl. hierzu z.B. Berlin: *Huschke*, Die Grenzen humanitärer Versorgung, S. 162.

1472 Zum mit den Krankenhäusern über reduzierte Rechnungen als Selbstzahler. Vgl. zur Gesundheitsversorgung von sich illegal aufhaltenden Migranten in unterschiedlichen deutschen Städten: *Alt*, Leben in der Schattenwelt, 150ff; *Anderson*, „Das sie uns nicht vergessen“, 34ff.; *Alscher, St. et al*, Illegal anwesende und illegal beschäftigte Ausländerinnen und Ausländer in Berlin – Lebensverhältnisse, Problemlage, Empfehlungen, 34; *Bommes; Wilmes*, Menschen ohne Papiere in Köln, S. 65 ff.

1473 Es verfügen nicht alle sich irregulär aufhaltenden Migranten um das Wissen, die Angebote auch in Anspruch nehmen zu können. Vgl. hierzu z.B. Berlin: *Huschke*, Die Grenzen humanitärer Versorgung, S. 162.

Krankenhausbesuch erfordert, stoßen auch die Helfenden häufig an ihre Grenzen.¹⁴⁷⁴ Insgesamt entsprechen die Behandlungsmöglichkeiten nicht dem medizinischen Standard, einige lassen die Krankheiten sogar überhaupt nicht behandeln. Diese Situation kann zur Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit des sich illegal aufhaltenden Migranten bis zu lebensbedrohlichen Krankheitszuständen führen. Bei Schwangeren besteht das Risiko der Gefährdung des ungeborenen Lebens und nach der Geburt ist die Gesundheit des Neugeborenen gefährdet. Über diese individuelle Betroffenheit des Kranken hinaus, kann die unbehandelte ansteckende Krankheit durch seine Verbreitung zudem zu einer Gefährdung der öffentlichen Gesundheit führen.

3. Das Recht auf staatliche Gesundheitsversorgung: Ansprüche auf Leistungen des öffentlichen Gesundheitswesens

Betrachtet man die rechtliche Seite, haben Ausländer durchaus Ansprüche auf eine Gesundheitsversorgung auf eine Gesundheitsversorgung. So sind Ausländer, die nicht nur geringfügig beschäftigt sind, auch dann Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung, wenn sie „illegal“ in Deutschland leben.¹⁴⁷⁵ Denn nach § 5 Abs.1 Nr. 1 SGB V sind Arbeitnehmer pflichtversichert. § 186 SGB V regelt: „Die Mitgliedschaft versicherungspflichtiger Personen beginnt mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis“. Theoretisch könnten auch nachträglich im Wege der Kostenerstattung nach § 13 SGB V Krankenbehandlungskosten seit Bestehen der Mitgliedschaft geltend gemacht werden, soweit diese nicht länger als zwei Jahre zurückliegen. Im Fall eines Unfalls am Arbeitsplatz kommen Ansprüche aus der gesetzlichen Unfallversicherung in Frage.¹⁴⁷⁶ Im Regelfall sind alle diejenigen, die in einem Arbeits-, Dienst-, oder Ausbildungsverhältnis stehen, in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert, und zwar unabhängig von der Höhe ihres Arbeitsentgelts und Aufenthaltsstatus.¹⁴⁷⁷ Wenn der Arbeitgeber den Beschäftigten nicht korrekt angemeldet hat, muss er die Beträge nachentrichten,

1474 Zum Teil gibt es Absprachen mit den Krankenhäusern über reduzierte Rechnungen als Selbstzahler. Vgl. zur Gesundheitsversorgung von sich illegal aufhaltenden Migranten in unterschiedlichen deutschen Städten: *Alt*, *Leben in der Schattenwelt*, 150ff; *Anderson*, „Das sie uns nicht vergessen“, S. 34ff.; *Alscher, St. et al*, *Illegal anwesende und illegal beschäftigte Ausländerinnen und Ausländer in Berlin – Lebensverhältnisse, Problemlage, Empfehlungen*, S. 34; *Bommes; Wilmes*, *Menschen ohne Papiere in Köln*, S. 65 ff.

1475 Vgl. auch *Will*, *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht*, S. 195f., Rn. 734, S. 744.

1476 Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII genießen beschäftigte Personen den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung.

1477 § 2 SGB VII. So auch: *Will*, *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht*, S. 202, Rd.782, *McHardy*, RdA 1994, S. 104.

der Versicherungsschutz bleibt davon jedoch unberührt.¹⁴⁷⁸ In mehreren Fällen wurden sogar Berufsunfähigkeitsrenten an Menschen ohne Aufenthaltsstatus ausgezahlt.¹⁴⁷⁹ Zudem existieren spezielle Unfallversicherungen für Haushaltshilfen. Zum Schutz des illegal Beschäftigten wird lediglich der Name der ArbeitgeberInnen an die Krankenkasse übermittelt und nicht die des Versicherten.¹⁴⁸⁰ Irreguläre Migranten, die in Privathaushalten arbeiten, können theoretisch alle Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung in Anspruch nehmen.

Geraten Migranten ohne Aufenthaltsstatus in existenzielle Notlagen kommen Ansprüche auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) in Betracht. Leistungsberechtigter sind nach § 1 Abs.1 Nr. 5 AsylbLG mitunter Ausländer, die sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhalten und vollziehbar ausreisepflichtig sind. § 1a AsylbLG nF enthält zudem Leistungskürzungen für bestimmte Personengruppen, die auch das Recht auf Gesundheitsversorgung begrenzen. Vollziehbar Ausreisepflichtige erfahren eine Leistungseinschränkung nach § 1 Abs.1 AsylbLG (=§ 1 a Nr. 2 AsylbLG in der bis zum 23.10.2015 anwendbaren Fassung) auf das im Einzelfall unabweisbar Gebotene, wenn bei den von ihnen zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können.¹⁴⁸¹ Allein die illegale Einreise oder der unerlaubte Aufenthalt erlauben hingegen keine Leistungseinschränkung.¹⁴⁸² Erforderlich ist zusätzlich ein gezieltes Vorgehen des Ausländers zur Vermeidung der Aufenthaltsbeendigung.¹⁴⁸³ Zum Teil gibt es in der Rechtsprechung die Auffassung, dass in diesem Fall die Leistungen lediglich die bloße Übernahme der preisgünstigsten Beförderung zum ausländischen Heimatort oder in einen aufnahmebereiten Staat sowie das dafür notwendige Reiseproviant umfasse.¹⁴⁸⁴ Damit soll der Ausreisepflichtige zur Ausreise gezwungen werden.¹⁴⁸⁵ Er hat lediglich das Recht, soziale Rechte in seinem Staat der Zugehörigkeit geltend zu

1478 DGB Bildungswerk 2002, Rechte aus dem Arbeitsverhältnis, S. 15.

1479 Vgl. polnischer Sozialrat ZAPO e.V. (verfügbar unter: www.polskarada.de).

1480 <http://www.migration-online.de/beitrag.html?id=1388>.

1481 Sog. selbstzuvertretende Abschiebehindernisse bzw. wenn der Wunsch Sozialleistungen zu erlangen, prägendes Einreisemotiv war, vgl. § 1a Abs.1 Nr. 1.

1482 Eine ursprünglich als § 1 a Nr. 3 vorgesehene entsprechende Regelung wurde angedacht, konnte sich aber nicht durchsetzen, vgl. BT-Drs.13/11172, S.7.

1483 VG Braunschweig, Beschl. v. 23.8.2001, 4 B 14/01; v. 29.4.1999, 3 B 3042; vgl. *Will*, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, S. 175, Rn. 656.

1484 Vgl. OVG Berlin 6 SN 203.99, B. v. 12.11.99, NVwZ-Beilage I 2000, 19 FEVS 2000, S. 267.

1485 Diese Praxis wurde auch als „Abschieben durch Aushungern“ kritisiert.

machen. Eine derartige Selbsthilfeverpflichtung durch Heimreise ins Heimatland ist mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Die Gewährung eines unabdingbaren Existenzminimums besteht stets bis zum Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen.¹⁴⁸⁶ Danach sollte nur eine Anspruchseinschränkung und nicht ein Ausschluss vorgenommen werden.

Für den Bereich der Gesundheitsversorgung gehören bei akuter Erkrankung und Schmerzzuständen zu den unabdingbar gebotenen Hilfen stets die in § 4 AsylbLG vorgesehenen Leistungen.¹⁴⁸⁷ Darunter fallen Leistungen bei Krankheit, Schwangerschaft und Geburt sowie den amtlich empfohlenen Schutzimpfungen und medizinisch gebotenen Voruntersuchungen.¹⁴⁸⁸ Grundsätzlich dürfen nur Behandlungsmaßnahmen finanziert werden, die nicht auf die Zeit nach der Ausreise zu verschieben sind (akute Erkrankungen und Schmerzzustände).¹⁴⁸⁹

Die Ermessensnorm des § 6 AsylbLG regelt die sonstigen Leistungen, die zur Sicherung der Gesundheit unerlässlich sind. Über die Gewährung von zusätzlichen Leistungen können die im Einzelfall abweichenden Bedürfnisse erfasst werden, um das verfassungsrechtlich gebotene Existenzminimum des Einzelnen sicherzustellen.¹⁴⁹⁰ Im Einzelnen gestaltet sich die Anwendung der Vorschrift auf den einzelnen Krankheitsfall als schwierig und wird grundsätzlich nicht den Bedürfnissen einer angemessenen ärztlichen Behandlung gerecht.¹⁴⁹¹

Dabei gilt, dass bei der medizinischen Versorgung immer die Grundrechte auf Menschenwürde, Leben und körperliche Unversehrtheit zu wahren sind (Art. 1 Abs.1 und 2 Abs.1 S. 1 GG). Verfassungsrechtlich bedenklich ist insbesondere auch der neue § 1 a I AsylbLG n.F.¹⁴⁹² Die Regelung reduziert alle Leistungen

1486 *Classen*, Sozialleistungen für Migranten und Flüchtlinge, 83. Vgl. auch OVG Münster v. 31.5.01, InfAusLR 2001, S. 396, das die Gewährung eines unabdingbaren Existenzminimums stets bis zum Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen fordert.

1487 Vgl. BT-Drs. 13/111172, S. 3. Aus der amtlichen Gesetzesbegründung und in einer Stellungnahme des Gesundheitsausschusses wird eindeutig klargestellt, dass der Gesetzgeber mit § 1a AsylbLG keine Verschlechterung der medizinischen Grundversorgung beabsichtigte.

1488 Siehe im Einzelnen zum Leistungsspektrum des § 4 AsylbLG: Will, *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht*, 179 ff.; *Classen*, Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge, S. 115ff.

1489 *Frings*, in: Falge/Fischer-Lescono/Sieveking (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, S. 150.

1490 Vgl. *Classen*, Sozialleistungen für Migranten und Flüchtlinge, S. 127

1491 *Ebenda*, 149 mit Beispielen. Die reduzierten Leistungen wurden wiederholt von der Bundesärztekammer kritisiert, da sie vor allem dem ärztlichen Gleichbehandlungsauftrag zuwiderlaufe, siehe dazu *Misbach/Bartholome/Groß*, *Integration in die Regelversorgung*, in: Falge/Fischer-Lescono/Sieveking (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, S. 84.

1492 Mit dem Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015 wurde das frühere AsylVfG in AsylG umbenannt. Das Gesetz hat auch Regelungen des AsylbLG geändert (BGBl. I 2015, 1722); die neuen Regelungen sind am 24.10.2015 in Kraft getreten.

nach dem AsylbLG, also solche auch nach § 4 AsylbLG.¹⁴⁹³ Hingegen beschränkt § 1 a II – IV AsylbLG die Leistungen nach § 4 zwar nicht, schließt jedoch grundsätzlich die Ansprüche nach §§ 2,3, und 6 AsylbLG aus. Dies hat zu Folge, dass die gem. § 6 AsylbLG mögliche Ausweitung der Gesundheitsleistungen auf „unerlässliche“ ausscheidet. Diese Begrenzung der Gesundheitsversorgung trifft auch minderjährige Kinder, denn ihnen wird das aufenthaltsrechtliche Fehlverhalten der Eltern nach § 1 Nr.6 AsylbLG zugerechnet.

Der Gesetzgeber hat in der Neuregelung des AsylbLG¹⁴⁹⁴, die am 1.3.2015 in Kraft getreten ist¹⁴⁹⁵, an der in §§ 4, 6 AsylbLG angeordneten medizinischen Notversorgung trotz vielfach geäußelter Kritik¹⁴⁹⁶, festgehalten. Eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Anpassung der Vorschrift wurde damit als nicht notwendig erachtet. Hingegen wurde jüngst sogar eine Verschärfung mit dem Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015 eingeführt.¹⁴⁹⁷ Fraglich ist insbesondere, ob diese Normen, verfassungsrechtlichen Anforderungen standhalten. Die Leistungskürzungen werden insbesondere mit dem nur vorübergehenden Aufenthalt des Anspruchsberechtigten begründet.¹⁴⁹⁸ Das BVerfG meint zwar, dass es „dem Gesetzgeber nicht verwehrt sei, Art und Umfang von Sozialleistungen an Ausländer grundsätzlich von der voraussichtlichen Dauer ihres Aufenthaltes in Deutschland abhängig zu machen“.¹⁴⁹⁹ Allerdings wird zurecht kritisiert, dass ein empirischer Nachweis fehle, warum der stark eingeschränkte gesundheitliche Schutz auf Symptombehandlungen und die Behandlung von Akuterkrankungen aus den Eigenheiten der Personengruppe zu erklären und deshalb zu beschränken wäre.¹⁵⁰⁰ Art und Ausmaß der Anspruchsbeschränkungen sind vom Gesetzgeber im Hinblick auf den gesundheitlichen Bedarf nicht nachvollziehbar festgestellt oder

1493 S. hierzu *Rixen*, NVwZ 2015, S. 1640. Er merkt hierzu an, dass die Minimalversorgung des § 4 AsylbLG in zeitlicher Hinsicht weiter zugespitzt werde: „denn jede Behandlung, die nicht bis zur Ausreise bzw. bis zur Abschiebung vollendet werden kann (und die über die Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände hinausgeht) ausgeschlossen ist.“

1494 Das AsylbLG unterlag einer verfassungskonformen Überarbeitung unter den Vorgaben des BVerfG; Urteil vom 18. Juli 2012 (1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11).

1495 Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetz und des Sozialgesetzes vom 10.12.2014 (BGBl. I 2014, S. 2187).

1496 S. *Janda*, ZAR 2013, S. 275; *Eichenhofer*, ZAR, 2013, S. 169.; *Born*, Europa und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Leistungen für Asylbewerber; *Mahler*, *Follmar-Otto*, ZAR 2011, S. 378-384; Die reduzierten Leistungen wurden wiederholt von der Bundesärztekammer kritisiert, da sie vor allem dem ärztlichen Gleichbehandlungsauftrag zuwiderlaufe; s. dazu *Misbach/Bartholome/Groß*, Integration in die Regelversorgung, in: Falge/Fischer-Lescono/Sievekling (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, S. 84.

1497 BGBl. I 2015, 1722.

1498 Vgl. BT-Drs. 12/5008, S. 15.

1499 BVerfGE 116, 229 (239) = NVwZ 2007, S. 436 Rn.44

1500 *Eichenhofer*, ZAR, 2013, S. 169.

bemessen worden und genügen demnach nicht den Anforderungen des BVerfG. Insbesondere für Kinder sind die medizinischen Leistungen unter dem AsylbLG als unzureichend zu bewerten. Da diese für die irreguläre Aufenthaltssituation nicht verantwortlich gemacht werden können und besonders schutzbedürftig sind (vgl. § 24 Abs.2 KRK) müssen sie die gleichen medizinischen Leistungen erhalten wie Kinder, die im Leistungsbezug von SGB XII sind.¹⁵⁰¹

Das Infektionsschutzgesetz (nachfolgend IFSG)¹⁵⁰² bietet hingegen Wege einer auf dessen Anwendungsbereich begrenzten, anonymen medizinischen Versorgung. Sein Zweck und Ziel dient der Prävention der Verbreitung ansteckender Krankheiten. Nach § 19 Abs.1 S. 3 IFSG bieten die Gesundheitsämter bezüglich sexuell übertragbarer Krankheiten und Tuberkulose kostenlos Beratung und Untersuchung an oder stellen diese in Zusammenarbeit mit anderen medizinischen Einrichtungen sicher.¹⁵⁰³ Eine anonyme Behandlung ist allerdings ausdrücklich nur auf den Fall sexuell übertragbarer Krankheiten beschränkt (§ 19 Abs.1 S. 3 IfSG). Dieser gesetzliche Spielraum wurde in der Praxis des Kölner Gesundheitsamtes für die medizinische Versorgung von „Statuslosen“ genutzt, um eine auf das IfSG begrenzte medizinische Versorgung anzubieten und darüber hinaus in Zusammenarbeit mit zivilen Akteuren diese zu beraten und evtl. für eine ärztliche Behandlung zu vermitteln.¹⁵⁰⁴

4. Der faktische Zugang zum Recht auf Gesundheitsversorgung

Bestehen gesetzliche Regelungen, die Ansprüche auf eine Mindestversorgung gewährleisten, sind diese Leistungen meistens nur erreichbar, wenn damit die Aufdeckung des fehlenden Aufenthaltsstatus in Kauf genommen wird. Denn die Inanspruchnahme von Rechten auf Gesundheitsversorgung nach AsylbLG erfordert eine Identitätsklärung und damit die Preisgabe des Aufenthaltsstatus.

Der Genuss einer ärztlichen Behandlung erfordert zuvor die Beantragung eines Krankenscheins beim Sozialamt. Dieser Kontakt zu einer „öffentlichen

1501 So auch die Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (2013), *Follmar-Otto; Mahler*, S. 13.

1502 Dieses Gesetz wurde 2000 eingeführt, um dem Präventionsgedanken bei der Bekämpfung und Verhütung von Infektionskrankheiten Raum zu geben.

1503 Die Kosten werden aus öffentlichen Mitteln bestritten, wenn es keinen anderen Kostenträger gibt oder ein solcher zunächst nicht bekannt ist (§ 19 Abs.2).

1504 *Bommes/ Wilms*, Menschen ohne Papiere in Köln, S. 69 ff.

Stelle“ und damit die dortige Kenntniserlangung des illegalen Status löst die gesetzlich vorgeschriebene Datenübermittlungspflicht des § 87 Abs.2 AufenthG bzw. § 71 Abs.2 Nr. 2 SGB X aus.¹⁵⁰⁵ Dies hat die Meldung des illegalen Aufenthaltsstatus an die Ausländerbehörde zur Folge. Lediglich im Fall der Notfallbehandlung muss die notwendige medizinische Versorgung ohne vorherige Prüfung des Sozialamtes gewährt werden.¹⁵⁰⁶ Da in diesem Fall der Arzt bzw. zur Kostenerstattung die Krankenhausverwaltung als erstes Kontakt zum irregulären Migrant hat, kann der Übermittlungspflicht eine einschränkende gesetzliche Verwendungsregel i.S.v. § 88 Abs.1 und Abs.2 AufenthG entgegenstehen.¹⁵⁰⁷ Eine entgegenstehende Verwendungsregelung in diesem Sinne stellt § 203 StGB dar, der Geheimhaltungspflichten für Angehörige bestimmter Berufsgruppen statuiert und damit u.a. die ärztliche Schweigepflicht erfasst. Ferner sieht § 88 Abs. 2 AufenthG einen verlängerten Geheimnisschutz vor (Ausnahme: Gefährdung der öffentlichen Gesundheit, Konsum harter Drogen). Auch öffentliche Stellen (z.B. Sozialbehörden), die personenbezogene Daten von einem Schweigepflichtigen erhalten haben, dürfen diese nicht (an die Ausländerbehörden) übermitteln. Bisher bestanden unterschiedliche Rechtsauffassungen hinsichtlich der Frage, wie weit der Kreis der Schweigepflichtigen zu ziehen ist. Konkret war unklar, ob die Abrechnungsstellen der Krankenhausverwaltungen als berufsmäßig tätige Gehilfen des medizinischen Personals einbezogen sind oder nicht. Diese Auslegungsunsicherheit haben die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Aufenthaltsgesetz (Nr. 88.2.3. AVwV)¹⁵⁰⁸ zum Aufenthaltsgesetz 2009 ausdrücklich beseitigt, indem dort klargestellt wird, dass auch diese Abrechnungsstellen zum schweigepflichtigen Personenkreis gehören. Der Gesetzgeber hat hier dem Recht des Betroffenen auf Schutz seiner Daten Priorität vor der Übermittlungspflicht gem. § 87 Abs.2 AufenthG eingeräumt. Die Sperrwirkung der Übermittlungspflicht durch § 203 a StGB gilt aber nur für Notfallbehandlungen in Krankenhäusern (nachträgliche Kostenerstattung), nicht aber für ambulante Behandlungen durch niedergelassene Ärzte, da in diesem Fall zuvor Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz beim Sozialamt beantragt werden müssen. Problematisch war zunächst auch die

1505 Hierzu ausführlich achttes Kapitel I.

1506 Andererseits macht sich bei einem Notfall der nicht behandelnde Arzt wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 323c StGB) strafbar.

1507 § 88 Abs.1 AufenthG stellt klar, dass die Übermittlungspflicht nicht greift, wenn besondere gesetzliche Regelungen für die Verwendung der Personendaten des betroffenen Ausländers entgegenstehen.

1508 Diese sind Ende Oktober 2009 in Kraft getreten.

Übernahme der Gesundheitskosten in Notfällen. Der wackeligen Hilfskonstruktion eines Erstattungsanspruchs für die entstandenen Behandlungskosten gegenüber dem zuständigen Sozialamt über § 25 SGB XII analog wurde im Oktober 2013 vom Bundessozialgericht ein Riegel vorgeschoben. Das Gericht verneinte die analoge Anwendung des § 25 SGB XII für den Bereich des AsylbLG.¹⁵⁰⁹ Das dadurch entstandene Vakuum bei der Kostenerstattung, wurde mit der Neufassung des AsylbLG behoben, indem ein sog. Nothelferanspruch mit § 6a und 6b in das Gesetz zur Verbesserung der Versorgung der medizinischen Eilfälle aufgenommen wurde.¹⁵¹⁰

5. Der Umgang der Kommunen mit der rechtlich schwierigen Situation

In einigen deutschen Großstädten wird die Problematik der Gesundheitsversorgung von Migranten ohne Aufenthaltsstatus mittlerweile auch von der Politik gesehen und als öffentliche Aufgabe wahrgenommen. So steht im Koalitionsvertrag der Stadt Bremen zwischen SPD und Grüne die Vereinbarung, einen Lösungsansatz für die medizinische Versorgung von irregulären Menschen in Bremen zu suchen.¹⁵¹¹ Als Möglichkeit wurde eine „*Humanitäre Sprechstunde*“ in Anlehnung an das Frankfurter Modell entwickelt.¹⁵¹² Beim Gesundheitsamt der Stadt Frankfurt a.M. wird ein paralleles Basis-Versorgungsangebot außerhalb des regulären Systems für Menschen ohne Aufenthaltsrecht angeboten.¹⁵¹³ Dieses ist kostenlos und anonym und enthält an drei Wochentagen ärztlich geleitete Sprechstunden. Das Hilfsangebot enthält eine Basisversorgung mit speziellen Angeboten für Migranten, bei fachspezifischen Fragen kann hausintern an Ärzte oder im Fall einer bevorstehenden Entbindung an Krankenhäuser weitervermittelt werden. Problematisch ist weiterhin die anonymisierte fachärztliche und stationäre Überweisung. Die Abrechnung erfolgt

1509 BSG- Urteil v. 30.10.2013 – Az B7 AY2/12 R.

1510 S. zum Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes und des Sozialgesetzes v. 01. März 2015 die Gesetzesbegründung: Drs. 18/2592. Die neue Fassung des AsylbLG v. 24.10.2015 hat die Regelung unverändert übernommen.

1511 Im Koalitionsvertrag (17. Wahlperiode) S. 67 hieß es: „In Zusammenarbeit mit den Wohlfahrtsverbänden und kirchlichen Vereinen sowie dem Gesundheitsamt unterstützen wir Projekte, um die gesundheitliche Versorgung von Flüchtlingen ohne Aufenthaltsstatus zu verbessern.“

1512 Vgl. zum Frankfurter Modell abrufbar unter: <http://www.frankfurt.de/sixcms/detail.php?id=2999>.

1513 Die Finanzierungsgrundlage für die Kosten orientiert sich an der medizinischen Notversorgung von Obdachlosen sowie an den Kosten der medizinischen Versorgung für den Bedarf nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, vgl. *Schmidt*, Gesundheitliche Versorgung von Papierlosen in Deutschland, S. 77.

anonym über einen dafür angelegten Topf des Gesundheitsamts-Haushalts.¹⁵¹⁴ Zudem informiert ein offizieller Flyer des Amtes an den maßgeblichen Einrichtungen über die Versorgungsmöglichkeit, damit eine breite Öffentlichkeit hierfür entsteht.¹⁵¹⁵

Um eine umfassende Regelversorgung nach dem AsylbLG innerhalb des Gesundheitssystems für „sans papiers“ zu gewährleisten, wird in anderen Städten (z.B. Hamburg, Berlin) die Einführung eines „anonymisierten Krankenscheins“ diskutiert.¹⁵¹⁶ Dieser basiert auf dem Prinzip einer geschützten Vermittlung von Krankenscheinen und gestattet eine Kostenabrechnung von Gesundheitsleistungen beim Sozialamt, ohne die Identität des Migranten preisgeben zu müssen. Ausgestellt wird der Krankenschein von einer ärztlich geleiteten anerkannten Vergabestelle¹⁵¹⁷, die die Daten erhebt und die Bedürftigkeit prüft. Da der Kontakt, wie bei der Notfallbehandlung, zuerst über die Ärzte erfolgt, greift die ärztliche Schweigepflicht, so dass das Sozialamt über den verlängerten Geheimnisschutz von der Illegalität des Aufenthaltes keine Kenntnis erhält. Damit kann die Übermittlungspflicht des § 87 Abs.2 AufenthG elegant umgangen werden.

Ein weiteres Problem ist hier die Ungleichbehandlung in Bezug auf andere mittelbedürftige Menschen; denn es können nicht alle Personen ohne Krankenversicherung in das Modell integriert werden. Zum Beispiel findet auf Migranten aus den neuen EU-Ländern das AsylbLG keine Anwendung mehr; sie fallen damit aus dem Krankenversicherungsschutz, da sie sich in der Regel nicht illegal im Bundesgebiet aufhalten. Demzufolge schlägt *Misbach* ein Schutzsystem vor, das alle erfasst, die sich auf Dauer in Deutschland aufhalten und mittellos sind.¹⁵¹⁸ Auch *Frings* schlägt vor, dass die Schaffung eines abgekoppelten, voraussetzungslosen Systems notwendig wäre, um die Basisversorgung von irregulären Migranten zu sichern und um der Verpflichtung auf ein hohes

1514 S. hierzu: *Buschlinger*, Frankfurter Rundschau v. 3.6.2011, „Humanitäre Sprechstunde, Medizinische Sprechstunde für Illegale. Vgl. zur humanitären Sprechstunde in Wiesbaden: *Knipsel*, „Hilfe ohne Fragen“ bei Geldnot, Wiesbadener Kurier v. 18.02.2012.

1515 http://www.vielfalt-bewegt-frankfurt.de/sites/default/files/medien/downloads/intern/internationale_humanitaere_sprechstunde_gesundheitsamt_broschuere.pdf, abgerufen am 01.03.2013.

1516 *Misbach/ Bartholom/Groß*, in: Integration in die Regelversorgung, in: Falge/Fischer-Lescono/Sievekking (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, S. 83f.; s. auch *Schwab*, taz v. 13.12.2008, Anonymer Krankenschein, Ein Papier für Papierlose. Insbesondere auch der 113. Deutsche Ärztetag der Bundesärztekammer setzt sich für die Einführung eines anonymen Krankenscheins ein, vgl. Punkt V der Tagesordnung: Tätigkeitsbericht der Bundesärztekammer abrufbar: <http://www.bundesaerztekammer.de>.

1517 Die ärztliche Vergabestelle nimmt dann Aufgaben des Sozialamtes wahr, die auf der Basis eines Kooperationsvertrages geregelt werden. Vgl. *Misbach/Bartholome/Groß*, Integration in die Regelversorgung, in: Falge/Fischer-Lescono/Sievekking, Gesundheit in der Illegalität, S. 84.

1518 Ebenda, S. 84.

Gesundheitsschutzniveau für die gesamte Bevölkerung gerecht zu werden.¹⁵¹⁹ Die Versorgung von Menschen ohne Aufenthaltsrecht hängt jedoch momentan noch größtenteils von dem „Goodwill“ zivilgesellschaftlicher Initiativen und der kostenlosen Arbeit von Medizinern ab. Die Einlösung des Menschenrechts auf Gesundheit ist jedoch eine öffentliche Aufgabe und fordert den Staat in seiner Verantwortung.¹⁵²⁰ Inwieweit ist dieses Recht aber barrierefrei zu gewährleisten?

Inwieweit ist in diesem Fall die Kopplung des Leistungsverwaltungsrecht mit dem Ordnungsrecht aufzuheben?

1519 *Frings*, in: Falge/Fischer-Lescono/Sieveking (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, S. 159.

1520 Seit Gründung der Medizinischen Flüchtlingshilfe wird die Auseinandersetzung darüber geführt, ob die Übernahme einer eigentlich öffentlichen Aufgabe sinnvoll wäre. Aufgrund der prekären gesundheitlichen Situation der Migranten, fühlte sich die Initiative ethisch verpflichtet vorerst eine Notlösung zu schaffen, mit dem Ziel jedoch die medizinische Versorgung durch den öffentlichen Bereich zu erreichen. Vgl. *Schmidt*, *Gesundheitliche Versorgung von Papierlosen in Deutschland*, in: Falge u.a. (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, S. 63 u. S. 66.

6. Abschaffung der Übermittlungspflichten? – Vereinbarung der Übermittlungspflichten mit der Verfassung bzw. menschenrechtlichen Verpflichtungen?

Festzuhalten bleibt, dass einfachgesetzliche Ansprüche auf staatliche Leistungen bestehen, aber in den meisten Fällen nicht in Anspruch genommen werden, da aus der Angst vor Aufdeckung des fehlenden Aufenthaltsstatus die Vollziehung der Ausreisepflicht befürchtet wird. Festzuhalten ist auch, dass verfassungsrechtlich ein Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum besteht.

Dieses Menschenrecht ist in Notfällen gewährleistet. Das Problem der Datenübermittlungspflicht ist durch die Klarstellung in den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften gelöst worden.¹⁵²¹ Bei sonstiger medizinischer Basisversorgung, wie Krankenhausbehandlungen, Arztbesuche, Vorsorgeuntersuchungen, Schwangerenhilfe und Impfungen bleibt immer noch das Risiko der Aufdeckung des fehlenden Aufenthaltsstatus bestehen. Die Beantragung eines Krankenscheins nach § 4 AsylbG beim zuständigen Sozialamt löst die Übermittlungspflicht nach § 87 Abs.2 Nr. 1 AufenthG des illegalen Status aus. Leistungsrecht und Ordnungsrecht sind miteinander verknüpft. Wieder stehen sich Menschenrechte und Staatssouveränität in einem Spannungsverhältnis gegenüber. Die Frage ist, ob diese faktische Beeinträchtigung des Rechts durch die negativen Folgen der Übermittlungspflichten mit dem Verfassungsrecht vereinbar ist? Was nützt dem Kranken das Recht auf Gesundheitsfürsorge, wenn infolge der Inanspruchnahme des Rechts sogleich die vollziehbare Ausreisepflicht von Staats wegen durchgesetzt wird. Es nützt ihm insoweit, dass er im Fall ernstlich lebensbedrohlicher Erkrankung zumindest durch ein Abschiebehindernis nach § 60 Abs.4 oder § 60 a Abs.2 AufenthG in Deutschland Schutz finden kann¹⁵²² und dass in Notfällen eine relativ sichere Behandlung gewährleistet ist. Darüber hinaus steht dem Migranten ein Anspruch auf staatliche Leistungen nach dem AsylbG zu, solange er sich noch im Bundesgebiet aufhält.

¹⁵²¹ Nr. 88.2.3. AVwV. Allerdings wird von der zentralen Ethikkommission in einer veröffentlichten Stellungnahme bemängelt, dass diese Verwaltungsvorschrift, die die Anonymität der Betroffenen gegenüber den Ausländerbehörden sichern soll, faktisch kaum greife, da Ärzten, Pflegepersonal, Angestellten und Behördenmitarbeitern dieser Geheimnisschutz häufig nicht bekannt sei und Patienten damit rechnen müssten gemeldet zu werden. S. hierzu: Frankfurter Rundschau v. 3. Mai 2013, „Aus Angst nicht zum Arzt“.

¹⁵²² Nämlich dann, wenn die Möglichkeit fehlt, die Krankheit im Herkunftsstaat zu behandeln und die mangelnde ärztliche Versorgung dort zu einer erheblichen konkreten Gefahr für Leib und Leben führt oder wenn die Erkrankung eine Rückreise nicht zulässt, da eine „Transportunfähigkeit“ vorliegt.

Es stellt sich nun die Frage, ob es von Relevanz ist, dass der irreguläre Migrant diesen Ausschluss von Rechten durch sein Verhalten selbst zu vertreten hat. Oder gibt es Gründe, die für einen gewissen Schutz der risikolosen Inanspruchnahme dieser Rechte sprechen? Ist es ihm verfassungsrechtlich zumutbar, sein Recht auf Gesundheit in seinem Heimatstaat geltend zu machen? Die Mitteilungspflichten dienen der Staatssouveränität als interne Migrationskontrollen dazu, einer effektiven Einwanderungsgesetzgebung Geltung zu verschaffen und gesetzeswidrige Zustände zu beenden. Auch muss der Staat sich vor ungerechtfertigtem Leistungsbezug schützen. Denn die risikolose Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen kann „Gesundheitstourismus“ zur Folge haben.¹⁵²³ Von der menschenrechtlichen Verantwortung, die dem Staat sozusagen durch den faktischen Aufenthalt aufgezwungen wurde, kann er sich nur durch die ordnungsrechtliche Verweisung von seinem Territorium befreien.¹⁵²⁴

Jedoch muss das Problem differenziert betrachtet werden. Migranten ohne Aufenthaltsstatus nehmen durch ihr Vermeidungsverhalten Schaden an ihrer Gesundheit und gefährden in einigen Fällen auch die Gesundheit und das Leben Dritter. Es gibt besonders schutzbedürftige Gruppen, bei denen eine nicht gesicherte medizinische Gesundheitsversorgung humanitär nicht akzeptabel ist. Hierunter fallen insbesondere Kinder und Jugendliche. Wenn die Familie das für eine positive, körperliche und geistige Entwicklung ihres Kindes günstigem Umfeld nicht schaffen kann, trifft den Staat eine Schutzpflicht, die notwendigen Maßnahmen zu treffen. Kinder tragen für die aufenthaltsrechtliche Situation keine Verantwortung. So hat auch schon der Europäische Ausschuss für soziale Rechte mit Verweis auf die KRK den begrenzten Zugang zur medizinischen Versorgung in Frankreich (zeitlicher Aufenthaltsnachweis, ansonsten begrenzte Versorgung auf Notfälle) für sich illegal aufhaltende Kinder „als besonders schutzbedürftige Gruppe“ als eine Verletzung von Art. 17 ESC angesehen.¹⁵²⁵

Das gleiche gilt für werdende Mütter und Wöchnerinnen, auch hier muss der Staat besondere Vorkehrungen treffen, um insbesondere auch das ungeborene Leben bzw. das neugeborene Leben zu schützen.¹⁵²⁶ Insofern muss auch hier ein

1523 Dies war neben der Reduzierung der Kosten des Gesundheitssystems das Hauptargument in Spanien, den Zugang zum öffentlichen Gesundheitssystem für „sin papeles“ zu beschränken, vgl. hierzu: El País v. 30.8.2012, Salud en precario.

1524 Frings, in: Falge/Fischer-Lescono/Sievekling: Gesundheit in der Illegalität (Hrsg.), S. 148.

1525 FIDH v. Frankreich, s. weiter oben, S.88 ff.

1526 BVerfGE 39, 1. In seiner Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch befand das Gericht, dass die Schutzpflicht umfassend sei. Sie verbiete nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe, sondern geböte dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor das sich entwickelnde Leben

barrierefreier Zugang gewährleistet werden. Problematisch sind darüber hinaus ansteckende Krankheiten, da die Gesundheit Dritter gefährdet ist. Zudem kann die Vermeidung eines Arztbesuches im Fall von ernsthaft Kranken zu lebensbedrohlichen schwer zu kurierenden Krankheitszuständen führen. Im Fall des zu „späten“, aber dann unvermeidbaren Arztbesuches, können die vom Staat zu übernehmenden Kosten sich auf ein vielfaches steigern. Da den irregulären Migranten oft nicht möglich ist, Art und Schweregrad der Krankheit selbst zu diagnostizieren, spricht vieles dafür den Zugang zur Basisgesundheitsversorgung für alle, die sich längerfristig auf dem nationalen Territorium aufhalten, zu öffnen, ohne dass in diesem Fall die Mitteilungsverpflichtung an die Ordnungsbehörden ausgelöst wird. Das Recht auf Gesundheitsfürsorge ist von so fundamentaler Bedeutung für das einzelne Individuum, das mit dem Recht auf Leben eng verbunden ist und damit auch die Menschenwürde an sich herausfordert, insbesondere wenn es die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern, von schwangeren Frauen und Schwerstkranken betrifft. Darüber hinaus ist auch zweifelhaft, ob die Übermittlungspflichten tatsächlich als Mittel zur Migrationskontrolle geeignet sind. Denn diese bewirken nicht, dass ausreisepflichtige Migranten sich den Behörden offenbaren, sondern verursachen lediglich, dass die Migranten jeglichen Kontakt zu staatlichen Stellen vermeiden und ihre Rechte nicht in Anspruch nehmen.¹⁵²⁷ Insbesondere kann hier auch die Aussage des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des AsylbLG herangezogen werden, dass sich das AsylbG nicht dienend zum Ordnungsrecht verhalten darf.¹⁵²⁸ Wenn das Recht auf das Existenzminimum gefährdet ist, dürfen Argumente der Migrationskontrolle keine Rolle mehr spielen. Diese Aussage betrifft jedoch erst mal nur die Leistungsreduzierung; es sagt noch nichts darüber aus, ob der irreguläre Migrant ein Recht auf anonyme bzw. risikolose Geltendmachung seiner Rechte hat. Dies erfordert von Seiten des Staates besondere Schutzvorkehrungen. Der Staat wäre verfassungsrechtlich verpflichtet eine barrierefreie Basisversorgung für alle auf seinem Staatsgebiet aufhaltenden bedürftigen Menschen zu schaffen.

zu stellen. Weiter heißt es, die Schutzverpflichtung des Staates müsse umso ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Werteordnung des Grundgesetzes sei. Verstärkend wirkt hier noch Art. 12 (2) der CEDAW.

¹⁵²⁷ Vgl. hierzu *Vogel*, „Illegaler Aufenthalt“, in: Thränhardt/ Hunger/ Uwe (Hrsg.), *Migration im Spannungsfeld von Globalisierung und Nationalstaat*, S. 161-179; s. auch den BMI-Prüfbericht, S. 14, verfügbar unter:

http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/151394/publicationFile/13641/Pruefbericht_Illegalitaet.pdf.

¹⁵²⁸ BVerfG vom 18. Juli 2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11.

Für eine Notfallversorgung sind diese Voraussetzungen gegeben. Denn hier besteht die Gefahr, dass das Leben des Menschen in Gefahr ist. Aber auch in anderen Krankheitsfällen sollte ein staatlich finanziertes System geschaffen werden, das eine Grundversorgung gewährleistet.¹⁵²⁹ Bei einem Kranken stehen immer die körperliche Unversehrtheit und das Leben auf dem Spiel, denn er kann in den meisten Fällen selbst nicht diagnostizieren woher die Krankheitssymptome herrühren.

Das Fallbeispiel der Gesundheitsversorgung für Menschen ohne Aufenthaltsrecht zeigt, wie schwierig die effektive Durchsetzung des Menschenrechts auf Gesundheit ist. Es stößt hier häufig an seine Grenzen. Insbesondere das deutsche beitragsfinanzierte Gesundheitssystem und die Verknüpfung von Leistungs- und Ordnungsrecht erfordern im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten zusätzliche staatliche Anstrengungen, eine anonyme bzw. risikolose / barrierefreie Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen zu organisieren und zu finanzieren. Aufgrund der prekären humanitären Situation sehen sich aber auch die staatlichen Stellen mehr in der Pflicht Verantwortung zu übernehmen. Die Versorgung wird als städtische Aufgabe wahrgenommen und als eine humanitäre Verpflichtung gesehen.¹⁵³⁰ Ansätze finden sich z.B. in der „humanitären Sprechstunde“ in Frankfurt a.M. Um den menschenrechtlichen Verpflichtungen und den verfassungsrechtlichen Anforderungen einer Basisversorgung gerecht zu werden, sollte dieser Ansatz insoweit ausgebaut werden, dass jedem kranken und mittellosen Menschen ein barrierefreier Zugang zur Grundversorgung ermöglicht wird.

7. Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten

Betrachtet man den Umgang anderer Nationalstaaten der EU mit der Problematik der Gesundheitsversorgung von irregulären Migranten, fällt recht unterschiedlich aus. In vielen EU-Staaten waren ordnungsrechtliche und sozialrechtliche Strukturen lange Zeit weitgehend voneinander getrennt, so dass der Zugang zur

¹⁵²⁹ Zurecht diskutiert *Buchner* in seinem Beitrag den Begriff „Notfall“ und merkt an, dass dieser nicht nur auf Unglücksfälle im engeren Sinne begrenzt werden müsse, sondern auch in einem weiten Sinne verstanden werden könne, namentlich etwa bei akut auftretenden Krankheiten oder sich verschlechternden Leiden, s. hierzu *Buchner*, *Gesundheit in der Illegalität – Zivilrechtliche Fragen im Arzt-Patienten-Verhältnis*, S. 138f.

¹⁵³⁰ *Frankfurter Rundschau* v. 3.6.2011 (Fn. 1461). So die Aussage der Gesundheitsdezernentin Rose-Lore Scholz (CDU) und des Sozialdezernenten Arne Goßmann (SPD).

medizinischen Versorgung relativ gut für irreguläre Migranten erreichbar war.¹⁵³¹ Erst mit der im Rahmen der europäischen Migrationspolitik einsetzenden Prioritätensetzung, die illegale Migration zu bekämpfen, wurden interne Migrationskontrollen zunehmend geschaffen, um illegale Migration zu vermindern. Die Zugangsmöglichkeiten zu wohlfahrtstaatlichen Leistungen wurden schrittweise eingeschränkt bzw. kontrolliert.¹⁵³² Was den Zugang zur Gesundheitsversorgung in den einzelnen Mitgliedstaaten für irreguläre Migranten anbelangt, gestaltet sich dieser sehr unterschiedlich und reicht von einer lediglich „Notfallversorgung“¹⁵³³ über eine Grundversorgung¹⁵³⁴ bis hin zu einer annähernd gleichberechtigten Gesundheitsversorgung¹⁵³⁵ mit den Bürgern des jeweiligen Staates.

Darüber hinaus variieren innerhalb der Mitgliedstaaten die Vorstellungen, inwieweit Leistungen erstattet werden müssen, ob weitere Voraussetzungen für die Inanspruchnahme vorliegen müssen (z.B. Nachweis einer bestimmten Aufenthaltsdauer oder Eintragung in ein Register), welche Leistungen eine Grundversorgung beinhalten sollten und ob spezifische Gruppen (z.B. Kinder in irregulärer Aufenthaltssituation) eine privilegierte Inanspruchnahme genießen.¹⁵³⁶ In Spanien war bisher das staatliche Gesundheitssystem für alle Menschen frei. Einzige Voraussetzung war die Einschreibung in das lokale Melderegister (*padròn*), das auch bedenkenlos für Migranten ohne Aufenthaltsstatus möglich war und die dadurch eine Gesundheitskarte erhielten. Seit dem 1. September 2012 ist unter der konservativen Regierung die kostenfreie Gesundheitsversorgung für „*sin papeles*“ aufgehoben worden, ausgenommen davon sind hingegen Minderjährige und Notfälle. Der Zugang zur staatlichen Gesundheitsversorgung wurde nun von der Bedingung abhängig gemacht, dass irreguläre Migranten eine Versicherung in Höhe von 59,- € bezahlen müssen. Einige Regionen Spaniens (Andalusien, Katalonien und das Baskenland) äußerten sich jedoch gegen diese neue Politik und gewähren weiterhin eine kostenlose medizinische

1531 Vgl. als Beispiel die Niederlande, hierzu: *Strik*, Zugang zu Sozialleistungen für Ausländer ohne Aufenthaltsgenehmigung: die Praxis in den Niederlanden, in: Falge u.a. (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, S. 109.

1532 Vgl. hier insbesondere die Entwicklungen in den Niederlanden. Hierzu ausführlich, *Strik*, ebenda, S. 109ff.

1533 Z.B. Österreich, Bulgarien, Zypern, Tschechische Republik, Dänemark, Estland, Finnland, Griechenland, Ungarn, Irland, Malta, Litauen, Lettland, Luxemburg, Slowakei, Polen, Rumänien, Slowenien und Schweden.

1534 Z.B. Großbritannien.

1535 Frankreich, Belgien, Italien, die Niederlande, Portugal und Spanien.

1536 Vgl. insgesamt zu dem Ländervergleich innerhalb der Mitgliedstaaten der EU die Studie der Grundrechteagentur, *Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union, a comparative report 2011*, S. 73ff.

Versorgung.¹⁵³⁷ Auch in Frankreich wird von den Behörden prinzipiell anerkannt, dass eine medizinische Versorgung für „sans-papiers“ notwendig ist.

Zusammenfassung

In Deutschland wurde und wird nach Lösungswegen gesucht, um den irregulären Migranten fundamentale Rechte zu garantieren.

Im Bereich der Bildung für Kinder und Jugendlichen wurden die Übermittlungspflichten eingeschränkt. Davon abgesehen lautet der Grundsatz aber immer noch: „Eine öffentliche Behörde muss den illegalen Aufenthaltsstatus übermitteln, wenn sie davon Kenntnis erlangt.“ Um diesen Grundsatz (Legalitätsprinzip) nicht zu erschüttern, stellen sich staatliche Institutionen lieber taub (der Aufenthaltsstatus wird nicht abgefragt) als die Übermittlungspflicht im Bereich weiterer fundamentaler Rechte einzuschränken. Eine Ausnahme besteht inzwischen im Bereich des Schulzugangs, der nach zähen Ringen durchgesetzt werden konnte. Aber auch hier wurde zuerst der Weg präferiert, dass der Aufenthaltsstatus nicht mehr bei der Registrierung offenbart werden muss.

Im Bereich des Rechts auf Gesundheit ist die Durchsetzung immer noch schwierig. Die Exekutive hat jedoch zumindest eine Sperrwirkung der Übermittlungspflicht über den verlängerten Geheimnisschutz des § 88 Abs.2 AufenthG in Fällen der Notfallbehandlung in Krankenhäusern bejaht. Mit dem Erlass des AVwV (Nr. 88.2.3) zum Aufenthaltsgesetz wurde klarstellt, dass auch die Abrechnungsstellen der Krankenhausverwaltungen zum schweigepflichtigen Personenkreis gehören. Damit wurden immerhin die Notfallbehandlungen in Krankenhäusern für sog. Illegale sichergestellt. In Bezug auf Kinder und Jugendliche, Schwangere und Wöchnerinnen müssen zusätzliche Wege gefunden werden, um eine anonyme risikolose Gesundheitsversorgung zu gewährleisten. Denn hier sind Übermittlungspflichten verfassungswidrig.

III. Möglichkeiten einer Harmonisierung auf Unionsebene?

Eine Kompetenzgrundlage zur Regelung der Rechte von sich illegal in der EU aufhaltenden Drittstaatsangehörigen, wie sie in Art. 79 Abs.2 lit. b) AEUV für

¹⁵³⁷ Migration u. Bevölkerung, Dezember 2012, S. 6.

Personen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, geregelt ist, besteht *expressis verbis* nicht. Maßnahmen, die die Rechte dieser Personengruppe regeln, könnten aber auf der Grundlage des Art. 79 Abs. 2 lit. c) AEUV erlassen werden, der insoweit offen formuliert ist und mit der Formulierung „einschließlich der Rückführung“ ausdrückt, dass es auch einen Regelungsbereich des so genannten illegalen Aufenthaltes außerhalb der Rückführung gibt.¹⁵³⁸ Bisher hat die Union jedoch noch keine Maßnahmen erlassen, die die Rechte der illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen auf Zugang zur Gesundheitsversorgung bzw. zu Bildungsleistungen in ihrer besonders prekären Aufenthaltssituation regeln würde. In Bezug auf Gesundheitsleistungen gibt es zwar die sog. Opferschutzrichtlinie,¹⁵³⁹ die in Artt. 7 und 9 Regelungen zur gesundheitlichen Versorgung enthält; die dort enthaltenen Rechte sind jedoch auf den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt und setzen zudem den Kontakt des „Opfers“ zu der maßgeblichen öffentlichen Stelle voraus, was wiederum die Gefahr der Abschiebung beinhaltet.

Darüber hinaus ergeben sich im Bereich der Gesundheitsversorgung und des allgemeinen Bildungszugangs nur sehr eingeschränkt allgemeine sozialpolitische Befugnisse zu gesetzgeberischen Handlungen auf Unionsebene. Für eine europäische Gesundheitspolitik wäre hier die Kompetenzgrundlage des Art. 168 AEUV einschlägig. Die Formulierung des Art. 168 Abs.1 Uabs.1 AEUV ist identisch mit dem Wortlaut des Art. 35 Abs.1 EuGRCH, wonach “bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt” werden soll. Ein hohes Gesundheitsniveau ist danach eine Querschnittsaufgabe, die in allen Politikbereichen zum Tragen kommen soll und ist insofern auch bei der Durchführung von Unionspolitiken und –maßnahmen im Bereich des Migrationsrechts sicherzustellen.¹⁵⁴⁰ Diese Verpflichtung erstreckt sich auch – unter Beachtung des Art. 35 EuGRCH - auf sich illegal aufhaltige Migranten.

Insgesamt ist das Tätigkeitsfeld der Union in diesem Bereich noch sehr begrenzt. Grundprinzip ist eine komplementär europäische Zuständigkeit.¹⁵⁴¹ Sie unterstützt die nationalen Gesundheitspolitiken, darf aber keine eigenen Ziele

1538 So auch *Tohidipur*, in: Falge; Fischer-Lescano; Sieveking (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, 190; aA *Bast*, *Arbeit in der Illegalität*, S. 78.

1539 RL 2004/81/EG vom 29.4.2004 über die Erteilung von Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren, ABl. 2004 Nr. L 261 /19.

1540 Vgl. hierzu auch *Tohidipur*, in: Falge; Fischer-Lescano; Sieveking (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, S. 189.

1541 Vgl. *Lurger*, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 2. Aufl., Art. 168, Rn. 38.

verfolgen. Die Organisation des Gesundheitswesens und die Art und Weise medizinischer Versorgung bleiben gemäß Art. 168 Abs.7 AEUV in dem Verantwortungsbereich der Mitgliedstaaten. Die Kompetenz der Union beschränkt sich gem. Art. 6 lit. a) AEUV – mit Ausnahme der Fälle des Art. 168 Abs. 4 AEUV¹⁵⁴² – auf die Durchführung von Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Hierzu gehört insbesondere im Hinblick auf die EU-grenzüberschreitende Migration der Erlass nach Art. 168 Abs.5 AEUV betreffend „Fördermaßnahmen zum Schutz und der Verbesserung der menschlichen Gesundheit sowie insbesondere zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten und Gesundheitsgefahren“. Dieses Tätigkeitsfeld ist jedoch der Union lediglich unter Ausschluss jeglicher Rechtsharmonisierung übertragen worden. Fördermaßnahmen können dabei auch einen verbindlichen Charakter haben und damit in den Rechtsformen des Art. 288 AEUV ergehen.¹⁵⁴³ Insgesamt bleibt das Harmonisierungspotential der Union jedoch gering, dieses könnte aber an Kraft gewinnen, wenn die Mitgliedstaaten das Thema der Rechtlosigkeit von Menschen ohne Aufenthaltsrecht auf die europäische Agenda heben würden. Denn der Ausschluss irregulärer Migranten von der Gesundheitsversorgung gefährdet nicht nur deren Gesundheit schwer, sondern birgt auch „schwere grenzüberschreitende Gesundheitsgefahren“ in sich, da insbesondere ansteckende Krankheiten sich EU-weit verbreiten können.

Bei den bildungspolitischen Handlungsbefugnissen bleibt die primäre Zuständigkeit und Verantwortung bei den EU-Mitgliedstaaten; es besteht ein ausdrückliches Harmonisierungsverbot für den Bildungssektor.¹⁵⁴⁴ Die Ziele der unionalen Tätigkeit werden für die allgemeine Bildung abschließend in Art. 165 Abs. 2 AEUV konkretisiert und die Ausgestaltung der Bildungspolitik ist auf eine Förderung, Unterstützung und Ergänzung unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung gerichtet (Art. 165 Abs.4, 1. Spstr. AEUV). Für die Einrichtung, Ausgestaltung und Organisation allgemein bildender Schulen sind nach der Kompetenzverteilung im Bildungsbereich prinzipiell die Mitgliedstaaten zuständig. Demgegenüber ist aber die Union nach Art. 14 Abs.1 1. Alt EuGRCH

1542 Einzig für die Maßnahmen nach Art. 168 Abs. 4 lit. a) bis c) AEUV ist der Union eine geteilte Kompetenz eingeräumt.

1543 *Kingreen*, in: Callies; Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., Art. 168, Rn. 15; *Vedder*; in: Vedder; Heintschel von Heinegg, 1. Aufl., Art. 168 Rn. 7; a.A. S. *Lurger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 168, Rn. 44.

1544 S. Art. 165 Abs.4 AEUV.

dem Recht auf Bildung u.a. in seiner teilhaberechtlichen Funktion, nämlich dem Recht auf freie, nicht diskriminierenden Zugang zu vorhandenen Bildungseinrichtungen, verpflichtet. Es stellt sich die Frage, ob die Union zur Gewährleistung dieses Rechts – überhaupt in der Lage ist. Nach der Kompetenzverteilung des Art. 165 Abs.2 AEUV obliegt die Organisation eines diskriminierungsfreien Zugangs für Kinder - auch in illegaler Aufenthaltssituation - zu Bildungseinrichtungen grundsätzlich der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Die Union darf hier nur unterstützend bzw. ergänzend tätig werden. Denkbar wären als unterstützende Aktivitäten der Union z.B. Förderprogramme, die die allgemeine Bildung von Drittstaatsangehörigen in der EU zum Thema haben.¹⁵⁴⁵

In Bezug auf die Umsetzung des Rechts auf eine Elementarbildung in seiner leistungsrechtlichen Funktion (Art. 14 Abs.2 EuGRCH), findet man im Rahmen des Art. 165 AEUV keine Kompetenz der EU. Auf den zweiten Entwurf des Grundrechtekonvents, der auch das Recht auf unentgeltliche Teilnahme am Pflichtunterricht besonders erwähnte, reagierten die britischen Delegierten mit der Aussprache, dass einem Recht auf Bildung, so wie es formuliert sei, keine Kompetenz der Union in den Verträgen gegenüberstehe.¹⁵⁴⁶ Der Garantie eines „Rechts auf Bildung“ als Unionsgrundrecht mit leistungsrechtlicher Komponente stehen keine entsprechenden Befugnisse der Union zur Gewährleistung dieses Rechts gegenüber.¹⁵⁴⁷ Auch hat in der Rechtsprechungspraxis des EuGH bisher das Recht auf Elementarunterricht nur eine untergeordnete Rolle gespielt.¹⁵⁴⁸

Nicht zu unterschätzen ist jedoch die Wirkung der Charta-Grundrechte in ihrer symbolischen Dimension. Aus der Verpflichtung zur Gewährleistung dieser Rechte können die Unionsorgane sich berufen fühlen, vorhandene Rechtsgrundlagen extensiver auszulegen oder bestimmte Themen bzw. Aktivitäten in einzelnen Politikbereichen anzustoßen bzw. zu intensivieren.

1545 *Große Wentrup* weist darauf hin, dass der Rat aufgrund seiner Kompetenz aus Art. 149 EGV (nun Art. 169 AEUV) Förderprogramme im Bereich der schulischen und außerschulischen allgemeinen Bildung erlassen habe. Ein Förderprogramm war z.B. das Aktionsprogramm „Yes“ zur Förderung der Bildung von Jugendlichen, Beschluss 1031/2000/EG, ABl. Nr. L 117 v. 18.05.2000, S.1. S. hierzu *Große Wentrup*, Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, 14.

1546 *Bernsdorff/Borosky*, Protokolle, S. 224f. S. hierzu auch: *Stefek*, Das Recht auf Bildung der Europäischen Gemeinschaft, S. 89.

1547 *Große Wentrup*, Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, S. 148.

1548 *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.). Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Art. 14, Rn.4.

Zusammenfassung in Thesen:

- (1) Das Menschenrechtsregime lässt die Souveränität des Staates (Kontrolle über Migrationsvorgänge) im Fall von „irregulären Migranten“ grundsätzlich unangetastet. Aus den Menschenrechtstexten ergibt sich kein generelles Recht der Migranten auf Einreise in ein Land ihrer Wahl und auf dortigen Aufenthalt. Die Staaten sind im Rahmen der völkerrechtlichen Bindungen frei darüber zu entscheiden, wem sie Zutritt zu ihrem Hoheitsgebiet gewähren und wen sie ab- bzw. ausweisen. Im Fall der irregulären Migration kann der Empfängerstaat seine Souveränität hinsichtlich der Einreise und des Aufenthalts nicht ausüben. Die Verpflichtung, den irregulären Migranten menschenrechtliche Mindeststandards zu gewähren, wird ihm sozusagen aufgezwungen. Das erzeugt erhebliche Spannungsfelder. Denn der Staat hat ein berechtigtes Interesse, die Verlässenspflicht ordnungsrechtlich durchzusetzen und sich damit auch seiner menschenrechtlichen Verantwortung wieder zu entziehen. Die entscheidende Frage ist, inwieweit die Vorgaben internationaler, europäischer, aber auch nationaler Menschenrechte die Souveränität eines Staates, in diesem Fall hinsichtlich der Kontrolle über die Zuwanderung in sein Hoheitsgebiet, beschränken können. Was müssen Staat und Staatsgemeinschaft menschenrechtlich mindestens gewährleisten?

- (2) Neben der teils begrenzten vertraglichen Bindung der universellen menschenrechtlichen Texte ist die mangelnde Einlassung auf deren konkrete rechtliche, d.h. einklagbare Verpflichtungen im Sinne eines Anspruchs, kennzeichnend.

- (3) Auf internationaler Ebene wurde die Problematik der rechtlichen Stellung von „irregulären Migranten“ wahrgenommen und in Form eines vorsichtig formulierten Rechtskatalogs explizit anerkannt (UNWAK). Es zeigt sich aber, dass die freiheitlich-demokratischen Rechtsstaaten der EU es bisher ablehnen, ihre Souveränität auf diesem Gebiet zugunsten der internationalen Ebene zu beschränken. Die rechtliche Behandlung irregulärer Migration soll eine innerstaatliche Angelegenheit bleiben. Die

UNWAK wurde daher von den EU-Staaten nicht als Menschenrechtsinstrument anerkannt.

- (4) Die Vorgaben der universellen und internationalen Menschenrechtssysteme sind hinsichtlich irregulärer Migrationsbewegungen vorsichtig formuliert und gewähren den Staaten einen großen Ermessensspielraum. Denn die Verantwortung für den Schutz der Menschenrechte des „irregulären Migranten“ trägt grundsätzlich der für ihn zuständige Staat, d.h. in der Regel sein Heimatstaat.
- (5) Eindeutig sind hingegen die Verpflichtungen der Staaten zum Schutz der Menschenwürde. Hierzu hat die menschenrechtliche Judikatur klarere Aussagen getroffen. So findet die aufenthaltsrechtliche Gestaltungsfreiheit der Staaten insbesondere ihre Grenze in der impliziten Garantie, einen Menschen nicht durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen einer erheblichen menschenrechtswidrigen Behandlung auszusetzen (Refoulementverbot). So können humanitäre Gründe im Fall einer schweren Erkrankung des irregulären Migranten gegen eine sofortige Beendigung seines illegalen Aufenthaltes sprechen (*D v. The UK*) Das Recht auf Familienschutz kann die Souveränität des Staates nur insoweit einschränken, als die Ausweisung eines irregulären Migranten eine besondere Härte für ihn bedeutet, namentlich die Trennung eines Kindes von seiner Mutter (*Rodrigues da Silva*). Die Maßstäbe des EGMR sind in dieser Hinsicht sehr streng, da ein berechtigtes Vertrauen in die Fortdauer des Aufenthaltes bei Familiengründung im irregulären Aufenthaltsstatus eines Familienmitgliedes grundsätzlich verneint wird. Der UN-Menschenrechtsausschuss hat dagegen im Fall *Winata* weniger restriktiv argumentiert. Inzwischen hat sich mit der UN-Individualbeschwerde ein weiteres wichtiges Menschenrechtsinstrument entwickelt, das im Bereich der Migration zu beachten ist.
- (6) Aufgrund des fehlenden Vertrauensschutz kann auch ein faktischer Anspruch (*fait accompli*) auf Zugehörigkeit zur Staatsgemeinschaft durch langjährige Anwesenheit auf dem Staatsgebiet im Fall der irregulären Aufenthaltssituation nicht entstehen (Art. 8 EMRK, entspr. Art. 2 I GG

i.V.m. Art. 8 EMRK). In diesem Fall sind aufgebaute und schutzwürdige familiäre Beziehungen nicht durch das Recht auf Privatleben geschützt, könnten hingegen bei Kindern und Jugendlichen i.S.d. Art. 8 EMRK vorsichtig fruchtbar gemacht werden.

- (7) Auch die Verantwortung des Staates, Personen in einer irregulären Aufenthaltssituation bestimmte soziale Leistungen aus menschenrechtlichen Gründen zu garantieren, ist grundsätzlich nur auf die Sicherung eines menschenwürdigen Lebens begrenzt. Sofern es sich jedoch um Kinder handelt, wird deren besondere Schutzbedürftigkeit, d.h. dem Kindeswohl, zunehmend Rechnung getragen (KRK, IPbpR, IPwsk, ESC). Insbesondere die KRK entwickelt sich zu einem immer effektiveren Schutzsystem für Kinder, auch für die in irregulärer Aufenthaltssituation.
- (8) Der prekären Gesundheitsversorgung irregulärer Migranten steht das generelle Recht auf Gesundheit gegenüber. Dieses ist unabhängig vom Aufenthaltsstatus zu gewährleisten. Den normativen Vorgaben steht das Problem der sehr unterschiedlich entwickelten Kontrollsysteme in den einzelnen Staaten gegenüber. Nicht eindeutig ist auch der Umfang des Anspruchs auf Gesundheitsleistungen. Der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hat in Auslegung des Art. 12 IPwsk bemerkt, dass die Staaten zumindest den Zugang zu einer „medizinischen Primär- und Notfallversorgung“ garantieren müssen. Nach der Rechtsprechung des EGMR lässt sich aus der EMRK wohl ein Leistungsanspruch ableiten, wenn das Recht auf Leben unmittelbar in Gefahr ist. Bemerkenswert ist, dass der „Europäische Ausschuss für Sozialrechte“ die Menschenwürde als fundamentale Grundlage positiver europäischer Menschenrechte als Begründung für die Anwendbarkeit einzelner sozialer Rechte der Europäischen Sozialcharta im Fall der „Illegalität“ herangezogen hat (*FIDH v. France*). Insbesondere die besondere Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen verpflichte den Staat zur Garantie grundlegender Rechte. Kindern und Jugendlichen sei (unabhängig vom Nachweis einer bestimmten Aufenthaltsdauer) eine voraussetzungslose Gesundheitsversorgung zu gewährleisten. Hingegen sind die staatlichen

Leistungspflichten gegenüber Erwachsenen geringer; eine Verweigerung jeglicher medizinischer Unterstützung ist jedoch nicht gerechtfertigt.

(9) Das Recht auf Bildung, das in einer Reihe von internationalen Menschenrechtsinstrumenten verankert ist, hat als Menschenrecht einen herausragenden Stellenwert. So gilt das Recht auf kostenlose Primarschulbildung (1. bis 6. Schuljahr) für alle Kinder, ungeachtet ihres aufenthaltsrechtlichen Status (Art. 28 I a) KRK; Art. 13 II lit.a) IPwsk; Art. 2 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK). Denn ohne elementare Bildung ist ein Leben in Würde heutzutage nicht möglich, zumindest gefährdet. Der Kernanspruch ist unmittelbar anwendbar und justiziabel. In dem Bereich des „höheren Schulwesens“ (Art. 13 II lit.b) IPwsk)) besteht lediglich eine progressive Erfüllungspflicht. Für Staaten, die bereits eine obligatorische und unentgeltliche Sekundarstufe eingeführt haben, bedeutet dies, dass auch auf dieser Bildungsstufe ein diskriminierungsfreier Zugang zu gewährt ist. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang der Art. 2 des ersten Zusatzprotokolls (ZP) zur EMRK. Die negative Formulierung - Niemand darf das Recht auf Bildung verwehrt werden – wird hier insoweit ausgelegt, dass ein Recht auf Teilnahme an den bestehenden staatlichen Bildungseinrichtungen besteht. Der EGMR hat die Verletzung des Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 2 1.ZP in einem speziellen Fall festgestellt (irregulärer Aufenthalt, aber langer legaler Voraufenthalt) und eine Ungleichbehandlung aufgrund des irregulären Aufenthaltsstatus als nicht gerechtfertigt angesehen (*Ponomaryovi v. Bulgarien*). Er stellt jedoch weiterhin fest, dass der Ermessensspielraum eines Staates bei der Erhebung von Gebühren für den Zugang zu Bildung mit steigendem Bildungsniveau höher wird.

(10) Schwierig bleibt die Frage der Durchsetzbarkeit der Menschenrechte, deren Antwort in den Menschenrechtsnormen abstrakt bleibt. In Bezug auf den Schulzugang für Kinder wird der UN-Sozialausschuss konkreter (z.B. keine Vorlage der Geburtsurkunde bei Schulanmeldung, wenn dadurch der Schulzugang verhindert wird).

- (11) Auf nationaler verfassungsrechtlicher Ebene besteht die übernommene Garantie eines menschenwürdigen Lebens für den Staat fort. Deren Definition und Auslegung kann für den konkreten Einzelfall jedoch immense Schwierigkeiten bedeuten. Das Gebot des Schutzes der Menschenwürde trifft zahlreiche Dimensionen menschlichen Lebens. Die Anerkennung des Rechts auf Leben als Basis und Verwirklichungsbedingung der Menschenwürde, die Anerkennung der Rechtssubjektivierung der Menschen und ihrer prinzipiellen Gleichheit, das Recht auf autonome Selbstentfaltung, das Recht auf ein Mindestmaß an physischen und sozio-kulturellen Existenzminimums als Sicherung eines menschenwürdigen Daseins, das Recht auf geistig-seelische und körperliche Integrität, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, als Anerkennung einer höchstpersönlichen Privatsphäre, das Recht auf minimale Achtung und letztendlich das Verbot der Folter. Insofern gelten die Freiheitsrechte grundsätzlich auch für sich unrechtmäßig im deutschen Staatsgebiet aufhaltende Migranten. Die rechtlichen Gewährleistungen des Art. 2 Abs.1 GG bestehen nur innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken. Eingriffe sind hingegen rechtfertigungsbedürftig.
- (12) Das BVerfG hat das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen physischen und sozio-kulturellen Existenzminimums als Menschenrecht bezeichnet und daher die Instrumentalisierung des Leistungsrechts für Migranten durch deren Herausnahme aus dem System des Sozialrechts für ausländerpolizeiliche Zwecke als Widerspruch zum Menschenwürdegrundsatz angesehen. Auch für den „irregulären Migranten“ besteht ein Anspruch auf ein nach seinem persönlichen Bedarf zu ermittelndes Existenzminimum. Die Feststellung der persönlichen Situation des irregulären Migranten ist jedoch hier höchst problematisch, da sie eine Offenbarung seines Aufenthaltsstatus voraussetzt. So hängt in diesen Fällen eine effektive Geltendmachung von Menschenrechtsnormen in der Regel davon ab, ob ein barrierefreier, relativ sicherer Zugang gewährleistet ist und evtl. durch zusätzliche staatliche Aktivitäten (z.B. Informationspflichten) erreichbar ist. Dies kann nur in den Fällen angenommen werden, wo die betroffenen Schutzgüter existenziell gefährdet

sind oder besondere Gruppen (wie Kinder, ungeborenes Leben) besonders geschützt werden müssen.

- (13) Das Spannungsverhältnis zwischen menschenrechtlichen Leistungspflichten und staatlicher Migrationskontrolle wurde in Deutschland auf staatlicher Ebene lange Zeit allein zugunsten des staatlichen Kontrollanspruchs gelöst. Insbesondere die ausländerrechtlich vorgeschriebene Pflicht öffentlicher Stellen, die Kenntniserlangung eines illegalen Aufenthaltes den entsprechenden Behörden unmittelbar zu übermitteln, führte zum faktischen Ausschluss der Inanspruchnahme von grundlegenden Rechten. Äußerst schwierige Lebensrealitäten von sich illegal aufhaltenden Menschen wurden nicht als menschenrechtliches Problem wahrgenommen. Argumentiert wurde staatlicherseits, dass der sog. Illegale den Ausschluss von Rechten durch sein Verhalten selbst zu vertreten habe. Diese Argumentation muss jedoch differenziert betrachtet werden. Gründe für einen gewissen Schutz der risikolosen bzw. barrierefreien Inanspruchnahme fundamentaler Rechte sprechen – in Einklang mit den völkerrechtlichen Vorgaben - für die Personengruppe der Minderjährigen, da diese für ihren Aufenthaltsstatus nicht verantwortlich gemacht werden dürfen. Der Zugang zur staatlich gewährleisteten Bildung und der Gesundheitsversorgung ist für mittellose Minderjährige „barrierefrei“ und kostenlos zu gewährleisten. Die Rechtslage bzgl. der Beschulung irregulärer Migranten war höchst umstritten. Das einfachgesetzliche Schulrecht der einzelnen Bundesländer und deren landesrechtliche Praxis differenzierten erheblich in der Frage, ob dem Kind ein Recht auf Beschulung zusteht bzw. der Schulpflicht unterliegt. Der Streit um die Auslegung des in einigen Schulgesetzen maßgeblichen Tatbestandmerkmals des „gewöhnlichen Aufenthaltes“ zeigt exemplarisch, dass sehr unterschiedliche Verständnisse bestehen, inwiefern Menschenrechte konkret Geltung beanspruchen sollten. Das Recht auf die Gewährung eines Existenzminimums erfordert zudem, dass für Erwachsene in irregulärer Aufenthaltssituation der Zugang zur Gesundheitsversorgung für Notfälle und Basisversorgung gesichert und barrierefrei ist. In Bezug auf Kinder und Jugendliche, Schwangere und Wöchnerinnen müssen zusätzliche Wege gefunden werden, um eine anonyme risikolose Gesundheitsversorgung zu gewährleisten. Denn hier sind

Übermittlungspflichten zu Lasten dieser schutzbedürftigen Personen verfassungswidrig.

(14) Insbesondere dank zivilgesellschaftlichen Engagements wurde die damalige menschenrechtswidrige Situation korrigiert und rechtliche Klarstellungen erreicht. Vor allem wurden nach zähen Ringen die staatlichen Bildungseinrichtungen aus den Mitteilungspflichten herausgenommen und über Verwaltungsvorschriften eine gesundheitliche Notfallversorgung gesichert. Das Spannungsverhältnis bleibt hingegen beim Zugang zur gesundheitlichen Basisversorgung bestehen, der den irregulären Migranten aufgrund der behördlichen Informationspflichten praktisch versperrt bleibt.

(15) Die gesundheitliche Versorgung von Menschen ohne Aufenthaltsrecht in Deutschland hängt derzeit noch größtenteils von dem „Goodwill“ zivilgesellschaftlicher Initiativen ab, insbesondere von der ehrenamtlichen, unentgeltlichen Tätigkeit von Mediziner:innen. Aufgrund der prekären humanitären Situation der „Illegalen“ sehen sich aber auch staatliche und kommunale Stellen immer mehr in der Pflicht, helfend tätig zu werden, jedoch lediglich als eine humanitäre Verpflichtung. Von Seiten der ordnungsrechtlichen Behörden wird inzwischen auf eine gezielte Kontrolle dieser humanitären Aktivitäten verzichtet. Die Übermittlungspflichten als Instrument der Einwanderungskontrolle sind deshalb im Fall der medizinischen Grundversorgung nicht geeignet, zumindest fragwürdig; denn die Folge ist nicht die Aufdeckung des irregulären Migranten, sondern die Nichtgeltendmachung und -durchsetzung seines Anspruchs auf staatliche Leistungen nach dem AsylbLG.

(16) Ist der Weg zu staatlichen Einrichtungen grundsätzlich versperrt, verbleibt dem irregulären Migranten nur der Kontakt zu nichtstaatlichen Akteuren; denn hier bestehen grundsätzlich keine Übermittlungspflichten. Jedoch handelt es sich hierbei um eine „verbotene Beziehung“, wenn das Handeln des Dritten den illegalen Aufenthalt objektiv fördert oder erleichtert. In diesem Fall besteht die Gefahr der Strafsanktionierung. Für die ärztliche Behandlung wurde in den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften in

Verbindung mit § 203 StGB klargestellt, dass Ärzte sich bei der Behandlung von irregulären Migranten nicht strafbar machen. Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber eine Humanitätsklausel, wie sie die Richtlinie 2002/90/EG ermöglicht, nicht in das AufenthG aufgenommen. Der BGH hat hingegen im Bereich Beherbergung und Lebensunterhaltssicherung im strafrechtlichen Sinne entschieden und eine Ausnahme nur zugelassen, wenn die Hilfeleistung eine Unterbringung des „Irregulären“ in menschenunwürdigen Verhältnissen verhindert.

(17) Private Personen (insbesondere Arbeitgeber und Beförderungsunternehmen) werden unter Androhung von Sanktionen zunehmend bei der staatlichen Aufgabenbewältigung im Bereich der Migrationskontrolle einbezogen. Dadurch sollen den potentiellen irregulären Migranten die wichtigsten privaten Beförderungsmittel zur Einreise in das Bundesgebiet sowie der Zugang zum Arbeitsmarkt versperrt sein.

(18) Als Antwort auf irreguläre Migration haben die EU und die Mitgliedstaaten ein komplexes mehrstufiges System zu deren Bekämpfung geschaffen. Die einzelnen Maßnahmen knüpfen dabei unter Berücksichtigung einer Vielzahl von Interessen zunehmend an andere Politikfelder an. So wird durch eine Verlagerung der Migrationskontrolle auf Drittstaaten versucht, die menschenrechtliche Verantwortung und Verpflichtungen für die Zuflucht suchenden Drittstaatsangehörigen zu vermeiden. Dem Verständnis des „rechtsfreien Raum“ wurde bei der Frage der exterritorialen Geltung des Refoulement-Verbots durch die Entscheidung „*Hirsi Jamaa*“ des EGMR ein Riegel vorgeschoben, wenn staatliche Hoheitsbefugnisse auf Hoher See durch die Mitgliedstaaten bzw. Frontex ausgeübt werden.

(19) Staatliche Maßnahmen zur Verhinderung illegaler Migration können bei Grenzkontrollen ferner an Kriterien, wie „äußeres Erscheinungsbild“ oder „Herkunftsland“, anknüpfen, die aus menschenrechtlicher Sicht bedenklich sind. Insbesondere in Hinsicht auf das Diskriminierungsverbot sind Maßnahmen des „racial bzw. ethnic profiling“ bei Personenkontrollen rechtswidrig. Ein ähnliches Risiko besteht bei der Visa-Erteilungspraxis

oder bei Maßnahmen in Bezug auf die Verhinderung von Scheinehen. Maßnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs legaler Einwanderungskanäle kann zur Gefährdung von Grundrechten legaler Migranten führen und hat in den vergangenen Jahren zu einer Vielzahl von restriktiven Regelungen geführt, die Drittstaatsangehörige allgemein betreffen.

(20) Die Arbeitgebersanktionsrichtlinie hingegen gewährt dem illegal beschäftigten irregulären Drittstaatsangehörigen Rechte. Dies jedoch vordergründig nicht, weil sie schutzwürdig sind, sondern als Mittel zur Bekämpfung illegaler Migration. Die Problematik der Durchsetzbarkeit der Rechte in der Arbeit wird nur schwach gelöst. Es bleibt abzuwarten, inwieweit der EuGH berufen ist, über die individuellen Garantien von irregulären Migranten, durch die Aufladung der Regelungen der Richtlinie mit Grundrechtsgehalten der EuGRCH, zu urteilen und diese evtl. eine Stärkung erfahren.

(21) Da die Akzeptanz irregulärer Migration durch einen EU-Mitgliedsstaat Auswirkungen auf andere Mitgliedstaaten haben kann, wird die Migrationspolitik zunehmend auf europäischer Ebene geregelt. Gleichzeitig entwickeln sich durch diesen Prozess europäische Mindeststandards. Die Verhandlungen hierzu haben sich äußerst schwierig gestaltet, weil die Nationalstaaten zunächst nur einheitliche technische Regelungen zur Rückführung der irregulären Migranten anstrebten. Das Austarieren menschenrechtlicher Standards soll innerstaatliche Angelegenheit bleiben und nicht durch europäische Gerichte ausgestaltet werden. Das Ergebnis der Verhandlungen war die umstrittene Rückführungs-Richtlinie. Die Kernaussage dieser Richtlinie lautet: Mitgliedstaaten sollen den unberechtigten Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet nicht hinnehmen, sondern regeln. Sich illegal aufhaltende Migranten sind in ihre Heimatländer zurückzuführen, wenn nicht eine Ausnahme zuzulassen ist. Legalisierungen werden hingegen nicht verboten. Die Richtlinie bleibt in Bezug auf die fundamentalen Rechte von „untergetauchten“ irregulären Migranten vage und offen. Dennoch ist zu erwarten, dass mit Hilfe der Rechtsprechung des EuGH die individuellen Garantien von Drittstaatsangehörigen ohne

Aufenthaltsrecht durch die Anwendung der EuGRCH als Mindestmaßstab schrittweise herausgeschält werden.

(22) Rückübernahmeabkommen bzw. Vereinbarungen mit Rückführungselementen mit Drittstaaten, die sowohl auf europäischer als auch auf bilateraler Ebene möglich sind, dienen dazu, die Souveränität der Staaten wieder herzustellen, in dem der irreguläre Aufenthalt erfolgreich beendet werden kann. Hierbei muss unterschieden werden zwischen Migranten, die nach einem illegalen Aufenthalt im Inland wieder zurückgeführt werden sollen und Migranten, die im grenznahen Bereich aufgegriffen wurden. In letzterem Fall können beschleunigte Rückführungsverfahren den Zugang zu Menschenrechten versperren, wenn Umstände bestehen, die eine Überprüfung des Vorbringens eines Zurückweisungsverbotes erheblich erschweren. Inwieweit menschenrechtliche Schutzmechanismen in Rückführungsvereinbarungen implementiert oder rein technischer Natur bleiben sollen, wird unterschiedlich gesehen. Dabei können die Europäischen Rückübernahmeabkommen im Vergleich zu bilateralen Vereinbarungen in den meisten Fällen einen höheren Standard hinsichtlich menschenrechtlichen Schutzes bieten.

(23) Hingegen sind die nationalen Rechtsvorgaben und Politiken innerhalb der EU, insbesondere was die Regularisierung des irregulären Aufenthaltes und der Sicherung der sozialen Leistungsrechte anbelangt, z.T. noch sehr unterschiedlich. Diese Differenzen veranschaulichen, dass es verschiedene Betrachtungsweisen und Argumente gibt, mit dem Phänomen des illegalen Aufenthaltes von Migranten umzugehen. Rechtstradition und die wohlstaatliche Struktur geben dabei die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten maßgeblich vor.

(24) Mit dem deutschen Instrument der Duldung besteht ein rechtliches Instrument, den illegalen Aufenthalt eines ausreisepflichtigen Migranten, dessen Ausreise schwere Hindernisse entgegenstehen, zu formalisieren und bei nachfolgender gelungener Integration zu legalisieren. Mit der stichtagsunabhängigen Altfallregelung des § 25b Abs.1 AufenthG werden

neben wirtschaftlichen Integrationsleistungen nun auch die soziokulturelle Integration belohnt. Auf europäischer Ebene ist ein Recht auf Legalisierung des illegalen Aufenthalts hingegen nur rudimentär geregelt. Sowohl die Opferschutzrichtlinie als auch die Arbeitgebersanktionsrichtlinie sehen eine befristete Aufenthaltserlaubnis entsprechend der Dauer eines Strafverfahrens im Einzelfall vor. Hingegen verbietet die Rückführungsrichtlinie nicht die Legalisierung des illegalen Aufenthaltsstatus.

(25) Das Recht auf Schutz der Familie bietet für irreguläre Migranten derzeit den wichtigsten Weg zur Regularisierung ihres illegalen Aufenthaltes. Zur Vermeidung von Missbrauch dieses Weges sind restriktive migrationsrechtliche Regelungen geschaffen worden, die alle Migranten betreffen und ggf. ihre Rechte beeinträchtigen können. Wenn es um den rechtlichen Status von sich illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen geht, die mit Unionsbürgern in familiärer bzw. partnerschaftlicher Beziehung leben, wurde das nationale Ausländerrecht insbesondere durch die EuGH-Rechtsprechung in wesentlichen Teilen zu Gunsten dieser Personen modifiziert. Diese Familiennachzugsregeln sind echte Rechte für die nachzugsberechtigten drittstaatsangehörigen Familienmitglieder von Unionsbürger, die ihre Unionsbürgerrechte ausgeübt haben. Der Freizügigkeitsgedanke spielt dabei nicht mehr allein die ausschlaggebende Rolle, sondern vielmehr auch der Schutz der Grundrechte, insbesondere der Schutz der Familie (Art. 8 EMRK).

(26) Wenn es um die aufenthaltsrechtliche Situation von minderjährigen Unionsbürgern geht, ist der EuGH in seiner Rechtsprechung noch großzügiger und trägt damit der besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern und Jugendlichen Rechnung (vgl. auch Art. 24 EuGRC).

LITERATURVERZEICHNIS

Acierno, Silvia, The Carpenter Judgement: fundamental rights and the limits of the Community legal order, 28 European Law Review (EL Rev.) 2003, S. 398ff.

Aguilera Izquierdo, Raquel, El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral, RMTAS, Madrid 2006, S. 175ff.

Aichele, Valentin, Anspruch auf Zugang zu medizinischer Versorgung: Das Recht auf Gesundheit nach dem UN-Sozialpakt, in: Falge, Christiane; Fischer, Andreas; Sieveking, Klaus (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, Rechte von Menschen ohne Aufenthaltsstatus, Baden-Baden 2009.

Aichele, Valentin: Ein Meilenstein für die Unteilbarkeit: Das neue Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“, in: Vereinte Nationen (2009) 2, S. 72ff.

Alber, Siegfried; Schneider, Lothar: Gewitterwolken über den Ausländergesetz, DÖV 2004, S. 313ff.

Allenberg, Nele: Schulbesuch von Kindern und Jugendlichen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität, in: Barwig, Klaus; Beichel-Benedetti, Stephan; Brinkmann, Gisbert (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2010, Baden-Baden 2011.

Allenberg, Nele; Küblbeck, Eva: Rückführungsmonitoring, ZAR 2011, S. 304ff.

Alleweldt, Ralf, Schutz vor Folter, Terrorismus, Zusicherung menschenwürdiger Behandlung: das Chahal-Urteil des EGMR, NVwZ 1997, S. 1079ff.

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.

Alscher, Stefan; Münz, Rainer; Özcan, Veysel: Illegal anwesende und illegal beschäftigte Ausländerinnen und Ausländer in Berlin. Lebensverhältnisse, Problemlagen, Empfehlungen. Demographie aktuell Nr. 17, Berlin 2001: Humboldt-Universität.

Alt, Jörg, Illegal in Deutschland, Forschungsprojekt zur Lebenssituation „illegaler“ Migranten in Leipzig, Karlsruhe 1999.

Alt, Jörg; Fodor, Ralf: Rechtlos? Menschen ohne Papiere. Anregungen für eine Positionsbestimmung, Karlsruhe 2001.

Alt, Jörg, Leben in der Schattenwelt: Problemkomplex „illegale“ Migration, Karlsruhe 2003.

Alt, Jörg, Illegale Migration: Von Grüner und Blauer Grenze zur „Embedded

Migration“, ZAR 2004, S. 310ff.

Amnesty International (AI): Ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem und der Schutz der Menschenrechte, Darstellung und Empfehlungen, Februar 2009.

Anderson, Philip: „dass sie uns nicht vergessen...“ Menschen in der Illegalität in München, München 2003, verfügbar unter: http://www.gruene-muenchen-stadtrat.de/seiten/pdfs/studie_illegalität.pdf.

Arenas, Nuria: The EC Readmission Policy - Its consequences on the right to asylum and the principle on non-refoulement. Case Study: Spain / Africa: the so-called new Spanish Approach to Readmission of irregular migrants: the Agreements on Migratory Cooperation with the Sub - Saharan countries, Center of Migration Law Nijmegen 2008, verfügbar unter: www.ru.nl/publish/pages/550975/arenas-outline.pdf

Arendt, Hannah: Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: Die Wandlung 4/1949, S. 754ff.

Aurnhammer, Katharina: Spezielles Ausländerstrafrecht, Die Straftatbestände des Ausländergesetzes und des Asylverfahrensgesetzes. Eine vergleichende Untersuchung, Baden-Baden 1995.

Baldwin-Edwards, Martin; Kraler, Albert: International Centre for Migration Policy Development (ICMPD): Regularisation in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the European Union, Final Report, Wien 2009.

Bank, Roland: Das Verbot der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, in: Grote, Rainer; Maruhn, Thilo (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 1. Auflage, Tübingen 2006.

Barnard, Catherine: „Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw“, European Law Review (ELRev), Vol. 26 (1), 2001, S. 35ff.

Barrett, Gavin; Family Matters, European Community Law and third-country family members, Common Market Law Review 2003, S. 369ff.

Barriga, Stefan: Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Eine Analyse der Arbeiten im Konvent und kompetenzrechtlicher Fragen, Baden-Baden 2003.

Barwig, Klaus; Beichel-Benedetti, Stephan; Brinkmann, Gisbert (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2010, Baden-Baden 2011, S. 163ff.

Bast, Jürgen, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, Tübingen 2011.

Bast, Jürgen: Illegale Migration und die Rechte von illegalen Migrantinnen und Migranten als Regelungsgegenstände des Europarechts, in: Fischer-Lescano, Andreas; Kocher, Eva; Nassibi, Ghazaleh (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität, Frankfurt a. M. 2012.

Bauer, Ina, in: Bergmann, Jan; Dienelt, Klaus (Hrsg.): Ausländerrecht, 11. Auflage, München 2016.

Baumann, Mechthild, Der deutsche Fingerabdruck: Die Rolle der deutschen Bundesregierung bei der Europäisierung der Grenzpolitik, Baden-Baden 2006.

Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration: 9. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, Juni 2012, verfügbar unter:
http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/IB/2012-06-27-neunterlagebericht.pdf?__blob=publicationFile

Beiter, Klaus Dieter: The Protection of the Right to Education by International Law, Including a Systematic Analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Leiden Boston 2005

Benassi, Günther, Die Bedeutung der humanitären Aufenthaltsrechte des § 25 Abs.4 und 5 AufenthG im Lichte des Art. 8 EMRK, InfAuslR 2006, S. 397ff.

Bendel, Petra: Europäische Migrationspolitik: Ein stimmiges Bild?, in: Aus Politik und Zeitgeschichte: Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“, 2008, 35-36, S. 14ff.

Benhabib, Seyla: Die Rechte der Anderen: Ausländer, Migranten, Bürger, Bonn 2009.

Benz, Wolfgang: Umgang mit Flüchtlingen: Ein humanitäres Problem, München 2006.

Bernsdorff, Norbert; Borowsky, Martin: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Handreichungen und Sitzungsprotokolle, Baden Baden 2002.

Bernsdorff, Norbert, in: Meyer, Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden Baden 2014.

Bielefeldt, Heiner: Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat, Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Essay No. 1, Dezember 2004.

Bielefeldt, Heiner: Menschenrechte “irregulärer” Migrantinnen und Migranten, in: Alt, Jörg; Bommes, Michael (Hrsg.), Illegalität: Grenzen und Möglichkeiten der Migrationspolitik, Wiesbaden 2006, S. 81-93.

Bielefeldt, Heiner: Menschenwürde: Der Grund der Menschenrechte, Berlin 2008.

Billet, Carole, EC Readmission Agreements: A prime Instrument of the External Dimension of the EU’s Fight against Irregular Immigration. An Assessment After Ten Years of Practice, European Journal of Migration and Law (EJML) 12, 2010, S. 45ff.

Bigo, Didier; Guild, Elspeth, Controlling frontiers. Free movement into and within Europe, Ashgate 2005.

Black, Richard; Koser, Khalid; Munk, Karen; Atfield, Gaby; D'Onofrio, Lisa; Tiemoko, Richmond, Understanding Voluntary Return, UK Home Office Online Report 50/04, Sussex 2004.

Bleckmann, Albert: Das Nationalstaatsprinzip im Grundgesetz, DÖV 1988, S. 437ff.

Bleckmann, Albert: Staatsrecht II, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, Köln 1985.

Boeles, Pieter; Maarten den, Heijer; Lodder, Gerrie; Wouters, Kees: European Migration Law, Oxford 2010.

Bogusz, Barbara; Cholewinski, Ryszard; Cygan, Adam; Szyszczak, Erika: Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives, Leiden / Boston 2004.

Bommes, Michael: Migration und nationaler Wohlfahrtsstaat. Ein differenzierungstheoretischer Entwurf, Opladen/Wiesbaden 1999.

Bommes, Michael; Wilmes, Maren: Menschen ohne Papiere in Köln. Eine Studie im Auftrag des Rates der Stadt Köln, Osnabrück 2007.

Bommes, Michael: Migration und die Veränderung der Gesellschaft, Politik und Zeitgeschichte (APUZ): Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“, 58 (2008), H. 35/36, S. 20ff.

Bommes, Michael; Sciortino, Giuseppe: Foggy Social Structures: Irregular migration and the informal economy, Amsterdam 2011.

Bommes, Michael: Migration und Migrationsforschung in der modernen Gesellschaft. Eine Aufsatzsammlung, IMIS-Beiträge Heft 38 /2011.

Borowsky, Martin, in: Meyer, Jürgen; Bernsdorff, Norbert (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden Baden 2014.

Borrmann, Alexandra: Rechte drittstaatsangehöriger Ehegatten wandernder Unionsbürger, ZAR 2004, S. 61ff.

Böckenförde, Ernst Wolfgang: Grundrechte und Grundrechtstheorien, NJW 1974, S. 1529ff.

Brabandt, Heike: Staatliche Grenzpolitiken und Visumbestimmungen: Die Festung Europa, ZAR 2012, S. 175ff.

Brick, Kate: Regularizations in the European Union: The Contentious Policy Tool, Migration Policy Institute (mpi), December 2011.

Broeders, Dennis: The New Digital Borders of Europe. EU Databases and the

- Surveillance of Irregular Migrants, *International Sociology* 2007, S. 71ff.
- Brouwer, Evelien: *Digital Borders and Real Rights, Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden Boston 2008.
- Bröcker, Hermann-Matthias: *Die externen Dimensionen des EU-Asyl- und Flüchtlingsrechts im Lichte der Menschenrechte und des Völkerrechts*, Hamburg 2010.
- Bruns, Marco, in: Hofmann, Rainer; Hoffmann, Holger (Hrsg.), *Handkommentar Ausländerrecht*, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.
- Buckel, Sonja: *Das spanische Grenzregime. Outsourcing und Offshoring*, *Kritische Justiz* 2011, S. 253ff.
- Buckel, Sonja; Pichl, Maximilian: *Staatsprojekt Europa – Kämpfe um Hegemonie in der Europäischen Union*, *ZAR* 2012, S. 178ff.
- Bundesministerium des Innern (BMI), *Illegal aufhältige Migranten in Deutschland. Datenlage, Rechtslage, Handlungsoptionen. Bericht des Bundesministeriums des Inneren zum Prüfauftrag „Illegalität“ aus der Koalitionsvereinbarung vom 11.11.2005*, Berlin 2007, verfügbar unter: http://www.eui-dwbo.de/Aktuelles/File_11798341.pdf/view; wird zitiert: BMI Prüfauftrag Illegalität.
- Burchill, Richard: *The right to live wherever you want? The right to family life following the UN Human Rights Committee's decision in Winata*, in: *Netherlands quarterly of human rights*, 2003, S. 225ff.
- Cannawurf, Sieglinde: *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, Berlin 2007.
- Carrera, Sergio, *The Border Management Strategy. FRONTEX and the Challenge of Irregular Immigration in the Canary Islands*, CEPS Working Document No. 261, Centre of European Policy Studies, Brüssel 2007.
- Casper, Johannes, *Die EU-Charta der Grundrechte und das Bildungsrecht*, in: *Recht der Jugend und des Bildungswesens (RDJB)* 2001, S. 165ff.
- Cassarino, Jean-Pierre: *Informalising Readmission Agreements in the EU Neighbourhood*, in: *The International Spectator* 42 (2) 2007, S. 179-196.
- Cassarino, Jean-Pierre: *The „New Approach“ to the Readmission of Illegal Persons: Operability versus Transparency*, EUI Florenz 2007.
- Cassarino, Jean-Pierre: *Readmission Policy in the European Union, Study for the European Parliament, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, Brüssel 2010, verfügbar unter: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2010/425632/IPOL-LIBE_ET%282010%29425632_EN.pdf (zuletzt abgerufen am: 14.3.2015)
- Cerdà, Luis; Maas, Carsten: *Ley de Extranjería, Ein Überblick über die spanischen Neuerungen im Ausländerrecht*, *ZAR* 2010, S. 105ff.

Cernota, Dennis: Das Bundesverfassungsgericht stärkt das Aufenthaltsrecht ausländischer Väter, ZAR 2006, S. 102ff.

Cholewinski, Ryszard: Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment, Oxford 1997.

Cholewinski, Ryszard: The EU *Acquis* on Irregular migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights, EJML 2000, S. 361ff.

Cholewinski, Ryszard: Study on Obstacles to Effective Access or Irregular Migrants to Minimum Social Rights, Strassburg 2005.

Cholewinski, Ryszard: The ICRMW and the European Union, in: ders; de Guchteneire, Pécoud, Migration and Human Rights; The United Nations Convention on Migrant Workers´ and Rights, Cambridge 2009.

Cholewinski, Ryszard: The EU *Acquis* on irregular migration ten years on: still reinforcing security at the expense of rights?, in: Guild, Elspeth; Minderhoud, Paul, The First Decade of EU Migration and Asylum Law, Leiden Boston 2012.

Classen, Claus Dieter: Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, EUR 2004, S. 416ff.

Classen, Georg: Sozialleistungen für MigratInnen und Flüchtlinge, Handbuch für die Praxis, Karlsruhe 2008.

Clodius, Anke: Die gemeinsame europäische Asyl- und Migrationspolitik, in: Beilage zum Asylmagazin 5/2007, S.1ff.

Coleman, Nils: European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights, Leiden 2009.

Cremer, Hendrik: Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere – Empfehlungen zur Umsetzung, Policy Paper No. 14, Berlin 2009.

Cremer, Hendrik: Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Berlin 2011.

Cruz, Antonio: Schengen, ad hoc Immigration Group and other European Intergovernmental bodies: In view of a Europe without internal borders, CCME Briefing Paper, Brüssel 1993.

De Bruycker, Philippe: Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne. Regularisations of illegal immigrants in the European Union, Brüssel 2000.

Deibel, Klaus: Die Neuregelung des Aufenthaltsrecht durch das Zweite Richtlinienumsetzungsgesetz, ZAR 2012, S. 148ff.

Denninger, Erhard: Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität, in: ders u.a. (Hrsg.), FS-Peter Schneider, Frankfurt a.M. 1990, S. 45ff.

Detrick, Sharon (Hrsg.): The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the „Travaux Préparatoires“, Dordrecht 1992.

Detrick, Sharon: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague; Kluwer, Law International 1999.

Deutscher Bundestag (Hrsg.) Visaerteilungspraxis: Bericht des 2. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 des Grundgesetzes (15. Wahlperiode), Berlin 2005.

DGB Bildungswerk e.V., Rechte aus dem Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ohne Aufenthalts- oder/und Arbeitserlaubnis. Schriftenreihe Migration und Arbeitswelt, Mitteilungen zur Migrationspolitik 11/Dezember 2002.

Dienelt, Klaus, in: Renner, Günter; Bergmann, Jan; Dienelt, Klaus (Hrsg.), Ausländerrecht, 10. Auflage, München 2013.

Van Dijk, Pieter; van Hoof, Fried; van Rijn, Arjen; Zwaak, Leo (Hrsg.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Antwerpen 2006.

Doehring, Karl: Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), S. 7ff.

Dohmes-Ockenfels, Daniela: Die Rechte auf Arbeit und Bildung der Asylbewerber in der Europäischen Union, Berlin 1999.

Dorsch, Gabriele: Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin 1994.

Drohla, Jeannine: Hautfarbe als Auswahlkriterium für verdachtsunabhängige Polizeikontrollen?, ZAR 2012, S. 411ff.

Dröge, Cordula; Maruhn, Thilo: Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta – aus der Perspektive der EMRK, in: Bundesministerium der Arbeit et al (Hrsg.), Soziale Rechte in der Europäischen Union, 2001.

Dürig, Günter: Der Grundrechtsschutz von der Menschenwürde, AöR 1956, S. 140ff.

Eckertz-Höfer, Marion, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, ZAR 2008, S. 41ff.

Eichenhofer, Eberhard: Arbeits-, aufenthalts- und sozialrechtlicher Schutz illegaler Einwanderer, InfAuslR 2007, S. 229ff.

Eichenhofer, Eberhard: Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschem Recht, Tübingen 2012.

Eichenhofer, Eberhard: Gesundheitsleistungen für Flüchtlinge, ZAR 2013, S. 169ff.

Ekardt, Felix, Würde und Existenzminimum – nur eingeschränkt für Asylbewerber?, ZAR 2004, S. 142ff.

Elrick, Tim; Ciobanu, Oana: Migration networks and policy impacts: Insights from Romanian-Spanish migrations”, *Global Networks* 2009, 9 (1), S. 14ff.; verfügbar unter: <http://www.geographie.nat.uni-erlangen.de/wp-content/uploads/Elrick-Ciobanu-2009-GN-Migration-networks-and-policy-impacts.pdf>

Engbersen, Godfried; Broeders, Dennis: Immigration control and strategies of irregular immigrants. From light to thick fog, in: Bommes, Michael, Sciortino, Guiseppe (Hrsg.), *Foggy Social Structures: Irregular Migration, European Labour Markets and the Welfare State*, IMISCOE Research Series 2011.

Engbersen, Godfried: Irregular Migration, Criminality and the State, in: Schinkel, Willem (Hrsg.), *Globalization and the State: Sociological Perspectives on the State of the State*, Basingstoke 2009.

Engbersen, Godfried: The unanticipated consequences of panopticon Europe: residence strategies of illegal immigrants, in: Joppke, Christian; Guirandon, Virginie (Hrsg.), *Controlling a new migration world*, London /New York 2001.

Engels, Gerd: Auswirkungen der fehlenden Arbeitserlaubnis auf das Arbeitsverhältnis ausländischer Arbeitnehmer, *Recht der Arbeit* 1976, S.165ff.

Engels, Stefan: Kinder- und Jugendschutz in der Verfassung, *AöR* 1997, S. 212ff.

Enste, Dominik; Schneider, Friedrich: Schattenwirtschaft und irreguläre Beschäftigung: Irrtümer, Zusammenhänge und Lösungen, in: Alt, Jörg; Bommes, Michael (Hrsg.), *Illegalität. Grenzen und Möglichkeiten der Migrationspolitik*, Wiesbaden 2006.

Epiney, Astrid: Von Akrich über Jia bis Metock: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug, *EuR* 2008, S. 840ff.

Epiney, Astrid, in: Busek, Erhard; Hummer, Waldemar (Hrsg.), *Etappen auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung*, Böhlau, Wien 2004.

Fador, Ralf; Peter, Erich: Aufenthaltsrechtliche Illegalität und soziale Mindeststandards. Das Recht des statuslosen Kindes auf Bildung, *Max-Traeger-Stiftung der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW)*. Berlin/Bremen 2005.

Feldgen, Dagmar: Das neue Ausländerbeschäftigungsrecht – Zugang zum Arbeitsmarkt für Drittstaatsangehörige, *ZAR* 2006, S. 168ff.

Finotelli, Claudia; Sciortino, Giuseppe: Looking for the European soft underbelly: Visa policies and amnesties for irregular migrants in Germany and Italy, in: Baringhorst, Sigrid; Hollifield, James; Hunger, Uwe (Hrsg.), Herausforderung Migration - Perspektiven der vergleichenden Politikwissenschaft, Festschrift für Dietrich Thränhardt, Berlin 2006.

Finotelli, Claudia, Illegale Einwanderung, Flüchtlingsmigration und das Ende des Nord-Süd-Mythos: Zur funktionalen Äquivalenz des deutschen und des italienischen Einwanderungsregimes, Berlin 2007.

Finotelli, Claudia: Regularisierung illegaler Migranten in Spanien und Italien: Planlose Steuerung oder effektive ex post Regulierung?, in: Hunger, Uwe; Aybeck, Can; Ette, Andreas; Michalowski Ines (Hrsg.), Migrations- und Integrationsprozesse in Europa, Vergemeinschaftung oder nationalstaatliche Lösungswege?, Wiesbaden 2008.

Finotelli, Claudia: Joaquín Arango: Länderstudie zu Spanien, in: IMPCD, Regine, Regularisations in Europe, Wien 2009.

Finotelli, Claudia: Regularization of Immigrants in Southern Europe: What can be learned from Spain?, in: Bommes, Michael; Sciortino, Giuseppe, Foggy Social Structures: Irregular migration and the informal economy, Amsterdam 2011.

Finotelli, Claudia; Joaquín Arango: Regularization of unauthorised immigrants in Italy and Spain: determinants and effects, Documents d'Anàlisi Geogràfica 2011, vol. 57/3, S. 495ff.

Fischer-Lescano, Andreas; Tohidipur, Timo: Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX, Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 2007, S. 1220ff.

Fischer-Lescano, Andreas; Tohidipur, Timo: Die Europäische Grenzschutzagentur, Beilage zum Asylmagazin 5/2007, S. 19ff.

Fischer-Lescano, Andreas; Löhr, Tillmann: Menschenrecht auf Bildung – Mitteilungsverbote von Bildungseinrichtungen in aufenthaltsrechtlichen Angelegenheiten, InfAuslR 2008, S. 54ff.

Flinterman, Cees: Expulsion of Aliens, in: van Dijk, Pieter; von Hoof, Fried; von Rijn, Arjen; Zaak, Leo (Hrsg.), Theory and Practice of the European Convention of Human Rights. Antwerpen, Oxford 2006.

Follmer-Otto; Mahler Claudia: Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, 2013.

FRA, Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union, a comparative report 2011, verfügbar unter: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-

FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf.

FRA (Agentur der Europäischen Union für Grundrechte): MigrantInnen in einer irregulären Situation, die als Hausangestellte arbeiten: grundrechtliche Herausforderungen für die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten, , Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, Luxemburg 2012, abrufbar unter: fra.europa.eu/sites/default/files/migrantinnen_in_einer_irregularen_situation_die_als_hausangestellte_arbeiten_de.pdf.

FRA, Fundamental Rights at Europe`s southern Sea borders, report 2013, verfügbar unter: <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/fundamental-rights-europes-southern-sea-borders>.

Frankenberg, Günter: Menschenrechte und Nationalstaat, ARSP 1987, Beiheft 33: Menschen- und Bürgerrechte, S. 81ff.

Franßen-de la Cerda, Boris: Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik, ZAR 2008, S. 37ff.

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, Berlin, Heidelberg 2009.

Frings, Dorothee: Der Anspruch nach dem Asylbewerberleistungsgesetz auf eine medizinische Grundversorgung für Menschen ohne Papiere, in: Falge, Christiane; Fischer-Lescano, Andreas; Sieveking, Klaus, Gesundheit in der Illegalität: Rechte von Menschen ohne Aufenthaltsstatus, Baden Baden 2009.

Frings, Dorothee: Haushaltsnahe Dienstleistungen und EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit, in: Scheiwe, Kirsten; Krawitz, Johanna (Hrsg.), Transnationale Sorgearbeit, Wiesbaden 2010.

Fritz, Roland; Vormeier, Jürgen (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz Band II, Neuwied-Kriftel, Stand 2009.

Fritzsch, Falk: Die Voraussetzungen für die Anordnung eines allgemeinen Abschiebestopps, ZAR 2015, S. 172ff.

Fritzsch, Falk: Der Schutz sozialer Bindungen von Ausländern. Eine Untersuchung zu Artikel 8 EMRK, Baden-Baden 2009.

Frohwerk, Arno: Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, Tübingen 2012.

Frowein, Jochen; Peukert, Wolfgang: Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK- Kommentar, 2. Auflage, Straßburg u.a. 1996.

Frowein, Jochen; Peukert, Wolfgang: Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK- Kommentar, 3. Auflage, Straßburg u.a. 2009.

Funk, Barbara J.; Karaksaoglu; Yasemin; Vogel, Dita: Es darf nicht an Papieren scheitern.“ Theorie und Praxis der Einschulung von papierlosen Kindern in Grundschulen, Oktober 2015, verfügbar unter: http://www.gew.de/fileadmin/media/publikationen/hv/Bildung_und_Politik/Migra

tion/Nicht_an_Papieren_scheitern_2015_A4_web.pdf

Funke-Kaiser, Michael: Kommentierung § 14 AufenthG, in: Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz Bd. II, München, Stand Okt. 2014.

Gerdsmeier, Katrin: Gesundheitsversorgung statusloser Ausländer, in: Barwig, Klaus; Beichel-Benedetti, Stephan; Brinkmann, Gisbert (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2010, Baden Baden 2011.

Giegerich, Thomas; Wolfrum, Rudiger: Einwanderungsrecht - national und international: Staatliches Recht, Europa- und Völkerrecht, Opladen 2001.

Glötz, Peter; Faber, Klaus: Richtlinien und Grenzen des Grundgesetzes für das Bildungswesen, in: Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Berlin u.a. 1994.

Gonzales-Enríques, Carmen: „Spain: Irregularity as a Rule“, in: Triandafyllidou, Anna (Hrsg.), Irregular Migration in Europe. Myths and Realities, Farnham u.a. 2010.

Gortazar, Cristina: Implementing Amsterdam Immigration and Asylum Rights in EC Law, in: Guild, Elspeth; Harlow, Carol (Hrsg.), Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law, Oxford 2001.

Göbel-Zimmermann, Ralph: „Scheinehen“, „Scheinlebenspartnerschaften“ und „Scheinväter“ im Spannungsfeld von Verfassungs-, Zivil- und Migrationsrecht, ZAR 2006, S. 81ff.

Grabenwarter, Christoph; Pabel, Katharina: Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, München 2012.

Grewe, Constance; Gusy, Christoph (Hrsg.): Menschenrechte in der Bewährung: Die Rezeption der Europäischen Menschenrechtskonvention in Frankreich und Deutschland im Vergleich, Baden-Baden 2005.

Grimm, Dieter: Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991.

Groenendijk, Kees: Introduction, in: Bogusz, Barbara; Cholewinski, Ryszard; Cygan, Adam; Szyszcak, Erika, Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives, Leiden / Boston 2004.

Groenendijk, Kees: Europäische Entwicklungen im Ausländer- und Asylrecht im Jahr 2006, ZAR 2007, S. 320ff

Groenendijk, Kees: Arbeitsmigration aus Drittstaaten in neuen EG-Richtlinien: vorsichtige Schritte, aber in welche Richtung?, in: Barwig, Klaus; Beichel-Benedetti, Gisbert; Brinkmann, Gisbert (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2009, Baden-Baden 2010.

Groenendijk, Kees: Beschränkung der Freizügigkeit von Unionsbürgern?, in: Barwig, Klaus; Beichel-Benedetti, Stephan; Brinkmann, Gisbert (Hrsg.),

- Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2013: Freiheit, Baden Baden 2014.
- Groß, Thomas: Zuwanderung aus humanitären Gründen, ZAR 2005, S. 61ff.
- Groß, Thomas: Unabhängige EU-Agenturen – eine Gefahr für die Demokratie?, JZ 2012, S. 1087ff.
- Groß, Thomas: Migrationsrelevante Freiheitsrechte der EU-Grundrechtecharta, ZAR 2013, S. 106ff.
- Große Wentrup, Anna: Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, Berlin 2003.
- Grote, Rainer; Marauhn Thilo (Hrsg.): EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006.
- Guild, Elspeth: The Border Abroad – Visas and Border Controls, in: Groenendijk, Kees; Guild, Elspeth; Minderhoud, Paul (Hrsg.), In Search of Europe's Borders, London 2003, S. 87ff.
- Guild, Elspeth: Bigo, Didier, Policing at a Distance: Schengen Visa Policies, in: Bigo, Didier; Guild, Elspeth (Hrsg.), Controlling Frontiers. Free Movement into and within Europe, Ashgate 2005, S. 223ff.
- Guild, Elspeth: Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications, Issue Paper by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Council of Europe, Commissioner for Human Rights, Strasbourg, Februar 2010.
- Guild, Elspeth: "When even Machiavelli's Prince needs a Visa – Migration, Euro-Mediterranean Relations and Intercultural Dialogue", *European Foreign Affairs Review* (2010) 15, S. 367ff.
- Guild, Elspeth: The right to leave a country, Issue Paper by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Council of Europe, Commissioner for Human Rights, Strasbourg, October 2013.
- Gusy, Christoph, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVdStRL Bd. 63, 2004, S. 151ff.
- Gusy, Christoph: Die Rezeption der EMRK in Deutschland, in: Grewe, Constance; Gusy, Christoph (Hrsg.), Menschenrechte in der Bewährung, Baden-Baden 2005.
- Gutmann, Rolf: Ausländischer Arbeitnehmer, besondere Regelungen im Arbeits- und Sozialrecht, Frankfurt am Main 2005.
- Hailbronner, Kay: Art. 3 EMRK - ein neues europäisches Konzept zur Schutzgewährung, in: DÖV 1999, S. 617ff.

Hailbronner, Kay: The Regularisation of Illegal Immigrants in Germany, in: de Bruycker, Phillipe; Apap, Johanna (Hrsg.), The Regularisation of Illegal Immigrants in the European Union, Brüssel 2000, S. 251ff.

Hailbronner, Kay: Freiwillige oder zwangsweise Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger im EU-Recht - auf dem Weg zu einer europäischen Rückführungspolitik?, ZAR 2005, S. 349–360.

Hailbronner, Kay: Asyl- und Ausländerrecht, 2. überarb. Aufl., Stuttgart 2008.

Hailbronner, Kay: Freizügigkeit, in: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HdbStR) Bd. VII, 3. Auflage, 2009.

Hailbronner, Kay; Kau, Marcel: Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Graf Vitzthum, Wolfgang; Bothe, Michael (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Auflage, Berlin / New York 2010.

Hailbronner, Kay: Asyl- und Ausländerrecht, 3. überarb. Auflage, Stuttgart 2014.
Hailbronner, Kay (Hrsg.): Ausländerrecht, Kommentar, Heidelberg, Stand: 93. Aktualisierung, November 2015.

Hammarberg, Thomas: It is wrong to Criminalize Migration, European Journal of Migration and Law 2009, S. 383ff.

Hanschmann, Felix: Unsichtbare Kinder. Der zynische Ausschluss nicht dokumentierter Kinder und Jugendlicher vom staatlichen Schulwesen, RDJB 2010, S. 80ff.

Harris, David; O'Boyle, Michael; Warbrick, Colin: Law of the European Convention on Human Rights, Oxford 2009.

Heckmann, Friedrich; Tomei, Verónica: Europäisierung und nationalstaatliche Souveränität: Das Beispiel der Migrationspolitik, efms Paper Nr.34 1999.

Hein, Christopher: Illegal Aufenthalt und Legalisierung, in: Barwig, Klaus u.a. (Hrsg.), Ausweisung im deutschen und demokratischen Rechtsstaat, Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht, Baden-Baden 1995, S. 389ff.

Heinrichs, Helmut: Kommentierung zu § 134, in: Palandt, Otto, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 72. Aufl., München 2013.

Heintschel von Heinegg: Wolff; Haltern, Ulrich R., Grundrechte als Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat, Juristische Arbeitsblätter 1995, S. 333ff.

Heintzen, Markus: Fremde in Deutschland – Geschichtliche Entwicklung und aktuelle Regelungsprobleme des deutschen Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrechts, Der Staat 1997, S. 327ff.

Helle, Stefek: Das Recht auf Bildung in der Europäischen Gemeinschaft: Möglichkeit und Notwendigkeit gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zur (Grund-) Bildung in Europa, Hamburg 2006.

Herdegen, Matthias: Kommentierung in: Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar, Stand 2002.

Herdegen, Matthias: Europarecht, 13. überarb. und erw. Aufl., München 2013.

Herdegen, Matthias: Völkerrecht, 13. überarb. und erw. Aufl., München 2014.

Herdegen, Matthias, in: Maunz, Theodor; Dürig Günter; Herzog, Roman: Grundgesetz-Kommentar, 75. EL. September 2015.

Hermes, Georg: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs.2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.

Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1999.

Hoffer, Heike: Arbeitsmigration in der Pflege – Argumente für das Ende der Grauzone, in: Scheiwe, Kirsten; Krawitz, Johanna (Hrsg.), Transnationale Sorgearbeit, Wiesbaden 2010.

Hofmann, Rainer M.; Hoffmann, Holger: Handkommentar Ausländerrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.

Hoffmann, Holger: Leben in der Illegalität – Exklusion durch Aufenthaltsrecht, in: Falge, Christiane, Fischer-Lescano, Andreas, Sieveking, Klaus (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, Rechte von Menschen ohne Aufenthaltsstatus, Baden-Baden 2009.

Hong, Mathias: Asylgrundrecht und Refoulementverbot, Baden-Baden 2008.

Hoppe Michael: Verwurzelung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel – Wann kann Art. 8 I EMRK zu einem Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V AufenthG verhelfen?, ZAR 2006, S. 125 ff.

Hoppe, Michael: Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zur Aufenthaltsbeendigung – Gibt es eine gemeinsame Linie in den Entscheidungen von EGMR, EuGH und BverfG?, ZAR 2008, S. 251ff.

Hörich, Carsten: Die Sanktionsrichtlinie Zündstoff zwischen EuGH und BVerfG?, ZAR 2010, S. 49ff.

Hörich, Carsten; Bergmann, Marcus: Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts?, NJW 2012, S. 3339ff.

Horrer, Stefan: Das Asylbewerberleistungsgesetz, die Verfassung und das Existenzminimum, Berlin 2001.

Huber, Berthold: Handbuch des Ausländer- und Asylrechts, München, Loseblatt-
Stand: 15. Mai 2006.

Huber, Berthold: Die ausländerrechtlichen Folgen des EuGH-Urteils Zambrano,
NVwZ 2011, S.856ff.

Hume; Niesen: Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current
Difficulties and Prospects, in: Netherlands Quarterly of Human Rights, 1994, Vol.
4, p. 399ff.

Huschke, Susann: Die Grenzen humanitärer Versorgung. Beispiele aus einer
Feldforschung mit illegalisierten Latina/os, in: Mylius, Maren; Bornschlag,
Wiebke, Frewer, Andreas (Hrsg.) Medizin für > Menschen ohne Papier <,
Göttingen 2011.

Iliopoulos-Strangas, Julia (Hrsg.): Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon.
Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des
europäischen Rechts, Baden-Baden 2010.

Inghammer, Andreas: The Employment Contract Revisited. Undocumented
Migrant Workers and the Intersection between International Standards,
Immigration Policy and Employment Law, EJML 2010, S. 193ff.

International Center of Migration Policy Development (ICMPD): Regularisation
in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying
third-country nationals in the Member States of the European Union, Final
Report, Wien 2009

International Crisis Group (ICG): EU Visas and the Western Balkans, Europe
Report No. 168, Brüssel, 29. November 2005.

Ipsen, Knut, Völkerrecht, 6. Auflage, München 2013.

Isensee, Josef: Die staatsrechtliche Stellung des Ausländers in der Bundesrepublik
Deutschland, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen
Staatsrechtslehrer (VVDStRL) Bd. 32, 1972.

Isensee, Josef: Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des
Grundgesetzes, Der Staat 19, 1980, S. 378ff.

Isensee, Josef, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht,
in: ders; Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine
Grundrechtslehren, 2. Auflage, Heidelberg 2000, §111.

Isensee, Josef, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die
Grundrechtsausübung, in: ders; Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des
Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, Heidelberg
2000, §115.

Jaeckel, Liv: Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2001.

Janda, Constanze: Migranten im Sozialstaat, Tübingen 2012.

Jarass, Hans D.: Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung, DÖV 1995, S. 674ff.

Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl., München 2012.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1919.

Jobs, Thorsten: Zum Aspekt der Rückkehrbereitschaft des Ausländers bei der Erteilung von Visa für kurzfristige Aufenthalte, InfAuslR 2008, S. 9ff.

Jöst, Hermine: Das Grundrecht auf Eheschließungsfreiheit und die Einwanderungspolitik der EU am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, InfAuslR 2000, S. 204ff.

Kant, Immanuel: „Grundlegung zur Methaphysik der Sitten, Erste Auflage (A) 1785, Akademieausgabe Bd. IV.

Kau, Marcel: Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Graf Vitzthum, Wolfgang; Proelß, Alexander (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Auflage, Berlin / New York 2013.

Kälin, Walter; Malinverni, Giorgio; Nowak, Manfred (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997.

Kälin, Walter; Künzli, Jörg, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. vollst. überarb. und erg. Auflage, Basel 2008.

Kern-Eimann, Sandra: [Das neue Ehebild des EheschlRG: eine Untersuchung anhand der Scheinehregelungen](#), Frankfurt a.M. 2003.

Kessler, Stefan: Rechtlos in der Schattenwelt? Umgang mit „Statuslosen“ in Deutschland, InfAuslR 2008, S. 12 ff.

Kessler, Stefan: Auswirkungen der EU-Rückführungsrichtlinie auf die Abschiebungshaft in Deutschland, InfAuslR 2008, S.450ff.

Kessler, Stefan, in: Hofmann, Rainer; Hoffmann, Holger (Hrsg.), AuslR-Kommentar, 1. Auflage, München 2008.

Kessler, Stefan: Der Einzelfall zählt - Die Rückführungsrichtlinie und das deutsche Ausländerrecht, ASYLMAGAZIN 5/2012, S. 102ff.

- Kimminich, Otto; Hobe, Stephan: Einführung in das Völkerrecht, Tübingen 2008.
- Kingreen, Thorsten: Soziale Rechte und Migration, Baden-Baden 2010.
- Kingreen, Thorsten: Schätzungen „ins Blaue hinein“: Zu den Auswirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz, NVwZ 2010, S. 558ff.
- Kingreen, Thorsten, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, München 2011.
- Kirchhof, Paul: Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte, EuGRZ 1994, 16ff.
- Kirsch, Andrea: Die erste bundesrechtliche Altfallregelung in § 104a AufenthG, ZAR 2008, S. 130ff.
- Klepp, Silja: Europa zwischen Grenzkontrolle und Flüchtlingsschutz. Eine Ethnographie der Seegrenze auf dem Mittelmeer, Bielefeld 2011.
- Klos, Christian, Illegale Zuwanderung: Grenzen der Kontrolle, in: Alt, Jörg; Bommes, Michael (Hrsg.), Illegalität: Grenzen und Möglichkeiten der Migrationspolitik, Wiesbaden 2006,
- Kluth, Winfried; Hund, Michael; Maaßen, Hans-Georg: Zuwanderungsrecht: Allgemeines Zuwanderungs- und Aufenthaltsrecht, Baden-Baden 2008.
- Kluth, Winfried: Anwesenheit und Zugehörigkeit: Zur grundrechtsdogmatischen Verortung von Verwurzelung als neuem Topos des Aufenthaltsrechts, ZAR 2009, S. 381ff.
- Kluth, Winfried: Migrationsgerechtigkeit, ZAR 2011, S. 329ff.
- Kluth, Winfried: Soziale Menschenrechte illegal aufhältiger Personen und behördliche Meldepflichten im Aufenthaltsrecht – ein systembedingter Anachronismus?, ZAR 2013, S. 182ff.
- Koch, Ulrich, in: Schaub, Günter, Arbeitsrechtshandbuch, 15. neubearbeitete Auflage, München 2013.
- Kolb, Holger: Einwanderung zwischen wohlverstandenen Eigeninteresse und symbolischer Politik. Das Beispiel der deutschen „Green Card“, Münster 2004.
- Kößler, Melanie; Mohr, Tobias; Habbe, Heiko: Aufenthaltsrechtliche Illegalität. Beratungshandbuch 2013, 3. Aktualisierte und überarbeitete Auflage. Hrsg. v. Deutschen Caritasverband e.V./Deutsches Rotes Kreuz e.V. Freiburg/Berlin 2013.
- Könemann, Britta: Der verfassungsmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum: Zum Einfluss von Menschenwürde und Sozialstaatsprinzip auf die Sozialhilfe, Hamburg 2005.

König, Doris; Peters, Anne, Das Diskriminierungsverbot, in: Grote, Rainer; Marauhn, Thilo (Hrsg), EMRK, GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006.

König, Doris, in: Schulze, Reine; Zuleeg, Manfred; Kadelbach, Stefan, Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage, Baden Baden 2010.

König, Matthias: Menschenrechte, Frankfurt 2005.

Kreienbrink, Axel: Migrationspolitik am Mittelmeer – Beispiel Marokko, ZAR 2004, S. 346ff.

Kreienbrink, Axel: Einwanderungsland Spanien – Migrationpolitik zwischen Europäisierung und nationalen Interessen, Frankfurt a. M. 2004.

Krennerich, Michael: „Soziale Rechte sind Freiheitsrechte! Plädoyer für ein freiheitliches Verständnis wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte“, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte 2007, Frankfurt a. M. 2006, S. 57-66.

Kretschmar, Joachim: Die Straflosigkeit humanitären Handelns, ZAR 2013, S. 278ff.

Krieger, Wolfgang. Ludwig, Monika; Schupp, Patrick; Will, Annegret: „Lebenslage illegal“. Menschen ohne Aufenthaltsstatus in Frankfurt am Main, Karlsruhe 2006.

Krieger, Heike: Der grundrechtliche Anspruch von Kindern irregulärer Migranten auf chancengleiche Bildung – Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA NVwZ 2007, S.165ff.

Kruse, Imke; Trauner, Florian, EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: Implementing a New EU Security Approach in the Neighbourhood, in: Justice and Home Affairs, CEPS Working Document No. 290, 2008.

Kugelmann, Dieter: Das Gemeinsame Asylsystem – Abschottung und / oder Integration?, InfAuslR 2008, S. 193 ff.

Kugelmann, Dieter, in: Schulze, Reine; Zuleeg, Manfred; Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage, Baden-Baden 2010.

Laas, Matthias: Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraums aus der Perspektive des deutschen und des spanischen Rechts, Baden-Baden 2008.

Lach, Andreas: Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht: Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zum Merkmal des grenzüberschreitenden Bezugs unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft, Frankfurt a. M. 2008.

Langenfeld, Christine: Integration und kulturelle Identität zugewanderter

Minderheiten, AöR 1998, S. 375ff.

Langenfeld, Christine, Recht auf Bildung, in: Grote, Rainer; Marauhn, Thilo (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, Tübingen 2006.

Lehnert, Matthias; Markard, Nora: Mittelmeerroulette – Das Hirsi-Urteil des EGMR und die europäische Grenzschutzpolitik auf See, ZAR 2012, S. 194ff.

Lehnert, Matthias: FRONTEX und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen, Baden-Baden 2014.

Lehnguth, Gerold: Die Verträge der Bundesrepublik Deutschland zur Rückübernahme ausreisepflichtiger Ausländer, ZAR 1997, S. 161ff.

Lenoel, Audrey, Chapter 6, The United Kingdom, in: Baldwin-Edwards, Martin; Kraker, Albert (Hrsg.), REGINE, Regularisation in Europe, Study on practices in the area of regularisation of illegally stay in third country nationals in the Member States of the EU, Ref. JLS/B4/2007/05, Appendix A, Country Studies, 2006.

Lewek, Christian: Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, in: Fischer-Lescano, Andreas; Kocher, Eva; Nassibi, Ghazaleh (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität, Frankfurt a. M. 2012, S. 181ff.

Lohmann, Georg: Menschenrechte zwischen Moral und Recht, in: Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt a. M. 1998, S. 62ff.

Longchamp, Claude; Aebersold, Monia; Rousselot, Bianca; Ratelband-Pally, Silvia, Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend, Bern 2005.

Löhr, Tillman; Pelzer, Marei: Menschenrechtliches Niemandsland – Die Abschottung Europas unter Missachtung der Flüchtlings- und Menschenrechte, Kritische Justiz 2008, S. 303ff.

Löhr, Tillman: Gesetzliche Konsequenzen aus der Rücknahme des Vorbehalts zur Kinderrechtskonvention, ZAR 2010, S. 378ff.

Löhr, Tillmann: Die Individualbeschwerde zur Kinderrechtskonvention, in: Solidarität. Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2012 in: Barwig, Klaus /Beichel-Benedetti, Stephan / Brinkmann, Gisbert (Hrsg.), Baden-Baden 2013.

Lübbe, Anna: Zur Migrationsrisikoprognose bei Antrag nachzugswilliger Ehegatten auf Besuchervisum zum Zweck des Spracherwerbs, ZAR 2009, S. 215ff.

Maaßen, Hans Georg, Abschiebeschutz aus Art. 3 EMRK auch bei nicht vom Staat ausgehenden Menschenrechtsverletzungen und allgemeinen dem Ausländer drohenden Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit? ZAR 1998, S. 107ff.

Macdonald, Euan; Cholewinsky, Ryszard: The ICRMW and the European Union, in: De Guchteneire, Paul; Pécoud, Antoine; Cholewinski, Ryszard: Migration und

Human Rights, The United Nations Convention On Migrant Worker´s Rights, New York 2009.

Mager, Ute: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11.7.2002 – C - 60/00, Mary Carpenter, JZ 2003, S. 204ff.

Mannitz, Sabine: Europäische Einwanderungspolitik: An den Grenzen des Gleichheitsversprechens, in: Mutz, Reinhard; Schoch, Bruno; Hauswedell, Corinna; Hippler, Jochen; Ratsch, Ulrich (Hrsg), Friedensgutachten 2006, Münster 2006, S. 103ff.

Maor, Oliver: Die Visumbestimmungen der Aufenthaltsverordnung, ZAR 2005, S.185ff.

Martinez-Soria, José: Illegaität und Schulbesuch – Der Zugang illegal im Bundesgebiet sich aufhaltender Minderjähriger zur Schule, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 2005, S. 82ff.

Marx, Reinhard: Die Anordnungen der Bundesländer zur Umsetzung des Bleiberechtsbeschlusses vom 17.11.2006, ZAR 2007, S. 43ff.

Marx, Reinhard, AufenthG , Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, Bd.2, Stand

McHardy, Neil: Das Recht der Illegalen, Recht der Arbeit 1994, S. 93ff.

Metz, Johanna: Kritischer Blick ins eigene Land, Das Parlament v. 21.12.2009, Nr.52.

Meyer, Jürgen (Hrsg.): Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, Baden-Baden 2011.

Meyer, Jürgen; Engels, Markus: Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Berichte und Dokumente, Deutscher Bundestag, Berlin 2001.

Meyer, Jürgen (Hrsg.): Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden 2014.

Minderhoud, Paul: Coping with Irregular Migration: The Dutch Experience, in: Bogusz, Barbara (ed.), Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives, Leiden 2004, S. 387-406.

Misbach, Elène; Bartholome, Burkhard; Groß, Jessica: Integration in die Regelversorgung statt Entwicklung weiterer Parallelsysteme: Eine aktuelle Perspektive für Berlin?, in: Falge, Christiane; Fischer-Lescano, Andreas; Sieveking, Klaus, Gesundheit in der Illegalität, Baden Baden 2009.

Morgenstern, Matthias: Kirchenasyl in der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 2003.

Mosbacher, Andreas: Anmerkungen zum Bundesverfassungsgericht vom 06.03.2003 – 2 BvR 397/03, NStZ, S. 489ff.

Mrozek, Anna: Organleihe an den Außengrenzen Europas – der (un)klare Rechtsrahmen des Einsatzes der Bundespolizei im Rahmen operativer FRONTEX-Aktionen, DÖV 2010, S. 886ff.

Murswiek, Dietrich: Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.), Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 1. Aufl. Heidelberg 1992.

Müller, Andreas: Missbrauch des Rechts auf Familiennachzug. Scheinehen und missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen, Fokus-Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das europäische Migrationsnetzwerk (EMN), Working Paper 43, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge 2012.

Müller, Kerstin, in: Hofmann, Rainer; Hoffmann, Holger, Handkommentar Ausländerrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.

Neubeck, Xenia: Die Europäische Sozialcharta und deren Protokolle: Einfluss und Bedeutung der sozialrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Sozialcharta auf das deutsche Recht und auf das Recht der Europäischen Union, Frankfurt a.M. 2002.

Noll, Gregor: The Exclusionary Construction of Human Rights in International Law and Political Theory, IIS Discussion Paper, No. 10, November 2003.

Noll, Gregor: Diplomatic Assurances and the Silence of Human Rights Law, Melbourne Journal of International Law 2006 Vol. 7., S. 104ff.

Noll, Gregor: Introduction: The laws of undocumented migration, European Journal of Migration and Law 2010, S. 143ff.

Noll, Gregor: Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants, European Journal of Migration and Law 2010, S. 241ff.

Nußberger, Angelika: Sozialstandards im Völkerrecht, Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes, Berlin, 2005.

Norie, Gérard: Die Tyrannei des Nationalen, Sozialgeschichte des Asylrechts in Europa, Lüneburg 1994.

Nowak, Manfred: UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Kommentar, Kehl am Rhein 1989.

Oberhäuser, Thomas, in: Hofmann, Rainer; Hoffmann, Holger, Handkommentar Ausländerrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.

Oestmann, Christian: Die Scheinehe im Visumverfahren, InfAusIR 2008, S. 17ff.

Ostgathe, Dirk; Nowicki, Christian: Kurzaufenthalte – Neue Grenzen der Sichtvermerksfreiheit von Drittausländern !?, ZAR 2005, S. 360ff.

Pache, Eckhard; Rösch, Franziska: Die neue Grundrechtsordnung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, EUR 2009, S. 769ff.

Panizzon, Marion, Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity of Dualism?, Refugee Survey Quartely, 31 (4) 2012, S. 101ff.

Parkes, Roderick: Gemeinsame Patrouillen an Europas Südflanke. Zur Frage der Kontrolle der afrikanischen Einwanderung, Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, 2006 (abrufbar unter: http://www.swp-berlin.org/de/publikationen/swp-aktuell-de/swp-aktuell-detail/article/eu_kontrolle_der_einwanderung_aus_afrika.html).

Peek, Markus: Die zukünftige Entwicklung des europäischen Einwanderungs- und Asylrechts, ZAR 2008, S. 258ff.

Peek, Markus: Richtlinienumsetzung: Europarechtliche Anforderungen und mitgliedstaatliche Praxis. Eine Untersuchung am Beispiel des Einwanderungs- und Asylrechts, Baden-Baden 2010.

Peter, Erich: Das Recht der Flüchtlingskinder, Karlsruhe 2001.

Pfaff, Victor, Der Begriff der unerlaubten Einreise im Ausländergesetz, ZAR 1992, S. 117ff.

Pfaff, Victor, Die Beachtung des Kindeswohles – Normierungsdefizite im Ausländerrecht, ZAR 2009, S. 81ff.

Pfersich, Andreas: Anmerkung zum Urteil: EuGH (Große Kammer), Urteil v. 11.12.2007, C-291/05 (Eind), ZAR 2008, S. 30.

Pfersich, Andreas: Anmerkung zum Urteil: EuGH (Große Kammer), Urteil v. Rahmanian Koushkaki), ZAR 2014, S. 289.

Phuong, Catherine: Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law, European Journal of Migration and Law 2007, S. 105ff.

Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard: Grundrechte. Staatsrecht II, 26. neubearbeitete Auflage, Heidelberg u.a. 2010.

Pluymen, Manon: Exclusion from social Benefits as Instrument of Migration Policy in the Netherlands, in: IMIS Beiträge, Heft 24, 2004, S. 75ff.

Poscher, Ralf; Rux, Johannes; Langer, Thomas: Das Recht auf Bildung, Baden-Baden 2009.

Preis, Ulrich, Individualarbeitsrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis, 4. Auflage, Köln 2012.

- Rascka, Johannes: Aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum unionsrechtlichen Freizügigkeitsrecht, ZAR 2012, S. 231ff.
- Rausch, Christine: Menschenrechte und illegale Migration. Konfliktfelder bei der Gewährung von grundlegenden Rechten für Menschen ohne Aufenthaltstitel unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Schulbildung, in Walter, Anne; Menz, Margarete; De Carlo, Sabina (Hrsg.), Grenzen der Gesellschaft?, Göttingen 2006, S. 38ff.
- Renner, Günter: Ausländerrecht, Kommentar, 8. Auflage, München 2005.
- Richter, Ingo: Kommentierung von Art. 7 GG, in: Denninger, Erhard; Hoffmann Riem, Wolfgang; Schneider, Hans Peter; Stein, Ekkehart (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, 3. Auflage, 2001.
- Riecken, Philipp-Asmus: Die Duldung als Verfassungsproblem: Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2006.
- Riedel, Eibe: Allgemeine Bemerkungen zu Bestimmungen des Internationalen Paktes über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte der Vereinten Nationen, Einführung, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Die "General Comments" zu den VN-Menschenrechtsverträgen, Baden-Baden 2005, S. 160ff.
- Riedel, Eibe; Söllner, Sven: Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpaktes, JZ 2006, S. 270ff.
- Riedel, Eibe, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, Baden-Baden 2011.
- Riedel, Sabine: Illegale Migration im Mittelmeerraum. Antworten der südlichen EU-Mitgliedstaaten auf nationale und europa-politische Herausforderungen, SWP-Studie, April 2011 Berlin.
- Rixen, Stephan: Zwischen Hilfe, Abschreckung und Pragmatismus: Gesundheitsrecht der Flüchtlingskrise, NVwZ 2015, S. 1640ff.
- Rothkegel, Ralf: Das Gericht wird's richten – das AsylbLG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Ausstrahlungswirkungen, ZAR 2012, S. 359ff.
- Rudolf, Beate, in: Meyer, Jürgen, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden Baden 2014.
- Sartorius, Ulrich: Das Existenzminimum im Recht, Baden-Baden 2000.
- Schaub, Günter: Arbeitsrechtshandbuch, 15. neubearbeitete Aufl., München 2013.
- Schäuble, Wolfgang: Europäische Migrationspolitik – Versuch einer Standortbestimmung, ZAR 2006, S. 222ff.

Scheiwe, Kirsten; Krawietz, Johanna (Hrsg.): Transnationale Sorgearbeit. Rechtliche Rahmenbedingungen und gesellschaftliche Praxis, Wiesbaden 2010.

Schiedermaier, Rudolf; Wollenschläger, Michael: Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1, Stand: Sept. 2011, Neuwied: Luchterhand.

Schierle, Florian: Arbeitsrechtlicher Schutz bei illegaler Beschäftigung, in: Barwig, Klaus; Beichel-Benedetti, Gisbert; Brinkmann, Gisbert (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2009, Baden-Baden 2010, S. 97-103.

Schiffauer, Peter: Zum Verfassungszustand der Europäischen Union nach der Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon, EuGRZ 2008, S. 1ff.

Schindler, Werner: Zur Verfassungswidrigkeit von § 76 Abs.2 AuslG, InfAuslR 1993, S. 5ff.

Schmahl, Stefanie: UN-Kinderrechtskonvention, 2. Auflage, Baden Baden 2013.

Schmid, Albert Maximilian: Asyl im Spannungsfeld zwischen dem ethisch Gebotenen und rechtlich Möglichen, in: Blum, Matthias; Hölscher, Andreas; Kampling, Rainer (Hrsg.), Die Grenzgänger: Wie illegal kann ein Mensch sein? Opladen 2002, S. 45ff.

Schmidt, Sandra: Gesundheitliche Versorgung von Papierlosen in Deutschland aus der Sicht der Medizinischen Flüchtlingshilfe, in: Falge, Christiane; Fischer, Andreas; Sieveking, Klaus (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, Rechte von Menschen ohne Aufenthaltsstatus, Baden-Baden 2009.

Schmidt-Hullmann, Frank: Gewerkschaftliche Handlungsspielräume: von der außergerichtlichen Interessenvertretung bis zum gewerkschaftlichen Rechtsschutz, in: Fischer-Lescano, Andreas; Kocher, Eva; Nassibi, Gahzaleh (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität, Frankfurt am Main 2012, S. 199 ff.

Schneider, Jakob: Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Berlin 2004.

Schönenbroicher, Klaus: Rechtsstaat auf Abwegen? - Die neue «Härtefallklausel» des Ausländerrechts, ZAR 2004, S. 351ff.

Schönwälder, Karen; Sciortino, Giuseppe; Vogel, Dita, Migration und Illegalität in Deutschland. AKI-Forschungsbilanz. 1. Arbeitsstelle Interkulturelle Konflikte und gesellschaftliche Integration, Berlin 2004.

Schwantner, Andreas: Härtefallkommissionen in den Bundesländern. Stand 09/2006. Amnesty international – asyl-info 10/2006.

Schwarzburg, Katrin: Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, Baden-Baden 2012.

Schwerdtfeger, Gunther: Welche rechtlichen Vorkehrungen empfehlen sich, um die Rechtsstellung von Ausländern in der Bundesrepublik angemessen zu

gestalten? (Teilgutachten Ausländerintegration). Verhandlungen des Dreiundfünfzigsten Deutschen Juristentages Berlin 1980. Band I, München 1980.

Shutter, Sue: JCWI Immigration & Nationality Law Handbook, London 1995.

Siehr, Angelika: Die Deutschenrechte des Grundgesetzes: Bürgerrechte im Spannungsfeld von Menschenrechtsidee und Staatmitgliedschaft, Berlin 2001.

Soria, José Martinez: Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck, JZ 2005, S. 644ff.

Soysal, Yasemin Nuhoglu: Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe, Chicago/London 1994.

Spieß, Katharina: Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen, Berlin 2007.

Spieß, Katharina: Der Schutz irregulärer Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten in der Arbeit durch die UN-Menschenrechtskonvention – ein Überblick, in: Fischer-Lescano, Andreas; Kocher, Eva; Nassibi, Ghazaleh (Hrsg.), [Arbeit in der Illegalität](#): die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, Frankfurt /New York 2012, S. 114ff.

Stahmann, Rolf: Erleichterungen bei der Visaerteilung für Kurzaufenthalte für Drittstaatsangehörige, in: Barwig; Beichelt-Benedetti; Brinkmann (Hrsg.), Steht das europäische Migrationsrecht unter Druck?, Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2014, Baden Baden 2015.

Steiner, Christoph: Das Recht auf Gesundheit auf soziale Gesundheitsversorgung, Frankfurt a. M. 2004.

Stegg, Marcus ter: Das Einwanderungskonzept der EU: Zwischen politischen Anspruch und den primärrechtlichen Grenzen in Titel IV des EG-Vertrages, Baden-Baden 2006.

Steenbergen, in: Meijers, Herman: Schengen: Internationalization of Central Chapters of the Law on aliens, refugees, privacy, security and the police, Kluwer 1991.

Stiegeler, Klaus Peter, in: Hofmann, Rainer/ Hoffmann, Holger (Hrsg.), Handkommentar Ausländerrecht, 1. Auflage, Baden Baden 2008.

Stobbe, Holk: Undokumentierte Migration in Deutschland und den Vereinigten Staaten, Göttingen 2004.

Streinz, Rudolf, Europarecht, 9. Auflage, Heidelberg 2012.

Swart, in: Meijers, Herman: Schengen: Internationalization of Central Chapters of the Law on aliens, refugees, privacy, security and the police, Kluwer 1991.

Teifke, Nils: Das Prinzip der Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen, Tübingen 2011.

- Thym, Daniel: Migrationsverwaltungsrecht, Tübingen 2010.
- Thym, Daniel: Humanitäres Bleiberecht zum Schutz des Privatlebens?, *InfAuslR* 2008, S. 133ff.
- Thym, Daniel: Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? Rechtsprechung des EGMR zum Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK und deren Verhältnis zum nationalen Ausländerrecht, *EuGRZ* 2006, S. 541ff.
- Thym, Daniel: Europäischer Grundrechtsschutz und Familienzusammenführung, *NJW* 2006, S. 3249ff.
- Thym, Daniel: Respect to Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases. A Human Right to Regularize Illegal Stay? *International and Comparative Law Quarterly* 2008, S. 87ff.
- Thym, Daniel: Schutz des Aufenthaltes zwischen polizeilicher Herkunft und menschenrechtlicher Neuausrichtung, in: Arndt, Felix / Augsberg, Steffen (Hrsg.), *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, 48. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2009, S. 221ff.
- Tiedemann, Paul: Was ist Menschenwürde? Eine Einführung, Darmstadt 2006.
- Tiedemann, Paul: Anmerkung zum BVerfG: Verfassungswidrigkeit der Leistungssätze des Asylbewerberleistungsgesetzes, *NVwZ* 2012, S. 1024ff.
- Tohidipur, Timo, Grund- und Menschenrechte illegalisierter Migrantinnen und Migranten, in: Fischer-Lescano, Andreas ; Kocher, Eva; Nassibi, Ghazaleh (Hrsg.), *Arbeit in der Illegalität*, Frankfurt a. M. 2012, S. 41ff.
- Tomuschat, Christian: Der fremdenrechtliche Mindeststandard im Völkerrecht, in: Merten, Detlef; Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Band VI/2, 2009, S. 419ff.
- Toner, Helen: Comments on *Mary Carpenter v. Secretary of State*, 11 July 2002, *European Journal of Migration and Law* 2003, S. 163ff.
- Touzenis, Kristina: Migration and Human Rights in Italy: prospect for the ICRMW, in: Cholewinski, Ryszard; Guchteneire, Paul F. A. de; Pécoud, Antoine (Hrsg.), *Migration and human rights: the United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Paris 2009, S. 342ff.
- Trauner, Florian; Kruse, Imke: EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: Implementing a New EU Security Approach in the Neighbourhood, *CEPS Working Documents* 2008, No. 290.
- Tschenker, Theresa: Arbeit ohne Lohn. Irreguläre Migrant_innen nach wie vor ohne Zugang zum Recht, in: http://forum-recht-online.de/wp/wp-content/uploads/2015/03/For1501_8_Tschenker.pdf.

Vedder, Christoph, Bearbeiter Art. 168 AEUV, in: Vedder, Christoph; Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, EUV / AEUV / Grundrechte-Charta, Handkommentar, 1. Auflage, Baden Baden 2012.

Verdross, Alfred; Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht, 3. Auflage, Berlin 1984.

Vogel, Dita: „Illegaler Aufenthalt, Konzepte, Forschungszugänge, Realitäten, Optionen“ in: Thränhardt, Dietrich; Hunger, Uwe (Hrsg.): Migration im Spannungsfeld von Globalisierung und Nationalstaat, Wiesbaden 2003, S. 161ff.

Vogel, Dita; Cyrus, Norbert, Irreguläre Migration in Europa, Focus Migration Kurzdossier, 2008.

Vogel, Dita; Aßner, Manuel; Mitrovic; Kühne, Anne: Leben ohne Papiere. Eine empirische Studie zur Lebenssituation von Menschen ohne gültige Aufenthaltspapiere in Hamburg, Hamburg, Oktober 2009.

Vogel, Dita, Menschen ohne Aufenthaltsstatus in der Erwerbsarbeit: Eine sozialwissenschaftliche Einführung, in: Arbeit in der Illegalität, Fischer-Lescano, Andreas ; Kocher, Eva; Nassibi, Ghazaleh (Hrsg.), Frankfurt a. M. 2012, S. 13-37.

Vogelrieder, Sabine: Die Sanktionsrichtlinie: ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einer umfassenden Migrationspolitik der EU, ZAR 2009, S. 168 ff.

Von der Wense, Wolf: Der UN-Menschenrechtsausschuß und sein Beitrag zum universellen Schutz der Menschenrechte, Berlin /Heidelberg 1999.

Waldemar, Hummer / Wolfram, Karl, Regionaler Menschenrechtsschutz – Dokumente samt Einführungen, Band I: Allgemeiner Schutzbereich, Teilband I/1: Europa, Baden Baden 2009.

Wallau, Philipp, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, Göttingen 2010.

Walter, Anne: Familienzusammenführung in Europa, Baden-Baden 2009.

Walter, Bernd: Erweiterte Befugnisse der Polizei zur Bekämpfung der illegalen Einreise und der grenzüberschreitenden Kriminalität: Eine unabdingbare Notwendigkeit nach dem Wegfall der allgemeinen Grenzkontrollen in Westeuropa, Die Polizei 1999, S. 33ff.

Weber, Albrecht: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München 2002.

Weber, Albrecht: Menschenrechte, Texte und Fallpraxis, München 2003.

Weber, Albrecht: Das Europäische Flüchtlings- und Migrationsrecht im Lichte des EU-Verfassungsentwurfs, in: Eckhard Pache (Hrsg.), Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?, Baden-Baden 2005, S. 59ff.

Weber, Albrecht: Europarechtliche Aspekte illegaler Migration, in: Becker, Ulrich; Hablitzel, Hans; Kreßel, Eckhard (Hrsg.), Migration, Beschäftigung und soziale Sicherheit, Berlin 2007, S. 41ff.

Weber, Albrecht: Migration im Vertrag von Lissabon, ZAR 2008, S. 55f.

Weber, Albrecht: Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, S. 7ff.

Weber, Albrecht: Menschenrechtlicher Schutz von Bootsflüchtlingen. Bedeutung des Straßburger Hirsi-Jamaa-Urteils für den Flüchtlingsschutz, ZAR 2012, S. 265ff.

Weinzierl, Ruth; Lisson Urszula: Grenzschutz und Menschenrechte, Eine europarechtliche und seerechtliche Studie. Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2007.

Weinzierl, Ruth; Lisson, Urszula: Human Rights at the EU's common external maritime border, Recommendations to the EU legislature, German Institute for Human Rights, Berlin 2008.

Weizsäcker, Esther: Eingeschränkte Eheschließungsfreiheit für Ausländer? Zur Vereinbarkeit des Verfahrens zur Überprüfung der Eheschließungsvoraussetzungen bei Ausländern mit Art. 6 Abs.1 GG, InfAuslR 2003, S. 300ff.

Weizsäcker, Esther: Grundrechte und freiwillige Migration. Die Bedeutung der Grundrechte im Grundgesetz für die Regelung von Einreise und Aufenthalt zu Arbeits-, Ausbildungs- oder Besuchszwecken, Baden-Baden 2007.

Westphal, Volker; Stoppa, Edgar: Ausländerrecht für die Polizei, 3. Auflage, Lübeck 2007.

Westphal, Volker: Kommentierung § 14, in: Huber, Berthold (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz, 1. Auflage, München 2010.

Wildhaber, Luzius (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Kommentierung des Art. 8, Sonderdruck aus 2. Lieferung, Köln (u.a.) 1992.

Will, Anne: Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, Baden-Baden 2008.

Wilson, Thomas: Die Rechte von Drittstaatsangehörigen nach Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2007.

Wimalasena, Jan Philip: Die Durchsetzung sozialer Menschenrechte. Rechtsfortbildung am Beispiel des International Sozialpaktes von 1966, Kritische Justiz 2008, S. 2ff.

Wingerter, Norbert, in: Hofmann, Rainer M.; Hoffmann, Holger (Hrsg.), Ausländerrecht, Handkommentar, Baden-Baden 2008.

Winkelmann, Holger, in: Renner, Günter; Bergmann, Jan; Dienelt, Klaus (Hrsg.), Ausländerrecht, 10. Auflage, München 2013.

Wolf, Alfred, Der Standesbeamte als Ausländerbehörde oder das neue Eheverbot der pflichtenlosen Ehe, FamRZ 1998, S. 1477 ff.

Wolfrum, Rüdiger, Hohe See und Tiefseeboden, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.) Handbuch des Seerechts, München 2006.

Zimmermann, Andreas, Ausweisungsschutz, in: Grote, Rainer; Marauhn, Thilo (Hrsg), EMRK, GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006.

Zuleeg, Manfred, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 1973, S. 361ff.