

Erster Beratungsgegenstand:

Migrationssteuerung im Mehrebenensystem

1. Referat von *Stephan Breitenmoser*, Basel*

Inhalt

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

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

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

I. Einleitung

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

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

II. Begriffliche Eingrenzung

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

1. Der Begriff „Mehrebenensystem“

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

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

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

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

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

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

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

2. Der Begriff „Migrationsrecht“

a) Migrationsrecht im herkömmlichen und im erweiterten Sinne

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aa) Der Flüchtlingsbegriff

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Der Begriff der Freizügigkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Ursachen der Migration

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

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

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

²⁹ Vgl. Fn. 8.

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

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

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

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

III. Migrationssteuerung

1. Instrumente der Migrationssteuerung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (Unopakt II; IPbpr) UNTS 14668 (SR 0.103.2).

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

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

2. Einfluss der Vorrangregeln auf die Migrationssteuerung

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

a) Monismus

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

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

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

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

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

b) *Dualismus*

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

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

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

⁴⁴ BGE 142 II 35, E. 3.2 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Migrationssteuerung durch das Völkerrecht

1. *Migrationssteuerung durch bilaterale Verträge*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Die Migrationssteuerung durch multilaterale Verträge

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

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

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

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

⁷⁰ Art. 33 GFK (vgl. Fn. 14).

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

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

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

3. Die Migrationssteuerung durch die Vereinten Nationen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Migrationssteuerung im Europarecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Entwicklung des Migrationsrechts der EU

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁸ Art. 77–80 AEUV.

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

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

b) *Migrationssteuerung durch das Dubliner Recht*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁹ Vgl. COM(2016) 16 vom 16.3.2016.

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

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

c) *Migrationssteuernde Wirkung der Rechtsprechung des EuGH*

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

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

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

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

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

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

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

3. Migrationssteuerung auf der Ebene des Landesrechts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Steuerungsmittel und -methoden

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

1. Begrenzungssteuerung durch Zahlen- und Verfahrensvorgaben

a) Obergrenzen und Höchstzahlen

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

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

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

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

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

EMRK unter Heranziehung zahlreicher Kriterien anschaulich festgestellt hat.¹³⁷

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

b) *Quoten und Kontingente*

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

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

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

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

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

¹³⁹ Vgl. oben Kap. IV.

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

2. Fördermassnahmen

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

VII. Fazit und Ausblick

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Leitsätze des 1. Referenten über:

Migrationssteuerung im Mehrebenensystem

I. Einleitung

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

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

II. Begriffliche Eingrenzung

1. Der Begriff „Mehrebenensystem“

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

2. Der Begriff „Migrationsrecht“

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

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

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

III. Migrationssteuerung

1. Der Begriff der Migrationssteuerung

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

2. Instrumente der Migrationssteuerung

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

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

3. Einfluss der Vorrangregeln auf die Migrationssteuerung

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

IV. Migrationssteuerung durch das Völkerrecht

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

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

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

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

1. Migrationssteuerung durch Niederlassungsverträge

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

2. Migrationssteuerung durch die Vereinten Nationen

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

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

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

3. Migrationssteuerung durch bilaterale Abkommen

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

V. Migrationssteuerung im Europarecht

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

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

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

2. Migrationssteuerung im Europarecht i.e.S.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Migrationssteuerung auf der Ebene des Landesrechts

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

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

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

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

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

VI. Steuerungsmittel und -methoden

1. Begrenzungssteuerung durch Zahlen-Verfahrensvorgaben

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

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

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

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

2. Fördermassnahmen

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

VII. Fazit

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

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

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