Sonja Buckel

»WELCOME TO EUROPE«
Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts

Juridische Auseinandersetzungen
um das »Staatsprojekt Europa«

[transcript] Kultur und soziale Praxis

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sonja Buckel

»Welcome to Europe« – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts

Kultur und soziale Praxis

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sonja Buckel (Dr. phil. habil.) ist ab dem 1. September 2013 Professorin für Politische Theorie an der Universität Kassel und Mitglied der Forschungsgruppe »Staatsprojekt Europa« am Institut für Sozialforschung in Frankfurt am Main. Ihre Forschungsschwerpunkte sind Rechts- und Staatstheorie, Gesellschaftstheorien sowie Europaforschung.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sonja Buckel

»Welcome to Europe« – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts

Juridische Auseinandersetzungen um das »Staatsprojekt Europa«

[transcript]

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft, GZ.: BU 2265/2-1+3-1

Dieses Werk ist lizenziert unter der Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0 Lizenz (BY-NC-ND). Diese Lizenz erlaubt die private Nutzung, gestattet aber keine Bearbeitung und keine kommerzielle Nutzung. Weitere Informationen finden Sie unter
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de/.
Um Genehmigungen für Adaptionen, Übersetzungen, Derivate oder Wiederverwendung zu kommerziellen Zwecken einzuholen, wenden Sie sich bitte an rights@transcript-verlag.de

© 2013 transcript Verlag, Bielefeld

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Umschlagkonzept: Kordula Röckenhaus, Bielefeld
Lektorat & Satz : Katharina Vester
Druck: Majuskel Medienproduktion GmbH, Wetzlar
Print-ISBN 978-3-8376-2486-1
PDF-ISBN 978-3-8394-2486-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier mit chlorfrei gebleichtem Zellstoff.

Besuchen Sie uns im Internet: *http://www.transcript-verlag.de*

Bitte fordern Sie unser Gesamtverzeichnis und andere Broschüren an unter: *info@transcript-verlag.de*

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Inhalt

1. Einleitung | 9
1.1 »Welcome to Europe« | 9
1.2 Fragestellung und Vorgehensweise | 12
1.3 Danksagung | 15

2. Hegemonie – Recht – Staat | 17
2.1 Hegemonieprojekte im Konflikt um die Europäische Integration | 17
2.1.1 Hegemonie | 18
2.1.2 Hegemonieprojekte | 19
2.1.3 Fünf europäische Hegemonieprojekte | 22
2.2 Europäische Rechtsform | 29
2.2.1 Das Recht als soziale Form | 29
2.2.2 Relationale Autonomie | 30
2.2.3 Die Organisation der Hegemonie in den Verfahren der Rechtsform | 32
2.2.4 Europäische Rechtsform | 33
2.2.5 Strategien juridischer Auseinandersetzungen um Hegemonie | 37
2.3 Europäisches Staatsapparate-Ensemble | 40
2.3.1 Staat als Verhältnis | 40
2.3.2 Staatsprojekt Europa | 41
2.3.3 Juridische Staatsapparate | 43
2.4 Europäische Gouvernementalität | 43
2.4.1 Staat als Praxis | 43
2.4.2 Zielscheibe Bevölkerung | 45
2.4.3 Sicherheitsdispositive | 46

3. Europäisierung der Migrationskontrolle | 49
3.1 Imperiale Lebensweise | 50
3.2 Das Sicherheitsdispositiv des ›Migrationsmanagements‹ | 53
3.3 Territorialisierung und re-bodering | 57
3.4 Zonen stratifizierter Rechte | 60
3.4.1 Zone I: Unionsbürgerschaft | 60
3.4.2 Zone II: Legale Migration | 61
3.4.3 Zone III: Flüchtlingsschutz | 65
3.4.4 Zone IV: Illegalisierte Migration | 69

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. Hegemonietheoretische Diskursanalyse des Rechts | 71
4.1 Das anonyme System des Rechtsdiskurses | 71
4.2 Hegemonietheoretische Diskursanalyse | 73
4.3 Datenauswahl und Kontextualisierung | 78

5. *Fallstudie 1*: Transnationale soziale Rechte | 81
5.1 Der politisch-ökonomische Kontext:
Phasen der europäischen Integration | 83
5.1.1 Wettbewerbsstaatliche Integrationsweise | 85
5.1.2 Krise der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise | 88
5.2 Der politische Kontext: Die Unionsbürgerschaft | 90
5.3 Genealogie des Rechtsdiskurses zu den sozialen Rechten | 94
5.3.1 Rechtsprechung vor der Unionsbürgerschaft:
Die Freizügigkeit des »Humankapitals« | 94
5.3.2 Erste Diskursfragmente – die Generalanwaltschaft | 97
5.3.3 »Martínez Sala« vom 12. Mai 1998 – »wahre
Sozialunion« vs. »nationale Wohlfahrtssouveränität« | 99
5.3.4 »Grzelczyk« vom 20. September 2001 –
»eine genuin politische Imagination« | 106
5.3.5 »D'Hoop« vom 11. Juli 2002 –
Diskriminierung der eigenen Staatsbürger*innen | 115
5.3.6 »Baumbast und R.« vom 17. September 2002 –
»kein sicherer Hafen« | 118
5.3.7 »Collins« vom 23. März 2004 – »Sozialtourismus« | 121
5.3.8 »Trojani« vom 7. September 2004 –
»Zauberstab« für »social citizenship« | 125
5.3.9 »Bidar« vom 15. März 2005 – Ein »Bypass« | 128
5.3.10 »De Cuyper« vom 18. Juli 2006 –
»Hinauswachsen aus der Solidargemeinschaft« | 135
5.3.11 »Tas/Tas-Hagen« vom 26. Oktober 2006 –
eine neue Epoche: »Grundfreiheiten ohne Markt« | 136
5.3.12 »Morgan/Bucher« vom 23. Oktober 2007 –
»Der Richter als Künstler« | 142
5.3.13 »Förster« vom 18. November 2008 – »Notbremse« | 148
5.3.14 »Vatsouras/Koupatantze« vom 4. Juni 2009 –
»... alles andere als eine Notbremse« | 153
5.4 Fazit | 159
5.4.1 Die Diskursgesellschaft | 159
5.4.2 Auf der Suche nach einem europäischen Staatsprojekt | 164
5.4.3 Transnationale Soziale Rechte | 166

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

6. Fallstudie 2: Europäisches Grenzregime | 169
6.1 Der politisch-ökonomische Kontext:
das postkoloniale Verhältnis zwischen der EU und Afrika | 170
6.1.1 Die koloniale Pfadabhängigkeit | 170
6.1.2 Afrikanische Staatsapparate-Ensembles | 173
6.1.3 Imperiale Lebensweise | 175
6.2 Der Politische Kontext: Outsourcing und Offshoring | 186
6.2.1 Outsourcing nach Nord- und Westafrika | 188
6.2.2 Offshoring: Grenzkontrollen | 209
6.3 Diskursanalyse: Verrechtlichung der Seegrenzen | 226
6.3.1 Exterritoriale Geltung des Refoulement-Verbotes –
Genfer Flüchtlingskonvention | 228
6.3.2 »Marine I« – fragmentiertes transnationales Recht:
zwischen nationalem Verfassungsrecht, der UN-Anti-
Folterkonvention, Seerecht und EU-Migrationsrecht | 243
6.3.3 »Hirsi vs. Italy« – Europäische Menschenrechtskonvention | 289
6.4 Fazit | 331
6.4.1 Die juridischen Auseinandersetzungen um
die Verrechtlichung der Seegrenze gehen weiter... | 332
6.4.2 Kontrolle des Diskurses durch
Prozeduren der Ausschließung | 334
6.4.3 Erweiterung des Europäischen Staatsapparate-Ensembles | 335

7. Schlussbetrachtungen | 337

Literaturverzeichnis | 343

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Einleitung

1.1 »Welcome to Europe«

In verschiedenen deutschen Städten – etwa in *Hamburg*, Greifswald, Köln, Dresden oder Essen – sind in den letzten Jahren sogenannte »Welcome Center« entstanden. Dabei handelt es sich um spezielle Abteilungen der Ausländerbehörden, die als »Aushängeschild deutscher Willkommenskultur« gelten (die tageszeitung v. 25.1.2013). Migrant*innen[1] erhalten hier eine persönliche Betreuung in verschiedenen Sprachen, Unterstützung bei der Wohnungssuche und Schulbesuchen sowie nicht zuletzt die Aufenthaltsgenehmigung. Diese für die deutsche Behördenkultur außergewöhnlichen Einrichtungen erscheinen gleichsam wie Errungenschaften einer kosmopolitischen Konstellation, in der die globale Bewegungsfreiheit durchgesetzt wäre. Allerdings – das Gegenteil ist der Fall: Sie sind Institutionen einer modernisierten, utilitaristischen Migrationskontrolle. Denn diese Center sind ausschließlich für jene Migrant*innen geöffnet, die unter die sozial konstruierte und zudem vergeschlechtlichte Kategorie der »Hochqualifizierten« fallen, das heißt

1 Das im Folgenden verwendete *-Zeichen (»*innen«) – anstelle etwa des großen Binnen-I – entstammt Diskussionen der feministischen Theorie. Damit soll der Versuch symbolisiert werden, sprachliche Geschlechtsmarkierungen, die eine ausschließliche Alternative von männlich oder weiblich suggerieren, zu vermeiden. Das Sternchen wird in der Computertechnik als wildcard für eine beliebige Anzahl von Zeichen zwischen zwei Grenzen verwendet. Wenn hingegen ausschließlich ein Geschlecht sprachlich repräsentiert wird, soll damit dem Umstand Rechnung getragen werden, dass eine symbolisch gleichmäßige Repräsentation aller möglichen Geschlechter selbst in Gefahr geriete, gesellschaftliche Asymmetrien zu verdunkeln (z.B. die Exklusion von Frauen aus den Führungsetagen großer Unternehmen). Außerdem habe ich bei der Paraphrasierung von Aussagen anderer oder amtlichen Bezeichnungen in den meisten Fällen auf die geschlechtsneutrale Formulierung verzichtet, um diesen in der Diskursanalyse keine inhaltliche Position zu unterstellen, die sie nicht teilen.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

über einen Hochschulabschluss sowie ein Jahreseinkommen von über 30.000 Euro verfügen. Die Anwerbung von »Hochqualifizierten« ist auch das Ziel der Blue-Card-Richtlinie der Europäischen Union aus dem Jahr 2009 (RL 2009/50/EG v. 25.5.2009). Letztere will die »Attraktivität der Gemeinschaft für Hochqualifizierte aus der ganzen Welt erhöhen«, um im globalen Wettbewerb um die »besten Köpfe«, also etwa IT-Experten, Manager und Ingenieure, mithalten zu können (Kuczynski/Solka 2009: 22ff.). Die Anwerbung ökonomisch erwünschter Migration ist die eine Seite der neuen europäischen Migrationspolitik. Die andere firmiert unter dem Schlagwort des »Kampfes gegen illegale Migration«. Der Zynismus der »Willkommenskultur« zeigt sich hier in Form von Stacheldraht, militärischer Ausrüstung, Lagern und Entrechtung. Beide Seiten werden im politischen Projekt des ›Migrationsmanagements‹ miteinander verknüpft.

Eine wahrhaft kosmopolitische Bedeutung von »Welcome to Europe« realisierte sich hingegen im Sommer 2009, als auf der griechischen Insel Lesbos das jährliche europäische Grenz-Camp stattfand. An diesem nahmen neben Aktivist*innen der No-Border-Bewegung auch Migrant*innen im Transit, Migrationsforscher*innen und Filmemacher*innen aus ganz Europa teil. Die griechische Insel war zu diesem Zeitpunkt einer der migrationspolitischen ›Hotspots‹ der südlichen europäischen Seegrenze: Angesichts des massiven Ausbaus des Grenzschutzes in Spanien, Italien und Malta vor allem durch die ›Kooperation‹ mit den nord- und westafrikanischen Regierungen einerseits, sowie des gescheiterten Versuchs eine solche Kooperation mit der Türkei umzusetzen andererseits, verlagerte sich die Migrationsroute 2009 auf den Seeweg zwischen der Türkei und Griechenland. Lesbos liegt nur wenige Kilometer von der türkischen Grenze entfernt.

Auf einer der griechischen Inseln angekommen, wurden die Migrant*innen in einem der zahlreichen Lager[2] rund um das Mittelmeer inhaftiert. Das Haftlager in Paganí, in dem in den Sommermonaten zwischen 800 und 1000 Menschen inhaftiert waren, war für massive Menschenrechtsverletzungen berüchtigt (Pro Asyl 2007: 24f.). Nach oft mehrmonatigem Aufenthalt im Haftlager mussten die Migrant*innen ihre Fingerabdrücke für die EU-Datenbank »EURODAC«[3] hinterlassen und erhielten im Anschluss daran die schriftliche Verfügung, innerhalb der nächsten 30 Tage aus Griechenland auszureisen. Nur mit dieser Verfügung konnten sie die Insel verlassen, weil ihnen die Betreiberfirma der Fähren nach Athen nur unter deren Vorlage Fahrkarten verkaufte. In Athen angekommen, begann für die allermeisten ein Leben in der Illegalität, entweder in Athen selbst oder aber auf dem Weg ins nördliche Europa. Die EURODAC-Datenbank sollte dabei sicherstellen, dass die Migrant*innen, falls sie in einem anderen EU-Staat aufgegriffen würden, nach Griechenland zurückgeschoben werden könnten. Denn gemäß der Dublin-II-

2 Siehe http://www.globaldetentionproject.org/home.html (letzter Zugriff am 1.10.2012).

3 VO 2725/2000 v. 11.12.2000, ABl.EG Nr. L 316 v. 15.12.2000, S. 1.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verordnung[4] ist jener Mitgliedsstaat für die Asylantragsstellung zuständig, über den die Einreise in die EU erfolgt ist. Die südlichen EU-Mitgliedsstaaten wurden durch diese Regelungen mehr und mehr zu Grenzwächtern der europäisierten Migrationspolitik. Lesbos stand paradigmatisch für die Effekte dieser Politik.

Den Aktivist*innen des Grenz-Camps war es gelungen, eine Videokamera in das Haftlager in Paganí einzuschleusen und den Insass*innen so zu ermöglichen, die Verhältnisse zu dokumentieren, unter denen sie dort leben mussten. Die Ergebnisse stellten die Aktivist*innen daraufhin auf ihre Camp-Homepage.[5] Auf diesem Weg gelangten die Videoaufnahmen in die Weltöffentlichkeit: Nicht nur griechische und europäische Medien, auch CNN berichtete über die unhaltbaren Zustände. Dies führte letztlich dazu, dass Paganí im Oktober desselben Jahres geschlossen wurde.[6] Die erfolgreiche Vernetzung von Aktivist*innen aus Europa und Afrika mit den Geflüchteten während des Grenz-Camps stellte den Auftakt zu dem anschließend gegründeten Netzwerk »Welcome to Europe (w2eu)« dar, das sich verschiedenen politischen Projekten widmet, welche sich dem Ziel einer globalen Bewegungsfreiheit verpflichtet fühlen. Eines dieser Projekte ist ein Webguide, welcher illegalisierten Migrant*innen auf ihrem Weg durch Europa mehrsprachige Informationen sowie Kontakte und Beratungsmöglichkeiten anbietet.[7] Die Aktivist*innen selbst bezeichnen die Homepage als »Willkommensplattform«.[8] Ihre Vorstellung einer »Willkommenskultur« liest sich dort folgendermaßen:

»[T]he long documented deaths and suffering have continued for years, and no end is in sight. We stand for a grassroots movement that embraces migration and wants to create a Europe of hospitality.«[9]

Diese gegensätzlichen Formen von Willkommens-Politiken enthalten bereits alle Widersprüche der im Folgenden zu untersuchenden Europäisierung der Migrationspolitik. »Welcome to Europe« erweist sich darin als die im Handgemenge entwickelte kosmopolitische Vision eines »offenen Europa[s], das seine historischen Grenzen des Nationalismus, Rassismus und Kolonialismus überwindet« (Römhild 2006: 211). Hauke Brunkhorst hat darauf hingewiesen, dass sich die EU zwar als kosmopolitisches Projekt versteht, dieses Projekt jedoch nicht nur »mit den besten, mit Universalismus und Aufklärung, mit Menschenrechten und Demokratie, son-

4 VO 2003/343 v. 18.2.2003, ABl. EG Nr. L 50 v. 25.2.2003, S. 1.

5 http://w2eu.net/noborderty/pagani-detention-center-2/ (letzter Zugriff am 1.7.2013)

6 Protokoll der teilnehmenden Beobachtung des Grenzcamps auf Lesbos 20.–30. August 2009.

7 http://w2eu.info/index.en.html (letzter Zugriff am 1.7.2013)

8 Email-Bericht v. 9.8.2012, liegt der Verfasserin vor.

9 http://w2eu.net/ (letzter Zugriff am 1.10.2012)

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dern auch mit den finstersten Traditionen [...] Europas, mit Kreuzzügen und Kolonialismus, Imperialismus und Großraumprojekten eng verbunden« ist (Brunkhorst 2011: 460). Der migrantische Pragmatismus der Grenzüberschreitung als »neue entzauberte Form des Kosmopolitismus« (Römhild 2006: 212) konfrontiert die europäische Politik mit beiden Traditionen.

Aus diesem Grund habe ich den Slogan »Welcome to Europe« als Titel für die vorliegende Untersuchung gewählt. Eine solche Perspektivierung geschieht aus einer Verantwortung für die eigene Wissensproduktion heraus, wie sie methodische Diskussionen in der feministischen Theorie unter dem Schlagwort des »situierten Wissens« einfordern. Danach strebt kritisches Wissen eine Objektivität an, die nicht frei ist von Engagement und Interpretation (Harraway 1995: 90). Denn Wissen ist Ausdruck körperlicher, orts- und zeitgebundener Praxen und insofern nicht unschuldig. Die Verantwortung, die wir tragen, besteht darin, ein Wissen zu produzieren, »das die Konstruktion von Welten ermöglicht, die in geringerem Maße durch Achsen der Herrschaft organisiert sind« (ebd.: 85). Wie anders könnte die Autorin, die im Besitz der deutschen Staatsbürgerschaft ist und sich damit auf eine der sichersten Rechtspositionen dieser Welt berufen kann, über die Entrechteten schreiben, deren Erfahrungen sie nicht teilt? Dies gilt umso mehr angesichts des Umstandes, und darin folge ich Antonio Gramscis Hegemonietheorie, dass diese Wissensproduktion immer auch das Ergebnis einer gesellschaftlichen Auseinandersetzung um Hegemonie ist. In diese Auseinandersetzung sind auch die Wissenschaftler*innen verwickelt, welche sich die Analyse solcher Auseinandersetzungen zum Ziel gesetzt haben – unabhängig davon, ob sie dieses Ziel bewusst verfolgen. »Welcome to Europe« enthält also sowohl in empirischer als auch in normativer Perspektive das Programm der nun folgenden Analyse.

1.2 FRAGESTELLUNG UND VORGEHENSWEISE

Rechtliche Auseinandersetzungen erscheinen als rein rechtstechnische Vorgänge. Unter den für juristische Laien unverständlichen Rechtsfiguren verschwinden die politischen Kämpfe. Juristische Dogmatik erhebt sogar den Anspruch, reine Rechtstechnik zu sein. Dies ist ein wesentlicher Effekt der Eigenlogik der Rechtsform. Indem sich soziale Verhältnisse im Recht kapitalistischer Gesellschaften verselbständigen, erlangen sie in der Rechtsform eine relationale Autonomie (ausführlich Buckel 2007). Die kritische Methodenlehre hat daher viel Zeit darauf verwendet, das Politische im Recht herauszuarbeiten und den genuin politischen Charakter jeder rechtlichen Auseinandersetzung zu betonen (für einen Überblick vgl. Buckel/Fischer-Lescano 2007: 85ff.). Die vorliegende Arbeit versucht in diesem Kontext, eine eigene Untersuchungsperspektive zu entwickeln, um die Kämpfe um Hegemo-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nie nachvollziehbar zu machen und zu zeigen, wie die späteren Rechtsfiguren als Ergebnisse ebendieser Kämpfe entstehen. Damit ist die Möglichkeit eröffnet, den de-politisierten Charakter der Rechtsordnung in Frage zu stellen und zu zeigen, wie gesellschaftliche Kräfteverhältnisse sich in das Recht übersetzen und wo Ansatzpunkte für ihre Verschiebung existieren.

Viele Auseinandersetzungen der letzten Jahre boten sich für eine solche Analyse an. Ob es sich etwa um die Arbeitsrechtsprechung zur Leiharbeit handelt oder um die rechtlichen Auseinandersetzungen um die sogenannte Transsexuellen-Gesetzgebung. Das erst im Entstehen begriffene europäische Migrationsrecht erschien mir jedoch aus verschiedenen Gründen besonders geeignet zu sein. Zum einen überkreuzen sich in diesem Feld verschiedene Herrschaftsachsen und Strukturprinzipien kapitalistischer Gesellschaften: das Nord-Süd-Verhältnis, Staat, Nation und damit Ethnizität, Klasse und Geschlecht. Zum anderen werden wir im Prozess der Europäischen Integration zu Zeug*innen eines widersprüchlichen Staatswerdungsprozesses, der gerade in der aktuellen Krise eine große Dynamik entfaltet. Er lässt sich besonders gut im Bereich der Migrationspolitik untersuchen, da sich in dieser staatliche Tätigkeiten wie in einem Brennglas verdichten, sie aber staatstheoretisch noch kaum erforscht war. Bereits mit der Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Maastricht-Vertrag 1992[10] wurden ehemalige innereuropäische Gastarbeiter*innen in Unionsbürger*innen mit bürgerlichen, politischen und sozialen Rechten transformiert. Als dann 1999 mit Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam[11] auch noch die Migrationspolitik für Drittstaatsangehörige europäisiert wurde, das heißt als die Rechtsetzungskompetenz für die Asyl- und Grenzpolitik, für die legale sowie die irreguläre Migration den europäischen Institutionen übertragen wurde, und in den folgenden zehn Jahren auf dieser Grundlage durch eine große Anzahl von Richtlinien und Verordnungen ein eigenständiges europäisches Migrationsrecht entstand, war dies staatstheoretisch von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Seit diesem Zeitpunkt sind die nationalen migrationsrechtlichen Normen nur noch Implementierungen europarechtlicher Vorgaben – allerdings mit zum Teil großen Gestaltungsspielräumen. Diese Entwicklung fordert klassische staatstheoretische Annahmen heraus. Denn sie bedeutet die Entstehung eines die nationalen Territorien überlagernden Territoriums, einer transnationalen Bevölkerungsregulierung sowie Verschiebungen von Gewaltmonopol und Staatsbürgerschaft. Die Konflikte, die mit dieser Entwicklung einhergehen, sind vielfältig und multiskalar.

Zwei Fallstudien stehen im Zentrum dieser Untersuchung: In der ersten analysiere ich eine Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), die sich über ein Jahrzehnt hinweg entwickelt hat und einen Bruch mit dem neoliberalen Rechtsprechungspfad der letzten 40 Jahre (vgl. Buckel/

10 Vertrag über die Europäische Union, Abl. Nr. C 191 v. 29.7.1992.

11 ABl. Nr. C 340 v. 10.11.1997.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Oberndorfer 2009) bedeutet. Denn in diesen Urteilen sprach das höchste europäische Gericht erwerbslosen Unionsbürger*innen, wie etwa einer alleinerziehenden Mutter oder einem Obdachlosen, transnationale soziale Rechte zu. In dieser Fallstudie steht also mit der Ausweitung subjektiver Rechte die hoch umstrittene Konstruktion eines europäischen Sozialstaates, trotz fehlender Europäisierung der Sozialpolitik, im Zentrum – und, damit verbunden, die Konzeption einer genuin europäischen Gemeinschaft, die nicht mehr aufgrund nationaler Zugehörigkeiten diskriminieren darf. Die erkenntnisleitende Frage lautete, wie es möglich war, dass der Europäische Gerichtshof, nicht selten gegen den expliziten Willen der politischen Akteur*innen, diese neue Gattung sozialer europäischer Rechte entwickelte.

Die zweite Fallstudie wendet sich hingegen den Kämpfen um eine Verrechtlichung der südlichen europäischen Seegrenze zu. Hierbei werden unterschiedliche, fragmentierte juridische Terrains analysiert, auf denen diverse Akteur*innen in verschiedenen Konstellationen um die Durchsetzung ihrer jeweiligen Deutung von Rechtsstaatlichkeit ringen. Während die peripheren EU-Südstaaten immer mehr in die Rolle von Grenzwächtern hineingedrängt und darüber hinaus die postkolonialen nord- und westafrikanischen Staaten zu integralen Stützpfeilern der europäischen Grenzpolitik wurden, versuchen Menschenrechtsaktivist*innen diese Entwicklung rechtlich einzuhegen.

Geht es also in der ersten Fallstudie um die Konstitution eines europäischen Innen, so in der zweiten um die Produktion des Außen. Durch diese Neuzusammensetzung von Innen und Außen kommt es zu Prozessen des Re-Borderings, der Gleichzeitigkeit von Grenzziehung und Grenzöffnung sowie der Schaffung eines Bereichs nichtrestringierter innerer Mobilität, der zugleich an massive Außengrenzen gekoppelt ist. Diese Auseinandersetzungen, so die hier vertretene These, sind Konstitutionalisierungskämpfe, in denen wesentliche Elemente eines europäischen Staatsprojektes verhandelt werden.

Methodisch untersuche ich die juridischen Auseinandersetzungen mittels einer hegemonietheoretischen Diskursanalyse des Rechts, die zunächst den jeweiligen politisch-ökonomischen Kontext beleuchtet, um daran anschließend die diskursiven Auseinandersetzungen innerhalb der scheinbar rein technischen, juristischen Dogmatik ans Licht zu holen. Während in der ersten Fallstudie von den konkreten Akteur*innen abstrahiert und stattdessen der juristische Diskurs fokussiert wird, um von Urteil zu Urteil die allmähliche Herausbildung einer von der Literatur als durchaus »revolutionär« beurteilten Rechtsprechungslinie nachzuzeichnen, werden in der zweiten Fallstudie, die sich aufgrund der prekären und in weiten Teilen unklaren Rechtslage an der Seegrenze nur auf wenige Urteile stützen kann, auch die strategischen Praxen juridischer Aktivist*innen ausgeleuchtet.

Bevor die konkrete Analyse beginnt, sollen zunächst die zentralen theoretischen Kategorien geklärt werden. Wenn von einem Staatswerdungsprozess die Rede ist, was ist dann mit »Staat« gemeint? Und wie lässt sich das widersprüchliche Terrain

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Rechts theoretisch fassen (2. Kapitel)? Im Anschluss daran gebe ich einen Überblick über die Europäisierung der Migrationskontrolle (3. Kapitel), wovon die beiden Fallstudien jeweils Ausschnitte abbilden. Dabei werde ich argumentieren, dass diese Politik durch das neoliberale Sicherheitsdispositiv des ›Migrationsmanagements‹ gekennzeichnet ist, welches Mobilität durch unterschiedliche Zonen stratifizierter Rechte regiert. Die beiden im Anschluss folgenden Fallstudien (5. und 6. Kapitel) finden innerhalb dieser stratifizierten Rechtszonen statt: die erste im Bereich der stärksten Rechte der Unionsbürger*innen, die zweite am entgegengesetzten Pol der Rechtlosigkeit der illegalisierten Migrant*innen. Die Konstitution von Innen und Außen korrespondiert diesen beiden Zonen. Zuvor wird in einem methodischen Kapitel die empirische Vorgehensweise erläutert (4. Kapitel). In einem abschließenden Resümee werden schließlich die beiden Fallstudien gemeinsam reflektiert (7. Kapitel).

1.3 DANKSAGUNG

Der vorliegende Text ist die überarbeitete Fassung meiner im Oktober 2012 am Fachbereich Gesellschaftswissenschaften der Frankfurter Goethe-Universität eingereichten Habilitationsschrift. Sie ist entstanden im Rahmen eines DFG-geförderten Forschungsprojekts,[12] das in den Jahren 2009-2013 am Institut für Sozialforschung in Frankfurt durchgeführt wurde. Es hatte sich zum Ziel gesetzt, die Europäisierung mit einem Fokus auf den gesellschaftlichen Auseinandersetzungen um Hegemonie zu analysieren, welche sowohl in der Zivilgesellschaft als auch auf dem politischen Terrain im engeren Sinne sowie im Recht ausgetragen werden. Mein Dank gilt insbesondere Hans-Jürgen Bieling, Jens Borchert und Hauke Brunkhorst, die aus unterschiedlichen theoretischen Perspektiven die Arbeit begutachtet haben, und deren Kritiken ich gerne aufgegriffen habe, sowie meinen Interviewpartner*innen für die Bereitschaft, ihr Wissen mit mir zu teilen. Darüber hinaus verdanke ich den Mitgliedern unserer Forschungsgruppe »Staatsprojekt Europa« viele, viele Stunden gemeinsamer solidarischer Diskussion und kreativer theoretischer Arbeit, die ich in dieser Form als einzigartig erlebt habe: Jens Wissel, John Kannankulam, Maximilian Pichl, Friederike Boll, Fabian Georgi, Fabian Wagner, Dana Lüddemann, Anne Strehlow, Sebastian Wolff, Saida Ressel, Nikolai Huke, David Lorenz, Adrian Oeser, Alexandra Heiter, Ulrich Hartl, Lea Welsch, Justo Serrano, Sebastian Neumann – und schließlich Katharina Vester, die nicht nur gemeinsam mit mir an der Recherche für die Rechtssache »Hirsi vs. Italy« arbeitete, sondern auch das Lektorat dieses

12 »Die Transnationalisierung des Staates im Prozess der Entstehung einer gemeinsamen europäischen Migrationskontrollpolitik«, www.staatsprojekt-europa.eu.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Buches übernommen hat. Dafür, dass die Arbeitsbedingungen dabei überaus angenehm waren, fühle ich mich den Mitgliedern des Instituts für Sozialforschung verbunden. Unter diesen gilt mein besonderer Dank Sidonia Blättler, Axel Honneth, Ela Rojas, Günter Pabst und Susanne Kappler. Darüber hinaus verdanke ich eine akribische und kritische Lektüre Andreas Fischer-Lescano, Regina Kreide, Thore Prien, Margit Rodrian-Pfennig und Andrea Ypsilanti. Schließlich wäre dieses Projekt ohne die Finanzierung durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft nicht möglich gewesen.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Hegemonie – Recht – Staat[1]

Diese Untersuchung blickt rechts- und staatstheoretisch auf die sozialen Auseinandersetzungen um die europäische Migrationspolitik. Konstitutionalisierungskämpfe um das »Staatsprojekt Europa« bilden den Kern der Untersuchung. Daher werde ich zunächst darlegen, mit welchen theoretischen Vorannahmen die empirische Analyse dieser Prozesse operiert. Dabei führe ich drei theoretische Stränge zusammen, die ich in den letzten Jahren verfolgt habe: Hegemonie, Recht und Staat. Diese theoretischen Überlegungen sollen in dieser Arbeit mit empirischen Untersuchungen verbunden werden. Daher kann die begriffliche Arbeit nicht in aller Ausführlichkeit, sondern nur summarisch dargestellt werden (für eine ausführliche Rekonstruktion vgl. zum Recht Buckel 2007; zu Hegemonie Buckel/Fischer-Lescano 2007a; zum Staat Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel 2013).

2.1 Hegemonieprojekte im Konflikt um die Europäische Integration

Eine zentrale Prämisse meiner Untersuchung lautet, dass gesellschaftliche Auseinandersetzungen – unabhängig davon, ob sie auf dem Terrain des Politischen, des Rechts oder der Zivilgesellschaft ausgefochten werden – in bürgerlichen Gesellschaften vorwiegend Auseinandersetzungen um *Hegemonie* sind.

1 Die folgenden Überlegungen (Abschnitte 2.1 bis 2.3) basieren teilweise auf bereits veröffentlichten Texten, die ich gemeinsam mit Fabian Georgi, John Kannankulam und Jens Wissel, aber auch mit Lukas Oberndorfer verfasst habe und die durch die Diskussionen im Forschungsprojekt geprägt wurden. Sie geben in diesem Sinne einen kollektiven Erkenntnisprozess wieder (Buckel 2011; Buckel 2012; Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel 2012 und 2013; Buckel/Oberndorfer 2009, Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ 2013).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2.1.1 Hegemonie

Mit seiner Interpretation des Konzepts der Hegemonie gab Antonio Gramsci eine spezifische Antwort auf die bis heute virulente Frage, warum selbst noch die Beherrschten – außer in revolutionären Ausnahmezeiten – in ihre eigene Beherrschung einwilligen, sie passiv erdulden oder sogar affirmieren. Mit Hegemonie beschrieb er einen zentralen Modus bürgerlicher Herrschaft, der es dominanten gesellschaftlichen Kräften erlaubt, politische Führung zu erlangen. Dafür müssen diese allerdings ihre eigenen »korporativen« Interessen überschreiten und eine »Katharsis« durchlaufen, durch die sie ein Bewusstsein von der Notwendigkeit der Universalisierung ihrer partikularen Position erlangen. Dies setzt eine hinlängliche Berücksichtigung gegnerischer und subalterner Interessen voraus (Gramsci 1991ff.: H. 4, § 38: 495f.). Hegemonie ist die Fähigkeit, in diesem Prozess eine »Weltauffassung« zu entwickeln, einen »common sense«, der sich in allen gesellschaftlichen Bereichen manifestiert. Sie ist demnach eine Art zu leben und zu denken; sie bestimmt die Vorlieben, den Geschmack, die Mode sowie die moralischen und rechtlichen Normen. Sie organisiert das Verhältnis von Wissen und Wahrheit.

Dabei ist sie kein bloßer Reflex gesellschaftlicher Strukturen, sondern eine Organisationsleistung: Der kathartische Prozess der Entwicklung einer Weltanschauung muss organisiert werden. Diese Rolle hat Gramsci den sogenannten Intellektuellen zugeschrieben. Darunter sind zwar auch die »großen Intellektuellen«, die Literat*innen und Philosoph*innen im klassischen Sinne zu verstehen, vor allem aber die »kleinen Intellektuellen«, also Partei- und Gewerkschaftsfunktionär*innen, Fernsehmoderator*innen und Bürokraten, Journalistinnen und Think-Tanks und nicht zuletzt Jurist*innen. Sie sind die Techniker*innen der Hegemonie, die es vermögen, das Interesse eines komplizierten Allianzsystems auf den Begriff zu bringen und darüber eine Weltanschauung von verschiedenen gesellschaftlichen Orten aus herauszubilden. Dabei sind staatliche und rechtliche Verfahren aufgrund ihrer Formalisierung und der Herausbildung eigener »Intellektueller« idealtypische Universalisierungsinfrastrukturen: Sie leisten in diesem Prozess die Übersetzung der Interessen gesellschaftlicher Kräfte in die internen Strukturen des Staates (ausführlich vgl. Buckel/Fischer-Lescano 2007a).

Hegemonie ist allerdings nicht die einzige Form bürgerlicher Herrschaft, sondern vielmehr, wie Gramsci dies formulierte, »gepanzert mit Zwang«. Auch wenn es in den bürgerlichen Gesellschaften des globalen Nordens vor allem darauf ankommt, den Konsens der Regierten zu erlangen, so bleibt doch in Ausnahmesituationen die kasernierte staatliche Gewalt, die der Staat monopolisiert, wesentlicher Bestandteil der materiellen Struktur moderner Staaten. Die repressiven Staatsapparate der Polizei und des Militärs sowie die Gefängnisse und Grenzsicherungsapparate »panzern« die Normalität hegemonialer Praxis. Allerdings ist ihre Anwendung

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

im Normalfall selbst wiederum auf Zustimmung angewiesen, und auch Hegemonie funktioniert wiederum nicht selten nur vermittelt über diese »Rute im Fenster« (Mayntz/Scharpf 1995: 29).

2.1.2 Hegemonieprojekte

Um Auseinandersetzungen um Hegemonie empirisch untersuchen zu können, haben wir in Anlehnung an neogramscianische Ansätze (vgl. vor allem van Apeldoorn 2000; Bieling/Steinhilber 2000b) das Konzept der »Hegemonieprojekte« aufgegriffen und erweitert (Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ 2013). Danach verstehen wir unter Hegemonieprojekten die Verkettung einer Vielzahl unterschiedlicher Taktiken und Strategien, mittels derer Myriaden von Akteur*innen versuchen, ihre partikularen Interessen in allgemeine zu transformieren, um hegemonial zu werden. Strategien, die jeweils der gleichen Rationalität folgen, lassen sich in Hegemonieprojekten bündeln. Hegemonieprojekte sind begriffliche Konstruktionen, die zugleich den Anspruch erheben, gesellschaftliche Phänomene zu benennen, mit denen sie in einem Artikulationsverhältnis stehen.

Die vielfältigen Strategien können durchaus bewusst und in Allianzen verfolgt werden. Doch führen die gesellschaftliche Komplexität sowie die unüberschaubare Vielfalt der Akteur*innen dazu, dass der Gesamteffekt dieser Strategien von den Einzelnen nicht mehr kontrollierbar ist. Dies bedeutet aber nicht, dass eine rein strukturalistische Analyse möglich wäre, welche die handelnden Akteur*innen ausblenden könnte. Die Kategorie des »Hegemonieprojekts« unternimmt den Versuch, genau diese gesellschaftlich relevanten Kräfte zu benennen, zugleich aber dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Vielfalt strategischer Praxen weder auf einzelne mächtige Akteur*innen zurückführbar ist, noch jemals alle beteiligten Kräfte und Voraussetzungen empirisch erschöpfend analysiert werden können. Es handelt sich also bei der Kategorie des »Hegemonieprojekts« – wie bei allen Kategorisierungen gesellschaftlicher Phänomene – um eine Reduktion von Komplexität. Die Zurechnung der strategischen Praxen zu relevanten Akteur*innen ist daher eine begriffliche Konstruktionsleistung, die nicht mit Kausalnachweisen, sondern nur mit Plausibilitäten argumentieren kann – auf der Basis empirischer Untersuchungen, die den Effekten und Wirkungsweisen des strategischen Handelns konkreter Akteur*innen nachspüren, z.B. durch die Analyse von Positionspapieren, Investitionen, der Beteiligung am Gesetzgebungsverfahren, juristischen Dokumenten usw.

Ohne dass es also eine zentrale Koordination gäbe, gehen in die Hegemonieprojekte sowohl die Strategien und Taktiken (zivil-)gesellschaftlicher Akteur*innen im weiteren Sinne ein als auch solche politisch-institutioneller Akteur*innen innerhalb der Staatsapparate im engeren Sinne. Eine besondere Rolle spielen die Intellektuellen. Diskursiv verknüpfen sie Teilelemente eines Projekts und rationalisieren seine

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ziele, Interessen und Kompromisse in politischen Erzählungen. Erst dann, wenn es durch Verknüpfungen und Kompromisse gelingt, auch konträre gesellschaftliche Positionen hinlänglich zu integrieren und in einen kohärenten Zusammenhang zu bringen, kann ein Hegemonieprojekt hegemonial werden.

Ein Hegemonieprojekt ist eine Bündelung ähnlicher, aber nicht notwendig identischer Strategien. Darin können sich die Strategien von Akteur*innen verknüpfen, die sich selbst durchaus voneinander abgrenzen. Ein Hegemonieprojekt kommt überhaupt erst dann zustande, wenn sich eine bedeutsame Anzahl ähnlicher Strategien unter einer gemeinsamen Perspektive bündeln lässt. Geraten Hegemonieprojekte in die Krise, können sie auch wieder zerfallen. Dass dieser Versuch der Organisation von Hegemonie also auch scheitern kann, dass er umkämpft ist und sich immer im Prozess befindet, wird mit dem Begriff *Projekt* zum Ausdruck gebracht. Im Zentrum stehen die empirisch zu ermittelnden *strategischen Praxen* – und nicht unterstellte Interessenspräferenzen, wie es in der Interessensgruppenforschung oder in Rational-Choice-Ansätzen der Fall ist. Denn es gibt keine »vorgegebenen Interessen des Kapitals gegen Arbeit bzw. von Männern gegen Frauen, die außerhalb spezifischer Konstellationen existieren [...]«, wie Jessop (2001: 60) zutreffend festgesellt hat. Im Unterschied zum Konzept der Advocacy-Coalition wiederum stellt die Untersuchung von Hegemonieprojekten nicht lediglich auf geteilte Wertvorstellungen ab, sondern auf strategische Praxen, die einer diskursiv vermittelten, interessegeleiteten Situations- und Problemanalyse folgen und sich Akteur*innen zurechnen lassen, die wiederum sozialstrukturell positioniert sind und über entsprechende Ressourcen verfügen. Entlang der folgenden vier Kategorien, nämlich der Strategien (1.), der Akteur*innen (2.), ihrer sozialstrukturellen Positionierung (3.) und ihrer Ressourcen (4.), lassen sich verschiedene Hegemonieprojekte herausarbeiten, die immer schon auf einen strukturierten gesellschaftlichen Kontext bezogen sind (ausführlich Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel 2013). Unter Ressourcen sind dabei keinesfalls ausschließlich *ökonomische* oder *militärische Ressourcen* zu verstehen. Neben diesen kommt es ebenso

- auf die *organisatorischen Ressourcen* (wie den Organisierungsgrad der Akteur*innen und deren Erfindungsreichtum) an, darüber hinaus
- auf die *diskursiven Ressourcen* (wie Wissen, die Fähigkeit, sich auf anerkannte Diskurse zu berufen oder eine breite gesellschaftliche Öffentlichkeit zu erreichen),
- auf die *sozialen und politischen Ressourcen* (wie etwa das Eingebundensein in Netzwerke oder den Zugang zu staatlichen Institutionen), zudem auch
- auf die *systemischen Ressourcen* (wie die Fähigkeit, systemrelevante Entscheidungen zu treffen oder die Störung systemrelevanter Prozesse glaubhaft anzudrohen) und schließlich

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- auf die *strukturellen Ressourcen*, das heißt auf die Privilegierung durch strategische Selektivitäten (Jessop 2001: 60).

Hegemonieprojekte umfassen zudem ausschließlich diejenigen Strategie-Bündel, die auf die Durchsetzung von politischen und rechtlichen Programmatiken und Rationalitäten zielen. Damit kann und soll in dieser Untersuchung die gesellschaftliche Kräftekonstellation, die am Zustandekommen von Gesetzen oder Urteilen beteiligt ist, untersucht werden. Damit werden explizit *nicht* sämtliche Elemente des Kräfteverhältnisses erfasst. Denn zum einen gibt es Praxen, die nicht auf die Herstellung von Hegemonie oder Gegenhegemonie zielen, weil sie den Modus der Hegemonie – als Form bürgerlicher Herrschaft – prinzipiell ablehnen, oder aber weil sie aus den Institutionen der Hegemonieproduktion (noch) ausgeschlossen sind.

Und zum anderen sind schließlich von den strategischen Praxen, die auf Hegemonie zielen, deviante Praxen zu unterscheiden, die zwar politisch in dem Sinne sind, dass sie nicht einfach wiederholende Routinen darstellen, sondern gegebene Institutionen unterlaufen, allerdings nicht auf der diskursiven Ebene strategischer Intervention agieren. Dies ist gerade für die Untersuchung der Migrationspolitik von Bedeutung, da die Praxen der alltäglichen irregulären Grenzüberschreitung relevanter Ausgangspunkt staatlicher Interventionsversuche (Karakayali/Tsianos 2005), zugleich jedoch nicht Teil der Hegemonie organisierenden Praxen sind. »Hegemonie« ist verglichen mit den »Hegemonieprojekten« der umfassendere Begriff, denn Hegemonie basiert darauf, dass die Weltanschauung in den konkreten Alltagspraxen gelebt wird. Deviante Praxen, wie etwa klandestine Grenzüberschreitungen, folgen nicht den hegemonialen Pfaden, den Selbstverständlichkeiten der Grenzkontrolle. Politische Programmatiken sind nur Möglichkeitsstrukturen und keine determinierenden Automatismen. Deswegen können auch deviante Praxen, mit denen Akteur*innen die Anrufungen der Gesetze etwa in ihren Selbsttechnologien zurückweisen und sich nicht führen lassen, die Wirkmächtigkeit regulierender Zwänge in Frage stellen und damit Anknüpfungspunkte für gegen- oder antihegemoniale Entwicklungspfade legen. Diese strategischen Praxen münden jedoch nicht in Hegemonieprojekte, da sie sich gerade nicht diskursiv artikulieren (können), weil ihre Akteur*innen in der Regel nicht zu den gesellschaftlichen Eliten gehören, die im Rahmen der Arbeitsteilung zwischen Kopf- und Handarbeit überhaupt Hegemonie organisieren können. Diese Unterscheidung zu treffen ist zentral. Zum einen, weil sie aufzeigt, was in der folgenden Analyse *nicht* untersucht wird, und zum anderen, weil sie noch einmal in Erinnerung ruft, was Hegemonie bedeutet: eine Form bürgerlicher Herrschaft, die zwar aufgrund ihres Universalisierungsmodus ein überschüssiges demokratisierbares Potenzial enthält, aber letztlich immer ein Herrschaftsmuster bleibt und damit nur einen selektiven Zugang zur Macht der Diskurse ermöglicht.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2.1.3 Fünf europäische Hegemonieprojekte

Im Forschungsprozess haben wir fünf Hegemonieprojekte identifiziert, die im Konflikt um die Art und Weise der Europäischen Integration bzw., wie ich später argumentieren werde, um das »Staatsprojekt Europa« miteinander konkurrieren.[2] Dabei wurden sowohl sekundäranalytisch neogramscianische Untersuchungen ausgewertet, als auch eigene exemplarische Sozialstrukturanalysen der BRD, Großbritanniens und Spaniens (ausführlicher Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ 2013) sowie Diskursanalysen juristischer und politischer Texte, von Zeitungsartikeln bzw. Positionspapieren durchgeführt. Aufgrund des Problems der Überkomplexität haben die Charakterisierungen dieser Projekte einen vorläufigen Charakter. Sie sind stets durch weitere Untersuchungen zu konkretisieren und zu korrigieren. Hinzu kommt, dass große Organisationen wie Gewerkschaften, Parteien, Verbände oder auch Kirchen sich nicht ausschließlich einem Hegemonieprojekt zuordnen lassen. Vielmehr weisen sie selbst eine Bandbreite verschiedener Strategien auf. So verfolgen etwa die Führungseliten der sozialdemokratischen Parteien mehrheitlich neoliberale Strategien, oder die katholische Kirche verfügt neben einer klaren konservativen strategischen Ausrichtung auch über eine nicht zu unterschätzende, aus der christlichen Soziallehre folgende soziale Strategie. Die Zuordnung von Akteur*innen zu Hegemonieprojekten darf daher nicht essentialistisch verstanden werden. Sie erfolgt aufgrund konkreter, empirisch zu beobachtender Strategien, die der Tendenz nach einem Hegemonieprojekt zugeordnet wurden.

(a) Neoliberales Hegemonieprojekt

Das *neoliberale Hegemonieprojekt* bildete sich nach dem Zweiten Weltkrieg heraus und konnte sich in der Krise des Fordismus Mitte der 1970er als erfolgreiches Gegenprojekt zum bis dahin hegemonialen keynesianisch national-sozialen Hegemonieprojekt durchsetzen. Es prägte in der Folge den europäischen Integrationsprozess. Bis zu diesem Zeitpunkt waren die europäischen Unternehmen in einen korporatistischen Kompromiss eingebunden. Auch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) sicherte damals die *nationalen* Entwicklungswege ab: »Die ›nachholende Fordisierung‹ der westeuropäischen Ökonomien brauchte [...] Außenschutz, der bis zu einem bestimmten Grad durch die europäischen Instanzen organisiert wurde. [...] Im Vergleich zu heute war die Standortkonkurrenz eingeschränkt. Die Kontrollen der internationalen Kapitalströme waren ein zentrales Instrument der na-

2 Wenn das Konzept der Hegemonieprojekte auf andere Politikfelder oder sozialräumliche Kontexte angewendet wird, müssen die Hegemonieprojekte daher jeweils konkret an diese empirisch angepasst werden. Die vorliegenden Projekte beziehen sich ausschließlich auf die Strategien im Rahmen der europäischen Integration.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tionalstaatlichen Wirtschafts- und Währungspolitik.« (Ziltener 2000: 86) In der Krise des Fordismus gelang es den großen kapitalistischen Unternehmen über die Internationalisierung der Produktion und die Strategie der Finanzialisierung, die infolge des Zusammenbruchs des Bretton-Woods-Systems fixierter Wechselkurse und Kapitalverkehrskontrollen entwickelt wurde, aus diesem national-sozialen Konsens auszubrechen (Kannankulam 2008).

»Tatsächlich ist die Geschichte des Kapitalismus nach den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts [...] eine Geschichte des Ausbruchs des Kapitals aus einer sozialen Regulierung, die ihm nach 1945 aufgezwungen war [...]. An ihrem Anfang standen die Arbeiterrevolten um 1968 [...]. In den folgenden Jahren suchten die kapitalistischen Eliten und ihre politisch Verbündeten nach Auswegen aus sozialen Verpflichtungen, die sie um des lieben Friedens willen hatten eingehen müssen [...]. Neue Produktionsstrategien zur Überwindung drohender Marktsättigung, das wachsende Überangebot an Arbeitskräften als Folge des sozialen Strukturwandels und nicht zuletzt die Internationalisierung der Märkte und Produktionssysteme eröffnete Gelegenheiten« (Streeck 2013: 45).

Infolge dieses Transformationsprozesses wurden neue Strategien entwickelt und durch eine Reihe von Intellektuellen unter einem kohärenten Narrativ verknüpft, welches sich allmählich in eine neoliberale Regierungskunst übersetzte (Foucault 2004/1979: 123ff.).

Die grundlegende *Strategie*, die sich im neoliberalen Hegemonieprojekt herausbildete, ist der wettbewerbsstaatliche Umbau nahezu aller gesellschaftlichen Bereiche und aller staatlichen Aufgaben, zentral vermittelt über die Europäische Union (EU), konzentriert im politischen Projekt des Binnenmarktes. Politische Leitlinien sind die Flexibilisierung von Produktions- und Arbeitsverhältnissen, die Finanzialisierung der Ökonomie sowie die Privatisierung der sozialen Infrastruktur. Im Kern geht es um die Internationalisierung von Kapital, Handel, Produktions- und Versorgungsketten sowie die Mobilität des Produktionsfaktors Arbeit im Kontext einer internationalen Arbeitsteilung, die auf der Ausnutzung globaler Niedriglohnsektoren basiert.

Die *soziale Basis* dieses Projekts sind die Schlüsselsektoren des globalisierten, postfordistischen Akkumulationsregimes: die »exklusiven Männerclubs« (Young/ Schuberth 2010: III) der Finanzwirtschaft und der großen transnationalen Konzerne und deren Netzwerke. Hinzu kommen aber auch Vermögensbesitzer*innen, hochqualifizierte Arbeiter*innen, Selbständige sowie Teile der Staatsbürokratie (Gill 1998: 12f.).

Die *Ressourcen* des neoliberalen Hegemonieprojekts zur Durchsetzung seiner Ziele sind außerordentlich hoch. So sind seit den 1980er Jahren die ausländischen Direktinvestitionen explosionsartig angestiegen, und die transnationalen Konzerne vor allem aus den USA, der EU und dem ostasiatischen Raum bestimmen durch ih-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

re global orientierten Investitions- und Absatzstrategien ganz maßgeblich die internationale Produktionsstruktur. Sie sind verantwortlich für etwa vier Fünftel der weltweiten Industrieproduktion (Bieling 2007: 127ff.) und kontrollieren zwei Drittel des Welthandels. Der Umsatz solcher transnationaler Konzerne entspricht dem Bruttosozialprodukt mittlerer Volkswirtschaften (Gill 1998: 7). Die Finanzialisierung aller gesellschaftlichen Bereiche wiederum ist der Versuch, die Rentabilität des Kapitals nach einer Zeit fallender Profitraten »*außerhalb* des unmittelbaren Produktionsprozesses zu steigern« (Marazzi 2011: 32, Herv. i.O.). Dadurch nahm die Bedeutung des Finanzkapitals quantitativ und qualitativ zu. Und auch die Industrieunternehmen beziehen selbst einen immer größeren Teil ihrer Profite aus Finanzanlagen. Das finanzgetriebene Akkumulationsregime wurde durch die Deregulierung und Liberalisierung des Bankensektors und der Finanzmärkte politisch abgesichert (Kannankulam 2008: 107ff.).

Aufgrund ihrer Stellung sind die Akteure dieses Projekts in der Lage, »eine systemrelevante Leistungsverweigerung glaubhaft anzudrohen« (Offe 1969: 146), das heißt, Entscheidungen über Arbeitsplätze, Arbeitsbedingungen und Investitionen von der Annahme ihrer Forderungen abhängig zu machen. Daneben verfügen sie auch über die größten materiellen Ressourcen, und ihre Milliardengewinne werden nicht zuletzt in extensive Lobbyisten-Netzwerke investiert, die mit Büros in Brüssel und anderen europäischen Hauptstädten in der Lage sind, staatliche Politiken bis ins Detail hinein zu beeinflussen (Eberhardt 2012). Gleichzeitig haben sie auf einer ideologisch-diskursiven Ebene eine Führungsrolle inne. Dabei spielen Think-Tanks eine große Rolle. Und auch die neoklassisch dominierten Wirtschaftswissenschaften zählen zu den diskursiven Ressourcen des Projekts.

Diese strategische Konstellation war lange Zeit hegemonial und hat die europäische Integration in den letzten 25 Jahren geprägt – gerade auch die Migrationspolitik. Mit der Weltwirtschaftskrise ist allerdings auch sie in die Krise geraten. Dies drückt sich in einem Auseinanderfallen und einer strategischen Neuorientierung der sich in dem Projekt verdichtenden Strategien aus, da eine große Uneinigkeit über die Deutung der Krise und erst Recht über die Maßnahmen zu ihrer Überwindung besteht (Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel 2012).

(b) National-soziales und proeuropäisch-soziales Hegemonieprojekt

Demgegenüber existiert eine strategische Konstellation, die auf sozialen Ausgleich und Umverteilung setzt. Die *sozialstrukturelle Basis* dieses Projekts besteht aus Teilen der Arbeiter*innenklasse, die im Fordismus als starke soziale Akteur*innen in die Wohlfahrtsnationalstaaten integriert waren. Das sind neben öffentlichen Angestellten die Kernbelegschaften mittelständischer und großer Unternehmen, die von korporatistischen Strukturen profitieren, deren Interessensorganisationen allerdings durch die erfolgreichen Strategien des neoliberalen Hegemonieprojekts massiv geschwächt sind. Dazu gehört aber ebenso ein Teil der Beschäftigten in prekä-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ren Arbeitsverhältnissen, welche durch den Rückzug des fordistischen Wohlfahrtsstaates entstanden sind. Frauen und Migrant*innen sind vom Rückgang der sogenannten Normalarbeitsverhältnisse, die zur langfristigen Existenzsicherung ausreichen, und dem dramatischen Anstieg prekärer Arbeitsverhältnisse im Niedriglohnsektor in besonderem Maß betroffen, da sie die Mehrheit aller Teilzeitbeschäftigten, Minijobberinnen, Zeit- und Heimarbeiterinnen ausmachen (Young/Schuberth 2010: IV).

In Bezug auf die *Ressourcen* dieses Hegemonieprojekts haben die Effekte der neoliberalen Politiken der Lohnkonkurrenz innerhalb Europas sowohl zur Schaffung eines Niedriglohnsektors geführt als auch zur Schwächung der organisierten Arbeitnehmer*innenschaft, etwa durch das kontinuierliche Sinken der Reallöhne und das Aushöhlen des Tarifvertragssystems, aber auch durch die zunehmende Bedeutungslosigkeit von Streiks. Die Prekarisierung der Lebensverhältnisse und der Umstand, dass die Akteur*innen dieses Projektes nur noch in wenigen europäischen Ländern von sozialdemokratischen oder sozialistischen Parteiapparaten repräsentiert werden, hat darüber hinaus einer dramatisch sinkenden Wahlbeteiligung der unteren gesellschaftlichen Schichten den Weg geebnet (Schäfer 2010). Während mit Nichtregierungsorganisationen (NGOs) wie Attac und der Sozialforenbewegung neue transnationale Akteur*innen entstanden sind, lässt sich für die Gewerkschaften ein umfassender »Prozess der Erosion ihrer Machtressourcen« (Urban 2012: 26) diagnostizieren: rückläufige Mitgliederzahlen und damit auch geringere finanzielle Ressourcen, ein Rückgang der gewerkschaftlichen Verankerung in den Betrieben und dadurch bedingt auch der gewerkschaftlichen Verhandlungs- und Lobbymacht (Deppe 2012).

Daher besteht das zentrale Ziel der Akteur*innen dieses Hegemonieprojekts in der Stärkung sozialer Rechte, der Rückeroberung der sozialen Infrastruktur und einer grundlegenden Vermögensumverteilung innerhalb und zwischen den Mitgliedsstaaten. Der größte Nachteil dieser strategischen Allianz besteht allerdings – wie sich in Fallstudie 1 zeigen wird – in einem prinzipiellen Dissens in Bezug auf die sozialräumliche Strategie. Dieser führt zu einer Spaltung der Strategien in ein *national-soziales* einerseits und ein *proeuropäisch-soziales Hegemonieprojekt* andererseits. Die Uneinigkeit besteht also in Bezug auf die relevante räumliche Maßstabsebene, welche als ausschlaggebend für Umverteilungspolitiken betrachtet wird. Dies hängt wiederum mit einer polit-ökonomischen Verschiebung in den Transnationalisierungsprozessen zusammen: Während sich für viele Unternehmen der Handlungsraum weit über die Grenzen des Nationalstaats hinaus erweitert hat, stoßen die nationalen Strategien der Gewerkschaften an ihre Grenzen (Demirović 2007a: 223). Die transnational agierenden Konzerne haben durch die Konkurrenz verschiedener Standorte vielfältige Möglichkeiten, die Arbeiter*innen in Konkurrenz zueinander zu bringen und ihre Druckmittel zu unterlaufen. So nutzen sie auch ihre Verhandlungsmacht, um die Transnationalisierung von Kollektivverhandlungen zu verwei-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gern. Die europäischen Gewerkschaften vertreten in ihrer Mehrheit zwar äußerst proeuropäische Positionen. Gerade für Gewerkschaften, Verbände und soziale Bewegungen besteht jedoch das strategische Problem, dass sie trotz ihrer prinzipiell proeuropäischen Haltung durch die existierenden politischen Strukturen gezwungen sind, weitgehend auf nationaler Ebene zu agieren: Es gibt keine europäischen Tarifverträge, kaum eine europäische Öffentlichkeit. Viele Kompetenzen und Einflussmöglichkeiten im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik verbleiben zudem auf der nationalen Ebene. Letztere sind verbliebene Errungenschaften des fordistischen, national-keynesianischen Zeitalters und privilegieren dadurch nach wie vor die nationalen Gemeinschaften.

Für das *national-soziale Hegemonieprojekt* sind daher die Verteidigung bestehender *nationaler* Wohlfahrtssysteme sowie die Forderung nach einer Rückkehr zu nationalen Währungen die Lösung des Problems, um so angesichts des bestehenden neoliberalen Globalisierungsdrucks sozialpolitische Errungenschaften zu schützen. Der Grund für diese Skepsis ist dabei keine grundsätzlich anti-europäische oder nationalistische Haltung, sondern die politische Einschätzung, dass eine Strategie der Europäisierung kaum Erfolgsaussichten hat. Der nationale Wohlfahrtsstaat, nationale Arbeitsgesetzgebung, die staatliche Unterstützung einheimischer Unternehmen unter anderem durch Subventionen, Außenwirtschaftspolitik usw. sowie entsprechende korporatistische Strukturen sind das zentrale Terrain des Projekts, das versucht, die Errungenschaften des Fordismus zu retten bzw. wiederzugewinnen.

Demgegenüber zielen die Strategien des *proeuropäisch-sozialen Projekts* auf die Rettung des europäischen Sozialmodells durch eine gesamteuropäische Sozialpolitik. Die Grundannahme des Projekts ist, dass der Krise des Wohlfahrtsstaates im Kontext neoliberaler Globalisierungsprozesse nur durch eine Europäisierung der Wirtschafts- und Sozialpolitik sowie durch eine europäische Tarifpolitik begegnet werden kann. Wenn sich Kapitalakteure internationalisieren und politische und ökonomische Prozesse längst auf sozialräumlichen Maßstabsebenen ›oberhalb‹ des Nationalstaates stattfinden, dann, so das zentrale Argument, könne eine sozial ausgleichende Politik sich nicht auf die nationale Ebene beschränken. Die proeuropäische Strategie wird als Ausweg aus der Schwächeposition innerhalb des Nationalstaates gesehen, während der national-soziale Ansatz abgelehnt wird. Dieser wird als der Versuch kritisiert, eine fordistische Wirtschaftspolitik unter radikal geänderten Bedingungen fortzuschreiben und damit die Realitäten und das Druckpotenzial des globalisierten Kapitalismus zu ignorieren. Ein »soziales Europa« wird als Gegenbild zum neoliberalen Integrationsprozess in Stellung gebracht. Von einigen Akteur*innen wird auch deswegen eine Stärkung der europäischen Institutionen gefordert, um in der geopolitischen Konkurrenz zwischen Europa, USA und Asien zu bestehen und so die Voraussetzungen für Erhaltung und Ausbau des europäischen Sozialmodells zu sichern. Andere wiederum lehnen eine solche exklusive, in der Rationalität der Standortlogik verbleibende und lediglich auf eine neue Ebene verlagerte

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

imaginierte Gemeinschaft prinzipiell ab. Dieses Projekt weist insgesamt eine große Bandbreite von Strategien in den unterschiedlichen EU-Mitgliedsstaaten auf, die vom Kampf für eine europäische Sozialpolitik bis hin zur Überwindung der kapitalistischen Vergesellschaftung als solcher reichen.

(c) Konservatives Hegemonieprojekt

Von den national-sozialen Kräften wiederum ist ein *konservatives Hegemonieprojekt* zu unterscheiden, das einem politisch vertieften europäischen Integrationsprozess skeptisch bis ablehnend gegenübersteht und ein »Europa der souveränen Nationen« befürwortet. Der grundlegende Bezugspunkt dieses Projekts ist die Nation selbst, die als Selbstzweck und Eigenwert verstanden wird. Es assoziiert Nation mit Ethnizität, gemeinsamer Sprache, Geschichte, Kultur und bestimmten, traditionell-konservativen Werten wie Familie, einem konventionellen Geschlechterrollenbild, Heimat, Sicherheit und Christentum. In Großbritannien geht von ihm die Debatte über ›british values‹ aus, in Deutschland der vergleichbare Leitkultur- und Integrationsdiskurs.

Die *soziale Basis* des konservativen Projekts bilden sowohl Beschäftigte des landwirtschaftlichen Sektors als auch kleine und mittelständische Unternehmer*innen, die vor allem oder ausschließlich national beziehungsweise sogar lokal ausgerichtet sind und keinen internationalen Bezug haben. Hinzu kommen Teile der weißen und autochthonen Arbeiter*innenklasse und der unteren Mittelschicht, die von Deklassierung bedroht sind, sowie Teile des Prekariats. Bedeutsame Intellektuelle dieses Projekts, welche eine kohärente Weltsicht auszuarbeiten versuchen, entstammen der katholischen Kirche.

Die *Ressourcen* des national-konservativen Projekts gründen vor allem auf dieser Basis, die über Kampagnen, Wahlkämpfe und Debatten mobilisiert werden kann. Zudem können sich die Akteur*innen dieses Projekts sowohl auf politische Ressourcen wie die Verankerung in den repressiven Staatsapparaten als auch auf strukturelle Ressourcen wie die Strukturprinzipien der Nation und der Grenze stützen und werden daher von deren strategischer Selektivität privilegiert. Doch auch die ökonomischen Ressourcen und damit der taktische Spielraum des Projekts dürfen nicht unterschätzt werden. Einerseits erfährt es direkte Unterstützung von regional und national ausgerichteten Kapitalfraktionen, anderseits geht es in vielen Ländern – im Rahmen konservativer Parteien und Stiftungen – enge Bündnisse mit Akteuren des neoliberalen Hegemonieprojekts ein und profitiert von deren Ressourcen. So finden sich in den drei konservativen Parteien in Deutschland (*CDU/CSU*), Großbritannien (*Conservative Party*) und Spanien (*Partido Popular*) jeweils neoliberal ausgerichtete ›Wirtschaftsflügel‹ ebenso wie stärker konservative Strömungen. Konservativen Strategien gelingt es zudem, politische und soziale Einstellungen durch populistische Kampagnen zu mobilisieren. Dazu verfügen sie über mächtige Hegemonieapparate – vor allem die entsprechende Yellow-Press und

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

organische Intellektuelle, die zumeist zu den gesellschaftlichen Eliten gehören. Zudem können sie sich dabei unter Umständen auch auf Diskurskoalitionen mit dem national-sozialen Hegemonieprojekt stützen.

(d) Linksliberal-alternatives Hegemonieprojekt

Schließlich ließ sich auf der Basis unserer Recherchen das *linksliberal-alternative Hegemonieprojekt* identifizieren. Es verfolgt vor allem eine Strategie der Lebensweise: Zu diesem Projekt gehört ein liberaler normativer und politischer Citizenship-Ansatz; es ist Träger eines politischen Liberalismus, der Toleranz mit Menschenrechten und sozialem Ausgleich verbinden will. Im linksliberal-alternativen Hegemonieprojekt verdichten sich die *Taktiken und Strategien* jener zivilgesellschaftlichen Kräfte, die nicht primär an ökonomischen Fragen im engeren Sinne ansetzen. In diesem Projekt verschmelzen die Strategien des politischen Liberalismus und der Neuen Linken: Zu seinen Akteur*innen zählen sowohl solche, die aus der dritten Welle der Frauenbewegung kommen und/oder sich für Antirassismus, Umweltschutz und die Rechte von Kindern, behinderten oder alten Menschen einsetzen, als auch postnationale urbane Hochgebildete und Personen aus etablierten bildungs- und linksbürgerlichen Schichten sowie schließlich die »immateriellen Arbeiter*innen« (Hardt/Negri 2000) des digitalen Zeitalters.

Die ›kulturrevolutionären‹ Veränderungen in Folge von ›1968‹ und die damit verbundenen Bewegungen und Milieus sowie die internetgestützte ›Bürgerrechtsbewegung 2.0‹ bilden eine zentrale *soziale Basis* dieses Projekts. Entsprechend der postnationalen und postmateriellen Werte dieser Milieus verfolgen die Akteur*innen eine ausgesprochen proeuropäische Strategie, welche die EU als Konstellation postnationaler Bürger*innenschaft ansieht und versucht, über europäische Richtlinien, etwa im Antidiskriminierungsbereich, progressive Veränderungen durchzusetzen, die auf nationaler Ebene nicht möglich wären. Hierzu gehören gleichermaßen NGOs, die sich mit einem kosmopolitischen Selbstverständnis für die Rechte von Migrant*innen einsetzen, als auch die No-Border-Bewegung mit ihrer radikaleren Forderung nach globaler Bewegungsfreiheit.

Die *Ressourcen* der Akteur*innen des linksliberal-alternativen Hegemonieprojekts bestehen vor allem in der Unterstützung durch verschiedene Alternativ-, Technologie- und Kreativbranchen sowie in den hohen Einkommen und Vermögen eines Teils der Gebildeten. Dass diese Akteur*innen nicht vorrangig auf den Produktionsprozess bezogene, sondern eher postmaterielle Interessen vertreten, heißt nicht, dass sie bezüglich ihrer Strategien ökonomisch indifferent agierten. Denn zum einen gibt es durchaus Anknüpfungspunkte an das neoliberale Projekt. Vor allem aber verfügt auch dieses Projekt über relevante ökonomische Akteur*innen, nämlich über »grüne Kapitalfraktionen« (Haas/Sander 2013), bestehend aus jenen alternativen Unternehmen, die explizit als politische Projekte zur Durchsetzung ei-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ner Alternativökonomie gegründet wurden, besonders im Bereich der regenerativen Energien.

Darüber hinaus ist auch die Ausweitung des linksalternativen Milieus bis in bürgerliche Schichten hinein ein nicht zu ignorierender Faktor. Die maßgeblichen Ressourcen liegen allerdings im hohen sozialen und kulturellen Kapital sowie in der Unterstützung durch eine große Zahl organischer Intellektueller in Wissenschaft, Bildung, Medien und im Kunstbereich.

2.2 EUROPÄISCHE RECHTSFORM

Soweit zu den gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen. Im Folgenden leuchte ich nun das Terrain des Rechts aus, auf dem die Auseinandersetzungen um Hegemonie stattfanden, die ich in den beiden Fallstudien untersuchen werde. Die theoretischen Überlegungen basieren auf einer Rekonstruktion materialistischer rechtstheoretischer Ansätze, deren Ergebnisse hier noch einmal zusammengefasst werden sollen (ausführlich Buckel 2007).

2.2.1 Das Recht als soziale Form

Ich verstehe das Recht in der materialistischen Tradition als ein spezifisches geronnenes soziales Verhältnis, das heißt als soziale Form, genauer: als *Rechtsform*. Das Konzept der sozialen Formen (grundlegend Brentel 1989) folgt einer gesellschaftstheoretischen Prämisse, die zunächst von Marx im »Kapital« aufgestellt und dann von der kritischen Theorie weiterentwickelt wurde: dass nämlich in kapitalistischen Gesellschaften Gesellschaftlichkeit als solche nicht unmittelbar herstellbar ist, weil diese Gesellschaften nicht das Ergebnis kollektiver Gestaltung sind, sondern auf konkurrenzvermittelter Privatproduktion beruhen und von vielfältigen Antagonismen durchzogen werden. Erst nachträglich, etwa im Tausch oder in dem von der Gesellschaft abgesonderten Staat als Verkörperung einer äußerlichen Allgemeinheit erweisen sich die jeweiligen Praxen als gesellschaftliche. »Das Leben des Ganzen«, so formulierte es Max Horkheimer in seinem berühmten Text zum Unterschied zwischen kritischer und traditioneller Theorie, »geht aus der Warenproduktion nur unter ungeheuren Reibungen und gleichsam als Zufall hervor« (Horkheimer 1937: 258). Der gesellschaftliche Zusammenhang stellt sich erst über naturwüchsig entstandene Kohäsionstechnologien her, eben über die sozialen Formen. Sie sind das unbewusste Produkt menschlicher Praxis – und nehmen deswegen eine verdinglicht-objektivierte Gestalt an. Denn sie sind nicht durch eine reflexive, sondern durch selbstreferentiell-routinisierte Praxen entstanden und können erst nachträglich durch theoretische Kritik entschlüsselt werden.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diese verselbständigten Gestalten menschlicher Praxis prägen die unmittelbaren Wahrnehmungen und Verhaltensorientierungen und ermöglichen so, dass sich die kapitalistischen Gesellschaften trotz und wegen ihrer Widersprüche reproduzieren (Hirsch 1994: 161). Soziale Formen prozessieren auf diese Weise gesellschaftliche Widersprüche und machen Inkommensurables kommensurabel, indem sie von gesellschaftlichen Antagonismen abstrahieren. Egal ob Arbeitsprodukte oder gesellschaftliche Individuen, beide werden im Modus der Abstraktion zu vergleichbaren Einheiten. Die Ware, die Politik oder das Recht sind die *Formen*, worin sich die Widersprüche bewegen könne, ohne dass sie dabei aufgehoben würden (Marx, MEW 23: 118): Das Recht schafft im gleichen Augenblick gegeneinander vereinzelte, isolierte Monaden, abstrakte geschlechts- und klassenlose Subjekte und verknüpft sie als solche zu einer äußeren gesellschaftlichen Einheit – über Verträge, Gerichtsverfahren, Strafen, Verwaltungsakte. Dies ist nur möglich, indem von ihrer prinzipiellen Verschiedenheit abstrahiert wird, indem sie zu abstrakten Rechtssubjekten werden und normativ als Gleiche und Freie zueinander in Beziehung gesetzt werden. Die normative Dimension des Rechts ermöglicht die Abstraktion von realer Ungleichheit.

2.2.2 Relationale Autonomie

Durch diese Abstraktionsvorgänge, die Resultate eines hinter dem Rücken der Beteiligten hergestellten gesellschaftlichen Zusammenhanges sind, bilden die sozialen Formen eine selbständige objektive Qualität heraus. Die Rechtsform operiert über juridische Verfahren, in denen nur bestimmte rechtliche Argumente von einer Kaste spezialisierter Jurist*innen vorgetragen werden können, welche die Alltagshandlungen rechtlich codieren, das heißt, die soziale Wirklichkeit nach bestimmten Regeln als rechtliche interpretieren. Habermas (1994: 414) spricht in diesem Zusammenhang auch von »Verfahrensfiltern«, Luhmann (1969: 479) vom »Eigenleben« der Verfahren. Sie sind das Terrain juridischer Intellektueller, welche die Techniken der juristischen Argumentation beherrschen und durch die rechtliche Ausbildung entsprechend diszipliniert sind. Ihre Entscheidungen werden der jeweiligen sozialen Kräfteverteilung entrissen und in die Sphäre des Rechts entrückt (Kirchheimer 1976/1928: 36).

Die Verselbständigung sozialer Verhältnisse ist zugleich die Bedingung einer relationalen Autonomie: Durch die Verselbständigung entsteht eine Eigengesetzlichkeit gesellschaftlicher Teilbereiche – so analysierte bereits Hans Kelsen in Bezug auf das Recht –, die diese von anderen separiert und in diesem Sinne auch autonomisiert. Als solche Momente des gesellschaftlichen Ganzen sind sie selbstverständlich nur in Relation zu diesem autonom. Das heißt, das Recht arbeitet nach seinem eigenem Modus, operiert in rechtlichen Verfahren und codiert die Realität

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gemäß seiner eigenen Sprache, aber dennoch finden sich die gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse dort wieder – wenn auch in einer verfremdeten Weise. Wird die Eigengesetzlichkeit zerstört und schlagen sich die politischen oder ökonomischen Machtverhältnisse unmittelbar nieder, etwa in gesellschaftlichen Krisen- und Ausnahmezeiten, und operieren die rechtlichen Kommunikationen nicht mehr relational autonom, so ist die Rechtsform implodiert. An ihre Stelle treten Attrappen der Rechtlichkeit (Luhmann), wie Franz Neumann dies für das NS-Recht gezeigt hat (Neumann 1977/1942).

Die Entwicklung zur relationalen Autonomie des Rechts in den juridischen Verfahren lässt sich an der juristischen Methodendiskussion zur richterlichen Rechtsfortbildung nachvollziehen – also an der rechtsformimmanenten Selbstreflexion: Versuchte man Rechtsfortbildung und damit eine Verselbständigung der rechtlichen Praxis nach der französischen Revolution oder im absolutistischen Preußen noch zu verbieten, und waren Intellektuelle wie Montesquieu (1992/1748: 225) der Auffassung, der Richter dürfe nichts anderes sein als der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht, so ist die Rechtswissenschaft inzwischen mehrheitlich davon überzeugt, dass Rechtsfortbildung zu ihrem Alltagsgeschäft gehört. Und auch in der sozialwissenschaftlichen Europaforschung ist es unter dem Governance-Paradigma üblich geworden, den Gerichtshof der Europäischen Union faktisch als eine politische Instanz zu analysieren, deren Richter*innen mitregieren (für einen umfassenden Überblick vgl. Frerichs 2008):

»In today's multi-tiered European polity, the sovereignty of the legislature, and the primacy of national executives, are dead. In concert or in rivalry, European legislators govern with judges.« (Stone Sweet 2002: 193)

Eine grundlegende demokratietheoretische Kritik an dieser zunehmenden Usurpation gesetzgeberischer Kompetenzen durch die Judikative (vgl. vor allem Maus 2006) ist inzwischen selten geworden. Die Empörung über die Rechtsfortbildung wird nur noch punktuell oder instrumentell vorgetragen – immer dann, wenn der Ausgang eines konkreten Rechtsfalles Unmut erzeugt.[3] So existiert sowohl im Europarecht eine Diskussion über die besondere methodische Ungenauigkeit bzw. die besonders perfide Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs (für einen Überblick und eine Kritik dieser Position siehe Müller 2003: 19), als auch eine kon-

3 So wurde etwa gegenüber dem Europäischen Gerichtshof schon häufig der Vorwurf des »imperialistischen Charakters« oder gar der »besatzungsrechtsähnlichen Interventionen« geäußert (Müller/Christensen 2003: 9).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

junkturell wiederkehrende Kontroverse über die »Flut des ständig anwachsenden Richterrechts« in den Mitgliedsstaaten selbst.[4]

Die Auseinandersetzung um die Rechtsfortbildung hat eine lange Tradition – sie stellt geradezu das Kernstück jeder juristischen Methodenlehre dar, denn schließlich geht es dabei um Fragen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. In den zweihundert Jahren seitdem der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika sich erstmals die Kompetenz zusprach, die Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen zu prüfen,[5] sei, so der deutsche Verfassungsrichter Bryde (1999: 198), die normative Frage, wie viel Einfluss Richter haben sollten, nie verstummt. Die Kontroverse geht bereits auf das 19. Jahrhundert zurück (für einen Überblick siehe Wesel 1984). Und seit den 1970er Jahren vertreten kritische Rechtstheorien die These, dass Richter*innen Recht nicht anwenden, sondern setzen (Wiethölter 1968: 292). Auch die Vorstellung, die Urteile würden *Rechtsquellen* entnommen, sei angesichts des Umstandes, dass Gerichte unter einschränkenden Vorgaben Recht vielmehr *schaffen,* eine »unzulängliche Metaphysik« (Müller/Christensen 2003: 54). Die theoretische Beschäftigung mit der Rechtserzeugungspraxis durch die Gerichte ist also so alt wie das moderne, kapitalistische Recht selbst. Sie reflektiert immanent in der Rechtstheorie die Verselbständigung des Rechts gegenüber seinen politischen Urheber*innen. Doch an der Erzeugung des Rechts jenseits der demokratischen Institutionen sind nicht nur Gerichte beteiligt, wenn sie auch das entscheidende institutionelle Rückgrat bilden, sondern ein ganzes Netzwerk von Entscheidungen, Kommentaren, Fachliteratur, Rechtstheorien, Gutachten und auch gesellschaftlichen Normbildungsprozessen. Diese diskursiven Praxen knüpfen in eigenlogischer Weise aneinander an.

2.2.3 Die Organisation der Hegemonie in den Verfahren der Rechtsform

Die Autonomisierung des Rechts wird auch von der Systemtheorie betont (Luhmann 1995; Teubner 1989). Diese leitet sie allerdings nicht aus den kapitalistischen Strukturprinzipien her, sondern aus der Überkomplexität moderner Gesellschaften; darüber hinaus lehnt die Systemtheorie eine Vermittlung dieser Verselbständigung

4 Zitat v. Bernd Rüthers, FAZ v. 27.12.2006, 31; Siehe für Deutschland auch Günter Hirsch, Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten, Zeitschrift für Rechtspolitik 2006, 161; Christoph Moelles, FAZ v. 26.10.2006, 37; Günter Hirsch, FAZ v. 30.4.2007, 8; Walter Grasnick, FAZ v. 4.1.2008, 36; Christian Hillgruber, »Neue Methodik« – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, 745.

5 Es handelte sich um die Rs. Marbury vs. Madison (5 U.S. 137) v. 1803.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mit der strategischen Praxis sozialer Akteur*innen ab (vgl. Buckel 2007: 32ff.). Eine solche Vermittlung ist jedoch das zentrale Anliegen dieser Arbeit. Dafür verbinde ich die hegemonietheoretischen Überlegungen mit den eher strukturalistisch argumentierenden Analysen der Rechtsform: In den eigenlogischen Verfahren der Rechtsform finden spezifische Auseinandersetzungen um Hegemonie statt.

Solche Auseinandersetzungen werden Gramsci zufolge in allen gesellschaftlichen Bereichen ausgefochten. Im Zentrum seiner Untersuchung stand vor allem die Herausbildung kultureller Hegemonie in der Zivilgesellschaft. Doch auch und insbesondere das Recht in seiner spezifischen Gestalt der Rechtsform ist ein idealtypisches Terrain hegemonialer Deutungskämpfe (Buckel/Fischer-Lescano 2007b). So bedarf es zur Herstellung von Hegemonie materieller Organisationsbedingungen, und die juridischen Verfahren bieten mit ihren formalisierten Prozeduren, ihren abstrahierenden und allgemeinen Normen eine Art Infrastruktur zur Organisation von Hegemonie. Denn nur über Universalisierung können dominante gesellschaftliche Interessen intellektuell, kulturell und politisch führend werden. Gesellschaftliche Kräfteverhältnisse werden in den eigensinnigen Verfahren der Rechtsform in juridische übersetzt und in einen hegemonialen Konsens eingebunden. Die juridischen Intellektuellen werden so zu *Organisator*innen* eines feingliedrigen rechtsförmigen Konsenses, der aufeinandertreffende Interessen mit Durchbrüchen und darauffolgenden Zugeständnissen in einem langwierigen inkrementellen Prozess zu einem hegemonialen Projekt zusammenfügt (Buckel/Oberndorfer 2009). So bildet sich als vorübergehende Fixierung dieses grundsätzlich instabilen asymmetrischen Konsenses das heraus, was die Rechtswissenschaft so offenherzig als »herrschende Meinung (hM)« bezeichnet. In den »abweichenden« und »Mindermeinungen« bleiben aber auch die Gegenprojekte präsent. Diese inkrementelle Entwicklung hegemonialer Normen kann abschließend noch einmal mit Wesel illustriert werden:

»Ein neues juristisches Problem taucht auf. Einige Untergerichte treffen Entscheidungen. Ihre Urteile werden in juristischen Zeitschriften veröffentlicht. Aufsätze werden dazu geschrieben. Manchmal auch ganze Bücher. In den Kommentaren zu den einzelnen Gesetzen wird darüber geschrieben, in den juristischen Lehrbüchern. Inzwischen haben höhere Gerichte entschieden, Landgerichte oder Oberlandesgerichte. Und schließlich ergeht die Entscheidung eines obersten Bundesgerichts [...]. Damit ist der Prozeß meistens abgeschlossen. hM hat sich gebildet.« (Wesel 1984: 189f.)

2.2.4 Europäische Rechtsform

In der Europäischen Union hat sich inzwischen ebenfalls eine die nationalen Rechtsformen überlagernde genuin europäische Rechtsform herausgebildet, die einige Besonderheiten aufweist. Soziale Formen sind Strukturprinzipien kapitalisti-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

scher Gesellschaften, die sich zu ihrer raum-zeitlichen Realisierung institutionalisieren müssen. So wenig es *den* Kapitalismus gibt, sondern vielmehr verschiedene kapitalistische Gesellschaftsformationen, so wenig gleicht ein Rechtssystem dem anderen, weder räumlich noch historisch. Und erst recht die europäische Rechtsform, die quer zu den nationalen Institutionen der Mitgliedsstaaten operiert, nimmt eine besondere institutionelle Gestalt an.

Während das Europarecht in seinen Anfängen schwach war, ist es inzwischen durchsetzungsfähig institutionalisiert (so auch Brunkhorst 2011: 465). Es hat sich inkrementell und subkutan in einem dichten Netzwerk in den 27 Mitgliedsstaaten der EU ausgebreitet. Diese Transformation hat nicht nur den Europäischen Gerichtshof (EuGH) »in die wahrscheinlich einflussreichste existierende internationale Rechtsinstitution« (Alter 2001: 229°[6]) umgewandelt, sondern zugleich sämtliche mitgliedsstaatlichen Gerichte durch ihre spezifische Einbindung in die Durchsetzung europäischen Rechts sowie ihre primäre Zuständigkeit für den europäischen Rechtsschutz zu erstinstanzlichen Gerichten des Europarechts, also zu europäischen Gerichten gemacht (Tohidipur 2008: 134f.). Die Entstehung der europäischen Rechtsform begann 1952 mit dem Vertrag der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und dem in diesem Rahmen geschaffenen Europäischen Gerichtshof. Dieses Rechtsschutzsystem war schon damals, insbesondere durch die Einbeziehung privater Rechtssubjekte, im Rahmen der internationalen Kooperationen einmalig (ebd.: 13). Sein Grundauftrag blieb trotz diverser Vertragsänderungen, eines rasanten sozialen Wandels sowie institutioneller Umstrukturierung – wie etwa der Errichtung eines Gerichtes erster Instanz und einzelner Kammern – bis heute identisch (ebd.: 86ff.).

Die Transformation in eine stark institutionalisierte Rechtsform geschah allmählich und gelang vor allem durch die Etablierung der Doktrinen vom »Vorrang des europäischen Rechts« und seiner »unmittelbaren Wirkung« sowie durch die kontrafaktische Proklamation europäischer Grundrechte (Buckel 2007: 261ff.) Die Akzeptanz dieser Rechtsprechung ist bemerkenswert, denn der EuGH konnte sich nicht auf Zwangsmittel zu ihrer Durchsetzung stützen. Der zentrale institutionelle Mechanismus, über den sich die europäische Rechtsprechung etablieren konnte, ist das sogenannte Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV), das bereits im Vertrag der Montanunion verankert war (Art. 41). Darüber können mitgliedsstaatliche unterinstanzliche Gerichte ihre nationale Gerichtshierarchie durchbrechen, die Rechtsfälle aussetzen und eine genuin europarechtliche Fragestellung direkt dem EuGH zur Auslegung vorlegen. Dessen Entscheidungen werden sodann in das mitgliedsstaatliche Urteil übernommen und national durchgesetzt. Dieses Verfahren war keineswegs geschaffen worden, um darüber die nationalstaatlichen Hoheitsbefugnisse

6 Alle im Verlauf der folgenden Arbeit mit ° gekennzeichneten Passagen sind Übersetzungen von mir, S.B.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu unterlaufen, ganz im Gegenteil. Allerdings verwandelte es die strategisch eingesetzte Eigenlogik der Rechtsform in einem Suchprozess von einem Mechanismus, der privaten Kläger*innen ermöglichen sollte, Entscheidungen *europäischer* Institutionen vor nationalen Gerichten anzugreifen, in einen Mechanismus, der ihnen ermöglichte, *nationales* Recht über nationale Gerichte mit Hilfe des Europarechts auszuschalten (Alter 1998: 122). Hier zeigt sich auf dem juridischen Terrain, auf welche Weise nationale und europäische Gerichte in einem Staatsapparate-Ensemble (siehe dazu ausführlich 2.3) längst miteinander verwoben sind.

Seine besondere Durchschlagskraft erhält das Europarecht – und dies hängt mit den prinzipiell unterschiedlichen Arbeitsweisen von Rechts- und politischer Form zusammen – auch durch die Verfasstheit des politischen Prozesses in Europa. Während die Rechtsfortbildung im Einzelfall und unter dem technischen Denkmantel juristischer Argumentation geschieht, stehen die politischen Prozesse im Rampenlicht der Öffentlichkeit. In Europa kommt hinzu, dass politische Korrekturen der Rechtsfortbildung durch eine Reihe von Bedingungen sehr erschwert werden: das überaus komplexe Abstimmungsverfahren zwischen Rat, Kommission und Parlament sowie die hohen Hürden für Vertragsrevisionen oder auch einfache Rechtsänderungen und schließlich die immer noch in einigen Bereichen geltende Einstimmigkeitsregelung (Scharpf 2008a: 23). Der EuGH kann daher gewissermaßen an Rat und Parlament vorbei in die nationalen Rechtsordnungen hineinwirken, wo seine Rechtsprechung von heimischen Richter*innen direkt angewendet wird. Auf diese Weise kam es über Einzelfallentscheidungen in Hunderten von Rechtsprozessen zu einer »inkrementellen evolutionären Konstitutionalisierung« (Brunkhorst 2012: 22°). Die relationale Autonomie der europäischen Rechtsform wird auch dadurch gestützt, dass der EuGH und das Gericht der ersten Instanz (EuG) den nationalen Kräfteverhältnissen entrückt sind. Während die nationalen Verfassungsgerichte im Kontext öffentlicher politischer Diskurse und in Kenntnis der je besonderen institutionellen Traditionen entscheiden, unterliegen die EU-Gerichte nicht in derselben Weise diesen Kräfteverhältnissen, sondern müssen über alle nationalen Unterschiede hinweg einheitliche europarechtliche Normen formulieren. Dies ermöglicht es strategischen Akteur*innen, die tradierten Kräfteverhältnisse, die sich in ihren Rechtsordnungen verdichtet haben, aufzubrechen.

Hinzu kommt ein weiterer Verfahrensmechanismus der europäischen Justiz, der auch eine vermittelte Einwirkung der Politik über die Richter*innen-Auswahl nach deren erstmaliger Berufung ausschaltet: Jeder Mitgliedsstaat schlägt eine*n Richter*in für den EuGH vor,[7] die Gesamtheit der Richter*innen wird sodann vom Rat

7 Art. 253 AEUV. Die konkrete Umsetzung ist in den nationalen Verfassungen geregelt. In der BRD etwa ist dafür die Bundesregierung zuständig, während es in Österreich zusätzlich des Einvernehmens mit dem Hauptausschuss des Nationalrates bedarf.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in einem »uneigentlichen Beschluss« bestätigt.[8] Die Befürchtungen, dass dies zu einer politischen Beeinflussung der Rechtsprechung durch die Abstrafung von Richter*innen bei der Wiederwahl führen würde (Chalmers 2006: 122), trafen nicht ein. Während dies im US-amerikanischen Recht durch die Berufung auf Lebenszeit in den Supreme Court verhindert werden soll, bewirkt in Europa das Kollegialitätsprinzip in Kombination mit dem Beratungsgeheimnis (Art. 35 EuGH-Satzung, Art. 27 VerfO EuGH) etwas Ähnliches: Sie schützen die Anonymität der Richter*innen, da die Urteile einstimmig, ohne Angaben abweichender Meinungen, beschlossen werden. Das Urteil folgt aus einer Beratung mit einem beträchtlichen Austausch von Positionen über unterschiedliche nationale Rechtstraditionen, die durch das Urteil gefiltert werden (ebd.: 123). Damit richtet sich zwangsläufig, »wie dies in Wellen immer wieder geschieht – der Zorn eines Mitgliedsstaats über ein Urteil [...] gegen den gesamten Gerichtshof, der als monolithischer Block erscheint« (Gundel 2008: 28f.). Dabei differenziert sich das Gericht in Wirklichkeit immer weiter aus. Nicht nur wurde ihm ein Gericht erster Instanz zur Seite gestellt, auch werden die Fälle aus Gründen der Arbeitsüberlastung und der durch die Ost-Erweiterung beinahe verdoppelten Anzahl von Richter*innen inzwischen kaum noch vom ganzen Gericht entschieden, sondern mehrheitlich durch Kammern von drei oder fünf Richter*innen, mit der zentralen Ausnahme der Großen Kammer. Diese tagt immer dann, wenn dies beantragt wird. In Fällen »von außergewöhnlicher Bedeutung« kann auch das ganze Plenum tagen (Art. 16 VerfO EuGH).

Eine letzte Besonderheit besteht schließlich in der Institution der Generalanwaltschaft, die der französischen Tradition folgt: Am EuGH gibt es acht Generalanwält*innen, die einen Schlussantrag verfassen, der vom Gericht zu berücksichtigen ist und es in seiner Entscheidungsfindung unterstützen soll (Art. 252 AEUV). Die Schlussanträge sind ausführlicher als die Urteile, da sie die bisherige Rechtsprechung extrapolieren und sich oft mit der vielfältigen juristischen Literatur auseinandersetzen. Auf dieser Grundlage erarbeiten sie einen Lösungsvorschlag. Diesem folgt das Gericht in 80 Prozent der Fälle, obwohl der Schlussantrag nicht bindend ist. In kontroversen Fragen weichen die Urteile jedoch mitunter auch diametral davon ab (Gundel 2008: 37). Die wesentliche Leistung der Generalanwält*innen besteht in der Systematisierung des Gemeinschaftsrechts. In gewissem Umfang kompensieren sie auch den oft kritisierten lakonischen Begründungsstil des Gerichtshofs, der auf die Kompromissfindung innerhalb der divergierenden Justiztraditionen zurückzuführen ist (ebd.: 34). In jüngster Zeit wird zudem versucht, das

8 Sie werden also von den Regierungen der Mitgliedsstaaten »im gegenseitigen Einvernehmen« ernannt und müssen als Befähigung eine Persönlichkeit vorweisen, »die jede Gewähr für Unabhängigkeit« bietet. Zudem müssen sie »in ihrem Staat die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung« sein (Art. 253 Abs 1 AEUV).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Instrument des Schlussantrages verstärkt zur Erprobung neuer Lösungswege zu nutzen, sodass sich in gewisser Weise darüber auch eine europäische Art und Weise der »dissenting opinions« etablieren könnte (ebd.: 37) – also jener Sondervoten, die etwa in den Urteilen des bundesdeutschen Verfassungsgerichts oder des US-amerikanischen Supreme Courts beigefügt werden können, obwohl sie von der mehrheitlichen Entscheidung abweichen.

Auf dieser Grundlage sieht sich der EuGH mit der Aufgabe konfrontiert, einander widerstrebende Interessen, die teilweise durch nationale und transnationale Staatsapparate und Rechtssysteme vermittelt werden, miteinander auszutarieren. Gerade die relationale Autonomie der Rechtsform bedeutet, dass der Gerichtshof in diesen Suchprozessen zu einem eigenständigen Ort der Ausarbeitung hegemonialer Projekte wurde.

2.2.5 Strategien juridischer Auseinandersetzungen um Hegemonie

Da im Folgenden juridische Auseinandersetzungen um das Staatsprojekt Europa im Bereich der Migrationskontrolle untersucht werden sollen, sind noch einige Überlegungen zu den strukturellen Bedingungen möglicher Strategien im Gehege der Rechtsform anzustellen. Ich rekapituliere zunächst noch einmal: Das moderne Recht des globalen Nordens ist eine soziale Form,

»[...] die nur durch theoretische Kritik zu entschlüsseln ist und sich als Macht-Wissen-Komplex durch die Alltagspraxen gesellschaftlicher Akteur*innen hindurch durchsetzt, ohne in deren praktisches Bewusstsein einzugehen. [...] Ihre Verfahren produzieren eine hegemoniale normative Ordnung, die bestehenden gesellschaftlichen Verhältnissen den Anschein universeller Gerechtigkeit vermittelt, indem die Verfahren die politische Imprägnierung ihrer Ergebnisse als technische Entscheidungen maskieren. Zugleich jedoch bedeutet sie aufgrund ihrer relationalen Autonomie immer auch einen Aufschub der Macht und ermöglicht über ihre Universalisierungs-Infrastruktur das Einschreiben gegenhegemonialer Projekte, die dann ebenfalls mit der Dignität normativer Geltung versehen sind. Da diese normative Ordnung der offizielle Code der Macht ist, sind die in ihm eingefangenen gesellschaftlichen Machtverhältnisse in den formalen Prozeduren auch skandalisierbar [...]. Zudem sind prinzipiell alle Machtverhältnisse in den Zwischenräumen des Rechts als inoffizielle, unberechtigte Machtausübungen kritisierbar, gerade weil die Rechtsform als universeller und offizieller Code der Macht den Anspruch transportiert, dass es keine Machtverhältnisse jenseits seiner geben darf.« (Buckel 2008b: 126f.)

Juridische Strategien werden also prinzipiell mit der widersprüchlichen Grundstruktur der Rechtsform konfrontiert: Sie müssen sich einlassen auf die verselbständigten

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verfahren inklusive der juridischen Intellektuellen und zugleich können sie dadurch sowohl einen Aufschub der Macht erwirken als auch sich in die hegemoniale normative Ordnung einschreiben. Eine vor allen Dingen im anglo-amerikanischen Raum reflektierte juridische Strategie, die sich dieser widersprüchlichen Anforderung stellt, ist das sogenannte »Cause Lawyering« – der Versuch, durch anwaltliche Tätigkeiten politische Anliegen voranzutreiben (vgl. insbesondere Sarat/Scheingold 1998, 2006, 2011). Dies geschieht durch strategische Prozessführung und öffentlichkeitswirksame Mobilisierungen durch eine explizite Politisierung von Gerichtsverfahren. Auch die aktive Mitgestaltung der Mandant*innen an der Prozessführung wird praktiziert (Müller 2011: 453), um dadurch die Passivierung der Subalternen durch die Perpetuierung einer hierarchischen Arbeitsteilung zu unterbinden, die auf dem Terrain des Rechts in der privilegierten Position der über Spezialkenntnisse verfügenden juridischen Intellektuellen zum Tragen kommt (Buckel 2008b: 127).

Ulrike Müller hat nach dem Verlust einer kollektiven Mandantschaft durch den Rückgang der großen sozialen Bewegungen in der BRD noch eine weitere Form des Cause Lawyering ausgemacht: die »professionelle direkte Aktion«. Durch diese werden Mandant*innen anhand gesellschaftlicher Machstrukturen ausgewählt. Ihnen wird eine hochspezialisierte Dienstleistung erbracht, da sie diese aufgrund struktureller Machtverhältnisse auf dem normalen Rechtsberatungsmarkt nicht erwerben können. So soll ein erleichterter Zugang zum Recht für unterprivilegierte Menschen ermöglicht werden (Müller 2011: 456f.). Neben einzelnen Rechtsanwaltskanzleien spielen inzwischen auch in Europa Rechts-Think-Tanks wie das Berliner »Center for Constitutional and Human Rights« oder das in London ansässige »AIRE Centre« sowie diverse NGOs wie Pro Asyl, Human Rights Watch, Amnesty International u.ä. eine große Rolle. Sie bilden gewissermaßen ein Gegengewicht zu den großen Law Firms, die ebenfalls im Rahmen der Transnationalisierungsprozesse entstanden sind, vor allem transnationale Unternehmen vertreten (Dezalay/Garth 1995) und die Entwicklung des Europarechts lange prägen konnten. Durch die Spezialisierung auf die Entwicklung eigener Abteilungen für Öffentlichkeitsarbeit, Recherche, strategische Prozessführung, Mandant*innen-Betreuung u.v.m. findet eine regelrechte Ausrichtung auf die Eigenlogik der Rechtsform statt.

Wie Charles R. Epp anhand seiner Untersuchung der sogenannten »Rights Revolution« verdeutlichte, also der Transformation höchstgerichtlicher Instanzen im angelsächsischen Rechtsraum in Institutionen zum Schutz individueller Rechte, gelangen Rechtsfälle nicht wie durch Magie vor die Gerichte (Epp 1998: 18), sondern hängen vielmehr von materiellen Ressourcen ab. Darunter versteht er sowohl eine Unterstützungsstruktur (»support structure«), bestehend aus individuelle Rechte verfechtenden Anwält*innen und Organisationen, als auch finanziellen Ressourcen (ebd.). Eine solche Unterstützungsstruktur sei unabdingbar, denn die juridischen Verfahren seien zeitintensiv, teuer und für Außenstehende durchaus geheimnisvoll.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Insbesondere im Rahmen strategischer Prozessführungen werden gezielt Rechtsfälle ausgewählt, die exemplarisch ein spezifisches soziales oder politisches Problem symbolisieren (Kaleck/Saage-Maaß 2010: 437). Im Unterschied zur klassischen Anwaltstätigkeit geht es dabei nicht ausschließlich um das kurzfristige Ziel des Obsiegens im Gerichtsverfahren. Vielmehr spielen sehr viel langfristigere Ziele eine Rolle, wie etwa die Mobilisierung einer sozialen Bewegung oder die Schaffung von Öffentlichkeit über den Rechtsprozess. Benannt hat dies Jules Lobel, der Vize-Präsident des US-amerikanischen »Center for Constitutional Rights«, mit dem Slogan des »success without victory« (Lobel 2003).

Gerichtsverfahren ermöglichen es, anhand eines Einzelfalls einer breiten Öffentlichkeit einen Missstand exemplarisch vor Augen zu führen und zu skandalisieren (Kaleck/Saage-Maaß 2010: 438). Durch das *Rechts*verfahren wird zudem deutlich, dass es sich nicht nur um einen politisch oder moralisch kritikwürdigen Zustand handelt, sondern dass die hegemoniale normative, mit dem staatlichen Gewaltmonopol gestützte Ordnung des Rechts verletzt und damit eine Grenze überschritten ist: »[D]er Unrechtsgehalt der begangenen Tat oder Taten ist nicht mehr frei verhandelbar, sondern muss vor der innerhalb eines gewaltenteilig organisierten Systems dafür zuständigen Stelle, zumeist einem Gericht, verhandelt werden.« (Ebd.: 439)

Die von Menschenrechtsverletzungen Betroffenen können, sofern sie aktiv an der Gestaltung des Verfahrens beteiligt sind, aus der Rolle der passiven Opfer befreit werden und aktiv gegen die Verantwortlichen vorgehen (ebd.). Darüber hinaus kann strategische Prozessführung auch als Teil einer größeren Strategie sozialer Akteur*innen verstanden werden, die eine kollektive Aufarbeitung vergangenen Unrechts anvisiert (ebd.; vgl. auch Buckel 2008a; Fischer-Lescano 2005). Schließlich schaffen solche juristischen Verfahren personelle Strukturen und Verknüpfungen zwischen verschiedenen Akteur*innen, unter Umständen zwischen dem globalen Norden und Süden (Kaleck/Saage-Maaß 2010: 448).

»Um eine grundsätzliche Revision der globalen Wirtschaftsstruktur zu erreichen, eignen sich derzeit die bestehenden Klage- und Rechtsformen wenig«, geben Kaleck und Saage-Maaß zu bedenken (ebd.: 447). Damit führen sie treffend zur widersprüchlichen Grundstruktur der Rechtsform zurück: Da diese, wie die Wertform, ein Strukturprinzip kapitalistischer Vergesellschaftung ist, kann sie diese Gesellschaftsordnung nicht in Frage stellen. Und so perpetuiert selbst noch die emanzipativste Inanspruchnahme ihre undemokratische, verselbständigte Arbeitsweise (ausführlich Buckel 2007: 312ff.). An dieser können rechtliche Akteur*innen zudem in konkreten Rechtskämpfen scheitern, weswegen eine erfolgreiche strategische Prozessführung dies reflektieren muss, das heißt, über den Tellerrand der einzelnen juristischen Auseinandersetzung hinaus auf diese Arbeitsweise blicken. Eine radikalreformistische Strategie innerhalb und gegen die bestehenden Strukturprin-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zipien (Esser/Hirsch/Görg 1994: 213ff.) kann diese aber durchaus über sich hinaustreiben.

2.3 EUROPÄISCHES STAATSAPPARATE-ENSEMBLE

Die spezifischen rechtlichen Auseinandersetzungen, die in den beiden Fallstudien untersucht werden, ereignen sich im Kontext der Europäisierung der Migrationskontrolle, die wiederum Ergebnis eines Staatswerdungsprozesses ist. Neben rechtstheoretischen sind daher auch staatstheoretische Überlegungen relevant. Deswegen werde ich in diesem Abschnitt nun die These der Herausbildung eines europäischen Staatsapparate-Ensembles sowie des Staatsprojekts Europa entwickeln (ausführlich siehe Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel 2013).

2.3.1 Staat als Verhältnis

Der moderne Staat kapitalistischer Gesellschaften wird in der materialistischen Tradition weder als Subjekt noch als Instrument mächtiger Akteure interpretiert, sondern vielmehr als eine strategisch-selektive Arena (Ludwig/Sauer/Wöhl 2009: 17). Weder besteht die ›Funktion‹ des Staates in der Lösung gesellschaftlicher ›Probleme‹, noch wird er als einheitliche Entität, als *der Staat*, aufgefasst. Vielmehr ist er, wie das Recht, ein soziales Verhältnis gesellschaftlicher Kräfte (Jessop 2007: 53), das diesen gegenüber allerdings eine verselbständigte Form annimmt und dadurch über eine relationale Autonomie verfügt.

Politische und ökonomische Herrschaft nehmen in der kapitalistischen Vergesellschaftung eine voneinander getrennte Form an, und diese Trennung bildet die Grundlage »des eigentümlichen institutionellen Aufbaus des Staates«, sprich seiner Materialität (Poulantzas 2002/1978: 47). Die gemeinsamen Angelegenheiten werden von einer speziellen Instanz repräsentiert und von »dem Handlungszusammenhang der Staatsadministratoren« (Lessenich 2009: 142) verwaltet. Im System repräsentativer Demokratie ist die Partizipation derjenigen, die gemäß der europäischen Verfassungen die *pouvoir constituant* sein sollten, auf periodische Wahlen beschränkt, während sich die politische Klasse professionalisiert und danach strebt, von dem Einfluss von Außenseiter*innen des politischen Systems abgeschirmt zu bleiben: »Aus der Perspektive professionalisierter Politiker stellen die Bürger eine konstante Gefahr dar« (Borchert 2009: 356°). Diese Verselbständigung wird selbst von der Mehrheit der politikwissenschaftlichen Demokratietheorien als notwendige Bedingung rationaler politischer Entscheidungsfindung angesehen (ebd.: 354). Diese Verselbständigung des Politischen wird formanalytisch analog zur Rechtsform als »politische Form« bezeichnet (Hirsch 1994).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das Allgemeine ist ein von der Gesellschaft abgesondertes Allgemeines. In politischen Diskursen werden die widerstreitenden ›privaten‹ Interessen mit einem ›öffentlichen‹ Interesse vermittelt. »Der politische Kampf dreht sich im Kern um die Kontrolle über diese Universalisierungsinstanz.« (Jessop 2007: 51) Konkrete Politiken (policies) werden als instabile Kompromisse zwischen gesellschaftlichen Kräften aufgefasst, die durch spezifische Staatsapparate formuliert werden. Da sich jeweils unterschiedliche Kräfte gemäß ihren Ressourcen in die Apparate einschreiben, ist die Heterogenität der Apparate ein zentrales Element staatlicher Politiken. Die Bürokratie ist ebenfalls keine einheitliche, sondern besteht aus verschiedenen Gruppen, Cliquen und Zentren, die vielfältige und verstreute Mikropolitiken verfolgen (Poulantzas 2002/1978: 167). Die Strategien gesellschaftlicher Kräfte müssen also übersetzt werden in die interne Struktur des politisch-administrativen Systems.

2.3.2 Staatsprojekt Europa

Die Auseinandersetzungen um die Besetzung des Allgemeinen finden auf dem politischen Terrain als Auseinandersetzungen um hegemoniale politische Projekte statt. Unter diesen spielt eines eine besondere Rolle: das Staatsprojekt. Sein Effekt ist es, die Einheit des Staates zu gewährleisten, obwohl er ein heterogenes Ensemble konkurrierender Staatsapparate ist. Denn begreift man die gesellschaftlichen Antagonismen als in die Staatsapparatur eingeschriebene, so nehmen sie in deren Innerem »die Form von internen Widersprüchen zwischen den verschiedenen staatlichen Zweigen und Apparaten« an (Poulantzas 1978/2002: 123). Die verschiedenen gesellschaftlichen Kräfte beziehen sich auf unterschiedliche Staatsapparate und diese wiederum haben spezifische Beziehungen zu den gesellschaftlichen Kräften. Der Staat ist somit ein strategisches Feld, geformt durch die komplexen, sich durchkreuzenden, dezentralen und antagonistischen Beziehungen zwischen den verschiedenen Sektoren des Staates (Jessop 1985: 125ff.). Daraus resultiert, dass die Politiken der einzelnen Staatsapparate mitunter gegenläufig sind und sich zum Teil sogar diametral widersprechen.

Die rechtliche Gesamtverfassung dieses Ensembles besteht in Form einer Verfahrensordnung sowie einer rechtlichen Programmierung der Apparate, das heißt ihrer Bindung an die Gesetze, die gerichtlich auf der Grundlage subjektiver Rechte der ihnen Unterworfenen überprüft und erzwungen werden kann. Sie ist ein in gesellschaftlichen Kämpfen durchgesetztes und für die Legitimation politischer Herrschaft kapitalistischer Staaten prägendes Charakteristikum. Aber diese verfassungsrechtlich festgelegte Struktur kann die politische Einheit der Staatsapparate nicht gewährleisten. Denn auch wenn die Kompetenzsphären staatsorganisationsrechtlich hierarchisch festgelegt sind, kann diese Festlegung die realen Machtstrukturen kaum beeinflussen. Dazu bedarf es eines Staatsprojekts (Jessop 1985: 127). Die

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zentralen Elemente des fordistischen Staatsprojekts waren die Nation und der Wohlfahrtsstaat: Die Regulation der sozialen Kämpfe durch die Sozialpolitik seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, so Étienne Balibar, war unentbehrlich für die Erhaltung der nationalen Form des Staates – und zugleich wäre diese Regulierung der sozialen Konflikte niemals ohne den Prozess der Einsetzung der Nation als Form privilegierter, sakralisierter Gemeinschaft möglich gewesen. Das Ergebnis nennt er daher den »national-sozialen Staat« (Balibar 2010: 25). Die Einheit und Kohärenz der Apparate ist entscheidend für die Fähigkeit des Staats, gesellschaftliche Kohäsion herzustellen, das heißt, sowohl die herrschenden Kräfte auf ein gemeinsames langfristiges Projekt zu verpflichten als auch die Subalternen in dieses einzubinden.

Die europäische Integration fördert die Heterogenität der Staatsapparate wieder zu Tage, indem sie die vormals nationalen Staatsapparate reorganisiert. In der Krise des Fordismus, Mitte der 1970er Jahre, begann die Transformation des national-sozialen Staates. Aus diesem Prozess, den die Mitgliedsstaaten der EG bzw. EU durchliefen, ging allmählich ein neuartiges, mehrere soziale Räume durchkreuzendes, europäisches Ensemble von Staatsapparaten hervor, welches *sowohl nationale* (Ministerien, Grenzpolizeien etc.) *als auch europäische Apparate* (Kommission, EuGH, Agenturen wie Frontex etc.) miteinander verbindet. Dieser Prozess wurde durch die bereits zuvor erläuterte »inkrementelle evolutionäre Konstitutionalisierung« (Brunkhorst 2012: 22°) begleitet. Brunkhorst identifiziert im Anschluss an Tuori (2011) dabei bisher vier Stufen: Die erste verortet er in der »Wirtschaftsverfassung« der Montanunion, die zweite Stufe in der »Rechtsstaatsverfassung« der Römischen Verträge, die dritte in der »politischen Verfassung«, die er bereits 1979 mit den Direktwahlen zum Europäischen Parlament beginnen lässt, und schließlich die vierte Stufe in der »Sozial- und Sicherheitsverfassung« seit dem Maastrichter Vertrag (Brunkhorst 2011: 468ff.).

Der wesentliche Unterschied dieses neuen Apparate-Ensembles im Vergleich zum fordistischen Nationalstaat – so die These unseres Forschungsprojekts – besteht zum einen in der *multiskalaren Ausdehnung* und zum anderen darin, dass noch kein *europäisches Staatsprojekt* existiert, das mit den tradierten nationalen Staatsprojekten vergleichbar wäre, die weiterhin wirkmächtig sind. Das bedeutet, dass die Fähigkeit des europäischen Staatsapparate-Ensembles, gesellschaftliche Kohäsion herzustellen, nur schwach ausgeprägt ist – was an der aktuellen Krisenbearbeitung sehr deutlich wird. Allerdings hat der Suchprozess nach einem möglichen Staatsprojekt begonnen. Dieser ist fragil und Krisen können sein Scheitern besiegeln. Nicht selten allerdings waren solche Krisen bislang Durchsetzungskrisen im Prozess der europäischen Integration.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2.3.3 Juridische Staatsapparate

Rechtliche Institutionen können durchaus Momente eines Staatsapparate-Ensembles sein. Zudem können nicht nur politische, sondern auch hegemoniale juridische Projekte zu einem Staatsprojekt werden. Für ein Verständnis dieses Prozesses kommt es jedoch darauf an, von Anfang an die Auseinandersetzungen auf den unterschiedlichen Terrains zu unterscheiden. Denn die relationale Autonomie sozialer Formen bedeutet nicht nur die Trennung des Ökonomischen vom Politischen, sondern eben auch, dass die Rechtsform einer anderen Grammatik folgt als die politische Form. Staat und Recht sind nicht, wie dies lange in der materialistischen Staatstheorie konzipiert wurde, mehr oder weniger das gleiche Untersuchungsobjekt (vgl. Buckel 2007: 255). Politische Form und Rechtsform sind zwar über Verfassungen miteinander verbunden und aufeinander verwiesen, dennoch verfügen sie über jeweils eigene Verfahren, Intellektuelle und Regeln und – darüber vermittelt – über eine relationale Autonomie, auch was ihr wechselseitiges Verhältnis betrifft. Sie sind raum-zeitlich verschieden institutionalisiert und bilden daher eigensinnige Arenen gesellschaftlicher Auseinandersetzungen. So wurden die Konstitutionalisierungskämpfe um die sozialen Rechte oder um die Verrechtlichung der Seegrenzen unter sehr verschiedenen strategisch-selektiven Bedingungen auf den beiden Terrains geführt. Wichtig ist darüber hinaus – das hat die Debatte um die Transnationalisierung des Rechts verdeutlicht (Teubner 1997) –: Die Rechtsform muss sich nicht a priori als rechtlicher *Staats*apparat materialisieren, wie gerade die zweite Fallstudie zeigen wird. Ist sie jedoch eingebunden in ein Ensemble unterschiedlicher politischer Apparate, das zumindest mittelbar über ein Gewaltmonopol verfügt – wie etwa der Gerichtshof der Europäischen Union –, dann institutionalisiert sie sich als Ergebnis historischer Prozesse als rechtlicher Staatsapparat. Dies wird in der ersten Fallstudie relevant werden.

2.4 EUROPÄISCHE GOUVERNEMENTALITÄT

2.4.1 Staat als Praxis

Materialistische Staatstheorie kann vor allem die Rolle des Staates in der kapitalistischen Gesellschaft sowie seinen institutionellen Aufbau im Verhältnis zur gesellschaftlichen Kräftekonstellation begreiflich machen. Um zudem die Regierungspraxis in den Blick zu nehmen, in diesem Fall die Migrationskontrollpolitik, soll sie um den gouvernementalitätstheoretischen Ansatz Foucaults erweitert werden (zur Kompatibilität beider Ansätze vgl. Adolphs 2008).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Nicos Poulantzas und Michel Foucault entwarfen zeitgleich ihre kritischen Staatsanalysen im Kontext des französischen Strukturalismus, mit dem beide wiederum auf ihre jeweils eigene Art gebrochen hatten (vgl. Dosse 1999). Beide teilten die Prämisse, dass der Staat kein Ding sei, sondern ein soziales Verhältnis bzw. eine Praxis. Während Poulantzas sich schwerpunktmäßig auf die Kräfteverhältnisse und deren Institutionalisierung aus einer klassentheoretischen Perspektive konzentrierte, analysierte Foucault die Praxis des kapitalistischen Staates. Er nannte sie »Regierung« oder, zur besseren Abgrenzung gegenüber politikwissenschaftlichen Regierungsbegriffen, »Gouvernementalität«. Damit bezeichnete Foucault (2000: 64)

»die Gesamtheit, gebildet aus den Institutionen, den Verfahren, Analysen und Reflexionen, den Berechnungen und den Taktiken, die es gestatten, diese recht spezifische und doch komplexe Form der Macht auszuüben, die als Hauptzielscheibe die Bevölkerung, als Hauptwissensform die politische Ökonomie und als wesentliches technisches Instrument die Sicherheitsdispositive hat«.

Zunächst zur Gesamtheit staatlicher Praktiken: Der Staat ist »eine Art und Weise des Regierens« und keine »Staats-Sache« (Foucault 2004/1978: 399); und dieses Regieren ist gleichbedeutend mit der Führung von Menschen. Diese Regierungsweise hatte sich über Jahrhunderte hinweg herausgebildet, und nahm schließlich im 18. Jahrhundert mit der Etablierung der modernen Staaten eine spezifisch politische Form an. Aus dem christlichen Pastorat sei diese »regelrechte Kunst des Führens, Lenkens, Leitens, Anleitens, des In-die-Hand-Nehmens, des Menschen-Manipulierens« auf den Staat übergegangen. Es gehe darum, »sich der Menschen ihr ganzes Leben lang und bei jedem Schritt ihrer Existenz kollektiv und individuell anzunehmen« (ebd.: 241).

Die Gesamtheit aus staatlichen Verfahren, Analysen und Reflexionen, Berechnungen und Taktiken, die materielle Verdichtung als staatliche Apparatur also, organisiert das gesellschaftlich Allgemeine über Verhaltensführung. Welche konkreten Regierungstechniken dabei entstehen, hängt wiederum von den Kräfteverhältnissen ab, die sich in den heterogenen und konkurrierenden Apparaten niederschlagen. Die Auseinandersetzungen auf dem Terrain des Politischen wurden zuvor mit Jessop als Kampf um die Kontrolle der Universalisierungsinstanz beschrieben. Diejenigen Hegemonieprojekte, die sich verallgemeinern können, bestimmen den Modus des Regierens. Diese Auseinandersetzung ist demnach nicht nur eine um das ›Wohin‹, sondern immer auch eine um das ›Wie‹ – und in seltenen Fällen um das ›Ob‹ – des Geführt-Werdens.

Gouvernementale Führung ist – genau wie Gramscis hegemoniale Führung – nicht dasselbe wie Herrschen, Kommandieren oder Befehlen (ebd.: 173), sondern die Art und Weise, mit der man das Verhalten der Menschen steuert. Geführt wird durch die Anreizung von Selbstführungstechnologien (»Führung der Führungen«).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sie verbindet also das Verhältnis der Subjekte zu sich selbst mit den Herrschaftstechnologien.

2.4.2 Zielscheibe Bevölkerung

Die »Hauptzielscheibe« dieser Art und Weise des Regierens ist die Bevölkerung. Waren die den Raum bewohnenden Subjekte in vormodernen Zeiten nur Anhängsel des Territoriums, so wurden sie mit Entstehung des modernen Staates als »Bevölkerung« zum Regulationsobjekt der sich herausbildenden Regierungspraxis. Regiert wird kein Territorium, sondern die Bevölkerung, welche die Basis des Reichtums des jeweiligen Staates ausmacht (Foucault 2004/1978: 183). Zielobjekt ist also die Bevölkerung im Sinne der Lebewesen und nicht das Volk der Rechtssubjekte (ebd.: 72). Die lebendige Arbeit, als »Inbegriff aller physischen und geistigen Fähigkeiten, die in der Leiblichkeit, der lebendigen Persönlichkeit eines Menschen existieren« (Marx MEW 23: 181), ist die zentrale Voraussetzung der kapitalistischen Produktionsweise und muss als solche (re)produziert werden. Diese Reproduktion bildet für Foucault das Zentrum der »Regierung«:

> »Die Bevölkerung ist jener Gattungskörper, dessen immanente Regelmäßigkeiten in Form von Geburtenraten, Krankheiten oder Unfällen durch einen statistischen Apparat zutage befördert werden. Um die Kräfte der Bevölkerung zu steigern, darf sich die Regierung nicht einfach gegen diese als natürlich begriffenen Prozesse stellen. Vielmehr muss sie deren inhärente Dynamiken in Rechnung stellen und produktiv werden lassen.« (Opitz 2008: 210)

Das zentrale Staatsprojekt des fordistischen Wohlfahrts-Nationalstaats, die Nation, bestimmt über die Herstellung einer fiktiven Gemeinschaft, über die »Schaffung eines Volkes« (Balibar 1992: 114), die Zugehörigkeit zur Bevölkerung. Über die rechtliche Kategorie der Staatsbürgerschaft wird eine spezifische Bevölkerung permanent, unmittelbar und exklusiv in den Staat eingeschlossen: Damit wird jener »für das politische System kennzeichnende partikulare Inklusionsuniversalismus« begründet, der eine national konstruierte Bevölkerung des Territoriums einbezieht und alle anderen als potenziell Angehörige anderer Staaten ausschließt (Bommes 1999: 103). Diese Ausschließung ist in dem Moment, da die Bevölkerung zur produktiven Basis des Staates geworden ist, nur durch »illegitime Spaltungen innerhalb *einer* Gesamtbevölkerung auf einem Territorium« möglich (Terkessidis 2004: 8), durch eine Zäsur und Fragmentierung (Foucault 1999/1976: 295). Eine solche Zäsur ermöglicht es, »jemanden der Gefahr des Todes auszuliefern, für bestimmte Leute das Todesrisiko oder ganz einfach den politischen Tod, die Vertreibung, Ab-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schiebung[9] usw. zu erhöhen« (ebd.: 297). Die diskursive Konstruktion von Staatsbürgerschaft qua nationaler Zugehörigkeit ist demnach entscheidend für die Spaltung in regierbare Subeinheiten (Diez/Squire 2008: 566; Walters 2002: 21f.). In der EU durchkreuzt inzwischen die Unionsbürgerschaft die nationalen Staatsbürgerschaften. Sie schafft diese jedoch nicht ab, sondern baut vielmehr auf ihnen auf und konstituiert so parallel zu den nationalen Bevölkerungen die europäische Bevölkerung.

2.4.3 Sicherheitsdispositive

Die wesentlichen technischen Instrumente der Gouvernementalität sind aber, so Foucault, die Sicherheitsdispositive. Unter Dispositiven versteht er zunächst Machtbeziehungsbündel, die entlang einer Strategie zusammengefasst sind (Lorey 1996: 64), das heißt Knotenpunkte, »in denen die über den ganzen gesellschaftlichen Raum verstreuten Handlungsweisen und -felder zusammenlaufen« (Ott 1998: 49): also Diskurse, Institutionen, reglementierende Entscheidungen, Gesetze, administrative Maßnahmen, wissenschaftliche Aussagen, philosophische oder moralische Lehrsätze (Foucault 1978: 119). In einem Dispositiv werden die unterschiedlichen Elemente so reorganisiert, dass eine strategische Formation entsteht. Die Strategie ist – wie auch im Kontext der Hegemonieprojekte – nicht subjektiv-intentional zu verstehen, da der Gesamteffekt des Dispositivs nicht aufgrund einer »Planung, Verschwörung oder bewussten Koordination einzelner Akteure zustande kommt« (Ziai 2007: 33). Die Rationalität entstammt dem Entstehungskontext eines Dispositivs, welches zu einem gegebenen historischen Zeitpunkt auf einen ›Notstand‹ reagiert und eine Neujustierung der Kräfteverhältnisse anvisiert (Foucault 1978: 121ff.). Hegemonietheoretisch reformuliert, um wieder die Kämpfe sozialer Akteur*innen in den Blick zu bekommen, sind Dispositive Effekte und Materialisierungen der Kämpfe um Hegemonie: Gelingt es einem Hegemonieprojekt hegemonial zu werden, so prägt es die Rationalität des Dispositivs, indem sich seine strategische Ausrichtung in das Dispositiv einschreibt. Es umfasst mehr als nur staatliche Institutionen, sondern ebenso zivilgesellschaftliche Praxen. Analytisch will Foucault ganz ähnlich wie Gramsci damit Praxen, Institutionen und Diskurse fassen, die allesamt der Rationalität einer hegemonial gewordenen Strategie folgen und so die Gesellschaftsformation prägen.

*Sicherheits*dispositive schließlich zielen strategisch durch eine Vielfalt von Praxen, Institutionen und Diskursen auf die Konstitution von ›Sicherheit‹. Anders als die aktuelle Konnotation des Begriffs vermuten lässt, ist sie in der Foucaultschen

9 Thomas Lemke (2003: 162.) weist daraufhin, dass die Übersetzung an dieser Stelle korrekt ›Zurückweisung‹ heißen müsste.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Konzeption kein Gegensatz zur ›Freiheit‹, sondern deren Ermöglichungsbedingung. Im Zentrum der (neo)liberalen Praxis werde ein problematisches Verhältnis zwischen der Projektion der Freiheit und dem hergestellt, was die Freiheit ermöglicht und sie zugleich zu begrenzen und zu zerstören droht (z.B. die Freiheit des Marktes). Freiheit benötige daher zu ihrer Entstehung zugleich Sicherheitsstrategien (z.B. Wettbewerbsrecht) (Foucault 2004/1978: 98). Die moderne politische Führung zielt auf die Sicherheit der Bevölkerung, und zwar nicht einfach durch Verhinderung und Reglementierung, sondern im Modus der Freiheit: indem sie die Zirkulation gewähren lässt und sie zugleich kontrolliert (ebd.: 101). Sicherheitsdispositive orten das Normale und steuern im »Element der Realität« (ebd.: 76). Sie sind »regulatorische Technologien« (ebd.: 287), deren Ziel nicht die Verhinderung von Dingen, sondern die Eingrenzung der ›natürlichen‹ Phänomene ist, sodass sie nicht mehr vom gewünschten Kurs abweichen. Sicherheit hat keine Existenz vor dem Sicherheitsdispositiv, sondern die Problematisierung von Unsicherheit und damit auch von Gefahr konstruiert das Feld der Sicherheit und stellt es als regierbares überhaupt erst her (Opitz 2008: 216).

In diesem Sinne privilegiert das europäische Staatsapparate-Ensemble seine Angehörigen materiell, indem der Zugang zum Territorium und den sozialen Rechten beschränkt wird. ›Sicherheit‹ im Kontext von Migrationspolitiken, so wie sie politisch konstruiert wird, bedeutet daher den Schutz der EU-Bevölkerung vor ›Gefahren‹ für diese Privilegierungen. Analog bedeutet ›Freiheit‹ hier nicht etwa die Freiheit aller als Bedingung der eigenen Freiheit, sondern die Freiheit, eine bestimmte Lebensweise auf Kosten der (Bewegungs-)Freiheit anderer für sich in Anspruch zu nehmen. »Grundlegend für dieses Verständnis von Sicherheit ist somit die Frage, wer zur Bevölkerung gehört und wer nicht.« (Meyer/Purtschert 2008: 163) So wird nicht nur Bevölkerung als regierbare Einheit produziert, »sondern auch der Bereich dessen, was davon ausgeschlossen wird, die Gruppe jener Menschen, die man als ›Nicht-Bevölkerung‹ bezeichnen könnte« (ebd.: 165) – diejenigen also, die durch die Zäsur aus der Bevölkerung exkludiert werden. Sicherheitsdispositive enthalten damit eine »unverhohlene Chance der Illiberalität«, der Diskriminierung möglicher und unmöglicher Subjektpositionen (Opitz 2008: 217). Die Freiheit, die das Grenzregime über die Kontrolle, Filterung und Festsetzung der Nicht-Bevölkerung konstituiert, ist die Bewegungsfreiheit der europäischen Bevölkerung.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. Europäisierung der Migrationskontrolle

Die Herausbildung eines »Staatsprojekts Europa« in den juridischen Auseinandersetzungen soll im Feld der Europäisierung der Migrationskontrolle untersucht werden. Denn Ende der 1990er Jahre kam es in der EU zu einem grundlegenden Strukturwandel hin zu einer Europäisierung der bis dato nationalen Migrationskontrollpolitiken: Die Entscheidung über Einwanderung und Aufenthalt, das heißt, über den Zugang zum ›Staatgebiet‹ sowie über die Zugehörigkeit zum ›Staatsvolk‹, wurde seit der Gründung der EWG als Kern mitgliedsstaatlicher Souveränität betrachtet (Kluth 2006: 1). In den 1980er Jahren geriet das Thema dann zunächst vorsichtig auf die Agenda der Europäischen Gemeinschaft (Brinkmann 2004: 183). Die Übereinkommen (wie ›Schengen‹[1] oder ›Dublin‹[2]) blieben aber noch immer intergouvernemental (Fletcher 2003: 534, Fn. 3). Erst mit dem Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997[3] wurden unter dem neuen Titel IV (»Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts«) Migration und Asyl in die erste, das heißt vergemeinschaftete Säule der EU überführt; zugleich wurde der Schengen-Besitzstand,[4] der bis dato nur ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen einigen Mitgliedsstaaten gewesen war, in den Rechtsrahmen des Gemeinschaftsrechts integriert. Die Bedeutung dieses Vorgangs ist nicht zu unterschätzen, denn – darin waren sich die Kommentator*innen einig – die Gemeinschaft verfüge nunmehr »über alle erforderlichen Rechtsgrundlagen und Instrumente« für eine eigenständige europäische Migrationspolitik (Röben 2005: Art. 63 Rdnr. 45). Seit diesem Zeitpunkt sind nämlich nicht mehr ausschließlich die europäischen Nationalstaaten für die Migrationskontrolle zuständig, sondern diese wird nun durch das gesamte europäische Staatsapparate-Ensemble ausgeübt. Aufgrund der Fragmentierung und Heterogenität der diversen nationalen und europäischen Apparate finden permanente Auseinanderset-

1 GMBL. 1986, S. 79–81.

2 ABl. Nr. C 254 v. 19.8.1997, S. 1–12.

3 ABl. Nr. C 340 v. 10.11.1997, S. 1ff.

4 ABl. Nr. L 239 v. 22.9.2000.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zungen um die konkrete Zuständigkeit für die einzelnen Bereiche statt. Die europäischen Instanzen versuchen, nach und nach alle Kompetenzen an sich zu ziehen. Darin werden sie – je nach konkretem Anliegen – von einigen nationalen Apparaten unterstützt, von anderen wiederum blockiert. In inkrementellen Prozessen kommen auf diese Weise Richtlinien, Verwaltungspraxen und gerichtliche Vorgaben zustande, die nur ganz allmählich eine europäische Migrationskontrollpolitik herausbilden. Die BRD etwa hat allein im Jahr 2007, als die meisten neu geschaffenen Richtlinien zu implementieren waren, elf solcher EU-Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt.[5] Seitdem kamen immer weitere hinzu. Aber auch Verordnungen, die ohne Umsetzungsgesetze unmittelbar in den Mitgliedsstaaten gelten, reichern den Migrations-Acquis an, am spektakulärsten sicherlich die Verordnung zur Schaffung der europäischen Grenzschutzagentur Frontex, durch die sogar erste Elemente eines eigenen europäischen Staatsapparats – einer europäischen Grenzpolizei – geschaffen wurden.[6] Die ersten Richtlinien befinden sich zurzeit im Prozess der Novellierung. Hinzu kommt die bereits 1992 in den Maastricht-Vertrag eingefügte Unionsbürgerschaft (siehe Kapitel 5). Dadurch wurde u.a. ein Großteil der bisherigen europäischen Gastarbeiter*innen rechtlich »entmigrantisiert« (Georgi/Schatral 2012), das heißt zu Bürger*innen der Europäischen Union. Durch die daran anknüpfenden Freizügigkeitsregelungen unterlag allein in der BRD bereits die Hälfte der ausländischen Wohnbevölkerung dem EU-Recht *unmittelbar* (Renner 2005: Vorbem. Rdnr. 5). In diesem Kapitel soll es daher zunächst vor dem Hintergrund der staatstheoretischen Prämissen um eine Analyse dieser bemerkenswerten Entwicklung gehen.

3.1 IMPERIALE LEBENSWEISE

Eine solche Analyse der europäischen Migrationskontrolle kann allerdings weder mit diesen Politiken noch mit Europa beginnen. Kaum eine der klassischen europäischen Politiken lässt sich wahrscheinlich ohne ihren je spezifischen Bezug zum Weltmarkt analysieren: Sowohl die Binnenmarkt- als auch die Währungs- und selbst die Agrarpolitik sind weltmarktinduziert. Migrationskontrollpolitiken jedoch verweisen wie kaum ein anderes Politikfeld auf das Außen der EU, auf jenes Ande-

5 Gesetzentwurf BT-Drucksache 16/5065, Bundestagsbeschluss vom 16.6.2007.

6 Gegründet durch die Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates v. 26. Oktober 2004, ergänzt durch die VO (EG) Nr. 863/2007 v. 11. Juli 2007; verändert durch die Verordnung (EU) Nr. 1168/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. Oktober 2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, ABlEU L 304/1 v. 22.11.2011.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

re, welches sie durch ihre Grenztechniken geradezu hervorbringt. Die Tendenz politikwissenschaftlicher Untersuchungen, die Entwicklung der europäischen Migrationspolitik ausschließlich aus den Konflikten zwischen den mitgliedsstaatlichen und den europäischen Apparaten zu erklären (vgl. etwa Parusel 2010), blendet das konstitutive Merkmal dieser Politiken aus: dass das, was als Migrationspolitik erscheint, genau besehen die Regulation des Nord-Süd-Verhältnisses betrifft (Castles 2005: 16). Die Europäisierung der Migrationskontrolle und das mit ihr aufgeworfene Staatsprojekt soll im Folgenden als historisch-spezifische Ausprägung dieser Nord-Süd-Regulation untersucht werden – als Moment, wie ich argumentieren werde, der »imperialen Lebensweise«.

Von der Dependenztheorie über die Weltsystemtheorie bis hin zu postkolonialen Ansätzen besteht Einigkeit darüber, dass die europäische Entwicklung nicht »abgekoppelt vom Rest der Welt verlaufen« ist und daher auch nicht allein »aus abendländischen Besonderheiten heraus verstanden werden« kann (Conrad/Randeria 2002: 10). Vielmehr ist die Rolle der jeweiligen Staaten oder Regionen innerhalb der internationalen Arbeitsteilung entscheidend (Wallerstein 1979). Als gemeinsamen Ausgangspunkt dieser Arbeitsteilung bestimmen alle drei Theorierichtungen den Kolonialismus. Dieser gilt als Ursprung der sogenannten Unterentwicklung des globalen Südens: Die koloniale Expansion inkorporierte immer neue periphere Regionen als niedrig qualifizierte Rohstoffproduzentinnen in die internationale Arbeitsteilung, die durch die entstehende kapitalistische Weltwirtschaft bestimmt wurde (Hauck 2012: 51). Diese weist den peripheren Regionen die Produktion mittels unfreier, niedrig-qualifizierter, niedrig-entlohnter und niedrig-technologischer Arbeit zu, den Metropolen hingegen die Produktion mittels freier, qualifizierter, höher entlohnter und hochtechnologischer Arbeit.[7] »Im Zusammenhang mit den Macht-Asymmetrien zwischen Metropolen und Peripherie folgt daraus ein permanenter Reichtumstransfer von den letzteren in die ersteren« (ebd.: 7) – auch nach dem Ende des Kolonialismus. Castro Varela und Dhawan vertreten daher die Auffassung, dass die aktuelle internationale Arbeitsteilung »nur eine Verschiebung des territorialen Imperialismus des 19. Jahrhunderts« sei (Castro Varela/Dhawan 2009: 317). Und auch Spivak (2009: 21) sieht die Geschichte der Entwicklungsländer seit dem beginnenden Kapitalismus auf folgende Formel gebracht: »Kolonialismus, Imperialismus, Neokolonialismus, Transnationalität«. Folgt man diesen Ansätzen, so sind die gegenwärtigen globalen Vernetzungen, innerhalb derer Europa einen zentralen Knotenpunkt bildet, »konstitutiv in die Geschichte des Kolonialismus eingebettet« (Franzki/Kwesi Aikins 2010: 25). Politiken

7 Diese konkrete Ausprägung der internationalen Arbeitsteilung trifft nicht mehr auf alle ehemaligen und aktuellen peripheren Staaten zu, z.B. nicht mehr auf China und Indien mit ihren hochtechnologischen Sektoren. Da aber afrikanische Staaten im Fokus der vorliegenden Untersuchung stehen, wird dies nicht noch einmal näher ausdifferenziert.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Migrationskontrolle versuchen in diesem Kontext die Mobilität der postkolonialen Subjekte innerhalb dieser Arbeitsteilung zu regieren.

Die Verstetigung der beginnend mit dem Kolonialismus durchgesetzten internationalen Arbeitsteilung hat »herrschaftliche Produktions-, Distributions- und Konsummuster« hervorgebracht, »die tief in die Alltagspraktiken der Ober- und Mittelklassen im globalen Norden und zunehmend auch in den Schwellenländern des globalen Südens eingelassen sind«, die ich im Anschluss an Ulrich Brand und Markus Wissen (2011: 80) »imperiale Lebensweise« nenne. Den Begriff der *Lebensweise* entwickeln die Autoren in Anlehnung an den regulationstheoretischen Begriff der »Entwicklungsweise«: Kapitalistische Gesellschaften bilden sich nicht als identische über Raum und Zeit heraus – so die Grundannahme der Regulationstheorie –, sondern als je spezifische, temporär kohärente Kombinationen von Produktions-, Distributions- und Konsummustern sowie einer bestimmten Regulationsweise. Diese verbinden sich in einer historischen Gesellschaftsformation zu einer dialektischen Einheit. Die idealtypische Entwicklungsweise aus der Perspektive der Regulationstheorie war der Fordismus, gekennzeichnet durch ein intensives Akkumulationsregime, verbunden mit Massenkonsum und monopolistischer Regulation. Die Verschiebung des Begriffs zur »Lebensweise« dient Brand und Wissen dazu, angesichts dieser Makrotheorie die »Mikroebene der Alltagspraktiken« besser zur Geltung kommen zu lassen. Eine die ganze Gesellschaft umfassende Lebensweise, die mit bestimmten Vorstellungen eines guten Lebens einhergeht, ist demnach hegemonial in dem Sinne, dass sie breit akzeptiert, institutionell abgesichert und an Unternehmensstrategien gekoppelt ist (ebd.: 82, 88). *Imperial* ist sie insofern,

»als sie einen prinzipiell unbegrenzten – politisch, rechtlich und/oder gewaltförmig abgesicherten – Zugriff auf Ressourcen, Raum, Arbeitsvermögen und Senken andernorts voraussetzt. Die Produktivitäts- und Wohlstandsentwicklung in den Metropolen basiert auf einer für diese sehr vorteilhaften Welt-Ressourcenordnung.« (Ebd.: 83f.)

Imperial verweist zudem auf die neokoloniale Kontinuität. Im Fordismus setzte sich die imperiale Lebensweise durch, weil sie nicht mehr eine auf die oberen Klassen beschränkte elitäre Praxis blieb. Vielmehr wurde die Arbeiter*innenklasse durch die Inkorporierung in den national-sozialen Staat und den Massenkonsum zur zentralen Adressatin des fordistischen Wachstumsmodells.

»Das immense Wachstum während des Fordismus setzte die starke Vernutzung fossiler Rohstoffvorkommen (Kohle und zunehmend Erdöl) und der globalen Schadstoffsenken voraus. Wichtig war ein ständiger relativer Überfluss an preisgünstigen natürlichen Ressourcen auf den Weltrohstoff- und Weltagrarmärkten.« (Ebd.: 84)

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auch der Postfordismus blieb einer imperiale Lebensweise verhaftet, weil er die Ressourcenvernutzung des Fordismus nicht antastete, sondern vielmehr auf ihr aufruhte. Der diversifizierte Massenkonsum wurde nun nicht mehr ausschließlich über Lohnsteigerungen und ein ausgebautes Sozialsystem gefördert, sondern zunehmend auch durch Finanzialisierung. Die fossile Energie, die zum großen Teil aus dem globalen Süden importiert wird, ist die zentrale Triebkraft des Klimawandels; die sonstigen Ressourcen des Zeitalters immaterieller Arbeit (Hardt/Negri 2000), die im globalen Süden »unter hochgradig gesundheits- und umweltgefährdenden Bedingungen gewonnen werden«, oder auch der Umgang mit dem Müll der postfordistischen Produktion intensivieren diesen Verstrickungszusammenhang zwischen dem globalen Norden und Süden noch. Die »außerordentlich ressourcenintensiven« Kommunikationstechnologien verstärken die fossilistischen Konsummuster (Brand/Wissen 2011: 85). Dies gilt auch für den vermehrten Zugriff auf die postkolonialen Arbeitskräfte, der durch die Zunahme globaler Migrationsbewegungen erleichtert wird. Diese wiederum lassen sich nicht zuletzt auf Verwüstungen infolge neoliberaler Strukturanpassungsprogramme zurückführen. »Über eine Restrukturierung der internationalen Arbeitsteilung als Kern der ›Globalisierung‹ konnte der imperiale Zugriff auf das Arbeitsvermögen in Ländern des globalen Südens und auf die dortigen Ressourcen intensiviert werden.« (Ebd.: 87)

3.2 DAS SICHERHEITSDISPOSITIV DES ›MIGRATIONSMANAGEMENTS‹

Die Regulation des Nord-Süd-Verhältnisses über die Migrationskontrolle kann historisch sehr verschiedene Formen annehmen, beispielsweise die des Gastarbeits- oder auch des Asylregimes (Karakayali 2008). Dies hängt von den gesellschaftlichen und politischen Kräfteverhältnissen ab. Die aktuelle europäische Regierungsweise ist die des ›Migrationsmanagements‹.

Die allmähliche Europäisierung der Migrationspolitik in den 1990er Jahren war eine Reaktion auf die »Krise der Migrationskontrolle« (Castles 2005: 16). Seit dem Anwerbestopp für sogenannte ›Gastarbeiter‹, waren die nationalen Migrationspolitiken Austragungsorte massiver gesellschaftlicher Konflikte. Die Regierungen Europas gaben vor, die Gesellschaften des Nordens abzuschotten. Der technokratische Glaube der Planungseuphorie fordistischer Staaten, ihre Regulierungsversuche könnten das Verhalten der ›Steuerungsobjekte‹ unmittelbar beeinflussen, sodass man Migration »wie einen Wasserhahn durch angemessene Politik auf- und zudrehen« könnte, stellte sich als Illusion heraus (Castles 2005: 13). Denn Migration ist ein sozialer Prozess mit einer eigenen Dynamik, der nicht individuell, sondern in Migrationsnetzwerken erfolgt, in denen Familie und Gemeinschaft eine große Rolle

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

spielen. Zudem hat sich inzwischen eine regelrechte Migrationsbranche herausgebildet, deren – auch ökonomische – Bedeutung nicht zu unterschätzen ist. Restriktive Migrationsgesetze und gefährliche Reisewege erscheinen angesichts der Lebenssituation im globalen Süden oft als »einfach eine weitere Barriere, die es zu überwinden gilt, um zu überleben« (ebd.: 15). Hinzu kommt, dass nicht nur die Länder des globalen Südens von Migration abhängen, deren Remisen meist die ›Entwicklungsgelder‹ übersteigen. Auch die Ökonomien der Länder des globalen Nordens sind massiv auf migrantische Arbeitskräfte angewiesen, sodass hier die starke Anti-Einwanderungs-Rhetorik, die auf einem verbreiteten Nationalismus und Rassismus basiert, durchaus im Widerspruch zu Politiken der Anwerbung steht (ebd.: 21). Und schließlich hat die Migrationsforschung darauf hingewiesen, dass die rechtsstaatlichen Strukturen bürgerlicher Demokratien und die Ausbreitung des Diskurses der Menschenrechte – inklusive der Strategien von Menschenrechtsorganisationen und sozialen Bewegungen – zum Scheitern strikter Abschottungspolitiken beigetragen haben (Massey et al. 2005: 288ff.). Migration besitzt also »ein Moment der Selbständigkeit gegenüber politischen Maßnahmen, die sie zu kontrollieren beabsichtigen« (Andrijasevic et al. 2005: 347). Je mehr Grenzkontrollen aufgebaut werden, um Migration einzuschränken und zu ›steuern‹, desto erfolgloser scheint dieses Unterfangen (Castles 2005: 10). Denn wo auch immer grundlegende sozioökonomische Unterschiede vorherrschen, sind solche Kontrollversuche strukturell zum Scheitern verurteilt.

»Wenn man die Wohlstandsgefälle, den breiten Informationsfluss und die guten Transportverbindungen betrachtet, die jetzt zwischen den Weltregionen existieren, dann stellt sich eher die Frage, warum so wenige Menschen global wandern als umgekehrt die Frage, warum Menschen überhaupt grenzüberschreitend migrieren.« (Pries 2005: 20)

In dieser Situation gelang nun eine strategische Neuausrichtung der Migrationspolitik in Europa, die auf zwei Momenten basiert: zum einen auf der Europäisierung, und zum anderen auf einer Ablösung der Abschottungslogik durch eine sehr viel flexiblere, utilitaristische Strategie. In den Mitgliedsstaaten der EU setzte sich nach und nach der Diskurs durch, dass die nationale räumliche Bezugsebene kein geeignetes Terrain mehr zur Lösung dieser Problematik darstelle, bis sie 1999 schließlich europäisiert wurde. Hinzu kam, dass die Freizügigkeit innerhalb der EU die nördlichen EU-Staaten mit den Effekten einer informellen und auf Regularisierung setzenden Migrationspolitik der südlichen Staaten konfrontierte. Und mit dem Beitritt mehrerer mittel- und osteuropäischer Staaten im Zuge der Osterweiterung wurden deren Grenzkonflikte für die EU unmittelbar relevant.

Zeitgleich haben internationale Organisationen, an erster Stelle die Internationale Organisation für Migration (IOM), aber z.B. auch die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), das Konzept des ›Migrati-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

onsmanagements‹ geprägt und damit eine Verschiebung des Diskurses von der konservativen Problematisierung von Migration per se als Bedrohung für Sicherheit, nationale Identität und Wohlstand hin zu einer neoliberalen Rahmung vorgenommen, welche die »Bekämpfung illegaler Migration« mit der »Förderung« ökonomisch erwünschter Migration verbindet. Prinzipielle Abschottung erscheint nun unter ökonomischen Kriterien ineffizient. Stattdessen kommt es darauf an, Wachstumspotenziale zu realisieren: Migration ist positiv, sofern sie nützlich ist (Georgi 2010: 153f.). Normatives Ideal ist also »das flexible Management aller Interessen« (Meyer/Purtschert 2008: 152f.). Ins Zentrum rückt »das Konzept des Migranten und der Migrantin als Selbstunternehmer*innen, die ihr Humankapital im Rahmen des Möglichen effizient einsetzen und optimieren« (ebd.: 154).

Nach und nach wurden sowohl der Begriff des ›Migrationsmanagements‹ als auch die entsprechenden Praxen in den meisten europäischen Migrationspolitiken selbstverständlich. Diese Rationalität prägte schließlich die Diskurse, institutionelle Praxen, Gesetze und auch die Mehrheit der migrationswissenschaftlichen Analysen in Europa: »migration management« oder auch »gestión de flujos migratorios« hatte mit der Zeit in alle Texte und offiziellen Verlautbarungen Eingang gefunden. Was sich also allmählich durch die Auseinandersetzungen hindurch als strategische Neujustierung durchgesetzt hatte, war das Sicherheitsdispositiv des ›Migrationsmanagements‹, dessen Rationalität – Transnationalisierung plus utilitaristische Steuerung – auf die Strategien des neoliberalen Hegemonieprojekts zurückzuführen ist. Es gelang ihnen, in einer krisenhaften Situation, einem ›Notstand‹, eine ›Lösung‹ zu präsentieren, die viele Strategien, Diskurse und Subjektpositionen miteinander kombinierte – gerade auch solche, die den anderen strategischen Projekten entstammten. Die Strategie des neoliberalen Hegemonieprojekts bestimmte darüber den Modus des Regierens der Migration. Das Zentrum des ›Migrationsmanagements‹ ist eine utilitaristische Arbeitskraftstrategie, die sowohl auf die Anwerbung (hoch)qualifizierter (Buckel 2012) als auch auf die faktische Ausnutzung illegalisierter Arbeitskräfte (Karakayali/Tsianos 2005) setzt. Geht es um Politiken dieses Kernbereichs, also um die Politiken des globalen Arbeitsmarktes, so sind die Akteur*innen des neoliberalen Hegemonieprojekts durch politische Forderungen und Kampagnen sowie juristische Interventionen präsent. Demgegenüber halten sie sich auf den anderen migrationspolitischen Feldern zurück, also in den Bereichen der Asylpolitik, des Grenzregimes und den sozialen Rechten, und überlassen hier das Feld der Auseinandersetzung den anderen konkurrierenden Strategien.[8] Auf diese

8 In Expert*innen-Interviews mit deutschen, britischen und spanischen Arbeitgeber-Verbänden wurde deutlich, dass dies in dem Wissen geschieht, dass dort die Widerstände konservativer Interessen zu stark sind, und dass die Forderung nach der Anwerbung von Arbeitskräften nur im Gegenzug zu einer Politik der »Bekämpfung der illegalen Migration« durchsetzbar ist.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Weise kann die utilitaristische Arbeitskraftstrategie einerseits mit Forderungen der nationalen Projekte nach stärkeren Kontrollen irregulärer Migration verbunden werden, im Bereich des vereinfachten Zuzugs migrantischer Arbeitskräfte aber andererseits auch mit Forderungen des linksliberal-alternativen Projekts.

Das Migrationsmanagement ist ein Sicherheitsdispositiv, das heißt, die Rationalität seiner Praxen, Institutionen und Diskurse zielt auf die Konstitution von ›Sicherheit‹: Die utilitaristische Rationalität will Mobilität zugleich ermöglichen und verhindern. Verhindern will sie nach wie vor die Mobilität all jener, die nicht ohne Weiteres verwertbar sind (Georgi 2010: 153). Jene Migrant*innen, die das Grenzregime als Illegalisierte auswirft, fallen im Migrationsmanagement unter »ein hartes Regime, welches nicht bloß ›sanft‹ reguliert und indirekt lenkt, sondern Handlungen direkt und gewaltsam« zu unterbinden versucht (Meyer/Purtschert 2008: 157). Das neoliberale Sicherheitsdispositiv ist der historisch spezifische Versuch der Regulation der imperialen Lebensweise. Anstatt auf reine Abschottung zu setzen, versucht es, die grundlegende Eigensinnigkeit der Migrationsprozesse im Element ihrer ›Naturalität‹ zu ›managen‹ – und das beinhaltet in letzter Instanz auch den Einsatz physischer Gewaltmittel. Regierung als moderne Staatspraxis bedeutet nicht, dass andere Formen unmittelbarer Gewalt verschwunden wären. Foucault legte großen Wert drauf, dass es kein Zeitalter des Rechtlichen, kein Zeitalter der Disziplinen und keines der Sicherheit gegeben hat, sondern nur ein »Korrelationssystem« zwischen diesen Technologien der Macht. Das, was sich verändert habe, sei vielmehr die jeweilige Dominante in diesem Korrelationssystem: Die Sicherheitstechnologie mache sich im Inneren ihrer eigenen Taktiken die anderen Elemente zu eigen und bestehe zu einem großen Teil in deren Reaktivierung (Foucault 2004/1978: 20ff.). »Die Gewalt ist [...] insofern Teil des gouvernementalen Migrationsmanagements, als es diesem nicht nur darum geht, im ›Innern‹ des ökonomischen Spiels Interessen auszugleichen, sondern auch darum, ein ›Außen‹ der Gouvernementalität zu etablieren.« (Meyer/Purtschert 2008: 162)

In den Politiken der EU lässt sich die Durchsetzung des Migrationsmanagements auf das Jahr 2000 zurückdatieren. In diesem Jahr beendete die Kommission offiziell ihre »zero labour migration policy« in Bezug auf Nicht-OECD-Staaten. Seitdem versucht sie mit dem Argument der »demographischen Frage« europäische Anwerbestrategien für nicht-europäische Migrant*innen durchzusetzen – gegen den Widerstand der Mitgliedsstaaten. Dieser Widerstand gründet vor allem in einer Ablehnung der Verlagerung der Entscheidung über den Zugang zum nationalen Arbeitsmarkt auf die EU. Der abrupte Wechsel zu einem Post-Gastarbeitsregime (Karakayali 2008: 203) nach jahrzehntelangen staatlichen Abschottungsdiskursen barg die Gefahr negativer Reaktionen der europäischen Öffentlichkeiten (Hansen/Jonsson 2011: 264). Um diesen Widerständen zu begegnen, stellte die Kommission sicher, dass die neue Strategie Hand in Hand ging mit einer stringenten Implementation verschärfter Maßnahmen gegen die illegalisierte Migration (et-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wa KOM (2002)175: 8; Hansen/Jonsson 2011: 264). Die europäische Kommission kann, wie auch die OECD und die IOM, als Hegemonieapparat des Migrationsmanagements begriffen werden: Sie vermittelt die widersprechenden politischen Strategien und ermöglicht institutionell so erst die Durchsetzung des Sicherheitsdispositivs.

3.3 TERRITORIALISIERUNG UND RE-BODERING

Die Europäisierung der Migrationskontrolle ist ein Moment des grundlegenden staatlichen Transformationsprozesses der europäischen Integration. Sie stellt staatstheoretisch einen epochalen Wendepunkt in der Reskalierung Europas dar. So bestand die europäische Politik seit der Gründung der EWG vor allem darin, ökonomische Räume zu schaffen, von denen der wichtigste der Binnenmarkt war. Auch wenn diese Räume bereits erste Momente von Territorialität konstituierten, wird doch die EU erst mit den Migrationskontrollpolitiken *territorial* (Walters/Haahr 2005: 107), denn erst jetzt entstehen genuin europäische Grenzen, europäische Grenzkontrollen, europäische Ausweise und neue Gesetze, die auf die Verhinderung irregulärer Grenzübertritte zielen; erst jetzt kommt es zur Entwicklung einer europäischen Überwachungs- und Informationstechnologie, europäischer Visa-Regelungen, einer europäischen Grenzagentur sowie diverser anderer Praktiken der Kontrolle des Territoriums (Walters 2006: 187). Dieses Territorium der Europäischen Union, welches die Territorien der Mitgliedsstaaten zur überlagern begonnen hat, konstituiert sich durch die Praxen der Kontrolle seiner Grenzen. Chris Rumford hat drauf hingewiesen, dass der »spatial turn« im Gegensatz zum »governance turn« in der politikwissenschaftlichen Europaforschung größtenteils ignoriert wurde, obwohl die EU ganz wesentlich in das Hervorbringen neuer Räume involviert ist: »[D]ie EU konstruiert aktiv europäische Räume, die sie alleine zu regieren beansprucht.« (Rumford 2006: 128°) Und auch aus der Perspektive der »critical border studies« wird es als notwendig erachtet, im Rahmen einer Genealogie der europäischen Grenze »das sich verändernde Territorium und die wechselnde politische Rationalität der Grenzkontrolle zu entschlüsseln« (Walters 2006: 188°).

Die Ausübung legitimer physischer Gewaltsamkeit innerhalb eines bestimmten Territoriums wird seit Max Weber (Weber 1980/1921: 821f.) als das den modernen Staat definierende Merkmal angesehen. Während Grenzen im Feudalismus »Kontaktzonen, einen Verhandlungsraum über Herrschaftsansprüche« darstellten, in dem die Grenzen von Herrschaft immer wieder neu bestimmt wurden, entstand erst im Zuge moderner Staatswerdung eine Vorstellung von Grenzen im Sinne politischer Linien, mit denen staatliche Macht räumlich umschrieben werden konnte (Eigmüller 2006: 56f.). Dabei spielte die Geographie mit ihrer Wissenstechnik ein

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zentrale Rolle: »Dank der Geographen erlaubte die Kartographie-Technik den Herrschern einen räumlichen Blick auf ihren Besitz; so wurde das, was ursprünglich Grenzgebiete oder Grenzregionen waren, zunehmend zu Grenzlinien.« (Brunet-Jailly 2005: 635°) Nationalstaaten generierten Territorialität als »genetisch konstitutive Strukturbedingung des modernen Staates« (Bommes 1999: 102; Hirsch 2002: 37f.). Dabei monopolisierten die Staaten die Verfahren zur Organisierung des Raumes (Poulantzas 1978: 270) und stellten so einen sozialen Raum her, innerhalb dessen Regelungswerke und Kontrollmechanismen wirken. Territorialität und politische Organisation sind also auf eine besondere Weise miteinander verknüpft (Bommes 1999: 102).

Innerhalb der »critical border studies« ist es inzwischen üblich geworden, die Gültigkeit dieser Weberschen Konzeption für aktuelle Transnationalisierungsprozesse aufgrund der schwindenden Relevanz nationalstaatlicher Grenzen und der Zunahme sowohl räumlich verstreuter als auch nicht-physischer Grenzlinien in Frage zu stellen (Bigo et al. 2008). Es komme zu einer Entkopplung von Grenzen und Territorium (Carrera 2007: 5). Doch diese Position identifiziert *nationalstaatliche* Grenzen mit Grenzen als solchen, wohingegen die staatstheoretische Annahme Webers von der territorialen Verankerung politischer Herrschaft durchaus auch durch die Europäisierungsprozesse hindurch Gültigkeit behält. Denn weder ist dafür eine statische, physisch-geographische Grenzkonzeption notwendig, noch eine Beschränkung auf Nationalstaaten. Die raum-zeitliche Institutionalisierung der politischen Form des Kapitalismus in Europa hat sich verändert, nicht jedoch ihre konstitutiven Merkmale. Vielmehr verändert sich mit der Herausbildung eines postfordistischen europäischen Staatsapparate-Ensembles auch die Territorialisierungsform. In der EU konstituiert sie einen neuen Raum der Ausübung politischer Herrschaft und setzt die Konstruktionen von Innen und Außen neu zusammen. Entgegen der These einer aufziehenden grenzenlosen Welt als Effekt der Transnationalisierung kommt es vielmehr zu Prozessen des »re-borderings«: der Gleichzeitigkeit von Grenzziehung und Grenzöffnung (Sontowski 2011: 42). Die europäische Integration bedeutet nicht nur, dass Grenzen überwunden werden, sondern zugleich, »dass neue geschaffen und alte verfestigt oder rekonstruiert werden« (Diez 2006: 247°). Mit »Schengenland« (Andreas 2000) entsteht eine Region nichtrestringierter innerer Mobilität exklusiv für die Bürger*innen der EU, die zugleich gekoppelt ist an massiv ausgebaute Außengrenzen (ebd.; Rumford 2006: 131).

Zugleich ändern sich die Formen der Grenzkontrolle. Sie entfernen sich auf zweifache Weise mehr und mehr von der Form geographischer Linien. Zum einen kommt es zu einer Multiplizierung und Zerstreuung von Grenzkontrollen quer durch das Territorium und zum anderen zu einer Externalisierung, wie die zweite Fallstudie zeigen wird. Europäische Grenzen transformieren sich in »Kontrollzonen« (Guild/Bigo 2005°), die dort verortet sind, »wo die Managementstrategie beginnt« (Ceriani et al. 2009: 2°). Grenzen funktionieren im postfordistischen Kapita-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lismus kaum mehr als »eiserne Vorhänge«, sondern, in den Worten William Walters (2006: 197ff.), eher wie firewalls oder eine Anti-Virus-Software: Sie filtern in der Rationalität des Sicherheitsdispositivs des Migrationsmanagements zwischen nützlich und gefährlich, zulässig und unzulässig, »konstituieren ein sicheres, hochvertrauensvolles Inneres, das abgesichert wird gegen die wilden Zonen außerhalb und immobilisieren und entfernen dabei riskante Elemente, um so die Zirkulation des Rests zu beschleunigen.« (ebd°.) Grenzen schufen immer schon ein Innen und ein Außen, allerdings wurde diese Trennungsfunktion viel allgegenwärtiger.

Insofern hinkt auch die Metapher der »Festung Europa« (so schon Hess 2005: 161), denn sie imaginiert eine fixe und wenig dynamische Abschottung gegen das Außen, während aktuelle Grenzkontrollen eher darauf abzielen, »Flüsse zu regulieren und gleichzeitig die offiziellen Unterscheidungen zwischen [...] verschiedenen Gruppen von Menschen aufrecht zu erhalten, das heißt, unterschiedliche Klassen zu produzieren« (Kearney zit. n. Hess, 2005: 165°). Im Inneren herrscht der »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« – so Titel V des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, welcher die Innen- und Justizpolitik behandelt – im Außen hingegen Immobilität, Unsicherheit und Entrechtung.

Die europäische Grenzpolitik ist zentraler Bestandteil der imperialen Lebensweise, denn deren hegemoniale Selbstverständlichkeit wird gerade auch durch die Politik der Grenze hergestellt. Die Grenze ist eine Invisibilisierungs-Technik, die mit Hochsicherheitszäunen, militärischem Gerät und Lagern permanent die Abschottung gegen das Außen inszeniert und dabei zugleich die Wahrnehmung des Verstrickungszusammenhanges zwischen dem globalen Norden und Süden verdrängt, der dadurch noch stabilisiert wird. Innen und Außen werden hier als politisch distinkte Einheiten konstruiert, die scheinbar in keinem tieferen Zusammenhang stehen. Wenn das Schicksal eines jeden Staates auf dessen innere Entwicklung und nicht auf die Stellung in der globalen Vergesellschaftung zurückgeführt werden kann, (re)produzieren Migrationskontrollen und Grenzen die Vorstellung einer Unzuständigkeit für das Schicksal der Nicht-Bevölkerung. Die Grenzpolitiken der imperialen Lebensweise basieren in diesem Sinne auf einer tiefen Hegemonie, das heißt, einem »Wahrnehmungsraster tief verankerter Orientierungen« (Brand/Wissen 2011: 91). Über die Migration werden die europäischen Gesellschaften daher zwar mit ihren fortwirkenden kolonialen Genealogien konfrontiert (Gutiérrez Rodríguez 2005: 71), diese werden aber gerade nicht als solche wahrgenommen. Damit sind die europäischen Grenzen zugleich Wissenspraktiken, die der postkoloniale Theoretiker Coronil unter dem Begriff des »Okzidentalismus« zusammenfasste, also solche Praktiken,

»die an der Produktion von Konzeptionen der Welt beteiligt sind, welche (1) die Komponenten der Welt in abgegrenzte Einheiten unterteilen; (2) ihre relationalen Geschichten voneinander trennen; (3) Differenz in Hierarchie verwandeln; (4) diese Repräsentationen naturali-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sieren; und so (5) an der Reproduktion existierender asymmetrischer Machtbeziehungen, und sei es auch noch so unbewusst, beteiligt sind« (Coronil 2002: 186).

3.4 ZONEN STRATIFIZIERTER RECHTE

Die gescheiterten Abschottungsversuche nach dem Anwerbestopp haben immer wieder verdeutlicht, dass es nicht möglich ist, die eigensinnigen und devianten Praxen der Bewegung der Migration zu kontrollieren (Andrijasevic et al. 2005; Castles 2005) – der Ausbau des Grenzregimes macht die Reise allerdings gefährlicher und teurer. Das Sicherheitsdispositiv des Migrationsmanagements hat darauf reagiert und das Leitbild einer »Festung Europa« durch die eines flexiblen Filters ersetzt. Wesentliches strategisches Element ist dabei die Stratifizierung nach Rechten. So kann zwar die Bewegung der Migration nicht kontrolliert werden, der rechtliche Status allerdings schon (Anderson 2001: 1). Vier Zonen dieser stratifizierten Rechte lassen sich identifizieren, die wiederum in sich selbst stratifiziert sind: Die Rechtspositionen reichen von den starken Rechten der Unionsbürger*innen (Zone I), über die rechtlich relativ abgesicherte Position der legalen Einwander*innen (Zone II), sowie die prekäre rechtliche Anerkennung von Flüchtlingen (Zone III) bis hin zur völligen Exklusion der Illegalisierten aus der Rechtsform in Zone IV. Die biopolitische Zäsur des Sicherheitsdispositivs zwischen der Bevölkerung und der Nicht-Bevölkerung verläuft dabei zwischen Zone I und dem Rest – zwischen der rechtlich abgesicherten imperialen Lebensweise der Unionsbürger*innen und der prekären, postkolonialen Lebensweise der sogenannten Drittstaatsangehörigen.

Der rechtliche Stratifizierungseffekt führt in den Worten Seyla Benhabibs (2004: 154) zu einer »disaggregation of citizenship«, bzw. zu unterschiedlichen Zonen »differenzierter Staatsbürgerschaft« (Ong 2005: 301). Diese Zonen unterliegen verschiedenen Regulationsformen und Herrschaftstechniken und generieren abgestufte Rechtsansprüche (ebd.: 14f.) und damit zugleich hierarchisierte Stufen der Unsicherheit bzw. Prekarität. Im Einzelnen stellen sich die Zonen wie folgt dar:

3.4.1 Zone I: Unionsbürgerschaft

Die stärkste Position nehmen diejenigen ein, die Staatsbürger*innen in einem der EU-Mitgliedsstaaten sind. Sie besitzen seit 1992 zusätzlich die Unionsbürgerschaft und daraus abgeleitete bürgerliche, politische und soziale Rechte: also Freizügigkeit (Art. 20 u. 21 AEUV EG), europäische Grundrechte (Art. 6 II EU), politische Mitwirkungs- und Kontrollrechte (Art. 22 u. 24 AEUV). Die Unionsbürgerschaft markiert eine post- oder transnationale Zugehörigkeit, an die staatsbürgerschaftliche Rechte geknüpft sind. Parallel zum expandierenden Ensemble europäischer Staats-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

apparate weitet sich also im Prozess der politischen Konstitutionalisierung für die Unionsbürger*innen der Rechtsstatus aus. Eine ausführliche Darstellung erfolgt in Fallstudie 1.

3.4.2 Zone II: Legale Migration

Die Europäisierung der Regelungen der legalen Migration verläuft schwerfällig, insbesondere im Bereich der Arbeitsmigration (Parusel 2010). So wollen die Mitgliedsstaaten bis heute keine Regelung zulassen, die den Zugang zu ihren Arbeitsmärkten festlegen könnte. Der Amsterdamer Vertrag, der die Migrationspolitik mit seinem Inkrafttreten im Jahr 1999 europäisierte, sah in Art. 63 EG für alle migrationspolitischen Maßnahmen einen Zeitraum von fünf Jahren für den Erlass von Richtlinien vor. In Abs. 4 UAbs. 2 dieses Artikels war allerdings für die Regelungen legaler Einwanderung eine Ausnahme von diesem Fünfjahreszeitraum vorgesehen. »Hieran lässt sich bereits indiziell ablesen, dass die Vertragsstaaten bei der Abfassung des Amsterdamer Vertrages (1997) davon ausgingen, dass eine Einigung über Fragen der EU-Einwanderungspolitik voraussichtlich länger dauern wird als andere Maßnahmen aus dem IV. Titel des EG-Vertrages.« (Kau 2008: 208) Hinzu kam, dass bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon im Jahr 2009 die Richtlinien nur über einen einstimmig en Ratsbeschluss zustande kommen konnten (Art. 67 Abs. 1 EG), was das Normsetzungsverfahren verlangsamte und dazu führte, dass nur Regelungen beschlossen wurden, die auf einem Minimalkonsens basieren. Außerdem war Großbritannien, anders als in den anderen Bereichen, aus den Regelungen zur legalen Migration ausgestiegen. Es hatte sich gemeinsam mit Irland und Dänemark bei Abschluss des Amsterdamer Vertrages eine grundsätzliche Opt-Out-Option für alle migrationspolitischen Maßnahmen reserviert.

Als »erster wesentlicher Schritt zu einer Europäisierung des Rechts des legalen Aufenthalts« (Laas 2008: 217) wurde die Daueraufenthaltsrichtlinie (2003/109/EG v. 25.11.2003) beschlossen. Sie verfolgt das Ziel, die Rechte der Migrant*innen denjenigen der Unionsbürger*innen schrittweise anzupassen. Vor allen Dingen erlangten erstmals diejenigen, die im Besitz eines entsprechenden nationalen Aufenthaltstitels waren, das Recht auf Weiterwanderung innerhalb der Europäischen Union, worin auch das Recht auf Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im zweiten Mitgliedsstaat enthalten ist (ebd.: 218). Allerdings – und dies erklärt, warum diese Richtlinie bereits 2003 beschlossen werden konnte – gewährt sie kein originäres Zugangsrecht, »sondern regelt die nachgelagerte Stufe der Status-Verfestigung« (Thym 2008: 198). Außerdem ist ihre Wirkung auch dadurch beschränkt (Geddes 2005: 790), dass der Erwerb des Daueraufenthaltsrechtes einen fünf Jahre andauernden rechtmäßigen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat sowie regelmäßige Einkünfte und eine Krankenversicherung voraussetzt (Art. 4 Abs. 1). Zudem gilt die

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Richtlinie nicht für Flüchtlinge oder subsidiär Schutzberechtigte (Art. 3). Beides wird sich erst nach Implementation der Änderungsrichtlinie 2011/51/EU vom 11. Mai 2011 ändern, die bis zum 20. Mai 2013 umgesetzt werden muss, also zehn Jahre später.

Die Rechtsstellung der Daueraufenthaltsberechtigten zielt auf Gleichberechtigung mit den Unionsbürger*innen, etwa beim Zugang zur Erwerbstätigkeit. Die Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Rechte kann allerdings von den Mitgliedsstaaten auf sogenannte Kernleistungen (z.B. Mindesteinkommen sowie Unterstützung bei Krankheit, Schwangerschaft, Elternschaft und Langzeitpflege) beschränkt werden (Art. 11 Abs. 4 i.V.m. Erwägungsgrund 13). Zudem erlangen die Migrant*innen Ausweisungsschutz, der bei einer gegenwärtigen, hinreichend schweren Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit ausgesetzt werden kann (Art. 12). Die Richtlinie sieht darüber hinaus keine Rechte auf politische Betätigung vor. All dies ist Ergebnis der Restriktion durch die Einstimmigkeitsregel, da oft nur der Minimalkonsens durchgesetzt werden konnte (Laas 2008: 221).

Während die Daueraufenthaltsrichtlinie immer noch an einen ursprünglichen nationalen Aufenthaltstitel anknüpft, ist die Familienzusammenführungs-Richtlinie (2003/86/EG v. vom 22.9.2003) »der erste Versuch, auch auf die erstmalige Zulassung von Drittstaatsangehörigen Einfluss zu nehmen« (ebd.: 236). Seit dem Anwerbestopp Mitte der 1970er Jahre ist die Familienzusammenführung die zentrale rechtliche Regelung, über die der größte Teil der legalen Zuwanderung erfolgt. Trotz heftiger Diskussionen im Rat gehörte die Verständigung auf diese Richtlinie »zu den leichteren Hürden der europäischen Einwanderungsgesetzgebung. Bewusst wählte die Kommission das Thema als Einstieg in die Harmonisierung« (Thym 2008: 196). Auf dem Ratstreffen in Tampere 1999 wurden noch weitgehende Nachzugsrechte gefordert. Während der Ratsverhandlungen zur Richtlinie traf diese Forderung jedoch – im Kontext des 11. Septembers 2001 – »auf den erbitterten Widerstand zahlreicher Mitgliedsstaaten, die anstelle des nachzugsfreundlichen Unionsbürgermodells ein differenziertes Regime mit restriktiverem Grundtenor bevorzugten« (ebd.: 197). Die Richtlinie kodifiziert das Recht auf Familienzusammenführung, stellt Bedingungen für die Zulassung und regelt einen gewissen Ausweisungsschutz sowie den Zugang zum Arbeitsmarkt für Familienmitglieder. Der Schutzstandard ist allerdings auch hier relativ niedrig und die Voraussetzungen sind hoch. »Trotzdem wird die Richtlinie wie eine Stillhalteklausel wirken, gegen Vorhaben nationaler Regierungen noch restriktiver auszugestalten, da sie mehr oder weniger den gegenwärtigen Stand des Rechts einiger Mitgliedsstaaten widerspiegelt.« (Groenendijk 2004: 126)

In einigen Bereichen jedoch kam es zur Aufnahme von Sonderklauseln, die aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses durchgesetzt werden konnten und einzelnen Mitgliedsstaaten die Einführung strengerer nationaler Regeln gestatten. Sie sollten »praktisch das geltende Ausländerrecht in Deutschland, Österreich und den

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Niederlanden schützen« (Thym 2008: 197). Dazu gehörte unter anderem ein Höchstalter von 12 Jahren für den Kindernachzug. Diese Sonderregeln waren Gegenstand einer Nichtigkeitsklage durch das Parlament vor dem Europäischen Gerichtshof. Die Klage war von GITSI, einer französischen NGO, zusammen mit einem europäischen Netzwerk von NGOs in Gang gebracht worden (Groenendijk 2004: 127), blieb allerdings erfolglos.[9]

Nach den beiden großen Richtlinien wurden in den folgenden Jahren die Student*innen- sowie die Forscher*innen-Richtlinie (2004/114/EG und 2005/71/EG) beschlossen, die beide eine *zeitlich begrenzte* Zuwanderung ermöglichen und dafür, neben der Qualifizierung als Wissenschaftler*in, lediglich eine Krankenversicherung sowie ausreichende finanzielle Mittel zur Bedingung haben.

Im Bereich der Arbeitsmigration ist der erste Versuch einer Erwerbstätigenrichtlinie (KOM (2001) 368) am massiven Widerstand der Mitgliedsstaaten fulminant gescheitert. Mit dieser Richtlinie sollten bereits 2001 transparente und harmonisierte Vorschriften über die Bedingungen geschaffen werden, zu denen Drittstaatsangehörigen der Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt werden soll (Erwägungsgrund 6). Vorgeschlagen hatte die Kommission ein »one-stop«-Verfahren, in dem der Aufenthaltstitel von bis zu 3 Jahren und die Arbeitserlaubnis gemeinsam erteilt werden sollten. Außerdem sollte allen Anspruchsberechtigten eine Reihe von Mindestrechten zustehen. Am 17. März 2003 musste die Kommission diesen Vorschlag jedoch zurücknehmen. Die größten Zweifel wurden gegen den Umstand vorgebracht, dass gemeinsame Regeln für praktisch alle Arten von Arbeitnehmer*innen vorgesehen waren. Dieses »one size fits all«-Verfahren schränkte die Mitliedstaaten in ihren Augen zu sehr durch eine pauschale, nicht ihrer Arbeitsmarktsituation angemessene Regelung ein (Bertozzi 2007: 6). Die lautstärksten Gegner waren die BRD und Österreich, die im Kern jede EU-Initiative zu verhindern suchten, welche das nationale Monopol über die Regulation des Arbeitsmarktes zu gefährden drohte (Menz 2008: 113).

Daraufhin wechselte die Kommission ihre Strategie und unterbreitete differenzierte Vorschläge: für eine Rahmenrichtlinie, welche die Rechte der Arbeitsmigrant*innen regeln sollte, sowie für sektorale Richtlinien, etwa für Saisonarbeitnehmer*innen und konzerninterne Entsendungen (KOM (2010) 378 und 379, beide v. 13.7.2010). Bezeichnenderweise waren Richtlinien im Bereich der Care-Arbeit nicht vorgesehen – obwohl es sich dabei um den weltweit größten Arbeitsmarkt handelt.[10] Verabschiedet wurde bis heute einzig die sogenannte Blue-Card-Richtlinie zur Anwerbung »Hochqualifizierter« (RL 2009/50/EG v. 25.5.2009).[11]

9 EuGH Urteil v. 27.5.2006 Rs. C-540/03, Slg. 2006 I-5769.

10 In unseren Expert*innen-Interviews begegneten wir bei dieser Frage großem Erstaunen und Ratlosigkeit.

11 Der folgende Abschnitt ist teilweise entnommen (Buckel 2012: 91f.).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Als Hochqualifizierte gelten all jene, die einen Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsplatzangebot für mindestens ein Jahr vorweisen können (Art. 5 I lit. a) und zusätzlich die beiden Kriterien der hohen Qualifikation sowie des Mindestlohns erfüllen. Erstere wird nach Art. 2 lit. b) entweder durch ein Hochschulabschlusszeugnis oder durch eine mindestens fünfjährige einschlägige Berufserfahrung nachgewiesen, deren Niveau mit einem Hochschulabschluss vergleichbar ist.

Ziel dieser Richtlinie ist es, wie bereits in der Einleitung erwähnt, im globalen Wettbewerb um ›die besten Köpfe‹ zu bestehen. Nur eine arbeits- und sozialrechtliche Gleichbehandlung mit den Unionsbürger*innen ermögliche es, IT-Experten, Manager, Ingenieure etc. nach Europa zu locken. Neben dem Zugang zum Arbeitsmarkt, der Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsbürger*innen und dem möglichen Familiennachzug erhalten Hochqualifizierte auch das Recht der Weiterwanderung innerhalb der EU nach 18 Monaten rechtmäßigen Aufenthalts (Art. 18). Aber selbst diese Richtlinie konnte nur durchgesetzt werden, nachdem den Mitgliedsstaaten zugestanden wurde, dass die nationalen Regelungen für Hochqualifizierte hiervon ebenso unberührt bleiben (Art. 3 IV) wie das grundsätzliche Recht jedes Mitgliedsstaats, festzulegen, wie viele Drittstaatsangehörige eine Zulassung für die Einreise erhalten (Art. 6). Das Regulationsniveau dieser Richtlinie ist daher denkbar gering. Die Kommission betrachtet sie dennoch als einen »Fuß in der Tür«,[12] denn in diesem Teilsegment könnten jetzt Regeln erprobt werden, die, sobald der nächste Boom komme, auf andere Bereiche ausgeweitet werden können.[13]

Der Umstand, dass der Grad der Europäisierung noch relativ gering ist, darf nicht den Blick darauf verstellen, dass die Mitgliedsstaaten seit der Jahrtausendwende eigene nationale Regelungen zur Anwerbung Hochqualifizierter vorantreiben. Großbritannien etwa, welches aus den europäischen Gesetzgebungsprozessen zur Arbeitsmigration ausgestiegen ist, verfügt seit 2008 über ein eigenes Verfahren, das sogenannte »Points Based System«. Dieses kategorisiert migrantische Bewerberinnen und Bewerber für den britischen Arbeitsmarkt nach Rängen.

Es wird deutlich, wie selbst innerhalb der Zone II die Rechte weiter stratifiziert werden: Es gibt Privilegierungen aufgrund der Dauer des Aufenthalts oder der Qualifikation (Student*innen, Forscher*innen, Hochqualifizierte). Die Freizügigkeitsansprüche sind weit gefächert und reichen von der zeitlich beschränkten Aufenthaltsberechtigung auch in anderen Mitgliedsstaaten (Forscher*innen und Student*innen) bis hin zu dem von bestimmten Bedingungen abhängigen und teilweise einschränkbaren Recht auf langfristigen Aufenthalt in anderen Mitgliedsstaaten (Daueraufenthaltsberechtigte und Hochqualifizierte) (Laas 2008: 254f.).

12 Expert*innen-Interview, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, am 19.2.2010, Berlin.

13 Expert*innen-Interview, bundesrepublikanischer Sozialrechts- und Migrationsexperte, am 28.6.2008, Frankfurt am Main.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Insgesamt unterscheiden sich diese Freizügigkeitsrechte im Vergleich zu den anderen Zonen wiederum erheblich von der grundsätzlichen Freizügigkeit der Unionsbürger*innen einerseits und der sogar auf den lokalen Ort der Unterbringung restringierten Freizügigkeit (Residenzpflicht) der Asylsuchenden andererseits – und erst Recht von der Immobilisierung illegalisierter Migrant*innen in Internierungslagern innerhalb und außerhalb der EU. Diese Stratifizierungen überschneiden sich zudem noch mit solchen, die beispielsweise entlang der Geschlechterkonstruktionen verlaufen, etwa durch die hochgradig vergeschlechtlichte Voraussetzung der Qualifizierung, worunter eben nicht die Pflege von alten oder kranken Menschen und Kindern fällt, sondern die rein quantitativ anhand formaler Abschlüsse und hoher Einkommen definiert wird (Kofman et al. 2009: 87f.).

3.4.3 Zone III: Flüchtlingsschutz

Zu Beginn der Vergemeinschaftung der Migrationspolitik wurden im Bereich des Flüchtlingsschutzes zunächst gemeinsame europäische Verteilungs- und Abstimmungsverfahrensregeln unter den Mitgliedsstaaten beschlossen: die »Dublin-Erstasylkonvention« (»Dublin I« vom 15.6.1990), die bereits 1990, noch außerhalb des EG-Regimes, intergouvernemental entwickelt wurde. »Dublin I« war im Kontext des deutschen Mauerfalls und des Endes des Ost-West-Konflikts entstanden, als europäische Regierungen sich angesichts steigender Asylbewerber*innenzahlen auf ein Abkommen über die Zuständigkeit bei der Prüfung von Asylanträgen einigten (Kreienbrink 2004: 179). Als diese Regelung dann zehn Jahre später mit dem Amsterdamer Vertrag in das Gemeinschaftsrecht überführt wurde, war »Dublin II« eine der ersten sekundärrechtlichen Migrationsregelwerke. Inhaltlich regelt die Verordnung die Frage, welcher Mitgliedsstaat für die Prüfung der Asylanträge und damit auch für die vorübergehende Unterbringung und Versorgung der Asylsuchenden zuständig ist. Darüber soll einerseits verhindert werden, dass »Flüchtlinge im Orbit«, das heißt ohne zuständigen Aufnahmestaat, entstehen. Vor allem aber geht es andererseits um die Verhinderung des sogenannten »forumshoppings« durch mehrfache Asylanträge (Piotrowicz 2003: 384). Die Zuständigkeit der Prüfung des Asylantrages richtet sich nicht nach den Wünschen der Asylsuchenden. Vielmehr wird das Land nach einer festgelegten Prüfungsreihenfolge bestimmt, je nachdem, welcher Mitgliedsstaat die »größte Verantwortung für die Anwesenheit« der Antragsteller*innen in der EU hat (ebd.). Das Verhältnis der Mitgliedsstaaten untereinander wird dabei insbesondere von jenen Regelungen bestimmt, wonach für illegal Eingereiste derjenige Mitgliedsstaat zuständig ist, über dessen Grenze sie einreisen konnten (Art. 10). Das Gleiche gilt für jene Asylsuchenden, die über einen Mitgliedsstaat in die EU gelangten, für den kein Visumszwang besteht (Art. 11) oder über dessen internationalen Transitbereich am Flughafen sie einreisten

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(Art. 12). Lässt sich nicht feststellen, welcher Mitgliedsstaat zuständig ist, oder trifft kein anderes Prüfungskriterium zu, so ist derjenige Mitgliedsstaat zuständig, in dem zuerst ein Asylantrag gestellt wurde (Art. 13). Über die EURODAC-Verordnung (VO 2725/2000), auf deren Grundlage eine Datenbank errichtet wurde, in der die Fingerabdrücke der Asylsuchenden zentral gespeichert werden, lässt sich zudem in vielen Fällen nachvollziehen, wo die Migrant*innen erstmals das EU-Territorium betreten haben. Erst seit Inkrafttreten von EURODAC im Jahr 2000 ließ sich die Dublin-Verordnung auch faktisch umsetzen.

Da zugleich keine Regelungen zum Lastenausgleich getroffen wurden und insbesondere die nord-westlichen Mitgliedsstaaten über keine oder keine relevanten EU-Außengrenzen mehr verfügen, entstand zwangsläufig eine Dynamik, wonach die südlichen Mittelmeeranrainerstaaten sowie die östlichen neuen Mitgliedsstaaten zu den Hauptankunftsstaaten wurden, während sich die daran angrenzenden osteuropäischen Nicht-EU-Staaten, die in Aufnahmeverhandlungen mit der EU mit entsprechenden Grenzkontroll-Anforderungen konfrontiert sind, zu Pufferzonen entwickelten. In vielen Fällen sind diese Staaten mit ihrer de facto Funktion als EU-Grenzwächter institutionell überfordert. Insbesondere Griechenland, aber auch Italien oder Ungarn verfügen über keine funktionierenden rechtsstaatlichen Asylsysteme oder eine den Asylrichtlinien der EU entsprechende Unterbringung und Versorgung von Asylsuchenden. Daher haben die Rückschiebungen in diese Länder zu einem massiven Ungleichgewicht und politischen Streitigkeiten geführt. Nichtregierungsorganisationen und soziale Bewegungen kritisieren seit langem die menschenrechtswidrigen Konsequenzen dieser Entwicklung. Inzwischen haben viele nationale Gerichte, aber 2011 auch der Europäische Gerichtshof[14] sowie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte[15] die Rückschiebungen nach Griechenland für rechtswidrig erklärt und damit den Mechanismus der automatischen Unterstellung von der Rechtsstaatlichkeit der Mitgliedsstaaten ins Wanken gebracht, welcher der Verordnung immanent war. Schließlich kam es im Juni 2013 im Rahmen der Neufassung der Richtlinien und Verordnungen zum gemeinsamen europäischen Asylsystem (GEAS) auch zu einer Novellierung der Dublin-Verordnung (auf der Grundlage von KOM (2008) 820 v. 3.12.2008 – »Dublin III«). Diese wird allerdings nur zu wenigen menschenrechtlichen Verbesserungen führen, die an der Grundproblematik der Richtlinie nichts ändern. So wird vor allem die neue Rechtsprechung notgedrungen positiviert: Art. 3 Abs. 2 der neuen Verordnung bestimmt, dass nicht in einen anderen Mitgliedsstaat überstellt werden darf, wenn den Asylsuchenden dort Menschenrechtsverletzungen drohen. Dies ist der Fall, wenn in dem anderen Mitgliedsstaat Asylverfahren und Aufnahmebedingungen systemische Mängel aufwei-

14 EuGH, Rs. C-411/10 v. 21.12.2011.

15 EGMR, Rs. M.S.S. v. Belgium and Greece, Application no. 30696/09 v. 21.1.2011.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sen, welche die Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Sinne des Art. 4 EU-Grundrechtecharta mit sich bringen.

In Bezug auf die Rechtspositionen der Asylsuchenden wurden drei Richtlinien erlassen: zum einen die Qualifikationsrichtlinie (2004/83/EG v. 29.4.2004), welche die Normen festlegt, die definieren, wer als Schutzbedürftige*r Anerkennung finden kann. Diese Richtlinie wurde bereits novelliert (2011/95/EU v. 13.12.2011). Die Neufassung konnte schon unter dem »ordentlichen Gesetzgebungsverfahren« beschlossen werden, welches sowohl die Mitentscheidung des Europäischen Parlaments als auch die Beschlussfassung durch eine qualifizierte Mehrheit vorsieht und damit die Einstimmigkeitsregelung abgelöst hat. Bereits die erste Fassung der Qualifikationsrichtlinie integrierte den Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) und sah sowohl Schutz vor nichtstaatlicher (Art. 6) als auch vor der Verfolgung aufgrund des Geschlechts vor (Art. 10 I Bst. d II 2 Hs. 2). Dies stellte eine klare Verbesserung der Schutzpositionen für Asylsuchende etwa in der BRD dar und kennzeichnet einen der wenigen Fälle, in denen nicht der kleinste gemeinsame Nenner ausschlaggebend war, sondern sogar die Rechtsposition noch angehoben wurde (zur Umsetzung in der BRD vgl. Pelzer/Pennington 2006).

Daneben verfolgt die Richtlinie zu den Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerber*innen (2003/9/EG v. 27.1.2003) das Ziel, einheitliche Lebensbedingungen für Asylbewerber*innen in den Mitgliedsstaaten herzustellen, um diesen ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen (Erwägungsgründe 7 und 8). Diese Vorgabe stellt eine große Herausforderung dar und konnte bis heute aufgrund der Minimalregelungen der Richtlinie nicht annähernd erreicht werden. In den Mitgliedsstaaten herrschen immer noch »selbst in Bezug auf die fundamentalsten Lebensbedürfnisse wie Unterhalt, Unterkunft und medizinische Versorgung« Unterschiede, die von dem Absehen jeglicher Art von Unterstützung bis zur Gewährung von Unterstützung im selben Umfang wie derjenigen eigener bedürftiger Staatsangehöriger reichen (Meyer 2004: 548). Auch hier hatten sich die Mitgliedsstaaten nur auf Mindestnormen einigen können, sodass gravierende Defizite in der Umsetzung bestehen, weil die Mitgliedsstaaten ungenaue Formulierungen nutzten, die für unterschiedliche Auslegungen Raum lassen und letztlich zur Umgehung des Ziels der Richtlinie führen (UNCHR 2009: 2). Die ebenfalls kürzlich beschlossene Neufassung dieser Richtlinie wird an der Situation nichts ändern. Sie war während der Ratsverhandlungen sehr umstritten, und die Ergebnisse dieser Verhandlungen werden die Mitgliedsstaaten nicht dazu veranlassen, ihre Standards zu erhöhen.[16]

Die dritte einschlägige Richtlinie ist schließlich die Verfahrensrichtlinie (2005/85/EG v. 1.12.2005), welche Mindestnormen für die Asylverfahren aufstellt. Der BRD war es unter Innenminister Schily in harter Auseinandersetzung mit der

16 Ratsdokument – Interinstitutionelles Dossier 2008/0244 (COD) – 14654/1/12 v. 31.5.2013.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kommission gelungen, die deutsche »Drittstaatenregelung« zu europäisieren, wonach Asylbewerber*innen, die aus einem sogenannten sicheren Drittstaat kommen, keinen Zugang zum Asylverfahren mehr haben sollen und Einzelfallprüfungen ausgeschlossen sind (Art. 36 I). Der EuGH hat zwischenzeitig die Normen der Richtlinie für nichtig erklärt, welche die Erstellung einer Minimalliste sicherer Dritt- und Herkunftsstaaten betreffen, weil das EU-Parlament bei der Aufstellung der sicheren Drittstaaten nur angehört werden, nicht jedoch mitentscheiden sollte.[17] Die Einigung auf sogenannte sichere Drittstaaten ist seit diesem Zeitpunkt sehr erschwert worden. Die Novellierung dieser Richtlinie[18] führte zwar zu erkennbaren Verbesserungen, insbesondere in Bezug auf den Zugang zum Verfahren. Ihre Hauptschwäche, die darin besteht, dass die Mitgliedsstaaten weite Möglichkeiten zur Ermessensausübung haben und relativ niedrige Standards beibehalten können, wurde jedoch nicht behoben. Zudem fällt das erzielte Ergebnis der Verhandlungen über die Liste der »sicheren Drittstaaten« noch hinter die alte Regelung zurück. Denn sah die alte Richtlinie noch vor, dass die EU selbst solche Listen definiert, ist nun in Art. 36 bis 39 die Möglichkeit vorgesehen, dass jeder Mitgliedsstaat eine Liste »sicherer Drittstaaten« für sich beibehalten oder sogar neu einführen kann – dadurch wurde das Projekt eines verbindlichen gemeinsamen europäischen Standards bei der Definition solcher Staaten – zumindest vorläufig – faktisch aufgegeben.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die erste Umsetzungsphase eines europäischen Asylsystems zum allergrößten Teil auf Mindestnormen basierte, die weite Spielräume enthielten, sodass sich sowohl der UNHCR als auch Menschen- und Flüchtlingsrechtsorganisationen, die sich von der Europäisierung eine deutliche Verbesserung der Situation von Asylsuchenden versprochen hatten, von dieser ersten Welle der Europäisierung enttäuscht zeigten. Sie war, von einigen Ausnahmen abgesehen, kaum mehr als ein vorbereitender erster Schritt zu einem zukünftigen europäischen Asylsystem. Die Novellierungen, die fünf Jahre dauerten und auf eine stärkere Europäisierung setzten, brachten – trotz Aufhebung des Einstimmigkeitsprinzips und weitreichenden Änderungsvorschlägen der EU-Kommission – das Programm eines gemeinsamen europäischen Asylsystems kaum voran. Die umfassenderen Vorschläge der Kommission gelangten selten über das Entwurfsstadium hinaus.

Für den Rechtsstatus in dieser Zone stratifizierter Rechte bedeutet dies, dass dieser davon abhängt, in welchem Mitgliedsstaat Asyl beantragt wird: in Italien, welches kein eigenes Asylrecht besitzt, in Griechenland, in dem das Asylsystem zusammengebrochen ist, oder eben in den nördlichen Staaten, die im Wesentlichen

17 EuGH Rs. C-133/06 Urteil v. 6.5.2008.

18 Ratsdokument – Interinstitutionelles Dossier 2009/0165 (COD) – 8260/1/13 v. 4.6.2013.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bessere Bedingungen aufweisen, jedoch zu vermeiden versuchen, dass Asylansprüche überhaupt gestellt werden können. Mittels strategischer Prozessführung ist es dabei einem Netzwerk aus Migrationsrechtsanwält*innen und NGOs, wie Pro Asyl oder auch dem britischen AIRE-Center, in den »Dublin II«-Fällen durch die o.g. Urteile gelungen, Schneisen in diese Abschottungsversuche zu schlagen.

3.4.4 Zone IV: Illegalisierte Migration

Aufgrund der immer begrenzteren Möglichkeiten eines legalen Zugangs nach Europa sind allerdings die kennzeichnenden Migrationsgestalten der aktuellen Epoche die *illegalisierten Migrant*innen* (Andrijasevic et al. 2005: 360). Sie sind faktisch ebenso rechtlos wie diejenigen, die bereits vor den Grenzen Europas, auf dem Mittelmeer etwa, oder in den unterschiedlichsten Lagern innerhalb und außerhalb der EU trotz der universalen normativen Geltung von Menschenrechten entrechtet werden. Balibar (2003: 175) spricht daher provokativ von einem »globalen Apartheitsregime«: der Entstehung einer in ihren Rechten und daher auch in ihrer Würde erniedrigten Bevölkerung, die dauerhaft »auf der Grenze« leben muss.

In diesem Feld ist die EU vor allem durch den Aufbau der Grenzschutzagentur Frontex aktiv geworden, welche die nationalen Grenzschutzbehörden europäisieren soll, indem sie diese an den Hotspots der Migrationsbewegungen durch gemeinsame Patrouillen und Grenzschutzmaßnahmen unterstützt, Grenzschutzbeamte ausbildet und Analysen über Migrationsbewegungen durchführt (VO 2007/2004 v. 26.10.2004; ergänzt durch VO 863/2007 v. 11.7.2007; geändert durch VO 1168/2011 v. 22.11.2011). Ein aktueller Verordnungsvorschlag der Kommission (KOM (2011) 873 v. 12.12.2011), der sich zur Zeit im Trialog zwischen Kommission, Rat und Parlament, also kurz vor Abschluss, befindet (Interinstitutional File 2011/0427 (COD) v. 26.4.2013), sieht eine Verstärkung dieses Ansatzes durch die Einrichtung eines Europäisches Grenzüberwachungssystems (EUROSUR) vor, welches sowohl die Koordinierung der mitgliedsstaatlichen Grenzkontrollen durch den Austausch operativer Informationen fördern als auch neue Überwachungstechniken (z.B. Drohnen) einführen soll. Der 2007 eingerichtete Außengrenzenfonds wiederum dient dazu, den Ausbau von Kontrolltechniken an den EU-Außengrenzen finanziell zu unterstützen (2007/574/EG), wohingegen schließlich die Rückführungsrichtlinie (2008/115/EG v. 16.12.2008) die Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger aus der EU regelt, wenn deren Grenzübertritt dennoch gelungen ist. Dies setzt wiederum Rückübernahme- und Kooperationsabkommen mit Drittstaaten voraus, damit diese die Migrant*innen, die von dort ihre Reise begonnen haben, zurücknehmen. Eine ausführliche Darstellung dieser Rechtslage erfolgt in Fallstudie 2.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Alles in allem lässt sich festhalten, dass die solchermaßen stratifizierten Rechte der Nicht-Bevölkerung zum entscheidenden Effekt des Sicherheitsdispositivs werden. Rechtlich abgesicherte Reisefreiheit ist das Privileg der Unionsbürger*innen sowie einer kleinen kosmopolitischen Elite, deren imperiale Lebensweise durch die Migrations- und Grenzpolitik abgesichert wird.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. Hegemonietheoretische Diskursanalyse des Rechts

In den beiden Fallstudien der folgenden zwei Kapitel sollen nun die Auseinandersetzungen um Hegemonie auf dem Terrain des Rechts untersucht werden. Dazu müssen die theoretischen Überlegungen zu Rechtsform und Hegemonie zunächst so übersetzt werden, dass sie eine empirische Untersuchung ermöglichen. In den eigenlogischen juridischen Verfahren werden diese Auseinandersetzungen im Gerüst der juristischen Argumentation ausgetragen, lautete die theoretische Prämisse. Methodisch liegt daher eine Diskursanalyse der juristischen Texte nahe. Das »Theorieinventar« der Diskursanalyse stammt »aus ganz unterschiedlichen Werkzeugkisten und entspringt ganz disparaten Traditionslinien« (Pieper 2006: 269). Für den von mir vertretenen rechtstheoretischen Ansatz, der auch auf machttheoretischen Annahmen Foucaults basiert (Buckel 2007: 165ff.), bietet sich eine an Foucault orientierte Diskursanalyse an, die wiederum hegemonietheoretisch erweitert wird.

4.1 Das anonyme System des Rechtsdiskurses

Die Verknüpfung von Rechtstheorie und Diskurstheorie basiert auf der Annahme, dass das Konzept der »Rechtsform« sich methodisch in das Konzept des »Rechtsdiskurses« übersetzen lässt. Die zentrale Hypothese der Rechtsformanalyse ist die der Verselbständigung sozialer Verhältnisse in den juridischen Verfahren, die dem Recht eine eigene verdinglichte Materialität verleihen. Gesellschaftliche Kräfteverhältnisse schreiben sich daher nur vermittelt über die eigene Logik des Rechtlichen in dieses ein. Foucaults zentrale diskurstheoretische Hypothese wiederum lautet, dass die Produktion des Diskurses durch bestimmte Prozeduren »zugleich kontrolliert, selektiert, organisiert und kanalisiert« wird, um sein »unberechenbar Ereignishaftes« zu bannen (Foucault 2001/1971: 11). Darunter versteht er, neben äußeren Ausschließungsmechanismen wie dem Verbot, vor allem die in unserem Fall wichtigen *internen Prozeduren*, mit denen die Diskurse ihre eigene Kontrolle ausüben: Klassifikations-, Anordnungs- und Verteilungsprinzipien (ebd.: 17). Dies trifft für all jene Diskurse zu, die »über ihr Ausgesprochenes hinaus *gesagt* sind, gesagt blei-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ben und noch zu sagen sind« und sich dadurch von alltäglichen Diskursen unterscheiden, »die mit dem Akt ihres Ausgesprochenwerdens vergehen« (ebd.: 18, Herv. i.O.). Zu solchen übergeordneten Diskursen zählt er neben religiösen und wissenschaftlichen hauptsächlich die juristischen Diskurse (ebd.). Die juristische Argumentation hat exakt diesen Effekt: Nur ein bestimmter gegenständlicher Bereich, spezifische juristische Auslegungsmethoden, »ein Korpus von als wahr angesehenen Sätzen, ein Spiel von Regeln und Definitionen, von Techniken und Instrumenten: das alles konstituiert ein anonymes System, das jedem zur Verfügung steht, der sich seiner bedienen will oder kann« (ebd.: 22). Jenseits des Rechtsdiskurses wuchern die Diskurse im »Raum eines wilden Außen«, doch im Rechtsdiskurs/in der Rechtsform »ist man nur, wenn man den Regeln einer diskursiven ›Polizei‹ gehorcht, die man in jedem seiner Diskurse reaktivieren muss« (ebd.: 25).[1] Auf diese Weise erlangen Diskurse eine eigene Realität, sie sind keine bloßen Abbildungen anderer »realer« Ordnungen (Diaz-Bone 2006: 72). Das Aussagensystem »ist sozusagen einerseits seine eigene Materialität, andererseits seine eigene innere Ordnung, das heißt sein eignes Bildungs- und Reproduktionsprinzip« (ebd.: 74). Genauso könnte auch die Beschreibung der Rechtsform lauten: Das Recht, obwohl es nur eine normative Ordnung ist, ist gerade nicht – anders als viele Marxisten zunächst annahmen – der bloße Reflex einer materiellen Basis, sondern weist eine eigene Dignität, eine relationale Autonomie auf.

Dabei ist das Gerichtssystem in der materialistischen Rechtstheorie das Rückgrat dieser Verselbständigung. Und auch für Foucault ist es ein System zur Unterwerfung der Diskurse (Foucault 2001/1971: 30), indem die rechtlichen Prozeduren »den sprechenden Individuen gewisse Regeln auferlegen und so verhindern, dass jedermann Zugang zu den Diskursen hat« (ebd.: 26). Nicht jeder kann im Rechtsdiskurs sprechen, sondern nur die spezifisch geschulten juridischen Intellektuellen, welche die Regeln, die Techniken und Instrumente kennen: »Niemand kann in die Ordnung des Diskurses eintreten, wenn er nicht gewissen Erfordernissen genügt, wenn er nicht von vornherein dazu qualifiziert ist.« (Ebd.). Mit Foucault ließe sich die Summe der juridischen Intellektuellen, der Richter*innen, Generalanwält*innen, Anwält*innen, Wissenschaftler*innen und Kommentator*innen als juridische »Diskursgesellschaft« bezeichnen (ebd.: 28). Nicht nur der Zugang zu dieser Diskursgesellschaft, auch die gesellschaftliche Aneignung des Diskurses verläuft asymmetrisch (ebd.: 29). Anders als dies unter demokratietheoretischen Prämissen geboten wäre, wonach jede und jeder seine/ihre Rechte kennen sollte, ist

1 Noch eine weitere Parallele wird deutlich: die zur Rechtssystemtheorie, die das Außen als »Umwelt« beschreibt, die Regeln als Code und den Diskurs als System. So sind – bei allen sonstigen Differenzen –Systemtheorie, Diskursanalyse und materialistische Rechtstheorie an diesem Punkt nah beieinander, weil sie alle die Annahme der Autonomisierung der juristischen Praxen bzw. Operationen teilen.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

doch das Recht noch nicht einmal ein Schulfach; und jeder Versuch, vom bloßen Gesetzestext auf seine Bedeutung zu schließen, wird scheitern, denn ein ganzes Kommentarsystem ist notwendig, um die diversen Bedeutungssysteme zu regulieren.

Man darf dies nun nicht so verstehen, dass die juridischen Intellektuellen den Diskurs erschaffen würden. Vielmehr ließe sich sagen, dass sie ihn organisieren, dass sie die außerrechtliche Realität gemäß der Diskursregeln und Techniken juridisch codieren. Denn dass der Diskurs ein »anonymes System« ist, bedeutet, dass sich weder seine Aussagen noch seine Regeln auf ein autonomes, schöpferisches Subjekt zurückführen lassen, welches die Verfügungsgewalt über sie hätte (Pieper 2006: 272). Diskursive Praxis ist gerade eine überindividuelle (Diaz-Bone 2006: 73). Und auch aus der Perspektive der Rechtsform gilt es zu betonen, dass gerade aufgrund ihrer Verselbständigung selbst die mächtigsten gesellschaftlichen Akteur*innen keinen unmittelbaren Zugriff auf das Recht haben.

Sprechen, in dem Fall juristisches Argumentieren, ist Zitation, ist Wiederholung, nicht Erschaffung – eine Wiederholung, welche die Zeichen der Gemeinschaft erneuert (Butler 2006/1997: 68). Der iterative Charakter jeder Wiederholung bedeutet aber immer zugleich auch die Verschiebung. Und um die Art und Weise der Verschiebung finden hegemoniale Auseinandersetzungen statt. Der Rechtsdiskurs verfügt daher über ein resignifizierendes Potenzial: »[D]ie Rechtssprache ist eine Sprache, deren Bedeutung in der Zitation umgewendet werden kann« (ebd.: 156).

4.2 HEGEMONIETHEORETISCHE DISKURSANALYSE

Der Diskursanalyse in dieser Tradition geht es demnach um die Erforschung des Funktionierens diskursiver Artikulationen, das heißt, nicht um die Sprache als abstraktes System, sondern um den Zusammenhang zwischen Text und Kontext (Nonhoff 2006: 25ff.). Sie untersucht nicht, wie es ›wirklich‹ ist, sondern wie bestimmte Ordnungen in einer spezifischen historischen Situation zu relational autonomen Systemen des Denkens werden können (Pieper 2006: 277). In diesem Sinne gilt, dass Diskursanalyse – im Gegensatz zu hermeneutischen Methoden – Oberflächenanalyse ist, weil sie nicht nach einer ›ursprünglichen‹ Intention der Sprechenden oder nach den tieferen Bedeutungen sucht (Nonhoff 2006: 159). »Sie fragt die gesagten Dinge nicht nach dem, was sie verbergen, was in ihnen und trotz ihnen gesagt wurde, nach dem Nicht-Gesagten, dem Gewimmel von Gedanken, Bildern oder Phantasmen, die sie bewohnen.« (Foucault 1973: 159)

Um die Auseinandersetzungen um Hegemonie in der Rechtsform bzw. im Rechtsdiskurs zu untersuchen, bedarf es jedoch noch einer hegemonietheoretischen Erweiterung, damit nicht nur die Diskurs-Regeln analysiert werden: Zugleich soll

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auch die Frage nach der Weltanschauung gestellt werden, welche sich im Recht – als Ergebnis einer spezifischen juridischen Praxis – manifestiert. Hegemonie muss für die Untersuchung als diskursives Phänomen übersetzt werden: »Im Zuge hegemonialer Praxis werden diskursive Elemente gemäß einem bestimmten Muster (der Hegemonie) differenziert und angeordnet« (Nonhoff 2006: 14). Martin Nonhoff hat vor allem im Anschluss an Michel Foucault und Ernesto Laclau eine solche Erweiterung für die Diskursanalyse des *Politischen* vorgeschlagen, der ich in Bezug auf das *Rechtliche* mit leichten Modifikationen aufgrund seiner eigenen Grammatik folge. Denn die rechtliche Textgattung ist eine andere als jene politisch-programmatischer Texte, sie wird in anderen Verfahren von anderen Akteur*innen – eben den juridischen Intellektuellen – formuliert und folgt anderen Formationsregeln. Im Zentrum des Rechtlichen steht die juristische Argumentation: die etablierten Rechtsfiguren als Ablagerungen vergangener Auseinandersetzungen, welche aufgegriffen und in ihrer Bedeutung verschoben werden. Die konflikthaften Auseinandersetzungen um das Allgemeine, die Nonhoff (2006: 109) für das Politische konstatiert, sind auch für die rechtlichen Auseinandersetzungen entscheidend – aber in diesem Fall nicht als programmatische Forderungen nach dem nie völlig zu verwirklichenden, utopischen Allgemeinen, sondern als Kampf um die etablierte normative Ordnung, die das Allgemeine bereits zu enthalten beansprucht und es nur noch, scheinbar rein technisch, in Einzelfallentscheidungen zu verwirklichen vorgibt. Die Auseinandersetzungen um Hegemonie finden in der Rechtsform also subtiler, immer vermittelt über die Auslegung von rechtlichen Figuren, statt.

Und noch an einer zweiten Stelle weiche ich von Nonhoffs Konzeption ab, nämlich bei der Bestimmung des Allgemeinen selbst, um welches sich die Auseinandersetzungen drehen. Nonhoff folgt Claude Lefort und Ernesto Laclau, die darunter das Vollkommene, Allen-gerecht-Werdende verstehen, das notwendig einen »leeren Ort« bilden müsse. Dies sei eine universelle Eigenschaft einer sozialen und politischen Ontologie: der »konstitutive Mangel von Gesellschaft« (ebd.: 116). Das Allgemeine ist demnach niemals greifbar und muss durch eine Repräsentation seiner selbst supplementiert werden. Es wird zu einem Äquivalent, »zu einem horizonthaften Imaginären einer vom Allgemeinen durchdrungenen idealen Gesellschaft« (ebd.: 117). Auch wenn ich die Beschreibung teile, so doch nicht die psychoanalytische Begründung: Die Bereiche des Imaginären und Symbolischen sind Konzepte Lacans der individuellen Psyche, die Laclau und mit ihm Nonhoff auf politische Gemeinschaften übertragen und sie so »in die politische Theorie inkorporieren« (ebd.: 111). Dies ist methodisch fragwürdig. Der Soziologe und Psychoanalytiker Alfred Lorenzer hatte bereits gegen den Freudomarxismus eingewandt, dass die Psychoanalyse sich über die Reichweite ihrer Kategorien bewusst werden und sich methodisch beschränken müsse: Die Resultate einer Analyse der Subjektivität und diejenigen einer Analyse der gesellschaftlichen Strukturen müssen aufeinander bezogen werden, *ohne* die beiden Untersuchungsperspektiven ineinander aufzulö-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sen (Buckel/König 2009). Die Übertragung psychischer Strukturen auf politische Gemeinschaften führt andernfalls zu einer ahistorischen Ontologie. Universalisierung ist gerade eine historisch-spezifische, erst mit der bürgerlichen Gesellschaft und ihrem Staat entstandene Praxis. Der »Mangel« am Allgemeinen entsteht dadurch, dass, obwohl dieses zum zentralen Referenzpunkt wird, »wahre Allgemeinheit« aufgrund der vielfältigen Herrschaftsverhältnisse nicht möglich ist (Neumann 1937: 594) und der Staat eine gesonderte, vom Ökonomischen getrennte Form annimmt (s.o.). So werden permanent hegemoniale Auseinandersetzungen um das Allgemeine geführt, und nur vorübergehend und niemals unbestritten kann eine hegemoniale Konstellation erfolgreich behaupten, die Vorstellung der gerechten Gesellschaft zu repräsentieren.

Und schließlich kombiniere ich die hegemonietheoretisch erweiterte Diskursanalyse mit der Konzeption der Hegemonieprojekte. Der Diskurs wird dabei als Effekt diskursiver Strategien begriffen, welche innerhalb der kanalisierenden Regeln des Diskurses Hegemonie konstituieren: Strategien versuchen, »diskursive Elemente in den Dimensionen des Raums und der Zeit so zu arrangieren, dass bestimmte diskursive Konstellationen entstehen« (Nonhoff 2006: 210). Wenn aber der Diskurs eine überindividuelle Praxis ist, lassen sich diese Strategien nicht als diejenige von Subjekten im unmittelbaren Sinn begreifen. Strategie erweist sich daher als »schwieriger Begriff« (ebd.: 207). Der Foucaultschen Diskursanalyse wurde häufig der Vorwurf der strukturalistischen Subjektlosigkeit gemacht, während die Gramscianische Hegemonieanalyse deutlich akteursbezogener ist. Dennoch lassen sich die beiden Perspektiven verbinden, und zwar über das Konzept der Hegemonieprojekte. Denn diese sind keine intentionalen Allianzen, sondern Verdichtungen von Strategien. Und diese Strategien sind selbst schon diskursiv und müssen nicht erst als solche rekonstruiert werden. Lassen sich diese Strategien im Diskurs auffinden, so ermöglicht dies daher, sie auf Konstellationen sozialstrukturell verorteter Akteur*innen im oben erläuterten Sinne zu beziehen, ohne dass diese als »diskursexterne ›Strippenzieher‹« erscheinen, wie man andernfalls befürchten könnte (ebd.). Die Untersuchung diskursiver Auseinandersetzungen um Hegemonien findet notwendiger Weise in der Rückschau statt und analysiert,

»welche Arrangements diskursiver Elemente – sprich: welche Strategien – das diskursive Ergebnis der Hegemonie hervorbringen. Und so besteht die Aufgabe der Analyse diskursiver Hegemonie letztlich genau hierin: hegemoniale Strategien und ihre Bestandteile, die im folgenden *Strategeme*[2] genannt werden sollen, in verschiedenen Fällen erfolgreicher Hegemo-

2 Die etymologische Herkunft des Begriffes »Strategem« als »Kriegslist« brigt die Gefahr des Anscheins eines unterstellten starken Subjektes. Deswegen soll noch einmal darauf hingewiesen werden, dass sowohl »Strategie« als auch »Strategem« hier in einer verschobenen, diskurstheoretisch gewendeten Bedeutung verwendet werden: als nicht

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nien unter Rückgriff auf verschiedene Korpora empirischen Materials zu rekonstruieren, um so unter Umständen Aussagen über hegemoniale Strategien zu verallgemeinern« (ebd.: 211, Herv. S.B.).

Die Untersuchung von Kämpfen um Hegemonie in der Rechtsform wird also übersetzt in die Analyse diskursiver Hegemonie innerhalb des Rechtsdiskurses. Nonhoff hat nun für die Identifizierung eines hegemonialen Projektes die Anwesenheit von drei »Kernstrategemen der Hegemonie« (ebd.: 214) benannt.

- Zunächst die *Äquivalenzierung:* Wenn Hegemonie bedeutet, dass eine Position über diejenigen Interessen hinaus, von denen sie artikuliert wird, anschlussfähig ist, so muss, wer Hegemonie anstrebt, eine Vielzahl von Subjektivierungsangeboten machen oder tolerieren (ebd.). Diskurstheoretisch lässt sich das in der Verknüpfung von differenten Positionen als äquivalente, die gemeinsam für das Gesamtprojekt – das Allgemeine – stehen, analysieren: als »Äquivalenzkette«.
- Im Unterschied dazu verlangt das zweite Strategem eine *antagonistische Zweiteilung des Raums*, eine Benennung all derjenigen diskursiven Elemente, zu denen die Äquivalenzbeziehung in Kontrarität steht. Die »pluralistischen Konflikte um die Besetzung des leeren Orts des Allgemeinen« spitzen sich »auf eine klare Alternative« zu (ebd.: 222).
- Beim dritten Kernstrategem handelt es sich schließlich um die *Repräsentation des Allgemeinen*. Eine bestimmte äquivalente Position wird zum »exklusiven Makler«, der zwischen den anderen Positionen vermittelt und so versucht, das Allgemeine zu repräsentieren (ebd.: 218).

Daneben gibt es weitere ergänzende Strategeme, die nicht notwendig sind, um eine diskursive Praxis als hegemoniale zu kennzeichnen, die aber dennoch bedeutsam sind, weil sie die Reichweite einer hegemonialen Formation erhöhen können (ebd.: 233f.). Zwei solcher spezifisch juridischer Strategeme konnte ich im Rahmen der Analysen zu den beiden Fallstudien identifizieren:

- Das *Zugeständnisstrategem*: Mit dem Zugeständnisstrategem identifiziere ich eine spezifische Form der Äquivalenzierung, die dem Umstand Rechnung trägt, dass sich das eigene Projekt nur dann universalisieren lässt, wenn gegenläufige Interessen integriert werden können. Gramsci hatte betont, dass Hegemonie zweifellos voraussetze, »dass den Interessen und Tendenzen der Gruppierungen, über welche die Hegemonie ausgeübt werden soll, Rechnung getragen wird; dass sich

notwendiger-, aber durchaus möglicherweise intentionale Praxis, deren Effekte sich jedoch durch das Regelsystem des Diskures dem kontrollierenden Zugriff eines/mehrer mächtigen Subjekte/s entzieht.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ein gewisses Gleichgewicht des Kompromisses herausbildet, dass also die führende Gruppe Opfer korporativ-ökonomischer Art bringt« (Gramsci 1992ff., Bd. 7, H. 13, § 18: 1567). Zugleich bestehe aber auch kein Zweifel darüber, »dass solche Opfer und ein solcher Kompromiss nicht das Wesentliche betreffen können« (ebd.). Zumeist sind Infrastrukturen der Hegemonie notwendig, wie etwa staatliche oder rechtliche Institutionen, damit ein solch weitblickender, langfristiger Kompromiss überhaupt entwickelt und durchgesetzt werden kann. Das Zugeständnisstrategem ist die diskursive Übersetzung dieser Annahme. Es tritt in dem Moment auf, da es zu einer massiven Kritik an dem verfolgten Projekt kommt, zumeist aufgrund einer Verschiebung des etablierten Diskurses. Ein solches hegemoniestrategisches Einbinden in die hegemoniale Äquivalenzkette ist jedoch auch ein »zweischneidiges Schwert«, denn es erhöht zwar die Reichweite einer Hegemonie, verwässert jedoch zugleich das Projekt und lässt die antagonistische Grenze brüchig werden, sodass diese wieder mit beträchtlichem diskursivem Aufwand stabilisiert werden muss (Nonhoff 2006: 288).

- Das *Ausweichstrategem*: Als Ausweichstrategem bezeichne ich den diskursiven Versuch, eine Strategie dadurch abzustützen, dass zu einem Zeitpunkt, da sie noch nicht hegemonial ist und die rechtliche Thematisierung einer umstrittenen Frage unvereinbare Konflikte aufreißen würde, eine Art »Bypass« um diesen Konflikt gebildet wird. Weil dadurch aber eine offene juristisch-dogmatische Fragestellung nicht beantwortet, sondern nur aufgeschoben wird, führt dies in den meisten Fällen zu einer methodischen Inkohärenz, das heißt zu einem für die Diskursgesellschaft offensichtlichen Ausweichen, welches im Widerspruch zur bisherigen Systematik steht. Ausweichstrategeme sind daher fragil, immer wieder Anknüpfungspunkte der Kritik und daher nur Provisorien, die eines Tages überwunden werden – sofern eine Strategie tatsächlich hegemonial wird. Vorübergehend funktionieren sie jedoch als eine Art überbrückende Anordnung von Elementen, bis der Konsens sich verschoben hat.

Dabei sind generell zwei Arten von hegemonialen Strategien voneinander zu unterscheiden: die *offensiv-* und die *defensiv-hegemoniale Strategie*. Erstere sucht Hegemonie zu etablieren, während für die zweite das Nichtvorhandensein eines alternativen Projektes kennzeichnend ist – sie setzt daher auf Abwehr und Zerstreuung des hegemonialen Projekts (ebd.: 238).

Schließlich wird jeder Diskurs überhaupt darüber konstituiert, dass es auch solche diskursiven Strategien gibt, die den diskursiven Raum ordnen und begrenzen: *superdifferenzielle Grenzziehungen*. Diese parzellieren den Raum, indem sie Diskursgrenzen etablieren und aufrechterhalten. Sie verbannen diskursive Elemente aus der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Diskurs. Dieses Grundlagenstrategem ist daher »ganz allgemein für die Ausbildung spezifischer diskursiver Gegenstände« entscheidend (Nonhoff 2006: 232).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Weil sich die Auseinandersetzungen um Hegemonie gemäß des spezifischen Regelsystems des Rechtsdiskurses abspielen, müssen sie sich an den speziellen juristischen Argumentationsfiguren festmachen, indem sie diese – gemäß der juristischen Methodik – aufnehmen und verschieben oder reproduzieren. Die Argumentationsfiguren dienten daher in der Untersuchung als *Analysekategorien*. Die Zuordnung der dogmatischen Argumente zu den Hegemonieprojekten erfolgt zum einen durch den Abgleich dieser Argumente mit der zuvor induktiv-deduktiv identifizierten Strategie der Hegemonieprojekte (siehe Kapitel 2) – das heißt anhand der Frage, an welche bisherigen Argumentationslinien der*die Aussageproduzent*in anknüpft. Zum anderen wird dies rückgebunden an die grundsätzliche strategische Situiertheit der jeweiligen juridischen Intellektuellen, also an die Frage, wer wie, wo, mit welchen Ressourcen und für wen eine Aussage produziert (Keller 2004: 95f.)

4.3 DATENAUSWAHL UND KONTEXTUALISIERUNG

Die Datenauswahl fiel in den beiden Fallstudien unterschiedlich aus, weil ihnen unterschiedliche Problemstellungen zugrunde lagen: In der ersten Fallstudie ging es darum, sich auf die überindividuelle Realität des Rechtsdiskurses einzulassen, das heißt, auf die verselbständigte, eigenlogische rechtliche Praxis. Damit habe ich den Versuch unternommen, zu zeigen, dass, obwohl der Rechtsdiskurs als relational autonomes »System« funktioniert, sich letzteres nur durch permanente Kämpfe um Hegemonie hindurch reproduziert – wie sich also in dialektischer Weise diese hegemonialen Auseinandersetzungen gerade in der verselbständigten Arbeitsweise der Rechtsform ereignen können. Daher habe ich auf Expert*innen-Interviews zu den strategischen Motiven der juridischen Intellektuellen verzichtet. So sollte der Frage nachgespürt werden, welche diskursiven Artikulationen diese »revolutionäre« Rechtsprechung ermöglichten. Der sich dabei herausbildende Diskurs selbst stand also im Zentrum. Daher besteht der Materialkorpus aus den bisher zwölf Urteilen des Europäischen Gerichtshofes zu den sozialen Rechten Nichterwerbstätiger, den jeweiligen Schlussanträgen der Generalanwält*innen, Kommentarliteratur, den Aufsätzen darüber in europäischen Fachzeitschriften, Lehrbüchern und Monographien sowie aus der Berichterstattung europäischer Tageszeitungen.

In der zweiten Fallstudie veränderte sich die Perspektive. Denn diese Studie analysiert die juridischen Auseinandersetzungen um die Verrechtlichung der Seegrenze. Und diese zeichnen sich gerade dadurch aus, dass es noch keine gefestigte Rechtsprechung gibt, sondern – im Gegenteil – konkurrierende Rechtsprechungen auf unterschiedlichen fragmentierten Terrains des transnationalen Rechts. Es gibt also gerade keinen etablierten Diskurs, dessen Zustandekommen rekonstruiert werden sollte, sondern, bedingt durch die Realität der faktischen Rechtlosigkeit der

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Migrant*innen in Zone IV, nur erste Ertappen eines juridischen Aktivismus, der darauf abzielt, die Praxis der Grenzkontrolle an der Seegrenze rechtlich einzuhegen. Daher stehen neben einer kursorischen Analyse der Diskussionen in der Fachliteratur um die exterritoriale Geltung des Refoulement-Verbots der Genfer Flüchtlingskonvention vor allem zwei Rechtsfälle im Zentrum der Untersuchung. Bei diesen handelt es sich jeweils um juristische Prozesse, die im Anschluss an konkrete staatliche Maßnahmen einer externalisierten Migrationskontrolle erfolgten: im einen Fall nach einer Rückschiebung auf der Hohen See nach Libyen durch den italienischen Staat und im anderen Fall nach einer Seenotrettung mit nachfolgender Internierung auf mauretanischem Territorium durch Spanien. In dieser Fallstudie wurden neben den Urteilen und Schriftsätzen vor allem die juridischen Strategien der diversen Akteur*innen untersucht, inklusive der Bedingungen ihres Erfolges oder Scheiterns. Dazu wurden Dokumente analysiert, Expert*innen-Interviews und teilnehmende Beobachtungen von Gerichtsverfahren durchgeführt sowie im Zeitraum 2009 bis 2012 Forschungsreisen nach Andalusien, auf die Kanarischen Inseln, nach Madrid, auf das »No-Border-Camp« auf der griechischen Insel Lesbos sowie nach Brüssel, Straßburg und Berlin unternommen.

In beiden Fallstudien wurde vor der Diskursanalyse zunächst der Kontext der jeweiligen Diskurse rekonstruiert. Die Auswahl des Kontextes ist selbst eine theoriestrategische Entscheidung, denn denkbar sind verschiedene gleich plausible Kontextualisierungen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, was zum Kontext zählt und was nicht: nur der institutionelle oder auch der strukturelle Kontext? *»Kontext* ist daher auch immer Kontext des Kontextes etc. Aus der Vielzahl möglicher […] Variablen, werden einige ausgewählt und als *Kontext* verstanden, während andere wiederum vernachlässigt werden« (Schaal 2009: 500, Herv. i.O.). Das heißt, die Auswahl des tendenziell unendlichen Kontextes hängt vom jeweiligen theoretischen Ansatz ab.

Unser Forschungsprojekt blickte, entsprechend den Prämissen materialistischer Theorie, aus drei Perspektiven auf die europäische Migrationspolitik: aus der Perspektive der politischen Ökonomie, der des politisch-institutionellen Kontexts und der des Rechts. Diese Struktur habe ich auch hier zugrunde gelegt, und daher die beiden ersten Perspektiven für die Rekonstruktion des jeweiligen Kontexts der rechtlichen Untersuchung ausgewählt. Für die zweite Fallstudie waren zur Aufarbeitung des politischen Kontextes eigene empirische Untersuchungen (Tageszeitungs- und Dokumentenanalysen, Expert*innen-Interviews, Auswertung von Berichten) notwendig, um die spanische Grenzpolitik in Umrissen nachzuzeichnen, weil es eine solche Darstellung bisher nicht gab.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5. *Fallstudie 1*: Transnationale soziale Rechte

»Das ist keine utopische, unrealistische Forderung, sondern ein simpler juridischer Status.«
(HARDT/NEGRI 2000: 400°)

Die hegemonietheoretische Untersuchung der Konstitutionalisierungskämpfe beginne ich also in der Zone I stratifizierter Rechte des Migrationsmanagements: mit den Rechten der Unionsbürger*innen. Die 1992 mit dem Maastricht-Vertrag eingeführte eher technokratisch formulierte Norm der Unionsbürgerschaft[1] ist alles andere als eine Selbstverständlichkeit. Noch im Fordismus wurden die innereuropäischen Migrant*innen unter dem Gastarbeitsregime auf ihre bloße Existenz als Ware Arbeitskraft reduziert. Sie mussten relativ geringe Löhne und schlechte Arbeitsbedingungen akzeptieren und konnten die soziale Infrastruktur nur eingeschränkt nutzen. Die west-europäischen Staaten versuchten, »Arbeit zu importieren, nicht jedoch die Menschen« (Castles 2006: 742°). Die Bewegung der Migration ließ sich aber in ihrer eigensinnigen Praxis nicht mehr aus dem metropolitanen Europa verdrängen, sondern ist längst Teil dieser Gesellschaften geworden und erstritt ihre Rechte in alltäglichen Kämpfen (Bojadzijev 2008). Durch die Einführung der Unionsbürgerschaft wurden die ehemaligen Migrant*innen dann zu genuin europäischen Rechtssubjekten. Ihr Status emanzipierte sich dadurch mit wachsender Aufenthaltsdauer »endgültig von dem allgemeinen Ausländerrecht« und näherte »sich demjenigen der Staatsangehörigen des Aufenthaltsstaates« an (Schönberger 2006: 227). Dies war kein gradliniger Prozess. So blieben etwa die Rechte der osteuropäischen Unionsbürger*innen nach der Ostweiterung zunächst weiterhin einer peripheren Logik folgend eingeschränkt und auch die europäischen Roma werden nach wie

1 »Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht.« (Art. 20 Abs. 1 AUEV)

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vor – trotz ihres Status als Unionsbürger*innen – faktisch nicht als solche behandelt.[2]

Die Unionsbürgerschaft konstituiert also einen die nationale Zugehörigkeit überschreitenden Status, an den staatsbürgerliche Rechte geknüpft sind. Dies hat seit den 1990er Jahren im wissenschaftlichen Diskurs eine anhaltende Debatte um transnationale Staatsbürgerschaftskonzeptionen (Andrijasevic et al. 2005: 361; Joppke 2001; Soysal 2000: 6) bzw. um eine »neue Politik kosmopolitischer Zugehörigkeit« (Benhabib 2008: 42) ausgelöst. Diese Veränderungen dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der neue Bürgerschaftsstatus keinen grundlegenden Bruch mit der gouvernementalen Praxis der Spaltung der Bevölkerung in regierbare Untereinheiten (Diez/Squire 2008: 566f.) vollzieht. Vielmehr entsteht im Kontext des Konstitutionalisierungsprozesses des Staatsprojekts Europa eine europäische Bürger*innenschaft, die die biopolitische Zäsur von den nationalen Grenzen an die EU-Außengrenzen verschiebt.

Was jedoch nun in der im Folgenden zu untersuchenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geschah, kann verdeutlichen, wie ein solcher Rechtsstatus, einmal etabliert, einer fortschreitenden »inkrementellen Konstitutionalisierung« als Anknüpfungspunkt dienen kann. Denn als die Unionsbürgerschaft relativ unbemerkt im Trubel um den Widerstand gegen den Maastricht-Vertrag, vor allem auf Drängen des spanischen Ministerpräsidenten Felipe González, in den Vertrag über die Europäischen Gemeinschaften aufgenommen wurde, ging die Mehrheit der Beteiligten davon aus, dass dies keine wesentlichen Veränderungen nach sich ziehen würde, sondern dass es sich schlicht um eine Positivierung bereits bestehender Rechtspositionen handele. Das Letzte, was die europäischen Regierungen erwarteten, war eine daran anknüpfende neue Gattung europäischer sozialer Rechte. Denn es war den Akteur*innen der sozialen Hegemonieprojekte aufgrund des massiven Widerstands nicht gelungen, die Sozialpolitik zu europäisieren. Soziale Rechte konnten sich daher zunächst nur im Kontext des gemeinsamen Marktes bzw. später des Europäischen Binnenmarktes – dem hegemonialen neoliberalen Dispositiv – herausbilden: als Komponenten der Freizügigkeit der europäischen Wanderarbeiter*innen. Sie waren die funktionalen sozialen Rechte des »Marktbürgers«.

Inmitten dieser über Jahrzehnte tradierten Konstellation kam Ende der 1990er Jahre eine subkutane Verschiebung in Gang, mit der sich diese Bindung der sozialen Rechte an die notwendige Voraussetzung der Erwerbstätigkeit allmählich auflöste. In der ersten Fallstudie wird dieser bemerkenswerte Vorgang in den Fokus

2 Hinzu kommt, dass die türkischen Staatsbürger*innen – da die Türkei der EU (noch) nicht beigetreten ist – nicht dieser Norm unterliegen. Allerdings hat sich ihr Status durch das Assoziationsabkommen zwischen der EWG und der Türkei vom 12.9.1963 und vor allem durch die daran anschließende extensive Rechtsprechung des EuGH ebenfalls demjenigen der EU-Bürger*innen angenähert.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Untersuchungen gerückt: Entgegen den Vorstellungen der Mehrheit der mitgliedsstaatlichen Regierungen generierte der EuGH seit dem Ende der 1990er Jahre, anknüpfend an die Unionsbürgerschaft, soziale Rechte für Nichterwerbstätige. Im Zentrum dieser Rechtsprechungslinie stehen Arbeitslose und Arbeitssuchende, alleinerziehende Mütter, Studierende und selbst ein von der Heilsarmee unterstützter Obdachloser. Wenn jene nun aber nicht mehr als migrantische Bittsteller*innen auftreten müssen, sondern sich als Unionsbürger*innen auf ihre sozialen Rechte berufen können, dann sind im europäischen Staatsprojekt gravierende Transformationen im Gange, die eine Art beginnende europäische Wohlfahrtsstaatlichkeit markieren. Es ist unter Gegner*innen wie Befürworter*innen dieses Prozesses unbestritten, dass die rechtspolitische Anknüpfung der Rechtsprechung an die Unionsbürgerschaft einen »geradezu revolutionären Charakter« (Hilpold 2009: 41) aufweist. Indem der EuGH »ziemlich schnell Fleisch auf die Knochen der Unionsbürgerschaft brachte« (Meulman/de Waele 2004: 275°), habe sich diese, wie EuGH-Richter Lenaerts bemerkte, zum »notorischen Katalysator für die Vorschriften über die sozialen Rechte« entwickeln können (Lenaerts/Heremans 2006: 103°). Die Unionsbürgerschaft sei somit zu einem »vom politischen Prozess autonomisierten Schwungrad« geworden, mit dem »auf spektakuläre Weise der Zugriff des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen sozialen Sicherungssysteme« vertieft werde (von Bogdandy/Bitter 2005: 314).

Mit der folgenden hegemonietheoretischen Diskursanalyse dieser Rechtsprechungslinie versuche ich, indem ich die Auseinandersetzungen um Hegemonie in der Rechtsform nachzeichne, eine Antwort auf die Frage zu finden, wie es zu dieser vom politischen Prozess abweichenden sozialrechtlichen Konstitutionalisierung kommen konnte, insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Gerichtshof seit Mitte der 1970er Jahre weitaus eher als das »Schwungrad« des neoliberalen Binnenmarktprogramms bezeichnet werden konnte (Buckel/Oberndorfer 2009). Die leitende Frage der Fallstudie lautet also: Welches juridische Projekt bildete sich in diesem Prozess gegen welche Widerstände heraus?

5.1 Der politisch-ökonomische Kontext: Phasen der europäischen Integration

Die Entwicklung der untersuchten Rechtsprechungslinie zwischen 1998 und 2009 ereignete sich in einer Phase der europäischen Integration, die sich regulationstheoretisch als Anfang jener Krise der »wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise« bezeichnen lässt, welche in den folgenden Jahren in eine große Krise der EU mündete und sich bis heute immer weiter ausdehnt. Die kritische Politische Ökonomie unterteilt den Integrationsprozess – parallel zur regulationstheoretischen Periodisierung

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in Fordismus, Krise des Fordismus und– Postfordismus – in die Phase der (fordistischen) »monnetschen Integrationsweise«, die Phase ihrer Krise sowie schließlich in die Phase der (postfordistischen) »wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise« (grundlegend: Bieling/Steinhilber 2000; Ziltener 1999).

Die erste Phase der europäischen Integration wird auf den Zeitraum zwischen dem Ende des Zweiten Weltkrieges und dem Ausbruch der Weltwirtschaftskrise gegen Mitte der 1970er Jahre datiert. Sie ist durch eine in den 1950er und 60er Jahren forcierte Integration (Bieling 2010: 57) im Lichte einer – im Vergleich zu den USA – nachholenden Entwicklung gekennzeichnet, die zu einer rasanten Verbreitung fordistischer Produktionsmethoden und keynesianisch-korporatistischer Politiken in Westeuropa führte (Ziltener 1999: 102). Patrick Ziltener hat diese Phase mit dem Begriff der »monnetschen Integrationsweise« charakterisiert, um die spezifische Entwicklung des institutionellen Gefüges hervorzuheben, das in diesem Kontext entstand. Schon Jacques Delors, von 1985 bis 1995 Kommissionspräsident, hatte die Strategie einer ökonomisch-bürokratisch fortschreitenden Integration als »Methode Jean Monnet« bezeichnet: als den »lange Zeit in nahezu geheimer Diplomatie vorangetriebenen« Aufbau Europas, »abgeschottet von der öffentlichen Meinung in den Mitgliedsstaaten« (Delors 1993, zit. nach Ziltener 1999: 102).

Im Zuge der Weltwirtschaftskrise geriet auch die Europäische Integration in die Krise, die bis Mitte der 1980er Jahre andauerte und mit einer Stagnation der europäischen Entwicklung verbunden war (Bieling 2010: 57).

Mit der Herausbildung des postfordistischen Akkumulationsregimes kam es auch im Prozess der europäischen Einigung zu einem neuen Integrationsschub. »Dieser stützte sich anfangs auf die Vertiefung der Markt- und Währungsintegration [...], bevor auch die außenpolitischen Kompetenzen und Gestaltungsmöglichkeiten der EU erweitert wurden« (ebd.). Ziltener hat diese Phase als »wettbewerbsstaatliche Integrationsweise« bezeichnet. Die Politik der EU wurde von nun an durch eine neoliberale Regierungskunst geprägt, in deren Zentrum der Wettbewerb stand (Foucault 2004/1979: 173ff.). Der Markt wurde zum regulativen Prinzip der Gesellschaft und ›Wettbewerb‹ zum Motor der Verhaltens-Führung. Dabei ging es nicht notwendig um ›realen‹ Wettbewerb – so ist es etwa unklar, ob die Binnenmarktherstellung der 1980er und 90er Jahre tatsächlich die vermeintlichen Wettbewerbsvorteile brachte (Ziltener 2004) –, sondern vor allem um den Diskurs der Wettbewerbsfähigkeit zur Flexibilisierung der fordistischen Subjekte und Sicherungssysteme. Die Anleitung zum Wettbewerb diente vor allem als Führungstechnologie: Anders als im Fordismus soll die Gesellschaft nicht standardisiert, sondern bis in die Kapillaren hinein in Basiseinheiten fragmentiert werden, die allesamt die Form eines Unternehmens annehmen (Foucault 2004/1979: 208; Höpner/Schäfer 2008a: 137; Jessop 2002: 212). Die neoliberalen Regierungstechniken bestanden in der Herstellung von Investitionssicherheit über die politische Abschottung der Geldpolitik in einer unabhängigen Zentralbank, einem fiskalisch nachhaltigen

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schuldenmanagement, der Überwachung und Normalisierung aller Politiken unter der Marktperspektive, der Schwächung demokratischer Strukturen über die Verlagerung von wirtschaftspolitischen Entscheidungen in die Hände von »technokratischen Kadern« sowie schließlich in der Bevorzugung von Markteffizienz gegenüber Gleichheitspolitiken und sozialer Solidarität (Gill 1998: 16ff.). Es war das neoliberale Hegemonieprojekt, welches im Zuge dieser Entwicklung hegemonial wurde und die Rationalität der Integrationsweise prägte.

5.1.1 Wettbewerbsstaatliche Integrationsweise

Die wettbewerbsstaatliche Integrationsweise war mit einem »transnationalen europäischen Akkumulationsregime« artikuliert (Beckmann/Bieling/Deppe 2003: 8). Als sich die EU in der Krise befand und die Produktionsmodelle Japans und der USA die Position von großen Teilen der europäischen Industrie bedrohten, haben sich über den »European Round Table of Industrialists« (ERT) die großen europäische Unternehmen koordiniert (van Apeldoorn 2000: 189, 194). In Kooperation mit der Kommission wurde die Förderung europäischer Transnationaler Konzerne zur zentralen Politik, um die Wettbewerbsfähigkeit Westeuropas zu steigern. Das Europäische Währungssystem von 1979 stellte den Startschuss für die Restrukturierung Europas dar, indem es traditionelle institutionelle Strukturen aufbrach und die Mitgliedsstaaten dazu zwang, Haushaltsdisziplin und eine restriktive Geldpolitik zu akzeptieren (Bieling/Steinhilber 2000b: 112). Aber erst das Binnenmarktprogramm Mitte der 80er Jahre brachte nennenswerte Impulse für den europäischen Integrationsprozess:

»Die Komplettierung des gemeinsamen Marktes durch die Beseitigung nichttarifärer (technischer, administrativer und politischer) Handelshemmnisse förderte den intra-europäischen Wettbewerb, erleichterte den Marktzugang für transnationale Unternehmen und führte schließlich zu einer soliden Basis, auf der sich die europäische Ökonomie in den neunziger Jahren entwickeln konnte. [...] Das Projekt wurde jedoch auch deshalb erfolgreich umgesetzt, da das Binnenmarktprogramm eine ideale supranationale Ergänzung zu den diversen neoliberalen Modernisierungsdiskursen in den Mitgliedsstaaten darstellte« (ebd.: 113).

Hatte die Europäische Politik bis dahin fast 30 Jahre lang in der Marktschaffung mittels Harmonisierung und Rechtsangleichung bestanden, also in einem Wettbewerb *innerhalb eines Rahmens gemeinsamer Regeln*, bedeutete das Binnenmarktdipositiv als Reaktion auf jene Krise des Fordismus, die sich durch ordnungspolitische Divergenzen der Mitgliedsstaaten und einstimmige europäische Entscheidungsverfahren ausdrückte, eine integrationsstrategische Neuorientierung (Ziltener 1999: 140). Die Aufhebung des fragmentierten gemeinsamen Marktes sollte nicht

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mehr im Wege der Rechtsangleichung, sondern über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nationaler Standards geschaffen werden. In dem von der Kommission veröffentlichten Weißbuch von 1985, dessen Kernstück auf den ERT zurückgeht (ebd.: 136), wurde der Deregulierungskonsens umgesetzt. Die kritische Literatur ist sich einig, dass die Realisierung des Binnenmarktprogramms »eines der größten Deregulierungsprojekte [war], das je durchgeführt wurde« (ebd.: 158), und das zu einer bislang nie da gewesenen Entfesselung der Konkurrenz führte (Huffschmid 2007: 309). Es organisierte die Liberalisierung von Märkten und die Privatisierung öffentlicher Infrastruktur vom Verkehrssystem über die Energieversorgung und die Telekommunikation bis hin zu Gesundheitsdiensten und der Alterssicherung (Altvater/Mahnkopf 2007: 32).

Das *rechtliche* Kernelement des Binnenmarktprojektes war der Wettbewerb der Rechtsordnungen. Diesen Wettbewerb hatte der Europäische Gerichtshof Mitte der 1970er Jahre durch eine Umdeutung der zentralen Bausteine der bisherigen europäischen Integration, der Grundfreiheiten, initiiert. Die Grundfreiheiten waren ursprünglich als Gleichbehandlungsgebote konzipiert worden. Dies galt lange Zeit als selbstverständlich, bis der EuGH 1974 das bisherige Verständnis über Bord warf und eine freiheitsrechtliche Komponente in die Grundfreiheiten hineinlas: Jegliche ungerechtfertigte *Beschränkung* der Freiheiten sei verboten.[3] Exportierende Unternehmen wurden damit in die Lage versetzt, ihnen als zu streng erscheinende politische Regulationen gerichtlich als »Behinderungen des freien Warenverkehrs« zu bekämpfen. 1979 wurde dieses Element dann ergänzt durch eine Formel, welche die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtete, ihre Rechtsordnungen – mit unterschiedlichen Regulationsniveaus – wechselseitig anzuerkennen,[4] unter Umständen also auf dem niedrigsten Schutzniveau. Diese Rechtsprechungslinie wurde allmählich auf alle anderen Freiheiten ausgedehnt und erzeugte so die innereuropäische Konkurrenz um niedrige regulatorische Standards. Sie gipfelte in den letzten Jahren[5] in der Ausdehnung auf das Arbeitskampfrecht (Buckel/Oberndorfer 2009).

Allerdings setzten sich die neoliberalen Strategien nicht in Reinform durch. Vielmehr konnte das Binnenmarktdispositiv gerade deswegen hegemonial werden, weil es Zugeständnisse an die Akteur*innen der beiden sozialen Hegemonieprojekte enthielt:

»Was als ein Versuch zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit Europas begonnen hatte, führte zusammen mit den damit verbundenen (Deregulierungs-)Strategien schnell zur Verstrickung der EU in immer mehr Politikfelder und zur Entwicklung einer ausgefeilten Regulationsma-

3 Rs. Dassonville, 8/74, Slg. 1974, 837.

4 Rs. Cassis de Dijon, 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 14.

5 Rs. Viking, C-438/05, Urteil v. 11.12.2007, Slg. 2007, I-10779; Rs. Laval, C-341/05, Urteil v. 18.12.2007, Slg. 2007, I-11767.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schinerie. Es war insbesondere das Interesse der europäischen Gesetzgebung und der Kommission an ›sozialer Regulierung‹ (Verbraucher-, Arbeitnehmer- und Umweltschutz), die dies in aller Deutlichkeit belegt.« (Joerges/Rödl 2008: 6)

Sowohl die Schaffung europäischer Betriebsräte als auch das Sozialprotokoll als Annex zum Maastricht-Vertrag, die Europäische Beschäftigungsstrategie im Rahmen der Lissabon-Strategie sowie der Diskurs über das »Europäische Sozialmodell« waren weitere politische Strategien der sozialen Kräfte. Insbesondere französische Regierungsbeamte, wie etwa Jacques Delors, haben sie vorangetrieben. Allerdings war das neoliberale Hegemonieprojekt dazu in der Lage, »die Agenda zu verwässern und dafür zu sorgen, dass das Minimalprogramm auch nur minimal umgesetzt wird« (van Apeldoorn 2000: 205). Zentrale Elemente der Sozialpolitik, vor allem Umverteilungsmechanismen und die soziale Absicherung, blieben nach wie vor nationalstaatlich reguliert. Europäische Elemente hingegen wurden der neoliberalen Wettbewerbsregierungspraxis unterworfen, indem sie funktionalistisch auf ihren Beitrag zur internen Kohäsion im Hinblick auf die externe Leistungsfähigkeit reduziert wurden, statt wie im Fordismus auf eine wohlfahrtsstaatliche Korrektur der Primärverteilung durch den Markt abzuzielen (Altvater/Mahnkopf 2007: 129f.). Demgemäß wurden sie eher zum Bestandteil des Dispositivs »als zu seiner Anti-These« (Parker 2008: 410°).

Der Maastricht-Vertrag von 1992 schränkte durch die Festlegung der Geldpolitik auf das Ziel der Preisstabilität und die Unterordnung der Fiskalpolitik unter das Dogma des ausgeglichenen Haushaltes zusätzlich auf makroökonomischer Ebene die Gestaltungsspielräume der Wirtschaftspolitik ein (Huffschmid 2007: 310). Mit dem Regierungsratstreffen im Jahr 2000 und der dort proklamierten Lissabon-Strategie wurde die Wettbewerbsfähigkeit nunmehr zum fixierten hegemonialen Konsens der EU, da dieser Diskurs das Potenzial aufwies, das allgemeine Interesse zu repräsentieren (»EU als wettbewerbsfähigste Region der Welt«) und sich somit an alle Hegemonieprojekte zugleich zu wenden (van Apeldoorn 2000: 208). Die periphere Einbindung der mittel- und osteuropäischen Staaten in die EU folgte schließlich ebenfalls der politischen Zielsetzung eines verschärften innereuropäischen Wettbewerbes: Die Art und Weise der Erweiterung ermöglichte es transnational orientierten Kapitalfraktionen, ihre internationale Konkurrenzfähigkeit durch den Zugriff auf die ökonomischen Potenziale Osteuropas und auf kostengünstige, aber gleichzeitig gut ausgebildete Arbeitskräfte zu erhöhen (Oberndorfer 2007: 17ff.).

Staatstheoretisch betrachtet, veränderte sich mit der Integrationsweise auch die Institutionalisierung der politischen Form. Ziltener (1999: 206) kommt zu dem Schluss, dass während der monnetschen Integrationsweise noch die europäischen Mitgliedsstaaten die entscheidenden staatlichen Akteure blieben. Mit Anbruch der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise aber wurden sukzessive Staatsfunktionen

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in einem komplexen Prozess teilweise ergänzt, teilweise ersatzlos abgeschafft, aber auch schleichend unterminiert, während die EU zu einer immer bedeutenderen Schnittstelle wurde. Das ökonomistische und scheinbar unpolitische Voranschreiten über »spill-over-Effekte« machte nach und nach einer Politisierung Platz. Vor dem Hintergrund des zuvor skizzierten staatstheoretischen Ansatzes lässt sich dieser Prozess als allmähliche Herausbildung des postfordistischen europäischen Staatsapparateensembles fassen.

5.1.2 Krise der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise

Doch genau diese Form der Integration geriet bereits Mitte der 1990er Jahre in die »Post-Maastricht-Krise« (Deppe 1993). Wirtschaftliche Stagnation und steigende Arbeitslosenzahlen aufgrund der tiefgreifenden Krisentendenzen des finanzdominierten Akkumulationsregimes ließen weitere monetäre Integrationsschritte nicht mehr attraktiv erscheinen: Überproduktion aufgrund der Deckung des Bedarfs an langlebigen Konsumgütern, Sinken der Lohnquote und Beschränkung der staatlichen Nachfrage aufgrund von Austeritätspolitiken, Schranken der möglichen Verschuldung der Lohnabhängigen, exponentielles Anwachsen der Gesamtverschuldung (Demirović/Sablowski 2012: 85–89). Erste Anzeichen einer Legitimationskrise der EU zeigten sich darin, dass größere Teile der Bevölkerung immer weniger dazu bereit waren, die sozialen Konsequenzen der neoliberalen Restrukturierung zu akzeptieren (Bieling/Steinhilber 2000b: 118). Diverse Proteste kristallisierten sich zunächst in sozialdemokratischen Wahlerfolgen und Forderungen nach einem sozial verantwortlichen politischen Europa. Doch aufgrund der *longue durée* der institutionalisierten neoliberalen Politiken der vergangenen 20 Jahre, die das neoliberale Hegemonieprojekt strukturell privilegierten, kam es zu keinen grundlegenden Veränderungen. Daher weitete sich die Krise Ende der 1990er Jahre – zu Beginn der EuGH-Rechtsprechung zu den sozialen Rechten – zu einer »Mehrebenen-Legitimationskrise« (van Apeldoorn 2009: 21°) aus, welche die Grundlagen der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise in Frage stellte. Diese Situation spitzte sich 2007/2008 mit der Weltwirtschaftskrise zu. Den politischen und ökonomischen Eliten fehlt bis heute eine überzeugende Transformationsperspektive (Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel 2012). Sie setzten weiter auf den »technokratischen Inkrementalismus« (Bieling/Steinhilber 2000b: 119), der die europäische Integration bislang geprägt hat. Angesichts der institutionellen und alltagspraktischen Verankerung der alten Politiken, der Schwäche der anderen Hegemonieprojekte und des Fehlens einer alternativen politischen Rationalität bedeutete diese Krise dennoch kein Ende der europäischen neoliberalen Politiken (van Apeldoorn 2009: 21).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Insbesondere die ausbleibende Harmonisierung der Wirtschaftspolitiken sowie die – jenseits regulativer Politiken – unterlassene Europäisierung der Sozialpolitik wirkten krisenverstärkend. Den materiellen Hintergrund der immensen Widerstände gegen eine EU-Sozialpolitik bilden das erhebliche Wohlstandsgefälle innerhalb Europas und damit verbunden die divergenten Wohlfahrtssysteme. Hinzu kommt das Fehlen eines eigenen nennenswerten Budgets der EU, mit dem dieses Gefälle ausgeglichen werden könnte (Leibfried/Obinger 2008: 338f.). Die »Konstruktion einer sozialstaatlich nicht einhegten Marktintegration« verhärtet sich so und »kann zu einer ernsten Gefahr für das Integrationsprojekt selbst werden« (ebd.: 340f.). Das Wohlstandsgefälle wiederum basiert auf der ungleichen Entwicklung in der EU. In ihr verschränken sich eine exportorientierte industrielle Entwicklung und Kapitalexporte auf der einen Seite (um die bundesdeutsche Ökonomie herum) mit einer ausgeprägten Finanzialisierung und Waren- und Kapitalimporten auf der anderen Seite (vor allem in Südeuropa). Dies manifestierte sich in großen Leistungsbilanzüberschüssen bzw. –defiziten, die in der späteren Fiskalkrise massiv zunehmen sollten: »Die offene Überakkumulationskrise in den Zentrumsökonomien setzte sich in der europäischen Peripherie in eine Zahlungsbilanzkrise um.« (Becker 2012: 470)

Bereits gegen Ende der 1990er Jahre nahmen die sozialen, politischen und ökonomischen Krisentendenzen zu; sozialdemokratische und grüne Parteienkonstellationen gelangten in Europa an die Regierung, Referenden und der Verfassungsvertrag scheiterten am Widerstand sozialer Bewegungen, das »Demokratiedefizit der EU« sowie das »soziale Defizit« wurden omnipräsente Diskursfragmente, und die Kritik an den seit 20 Jahren betriebenen Privatisierungs- und Deregulierungspolitiken verschärfte sich. Das neoliberale Hegemonieprojekt geriet in eine Krise, die schließlich durch die Weltwirtschaftskrise noch verstärkt wurde. Auch der Wettbewerb der Rechtsordnungen, den die Gewerkschaften und die sozialen Kräfte zunächst relativ widerstandslos hatten passieren lassen, wurde zunehmend kritisiert, als er nämlich ins Zentrum des Arbeitskampfrechtes und der Tariftreue[6] vordrang. Selbst der EuGH geriet daher wegen seiner neoliberalen Dogmen, seines »Imperialismus des Europarechts« (Höpner 2008: 23), unter Beschuss – bis hin zur Aufforderung an die Mitgliedsstaaten, dem »EuGH den Gehorsam zu verweigern« (Scharpf 2008a).

Die krisenhaften Entwicklungen nach 2009 bleiben in dieser Darstellung ausgeblendet, weil sie den Zeithorizont der Rechtsprechungslinie überschreiten. Wesentlich für das Verständnis der untersuchten Rechtsprechung zu den sozialen Rechten ist hingegen diese bereits Ende der 1990er Jahre beginnende Krise der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise, denn sie markiert den sozialpolitischen Kontext der Auseinandersetzungen um Hegemonie, wie sie auch auf dem Terrain der Rechtsform ausgetragen wurden.

6 Rs. Rüffert, C-346/06, Slg. 2008, I-1989.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5.2 DER POLITISCHE KONTEXT: DIE UNIONSBÜRGERSCHAFT

Nachdem die Europäische Kommission bereits 1985 in ihrem Binnenmarkt-Weißbuch (KOM (85) 310) gefordert hatte, dass Freizügigkeit nicht ausschließlich von der Eigenschaft als Arbeitskraft abhängen dürfe, markierten Anfang der 1990er Jahre, auf dem Höhepunkt des Binnenmarktdispositivs und der dadurch beschleunigten Herausbildung des europäischen Staatsapparate-Ensembles, die Einführung von Unionsbürgerschaft und Allgemeinem Freizügigkeitsrecht durch den Vertrag von Maastricht[7] eine Wende. Dem waren im Rat langwierige politisch-institutionelle Auseinandersetzungen unter den Mitgliedsstaaten, aber auch mit Kommission und Europäischem Parlament vorausgegangen (ausführlich Wissel 2014). Während die Regierungen Spaniens, der BRD und Frankreichs vehemente Befürworterinnen waren, opponierten vor allem Dänemark und Großbritannien unter Thatcher dagegen, weil sie einen Verlust nationaler Souveränität befürchteten (ebd.: 36ff.), wohingegen wiederum sowohl Kommission als auch Parlament sowie Teile der Zivilgesellschaft diese Regelungen schon viel früher gefordert und deutlich weiter gehende Vorschläge unterbreitet hatten.

Parallel dazu hatte der Rat auf sekundärrechtlicher Ebene zwischen Juni 1990 und Oktober 1993 drei Richtlinien zur Freizügigkeit von Studierenden, Rentner*innen, Arbeitssuchenden und anderen *Nichterwerbstätigen* beschlossen,[8] also einer Personengruppe, die sich nicht mehr auf die Grundfreiheiten – den Kern des Binnenmarkts – berufen konnte. Und genau aus diesem Grund waren die dem Beschluss vorangegangenen Verhandlungen über die Richtlinien im Rat sehr kompliziert. So war die Kommission 1979 in einem ersten Anlauf mit einem Vorschlag für eine Richtlinie gescheitert, die das Freizügigkeitsrecht auch auf Nichterwerbstätige und deren Familienmitglieder ausdehnen sollte:[9] Die meisten Mitgliedsstaaten wiesen diesen Vorschlag damals, in der Krise des Fordismus, angesichts von Anwerbestopp und Massenarbeitslosigkeit zurück (ebd.: 22). Neue Richtlinien-Vorschläge brachte die Kommission erst zehn Jahre später, 1989, ein.[10] Und erst im Kontext des Vertrages von Maastricht sollte sich die Ansicht durchsetzen, dass die Gemein-

7 Vertrag über die Europäische Union, ABl. Nr. C 191 v. 29.7.1992.

8 RL 90/365/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben geschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, Abl.EG 1990 Nr. L 180, S. 28; RL 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, Abl.EG 1993 Nr. L 317, S. 59; RL 90/364/EWG des Rates vom 13.7.1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl.EG 1990 Nr. L a 180, S. 26.

9 ABl. Nr. C 207 v. 17.8.1979, S. 14.

10 ABl.EG 1989 Nr. C 191, S. 2, geänd. Abl.EG 1990 Nr. C 26, S. 15.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schaft für solche Regelungen überhaupt die Kompetenz besitzt (Calliess 2007: 13). Schließlich konnten Anfang der 1990er die genannten Richtlinien erlassen werden – bezeichnenderweise auf Grundlage des heutigen Art. 352 Abs. 1 AEUV[11], also der Generalklausel zur Fortentwicklung des Binnenmarktes bei fehlender Gemeinschaftskompetenz.[12] Die Verhandlungen hatten sich auch zuletzt noch kompliziert gestaltet, vor allem im Bereich der sozialen Leistungen (Wind 2009: 226). Nichterwerbstätigen sollte zwar Freizügigkeit ermöglicht werden, nicht jedoch der Zugang zu öffentlichen Leistungen des Aufnahmestaates. Studierende beispielsweise mussten sicherstellen, dass sie über Krankenversicherungsschutz und ausreichende finanzielle Mittel verfügten.

Der 1993 in Kraft getretene Maastricht-Vertrag brachte dann den »qualitativen Sprung« (Renner 2005: Vorbem. Rdnr. 3), nämlich die zentrale institutionelle Veränderung auf der Ebene der europäischen Verträge durch die Einführung der Unionsbürgerschaft in Art. 17 EG (Art. 20 AEUV) und des Freizügigkeitsrechts in Art. 18 EG (Art. 21 AEUV).[13] Dabei wurde Art. 18 Abs. 1 allerdings unter den Vorbehalt des nachrangigen Sekundärrechts gestellt: Nur unter den »Bedingungen und Beschränkungen« etwa der drei Nichterwerbstätigen-Richtlinien sollte das Freizügigkeitsrecht gelten. Diese Widersprüchlichkeit war wiederum Ausdruck der immer noch virulenten Sorge um die nationalen sozialen Leistungssysteme. »Mit diesem Vorbehalt glaubten sich die Mitgliedsstaaten ausreichend geschützt. Doch dies war kurzsichtig.« (Martínez Soria 2002: 643)

---

11 Mit Ausnahme der Student*innen-Richtlinie – das Europäische Parlament hatte gegen diese vor dem EuGH geklagt, weil es unter dieser Kompetenznorm nicht beteiligt wurde. Es erhielt Recht, sodass diese Richtlinie auf der Grundlage von Art. 7 II EWGV beschlossen werden musste (Wollenschläger 2007: 109).

12 Die heutige Fassung des ehemaligen Art. 308 EG bzw. 235 EGV ist nicht mehr auf den Binnenmarkt beschränkt, enthält dafür aber in den folgenden Absätzen diverse Sicherungsklauseln, die eine expansive Interpretation dieser Norm verhindern sollen – dass dies gelingt, ist jedoch aufgrund der geschichtlichen Erfahrungen mit der Rechtsfortbildung des EuGH eher unwahrscheinlich.

13 Was die zentralen Normen des zu analysierenden Rechtsdiskurses betrifft, wird im Folgenden *nicht* die Nummerierung des Lissabonvertrages (das heißt des Vertrages über die Arbeitsweise der EU) verwendet, sondern die Nummerierung, die zum Zeitpunkt der Rechtsprechung die maßgebliche war: die des EG-Vertrages nach Amsterdam. Es kommt erschwerend hinzu, dass zwischen dem ersten hier untersuchten Urteil von 1998 und heute diese Nummerierung bereits zum dritten Mal verändert wurde – auch ein Ausdruck der Dynamik des europäischen Staatsprojekts, wenn man bedenkt, dass die Artikelnummerierungen der nationalen europäischen Verfassungen sich ausschließlich in Zeiten von Systemtransformationen veränderten.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Weitere zehn Jahre später, 2004, wurde schließlich auch das Sekundärrecht angepasst: Der »wahre Flickenteppich« (Schönberger 2006: 226) der diversen bisherigen Freizügigkeitsrichtlinien für Erwerbstätige und Nichterwerbstätige wurde durch eine neue »Freizügigkeits-« bzw. »Unionsbürger-Richtlinie« auf der Grundlage der neuen Normen des Maastricht-Vertrages systematisch zusammengefasst und durch diese vollständig ersetzt.[14] Dabei war dieser neue Sekundärrechtsakt keine bloße Zusammenfassung, sondern enthielt, immer noch der politischen Dynamik folgend, welche die Unionsbürgerschaft hervorgebracht hatte, »eine grundlegende Neuorientierung«, insofern nämlich, als die Richtlinie »das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger – ungeachtet der Art ihrer Betätigung – nach einem fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat in ein sehr verfestigtes Daueraufenthaltsrecht einmünden lässt« (ebd.: 227). Dabei unterscheidet sie in Art. 7 I verschiedene Formen des Aufenthalts, abhängig von der Dauer, jeweils mit differenzierten Rechten. Die politischen Akteur*innen waren also inzwischen bereit, Unionsbürger*innen nach einem legalen Aufenthalt von fünf Jahren ein Aufenthaltsrecht zuzugestehen, das sich kaum mehr von dem ihrer Staatsbürger*innen unterschied. Allerdings musste der Aufenthalt während der ersten fünf Jahre vollständig aus eigenen Mitteln bestritten werden. Zum Zeitpunkt der Verabschiedung dieser Richtlinie, kurz vor der Osterweiterung, lebten in der EU nur 1,6 Prozent aller Unionsbürger*innen in einem anderen Mitgliedsstaat als dem, dessen Staatsbürgerschaft sie besaßen – im Vergleich zu einem Anteil von 3,8 Prozent Drittstaatler*innen; nach der Osterweiterung hat sich dieses Verhältnis nicht maßgeblich verändert (ebd.: 231).

Somit wurden zwei zentrale Elemente einer »Politischen Union« erstmals im Primärrecht verankert und im Sekundärrecht entsprechend umgesetzt: der seit den Anfangsjahren der EWG geforderte offizielle Status der Staatsbürger*innen der EU-Mitgliedsstaaten als Unionsbürger*innen sowie, damit einhergehend, ein allgemeines, nicht auf die Grundfreiheiten beschränktes Recht, sich im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Dieser politische Durchbruch erfolgte wenig emphatisch und ohne großes Aufsehen. Nicht einmal die gesellschaftliche Kräfteallianz, die sich damit letztlich durchsetzte, feierte ihre Errungenschaft – denn das Projekt war im Verlauf der jahrzehntelangen Verfahren verwässert worden. Diejenigen, die unter dem Banner des »Europas der Bürger« schon seit Beginn der Gemeinschaft immer wieder einen europäischen Bürgerschaftsstatus gefordert hatten – der Europäische Gewerkschaftsbund, marginale Bürgerrechtsgruppierungen und europafreundliche Intellektuelle – (Wissel 2014: 16ff.), verfügten nicht über starke Ressourcen. Auch einige südliche Mitgliedsstaaten, vor allem Spanien, hofften durch eine »Politische Union« der Heterogenität der EG und der damit drohenden eigenen Marginalisierung als europäische Peripherie

14 RL 2004/38/EG, ABl. Nr. L 158/77 v. 30.4.2004.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

entgegenwirken zu können (ebd.: 3f.). So erfolgte die Positivierung maßgeblich auf das Drängen des spanischen Ministerpräsidenten Felipe González (ebd.: 33ff., 39ff.). Diese gesellschaftliche Kräftekonstellation des linksliberal-alternativen und teilweise des proeuropäisch-sozialen Hegemonieprojekts konnte sich seit den 1970er Jahren auf dem politisch-institutionellen Terrain auf Kommission und Europäisches Parlament stützen, wobei letzteres allerdings damals noch keinerlei Mitentscheidungsbefugnisse besaß.

Die über Jahrzehnte ausgetragenen Auseinandersetzungen um die Einführung der Unionsbürgerschaft waren mit ihrer Einführung in das europäische Primärrecht auf dem politischen Terrain zu einem vorläufigen Ende gekommen. Die Befürworter*innen einer rechtlich verankerten Unionsbürgerschaft hatten sich durchgesetzt, aber um den Preis, dass die konkrete Formulierung in den Augen der meisten politischen Beteiligten in Wirklichkeit nichts Neues hinzufügte, sondern vielmehr als die Bestätigung des ohnehin schon vorhandene Acquis galt (ebd.: 38). Darüber hinausgehende Positionen wurden enttäuscht – sowohl derjenigen, die eine weitergehende Bürger*innenschaft forderten, als auch derjenigen, welche die Entwicklung grundsätzlich ablehnten. Die Auseinandersetzungen verschoben sich nach der Positivierung auf das juristische Terrain.

Die Enttäuschung der linksliberal-alternativen Kritiker*innen fand sich dort anfänglich in einer Haltung wieder, die überwiegend »von kritischer Distanz ja zum Teil von herablassender Missachtung geprägt« war. »Die emphatische Natur des Begriffs [der Unionsbürgerschaft, S.B.] präsentierte sich eigenartig vor dem Hintergrund eines bescheiden erscheinenden Regelungsgehalts.« (Hilpold 2008: 17) Joseph Weiler etwa sah darin »wenig mehr als eine zynische Werbeaktion« (Weiler 1996°), denn sie schien keine neuen Rechtspositionen zu enthalten und eher symbolische Politik zu sein, ein halbherziger Legitimationsversuch angesichts des Demokratiedefizits. Nur wenige linksliberal-alternativen Jurist*innen hofften, dass sich ihre Forderungen dadurch erfüllen würden, dass in den nächsten zwei Dekaden »diese embryonale Konzeption der Unionsbürgerschaft [...] progressiv expandieren« werde (Lodge 1993: 380°). So nannte noch 1998, im Jahr der ersten EuGH-Entscheidung, die Bürgerschafts-Forscherin Jo Shaw eine solche Perspektive »futuristisch« und hielt dem entgegen: »[A]uf den Europäischen Gerichtshof zu vertrauen, dass er eine innovative und dynamische Rolle in der Interpretation der Art. 8ff. [17ff. EG, S.B.] in der näheren Zukunft vornehmen wird, übertreibt daher seine momentanen Kapazitäten in Sachen Agenda-Setting.« (Shaw 1998: 309°) Es sollte sich zeigen, dass sich die skeptischen Autor*innen irrten.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5.3 GENEALOGIE DES RECHTSDISKURSES ZU DEN SOZIALEN RECHTEN

Die Rechtsprechungslinie zu den sozialen Rechten begann nach einhelliger Ansicht mit dem Urteil in der *Rechtssache (Rs.) Martínez Sala* 1998: Es stellt das konstituierende, »keineswegs zu erwartende« (Cremer 2007: 85) Ereignis des zu untersuchenden Rechtsdiskurses dar, welches in der Folge die vorhandenen diskursiven Aussagen neu strukturierte. Es sollte sich als »ausdrücklich vollzogener Rechtsprechungswandel« erweisen, der jedoch erst mit den nachfolgenden Urteilen als solcher deutlich wurde (ebd.). Dann allerdings wurde das Urteil als die »Geburtsstunde« des Diskurses interpretiert (Kingreen 2007: 47), mit welchem der EuGH »zum allerersten Mal« (Minderhoud 1999) die Unionsbürgerschaft für die sozialen Rechte in Anschlag brachte. Die diskursive Konstruktion dieses Ereignisses stellt dabei die superdifferenzielle Grenzziehung dar, die in zeitlicher Hinsicht bestimmte, was in den diskursiven Raum dieses Diskurses gehört und was nicht.

Aus einer bestimmten Perspektive, die in der folgenden Diskursanalyse noch deutlich hervortreten wird, erschien das Urteil als »Dammbruch für die sozialrechtliche Instrumentalisierung der Unionsbürgerschaft« (Sander 2005: 1015). Die Metapher des brechenden Damms verdeutlicht dabei die Ansicht, dass schon vorher ein immenser Druck auf der Unionsbürgerschaft gelastet habe, die bis 1998 aber durch Schutzwälle gegen das ›Überfluten‹ der nationalen Wohlfahrtsstaaten vor ›Missbrauch‹ gesichert war. Und in der Tat gibt es in der Genealogie dieses Diskurses Voraussetzungen, die einer Jurisdiktion, die den Zugang zu sozialen Rechten öffnet, im Wege standen, ohne die sie aber zugleich nicht denkbar gewesen wäre. Die neue Rechtsprechung musste an sie anknüpfen, sie benutzen und verschieben, ›instrumentalisieren‹. Diese Voraussetzungen sollen nun zunächst nachgezeichnet werden, ehe mit der diskursanalytischen Rekonstruktion der Rechtsprechung zu den sozialen Rechten begonnen wird.

5.3.1 Rechtsprechung vor der Unionsbürgerschaft: Die Freizügigkeit des »Humankapitals«

Bis zur Einführung der Unionsbürgerschaft, also fast das ganze erste halbe Jahrhundert der E(W)G, war der Status der Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten im Verhältnis zur Gemeinschaft nicht ausdrücklich geregelt. Allerdings gab es diesen Status im rechtlichen Diskurs dennoch: als aus den Grundfreiheiten abgeleiteten »Marktbürger«-Status, welcher den grenzüberschreitenden Arbeiter*innen, den Dienstleister*innen und den Gewerbetreibenden, vermittelt über das Gleichbehandlungsgebot, ökonomische Rechtspositionen zugestand (Kluth 2006: 2f.). Auch wenn es keine ausdrücklichen Kompetenzen dafür gab, erließ der Rat 1968 mit der

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

VO/EWG/1612/68[15] bereits die erste sekundärrechtliche Regelung in dem Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer*innen und ihrer Familien, begründet ausschließlich mit der Menschenwürde der Figur des »Marktbürgers« (Renner 2005: Vorbem. Rdnr. 3). Daran kann man ablesen, dass die EG bis zu diesem Zeitpunkt kein Staatsprojekt ausbildete, das etwa die Frage der Staatsbürgerschaft aufgeworfen hätte.

Der Europäische Gerichtshof griff die Normen dieser Verordnung auf und weitete bereits relativ früh den Begriff des »Arbeitnehmers« und damit die Personengruppe, die sich auf die Vergünstigungen der Verordnung beziehen konnte, »dramatisch« aus (Hatzopoulos 2005: 1603). Dies geschah mit dem Argument, dass es gefährlich sei, den Begriff in die Definitionsmacht der Mitgliedsstaaten zu übergeben, weil so keine *einheitliche* Anwendung gesichert sei. Er müsse vielmehr gemeinschaftsrechtlich, also vom EuGH selbst, gedeutet werden.[16] In Anwendung dieses Arguments sowie des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Nationalität subsumierte er sodann unter den Begriff des »Arbeitnehmers« sowohl Teilzeitbeschäftigte, gegen den Einwand des zu geringen Einkommens,[17] als auch weiter gehend: Auszubildende mit einem nur noch symbolischen Lohn,[18] dann Prostituierte[19] und schließlich Fußballspieler.[20] Eine »zu enge« Interpretation der Arbeitnehmerfreizügigkeit könne die Erfüllung der Freizügigkeitsziele der Gemeinschaft verhindern, da dann nur eine sehr kleine Gruppe darunter fiele.[21] Die maßgeblichen Bezugspunkte dieser Rechtsprechungslinie bildeten nach wie vor die Grundfreiheiten in der neoliberalen Auslegung:

»Es ist klar, dass das Binnenmarktprojekt mit seinem Ziel der effizienten Allokation der Produktionsfaktoren nur dann erfolgreich sein wird, wenn dem ›Humankapital‹ adäquate Möglichkeiten zur Verfügung gestellt werden, sich in das sozioökonomische Netzwerk des Aufnahmemitgliedsstaates zu integrieren.« (Lenaerts/Heremans 2006: 103°)

Auch noch auf einem weiteren rechtlichen Terrain fanden erste Suchprozesse zur Ausdehnung der sozialen Rechte statt, welche ebenfalls als Voraussetzungen der neuen Rechtsprechungslinie angesehen werden müssen. Im Zentrum standen dabei nicht die sozialen Rechte im Aufnahmestaat, sondern der Export von sozialen Leistungen dorthin. Aber, wie Herwig Verschueren, Professor für europäisches Sozial-

15 Abl.EG Nr. L 257 v. 19.10.1968, S. 2–12.

16 Rs. Hoekstra, 75/63, Slg. 1964, 379.

17 Rs. Levin, 53/81, Slg. 1982, 1035.

18 Rs. Lawrie-Blum, 66/85, Slg. 1986, 2121.

19 Verb. Rs. Ardoui & Cornuaille, 115 & 116/82, Slg. 1982, 1665.

20 Rs. Bosman, C-415/93, Slg. 1995, I-4921.

21 Rs. Antonissen, C-292/89, Slg. 1991, 745.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

recht der Universität Antwerpen und langjähriger Beamter der europäischen Kommission, feststellte, begann, »im Gegensatz zur herkömmlichen Literatur, die Diskussion um die sozialen Rechte nicht erst mit dem case law des EuGH zur Unionsbürgerschaft«, sondern bereits in den 1980er Jahren mit dem »case law« zur Anwendung der Verordnung 1408/71 (Verschueren 2007: 310°).

Diese sogenannte EU-Wanderarbeiterverordnung bzw. das in der VO 1408/71[22] enthaltene EU-Sozialversicherungs-Koordinationssystem zielte darauf ab, die Hindernisse, die aus der Vielfalt mitgliedsstaatlicher Sozialleistungssysteme entstehen, zu beseitigen, da diese Wanderarbeiter*innen davon abhalten könnten, von ihrer Freizügigkeit Gebrauch zu machen (Kingreen 2007: 44). Dies war eine heikle Angelegenheit, denn es fehlte ja gerade eine europäische Sozialpolitik, und die Regierungen der national-sozialen Wohlfahrtsstaaten legten großen Wert darauf, dass diese nationalen Differenzen erhalten blieben. Einen Ausgleich zwischen diesen widerstreitenden Interessen versuchte man dadurch herzustellen, dass es zu keiner »Harmonisierung«, sondern lediglich zu einer »Koordinierung« der Sozialsysteme kam, mittels derer aber alle Diskriminierungen aufgrund der Nationalität gebannt werden sollten (Verschueren 2007: 312). Hinzu kommt, dass nicht alle sozialen Leistungen, insbesondere nicht die Sozialhilfe oder Studienförderungen davon umfasst waren, und dass der persönliche Schutzbereich sich weitgehend auf Erwerbstätige beschränkte. Deswegen konnten sich die Protagonist*innen des hier zu analysierenden Rechtsdiskurses auch nicht darauf beziehen. Implizit, und das macht die Parallelität aus, wurde die Verordnung jedoch auch auf nicht-ökonomisch aktive Personen wie Pensionäre, Arbeitslose oder Familienmitglieder der Erwerbstätigen angewendet: Entscheidend sei nicht die Ausübung einer ökonomischen Aktivität als solche, sondern der Umstand, dass man schon einmal *als Erwerbstätiger oder Selbständiger* von einem nationalen Sozialsystem erfasst gewesen sei (ebd.: 313).

Wie auch immer, es handelt sich durch die Fixierung auf die Erwerbsarbeit hierbei immer noch um die traditionellen sozialen Rechte der fordistischen und der postfordistischen Ära der europäischen Integration und gerade noch nicht um die neue Generation sozialer Rechte. Die Regelung war Ausdruck der Freizügigkeit des Produktionsfaktors Arbeit und der weiterhin nur national betriebenen europäischen Sozialpolitik. So enthält die Verordnung vor allen Dingen Kollisionsregeln, die Doppelbelastungen von grenzüberschreitend reisenden Personen verhindern und den Export erworbener Sozialleistungen ermöglichen sollen. Nach Art. 4 Abs. 4 der Verordnung ist insbesondere die Sozialhilfe nicht exportierbar. Nun geschah aber Folgendes: Der EuGH wurde seit den 1970er Jahren wiederholt mit der Frage kon-

22 Am 1.5.2010 trat die VO (EG) 883/2004 vom 29.4.2004 in Kraft. Sie ersetzte die VO 1408/71, nachdem die nach Art. 91 der neuen VO erforderlichen Durchführungsbestimmungen erlassen wurden, was am 16.9.2009 mit der VO (EG) 987/2009 geschah (Art. 97 dieser VO), ABl. Nr. L 166 v. 30.4.2004, S. 1.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

frontiert, welche Leistungen genau unter diese Ausnahmenorm des Art. 4 Abs. 4 fallen. Denn die große Varianz von Leistungen, von denen die traditionelle Sozialhilfe nur eine ist, nahm oft eine Mischform von erworbenen und beitragsunabhängigen Leistungen an. Und genau solche Fragen nutzte der EuGH, um durch strenge Maßstäbe möglichst viele Leistungen als exportierbar zu erklären. Nicht wenige davon überschnitten sich mit Leistungen, die von der neuen Rechtsprechungslinie umfasst sind, die Abgrenzung ist teilweise schwierig.

Dies war die Ausgangskonstellation, in welcher die Rechtsprechungslinie zu den sozialen Rechten Nichterwerbstätiger entstehen konnte. Sie markierte den ersten post-neoliberalen Schritt oder poetischer formuliert: »das Erwachen des sozialen Bewusstseins des EuGHs« (Hatzopoulos 2005: 1604°). Der im Folgenden darzustellende Rechtsdiskurs illustriert die »unaufhaltsame Evolution des Binnenmarktes von einem bloß ökonomischen Feld hin zu einem solchen, in welchem das Recht die sozialen Parameter des Einheitsprozesses in Rechnung stellt« (ebd.: 1605°). Wir werden sehen, wie die Grundfreiheitenjudikatur nun in den Dienst eines neuen Prinzips genommen wurde.

5.3.2 Erste Diskursfragmente – die Generalanwaltschaft

In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages 1993 vermieden es die Richter*innen des Gerichtshofes, auf die neue Unionsbürgerschaft auch nur Bezug zu nehmen. Auch der allgemeinen Freizügigkeit in Art. 18 wurde nur eine sekundäre, marginale Rolle zuerkannt (Hilpold 2008: 20). Die juridischen Intellektuellen blieben vielmehr auf ihrem eingefahrenen Pfad der extensiven Auslegung der Grundfreiheiten. Sie gelangten dadurch zwar zu ähnlichen Ergebnissen, wie sie auch eine Anwendung der Unionsbürgerschaft ermöglicht hätte, aber eben in den alten Kategorien. So verwiesen sie höchstens ab und an auch auf die Unionsbürgerschaft, ohne jedoch daraus Schlussfolgerungen für den konkreten Fall zu ziehen. »Das Unionsbürgerschaftskonzept ist hier noch nicht mit eigenem Leben erfüllt, wird aber gleichsam in Reserve gehalten für den Zeitpunkt, zu welchem es nach einer weiteren Präzisierung konkret einsetzbar wird.« (Ebd.: 22)

»Wagemutigere Sondierungsversuche« (ebd.: 20) unternahmen hingegen schon früher die Generalanwält*innen. Sie begründeten eine Tradition, »den grundrechtsgeschützten Bürgerschaftsdiskurs mit Verve weiterzuentwickeln« (Haltern 2005: 92). So argumentierte etwa Generalanwalt Léger in der *Rs. Boukhalfa* 1995, der Begriff der Unionsbürgerschaft solle eine »völlige Gleichstellung der Unionsbürger unabhängig von ihrer Nationalität ermöglichen« und es obliege gerade dem Ge-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

richtshof, ihm diese volle Bedeutung zu geben.[23] Doch der EuGH folgte »seinen emphatischen Generalanwälten« zunächst nicht (ebd.: 95). Er war »noch nicht bereit, auf dem noch weitgehend unergründeten Feld der Unionsbürgerschaft« den weitreichenden Thesen zu folgen (Hilpold 2008: 21). Es war die Zeit der Post-Maastricht-Krise, in der sich die Richter*innen vorsichtig zurückhielten. Doch dann, 1998, als bereits das nächste Vertragswerk verhandelt wurde, mit dem sowohl die europäische Antidiskriminierungspolitik weiterentwickelt als auch das Migrationsrecht und das Grenzregime europäisiert wurden, kam es zu einem vorsichtigen, aber folgenreichen ersten Schritt des Gerichtshofs: »Sein Weg führte ihn von völliger Ignorierung über eine tastende Suche nach Potential zu einer Konzeptionalisierung, die die Unionsbürgerschaft von einer rechtlichen Marginalie zu einer festen und dynamischen Größe hat werden lassen.« (Haltern 2005: 95)

Dieser Prozess soll nun im Folgenden diskursanalytisch rekonstruiert werden. Dabei werde ich genealogisch vorgehen, um so die strategischen Auseinandersetzungen, die Durchbrüche und Zugeständnisse und darüber vermittelt die allmähliche Herausbildung dieses Rechtsdiskurses nachzuzeichnen. Die sozialen Rechte der Unionsbürger*innen lassen sich auf diese Weise als Effekte dieses Diskurses (Butler 1991: 9) in ihrer historischen Kontingenz und Ereignishaftigkeit aufzeigen. Ich werde dabei von Urteil zu Urteil die Herausbildung der juridischen Argumentationsfiguren verfolgen. Dabei weiche ich von der üblichen juristischen Darstellung von Urteilen (Sachverhalt, Entscheidungsgründe, Kommentar) ab, um mit dem verfremdeten Blick der Diskursanalytikerin die Entstehung von Sinn als Resultat regulativer Praxen zu analysieren. Auch das Schicksal der konkreten Streitparteien, welches in den juridischen Verfahren verhandelt wird, der »Ereignisstrom«, wird dabei im Rechtsdiskurs rechtsintern rekonstruiert und neu geordnet (Teubner 1989: 31) – der relationalen Autonomie der Rechtsform entsprechend. Die spezifisch hegemonietheoretische Perspektive identifiziert dabei die Kernstrategeme – die Äquivalenzen, Kontraritäten und die Repräsentation – sowie das sich herausbildende hegemoniale juridische Projekt. Alle diese Elemente sind bereits im ersten Rechtsfall präsent, auch wenn sie sich erst in der Folge durch Wiederholung und Verschiebung etablieren.

23 Schlussanträge des Generalanwalts Philippe Léger v. 14.11.1995, Rs. C-214/94, Slg. 1996, I-2253.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5.3.3 »Martínez Sala« vom 12. Mai 1998[24] – »wahre Sozialunion« vs. »nationale Wohlfahrtssouveränität«

Die folgenden Rechtsfälle wurden alle im oben erläuterten Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV entschieden. Das heißt, die nationalen Gerichte setzten ihr Verfahren aus und legten dem EuGH verschiedene Rechtsfragen vor, die das Europarecht betreffen und für die er die alleinige Auslegungskompetenz besitzt. Die Antworten des Gerichtshofs auf diese Fragen mussten im Anschluss von den nationalen Gerichten aufgenommen werden. Der Gerichtshof entschied also nicht unmittelbar über die Berechtigung der konkreten Ansprüche der Kläger*innen, darüber entschieden vielmehr im Anschluss die nationalen Gerichte auf der Grundlage der EuGH-Entscheidung.

Die Fragestellung des ersten Rechtsfalles lautete, ob eine erwerbslose Spanierin mit legalem Aufenthaltsstatus, aber ohne förmliche Aufenthaltsgenehmigung Erziehungsgeld in der BRD beantragen kann. Das vorlegende bayerische Landessozialgericht hatte seine Vorlagefrage noch ganz in den Kategorien der bisherigen Rechtsprechung formuliert, das heißt, es hatte auf eine vermeintliche Arbeitnehmer*innen-Eigenschaft der Klägerin und nicht auf ihren Unionsbürgerinnenstatus abgestellt. Doch die große Kammer des EuGH brach mit diesem Pfad. Die drei zentralen Normen, die das Gerüst des neuen Rechtsdiskurses darstellen werden, bilden dabei von Anfang an explizite Bezugspunkte: Art. 18 EG (Freizügigkeit), Art. 12 EG (Diskriminierungsverbot) und Art. 17 EG (Unionsbürgerschaft).

Der erste diskursive Kampf drehte sich um den Status von Art. 18: Könnte er ein generelles und eigenständiges Aufenthaltsrecht normieren, welches sich unmittelbar aus dem Vertrag, also unabhängig von den Freizügigkeitsrichtlinien, ergibt? Das vertraten zumindest die Kommission, die spanische Regierung und Generalanwalt La Pergola.[25] Die Kommission argumentierte, dass es »nach Inkrafttreten der Unionsbürgerschaft« ein solches Recht gebe. Dagegen behaupteten die deutsche, die französische und die britische Regierung, dass Art. 18 nur die Rechte wiederhole und zusammenfasse, die den Einzelnen als »Marktbürgern« bereits zuerkannt waren, aber keinesfalls einen neuen Inhalt hinzufüge.[26] Der EuGH folgte nun nicht dem »radikalen Weg« (Hilpold 2008: 22), sondern wählte einen eigenen, der aber im Ergebnis auf das Gleiche hinauslief: Die Klägerin halte sich erlaubt in der BRD auf. Da dies von keiner Partei bestritten werde, brauche gar »nicht geprüft zu wer-

24 Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691.

25 Schlussanträge des Generalanwalts Antonio Mario La Pergola v. 1.7.1997, Rs. C-85/96, Rn. 15, 20.

26 Wiedergegeben nach GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 15.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den, ob ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 18 EG stammt«[27]. Diese Antwort wurde von allen Diskursteilnehmer*innen als offensichtliche *Ausweichstrategie* interpretiert. Der EuGH vermeide es (Tomuschat 2000: 452; Hilpold 2008: 22), diese »fundamentale Argumentation« (Timmermans 2003: 197) anzugehen. Dies sei problematisch, weil Art. 18 gerade »der Schlüssel, das Tor zur Antidiskriminierungsklausel von Art. 12« sei (Tomuschat 2000: 453°). Es wurde daher die Vermutung geäußert, der Gerichtshof habe damit für eine spätere Auseinandersetzung mit Art. 18 »den Grund bereitet« (Fries/Shaw 1998: 546). Die Schlussfolgerungen des EuGH seien jedenfalls »als revolutionär zu bezeichnen«, auch wenn die Richter*innen noch nicht bereit gewesen seien, den »revolutionären Konstruktionen« des Generalanwalts zu folgen (Hilpold 2008: 22). Der Trick habe gerade darin bestanden, dass der Gerichtshof formal auf Kontinuität gesetzt, keine emphatische Sprache verwendet, zugleich aber einen »Bruch« mit seiner Rechtsprechung vorgenommen habe, sodass »folglich Ecksteine der Judikatur [...] neu zu setzen waren« (ebd.).

Da der EuGH das »Tor« des Art. 18 strategisch mied, umging er zugleich die Diskussion um dessen Beschränkungen: Wenn einer Gemeinschaftsbürgerin, »*wie auch immer*, das Recht eingeräumt worden [ist], sich in einem anderen Mitgliedstaat [...] aufzuhalten«, falle sie automatisch unter das Diskriminierungsverbot aufgrund der Nationalität,[28] lautete die profane Schlussfolgerung des Generalanwalts, welcher der EuGH folgte. Käme es hingegen auf Art. 18 an, dann hätte sich der Gerichtshof damit auseinandersetzen müssen, dass die Klägerin unter eine der drei Nichterwerbstätigen-Richtlinien falle,[29] die ausreichende eigene finanzielle Mittel verlangt,[30] – so die Position der deutschen Regierung. Dies sei eine faire Beschränkung, weil nur die »klassischen Freizügigkeitsberechtigten«, sprich: die Erwerbstätigen, in das ökonomische Leben der Aufnahmestaaten integriert seien und zu dessen Reichtum beitrügen (Tomuschat 2000: 453°). Daher unterscheide das sekundäre Gemeinschaftsrecht »deutlich zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen« (Hailbronner 2004: 2188). Art. 18 Abs. 1 EG habe diese Restriktionen als Beschränkungen der Freizügigkeit normiert: »Sie zeigen an, dass die Mitgliedsstaaten nicht bereit waren, Fremden den Zugang zu ihrem Territorium zu gewähren, die, obwohl sie Unionsbürger sind, eine Last für die öffentlichen Wohlfahrtsysteme werden könnten« (ebd.).

Eine national-soziale Argumentationsstrategie nimmt hier erste Konturen an: Die EG habe

27 Urteil in der Rs. Martínez Sala (Fn. 24), Rn. 60.

28 GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 20, Herv. i.O.

29 RL 90/364/EWG.

30 Wiedergegeben nach GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 15.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»noch nicht die Schwelle zu einer wahren Sozialunion überschritten, in der die Völker der 15 Mitgliedsstaaten als eine einzige Gemeinschaft betrachtet werden, die gegenseitig Solidarität ausweiteten, wo Einkommen und finanzielle Belastungen geteilt werden, unabhängig von nationalen Grenzen«, wie Tomuschat (2000: 454°) positiv hervorhebt.

Sozialleistungen seien die Crux der Freizügigkeit, da sie Leistungen seien, die nicht durch eine Teilnahme am »kollektiven Arbeitsprozess« »verdient« wurden. So könnten die Staaten mit der großzügigsten Regelung gerade Personen ohne reguläres Einkommen anziehen. Das wiederum könnte nationale Behörden zu einem Abbau nationaler sozialer Rechte für alle Anspruchsberechtigten veranlassen. Der EuGH liefe also Gefahr, mit einer solchen Rechtsprechung negative Staatspraxen zu stimulieren (ebd.: 456°). Da der EuGH Art. 18 gar nicht prüfe, erfolge die gesamte Argumentation »ohne auch nur mit einem Wort auf die Systematik des sekundären Gemeinschaftsrechts und die einschlägigen Richtlinien einzugehen [...]. Man ist perplex« (Hailbronner 2004: 2188).

Die »wahre Sozialunion« wird als das Gegenprojekt identifiziert, von dem sich die Autoren abgrenzen. Als Subjektpositionen inkludieren sie nur die erwerbstätigen Unionsbürger*innen, die zudem Fremde bleiben. Und nationale Grenzen sind zugleich die Grenzen der Solidarität: Solidarität wird durch Arbeitsleistung für das nationale Kollektiv verdient, was nicht durch Ausnutzung von Großzügigkeit unterhöhlt werden dürfe.

Diese Melange aus national-sozialen und national-konservativen Kritiken zeichnet sich hier als defensiv-hegemoniale Strategie ab, die auf Abwehr und Zerstreuung eines möglichen hegemonialen Projektes zielt, dem aber kein eigenes Projekt entgegensetzt wird, sondern lediglich das Bestreiten der Existenz des europäischen Projekts und das Beharren auf der Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedsstaaten. Es werden von dieser Seite zwei strikte Kontraritätsrelationen eingeführt, indem der diskursive Raum antagonistisch geteilt wird: in Sozialunion vs. nationale Zuständigkeit für Sozialpolitik sowie, von den Subjektpositionen her, in Erwerbstätige und Nichterwerbstätige. Die Konzeption des *gesellschaftlich Allgemeinen*, die hinter dieser Kräftekonstellation steht, lässt sich am treffendsten mit der von Fries und Shaw in ihrer Urteilsbesprechung verwendeten und in der Folge von der Literatur immer wieder zitierten Bezeichnung der »*national welfare sovereignty*« (Fries/Shaw 1998: 558, Herv. S.B.) benennen.[31]

Die proeuropäischen Strategien wiederum deuteten die »Beschränkungen und Bedingungen« lediglich als solche, die »die bloße Ausübung« des Freizügigkeits-

31 Die Autorinnen beschreiben diese Konzeption allerdings von der anderen Seite aus und betonen, dass ein beträchtlicher Teil dieser nationalen Wohlfahrtssouveränität nun innerhalb des Bereiches des Gemeinschaftsrechts scheinbar unter eine strikte juristische Kontrolle gestellt wurde (ebd.).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rechts betreffen,[32] und gerade nicht seine Entstehung (Borchardt 2000: 2059). Es lasse sich nicht mehr die Meinung vertreten, »dass das Aufenthaltsrecht durch die Richtlinie begründet worden sei, sozusagen von den Mitgliedstaaten ›bewilligt‹«. Das Recht sei inzwischen in einer Primärvorschrift niedergelegt »und verschwindet nicht oder besteht, je nachdem, ob es vom [...] Sekundärrecht beschränkt wird«[33]. »Es hat mit Art. 18 EG eine primärrechtliche Rechtsgrundlage erhalten«, sodass »jeder Bürger eines Mitgliedsstaats der EU als Unionsbürger beim Überschreiten einer innergemeinschaftlichen Grenze bereits über das Aufenthaltsrecht« verfüge (Borchardt 2000: 2060). Das Kontraritätsstrategem des national-sozialen Projekts findet also auf der Seite des proeuropäisch-sozialen Projekts seine Entsprechung: ein primärrechtlich genuin europäisches Aufenthalts*recht* im Gegensatz zu einer von den Mitgliedsstaaten nur sekundärrechtlich abgesicherten *Bewilligung*.

Klaus-Dieter Borchardt, Hauptverwaltungsrat im juristischen Dienst der Kommission und ›Schüler‹ des ehemaligen deutschen proeuropäischen EuGH-Richters Manfred Zuleeg, vertritt im gesamten Diskurs die umfassendste Konzeption sozialer Rechte – eine Position, die dem proeuropäisch-sozialen Hegemonieprojekt zugeordnet werden kann. Er versuchte gleich zu Beginn, allein aus Art. 18 auch die sozialen Rechte abzuleiten: »Aus Artikel 18 EG folgt unmittelbar, dass der Mitgliedsstaat verpflichtet ist, den Unionsbürgern neben dem Aufenthaltsrecht selbst auch alle damit im Zusammenhang stehenden oder daraus ableitbaren Rechte zu gewähren« (ebd.: 2059).

Er nennt seinen eigenen Ansatz den »maximalistischen Ansatz«, der »gleichwohl noch ein Stückchen Utopie sei« (ebd.: 2061). Es ist genau diese früh geäußerte maximalistische Position, die in der Folge als Gespenst durch die Texte geistern wird. Zunächst einmal aber folgte der EuGH dieser Position nicht, sondern entwickelt einen alternativen Zugang über die Äquivalenzierung von Art. 17 und Art. 12. Das juristische Terrain, auf welches er damit die Auseinandersetzung verlagerte, lautet »Anwendungsbereich«: Der Generalanwalt hatte systematisch argumentiert, dass es »sich nicht leugnen« lasse, »dass die Schaffung der Unionsbürgerschaft sich auf den Anwendungsbereich des Vertrages«, also die *Reichweite des Europarechts* auswirke.[34] Um dies zu begründen hatte er zunächst die Unionsbürgerschaft näher eingeordnet: Sie sei der Status,

»der neu und *ohne Unterschied allen* Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten gemeinsam ist. Es ist die *grundlegende* Rechtsstellung, möchte ich sagen, die dem Staatsangehörigen *jedes* Mitgliedstaats von der Rechtsordnung der [...] Union garantiert ist.«[35]

32 Kommission, wiedergegeben nach GA La Pergola (Fn. 25).

33 GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 18.

34 GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 20.

35 Ebd., Rn. 18, Herv. S.B.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Daher verlange es die im Vertrag von Maastricht vorgezeichnete Union, dass das Diskriminierungsverbot auch auf den Bereich des neuen Rechtsinstituts angewendet werde. »Dieser Fall ist somit ein ›test case‹ für eine Reihe von Problemen, die sich in der Zukunft dem Gerichtshof stellen können«[36], orakelte der Generalanwalt, obwohl die Richter*innen bislang diese Testfälle grundsätzlich ignoriert hatten.

Auch wenn sie darauf zunächst keinen expliziten Bezug nahmen, sind in diesen Worten des Generalanwalts die entscheidenden Aussagen des neuen Projekts enthalten – und die Richter*innen sollten sie ab der nächsten Entscheidung wie ein Mantra wiederholen. Die Unionsbürgerschaft wird dabei zur *Repräsentantin des Allgemeinen*. Sie nimmt auf das imaginäre Allgemeine Bezug, indem sie den Einzelnen die grundlegende Rechtssubjektivität in diesem Projekt zuweist und als symbolische Repräsentantin, als exklusive Maklerin (Nonhoff 2006: 218), alle anderen Elemente der Äquivalenzkette vermittelt. Sie bindet schließlich alle europäischen staatsbürgerlichen Subjekte ohne Unterschied in ein europäisches Projekt ein und erzeugt eine Wir-alle-Gruppe (ebd.: 263), die sich signifikant von den Drittstaatsangehörigen abgrenzt. Sie konstituiert so das Innen und zwangsläufig auch das Außen eines europäischen Staatsprojekts.

Die Anwendung der Unionsbürgerschaft auf das Diskriminierungsverbot führte zu einer Ausweitung des Anwendungsbereiches von Art. 12. Die Richter*innen differenzierten diesen Anwendungsbereich in einen »sachlichen« und einen »persönlichen«. *Sachlich* sei Art. 12 anwendbar, weil es um Erziehungsgeld gehe. Dieses sei als soziale Vergünstigung von der Wanderarbeiter*innen- und der Arbeitnehmer*innen-Verordnung umfasst, also schlicht europarechtsrelevant.[37] Diese »attraktive Einfachheit« des Ansatzes, so der EuGH-Richter Timmermans, der an einigen der späteren Urteile beteiligt war, sei aber »zugleich der Schwachpunkt« gewesen. Denn nun müsse in jedem einzelnen weiteren Fall bewiesen werden, dass eine Angelegenheit in den sachlichen Anwendungsbereich falle. Hinzu komme, dass der bloße Umstand, dass es zwei Verordnungen gebe, genau besehen noch gar keine Antwort auf die sachliche Zuständigkeit der EU sei (Timmermans 2003: 198). Denn Unionsbürger*innen, die die Voraussetzungen der Verordnungen nicht erfüllen (weil sie keine Arbeitnehmer*innen oder Selbständige sind), können die Rechte aus den Verordnungen ja gerade *nicht* geltend machen. Der EuGH durchbreche also diese Zuordnung und »entzieht seiner Argumentation zugleich die rechtliche Grundlage« (von Bogdandy/Bitter 2005: 311f.).

Hinzu kommt erneut ein kompetenzrechtliches Argument: Die Kompetenz der EG für sozialrechtliche Regelungen sei überaus begrenzt und der Zugang von nicht erwerbstätigen Unionsbürger*innen zu Sozialleistungen sei gerade nicht davon um-

36 Ebd., Rn. 23.

37 Urteil in der Rs. Martínez Sala (Fn. 24), Rn. 57.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fasst. Es gibt zwei dogmatische Grundauffassungen bezüglich der Frage, wie festzustellen ist, ob eine Materie in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt. Nach ersterer, die von den national argumentierenden Autoren vertreten wird, ist der Anwendungsbereich nur eröffnet, wenn die EU eine Kompetenz für diesen Regelungsbereich besitzt. Denn sie verfüge über keine sogenannte Kompetenz-Kompetenz und könne sich daher nicht eigenständig neue Anwendungsgebiete erschließen. Der Gerichtshof hingegen vertrat bereits in der Vergangenheit eine »funktionale Betrachtungsweise«, wonach ein Zusammenhang mit der Errichtung und dem Funktionieren des Gemeinsamen Marktes für ausreichend erachtet wird, sodass der Prüfungspunkt des Anwendungsbereiches auf die schlichte Frage reduziert wird, ob es eine »gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation« gebe (Höfler 2002: 1207). Das konnte man vorliegend bejahen, egal *wie* die Situation geregelt war (Martínez Soria 2002: 645). Entwickelt hatte der EuGH diesen funktionalen Ansatz im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Bereits damals hatte er Sozialleistungen zuerkannt, obwohl sie ebenfalls Politikgebieten entstammten, die noch nicht in den Zuständigkeitsbereich des Vertrages fielen (van der Mei 2005: 207f.).

Der Verweis auf den sachlichen Anwendungsbereich werde dadurch aber, so die Einwände, »inhaltlich weitgehend entleert« und »uneingrenzbar« (Hilpold 2008: 23f.). Bei den Auseinandersetzungen um die Rechtsfigur »Anwendungsbereich« geht es also um die Reichweite des Europarechts und damit zugleich um die Jurisdiktionshoheit des EuGH selbst.

Selbst die proeuropäischen Kritiker*innen des EuGH schlugen einen anderen Weg vor, nämlich in Zukunft darauf abzustellen, dass Art. 18 den Anwendungsbereich von Art. 12 eröffne (Timmermans 2003: 198; von Bogdandy/Bitter 2005: 312). Man kann festhalten, dass der Lösungsversuch der Vermeidung von Art. 18 bei gleichzeitiger Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereiches für keines der Hegemonieprojekte überzeugend erschien, sondern inkohärent blieb.

Der nächste Prüfungsschritt war sodann der *persönliche* Anwendungsbereich. Hier nun befinden wir uns am eigentlichen *Wendepunkt* der Rechtsprechungslinie: Der Rechtsstatus der Unionsbürgerschaft beinhalte gewisse Rechte, darunter dasjenige, nicht im sachlichen Anwendungsbereich aus Gründen der Staatsbürgerschaft diskriminiert zu werden. Daraus folge, und dies sollte zum zweiten Mantra des EuGH werden, dass die Klägerin als »Angehörige eines Mitgliedstaates, die sich rechtmäßig im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält«, in den »persönlichen Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft« falle.[38] Dass sie diskriminiert wurde, wurde von niemandem in Frage gestellt, weswegen ihr mit der Klage verfolgtes Anliegen berechtigt erschien. Die einzige Voraussetzung, um in den Schutzbereich des Diskriminierungsverbotes zu kommen, ist

38 Urteil in der Rs. Martínez Sala (Fn. 24), Rn. 62, 61.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

demnach neben der Unionsbürgerschaft der rechtmäßige Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat. Dieser »expansive« (Fries/Shaw 1998: 550) Ansatz war es nun, der auf die vehementeste Kritik der nationalen (sozialen wie auch konservativen) Projekte stieß. Dahinter wurde ein »quasi universelles Zugangsrecht zu allen Arten von Sozialleistungen« (Haltern 2005: 97), eine Art »Pauschalgleichheitsrecht« »radikaler Gleichheit«, ein »vollständiges Gleichheitsprinzip, welches alle Bürger der Union bevorzugt« (Tomuschat 2000: 456, 451°), sozusagen Borchardts maximalistischer Ansatz, vermutet. Und dieses Projekt wurde abgelehnt, weil es »unvermittelt« lediglich mit einem »pauschalen Hinweis auf die Unionsbürgerschaft begründet« (Hailbronner 2004: 2188) bzw. »versteckt« werde hinter einer formellen Verbindung zum völlig entleerten Anwendungsbereich (Tomuschat 2000: 457). Der Gerichtshof sei eine »überzeugende Stellungnahme zum Anwendungsbereich ratione personae schuldig« geblieben und habe »erhebliche Kritik« verdient (Niemann 2004: 948). Das Urteil werfe mehr Fragen als Antworten auf (Minderhoud 1999: 159).

Die »erstaunliche Breite dieses Ansatzes« (Fries/Shaw 1998: 550) stattete also über die universelle Zuschreibung der Unionsbürgerschaft *alle Staatsbürger*innen der Mitgliedsstaaten*, die sich legal in einem anderen Mitgliedsstaat aufhalten, mit einem Recht aus, nicht aufgrund der Staatsbürgerschaft diskriminiert zu werden, unabhängig von ihrem ökonomischen Status (ebd.). Durch die Äuqivalenzierung des Diskriminierungsverbotes mit der Unionsbürgerschaft komme es zu einer Ent-Territorialisierung der sozialen Rechte in Europa. Während Tomuschat (2000: 450) davon ausging, dass diese Argumentation »weit davon entfernt« sei, »überzeugend zu sein«, hielten die linksliberalen Autor*innen sie trotz der methodischen Mängel »konzeptionell für einen großen Schritt«, gerade weil der Anspruch auf Gleichbehandlung nicht mehr von einer wirtschaftlichen Tätigkeit abhängig gemacht wurde: »Die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten treten endgültig aus dem gemeinschaftsrechtlichen Status bloßer Marktbürger heraus.« (von Bogdandy/Bitter 2005) Auch der Generalanwalt hatte bereits aus Art. 18 gefolgert, dass dieser die allgemeine Freizügigkeit als »ein Recht, das aus der Unionsbürgerschaft nicht nur abgeleitet, sondern mit dieser untrennbar verbunden ist«, von den anderen Verkehrsfreiheiten abgelöst habe.[39]

Der Bruch mit dem alten Pfad zeigte sich also schon in der ersten Entscheidung. Es kündigte sich ein juridisches Projekt an, welches Element eines Staatsprojekts sein könnte, weil in ihm die europäischen Bourgeois zu Citoyens subjektiviert werden. Dies lässt sich an folgendem zustimmenden Zitat zugespitzt zeigen:

»Nach dem EuGH-Urteil in Martínez Sala jedoch schien es, dass so etwas ähnliches wie ein universelles Antidiskriminierungsrecht inklusive des Zugangs zu allen möglichen Wohl-

39 GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 18.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fahrtsleistungen im Gemeinschaftsrecht als Konsequenz aus der Schaffung der Figur des Unionsbürgers Fuß gefasst hat. [...] Es mag eine Zeit kommen – obwohl wir davon im Moment noch entfernt sind – in der die angemessene ›Gemeinschaft‹, in welcher soziale Probleme, inklusive der Verteilung öffentlicher Güter [...], gelöst werden müssen, eine Körperschaft aller EU-Bürger konstituieren wird und nicht mehr nur separate nationale Bürgerschaften.« (Fries/Shaw 1998: 536, 556°)

Der Widerstand gegen das Urteil war massiv, sodass eine Nicht-Anschlussfähigkeit der Rechtsoperationen drohte, weil etablierte Rechtsfiguren nicht kohärent verschoben wurden. Darauf stützten sich die Gegenstrategeme und es war unabsehbar, ob dieses Urteil nicht eher ein Ausreißer bleiben würde. Das nächste Urteil, mehr als drei Jahre später, schloss allerdings daran an und half dabei, den neuen Pfad zu stabilisieren.

5.3.4 »Grzelczyk« vom 20. September 2001[40] – »eine genuin politische Imagination«

Der zweiten Rechtssache lag die Beantragung des belgischen Existenzminimums durch einen französischen Studenten zugrunde. Dieses Mal übernahm der EuGH die Konzeption der Unionsbürgerschaft des Generalanwalts aus der vorangegangenen Rechtssache. Mit geringfügigen Änderungen lautet die offizielle Definition der Repräsentantin des Allgemeinen fortan:

»Der Unionsbürgerstatus ist nämlich dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.«[41]

Unionsbürger*innen werden so als Rechtssubjekte konzipiert, die eine grundlegende Rechtsstellung innehaben, die sie mit gleichen Rechten unabhängig von der Staatsbürgerschaft ausstattet. Die portugiesische Regierung hatte in ihrer Stellungnahme bereits darauf insistiert, dass die Angehörigen der EU durch die Unionsbürgerschaft nicht länger »bloße Wirtschaftsfaktoren« seien und die Gleichstellung daher nicht mehr nur auf Arbeitnehmer*innen beschränkt werden könne.[42] Es komme

40 Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193.

41 Urteil in der Rs. Grzelczyk (Fn. 40), Rn. 31.

42 Wiedergegeben nach den Schlussanträgen des Generalanwalts Siegbert Alber v. 28.9.2000, Rs. C-184/99, Rn. 52.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

demnach zu einer »Abkehr von der ›wirtschaftlichen Tätigkeit‹ als Anknüpfungspunkt für Rechte«. Mit ihrer Einführung »haben die Mitgliedstaaten ihren politischen Willen bekundet, ›ein *Europa der Bürger*‹ voranzutreiben« (Letzner 2003: 119, Herv. i.O.). Das Diskursfragment des ›Europas der Bürger‹ entstammte den Staatsbürgerschafts-Debatten der 1960er Jahre. Erstmals verwendete es die Kommission 1961 in einem Bericht als »citoyenneté européenne« im Zusammenhang mit Freizügigkeitsrechten im Gemeinsamen Markt (Fischer 2005: 133). Und seit der Haager Gipfelkonferenz von 1969 wurde es zum festen Bestandteil der europapolitischen Diskussion (Hilpold 2008: 15). Durch die Einführung der Unionsbürgerschaft im Maastrichter Vertrag erhielt dieses linksliberal-alternative Argument allerdings erst 30 Jahre später eine institutionelle Stütze. Ausgerechnet die mitgliedsstaatlichen Regierungen, die die Unionsbürgerschaft in ihrer Bedeutung eher gering schätzten und keinesfalls mit diesem Pathos aufladen wollten, wurden dabei diskursiv zu den Urheberinnen des Europas der Bürger*innen.

Diese Entwicklung wurde von zwei Seiten aus kritisiert. Zum einen vom radikaldemokratischen Flügel des linksliberal-alternativen Hegemonieprojekts, dem diese Entwicklung nicht weit genug ging: Mit dieser Auslegung werde zwar das soziale, nicht hingegen das Demokratiedefizit behoben. So habe es schon immer ein starkes Erbe der Marktbürgerschaft gegeben, welches nun graduell generalisiert werde. Dies sei Ergebnis einer kontinuierlichen Entwicklung des rechtebasierten Konstitutionalismus der EU. Diese Rechtsprechung werte jedoch in keiner Weise das politische Element auf, sie bleibe vielmehr abgetrennt von einer Konzeption der EU-Bürger*innen als politischem Souverän (Fries/Shaw 1998: 559). Viel zu lange schon habe die Idee einer »Gemeinschaft des Rechts« das unangefochtene Legitimationsmodell der EG/EU-Aktivitäten dargestellt, als eine Art Rechtsstaatsideologie, sodass nicht über die fehlende Partizipation der Bürger*innen geredet werden müsse (Shaw 1998: 307).

Die weitaus vehementeren Einwände kamen jedoch von der anderen, der konservativen Kritik, die bestritt, dass der »ausgeprägte Solidaritätsgedanke«, der dem Unionsbürgerschaftskonzept durchaus innewohne, im Gemeinschaftsrecht auch verankert worden sei (Hilpold 2008: 26). Die Unionsbürgerschaft sei lediglich eine »Klammer über bereits Gegebenes, ohne unmittelbar einen Mehrwert hinzuzufügen« (ebd.: 27). Der EuGH hingegen verselbständige weitreichend die nichtwirtschaftliche Bewegungsfreiheit, für welche unter den politischen Organen gerade *kein* Konsens zu finden war. Die Möglichkeit dazu sei ihm durch die Einfügung des »inhärent politischen Konzepts« der Unionsbürgerschaft in die Rechtsordnung eröffnet worden. Mit seiner Definition stecke er ein Programm in »maximaler Breite« ab, sodass die *Grzelczyk-Entscheidung* einem »Dammbruch« gleichkomme (ebd.: 28). Die Metapher des Dammbruchs wird bereits zum zweiten Mal bemüht und mit ihr die Vorstellung einer Unbeherrschbarkeit von naturkatastrophengleichen Ereignissen, gegen die man sich habe schützen wollen, was letztlich durch die

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Unionsbürgerschaft unmöglich geworden sei. Das im Migrationsdiskurs bekannte Bild der ›Überflutung‹, in diesem Fall der Sozialsysteme durch nicht erwerbstätige Fremde, wird assoziativ mobilisiert.

Die weiteren Prüfungsschritte der Richterschaft, die wieder als Plenum tagte (Reich 2005: 679) – was für die außergewöhnliche Bedeutung des Falles spricht –, kreisten dieses Mal explizit um den Umgang und die Bedeutung des Art. 18 EG, sein Verhältnis zu den sekundärrechtlichen Richtlinien sowie um den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes in Art. 12 EG:

Dieses Mal konnte der EuGH Art. 18 nicht direkt umgehen, denn die Studierenden-Richtlinie, als seine mögliche Beschränkung, sah in ihrem Art. 3 eine explizite Regelung dieses Falles vor. Diese besagte, dass ein Anspruch von Student*innen »auf Gewährung von Unterhaltsstipendien durch den Aufnahmemitgliedstaat« durch diese Richtlinie »nicht begründet« werde. Es unterliege daher, so die mitgliedsstaatliche Position,

> »keinen Zweifeln, dass mit der Inkorporierung der Unionsbürgerschaft in den EG-Vertrag nicht die Vorstellung der Vertragsstaaten verbunden war, eine von der Inanspruchnahme der Grundfreiheiten unabhängige Grundlage für Gleichbehandlungsansprüche auf soziale Transferleistungen zu schaffen. Eben dies sollte [durch die] Aufenthalts-Richtlinien für Nichterwerbstätige ausgeschlossen werden.« (Cremer 2007: 89f.)

Doch die Richter*innen interpretierten diese Konstellation völlig anders. Der Generalanwalt hatte die Möglichkeit aufgeworfen, dass die Richtlinie nicht mit dem höherrangigen Art. 18 zu vereinbaren sei, sodass sie außer Betracht zu lassen wäre.[43] Dies wäre eine sicher umstrittene, aber in der dogmatischen Logik konsequente Auslegung gewesen. Die Richterschaft selbst vermied hingegen erneut eine solche grundlegende Kategorisierung, stattdessen kam sie zu dem Ergebnis, dass Art. 18 durch die Studierenden-Richtlinie zwar konkretisiert werde, diese allerdings gerade »keine Sozialleistungen ausschließe – auch wenn Art. 3 der Richtlinie keinen Anspruch auf ein Unterhaltsstipendium gewähre«[44]. Sie wichen der Vereinbarkeitsfrage von Sekundär- und Primärrecht also aus und neutralisierten dafür die Richtlinie, indem sie sie als unergiebig einstuften: »Mit anderen Worten: Die Richtlinie begründet zwar kein Recht auf Unterstützung, verbietet es aber auch nicht ausdrücklich« (Cremer 2007: 88).

Auch diese Taktik wurde sofort von den Diskursteilnehmer*innen als mögliches Ausweichstrategem identifiziert: »Als kritischer Punkt bleibt allerdings, dass der Gerichtshof den Restriktionen der Aufenthaltsrechte von Studenten ausgewichen sein könnte.« (Reich 2005: 680°) Während Reich dem positiv gegenüberstellte, dass

43 GA Alber (Fn. 42), Rn. 112.

44 Urteil in der Rs. Grzelczyk (Fn. 40), Rn. 39.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auf der anderen Seite dieses Urteil ein »weiterer Schritt in Richtung einer wahren Gleichheit von Unionsbürgern« sei (ebd.°), wurden die konservativen Kritiker von einem »gewissen methodischen Unbehagen« befallen, welches die Formulierung des EuGH als »mysteriös« einstufte, die einen »logischen Gehalt« vermissen ließ (Hailbronner 2004: 2186). Obwohl doch sowohl die Entstehungsgeschichte als auch die Gesamtsystematik, also zwei zentrale Auslegungsmethoden, verdeutlichten, »dass die Mitgliedstaaten die Zuerkennung eines Aufenthaltsrechts außerhalb einer wirtschaftlich bedingten Freizügigkeit sehr wohl an das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel knüpfen wollten, verschiebt der EuGH nun Gewichte und Perspektiven« (Hilpold 2008: 26).

Die linksliberal-alternativen wie auch die proeuropäisch-sozialen Gegenpositionen ergriffen hingegen eindeutig Partei für den EuGH. So kritisierte die deutsche Generalanwältin beim EuGH den führenden deutschen konservativen Migrationsrechtler Kay Hailbronner massiv für seine nationale Perspektive: Seine Kritik sei zwar »heftig, aber unzutreffend«, da er das europäische Recht schlicht »missverstehe«. Zum einen unterstelle er der Unionsbürgerschaft eine lediglich deklaratorische Wirkung, wo sie doch eine konstitutive Wirkung besäße. Höherrangige Ansprüche könnten schlicht durch eine sekundärrechtliche Richtlinie nicht beschränkt werden. Hinzu komme zudem, dass die Richtlinie überhaupt nur Unterhaltsstipendien, nicht jedoch Sozialhilfeansprüche regle (Kokott 2006: 219f.). Dieses Argument wurde von Martínez Soria (2002: 648) unterstützt. Wenn man berücksichtige, dass die Verfahrenssprache Französisch war, und die französische Fassung der Richtlinie den Begriff der »bourses d'entretien« verwende, also der Ausbildungsbeihilfen, so werde deutlich, dass die »prestations sociales«, also die sonstigen Sozialleistungen, überhaupt nicht von Art. 3 der Richtlinie umfasst seien.

Die Auslegung der Richtlinie sei zwar »sicherlich angreifbar«, so die Mitarbeiterin im deutschen Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Peggy Letzner, in einer vermittelnden Position, doch eine »Bestrebung des Gerichts, aus Art. 18 ein unmittelbar anwendbares Individualrecht des Unionsbürgers ohne Beachtung des Sekundärrechts zu begründen«, sei nicht zu erkennen (Letzner 2002: 120). Zu einer starken, eigenständigen Ausprägung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, wie dies in der vorangegangenen Rechtssache gefordert worden war, konnte sich der EuGH tatsächlich immer noch nicht durchringen. Er nutzte vielmehr den Bedeutungsspielraum des Sekundärrechts selbst und vermied so eine radikale Verwerfung des mitgliedsstaatlich gesetzten Sekundärrechts. Das Ausweichstrategem brachte ihm allerdings erneut den Vorwurf der Inkohärenz ein.

War nun geklärt worden, dass ein Sozialleistungsanspruch für Studierende nicht per se ausgeschlossen war, wendete sich der EuGH wieder dem Anwendungsbereich des Art. 12 zu. Dabei hatte er nun noch eine weitere Hürde zu überwinden.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Denn in der *Rs. Brown*[45] ein Jahrzehnt zuvor hatten die damaligen EuGH-Richter festgehalten, dass die EG im Bildungsbereich keine Kompetenz und das Gericht somit keine Jurisdiktion in solchen Fällen besäße. Doch diese Ausgangslage habe sich, so argumentierten die Richter*innen nunmehr, durch die Aufnahme der Unionsbürgerschaft in den Vertrag geändert. Damit läuteten sie einen expliziten Rechtsprechungswechsel ein und erweiterten erneut durch Art. 17 EG den Anwendungsbereich des Art. 12: »Nichts im Text des geänderten Vertrags erlaubt die Annahme, dass Studenten, die Unionsbürger sind, die diesen Bürgern durch den Vertrag verliehenen Rechte verlieren, wenn sie sich zu Studienzwecken in einen anderen Mitgliedstaat begeben.«[46]

Im Folgenden prüften sie den sachlichen Anwendungsbereich gar nicht mehr gesondert, sondern gingen vielmehr unabhängig von der konkret beanspruchten Sozialleistung davon aus, dass die Wahrnehmung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts für sich genommen bereits ausreiche (Papp 2009: 88). Für den persönlichen Anwendungsbereich verwendeten sie wieder die Formel des *Martínez Sala*-Urteils, wonach sich »ein Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Gebiet des Aufnahmemitgliedsstaats aufhält«, auf Art. 12 EG berufen könne.[47] Daraus folgte insgesamt eine weite, nur mit Art. 17 und 18 begründete Anwendungsbereichseröffnung:

»Liest man die Urteile Martínez Sala und Grzelczyk zusammen, so ist die Unionsbürgerschaft persönlicher und das aus eben dieser Unionsbürgerschaft folgende Freizügigkeitsrecht sachlicher Anknüpfungspunkt für ein im Übrigen nahezu grenzenloses Diskriminierungsverbot. Fortan musste für die aus der Unionsbürgerschaft fließenden Rechte eine Auslegung erwartet werden, wie sie extensiver kaum sein konnte«,

befürchteten bereits konservative Kritiker angesichts der »Sprengkraft« dieses Urteils (Niemann 2004: 948f.). Denn diese »uferlose Ausdehnung des Anwendungsbereiches« entwerte das Prinzip der limitierten Einzelermächtigung (Höfler 2002: 1207). Neben der Metapher des Dammbruches herrschten Bilder der Ufer- und Grenzenlosigkeit vor: Die Überflutung durch den gesprengten Damm der zuvor noch begrenzten EU-Kompetenz sei nun nicht mehr eingrenzbar. Der maximalistische, proeuropäisch-soziale Ansatz Borchardts schien sich durchzusetzen. So hatte dieser noch vor Verkündung des Urteils im Hinblick auf selbiges geschrieben:

»*Allen* Unionsbürgern wird in *allen* Mitgliedstaaten der EU über den an die Unionsbürgerschaft anknüpfenden Grundsatz der Nichtdiskriminierung die Teilhabe an *allen* im jeweiligen nationalen Recht bestehenden Sozialleistungen *unter denselben Bedingungen* garantiert wie

45 Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205.

46 Urteil in der Rs. Grzelczyk (Fn. 40), Rn. 35.

47 Urteil in der Rs. Grzelczyk (Fn. 40), Rn. 31.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sie für die Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedsstaats gelten. [...] Es ist nicht das Gemeinschaftsrecht, das sich an den sozialpolitischen Wünschen und Vorstellungen der Mitgliedstaaten auszurichten hat, sondern umgekehrt sind es die Mitgliedstaaten, die ihre sozialen Leistungssysteme in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht gestalten müssen.« (Borchardt 2000: 2059, Herv. S.B.)

Die umfassende Inklusion der europäisch-staatsbürgerlichen Subjekte in ein System umfassender europäischer sozialer Rechte ist das Ziel der Strategien dieses Hegemonieprojekts. Das Urteil wird als »ein bemerkenswertes Beispiel für einen juridischen Aktivismus« eingeschätzt, welcher der Idee »of a people's Europe« eine wirkliche Substanz verleihe (Iliopoulou/Toner 2002: 617°). Die Kompetenz dafür wurde vom konservativen Projekt jedoch bestritten: »[E]in solches solidarisches Band, das alle Unionsbürger miteinander verbindet, dürfte sekundärrechtliche Regelungen zur Harmonisierung der Sozialsysteme [...] geradezu notwendigerweise nach sich ziehen. Die Gemeinschaft hat aber keine Kompetenz zur Schaffung einer Sozialunion.« (Niemann 2004: 949)

Das neue Urteil wurde von der Literatur zwar »nicht als derart bahnbrechend wie *Sala* selbst«, aber als eine willkommene Bestätigung dafür bewertet, dass dieser Ansatz wahrscheinlich auch in zukünftigen Fällen angewendet werden wird. »*Sala* kann nun nicht mehr als eine isolierte Ausnahme, sondern muss als etablierte Regel betrachtet werden.« (Iliopoulou/Toner 2002: 615°) Durch Iterationen in aufeinanderfolgenden Urteilen und Kommentaren bilden sich sukzessive hegemoniale Rechtsnormen aus, so auch die vorliegende Äquivalenzierung, in der Art. 17 und 18 den Anwendungsbereich des Art. 12 eröffnen.

Doch nun tauchte erneut die aus Art. 18 folgende Problematik auf: Dadurch, dass die Anforderungen »ausreichender finanzieller Mittel« und eines Krankenversicherungsschutzes in der Studierenden-Richtlinie vom EuGH nicht als *Bedingung* des Aufenthaltsrechts nach Art. 18 eingeordnet wurden, blieb, um sie nicht völlig zu ignorieren, nur die Möglichkeit, sie als »einen möglichen *Beendigungstatbestand*« zu werten. Dies wäre allerdings eine widersprüchliche Konsequenz der expansiven Rechtsprechung gewesen. Daher fügten die Richter*innen sofort hinzu, dass ein solcher Beendigungsgrund wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfe zwar eine gemeinschaftsrechtlich gedeckte Ungleichbehandlung sei, für welche dann aber Rechtfertigungsgründe angeführt werden müssten.[48] Der Generalanwalt nahm dazu auf den Erwägungsgrund 6 der Richtlinie Bezug, in dem es heißt, die öffentlichen Finanzen dürften »nicht über Gebühr« belastet werden. Daraus folge jedoch keine exakte Grenzziehung. Klar sei nur, dass »keine automatische Beendigung des Aufenthaltsrechts mit der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel« einherge-

48 So GA Alber (Fn. 42), Rn. 110.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

hen könne.[49] Noch vor dem Urteil hatte Borchardt argumentiert, die Tatsache, dass das Aufenthaltsrecht nicht nur das Recht auf physische Präsenz in einem anderen Mitgliedsstaat vermittle, sondern auf Vollintegration des Unionsbürgers gerichtet sei, führe zu einer »teleologischen Reduktion« der Bedingung ausreichender finanzieller Mittel, »und zwar in dem Sinne, dass diese Bedingung lediglich noch als Bedingung zur Vermeidung des Missbrauchs von Sozialleistungen angewendet werden kann« (Borchardt 2000: 2060). Der EuGH übernahm schlicht die Formel des Generalanwalts und stellte fest, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen möglich sind, »jedoch keinesfalls die automatische Folge der Tatsache sein« könnten, dass Sozialhilfe in Anspruch genommen werde.[50] Auch in der Begründung mit dem Erwägungsgrund der Richtlinie, die Mitgliedsstaaten »nicht über Gebühr zu belasten«, folgte der Gerichtshof dem Generalanwalt und schlussfolgerte dann in einem überraschenden Umkehrschluss: »Die Richtlinie 93/96 erkennt somit [...] eine *bestimmte finanzielle Solidarität* der Angehörigen dieses Staates mit denen der anderen Mitgliedstaaten an«[51].

Hailbronner (2004: 2187) sah darin eine »nachgerade skurrile« Verdrehung des Wortlautes. Es sei zudem »nicht akzeptabel [...], dass eine Begründungserwägung [...] dazu verwendet wird, eine materielle Bestimmung der Richtlinie entgegen ihrem insoweit eindeutigen Wortlaut umzudrehen«. Dies laufe eindeutig dem Willen der Mitgliedsstaaten entgegen, die mehr als zehn Jahre über die Nichterwerbstätigen-Richtlinien verhandelt hätten, welche immer wieder an dem befürchteten »Risiko einer sozialleistungsinduzierten Freizügigkeit« gescheitert seien.

> »Selten ist eine Richtlinie nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte in diesem Punkt deutlicher als die Richtlinie 93/96/EWG. [...] Die Postulierung von Prinzipien mit weitreichender Bedeutung, wie zum Beispiel das Prinzip der finanziellen Solidarität, das, wie der EuGH wohl weiß, sich sofort verselbständigt und als eigenständiger juristischer Topos in allen künftigen Auseinandersetzungen herangezogen wird« (ebd.).

Mit der Beweisführung der Methodenkritik wurde dem Gerichtshof also unerlaubte Rechtsfortbildung vorgeworfen. Entgegen dem Willen des politischen (nationalen Wohlfahrts)Souveräns folge der EuGH ohne Legitimation seinem »rechtspolitischen Sendungsbewusstsein« (ebd.).

Weitere massive Kritiken hefteten sich an das Verbot einer automatischen Aufenthaltsbeendigung. Der EuGH lasse völlig im Unklaren, was das konkret bedeute, wie lange etwa ein Student vorübergehend Sozialhilfe in Anspruch nehmen (Obwexer 2002: 57), oder wann im Einzelfall ein Aufenthaltsrecht beendet werden

49 Ebd., Rn. 123.

50 Urteil in der Rs. Grzelczyk (Fn. 40), Rn. 43.

51 Ebd., Rn. 44, Herv. i.O.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dürfe (Höfler 2002: 2107). Der EuGH musste diese Frage im vorliegenden Fall ja nicht entscheiden, die Aussage bildete daher eher eine frühzeitige Warnung an die Mitgliedsstaaten, seine Gleichheitsrechtsprechung nicht mit Ausweisungen zu konterkarieren.

Die erst drei Jahre später beschlossene Freizügigkeits-Richtlinie – zum Zeitpunkt des *Grzelczyk-Urteils* hatte die Kommission gerade einmal den ersten Entwurf für die Freizügigkeitsrichtlinie vorgelegt[52] – normiert zudem als Positivierung dieser Rechtsprechung in ihrem 16. Erwägungsgrund eine Konkretisierung der nicht-automatischen Ausweisung: Eine Ausweisung solle nicht erfolgen, solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen »nicht unangemessen« in Anspruch nehmen. Dadurch komme es, so wurde kritisiert, zu einer merkwürdigen Zwischensituation, in der die Mitgliedsstaaten nach drei Monaten bereits Fürsorgeleistungen gewähren müssen, die Inanspruchnahme aber zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen könne (Schönberger 2006: 229). Es bleibe aber unklar, was eine unangemessene Inanspruchnahme überhaupt sein soll. Die Mitgliedsstaaten würden daher »in eine heikle Situation gebracht«, indem ihnen die politisch-moralische Verantwortung für den Einzelfall in dem »diskretionären Spielraum« zugewiesen werde und zugleich die strikte Rechtsprechung des EuGH bekannt sei. »Es ist also damit zu rechnen, dass ein Automatismus der Art greifen wird, wonach das Recht auf Daueraufenthalt faktisch durch Zeitablauf erworben wird.« (Hilpold 2008: 44) Die Macht, einen ungewollten EU-Bürger wieder loszuwerden, werde also weitgehend begrenzt (Wind 2009: 263). Diese Situation sei »das Resultat der judiziellen Tätigkeit eines Organs, des EuGH, das politisch keine Verantwortung übernehmen muss« (Hilpold 2008: 45). Dadurch nehme er den Mitgliedsstaaten den sozialrechtlichen Gestaltungsspielraum, ohne dass dies aufenthaltsrechtlich kompensiert werden könne. »Die Mitgliedsstaaten haben durch die Mitgliedschaft in der Europäischen Union zwar die Möglichkeit verloren, sich als füreinander abgeschlossene Personal- und Solidarverbände zu konstituieren. Sie dürfen aber grundsätzlich durchaus eine Form abgestufter Solidarität praktizieren«, so Schönberger (2006: 230f.). Und in Anlehnung an ein bekanntes Zitat des US Supreme Courts heißt es zustimmend weiter: »Die Unionsbürger sinken und schwimmen politisch wie sozial jedoch noch kaum gemeinsam.« (Ebd.: 231)

Das Urteil, bei dem ein studentischer Kläger im Zentrum stand, der seinen Unterhalt bis dahin über Nebentätigkeiten finanziert hatte und lediglich in der Abschlussphase seines Studiums nicht mehr arbeiten konnte, hatte also eine prinzipielle Diskussion um die Zuständigkeit für die Sozialpolitik ausgelöst, weil es durch die

52 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienagehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, KOM(2001)257 endg. v. 23.5.2001.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wiederholung, Ausweitung und Absicherung der Rechtsfiguren des drei Jahre zuvor ergangenen Urteils offensichtlich einen neuen Pfad etablierte. Auch die Sozialpolitik sei keine »domaine reservé« der Mitgliedsstaaten mehr, so die Gesamtbetrachtung (Letzner 2003: 122): »Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten muss sich der nationale Gesetzgeber zukünftig auch in den Rechtsgebieten am allgemeinen Diskriminierungsverbot messen lassen, in denen die Mitgliedstaaten die Regelungskompetenz haben« (ebd.). Dies sei eine Absage an all jene, »die zur Bestimmung des ›Anwendungsbereichs des EGV‹ an die der EG übertragenen Kompetenzen anknüpfen wollen und damit das Verhältnis von bloß organisationsrechtlich bedeutsamer Kompetenzverteilung zur materiellen Grundrechtsgewährleistung verkennen«, so Rossi (2002) zustimmend. Die bloß ›organisationsrechtliche‹ Bedeutung ist für das konservative Projekt hingegen eine Frage der nationalen Souveränität: »Die Gemeinschaft hat aber keine Kompetenz zur Schaffung einer Sozialunion [...], [daher] liefe eine Rechtsprechung, die die Sozialunion am politischen Prozess vorbei erzwingt, Gefahr, die der Gemeinschaft übertragene Integrationsbefugnis zu überdehnen« (Niemann 2004: 949).

Man sieht hier deutlich die antagonistische Zweiteilung des Raumes durch eine Kontraritätsrelation zwischen bloßer Organisation und nationaler Kompetenzsicherung: Während der einen Seite zufolge die Unionsbürgerschaft, die eigentlich nur ein »Mittel zur Schaffung einer gemeinsamen Identität« gewesen sein soll, sich als »Damoklesschwert für die nationalen sozialen Sicherungssysteme« entwickle (Höfler 2002: 1026), verteidigte das proeuropäisch-soziale Gegenprojekt »die integrationsfreundliche Sozialrechtsprechung des Gerichtshofs gegenüber staatlich gesteuerten Kampagnen«, die für die Akteur*innen des national-sozialen Projekts »als regelrechte Provokation erscheinen« müsse (Borchardt 2000: 10). Denn es handele sich in der Tat um »einen Einbruch in die *nationale Wohlfahrtssouveränität*« (Iliopoulou/Toner 2002: 619°, Herv. S.B.). Die proeuropäisch-soziale Argumentation widersprach dem Kompetenzargument mit dem Hinweis, dass es die Mitgliedsstaaten selbst waren, die sich dafür entschieden hatten, die Unionsbürgerschaft zu schaffen, »und so sollten sie auch die Konsequenzen ihrer Entscheidung akzeptieren. Die Einführung der Unionsbürgerschaft in den EG-Vertrag hat nun einmal legitime Erwartungen der Einzelnen geweckt.« (Ebd.°)

Das Urteil wurde zudem zum Anlass für staatstheoretische Reflexionen: Nur *vordergründig* gehe es in ihm um die Frage des Existenzminimums, während genauer besehen »die Bedeutung der nationalen Staatsangehörigkeit« verhandelt werde und damit die Frage, »wie viel Staatlichkeit bleibt, wenn die Bedeutung der Staatsangehörigkeit schwindet« (Rossi 2002: 351). So trage das Verbot der Diskriminierung

»das Personalitätsprinzip zu Grabe. Stattdessen tritt mit dem rechtmäßigen Aufenthalt das Territorialitätsprinzip in den Vordergrund, das aber gerade nicht [...] das Staatsvolk, sondern

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das Staatsgebiet mit der Staatsgewalt verknüpft. Insoweit haben sich die Mitgliedstaaten mit Art. 12 Abs. 1 EGV ein Stück weit von ihrem jeweiligen Staatsvolk verabschiedet. Die Schicksalsgemeinschaft, der man sich nicht mehr entziehen kann, wird [...] immer mehr das Volk der Europäischen Union.« (Ebd.: 353)

Wieder wird also die EU als Gemeinschaft der europäischen Bürger*innen, wie schon bei Fries und Shaw anlässlich der *Rs. Martínez Sala*, mit der Rechtsprechung assoziiert, dieses Mal sogar in der Tradition des substantialistischen Nationenbegriffs als ›Schicksalsgemeinschaft‹. Ulrich Haltern spitzte diese Aussage noch zu: Die Union trete in eine »neue Phase der Integration« ein, in der sie sich auf die Suche nach einer »genuin politischen Imagination«, »nach einem angemessenen Begriff des Politischen« mache (Haltern 2005: 89f.). In dem Postulat »transnationaler Gleichheit im Rahmen des Bürgerschaftskonzeptes«, in dieser kollektiven Dimension, nicht – so gegen Rossi gewendet – in der ›Verabschiedung des Staatsvolks‹, liege die Kehrtwende des EuGH. Es sei »das Raunen der Nation« zu vernehmen. Das »Arkanum des Politischen« treibe also an die Oberfläche: die Frage nach der Identität als »Bürger eines Gemeinwesens«, dem »Kern des Politischen« (ebd.: 101ff.). Das Auftauchen der sozialen Rechte Nichterwerbstätiger, die über die Unionsbürgerschaft und nicht mehr über die Grundfreiheiten begründet werden, evozierte die *»politische Imagination« eines europäischen Allgemeinen*. Sozialpolitisch schien sich dabei in den Anfangsjahren der maximalistische, proeuropäisch-soziale Ansatz durchzusetzen, allerdings mit einer vehementen Kritik versehen, sodass von einem hegemonialen Projekt keineswegs die Rede sein konnte. Für eine Universalisierung dieser Position waren offensichtlich noch Zugeständnisse nötig.

5.3.5 »D'Hoop« vom 11. Juli 2002[53] – Diskriminierung der eigenen Staatsbürger*innen

Die Rechtssache einer belgischen Studentin, die in Frankreich studiert hatte und nach der Rückkehr erfolglos ein Überbrückungsgeld für junge Arbeitslose in ihrem Herkunftsstaat beantragte, drehte die bisherige Konstellation um. Dieses Mal ging es nicht um Richtlinien, die mit Art. 18 in Konflikt geraten könnten, sondern um das Diskriminierungsverbot, allerdings angesichts einer »umgekehrten Diskriminierung« (Epiney 2007: 27) der eigenen Staatsbürger*innen aufgrund eines Aufenthalts im Unionsgebiet außerhalb des Herkunftsstaates.

Der Generalanwalt erklärte, dass sich die Klägerin im Anschluss an das *Grzelczyk-Urteil* zur Abwehr der Beeinträchtigung des Aufenthaltsrechts aus Art. 18 EG auf das Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EG berufen könne. Dies müsse

53 Rs. 224/98, Slg. 2002, I-6191.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gerade auch für eine Staatsbürgerin gelten, die ungleich behandelt werde, eben weil sie von Art. 18 Gebrauch gemacht habe.[54] Während bisher also Art. 18 zur Eröffnung des Anwendungsbereiches von Art. 12 herangezogen worden war, ging es nun um eine Ungleichbehandlung in der Ausübung von Art. 18.

Dem folgte der EuGH.[55] Genau besehen werde die Klägerin nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit, sondern wegen der Inanspruchnahme ihres unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts diskriminiert. Darauf solle Art. 12 auch anwendbar sein. Diese Argumentationsfigur hatte der EuGH bereits in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmer*innenfreizügigkeit entwickelt und dehnte sie nun auf Studierende aus (Martin 2003: 146). Die Kernelemente der bisherigen Rechtsprechung – Unionsbürgerschaft als grundlegender Status, Verbot der Diskriminierung, Eröffnung des Anwendungsbereich durch Art. 18 – wurden unauffällig bestätigt und nur in Bezug auf die eigenen Staatsbürger*innen ausgeweitet, sodass die massive Kritik an der neuen Rechtsprechungslinie nicht wieder aufflammte. Sie wurde vielmehr auf diese Weise konsolidiert: »Ein Jahr zuvor wäre ein solches Urteil undenkbar gewesen. Nach dem Urteil in Grzelczyk wäre es allerdings auch undenkbar gewesen, eine andere Schlussfolgerung zu ziehen.« (Ebd.: 143°)

Daneben kam es in diesem Urteil aber auch erstmals zur Anwendung von Rechtsfiguren, die das zukünftige Terrain für die Berücksichtigung der bisher geäußerten Kritiken bildeten. Es handelte sich um die dritte Ebene der Argumentation, die nun eingezogen wurde. Wenn bisher zunächst erstens die Anwendbarkeit, zweitens der Schutzbereich der Unionsbürgerrechte und sodann drittens der Eingriff bzw. die Ungleichbehandlung geprüft worden waren, erfolgte nun viertens zusätzlich die Prüfung einer möglichen Rechtfertigung dieser Diskriminierung. Denn nicht jede Diskriminierung sei rechtswidrig, sondern nur eine solche, die sich nicht rechtfertigen lasse. Rechtfertigen lasse sie sich, so die von Gerichtshof und Generalanwaltschaft gleichermaßen vorgetragene tradierte Formel, »wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhte und in einem angemessen Verhältnis zu einem legitimen Zweck stünde, der mit den nationalen Rechtsvorschriften verfolgt würde«[56]. So bewertete es der Gerichtshof als »legitimes Anliegen«, sich eines »tatsächlichen Zusammenhangs zwischen demjenigen, der Überbrückungsgeld beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern zu wollen«[57]. Allerdings müsse die nationale Regelung auch geeignet und erforderlich sein, um das Ziel zu erreichen. Und dies sah der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht für gegeben an. Denn der Ort der Erlan-

54 Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed v. 21.2.2002., Rs. 224/98, Rn. 34.

55 Urteil in der Rs. D'Hoop (Fn. 53), Rn. 33.

56 Urteil in der Rs. D'Hoop (Fn. 53), Rn. 36; GA Geelhoed (Fn. 54), Rn. 54.

57 Urteil in der Rs. D'Hoop (Fn. 53), Rn. 38.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gung des Schulabgangszeugnisses sei viel zu abstrakt und nicht für den tatsächlichen und effektiven »Grad der Verbundenheit des Antragstellers mit dem räumlichen Arbeitsmarkt repräsentativ«. Insofern gehe die Regelung »über das zur Erreichung des verfolgten Ziels Erforderliche hinaus«[58]. Denn, so der Generalanwalt, die tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt sei im vorliegenden Fall in hohem Maß gegeben, nicht nur wegen der Staatsbürgerschaft, sondern auch durch die Anerkennung des erlangten Diploms in Belgien.[59]

Der EuGH gestand also den Mitgliedsstaaten zu, Diskriminierungen auch rechtfertigen zu können, allerdings erhob er bestimmte Anforderungen an die Qualität der Rechtfertigung, indem er die Regelung dem sogenannten *Verhältnismäßigkeitsprinzip* unterwarf. Da diese Rechtsfigur in den zukünftigen Entscheidungen das Hauptkampfterrain sein wird, auf das sich die hegemonialen Auseinandersetzungen verschieben, soll vorab ihre Herkunft und dogmatische Relevanz dargestellt werden: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung gilt inzwischen als allgemeiner Rechtsgrundsatz,[60] der einen ungeschriebenen Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit der EU selbst zum Ausdruck bringe (Pache 1999: 1033). Er wird aus dem »Wesen der Grundrechte selbst« als allgemeiner Freiheitsanspruch der Bürger abgeleitet, »von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt« zu werden, »als es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich ist«[61]. Im Europarecht tauchte die Argumentation zum ersten Mal in einem Urteil von 1956 auf, in dem der Europäische Gerichtshof der Montanunion die Regel aufstellte, dass das Vorgehen der Hohen Behörde gegen unerlaubte Verhaltensweisen von Unternehmen einem anerkannten Rechtssatz zufolge zu dem Ausmaß des unerlaubten Verhaltens »in einem gewissen Verhältnis stehen« müsse.[62] Aus diesem Ansatz entwickelte sich im Laufe der Jahrzehnte eine ausführliche Judikatur, und inzwischen ist der Grundsatz in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EU verankert. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung entstammte ursprünglich dem deutschen öffentlichen Recht und gelangte vermittelt über die deutschen Richter am europäischen Gerichtshof in dessen Rechtsprechung (Kischel 2000: 380, 391; Pache 1999: 1035; Tomkins 2006: 448). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wurde zum »weitreichenden Überprüfungsmaßstab, zur mächtigsten Waffe im Arsenal des öffentlich-rechtlichen Richters« (Tridimas 1993: 93°; ähnlich Tomkins 2006: 450). Bereits in der *Rs. D'Hoop* lässt sich die Brisanz erahnen: Es ist der

58 Ebd., Rn. 39.

59 GA Geelhoed (Fn. 54), Rn. 57.

60 EuGH, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967, 1979, Rn. 66f. (Generics). Ständige Rspr. des EuGH, vgl. nur EuGH, verb. Rs. 41, 121 und 796/79, Slg. 1980, Rn. 21 (Testa/Bundesanstalt f. Arbeit).

61 BVerfGE 19, 342 (348f.).

62 EuGH, Slg. 1955/1956, 297 (311) (Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

EuGH, der die Legitimität des Ziels bestimmt und die Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels auf ihre Geeignetheit und Erforderlichkeit hin überprüft. Bereits das nächste Urteil sollte die Implikationen verdeutlichen.

5.3.6 »Baumbast und R.« vom 17. September 2002[63] – »kein sicherer Hafen«

In den beiden verbundenen Rechtsfällen standen zwei Familien mit drittstaatsangehörigen Ehepartner*innen und Kindern im Zentrum. Die in diesem Kontext interessierende Vorlagefrage betraf ein unabhängiges, unmittelbar aus Art. 18 EG abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Unionsbürger*innen. Dies ist der einzige Fall in dieser Reihe, in dem es nicht um soziale Rechte ging, sondern, ganz im Gegenteil, um das Aufenthaltsrecht wohlhabender selbständiger Geschäftsleute. Der Fall gehört dennoch in diese Rechtsprechungslinie, weil der Durchbruch in Bezug auf Art. 18 erfolgte – und dies nicht zufällig in einer Rechtssache, in der keine sozialen Rechte eingefordert wurden. Wieder entschied die große Kammer des Gerichtshofes, welcher La Pergola, der Generalanwalt der ersten Rechtssache, inzwischen als Richter angehörte.

Durch die Vorlagefrage waren die Richter*innen gezwungen, sich ausführlich mit Art. 18 zu beschäftigen, da sie ihn nicht länger mittels eines Ausnahmestrategems umgehen konnten. Dies macht die Rolle der vorlegenden nationalen Gerichte deutlich: Von ihnen hängt es ab, welches Verfahren vor den Europäischen Gerichtshof gelangt – und zu einem gewissen Maße auch, welche Fragestellung bearbeitet wird.

Die deutsche und die britische Regierung behaupteten, dass sich aus Art. 18 Abs. 1 EG kein unmittelbares Aufenthaltsrecht ableiten lasse, denn die genannten Beschränkungen und Bedingungen zeigten, dass er keine selbständige Anspruchsgrundlage sei.[64] Generalanwalt Geelhoed antwortete hierauf zunächst mit der Erinnerung daran, dass die Richterschaft sich in der *Rs. Martínez Sala* nicht zum Anwendungsbereich des Art. 18 geäußert habe, was massiv kritisiert worden sei. Dies wirkte wie eine Aufforderung, diese Auslegung nun endlich nachzuholen.[65] Sodann schlug er eine Interpretation vor, wonach der Wortlaut von Art. 18 in Abs. 1 eindeutig und bedingungslos formuliert sei, die Begriffe demnach keiner weiteren Umschreibung bedürften und deswegen Art. 18 Abs. 1 unmittelbare Wirkung zukom-

63 Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091.

64 Wiedergegeben lt. Urteil in der Rs. Baumbast (Fn. 63), Rn. 78.

65 Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed v. 5.7.2001, Rs. C-413/99, Rn. 48ff.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

me.[66] Damit wandte der Generalanwalt eine tradierte Rechtsfigur über die Voraussetzungen unmittelbarer Wirkung von EG-Rechtsnormen an. Der EuGH folgte ihm darin. Allein weil der Kläger Unionsbürger sei, sei er berechtigt sich auf den Artikel zu berufen.[67]

Dieses eindeutige Bekenntnis zur unmittelbaren Wirkung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts wurde diskursiv von allen Akteur*innen als Durchbruch gewertet: Während *Grzelczyk* und *D'Hoop* neues Recht in Bezug auf die Gleichbehandlung von Unionsbürgern etabliert hätten, habe *Baumbast* neue Grenzen überwunden in Bezug auf das Aufenthaltsrecht (Martin 2003: 157). Das Gericht komme erst jetzt in dieser Rechtssache voran, so der beteiligte Richter Timmermans, da es erst hier eine unabhängig von Art. 12 und dessen Grenzen existierende autonome Quelle von durchsetzbarem Gemeinschaftsrecht konstituiere (Timmermans 2003: 200ff.). Insofern sei die »lang erwartete Äußerung des EuGH zu begrüßen, wenn auch in inhaltlicher Hinsicht nicht überraschend«, sei doch die Rechtsprechung in den bisherigen Urteilen implizit vorausgesetzt gewesen (Bode 2002: 767f.). Obwohl also diese Rechtsprechung klarstellte, dass nicht nur Art. 17, sondern auch Art. 18 einen eigenständigen Gehalt besäße und keinen bloß deklaratorischen Charakter (Kokott 2006: 215), und auch, dass damit die mitgliedsstaatliche Einwanderungsrechtskompetenz beschnitten sei (van der Mei 2003: 428), führte sie nicht zu einer vergleichbar vehementen Kritik wie die ersten beiden Urteile. Dies hing ganz offensichtlich damit zusammen, dass es in diesem Rechtsfall nicht um das Einklagen sozialer Rechte ging.

Das Urteil nahm zudem eine weitere systematische Einordnung vor: Die »Bedingungen und Beschränkungen«, die zuvor als nicht-konstitutiv für das Freizügigkeitsrecht erklärt worden waren, wurden nun lediglich als Schranken seiner Ausübung interpretiert (Wollenschläger 2007: 174), die selbst wiederum einer strikten gerichtlichen Kontrolle unterlägen,[68] zumal der Kläger unstreitig die in der Richtlinie statuierte Bedingung ausreichender Existenzmittel erfüllte.[69] Die Beschränkungen und Bedingungen seien also »unter Einhaltung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, anzuwenden«[70]. Damit müssten »nationale Behörden die Prinzipien des Gemeinschaftsrechts respektieren, wenn sie Beschränkungen des Aufenthaltsrechts einrichten« (Timmermans 2003: 201°) – selbst die nationalen Gerichte müssten die Übereinstimmung mit diesen Prinzipien sicherstellen. »Man könnte sagen«, so Richter

66 Ebd., Rn. 103

67 Urteil in der Rs. Baumbast (Fn. 63), Rn. 81–84.

68 Urteil in der Rs. Baumbast (Fn. 63), Rn. 86.

69 Ebd., Rn. 88.

70 Ebd., Rn. 91.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Timmermans, »dass der Gerichtshof hier die jüngste und strikteste Stufe des Verhältnismäßigkeitstests anwendet« (ebd.). Diese Systematik: unmittelbar geltendes Recht – Schranke – Schranken-Schranke, sei der Versuch einer Ausbalancierung von einerseits dem Bedürfnis, unzumutbare finanzielle Belastungen zu vermeiden, und andererseits dem Bestreben, das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger zu gewährleisten. Um sicherzustellen, dass das primärrechtliche Freizügigkeitsrecht keinen willkürlichen Maßnahmen unterworfen werde, könnten die Beschränkungen einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden. Insofern seien die drei Nichterwerbstätigen-Richtlinien »nicht mehr notwendig ein sicherer Hafen« (ebd.: 203°).

Umso erstaunlicher ist es, dass sich auch hier die bisherige Fundamentalkritik nur sehr abgeschwächt zu Wort meldete und das Urteil insgesamt eher Zustimmung erfahren hat. Es sei nur konsequent (Bode 2002: 768). Die Einführung der Verhältnismäßigkeitskontrolle verbunden mit der Akzeptanz einer Beschränkbarkeit von Art. 18, die zwar schon mit der *Rs. D'Hoop* erstmals erwähnt, jedoch erst hier systematisch beachtet wurde, lässt sich als *Zugeständnisstrategem* begreifen: Der »Ausgleich« und die Abwägung zwischen mitgliedsstaatlichen und Einzelrechten in einem Rechtsfall, der maßgeblich um das Freizügigkeitsrecht und nicht die sozialen Rechte kreiste, ist ein Zugeständnis an die bisherige Kritik, welches zumindest symbolisch verdeutlichte, dass auch die Interessen der Mitgliedsstaaten berücksichtigt werden. Allerdings behält der EuGH das letzte Wort. Das Zugeständnisstrategem ist Teil des hegemonialen juridischen Projektes, folgt dessen Logik und ermöglicht innerhalb dieses Rahmens die Berücksichtigung gegenläufiger Interessen. Die massive Kritik an den ersten beiden Urteilen machte es notwendig, Verknüpfungen zu einem diskursiven Element herzustellen, das bislang eher in die entgegengesetzte Äquivalenzkette eingeordnet wurde: die mitgliedsstaatliche Forderung nach Berücksichtigung ihrer nationalen Sozialsysteme. Insofern ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine idealtypische Hegemonietechnik, gerade durch das feingliedrige Vermitteln der gegensätzlichen Positionen.

Einzig Hailbronner ließ sich nicht darauf ein (2004: 2188). Er war nicht bereit, sich durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip beruhigen zu lassen, da dieses voraussetze, dass es überhaupt eine »gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Rechtsposition« gebe, in die eingegriffen werden könne. Nur dann sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit überhaupt anwendbar. Da es aber »keinerlei Indizien dafür« gebe, »dass die Unionsbürgerschaft tatsächlich ein derart verstandenes Aufenthaltsrecht, das – ähnlich der Staatsangehörigkeit – auch das solidarische Füreinandereinstehen ohne Rücksicht auf Herkunft, Wohnsitz, Erwerb und Einkommen beinhaltet«, sei die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes »unreflektiert« und weise sogar »Züge von Willkürlichkeit« auf (ebd.). Die Kontraritätsrelation wurde aufrechterhalten. Es gab allerdings nur noch wenige Diskursteilnehmer*innen, die nach wie vor die »expansive« Interpretation der Unionsbürgerschaftsvorschriften als gegen die ursprüngliche Bedeutung gerichtet ablehnten (Lyons 2004: 162f.).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5.3.7 »Collins« vom 23. März 2004[71] – »Sozialtourismus«

Zwei Jahre später wurde ein Rechtsfall vor dem EuGH verhandelt, in dem es um die Frage ging, ob ein irischer EU-Bürger nach nur achttägigem Aufenthalt in Großbritannien einen Anspruch auf Beihilfe zur Arbeitssuche erhalten kann. Erneut stand britisches Recht auf dem Prüfstand, und erstmals war der spanische Generalanwalt Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer involviert. Der Rechtsfall betraf wieder die erste Konstellation der Art. 12 und 17 EG.

Da es sich um einen Arbeitssuchenden handelte, kam allerdings nicht Art. 12, sondern Art. 39 EG (Arbeitnehmerfreizügigkeit) als spezielleres Gleichbehandlungsgebot in Frage.[72] Das Problem bestand nun, ähnlich wie bereits in der Vergangenheit, darin, dass der EuGH auch hier in einer früheren Entscheidung aus 1987, in der *Rs. Lebon*[73], festgehalten hatte, dass das Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf Beihilfen nur für Arbeitnehmer, nicht für Arbeitssuchende gelte. Diese könnten sich ausschließlich dann auf Art. 39 berufen, wenn es um den Zugang zur Beschäftigung gehe. Dieser Linie folgte auch der Generalanwalt, der entgegen der Generalanwälte-Tradition keine Rechtsprechungswende durch Art. 17 forderte, sondern sich im Gegenteil abgrenzte von den Positionen des maximalistischen Ansatzes, wie sie seit der *Rs. Martínez Sala* vertreten wurden: »Es sprechen jedoch gewichtige Gründe dafür, dass diese Rechtsprechung zwar ohne Zweifel einen Fortschritt darstellt, aber nicht so weitgehend ist, wie neben einem Teil der Lehre auch Herr Collins und die Kommission meinen.«[74] Die Kommission hatte die Auffassung vertreten, »dass sich Herr Collins, der Unionsbürger sei, rechtmäßig als Arbeitsuchender im Vereinigten Königreich aufhalte und als solcher den Schutz des Artikels 12 EG vor jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in allen gemeinschaftsrechtlich geregelten Fallgestaltungen genießen könne«[75]. Der Gerichtshof, der wieder wegen der besonderen Bedeutung des Rechtsfalles als Plenum getagt hatte, schloss sich der weiter gehenden Position der Kommission an. Damit distanzierte sich der EuGH von seinem Urteil in der *Rs. Lebon* mit dem schon bekannten Argument, dass die Einführung der Unionsbürgerschaft es verunmögliche, vom Anwendungsbereich des Art. 39 Abs. 2 EG eine finanzielle Leistung auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates erleichtern soll.[76]

---

71 Rs. C 138/02, Slg. 2004, I-2703.

72 Urteil in der Rs. Collins (Fn. 71), Rn. 55–57.

73 Rs. C 316/85, Slg. 1987, 2811.

74 Schlussanträge des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 10.7.2003, Rs. C 138/02, Rn. 63.

75 Wiedergegeben nach GA Colomer (Fn. 74), Rn. 16.

76 Urteil in der Rs. Collins (Fn. 71), Rn. 63.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auch dieser Rechtsprechungswandel zu Art. 39 traf wieder auf vehemente Kritik des konservativen Projekts. Die Methodik dieser »evolutiven Rechtsprechung« sei zu beanstanden, denn Herr Collins werde einerseits als Arbeitssuchender nach Art. 39 Abs. 2 behandelt und andererseits als Unionsbürger, so als ob ein Anspruch sich unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft ableiten ließe.

»Tatsächlich wird aber nicht klar, auf welchem rechtsdogmatischen Wege die bloße Verknüpfung von Arbeitnehmerfreizügigkeit und Unionsbürgerschaft zu einer Erweiterung der Anspruchsberechtigung auf Sozialhilfe führen soll. Er hat die Anwendungsbedingungen gemeinschaftlicher Solidarität derart breit interpretiert, dass das Solidaritätskonzept eine bedenkliche Reichweite erlangt hat.« (Hilpold 2008: 30f.)

Die neue Äquivalenzierung von Art. 17 und Art. 39 rief erneut die Widerstände hervor, die bereits die Äquivalenzierung von Art. 17 und Art. 12 erzeugt hatte. Auch eher liberale Kritiker wendeten nun ein, diese Begründung sei »umständlich und kurios«, die Schlussfolgerung, dass eine Person, die noch Arbeit sucht, bereits als Arbeiter angesehen werden könne, sei »skurril« (van der Mei 2004: 282°). Die Erweiterung bestehender Rechte durch die Einführung der Unionsbürgerschaft, wie dies auch im Bereich der Bildung geschehen war, überzeugte die Kritiker nicht – offensichtlich auch deswegen, weil es sich bei den einen um Studierende, bei den anderen aber um Arbeitssuchende handelte: »Warum sollten die zwei Situationen gleich gesetzt werden?« (Oosterom-Staples 2005: 215°).

In der Prüfung der Verhältnismäßigkeit dieser mittelbaren Diskriminierung bestimmten die Richter*innen als das legitime Ziel das Anliegen des britischen Gesetzgebers, welches auf der objektiven, von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Erwägung beruhe, dass dieser sich einer »tatsächlichen Verbindung zwischen demjenigen, der Leistungen beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern« wolle.[77] Der Generalanwalt hatte diese Argumentation vorbereitet, mit dem Argument, so könne »der so genannte Sozialtourismus« verhindert werden.[78] Er griff damit die Wortwahl der Kommission auf, die allerdings eingewandt hatte, es sei doch unstreitig, dass Herr Collins Arbeit gesucht habe, schließlich habe er sehr schnell welche gefunden.[79] Zum ersten Mal taucht also dieses Diskursfragment auf, angesichts eines bloß achttägigen Aufenthalts vor Antragstellung. Daraufhin stellte sich die Frage, an der die nationale Regelung in der *Rs. D'Hoop* gescheitert war: ob das Wohnorterfordernis geeignet und erforderlich zur Erreichung des Ziels sei. Geeignet sei es auf jeden Fall, so der EuGH, erforderlich jedoch nur dann, wenn eine Mindestaufenthaltsdauer nicht über den Zeitraum hinausgehe, in

77 Urteil in der Rs. Collins (Fn. 71), Rn. 67.

78 GA Colomer (Fn. 74), Rn. 75.

79 Wiedergegeben lt. Urteil in der Rs. Collins (Fn. 71), Rn. 50.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

welchem die nationalen Behörden sich vergewissern könnten, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Suche nach einer Beschäftigung sei.[80]

Die Ausweitung von Art. 39 alleine, so die Einschätzung der Diskursteilnehmer*innen, war innerhalb des Kräfteverhältnisses nicht machbar: »Ein durchweg positives Urteil wäre eine Grundsatzentscheidung gewesen. Doch so keck war das Gericht nicht.« (Oosterom-Staples 2005: 211°) Das Zugeständnisstrategem wurde vielmehr weiter ausgebaut, und dieses Mal ließ sich ein Wohnsitzerfordernis als erforderlich ausweisen. So wundert es nicht, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung, anders als die Ausweitung von Art. 39, von der konservativen Position aus begrüßt und sogar als »Notbremse« gewertet wurde (Niemann 2004: 950). Der EuGH habe »einen Gang zurückgeschaltet, ohne sich der Möglichkeit zur extensiven Auslegung der Unionsbürgerschaft ganz zu begeben« (ebd.: 946ff.).

Für diejenigen allerdings, »die das Entstehen einer universellen Wohlfahrtssolidarität aufkommen sahen, repräsentierte das Urteil in der Rechtssache Collins einen Rückschlag«, so Marlene Wind in der Logik des proeuropäisch-sozialen Projekts, nicht jedoch ohne sofort hinzuzufügen, dass dies keinesfalls eine Umkehr der Rechtsprechung sei, denn es sei das Gericht, das die Regeln der Verbindung zum Arbeitsmarkt und einer Mindestaufenthaltsdauer aufstelle: »[D]ies alles sind reine vom Gericht geschaffene Bedingungen« (Wind 2009: 261°). Ein Wohnsitzerfordernis wurde von Vertreter*innen des proeuropäisch-sozialen Projekts allerdings nicht als notwendig angesehen, um eine Verbindung zum Arbeitsmarkt herzustellen, denn eine solche Verbindung existiere, wann immer ein Unionsbürger tatsächlich nach Arbeit suche. Der Gerichtshof habe scheinbar versucht, nicht in eine Debatte darüber verwickelt zu werden, »ob die Angst vor einem Wohlfahrtstourismus auf Fakten basiert oder nicht« (van der Mei 2004: 284°).

Schließlich tauchte noch eine neue Argumentationsfigur in dieser Rechtssache auf, die im weiteren Diskurs präsent blieb: der Gegensatz zwischen Richtlinie und Rechtsprechung. Wurde die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38 EG während der bisher analysierten Rechtsfälle nur im Rat auf einen Kommissionsentwurf hin beraten, so erfolgte ihr Beschluss durch Rat und Parlament im Jahr 2004, einen Monat nach dem Urteil. Darauf folgte wiederum die Umsetzungsperiode bis zum Jahr 2006, sodass ein Zeitraum entstand, in dem darüber spekuliert werden konnte, wie der EuGH mit dieser neuen Richtlinie umgehen würde. So wies bereits der Generalanwalt in seiner skeptischen Stellungnahme darauf hin, dass nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie kein Aufnahmemitgliedsstaat gehalten sei, anderen Personen als Erwerbstätigen das Recht auf Sozialhilfe oder Studienbeihilfe zu gewähren, bevor sie nach fünf Jahren das Daueraufenthaltsrecht erworben hätten.[81] Daran knüpfte eine Diskurskoalition an, die nun das »Haltbarkeitsdatum« der Rechtsprechungslinie ge-

80 Urteil in der Rs. Collins (Fn. 71), Rn. 72.

81 GA Colomer (Fn. 74), Rn. 70.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kommen sah. Die Richtlinie zeige deutlich, »dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Ansichten des Urteils in der Rs. Collins nicht teile« (Oosterom-Staples 2005: 223°) und den Bereich der sozialen Teilhaberechte mit der Richtlinie »angemessen begrenzt« (Niemann 2004: 953). Auch die Gegenposition erkannte einen Widerspruch zwischen Richtlinie und Rechtsprechung, behauptete aber einen Vorrang der Rechtsprechung (Wind 2009: 261).

Betrachtet man den parallelen legislativen Prozess (vgl. Wissel 2014: 59ff.), werden die Auseinandersetzungen noch deutlicher: Zunächst hatte die Kommission in ihrem Vorschlag von 2001 tatsächlich vorgesehen, damals in Art. 21 Abs. 2, einen Anspruch auf Sozialhilfe erst mit dem Erwerb des Daueraufenthaltsrechts entstehen zu lassen, nach damals beabsichtigten vier, in der Endfassung nach fünf Jahren,. Nach dem *Grzelczyk-Urteil* beauftragten aber sowohl die »Arbeitsgruppe Freizügigkeit« des Rats als auch die Kommission ihre jeweiligen juristischen Dienste mit der Erstellung von Rechtsgutachten zu den Folgen des Urteils (ebd.: 60). Im Anschluss daran vertrat die Kommission in den weiteren Verhandlungen vehement die Position, dass eine neue Richtlinie nicht hinter den gemeinsamen Besitzstand (acquis communautaire) – darunter verstand sie die Normen in der Auslegung des EuGH – zurückfallen dürfe. Sie erzeugte so in den Ratsverhandlungen den Eindruck, es gäbe keine Alternative zum Stand der Rechtsprechung.[82] António Vitorino, der damalige Kommissar für Inneres und Justiz, kündigte dann 2003 einen geänderten Kommissionsvorschlag an, der dem *Grzelczyk-Urteil* gerecht werden solle. Dieser erfolgte am 15. April 2003 (KOM (2003): 199). Mit der Neufassung sollten Nichterwerbstätige nunmehr auch vor Erlangung des Daueraufenthaltsrechts nicht von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden. Diese Neufassung wurde in den Verhandlungen mit dem Rat so abgeändert, dass der Anspruch auf Sozialhilfe dennoch nicht in den ersten drei Monaten bestehen sollte. Die heute geltende Fassung des Art. 24 Abs. 2, der diese Ausnahmen von der Gleichbehandlung aller Unionsbürger*innen behandelt, hält nun fest, dass der Aufnahmemitgliedsstaat nicht verpflichtet ist, Nichterwerbstätigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts »einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehns, zu gewähren«.

Das heißt im Umkehrschluss aber, dass es den Mitgliedsstaaten nach dreimonatigem Aufenthalt nicht länger freisteht, einem nichterwerbstätigen Unionsbürger die Sozialhilfe zu verweigern. *Die Richtlinie positivierte also in weitem Maße die Rechtsprechung* (Schönberger 2006: 229). Und nicht nur an dieser Stelle, auch in den Erwägungsgründen tauchen bis in den Wortlaut hinein die Urteile des EuGH auf. »Damit hat die positive Integration – erneut analog zum Binnenmarktprozess –

82 Expert*innen-Interview, Mitarbeiter*in des deutschen Bundesministeriums des Inneren, Abteilung Ausländerrecht v. 28.2.2010, Berlin.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die methodisch angreifbaren Ergebnisse des Sala- und insbesondere des Grzelczyk-Urteils sekundärrechtlich abgesichert« (Cremer 2007: 92f.).

5.3.8 »Trojani« vom 7. September 2004[83] – »Zauberstab« für »social citizenship«

Nur ein halbes Jahr später erging erneut ein vom Ergebnis her betrachtet durchaus spektakuläres Urteil, dieses Mal durch die große Kammer mit elf Richter*innen – darunter einige von denjenigen, die diese Rechtsprechungslinie bereits geprägt hatten, und auch solche, die sich, wie Koen Lenaerts, schon länger in der Literatur als Befürworter von sozialen Rechten Nichterwerbstätiger geäußert hatten. Dieses Mal hatte ein französischer Staatsbürger, der zunächst in Belgien auf einem Campingplatz und danach bei der Heilsarmee lebte, dort Unterkunft und Taschengeld verdiente und eine befristete Aufenthaltsgenehmigung besaß, das belgische Existenzminimum beantragt.

In diesem Urteil wurden keine neuen Rechtsfiguren entwickelt. Stattdessen kombinierte das Gericht seine zwei bis dato entwickelten Wege, allerdings in einer Weise, die alte schwelende Konflikte wieder auf die Tagesordnung setzte. Denn war das Aufenthaltsrecht aus Art. 18 EG als unmittelbar geltender Anspruch in der *Rs. Baumbast* anhand eines global agierenden Geschäftsmannes konzipiert und konsentiert worden, so stellte das Urteil in der *Rs. Trojani* nunmehr klar, dass es aufgrund der universellen Geltung des Rechts auch einem Herrn Trojani zustehen musste: »Der Kläger ist daher bereits aufgrund seiner Unionsbürgerschaft berechtigt, sich auf diese Bestimmung zu berufen.«[84] Allerdings könne es durch Art. 1 der Richtlinie 90/364 beschränkt werden, welcher für den rechtmäßigen Aufenthalt ausreichende Existenzmittel voraussetze.[85] Generalanwalt Geelhoed hatte dies zuvor ebenfalls konstatiert und dabei das Argument des Schutzes vor »Sozialtourismus« wiederholt.[86] Im Anschluss wurde daher die Verhältnismäßigkeit dieser Beschränkungen geprüft und festgehalten, dass dem Kläger im Unterschied zu Herrn Baumbast die ausreichenden Existenzmittel fehlten, weswegen eine Verneinung des Rechts verhältnismäßig sei.[87] Das gehe nicht über das Erforderliche hinaus, so auch

83 Rs. C-45g/02, Slg. 2004, I-7573.

84 Urteil in der Rs. Trojani (Fn. 83), Rn. 31. Ähnlich Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed v. 19.2.2004, Rs. C-45g/02, Rn. 11f.

85 Urteil in der Rs. Trojani (Fn. 83), Rn. 33.

86 GA Geelhoed (Fn. 84), Rn. 17f.

87 Urteil in der Rs. Trojani (Fn. 83), Rn. 36.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schon der Generalanwalt, wenn Personen, »die auf Sozialleistungen angewiesen sind, im eigenen Staat aufgefangen werden«[88].

Der zweite Pfad – die Begründung von sozialen Rechten Nichterwerbstätiger auf der Basis von Art. 18 Abs. 1 EG – war also offensichtlich durch die Einfügung des Zugeständnisstrategems für einen maximalistischen Ansatz sozialer Rechte verschlossen. Man könnte meinen, damit habe sich seine Etablierung für ein mögliches juridisches Projekt als Bumerang erwiesen. Doch stattdessen kehrten die Richter*innen auf ihren ersten Weg in einer deutlichen Parallele zur *Rs. Martínez Sala* zurück: Der Kläger halte sich durch die belgische Aufenthaltsgenehmigung rechtmäßig im Aufnahmestaat auf, sodass er in den Anwendungsbereich von Art. 12 falle. Den Widerspruch zwischen dem gemeinschaftsrechtlichen Nichtbestehen eines Aufenthaltsanspruches und dem nationalen Aufenthaltsrecht löste er durch den Hinweis,

»dass die Mitgliedstaaten den Aufenthalt eines nicht wirtschaftlich aktiven Unionsbürgers zwar von der Verfügbarkeit ausreichender Existenzmittel abhängig machen dürfen, sich daraus aber nicht ergibt, dass einer solchen Person während ihres rechtmäßigen Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat nicht das grundlegende Prinzip der Gleichbehandlung [...] zugute kommt«[89].

Trojani werde hier eindeutig aufgrund der Staatsangehörigkeit diskriminiert.[90] In keiner der bisherigen Rechtssachen trat der Widerspruch zwischen Art. 18 und einem nationalen Aufenthaltsrecht in der Beurteilung der Anwendungsbereichseröffnung so offen zu Tage wie in dieser. Denn zuvor hatten die Richter*innen immer von einer Einordnung des Art. 18 abgesehen. Nachdem diese aber in der *Rs. Baumbast* erfolgt war, gab es nunmehr zwei Linien, zwischen denen scheinbar, je nach Bedarf, gewählt werden konnte.

Dies rief, wenig überraschend, erneut die alten Widerstände hervor: Es sei nach wie vor hinsichtlich der dogmatischen Herleitung des Gleichbehandlungsanspruches

»kein kohärenter Ansatz zu erkennen. [...] Ferner bleibt der Zusammenhang des allein auf Grund nationalen Rechts bestehenden Aufenthaltsrechts zur Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots unklar. [...] Dogmatisch überzeugender wäre eine Anknüpfung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes an die Ausübung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts gewesen.« (Wollenschläger 2005a: 311f.)

88 GA Geelhoed (Fn. 84), Rn. 70.

89 Urteil in der Rs. Trojani (Fn. 83), Rn. 40.

90 Ebd., Rn. 44.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

So bleibe ein »zwiespältiger Eindruck« zurück. Denn einerseits dokumentiere die Verneinung des Aufenthaltsrechts einen im Vergleich zu früheren Entscheidungen restriktiven Ansatz angesichts der »heraufbeschworenen Gefahr eines ›Sozialtourismus‹«. Andererseits blieb diese Verneinung jedoch ohne Auswirkung auf das Ergebnis (ebd.: 312). Dieser zwiespältige Eindruck beschreibt präzise den zwiespältigen Charakter des Diskurses nach dem Versuch der Integration der Kritiken durch das Zugeständnisstrategem. Keine der konträren Positionen schien zufrieden: Das Urteil sei »dogmatisch nicht nachvollziehbar«, es erscheine so, als ob ein »unbegrenztes Diskriminierungsverbot« existiere, was »höchst problematisch« sei, denn »in dieser Konstellation verlieren die Mitgliedstaaten [...] weitgehend ihre Mitsprache- und Gestaltungsrechte, die ihnen Art. 18 EG in Verbindung mit dem einschlägigen Sekundärrecht vermittelt« und zugleich werde die »Unionsbürgerschaft zu einem absoluten Recht auf ›Sozialtourismus‹« (Calliess 2007: 33ff.). Im Hintergrund stehe

> »erneut der Grundsatz der Solidarität. [...] Auf welcher rechtsdogmatischen Grundlage der EuGH die Unionsbürgerschaft in ein Vehikel zur umfassenden Umwandlung der Europäischen Union in eine Solidargemeinschaft verwandelt, bleibt im Dunkeln. [...] Die Unionsbürgerschaft wird zum kompetenzrechtlichen Zauberstab für die Verwirklichung der Vollintegration.« (Hilpold 2008: 33)

Die »sozialpolitisch ambitionierte Rechtsprechung des EuGH« dringe »in den Bereich ›wohlfahrtsstaatlicher Souveränität‹ der Mitgliedstaaten in weitaus stärkerem Maße vor« als bisher, argumentierte Sander (2005: 1016), womit bereits zum dritten Mal wortidentisch das Allgemeine der Gegenstrategien zitiert wird.[91] Die »materielle Ausdeutung der Unionsbürgerschaft als ›social citizenship‹ findet in der Aufnahme der Unionsbürgerschaft durch den Maastrichtvertrag jedenfalls keine Stütze«, denn dabei sei es um die Ausdehnung von Freizügigkeit, nicht jedoch um eine sozialhilferechtliche Dimension gegangen (ebd.: 1017). Der Gerichtshof baue aber die Unionsbürgerschaft schrittweise »als rechtliche ›Eintrittskarte‹ zu nationalstaatlichen Sicherungssystemen« aus. Damit rufe das Urteil »grundlegende Fragen ins Bewusstsein zurück« (ebd.: 1014). Als »konzeptionell unpolitisches Organ« könne der EuGH keine politische Verantwortung für grundlegende sozialpolitische Fragestellungen übernehmen. »Sollte sich herausstellen, dass die teilweise ohnehin sanierungsbedürftigen sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten mit dieser weiteren Öffnung des Berechtigtenkreises überfordert sind«, stehe zu befürchten, dass die EU bald mit zusätzlichen Gestaltungsproblemen konfrontiert werde (ebd.: 1020). Zudem stelle die Rechtsprechung Art. 24 der Freizügigkeitsrichtlinie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist als zu eng in Frage (Wollenschläger 2005a: 312).

91 Mit der Anmerkung, dass sei eine »treffende Bezeichnung« (ebd., Rn. 28).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Widerstände gegen den EuGH formierten sich alles in allem zu einer stabilen Äquivalenzkette mit den Aussagen: Methodische Mängel + unbegrenztes Diskriminierungsverbot + Solidargemeinschaft + unrechtmäßige Kompetenzverschiebung + Sozialtourismus + Eingriff in wohlfahrtsstaatliche Souveränität. Die Hegemoniestrategie des EuGH geriet in eine Krise. Emphatische Unterstützung gab es nur von Autoren, welche die diskursive Strategie des proeuropäisch-sozialen Projekts verfolgten:

»Der frühere französische Staatspräsident Georges Pompidou hat die Europäische Gemeinschaft zu Beginn der 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts einmal etwas despektierlich als ›Gemeinschaft der Kaufleute und Krämer‹ bezeichnet. Vermutlich hätte er nicht im Traum daran gedacht, dass sein Landsmann Michel Trojani einmal zu europarechtlichem Ruhm gelangen würde. [Er] [...] dürfte in der Welt eines auf ökonomische Transaktionen fixierten Binnenmarktes nicht vorkommen. Doch diese Welt existiert so nicht mehr. [...] [Der EuGH] leistet damit einen weiteren wichtigen Beitrag zur Entkräftung der These, die das europäische Gemeinschaftsrecht als Bedrohung für die überkommene Sozialstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten ansieht. In einem ›Europa der Bürger‹ ist nämlich auch für einen armen Schlucker wie Michel Trojani Platz.« (Kingreen 2007: 74)

Damit wurde die Äquivalenzkette des proeuropäisch-sozialen Projekts pointiert zusammengefasst: Auflösung des neoliberalen Binnenmarktprojekts – durch das politische Projekt des Europas der Bürger – welches sich den Vorwurf der sozialen Bedrohung durch die EU nicht mehr gefallen lassen muss.

5.3.9 »Bidar« vom 15. März 2005[92] – Ein »Bypass«

Wieder ein halbes Jahr später entschied die Große Kammer des Gerichtshofes nach den Schlussanträgen von Generalanwalt Geelhoed den Fall eines französischen Staatsbürgers in Großbritannien, der dort bei seiner Großmutter gelebt und die Schule besucht hatte und nun anlässlich seines Studiums ein Studiendarlehen beantragte.

Gerichtshof und Generalanwalt verfolgten wieder den ersten Weg: Die Unionsbürgerschaft als grundlegender Status eröffne den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots.[93] Eine breite Diskurskoalition, bestehend aus der österreichischen, dänischen, finnischen, französischen, deutschen, niederländischen und britischen Regierung und darüber hinaus auch der Kommission, hatte zuvor versucht,

92 Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119.

93 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 31–42; Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed v. 11.11.2004, Rs. C-209/03, Rn. 28-33.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ein altes Gegenargument zu mobilisieren, dieses Mal angesichts Art. 24 Abs. 2 der noch nicht implementierten, aber bereits beschlossenen Freizügigkeitsrichtlinie. Dieser verpflichte die Mitgliedsstaaten *nicht* dazu, Unionsbürgern ohne wirtschaftliche Betätigung vor dem Erwerb des Daueraufenthaltsrechts Unterhaltsbeihilfe zu gewähren. Daher sei der Anwendungsbereich des Vertrages auch nicht eröffnet.[94] Der Generalanwalt hatte dem entgegengehalten, dass die Frage des Anwendungsbereiches, wie der EuGH bereits diverse Male klargestellt habe, von der Frage zu unterscheiden sei, ob konkrete Personen einen Anspruch auf konkrete Leistungen hätten. Daher stehe die Ausbildungsförderung nicht mehr außerhalb des Geltungsbereiches.[95] Der EuGH radikalisierte diese Argumentation: Art. 24 der Richtlinie bestätige gerade, dass diese Fälle in den Anwendungsbereich fielen. Denn indem er normiere, dass Stipendien für Studierende ohne Daueraufenthaltsrecht begrenzt werden können, sehe er »die Gewährung solcher Beihilfen als einen Bereich an, der nach diesem Absatz 1 gegenwärtig in den Anwendungsbereich des Vertrages fällt«. Denn Abs. 1 normiere ja gerade, dass diese Personengruppe im Anwendungsbereich des Vertrages nicht zu diskriminieren sei.[96]

Obwohl der Gerichtshof ziemlich genau an seiner von Anfang an verfolgten Argumentationsstrategie festhielt, wonach Einschränkungen durch sekundärrechtliche Richtlinien nicht den Anwendungsbereich des Vertrages beschränken können, rief sie erneut heftige Kritik hervor. Die Argumentation sei »nahezu abenteuerlich«, so Stefanie Bode (2005: 281), damals Referentin in der Europaabteilung des deutschen Bundesministeriums der Finanzen. Der Gesetzgeber habe unter Umständen mit Art. 24 Abs. 2 gerade in Reaktion auf die Ausdehnung des unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeitsrechts deklaratorisch zum Ausdruck bringen wollen, dass die bisherigen Beschränkungen weiter gelten. Dafür spreche auch, dass die von der Kommission zunächst vorgeschlagene Erweiterung des Freizügigkeitsrechts für Studierende sich im Legislativverfahren nicht durchsetzen konnte. Dies alles erwäge der EuGH nicht einmal. Vielmehr reduziere er die Wirkungen der eindeutigen Regel von Art. 24 Abs. 2., bereits bevor die Implementationsperiode der Richtlinie ausgelaufen sei (Brand 2006: 303). »Heißt das, dass das Gericht in einem Fall, der nach dem Inkrafttreten der Richtlinie aufkommt, die Beschränkungen des Gleichheitsprinzips durch die Richtlinien missachten wird?«, fragte Catherine Barnard (2005: 1481°) aus einer britischen Perspektive argwöhnisch. Sie wies drohend darauf hin, dass es in ähnlichen Fällen als Reaktion der Mitgliedsstaaten zu korrigierenden Klarstellungen in den Verträgen gekommen sei. Das im Gedächtnis behaltend, »ist es unwahrscheinlich, dass der Gerichtshof in der Zukunft so schroff agieren wird«, sodass das »Haltbarkeitsdatum« des Urteils nur bis zur Umsetzung der

94 Wiedergegeben nach GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 64.

95 GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 50, 53.

96 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 43.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Richtlinie laufen dürfte (ebd.; ähnlich auch Düsterhaus 2005: 326). Eher bewundernd wurde dies hingegen von der Gegenposition als »das außergewöhnlichste Beispiel für juridischen Aktivismus« bezeichnet, indem der Gerichtshof im Wesentlichen die Ausnahme aus Art. 24 Abs. 2 herausgestrichen habe (Chalmers/ Hadjiemmanuil/Monti/Tomkins 2006: 600°).

Damit gemäß der tradierten Argumentationslinie das Studiendarlehen in den Anwendungsbereich fiel, musste aber auch noch der persönliche Anwendungsbereich eröffnet sein: durch den rechtmäßigen Aufenthalt des Unionsbürgers. Der EuGH folgte seiner bisherigen Strategie, wonach diejenigen Studierenden, die sich in einen anderen Mitgliedsstaat begeben, um dort zu studieren, gemäß der Richtlinie zwar keinen Anspruch auf Unterhaltsbeihilfe geltend machen könnten, dies allerdings keinen Unionsbürger, der sich gemäß Art. 18 und der Studierendenrichtlinie rechtmäßig dort aufhalte, daran hindere, sich während dieses Aufenthalts auf den in Art. 12 Abs. 1 aufgestellten Gleichbehandlungsgrundsatz zu berufen.[97]

Der Gerichtshof unterschied also zwei unterschiedliche Rechtsansprüche: einen aufgrund der Richtlinie und einen aufgrund von Art. 12 und 18. So hatte er bereits in der *Rs. Grzelczyk* argumentiert. Trotzdem umging er damit erneut den Widerspruch zwischen Primär- und Sekundärrecht, der zur Nichtigkeitserklärung des Sekundärrechts hätte führen können. Dieser Weg musste dem Gerichtshof als nicht hegemoniefähiger Affront erschienen sein, zumal die alten Richtlinien sowieso ausliefen. »Den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers zur Nichteinbeziehung von Studienbeihilfen in den EG-Vertrag [...] scheint der EuGH nicht für maßgeblich zu halten«, kritisierte Bode (2005: 281). Mit dieser »künstlichen Unterscheidung« erzeuge er einen »Bypass« um Art. 3 der Studierenden-Richtlinie herum, um so eine mögliche contra legem Interpretation dieser Vorschrift abzuwenden (Brand 2006: 301). Denn anders als in der *Rs. Grzelczyk* gehe es hier tatsächlich um eine Studienbeihilfe, die in der Richtlinie explizit verweigert wird (Niedobitek 2006: 114). So vermieden die Richter*innen »eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik durch Anstellung einer äußerst formalistischen Betrachtungsweise« (Wollenschläger 2005b: 1025). Der Begriff des Bypasses, der in dieser diskursiven Auseinandersetzung zum ersten Mal auftauchte, ist eine metaphorisch treffende Bezeichnung für die Argumentationsstrategie des Gerichtshofes, mit der es möglich war, der Frage nach einer möglichen Primärrechtswidrigkeit der Richtlinien zumindest vorerst auszuweichen.

Im nächsten Schritt prüfte der EuGH nun die Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung des Klägers. Letztere bestand darin, dass die Gewährung einer Beihilfe an die Wohnsitzvoraussetzung gebunden war, wonach die Antragsteller bereits drei Jahre vor dem ersten Studientag im Vereinigten Königreich gewohnt ha-

97 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 45f.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ben müssen und in dieser Zeit keiner Vollzeitausbildung nachgegangen sein dürfen. Dies sei von Inländern leichter zu erfüllen.[98]

Als legitimes Ziel dieser Regelung diskutierten die Richter*innen sowie der Generalanwalt das Wohnsitzerfordernis als Vergewisserung darüber, dass zwischen dem Antragsteller und dem neuen Mitgliedsstaat eine ausreichende Verbindung bestehe, in dem Fall durch die »Integration in das soziale Leben«. Der Generalanwalt bestand allerdings darauf, dass ein »bloßes Wohnsitzerfordernis« für die Erreichung dieses Zieles zu wenig zielgerichtet sei. Es komme eher darauf an, ob eine echte Verbindung zum nationalen Bildungssystem oder der nationalen Gesellschaft vorliege. Bidar habe dort schließlich bereits die Schule besucht.[99] Der EuGH hingegen ließ für die Ermittlung des »gewissen Grades«, bis zu dem sich ein Antragsteller in »die Gesellschaft dieses Staates integriert« habe, den Aufenthalt über »eine gewisse Zeit« genügen.[100] Der Gerichtshof scheine, so die Anmerkungen, einen »quantitativen Gleichheitsansatz« zu verfolgen: »Je länger sich Migranten in dem Mitgliedstaat aufhalten, umso integrierter sind sie in diesen Staat und umso größer ist die Anzahl von Leistungen, die sie zu gleichen Bedingungen wie die eigenen Bürger erhalten können.« (Barnard 2005: 1478°) Dies stimme wiederum mit der Freizügigkeitsrichtlinie überein (ebd.: 1480). Dieser quantitative Ansatz, im Unterschied zum weiteren Ansatz des Generalanwalts, wurde als Reaktion auf »die heftige Ablehnung« des *Grzelczyk-Urteils* interpretiert. Der EuGH relativere sukzessive wieder den Bedeutungsgehalt des Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit (i.V.m.) Art. 17f. EG im Hinblick auf Sozialleistungsansprüche. Dies entziehe »einem Großteil der nach dem Grzelczyk-Urteil geäußerten Bedenken den Boden. [...] Namentlich dem teils befürchteten Sozial- bzw. Bildungstourismus« (Cremer 2007: 91).

Auch der Generalanwalt argumentierte, dass es »eindeutig […] nicht Absicht des Gerichtshofes« sei, »dass die Mitgliedstaaten ihre Sozialhilfesysteme Unionsbürgern, die in ihr Hoheitsgebiet einreisen und sich dort aufhalten, *in vollem Umfang* öffnen«. Damit machte er deutlich, dass der maximalistische Ansatz des proeuropäisch-sozialen Projekts nicht mehr das Projekt der Generalanwaltschaft war. Dieser ging es vielmehr darum, festzuhalten, dass »auf der einen Seite die Mitgliedstaaten berechtigt« seien, »sicherzustellen, dass die sozialen Vergünstigungen, die sie bieten, für die Zwecke gewährt werden, für die sie bestimmt sind. Auf der anderen Seite müssen sie hinnehmen, dass Unionsbürger, die sich in ihrem Hoheitsgebiet für erhebliche Zeit rechtmäßig aufhalten, ebenfalls für solche Förderung in Betracht kommen können«[101].

98 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 52f.; GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 55.

99 GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 60ff.

100 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 59

101 GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 32, Herv. S.B.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Literatur wertete das Urteil in diesem Sinne als »Kompromiss [...] zwischen dem Postulat einer möglichst umfassenden Gleichstellung aller Unionsbürger und dem Bestreben, ökonomisch motivierte Wanderungsbewegungen Nichterwerbstätiger mit entsprechend negativen Konsequenzen für die nationalen Sozialsystem zu verhindern« (Wollenschläger 2005b: 1025).

Daher sei »Entwarnung geboten«, erklärte Dominik Düsterhaus, der spätere Pressesprecher des EuGHs, denn das Urteil mache deutlich, »wie streng die Maßstäbe für derartige Ausnahmefälle sind. Das Gemeinschaftsrecht fordert weder eine unbedingte Gleichstellung, noch fördert es den Sozialleistungstourismus.« (Düsterhaus 2005: 325) Und auch Barnard gestand dem Gerichtshof ein »gewisses Bewusstsein über die Sensibilität der Thematik, insbesondere der Bedenken über den ›Sozialleistungstourismus‹« zu, nicht jedoch ohne hinzuzufügen,

»wenn es anders wäre, würde die durchgesetzte Gleichheit ein Potential haben, um solche Feindseligkeiten und anti-migrantische Gefühle unter den Angehörigen der Nationalstaaten auslösen, dass die Unionsbürgerschaft nicht gefestigt, sondern das Gegenteil erreicht würde« (Barnard 2005: 1489°).

Das Diskursfragment des »Sozialleistungstourismus« war verbunden mit einem Resignifizierungsversuch: Gelten die innereuropäischen Migrant*innen seit Einführung der Unionsbürgerschaft alle einheitlich als Bürger*innen der Union und befinden sich seitdem diesseits der biopolitischen Zäsur, so versuchten die defensiv-hegemonialen nationalen Strategien nunmehr über das Argument »anti-migrantischer Gefühle« den Rechtsstatus wieder zurückzudrehen und die Bürger*innen zu migrantisieren.

Das bereits in der *Rs. D'Hoop* eingeführte Zugeständnisstrategem der Verhältnismäßigkeitsprüfung konnte über die diskursive Betonung des »legitimen Allgemeinwohlinteresses« der Mitgliedsstaaten erneut für Zustimmung sorgen. Allerdings enthüllte bereits der nächste Schritt, wie trügerisch diese Sicherheit war und wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwar ein Zugeständnis machte, mit diesem jedoch zugleich die konkrete Abwägung im Einzelfall und damit das letzte Wort wieder unter die Entscheidungshoheit des Gerichtshofes stellte. Das Prinzip lenkte den Gegendiskurs zunächst mit der Anerkennung des legitimen Interesses in die eigenen Bahnen, um dann die Richtung vorzugeben: Da die »fragliche Regelung für einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates jede Möglichkeit ausschließt, als Student den Status einer auf Dauer ansässigen Person zu erlangen«, mache sie ihm, so der Gerichtshof, »welches auch immer der Grad seiner tatsächlichen Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats sein mag, unmöglich, diese Bedin-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gungen zu erfüllen«. Eine solche Maßnahme sei also ungeeignet und damit unverhältnismäßig.[102]

Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie musste also gar nicht als primärrechtswidrig interpretiert werden, da nationale Maßnahmen, die auf ihrer Grundlage ergangen waren, über den Bypass direkt in die Verhältnismäßigkeitsprüfung gelangten und dort in letzter Instanz der Abwägung des Gerichtshofes unterworfen wurden. Die klaren Kriterien der Richtlinie wurden ersetzt durch die »vagen Begriffe einer ›tatsächlichen Verbindung‹ sowie ›einer ausreichenden Integration‹« (Brand 205: 302). Doch diese Taktik fiel nicht weiter ins Gewicht, da sie im Ergebnis einem Kläger Recht gab, dessen Fall so ungewöhnlich war, dass daraus keine ökonomischen Konsequenzen erwartet wurden. Dies zeigte sich an den rechtstatsächlichen Reaktionen: Vor dem Urteil, zur Zeit der Schlussanträge des Generalanwaltes, entwarf die britische Presse das Szenario von 50.000 EU-Studierenden, die allesamt in Großbritannien Anspruch auf Studienbeihilfe haben könnten. Die Politik des damaligen Ministerpräsidenten Tony Blair sei konzipiert worden in einer Zeit vor der Osterweiterung und verliere jetzt ihre Grundlagen.[103] Auch die britische Regierung hatte in ihrer Stellungnahme angeführt, dass es zu Kosten in Höhe von 66 Millionen britischem Pfund kommen könne, wenn das Urteil zu Gunsten des Klägers ausgehe.[104] Es sei folglich, so Catherine Barnard, »der nationale Steuerzahler, der die Rechnung zu begleichen« habe. Hinter der Rechtsprechung verstecke sich eine »fundamentale Ungleichheit im System«, die auf den »ungleichmäßigen Zustrom von Studenten« zurückzuführen sei. Großbritannien und Irland seien Netto-Empfängerländer, und in der Realität unterstützten »(arme und gewöhnlich nichtmobile) Steuerzahler der Aufnahmestaaten die höhere Bildung von (bereits gut ausgebildeten Mittelklasse-)Studierenden anderer Mitgliedstaten, mit denen sie wenig gemeinsame Interessen teilen«. Eine radikalere Lösung bestünde daher darin, dass die EU selbst die Rechnung für diese Migration bezahle, doch dies sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt »reines Wunschdenken«, denn sie habe kein solches Budget und wahrscheinlich auch keine Kompetenz so zu agieren. »Und genau darin liegt das Paradox«, so die national-soziale Kritik (Barnard 2005: 1484ff.°).

Doch nach dem Urteil änderte sich die Stimmung, obwohl es gemeinschaftsweit zu Anpassungen im Stipendienwesen führte (Hilpold 2009: 42): Aufgrund der Anerkennung des Wohnsitzerfordernisses werde die große Mehrheit nicht in der Lage sein, Ansprüche zu stellen, sodass die behaupteten Kosten »übertrieben« gewesen seien (van der Mei 2005: 211°). Die britische Regierung erläuterte demgemäß nach Urteilsverkündung, dass die »Anzahl von EU- Studierenden, die direkt von dem Urteil profitierten, sehr gering« sei. Die »Öffnung irgendwelcher Schleusentore für

102 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 61.

103 Daily Mail v. 12.11.2004.

104 Wiedergegeben lt. Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 25.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tausende von EU-Bürgern, die billige Darlehen« verlangten, stehe nicht in Frage.[105] Und auch in der BRD erklärten Regierungsbeamte, dass die Rechtsprechung nur einen geringen Anteil der »EU-Auslandsstudenten« beträfe. Sie schmälere die Befürchtungen, »dass Deutschland für Gaststudenten aus EU-Ländern [...] bezahlen muss [...], die nie in die Sozialkassen hierzulande eingezahlt« hätten.[106]

Die jeweiligen Projekte, die über den Kompromiss hinausgingen, blieben in der abschließenden Einschätzung des Urteils jedoch präsent. So hielt Bode aus konservativer Perspektive fest, die statuierte Gleichbehandlungspflicht gehe »trotz der eingeräumten Rechtfertigungsmöglichkeiten über den derzeitigen Stand der Integration hinaus«. Sodann wiederholte er die Aussage, dass die EU gegenwärtig »nicht den Schritt zu einer Sozialunion vollzogen« habe. Zudem müsse eine derart substanzielle Fortentwicklung der Integration dem entsprechend legitimierten ›Gesetzgeber‹ vorbehalten bleiben, da es der Rechtsprechung nicht möglich sei, »die aus der Einzelfallentscheidung resultierenden, insbesondere finanzpolitischen Konsequenzen hinreichend zu berücksichtigen und der Vielschichtigkeit der Fragestellungen gerecht zu werden« (Bode 2005: 281f.). Van der Mei hingegen war davon überzeugt, dass die Urteile in den *Rs. Trojani* und *Bidar* zwar keine Grundsatzentscheidungen seien, sie allerdings »in die Geschichtsbücher des Gemeinschaftsrechts eingehen« könnten, denn sie

»markieren das Ende einer Ära, in der Mitgliedstaaten den Bürgern anderer Mitgliedstaaten den Zugang zu ihren wohlfahrtsstaatlichen Leistungen einzig auf Grund ihrer Nationalität verweigern konnten. In Bezug auf Unionsbürger können Nationalitätskriterien nicht mehr länger angewendet werden, um den Zugang zu Sozialleistungen zu schützen oder zu regulieren. Im Prinzip verlangt das Gemeinschaftsrecht die *De-Nationalisierung der Europäischen Wohlfahrtsstaaten*. Zur gleichen Zeit jedoch demonstrieren Trojani und Bidar, dass das Gemeinschaftsrecht nicht notwendig die De-Territorialisierung der Wohlfahrtsstaaten bedeutet. Wohnsitzerfordernisse und nicht Nationalitätserfordernisse konstituieren die geeigneten Werkzeuge, um grenzüberschreitenden Zugang zu Sozialleistungen zu regulieren.« (Van der Mei 2005: 207°, Herv. S.B.)

Die privilegierende Wirkung der nationalen Staatsangehörigkeit werde weiter relativiert und durch eine Art »transnationaler Solidarität« (Barnard 2005: 1477°) ersetzt. Spaniens konstitutive Rolle im Prozess der Etablierung der Unionsbürgerschaft vorausgesetzt, erschien die Rechtsprechung aus dieser Perspektive durchaus als »revolutionär«, denn der »ökonomische Aspekt, der in den römischen Verträgen so präsent war, wird gerade durch eine Serie von Bestimmungen ausgeglichen, die

105 The Daily Telegraph v. 16.3.2005 und The Times v. 16.3.2005.°

106 Spiegel Online v. 16.3.2005.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einen viel politischeren, humaneren, sozialeren und solidarischeren Charakter besitzen« (Candela Soriano 2005: 1477°).

Obwohl also ein Zugeständnisstrategem in den Diskurs eingefügt wurde, welches schwierige und detaillierte Aushandlungsprozesse mit sich brachte und das Projekt gewissermaßen verwässerte, schien sich das juridische Projekt des Gerichtshofes zu stabilisieren.

5.3.10 »De Cuyper« vom 18. Juli 2006[107] – »Hinauswachsen aus der Solidargemeinschaft«

Die nächsten beiden Rechtssachen betrafen wieder, wie schon die *Rs. D'Hoop*, die umgekehrte Konstellation: die Verweigerung von Leistungen durch den eigenen Mitgliedsstaat wegen des Aufenthalts in einem anderen Mitgliedsstaat. In dieser Konstellation stand der zweite Weg, also Art. 18 EG und nicht die Verbindung von Art. 12 und 17 EG, im Zentrum der Prüfung. Dieser wurde nun ausgebaut. So traten über ein Jahr später die gleichen Akteure wieder zusammen: die große Kammer des Gerichtshofes und Generalanwalt Geelhoed aus den Niederlanden, anlässlich des Falles eines belgischen Arbeitslosen, der neun Jahre in Frankreich lebte.

Das Urteil war unspektakulär, kaum umstritten und in der Literatur eher wenig beachtet. Es ist eine Art Zwischenstandsmeldung hinsichtlich der Akzeptanz der Rechtsprechungslinie: So erhoben die Regierungen inzwischen nicht mehr den Einwand gegen die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts, sondern akzeptierten die Einschlägigkeit des Art. 18 und fokussierten direkt die Rechtfertigungsebene. Die Entziehung der Leistungen für den im EU-Ausland lebenden Kläger durch das belgische Arbeitsamt wurde vom Gerichtshof als Beschränkung des Freizügigkeitsrechts aus Art. 18 bewertet.[108] Die anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung sah die Beschränkung allerdings als gerechtfertigt an. Als legitimes Ziel wurde die »Notwendigkeit« anerkannt, »die berufliche und familiäre Situation der Arbeitslosen zu überwachen. Diese Rechtfertigung beruht demnach auf objektiven Erwägungen des Allgemeininteresses, die von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängig sind.«[109] Und für die Wirksamkeit dieser Kontrollmechanismen, welche die familiäre Situation und das mögliche Vorhandensein vom Betroffenen nicht gemeldeter Einkunftsquellen prüften, sei auch erforderlich, dass die Kontrollen unerwartet stattfinden und an Ort und Stelle durchgeführt werden könnten. Diese Konstellation rechtfertige »einschneidendere Mechanismen« als bei der Kontrolle

107 Rs. C 406/04, Slg. 2006, I-6947.

108 Urteil in der Rs. De Cuyper (Fn. 107), Rn. 22, 34–39; Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed vom 2.2.2006, Rs. C 406/04, Rn. 53.

109 Urteil in der Rs. De Cuyper (Fn. 107), Rn. 41.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

anderer Leistungen.[110] Damit gab der Gerichtshof den Argumenten der Regierungen, insbesondere Frankreichs und der BRD, Recht.[111]

Hatten die bisherigen Urteile unter dem Thema der »unionsbürgerlichen Solidarität« immer nach dem Grad der Öffnung der inländischen Sozialsystem für nichterwerbstätige Ausländer gefragt, zeige dieser Fall, so die Kommentierungen des Urteils, »erstmals die Kehrseite der Medaille«: das Ausscheiden aus der Solidargemeinschaft des Heimatstaats (Wollenschläger 2006: 503f.).

5.3.11 »Tas/Tas-Hagen«[112] vom 26. Oktober 2006 – eine neue Epoche: »Grundfreiheiten ohne Markt«

Mit dem folgenden Fall – der sich um zwei Niederländer*innen drehte, denen Sozialleistungen für zivile Kriegsopfer mit der Begründung verweigert wurden, dass sie in Spanien ansässig seien – war erstmals eine einfache Kammer beschäftigt, so als bewegte sich die Thematik inzwischen auf gefestigten Bahnen. In Wirklichkeit begann mit diesem Urteil jedoch die Eröffnung eines dritten Begründungspfades für soziale Rechte Nichterwerbstätiger. Als Generalanwältin war erstmals Juliane Kokott aus der BRD involviert, die der bisherigen Argumentation eine völlig neue Richtung gab. Außerdem war mit der Regierung Litauens erstmals eine osteuropäische Regierung beteiligt.

Mit dieser Fallkonstellation gelangte nun auch in Bezug auf Art. 18 EG die Problematik auf die Tagesordnung, wie es einzuschätzen sei, wenn eine soziale Leistung verweigert wird, deren Regelung nicht in die Kompetenz des Gemeinschaftsrechts fällt. In Bezug auf Art. 12 und 17 EG, also den ersten Pfad, hatte der Gerichtshof bereits seine aus der Grundfreiheitenjudikatur stammende, ›funktionale‹ Betrachtung angewendet. In Bezug auf Art. 18 trugen die britische und die niederländische Regierung aber in der Argumentationsfigur des »Anwendungsbereiches des Vertrages« erneut vor, dass die Kläger*innen keinen Verstoß gegen Art. 18 geltend machen könnten, denn Leistungen für Kriegsopfer seien keine gemeinschaftsrechtlich geregelte Materie und fielen daher nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages.[113]

Maßgeblicher als die Entscheidung des Gerichtes war nun die Auslegung der Generalanwältin. Denn diese nahm den Fall zum

110 Ebd., Rn. 43–45.

111 Wiedergegeben nach GA Geelhoed (Fn. 108), Rn. 87.

112 Rs. C-11/06 und C-12/06, Slg. 2007, I-9161.

113 Wiedergegeben nach den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott v. 30.3.2006, Rs. C-11/06 und C-12/06, Rn. 28.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Anlass, die Tragweite von Artikel 18 Absatz 1 EG weiter zu präzisieren: Kann ein Unionsbürger sich immer schon dann auf diese Vorschrift berufen, wenn er von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, oder bedarf es eines darüber hinausgehenden Anknüpfungspunktes an das Gemeinschaftsrecht?«[114]

Um diese Frage zu beantworten, müsse auf die »Natur des Freizügigkeitsrechts« eingegangen werden. Und hier nun – die Richter*innen hatten sich dazu bisher »bedeckt gehalten« (Calliess 2007: 28), Generalanwalt Geelhoed hatte mehrfach von einem »Grundrecht« gesprochen, die Literatur war uneins – leitete Kokott den Wandel ein: Art. 18 sei eine »Grundfreiheit« und damit unmittelbar anwendbar und weit auszulegen. Deswegen habe das Freizügigkeitsrecht »einen Anwendungsbereich, der nicht auf einzelne Sachgebiete beschränkt ist«[115]. Die Generalanwältin übertrug geradezu selbstverständlich die über Jahrzehnte entwickelten Argumentationen der Grundfreiheitenrechtsprechung auf Art. 18:

»So gelten die klassischen Grundfreiheiten auch für diejenigen Sachgebiete, für die der Vertrag der Gemeinschaft keine eigenen Zuständigkeiten einräumt«. Andernfalls ließe sich auch »eine der Kernaufgaben der Gemeinschaft, die Verwirklichung eines Binnenmarktes [...] nicht sinnvoll verwirklichen. Der Binnenmarkt hätte dann nicht mehr den umfassenden Anspruch eines Raums ohne Binnengrenzen, sondern hätte nur noch einen fragmentarischen Charakter«[116].

Mit dem Hinweis auf eines der beiden zentralen Urteile, die die Rechtsprechungslinie des Wettbewerbs der Rechtsordnungen ausgelöst hatten, »Casis de Dijon« und »Dassonville«, trug sie vor:

»Erst recht kann sich der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nicht lediglich auf diejenigen Sachgebiete beschränken, für welche die Gemeinschaft ihre Zuständigkeiten bereits ausgeübt hat, insbesondere durch den Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen: Vielmehr entspricht es dem Sinn und Zweck der Grundfreiheiten und ist geradezu Ausdruck ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit, dass sie vor allem in nicht oder noch nicht harmonisierten Bereichen ihre Wirkungen entfalten können.«[117]

Während bisherige Urteile und Schlussanträge es tunlichst vermieden hatten, den Eindruck zu erwecken, die Rechtsprechung würde eine politisch nicht gewollte Harmonisierung der Sozialleistungssysteme anstreben, zeigte Kokott also nicht die

114 Ebd., Rn. 1.

115 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 34.

116 Ebd., Rn. 35.

117 Ebd., Rn. 36.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

geringsten Berührungsängste in diese Richtung. Ihre Übertragung der anhand des Produktionsfaktors Arbeit entwickelten Argumentation auf die Unionsbürgerschaftsnormen erfolgte offensiv:

»Ganz genauso widerspräche es aber dem Konzept der Unionsbürgerschaft als dem grundlegenden Status aller Unionsbürger, der ihnen *unabhängig von jeglicher wirtschaftlicher Betätigung* zusteht, wenn die Mitgliedstaaten das in Artikel 18 Absatz 1 EG niedergelegte Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger nicht sachgebietsübergreifend beachten müssten, sondern lediglich im Hinblick auf vereinzelte Materien, für die der Vertrag der Gemeinschaft eigene Zuständigkeiten einräumt«[118].

In einem zeitgleich erschienen Aufsatz verdeutlichte sie die damit verfolgte Strategie:

»Um zu einer vollständigen Grundfreiheit zu erwachsen, darf die Freizügigkeit der Unionsbürger nicht – wie in vielen bisherigen Urteilen – bei einem bloßen Diskriminierungsverbot verharren, sondern muss sich – wie bei den anderen Grundfreiheiten auch – zu einem Beschränkungsverbot entwickeln. [...] Als Beschränkungen sind alle Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung einer Freiheit verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen. [...] Darüber hinaus fordert ein Beschränkungsverbot, dass sich auch unterschiedslos auf Inländer und Ausländer anwendbare, aber beschränkend wirkende Vorschriften durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigen lassen.« (Kokott 2006: 224)

Auf diese Weise argumentierte sie auch in den Schlussanträgen anlässlich der Frage, ob eine Diskriminierung vorliege. Sie hätte im Anschluss an die *Rs. D'Hoop* und die Rechtsfigur der »umgekehrten *Diskriminierung*« argumentieren können, die Kläger*innen würden im Vergleich zu ihren Mitbürger*innen diskriminiert, weil sie das Freizügigkeitsrecht ausgeübt hatten. Doch das überzeugte die Generalanwältin nicht, denn die Kläger*innen würden ja gar nicht wegen ihrer Staatsbürgerschaft diskriminiert. Die Unionsbürger*innen wären jedoch nicht nur auf den Schutz vor Diskriminierungen gemäß Art. 12 beschränkt. »An Artikel 18 Absatz 1 EG müssen sich vielmehr auch Regelungen messen lassen, die dazu führen, dass ein Unionsbürger bei Inanspruchnahme seines Freizügigkeitsrechts weniger günstig behandelt wird, als wenn er nicht von diesem Recht Gebrauch gemacht hätte.«[119] An Art. 18 seien somit alle Maßnahmen zu messen, die das Recht der Unionsbürger *beeinträchtigen*, sich in anderen Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, oder

118 Ebd., Rn. 38, Herv. S.B.

119 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 49

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die sonst ein Hindernis darstellen, durch das die Unionsbürger vom Gebrauch des allgemeinen Freizügigkeitsrechts abgehalten werden könnten.[120]

Damit übertrug sie wortidentisch die beiden zentralen Argumentationsfiguren der neoliberalen Rechtsprechungslinie des Wettbewerbs der Rechtsordnungen (vgl. Buckel/Oberndorfer 2009) auf die Unionsbürgerschaftsnormen und damit eine binnenmarktorientierte Argumentation auf die Situation von Nichterwerbstätigen. Aufgrund der Hegemonie dieser neoliberalen Grundfreiheiten-Rechtsprechung war die Literatur darüber auch in keiner Weise verwundert, sondern hatte lediglich Bedenken, »dass die Probleme, die durch Dassonville im Gebiet der Waren erzeugt wurden«, nämlich der neoliberale Wettbewerb der Rechtsordnungen, »im Bereich der Freizügigkeit der Personen sich wiederholen könnten. Dies bleibt zu beobachten.« (Yaneva 2007: 2007°) Die »Folgen einer Qualifizierung des Art. 18 EG als Beschränkungsverbot« seien »schwer [zu] fassen. Letztlich wären dann alle Maßnahmen nur noch am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen« (Calliess 2007: 29).

Die diskursive Strategie Kokotts bestand folglich darin, das tragende Diskursfragment des hegemonialen neoliberalen juridischen Projekts mit ganz anders gearteten, nicht der Binnenmarktlogik folgenden Diskursfragmenten der Unionsbürgerschaftsnormen an einem Punkt zu re-artikulieren, an dem sie überlappen: Freizügigkeit. Ernesto Laclau und Chantal Mouffe haben gezeigt, wie sehr die erfolgreiche Artikulation einer Reihe von demokratischen Widerständen gegen die Transformation sozialer Verhältnisse mit dem neoliberalen Diskurs entscheidend für den Erfolg des neoliberalen Projektes war (Laclau/Mouffe 2000/1985: 212). Genauso scheint auch hier die Artikulation der Grundfreiheiten- mit der Unionsbürgerschaftsjudikatur einen Durchbruch in der bisherigen Argumentation mit sich zu bringen. Bisher war letztere immer wieder wegen ihrer Inkonsistenz kritisiert worden. Die Grundfreiheiten-Rechtsprechung war aber so selbstverständlich geworden, dass ihre Implantierung in den bestehenden Sozialrechtsdiskurs das Potenzial zur Eröffnung eines neuen, dritten Pfades in sich barg. Wollenschläger erkannte darin den »Paradigmenwechsel im bislang marktfreiheitlich dominierten Integrationsprogramm«, der nach und nach dem unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrecht »den von den Marktfreiheiten her bekannten weiten Freizügigkeitsgewährleistungsgehalt« zugestand. »Damit schuf der EuGH eine [...] ›Grundfreiheit ohne Markt‹« (Wollenschläger 2007: 125).

Die Richter*innen argumentierten nun, dass zwar die Kriegsopferentschädigung »beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts« in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten falle. Diese müssten aber von jener Zuständigkeit »unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Vertragsbestimmungen über die jedem Unionsbürger zuerkannte Freiheit, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten

120 Ebd., Rn. 50, Herv. S.B.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

frei zu bewegen und aufzuhalten, Gebrauch machen«[121]. Daher prüfte der EuGH die Vereinbarkeit der belgischen Regel mit Art. 18 und gelangte zu der Feststellung, dass das Wohnsitzerfordernis bestimmte Staatsangehörige allein deswegen benachteiligte, weil sie von dem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hätten. Dies stelle »eine Beschränkung der Freiheiten dar, die Artikel 18 Absatz 1 EG jedem Unionsbürger verleiht«[122].

Wenn der EuGH auch keine Überlegungen zur Rechtsnatur des Art. 18 anstellte, so übernahm er doch implizit den Ansatz der Generalanwältin. Es komme daher, wie die Literatur sofort bemerkte, zu einer Ausweitung des Geltungsbereiches des Gemeinschaftsrechts, denn unter der Prüfung von Art. 18 werde im Gegensatz zu Art. 12 und 17 darauf verzichtet, dass die Leistungen in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages fallen müssen. »So unterstützte das Urteil in Tas-Hagen und Tas die Behauptung, dass Art. 18 sogar außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des EG-Rechts angewendet werden kann« (Yaneva 2007: 411f.°). Diese Rechtsprechung habe weitreichende Konsequenzen und sei bisher ohne Präzedenzfall, was einigermaßen beunruhigend sei (Martin 2007: 156). Mit diesem Urteil wurde eine neue Epoche und ein dritter Pfad in der Rechtsprechung zu den sozialen Rechten nichterwerbstätiger Unionsbürger*innen eröffnet, der in den folgenden Urteilen weiter ausgebaut wurde.

Das Urteil wies jedoch noch weitere Besonderheiten auf. Zunächst hätte man den Fall auch nach der Wanderarbeiterverordnung 1408/71 lösen können – schließlich ging es um den Export von Sozialleistungen. Da Leistungen für Kriegsopfer nicht in deren Anwendungsbereich fallen und demgemäß keine Pflicht zur Exportierbarkeit besteht, hätte die Rechtssache bereits daran scheitern können. Und genauso hatte der Gerichtshof nur zwei Jahre zuvor in der *Rs. Baldinger*[123] auch entschieden. Das vorlegende Gericht hatte damals nicht nach der Auslegung von Art. 18 gefragt. Generalanwalt Colomer hatte Art. 18 zwar ins Spiel gebracht und ihn bejaht, ebenso die Kommission. Allerdings – und das war der entscheidende Unterschied – argumentierten beide mit einer Kombination von Art. 12 und Art. 18, mit dem Recht also »sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ohne befürchten zu müssen, Opfer einer ungerechtfertigten *Diskriminierung* aufgrund seiner Staatsangehörigkeit zu werden«[124]. Die Richter*innen waren dieser Argumentation nicht gefolgt, sondern hatten auf Art. 18 und 12 schlicht keinen Bezug genommen. Dies war auf Zustimmung in der Literatur gestoßen, denn das Urteil verdeutliche »treffend Reichweite, Wirkung und Grenzen des europäi-

121 Urteil in der Rs. Tas/Tas-Hagen (Fn. 112), Rn. 22.

122 Ebd., Rn. 31.

123 Rs. C-3896/02 v. 16.9.2004, Slg. 2004, 1-8411.

124 Schlussanträge des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 11.12.2003, Rs. C-3896/02, Rn. 40, Herv. S.B.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schen Sozialrechts«. Kriegsopferentschädigung sei »seit jeher« nicht Gegenstand der Sozialrechtskoordinierung. Daran könnten auch »die nahezu alle Rechtsordnungen durchdringenden Grundfreiheiten – wie etwa die Freizügigkeit der Unionsbürger –« nichts ändern, denn diese Leistungen gehörten »zum Kernbereich der von den Mitgliedstaaten selbst zu bestimmenden Rechte, die an die Zugehörigkeit zur jeweiligen politischen Gemeinschaft knüpfen«, und damit sei das Entschädigungsrecht »einer der wenigen verbliebenen Bereiche« seien, »die nicht durch Gemeinschaftsrecht bestimmt werden« (Meißner 2005: 118f.).

Insofern war das Urteil in der *Rs. Tas/Tas-Hagen* ein ziemlich offensichtlicher Rechtsprechungswandel. Die Generalanwältin mit ihrer neuen Argumentationslinie sah offensichtlich das Problem des widersprechenden Urteils, hielt dem aber entgegen, dass angesichts der sonstigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger*innen kein Grund bestehe, »sein bloßes Schweigen im Urteil Baldinger als ein zwingendes Indiz gegen die Anwendbarkeit von Art. 18 Absatz 1 EG zu deuten«[125]. Die Strategie des Nichtäußerns zur Rechtsnatur des Art. 18 war ja in der Rechtsprechungslinie von Anfang an präsent. Im vorliegenden Urteil kam es sogar zu einer Art Schweigen zweiten Grades, nämlich zum Schweigen über das Schweigen in der *Rs. Baldinger*: Die Richter*innen nahmen schlichtweg keinen Bezug darauf. Die Literatur bemerkte diese Strategie natürlich:

> »Die Tatsache, dass mit diesem Urteil das Gericht Baldinger vollständig verwirft, führt zu der Frage: war Baldinger falsch entschieden? Wenn man das Fallrecht der damaligen Zeit in Rechnung stellt, kann man aber nicht leugnen, dass das damalige Urteil korrekt war. Das heißt, dass der Gerichtshof in Tas-Hagen sich entschied, eine Ad-hoc-Argumentation für die Freizügigkeit von Bürgern zu ›kreieren‹. Das wiederum führt zu der anderen Frage: warum ›kreierte‹ der Gerichtshof nicht die selbe Argumentation in Baldinger für die Freizügigkeit von Arbeitnehmern?« (Martin 2007: 155f.°)

Doch darauf würde es keine Antwort mehr geben, vielmehr bestätigte der EuGH diese Rechtsprechungslinie in einem ähnlichen Fall, der sich in Polen abspielte, im Jahr 2008.[126] Damit war das *Baldinger-Urteil* endgültig Geschichte.

Nachdem geklärt war, dass Art. 18 die einschlägige Rechtsnorm war und dass eine Beschränkung vorlag, überprüfte der Gerichtshof in der inzwischen bekannten Weise die Verhältnismäßigkeit dieser Beschränkung. Zunächst beinhalte die niederländische Regelung einen legitimen Zweck, nämlich, so die Generalanwältin, diese Leistungen nur bestimmten Personen vorzubehalten, da sie »Ausdruck der besonderen Solidarität des niederländischen Volkes« seien, eben mit einem Personenkreis, »der sich durch seine besondere Verbundenheit mit der niederländischen Gesell-

125 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 43.

126 Rs. Nerkowska, C-499/06 v. 22.5.2008, Slg. 2008, I-0000.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schaft ausgezeichnet hat«[127]. Wie schon in den vorherigen Rechtssachen wird also die Sicherstellung einer bestimmten Anbindung an die nationale Gesellschaft als legitimer Zweck anerkannt. Allerdings scheiterte die Rechtfertigung dann am Kriterium des Wohnsitzes zur Bestimmung des Integrationsgrades. Denn von den Betroffenen werde verlangt, dass sie zum Zeitpunkt ihres Leistungsantrages in den Niederlanden wohnen. Dies führe aber gerade für Personen, die für die Vergangenheit einen Grad an Integration vorweisen könnten, zu einem willkürlichen Ergebnis und eröffne zudem Ansprüche für Personen, die erst kurz vor der Antragstellung ihren Wohnsitz in den Mitgliedsstaat verlegt haben. Das »Territorialitätskriterium« sei also kein geeignetes und erforderliches Mittel.[128] Auch die Richter*innen lehnten es als ungeeignete Maßnahme ab. Es sei kein »hinreichendes Indiz für die Verbundenheit der Antragsteller«[129].

»Ich wage es nicht, zu behaupten«, so Tanya Yaneva (2007: 418°), »dass es in Tas-Hagen und Tas eine neue Entwicklung gibt, aber ich würde definitiv daran festhalten, dass durch dieses Urteil das Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes einen Schritt näher an die geschätzte ›immer dichtere Union unter den Völkern Europas‹ gelangt ist«. Die Vertreter*innen der nationalen Strategie waren in dieser Rechtssache, in der die hegemoniale neoliberale Argumentationsfigur in die Sozialrechts-Rechtsprechungslinie implantiert wurde, erstaunlich wenig präsent. Die Vermutung liegt nahe, dass dies damit zusammenhängt, dass es sich bei den Kläger*innen nicht um fremde, sondern um die eigenen Staatsbürger*innen eines Mitgliedsstaates handelte.

5.3.12 »Morgan/Bucher« vom 23. Oktober 2007[130] – »Der Richter als Künstler«

Auch bei der ein Jahr später entschiedenen Rechtssache handelte es sich um einen Fall der Verweigerung nationaler Leistungen aufgrund des Aufenthalts in einem anderen Mitgliedsstaat: Zwei deutsche Staatsbürgerinnen beantragten Auslands-Bafög, welches ihnen nicht gewährt wurde, da sie nicht zuvor in einer ersten Ausbildungsphase ein Jahr in der BRD studiert hatten. Auf Seiten des Gerichtes entschied dieses Mal wieder die Große Kammer, Generalanwalt war erneut der Spanier Colomer.

127 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 57f. So auch die Richter*innen, Urteil in der Rs. Tas/Tas-Hagen (Fn. 112), Rn. 33f.

128 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 71.

129 Urteil in der Rs. Tas/Tas-Hagen (Fn. 112), Rn. 37f.

130 Verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, Slg. 2007, I-9161.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Regierungen der BRD, der Niederlande, Österreichs, Schwedens und Großbritanniens sowie die Kommission argumentierten vornehmlich mit dem Verbot der »umgekehrten Diskriminierung« aus Art. 12 EG und erklärten, dass nach Art. 149 Abs. 1 EG die Mitgliedsstaaten für die Lehrinhalte und die Gestaltung ihrer jeweiligen Bildungssysteme zuständig seien und somit die Regelung nicht in den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes falle.[131] »Dies entsprach bis 2006 auch der Rechtsprechung des EuGH« (Kruse 2007: 261). Nicht mehr jedoch seit dem Urteil in der *Rs. Tas/Tas-Hagen*. Daher prüfte der EuGH Art. 18 EG unabhängig von Art. 12 und kam zu dem Schluss, dass die BRD zwar keine Verpflichtung treffe, überhaupt ein Recht auf Ausbildungsförderung für eine Ausbildung im Ausland zu schaffen. »Wenn sie es aber regelt, hat sie das Recht der Union zu beachten.«[132] Die Zuständigkeit müsse »unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts«, in dem Fall Art. 18 Abs. 1 EG ausgeübt werden.[133] Die Richter*innen gingen en passant davon aus, dass Art. 18 eine Grundfreiheit sei und dadurch bereits den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffne.[134] Damit bestätigen sie nunmehr den – bislang ohne Erfolg vorgetragenen – Standpunkt des Generalanwalts Colomer: Schon in der *Rs. Baldinger* hatte dieser argumentiert, dass die Schaffung der Unionsbürgerschaft und der Freizügigkeit

> »einen beträchtlichen qualitativen Fortschritt bedeutet, da sie dieses Recht seiner funktionalen oder instrumentalen Bestandteile (Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder mit der Verwirklichung des Binnenmarktes) entkleidet und damit in den Rang eines eigenständigen und unabhängigen Rechts erhebt, das zum politischen Status der Bürger der Union gehört«[135].

Diese Formulierung wiederholte er nun wortidentisch in seinen Schlussanträgen vier Jahre später[136] und fügt hinzu, dass im Urteil in der *Rs. Tas/Tas-Hagen* diese These nun auch vom Gerichtshof aufgegriffen worden sei. Da kein weiterer gemeinschaftlicher Bereich außer der Ausübung des Gemeinschaftsrecht mehr notwendig sei, um den Geltungsbereich zu eröffnen, wie auch Generalanwältin Kokott gezeigt habe, sei die »Autonomie der Freizügigkeit« dargelegt.[137] Art. 18 wurde damit von Art. 12 entkoppelt.

131 Wiedergegeben lt. Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 24.

132 Schlussanträge des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 20.3.2007, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06.

133 Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 24.

134 Ebd., Rn. 23.

135 GA Colomer (Fn. 124), Rn. 25.

136 GA Colomer (Fn. 132), Rn. 82.

137 Ebd., Rn. 83, 85, 82.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Während in der *Rs. Baumbast* die unmittelbare Wirkung und der eigenständige Regelungsgehalt von Art. 18 festgestellt worden waren, hatte das Urteil in der *Rs. Tas/Tas-Hagen*, nunmehr bestätigt durch die *Rs. Morgan/Bucher*, Art. 18 darüber hinaus eine Autonomie in der Weise zugestanden, dass allein die Berufung auf diese Freizügigkeitsausübung ausreichen sollte, um unter die Hoheit des Europarechts zu geraten – unabhängig davon, ob Leistungen beansprucht werden, für die das Europarecht nach wie vor nicht zuständig ist. Diese »Autonomie« löse Art. 18 von dem funktionalen Binnenmarktbezug ab und kennzeichne ihn als politisches Recht. Die Äquivalenzkette lautet also: Autonomie der Freizügigkeit + Zuständigkeit des Gemeinschaftsrechts + Entkleidung des wirtschaftlichen Charakters + politischer Status.

Nach 2006 begann demnach eine zweite Phase der Rechtsprechungslinie zu den sozialen Rechten, die durch einen »beträchtlichen normativen Zugewinn des Gemeinschaftsrechts durch die Einführung der Unionsbürgerfreizügigkeit« gekennzeichnet war (Kruse 2007: 261). Das Ergebnis lasse sich fassen als »Binnenmarkt(-Freizügigkeits-)Rahmen gepanzert mit Bürgerschaftsrechten« (Shuibhne 2008: 781f.°). Durch die Trennung von Art. 12 und 18 schien mit dem Urteil in *Morgan/Bucher* das »›Ursprungs‹-Urteil in *Martínez Sala* beinahe schon rückständig. Noch mehr als das: der funktionale Schritt in der damaligen Rechtssache, das Kindergeld innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts zu verorten, wurde ebenfalls stufenweise der Rechtsgeschichte übergeben.« (Ebd.: 778°) Das führe zu einer gewissen Dynamik, denn je mehr der Korpus des Fallrechts zur Unionsbürgerschaft anwachse, umso deutlicher werde es, dass auch die nationalen Gerichte sein Potenzial erkennen. »Sofern der Gerichtshof damit inkrementell fortfährt, zunehmend entökonomisierte Freizügigkeitsrechte zu formen, wissen dies auch die Mitgliedstaaten.« (Ebd.°) Daraus wiederum folgten unvermeidlich »Fragen der unbefugten Gemeinschaftseinmischung in sensible Staatskompetenzen« (ebd.: 772°).

Die 1998 begonnene Sozialrechtslinie des EuGH markiert einen diskursiven Bruch mit der vorhergehenden Rechtsprechung. Innerhalb des Diskurses wird dies markiert durch das Fragment der »Ablösung vom Tatbestand der Erwerbstätigkeit« bzw. vom »Binnenmarkt«, also von der ökonomistischen Tradition der Europäischen Gemeinschaften durch den Bedeutungsgewinn des politischen Projekts. Ein »neues Sozialrechtsverhältnis« werde begründet, »das keinerlei Bezug zu einer ausgeübten oder vorangegangenen wirtschaftlichen Betätigung hat«. Dies beinhalte »einen qualitativen Sprung in der Geschichte sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht« (Kingreen 2007: 49). »Das Gemeinschaftsrecht hat so innerhalb weniger Jahrzehnte einen weiten Weg zurückgelegt.« (Schönberger 2006: 230)

Damit wuchs nun aber der Druck auf eine Rechtfertigungsdogmatik, »welche die Verwendung von Territorialitätskriterien am Freizügigkeitsrecht auszurichten hat und diese damit nicht mehr in das nationale Ermessen der Mitgliedstaaten stel-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

len kann« (Franzius 2009: 286). Die Mitgliedsstaaten hatten eine Reihe von Rechtfertigungsgründen vorgetragen, lediglich die italienische Regierung erkannte keine Rechtfertigungsmöglichkeit für die Beschränkung der Freizügigkeit.[138] So argumentierten die deutsche, die österreichische sowie die niederländische Regierung, dass die Beschränkung durch das Interesse daran gerechtfertigt sei, zu verhindern, »dass die Ausbildungsförderung, die für ein vollständig in einem anderen Mitgliedstaat absolviertes Studium gewährt werde, zu einer übermäßigen Belastung werde, die zu einer generellen Herabsetzung des Gesamtniveaus der im Herkunftsmitgliedstaat als Ausbildungsförderung gewährten Leistungen führen könne«[139]. Die Rechtfertigung bestand also aus den bereits bekannten Diskursfragmenten: übermäßige Belastung + Herabsetzung des Gesamtniveaus. Die Kommission und die schwedische Regierung ergänzten die Argumentation mit einem weiteren etablierten Diskursfragment: der Verbindung zum leistungsgewährenden Mitgliedsstaat, das heißt der Sicherstellung, »dass die betreffenden Studierenden sowohl seiner Gesellschaft im Allgemeinen als auch seinem Bildungssystem angehörten«[140]. Als einziges neues Argument fügten Österreich, Schweden, Großbritannien und die Kommission hinzu, dass es durch das Fehlen einer Koordinierung der europäischen Ausbildungsförderung zu einer Anspruchskumulierung kommen könne, falls die erste Ausbildungsphase als Anforderung aufgehoben würde.[141]

Richter*innen und Generalanwalt erkannten zunächst die »Knappheit öffentlicher Mittel«[142] an und damit die Notwendigkeit, sicherzustellen, dass die Studierenden ihr Studium »rasch abschließen«. Dies sei ein »legitimer Zweck«[143]. Allerdings sei die Voraussetzung einer einjährigen Ausbildung im Inland »kaum wirtschaftlichen Gründen geschuldet«, denn »solche würden eher dafür sprechen, die Ausbildungsförderung auf die Personen zu orientieren, die größere Verdienste und Fähigkeiten nachweisen«.[144] Dieses Erfordernis sei daher nicht geeignet, »den Abschluss des Studiums durch die betreffenden Studenten sicherzustellen«, zumal dies in der Praxis eher »eine Verlängerung der gesamten Studiendauer [...] zur Folge haben könnte«.[145]

Dem Argument der »übermäßigen Belastung«, die durch Sicherstellung eines »gewissen Grades der Integration« vermieden werden solle, stimmten die Richter*innen zwar zu, indem sie anerkannten, dass solche Erwägungen auch hier ein-

138 Wiedergegeben lt. Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 21.

139 Ebd., Rn. 42.

140 Ebd.

141 Ebd., Rn. 47.

142 GA Colomer (Fn. 132), Rn. 116.

143 Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 36.

144 GA Colomer (Fn. 132), Rn. 116.

145 Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 36.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schlägig sein könnten. Aber ein solcher Grad an Integration sei doch gerade nachgewiesen, »weil die Klägerinnen der Ausgangsverfahren in Deutschland aufgewachsen sind und dort ihre Schulzeit verbracht haben«. Damit gehe das Erfordernis über das zur Erreichung des verfolgten Ziels Erforderliche hinaus.[146] Und schließlich lehnten die Richter*innen auch das letzte Argument einer möglichen Anspruchskumulierung ab, da das Erfordernis einer ersten Ausbildungsphase keineswegs darauf abziele, eine solche Kumulierung zu verhindern.[147]

Es wiederholte sich in dieser Rechtssache eine Kritik, die aus der vorangegangenen bekannt war: Während zwar betont wird, dass die Mitgliedsstaaten bei der Festlegung der Kriterien über ein weites Ermessen verfügen, lasse die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH dafür keinerlei Raum. Dies sei umso problematischer, als die EG im Bereich der Bildung nur begrenzte Befugnisse habe. »Das Fehlen primär- und sekundärrechtlicher Vorgaben [sollte] wenigstens auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigt werden«, indem den Mitgliedsstaaten zugestanden werde, »allein zu bestimmen, welche Kriterien der Leistungsgewährung geeignet sind«. (Kruse 2007: 262) Dieses Dilemma verdeutlicht die bereits zuvor skizzierte Logik des Zugeständnisstrategems: Es kanalisiert die Kritik in die eigenen Diskursbahnen und hat dabei zudem das letzte Wort über die Rechtfertigungsvorbringen. Haben diese sich erst einmal auf die bloße Ebene der Rechtfertigung eingelassen, können sie nur noch bereits vom Gericht akzeptierte Rechtfertigungsgründe vorbringen, die aber jederzeit als für die konkrete Sache unpassend zurückgewiesen werden können. Daher ist es nicht weiter verwunderlich, dass es, wie Niamh Nic Shuibhne (2008: 782) in Bezug auf Catherine Barnards empirische Studie berichtete, in den letzten zwei Dekaden einen deutlichen Trend gab, wonach eine zunehmende Anzahl von Typen von Rechtfertigungsargumenten von den Mitgliedsstaaten vorgebracht wurden, während deren Erfolgsrate im gleichen Zeitraum gefallen war. »In der überwältigenden Mehrheit von Freizügigkeitsurteilen arbeitet das Gericht mit einem Rechtsinstinkt, mit einem pragmatischen Sinn von Logik, vielleicht sogar mit etwas so Amorphem wie einem Bauchgefühl.« (Ebd.: 784°)

Das Urteil markierte den vorläufigen Höhepunkt der Rechtsprechungsentwicklung zu den sozialen Rechten. Genau in dieser Situation stellte Generalanwalt Colomer seinen Schlussanträgen eine prinzipielle Überlegung zur Rolle von Richter*innen voran, die durchaus ungewöhnlich in der kontinentalen juristischen Argumentation war und einen mit poetischen Worten formulierten Generalangriff auf den modernen Gesetzespositivismus darstellte:

»Einem lateinamerikanischen Juristen zufolge«, so Colomer, gebe es »drei Arten von Richtern: die Handwerker, wahre Automaten, die mit bloßen Händen Urteile in Serie und in rauen

146 Ebd., Rn. 45f.

147 Ebd.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mengen produzieren, ohne in die Bereiche des Menschlichen oder der sozialen Ordnung hinabzusteigen, die Kunsthandwerker, die Hand und Hirn benutzen und sich dabei den traditionellen Auslegungsregeln unterwerfen, die sie unweigerlich dazu führen, den Willen des Gesetzgebers ohne weiteres umzusetzen, und die Künstler, die mit Hilfe der Hände, des Kopfes und des Herzens den Bürgern weitere Horizonte eröffnen, ohne der Realität und den konkreten Sachverhalten den Rücken zu kehren.«[148]

Der Gerichtshof habe sich »immer mit der letzten Kategorie identifiziert, insbesondere wenn die unaufhaltsame Entwicklung der Ideen, die das Entstehen der Gemeinschaft erhellten, ins Stocken geriet. [...] Die Freizügigkeit ist eine dieser ursprünglichen Ideen«[149]. Um dies zu dokumentieren, leitete er die Freizügigkeit in einer rechtsgeschichtlichen Abhandlung über mehrere Seiten aus einer Art teleologischen Geschichtsmetaphysik in der Tradition Hegels ab, beginnend mit der griechischen Antike und endend mit dem Binnenmarkt. Ungewöhnlich an dieser vorangestellten rechtsphilosophischen Überlegung war zunächst der Umstand, dass sie für die folgende dogmatische Auseinandersetzung nicht von Belang war, ja dies auch nicht sein konnte, weil sie sich auf keinerlei Rechtsfigur bezog und keine dogmatischen, sondern rechtsphilosophische und -historische Argumente verwendete, sich also nicht an die Diskursregeln hielt. Der Generalanwalt nahm zwar an späterer Stelle einmal Bezug darauf, allerdings ohne ersichtlichen dogmatischen oder argumentativen Mehrwert.[150] Die Richter*innen gingen mit keiner Silbe darauf ein.

Des Weiteren stellte diese Stellungnahme inhaltlich – trotz ihrer dogmatischen Irrelevanz – innerhalb des massiven diskursiven Kontraritäts-Strategems bezüglich der nationalen Kompetenzen eine kaum zu überschätzende Provokation dar. Die konservative Kritik betrachtete sie daher auch als »geradezu emblematisch für die Haltung des EuGH in Fragen der Bildungsrechte und der Unionsbürgerschaft« sowie als »charakteristisch für das Selbstverständnis verschiedener EuGH-Richter« (Hilpold 2008: 12). Angesichts des Erfolges des offensiv-hegemonialen Projektes konnte diese Abhandlung wie die subjektive Erklärung zum objektiven Vorgehen des Gerichtshofes erscheinen.

148 GA Colomer (Fn. 132), Rn. 1.

149 Ebd., Rn. 2f.

150 Ebd., Rn. 126.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5.3.13 »Förster« vom 18. November 2008[151] – »Notbremse«

Nachdem das juridische Projekt der transnationalen sozialen Rechte erwerbsloser Unionsbürger*innen relativ stabil etabliert war und geradezu auf dem Höhepunkt seines Erfolges angekommen schien, geschah etwas Unerwartetes: Die Richter*innen nahmen eine Feinsteuerung innerhalb des Zugeständnisstrategems vor, die faktisch zur Anerkennung der Ausnahmeregel in Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie führte. In der nächsten Rechtssache verlangte der niederländische Staat von einer deutschen Studentin ein bereits gewährtes Unterhaltsstipendium zurück, da sie sich nicht fünf Jahre ununterbrochen in den Niederlanden aufgehalten hatte. Die Besonderheit lag darin, dass die Fünf-Jahresregelung erst kurz zuvor durch eine Gesetzesänderung aufgrund einer Anpassung der Gesetzeslage an die Rechtsprechung des EuGH in der *Rs. Bidar* beschlossen worden war. Der niederländische Gesetzgeber hatte sich dabei offensichtlich an der Freizügigkeitsrichtlinie und der dortigen Fünf-Jahresregelung orientiert, deren Implementierungsfrist nun abgelaufen war. Das Urteil der Großen Kammer erfolgte in zwei von drei Punkten gegen die Schlussanträge von Generalanwalt Ján Mazák, dem früheren Präsidenten des slowakischen Verfassungsgerichts.

Da dies die erste Rechtssache war, die nach dem Urteil in *Bidar* wieder eine Studienbeihilfe in und von einem anderen Mitgliedsstaat als dem Herkunftsstaat zum Inhalt hatte, standen die noch offenen Streitfragen wieder auf der Tagesordnung. Vor allem der Umgang der Richter*innen mit der inzwischen in Kraft getretenen Regelung in Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie war mit Spannung erwartet worden. Diese sah keine Studienbeihilfen vor Erlangung des Daueraufenthaltsrechts vor. Würde der Gerichtshof seine Strategie des Bypasses um die Richtlinie herum fortführen, sie damit schlicht ignorieren? Oder war nun das »Haltbarkeitsdatum« seiner bisherigen Rechtsprechung überschritten? Welche Rolle würde das Wohnsitzerfordernis als Mittel zur Sicherstellung der Verbindung zum Mitgliedsstaat spielen? Würden dabei die Richter*innen ihren quantitativen Ansatz weiterverfolgen oder angesichts der Fünfjahresregelung den damaligen Vorschlag von Generalanwalt Geelhoed aufgreifen, wonach weitere Kriterien als die bloße Dauer des Aufenthalts hinzuzuziehen seien? Inwiefern würde der Kompromiss halten, den *Bidar* nach *Grzelczyk* darstellte: das Austarieren zwischen Freizügigkeit und der Verhinderung von »Sozialtourismus«?

Die Auseinandersetzungen begaben sich erneut auf die alte Linie des Diskriminierungsverbotes gegenüber Unionsbürger*innen. Die Literatur wertete dies in der Weise, dass es inzwischen zwei Konstellationen gebe. In jenen Fällen, in denen ein*e Unionsbürger*in Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Ausübung des

151 Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-0000.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Freizügigkeitsrechts *gegenüber dem eigenen Heimatstaat* geltend macht, werde dies werde ausschließlich an Art. 18 geprüft. Dagegen würden Ansprüche auf Sozialleistungen *gegenüber dem Aufnahmestaat* grundsätzlich an Art. 12 i.V.m. Art. 18 EG gemessen, wobei dann sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich eröffnet sein müsse. »Abzuwarten bleibt, ob sich die divergierende dogmatische Entwicklung je nach Adressat des Anspruchs konsolidiert und eines Tages explizit begründet wird.« (Semmelmann 2009: 687)

Es trat erneut das bekannte Problem auf, dass auf der Basis einer einschränkenden Richtliniennorm Studienbeihilfe verweigert wurde. Es war dies immer noch die Richtlinie 93/95 (Studierenden-Richtlinie) und noch nicht die neue Freizügigkeitsrichtlinie, da sich der Sachverhalt im Jahr 2005, also vor ihrem Inkrafttreten, abgespielt hatte. Wieder wurde das Argument vorgetragen, Art. 3 der Richtlinie müsse als »tatbestandliche Eingrenzung« und nicht als Rechtfertigungsgrund verstanden werden (Schollmeyer 2009: 827), das heißt als Einschränkung des Anwendungsbereiches. Doch diese Auslegung hatte das Gericht inzwischen so durchgehend abgelehnt, dass es dies auch in diesem Fall tat. Exakt auf der in der *Rs. Bidar* verfolgten Linie und mit explizitem Verweis auf selbige schlussfolgerten die Richter*innen, dass diese Situation in den Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 12 Abs. 1 EG falle.[152]

In der darauf folgenden Verhältnismäßigkeitsprüfung stellte sich die Frage, ob ein Wohnsitzerfordernis von fünf Jahren eine geeignete und erforderliche Maßnahme sei, um dem legitimen Zweck der Feststellung einer tatsächlichen Verbindung zum Aufnahmestaat gerecht zu werden. Die Kommission schloss sich der damaligen Auffassung von Generalanwalt Geelhoed in der *Rs. Bidar* an, dass je nach den Umständen andere Kriterien zu berücksichtigen seien, um den Grad der Integration festzustellen, z.B. ob die Unionsbürgerin, wie vorliegend die Klägerin, schon im Aufnahmestaat gearbeitet habe.[153] Die Regierungen hingegen gingen davon aus, dass es keine Verpflichtung gebe, die Integration einzelfallbezogen spezifisch zu prüfen und andere Kriterien als die Aufenthaltsdauer anzuwenden.[154] Es wurde deutlich, dass sich die Kämpfe um Hegemonie in der Dogmatik inzwischen von den großen Fragen der Zuständigkeit des Gemeinschaftsrechts mehr und mehr in detaillierte Auslegungsfragen innerhalb der Abwägung der Verhältnismäßigkeitsprüfung verschoben hatten.

Generalanwalt Mazák schloss sich seinem Kollegen in der *Rs. Bidar* und der Kommission an. Die Voraussetzungen zur Prüfung des Grades der Integration dürften nicht so allgemein sein, dass die Studierenden »unabhängig vom tatsächlichen

152 Urteil in der Rs. Förster (Fn. 151), Rn. 42, 43, 41.

153 Wiedergegeben nach den Schlussanträgen des Generalanwalts Ján Mazák v. 11.7.2008, Rs. C-158/07, Rn. 97.

154 Ebd., Rn. 100.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Grad ihrer Integration in die Gesellschaft« systematisch daran gehindert würden, zu den gleichen Bedingungen wie die Angehörigen des Aufnahmemitgliedsstaats zu studieren: »Meines Erachtens trifft dies auf das Erfordernis eines fünfjährigen Aufenthalts nicht zu, da vernünftigerweise angenommen werden kann, dass eine Reihe von Studenten möglicherweise bereits lange vor Ablauf dieses Zeitraums einen nennenswerten Grad an Integration in die Gesellschaft aufweist.«[155]

Die Richter*innen allerdings folgten dieser Argumentation dieses Mal nicht. Das Fünfjahreskriterium des vorliegenden Falles sei »geeignet, sicherzustellen, dass derjenige, der das fragliche Unterhaltsstipendium beantragt, im Aufnahmemitgliedstaat integriert ist«. Es sei zudem auch erforderlich, da »es nicht als unverhältnismäßig angesehen werden« könne.[156] Obwohl die Richter*innen also das Kriterium auf seine Verhältnismäßigkeit prüften, geschah das so gut wie ohne Argumente und »relativ unbestimmt« (Martin 2009: 100). Es schien so, als habe der Gerichtshof der mehrfach geäußerten Kritik nachgegeben, wonach es Sache der Mitgliedsstaaten sei, die Geeignetheit und Erforderlichkeit selbst zu bestimmen. Die Kritik kam daher dieses Mal von den proeuropäisch argumentierenden Autor*innen. Die Begründung falle »mager aus« und weiche ab von der üblichen strengen Prüfung allzu genereller Regelungen. Gerade die pauschale fünfjährige Wartefrist sei ein zu starres und gegebenenfalls unverhältnismäßiges Erfordernis, denn man werde sich fragen müssen, ob eine solche Wartefrist »nicht de facto ebenfalls einen Ausschluss von Unterhaltsbeihilfen bedeutet. Der größte Teil der Studenten dürfte sein Studium bzw. zumindest sein Auslandsstudium innerhalb von fünf Jahren abschließen.« Daher könne »dieses Urteil nur als ›Notbremse‹ verstanden werden« (Papp 2009: 88ff.). Es lasse kaum noch irgendeinen Raum für das Konzept der »tatsächlichen Verbindung«, das auf »eine unnötige Verdopplung des Wohnsitzerfordernisses« reduziert werde. Erst kürzlich eingereiste Personen, genauso wie solche, die schon einen beträchtlichen Zeitraum im Land verbracht hätten, könnten so von den Studienförderungen ausgeschlossen werden (Golynker 2009: 2030°).

Die konservative Position hingegen fühlte sich bestätigt und auch versöhnt: Es spreche einiges dafür, dass dies eine geeignete Abwägung erlaube: »Damit hat der EuGH eine Mindestaufenthaltsdauer akzeptiert, die über die Dreijahresfrist im Urteil ›Bidar‹ hinausreicht.« (Hilpold 2009: 43) Konstanze Semmelmann (2009: 690ff.) wies allerdings darauf hin, dass der EuGH sich zwar hier für die Verfahrensvereinfachung entschieden habe, er allerdings in anderen Fällen, die nicht explizit durch Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie erfasst seien, derart allgemeine Nachweiskriterien untersage. Außerdem scheine er nach wie vor die nationalen Normen und ihre Anwendungspraxis »überwiegend streng und selbst prüfen zu wollen«.

155 Ebd., Rn. 129f.

156 Urteil in der Rs. Förster (Fn. 151), Rn. 50, 53f.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ganz offensichtlich war der Umstand ausschlaggebend, dass die Niederlande nach dem Urteil in der *Rs. Bidar* ihre Gesetzgebung geändert und an die Freizügigkeitsrichtlinie angepasst hatten. Darauf hatten auch die allermeisten Regierungen in ihren Stellungnahmen hingewiesen. Der Gerichtshof erklärte daher, dass, auch wenn die Richtlinie auf das Verfahren keine Anwendung finde, doch »darauf hinzuweisen« sei, dass Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie die Mitgliedsstaaten gerade nicht verpflichte Studienbeihilfen vor Erreichen des Daueraufenthaltsrecht nach fünf Jahren zu gewähren.[157] Selbst die zustimmenden Positionen wandten ein, dies sei »in systematischer Hinsicht überraschend«, wenn auch »sachgerecht«, denn eine Norm des Sekundärrechts diene hier als Maßstab für eine primärrechtliche Prüfung (Lindner 2009: 1048). So hatte der Generalanwalt genau andersherum argumentiert: Die Freizügigkeitsrichtlinie könne »die Erfordernisse, die sich aus Art. 12 EG und dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben, nicht außer Kraft setzen«[158]. »Mit anderen Worten«, fasste die Rechtsanwältin Konstanze von Papp (2009: 90) dieses Argument zusammen: »Sekundärrecht darf nicht gegen Primärrecht verstoßen«. Papp hätte daher auch einen anderen Lösungsweg präferiert, nämlich eine primärrechtskonforme Auslegung der Richtlinie, die Raum für Ausnahmen von der fünfjährigen Wartefrist im Einzelfall zulasse. »Der Sachverhalt Förster hätte Anlass dazu gegeben, solche Ausnahmen zu konkretisieren. Leider ist die unterblieben.« (Ebd.) Lindner (2009: 1048f.) erklärte diese Entscheidung damit, dass der EuGH sich an den politischen Kompromissen orientiere, weil er »im Rahmen der Interpretation des Art. 12 EG ohnehin schon sehr weit gegangen [sei], was ihm bisweilen heftige Kritik eingetragen hat«. Damit scheine sich doch die Position durchzusetzen, die seit einigen Jahren schon die Rechtsprechung etwa in *Bidar* nach Inkrafttreten der Richtlinie für überflüssig erachte. Nationale Autoritäten würden ermutigt, lediglich auf die Aufenthaltsdauer abzustellen (Mataija 2009: 63) und damit den durch die Richtlinie gegebenen Spielraum einer Mindestdauer von fünf Jahren auszunutzen, was gleichbedeutend sei mit der beinahe vollständigen Exklusion von migrantischen Studierenden aus dem System der Studienbeihilfen. »Aber, vielleicht war es genau das, was die Mitgliedstaaten beabsichtigten, als sie Artikel 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 schufen.« (Golynker 2009: 2026°)

Man kann festhalten: Die *Rs. Förster* war der diskursive Triumph der national orientierten Strategien. Der EuGH habe endlich den Befürchtungen der Mitgliedsstaaten Rechnung getragen, »die prätorische Rechtsprechung könnte die Solidaritätsverpflichtungen der Mitgliedsstaaten überstrapazieren« (Hilpold 2009: 43). Es käme darauf an den Zugang zu den Sozialleistungen »konsensual« zu definieren. Primär nach objektiven Gesichtspunkten ausgestaltete Zugangsregeln wie der Fünf-Jahres-Zeitraum seien angesichts der ohnehin bereits sehr weitgehenden Leistungs-

157 Urteil in der Rs. Förster (Fn. 151), Rn. 55.

158 GA Mazák (Fn. 153), Rn. 131

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rechte ein »akzeptabler Gesamtkompromiss« (ebd.). Der »Kompromisscharakter« (Lindner 2009: 1049) wird von allen Seiten betont – aus der einen Perspektive als »begrüßenswerte Korrektur einer zu starken Akzentuierung«, die sich »die wachsende Kritik« »zu Herzen genommen« habe (ebd.), aus der anderen Perspektive als »unvermeidlicher Kompromiss« angesichts des Umstandes, dass der Prozess der

»Evolution einer sozialen Solidarität der EU eine schmerzhafte Wahl produziert: zwischen den Idealen der sozialen Gerechtigkeit in einer ›immer engeren Union‹ und der Notwendigkeit, die legitimen Rechte der Mitgliedstaaten sowie der migrantischen Unionsbürger*innen in einem Gleichgewicht zu halten« (Golynker 2009: 2038°).

Indem der Gerichtshof nun den nationalen Projekten in der Verhältnismäßigkeit entgegenkam – man muss hinzufügen: zu einem Zeitpunkt, als die Weltwirtschafskrise ausgebrochen war –, schienen deren Akteur*innen mit der Rechtsprechung versöhnt. Noch mehr: Sie wollten sie nun auf diesem Stand festklopfen. Eine lange währende Diskussion über den Anspruch von Unionsbürgern auf Unterhaltsstipendien sei zu einem Ergebnis gelangt: Der Fünfjahreszeitraum stehe nun »außer Streit«. Die Andeutungen des Generalanwalts, dass die Freizügigkeitsrichtlinie durch eine Bezugnahme auf das Primärrecht relativiert werden könnte, seien vom EuGH »in der Substanz zurückgewiesen« worden, sprich der Gerichtshof habe »einer schwierigen und kaum definitiv zu beendenden Diskussion einen Riegel vorgeschoben« (Hilpold 2009: 43). Und auch Schollmeyer (2009: 829) hoffte, dass damit »nunmehr eine gewisse Konsolidierung eingetreten« sei. Sofort wurde damit die tradierte Kompetenzargumentation verknüpft, als habe es die bisherige Rechtsprechung nie gegeben: Mangels EG-Gesetzgebungskompetenzen und Budget in diesem Bereich bedürfe es politischer Lösungen, »für die sich der EuGH zurecht nicht berufen fühlt [...]. Beim momentanen Stand der europäischen Integration bedarf unbegrenzte grenzüberschreitend geforderte und geleistete Solidarität noch vertiefter Debatten und Entscheidungen auf politischer Ebene.« (Semmelmann 2009: 686) Der Umstand, dass der EuGH erstmalig die Schwelle einer Richtlinie nicht übertreten, sondern ihre Restriktionen akzeptiert hatte, war ein diskursives Ereignis, welches selbst die proeuropäisch Argumentierenden als »vorläufigen Schlussstrich unter diese Rechtsprechung« (Papp 2009: 88) interpretierten.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5.3.14 »Vatsouras/Koupatantze« vom 4. Juni 2009[159] – »… alles andere als eine Notbremse«

Der vorläufig letzte Rechtsfall zu sozialen Rechten Nichterwerbstätiger, ein halbes Jahr später entschieden, bot die nächste Möglichkeit zur Auseinandersetzung mit der Freizügigkeitsrichtlinie. Dieses Mal lautete die erste Vorlagefrage des Sozialgerichts Nürnberg sogar explizit, ob Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie (der in Bezug auf den vorliegenden Fall – noch einmal in Erinnerung gerufen – besagt, dass die Mitgliedsstaaten nicht verpflichtet sind, Arbeitssuchenden einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren) mit Art. 17 i.V.m. Art. 39 EG vereinbar sei. Die Fragestellung verschob sich also nach der *Rs. Förster* von den Studierenden als erste Ausnahme vom Gleichheitsgebot in Art. 24 Abs. 2 zu den Arbeitssuchenden als zweite Ausnahme. In diesem Fall hatten zwei griechische Staatsbürger wenige Monate nach ihrer Ankunft in der BRD nach Aufnahme einer Erwerbstätigkeit Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) II beantragt. Diese Leistungen (Grundsicherung, »Hartz IV«), zunächst genehmigt, wurden ihnen in dem Moment verweigert, da sie ihre Arbeit kurz darauf wieder verloren. Dabei hatten sich die zuständigen Arbeitsgemeinschaften (ARGEn) jeweils auf § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II bezogen. Dieser schließt für Unionsbürger*innen, die zum Zweck der Arbeitssuche einreisen, während dieser Zeit einen Anspruch auf Sozialhilfe aus. Er setzt damit Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie in der BRD um. Innerhalb der deutschen Jurisprudenz war die Frage der Vereinbarkeit von § 7 SGB II mit dem Europarecht uneinheitlich beantwortet worden, sodass die Frage nun dem EuGH zur Klärung vorgelegt wurde (Steffen 2009).

Nachdem es im vorangegangenen Urteil so scheinen konnte, als akzeptiere der EuGH die gesetzgeberischen Entscheidungen, die in der Richtlinie 2004/38 zum Ausdruck kommen, und als sei damit also endgültig der inzwischen zehn Jahre dauernde Streit um das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht beendet, beendete die Entscheidung in der *Rs. Vatsouras/Koupatantze* vielmehr diese Spekulationen – denn der EuGH blieb darin der vorangegangenen Rechtsprechungstendenz treu. So werteten die Kommentator*innen das Urteil auch als weiteres Vorantreiben der »Integration der mitgliedstaatlichen Wohlfahrtssysteme im Feld der Arbeitslosenpolitiken durch die Aufforderung, einer weiteren Öffnung des grenzüberschreitenden Zugangs zu Sozialleistungen für eine bestimmte Kategorie von migrantischen Unionsbürger*innen« (Damjanovic 2010: 854°). Angesichts der Bedeutung des Falles sei es unverständlich, warum dieser nur von der 3. Kammer entschieden worden sei, und warum zudem nur wenige Mitgliedsstaaten interveniert hatten (Fahey 2009: 938). Gerade angesichts der sehr unterschiedlichen Arbeitslosenraten in Europa so-

159 Rs. C-22/08 und C-23/08, Slg. 2009, I-0000.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wie der Finanzkrise sei die Frage, wie der grenzüberschreitende Zugang zu Leistungen im Falle von Arbeitslosigkeit zu organisieren sei, von zunehmender Bedeutung (Damjanovic 2010: 847). Die vorliegende Entscheidung werde daher einige Rechtsfälle nach sich ziehen, insbesondere in einem Europa mit stark zunehmender Arbeitslosigkeit im Kontext der globalen finanziellen Herausforderungen (Fahey 2009: 949). Diskursiv wurde in dieser Rechtssache damit auch zum ersten Mal auf die Krise Bezug genommen.

Was war nun konkret die Antwort des Gerichtshofes auf die Frage nach der Vereinbarkeit von Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie mit dem Primärrecht? Gerichtshof und Generalanwaltschaft schlossen an das Urteil in der *Rs. Collins* an, an jenes also, welchem einige Kommentator*innen nur vorübergehende Geltung zugesprochen hatten, in der Erwartung, dass es nach Inkrafttreten der Freizügigkeitsrichtlinie hinfällig werden würde. Durch die Einführung der Unionsbürgerschaft in Art. 17 EG sei der Anwendungsbereich von Art. 39 EG, als lex specialis zu Art. 12 EG, eröffnet, wenn es sich um finanzielle Leistungen handle, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates erleichtern sollen.[160] Auf der Rechtfertigungsebene sei es dann ein legitimes Ziel der Mitgliedsstaaten, eine solche Beihilfe erst zu gewähren, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wurde.[161] Diese Prüfung diene, so der Generalanwalt, dem Schutz vor »den Gefahren des sogenannten ›Sozialtourismus‹«, daher dürfe sie nicht über das hinausgehen, was erforderlich sei, damit die nationalen Behörden sich über die tatsächliche Arbeitssuche vergewissern können.[162]

Dies wurde als »sehr enge Abwägungsdirektive« bewertet: »Allein die Verhinderung einer gezielten Zuwanderung in das Sozialleistungssystem [...] ist hiernach zulässig, nicht aber ein unbefristeter Ausschluss integrierter Arbeitssuchender« (Schreiber 2009: 198). Die Mitgliedsstaaten hätten in der Darlegung der Verhältnismäßigkeit einen Gestaltungsspielraum, allerdings müsse sich der Leistungssauschluss »gleichsam als Maßnahme der ›Feinsteuerung‹ innerhalb dieses Gestaltungsspielraumes erweisen« (ebd.: 199). Bereits in der *Rs. Collins* sei der Gerichtshof »substanziell abgewichen« von dem ursprünglichen Prinzip, dass nur diejenigen Unionsbürger*innen, die auch zu einem gewissen Ausmaß zum Sozialbudget eines Mitgliedsstaates beigetragen haben, Zugang zu Sozialhilfe haben sollen. Über die bloße Anforderung einer tatsächlichen Verbindung zum Arbeitsmarkt habe der Gerichtshof eine dritte Kategorie von Arbeitssuchenden hinzugefügt: neben denjenigen mit Arbeitnehmerstatus und solchen ohne nun auch Arbeitssuchende, die den

160 Urteil in der Rs. Vatsouras/Koupatantze (Fn. 159), Rn. 37.

161 Ebd., Rn. 38.

162 Schlussanträge des Generalanwalts Damaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 12.3.2009, Rs. C-22/08 und C-23/08, Rn. 49.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Status *noch nicht* erlangt, aber bereits eine tatsächliche Verbindung aufgebaut und einen Anspruch gem. Art. 39 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 haben (Damjanovic 2010: 850f.).

Der Gerichtshof hielt also an seiner Äquivalenzierung von Art. 39 Abs. 2 und Art. 17 fest. Diese sehr weitgehende Auslegung des Primärrechts wurde in der vorliegenden Rechtssache von linksliberal-alternativen juridischen Intellektuellen aber als nicht weitgehend genug kritisiert: Statt auf Art. 39 hätten die Richter auf Art. 18 EG und damit den stärkeren zweiten Strang abstellen sollen, der »großzügigere und günstigere Auswirkungen mit sich bringt«. Wenn auf das Diskriminierungsverbot abgestellt werde (»legislativorientierter Ansatz«), stünden die Richtlinie und die Interessen der Mitgliedsstaaten im Vordergrund, während ein eher »bürgerschaftsorientierter Ansatz«, der auf das Freizügigkeitsrecht in Art. 18 gestützt ist, zu günstigeren Ergebnissen für die Einzelnen führe (Fahey 2009: 941°). *Vatsouras/Koupatantze* unterliege damit, wie *Förster*, dem legislativorientierten Zugang. Der bürgerschaftsorientierte Zugang hingegen möge materiell von den Vorschriften der Richtlinie abweichen. Aber dies sei gerechtfertigt, da »die Vorschriften der Richtlinie abgefasst wurden, um das existierende Fallrecht des Gerichts in der Auslegung der Unionsbürgerschaft zu kodifizieren, wie man den Erwägungsgründen entnehmen kann« (ebd.: 944°). Wurde, wie oben dargestellt, im Legislativprozess noch kritisiert, dass der EU-Gesetzgeber die Ergebnisse des judikativen Prozesses schlicht übernehme, so wird nunmehr diese Positivierung als Argument für die Legitimität der Rechtsfortbildung genutzt. Wie könne es vor dem Hintergrund sein, dass Rechtsfälle mit Bezug zur Freizügigkeitsrichtlinie nicht Art. 18, also das Freizügigkeitsrecht, aufbringen? Die kumulativen Auswirkungen der »neuen fünften Freiheit« auf die existierenden Freiheiten und die Richtlinie blieben in expliziter Weise durch den Gerichtshof unerforscht (ebd.: 949°). Zum ersten Mal kam es zu einer derart weitgehenden Kritik, die sich ganz offensichtlich auf die gefestigte Relevanz von Art. 18 seit dem Urteil in *Tas/Tas-Hagen* stützte und nunmehr einforderte, den alten Strang über das Diskriminierungsverbot zugunsten der Argumentationslinie entlang von Art. 18 ganz fallen zu lassen.

Dies alles war allerdings zunächst nur die Rekapitulation der primärrechtlichen Ausgangslage, an der nun im Folgenden, um die erste Vorlagefrage beantworten zu können, die Freizügigkeitsrichtlinie gemessen wurde. Und an diesem heikelsten Punkt des Urteils – noch nie zuvor hatte der Gerichtshof in den vergangenen elf Jahren eine Richtlinie als europarechtswidrig erklärt – griffen die Richter*innen wiederum auf ein, wenn auch neues, Ausweichstrategem zurück: auf die »europarechtskonforme Auslegung« der Richtlinie. Generalanwalt Colomer stellte zunächst fest, dass das Urteil in der *Rs. Förster* zwar die durch die Richtlinie eingeführte Beschränkung für Studierende als mit Art. 12 und 18 EG vereinbar erklärt habe, aber »ohne zur Gültigkeit von Art. 24 Abs. 2 Stellung zu nehmen«. Mittelbar sei so über

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Zulässigkeit der Beschränkung für Studierende entschieden, nicht aber über solche für Arbeitssuchende.[163]

In seiner darauf folgenden Prüfung untersuchte er sodann die Rechtsqualität der deutschen Beihilfe und zwar »nicht anhand der formalen Struktur der Leistung«, sondern »nach Maßgabe ihrer Ergebnisse«. Sie solle die Eingliederung in den Arbeitsmarkt fördern und auch die Aufgabe der ARGEn sei es, »die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt« zu bewerkstelligen. Und damit sei auf sie die Rechtsprechung zu Art. 39 in der Fassung von *Collins* anzuwenden.[164] Die deutsche Regelung übernehme mit dem Verbot, diese Leistungen an Personen auszuzahlen, die nach Deutschland zur Arbeitssuche einreisen, die »restriktive Auslegung von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie«. Daher müsse »die Unvereinbarkeit des Bundesrechts mit dem EG-Vertrag in der Auslegung durch den Gerichtshof im Urteil Collins festgestellt« werden.[165] Der EuGH stimmte dieser Interpretation explizit zu[166] und formulierte das methodische Vorgehen folgendermaßen: »Auf jeden Fall ist die Ausnahme nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 im Einklang mit Art. 39 Abs. 2 EG auszulegen.«[167] Anstatt die Richtlinie also als primärrechtswidrig zu erklären, verlangte er, ihre Ausnahmen vom Gleichbehandlungssatz primärrechtskonform auszulegen. Das laufe im konkreten Fall darauf hinaus, »finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen« nicht als Sozialhilfeleistungen im Sinne von Art. 24 Abs. 2 anzusehen.[168] Daraus lässt sich implizit ableiten, dass die deutsche Norm europarechtswidrig ist, da sie die Richtlinie nicht primärrechtskonform ausgelegt hat. Was die Richtlinie selbst und damit die Vorlagefrage betrifft, habe sich hingegen »aus der bisherigen Prüfung nichts ergeben [...], was die Gültigkeit von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 berühren könnte«[169].

Dieses Vorgehen ließ wieder ein exemplarisches Ausweichstrategem erkennen. Abermals wurde die Richtlinie nicht angetastet, sondern ihr Wortlaut durch eine spezifische Interpretation in Übereinstimmung mit der EuGH-Rechtsprechung gedeutet: Sie umfasse nur Sozialleistungen, wohingegen § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ganz andere Leistungen behandle, nämlich solche zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt – die aber fälschlicherweise als »Sozialleistungen« bezeichnet würden. Insofern setze sie entweder die Richtlinie europarechtswidrig um oder sei auf diese Fälle gar nicht anwendbar. Entscheidend ist: Die Richtlinie wurde nicht in

163 GA Colomer (Fn. 162), Rn. 46.

164 Ebd., Rn. 57f.

165 Ebd., Rn. 61.

166 Urteil in der Rs. Vatsouras/Koupatantze (Fn. 159), Rn. 41.

167 Ebd., Rn. 44.

168 Ebd., Rn. 45.

169 Ebd., Rn. 46.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frage gestellt, und es blieb offen, was in einem tatsächlichen Fall von Sozialhilfebezug von Arbeitssuchenden das Ergebnis der Prüfung wäre.

Wie reagierten nun die Kommentator*innen auf diese Lösung? Erstaunlicherweise blieben die nationalen Kritiken aus, obwohl, wie Schreiber (2009: 200f.) feststellte, der wesentliche Ertrag des Urteils sei, dass »der EuGH im Hinblick auf die teilhaberechtliche Dimension der Unionsbürgerschaft alles andere getan hat, als die ›Notbremse zu ziehen‹, sondern seine bisherige Linie bestätigte«.

Stattdessen wiesen die deutschen Kommentator*innen zunächst darauf hin, dass damit die bisherige deutsche sozialgerichtliche Praxis obsolet sei, nach der einfach unterstellt wurde, dass SGB II-Leistungen Sozialhilfe im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie seien (Steffen 2009). Die einzige Kritik am EuGH lässt sich als Kritik am zu ungenauen methodischen Vorgehen zusammenfassen. So weist zunächst Frank Schreiber, Richter am Sozialgericht Wiesbaden, aus einer praxisorientierten Perspektive darauf hin, dass der Gerichtshof keine Hinweise an das vorlegende Gericht gebe, wie eine primärrechtskonforme Auslegung des Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie vorzunehmen sei. Vielmehr stelle der EuGH die Unterscheidung in einem obiter ditctum fest (Schreiber 2009: 197). Auch Fahey (2009: 941°) kritisiert, dass der Gerichtshof daran scheitere, den »schmalen Grat zwischen einfacher Sozialhilfe und Leistungen für Arbeitssuchende zu unterscheiden«. Damjanovic führt dies ebenfalls auf die ausgebliebenen Erläuterungen zur europarechtskonformen Auslegung zurück. Denn eine solche werfe die grundlegende methodische Frage des Europarechtssystems auf, wie sich EU-Fallrecht und EU-Sekundärrecht zueinander verhalten. Der EuGH mache deutlich, dass es im Falle individueller Rechte von Unionsbürger*innen im Prinzip keinen Raum für den Sekundärrechtsgeber gebe, um das frühere Fallrecht des Gerichtshofes, welches Primärrecht auslegt, zu korrigieren (Damjanovic 2010: 857°).

Allerdings erfordere eine primärrechtskonforme Auslegung, dass die Richtlinie an der entscheidenden Stelle unklar sein müsse und nicht stattdessen eine eindeutige Norm gegen ihren vom Gesetzgeber intendierten Wortlaut ausgelegt werde.

> »Vor diesem Hintergrund ist es auffällig, dass im vorliegenden Fall der Gerichtshof diesen Aspekt überhaupt nicht adressiert. [...] Der EuGH überträgt eine Bedeutung auf Art. 24 Abs. 2, die alles andere als offensichtlich ist und riskiert damit, den schmalen Grat zwischen Interpretation des Inhalts einer Norm und der Veränderung der Norm zu überschreiten. Man könnte erwarten, dass er wenigstens gründlich erläutert, was er tut.« (Ebd.: 858°)

Während die erwartbare konservative Kritik, die sich in diesem Diskurs bislang wesentlich auf eine Methodenkritik stützte, ausblieb, waren es dieses Mal die proeuropäischen Diskursteilnehmer*innen, die das methodische Vorgehen kritisierten. An der häufigen Verwendung des Begriffs des »schmalen Grats« in Kombination mit der prinzipiellen Zustimmung und hauptsächlichen Einforderung von Transparenz

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und gründlicherer Argumentation zeigt sich, dass die Kritik hier vor allem auf die Fragilität des Ausweichstrategems abzielt.

Ganz zum Schluss, als Antwort auf Vorlagefrage 3, tauchte also nun spät in der Genealogie der unionsbürgerschaftsgestützten transnationalen sozialen Rechte ein bisher implizit gebliebenes weiteres Strategem auf, nämlich eine zusätzliche superdifferenzielle Grenzziehung, die den diskursiven Raum begrenzt. Dieses Mal wurde der Diskurs nicht zeitlich eingegrenzt, sondern durch die Reichweite auf eine bestimmte Bezugsgruppe, die Unionsbürger*innen – während andere, hier die sogenannten Drittstaatler*innen, aus dem diskursiven Raum verbannt wurden, indem die Differenz zwischen ihnen und den Unionsbürger*innen betont wird. Die Vorlagefrage lautete, ob Art. 12 einer nationalen Regelung entgegenstehe, die Unionsbürger*innen von der Sozialhilfeleistung ausschließt und diese zugleich aber illegalisierten Migrant*innen gewähre. Damit wird auf die bundesdeutsche Regelung abgestellt, wonach gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Asylbeweberleistungsgesetz Asylsuchende mit Aufenthaltsgestattung nach dem Asylverfahrensgesetz leistungsberechtigt sind – womit sie im Übrigen nicht ›illegal‹ sind. Die Vorlagefrage war sehr wahrscheinlich hilfsweise gestellt worden, für den Fall, dass die Regelung nicht schon an Art. 39 Abs. 2 scheiterte. Der EuGH antwortete darauf, dass das Diskriminierungsverbot aufgrund der Nationalität nur Situationen betreffe, die »in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts« fallen.[170] Diese Argumentation spielte gerade während der ersten Hälfte der Rechtsprechungslinie eine große Rolle. Denn die Einführung der Unionsbürgerschaft wurde als Eröffnung genau dieses Anwendungsbereichs ausgelegt und hatte damit umfänglich *alle* Unionsbürger*innen in die Rechtsprechungslinie inkludiert. Das Diskriminierungsverbot, so die Richter*innen weiter, »findet aber keine Anwendung im Fall einer etwaigen Ungleichbehandlung zwischen Angehörigen der Mitgliedstaaten und Drittstaatsangehörigen«[171]. Die herrschende Meinung in der Literatur lautete, dass Art. 12 grundsätzlich nicht auf Drittstaatler*innen anwendbar sei. Es mehrten sich jedoch die Stimmen, die nach der Einbeziehung von Asyl- und Migrationsrecht in die erste Säule des EG-Vertrags durch den Amsterdamer Vertrag den Anwendungsbereich ausgeweitet sahen, sodass auch Drittstaatsangehörige unter Art. 12 fielen (Damjanovic 2010: 860). Diese letzte juristische Argumentationsfigur brachte eine bisher implizit gebliebene Voraussetzung an die Oberfläche: dass nämlich die Unionsbürgerschaft nur die EU-Bürger*innen als Subjektpositionen inkludiert und damit zugleich ein Außen schafft. Dieses superdifferenzielle Strategem schließt den Diskurs in Bezug auf die Subjektpositionen. Während *innerhalb* des Diskurses umkämpft ist, wer welche Rechte haben soll – Studierende vs. Arbeitssuchende, fremde vs. eigene Staatsbürger*innen –, so ist doch immer schon vorausgesetzt, wer grundsätzlich ausgeschlos-

170 Urteil in der Rs. Vatsouras/Koupatantze (Fn. 159), Rn. 52.

171 Ebd.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sen bleibt: die Nicht-Bevölkerung. In der Sprache der Diskursanalyse: »antagonistische Elemente gleichen verfeindeten Geschwistern, superdifferenzielle Elemente hingegen gehören zu verschiedenen Familien« (Nonhoff 2006: 231).

5.4 Fazit

Die juridischen Auseinandersetzungen um die transnationalen sozialen Rechte Nichterwerbstätiger mündeten in eine sozialrechtliche Konstitutionalisierung, in der sich die proeuropäischen Strategien durchsetzen und zu einem hegemonialen juridischen Projekt formieren konnten. Denn sie enthielten alle notwendigen Kernstrategeme sowie weitere ergänzende, stabilisierende Strategeme und formulierten eine neuartige Perspektive, die man als »europäisch soziale Union« bezeichnen kann. Die nationalen Strategeme der »nationalen Wohlfahrtssouveränität« hingegen liefen hauptsächlich auf Kontraritätsstrategeme hinaus, zudem fehlte ihnen eine diskursive Repräsentation. Das verdeutlicht ihren rein defensiv-hegemonialen Charakter.

Die hegemonietheoretische Diskursanalyse vollzieht nicht nur das Zustandekommen eines Diskurses nach, sondern zugleich, wie sich dieser allmählich aus mehreren konträren diskursiven Strategien und strategischen Allianzen zusammensetzt. Der EuGH nimmt hierbei eine wichtige Rolle ein, ist allerdings – das sollte deutlich geworden sein – nicht dazu in der Lage, selbstbezüglich eine Rechtsprechungslinie zu erschaffen, wie dies in der Europaforschung häufig unterstellt wird (vgl. z.B. Streeck 2013: 150). Er ist nur ein, wenn auch privilegierter, Diskursteilnehmer, dessen Urteile aber auf den Auseinandersetzungen um Hegemonie zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Kräften aufruhen, die sich im Recht als Auseinandersetzungen um die Verschiebung von Rechtsfiguren niederschlagen. Im Folgenden sollen daher noch einmal diese verschiedenen Diskursteilnehmer*innen und ihre strategischen Beiträge zum Zustandekommen des Diskurses reflektiert werden. Dazu werde ich die jeweiligen Positionen zusammenfassen und durch weitere exemplarische Argumente anreichern, die sich von der rechtsdogmatischen Argumentation dadurch unterscheiden, dass sie rechtstheoretische Reflexionen der juristischen und sozialwissenschaftlichen Fachliteratur darstellen.

5.4.1 Die Diskursgesellschaft

Die juridischen Intellektuellen der beiden nationalen Projekte, die in dieser rechtlichen Auseinandersetzung eine Diskursallianz bildeten, unterschieden sich in Ziel und Argumentation. Die konservativen Strategien zeichneten sich vor allem durch Kompetenz- und damit verbundene Methoden-Argumente aus. Darüber vermittelt war es die nationale Souveränität, die sie verteidigten, während es den national-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sozialen Strategien im Wesentlichen um die nationalen Wohlfahrtsstaatssysteme ging. Entgegengesetzt waren ihnen jeweils linksliberal-alternative Strategien, welche der nationalen Identität eine europäische Bürgerschaft entgegensetzten, sowie proeuropäisch-soziale Strategien, die wiederum ein europäisches Wohlfahrtssystem befürworteten. Keine Rolle spielten hingegen diskursive Strategien aus dem Kontext des neoliberalen Hegemonieprojekts.

Im Einzelnen: Die methodische Kritik wurde am prägnantesten vom führenden bundesdeutschen konservativen Migrationsrechtswissenschaftler, Kay Hailbronner, vorgetragen. Er stellte abschließend sogar die Frage, wie es möglich sei, »dass Entscheidungen so hoch qualifizierter Richter solche methodischen Mängel aufweisen«. Dies erkläre sich, so seine Vermutung, durch das »Zusammenwirken von Juristen aus doch sehr unterschiedlichen Rechtsordnungen und unterschiedlicher Provenienz« (Hailbronner 2004: 2189). Diese Konstellation begünstige »offenbar nicht gerade eine rationale, nachvollziehbare Entscheidungspraxis«. Bedenklich sei auch die juristische Literatur, welche die Rechtsprechung mehrheitlich »als rechtspolitisch gebotenen Schritt zur Überwindung überholter national-staatlicher Vorstellungen« begrüße (ebd.). Diese Kritik markiert den Bruch mit der neuen Rechtsprechung entlang der Unterscheidung national/europäisch und führt dabei das methodische Defizit – in anderen Worten: die juristische Inkompetenz – auf die europäische Praxis zurück.

Die Argumentation der national-sozialen Intellektuellen hingegen lässt sich wiederum am pointiertesten mit den Überlegungen des gewerkschaftsnahen ehemaligen Direktors des Kölner Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, Fritz W. Scharpf (2008b: 91f.), zusammenfassen: Die Rechtsprechung ziele auf ein Aufbrechen der »Grenzen der nationalen Sozialsysteme«. Man könne dies zwar als »Beitrag zur sozialen Integration Europas« begreifen, sobald allerdings massenhaft von der dadurch gewonnenen Mobilität Gebrauch gemacht werde, untergrabe eine »derart menschenfreundliche Politik« (ebd.: 93) die »Legitimität und Effektivität nationaler Regime«. Dies weise die Rechtsprechung letztlich als weiteres Liberalisierungsprojekt aus, denn in der Konsequenz ziele

> »die ›sozial-liberale‹ Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft, zur Freizügigkeit und zum Diskriminierungsverbot in die gleiche Richtung wie die ›wirtschaftsliberale‹ Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit und zum europäischen Wettbewerbsrecht. Beide sind Kampfansagen an den Bestand national unterschiedlicher Regimes der Wirtschaftsordnung, der Unternehmensverfassung, der Daseinsvorsorge und des sozialen Ausgleichs.« (Ebd.)

Die nationalen Regime werden vor allem deswegen verteidigt, weil eine »europäische Rekonstruktion des Sozialstaats oder auch nur die europäische Harmonisierung nationaler Sozialregime« auch weiterhin, erst recht nach der Osterweiterung,

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

als »chancenlos« eingeschätzt werden (ebd.: 94). Diese Gesamtentwicklung sei so gravierend, dass Scharpf vorschlägt, durch die Verweigerung des nationalen Vollzugs der problematischen Urteile eine europäische Verfassungskrise auszulösen. Damit solle zwar nicht die EU zerstört, aber der »Tempel des europäischen Richterrechts« zum Einsturz gebracht werden (ebd.: 96). Mitgliedsstaaten hätten inzwischen kaum noch andere Verteidigungsrechte als eine solche »Provokation einer prinzipienorientierten *non-compliance*« (ebd.: 96).

Diese Diskursallianz konnte sich zwar mit ihrem national-orientierten Projekt nicht durchsetzen, sich jedoch über das Zugeständnisstrategem in das hegemoniale juridische Projekt einschreiben, wobei die national-soziale Position deutlicheren Niederschlag fand. Das Diskursfragment der »Verhinderung des Sozialleistungstourismus« ist maßgeblich auf sie zurückzuführen sowie letztlich auch die Verhinderung des »maximalistischen Ansatzes«, dessen Durchsetzung noch während der ersten beiden Urteile durchaus auf der Tagesordnung des EuGHs stand.

Weder dieser letztgenannte Ansatz noch derjenige des linksliberal-alternativen Projekts konnten sich vollständig durchsetzen, prägten aber dennoch zu großen Teilen den Diskurs. Weder das »universelle Zugangsrecht zu allen Arten von Sozialleistungen«, die »radikale Gleichheit«, noch das radikaldemokratische Projekt jenseits einer bloßen »Gemeinschaft des Rechts« konnten sich als Antworten auf das soziale bzw. demokratische »Defizit« etablieren. Allerdings ruhte das juridische Projekt des EuGH mehrheitlich auf ihren Positionen auf. Linksliberal-alternative Diskursteilnehmer*innen, wie etwa die Direktorin des Amsterdamer Centres for European Politics, Marlene Wind, interpretierten den Erfolg daher als »postnationale, europäische Sozialbürgerschaft«, welche die Autonomie der Nationalstaaten allmählich erodieren lasse (Wind 2009: 242°) und darüber zugleich das Ansehen der EU in der Mehrheit ihrer Bürgerschaft verbessere, indem sie den Fokus von der Marktintegration auf die Menschenrechte verschiebe (ebd.: 253). Denn in der »Post-Maastricht-Ratifizierungskrise«, so Jo Shaw, britische Europarechtlerin und eine der führenden Citizenship-Forscher*innen, sei die Notwendigkeit eines Identifikationsangebots für die europäischen Bürger offensichtlich geworden – eines, das der EU eine »raison d'être gibt, die nicht nur rein ökonomisch sei. Dies wirft das Dilemma der Bürgerschaft auf« (Shaw 1998: 295°).

Das proeuropäisch-soziale Projekt betonte weniger die Menschenrechte als vielmehr die Ablösung vom Binnenmarktprojekt und damit eine EU, die, zugespitzt formuliert, jetzt auch »arme Schlucker wie Michel Trojani« integrieren kann. »Es ist nicht verborgen geblieben, dass im Herzen des europäischen Integrationsprojekts eine kalte modernistische Leerstelle« liege, und der »Markt als Integrationstelos« zunehmend an Attraktivität verliere, so der Europarechtwissenschaftler Ulrich Haltern (2005: 91).

Verschueren (2007: 339°) widersprach aus dieser Perspektive der national-sozialen Kritik an der Aushöhlung der nationalen Sicherungssysteme mit dem Ar-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gument, die EU benötige ein »soziales Antlitz, welches die Marktbürgerschaft komplettiert«, einen »contrat social zwischen den europäischen Bürgern und der Union«. Zudem sei die Mobilität in der EU traditionellerweise gering aufgrund der sozialen, kulturellen und sprachlichen Barrieren. Die Verlagerung des Wohnsitzes sei nicht gerade eine günstige Lösung für finanzielle Probleme, zumal Mitgliedsstaaten mit hohen Sozialleistungen zugleich auch hohe Lebenshaltungskosten aufwiesen, was den sogenannten Sozialtourismus wenig attraktiv mache. Die Migrationsmuster nach der Osterweiterung hätten zudem gezeigt, dass die neuen EU-Bürger an ökonomischer Migration und nicht am Sozialtourismus interessiert seien. Auch Verschueren – und darin liegt die Schnittmenge dieser Diskursallianz zwischen dem linksliberal-alternativen und dem proeuropäisch-sozialen Projekt – schlussfolgert, dass das Fallrecht des EuGH den Übergang von der marktbasierten Bürgerschaft zu einer sozialeren Bürgerschaft markiere, durch die Solidarität nicht länger an nationalen Grenzen halt mache (ebd.: 342, 346).

An diesen Diskurskonstellationen zeigt sich zudem die Schwächung der beiden sozialen Hegemonieprojekte entlang der Grenze des Nationalstaates. Transnationale soziale Rechte scheinen kein geeignetes politisches Projekt für eine gemeinsame Perspektive zu sein. Ein solches könnte nur gelingen, wenn die europäischen sozialen Rechte wirklich transnational in dem Sinne wären, dass sie über den erreichten Stand der nationalen Rechte hinausgingen.

Ganz abwesend in dieser diskursiven Auseinandersetzung waren diskursive Strategien aus dem Kontext des neoliberalen Hegemonieprojekts – selbst in dem Augenblick, da eines seiner Kernargumentationen in das neue Projekt implantiert wurde. Zeitgleich waren seine Strategien aber nach wie vor in den Rechtsverfahren zu den klassischen Grundfreiheiten präsent und auch hegemonial (Buckel/Oberndorfer 2009). Daraus lässt sich schlussfolgern, dass Hegemonieprojekte nicht gleichermaßen auf allen Terrains präsent sind, sondern nur dort, wo die in ihnen verdichteten strategischen Praxen Anknüpfungspunkte finden. Das neoliberale Sicherheitsdispositiv des ›Migrationsmanagements‹ ist in seinem Kernanliegen, der Ausrichtung auf einen globalen Arbeitsmarkt, durch das neoliberale Hegemonieprojekt geprägt. Darunter fallen etwa die Anwerbung (hoch)qualifizierter Arbeitskräfte aus Drittstaaten genauso wie die Mobilität der EU-Erwerbstätigen, etwa über die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die Mobilität Nichterwerbstätiger hingegen, um die es sich vorliegend handelte, steht nicht im Zentrum der Strategien. Sie widerspricht ihnen nicht, denn weder das mögliche ›Auszehren‹ nationaler Wohlfahrtssysteme noch europäische soziale Rechte bedrohen das Projekt, zumal letztere weniger eine vertikale als eine horizontale Umverteilung bewirken. So kommt es über diese Rechtsprechung nicht zu einem grundlegenden Pfadwechsel durch einen alternativen makroökonomischen Ansatz, wie dieser von den sozialen Projekten immer wieder gefordert wurde (vgl. etwa Bieling/Steinhilber 2000: 128). Um dieses Kernanliegen im Zentrum des Sicherheitsdispositivs herum, die globale Arbeits-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

marktperspektive, bildete sich eine Strategie der Restriktion von Mobilität heraus. Die vorliegende Fallstudie verdeutlicht, wie es zu dieser Verbindung von Mobilität und Restriktion, zum Firewall-Charakter der postfordistischen Grenztechnik, kommen kann: Die strategischen Praxen des neoliberalen Hegemonieprojektes kaprizieren sich auf das Kernanliegen, während sie die Auseinandersetzungen um den Rand den konkurrierenden Projekten überlassen. Das institutionell vermittelte Ergebnis dieser Auseinandersetzung lautete in diesem Fall: soziale Rechte auch für Nichterwerbstätige unter der Bedingung einer konkreten Verbindung zum Aufnahmestaat.

Allerdings ist die Nichtpräsenz des neoliberalen Projekts bereits auch Ausdruck seiner beginnenden Krise in diesem Zeitraum. Denn die Proklamationen der proeuropäischen Projekte, dass es zur Ablösung vom Binnenmarktprojekt gekommen sei, sowie die des »sozialen und demokratischen Defizits«, die in diesem Diskurs hegemonial waren, markieren einen ersten diskursiven Triumph über das neoliberale Hegemonieprojekt, welches dem aufgrund seiner Nichtpräsenz nichts entgegensetzen konnte.

Die juridischen Intellektuellen des EuGH schließlich lassen sich – trotz der entsprechenden Semantiken und Anrufungen durch die Diskursbeteiligten – nicht mehr als die Schöpfer*innen dieses Diskurses begreifen. Sie besitzen allerdings als Entscheidungsinstanz eine privilegierte Diskursposition. Und diese übten sie keineswegs neutral aus. Die strategische juridische Praxis des Gerichtshofs lässt sich über viele Urteile, richterliche Zusammensetzungen und Konfliktfelder hinweg immer wieder als *grundlegend proeuropäisch* nachzeichnen, entsprechend der institutionellen Logik (Borchert/Lessenich 2006: 18), die auf eine Ausweitung des Europarechts und damit des eigenen Wirkungsbereichs zielt (Alter 2001; Höreth 2008; Stone Sweet 2004; Slaughter/Stone Sweet/Weiler 1998). Vor dem Hintergrund dieser institutionellen Logik, die sich nicht zuletzt in der Subjektivierung der Richter*innen niederschlägt (Höpner 2011), können sich die proeuropäisch argumentierenden Strategien auf die Ressource der institutionellen Privilegierung stützen. Allerdings ist diese institutionelle Strategie immer vermittelt über die Fähigkeit, einen hegemonialen Konsens zu formulieren, ein verallgemeinerbares Projekt zu entwerfen, um die eigene Legitimität nicht zu untergraben. Und dies ist den juridischen Intellektuellen des EuGH in diesem Fall gelungen. Indem sich der Gerichtshof auf die Diskurskoalition des proeuropäisch-sozialen und des linksliberal-alternativen Hegemonieprojekts stützte und in begrenztem Maß Zugeständnisse an die nationalen Projekte machte, gelang es ihm zugleich, seine Rechtsprechungskompetenz auszuweiten.

Innerhalb dieser eigenlogischen Verfahren der Rechtsform, gemäß dem Spiel von Regeln und Definitionen, Instrumenten und Techniken des Rechtsdiskurses, kam es zu einer massiven Auseinandersetzung um die soziale Ausrichtung der EU, die sich, vermittelt über die Hegemonieprojekt-Analyse, auf eine gesellschaftliche Kräftekonstellation in Europa zurückführen lässt. Das Besondere dieser Auseinan-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dersetzung war es allerdings, dass sie im Verborgenen, jenseits einer politischen Öffentlichkeit stattfand – in der Rechtsform eben. Diese ist nur den juridischen Intellektuellen zugänglich, denn sie erfordert die Kenntnis ihrer verselbständigten Arbeitsweise in den juridischen Verfahren. Auch die juridischen Akteur*innen thematisierten diese Verselbständigung des Rechtlichen:

»Der Gerichtshof nimmt damit politische Entscheidungen vorweg, die einer breiten europäischen gesellschaftlichen Debatte bedurft hätten. Eine judikativ induzierte Sozialunion ohne politisches Pendant, weitgehend unbemerkt von einer notwendigen europäischen Öffentlichkeit, erscheint für eine wirklich politische Union nicht angemessen.« (Kanitz/Steinberg 2003: 1014)

Diese Äußerung ereignete sich jedoch wiederum im Rechtsdiskurs selbst, als Argument, das nicht an jene Öffentlichkeit, sondern gegen die konkrete Rechtsprechungslinie gerichtet war. Der scheinbare Vorteil dieses Terrainwechsels der proeuropäischen Projekte von der Politik zum Recht ist zugleich auch ihr Nachteil. Denn der wesentliche Erfolg einer strategischen Prozessführung wäre es gerade, gesellschaftliche Missstände oder aber auch Chancen einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen und darüber weitere Ressourcen zu mobilisieren. Der vorliegende Diskurs blieb jedoch aufgrund der rechtsförmigen Verselbständigung weithin rein juridisch und kann so nur schwerlich strategisch-selektive Anknüpfungspunkte für soziale Bewegungen, Gewerkschaften oder andere Akteur*innen der beiden proeuropäischen Hegemonieprojekte bereitstellen.

5.4.2 Auf der Suche nach einem europäischen Staatsprojekt

Das auf diese Weise zustande gekommene hegemoniale juridische Projekt, so die hier vertretene These, ist zugleich Element eines europäischen Staatsprojekts. Ein Staatsprojekt, um dies noch einmal zu rekapitulieren, ist eine Kombination juridischer und politischer Projekte, die in Staatsapparaten ausgearbeitet werden und darauf zielen, die Einheit des Staates zu gewährleisten, obwohl dieser ein heterogenes Ensemble konkurrierender Staatsapparate ist. Zentrale Elemente des fordistischen Staates waren die Nation und der Wohlfahrtsstaat. Wie ich mit Balibar (2010: 25) argumentiert hatte, bedingten sich beide im »national-sozialen Staat«: das juridische Projekt einer privilegierten, sakralisierten Gemeinschaft und die Regulation der sozialen Kämpfe durch die Sozialpolitik. Das rekonstruierte juridische Projekt hat nun die »europäisch-soziale Union« zum Inhalt: wiederum eine Verbindung von Zugehörigkeit zu einer neuen, größeren Gemeinschaft und daran anknüpfenden sozialen Rechten. Ein paralleler Suchprozess lässt sich auch auf dem politischen Terrain nachzeichnen (Wissel 2014), auch wenn dort das zweite Moment, die sozialen

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechte, noch schwächer institutionalisiert ist – und sich die Auseinandersetzung geradezu auf das juridische Terrain mit seiner vor der Öffentlichkeit verborgenen Arbeitsweise verlagert hatte.

Beide Elemente entwickelten sich in unterschiedlichen Kontexten: mit Anbruch der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise und der Regelungsmaschinerie des Binnenmarktprojekts bildete sich sukzessive das europäische Staatsapparate-Ensemble heraus, als ein Ensemble konkurrierender Apparate. In diesem Kontext setzte sich nach jahrzehntelanger Diskussion auch ein Bürgerschaftsstatus in der nun mehr »Union« genannten neuen sozialräumlichen Konstellation durch. Mit diesem zunächst nur formalen Status wurde, ebenso formal, eine europäische Bevölkerung konstituiert. Zeitgleich kam es zu Reterritorialisierungsprozessen sowie europäischen Grenzpolitiken (vgl. die nächste Fallstudie). Diese Veränderungen gingen nur ganz allmählich vonstatten, vorangetrieben von einer europäischen Bürokratie und mit den für den Integrationsprozess typischen nationalen Ausnahmeregelungen und »package deals«. Dies ist der Kontext, den Haltern (2005: 111) diskursiv als »Suche nach einer politischen Imagination« konstruiert. Dieser neue Pfad bildete institutionalisierte Praxen und damit strategische Selektivitäten heraus. Diese privilegierten in den vorliegenden Rechtsfällen die europäischen Hegemonieprojekte, während die nationalen Strategien – auf dem europäischen Terrain – ins Hintertreffen gerieten, weil sie nach wie vor auf die Nation, statt auf die Union setzten und die neuen Unionsbürger*innen weiterhin als Migrant*innen konstruierten.

Auf dem Höhepunkt dieser Entwicklung erschöpfte sich jedoch das Integrationspotenzial der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise, die folglich in die Krise geriet. Die »Ablösung vom Binnenmarktprojekt« sowie die »demokratischen und sozialen Defizite« wurden zu hegemonialen Diskursfragmenten. Damit konnten die Kritiken dieser Integrationsweise sich erstmals durchsetzen. Die seit 30 Jahren praktizierte und auf diese Weise institutionell auf Dauer gestellte neoliberale Regierungskunst mit ihrer zentralen Technik des Wettbewerbs auf der Grundlage eines Wohlstandsgefälles, den darauf basierenden divergenten nationalen Wohlfahrtssystemen und der ausbleibenden Europäisierung einer umverteilenden Sozialpolitik wurde dadurch allerdings nicht transformiert. Dies kann als der zentrale Grund angesehen werden, warum sich das national-soziale Hegemonieprojekt, in dem sich die Strategien großer Teile der Arbeiter*innenklasse der nördlichen EU-Mitgliedsstaaten verdichten, nicht widerstandslos in das neue juridische Projekt des EuGH einbinden ließ.

Es kam also zu einem diskursiven Bruch mit der neoliberalen Regierungsweise, nicht jedoch zu institutionellen oder gar strukturellen Transformationen. Der Diskurs ist zu unterscheiden von seinen Effekten, das heißt der Umsetzung des institutionell-normativen Programms in soziale Praxen. Die Auseinandersetzungen im Rechtsdiskurs lassen sich daher als Suchprozesse in der Krise dieser Integrationsweise beschreiben; Suchprozesse allerdings, die bereits erste materielle Auswirkun-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gen mit sich führten. Denn diskursive Aussagen sind keine bloßen Repräsentationen, sondern sie wirken, und das ist ihre konstitutive, materielle Bedeutung, realitätsstiftend, weil sie Umrisse des Denk- und Sagbaren formieren. Sie etablieren damit Möglichkeitsräume und Wiederholbarkeitsstrukturen. Indem sie zuallererst die Gegenstände, von denen gesprochen wird, konstituieren (Pieper 2006: 271), verfügen sie über eine »performative, wirklichkeitskonstituierende Macht« (Keller 2004: 8).

In diesem institutionalisierten rechtlichen Diskurs wurde die neoliberale Hegemonie gebrochen und in ihren Ruinen entwickelte sich eine neue gegenhegemoniale Position, die verlangte, dass die EU politisch-sozial und nicht bloß ökonomisch programmiert sein soll. Das darin zum Ausdruck kommende universelle Projekt einer Sozialunion wird durch die Unionsbürgerschaft, das heißt einen genuin politischen Status repräsentiert. Jede*r einzelne Bürger*in der EU – und zugleich nur diese – können sich nunmehr zur Durchsetzung ihrer Rechte institutionell abgesichert darauf berufen. Damit werden ihre Rechte Teil der strategisch-selektiven Möglichkeitsstrukturen, an welche bestimmte Hegemonieprojekte wiederum strategisch-selektiv anknüpfen können.

Das juridische Projekt zielte im Kontext dieser Suchprozesse in der Krise der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise auf die Verschiebung der Kompetenzen zwischen nationalen und europäischen Staatsapparaten und darüber hinaus auf die Schaffung eines europäischen Allgemeinen: aus linksliberal-alternativer Perspektive auf ein »Europa der Bürger«/»a people's Europe«/»citoyenneté européenne« und aus proeuropäisch-sozialer Perspektive auf eine »wahre Sozialunion«, die jeweils aneinander gekoppelt wurden. Auf diese Weise wurden im juridischen Projekt zwei wesentliche Momente eines europäischen Staatsprojekts kombiniert – verfassungstheoretisch während der vierten Stufe der Konstitutionalisierung im Sinne Brunkhorsts (2011: 468ff.): in der Sozial- und Sicherheitsverfassung.

Ein umfassendes »Staatsprojekt Europa«, welches die europäischen Apparate in einer europäischen Logik einen könnte, kann sich allerdings erst in dem Moment etablieren, wenn es sämtliche, auch die nationalen, Apparate umfassen, einhegen und überformen kann. Ob dies gelingen wird oder nicht – gerade in der aktuellen Krisensituation –, hängt wiederum von der gesellschaftlichen Kräftekonstellation und den strategischen Praxen ab – die Suchprozesse in diese Richtung haben allerdings, das zeigt die Rechtsprechung zu den sozialen Rechten Nichterwerbstätiger, bereits begonnen.

5.4.3 Transnationale Soziale Rechte

Die auf diese Weise durchgesetzten sozialen Rechte unterscheiden sich von denjenigen der fordistischen Ära. Im Unterschied zu Balibars Analyse nimmt die Regula-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tion der sozialen Kämpfe in der Krise der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise eine völlig andere Form an. Sie ist zugleich transnational (statt national) und horizontal (statt vertikal) umverteilend. Das heißt, die fordistische, wohlfahrtsstaatliche Korrektur der Primärverteilung durch den Markt, die einen Klassenkompromiss darstellte, wird in der EU ersetzt durch eine Umverteilung zwischen den mitgliedsstaatlichen Bürgerschaften. Dies folgt im Rechtsdiskurs aus der Logik des Diskriminierungsverbotes: Das entwickelte europäische Antidiskriminierungsrecht kennt vielfältige Diskriminierungsverbote, etwa aufgrund von nationaler Herkunft, Geschlecht, sexueller Orientierung, Behinderung oder Alter, allerdings keines aufgrund der Klassenherkunft. Soziale Gerechtigkeit und Umverteilung rücken daher in den Hintergrund (Sauer 2012b).

Die Rechtsprechung zu den sozialen Rechten Nichterwerbstätiger stützt sich maßgeblich auf die Normen der Unionsbürgerschaft, des Freizügigkeitsrechts und des Diskriminierungsverbots aufgrund der Nationalität. Der hauptsächliche Effekt dieser Rechtsprechung ist daher die Förderung innereuropäischer Mobilität. Die wirklichkeitskonstituierende Wirkung des Diskurses ist die Schaffung einer europäischen Bevölkerung, die in ihrer Mobilität in der EU in keiner Weise beeinträchtigt werden soll. Die Rechtsprechung ist also beteiligt an der Organisierung eines innereuropäischen Raums nichtrestringierter Mobilität. Die zweite Fallstudie wird zeigen, wie demgegenüber das europäische Außen durch Immobilisierungsstrategien in Bezug auf die große Mehrheit der Nicht-Bevölkerung gekennzeichnet ist.

Für die Verwirklichungschancen globaler sozialer Rechte lässt sich aus dieser Fallstudie vor allem der Schluss ziehen, dass diese sich nicht durch rein institutionelle Transformationsprozesse verwirklichen lassen. Soziale Kämpfe für eine europäische Sozialpolitik können nicht durch juridische Strategien ersetzt werden, sondern müssen einander im besten Fall ergänzen. Eine bloße juridische Auseinandersetzung ohne politische Mobilisierung kann keinen Pfadwechsel initiieren. Die bisherige Kritik am sozialen Defizit der EU durch die beiden sozialen Projekte war nicht stark genug, um eine solche Mobilisierung zu ermöglichen. Dies hängt nicht zuletzt mit der Uneinigkeit beider Projekte in Bezug auf die relevante Maßstabsebene zusammen.

Allerdings kommen die neuen Mobilitätsrechte innerhalb dieser Rechtsprechungslinie gerade den Nichterwerbstätigen zugute. Dies verändert zwar nichts an der grundlegend horizontalen Ausrichtung, ist aber, wie im vorherigen Abschnitt erläutert, dennoch bereits Ergebnis der sozialen Kritikstrategie in der Krise der neoliberalen wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise. Und gerade während der Zuspitzung dieser Krise könnten diese neuen sozialen Rechte für Nichterwerbstätige eine gewisse Dynamik entfalten. Wenn nämlich Unionsbüger*innen aufgrund der Verwerfungen, die vom Wohlstandsgefälle und der europäischen Krisenpolitik ausgelöst werden, ihren Aufenthalt tatsächlich in die nördlichen und westlichen Mitgliedsstaaten verlegen, könnte dies eine gewisse vertikale Umverteilung, zumindest

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zwischen den Angehörigen der Mitgliedsstaaten, nach sich ziehen. Die Annahme nationaler Kritiker*innen, die Rechtsprechung des EuGH könne einer Umverteilung Vorschub leisten, ist also durchaus nicht unberechtigt – wenn auch das Heraufbeschwören der »Gefahr« einer »Überflutung« der Sozialsysteme der privilegierteren Mitgliedsstaaten angesichts der bisherigen realen Konsequenzen der EU-Osterweiterung eher auf genau jene Ressentiments verweist, die einer nicht nur ökonomischen, sondern auch gesellschaftlichen Teilhabe der migrierenden Unionsbürger*innen im Wege stehen. Es ist kein Zufall, dass in aktuellen Diskussionen die Einwanderung von Roma aus Bulgarien und Rumänien bereits mit großer medialer Aufmerksamkeit bedacht wurde. Unter dem Schlagwort der »Armutswanderung« (»Gefahr für den sozialen Frieden«, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 19.2.2013) wird das bekannte Diskursfragment des »Sozialstaatstourismus« reformuliert und zugleich eine bestimmte, historisch stigmatisierte und verfolgte soziale Gruppe migrantisiert, indem ihre Eigenschaft, Unionsbürger*innen zu sein, ausgeblendet wird. Begriffe wie »Sozialstaatstourismus« und »Armutswanderung« sind dabei symptomatisch für den Zynismus und die Ignoranz gegenüber der komplexen Situation von Menschen, die es vielleicht selbst vorziehen würden – oder eben ungeachtet der EuGH-Rechtsprechung und allen Widrigkeiten zum Trotz tatsächlich vorziehen –, ihr Leben innerhalb ihrer gewachsenen Beziehungsnetze zu gestalten, statt sich den Anstrengungen eines kompletten Neuanfangs auszusetzen.

Nimmt man die konservativen Kritiken an der fehlenden politischen Grundlage der EuGH-Rechtsprechung ernst, dann folgt daraus gerade, dass ein rechtlicher Rahmen für eine Umverteilung auch aus ihrer Sicht nicht *per se* abgelehnt werden kann. Denn wird die Argumentation nicht nur instrumentell vorgetragen, so beinhalten die demokratietheoretischen Implikationen der Argumentation die regelrechte Aufforderung, eine gesellschaftliche Auseinandersetzung über die *genuin politische Frage* zu führen, welchen Stellenwert Solidarität in der Organisation menschlichen Zusammenlebens, auch über den staatlichen Rahmen hinaus, einnehmen soll und wie diese konkret aussehen könnte – und schließlich über die Frage, worin überhaupt die »Legitimität und Effektivität« nationaler Regime bestehen, wenn eine »menschenfreundliche Politik« als Bedrohung für diese wahrgenommen wird. Diese Fragen stellen sich angesichts des jüngsten EU-Krisendiskurses umso dringlicher.[172]

172 In einem Artikel der »Frankfurter Allgemeinen Zeitung« über die Verhandlung zur Verfassungsbeschwerde gegen das sogenannte Anti-Krisen-Programm der Europäischen Zentralbank im Juni 2013 heißt es: »Hinter all dem Streit der Juristen und Ökonomen steht am Ende die eine große Frage: Wie viel Solidarität wollen die Staaten Europas untereinander üben?« (»Eine Frage der Solidarität«, FAZ v. 11.6.2013).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

6. *Fallstudie 2:* Europäisches Grenzregime

Während in der vorangegangenen Fallstudie das innereuropäische gesellschaftliche Kräfteverhältnis im Zentrum stand, die Herausbildung des Staatsprojekts Europa als soziale Union nach innen, wechselt die Perspektive nun in die Konstruktion des ›Außen‹. Grenzen bringen die distinkten Einheiten, die sie trennen, erst hervor. Als solche sind sie kein fixum, sondern historisch variabel, und ihr Verlauf ist Ergebnis von Aushandlungsprozessen. Es kann also im Folgenden nicht mehr ausschließlich von Europa die Rede sein, vielmehr soll der Gesamtkomplex in den Blick genommen werden, innerhalb dessen die Grenze verläuft. An der europäischen Grenze trifft der globale Norden auf den globalen Süden, sodass die Grenze nun unter der Perspektive der Regulation der imperialen Lebensweise ins Zentrum rückt. Die untersuchten juridischen Auseinandersetzungen lassen sich als solche um die Verrechtlichung der Seegrenze bezeichnen. An den europäischen Grenzen prallen die verschiedenen nationalen, europäischen, internationalen Rechtsordnungen aufeinander, ohne dass es eine einheitliche Instanz gäbe, die ihr Verhältnis zueinander bestimmen könnte. Dieses ist vielmehr Ergebnis hegemonialer Auseinandersetzungen. Eine dieser Auseinandersetzungen ist diejenige um die Geltung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Normen angesichts einer zunehmenden europäischen Grenzkontrollapparatur. Zunächst werden wieder der polit-ökonomische sowie der politische Kontext dieses Diskurses um die Verrechtlichung der Seegrenze rekonstruiert, daran anschließend erfolgt seine Analyse.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

6.1 DER POLITISCH-ÖKONOMISCHE KONTEXT: DAS POSTKOLONIALE VERHÄLTNIS ZWISCHEN DER EU UND AFRIKA

Das politisch-ökonomische Verhältnis zwischen der EU und Afrika[1] ist geprägt durch den Kolonialismus, der sowohl als Ursprung der ›Unterentwicklung‹ der afrikanischen Staaten als auch als Beginn der imperialen Lebensweise gelten kann. Durch die koloniale Expansion wurde die Region als niedrig qualifizierte Rohstoffproduzentin in den entstehenden Weltmarkt inkorporiert. So konnte ein substanzieller Anteil des dort produzierten Surplus angeeignet und nach Europa transferiert werden, zunächst mittels direkter staatlicher Gewaltanwendung und später vermittelt über den Markt (Hauck 2012: 51), über ›Entwicklungshilfe‹ und Kreditabhängigkeit (Kapoor 2008: 48; Ziai 2007).

6.1.1 Die koloniale Pfadabhängigkeit

In Anlehnung an Wallerstein (1976) und andere lassen sich mehrere »Stadien der Einbeziehung Afrikas in die Weltwirtschaft« unterscheiden, beginnend mit der Versklavung der afrikanischen Bevölkerung und ihrer Verschiffung auf die Zuckerplantagen der südamerikanischen Kolonien. Als England 1807 den Sklavenhandel verbot und der wesentlich profitablere Freihandelsimperialismus an seine Stelle trat, begann das »Informal Empire«. Dieses basierte ökonomisch vor allem auf dem Bedarf an Rohstoffen, den die englische Industrie nach dem Durchbruch der industriellen Revolution entwickelte (Hauck 2012: 125) – ein bis heute wesentliches Muster des afrikanisch-europäischen Verhältnisses. Kolonien hingegen erschienen zu diesem Zeitpunkt als teurer Ballast. Militärisch abgesichert wurde der Freihandel durch die überlegene englische Marine, die sich in bilateralen Verträgen das Privileg der Patrouille der Stützpunkte des Handels entlang der afrikanischen Küsten hatte zusichern lassen (Koskenniemi 2004: 111) – dies steht ebenfalls in einer Kontinuität mit heutigen Grenzkontrollpraxen, wie ich im Folgenden zeigen werde. Mit dem Ende des britischen Empires und dem Aufstieg US-amerikanischen und deutschen Kapitals brach Ende des 19. Jahrhunderts ein neues Stadium an: die staatliche Eroberung zur Monopolisierung der Rohstoff-, Waren- oder Kapitalexportmärkte

1 Wenn an dieser Stelle von »Afrika« die Rede ist, soll damit nicht suggeriert werden, dass die sehr unterschiedlichen Staaten dieses Kontinents unter dieser Begrifflichkeit vereinheitlicht werden könnten. Er dient vielmehr, wie auch der Begriff »Europa«, der Kontrastierung, ist eher ein Synonym für ein spezifisches Nord-Süd-Verhältnis, das in dieser Dichotomie durch die europäische Grenze geschaffen wird.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

im Interesse der Kapitalfraktionen Europas. »Die allseits bekannte Konsequenz war der berühmte ›Scramble for Africa‹« (Hauck 2012: 126).

Innerhalb nur einer halben Generation sollte dieses sogenannte Rennen um Afrika den ganzen Kontinent erfassen. Nach Jahrhunderten der Invasion und Sklaverei teilten schließlich die damaligen europäischen Mächte – vor allem Italien, Frankreich, England, Portugal und Deutschland – Afrika »wie einen Kuchen« untereinander auf (Southall 2009: 2°): dreißig neue Kolonien und Protektorate, zehn Millionen Quadratmeter Territorium und 110 Millionen neue Subjekte (ebd.: 1). Dabei war die Grenzziehung im Inneren des kolonialen Afrikas, seine Partitionierung also, ein wesentliches Ergebnis einer siebzig Jahre dauernden Hochphase des Kolonialismus (ebd.: 5). Zu deren Beginn handelten die europäischen Mächte auf der Berlinkonferenz 1884-85 den rechtlichen Rahmen ihrer Invasion, die Konflikte untereinander sowie Regeln für das Verhältnis zur indigenen Bevölkerung aus (Koskenniemi 2004: 121). »Es war ein multilateraler Versuch, das Rennen um Afrika in friedliche Bahnen zu kanalisieren« (ebd.: 123°). Allerdings fand der größte Teil der Konferenz in bilateralen Gesprächen jenseits der offiziellen Bühne statt, sodass die formalen Ergebnisse heute als praktisch irrelevant gelten (ebd.: 125). Die Expansion vollzog sich zunächst vielmehr über Handelsgesellschaften, wie die Royal African Company, die African Company of Merchants oder den Tabakhändler Adolf Lüderitz, für welche die jeweiligen nationalen Regierungen Schutzbriefe ausstellten. Wenn allerdings die Unternehmen mit der Verwaltung der Territorien überfordert waren, intervenierten die europäischen Regierungen und errichteten eine formelle Herrschaft (ebd.: 118). 1895 kamen so etwa alle deutschen Kolonien (Deutsch-Südwestafrika, Togo, Kamerun, Deutsch-Ostafrika) unter direkte ›imperiale Schutzgewalt‹. »Mit der brutalen Niederschlagung des Herero-Aufstandes in Deutsch-Südwestafrika 1905 und der ›Maji-Maji‹-Rebellion in Deutsch-Ostafrika im folgenden Jahr verwandelte sich die deutsche Herrschaft in Afrika unumkehrbar in militärische Eroberung und direkte imperiale Verwaltung« (ebd.: 120°). In der ersten Dekade des zwanzigsten Jahrhunderts wurden Terrorregime im Einflussbereich Belgiens, in Französisch-Kongo und eben in Deutsch-Südwestafrika errichtet, wo die geschätzte Herero-Bevölkerung von einst 80.000 Menschen im Jahr 1930 nur noch 20.000 betrug – nachdem Generalleutnant von Trothas ›Vernichtungsbefehl‹ in die Tat umgesetzt worden war (ebd.: 166).

Vor allem wegen der exzessiven Kosten, welche die Eroberungsfeldzüge mit sich brachten, versuchten die Europäer, anstelle von Annexionen durch Abtretungsverträge den Konsens mit afrikanischen Machthabern herzustellen (ebd.: 137). Allerdings wurden viele dieser Verträge unter Umständen geschlossen, die es zweifelhaft erscheinen lassen, »dass man von einem freien und informierten Konsens« desjenigen sprechen konnte, »der sein ›X‹ darauf setzte« (ebd.: 138°). Auf keinen Fall jedoch verstand die nicht-europäische Vertragspartei notwendigerweise die Bedeutung der juristischen Souveränitätsübertragung für die Europäer (ebd.: 139).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das letzte Stadium der Einbeziehung in den Weltmarkt begann mit der formellen Dekolonisierung in den 1960er Jahren:[2]

»Die direkte physische Gewaltanwendung konnte nun abermals in den Hintergrund treten. Man konnte sich erneut darauf verlassen, dass der ›stumme Zwang der ökonomischen Verhältnisse‹ im Regelfall ausreichen würde, um die Menschen aus der Peripherie zur Produktion für den Weltmarkt zu nötigen.« Denn inzwischen »waren nun auch die Gesellschaften des hintersten afrikanischen Hinterlandes vom Geld und von den Gütern des Weltmarktes abhängig – ohne beides konnte von der Nahrungsmittelproduktion bis hin zur sozialen Reproduktion überhaupt nichts mehr funktionieren« (Hauck 2012: 127).

Der postkoloniale Übergang von struktureller ›Unterentwicklung‹ zu ›ökonomischer Entwicklung‹ scheiterte – und damit die reale Dekolonisierung (Satgar 2009: 40; Spivak 2009: 21). Die postkolonialen Strukturen waren kaum diversifiziert, die Phase der Importsubstitution war zu kurz, meist weniger als eine Dekade, und so verblieben die Ökonomien in der Rolle des Exporteurs von Rohstoffen und mussten zugleich kapitalintensive Produkte aus Europa importieren (Satgar 2009: 42). Auf diese Weise wurden die afrikanischen Staaten »vornehmlich durch Rohstoffextraktion in den globalen Prozess der Akkumulation eingebunden. Diese ist kapitalintensiv und von externem Kapital dominiert« (König 2013: 44), wohingegen nichtkapitalistische Subsistenzwirtschaft, aus der heraus keine Akkumulation stattfindet, für die Mehrheit der Bevölkerung die Überlebensgrundlage ist (ebd.).

Diese Konstellation verschärfte sich noch durch die neoliberalen Strukturanpassungsprogramme von Internationalem Währungsfonds (IWF) und Weltbank im Rahmen des »Washington Konsenses«: In den 1980er Jahren, ausgelöst durch den Ölpreisschock, fielen die Rohstoffpreise, während gleichzeitig die US-amerikanische Notenbank die Zinsen für Kredite massiv anhob. Die Kredite standen zugleich als »›Abfluss‹ für überschüssiges Kapital zur Verfügung« (Harvey 2005: 118f.). Afrika hingegen war in der Schuldenfalle gefangen. Diese zwang die Peripherieländer in die Strukturanpassungsprogramme von IWF und Weltbank. Darüber wurden sie befähigt, ihre Schulden bei den Privatbanken des globalen Nordens zurückzuzahlen (Krishna 2009: 47). Die neoliberalen Strukturanpassungsprogramme erzwangen dabei Austeritätspolitiken, die Ausrichtung auf den Export, die Liberalisierung der Märkte, die Privatisierung öffentlicher Unternehmen, die Schaffung einer profitablen Struktur für ausländische Direktinvestitionen sowie niedrige Löhne. Vorrangig ging es um die Verhinderung eines Kollapses des globalen Finanzsystems – nicht um die Wohlfahrt der verschuldeten Länder. Mitte der 1990er

2 Um es nocheinmal zu betonen: Dies gilt nicht für sämtliche Staaten Afrikas, vor allem nicht für Südafrika, welches eine andere Entwicklung nahm.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Jahre anerkannte dann selbst die Weltbank das Scheitern dieser Politiken in Bezug auf eine ökonomische ›Entwicklung‹ Afrikas (Satgar 2009: 43).

6.1.2 Afrikanische Staatsapparate-Ensembles

Da die Integration afrikanischer Staatsapparate zum wesentlichen Merkmal der europäischen Grenzpolitik geworden ist, sollen diese zunächst staatstheoretisch reflektiert werden. Die koloniale Konstellation brachte in den afrikanischen Gesellschaften Staatsapparate-Ensembles hervor, die sich grundlegend von denjenigen in den kapitalistischen Metropolen unterschieden. Zeichnen sich letztere gerade durch eine relationale Autonomie aus, bedingt durch die Trennung der Sphären des Öffentlichen und des Privaten, so konnte eine solche Ausdifferenzierung in den meisten Staaten Afrikas nicht stattfinden. Wenn Staaten materielle Verdichtungen gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse sind, dann drückt sich das postkoloniale Verhältnis gerade in dieser Verschmelzung der beiden Sphären aus. Denn während der private Markt für technisch hochwertige, kapitalintensiv hergestellte Produkte durch ausländische Konzerne monopolisiert ist, geht der größte Teil der Nachfrage vom Staat aus: »er ist zur primären, alle anderen an Bedeutung weit überragenden Akkumulationsquelle geworden« (Hauck 2012: 181). Die Einnahmen für diese Nachfrage stammen in den Öl-produzierenden Staaten aus staatlichen Ölrenten, andernorts aus Bergwerks- oder sonstigen Renten, hinzu kommen die ›Entwicklungshilfegelder‹. Die Staaten bezahlen mit diesem Geld private Unternehmen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Als Konsequenz findet der Konkurrenzkampf afrikanischen Kapitals um den Zugang zum Staatsapparat statt, die politische Einflussnahme bestimmt die Höhe des Gewinns (ebd.: 182). Das Konglomerat von Machtgruppen, die in den Apparaten ihre Stützpunkte haben, besteht aus transnationalen Akteuren – Unternehmen und Finanzinstitutionen, »deren Etats die der meisten Staaten des Kontinents bei weitem überschreiten« (ebd.: 196) –, aus politischen und bürokratischen Entscheidungsträgern, traditionellen Herrschern, Parteibossen, Parasouveränen und Contractors (ebd.: 184). In den »Petro-Staaten« etwa herrschen die autoritärsten Regierungen des Kontinents, die neben den staatlichen Strukturen eine parallele Form der »oil governance« aufweisen: ein Konglomerat aus der politischen Klasse, transnationalen Ölfirmen und Banken (Satgar 2009: 47).

Die fehlende relationale Autonomie zeigt sich institutionell in den von den Kolonialmächten übernommenen und aus finanziellen Gründen kleinen Verwaltungseinheiten, die nicht auf dem ganzen Territorium präsent sein konnten und die zur Durchsetzung von Machtansprüchen auf Parasouveräne, das heißt lokale Machtallianzen, angewiesen sind. Diese Staatsapparatur ist gekennzeichnet durch das Fehlen eines einheitlichen Gewaltmonopols, einer dadurch gestützten flächendeckenden Steuereinziehung sowie gouvernementaler Praxen wie etwa Bevölkerungsstatisti-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ken. »Auf der subnationalen Ebene finden sich vielerorts lokale Potentaten oder Machtallianzen, die sich den zentralstaatlichen Gewaltmonopolansprüchen weitgehend entzogen haben: Warlords, Gewaltunternehmer, kriegerische Propheten, sich ethnisch oder traditionell legitimierende Rebellenführer, Schmuggelbarone etc.« (Ebd.: 173f.) Die Auflagen des IWF zur Reduzierung der Staatsausgaben mittels Privatisierung verschärften diese Struktur noch: Eine Vielzahl staatlicher Hoheitsfunktionen wurde privatisiert, wie z.B. die für die Fischereipolitik zentrale Hafenkontrolle, wie ich im Folgenden noch genauer ausführen werde.

Die in der eurozentrischen Wissenschaft übliche Bezeichnung dieser Staaten als »failed states« entspringt jedoch selbst einem kolonialen Diskurs. Denn der Kolonialismus baute nicht nur auf physischer Eroberung, Herrschaft und Ausbeutung, sondern ebenso auf »einem epistemologischen System der Konstruktion und Fixierung der ›Anderen‹ auf. [...] Auf der rassifizierten Normalisierung der *weißen* Herrschaft über alle als different Definierten.« (Krämer 2012: 125) Darin reiht sich auch die Vorstellung ein, die postkolonialen europäischen Staatenmodelle, die ihre Institutionalisierung gerade auch der kolonialen Vergangenheit verdanken, als Maßstab verwenden zu können, woran gemessen alle peripheren Staaten nur defizitär erscheinen können. Versteht man Staatsapparaturen aber auch hier als materielle Verdichtung gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse, zeigt sich sehr schnell, dass die Annahme ›schwacher Staaten‹ »die Macht der in ihnen herrschenden Gruppierungen« unterschätzt (Hauck 2012: 186). Anstatt außereuropäische Staaten als strukturell defizitär zu analysieren, müssten sie, so Shalini Randeria, vielmehr als »Produkt ihrer kolonialen Geschichte betrachtet und ihre asymmetrische Position in der internationalen Ordnung zur Kenntnis genommen werden« (Randeria 2006: 231). Gerhard Hauck schlägt daher vor, zwischen der Regulationsmacht einerseits – das heißt der Macht, die eigenen Normen auch auf den Gebieten der Parasouveräne gegen Widerstreben durchzusetzen –, und ihrer Akkumulationssicherungsmacht andererseits zu unterscheiden (Hauck 2012: 170). Nur erstere sei schwach entwickelt, die letztere dafür umso stärker. Der Reichtum der herrschenden Machtallianzen ist sprichwörtlich: »Schon zu Beginn der 1980er Jahre hätten alle Auslandskonten von 30 der reichsten Nigerianer ausgereicht, um die gesamten Auslandsschulden des Landes zu begleichen.« (Ebd.: 179)

Randeria (2006: 231) weist zudem darauf hin, dass diese Staaten keine bloßen Opfer ihrer Vergangenheit sind, sondern einige von ihnen durchaus als »listige Staaten« bezeichnet werden können. Sie verfügten über eine ganze Bandbreite von Taktiken, die in unterschiedlichen Verhandlungsarenen angewendet würden. So verleugneten »listige Staaten« ihre Macht, um sie auszuüben und sich zugleich mit dem Hinweis auf die eigenen Machtlosigkeit der Verantwortung zu entziehen. Auf diese Weise könnten sie sich sowohl gegenüber der einheimischen Bevölkerung als auch gegenüber internationalen Geldgebern exkulpieren (ebd.: 235). Wie wir im Zusammenhang mit der Migrationskontrolle sehen werden, sind sie zudem in der

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Lage, die Abhängigkeit Europas von der Unterstützung der afrikanischen Regierungen auf manchen Politikfeldern durchaus strategisch zu nutzen.

6.1.3 Imperiale Lebensweise

Ressourcen, Raum, Arbeitsvermögen und Senken des afrikanischen Kontinents sind von grundlegender Bedeutung für die globale postfordistische Ökonomie. Die imperiale Lebensweise Europas basiert darauf, dass der Zugriff gesichert und damit das hiesige, tendenziell globalisierte Produktions- und Konsumtionsmodell aufrechterhalten wird. Sie ist mit ihren enormen ökologischen Verwüstungen und sozialen Verwerfungen tief in den alltäglichen Praxen, in staatlichen Politiken und in den Unternehmen verankert (Brand 2008: 142). Staatliche Rohstoffpolitiken etwa spielen »unter dem Vorzeichen der Energiesicherheit eine immer wichtigere Rolle« (Brand/Wissen 2011: 87). Insbesondere das Streben der Länder des globalen Nordens nach Ressourcensicherheit im Rahmen einer fossilistischen globalen Ökonomie wird als maßgeblicher Auslöser für das erneute Interesse an Afrika angesehen, gerade vor dem Hintergrund der Konkurrenz um Öl- und Gasreserven durch den zunehmenden Bedarf Chinas und Indiens sowie angesichts der Krisenhaftigkeit der Politik des Nahen und Mittleren Ostens. »Afrika hat Investitionen von buchstäblich allen bedeutenden Ölfirmen in Europa und den USA angezogen« (Southall 2009: 13°), da ein noch großes unentdecktes Potenzial vermutet wird. Neben den Energieressourcen sind es vor allem Uran und andere Mineralien, die im Zentrum des Interesses transnationaler Unternehmen stehen (ebd.: 15), ebenso wie Holz und Fisch. Außerdem ist der afrikanische Kontinent eine der reichhaltigsten Quellen für Biodiversität, an deren Privatisierung, Inwertsetzung und Monopolisierung internationales Kapital ein großes Interesse hat.

Darüber hinaus führt die aktuelle Politik der Umsetzung der Energiesparziele Europas zu einem gigantischen Landbedarf für den Anbau von Biosprit-Produkten, was wiederum zu einer Aneignung großer Flächen Landes in Afrika geführt hat (›Landgrabbing‹). IWF und Weltbank haben ihre Kredite in den 1980er Jahren an Strukturanpassungsprogramme gebunden, die unter anderem jene Landreformen vorsahen, »ohne die Landgrabbing heute nicht möglich wäre« (Prien 2010: 427). Es sollte ein ›Investitionsklima‹ geschaffen werden, das diesbezüglich gesicherte und handelbare Rechte an Land und Wasser beinhaltete. Dies stellte die bisherige gewohnheitsrechtliche und gemeinschaftliche Landnutzung der Kleinbäuer*innen und Hirt*innen in Frage. Noch bis Ende der 1990er Jahre wurden 90 Prozent des Landbesitzes gemeinschaftlich genutzt und nicht schriftlich dokumentiert (ebd.). Inzwischen haben Bio-Treibstoff- und Lebensmittelindustrien wie auch die Finanzindustrie riesige Landflächen auf der Grundlage intransparenter Verträge für die Produktion nachwachsender Rohstoffe oder aus Gründen der Bodenspekulation gepachtet.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dadurch wird die Existenzgrundlage von lokalen Bäuer*innen zerstört (ebd.: 429). Zudem gehen mit dem Landgrabbing eine Überlastung des Bodens sowie ein immenser Wasserverbrauch einher, der die bereits herrschende Wasserknappheit noch verstärken wird (ebd.: 430). Die Parallelen zur ursprünglichen kolonialen Expansion als Grundlage der imperialen Lebensweise sind unverkennbar (Southall 2009: 18). Ressourcen und Land afrikanischer Staaten stehen den europäischen (und asiatischen sowie amerikanischen) Mächten wie selbstverständlich zur Verfügung. Daher diskutieren kritische Afrikaforscher*innen inzwischen, ob es nicht schon längst zu einem »new scramble for Africa« gekommen ist (Melber/Southall 2009).

Die Europäische Union spricht das Interesse an den Rohstoffvorkommen Afrikas in aller Deutlichkeit in ihrer sogenannten Rohstoffinitiative aus:

»Moderne Gesellschaften können ohne sichere Rohstoffversorgung nicht dauerhaft funktionieren. Branchen wie die Bauindustrie, die chemische Industrie, die Automobilindustrie, die Luftfahrtindustrie und der Maschinen- und Anlagenbau sind auf ausreichende Versorgung mit mineralischen Rohstoffen zu akzeptablen Preisen angewiesen. Diese Branchen erzielen zusammen eine jährliche Wertschöpfung von 1.324 Mrd. Euro und beschäftigen ca. 30 Mio. Arbeitnehmer« (KOM (2008) 699/2: 2).[3]

Die EU verfüge zwar selbst über hohe Rohstoffvorkommen, doch stünden deren Abbau zunehmend umweltrechtliche Beschränkungen und alternative Landnutzungen entgegen. Ein »verlässlicher, von Marktverzerrungen unbeeinträchtigter Zugang zu Rohstoffen« sei aber »eine zunehmend wichtige Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit der EU« (ebd.). Daher kündigt die Kommission an, in ihrer globalen Handels- und Entwicklungspolitik eine »aktive Rohstoffdiplomatie« zu verfolgen. Das bedeutet, etwa »mit Afrika« den »Dialog« über den Zugang zu Rohstoffen, die Bewirtschaftung der natürlichen Ressourcen und die Verkehrsinfrastruktur zu intensivieren (ebd.: 6).

Im Folgenden sollen nun die wesentlichen ökonomischen Politiken Europas in Bezug auf Afrika dargestellt werden, die heute den kontinuierlichen Reichtumstransfer organisieren und damit die Grundlage der imperialen Lebensweise sind.

(a) Handelspolitik

»Die EU-Afrika-Handelsbeziehungen zwischen 1957 und 2000«, so Margaret C. Lee (2009: 84°), »basierten auf neokolonialen Mustern als Ausdruck der ökonomisch-strukturellen Verbindungen, die sich als Resultat der Europäischen Invasion, der Sklaverei und der späteren kolonialen Herrschaft entwickelt hatten«. Die Ab-

3 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Die Rohstoffinitiative – Sicherung der Versorgung Europas mit den für Wachstum und Beschäftigung notwendigen Gütern v. 6.5.2010.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kommen regelten vertraglich, dass afrikanische Staaten auch weiterhin Rohmaterialen nach Europa exportieren und zugleich teure europäische Produkte importieren sollten – oft hergestellt aus ebenjenen Ressourcen, die zuvor nach Europa ausgeführt worden waren (ebd.). Als Ausgleich hierfür sahen die Verträge ›Entwicklungshilfe‹ vor sowie einen privilegierten Zugang zum europäischen Markt, allerdings nur für Produkte, die nicht mit einheimischen konkurrierten. Während Europa in der Nachkriegszeit durch Abschottung des gemeinsamen Marktes und eine subventionierte Agrarwirtschaft im Vergleich zu den USA eine nachholende Entwicklung erlebte (Ziltener 1999: 101ff.), verhinderten diese Abkommen die Industrialisierung und ökonomische Entwicklung der ehemaligen Kolonien.

Nach der formellen Dekolonisierung schlossen die EWG und die ehemaligen Kolonien 1963 und 1969 die *Yaoundé-Abkommen* (I und II). Diese stellten die noch während der Kolonialzeit getroffenen Regelungen für die damaligen Kolonien auf eine vertragliche Grundlage: den Zugang zum EWG-Markt zu privilegierten Zollbedingungen sowie zu Geldern aus dem Europäischen Entwicklungs-Fonds (Lee 1009: 85ff.). Mit dem Beitritt Großbritanniens zur EG 1973 und der Integration des britischen Commonwealth entstand zusammen mit den afrikanischen Staaten die Gruppe der AKP-Staaten (der afrikanischen, karibischen und pazifischen ehemaligen Kolonien), deren Verhältnis zur EG durch die *Lomé-Abkommen* geregelt wurde. Auch diese Serie von Abkommen bestand aus zwei Teilen: zum einen aus privilegierten Handelsvereinbarungen als Ausnahme von den Regeln des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) und zum anderen aus finanziellen und technischen Unterstützungsverpflichtungen für Afrika. Zur Überraschung der EU gelang es den postkolonialen Staaten, gemeinsam als ein Block in den Verhandlungen aufzutreten. Dies verbesserte ihre Verhandlungsposition und führte zu der Ausnahme von der Meistbegünstigungsregelung des GATT-Abkommens[4] (Flint 2009: 81). Doch auch durch Lomé »blieben die EU-Afrika-Handelsbeziehungen die selben, sie führten den Export von Rohmaterialien in die EU und den Import von weiterverarbeiteten Produkten aus der EU fort. In der Praxis schreckte die EU die afrikanischen Staaten durch den direkten Wettbewerb mit ihren eigenen Produkten von einer Industrialisierung ab.« (Lee 2009: 87°)

Und jede nachfolgende Verhandlungsrunde schwächte die Verhandlungsposition der AKP-Staaten. Die Schuldenkrise, der Rückgang der Rohstoffpreise und das Ende des Kalten Krieges ließen sie schließlich erodieren (Flint 2009: 82). Gemessen an den eigenen Zielen können die Abkommen letztlich als gescheitert gelten: So sanken die Exporte in die EU zwischen 1978 und 2002 von 7 auf 3 Prozent. Mit der Durchsetzung neoliberaler Politiken in Form von Lomé III ab 1985 gab die EU den Anspruch einer gleichberechtigten Partnerschaft auf und fügte immer neue Bedin-

4 Diese Klausel besagt, dass Begünstigungen eines Handelspartners auch allen anderen gewährt werden müssen (Art. I Abs. 1 GATT).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gungen für die wenigen Privilegien ein. Mit Lomé IV wurden im Jahr 1991 diese Konditionalitäten der Strukturanpassungsprogramme schließlich noch erhöht: Gelder aus den Fonds wurden nicht mehr ausgezahlt, da die gewünschten ökonomischen Reformen keine Erfolge zeigten (Lee 2009: 87). Der Grund für dieses Scheitern der Lomé-Abkommen lag zum einen in der Erfolglosigkeit der ›Entwicklungspolitik‹ (dazu weiter unten) und zum anderen im zunehmenden Bedeutungsverlust der AKP-Staaten nach dem Ende des Kalten Krieges: Sie waren jetzt nur noch ein Länderblock unter anderen. Hinzu kam die Ablösung des bloß vertraglichen GATT-Abkommens durch die Institutionalisierung der Welthandelsorganisation (WTO) im Rahmen der Transnationalisierung. Die Ausnahmeregelungen, die Privilegierungen der AKP-Staaten, gerieten unter den Druck des Weltmarktes. Die EU beschloss, dass jedes zukünftige Abkommen mit den WTO-Regeln übereinstimmen müsse (Flint 2009: 838).

Insofern erhielt das darauf folgende, am 23. Juni 2000 unterzeichnete *Cotonou-Abkommen* (2000–2020) eine völlig veränderte Gestalt: Es beinhaltete keinerlei Privilegierungen der AKP-Staaten mehr und verlangte darüber hinaus die Organisation in regionalen Blöcken, mit denen die EU dann sogenannte »Economic Partnership Agreements« (EPAs) vereinbarte (Lee 2009: 88). Das Cotonou-Abkommen stellte also den Übergang von einseitigen Präferenzen für die schwächeren Vertragspartner zu einem reziproken Freihandelssystem ökonomisch sehr unterschiedlich mächtiger Vertragspartner dar. Die entwicklungspolitische ehemals verbindliche und rechtlich abgesicherte Mittelzuweisung wurde flexibilisiert und ›leistungsabhängig‹ gemacht und die WTO-Kompatibilität wurde zum Grundprinzip der handelspolitischen Vereinbarungen.

Auf der Grundlage des Cotonou-Abkommens versucht die EU derzeit, die Handelsbeziehungen über die EPAs neu auszuhandeln. Dabei stellt sie Forderungen, welche selbst noch über die WTO-Ziele hinausgehen: »Nicht nur beim Handel mit Gütern, sondern auch bei Dienstleistungen, Investitionsbedingungen und geistigen Eigentumsrechten, beim öffentlichen Auftragswesen und der Wettbewerbspolitik fordert die Union Liberalisierungsschritte« (Speckmann 2013: 60). Nicht zuletzt aufgrund sozialer Proteste haben sich die afrikanischen Regierungen bisher geweigert EPAs abzuschließen. Sie willigten lediglich in Interimsabkommen ein, die ausschließlich die Handelsgüter betreffen. Die EU droht daher nun mit der Streichung von ›Entwicklungsgeldern‹ (ebd.: 60f.). Inzwischen hat sich also in der Handelspolitik das asymmetrische Verhältnis in der Weise zugespitzt,

»dass die im ersten Lomé-Abkommen gemachten Zugeständnisse an die ehemaligen Kolonien passé sind, dass die EU ihre Agenda weitestgehend durchsetzen konnte, und die AKP-Staaten allein für das Aufrechterhalten einiger Vergünstigungen in einer Übergangsphase vor ihrem gänzlichen Auslaufen weitreichende Verpflichtungen und Bedingungen akzeptieren mussten – eine gleichberechtigte Partnerschaft sieht sicher anders aus.« (Ziai 2007: 234)

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Margaret C. Lee (2009: 92) weist auf eine weitere offensichtliche neokoloniale Kontinuität des Abkommens hin: auf die erneute Aufteilung des afrikanischen Kontinents, dieses Mal in regulierbare Regionen. Damit konnte die letzte Verhandlungsmacht, die Organisierung als einheitlicher Block, gebrochen werden. Zudem unterminiert das Cotonou-Abkommen die regionale ökonomische Integration Afrikas. »Die Strategie der Aufteilung Afrikas in Verhandlungsgruppen [...] verstärkt das Erbe der kolonialen ökonomischen Beziehungen« (ebd.: 95°). Denn sie läuft darauf hinaus, bestehende regionale ökonomische Organisationen zu zerstören und die kollektive Verhandlungsmacht zu schwächen (ebd.: 102f.).

Zu den Konditionalitäten des Cotonou-Abkommens gehört – und dies wirft bereits ein erstes Schlaglicht auf die Grenzpolitiken – mit Art. 13 auch eine gegenseitige Rückübernahmeverpflichtung für die jeweiligen Staatsbürger*innen. Diese Norm ist daher die Grundlage für die dann folgenden bilateralen Rücknahmeabkommen, die z.B. Spanien seit 2000 mit verschiedenen afrikanischen Staaten abschloss (Roig/Huddleston 2007: 371). In dieser Verknüpfung entwicklungspolitischer, handelspolitischer und sicherheitspolitischer Maßnahmen (Ziai 2007: 235) ist das Abkommen ein Element des Sicherheitsdispositivs des ›Migrationsmanagements‹.

Als Ergebnis dieser Handelspolitik exportieren europäische Unternehmen massiv subventionierte Agrarprodukte nach Afrika und zerstören damit die lokalen Märkte. So überschwemmte etwa billig importiertes Geflügel aus der EU den Markt in Ghana, sodass die lokale Nachfrage nach lokal produziertem Geflügel zusammenbrach und die ökonomische Stabilität von über 400.000 Farmer*innen gefährdete. Deren Marktanteil in Ghana sank von 95 Prozent in 1992 auf 11 Prozent im Jahr 2001 (Lee 2009: 99f.). Nicht anders erging es den Erzeuger*innen von Zucker, Getreide und Fleisch. Im Molkerei-Sektor kam es Mitte der 1990er Jahre, innerhalb von nur 18 Monaten, zu einer Übernahme von zwei Dritteln der südafrikanischen Milchverarbeitungsunternehmen durch große europäische Konzerne. Dies illustriere, so Godison (2007: 150°), die »ökonomische ›Rekolonisierung‹ Afrikas«.

(b) Fischerei-Abkommen

Eine parallele Entwicklung zeigt sich in der Fischerei-Politik, einer weiteren zentralen ökonomischen Verbindungslinie zwischen der EU und Afrika. Die imperiale Lebensweise des globalen Nordens lässt sich exemplarisch am Konsum von Fischen aufzeige: So haben der intensive Konsum und die nicht nachhaltige Fischzucht in Europa zu einer Überfischung der europäischen Gewässer geführt, sodass die EU inzwischen 60 Prozent ihres Fischbedarfs importieren muss (Standing 2009: 324). Nach dem Seerechtsübereinkommen (SRÜ) verfügen die Küstenstaaten über die Verantwortung für das Küstenmeer in einem Radius von 200 Meilen. Ausländische Flotten müssen daher vertraglich Fischfang-Lizenzen mit den Küstenstaaten

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vereinbaren, wenn sie in deren Gewässern fischen wollen (ebd.: 325). Inzwischen gibt es 18 bilaterale Abkommen dieser Art zwischen der EU und afrikanischen Staaten, wonach die EU eine Pauschale in Höhe von 10 bis 12 Prozent des Marktpreises des erwarteten Fanges im Tausch gegen Fischfanglizenzen für europäische Fischerei-Flotten bezahlt. Letztere wiederum kaufen bei der EU diese Lizenzen, die meisten davon spanische Fischfangflotten. Seit 2000 sind auch diese Abkommen, ähnlich wie die Handelsabkommen, der neuen gouvernementalen Rationalität folgend, durch sogenannte »Fisheries Partnership Agreements (FPAs)« ersetzt worden, die zusätzlich zu den Lizenzen Fonds für sektorale Reformen beinhalten (ebd.: 327).

Das im Juli 2012 ratifizierte Abkommen zwischen der EU und Mauretanien stellt dabei mit der Festlegung von jährlichen Lizenzzahlungen in Höhe von 113 Millionen Euro den teuersten Fischereivertrag der Welt dar. Europäische Schiffe erhielten darüber Zugang zu den mauretanischen Territorialgewässern und wurden zur direkten Konkurrenz der lokalen Kleinfischer*innen. Die Jahresobergrenze von 307.400 Tonnen kann von den mauretanischen Exekutiven nicht kontrolliert werden, weil ihnen dafür die notwendigen technischen und logistischen Mittel fehlen. Die Lizenzgebühr stellt inzwischen die zentrale Einkommensquelle der postkolonialen Staatsapparatur dar, die seit dem Staatsstreich vom 6. August 2008 von General Mohamed Abdel Aziz geleitet wird. Die Hälfte der mauretanischen Bevölkerung lebt hingegen weiterhin unterhalb der Armutsgrenze (Mora 2013: 6f.).

Lizenzen sind nicht der einzige Zugang zu den afrikanischen Gewässern: Daneben besteht die Möglichkeit von Joint Ventures oder Flaggentransfers, über welche ausländische Unternehmen sich lokal registrieren lassen und so die strikteren Regelungen umgehen können. Auch hier verhindern die geringen Kapazitäten der afrikanischen Staatsapparate eine effektive Überwachung, sodass zahlreiche Berichte über illegales Fischen vorliegen (Standing 2009: 329), das nur selten strafrechtlich verfolgt wird. Wenn sich afrikanische Staaten also weigern, Lizenzverträge mit der EU abzuschließen, wie dies etwa der Senegal, Mauritius und Angola getan haben, dann ist damit zu rechnen, dass die europäischen Schiffe unter der Flagge etwa des Senegal fahren (Mora 2013: 7). Wenn zudem die Staatsapparatur vollkommen zusammengebrochen ist, wie in Somalia, fischen europäische Fangflotten im Zweifel ohne Lizenzen. Die europäischen Schiffe fangen in einer Nacht so viele Fische, wie die somalischen Fischer*innen in einem Jahr.

»Die Welternährungsorganisation FAO schätzt, dass vor Somalias Küste 800 ausländische Schiffe Fisch im Wert von 300 bis 450 Millionen Dollar pro Jahr fangen [...]. Die sogenannte Übergangsregierung hat keine Chance, das zu unterbinden. Sie verfügt lediglich über einen Jahreshaushalt von 100 Millionen Dollar und über keine Marine, die entlang der 3.300 Kilometer langen Küste des Landes über die Einhaltung der Gesetze wachen könnte.« (Ebd.)

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dies ist einer der Gründe für die Entstehung der Piraterie vor Somalia. Viele ehemalige Fischer*innen haben ihren bisherigen Beruf aufgeben, um ihren Lebensunterhalt durch Piraterie zu sichern. Inzwischen gibt es fünf Piratenorganisationen mit insgesamt 1.000 Mitgliedern (ebd.). Die illegale Fischerei zu verhindern, ist zwar eines der zentralen Ziele der sektoralen Reformen unter den FPAs, ebenso wie der Anspruch der EU, eine nachhaltige Fischereipolitik zu betreiben. Doch eine tatsächliche Umsetzung wird von führenden Biolog*innen bestritten, zumal keine wissenschaftliche Tiefenuntersuchung der Situation der Meere in den Fischfanggebieten durchgeführt wird (Standing 2009: 332). Besonders problematisch ist, dass so gut wie alle industriellen Fischfangmethoden – im Unterschied zu denjenigen der lokalen Fischer*innen – einen enormen nichtintendierten Beifang von Fischen und Meeresflora mit sich bringen. So sind die europäischen Praktiken in Afrika die schädlichsten in der ganzen Welt (ebd.: 335) und stehen im Übrigen in deutlichem Kontrast zu den wesentlich strengeren Vorgaben für den Fischfang in den europäischen Gewässern (ebd.: 337).

Die naheliegende Vermutung, dass die afrikanischen Gesellschaften immerhin durch die Kompensationszahlungen für die Ausbeutung ihrer Meere entschädigt würden, lässt sich nicht bestätigen. Denn auch wenn diese Zahlungen für einige Länder, wie z.B. Mauretanien, einen substantiellen Beitrag zum Einkommen des Staatshaushaltes darstellen, so dient dieses Geld letztlich fast ausschließlich der Aufrechterhaltung des Fischereibetriebes (z.B. der Überwachung und Abwicklung) und wird nicht in die Nationalökonomie eingespeist, führt also zu keiner ökonomischen Entwicklung (ebd.: 341). Der größte ökonomische Vorteil des europäischen Fischfangs für die Länder Afrikas besteht in den potenziellen Arbeitsplatzzuwächsen und dem Mehrwert, den afrikanische Fischverarbeitungsunternehmen erzielen könnten. Aber nur in wenigen Ländern kommt es tatsächlich zu einer solchen Weiterverarbeitung – und dann unter Arbeitsbedingungen, die von der jeweiligen einheimischen Bevölkerung mehrheitlich abgelehnt werden, sodass mehr als 50 Prozent der Arbeitskräfte Migrant*innen sind. In den meisten Staaten fehlt es jedoch an den industriellen Voraussetzungen zur Weiterverarbeitung. So werden nur etwa 12 Prozent des in den Gewässern Mauretaniens gefangenen Fisches innerhalb des Landes weiterverarbeitet. Die Fabriken innerhalb der EU hingegen haben aufgrund von Subventionen erhebliche Vorteile (ebd.: 344).

Letztendlich hat die Überfischung der afrikanischen Meere durch europäische, chinesische und amerikanische Trawler massive Auswirkungen auf die Ernährung der afrikanischen Bevölkerung. So sind die Bestände der wichtigsten Speisefischarten in den letzten 20 Jahren um 75 Prozent geschrumpft, wodurch eine Versorgungskrise ausgelöst wurde (Mora 2013: 7). Insbesondere in Westafrika sind die lokalen nährstoffreichen Fische Grundnahrungsmittel. »Die Hälfte des tierischen Eiweißes, das die Bewohner von Ländern wie [...] Gambia, Senegal, Somalia oder Sierra Leone verzehren, stammt von Fischen. Speziell in Afrika boten Fisch und

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Meerestiere bei Dürreperioden immer wieder eine Nahrungsalternative « (ebd.: 1). Durch die abnehmenden Fangmengen sind die Einwohner*innen gezwungen, auf andere, teurere Proteinquellen wie Fleisch umzusteigen, was wiederum zur Abholzung von Wäldern führt. Die Bewohner*innen des globalen Nordens hingegen, die angesichts zahlreicher Alternativen gar keinen Fisch benötigen, verzehren 80 Prozent der gefangenen Fische (ebd.: 6). Der massive Arbeitsplatzverlust der lokalen Fischer*innen allerdings führt, wie wir noch sehen werden, wieder wie ein Bumerang in die EU zurück – in dem Moment nämlich, wenn diese ehemaligen Fischer*innen sich selbst als Bootskundige oder ihre Boote, ihre *cayucos* und *pateras*, für die illegalisierte Reise nach Europa zur Verfügung stellen.

(c) Entwicklungspolitik

Die Entwicklungspolitik der EU in Bezug auf Afrika ist, so Aram Ziai (2007: 52), hervorgegangen aus einer spezifischen historischen Situation, in der die antikolonialen Befreiungskämpfe, die realsozialistische Systemalternative und die Diskreditierung des kolonialen Rassismus nach der Shoah eine strategische Neuformulierung der Nord-Süd-Beziehungen erforderlich machten. Ökonomisch beförderte sie zudem, wie bereits dargestellt, die Integration der wichtigsten Rohstofflieferanten im Süden in den Weltmarkt. Die daran beteiligten »unzähligen Projekte, Banken und Kreditinstitutionen; Ministerien und Ämter, wissenschaftliche[n] Institute, Disziplinen und Studiengänge, Regierungs- und Nicht-Regierungs-Organisationen, Programme der Vereinten Nationen, Gipfelkonferenzen, Kongresse, Fortbildung, usw.« (ebd.: 53) bilden gemeinsam das Entwicklungsdispositiv, das auf diese Weise zur dominanten Repräsentation und institutionellen Praxis wurde, welche die Beziehungen zwischen dem globalen Norden und Süden strukturierte (Kapoor 2008: XV). ›Entwicklungshilfe‹ wurde eng mit der Handelspolitik verschränkt. Auf diese Weise konnte die bestehende internationale Arbeitsteilung, in der die einen Rohstoffe und die anderen Fertigwaren und Industriegüter exportieren, aufrechterhalten bleiben. Während es allerdings Lateinamerika (durch Strategien der Importsubstitution) und Südostasien (durch exportorientierte Industrialisierungsprozesse) später gelang, ihre Stellung innerhalb der Arbeitsteilung zu verschieben, konnte sich Afrika aus diesen Strukturen nicht befreien (Ziai 2007: 57).

Darüber hinaus leitete der hegemoniale Entwicklungsdiskurs die soziale Ungleichheit zwischen dem globalen Norden und Süden allein aus den sozialökonomischen Prozessen im jeweiligen Land selbst her und blendete die internationalen Beziehungen aus, sodass die asymmetrischen Machverhältnisse als Ursachen der internationalen Ungleichheit nicht thematisiert werden können (ebd.: 58). Dieser entpolitisierende Effekt hatte die Invisibilisierungstechnologie der Grenze als institutionelle Voraussetzung und knüpfte zugleich an die Grundstruktur des Kolonialdiskurses an: an die Zweiteilung der Welt in einen fortgeschrittenen, überlegenen Teil und einen zurückgebliebenen Teil, wobei die Norm für ›Entwicklung‹ sich am glo-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

balen Norden ausrichtete (ebd.: 38ff.). Selbstmotivierung, Unternehmertum und Investitionen etwa wurden Traditionalität und sozioökonomischer ›Zurückgebliebenheit‹ entgegengesetzt (Kapoor 2008: 19f.).

Die neoliberale Transformation dieses Entwicklungsdispositivs in der Phase der Strukturanpassungsprogramme verschob den Diskurs einer zweigeteilten Welt in ›entwickelte‹ und ›unterentwickelte‹ Staaten schließlich hin zum Erfordernis einer radikalen Wettbewerbsfähigkeit, dem sich alle Staaten gleichermaßen zu stellen haben. Anstelle staatlicher Eingriffe in den Marktmechanismus sollten auch in der Entwicklungspolitik das ›freie Spiel der Marktkräfte‹ und eine bedingungslose Weltmarkt- und Exportorientierung Fortschritt und Wohlstand bringen (ebd.: 75). In der neuen unipolaren Weltordnung büßten die meisten peripheren Länder ihre geopolitische Bedeutung ein, was sich in den Budgets der Entwicklungszusammenarbeit in den neunziger Jahren niederschlug. »Die geopolitische Bedeutungslosigkeit weiter Teile der Dritten Welt erlaubt es den Staaten der Ersten Welt, die kontinuierliche Kritik von Menschenrechtsorganisationen an der Zusammenarbeit mit Diktaturen unter dem Schlagwort Good Governance in den Entwicklungsdiskurs zu integrieren« (Ziai 2007: 79). Das Scheitern der Entwicklungspolitik bzw. ihres erklärten Ziels, Massenarmut zu verhindern, wurde einseitig in den schwachen Institutionen und korrupten Regierungen der Südländer verortet; ›Demokratie‹ und ›Rechtsstaatlichkeit‹ wurden somit zu neuen Konditionalitäten für Entwicklungsgelder.

»Der Wechsel von den früher in Strukturanpassungsprogrammen auferlegten Konditionalitäten hin zur neuen Disziplin der Good Governance in den 1980er Jahren«, so Randeria (2006: 233), »hat zu einem nie da gewesenen Ausmaß an Überwachung und Kontrolle sowie einer aufdringlichen Intervention in die Souveränität der verschuldeten Staaten geführt. Es gibt kaum einen Politikbereich, in dem die Bretton-Woods-Institutionen keinen Einfluss auf die Regierungen der Schuldnerstaaten nehmen [...]. Mit der Liberalisierung des Handels als Schlüsselbedingung für Kredite in den letzten zehn Jahren sind WTO, IWF und Weltbank zu neuen allmächtigen Institutionen der Transnationalisierung des Rechts avanciert.«

Die EU wiederum integrierte diese Maßnahmen in die ›Partnerschaftsvereinbarungen‹ (EPAs) des Cotonou-Abkommens. Die ausgewiesenen Ziele lauteten:

»erstens: Armutsreduktion durch verbesserte ökonomische und Handelskooperation, Entwicklungshilfe und politischen Dialog; zweitens: Institutionalisierung demokratischer Prinzipien; drittens: Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte; viertens: Good Governance, inklusive größerer Teilhabe nicht-staatlicher Akteure; fünftens: effizientere Projektkooperation; sechstens: stärkere friedensschaffende Anstrengungen; siebtens: Konfliktverhinderung und –lösung sowie achtens: Unterstützung der regionalen Integration« (Lee 2009: 89°).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In Bezug auf die europäische Rohstoffpolitik bedeutet dies, angesichts der großen Rohstoffvorkommen in Afrika, die EU-Entwicklungspolitik »auf diskriminierungsfreien Zugang der EU zu Rohstoffen auszurichten« (KOM, Rohstoffinitiative (2008) 699/2: 8). Konkret versteht die Kommission darunter die »verantwortungsvolle Staatsführung, Transparenz bei der Vergabe von Abbaulizenzen und der Verwendung der Einnahmen aus der Rohstoffförderung, gleiche Bedingungen für alle Unternehmen, Zugang zu Finanzmitteln, gerechte Besteuerung und eine solide Entwicklung« (ebd.). Entwicklungspolitik soll also das entscheidende Mittel zur »Förderung eines günstigen Investitionsklimas zur Erhöhung des Rohstoffangebots« werden, sprich zur »Entwicklung eines klaren rechtlichen und administrativen Rahmens, indem sie hinwirkt auf Zugang zu Rohstoffen für alle Unternehmen und Länder zu gleichen Bedingungen« (ebd.: 9).

(d) Demographischer Kolonialismus

Ein letztes, für die imperiale Lebensweise und deren Migrationspolitik entscheidendes Element ist schließlich die »Rekrutierung der qualifizierten menschlichen Ressourcen Afrikas« (Southall 2009: 20). Empirische Studien haben gezeigt, dass die meisten Migrant*innen, denen die Reise in den globalen Norden gelingt, über eine relativ bedeutsame Basis von finanziellen, materiellen, sozialen und Bildungsressourcen verfügen. Migration ist als eine Reaktion eher auf relative, denn auf absolute Armut zu begreifen (Marcelino/Farahi 2011: 889):

»Im Allgemeinen gesagt, erscheint Migration überwiegend jung und männlich, meistens urban, mit zumindest einer Grundbildung und in vielen Fällen Zugang zu zumindest einem gewissen Kapital. Da sich die Kosten für die Migrationsroute in Richtung Norden vervielfältigen, wird es für die Ärmsten der Armen so gut wie unmöglich, diese Reise zu unternehmen. Die Klassenherkunft scheint demgemäß die Ausreise der unteren Schichten zu begrenzen«, so Marcelino und Farahi (2011: 890°).

Aber nicht nur das: ganz offensichtlich spielt das Geschlecht ebenfalls eine Rolle. Denn die Ärmsten der Armen sind weltweit vor allem Frauen. Große Bevölkerungsgruppen sind gar nicht in der Lage zu fliehen, »zu ihnen gehören sogar die meisten Gruppen von Ureinwohnern außerhalb ›Euramerikas‹«, nämlich »diejenigen, die seit mehr als 30.000 Jahren am selben Ort geblieben sind« (Spivak 2009: 20). Den Raum des kolonialen Subjekts charakterisiere gerade das Abgeschnittensein von jeglichen Möglichkeiten zur Mobilität – vertikal und horizontal (Castro Varela/Dhawan 2005: 130). Seitdem sich seit Ende der 1990er Jahre die Haushaltsarbeit weltweit zum größten Arbeitsmarkt entwickelt hat, ist es allerdings zu einer »Feminisierung der Migration« gekommen (Lutz 2008: 11), was sich unter anderem darin zeigt, dass der Anteil der Migrantinnen weltweit gestiegen ist (Lutz 2005: 66).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Im Rahmen der internationalen Arbeitsteilung kommt es gerade durch die Handels-, Rohstoff- und Entwicklungspolitiken zu Verwerfungen, die einen kontinuierlichen Zufluss der mobilsten und qualifiziertesten Arbeitskräfte des globalen Südens zur Folge haben. Darüber sichert diese Arbeitsteilung »der ›Ersten Welt‹ nach wie vor Wohlstand auf Kosten der ›Dritten Welt‹, deren Arbeitskräfte und Ressourcen« sie sich bedient (Castro Varela/Dhawan 2009: 317). Xiang Biao (2008) bezeichnet diese Rekrutierung von Arbeitskräften für die europäischen und US-amerikanischen Produktions-, Dienstleistungs-, Care- und Sexindustrien treffend als »global body shopping«. Dieses ist der Kernbereich des neoliberalen ›Migrationsmanagements‹.

Doch das ist nur der offensichtlichste biopolitische Zusammenhang im Verhältnis von Afrika und Europa. Die koloniale Kontinuität hingegen bleibt in dieser auf die Gegenwart bezogenen Perspektive verborgen. So kritisieren Hansen und Jonsson (2011: 262) gängige wissenschaftliche Analysen der europäischen Migration für das fehlende Bewusstsein der Auswirkungen des Kolonialismus auf die gegenwärtige Migrationspolitik in Form einer Entwicklung, die sie »demographischen Kolonialismus« nennen (ebd.: 275°). Denn in historischer Perspektive beinhalteten so gut wie alle Visionen einer europäischen Integration die Inkorporation des kolonialen Afrikas in das europäische Projekt und verbanden dies mit Plänen der Steuerung der interkontinentalen Migration. »Das heißt, die europäische Integration war unauflöslich verbunden mit einem *eurafrikanischen* Projekt« (ebd.: 263°).

Nach dem Ersten Weltkrieg wurde Afrika nicht nur als Lieferant für natürliche Ressourcen und Energie angesehen, sondern auch als Lösung der demographischen Probleme Europas, das im demographischen Diskurs dieser Zeit als ›überbevölkert‹ galt (ebd.: 269). Diese ersten Blaupausen dienten nach dem Zweiten Weltkrieg als Referenzrahmen für diverse Institutionen der europäischen Integration. Institutionen wie die heutige Internationale Organisation für Migration (IOM) wurden Anfang der 1950er Jahre nicht nur wegen des kriegsbedingten massiven Flüchtlingsproblems gegründet, sondern ebenso – und das ist in Vergessenheit geraten –, »um die Überseemigration von 3 bis 5 Millionen Europäern zu unterstützen, die in demographischen Analysen als ›überflüssig‹ angesehen wurden [...]. Dass Europa überbevölkert und Migration nach Afrika die Lösung sei, war das Dogma der europäischen Sozialwissenschaften der frühen 1950er Jahre« und das Credo der europäischen Politik (ebd.: 271°). Zugleich gab es eine tiefverwurzelte Selbstverständlichkeit, dass die Einwanderung einer größeren Zahl Afrikaner*innen nach Europa verhindert werden müsse:

»Die Anwesenheit von Afrikanern in Europa erschien als Absurdität. Auf dieser Ebene lässt sich eine bemerkenswerte Kontinuität des eurafrikanischen Projekts entdecken, von seinen Anfängen bis heute: Es gibt immer Bewegungsfreiheit, Handlungsfähigkeit und Antriebskraft, aber nur aus einer Richtung. [...] Heute, wie 60 Jahre zuvor, herrschen demographische

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Projektionen vor, wenn es darum geht, Argumente zugunsten für diese oder jene Migrationspolitik zu benennen« (ebd.: 273°).

In den heutigen ›Partnerschaftsprogrammen‹ zwischen der EU und Afrika kehren bestimmte Aspekte dieser vergessen Geschichte zurück. Afrika erscheint als »Sicherheitsventil, das Europas biopolitische Stabilität sichert« (ebd.: 274°).

6.2 DER POLITISCHE KONTEXT: OUTSOURCING UND OFFSHORING

In einem mehr als 20 Jahre dauernden Prozess entwickelte sich das südliche spanische Grenzgebiet zur europäischen Grenze – »politisch, technisch und mental« (Zapata-Barrero/De Witte 2007: 88°). Im nächsten Schritt werde ich die spanische Grenzpolitik exemplarisch für die europäische Praxis in der Zone IV stratifizierter Rechte – dem Bereich illegalisierter Migration – untersuchen.

Mit dem Beitritt Spaniens zur EWG 1986 und zum Schengen-Regime 1991 veränderte sich die spanische Migrations- und Grenzpolitik. Sie internationalisierte und europäisierte sich allmählich, sowohl durch die Umsetzung europäischer Richtlinien als auch durch die wachsende Kollaboration mit Herkunfts- und Transitstaaten. Gleichzeitig modernisierte sich das spanische Grenzregime durch Externalisierung, Versicherheitlichung und Technologisierung (López-Sala 2009: 33ff.). Der Durchbruch dieser Politiken gelang mit der Regierungsübernahme der spanischen Sozialdemokratie (Partido Socialista Obrero Español, PSOE) im Jahr 2004. Die PSOE-Regierung implementierte das Sicherheitsdispositiv des ›gestión de flujos migratorios‹ geradezu idealtypisch (Pinyol 2009: 277; Zapata-Barrero/Zaragoza/Aragall 2009: 59). Anders als die konservative Vorgänger-Regierung der Partido Popular (PP) gelang es ihr, die nordafrikanischen Regierungen in das Grenzregime einzubinden, vor allem durch materielle Zugeständnisse in Form von ›Entwicklungshilfe‹. Das spanische ›Migrationsmanagement‹ zeichnet sich durch eine Kombination von Menschenrechtsrhetorik, ›Entwicklungshilfe‹ und einer aufgerüsteten Grenzkontrolle aus. Diese Verbindung von Kontrolle und Zugeständnissen wurde zum neuen Paradigma (Zapata-Barrero/De Witte 2007: 88). In nur zwei Jahren verdreifachte sich das ›Entwicklungshilfebudget‹ für bestimmte Länder Afrikas bis auf 600 Millionen Euro im Jahr 2006 (Adepoju/van Noorloos/Zoomers 2010: 63). Diese Gelder waren allerdings zum großen Teil für Maßnahmen der Migrationskontrolle in Nordafrika bestimmt: für den Ausbau migrationsbezogener Institutionen, die Entwicklung einer eigenen Migrationspolitik, Informationskampagnen etc. (ebd.). Während die Rhetorik eine der Offenheit, der Entwicklung und der Kooperation war, basierte die praktische Implementation »auf einer eurozentrischen Perspektive,

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die das Grenzmanagement und die Kontrolle illegaler Migrationsflüsse privilegiert« (Aubarell/Zapata-Barrero/Aragall 2009: 11°). Durch diese spezifische Kombination unterschied sich die spanische Grenzpolitik von derjenigen Italiens und Griechenlands. Sie erschien professionell, menschenrechtlich orientiert, effektiv und geriet nicht in die Kritik internationaler Organisationen.[5]

Die Europäisierung der spanischen Grenzkontrolle wurde auch durch das Engagement Spaniens für einen gesamteuropäischen Ansatz vorangetrieben, wonach die spanischen Grenzen zu Afrika zugleich europäische sind (Zapata-Barrero/De Witte 2007: 89). Die Vizepräsidentin Maria Teresa de la Vega reiste während der ›Krise der Kanaren‹ mehrfach nach Brüssel und skandalisierte die europäische Zurückhaltung. Die Konsequenz war der erste Einsatz der neu gegründeten europäischen Grenzschutzagentur Frontex an der Seegrenze vor den Kanaren im Jahr 2006 (»Joint Operation Hera«). Der damalige italienische EU-Kommissar für Inneres und Justiz, Franco Frattini, dem ebenfalls an einer Europäisierung der Grenzkontrolle gelegen war, unterstützte de la Vega: Der Frontex-Einsatz in Spanien sei »im Interesse ganz Europas« und zugleich »der erste Schritt hin zu einer gemeinsamen [Migrations-]Politik« (El Mundo v. 24.5.2006°). Hinzu kam, dass die spanische Arbeitsmigrationspolitik auf kontinuierlichen Regularisierungen und Kontingentierungen basierte, die der oft unregulierten Einreise periodisch folgten. Darüber wurden Arbeitskräfte in eine durch einen hohen Grad an informeller Beschäftigung gekennzeichnete Ökonomie kanalisiert (Castles 2006: 754f.). Dass durch diese Regularisierungen hunderttausende von illegalisierten Migrant*innen einen legalen Aufenthaltsstatus in Spanien und damit auch in der restlichen EU erhielten (Kreienbrink 2004: 248ff.), übte Druck auf die anderen Regierungen aus. Auf dem informellen Treffen der Staatschefs im finnischen Tampere im September 2006 geriet die spanische Regierung deswegen in die Kritik der Regierungen Österreichs, der Niederlande, Deutschlands und Frankreichs (Zapata-Barrero/De Witte 2007: 89f.).

Wie sieht nun die konkrete spanische Grenzpolitik aus? Im Folgenden werde ich die beiden Techniken des ›Migrationsmanagements‹ nachzeichnen, die ich mit Gammeltoft-Hansen (2011: 2) als »Outsourcing« und »Offshoring« bezeichne. Im Vergleich zum allgemeineren Begriff der »Externalisierung«, der sich in der Migrationsforschung etabliert hat (vgl. etwa Aubarell/Zapata-Barrero/Aragall 2009; Lavenex 2006: 334ff.), halte ich diese Begriffe für präziser. Denn sie lassen sich als konkrete raum-zeitliche Strategien ausweisen, das heißt als Techniken des *neoliberalen* Sicherheitsdispositives. Sie entstammen dem ökonomischen Diskurs und beschreiben ursprünglich Strategien transnationaler Unternehmen, eigene Kosten zu

5 So erklärten etwa spanische Mitarbeiter*innen des UNHCR, angesichts der Schwierigkeiten, vor welche die spanische Bürokratie gestellt war, hätte diese einen »guten Job« gemacht (Expert*innen-Interview am 11.2.2011, Madrid).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

senken und rechtlichen Beschränkungen auszuweichen: in Form von Auslandsverlagerung (Offshoring) sowie durch die Auslagerung von Unternehmensaufgaben an Drittunternehmen (Outsourcing). Es handelt sich also um strategische Praxen der sozialräumlichen Neuausrichtung mit dem Ziel, bestehende Kräftekonstellationen zu umgehen und Profitmargen zu erweitern. Übertragen auf die Grenzpolitiken bedeutet demnach *Offshoring* die weitgehende Verlagerung der spanischen Grenzkontrolle in die Küstengewässer und Grenzgebiete Nord- und Westafrikas oder auf die Hohe See, während *Outsourcing* für die Übertragung dieser Politiken – bzw. ihrer Umsetzung – an die afrikanischen Regierungen steht.

6.2.1 Outsourcing nach Nord- und Westafrika

Die Verschiebung der Migrationsrouten auf dem Weg zum spanischen und damit europäischen Territorium in den letzten beiden Jahrzehnten verdeutlicht, was sich hinter dem harmlos klingenden Begriff des ›Migrationsmanagements‹ verbirgt: Anfang der 1990er Jahre verliefen die beiden zentralen Reiserouten der illegalisierten Migration nach Europa über die Straße von Otranto (zwischen Italien und Albanien) sowie über die Straße von Gibraltar zwischen dem südspanischen Tarifa und der britischen Kronkolonie Gibraltar einerseits sowie dem marokkanischen Tanger und der spanischen Exklave Ceuta andererseits. Schon seit den 1960er Jahren waren irreguläre Migrationsrouten in der Straße von Gibraltar üblich gewesen. Durch Spaniens EG- und Schengenbeitritt 1986 und 1991 wurde diese allerdings zu einem Migrations-Hotspot. Das Erreichen eines europäischen Mitgliedsstaates bedeutete fortan nämlich den Eintritt in das europäische Rechtsregime. Die beiden Meerengen stellten dabei die kürzesten Routen über das Mittelmeer dar (Lutterbeck 2006: 61). Tarifa und Tanger sind gerade einmal 14 km voneinander entfernt. Eine Überfahrt war noch in den kleinen Fischerbooten (*pateras*) möglich, was allerdings nicht bedeutete, dass diese Überfahrt ungefährlich war. Im Gegenteil, aufgrund der starken Strömungen und dem hohen Aufkommen von großen Schiffen war die Überfahrt besonders gefährlich (Carling 2007: 22), weswegen die Straße von Gibraltar auch als »estrecho del muerte« (Straße des Todes) bekannt war. Der erste publik gewordene Unfall ereignete sich im November 1988, als 19 Marokkaner*innen bei der Überfahrt ertranken (ebd.). Bis zum Schengenbeitritt Spaniens konnten marokkanische Staatsbürger*innen noch visumfrei einreisen, doch die Schengenregeln erforderten die Abschaffung der bisherigen Visa-Abkommen (Kreienbrink 2004: 192ff.). In der Folge verzehnfachten sich die abgefangenen Boote auf dem Mittelmeer zwischen 1996 und 2003 auf mehr als 18.000 (Lutterbeck 2006: 62).

Daraufhin verlagerten sich die Migrationsbewegungen auf Routen nach Málaga, Almería und Granada. Nun war schon eine Distanz von 100 Kilometern zu überbrücken (Ceriani et al. 2009: 6). 2004 kamen dort drei Viertel aller Bootsmig-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rant*innen an (Carling 2007: 22). Ein Jahr später waren es dann die an marokkanisches Territorium angrenzenden spanischen Exklaven Ceuta und Melilla an der nordafrikanischen Küste, die von Migrant*innen aus der Subsahara angesteuert wurden (Ceriani et al. 2009: 6). Die beiden Exklaven gehören seit Jahrhunderten als Küstenstützpunkte zu Spanien, Ceuta seit 1668, Melilla seit 1497. In den Unabhängigkeitsbewegungen in der Mitte des letzten Jahrhunderts konnte sich Marokko vom französischen und spanischen Protektorat befreien, nicht aber diese beiden Städte. In Spanien sind die beiden Exklaven als Orte einer möglichen Invasion konnotiert: »Nationale Sicherheit! Marokko wird einmarschieren!«[6] Dieser postkoloniale Anachronismus wurde nun durch das europäische Grenzregime überformt und nahm die Gestalt von zwei europäischen Migrationsknotenpunkten auf dem afrikanischen Kontinent an. Die Konstruktion, dass sie bereits europäisches Territorium darstellen, führte schon seit 1992 zu einer verbreiteten Migrationspraxis nach Ceuta und Melilla. Allerdings gehören beide nicht zum Schengen-Raum. Die Aufnahmelager in den Städten waren bereits Ende der 1990er überfüllt, und im Jahr 2000 wurde mit dem Bau elektrisch gesicherter Grenzzäune rund um die gesamten Städte begonnen. Die EU und Spanien gaben dafür 60 Millionen Euro aus (Lutterbeck 2011: 134), worin pointiert zum Ausdruck kommt, dass die Grenze Europas durch Afrika verläuft.

2005, als die anderen Migrationsrouten über das Meer immer komplizierter wurden, entschieden sich jene Migrant*innen, die seit zwei Jahren auf eine Überfahrt nach Europa wartend in den Wäldern um die Exklaven herum gelebt hatten, die Grenzzäune in einer kollektiven Aktion zu überwinden. Die Medien berichteten von einem »Ansturm von Tausenden von Menschen« (Financial Times Deutschland v. 11.10.2005). An einigen Orten gelang es Hunderten, die Zäune zu zerstören oder sie zu überwinden. Mehr als zwölf Menschen starben allerdings bei diesem Versuch, da die marokkanische Sicherheitspolizei das Feuer auf sie eröffnete (Carling 2007: 23). Danach begann Marokko mit einer Massenabschiebung in die Westsahara. Migrant*innen, die beim Versuch des Eindringens in die Exklaven gescheitert waren und sich in die Wälder zurückgezogen hatten, wurden in Bussen nach Laayoune, der Hauptstadt der Westsahara verbracht, die Marokko seit 30 Jahren besetzt hält. Die Westsahara ist militärisches Sperrgebiet. Mitarbeiter*innen der Médicos del Mundo hatten zudem eine Gruppe von mehr als tausend Afrikaner*innen ohne Wasser und Nahrung in der Wüste bei Marokkos östlicher Grenze zu Algerien entdeckt (Financial Times Deutschland v. 11.10.2005). Seither werden die in den Wäldern Aufgegriffenen immer wieder in das Grenzgebiet Algeriens deportiert: in ein Niemandsland unweit der Grenzstadt Oujda (Heck 2010: 47). Insgesamt ist es in den 1990er Jahren mehr als einer Millionen Migrant*innen gelungen, ihren Rechts-

6 So eine Mitarbeiterin der Defensora del Pueblo, Expert*innen-Interview am 14.2.2011, Madrid.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

status durch die Einreise in die Exklaven zu regularisieren (Carling 2007: 23f.). Nach dem Vorfall im Herbst 2005 wurden die Zäune militärisch aufgerüstet. »Sie sind nun sechs Meter hoch, mit NATO-Draht versehen, und alle 40 Meter steht ein Wachturm. Dazwischen sind Richtmikrofone, Scheinwerfer und Anlagen zum Einsatz von Tränengas angebracht« (Heck 2010: 49). Inzwischen ist es fast unmöglich geworden, den Zaun zu überwinden. Stattdessen hat sich eine neue Methode entwickelt: das Hereinschwimmen über das Meer nach Ceuta. »Mit Neoprenanzug und im Schlepptau eines guten Schwimmers gelangen die Immigrant*innen in die Stadt« (ebd.).

Nachdem Ceuta und Melilla beinahe unerreichbar wurden, verlagerte sich die Migrationsbewegung erneut: dieses Mal auf die Kanarischen Inseln im Jahr 2006. Aus dieser Zeit stammen die berüchtigten massenmedialen Bilder von Menschenmengen elender Gestalten aus Afrika, die an den Urlaubsstränden ankamen. Bereits Ende der 1990er Jahre waren auch die Kanaren als Ziel für zumeist marokkanische Arbeiter*innen attraktiv geworden, die sich in der Westsahara startend auf diese 120 Kilometer lange, 20 Stunden dauernde Reise begeben hatten (Ceriani et al. 2009: 6). Das erste Boot erreichte die Kanaren 1994. Dort besaß bis 1999 die Guardia Civil nur ein einziges Patrouillenboot (Carling 2007: 24). Auch wenn die Reise länger dauert als über die Straße von Gibraltar, so ist zumindest das Meer an dieser Stelle ungefährlicher (ebd.: 25).

Mit der spanisch-marokkanischen Grenz-›Kooperation‹ seit dem Jahr 2003 (s.u.) wurde jedoch auch dieses Ziel von Marokko aus unzugänglicher. So kam es ab Januar 2006 erneut zu einer Verlagerung. Neue Ausgangspunkte für die Reise auf die Kanaren wurden nun Mauretanien, der Senegal, Gambia oder die Kap Verden – also Orte, die bis zu 800 Kilometer entfernt liegen (Ceriani et al. 2009: 6).

> »In den Atlantik-Häfen von Nouadhibou (Mauretanien) und Dakar (Senegal) startend wurden diese Überfahrten in größeren Fischerbooten (*cayucos*) unternommen und dauerten mehr als eine Woche. Die Anzahl der *cayucos* erreichte im August 2006 ein Rekordniveau, als 4.722 Migranten auf den Inseln ankamen. Zwischen Januar und Dezember 2006 erreichten ca. 31.000 undokumentierte Migranten, hauptsächlich aus dem subsaharischen Afrika, die Kanarischen Inseln mit Booten [...]. Einige tausend Menschen sind schätzungsweise ertrunken« (Zapata-Barrero/De Witte 2007: 87°).

Wie ich weiter unten zeigen werde, reagierte die spanische Grenzpolitik hierauf mit einer erneuten grenzpolizeilichen Aufrüstung. Dies war zugleich die Geburtsstunde der europäischen Grenzschutzagentur Frontex. Die grenzpolizeilichen Reaktionen auf die ›Krise der Kanaren‹ hatten schließlich einen »Verlagerungseffekt« hin zum zentralen Mittelmeer zur Folge, insbesondere zur Route Libyen-Italien bzw. Libyen-Malta (Lutterbeck 2011: 131). Mit dieser Verlagerung kam es auch zu einer Verschiebung der Konflikte, die im Jahr 2009 ihren Höhepunkt mit der gemeinsa-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

men Rückschiebepraxis von Italien und Libyen erreichten (dazu ausführlich in Abschnitt 6.3.3). Dies bewirkte wiederum den nächsten Verlagerungseffekt: hin zur Grenze Griechenland/Türkei. Deutlich wird dabei, dass nicht nur die staatlichen Politiken auf die Migrationsbewegungen reagieren, sondern dass zugleich auch die migrantischen Netzwerke in Afrika einigermaßen auf dem neusten Stand der schnell wechselnden Migrationspolitiken sind (Marcelino/Farahi 2011: 888f.). Im Folgenden werde ich nun zeigen, wie diese Verlagerung durch den massiven Ausbau von Grenzpolitiken vorangetrieben wurde.

(a) Rückführungsabkommen

Die formale Grundlage für die Einbindung von Drittstaaten in das Grenzregime der EU sind Rückführungsabkommen mit den Ländern des globalen Südens. Ohne diese Abkommen lässt sich die Abschiebung der illegalisierten Migrant*innen selten bewerkstelligen, da sich die Herkunfts- und Transitstaaten schlicht weigern, diese zurückzunehmen. Es kam also aus Sicht der EU-Staaten zunächst darauf an, deren Zustimmung zu erhalten – und daher waren die Abkommen »unter strategischen Gesichtspunkten« entscheidend (Europäische Kommission 2011b: 2).

Nach der herrschenden Meinung im Völkerrecht sind sie *de jure* überflüssig. Denn danach gibt es bereits im Völkergewohnheitsrecht die Pflicht, die Rückführungen zu erlauben. Aus Art. 13 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 wird aus dem Recht, in sein Land zurückzukehren, im Umkehrschluss hergeleitet, dass daraus auch die Verpflichtung eines Staates folgt, dies in jedem Fall zu gestatten. Diese Rechtsauffassung bleibt insofern obskur, als die staatliche Verpflichtung zur Rücknahme aus dem individuellen Recht der einzelnen Migrantin hergeleitet wird, auch wenn diese zwangsweise und gerade nicht freiwillig zurückkehrt. Die Rückführungsabkommen jedenfalls begründen daher diese Verpflichtung gerade nicht, sondern ermöglichen vielmehr nur den Umsetzungsprozess (Roig/Huddleston 2007: 364), insbesondere dadurch, dass sie Gegenleistungen vereinbaren.

Bisher dominieren nationale Rückführungsabkommen, da aufgrund des Beharrungsvermögens der nationalen repressiven Staatsapparate die Europäisierung der Rückführungsabkommen nur ganz allmählich vorankommt. So stehen die bilateralen Abkommen Spaniens in Konkurrenz zu dem Versuch der EU-Kommission, europäische Rückführungsabkommen zu schließen. Als mit dem Vertrag von Amsterdam die Kommission ermächtigt wurde, derartige Abkommen zu verhandeln, war bereits die Kompetenzfrage umstritten: Die Kommission beanspruchte eine exklusive Kompetenz, wohingegen die Mitgliedsstaaten und der Rat Art. 63 Abs. 3 b) EG als Ausdruck geteilter Kompetenzen interpretierten. Damit setzten sie sich 1999 letztlich durch (Cassarino 2010: 16). Seitdem verhandeln die Mitgliedsstaaten parallel zur Kommission – und zwar wesentlich erfolgreicher als letztere – Rückführungsabkommen aus. Der Lissabon-Vertrag hat daran nichts geändert, sondern die-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

se Regelungen nur noch eindeutiger formuliert. Danach ergibt sich – *parallel* zu den mitgliedsstaatlichen Kompetenzen – die EU-Kompetenz zum Abschluss von Rücknahmeabkommen aus Art. 79 (3) i.V.m. Art. 218 (6a) AEUV.

Obwohl die Kommission durchaus Abkommen etwa mit osteuropäischen Nachbarstaaten – und Beitrittsinteressenten – verhandelt hat, befindet sich unter den zwölf bisher abgeschlossenen Abkommen *kein einziges* mit einem afrikanischen Staat. Mit Marokko etwa verhandelt sie seit September 2000 (Europäische Kommission 2011a). In einer 2011 veröffentlichten Evaluation wird deutlich, worauf das zurückzuführen ist: In der Planung war man davon ausgegangen, dass der gemeinsame ökonomische, diplomatische und politische Druck der EU-Mitgliedsstaaten einen »Mehrwert« gegenüber einzelstaatlichen Versuchen darstellen würde und die Abkommen schneller und effizienter abgeschlossen werden könnten (Roig/Huddleston 2007: 364). In der Realität allerdings verfügte die EU kaum über materielle Zugeständnisse, die sie im Ausgleich für die in den Ländern unpopulären und zudem teuren Maßnahmen anzubieten hätte. Die afrikanischen Staaten fordern vor allem Visaerleichterungen für ihre Staatsbürger*innen in der EU, nicht zuletzt, um so die ökonomisch wichtigen Rücküberweisungen zu fördern, die in ihrer Summe zumeist wesentlich höher sind als die ›Entwicklungshilfe‹. Obwohl die Kommission diesen Forderungen nachkommen wollte, verweigerten sich dem die Mitgliedsstaaten mehrheitlich, weil sie einen »Anstieg der irregulären Zuwanderung aus diesen Ländern« befürchteten (Europäische Kommission 2011b: 7). Neben den Visaerleichterungen werden unmittelbare finanzielle Zugeständnisse verlangt. »Eine solche Unterstützung könnte sehr wirksam sein, wenn die gebotene Summe hoch genug ist und zusätzlich zu Geldern gezahlt wird, die im Rahmen von EU-Programmen für bestimmte Regionen bereits geplant oder zugesagt wurden«, gibt die Kommission zu bedenken (ebd.: 9). Doch sie verfügt nur über ein sehr begrenztes Budget für diese Maßnahmen. So verwundere es nicht, »dass diese Angebote von den Verhandlungspartnern oft als unzureichend eingestuft werden. [...] Was wir brauchen, ist ein grundlegendes Umdenken bei den EU-Rückübernahmeabkommen, insbesondere was die Anreize anbelangt« (ebd.: 8). Und genau das boykottieren die nördlichen Mitgliedsstaaten, weswegen auch in Zukunft europäische Rückführungsabkommen mit afrikanischen Ländern eher die Ausnahme bleiben dürften.

Ein weiterer Grund für die Komplikationen bei der Schaffung europäischer Rückführungsabkommen stellen die vorgesehenen Drittstaatenklausen dar. Die afrikanischen Staaten weigern sich, diese Verpflichtung zur Rücknahme von Bürger*innen anderer Staaten in die Abkommen aufzunehmen, da sie die Verantwortung für diese nicht übernehmen wollen. Die Kommission (2011b: 10) kommt in ihrer Evaluation zu dem Ergebnis, dass ohne diese Klauseln »bestimmte laufende Verhandlungen bereits abgeschlossen« sein könnten, darunter diejenigen mit Marokko. Sie schlägt deshalb vor, sich zukünftig weniger auf diese Klausel für die

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Transitländer zu kaprizieren und dafür verstärkt Abkommen mit den Herkunftsländern zu schließen (ebd.). NGOs und Menschenrechtsexpert*innen lehnen die Drittstaatenklauseln grundlegend ab. Nach dem Völkerrecht seien sie rechtswidrig, da die Vertragsparteien überhaupt nicht ermächtigt seien, solche Rückübernahmeklauseln auszuhandeln, da sie nicht über die Rechte dieser potenziellen Migrant*innen verfügen können; nach der oben geschilderten Rechtskonstruktion haben sie lediglich die Kompetenz *ihre* Staatsangehörigen zurückzunehmen (migreurop 2011: 3).

Spanien, und das macht seine Bedeutung im europäischen Grenzregime aus, gelang es hingegen durch die strategische Neuausrichtung seit dem Regierungsantritt der PSOE, mit allen relevanten Herkunfts- und Transitländern Rückführungsabkommen abzuschließen – mit Marokko und Mauretanien sogar inklusive einer Drittstaatsangehörigen-Klausel, allerdings stammt der entsprechende Art. 1 des marokkanischen Abkommens schon aus dem Jahr 1992. Dabei gibt es im Wesentlichen zwei unterschiedliche Typen von Rückführungsabkommen, welche die verschiedenen Etappen spanischer Politik widerspiegeln – und daher auch »Abkommen der ersten« und der »zweiten Generation« genannt werden: einfache Rückführungsabkommen (*acuerdos de readmisión de personas en situación irregular*) und sogenannte Rahmenverträge der Kooperation auf dem Gebiet der Migration (*acuerdos marco de cooperación en materia de inmigración*), die eine spezifische Verbindung von ›Entwicklungspolitik‹ und Grenzschutz organisieren.

Die einfachen Rückübernahmeabkommen bestehen mit Marokko, Algerien, Mauretanien und Guinea-Bissau.[7] Diese Abkommen gehen – mit Ausnahme desjenigen mit Marokko – auf das Ratstreffen in Sevilla 2002 zurück (Asín Cabrera 2008: 167), bei welchem die EU-Staaten, auch aufgrund der Intervention Spaniens, beschlossen hatten, dass sie zukünftig systematisch Rückführungsabkommen in ihre Kooperationen einbringen wollen (Schlussfolgerungen des Rates der EU vom 21. und 22.6.2002: Abs. 33). Spanien setzte diese Beschlüsse mustergültig um. Die Abkommen der ersten Generation, insbesondere dasjenige mit Marokko, »zeichnen sich durch die Abwesenheit einer in den Texten inkorporierten Bezugnahme auf die

7 Acuerdo entre el Reino de Espana y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente (B.O.E. no 100 de 25/04/1992 y Corección de Erratas, B.O.E. no. 130, de 30/05/1992); el Protocolo entre el Gobierno de Espana y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre circulación de personas, hecho en Argel el 31 de julio de 2002 (B.O.E. no 37 de 12/2/2004); Acuerdo entre el Reino de Espana y la República de Guinea-Bissau en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 (B.O.E. no 74 de 27/03/2003) (wurde wohl 2008 in ein Abkommen zweiter Generation umgewandelt, s.u.); Acuerdo entre el Reino de Espana y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 (B.O.E. no 185 de 04/08/2003).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Menschenrechtsverpflichtungen aus« (Asín Cabrera 2008: 182°). Dies sei »einer der besorgniserregendsten Aspekte der Verträge«, gerade angesichts von Vorgängen wie jener illegalen Massenabschiebungen im Jahr 2005 nach dem Ansturm auf die Exklaven Ceuta und Melilla (ebd.). Das Protokoll mit Algerien von 2002 lässt hingegen eine Veränderung erkennen: So bekennt es sich in Art. 8 zum strikten Respekt der Vereinbarungen auf dem Gebiet des Schutzes der Menschenrechte und hält explizit fest, dass dieses Protokoll nicht die Verpflichtungen aus internationalen Verträgen beeinträchtigt. Damit ist es »das erste unterzeichnete internationale Instrument mit einem afrikanischen Staat, das eine solche Vorschrift enthält« (ebd.: 183).

Ab dem migrationspolitisch prägenden Jahr 2006 mit den Ankünften auf den Kanarischen Inseln schloss Spanien dann die Rückführungsabkommen der zweiten Generation mit Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Mali, Niger und den Kap Verden.[8] Sie unterscheiden sich von denjenigen der ersten Generation durch die Verknüpfung von ›Entwicklungs-‹ und Migrationspolitik (Pinyol 2009: 279). Das heißt, sie enthalten neben Rückführungsklauseln auch Normen über die Aufnahme von Arbeitskräften, Integration von Ansässigen und ein Kapitel über Migration und Entwicklung. Dazu heißt es in Art. 7.1 des Abkommens mit Gambia:

»In dem Bewusstsein, dass das Phänomen der Migration unter anderen Faktoren mit dem Ausbleiben sozioökonomischer Perspektiven in den Herkunftsländern verbunden ist, unternehmen Spanien und die spanische Gesellschaft Anstrengungen, um zur Entwicklung in der Republik Gambia beizutragen«°.

8 Aplicación provisional del Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho ad referendum en Banjul el 9 de octubre de 2006 (B.O.E. no. 310 de 28/12/2006); Aplicatión provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho ad referéndum en Conakry el 9 de octubre de 2006 (B.O.E. no 26, de 30/01/2007 y Corrección de Erratas, B.O.E. no 80, de 3.4.2007); Acuerdo de marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007, BOE núm. 135/2008, de 4 de Junio de 2008; Acuerdo Marco de cooperacion en materia de inmigracion entre el Reino de España y la Republica de Cabo Verde, hecho ad referendum en Madrid el 20 de marzo de 2007 (B.O.E. no. 39, de 14/02/2008); Aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, hecho ad referendum en Bissau el 27 de enero de 2008 y Canje de Notas de fechas 11 de julio y 29 de septiembre de 2008, efectuando rectificaciones (B.O.E. no. 134 de 3.6.2009); (B.O.E. no. 160 de 3.7.2008).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Anders als die nördlichen Mitgliedsstaaten der EU hatte die spanische Regierung die Rolle von materiellen Zugeständnissen verstanden und diese geschickt im eigenen Interesse einzusetzen gewusst. So wurden durch diese ›Entwicklungshilfe‹ in den jeweiligen Vertragsstaaten vor allem die Einführung nationaler Migrationspolitiken und -institutionen oder Informationskampagnen über Migrations- und Anwerbungspläne finanziert. Ausgangspunkt für die neuen Abkommen war der »Plan África«,[9] eine Art Aktionsprogramm für die neue »kooperative« Migrationspolitik. Dieser enthält nicht zuletzt Regelungen für die Absicherung des Zugangs zu energetischen Ressourcen und Erleichterungen von Investitionen für europäisches Kapital. Er stellt durch die Kombination der Elemente Rückführung, Anwerbung und Entwicklung die spanische Wende zum ›Migrationsmanagement‹ dar, eine »Reorientierung der spanischen Migrationspolitik in Bezug auf das subsaharische Afrika« (Asín Cabrera 2008: 171°).

Schließlich gibt es noch eine andere Kategorie von Rückführungsabkommen, die rechtsstaatlich besonders problematisch ist: informelle Abkommen. Es werden in einem solche Falle »Memoranda of Understanding (MoU)« (*Memorandos de entendimiento*) ausgetauscht (Cassarino 2007: 185), das heißt Absichtserklärungen, welche die Eckpunkte eines noch abzuschließenden Vertrages festlegen. Sie werden oft durch Sicherheitsapparate jenseits der verfassungsmäßig notwendigen parlamentarischen Autorisierung ausgehandelt (Asín Cabrera 2008: 173) und haben als solche noch keine rechtlichen Bindungswirkungen. Oft aber kommt es wegen des letztlichen Scheiterns von Verhandlungen zu keinen rechtlichen Abkommen und die MoU bilden faktisch die Basis für migrationskontrollpolitische Maßnahmen, etwa im Fall der im nächsten Abschnitt dargestellten Rückführungen in den Senegal (MoU vom 24.8.2006, Asín Cabrera 2008: 173).

Die ›Vorteile‹ dieser Abkommen für die beteiligten Staaten bestehen gerade in ihrer geringen öffentlichen Sichtbarkeit. Denn in den Herkunftsstaaten sind Rückführungsfragen unpopulär, und die Regierungen wollen »das negative Bild eines Vasallen der herrschenden europäischen Mächte verhindern« (Cassarino 2007: 189°). Die fehlende Transparenz aufgrund der Informalität bedeutet, dass die Abkommen nicht von Parlamenten kontrolliert werden und dass keinerlei bedeutsame Menschenrechtsgarantien in ihnen enthalten sind. Auf diese Weise sichern sich die Regierungen die Zusammenarbeit mit diversen Institutionen wie etwa den Geheimdiensten und privaten Sicherheitsgesellschaften, jenseits aller Kontrollen (Adepoju/van Noorloos/Zoomers 2010: 46). Da sie auch nicht im Amtsblatt veröffentlicht werden, erfährt die Öffentlichkeit von ihnen nur über die Presse – wenn überhaupt (Asín Cabrera 2008: 173; Cassarino 2007: 185). In einer Studie für das Europäische Parlament forderte Jean-Pierre Cassarino daher von der Kommission

9 Der aktuelle Plan (2009-2012) ist zu finden unter http://www.casafrica.es/casafrica/Inicio/PlanAfrica2009-2012.pdf (letzter Zugriff am 1.7.2013).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Erstellung eines Inventars aller – auch informellen – bilateralen Abkommen der Mitgliedsstaaten (Cassarino 2010). Völkerrechtler*innen gehen davon aus, dass diese Abkommen, um rechtsgültig zu sein, ein Minimum formeller und materieller Anforderungen erfüllen müssen: Über ihre Veröffentlichung hinaus müssen sie einer parlamentarischen Überprüfung zugänglich sein und zudem rechtliche Bestimmungen zum Schutz von Flüchtlingen enthalten, inklusive Verfahren zur Bestimmung von Asylsuchenden und anderweitig Schutzbedürftigen. Und schließlich sollten sie, um diesen Schutz auch tatsächlich sicherzustellen, durch internationale Organisationen wie den UNHCR überprüft werden können (Goodwin-Gill 2011: 456).

(b) Konflikte bei der Umsetzung der Rückführungsabkommen

Schaut man sich nun die einzelnen Abkommen, ihre Entstehungsgeschichte und ihre Implementation an, so wird deutlich, dass sie in einem durchaus widersprüchlichen Prozess zustande kamen. Keinesfalls ließen sich die afrikanischen Regierungen widerspruchslos in das europäische Grenzregime integrieren. So fand der Durchbruch in den Rückübernahmeverhandlungen Spaniens erst auf dem Höhepunkt der ›Krise der Kanaren‹ statt, insbesondere durch die Umsetzung der Doppelstrategie des »Plan África«: Rückführungen gegen ›Entwicklungshilfe‹. Das heißt allerdings nicht, dass dies Vertragsverhandlungen unter Gleichen waren. Spanien übte großen Druck aus. Madrid werde nicht zulassen, dass der Ansturm von Migrant*innen auf die Inseln anhalte und die Ursprungsländer die Rückführungsabkommen weiter ignorierten, warnte im September 2006 die Vizeregierungschefin de la Vega: »Wir werden hart durchgreifen.« (Stuttgarter Nachrichten v. 5.9.2006)

Das Rückführungsabkommen mit Marokko[10] geht als einziges schon auf das Jahr 1992 zurück und es ist das erste, welches Spanien mit einem afrikanischen Staat abgeschlossen hat. Aber bereits dieses Abkommen war dem Beitritt Spaniens zur Europäischen Union und zum Schengenraum geschuldet. Denn bis dahin hatte Spanien den ehemaligen Kolonien Lateinamerikas und den Staaten des Maghrebs Visumsfreiheit gewährt. Der Beitritt zum Schengen-Abkommen erforderte aber die Übernahme der gemeinsamen Liste visumspflichtiger Staaten, darunter auch Marokko (Kreienbrink 2004: 192). Als Kompensation für den neuen Visumszwang hatte Spanien am 4. Juli 1991 den »Vertrag über Freundschaft, gute Nachbarschaft und Kooperation« mit Marokko abgeschlossen. Darin verpflichteten sich beide Seiten, »für angemessene Konditionen bei Niederlassung der jeweils anderen Staatsbürger im eigenen Land zu sorgen, was de facto vor allem Marokko zugute kam« (ebd.: 217). Das Rückführungsabkommen (»Abkommen über Personenverkehr, Transit und Rücknahme illegal eingereister Ausländer«) war eine Folge dieses

10 Acuerdo entre el Reino de Espana y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente (B.O.E. no 100 de 25/04/1992 y Corección de Erratas, B.O.E. no. 130, de 30/05/1992).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Freundschaftsvertrages. So hob es einerseits begrenzt die Visumspflicht für Marokkaner*innen auf, die in einem anderen Mitgliedsstaat der EG eine Aufenthaltsberechtigung besaßen (Art. 12), und normierte dafür im Gegenzug die Rücknahme der über marokkanisches Territorium nach Spanien gelangten Migrant*innen, die vor allem aus dem subsaharischen Afrika stammten (ebd.). Dadurch erklärt sich auch der Umstand, dass Marokko der erste afrikanische Staat war, mit dem Spanien ein Rückführungsabkommen abgeschlossen hatte, das die Rückführung der Staatsbürger*innen des Vertragsstaates selbst nicht vorsieht (Asín Cabrera 2007: 177). Grund hierfür war, dass zu diesem Zeitpunkt diese Migrationsroute noch nicht als signifikant bewertet wurde (Cassarino 2007: 184). Allerdings verweigerte Marokko auch die Rücknahme derjenigen, die über die Exklaven Ceuta und Melilla eingereist waren, da es letztere nach wie vor als besetzte Territorien ansah und die Rücknahme aus den Städten eine de facto Anerkennung der spanischen Hoheit bedeutet hätte. In dem Rücknahmeabkommen verpflichtete sich die Regierung Marokkos jedoch zusätzlich, die Küste strikter zu kontrollieren, um das Ablegen von *pateras* zu unterbinden. Allerdings nutzte Marokko, als »listiger Staat« im Sinne Randerias, die Frage der Intensität dieser Kontrollen immer wieder als Druckmittel bei späteren Verhandlungen mit der EU etwa über den Fischfang oder die Freihandelsabkommen (Kreienbrik 2004: 218; Cassarino 2007: 184).

Doch auch die Umsetzung der Rückführungspolitik in den folgenden Jahren verlief keineswegs reibungslos. Die konservative Aznar-Regierung Spaniens warf Marokko immer wieder einen zu laxen Umgang mit der klandestinen Migration vor. Zwar begann Marokko 1996 mit der Rücknahme seiner Staatsbürger*innen, obwohl es dafür ja keine vertragliche Grundlage gab, doch trotz der Drittstaatenklausel wurde die Rücknahme subsaharischer Transitmigrant*innen weiterhin verweigert (Wolff 2008: 261). Denn das Abkommen verlangt in Art. 2 den effektiven Nachweis, dass die Migrant*innen tatsächlich über Marokko nach Spanien eingereist sind. Zudem muss die Rückführungsanfrage gem. Art. 1 Abs. 2 innerhalb von 10 Tagen nach der Einreise gestellt werden. Insofern war das Abkommen von Anfang an kompliziert und nicht praktikabel (Asín Cabrera 2007: 178). Daher ist diese Regelung zwischen den Vertragsparteien bis heute umstritten und wurde niemals vollständig implementiert. Marokko berief sich immer wieder darauf, dass die Migrant*innen gar nicht über das marokkanische Territorium, sondern über Algerien eingereist seien (Cassarino 2007: 183). Die bei Vertragsschluss noch nicht absehbaren Kosten dieser Rückführungen waren neben diplomatischen Spannungen mit der Regierung José Maria Aznars der wesentliche Grund für dieses Vorgehen Marokkos (ebd.: 184).

Im Jahr 2003 begannen dann die Verhandlungen über ein EU-Rückführungsabkommen, die jedoch an denselben Schwierigkeiten scheiterten. Und obwohl die spanische Regierung noch vor einem weiteren Anlauf, dem ersten EU-Marokko-Gipfel im März 2010, Druck auf die marokkanische Regierung zum

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Abschluss eines solchen Abkommens ausübte, scheiterten die Verhandlungen erneut vor allem an der Frage einer Drittstaatsangehörigen-Klausel (Rachidi 2009: 5). Dazu beigetragen hatte außerdem die Weigerung der EU, der Forderung Marokkos nach Kanälen für die legale Migration nach Europa nachzukommen (Roig/ Huddleston 2007: 377). In der Evaluation der Kommission von 2011 heißt es dazu: »Die Verhandlungsrichtlinien wurden 2000 erteilt, die erste Verhandlungsrunde fand 2003 statt, die Verhandlungen sind inzwischen in der 15. Runde, ohne dass sich in nächster Zukunft ein Abschluss abzeichnet.« (Europäische Kommission 2011b: 7)

Aber auch der Konflikt mit Spanien schwelte weiter und brach 2005 im Rahmen des Ansturms auf die beiden Exklaven erneut aus. Nur auf massiven Druck hin erklärte sich Marokko bereit, 73 Malier*innen zurückzunehmen, die über die Grenzanlagen nach Melilla gelangt waren, darunter auch Asylsuchende. Zeitungsberichten zufolge wurde die Rückführung auf der Basis einer persönlichen Botschaft des spanischen Königs an den König Marokkos verhandelt (Rachidi 2009: 5). Marokko hatte sich zuvor mit dem Senegal und Mali über die Rückführung ihrer Staatsangehörigen geeinigt und auf dieser Basis im Oktober 2005 erstmals 140 Senegales*innen nach Dakar ausgeflogen (Financial Times Deutschland v. 11.10.2005). Auch im Spätsommer 2006 nahm Marokko auf Druck Spaniens erneut Migrant*innen zurück (Berliner Zeitung v. 21.9.2006).

Die Rückführungspolitik mit Mauretanien war hingegen einfacher durchzusetzen. Auch dieses Abkommen, obwohl es 2003 abgeschlossen worden war,[11] war noch eines der ersten Generation und enthielt, wie das marokkanische, eine Drittstaatenklausel. Es ist sogar das einzige Abkommen mit einem afrikanischen Land, das sowohl die Anfragen nach Rückführung von Staatsbürger*innen als auch von Drittstaatler*innen vorsieht, »was eine gewichtige Verhandlungsmacht der spanischen Regierung vermuten lässt« (Asín Cabrera 2007: 179°). Während der ›Krise auf den Kanaren‹ 2006 stellte es die zentrale vertragliche Grundlage für die massiven Rückführungen aus Spanien nach Mauretanien dar, einem der beiden zentralen Ausreiseländer auf die Kanaren (Lamazou 2008: 19).

In Art. IX Abs. 2 des Abkommens hatte Mauretanien sich sogar dazu verpflichtet, Drittstaatsangehörige zurückzunehmen, wenn *unterstellt* werden konnte, dass diese über das mauretanische Territorium nach Spanien eingereist sind. Spanien konnte also die Rückführung verlangen, ohne beweisen zu müssen, dass sie an der mauretanischen Küste ausgeschifft hatten. Dies war eine Lehre aus dem Abkommen mit Marokko. Wenn die mauretanische Regierung, und das tat sie häufig, diesen Annahmen dennoch widersprach, verlangte das Abkommen, dass Repräsentant*innen vor Ort auf den Kanaren eine Gegenuntersuchung vornahmen. »Die In-

11 Acuerdo entre el Reino de Espana y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 (B.O.E. no 185 de 04/08/2003).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vestitionskapazitäten der mauretanischen Behörden konnten jedoch nicht mit den Ressourcen der spanischen Behörden konkurrieren, die zudem von Frontex unterstützt wurden.« (Amnesty International 2008: 29°) Mauretanische Behörden stimmten oft unter dem Druck der spanischen Regierung der Rücknahme von Migrant*innen aus Drittstaaten zu, obwohl sie wussten, dass diese nicht über Mauretanien eingereist waren (ebd.). Das immer wieder von Militärputschen geprägte Mauretanien, das zudem eines der ärmsten Länder der Welt ist, ist derjenige afrikanische Küstenstaat, auf den Spanien den größten Einfluss hat.

Ganz anders verhält es sich wiederum mit dem Senegal. Mit diesem Staat hat die spanische Regierung bis heute kein formales Rückführungsabkommen abgeschlossen, sondern nur ein informelles »Memorandum of Understanding«. Dies war umso problematischer, als die Mehrheit der auf den Kanaren eintreffenden Migrant*innen aus dem Senegal stammte. Die Ankommenden hatten keine Papiere bei sich und weigerten sich, ihre Nationalität anzugeben. Im Senegal lag die Arbeitslosenquote zu diesem Zeitpunkt bei 40 Prozent, bei einer Bevölkerung, die zur Hälfte unter 18 Jahre alt war, sowie drei von elf Millionen Menschen, die außerhalb des Landes lebten, und 363 Millionen Pfund offizieller Remissionen überwiesen – 9 Prozent des Bruttoinlandproduktes (The Guardian v. 9.9.2006).

Auf der Grundlage der informellen Vereinbarung wurden im Mai 2006 in der Hochphase des Kanaren-Konflikts 700 Migrant*innen, die mit Booten die Inseln erreicht hatten, in den Senegal zurückgeführt. Doch dadurch sank die Popularität des sowieso unbeliebten Staatspräsidenten Abdoulaye Wade noch weiter (El País v. 31.5.2006). Bereits einen Tag später suspendierte die senegalesische Regierung die Absprache und weigerte sich, weitere Rückführungen zu akzeptieren. Denn die rückgeführten Migrant*innen hatten die schlechte Behandlung während der Rückführung skandalisiert (El País v. 1.6.2006). Der Senegal erklärte, dass er aufgrund der hohen Abhängigkeit von Rücküberweisungen durch seine in Europa aufhältigen Staatsbürger*innen nur dann zu weiteren Rückführungen bereit sei, wenn er von Spanien ökonomische Unterstützungen erhalte, etwa zur Modernisierung des Bewässerungssystems, um so zusätzliche Arbeitsplätze in der Landwirtschaft schaffen zu können (The International Herald Tribune v. 2.6.2006). Diesen Forderungen entsprach Spanien im August 2006, als der spanische Innenminister Pérez Rubalcaba nach Dakar zu einem Treffen mit seinem senegalesischen Kollegen reiste. Dabei übergab er ihm sowie diversen Oberkommandierenden des Senegal eine Verdienstmedaille für ihre Unterstützung gegen die klandestine Migration, zugleich wurden Pumpen gegen die Überschwemmungsschäden im Senegal ausgehändigt. Dies sei eine »Instrumentalisierung der spanischen Entwicklungshilfe in Nordafrika, wie sie seit dem Inkrafttreten des Plan África« im selben Jahr üblich sei, kommentierte dies die Menschenrechtsorganisation Associacíon Pro-Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) (Diario Cordoba v. 16.8.2009°).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Handelte es sich dabei noch eher um symbolische Politik, so kam es nur wenige Wochen später zu einem weiteren Treffen zwischen dem spanischen Staatssekretär Bernardino León mit Senegals Präsident Wade. Dabei vereinbarten sie die Rücknahme eines ersten Kontingentes von etwa tausend Senegales*innen, die von eigens aus Dakar angereisten Regierungsbeamten und Polizist*innen identifiziert worden waren. Als Gegenleistung – auch für die unten zu skizzierenden gemeinsamen Patrouillenfahrten – erhielt der Senegal nach Zeitungsberichten 20 Millionen Euro zum Ausbau der Landwirtschaft. Offiziell vereinbarten die beiden Regierungen darüber allerdings Stillschweigen (Die Welt v. 14.9.2006).

Darüber hinaus hatte Spanien gehofft, endlich ein formales Abkommen schließen zu können. Doch dies scheiterte erneut. Der senegalesische Außenminister Tidiane Gadio sagte seinem spanischen Amtskollegen Miguel Angel Moratinos bei einem Treffen in Dakar jedoch zu, dass der Senegal weiterhin bereit sei, Rückführungen zu akzeptieren. Das Abkommen solle aber zu einem späteren Zeitpunkt unterzeichnet werden. »Spanische Diplomaten erklärten den Aufschub [...] damit, dass der Senegal angesichts der Präsidentenwahl Anfang 2007 Zeit gewinnen wolle. Die Abschiebung von Flüchtlingen sei in der Öffentlichkeit auf Proteste gestoßen, sodass Präsident Abdoulaye Wade durch ein Rückführungsabkommen Stimmeinbußen befürchte.« (SDA Basisdienst v. 11.10.2006) Die Ablehnung erklärt sich aber auch aus der Verhandlungsstrategie des Senegals, mit der die Regierung bei jeder konkreten Rückführung erneut Zusagen von Gegenleistungen abringen kann.

Nur einen Tag zuvor hatte Moratinos auf seiner Afrikareise hingegen bereits erfolgreich Vereinbarungen über Rückführungsabkommen im Tausch gegen ›Entwicklungshilfe‹ mit Gambia und Guinea getroffen (ebd.). Mit beiden Ländern kamen auf diese Weise formale Rückführungsabkommen der zweiten Generation zustande.[12] Zum selben Zeitpunkt entstand auch das Rückführungsabkommen mit Mali. Zunächst wurden Anfang August in einer geheimen Aktion 160 Bootsflüchtlinge nach Mali ausgeflogen. »Die Regierung in Bamako hatte der Operation nur unter der Bedingung zugestimmt, dass nichts an die Öffentlichkeit dringt« (Berliner Morgenpost v. 16.8.2006). Über ein Rückführungsabkommen wurde zu diesem Zeitpunkt noch verhandelt. Ende September war es dann soweit: Mali unterzeichnete

12 Aplicación provisional del Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho ad referendum en Banjul el 9 de octubre de 2006 (B.O.E. no. 310 de 28/12/2006); Aplicatión provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho ad referéndum en Conakry el 9 de octubre de 2006 (B.O.E. no 26, de 30/01/2007 y Corrección de Erratas, B.O.E. no 80, de 3.4.2007).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das Abkommen der zweiten Generation[13] und erhielt im Ausgleich ›Entwicklungshilfe‹ von 426 Millionen Euro für den Zeitraum von 2008 bis 2013. Das Geld sollte im Wesentlichen in die Programme zur Armutsbekämpfung investiert werden, was auch den Rückgang der Migrationsbewegung zur Folge haben sollte (Adepoju/van Noorloos/Zoomers 2010: 91).

Spanien selbst erhielt finanzielle Unterstützung durch die EU für die Rückführungsmaßnahmen, so etwa erstmals 2008 in Höhe von 4,7 Millionen Euro aus dem »EU-Rückkehr-Fonds«, bei einem Eigenanteil von 20 Millionen Euro für die Kosten der Abschiebungen, das heißt für den Transport der Rückgeschobenen und die Reisekosten der sie begleitenden Grenzpolizisten. Darüber hinaus wurden Mittel für Seminare über ›Menschenschmuggel‹ bereitgestellt, die Spanien in den Kap Verden, Guinea-Bissau, Gambia, Nigeria und Ghana, Marokko, Mali und Guinea, Algerien, Mauretanien und dem Senegal anbot, sowie für Seminare über gefälschte Reisedokumente in Libyen. 2009 handelte es sich schon um weitere 5,9 Millionen Euro bei einem Eigenanteil Spaniens von 16,7 Millionen Euro. Dieses Mal waren darin auch 645.960 Euro für Programme zur ›freiwilligen Rückkehr‹ enthalten.[14]

Trotz der eindeutigen Vormacht und Dominanz der EU und Spaniens sind also weder die afrikanischen Staaten noch die Migrant*innen passive Objekte, denen die europäischen Interessen schlicht oktroyiert würden. Die Geschichte der Auseinandersetzungen um die Rückführungsabkommen zeigt deutlich sowohl den Unwillen, die Forderungen des postkolonialen Europas umzusetzen. Darüber hinaus verdeutlicht sie das strategische Geschick der afrikanischen Regierungen in den Verhandlungen sowie die Relevanz der jeweiligen lokalen Kräfteverhältnisse und des spezifischen postkolonialen Verhältnisses für die Verhandlungsposition.

Und auch die Bewegung der Migration ist kein bloßes »Steuerungsobjekt«, das sich seinem Schicksal passiv fügt. Bereits die immer wieder angepassten Reiserouten hatten die Findigkeit erkennen lassen, die diejenigen an den Tag legen, die unter den prekärsten Verhältnissen leben, aber sich ihre Utopie eines besseren Lebens nicht nehmen lassen. Neben eher individuellen alltäglichen Praxen der Grenzüberschreitung gibt es auch kollektive, wie etwa die Organisierung der Abgeschobenen in Mali:

»So gründeten sich in der Folge des Weltsozialforums im März 2006 in Bamako beispielsweise die *Association Retour, Travail et Dignité* (ARTD) als eine Repräsentation der Abge-

13 Acuerdo de marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007, BOE núm. 135/2008, de 4 de Junio de 2008,

14 Spanisches Innenministerium, Fondo Europeo para el Retorno – Programa Anual 2008 und 2009, http://www.mir.es/SES/DGIMS/Programa_Solidaridad/Fondo_Europeo_Retorno/Programa_Anual_2008/ und 2009 (letzter Zugriff jeweils am 21.7.2011).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schobenen von Ceuta und Melilla, oder auch die Association des Refoulés d'Afrique Centrale au Mali (ARACEM) als eine Interessenvertretung der mittlerweile zu Tausenden an der algerisch-malischen und mauretanisch-malischen Grenze ankommenden Abgeschobenen aus Zentralafrikanischen Ländern.« (Janicki/Böwing 2010: 129)

Von Bedeutung ist auch die Assoziation der Abgeschobenen (AME), die schon 1996 von Migrant*innen gegründet wurde, die aus Angola nach Mali zurückgeschobenen worden waren. Seitdem ist sie zu einem Refugium für alle Neuankommenden geworden. AME organisiert solidarisch Dienstleistungen wie Unterkünfte und psychologische oder juristische Hilfe durch Menschen, die mit den Abgeschobenen sympathisieren. Außerdem betreuen sie Rechtsfälle gegen die Abschiebevorgänge und engagieren sich gegen das Abschließen von Rückführungsabkommen (Africa News v. 28.12.2009).

(c) Abschaffung der regionalen Reisefreiheit

Mit den Rückübernahmeabkommen einher gingen die Einführung von migrationsrechtlichen Regelungen und Verschärfungen des Strafrechts, zu denen sich die afrikanischen Staaten ebenfalls verpflichteten. Das führte, wie sich an Mauretanien zeigen lässt, zu einer sukzessiven Einschränkung der Reisefreiheit innerhalb Afrikas: Die große Mehrheit der Migrant*innen, die Mauretanien durchqueren, sind Staatsbürger*innen der Westafrikanischen Wirtschaftsgemeinschaft ECOWAS,[15] da sie Mauretanien ohne Visum betreten können. Mauretanien ist zwar seit 1999 kein ECOWAS-Mitglied mehr, respektiert aber nach wie vor die Freizügigkeitsregelungen (Amnesty International 2008: 6) – im Gegensatz beispielsweise zu den Kap Verden, die im Jahr 2010 aus den Klauseln austraten, welche die Bewegungsfreiheit in den ECOWAS-Protokollen regeln (Marcelino/Farahi 2011: 903, Fn. 29). Auch mit Mali gibt es ein bilaterales Abkommen, wonach die Staatsangehörigen nur Identitätspapiere zur Grenzüberschreitung benötigen. Mauretanien war über die Jahrhunderte ein Aufnahme- und Migrationsland. Die Migrant*innen sind aus der Ökonomie des Landes nicht wegzudenken, sie arbeiten hauptsächlich in der Fischerei, auf dem Bau und in den Minen. Dies spiegelte sich auch im Migrationsrecht (Dekret 64.169 v. 1964 und Dekret 65.046 v. 1965) wieder, welches Aufenthalt und Niederlassung unterstützte (APDHA 2011: 44). Seit dem für das spanische Grenzregime prägenden Jahr 2006 hat sich allerdings vieles verändert: Zwei neue Gesetze modifizieren den Rechtsstatus der Migrant*innen in Mauretanien – im Ausgleich für Mittel aus dem Europäischen Entwicklungsfonds (ebd.: 45ff.).

15 Die zentralen ECOWAS-Dokumente der Reisefreiheit sind das »Protokoll A/P.1/5/79 zu Personenfreizügigkeit, Aufenthalt und Niederlassung (1979)« sowie diverse Ergänzungsprotokolle, unterzeichnet in 1985, 1986, 1989 und 1990.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Immer mehr Staaten werden gedrängt, ein Delikt einzuführen, das der Westen einst als Inbegriff des Unrechtsstaats geißelte: die Republikflucht. [...] In Nord- und Westafrika führt diese Politik bereits zu tiefgreifenden Verwerfungen. Sie zielt auf die Abschaffung regionaler Reisefreiheit, kriminalisiert jahrhundertealte Traditionen von Arbeitswanderung und schürt Spannungen zwischen Staaten.« (Wiedemann 2009: 12)

So haben etwa Algerien und Ägypten in ihrem Strafrecht das Delikt der illegalen Ausreise eingeführt (ebd.). Auch Marokko hat in der Folge der Abkommen mit Spanien verschärfte Regeln für Einreise und Aufenthalt geschaffen (Adepoju/van Noorloos/Zoomers 2010: 12). 2003 wurde dann Art. 50 des Marokkanischen Migrationsgesetzes (Law 02-03 v. 13.11.2003) normiert, der ebenfalls die ›illegale Ausreise‹ unter Strafe stellt (Strafmaß: Geldstrafe von umgerechnet 360 Euro oder ein bis sechs Monate Gefängnis). ›Illegal‹ ist die Ausreise ohne die notwendigen offiziellen Dokumente oder an nicht dafür vorgesehenen Grenzübergängen. Damit brach Marokko aufgrund europäischen Drucks mit »der aufnahmebereiten Tradition, die es über Jahrhunderte gepflegt hatte« (Ceriani et al. 2009: 31°). Darüber hinaus wurden Personen kriminalisiert, die Migrant*innen ohne Aufenthaltsgenehmigung aufnahmen oder ihnen bei der Durchreise behilflich waren (Heck 2010: 46f.). Die Organisierung illegalisierter Migration konnte nun mit einer Haftstrafe von bis zu zehn Jahren bestraft werden (ebd.: Fn. 5). Darüber hinaus wurden neue staatliche Stellen zur Kontrolle der Migration geschaffen: so etwa im Jahr 2003 die Direktion für Migration und Grenzüberwachung sowie das dem Innenministerium unterstellte ›Migrationsobservatorium‹ (Wolff 2008: 262).

Im Senegal kam es im Mai 2006 erstmals zu Razzien mit Massenfestnahmen: So wurden 1.500 illegalisierte Migrant*innen, die versucht hatten, über die Kanaren nach Spanien einzureisen, sowie 60 sogenannte Menschenschmuggler festgenommen, um dadurch die Kooperationswilligkeit gegenüber Spanien zu demonstrieren. In Schnellprozessen wurden die Schmuggler in Dakar nach dem senegalesischen Gesetz über Menschenhandel verurteilt, die Migrant*innen erhielten Bewährungs- und Haftstrafen von bis zu zwei Monaten (El País v. 23.5.2006; die tageszeitung v. 25.5.2006).

Neben den Gesetzesverschärfungen wurde die Politik der Abschaffung regionaler Bewegungsfreiheit durch (Ketten-)Abschiebungen umgesetzt. Allein in den Jahren 2006 und 2007 verhaftete Mauretanien 18.700 illegalisierte Drittstaatsangehörige und schob sie nach Mali oder in den Senegal ab. Dabei wurden diese Abschiebungen nach Recherchen von Amnesty International (2008: 25) in großer Geschwindigkeit umgesetzt, ohne offizielle Verfahren und ohne Rechtsschutzmöglichkeiten. In angemieteten Bussen wurden sie über die Grenze verbracht: in ein fünf Kilometer langes Wüstengebiet zwischen Mauretanien und dem Süden der Westsahara – ein Niemandsland, übersät mit Minen aus Zeiten des Konflikts mit der ›Frente Polisario‹, das die Migrant*innen ›Kandahar‹ genannt haben (ebd.: 27).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auch Marokko schiebt, wie bereits erwähnt, seit 2006 von der Polizei aufgegriffene afrikanische Migrant*innen regelmäßig ins algerische Grenzgebiet ab, ebenfalls in ein »Niemandsland – unweit der Grenzstadt Oujda [...]. Die Mehrzahl der Abgeschobenen macht sich im Anschluss auf den Weg zurück. Viele haben den Weg bereits mehrere Male auf sich genommen.« (Heck 2010: 47) Dies betraf auch die Einwohner*innen des größten selbstorganisierten Camps Marokkos auf dem Gelände der Universität von Oujda, auf dem zeitweise 700 Menschen lebten. »Seither halten sich die meisten MigrantInnen in kleinen Gruppen in Minicamps, sogenannten *tranquilos*, in den Außenbezirken der Stadt und in den Wäldern nahe der Grenze auf.« (Ebd.: 50) Und auch die Kap Verden schieben auf Druck der EU beständig Migrant*innen in ihre Herkunftsländer zurück (Marcelino/Farahi 2011: 888).

Schließlich gibt es noch eine dritte Technik der Beschränkung der Bewegungsfreiheit, die mit den beiden anderen eng verwoben ist: die Verhinderung der Ausreise. Schätzungsweise genauso viele Migrant*innen, wie auf den Kanaren ankamen, wurden 2006 und 2007 bereits am Abreiseort abgefangen: im Senegal, in Gambia, Ghana, Sierra Leone und Guinea-Bissau. Die Boote wurden an der Ausreise gehindert, die Migrant*innen festgenommen (die tageszeitung v. 22.6.2007). Den Festnahmen folgten wiederum Abschiebungen, hohe Haft- oder Geldstrafen (ebd. v. 14.9.2006). Und auch Mauretanien vermeldete 2006 die Verhinderung der Abreise von 8.000 Afrikaner*innen nach Europa (ebd.). Ebenso Marokko: In den ersten neun Monaten des Jahres 2007 gab die Regierung an, 9.652 illegalisierte Migrant*innen abgefangen zu haben, die sie mehrheitlich mit Flugzeugen in ihre Herkunftsländer abschob (ebd. v. 13.11.2007). Algerien wiederum setzte in den südlichen Wüstenstaaten nahe der Grenze zu Mali und Niger Migrant*innen fest und stoppte zugleich 2.300 Ausreisewillige vor seiner Mittelmeerküste (ebd.).

Diese neue Politik der Grenzsicherung brachte konsequenterweise den Ausbau von Grenzschutztechnologien mit sich. Dies lässt sich an der Grenzkontrolle Marokkos verdeutlichen: Bereits 2002 startete Marokko ein Grenzüberwachungssystem, bestehend aus Radaranlagen und anderer High-Tech-Ausrüstung im Wert von 40 Millionen Euro, entlang seiner nördlichen Küste (Lutterbeck 2006: 71; El País v. 6.10.2002). Die spanische Regierung verlangte während ihrer EU-Ratspräsidentschaft eine europäische Finanzierung dieses Projekts (ebd.: 72). 2006 unterzeichnete Marokko sodann einen Vertrag über 34 Millionen US-Dollar für die Entwicklung eines automatischen Fingerabdruck-Identifizierungssystems und verausgabte weitere 100 Millionen US-Dollar für Investitionen in verstärkte Sicherheitskontrollen auf den Flughäfen (Wolff 2008: 264f.). Auch hier zeigt sich, dass sich die afrikanischen Regierungen nur durch materielle Zugeständnisse in die europäische Grenzpolitik integrieren lassen: So erhielt Marokko im Rahmen der »Europäischen Nachbarschaftspolitik« für die Periode von 2007 bis 2013 insgesamt 654 Millionen Euro von der EU (Rachidi 2009: 5), wovon 70 Millionen alleine für die

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Grenzsicherung vorgesehen waren (Heck 2010: 47). Spanien wiederum finanzierte ein neues Radarsystem auf einigen Inseln der Kap Verden (Marcelino/Farahi 2011: 890).

»Die Muster afrikanischer Migration«, schlussfolgern Marcelino und Farahi (ebd.: 886°), »wurden unbestreitbar beeinflusst durch radikale Wechsel in der Migrationspolitik, die von Fernsteuerungszentren in Europa und Nordamerika aufgezwungen« wurden. Dies resultierte nach und nach in der Verlagerung der Migrationsbewegungen nach Nordafrika (ebd.: 887°) und in der Ansammlung von Transit-Migrant*innen an den Rändern des afrikanischen Kontinents. Bereits die Bezeichnung dieser Länder als ›Transitstaaten‹ verdeutliche dies, denn sie klassifiziere die Länder ausschließlich nach ihrer Bedeutung für die europäische Grenzpolitik (ebd.: 884). Darüber hinaus entschlossen sich nicht wenige Migrant*innen überhaupt erst aufgrund der sich verschlechternden Bedingungen in den afrikanischen Staaten infolge der durch die EU vorangetriebenen Migrationspolitik zur Reise nach Europa (Klepp 2011).

(d) Immobilisieren und Anwerben

Die markanteste Outsourcing-Technologie ist die Errichtung EU-finanzierter Lager zur Immobilisierung von Migrant*innen auf ihrer Reise nach Europa. Im Jahr 2003 lancierte die britische Regierung unter dem damaligen Innenminister David Blunkett eine Initiative mit dem Titel »A New Vision for Refugees«, mit der sie die Errichtung von Transitlagern (»Transit Procession Centres«) vorschlug, die außerhalb der EU-Grenzen errichtet werden sollten, um bereits dort Asylanträge zu prüfen (Vogelskamp 2007: 113). Auch diejenigen Migrant*innen, die bis auf das EU-Territorium vordringen würden, sollten in diese Lager ausgeflogen werden. Die Konzeption bestand demnach in der Etablierung eines Kordons von Lagern rund um die nordafrikanische Küste. Die italienischen, dänischen und niederländischen Regierungen unterstützten diese Initiative (Jungle World Nr. 26 v. 18.6.2003). Hatte der damalige deutsche Innenminister Otto Schily diesen Vorschlag zunächst mit dem Argument kritisiert, dass diese Lager nur noch mehr Flüchtlinge anzögen (ebd.), so veränderte er nur ein Jahr später seine Position im Kontext der »Cap Anamur«-Affäre und forderte nun ebenfalls Auffanglager in den nordafrikanischen Anrainerstaaten (Vogelskamp 2007: 114). Sein Ministerium konkretisierte diesen Plan.[16] In die exterritorialen Auffanglager sollten diejenigen verbracht werden, die auf der Hohen See aufgegriffen werden, um ein Screening anstelle eines förmlichen Asylverfahrens zu passieren. Die Schutzbedürftigen sollten dann in heimatnahe ›si-

16 »Effektiver Schutz für Flüchtlinge – wirkungsvolle Bekämpfung illegaler Migration: Überlegungen des Bundesministers des Inneren zur Errichtung einer EU-Aufnahmestelle in Nordafrika«, Pressemitteilung 9/2005.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

chere‹ Regionen verbracht, die »nicht schutzwürdigen« hingegen unmittelbar zurückgeschoben werden (ebd.).

Auf dem EU-Ratstreffen der Innenminister im Oktober 2004 in den Niederlanden konnte in dieser Frage allerdings keine Einigkeit erzielt werden. Während Italien, Großbritannien, Österreich und Deutschland die Strategie unterstützen, hielten Schweden, Finnland und Frankreich sie für unausgegoren und populistisch. Auch der UNHCR wandte ein, dass etwa Libyen weder über eine Asylgesetzgebung verfüge noch der Genfer Flüchtlingskonvention beigetreten sei (Neue Zürcher Zeitung v. 26.9.2004). Im Dezember des selben Jahres stimmte der LIBE-Ausschuss des europäischen Parlaments (zuständig für Freiheit, Justiz und Inneres) gegen den Vorschlag.[17] Die nordafrikanischen Regierungen weigerten sich im Übrigen, Räume für solche Auffanglager zur Verfügung zu stellen. Im Januar 2005 schließlich musste der Innenministerrat zugeben,[18] dass die »Idee gestorben war« (Human Rights Watch 2010: 34°).

Während also eine gemeinsame europäische Initiative *de jure* scheiterte, geschah etwas, was für die gesamte europäische Grenzpolitik paradigmatisch ist: Es wurden *de facto* dennoch solche Lager in Nord- und Westafrika etabliert – exekutiert von den afrikanischen Staatsapparaten, finanziert durch die EU oder mitgliedsstaatliche Regierungen. Die Idee war aus dem öffentlichen Diskurs verschwunden, in welchem sie massiv skandalisiert worden war, und stattdessen schlicht in die Tat umgesetzt worden, allerdings unter der Zuständigkeit afrikanischer Regierungen. Wären EU-Lager, ähnlich wie die europäische Grenzschutzagentur Frontex, immerhin noch für eine europäische Öffentlichkeit mehr oder weniger sichtbar und justiziabel gewesen, funktionieren diese auf EU-Politik zurückzuführenden Einrichtungen inzwischen weitgehend im – für die europäische Öffentlichkeit – Verborgenen.

Das bekannteste dieser Lager existiert im mauretanischen Nouadhibou. »In Mauretanien erleben wir die Konsequenzen der Externalisierung des europäischen Grenzregimes unmittelbar«, kommentiert Amadou Bouw, Generalsekretär der Association Mauritanienne des Droits de l'Homme, diese Entwicklung.[19] Am 16. März 2006 beschlossen der spanische Staatssekretär des Außenministeriums sowie der mauretanische Staatssekretär für Innere Angelegenheiten und Kooperation die Errichtung von Auffanglagern für rückgeschobene Migrant*innen. Die spa-

17 Report on asylum procedure and protection in regions of origin v. 29.11.2004 (2004/2121 (INI)), http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2004-0051&language=EN (letzter Zugriff am 31.8.2011).

18 »Determining an Approach for the External Dimension of the European Asylum Policy«, Informal Meeting of Justice and Home Affairs Ministers, January 27–29, 2005.

19 Im Expert*innen-Interview am 29.8.2009 auf dem No-Border-Camp Lesbos (Griechenland).°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nische Regierung verpflichtete sich zum Bau und Management der Lager (Amnesty International 2008: 23). Unmittelbar im Anschluss sandte Spanien ein Kontingent von Soldaten nach Mauretanien, die in einem ehemaligen Schulgebäude außerhalb Nouadhibous an der Grenze zur Westsahara das Lager errichten sollten (Upi v. 29.3.2006). Dieses Lager, welches seine Insasse*innen später »Guantanamito« nannten (Amnesty International 2008: 24), entstand in den folgenden Monaten. Die Internierungen und Rückführungen übernahmen die mauretanischen Behörden, die auch für die laufenden Kosten aufkommen mussten. Die Bedingungen des Lagers waren prekär: Betreuung und Verpflegung gab es nicht. Das spanische Rote Kreuz und der mauretanische Rote Halbmond füllten daraufhin diese Lücke. Nach deren Angaben passierten von Oktober 2006 bis Juni 2008 insgesamt 6.745 Menschen das Lager, durchschnittlich 300 pro Monat (Lamazou 2008: 19), im Jahr 2007 waren es 3.257 Menschen, davon 1.381 Senegales*innen und 1.299 Malier*innen. Die Inhaftierten erlangten weder Informationen über den Grund ihrer Verhaftung noch konnten sie dagegen juristisch vorgehen. Der zuständige mauretanische Staatsanwalt erklärte gegenüber der spanischen Menschenrechtsorganisation APDHA, dass die Insassen keinerlei Delikt begangen hätten, weil es kein Delikt sei, illegal das Land zu verlassen (APDHA 2011: 42; Amnesty International 2008: 17). Die Inhaftierten erlitten darüber hinaus Demütigungen und Gewalt, hätten keinen Zugang zu medizinischer Behandlung und seien in kleinen Zellen ohne Ventilation und Tageslicht untergebracht (APDHA 2011: 43).

Um das Lager zu füllen, kam es, laut APDHA, ununterbrochen zu Verhaftungen:

»in der Straße, am Arbeitsplatz, in Unterbringungszentren, in den Häusern, Verhaftungen am Tag und in der Nacht, ohne Pause, und kein Migrant kann sicher sein vor einer solchen Verhaftung, auch nicht diejenigen, die seit vielen Jahren in Mauretanien leben und arbeiten und sich dort niedergelassen haben. Die meisten werden nach Mali oder in den Senegal ausgewiesen. Die Konsequenzen sind dramatisch, denn die meisten haben Familie und Arbeit in Mauretanien.« (Ebd.: 45°)

Darüber hinaus wurde eine immer bedeutsamere Anzahl von lediglich mutmaßlich Ausreisewilligen inhaftiert. 2006 waren noch 80 Prozent der Inhaftierten mindestens einen Tag auf dem Meer gereist. Seit 2007 gingen diese Zahlen zurück und diejenigen, die nicht einmal versucht hatten, über das Meer zu fliehen, stellten die Mehrheit der Insass*innen (ebd.: 41). Darunter befanden sich auch Einwohner*innen Mauretaniens – Fischer*innen, die beschuldigt wurden, in der Nähe der europäischen Küsten gefischt zu haben – oder auch Menschen, die T-Shirts europä-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ischer Fußballmannschaften trugen (ebd.: 42).[20] Sowohl die spanische als auch die mauretanische Regierung wurden daher von Amnesty International (2008: 17ff.) und APDHA (2011: 41ff.) schwerer Menschenrechtsverletzungen beschuldigt.

Ähnliche Lager, in noch katastrophalerem Zustand, finanziert von der EU und Italien, gibt es in Libyen (Fortress Europe 2007; vgl. dazu Abschnitt 6.3.3). Im Senegal und in Marokko hingegen existieren keine eigens dafür errichteten Lager. Stattdessen verwenden beide Staaten Gefängnisse und Polizeistationen, um die Migrant*innen zu inhaftieren.[21]

Die seit 2006 erbauten Lager in den nord- und westafrikanischen Küstenstaaten sind auf europäischen Druck hin errichtete, neokoloniale Stützpunkte des europäischen ›Migrationsmanagements‹. Bereits die Bezeichnung der Lager zeigt ihren ausnahmestaatlichen Charakter an: ›Transit Procession Centres‹ ist der Versuch einer neoliberal-technokratischen Entnennung – durchaus vergleichbar dem in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg verwendeten Begriff der ›transitional centers‹, den schon Hannah Arendt wegen seines euphemistischen Charakters kritisierte, die stattdessen von Internierungslagern sprach (Arendt 1955: 427, Fn. 32). Die Lager stellen den verräumlichten Versuch dar, »Bewegungen temporär zu beherrschen« (Panagiotidis/Tsianos 2006: 79) und machen sich dafür über das Outsourcing das Kräfteverhältnis in Afrika, das heißt vor allem die fehlenden Rechtschutzmöglichkeiten zunutze. Die Lager werden zu »Entschleunigungsmaschinen«: »Das Regieren der Migrationsbewegungen bedeutet, ihre Dynamik in Zeit-Zonen abgestufter Mobilität zu lenken, so dass aus unregierbaren Strömen regierbare Mobilitätssubjekte gemacht werden.« (Ebd.: 82)

Das ›Migrationsmanagement‹ besteht immer in dem Zugleich demographischer Anwerbung von Arbeitskräften *und* versicherheitlichter Abschreckung und Immobilisierung. Denn neben den Lagern existieren parallele Institutionen, welche die Suche nach Arbeitskräften für den europäischen Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Dieser Doppelschritt wird in Spanien institutionell durch unterschiedliche Staatsapparate zum Ausdruck gebracht. Während die bisher beschriebenen Maßnahmen vom Innenministerium und teilweise vom Außenministerium umgesetzt wurden, ist für die spanische ›Entwicklungspolitik‹ das Ministerium für Arbeit und soziale Angelegenheiten zuständig (Zapata-Barrero/Zaragoza/Aragall 2009: 64). Spanien hatte 2007 ein Büro im Senegal eröffnet,[22] »mit dem spezifischen Ziel der Kontrolle der Migrationsflüsse durch das Initiieren eines Rekrutierungsprozesses von Personen,

20 »Allein ein bestimmtes Alter oder eine bestimmte Art, sich zu kleiden genügt«, bestätigte dies Amadou Bouw (Fn. 19).°

21 Global Detention Project: http://www.globaldetentionproject.org/countries/africa/senegal/introduction.html und http://www.globaldetentionproject.org/countries/africa/morocco/introduction.html (letzter Zugriff jeweils am 31.7.2011).

22 Real decreto 1542/2006. BOE núm. 310 v. 28.12.2006, S. 46107.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die daran interessiert sind, in Spanien zu arbeiten« (ebd.: 66°). Das Büro ist daher hauptsächlich darauf ausgerichtet, reguläre Arbeitsmigration nach Spanien zu unterstützen. Darüber hinaus waren insgesamt fünf solcher Büros geplant, in denen afrikanische Einwanderer und Einwanderinnen auf ihre Arbeit vor allem im Baugewerbe und in der Gastronomie in Europa vorbereitet werden sollten. Zur spanischen Delegation nach Dakar im Juni 2007 gehörten neben dem spanischen Arbeitsminister Jesús Caldera und dem Innenminister Alfredo Pérez Rubalcaba auch 30 spanische Unternehmer*innen. 450 Einwander*innen hatten auf diese Weise bereits einen Arbeitsvertag abgeschlossen. Auf dem gleichen Treffen stimmte der Senegal auch der Verlängerung der Bewachung seiner Küste durch die Grenzschutzagentur Frontex zu (Die Welt v. 25.7.2007).

In der malischen Hauptstadt Bamako eröffnete ein Jahr später, im Oktober 2008, das »Zentrum für Information und Migrationsmanagement (Centre d'Information et de Gestion des Migrations, CIGEM)«, das aus dem neunten Europäischen Entwicklungsfonds finanziert wurde. Es »ist vielleicht das weitestreichende migrationspolitische Projekt der EU außerhalb der unmittelbaren Schengener Außengrenzen« (Janicki/Böwing 2010: 127), denn es verkörpert den Wandel zum europäischen ›Migrations-Management‹, indem es eine institutionelle Verbindung von Migrations- und ›Entwicklungspolitik‹ darstellt und sich zudem von einem rein sicherheitsorientierten Ansatz verabschiedete (ebd.). Spanien und Frankreich übernahmen 2007 die Patenschaft für das Zentrum und unterzeichneten gemeinsam mit Vertretern von ECOWAS, der EU-Kommission und Mali ein Finanzierungsabkommen (ebd.). Zunächst war es wie das senegalesische Büro als ›Jobcenter‹ geplant. Als dies allerdings auf großen Widerstand bei einzelnen EU-Staaten stieß, durchlief es eine »drastische Veränderung«, sodass es heute vor allem Erstinterviews mit Migrant*innen über ihre Reiserouten durchführt, Studien erstellt und sich mit anderen Institutionen über informelle Treffen und Konferenzen vernetzt. Die Erforschung der Migrationsbewegung steht nunmehr im Zentrum, inklusive der Arbeitsmarktentwicklung (ebd.: 133ff.). Es ist offensichtlich: Weder bei Rücknahmeabkommen, noch bei der Einrichtung von Lagern oder Arbeitsbüros gelangte die EU zu einer gemeinsamen und einheitlichen Strategie. So sind es immer die südlichen Staaten, die diese Lücke füllen und die EU-Politik de facto exekutieren.

6.2.2 Offshoring: Grenzkontrollen

Als nächstes soll die Technologie des Offshorings dargestellt werden, das heißt die weitgehende Verlagerung der spanischen Grenzkontrolle in die Küstengewässer Nord- und Westafrikas. Auch hier wird die eigenständige Rolle der südlichen EU-Mitgliedsstaaten bei der Etablierung der EU-Grenzpolitik deutlich. Was Panagiotidis und Tsianos bereits für Griechenland nachgezeichnet haben, gilt auch für Spani-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

en: »Hinsichtlich der europäischen Migrationspolitik ist es nicht so, dass Kerneuropa die Eckpunkte festlegt und der Süden in der Pflicht steht, diese lokal zu übersetzen. Die mediterranen EU-Länder gestalten diese zentral und aktiv mit.« (Panagiotidis/Tsianos 2006: 75)

(a) Akteure der spanischen Grenzkontrolle

Der alles dominierende Akteur der Grenzkontrolle ist die Guardia Civil.[23] Ähnlich wie die italienische Guardia di Finanza, ist auch sie »eine paramilitärische Polizeieinheit, die sowohl dem Innen- als auch dem Verteidigungsministerium rechenschaftspflichtig ist« (Lutterbeck 2006: 66°). Dadurch verfügt sie über eine Reihe militärischer Charakteristiken (ebd.: 65). Sie wurde während der 1990er Jahre im »Kampf gegen die illegale Migration kontinuierlich aufgerüstet«, insbesondere durch Schiffe und Flugzeuge sowie einen immer größeren Anteil militärtypischer Ausrüstungen entlang der südlichen Küsten (ebd.: 66f.°). Zugleich unterstützen auch die nationalen Streitkräfte die Guardia Civil in der Überwachung des Meeres,[24] sodass man insgesamt von einer steigenden »Militarisierung« der Migrationskontrolle entlang der mediterranen EU-Grenzen sprechen kann (ebd.: 64°). Während die Policía Nacional für die Kontrolle der Migration im Landesinneren zuständig ist,[25] kontrolliert die Guardia Civil u.a. das Küstenmeer.[26] Dabei verfügt sie allerdings über *keine* Kompetenz in Migrationsangelegenheiten, sondern fängt die Flüchtlingsboote ab, übergibt die Insass*innen der Policía Nacional und erklärt sich etwa bei Asylfragen für unzuständig. Nach Aussagen von Mitarbeiter*innen der Defensora del Pueblo[27] sind die Beziehungen zwischen den beiden Körperschaften »nicht gerade idyllisch«, was zu einem »gravierenden Koordinationsmangel« führt. Dies äußere sich insbesondere in dem gegenseitigen Bestreiten von Zuständigkeiten.

Das zentrale technische Überwachungsinstrument der Guardia Civil ist das »Integrierte Überwachungssystem der Außengrenzen (Sistema Integrado de Vigilancia

23 Art. 9 b, Ley Orgánica 2/1986 v. 13. März 1986, De Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, BOE núm. 63 v. 14.3.1986.

24 Art. 16 Ley Orgánica 5/2005 v. 17. November 2005, de la Defensa Nacional, BOE núm. 276 v. 18.11.2005.

25 Art. 11 Abs. 1 2a Ley Orgánica 2/1986.

26 Abs. 1 2b, Real Decreto 246/1991 v. 22. Feburar 1991, por el que se regula el Servicio Marítimo de la Guardia Civil, BOE núm. 52 v. 1.3.1991; Art. 3, B 4e Real Decreto 1181/2008 v. 11.7.2008, Por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, BOE núm. 171 v. 16.7.2008.

27 Expert*innen-Interview am 14.2.2011, Madrid.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Exterior, SIVE)«.[28] Die Installation wurde 1999 zunächst vor der Küste Andalusiens in einem Wert von 200 Millionen Euro begonnen und galt zu diesem Zeitpunkt als das technisch avancierteste Küstenkontrollsystem. Es besteht aus verschiedenen Militärtechnologien wie festen und mobilen Radargeräten, Infrarotsensoren, Booten, Hubschraubern, Flugzeugen (Lutterbeck 2006: 66). SIVE ist durch sein Satellitennetzwerk in der Lage, Boote aufzuspüren und der spanischen Polizei die Signale zu übermitteln (Wolff 2008: 264). 2002 wurde es eingeführt und hat nach offiziellen Angaben zum Rückgang der Ankünfte an den spanischen Festlandküsten geführt (Ceriani et al. 2009: 6). 2007 wurde es auf Lanzarote und Gran Canaria ausgedehnt (ABC Teneriffa v. 13.10.2007), die anderen Inseln folgten (die tageszeitung v. 26.11.2008). Mit SIVE entwickelte das führende spanische IT-Unternehmen »Indra« eine Grenzschutz-Technologie, »die zumindest in der Zeit ihrer Einführung einmalig war auf der Welt« und die es in diverse andere Länder verkaufen konnte (Wolff 2011: 4).

Die einzelnen Seeoperationen werden seit 2006 von verschiedenen sogenannten Koordinationszentren abgestimmt. Diese wurden durch den fragmentarischen Charakter der nationalen, multinationalen und europäischen Operationen notwendig. Neben einigen regionalen Koordinationszentren gibt es ein nationales Koordinationszentrum in Madrid sowie weitere Zentren in Mauretanien, dem Senegal, Guinea und auf den Kap Verden, alle finanziert mit 20 Millionen Euro durch die EU im Rahmen des »Projekts Sea Horse« (s.u.) (ABC Valenciana Edición v. 19.2.2011).

Commandante Eduardo Lobo Espinosa von der Guardia Civil koordiniert sowohl die Frontex-Hera-Operationen (s.u.) als auch das 2010 eröffnete »centro de coordinación« in Madrid. »Es gibt Tausende von Personen, die in Städten wie Dakar im Senegal den Moment abwarten, um an Bord zu gehen und das Land zu verlassen. Sie warten schlicht auf den richtigen Moment und wir können die Sache nicht ruhig laufen lassen«, lautet sein Credo (El Periódico v. 27.7.2010°). Das nationale Koordinationszentrum erhält seine Daten aus den regionalen Zentren. Das wichtigste unter diesen ist das »Centro de Coordinación Regional de Canarias (CCRC)« in Las Palmas (Gran Canaria). In der offiziellen Evaluation von Frontex aus dem Jahr 2009 heißt es dazu: »Das CCRC repräsentiert eine breite Aufstellung von Stakeholdern, inklusive der Armee, der Marine, dem Verteidigungsministerium, dem Geheimdienst, maritimen Rettungsoperationen, dem Innenministerium, der Policía Nacional, der Guardia Civil, dem Wirtschaftsministerium [...], dem Arbeits- und Migrationsministerium [...] und der Regierung von Gran Canaria« (COWI 2009: 38, Fn. 17°).

28 Spanisches Innenministerium, http://www.guardiacivil.org/prensa/actividades/sive03/index.jsp (letzter Zugriff am 24.7.2011).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Es wurde am 10. Juni 2006 per Ministerialerlass[29] mit dem Ziel geschaffen, den Informationsaustausch zwischen diesen unterschiedlichen Institutionen sowie deren Koordination zu organisieren und Verfahrensabläufe effektiver zu gestalten, um auf diese Weise sowohl die Ankünfte in Spanien als auch bereits die Abfahrten dorthin von Nord- und West-Afrika aus zu verhindern.[30] Im Gebäude des Marinestützpunkts der Kanaren im Zentrum von Las Palmas werden in dem polizeilich gesicherten Gebäude folgende Operationen koordiniert, die weiter unten näher erläutert werden:

- das Projekt »Sea Horse«,
- die »Operacíon Cabo Blanco« in Mauretanien,
- die »Operacíon Gorée« im Senegal,
- die »Operacíon Noble Centinela«,
- die Frontex Joint Operation »Hera«,
- SIVE,
- Boote der Seerettung (Sasemar: Salvamento Marítimo) und des Instituto Social de la Marina (Esperanza del Mar),
- auf dem Territorium: Patrouillen der Guardia Civil, die die Küste überwachen; das Rote Kreuz, die Ambulanz, die lokale Polizei, der Servicio de Urgencia Canario (SUC), die Nationale Polizei und
- die »Operacíon Alfa-India«: Landstreitkräfte, die zur Unterstützung an die Auffanglager ausgeliehen werden, wenn diese überfordert sind (El País v. 20.11.2006).

Auf einem großen Plasmabildschirm, auf dem die Küsten von Afrika und Spanien erscheinen, verzeichnet eine virtuelle Karte mit diversen Farben die verschiedenen Schiffe und Flugzeuge, die an den Seeoperationen teilnehmen, sowie die Positionen der identifizierten *pateras* oder *cayucos* (El País v. 20.11.2006°). Jede teilnehmende Einheit erhält einen Koffer mit einem Satelliten-Gerät. Darüber kann sie sowohl auf der Karte geortet werden als auch zugleich den Kontakt zum Centro halten.[31] Alle regionalen Koordinationszentren in Spanien und Afrika übermitteln ihre Daten an Commandante Lobo in Madrid und erhalten zugleich Zusammenfassungen aus allen anderen Knotenpunkten. Die afrikanischen Zentren sind jeweils mit nationalen Polizeikräften besetzt, etwa in Dakar durch die Senegalesische Gendarmerie (ebd.).

29 BOE. Nu. 243 – 11. Oktober 2006 – Orden PRE/3108/2006.

30 Dokumentation während einer Besichtigung des Centro de Coordinacíon Regional de Canarias inklusive einer Präsentation des leitenden Oberst am 30.10.2012, Las Palmas/Gran Canaria.

31 Ebd.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diejenigen illegalisierten Migrant*innen, die auf das spanische Territorium gelangen und dort verhaftet werden, werden in Internierungslager, »Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)«, überführt. Mit der Verschärfung des Migrationsrechts in Spanien hat sich die Anzahl der Tage, die sie in diesen Lagern festgehalten werden dürfen, von 40 auf 60 erhöht.32 Danach werden sie mit einem Ausweisungsbescheid freigelassen. Vor diesem Hintergrund wird noch einmal deutlich, warum die spanische Regierung so massiv sowohl die Politik der Rückführungsabkommen als auch der Grenzüberwachung verfolgt: Die Migrant*innen aus den Ländern, mit denen keine Rückführungsabkommen bestehen, können faktisch nicht abgeschoben werden und nach ihrer Entlassung aus den CIE illegalisiert in Spanien leben.

Die CIE »spielen eine grundlegende Rolle« in der spanischen Migrationspolitik (Ceriani et al. 2009: 13). Sie wurden mit dem Ley Orgánica 7/1985 eingeführt, um die Verwaltung der Rückführungen von Fremden ohne Aufenthaltserlaubnis zu bewerkstelligen.

»Aber tatsächlich erfüllen sie je nach geographischer Lage unterschiedliche Funktionen: Einerseits organisieren die überfüllten Lager auf den Kanarischen Inseln die Abschiebungen nach Afrika [...]. Die Zentren in Ceuta und Melilla, obwohl sie gegründet wurden, um Unterkünfte für Asylsuchende zu schaffen, während diese auf ihre Verfahren warten, organisieren in Wirklichkeit genauso die Abschiebungen afrikanischer Migrant*innen. Aber sie haben ebenso eine symbolische Bedeutung, da sie die beste Illustration darstellen und die schlimmsten Ängste über den Angriff auf Europa durch große Massen, die aus der Dritten Welt kommen, bestätigen. Auf der anderen Seite sind die CIE in den Städten mit einer hohen Migrant*innenrate nützlich, um Menschen, die ihre Situation nicht regularisieren konnten, einzusperren oder abzuschieben.« (Ebd.°)

Die Abschiebezentren stehen wegen unhaltbarer Zustände immer wieder in der Kritik. Anfang 2009 beschwerte sich selbst die spanische Gewerkschaft der Polizei darüber. NGOs, die keinen Zugang zu den Lagern haben, wie Amnesty International, prangern die Verletzung von Menschenrechten an (Jungle World Nr. 43 v. 22.10.2009).

(b) Gemeinsame Überwachung der Seegrenzen

Im Folgenden werde ich nun die Seeoperationen darstellen, soweit sie empirisch zu ermitteln waren.[33] Dabei wird sich zeigen, dass die Inkorporation der nord- und

32 Art. 62.2 Ley Orgánica 2/2009.

33 Da es sich um Angelegenheiten der inneren und äußeren Sicherheit handelt, sind Informationen schwer zu erhalten. Staatliche Stellen üben sich in Geheimhaltung und NGOs, Menschenrechtsaktivist*innen, der UNCHR, Journalist*innen und regionale Ak-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

westafrikanischen Exekutiven in das spanische Grenzregime von entscheidender Bedeutung für dessen »Erfolg« war.

Das erste Kooperationsabkommen zur Überwachung der Seegrenze wurde mit Marokko geschlossen. Während es in den 1990er Jahren noch zu kontinuierlichen Streitigkeiten zwischen beiden Ländern über die marokkanische Überwachung der Seegrenzen gekommen war (Lutterbeck 2006: 27), gelang es der spanischen Regierung am 4. Dezember 2003 ein gemeinsames, informelles Protokoll abzuschließen, mit dem Ziel einer Grenzpolizeikooperation vor den Kanarischen Inseln und der Straße von Gibraltar (Cassarino 2007: 190, Fn. 26; Wolff 2008: 263). Es hatte gemeinsame Patrouillen entlang der Land- und Seegrenzen sowie den Austausch von Verbindungsbeamten auf Flughäfen und an Grenzübergängen zum Inhalt. Spanien gewährte Marokko dafür Finanzhilfe in Höhe von fast 400 Millionen Euro, verteilt über drei Jahre (El Mundo v. 4.12.2003; El País v. 9.12.2003; Maroc Hebdo International Nr. 584 v. 12.–18.12.2003: 6). Seit 2004 kooperierten dann die Gendarmerie Royale und die spanische Guardia Civil regelmäßig. Im Jahr 2005 führten die gemeinsamen Patrouillen bereits zur einer Verminderung der Ankünfte um 40 Prozent (Wolff 2008: 262). Mitglieder der Guardia Civil wurden in die maritimen Luft- und Bodenüberwachungsteams der Marokkanischen Gendarmerie integriert (Zapata-Barrero/Zaragoza/Aragall 2009: 60).

Ebenfalls im Jahr 2003, zu einem Zeitpunkt, da über die Europäische Grenzschutzagentur Frontex überhaupt erst verhandelt wurde, kam es auch bereits zu einer von einzelnen EU-Mitgliedsstaaten durchgeführten »Joint Operation« namens »Ulysses« (»Ulises«). An dieser nahmen Frankreich, Großbritannien, Spanien, Portugal und Italien teil. Ziel war es auch hier, die klandestinen Grenzübertritte in der Straße von Gibraltar und vor den Kanarischen Inseln zu verhindern. In der ersten Phase beteiligten sich daran ein Boot der italienischen Guardia di Finanza, ein französisches Patrouillenboot der Armada, ein weiteres Patrouillenboot der British Customs, sowie eine Corvette der portugiesischen Armada und zwei Boote der spanischen Guardia Civil (Wolff 2008: 257; El País v. 28.1.2003). Allerdings wurde im Rahmen dieser Operation kein einziges Flüchtlingsboot abgefangen, was auf die schlechte Vorbereitung und die mangelnde Erfahrung in dieser Art von Kooperationen zurückgeführt wurde (El Mundo v. 10.3.2003). Dennoch kann die Operation als Pilotprojekt angesehen werden, was zukünftige Kooperationen und den Aufbau von Netzwerken sowie die Akzeptanz gemeinsamer Operationen und vielleicht gar einer gemeinsamen europäischen Grenzpolizei betrifft (Wolff 2011: 6). Dieses Pilotprojekt fand in den Jahren 2005 und 2006 seine Fortsetzung in der »Operacíon Guanarteme« um die Kanarischen Inseln unter der Beteiligung Portugals, Deutschlands,

teur*innen wie Mitglieder des Roten Kreuzes verfügen immer nur über fragmentarische Informationen. Bei Aktivist*innen auf dem spanischen Festland herrscht zudem insgesamt eine große Unkenntnis über die Einsätze vor den Kanaren.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zyperns und Griechenlands (ebd.: 7). Während die Mitgliedsstaaten in der EU sich also noch darüber zu einigen versuchten, ob und wie eine europäische Grenzschutzorganisation entwickelt werden sollte, gab es bereits multilaterale gemeinsame Operationen, die als Vorläufer von Frontex gelten können.

Die nächste Epoche des Offshorings begann im Jahr 2006 mit der ›Krise der Kanaren‹, welche die bisherigen Kontrollen aushebelte. Die *cayucos* kamen nun mehrheitlich aus Mauretanien, dem Senegal oder von den Kap Verden und konnten zwischen 70 und 150 Menschen transportieren; einige verfügten auch über starke Motoren. An Bord befanden sich neben spärlichem Essen und Trinken Decken, Schwimmwesten und Gaskocher. Einige der Migrant*innen hatten zuvor gelernt, wie die *cayucos* zu navigieren sind und besaßen mobile GPS-Systeme. Ungezählte Menschen starben bei diesen Überfahrten (BBC v. 10.9.2006). Viele der sogenannten Schlepper waren einfache Fischer, die aufgrund der zuvor dargestellten (Abschnitt 6.1.3) Überfischung des Meeres durch Schleppnetzfischer der EU, Chinas und Russlands vor den Küsten des Senegals nicht mehr in der Lage waren, sich und ihre Familien durch ihre Tätigkeit zu ernähren (The Irish Times v. 19.1.2008; die tageszeitung v. 25.5.2006). Daher verkauften oder verliehen die Fischer ihre Boote oder aber steuerten diese gegen ein Honorar mit Migrant*innen beladen Richtung Europa (ebd.).

Die Reaktion Spaniens war der Abschluss eines weiteren informellen Abkommens über gemeinsame Patrouillen, dieses Mal mit Mauretanien. Zu diesem Zeitpunkt war das westafrikanische Land zum bevorzugten Ausreiseort für Migrant*innen nach Europa geworden, insbesondere nach den verschärften Grenzkontrollen in Marokko (Amnesty International 2008: 7; vgl. auch Abschnitt 6.2.1).[34] Tausende setzten von hier aus auf die Kanarischen Inseln über, zumeist von Nouadhibou, der nördlichsten Stadt am Meer. Das Mauretanische Rote Kreuz schätzte, dass im März 2006 zwischen 700 und 800 Menschen pro Nacht in See stachen (ebd.: 9, Fn. 9). Am 16. März 2006 unterzeichneten Spanien und Mauretanien schließlich in Nouakchott ein Kommuniqué über gemeinsame Überwachungsoperationen entlang der mauretanischen Küste (»Operacíon Cabo Blanco«). Darin verpflichtete sich Spanien, Ausrüstung und Trainings für die Mauretanische Grenzpolizei zur Verfügung zu stellen sowie zur Übergabe von vier Patrouillenboote an Mauretanien (Amnesty International 2008: 30).

34 Die Verlagerung der Startpunkte von Marokko direkt nach Ceuta/Melilla hin zu Mauretanien als Ausgangspunkt für die Reise nach Europa im Jahr 2006 hatte die Verlagerung der spanischen Grenzpolitiken nach Mauretanien zur Folge (1. Lager, 2. Einschränkung der Reisefreiheit und 3. die gemeinsamen Grenzpatrouillen vor der Küste Mauretaniens), so Amadou Bouw, der Generalsekretär der Association Mauritanienne de Droits de l'Homme im Expert*innen-Interview am 29.8.2009 auf dem No-Border-Camp Lesbos (Griechenland).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Am 1. März 2006 präsentierte der spanische Innenminister José Antonio Alonso das »Projekt Sea Horse«.[35] Unter der Leitung der Guardia Civil kooperierten Italien, Deutschland, Portugal, Frankreich und Belgien (Zapata-Barrero/Zaragoza/Aragall 2009: 62). Sie wollten eine engere Zusammenarbeit mit Mauretanien, Marokko, den Kap Verden und dem Senegal im »Kampf gegen die illegale Migration« vorantreiben. Aber auch die inzwischen gegründete europäische Grenzschutzagentur Frontex, Europol sowie die Europäische Kommission waren daran beteiligt. Die Ziele bestanden zum einen in gemeinsamen Patrouillenfahrten, zum anderen in der Unterstützung afrikanischer Regierungen in der Entwicklung eines »angemessenen Migrationsmanagements«, etwa durch Austausch und gemeinsame Ausbildung von Sicherheitspersonal und jährliche polizeiliche europäisch-afrikanische Konferenzen. Im Rahmen von »Sea Horse« wurden schließlich die o.g. Centros regionales de vigilancia maritima sowie das Centro nacional in Madrid eingerichtet. Das Projekt verfügte zunächst über einen Haushalt von zwei Millionen Euro,[36] die über das europäische AENAS-Programm bereitgestellt wurden.[37] Das Ziel dieses Programms war es wiederum, »Drittländern bei ihren Bemühungen zu helfen, die Migrationsströme mit all ihren Aspekten wirksamer zu steuern, und insbesondere die Bereitschaft der Drittländer zum Abschluss von Rückübernahmeabkommen zu fördern und sie bei der Bewältigung der Folgen dieser Abkommen auch finanziell zu unterstützen« (Schröder 2006: 10).

Im Mai des selben Jahres begann zudem die spanische Regierung mit einer Meeres-Patrouillenoperation zwischen den Kanaren, den Kap Verden, dem Senegal und Mauretanien (»Operacíon Noble Centinela«),[38] an welcher Schiffe der spanischen Flotte sowie Flugzeuge der Luftwaffe teilnahmen (ABC Teneriffa v. 13.10.2007; El País v. 17.5.2007). Bis zum Oktober 2006 wurden so 10.000 Migrant*innen abgefangen (ABC Teneriffa v. 15.10.2007).

Im August des selben Jahres startete dann mit Verspätung und unter großer Geheimhaltung die erste Frontex-Seeoperation (»Hera II«) vor den Kanaren und der Küste Westafrikas (die tageszeitung v. 12.8.2006; Frankfurter Rundschau v. 18.8.2006). Sie beruhte auf den informellen Abkommen mit den afrikanischen Ländern. Bis heute weigert sich Frontex, diese publik zu machen (Gammeltoft-Hansen 2011: 138, Fn. 142). Im Rahmen dieser Operation werden die migrantischen Boote bereits vor der Küste von Mauretanien und dem Senegal zurückgeleitet. Die Verantwortung dafür trägt jeweils ein senegalesischer bzw. mauretanischer Beamter an

35 Spanisches Innenministerium v. 1.3.2006, http://www.guardiacivil.es/prensa/notas/noticia.jsp?idnoticia=1889 (letzter Zugriff am 24.7.2011).

36 Ebd.

37 VO Nr. 491/2004 v. 10.3.2004.

38 http://www.defensa.gob.es/eu/gabinete/notasPrensa/2007/10/notaPrensa_11527.html (letzter Zugriff am 25.5.2013)

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bord des Frontex-Schiffes (bzw. des spanischen Schiffes, je nach Operation). »Klarer gesagt: Afrikanische Bürger werden von ihren eigenen Staaten an der Ausreise gehindert« (Wiedemann 2009: 12).

Spanien entsandte zeitgleich zwei Boote sowie einen Hubschrauber für neun Monate in den Senegal (»Operacíon Gorée«). Die Guardia Civil hatte dabei die Rolle, die *cayucos* und *pateras* zu orten, während die senegalesische Küstenwache sie abfangen sollte (El País v. 22.8.2006). Ab dem 7. September 2006 patrouillierte Frontex dann auch vor der senegalesischen Küste (Berliner Zeitung v. 2.9.2006), allerdings mit relativ bescheidenen Ergebnissen: 186 Migrant*innen konnten von der Überfahrt abgehalten werden. Denn neben den zwei spanischen Booten und den Brigaden der senegalesischen Gendarmerie kam lediglich noch ein Schiff aus Italien zum Einsatz. Dabei galt es, die 700 Kilometer lange Küste zu überwachen (die tageszeitung v. 14.9.2006; Die Welt v. 14.9.2006). Die EU unterstützte dieses kurzfristige ›Kooperationsprojekt‹ mit 1,8 Millionen Euro (Adepoju/van Noorloos/Zoomers 2010: 61).

Diese erste Frontex-Operation scheiterte im Prinzip. Die Kontrolle der Gewässer zwischen Mauretanien, dem Senegal und den Kanaren gelang trotz Frontex kaum. Denn die »groß angekündigte ›Flotte‹ entpuppte sich als eine Hand voll Schiffe, von denen eines noch eine Havarie hatte, bevor es zum Einsatz kommen konnte« (Stuttgarter Nachrichten v. 5.9.2006). Der Grund dafür lag darin, dass die Mitgliedsstaaten, von deren konkreter Beteiligung diese Einsätze maßgeblich abhingen, während der ersten Seeoperation technisch nicht vorbereitet waren. Ein Mitarbeiter der Kommission beschrieb das folgendermaßen:

»Ich erinnere mich, [...] dass ich im Konferenzraum während der Ratssitzung dachte, ich sei auf einer Ebay-Auktion. Der Exekutivdirektor von Frontex hatte die Idee, ich solle eine zentrale Aufzeichnung des gesamten verfügbaren technischen Geräts erstellen, wie es in Art. 7 der Frontex-Verordnung vorgesehen ist. Ich fragte danach, wer etwas beitragen könne. Alle Minister standen auf und sagten, dass sie bereit seien, etwas beizutragen. Aber auf die Frage hin, wie viel und was, wurde es plötzlich still im Raum, weil sie darauf nicht vorbereitet waren. Dann stand plötzlich der italienische Innenminister auf und sagte [...] nach einem Telefongespräch, dass sie 32 Schiffe anbieten könnten. ›Oh, 32 Schiffe...‹, sagten die Deutschen, ›um Gottes Willen, wir haben nicht so viele Schiffe. Wir werden sehen, aber wir können mindestens 8 Hubschrauber beisteuern.‹ Dann blickten alle auf Frankreich. Und Frankreich sagte dann, weil Italien 32 gesagt hatte, ›wir können 40 Schiffe beisteuern‹. Es war so, als hätten sie keine Ahnung, wovon sie sprachen. [...] Sie wussten, es gab keine Verpflichtung. Dann kam Polen, mit was weiß ich wie vielen Flugzeugen, so als ob sie dabei wären, ihr halbes Militärpersonal ins Mittelmeer zu verlegen. [...] Hinterher, war es [...] komplett unrealistisch. Wir hatten dann ein zentrales Register mit über 100 Schiffen, 87 Flugzeugen, 29 Hubschraubern, tausenden von Nachtsichtgeräten und solchen Dingen [...]. Als dann aber für eine Patrouille ein Schiff für das Gebiet um Teneriffa herum angefragt wurde, gab es kein einzi-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ges. Daher waren die Spanier so empört. Es war sogar ein französisches Schiff in der Nähe, aber die Franzosen sagten: ›Nein, nein, nein – wir erfüllen damit eine NATO-Verpflichtung‹.[39] [...] Sie hatten nicht realisiert, in welche Art von Verpflichtung sie eingewilligt hatten [...], und dass jemand eines Tages tatsächlich etwas nachfragen würde.«[40]

Wenn auch Frontex zunächst nicht im ursprünglichen Sinne funktionierte, so waren diese ersten Monate für die weitere Entwicklung der Agentur entscheidend. Denn durch die politische Situation auf den Kanaren wurde der bisher nur auf dem Papier (VO 2004/2007) bestehenden und in ihrer Bedeutung umkämpften EU-Grenzschutzagentur Leben eingehaucht. Sergio Carrera hat nachgezeichnet, wie groß der Einfluss Spaniens – bzw. man müsste genauer sagen, der Einfluss der kanarischen Regierung – zu diesem Zeitpunkt durch die Dramatisierung der Situation zur »Migrations- und humanitären Krise« auf die Ausgestaltung von Frontex war (Carrera 2007: 12°): Ein konstruiertes »politisches Spektakel« auf der europäischen Bühne diente zur kontinuierlichen Schuldzuweisung an die EU. Die Ankünfte auf den Kanaren wurden, ähnlich wie in der italienischen ›Migrationskrise‹ im Verlauf der nordafrikanischen Revolutionen im Frühjahr und Sommer 2011, als beispiellose Krise ganz Europas präsentiert, die eine dringliche Lösung erfordere. Die Gesamtsituation wurde völlig überdramatisiert (ebd.). Denn die Ankünfte waren zwar für die Kanaren hoch, aber »das von den Medien produzierte Bild einer menschlichen Flut aus Afrika sehr übertrieben« (Zapata-Barrero/De Witte 2007: 88°). Frontex wurde von Spanien als die Lösung dieses Dramas präsentiert: »Die Tatsache, dass die beiden ersten gemeinsamen Operationen eingesetzt wurden, ohne dass vollständig klar war, was wirklich benötigt wurde, zeigt, dass es zu diesem Zeitpunkt wichtiger war, eine ›schnelle Lösung‹ angesichts des politischen Drucks zu finden, als mit der aktuellen Situation auf den Kanaren umzugehen« (ebd.: 13°). Die konservative PP sowie die Regierung der Kanaren übten großen Druck auf die Regierung Zapatero aus: Sie kritisierten, dass die Regularisierungskampagne von 2005 eine große Anziehungskraft auf die Migrant*innen ausgeübt habe und die Regierung jetzt nicht in der Lage sei, die Grenzen zu kontrollieren, insbesondere in den Tourist*innenhochburgen. Frontex – so die Einschätzung von Nicolás Castellano Flores, Journalist für El País und den größten spanische Radiosender Cadena SER, der viele Interviews in Afrika mit ausreisewilligen Migrant*innen geführt hat

39 Mit dieser Verpflichtung ist die seit dem 26.10.2001 bestehende NATO-Operation »Active Endeavour« gemeint: eine militärische Operation im Mittelmeeraum unter Führung der NATO als Reaktion auf den »11. September« (vgl. dazu das Bundestagsmandat für die Beteiligung des deutschen Militärs: 17/7743 v. 16.11.2011). Auch die Patrouillen-Schiffe überwachen seit 2001 das Mittelmeer.

40 Expert*innen-Interview mit einem Mitarbeiter der Europäischen Kommission, DG Home Affairs, am 17.11.2011, Brüssel.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(Castellano Flores/Fibla García-Sala 2008) – sei daher ein »Rettungsring, den Spanien ergriff, um den internen politischen Druck loszuwerden.«[41]

Am Ende des turbulenten Jahres 2006 resümierte die Europäische Kommission den Stand der bisherigen Maßnahmen der EU zur Kontrolle der Seegrenze und kam zu dem Ergebnis, dass vor allem zwei Strategien notwendig seien: gemeinsame operative Maßnahmen sowie eine verstärkte Zusammenarbeit mit den Drittstaaten in Afrika (Europäische Kommission 2006: 4, Rn. 8). Als neues Instrument schlug sie dabei insbesondere ein »Küstenpatrouillennetz« vor. Dieses soll »es den Mitgliedstaaten ermöglichen, ihre Patrouillen zeitlich aufeinander abzustimmen, ihre zivilen und militärischen Kapazitäten zu Informationen in Echtzeit auszutauschen« (ebd.: 7). Die südlichen Seeaußengrenzen sollen dafür in vier Patrouillenzonen unterteilt werden: die Kanarischen Inseln, das westliche, das mittlere und das östliche Mittelmeer. Als zweite Neuerung empfahl die Kommission zudem die Schaffung eines Europäischen Grenzüberwachungssystems (EUROSUR), das zunächst alle bestehenden nationalen Überwachungssysteme verknüpfen und dann in einem zweiten Schritt »die nationalen Überwachungssysteme an den Land- und Seegrenzen schrittweise ersetzen und u. a. eine Kombination aus europaweiter Radar- und Satellitenüberwachung« umfassen sollte (ebd.: 9). Anfang 2008 unternahm die Kommission dann nochmals einen weiteren Vorstoß. Die Schwierigkeiten der Umsetzung waren offensichtlich: »Ein solcher Rahmen kann nicht errichtet werden, ohne dass die rechtlichen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten tangiert oder bestehende Systeme ersetzt werden« (Europäische Kommission 2008). In der Folgezeit hat die Kommission diverse Expertentreffen organisiert. Einige Länder haben zudem Koordinationszentren geschaffen, eine Anschubfinanzierung über den »EU-Außengrenzenfonds« wurde sichergestellt und es gab einen Testlauf von EUROSUR, an dem sechs Länder, u.a. Spanien, teilgenommen haben (Europäische Kommission 2011a: 6). Doch aufgrund der nationalen Souveränitätsansprüche kommt das europäische Überwachungs- und Patrouillensystem nur ebenso graduell voran wie die europäische Grenzschutzagentur. Inzwischen steht die Vereinbarung kurz vor dem Abschluss (Interinstitutional File 2011/0427 (COD) v. 26.4.2013).

Das spanische Grenzregime hingegen entwickelte nach und nach alle Momente, welche in der europäischen Politik unter dem Ziel des ›Migrationsmanagements‹ konzipiert worden waren, in dieser Form aber bisher kaum europaweit umgesetzt werden konnten: Rückführungsabkommen mit den afrikanischen Ländern und einen ›integrierten Grenzschutz‹. *Insofern spielte Spanien die Rolle eines Laboratoriums für die Kontrolle der europäischen Seegrenzen.*

Dabei wurde es finanziell unterstützt: Im Jahr 2007 erhielt Spanien erstmals Geld aus dem im selben Jahr gegründeten Außengrenzenfonds, der in einem gewissen Umfang eine Umverteilung innerhalb der Schengenzone zugunsten der Mit-

41 Expert*innen-Interview am 14.2.2011 in den Räumen von El País, Madrid.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gliedsstaaten an den Außengrenzen bewirken soll. Es handelte sich um 31,6 Millionen Euro, die Spanien mit 61,4 Millionen Euro kofinanzierte. Die größten Budgetposten umfassten dabei die permanente Installation von SIVE in der Region Teneriffa sowie in den Provinzen Valencia, Alicante, Murcia und Ibiza; darüber hinaus wurde so die Anschaffung von »mobilen SIVE Einheiten« und schließlich von Patrouillenbooten und Flugzeugen für die Guardia Civil finanziert.[42] Nach dem Ende von »Hera II« wurde die Grenzkontrolle vor den Kanaren wieder durch die Guardia Civil durchgeführt – in Kooperation mit Mauretanien und dem Senegal im Rahmen des »Sea Horse«-Projekts (Carrera 2007: 24).

Im zweiten Jahr der Frontex »Joint Operation Hera III« lief diese von Februar bis April 2007, im Sommer begann sodann die Operation »Hera 2007« und im Jahr darauf wiederum »Hera 2008« für 315 Tage. Hera wurde so nach und nach auf Dauer gestellt und läuft heute das ganze Jahr über. Der Haushalt wuchs jährlich an: von 3,5 Millionen Euro – 2,8 Millionen davon kofinanziert von Frontex – im Jahr 2006 für »Hera I« und »II«[43] auf über 5 Millionen Euro für »Hera 2007«[44]. Während dieser Operationen wurden mehr als 1.000 Migrant*innen an ihren Ausreiseort zurück verbracht,[45] »vermutlich ohne zuvor irgend einen Asylanspruch in Betracht zu ziehen« (Moreno-Lax 2011: 206°). Im Juli stimmte zudem der Senegal der einjährigen Verlängerung der Patrouillenfahrten in seinen Küstengewässern zu. Im gesamten Jahr 2007 wurde nach spanischen Polizeiangaben die Zahl der im Senegal ablegenden Boote um ein Drittel reduziert (Die Welt v. 25.7.2007). Bisher wurde dieses informelle Abkommen zwischen Spanien und dem Senegal jedes Jahr erneut verlängert (El Confidencial v. 21.7.2009; telemadrid v. 25.5.2010). Darüber stellt die westafrikanische Regierung immer neue finanzielle Ausgleichszahlungen sicher. Dabei kann Frontex von der Basis in Dakar aus agieren.

Allerdings kam es 2007 zu neuen Unstimmigkeiten. Zum einen änderten die Migrant*innen ihre Strategie: Im April kam es zunächst zu einem Angriff mit Brandsätzen auf das spanische Patrouillenboot »Río Duero« vor der mauretanischen Küste (die tageszeitung v. 11.4.2007). Am 11. Mai startete dann ein komplexer Versuch des Übersetzens mit elf Booten, die innerhalb von neun Stunden ankamen, acht von ihnen simultan an unterschiedlichen Punkten entlang der Küstenlinie der Kanarischen Inseln. Kurz vor der Zwölfmeilenzone, also dem spanischen Küstengewässer, das nach internationalem Seerecht bereits als Staatsgebiet zählt, hatten sich die Boote zerstreut, um nicht vom Radar erfasst zu werden. So war darauf nicht

42 Spanisches Innenministerium, Fondo para las Fronteras Exteriores - Programa Anual 2007, http://www.mir.es/SES/DGIMS/Programa_Solidaridad/Fondo_Fronteras_Exteriores/Programa_Anual_2007 (letzter Zugriff am 21.7.2011).

43 Frontex Presserklärung v. 19.12.2006.

44 Frontex Presserklärung v. 16.2.2009.

45 Frontex Presseerklärung v. 13.4.2007.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu erkennen, ob es sich um kleine Boote oder nur Wellenbewegungen handelte (IPS v. 16.5.2007). Zum anderen kam es erneut, ausgerechnet im Frühjahr, als besonders viele Boote übersetzten, zu einer Pause der Joint Operation, zwischen »Hera III« und »Hera 2007«. Auf den Kanaren kam daraufhin wieder eine erhöhte Anzahl von *cayucos* an (Frankfurter Rundschau v. 16.5.2007) und die spanische Regierung skandalisierte dies abermals auf europäischem Terrain (The Independent v. 22.5.2007).

Darüber hinaus zeigte sich in den Operationen eine Struktur, die auch in anderen Einsatzgebieten typisch ist: Es sind vor allem Boote, Hubschrauber und Flugzeuge aus Spanien, die zum Einsatz kommen, daneben einige wenige aus Portugal oder Italien – und eben nur sehr selten aus den nördlichen EU-Ländern, deren Beitrag, wenn überhaupt, vor allem in der Entsendung von Expert*innen für die Identifizierung und Informationsgewinnung besteht. Nach den konfliktreichen Anfangsjahren wurde der Frontex-Einsatz vor Spanien mehr und mehr zu einem verstetigten Bestandteil des spanischen Grenzregimes: »Sie brauchten drei, vier Jahre, bevor es ihnen gelang, ein gutes Kooperationsniveau zu erreichen.«[46] Ein »joint coordination board« leitet dabei jeweils die Operation. Es besteht aus zwei Koordinatoren, einem Grenzpolizisten der Guardia Civil und einem Vertreter von Frontex sowie darüber hinaus aus Vertretern der beteiligten Mitgliedsstaaten:

»Das ›joint cooperation board‹ tritt täglich zusammen. Die Mitglieder berichten, was tags zuvor geschehen ist, welche Informationen es gibt. Daraufhin treffen sie Entscheidungen. Es wird auch [...] ein Beamter der nationalen Polizeibehörde integriert. Dem obliegt es, nachdem Immigranten entdeckt und in Gewahrsam genommen wurden, sich ihrer anzunehmen, sie in die CIEs zu verbringen, ihre Identität festzustellen, die Rückführung in die Wege zu leiten oder, wenn ein Asylantrag gestellt werden muss, den administrativen Teil, sobald sie sicher an Land sind. Es wird täglich darüber debattiert, wie die Operation läuft und welche Maßnahmen zu treffen sind. [...] Im Fall von ›Hera‹ gibt es gerade jetzt ein Flugzeug aus Island, das im Senegal arbeitet. Wenn also der isländische Beamte sagt, ›mein Flugzeug kann morgen nicht patrouillieren, weil es zur Revision muss oder weil sie krank geworden sind [...]‹, okay, dann koordinieren wir die Mittel [...], damit die Zeitfenster, die wir für am wichtigsten halten, gedeckt sind.«[47]

Die zentrale Rolle in der Grenzkontrolle spielt also auch hier die Guardia Civil. Die Beteiligung von Frontex garantierte dabei vor allem eines – eine EU-Finanzierung.

46 Expert*innen-Interview Kommission (Fn. 40).

47 Expert*innen-Interview mit dem Chef der Seeoperationen der Guardia Civil und Frontex-Koordinator am 30.10.2012 im Centro de Coordinacíon Regional de Canarias, Las Palmas/Gran Canaria.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Wer zahlt die Schiffe, den Treibstoff, die Helikopter? Für Spanien ist das viel Geld«, bemerkte Nicolás Castellano. »Die Bank der Sicherheitskräfte Spaniens und Italiens: Frontex. [...] Das, was Frontex aus meiner Sicht ausmacht, ist, dass es eine Bank ist, die die Operationen bezahlt und darüber hinaus ein politisches Instrument, an welches die Staaten ihre Reklamationen und Hilfspetitionen richten können.«[48]

Zusätzlich erhielt Spanien in den Jahren 2008 und 2009 jeweils 29,9 Millionen bzw. 32,8 Millionen Euro aus dem »EU-Außengrenzenfonds«, mit denen erneut SIVE vor den Kanarischen Inseln ausgebaut wurde, aber auch Grenzeinrichtungen in Ceuta und das Koordinationszentrum zur Seeüberwachung auf den Kanaren. Darüber hinaus wurden große Schiffe, Helikopter, biometrische Datenerfassungssysteme und tragbare Wärmebildkameras finanziert.[49]

Nur in den ersten beiden Jahren, 2006 und 2007, hatten die Frontex-Operationen einen gewissen internationalen Grad erreicht. In dem Moment, da die Ankünfte massiv zurückgingen, war »Hera« im Prinzip eine Operation der Guardia Civil unter dem Logo von Frontex.[50] Allerdings erleichterte Frontex eine internationale Zusammenarbeit, da diese in einem relativ festen rechtlichen Rahmen stattfinden kann und nicht jedes Mal neu über bilaterale Vereinbarungen geregelt werden muss.[51] Auf diese Weise wurde im Zuge der turbulenten Anfangsjahre eine Infrastruktur geschaffen, die in möglichen Krisensituationen zum Einsatz kommen kann.[52]

2008 zeigten sich erste ›Erfolge‹ der Aufrüstung des Mittelmeers. Im Vergleich zum Vorjahr gingen die Ankünfte um 28 Prozent zurück. »Fast niemand gelangt über das Meer, den wir nicht entdecken«, behauptete der spanische Innenminister Alfredo Pérez Rubalcaba (El Correo v. 14.1.2009°), was eine Übertreibung darstellt. Aber dennoch sind über 5.400 Migrant*innen, die mit Booten auf den Kanaren angekommen waren, 2008 wieder umgehend an die afrikanische Küste zurück verbracht worden. Frontex ließ verlautbaren, dass die zurückgekehrten Migrant*innen auf dem Meer abgefangen worden sein »und davon überzeugt wurden, zu ihrem Ausgangspunkt zurückzukehren; oder aber sie wurden bis kurz vor die Küste des Senegals oder Mauretaniens eskortiert« (ABC v. 30.12.2008°). Spaniens

48 Expert*innen-Interview am 14.2.2011 in den Räumen von El País, Madrid.°

49 Spanisches Innenministerium, Fondo para las Fronteras Exteriores - Programa Anual 2008 und 2009, http://www.mir.es/SES/DGIMS/Programa_Solidaridad_xEnglish_versionx/External_Borders_Fund/Annual*Programme_2008/ und 2009 (letzter Zugriff am 21.7.2011).

50 Ebd.°

51 Expert*innen-Interview Chef der Seeoperationen der Guardia Civil/Frontex-Koordinator (Fn. 47).

52 Oberst des CCRC (Fn. 30).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Abkommen mit beiden Ländern funktionierten. »Dafür ist auf jeder europäischen Patrouille immer ein Offizier aus Mauretanien oder dem Senegal anwesend, um die Rückkehr des Schiffes anzuordnen. Im Rahmen von Hera 2008 wurden zudem 324 Personen verhaftet (als Menschenschmuggler)« (ebd.°).

Ab August 2008 konzentrierten sich die Abfahrten der *cayucos* und *pateras* zu 73 Prozent in Mauretanien, so der spanische Vize-Chef von Frontex Gil Arías. Zu diesem Zeitpunkt hatte es einen Militärputsch in Mauretanien gegeben, was zu einem Rückgang der Kontrollen führte (ABC v. 21.2.2009). Ab Anfang März 2009 war schließlich wieder ein rapider Rückgang der Ankünfte zu verzeichnen. »Seit genau 46 Tagen hat kein Boot mit Flüchtlingen mehr auf den Kanaren angelegt, das hat es seit 1999 [...] nicht mehr gegeben«, schrieb El País begeistert (17.5.2009°). Während vielerorts spekuliert wurde, dass dies mit der Wirtschaftskrise zusammenhänge (Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 14.6.2009), machte Gil Arías deutlich, dass in Wirklichkeit die ›Kooperation‹ mit den afrikanischen Ländern der entscheidende Grund dieses Rückgangs war.[53] Die Wirtschaftskrise gebe es auch in Italien, argumentierte Arías, und dennoch kämen weiter Flüchtlinge auf Lampedusa an (El País v. 17.5.2009). Dies wurde zwei Jahre später, 2011, im Verlauf der nordafrikanischen Revolutionen inmitten der italienischen Staats- und Wirtschaftskrise eindrucksvoll bestätigt. Entscheidend für die sinkende Zahl der Ankünfte auf den Kanaren war vielmehr, dass bereits im Senegal und in Mauretanien die illegalisierten Migrant*innen zu Beginn ihrer Reise abgefangen und inhaftiert wurden (ebd.). Außerdem habe die diplomatische Arbeit des Außenministeriums zu einer Akzeptanz von Rückübernahmen in den entsprechenden Ländern geführt. In den vergangenen Jahren habe Spanien überdies neun Patrouillenboote (drei an den Senegal, vier an Mauretanien und zwei an Gambia) sowie Land Rover, Informationsausrüstung und Krankenwagen übergeben. Von Dakar im Senegal und von Nouadhibou in Mauretanien aus agieren die Frontex-Schiffe. In beiden Staaten sind zudem inzwischen spanische Stützpunkte fest etabliert, die zugleich der Frontex Operationen dienen: Auf dem Flughafen in Dakar sind Hubschrauber und eine Erkennungsflugzeug sowie Guardia Civil und Policía Nacional stationiert (El Confidencial v. 21.7.2009; Migrants at Sea Blog[54] v. 7.5.2010). In Nouadhibou sind darüber hinaus ebenfalls 50 Mitglieder beider Polizeieinheiten stationiert (Migrants at Sea Blog v. 4.5.2011; Europapress v. 26.4.2011). Diese stellen gemeinsam mit der mauretanischen Gendarmerie eine gemischte Mannschaft, die sich ein Büro teilt (Europapress v. 9.5.2011).

53 Dies bestätigten uns auch alle Interviewpartner*innen auf der Forschungsreise im Februar und April 2011 in Madrid, Granada, Motrill.

54 http://migrantsatsea.wordpress.com/2010/05/07/spanish-parliamentary-delegation-visits-senegal-to-discuss-immigration (letzter Zugriff am 1.8.2011)

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der senegalesische Innenminister Ousmane Ngom erklärte, dass 2010 nur noch 100 Boote mit insgesamt 450 Menschen an Bord im Rahmen von Überwachungsfahrten vor der Küste des Senegals identifiziert wurden. 2006 waren es noch 901 Boote mit 35.490 Insass*innen gewesen (telemadrid v. 25.5.2010). Auf den Kanarischen Inseln kamen 2010 in den ersten acht Monaten nur noch sechs *pateras* an (El Periódico v. 27.7.2010), im gesamten Jahr 2010 nur noch 196 Migrant*innen (die tageszeitung v. 21.2.2011).

Es kam also zu einer Verlagerung der Grenzkontrollen von den spanischen Territorialgewässern in diejenigen der nord- und westafrikanischen Staaten. Während in den Anfangsjahren (2006 bis 2008) noch knapp 73 Prozent der Abfangmaßnahmen in spanischen Gewässern stattfanden, wurde in den Jahren 2009 bis 2011 bereits jedes zweite Boot in afrikanischen Gewässern aufgehalten.[55] Die Guardia Civil geht dabei davon aus, dass sie nur im spanischen Küstenmeer internationale Flüchtlings- und Menschenrechtsabkommen zu beachten habe, die einer Rückschiebung im Wege stehen können. Denn im Senegal und in Mauretanien würden die dortigen Landesgesetze gelten: »Wir sind nur ein operatives Mittel zur Kollaboration und Hilfe für diese Behörden.«[56]

Von den Auswirkungen der nordafrikanischen Revolutionen in Form von drastisch steigenden Migrationsbewegungen blieb das spanische Grenzregime, anders als das italienische, weitgehend verschont, auch wenn die Verantwortlichen durchaus befürchteten, dass der mühsam aufgebaute Grenzschutz bei einem Übergreifen der Revolten auf Marokko und Algerien kaum zu halten sein dürfte – vor allem wegen der dann vermutlich wegfallenden Kooperation der afrikanischen Küstenstaaten (so Gil Arías lt. euractiv.es v. 25.5.2011; comprendes v. 24.3.2011). Dass diese Vermutungen zutreffend waren, zeigte sich im Juli 2011, als über 200 Migrant*innen die hochgesicherte Exklave Ceuta und weitere 207 Personen Melilla schwimmend erreichten. Dies war wahrscheinlich auf den Abzug von marokkanischen Polizeieinheiten in der Nähe der beiden Exklaven zurückzuführen. Die Einheiten waren wegen großer Demonstrationen für eine neue Verfassung an andere Orte des Landes versetzt worden (El Pueblo v. 19.7.2011; El País v. 15.7.2011; ABC v. 18.7.2011). Im August 2012 kam es während der Ramadan-Feiern, immer noch in der Folge der »Arabellion«, erneut zu Versuchen, kollektiv in Gruppen von 150 bis 300 Personen den Zaun in Melilla zu überwinden. 60 von ihnen gelangten so tatsächlich auf spanischen Boden. Aber auch die Zahl der Migrant*innen, die über das Mittelmeer hineingelangten, nahm wieder zu. Waren es in den Jahren 2006 bis 2010 täglich ein bis zwei Personen, so steigerte sich dies auf 15 bis 20 Personen

55 Dokumentation Besichtigung CCRC (Fn. 30).

56 Expert*innen-Interview Chef der Seeoperationen der Guardia Civil/Frontex-Koordinator (Fn. 47).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

am Tag im Sommer 2012.[57] Im selben Zeitraum entwickelten die Migrant*innen eine neue Strategie, indem sie Zuflucht auf unbewohnten kleinen Felsinseln suchten, wie etwa der Isla de Tierra, nur 30 Meter von der marokkanischen Küste entfernt, die auch von ungeübten Schwimmer*innen erreichbar sind. Diese Inseln zählen wie die Exklaven Ceuta und Melilla aufgrund kolonialer Eroberungen zum spanischen Staatsgebiet. Die spanische Regierung verhandelte erneut mit der marokkanischen Regierung vor dem Hintergrund des Rückführungsabkommens von 1992 über die Rücknahme der Transitmigrant*innen und darüber hinaus über verstärkte Patrouillen in den Küstengewässern Marokkos (El País v. 4.9.2012).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach und nach ein Geflecht unterschiedlicher nationaler, bi- und internationaler sowie europäischer Patrouillen die südliche Seegrenze Spaniens überzieht. Dies führt zu einer Intransparenz[58] bezüglich der beteiligten Grenzpolizeieinheiten und ihrer Kompetenzen. Der zentrale Akteur ist die Guardia Civil, ob auf der Hohen See und in den Küstengewässern oder als Beamte im Senegal und Mauretanien. Sie agieren teilweise als spanische Einheit, teilweise im Rahmen von Frontex oder von »Sea Horse«. Die entscheidende Größe für das Gelingen der alltäglichen Durchsetzung des spanischen Grenzregimes ist demnach nicht die europäische Grenzschutzagentur Frontex, sondern vielmehr die grundlegende Neuausrichtung der spanischen Grenzpolitik »mit oder ohne Frontex«.[59] Ausschlaggebend war, dass es Spanien vermochte, die nord- und westafrikanischen Staaten »am Schutz der Grenzen der Länder des Nordens« zu beteiligen (The Irish Times v. 13.12.2010°; so auch Lutterbeck 2011: 138). Frontex selbst betonte dies in dem Bericht von 2011: »Bezüglich der JO EPN-Hera 2010 war die bilaterale Kooperation zwischen Spanien und Drittstaaten – Senegal und Mauretanien – der entscheidende Erfolgsfaktor.« (Frontex 2011: 44°)

Während Frontex als europäische Grenzschutzagentur inzwischen im Fokus einer kritischen Öffentlichkeit steht und auf dem besten Weg ist, zu *dem* Symbol des europäischen Grenzschutzes zu werden, wird dessen ›Erfolg‹ bei genauerer Betrachtung jedoch durch eine ungleiche transmediterrane Allianz südlicher EU-Mitgliedsstaaten mit ihren postkolonialen Nachbarstaaten auf dem afrikanischen Kontinent gewährleistet. Eine kritische Analyse der europäischen Grenze kann daher nicht nur die offizielle, europäische Grenzschutzagentur fokussieren, denn damit blieben gerade die entscheidenden mitgliedsstaatlichen Kontrollpraxen außen

57 Presseerklärung von Pro Asyl v. 22.8.2012, http://www.proasyl.de/de/news/detail/news/schwere_menschenrechtsverletzungen_an_fluechtlingen_an_der_grenze_zu_melilla/ (letzter Zugriff am 22.8.2012).

58 Mitarbeiter*innen des UNHCR und der spanische Journalist Nicolás Castellano (Expert*innen-Interviews am 11. und 14.2.2012, Madrid).

59 So spanische Mitarbeiter*innen des UNHCR (Expert*innen-Interview am 11.2.2011, Madrid).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vor. Staatstheoretisch kommt es daher darauf an, das europäische Staatsapparate-Ensemble in seiner Gesamtkomposition aus nationalen wie genuin europäischen Apparaten zu begreifen.

Nach wie vor kommt es täglich zu Auseinandersetzungen an der Grenze zwischen den devianten Praxen der postnationalen Migrant*innen und dieser komplexen, widersprüchlichen und multiskalaren europäischen Kontrollapparatur. Die Migrationsrouten verlagern sich dabei, es kommt zu riskanteren Reisewegen und auch zu einer zunehmenden Anzahl von Transit-Migrant*innen in Nord- und Westafrika. Aber eine stabile Abschottung, wie sie das Bild der »Festung Europa« suggerieren kann, ist auch trotz Offshoring und Outsourcing nicht Realität geworden. Dies ist angesichts der Komplexität des Migrationsphänomens und der Auswirkungen der imperialen Lebensweise offensichtlich auch nicht realisierbar. »Das Einkommensgefälle an der Schengener Südgrenze liegt derzeit bei mehr als 10:1. Diese Kluft ist in historischer wie weltgeographischer Sicht einmalig und fordert zu Aufständen wie zu heimlichen Grenzüberschreitungen heraus.« (Cuttitta et al. 2011: 247f.)

6.3 DISKURSANALYSE: VERRECHTLICHUNG DER SEEGRENZEN

Ich werde nun untersuchen, wie sich die politischen Auseinandersetzungen um das europäische ›Migrationsmanagement‹ in juridische Konstitutionalisierungskämpfe übersetzen. Die zentrale Frage dieser Diskursanalyse lautet also: Welche Akteur*innen streiten sich mit welchen Strategien und Taktiken um die Verrechtlichung der Seegrenze? Während sich die Protagonist*innen in Fallstudie 1 immer schon in der Rechtsform befanden, besteht dabei die Besonderheit der zweiten Fallstudie gerade darin, dass es zunächst einmal überhaupt um den Zugang zum Rechtsdiskurs geht.

So finden die Auseinandersetzungen um die rechtlichen Fragen, die sich angesichts der Europäisierung von Migrationskontrollen an den Seegrenzen stellen, bisher vor allem in der juristischen Fachliteratur statt, weil Gerichtsverfahren – und damit die konkrete Inkraftsetzung menschen- und flüchtlingsrechtlicher Normen – aufgrund der zuvor beschriebenen Machtverhältnisse an den europäischen Außengrenzen an einer Hand abzuzählen sind. Es gibt wohl kaum eine schwächere Rechtsposition als diejenige der illegalisierten Migrantin, die zwar normativ Subjekt von Menschenrechten ist, jedoch faktisch ums nackte Überleben kämpft und dabei gerade keinen Zugang zum Recht hat (Buckel/Wissel 2010). Sie ist angewiesen auf die Solidarität politischer Aktivist*innen und juridischer Intellektueller, die ihr überhaupt erst ermöglichen, als Rechtssubjekt zu agieren. So problematisch die

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bloß formale Rechtssubjektivität auch ist (Buckel 2008b), so existenziell ist sie zugleich unter Bedingungen kapitalistischer Vergesellschaftung. Denn ohne diesen Status ist auch keine Bezugnahme auf die formalen Freiheiten möglich, weder auf die Menschenrechte noch auf die Flüchtlingsrechte. Habermas (2011: 47) hat in Bezug auf das Europarecht hervorgehoben, dass die Entwicklung und Durchsetzung des bürgerlichen Rechts keineswegs geradlinig oder friedlich verlaufen ist, sondern vielmehr im engen Zusammenhang mit »Klassenkämpfen, imperialen Eroberungen und kolonialen Gräueln, von Weltkriegen und Menschheitsverbrechen, postkolonialen Zerstörungen und kulturellen Entwurzlungen« zu seiner heutigen Form gelangt ist. Die sozialen Bewegungen der letzten Jahrhunderte kämpften immer auch für ihre formale und tatsächliche Rechtssubjektivität und leisteten dadurch den wesentlichen Beitrag zur Herausbildung eines Systems subjektiver bürgerlicher Rechte sowie einer Rechtsordnung, die ihre Eigensinnigkeit gegenüber gesellschaftlichen, politischen und ökonomischen Machtverhältnissen – wie fragil auch immer – behauptet. Während die Kämpfe um die Befreiung aus der Sklaverei das 18. und 19. Jahrhundert prägten und die Kämpfe gegen Diskriminierung aufgrund von *race*, Geschlecht, Sexualität oder Klasse das 19. und 20. Jahrhundert kennzeichneten, so Georgi und Schatral (2012), könnten die Kämpfe gegen die restriktive Migrationskontrolle und die Diskriminierung aufgrund von Staatsbürgerschaft, das heißt die Kämpfe um die Ausweitung globaler Bewegungsfreiheit das 21. Jahrhundert maßgeblich beeinflussen – mit ungewissem Ausgang.

Im Folgenden sollen exemplarisch juridische Auseinandersetzungen um die Verrechtlichung der südlichen europäischen Seegrenze auf ihre prägende Wirkung untersucht werden. Die weitere Besonderheit dieser rechtlichen Auseinandersetzungen besteht darin, dass sie sich im *transnationalen* Recht abspielen, von dem das Europarecht nur ein Moment ist. Wenn das Sicherheitsdispositiv des ›Migrationsmanagements‹ auf die Veränderungen des Nord-Süd-Verhältnisses durch die Globalisierung reagiert, so korrespondiert dieser Entwicklung die Transnationalisierung des Rechts seit den frühen 1990er Jahren. War bereits die Durchsetzung einer genuin europäischen Rechtsform und deren Institutionalisierung in den europäischen Gerichten ein erstaunliches Beispiel postnationalen Rechts, so ist das transnationale Recht in seiner Gesamtheit noch viel fragiler und widersprüchlicher. Es zeichnet sich vor allem durch eine Fragmentierung aus (Fischer-Lescano/Teubner 2006), das heißt durch eine Vielzahl verschiedener und in keiner faktischen Normenhierarchie stehender Rechtsordnungen, welche zudem nur teilweise auf staatliche Gewaltmonopole zur Durchsetzung zurückgreifen können. Ihre jeweilige Geltung und darüber hinaus auch ihr Verhältnis zueinander sind selbst Gegenstand hegemonialer Auseinandersetzungen. Die Vervielfachung transnationaler Gerichte, zu denen auch die nationalen Gerichte gehören – sofern sie mit Weltrechtsbezug Recht sprechen – ist das wesentliche Kennzeichen dieser Transnationalisierung des Rechts. Die Frag-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mentierung ermöglicht den Rechtssubjekten skalare Strategien bezüglich der Auswahl des für ihr Anliegen geeigneten Terrains.

Im Fall der Auseinandersetzung um die Verrechtlichung der Seegrenze kommen fünf rechtliche Terrains in Frage: (1.) zunächst, ganz traditionell, das jeweilige nationale Verwaltungs- und Verfassungsrecht, welches (2.) in der EU inzwischen grundsätzlich durch das europäische Migrations- und Verfassungsrecht überformt ist. Hinzu kommen (3.) europäische und internationale Menschenrechtsabkommen sowie (4.) die Genfer Flüchtlingskonvention und schließlich (5.) diverse seerechtliche Abkommen. Die Auseinandersetzungen um Hegemonie spielen sich also zum einen sowohl innerhalb der jeweiligen Rechtsordnungen um spezifische Rechtfiguren ab, als auch zugleich um das Verhältnis, den Vorrang, die Wirkmächtigkeit der einzelnen Ordnungen selbst.

Um dies abzubilden, haben die folgenden drei Untersuchungen jeweils unterschiedliche Schwerpunkte: Die Auseinandersetzungen in der Fachliteratur um die exterritoriale Geltung des Rückschiebeverbots, die ich als erstes analysiere, finden in einem transnationalen juristischen Diskurs über die Genfer Flüchtlingskonvention statt. Der erste im Anschluss untersuchte Rechtsfall (»Marine I«) hingegen ist vom Dualismus zwischen nationalem Recht einerseits und den internationalen Abkommen des Seerechts sowie der Menschen- und Flüchtlingsrechte andererseits geprägt. Der zweite untersuchte Rechtsfall (»Hirsi vs. Italy«) wiederum hat seinen Schwerpunkt im Bereich der europäischen Menschenrechtskonvention, während das gemeinschaftsrechtliche Migrationsrecht in den Auseinandersetzungen um die Verrechtlichung der Seegrenze ein nach wie vor ungenutztes Terrain bleibt.

Die zentrale Streitfrage – welche Form auch immer sie annimmt – ist dabei jeweils diejenige nach der *exterritorialen Geltung subjektiver Rechte*. Das heißt, die politischen Auseinandersetzungen um das Outsourcing und Offshoring innerhalb des ›Migrationsmanagements‹ übersetzen sich in den Konstitutionalisierungskämpfen in die Rechtsfigur der ›exterritorialen Geltung‹.

6.3.1 Exterritoriale Geltung des Refoulement-Verbotes – Genfer Flüchtlingskonvention

Die gesellschaftlichen Auseinandersetzungen werden, sobald sie sich auf das Terrain der Rechtsform begeben, juridisch kodiert, verfremdet, eben der eigenen Logik der Rechtsform unterworfen. Die Rechtsfigur, in die sich der Konflikt an der europäischen Seegrenze übersetzt, ist das Refoulement-Verbot. In seiner klassischen Formulierung lautet es in Art. 33 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK):

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»No contracting State shall expel or return (›refouler‹) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.«

Dieses Non-Refoulement-Prinzip ist das Herzstück des internationalen Flüchtlingsschutzsystems, es dient als Einstiegspunkt für alle folgenden Rechte. »Without this, little else matters« (Gammeltoft-Hansen 2011: 44). Und es wird sehr schnell deutlich, dass die zuvor beschriebenen Praxen des Outsourcings und Offshorings mit diesem Prinzip zu kollidieren scheinen. So bietet es ein rechtliches Einfallstor für die Infragestellung der postkolonialen Konstellation, die durch die Grenzziehung stabilisiert wird. Kein Wunder also, dass sich die Konstitutionalisierungskämpfe an diesem Prinzip festmachen. Die Konfliktkonstellation hat sich allerdings in den letzten Jahrzehnten transformiert. Erst mit den weltweiten Externalisierungspraxen ist auch die juristische Problematik entstanden, wie das Prinzip unter diesen Bedingungen aufrechterhalten werden kann. Der politische Konflikt übersetzt sich demnach im rechtlichen Diskurs in den Konflikt um die exterritoriale Geltung des Non-Refoulement-Prinzips, also um dessen Geltung jenseits der europäischen Staatsgrenzen: auf der Hohen See, in den Küstengewässern oder auf dem Territorium von Drittstaaten. Die historisch erste Positivierung des Non-Refoulement-Prinzips – und deswegen beginnt diese Darstellung auch mit ihr – findet sich in der GFK.

Das »Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge« wurde am 28. Juli 1951 auf einer UN-Sonderkonferenz in Genf verabschiedet, trat am 22. April 1954 in Kraft und war eine Reaktion auf die Erfahrungen mit dem Flüchtlingselend zweier Weltkriege: »Wen immer die Ereignisse aus der alten Dreieinigkeit von Volk-Territorium-Staat, auf der die Nation geruht hatte, herausgeschlagen hatte«, beschrieb Hannah Arendt die Situation (Arendt 1955: 402f.), »blieb heimat- und staatenlos, wer immer einmal die Rechte, die in der Staatsbürgerschaft garantiert waren, verloren hatte, blieb rechtlos«. Es waren die Staatenlosen im Ersten und Zweiten Weltkrieg und darunter insbesondere die jüdischen Flüchtlinge, die das Deutsche Reich, aber auch Europa, auf der Flucht vor dem NS-Regime verließen, deren Schicksal den historischen Hintergrund der Flüchtlingskonvention darstellte. Von ihnen waren viele auf Schiffen geflohen. Und auch wenn damals bereits Zurückweisungen stattfanden, so unterschieden sich diese doch von der heutigen Situation dadurch, dass sie in den zum Staatsgebiet zählenden Küstengewässern stattfanden[60] und gerade nicht auf der Hohen See oder in den Küstengewässern anderer Staaten. Das heißt, »[e]ine *extraterritoriale* Zurückweisung von Flüchtlingen war zur Zeit des Entwurfs der Konvention noch nicht vorgekommen und daher wohl auch nicht bedacht worden« (Rah 2009: 163, Herv. S.B.). Die Kategorie der »Boatpeople« entstand erst in den 1970er Jahren im Kontext des Vietnamkriegs, und erste Strategien

60 Art. 2 Abs. 1 Seerechtsübereinkommen.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Externalisierung bildeten sich erst 1981 mit der Verfügung No. 12324[61] des US-amerikanischen Präsidenten Ronald Reagan heraus, durch welche er die Rückschiebung von Booten haitianischer Flüchtlinge anordnete – »wahrscheinlich das Modell für alles, was darauf folgte« (Goodwin-Gill 2011: 443°).

Die gesellschaftliche Realität seit Inkrafttreten der Normen der GFK hat sich also grundlegend verändert, wodurch eine klassische juristisch-methodische Problematik entstand: nämlich die Frage der *normativen* Geltung einer Rechtsnorm unter *faktisch* veränderten Umständen. Was bedeuten in der heutigen Situation die Begriffe »expulsion«, »return« und »refouler«? Muss ihr Sinngehalt an die veränderten Verhältnisse angepasst werden oder aber gilt einzig die Sinngebung der historischen Vertragsparteien? Und wenn ja, welche war das und wie lässt sie sich eindeutig feststellen? Genau hier setzen nun die Auseinandersetzungen um Hegemonie an, die, um es noch einmal zu betonen, gesellschaftliche Kämpfe um das postkoloniale Grenzregime sind, die auf das rechtliche Terrain transponiert und dort in den eigenlogischen juridischen Verfahren ausgetragen werden.

Bevor ich diese im Folgenden skizziere, soll zunächst noch genauer bestimmt werden, was unter »Exterritorialität« im juristischen Sinne verstanden wird: Wo endet das Territorium? Aufgrund seerechtlicher Übereinkommen zählt das Küstenmeer zum Staatsgebiet. Jeder Staat hat das Recht, die Breite dieses Küstenmeers auf bis zu zwölf Seemeilen festzulegen.[62] Erst danach beginnt die Hohe See, zunächst mit einer seerechtlichen Anschlusszone an das Küstenmeer von bis zu 24 Seemeilen von der Basislinie an. In der Anschlusszone besitzt der Küstenstaat zwar keine Souveränität mehr, kann aber Kontrollen, etwa zur Sicherung der Einreisebestimmungen, durchführen. Im Anschluss an diese 24 Seemeilen gilt das Prinzip der »Freiheit der Hohen See«,[63] welches die Abwesenheit staatlicher Macht bedeutet (Rah 2009: 67) und daher u.a. jedem Staat das Recht garantiert, Schiffe unter seiner Flagge auf der Hohen See fahren zu lassen.[64] Die Hohe See ist somit eines der wenigen staatsfreien Gebiete auf der Welt. Daher beginnt genau hier die juridische Auseinandersetzung: Gilt die GFK auch in dieser Zone? Darüber hinaus ist fraglich, wie es sich in den Küstengewässern afrikanischer Staaten, also jenseits des europäischen Territoriums und des staatsfreien Gebietes der Hohen See, verhält.

Die Auseinandersetzung zwischen einer weiten und einer engen Auslegung des Non-Refoulement-Prinzips folgt spezifischen juristischen Diskursregeln. Das Völkerrecht sieht ein gewohnheitsrechtlich vorgeschriebenes Argumentationsverfahren vor: Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge folgt gemäß Art. 31ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) der zentralen Auslegungsregel, dass ein Vertrag

61 Exec. Order No. 12324, 3 CFR 2(c)(3), S. 181.

62 Art. 3 Abs. 1 Seerechtsübereinkommen.

63 Art. 87 Seerechtsübereinkommen.

64 Art. 90 Seerechtsübereinkommen.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen« ist (Art. 31. Abs. 1 WVK).

Nur in solchen Fällen, in denen die Bedeutung »dunkel und mehrdeutig« bleibt, sieht Art. 32 WVK »ergänzende Auslegungsmittel« vor, u.a. die Berücksichtigung jener Dokumente, die Auskunft über den historischen Willen der vertragsschließenden Parteien geben können, der sogenannten *travaux préparatoires*. Im Laufe der Zeit haben die juridischen Intellektuellen aus diesen Normen eine Prüfungsreihenfolge entwickelt, die zunächst den Wortlaut einer Norm betrachtet. Bleibt dieser mehrdeutig, wird der historische Wille berücksichtigt, das heißt die dokumentierte Verhandlungsgeschichte gemeinsam mit den Umständen des Vertragsschlusses – allerdings nur als ergänzendes Auslegungsmittel. Daran schließt sich eine systematische Berücksichtigung des Normenkontextes der Norm an und schließlich folgt die entscheidende Auslegungsregel, die in Zweifelsfällen den Ausschlag gibt: die Auslegung nach »Sinn und Zweck« der Norm (teleologische Auslegung). Außerdem kann noch gem. Art. 31 Abs. 3 WVK die spätere staatliche Praxis als konkludente Auslegung berücksichtigt werden. Dieses methodische Verfahren ist selbst schon Ergebnis vergangener hegemonialer Kämpfe um die Auslegung von Art. 31ff. WVK. Es nimmt eine dem Wiener Vertragstext folgende Bevorzugung der »objektiven« und »dynamischen« Interpretation gegenüber einer »subjektiven«, auf den historischen Willen der Vertragsschließenden abstellenden Interpretation vor. Die Darstellung folgt nun diesen Diskursregeln:

(a) Auseinandersetzungen um die Deutungen des Wortlauts

Das zentrale Argument der Befürworter*innen einer weiten Auslegung des Wortlautes von Art. 33 Abs. 1 GFK stellt darauf ab, dass es im Wortlaut selbst keinerlei Beschränkung auf das Territorium gebe. Wenn man berücksichtige, dass die Mehrheit der Vorschriften der GFK-Rechte an territoriale Bedingungen geknüpft (Goodwin-Gill/McAdam 2007: 246) und nur ein Kern sehr essentieller Rechte ohne materielle oder territoriale Verknüpfung garantiert wurde – eben auch das Non-Refoulement-Gebot – (Moreno-Lax 2011: 205), werde die nicht-territoriale Geltung des letzteren deutlich.

Dem hat das US-amerikanische Verfassungsgericht in der *Rechtssache Sale*[65], die im Abschnitt (e) näher dargestellt wird, eine enge Auslegung des Wortlautes entgegengesetzt: Der Begriff »return« müsse in seiner rechtlichen Bedeutung rekonstruiert werden und diese sei enger als seine gewöhnliche Bedeutung. »Return« umfasse eher passive Abwehrhandlungen an der Grenze (abweisen) als Rücktrans-

65 Sale v. Haitian Centres Council Inc., 509 U.S. 155 (1993).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

porte in das Herkunftsland.[66] Diese Auslegung wurde in der Literatur stark kritisiert. Denn der Wortlaut sei nach der Auslegungsregel der Wiener Vertragsrechtskonvention nach seiner gewöhnlichen Bedeutung auszulegen. Und diese umfasse nun mal auch das Zurücksenden an einen vorherigen Ort (Fischer-Lescano/Löhr 2007: 9). Diese Position vertrat auch Justice Blackmun, Richter am Supreme Court, der als einer der liberalsten Verfassungsrichter der USA galt und die Mindermeinung zum Urteil formulierte: Die gewöhnliche Bedeutung von »return« sei es, eine Person zu einer früheren Position zu verbringen.[67] Darüber hinaus sei die Argumentation auch deshalb zweifelhaft, weil sich selbst im Rahmen einer engen Interpretation, *a maiore ad minus* argumentieren ließe: Wenn schon die einfache Verweigerung der Einreise an der Grenze mit Art. 33 Abs. 1 GFK unvereinbar ist, so müsse dies erst recht für die vom Staat aktiv durchgesetzte Rückkehr in das Verfolgerland gelten (Rah 2009: 162).

Gegen die enge Interpretation des Wortlautes wird daher beinahe einstimmig (Moreno-Lax 2011: 205) vorgebracht, dass die Begriffe eindeutig seien: »Vulnerable refugees shall not be returned. The language is clear«,[68] so Richter Blackmun. Insofern gelte für die das Urteil tragenden Richter*innen: »They make clear words unclear« (Mathew 2003). Allerdings gibt es auch eine Minderheitenposition in der Literatur, die sich dem Verfassungsgericht in dem Argument anschließt, dass »die Sprache […] zu keiner Klarheit bezüglich der Anwendung jenseits der physikalischen Grenzen führt« (Gammeltoft-Hansen 2011: 59°). Die Mehrheit jedoch argumentiert, Art. 33 Abs. 1 sei nicht nur klar darin, was er sage, sondern gerade auch in dem, was er nicht sage: Er enthalte keinerlei geographische Beschränkung. Er schränke ein, *wohin* ein Flüchtling gesendet werden kann, und nicht *von wo aus*.[69] Dieses Argument ist vielfach wiederholt worden (Gammeltoft-Hansen 2011: 57). »In der Tat, was zählt, ist wohin der Flüchtling nicht zurückgesendet werden darf. Die Frage, von wo aus die Handlung initiiert wird, erübrigt sich hingegen« (Moreno-Lax 2011: 206°).

(b) Der historische Wille

Die zentrale Argumentation des US-amerikanischen Verfassungsgerichts – die letztlich zu dem Urteil führte, wonach ein Staat außerhalb seines Küstenmeers keinen flüchtlingsrechtlichen Bindungen unterliegt – basiert auf der Auslegung der Entstehungsgeschichte der Genfer Flüchtlingskonvention. Die GFK war nach Vorbereitungen durch einen Ad-hoc-Ausschuss auf einer Konferenz der Generalbevollmächtigten im Juli 1951 in Genf erarbeitet und beschlossen worden. 26 Staaten,

66 Ebd., S. 155, 181ff.

67 Dissenting Opinion, Justice Harry A. Blackmun, 509 U.S. 155 (1993), S. 191.

68 Ebd., S. 190.

69 Ebd., S. 193.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

darunter auch Nicht-UN-Mitglieder sowie zwei weitere mit Beobachtungsstatus, waren darin vertreten. Auf dem ersten Treffen hatte nun der schweizerische Delegierte Zutter die genaue Bedeutung des Begriffs ›refoulement‹ thematisiert, da dieser verschiedenste Interpretationen zulasse. Während der im Wortlaut erstgenannte Begriff ›expulsion‹ ganz klar Flüchtlinge umfasse, die bereits das Territorium erreicht hätten, weise ›refoulement‹ eine unklarere Bedeutung auf. Der Begriff könne seiner Auffassung nach allerdings nicht auf einen Flüchtling angewendet werden, der noch nicht das Territorium eines Landes erreicht habe.[70] Der Delegierte bestand darauf, dass die Konferenz diesen Punkt vollkommen klären müsse, weil die Schweiz nur einer Fassung in der von ihm vertretenen Interpretation zustimmen könne. Dieses Bedenken wurde von einer Reihe von Staaten geteilt (von Frankreich, Italien, Schweden, Niederlande und der BRD). Auf dem letzten Treffen der Konferenz rief dann der niederländische Repräsentant Baron van Boetzelaer diese Anmerkungen in Erinnerung, um zu betonen, dass in einem möglichen Fall der Massenmigration über Grenzen hinweg keinerlei Verpflichtungen aus dem Refoulement-Verbot abgeleitet werden könnten. Die Festlegung auf eine solche Interpretation sei von großer Bedeutung für die niederländische Regierung. Um eine mögliche Mehrdeutigkeit auszuschließen, verlangte er daher, offiziell festzuhalten, dass die Konferenz mit einer solchen Interpretation übereinstimme. Da es keine Einwände dagegen gab, erklärte der Präsident der Konferenz, dass diese Interpretation »zu Protokoll genommen« werden könne.[71]

Der US Supreme Court schlussfolgerte nun daraus, dass obwohl es nicht völlig klar sei, was die Bemerkung des Präsidenten (»zu Protokoll nehmen«) bedeutete, es zumindest nicht geleugnet werden könne, dass es im Juli 1951 einen »generellen Konsens« gegeben habe und dass diverse Delegierte das Recht des Non-Refoulement nur auf Flüchtlinge angewendet wissen wollten, die sich physisch bereits im Aufnahmestaat befinden. Dieser »Konsens« stütze solide die Zurückhaltung des Gerichts in Bezug auf eine weitere Auslegung des Wortlautes.[72]

Die Gegner*innen dieser Interpretation der Vorgänge, wie zum Beispiel der UNHCR in seinem Amicus-Curiae-Brief zum *Sale*-Verfahren, wiesen darauf hin, dass es sich nur um die parlamentarische Geste eines Delegierten gehandelt habe, die nicht die Oberhand über die gesamte Konferenz gewonnen habe. Auch Justice Blackmun wandte ein, dass die isolierte Stellungnahme eines Delegierten nicht die offensichtliche Bedeutung des Vertrages selbst verändern könne.[73] Zudem hätten die beiden Delegierten diese Interpretation im Zusammenhang mit der Forderung nach dem Recht, die Grenzen für große Gruppen von Flüchtlingen zu schließen,

70 Doc. A/CONF.2/SR. 16, S. 6.

71 Doc. A/CONF.2/SR.35, S. 21.

72 Rs. Sale (Fn. 65), S. 187f.

73 Justice Blackmun (Fn. 67), S. 194.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vorgetragen. Und da sich niemand ernsthaft dafür eingesetzt habe, dass der Schutz der GFK von der Anzahl der Flüchtlinge abhänge, gebe es starke Anzeichen dafür, dass die Konferenz auch das Recht zum Schließen der Landgrenzen ablehnte. Die Mehrheit des Gerichtes könne sich insofern gar nicht darauf stützen, dass sich van Boetzelaers Interpretation durchgesetzt habe, zumal seine Interpretation lediglich »zu Protokoll genommen« wurde, wohingegen formellen Änderungen der Konvention »zugestimmt« wurde bzw. diese »angenommen« wurden.

> »Alles in allem können die Fragmente der Verhandlungsgeschichte, auf die sich die Mehrheit stützt, nicht berücksichtigt werden, da sie niemals abgestimmt oder angenommen wurden und wahrscheinlich nur eine Minderheitenposition repräsentieren. Auf jeden Fall adressierten sie das Thema der vorliegenden Rechtssache nicht.«[74]

Denn da eine extraterritoriale Zurückweisung von Flüchtlingen zu dieser Zeit noch gar nicht vorgekommen war, gebe es keinerlei Grund zur Annahme, dass die Delegierten die spätere Praxis der Vereinigten Staaten vorhergesehen oder gar als richtig beurteilt hätten (Hathaway 2005: 337).

Der zentrale Einwand gegen die historische Auslegung lautet allerdings, dass die Heranziehung der Entstehungsgeschichte in diesem Fall sowieso »rechtlich irrelevant« sei (Fischer-Lescano/Löhr 2007: 12), da sie nur eine »nicht bevorzugte Alternative in letzter Instanz« sei.[75] Denn bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge komme es, anders als teilweise im nationalen Recht, gemäß Art. 31 WVK auf die übliche Bedeutung des Begriffs an und nicht auf den ursprünglichen Parteiwillen. »Das, was die Parteien mit ihren Formulierungen ursprünglich beabsichtigt hatten, spielt nach Art. 31 WVK keine Rolle. Deshalb sind auch die travaux préparatoires [...] nur als ergänzendes Auslegungsmittel [...] heranzuziehen. [...] Entscheidend ist also der durch den Vertragsschluss *verobjektivierte* Wille der Vertragspartner.« (Rah 2009: 144, Herv. i.O.) Die Entstehungsgeschichte spiele nur dann eine Rolle, wenn die Bedeutung auch nach Anwendung anderer Methoden der Auslegung nach wie vor mehrdeutig oder dunkel bleibe – und das sei hier nicht der Fall (Weinzierl/Lisson 2007: 60).

(c) Die systematische Auslegung

Auch in der systematischen Auslegung herrscht keine Einigung. Der Supreme Court stellte hier auf den zweiten Absatz von Art. 33 GFK ab, der eine Ausnahme zum ersten Absatz, also zum Refoulement-Verbot, normiert: für jenen Flüchtling, der als »eine Gefahr für die Sicherheit des Landes anzusehen ist, in dem er sich befindet«. Daraus schlussfolgert das Gericht, dass, wenn der erste Absatz auch auf der

74 Ebd., S. 195–198.°

75 Ebd., S. 194.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hohen See gelte, dort kein Staat den zweiten Absatz anwenden könne, weil sich die Flüchtlinge auf der Hohen See ja gerade in keinem Staat befänden. Das würde eine »absurde Anomalität« schaffen: »Gefährliche Ausländer auf der Hohen See wären berechtigt, sich auf die Vorteile von Art. 33 Abs. 1 zu berufen, wohingegen diejenigen, die in dem Land lebten, das sie ausweisen will, dies nicht könnten.«[76] Die Gegenseite argumentierte, dieser Einwand gehe ins Leere, denn der Supreme Court schließe erstens methodenwidrig von der Ausnahme auf die Regel und übersehe zweitens, dass beide Normen unterschiedliche Ziele verfolgten. Die Ausnahme des zweiten Absatzes beziehe sich auf die von dem Flüchtling ausgehende Gefahr, die aber für den Aufnahmestaat erst in der besonderen Situation entstehen könne, wenn der Betroffene sich tatsächlich in ihm aufhält (Fischer-Lescano/Löhr 2007: 10f.). Die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses kritisierte auch Justice Blackmun:

»Man fragt sich, was die Mehrheit aus einer Ausnahme gemacht hätte, die aus dem Schutzbereich des Artikels alle Flüchtlinge entfernt hätte, die ›eine Gefahr für ihre Familien konstituieren‹. In der Logik der Mehrheit würde die Aufnahme einer solchen Ausnahme wahrscheinlich Art. 33 Abs. 1 nur noch für Flüchtlinge mit Familien anwendbar erklären.«[77]

(d) Die teleologische Auslegung

Auf die teleologische Auslegungsmethode, die nach Ziel und Zweck eines Vertrages fragt, stützten sich Befürworter*innen einer weiten Interpretation des Wortlauts. Sie sei gem. Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 WVK die ausschlaggebende. Insbesondere Verträge menschenrechtlichen Inhalts müssten danach dynamisch beziehungsweise evolutiv ausgelegt werden, da andernfalls eine Anpassung an gewandelte Zeitumstände und neue Probleme – wie eben die Ausübung extraterritorialer Hoheitsgewalt – nicht möglich sei (Rah 2009: 143f., 176). Eine ähnliche Formulierung lautet, dass es gelte, die Konvention als »lebendes Instrument« auszulegen (Nicholson/Türk 2003: 37f.). Sie diene dem Zweck des effektiven Schutzes gegen Menschenrechtsverletzungen im Herkunftsstaat. Diesem Zweck würde jede territoriale Beschränkung zuwiderlaufen, denn sie würden den Unterzeichnerstaaten die

»Möglichkeit geben, sich dadurch ihren internationalen Verpflichtungen zu entziehen, dass sie de facto Grenzkontrollen vor die eigenen Hoheitsgewässer verlagern. Damit würde Staaten die Möglichkeit eröffnet, durch treuwidriges Verhalten Ziel und Zweck der GFK zu vereiteln.« (Fischer-Lescano/Löhr 2007: 10)

76 Urteil in der Rs. Sale (Fn. 65), S. 180f.

77 Justice Blackmun (Fn. 67), S. 194.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Eine strikte territoriale Interpretation führe auch noch in einer anderen Hinsicht zu einem »offensichtlich willkürlichen und unvernünftigen Ergebnis«, nämlich dem, dass ein Flüchtling, dem es gelingt illegal einzureisen, mehr Schutz beanspruchen kann als der Flüchtling, der aufrichtig seinen Asylanspruch vor den Behörden vor der Grenze geltend macht (Gammeltoft-Hansen 2011: 61°).

Justice Blackmun hatte darauf hingewiesen, dass die Konvention vor allem eine Antwort auf die Erfahrungen jüdischer Flüchtlinge in Europa während des Zweiten Weltkrieges war:

»Die tragischen Konsequenzen der Gleichgültigkeit der Welt zu diesem Zeitpunkt sind wohl bekannt. Der daraus resultierende Bann des Refoulements, so breit wie der humanitäre Zweck, der ihn inspirierte, ist hier leicht anwendbar – der Beteuerungen der Ohnmacht und des Bedauerns durch das Gericht ungeachtet«.[78]

Nach einer teleologischen Auslegung gelte es, auf die Ausübung von Hoheitsgewalt (jurisdiction) abzustellen, das heißt auf ein funktionales Verständnis der räumlichen Anwendung. So sei die Verantwortlichkeit eines Staates davon abhängig, ob die relevante Handlung dem Staat als Ausübung seiner Hoheitsgewalt zugeordnet werden könne (Rah 2009: 166). Die GFK selbst enthalte zwar keinen Verweis darauf, sie könne aber durch Bezugnahme auf Regelungen in anderen menschenrechtlichen Verträgen ausgelegt werden (ergänzend nach Art. 32 WVK). So enthielten sowohl der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte als auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) solche Anknüpfungspunkte im Zusammenhang mit dem dort ebenfalls garantierten Non-Refoulement-Prinzip (Rah 2009: 168). Dies könne eine zusätzliche Stütze einer weiteren Auslegung des Wortlautes sein (Gammeltoft-Hansen 2011: 93).

Es gibt jedoch auch eine entgegengesetzte teleologische Auslegung, wonach die GFK wesentlich als territorialer Vertrag gegründet wurde, sodass man vernünftigerweise nicht von den Staaten erwarten könne, dass sie sich selbst in Flüchtlingsangelegenheiten jenseits dieser Geltung binden (Grahl-Madsen 1963/1997). Und auch das britische House of Lords argumentierte in einem Rechtsstreit, dass der Fokus der Konvention auf der Behandlung von Flüchtlingen im Aufnahmestaat liegt. Die GFK sei explizit ein Instrument mit Bezug auf den Flüchtlingsstatus, weswegen die Rechte von Flüchtlingen im Asylaufnahmestaat betont würden.[79]

Diese Argumentation sei fehlerhaft, so wiederum die Gegenseite, denn es könne aus der Tatsache, dass die Mehrheit der garantierten Rechte eine Präsenz auf dem

78 Ebd., S. 208.°

79 Lord Bingham of Cornhill in R. (European Roma Rights Centre and Others) v. Immigration Offcier at Prague Airport and Another, House of Lords, [2004] UKHL 55, 9 v. 9.12.2004, Rn. 16.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Territorium voraussetzt, nicht der territoriale Anwendungsbereich des Refoulement-Verbots geschlussfolgert werden. Aus der Entstehungsgeschichte gehe vielmehr eindeutig hervor, dass noch weitere Rechte der Konvention (Art. 12, 29, 16 I) exterritorial anwendbar seien. Und gegen Grahl-Madsen wird eingewandt, dass in der heutigen globalisierten Welt die Prämisse der territorialen Geltung ohnehin nicht mehr gelte. Die Begründer*innen der Konvention hätten schließlich nicht voraussehen können, dass die Staaten ihre Migrationskontrollen auf die Hohe See oder andere Staatsgebiete verlagern würden, um Asylsuchende davon abzuhalten, ihre Grenzen zu erreichen (Gammeltoft-Hansen 2011: 62f.).

(e) Die Staatenpraxis

Schließlich gibt es noch eine weitere Auslegungsmethode, die ergänzend die Staatenpraxis nach Abschluss der Genfer Flüchtlingskonvention berücksichtigt.[80] Dabei ist allerdings bereits umstritten, wie diese Methode überhaupt zur Anwendung kommen kann. Denn würde jedem Bruch von Menschenrechtsnormen ein normativer Einfluss als Beweis für die Rechtmäßigkeit einer restriktiven Interpretation zugemessen, würde dies zur Reduzierung des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes als solchem führen. Die Staatenpraxis müsse, so die vermittelnde Position, daher daran gemessen werden, bis zu welchem Grad sie aus der Überzeugung heraus erfolgt, dass sie unter den geltenden relevanten Rechtsnormen zulässig sei (ebd.: 73).

Wenn man sich nun nach relevanten staatlichen Praxen in diesem Bereich umsehe, sei es erstaunlich, wie wenige Beispiele man für eine Rückweisungspraxis finde, die *im Moment ihrer Anwendung* behauptet, dass sie unter Art. 33 GFK zulässig sei. Auch wenn es offenkundig Beispiele für solche Rückweisungen gebe, die im Refoulement endeten, so behaupte die Mehrheit der beteiligten Behörden dabei immer, dass nur ›illegale Migrant*innen‹ und keine ›Flüchtlinge‹ darunter waren. Auch wenn diese Umetikettierung ein ernsthaftes Problem darstelle, so werde dadurch aber gerade die Auslegung des geographischen Anwendungsbereichs des Non-Refoulement-Prinzips nicht explizit herausgefordert. Bis zum Urteil in der *Rs. Sale* war es schwierig, überhaupt einen einzigen historischen Präzedenzfall für einen engen Wortlaut zu finden (ebd.: 74f.). Der Streit über die Auslegung bezüglich der Staatenpraxis konzentriert sich daher zum einen auf die Einschätzung des *Sale-Urteils* sowie zum anderen auf zwei weitere Maßnahmen aus Großbritannien und Australien.

Zunächst zur *Rechtssache Sale* und dem bereits mehrfach zitierten einflussreichen Urteil des Supreme Courts: Der vor dem US-amerikanischen Verfassungsgericht verhandelte Sachverhalt begann im Jahr 1983 mit einem Rückübernahmeabkommen zwischen den USA und Haiti. Kurz darauf unterzeichnete US-Präsident

80 Art. 31 Abs. 3b WVK.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Reagan dann die schon erwähnte Verfügung Nr. 12324, mit der er der Küstenwache befahl, klandestine Migrant*innen auf der Hohen See abzufangen und zurückzubringen. In der folgenden Dekade betraf dies 25.000 haitianische Migrant*innen. Nachdem Interviews an Bord der Schiffe der Küstenwache durchgeführt wurden, wurden diejenigen zurückgebracht, die als sogenannte ökonomische Migrant*innen ausgefiltert worden waren. Die anderen wurden auf US-amerikanisches Festland verbracht, um dort Asyl beantragen zu können.[81]

Als es im September 1991 zu einem Militärputsch gegen die Regierung von Jean-Bertrand Aristide auf Haiti kam und in der Folge Hunderte Haitianer*innen ermordet, gefoltert und inhaftiert wurden und Tausende aus dem Land flohen, wurden die Rückführungen zunächst suspendiert. Nur wenige Monate später allerdings, im November 1991, kündigte die Küstenwache die Wiederaufnahme der sogenannten Push-Backs an. Daraufhin klagte das Haitian Refugee Center, eine Vertretung zurückgeschobener Haitianer*innen, vor dem zuständigen Bezirksgericht von Florida. Dieses gewährte zunächst einstweiligen Rechtsschutz und verbot weitere Rückschiebungen bis zum Februar 1992. Das Berufungsgericht hob diese Entscheidung jedoch in der Folge auf. In der Zwischenzeit hatte die Küstenwache allerdings 34.000 Haitianer*innen in nur sechs Monaten abgefangen. Weil diese Vielzahl von Fällen nicht auf den Schiffen überprüft werden konnte, schuf das Verteidigungsministerium vorübergehende Unterbringungen für das Screening-Verfahren auf der US-Marine-Basis in Guantánamo auf Kuba, um einen Aufenthalt auf dem US-amerikanischen Festland zu vermeiden. Doch die Kapazitäten waren schnell überfüllt und so verfügte die Regierung unter George Bush senior im Mai 1992, als sich die Notwendigkeit abzeichnete, weitere Migrant*innen fortan auf das Festland zu verbringen, in Zukunft alle haitianischen Schiffe und Flüchtlinge ohne Prüfung des Flüchtlingsstatus zurückzuschieben, noch bevor sie das amerikanische Küstenmeer erreicht hatten. Auch der spätere demokratische Präsident Clinton änderte nichts an dieser Verfügung.[82] Daraufhin rief das Haitian Refugee Centre den Supreme Court an und rügte neben dem Verstoß gegen nationale Regelungen die Verletzung von Art. 33 Abs. 1 GFK. Diverse Menschenrechtsorganisationen legten ihre Auffassung von der Verfassungswidrigkeit der Rückschiebepraxis in Amicus-Curiae-Briefen dar, u.a. die American Immigration Lawyers Association, das American Jewish Committee, Amnesty International, die Association of the Bar of the City of New York, Human Rights Watch, die International Human Rights Law Group, das Lawyers Committee for Human Rights, die National Association for the Advancement of Coloured People, der UNHCR sowie der demokratische Senator Edward M. Kennedy. Als tragende Akteurin war zudem die Lowenstein International Human Rights Clinic der Yale Law School unter Leitung von Harald Koh eingebunden, der

81 Urteil in der Rs. Sale (Fn. 65), S. 162.

82 Ebd., S. 162–166.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mittlerweile rechtlicher Berater der Obama-Regierung ist. Schließlich wies der Supreme Court am 21. Juni 1993 die Klage u.a. aufgrund der fehlenden exterritorialen Geltung der GFK ab. Eine weitere Klage, die den Zugang von Anwält*innen auf der Guantánamo-Basis und rechtmäßige Asylverfahren für die dort inhaftierten Flüchtlinge zum Gegenstand hatte, war hingegen partiell erfolgreich.

Um auf die Argumentationsregel der »Staatenpraxis« zurückzukommen: Die Befürworter*innen einer exterritorialen Geltung des Refoulement-Verbots vertraten in Reaktion auf das *Sale-Urteil* die Ansicht, »dass die Urteile vereinzelter innerstaatlicher Gerichte allenfalls rechtsvergleichend zu diskutieren sind, aber keine völkerrechtliche Verbindlichkeit beanspruchen können« (Fischer-Lescano/Löhr 2007). Dies gelte insbesondere, da die jüngere Literatur und der UNCHR sowie verschiedene Gerichte dieser Rechtsprechung nicht gefolgt seien (ebd.). Insbesondere die Interamerikanische Menschenrechtskommission widersprach 1997 dem Urteil des Supreme Courts, als sie über diese Rechtssache zu entscheiden hatte.[83]

Sodann wurde eine weitere Staatenpraxis, diejenige Australiens, gegen die exterritoriale Geltung vorgebracht: Nachdem der norwegische Frachter »MV Tampa« am 26. August 2001 433 Asylsuchende aus Afghanistan und Pakistan aus Seenot gerettet hatte und trotz Einfahrtsverweigerung in das australische Küstengewässer eindrang, weil sich die Lage an Bord zugespitzt hatte, beschloss die australische Regierung die sogenannte »Pacific Strategy« bzw. »Pacific Solution«, die mittels Outsourcing von weiteren illegalen Einreiseversuchen auf dem Seeweg abschrecken sollte. Dies wurde durch drei Gesetze ermöglicht, welche eine rechtliche Neudefinition des einreiserelevanten Staatsgebietes durch eine sogenannte ›Migrationszone‹ vornahmen. Nur dort kann diesen Regelungen zufolge ein Asylantrag gestellt werden. Aus dieser Zone wurden die diversen Inseln sowie weitere Gebiete im australischen Küstenmeer herausgenommen. Personen, die ohne Visum auf diesen Inseln aufgegriffen wurden, wurden nicht mehr auf das australische Festland gelassen und stattdessen in Staaten wie Nauru untergebracht, die keine Vertragsstaaten der GFK sind (Rah 2009: 9f.). Damit handelte sich die australische Regierung massive Kritik der internationalen Gemeinschaft ein. Aus einer rechtlichen Perspektive sei es klar, dass Australien nicht einfach das Territorium definieren und einschränken könne, auf welchem internationale Verpflichtungen gelten, »da es ein etabliertes Prinzip des Völkerrechts ist, dass das Staatsterritorium nicht durch eine individuelle Erklärung sondern durch effektive Inbesitznahme und die Ausübung von Staatsmacht definiert wird« (Hathaway 2005: 321). Zweitens könnten Staaten, welche die GFK nicht unterzeichnet haben, nicht einfach als Gebiete effektiven Schutzes deklariert werden. Vor allem aber sei nicht klar, ob die australische Praxis tatsächlich auf eine Ablehnung einer exterritorialen Anwendbarkeit des Non-Refoulement-

83 The Haitian Centre for Human rights et al. v. United States, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-AmCHR, OEA/Ser. L/V/II.95 Doc 7 rv. at 550, 1997.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Prinzips bei Abfangmaßnahmen auf der Hohen See hinauslaufe, denn die abgefangenen Migrant*innen seien – anders als im *Sale*-Fall – nicht in ihre Herkunftsländer zurückgeschoben worden. Vielmehr habe die australische Regierung Anstrengungen unternommen, Abkommen mit Drittstaaten zu vereinbaren, um einen gewissen Schutz und mögliche Asylverfahren zu garantieren. Diese könnten zwar durchaus wiederum angefochten werden, aber die Praxis unterstütze, anders als die US-amerikanische, keine restriktive Interpretation von Art. 33 Abs. 1 (ebd.: 77).

Schließlich wurde noch eine dritte Staatenpraxis, die der britischen Einwanderungsbehörde auf dem Flughafen von Prag, als restriktive Auslegung gewertet: 2001 schlossen die britische und die tschechische Regierung ein Abkommen, welches es der britischen Einwanderungsbehörde gestattete, die Erlaubnis, in das britische Staatsgebiet einzureisen, auf dem Prager Flughafen zu erteilen oder abzulehnen – noch bevor die Migrant*innen an Bord eines Flugzeugs nach Großbritannien gelangen konnten. Diejenigen, die erklärten, sie wollten einreisen, um Asyl zu beantragen, wurden bereits hier zurückgewiesen. Nur noch 20 statt wie vorher 200 Asylanträge pro Woche aus der Tschechischen Republik konnten so auf britischem Territorium gestellt werden. Gegen diese Externalisierungsstrategie klagten sechs Roma, die in Großbritannien Asyl beantragen wollten, vor dem britischen House of Lords,[84] dem bis 2009 höchsten Gericht für England und Wales, dessen Befugnisse danach auf den neu geschaffenen britischen Supreme Court übergingen. Auch in diesem Fall ging es u.a. um die exterritoriale Geltung von Art. 33 Abs. 1 GFK, wenn es sich auch nicht um einen Fall der Zurückweisung auf der Hohen See handelte. Sowohl die britische Regierung als auch das House of Lords vertraten die oben bereits dargestellte Auffassung, dass der Anwendungsbereich des Artikels auf diejenigen beschränkt sei, die sich auf dem Territorium des Aufnahmestaates aufhalten. Die Vorinstanz, das englische Berufungsgericht war noch zu einer anderen Auffassung gelangt und hatte dabei das Urteil in der *Rs. Sale* als falsche Entscheidung kritisiert, worauf Moreno-Lax (2011: 205) hinwies, um die Widersprüche in der Entscheidungspraxis der britischen Gerichte zu betonen.

Die Befürworter*innen einer weiten Auslegung bewerteten in einer Gesamtschau der Staatenpraxen diese so, dass sich daraus keine eindeutige Haltung der Staatengemeinschaft gegen die exterritoriale Anwendung ergebe. Und wenn man zudem berücksichtige, dass diese Auslegungspraxis aus den o.g. Gründen nicht überschätzt werden dürfe, führe sie überdies zu keiner Einschränkung des Wortlautes (Gammeltoft-Hansen 2011: 81; Rah 2009: 177f.).

(f) Zwischenfazit 1

In dieser grundlegenden Auseinandersetzung um die exterritoriale Geltung des Refoulement-Verbots werden erste Diskurselemente sichtbar. Zwei entgegengesetzte

84 Fn. 79.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

juridische Äquivalenzketten nehmen Konturen an, die sich, wie in der ersten Fallstudie zu den transnationalen sozialen Rechten auch, entlang der Differenz national/transnational herausbilden. So verknüpfen sich auf der einen Seite diskursive Elemente, in deren Zentrum der national-soziale Staat steht. Die Auslegung des Refoulement-Verbots wird hier auf den historischen Vertragsschluss zwischen den Nationalstaaten zurückgeführt. Zur Geltung der GFK ist danach der physische Aufenthalt in diesen Nationalstaaten Voraussetzung. Deren Grenze sei zugleich die Grenze der Schutzwirkungen der GFK. Weil die Konvention historisch zwischen diesen Nationalstaaten entstanden sei, könne vernünftigerweise nicht von ihnen erwartet werden, dass sie sich jenseits dessen selbst binden. Die *Äquivalenzkette* lautet daher bisher: Nationalstaat – historischer Konsens – territoriale Rechte – physischer Aufenthalt. Eine erste *antagonistische Relation* wird hergestellt durch eine Abgrenzung zu Versuchen, eine Geltung jenseits der Grenze zu konstruieren. Das *Allgemeine* dieser Elemente lässt sich daher als »territorialer Flüchtlingsschutz« rekonstruieren, der allen innerstaatlichen Flüchtlingen einen Rechtsstatus sowie daraus abgeleitete Rechte zugesteht.

Die Gegenäquivalenzkette hierzu lässt sich als exterritoriales Projekt darstellen, dessen *Allgemeines* vorerst als »effektiver transnationaler Menschenrechtsschutz« nachgezeichnet werden kann. Diese diskursive Formation betont »einen Kern essentieller Rechte«, die sich historisch nicht einfach aus dem Vertragsschluss nationaler Staaten, sondern in erster Linie aus der existentiellen Erfahrung jüdischer Flüchtlinge in Europa ableiten. Daher müsse der »Bann des Refoulements« dynamisch an die gewandelten Zeitumstände angepasst werden, wobei diese sich in der exterritorialen »Ausübung von Hoheitsgewalt« konzentrieren. Die GFK wird so zum »lebenden Instrument«. Es lässt sich zudem eine starke *antagonistische Abgrenzung* zur ersten Formation ausmachen, denn die territoriale Beschränkung dieser Rechte »vereitelt« gerade den effektiven Menschenrechtsschutz. Der Ort, »wohin die Flüchtlinge zurückgeschoben werden«, wird als der zentrale konstituiert und abgegrenzt von dem »irrelevanten« Ort, an dem die Rückschiebung stattfindet. Damit wird zugleich das Territorium des national-sozialen Staates entwertet, da dieses nicht mehr der Anknüpfungspunkt des Flüchtlingsschutzes sein soll: »In der heutigen globalisierten Welt« gelte die territoriale Prämisse nicht mehr. Alle Versuche einer territorialen methodischen Begründung werden abgelehnt, sowohl die Wortlautinterpretation als auch die Bedeutung der Entstehungsgeschichte.

Die diskursiven Auseinandersetzungen um die Verrechtlichung der Seegrenze finden im fragmentierten transnationalen Recht statt. Daher konstituieren sich die Äquivalenzketten über mehrere juridische Terrains hinweg. Bisher, lediglich die GFK betrachtend, lässt sich daher noch kein hegemoniales juridisches Projekt ausmachen. Es fehlen vor allem noch Repräsentationen sowie die Integration von Gegenpositionen. Im Folgenden will ich daher den Faden aufnehmen und über die weiteren rechtlichen Terrains spannen, in denen ebenfalls Auseinandersetzungen

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

um Fragen der exterritorialen Geltung menschen- und flüchtlingsrechtlicher Normen geführt werden. Dann erst kann sich zeigen, ob sich in der Gesamtschau ein hegemoniales Projekt herausbildet.

Zum Schluss dieser ersten Untersuchung ist noch darauf hinzuweisen, dass sich der Diskurs in Bezug auf die Küstengewässer der west- und nordafrikanischen Staaten nur an einem Punkt von demjenigen zur Hohen See unterscheidet: Für diejenigen Migrant*innen, die von dort aus ihren *Herkunfts*staaten entfliehen, gilt die GFK schlicht gar nicht, weil die in Art. 33 Abs. 1 GFK geschützten Flüchtlinge gemäß der Definition des Art. 1 A Nr. 2 der GFK unbestritten nur Personen sind, die sich außerhalb des Staates befinden, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, und in den Küstengewässern befinden sie sich gemäß Art. 2 Abs. 1 des Seerechtsübereinkommens noch im Staatsgebiet des jeweiligen afrikanischen Staates. Es handelt sich daher um eine superdifferenzielle Grenzziehung: Ihr Schicksal befindet sich – bezogen auf die GFK – außerhalb des Diskurses. Werden sie von Schiffen der afrikanischen Staaten in deren Küstengewässern abgefangen und zurückgesandt, handelt es sich allerdings um einen Fall der Verhinderung der Ausreise, was wiederum mit Art. 13 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte kollidieren kann (»Jeder hat das Recht, jedes Land, einschließlich seines eigenen, zu verlassen und in sein Land zurückzukehren«). Dies wird jedoch zumeist über die Verhinderung der neu eingeführten Straftat der illegalen Ausreise gerechtfertigt.

Anders verhält es sich wiederum mit den *Transit*migrant*innen: Sie befinden sich in diesen Küstengewässern außerhalb ihres Herkunftsstaates. »Folglich entfaltet die GFK in diesen Fällen Bindungswirkung nach den oben dargelegten Grundsätzen« (Fischer-Lescano/Löhr 2007: 17).

Und findet schließlich die Rückschiebung durch europäische Schiffe und Beamte mit Genehmigung des afrikanischen Staates statt, steht wieder die Streitfrage nach der exterritorialen Geltung des Refoulement-Verbots im Zentrum, wie im Falle der Hohen See, weil sich die europäischen Beamten ja außerhalb des europäischen Territoriums befinden. Wie die Darstellung der spanischen Grenzpolitik gezeigt hat und diejenige der italienischen Politik noch zeigen wird, ist diese Praxis, zumindest offiziell, allerdings selten der Fall, weil aus genau jenen rechtlichen Gründen die Rückschiebung in der Regel an die jeweiligen afrikanischen Beamten delegiert wird (Outsourcing). Ein Diskurs, der diese de facto europäische Rückschiebepraxis unter dem Deckmantel der bloßen Ausreiseverhinderung wiederum als »Vereitelung« des Refoulement-Verbots kritisiert, ist bisher nicht in nennenswertem Ausmaß erkennbar.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

6.3.2 »Marine I« – fragmentiertes transnationales Recht: zwischen nationalem Verfassungsrecht, der UN-Anti-Folterkonvention, Seerecht und EU-Migrationsrecht

(a) »El limbo juridico«[85] – das Schicksal der Passagiere der »Marine I«

Noch heute hängt in der Eingangshalle des regionalen Koordinationszentrums des Grenzschutzes für die Kanarischen Inseln trophäengleich eine Flagge, eingerahmt und mit der Bildunterschrift versehen: »Flagge, die zu dem Zeitpunkt auf dem Schiff Marine I wehte, als es abgefangen wurde. Kommando der Guardia Civil in Mauretanien, 01.02.2007«[86]. Diese Exposition solle der Mahnung daran dienen, so der leitende Oberst des Zentrums, dass sich ein solcher Vorfall jederzeit wieder ereignen könne.[87]

Bei der »Marine I« handelte es sich um einen Frachter mit 369 Menschen an Bord, der am 31. Januar 2007 aufgrund eines Motorschadens einen Notruf senden musste. Die Geschichte der »Marine I« begann für die meisten Migrant*innen[88] jedoch über ein Jahr früher – über ein Jahr, bevor sie ins Zentrum einer für die spanische Grenzpolitik paradigmatischen Auseinandersetzung um die versuchte Einreise nach Europa rücken sollten, die sämtliche zuvor skizzierten Elemente des Outsourcings und Offshorings enthielt. Die Mehrheit der Passagiere waren indische und pakistanische Männer im Alter von 20 bis 30 Jahren, die die Kaschmirregion an der Staatsgrenze zwischen Indien und Pakistan verlassen hatten. Viele von ihnen hatten Angehörige durch Mordanschläge verloren und ihre Familien hatten nicht selten ihren gesamten Besitz verpfändet, um ihnen die Reise nach Europa zu ermöglichen: 4.000 bis 7.000 Euro verlangten die kommerziellen Migrationsnetzwerke[89] (El

85 »Limbo juridico« bedeutet »rechtliche Grauzone«; »limbo« steht zugleich für die Vorhölle.

86 Dokumentation während einer Besichtigung des Centro de Coordinacíon Regional de Canarias am 30.10.2012, Las Palmas/Gran Canaria.°

87 Im Expert*innen-Interview am 30.10.2012, Las Palmas/Gran Canaria.

88 Es existieren keine Angaben zur Geschlechtsidentität der 369 Passagiere der »Marine I«. Dies ist ungewöhnlich, weil die Anwesenheit von Frauen (und Kindern) aufgrund ihrer besonderen Verletzlichkeit selten unerwähnt bleibt. Auch der Gesamtkontext der Darstellung lässt vermuten, dass es sich ausschließlich um männliche Migranten handelte. Weil jedoch die Idenität letztlich ungeklärt blieb, wird auch die geschlechtsneutrale Schreibweise beibehalten.

89 Zur Kritik der Begriffe »Menschenschmuggler«, »Schlepper« oder »Schleuser«, die an dieser Stelle üblicherweise Verwendung finden, vgl. Forschungsgesellschaft Flucht und

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mundo v. 15.4.2007). Auf ihrer Reise durchquerten sie Asien und Afrika bis in den Südwesten des Kontinents, teilweise warteten sie sechs Monate in einem Haus, zusammen mit hundert anderen (The New York Times v. 20.4.2007), bevor sie endlich an der Küste Guinea-Conakrys gemeinsam mit 35 afrikanischen Migrant*innen an Bord eines Schiffes gehen konnten. Dieses nahm Kurs auf die kanarischen Inseln – auf Europa. Für einen pakistanischen Geschäftsmann oder eine europäische Touristin hätte diese Reise im schlimmsten Fall 24 Stunden gedauert und wesentlich weniger gekostet. Eine erfolglose Rückkehr der Passagiere der »Marine I« hingegen bedeutete verlorene Lebensgrundlagen und unüberwindbare Schulden.

Als das Schiff den Notruf aussendete, befand es sich auf der Hohen See, also im staatsfreien Gebiet und zugleich in der Seenotrettungszone des Senegals. Erst mit dem Internationalen Übereinkommen über Seenotrettung (SAR), das 1985 in Kraft getreten war, wurde ein internationales Regelwerk geschaffen, welches sicherstellen sollte, dass die Rettung von Menschen in Seenot durch die Küstenstaaten koordiniert wird. Dafür legt es Such- und Rettungszonen fest, die sich auch auf Bereiche jenseits des jeweiligen Küstenmeers erstrecken. Die konkreten Rettungszonen werden zumeist durch bilaterale Verträge bestimmt (Rah 2009: 108f.). Innerhalb dieser Zonen müssen die zuständigen Staaten in dem Moment, da sie Kenntnis von einem Seenotfall erhalten, unverzüglich Schritte einleiten, um sicherzustellen, dass die notwendige Hilfe gewährt wird (ebd.: 109). Nach Änderungen, die am 1. Juli 2006 in Kraft traten, also ein halbes Jahr vor dem Seeunglück der »Marine I«, ist dieser Staat zudem primär dafür zuständig, die Zusammenarbeit und Koordination sicherzustellen, um die Überlebenden des Schiffsunglücks an einen »sicheren Ort« zu bringen.[90] Auf den Notruf der »Marine I« hin erklärte jedoch der in diesem Fall zuständige Staat Senegal, über keine Mittel zur Rettung eines so großen Schiffes zu verfügen. Auch Mauretanien, von dessen Küste der Frachter zu diesem Zeitpunkt nur zwölf Meilen entfernt war, erklärte sich als unzuständig, da die Regierung die SAR-Konvention nicht unterzeichnet hatte (Amnesty International 2008: 30). Daher übernahm der spanische Seenotrettungsdienst (Salvamento Marítimo) mit seinem Schlepper »Luz de Mar« die Bergung (Actualidad España v. 6.2.2007). Der damalige spanische Innenminister der PSOE, Pérez Rubalcaba, erklärte später bei einer Anhörung im Innenausschuss des spanischen Parlaments: »Unser Rettungsschiff half, weil niemand sonst helfen konnte.«[91]

Einen anderen Beginn dieser Geschichte erzählte allerdings der Journalist Nicolás Castellano. Er behauptete, im Besitz von Beweisen dafür zu sein, dass die

Migration, in »Analyse und Kritik« Nr. 430 v. 23.9.1999, http://www.akweb.de/ak_s/ak430/05.htm (letzter Zugriff am 25.6.2013).

90 Kap. 3 Regel 3.1 Nr. 9 des Anhangs zur SAR-Konvention.

91 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2007, VIII Legislatur, Nr. 752 v. 21.2.2007, Sesión Nr. 44, S. 8.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

spanische Exekutive bereits im Dezember 2006, als die »Marine I« noch ohne Migrant*innen an Bord im senegalesischen Dakar anlegte, einen Satellitenempfänger am Bug des Schiffes angebracht habe, mit dem sie die ganze Zeit über das Schiff verfolgen konnte, wahrscheinlich mit dem Ziel, den kommerziellen Migrationsnetzwerken auf die Spur zu kommen.[92]

Vier Tage nach dem Notruf erreichte das spanische Rettungsschiff die »Marine I«. Es sollte jedoch noch bis zum 12. Februar 2007 dauern, also weitere acht Tage, bis es den Frachter abschleppen und die Migrant*innen in Sicherheit bringen würde. Denn so lange dauerten die diplomatischen Verhandlungen zwischen Spanien, dem Senegal und Mauretanien. Senegals Regierung weigerte sich, das Schiff anlegen zu lassen, weil sich das Land mitten im Wahlkampf befand und Präsident Abdoulaye Wade eine neue »crisis de cayucos« befürchtete. Und auch auf den Kanaren waren zu diesem Zeitpunkt Regionalwahlen. Die Ankunft eines Schiffes mit beinahe 400 Migrant*innen wäre als ein massiver Rückschlag der Grenzsicherung erschienen (die tageszeitung v. 20.3.2007). Mauretanien wiederum, dessen Hafen der nächstgelegene war, verweigerte die Einfahrt, weil es sich ökonomisch nicht in der Lage sah, die 400 Migrant*innen in ihre Herkunftsländer zurückzubringen. Die Regierung verlangte Mindestgarantien dafür, dass die Herkunftsländer der Mehrheit der Insass*innen, Indien und Pakistan, die Rücknahme akzeptieren und dass die Migrant*innen von Spanien mit eigenen Flugzeugen rücktransportiert würden.[93] Die spanische Regierung nahm zu diesem Zeitpunkt Kontakt sowohl zum UNHCR als auch zur IOM auf.[94] Mauretanien hatte verlangt, dass der UNHCR das Sichten (screening) der Migrant*innen durchführe, [95] dies geschah jedoch nicht.

Am 10. Februar unterzeichneten schließlich der spanische Staatssekretär des Außenministeriums und der Außenminister Mauretaniens das »Abkommen zwischen dem Königreich Spanien und der Republik Mauretanien zur Lösung der Situation, die mit der ›Marine I‹ entstanden ist«. Darin gestatteten die mauretanischen Behörden aus humanitären Gründen der »Luz de Mar«, die »Marine I« nach Nouadhibou zu schleppen. Spanien verpflichtete sich im Gegenzug dazu, Flugzeuge bereitzustellen, um die Migrant*innen zurückführen zu können. Erst wenn jene in Nouadhibou eingetroffen sein würden, dürfe das Schiff in den Hafen einfahren. Sodann gestattete Mauretanien ein Anlegen des Schiffes im Hafen für vier Stunden, um die Überprüfung der Passagiere des Frachters zu ermöglichen. Mauretanische Ärzte sollten dabei den Gesundheitszustand feststellen. Zudem wurde festgehalten, dass die Migrant*innen in drei Gruppen einzuteilen seien: in eine Gruppe afrikanischer Migrant*innen, die direkt zurück in die Republik Guinea-Conakry zu senden

92 Expert*innen-Interview mit Nicolás Castellano Flores am 14.2.2011, Madrid.

93 Innenminister Rubalcaba (Fn. 91).

94 BOCG Nr. 546 v. 20.4.2007, S. 817.

95 Expert*innen-Interview UNHCR Spanien (ACNUR) am 11.2.2011, Madrid.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sei, in eine Gruppe asiatischer Migrant*innen, die freiwillig zurückzukehren bereit seien, und schließlich in eine Gruppe, die keine Rückkehr akzeptieren würde und die über Spanien in ihre Herkunftsländer zu verbringen sei. [96]

Dem Abkommen ist bereits deutlich zu entnehmen, dass keine der beiden Regierungen es auch nur in Betracht zog, dass unter den Migrant*innen Asylsuchende oder anderweitig Schutzbedürftige sein könnten, deren Rückführung nach internationalem Recht, vor allem aufgrund des Refoulement-Verbotes, ausgeschlossen sein könnte. Der spanischen Regierung gelang es vielmehr, zu verhindern, dass die Migrant*innen überhaupt spanischen – und damit europäischen – Boden betreten. Sie lagerte, ganz im Sinne ihrer bisherigen Politik, die Grenzkontrolle nach Mauretanien aus. Wie gut die Kooperation mit diesem verarmten Land funktionierte, rief der Innenminister anlässlich der Anhörung im Innenausschuss zur »Marine I« noch einmal in Erinnerung: Mauretanien sei im »Kampf gegen die illegale Migration« absolut zentral. Daher seien 2003 das Rückführungsabkommen geschlossen sowie ein »Aufnahmezentrum (centro de acogida)« in Nouadhibou geschaffen worden; darüber hinaus habe das Land seine Bereitschaft erklärt, auch »außergewöhnliche Rückführungen« zu akzeptieren, also von solchen Migrant*innen, die Mauretanien mutmaßlich durchquert hatten, ohne dass exakt nachgewiesen werden müsse, dass dies tatsächlich der Fall gewesen sei. Zudem habe Spanien Mauretanien vier Küstenwachschiffe übergeben, die gemeinsam mit den spanischen Schiffen das Ablegen von der mauretanischen Küste verhindern sollten. Zusätzlich seien auch Ausrüstung geliefert und die mauretanischen Beamten in ihrer Anwendung unterrichtet worden.[97] Die Medien berichteten von einer finanziellen Entschädigung an Mauretanien in Höhe von 650.000 Euro für die Kooperation im Fall der »Marine I«. Als später der PP-Abgeordnete für Barcelona, Don Jorge Moragas Sánchez, schriftlich anfragte, was es mit dieser Geldzahlung auf sich habe, erklärte der Staatssekretär für die Beziehungen zum Parlament: »Es gab soziale und humanitäre Gründe des öffentlichen Interesses, die eine Konzession in Form einer direkten Subvention an Mauretanien rechtfertigten, die gezielt der Verbesserung der Überwachung ihrer Grenzen dient.« Diese Hilfe habe in der Auslieferung von u.a. Geländewagen, Bussen, Ausrüstung und Computern bestanden, die Mauretanien bereits im vorangegangenen Oktober versprochen worden waren und die dann endgültig am 15. Februar ausgeliefert worden seien.[98] Es sollte also der Eindruck vermieden werden, die Geldzahlung sei eine Gegenleistung für die Kooperation im Fall der »Marine I«.

Nicolás Castellano, der die Ankunft des Schiffes vor Ort verfolgt hatte, berichtete, dass die Situation an Bord der »Marine I« katastrophal gewesen sei: Die Mig-

96 Wiedergegeben lt. Urteil der Audiencia Nacional v. 12. Dezember 2007, Az.: 5394/2007, S. 6.

97 Innenminister Rubalcaba (Fn. 91), S. 7.

98 BOCG Nr. 553 v. 17.5.2007, S. 598.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rant*innen hätten aufgereiht »wie Sardinen in der Blechdose« dagelegen, das Boot sei voller Ratten gewesen und die Passagiere hätten sich unter jämmerlichen Bedingungen und in schlechtem Gesundheitszustand befunden.[99] Migrant*innen selbst berichteten später gegenüber Journalist*innen, dass die Hitze auf dem Schiff, gerade in der letzten Zeit, immer schlimmer geworden sei, es keine sanitären Vorrichtungen gegeben habe und Essen in Form von ausschließlich Reis nur alle 36 Stunden (The New York Times v. 20.4.2007). Die Männer hätten sich zu sechst eine Flasche Wasser am Tag teilen müssen. Fieber sei ausgebrochen, zudem eine Läuse- und Rattenplage. Nach Wochen auf See, vor dem Notruf, sei das Schiff von Überwachungsflugzeugen überflogen worden. Zu diesem Zeitpunkt verließen der Kapitän und die anderen Schlepper das Schiff über ein Rettungsboot und verschwanden unerkannt (ebd.). Nicolás Castellano fragte später, wie es habe sein können, dass die spanische Exekutive über den Satellitensender dem Schiff die ganze Zeit folgte und dennoch nicht in der Lage gewesen sei, die mutmaßlich russische Besatzung unter Vorwurf des Menschenhandels zu verhaften. »Warum gestatteten sie es, dass diese Besatzung ein Beiboot ergriff, an die Küste floh und verschwand? Das verstehe ich einfach nicht.«[100] In Mauretanien angekommen, realisierten die Passagiere langsam, dass sie Europa niemals erreichen würden (The New York Times v. 20.4.2007).

Nachdem die Migrant*innen von Bord gegangen waren, wurden sie von den Médicos del Mundo und dem Roten Kreuz medizinisch behandelt und von einer spanischen Polizeieinheit (Unidades de Intervencion Policial – UIP) zusammen mit diplomatischen Repräsentant*innen aus Indien, Pakistan und Guinea-Conakry sowie mit Hilfe der IOM auf ihre Herkunft hin überprüft. Eine Überprüfung ihrer internationalen Schutzbedürftigkeit fand hingegen nicht statt, da nach wie vor alle Beteiligten wie selbstverständlich davon ausgingen, dass es sich um »Illegale« handelte. Der Innenminister ließ für diesen Vorgang im Laufe der Zeit 1.330 Polizisten nach Nouadhibou verlegen, welche die Migrant*innen bis zu ihrer Heimreise überwachen sollten (El Mundo v. 15.2.2007; El País v. 16.3.2007, S. 35). Darunter befanden sich auch ein Arzt und 29 Polizisten der Einheit für Ausweisung und Rückführung (Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones). Alle 72 Stunden lösten Gruppen von jeweils 20 bis 30 Beamten einander ab. Die vorgesehenen vier Stunden Aufenthalt in Nouadhibou erwiesen sich schnell als nicht einzulösendes Versprechen.[101] Denn, wie der Innenminister erklärte: »Sie wissen, dass die Migranten niemals erklären, woher sie stammen, weil sie nicht zurückgeführt werden wollen. [...] Außerdem verkomplizierte sich die Lage, weil [...] es zur Zeit eine Destabilisie-

99 Expert*innen-Interview Nicolás Castellano (Fn. 92).

100 Ebd.°

101 Staatssekretär für die Beziehungen zum Parlament, BOCG Nr. 553 v. 17.5.2007, S. 384.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rung in Guinea-Conakry gibt, eine Ausrufung des Kriegsrechts.«[102] Aber auch diese Feststellung führte nicht zu Überlegungen, die das Verbot des Refoulements auch nur in Betracht gezogen hätten.

In einem ersten Schritt wurden, wie in dem Abkommen zwischen Mauretanien und Spanien festgelegt, zwei Gruppen à jeweils 35 Personen aus Nouadhibou ausgeflogen. Die erste Gruppe bestand aus 22 Bürger*innen aus Myanmar, zehn aus Sri Lanka und drei aus Afghanistan. Diese wurden auf die Kanaren ausgeflogen und dort in Las Palmas in dem Centro de Internamiento de Extranjeros de Barranco Seco untergebracht, weil die größte flüchtlingspolitische Organisation Spaniens, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), und das Flüchtlingshilfswerk UNHCR aufgrund der mutmaßlichen Herkunftsländer dringend die Einleitung eines Asylverfahrens nahelegten. Dazu mussten die 35 Migrant*innen nach Spanien verbracht werden, wo ihr Verfahren nach dem damals gültigen spanischen Asylgesetz[103] durchgeführt werden sollte. Die nichtstaatliche Organisation SOS Racismo warf der Regierung den Verstoß gegen das spanische Asylrecht und internationale Menschenrechtsabkommen vor, weil Konsularbeamte der Herkunftsländer die Migrant*innen identifiziert hätten, obwohl dies bei Asylantragsteller*innen verboten sei (El Mundo v. 16.2.2007). Am 26. März wurden neun der zehn Personen aus Sri Lanka nach Colombo zurückgeflogen, ohne dass ihr Status als politische Flüchtlinge überprüft worden wäre (Amnesty International 2008; Diagonal v. 12.–25.4.2007). Dieser Schritt wurde mit Art. 5.6 b) und d) des Asylgesetzes legitimiert,[104] das heißt, die Nichtzulassung zum Asylverfahren wurde entweder mit dem Nichtvorliegen von Tatsachen, die einen Flüchtlingsstatus begründen, oder mit offensichtlich falschen Angaben gerechtfertigt. Der UNHCR hingegen hatte die Aufnahme von Asylverfahren in einem Bericht vorgeschlagen. Die spanische Regierung erläuterte ihre Abweichung vom Votum des UNHCR mit »internen Fluchtalternativen«, die der UNHCR aufgrund seiner Richtlinien per se nicht prüfe. Das sei nur eine geringe Abweichung, im Großen und Ganzen herrsche aber Übereinstimmung zwischen der Regierung und dem UN-Flüchtlingshilfswerk.[105] Darüber, was mit den anderen 26 Migrant*innen dieser Gruppe geschah, gibt es keine gesicherten Informationen. In der Tageszeitung Terra hieß es am 25. April 2007 allerdings, dass zwei Personen nach Myanmar und drei weitere nach Afghanistan abgeschoben worden seien. Ob daraus jedoch gefolgert werden kann, dass die verbliebenen 21 Personen aus Myanmar und diejenige aus Sri Lanka Asylanträge stellen konnten, ist unklar.

102 Innenminister Rubalcaba (Fn. 91), S. 8.°

103 Ley 5/1984 v. 26.3., BOE Nr. 74, de 27 de Marzo de 1984; modifiziert durch Ley 9/1994 v. 19.5., BOE Nr. 122, de 23 Mai 1994.

104 Staatssekretär für die Beziehungen zum Parlament, BOCG Nr. 753 v. 21.6.2007, S. 144.

105 Ebd.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die zweite, ebenfalls 35 Personen umfassende Gruppe bestand aus Migrant*innen afrikanischer Herkunft: 24 Personen aus Guinea-Conakry, neun aus Sierra Leone und zwei aus Liberia. Diese Gruppe sollte mittels eines spanischen Militärflugzeugs nach Guinea-Conakry zurückgeschoben werden (El Mundo v. 6.4.2007, S. 13). Da allerdings kurz vor dem Landeanflug die dortige Regierung ein Landeverbot erteilte, musste die Maschine nach stundenlangem Herumirren auf den Kap Verden zwischenlanden. Dies wurde möglich, da die Beziehungen zwischen Spanien und dem Transitland Kap Verden in der Kooperation im »Kampf gegen illegale Migration« »in jeder Hinsicht exzellent« gewesen seien, so der zuständige Staatssekretär.[106] Dort wurden die Flüchtlinge erneut eingesperrt, im Comisaría de Policía Eugenio Lima, ohne Kontakt zur Außenwelt. Auch dem UNHCR wurde der Zugang verweigert. Wenige Tage später ließ sich die Regierung Guinea-Conakrys überzeugen und akzeptierte die Rücknahme der mutmaßlich von dem dortigen Territorium gestarteten Migrant*innen. Zu diesem Zeitpunkt allerdings herrschten in Guinea Unruhen nach der Ernennung des neuen Premierministers Lansana Conté, der diesem Aufstand gegen seine Herrschaft mit brutalen Armeeeinsätzen begegnete und das Kriegsrecht ausrief. Es gab Dutzende von Toten (Diagonal v. 12.–25.4.2007, S. 41; die tageszeitung v. 20.3.2007; Europa Press v. 17.2.2007). Aber wieder wurde das Refoulement-Verbot in keiner Weise in Betracht gezogen.

Die in Nouadhibou verbliebenen 199 Migrant*innen wurden weiterhin in dem Hangar am Hafen identifiziert. Während dieses Vorganges gab es keinen einzigen Anwalt, der ihnen dabei zur Seite gestanden und sie über ihre Rechte informiert hätte. Auch der UNHCR war nicht vor Ort, um die Asylberechtigung einzuschätzen, obwohl dies der spanische Außenminister Miguel Ángel Moratinos angekündigt hatte. In der Nähe der Halle befanden sich zwar zwei Mitglieder des UNHCR, die allerdings lediglich den Auftrag hatten, einen Bericht über die Situation zu erstellen (El País v. 13.2.2007). Am 14. Februar war der Prozess abgeschlossen und bis auf 23 Migrant*innen hatten alle »freiwillige« Rückkehrvereinbarungen unterzeichnet. Alle »freiwilligen« Rückkehrer*innen wurden in den kommenden Tagen, organisiert durch die IOM, nach Indien oder Pakistan zurückgeschoben, obwohl sie mehrheitlich erklärt hatten, aufgrund des Kaschmir-Konfliktes geflohen zu sein. Die IOM ist, das zeigt dieser Fall deutlich, vor allem ein internationaler Migrationskontrollapparat, welcher Staaten in der Ausübung ihrer Kontrollkapazitäten unterstützt (Georgi/Schatral 2012: 217-220).

Die Flüchtlingsinitiative Queda la Palabra bezweifelte die »Freiwilligkeit« der Rückführungen: Zeugenaussagen belegten, dass die spanische Polizei damit gedroht habe, sie unter Zwang in ihre Herkunftsstaaten zu bringen, wenn sie nicht einwilligten (El Mundo v. 10.4.2007, S. 24). Die Tageszeitung »The New York Times« (v. 20.4.2007) zitiert 24 der Abgeschobenen mit den Worten, dass viele von ihnen,

106 Staatssekretär für die Beziehungen zum Parlament, BOCG Nr. 553 v. 17.5.2007, S. 403.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

trotz der immensen Verluste, einen zweiten Versuch unternehmen wollten, nach Europa zu gelangen.

Die verbliebenen 23 Migrant*innen, die sich der »freiwilligen« Rückführung verweigert hatten, wurden daraufhin bis zum 23. Juli, also insgesamt fünfeinhalb Monate, unter spanischer Kontrolle im Hafen von Nouadhibou inhaftiert. Als Internierungslager diente dabei nicht »Guantánamito«, also das im vorigen Kapitel beschriebene, von Spanien eingerichtete Lager zur Inhaftierung von (vermeintlichen) Transitmigrant*innen, sondern ein ad hoc etabliertes Lager in einer ehemaligen Fischverarbeitungsanlage. Dabei handelte es sich um eine fensterlose Halle mit nur einer funktionierenden Toilette (El Mundo v. 20.4.2007, S. 24). Die Bedingungen, unter denen die Inhaftierten leben mussten, beschreibt »die tageszeitung« (v. 20.3.2007) folgendermaßen: »Es stinkt nach Fisch, der hier bis vor kurzem gelagert und verarbeitet wurde. Die Toiletten sind verstopft. Die gestrandeten Flüchtlinge schlafen auf verdreckten Teppichen. Ihre Decken wurden noch nie gewechselt. Die Verpflegung besteht hauptsächlich aus belegten Broten. Die meisten der Eingeschlossenen haben Krätze oder andere Hautkrankheiten. Hinaus können sie nicht. Dafür sorgen 40 spanische Polizisten, die den Hangar vom Rest des mauretanischen Hafens abschotten.« Die spanischen Zeitungen sowie diverse andere Akteur_innen, wie etwa Nicolás Castellano, lieferten ähnliche Beschreibungen. CEAR, die sich auf Aussagen der Médicos del Mundo beziehen, schildern die Situation in ihrem späteren Schriftsatz vor dem Verwaltungsgericht folgendermaßen:

»Die Luftzufuhr ist ungenügend. Die Migranten und Flüchtlinge sind dem Sonnenlicht nicht ausgesetzt, und es gibt zu keinem Moment die Möglichkeit, diesen Platz zu verlassen. Sie schlafen auf dem Boden, nur auf Plastikläufern und Decken. Der Zugang zu den Waschräumen und zur Dusche ist nicht immer gewährleistet, sondern hängt vom guten Willen der spanischen Polizei ab. Einige sind strenger als andere. Das führt dazu, dass ab und an die Migranten und Flüchtlinge in einer Ecke des Hangars in Flaschen urinieren. Was ihre geistige Gesundheit betrifft, durchlebten sie verschiedene Stadien. Am Tag des Anlandgehens war die Gruppe besonders betroffen, alle verließen das Schiff mit verlorenem Blick. Danach haben einige eine Beklemmungskrise erlitten. Grundsätzlich begleiten sie ein Angstgefühl und Sorgen, die ihnen Kopfschmerzen bereiten, sowie Schlaflosigkeit [...]. Die 23 Personen, die im Hangar verblieben sind, sind die verletzlichsten in diesem Sinne, sie sind einem großen Stress unterworfen. [...] Die Mehrheit ist beunruhigt, dass sie an ihren Herkunftsort zurückgebracht werden könnten, wo sie Opfer von Verfolgung und des bewaffneten Konfliktes werden könnten.«[107]

Außerdem berichtete CEAR von dem Druck, dem die 23 ausgesetzt waren, weil sie sich weigerten, »freiwillig« zurückzukehren: Zunächst seien sie in einen Raum von

107 Schriftsatz von CEAR in der Rs. 5394/2007 v. 3.5.2007°, liegt der Verfasserin vor.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fünf Quadratmetern eingesperrt worden, ohne Licht- und Luftzufuhr. Erst als die Médicos del Mundo sich hierüber beim Innenministerium beschwerten, wurde dies nach Tagen verändert. Ihnen sei aber weiterhin gedroht worden, dass sie in ein mauretanisches Gefängnis kämen und zu guter Letzt sowieso zurückgeschoben würden, allerdings ohne die finanzielle und administrative Unterstützung der IOM. Außerdem sei ihnen immer wieder der Toilettengang verweigert worden.[108] Die Tageszeitung »Die Welt« (v. 2.3.2007) berichtete davon, dass Helfer*innen des Roten Kreuzes ihnen Filme gezeigt und Aerobic-Übungen angeboten hätten, damit sie nicht den ganzen Tag zum Sitzen verurteilt seien.

Dieses zweite Lager symbolisiert geradezu idealtypisch den komplexen Zusammenhang zwischen der imperialen Lebensweise und dem neoliberalen Sicherheitsdispositiv: Die Anlage zur Fischverarbeitung, ein afrikanisches Unternehmen, das aus dem Fischfang ökonomischen Nutzen für die mauretanische Ökonomie hätte ziehen können, war aufgrund des massiven Konkurrenznachteils gegenüber den subventionierten EU-Betrieben geschlossen worden. Nur 12 Prozent des in mauretanischen Gewässern gefangenen Fisches wird im Land selbst verarbeitet (s.o.). Nun diente die Ruine als exterritoriales Lager zur Immobilisierung der postnationalen Subjekte.

Die zeitgleich in Spanien stattfindenden politischen Auseinandersetzungen zwischen der konservativen PP und der regierenden PSOE kreisten jedoch nicht um diese Situation der 23 Migrant*innen. Vielmehr empörte sich der Wortführer der Konservativen, der heutige spanische Ministerpräsident Mariano Rajoy, über das Verhalten Mauretaniens und des Senegals sowie über die Arbeitsbedingungen der 1.330 spanischen Polizisten. Es sei intolerabel, dass Mauretanien die Staffel an Spanien weiterreiche und spanische Polizisten in würdelosen Verhältnissen arbeiten und schlafen müssten (El Mundo v. 15.2.3007). »Spanien hat Hunderte von cayucos, die aus Mauretanien kamen, geborgen, unterstützt und willkommen geheißen. Dieses afrikanische Land weigert sich das gleiche für ein Schiff mit 400 Asiaten an Bord zu tun, das die Kanarischen Inseln angesteuert hatte.« (El Mundo v. 6.2.2007°) Diese Vorwürfe wiederholt er am 21. Februar in der Parlamentsdebatte. Das, was seit dem 3. Februar passiere, sei unaussprechlich. Niemals habe es etwas Vergleichbares gegeben: Ein umhertreibendendes Schiff mit 400 Personen. Ein Land wie Senegal, welches die Bitte Spaniens, zu handeln, ignoriere. Ein Land wie Mauretanien, welches die Bitte der spanischen Regierung um Zugang zum Hafen so lange ignoriere. Und schließlich eine spanische Regierung, die 1.000 Polizisten nach Mauretanien schicke, wo diese überhaupt keine Befugnisse besäßen; die nicht wüssten, wann sie wieder gehen würden und die einer erniedrigenden und demüti-

108 Ebd.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

genden Behandlung ausgesetzt seien.[109] Die spanischen Polizisten hatten teilweise ebenfalls auf dem Boden schlafen müssen, weil es keine Hotels in Nouadhibou für sie gab. Die Skandalisierung dieses Umstandes bei gleichzeitigem Schweigen zu den Bedingungen der Inhaftierten kommentierte Nicolás Castellano später so:

»Also, die Sorge in Spanien, im Kongress, von Mariano Rajoy und der PP war nie, was mit den Menschenrechten der 369 Personen geschieht, die in einer Halle einer Fischfabrik schliefen, nein, aber die spanischen Polizisten schliefen auf dem Boden! Das ist das Niveau des Parlaments in Spanien. Es gab viel Polemik, auch von den Gewerkschaften der Polizei.«[110]

Die Regierung hingegen betonte ihren »humanitären Umgang« mit einer »der größten Krisen der spanischen Regierung«, so der damalige Außenminister Miguel Ángel Moratinos (El País v. 16.3.2007). Und der damalige Ministerpräsident Rodriguez Zapatero erläuterte, dass die Antwort auf diese Krise zwei Ziele verfolge: humanitäre Fürsorge in Zusammenarbeit mit den Nachbarländern und zum anderen den »Kampf gegen die illegale Migration, gegen die Netzwerke der Mafia, die Personen auf einer Reise transportieren, die ins Nichts führt«.[111]

Um das erste Ziel zu belegen, bezogen sich die Regierungsmitglieder auf angebliche Reaktionen internationaler Organisationen. »Der UNHCR betont wiederholt seine Anerkennung und seine Hochachtung für die Rolle, die diese Regierung wieder einmal ergriffen hat, um eine Lösung für ein Problem zu finden«, so Zapatero.[112] Und auch der Generaldirektor der IOM habe mit Wohlgefallen beobachtet, »dass Spanien in tiefem Respekt internationaler Normen handelt, nämlich der SAR-Konvention, und in besonderem Respekt der Menschenrechte und der humanitären Praktiken«, so Innenminister Rubalcaba.[113] Das zweite Ziel, die Abwehr illegalisierter Migration, formulierte der Innenminister so: »Wir müssen ein Zeichen der Entschlossenheit an die Schleppermafia senden« (die tageszeitung v. 20.3.2007). Spanien sei nicht »das Eintrittstor nach Europa« und werde »die illegale Migration nicht weiter tolerieren« (Die Welt v. 2.3.2007).

Als die Abgeordnete der PP der Kanaren, Roldós Caballero, die humanitäre Absicht bezweifelte und auf die »inhumanen hygienischen Bedingungen« sowie die

109 Mariano Rajoy Brey während der Debatte im Plenum, Cortes Generales Diario des Sesiones Del Congreso de los Diputados, Año 2007, VIII Legislatura Nr. 233 v. 21.2.2012, S. 11757.

110 Expert*innen-Interview Nicolás Castellano (Fn. 92).°

111 Zapatero während der Debatte im Plenum, Cortes Generales Diario des Sesiones Del Congreso de los Diputados, Año 2007, VIII Legislatura, Nr. 233 v. 21.2.2012, S. 11757.°

112 Ebd., S. 11758.°

113 Rubalcaba (Fn. 91), S. 9.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»leidvollen Bedingungen« der Migrant*innen hinwies und die Vermutung anstellte, diese seien nur deswegen nicht auf die Kanaren verbracht worden, weil dies »das Ansehen des Herrn López Aguilar, des Kandidaten für die Präsidentschaft der Regierung der Kanaren, beschädigen würde«, und als sie dann noch einen Brief des Centro de Defensa y Estudio de los Derechos Humanos vom 19. Februar 2007 verlas, der besagt, dass die spanische Regierung die Grundrechte der Migrant*innen verletze und sich am Rande der Legalität bewege,[114] war es das einzige Mal in der gesamten Parlamentsdebatte, dass eine Kritik aus der Perspektive der Menschenrechte eingebracht wurde. Da sie jedoch von einer oppositionellen PP-Abgeordneten geäußert wurde, konnte die Regierung die Glaubwürdigkeit dieser Kritik leicht angreifen: Maria Pilar López Rodríguez wies die PP auf deren Form der Rückführungen hin: »Erinnern Sie sich an die Reisen ins Nirgendwo? Erinnern Sie sich, wie einige Migranten narkotisiert wurden in den Flugzeugen und sie nie in ihren Herkunftsländern ankamen? Woher nehmen Sie die Dreistigkeit [...], uns Lektionen zu erteilen, über etwas, wozu Sie in den acht Jahren, in denen José María Aznar und die PP an der Regierung waren, nicht in der Lagen waren?«[115] Und in der Tat, wie bereits im vorigen Kapitel ausgeführt, die Migrationspolitik der PSOE stellte eine moderate Wende im Vergleich zur Regierung Aznar dar: Sie erst setzte das ›Migrationsmanagement‹ als liberalisierte Form der Verbindung von Entwicklungshilfe, humanitärer Unterstützung, Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen und einem massiven Ausbau der Grenzkontrollen durch. Der Unterschied wird auch an der zuvor zitierten Äußerung Rajoys deutlich, in welcher er nach wie vor verächtlich über die Anrainerstaaten sprach. Erst die PSOE-Regierung war in der Lage gewesen, eine Zusammenarbeit mit den nord- und westafrikanischen Staaten durchzusetzen. Die Reaktion auf die Migrant*innen der »Marine I« zeigt exemplarisch diese Politik des ›Migrationsmanagements‹.

Grundlegende Kritik kam indessen nur von außerhalb des Parlaments: Neben CEAR kritisierte SOS Racismo das Verhalten der Regierung als »beschämend«. Die Regierung übernehme keine Verantwortung für die Personen in Nouadhibou, ihre einzige Sorge sei es vielmehr, genügend Sicherheitskräfte nach Mauretanien – abseits des spanischen Rechtsstaats – zu entsenden, um die Rückführung in die angeblichen Herkunftsländer zu organisieren. Dieses Vorgehen sei Ergebnis einer »Politik des Outsourcings der Grenze (política de subcontratación de fronteras)« (El Mundo v. 16.2.2007°). Die Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) übergab in Cádiz einer Subdelegation der Regierung ein Schreiben für den Ministerpräsidenten, in dem der Präsident von APDHA, Rafael Lara, seine

114 Roldós Caballero im Innenausschuss des spanischen Parlaments, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2007, VIII Legislatura, Nr. 752 v. 21.2.2007, Sesión Nr. 44, S. 22.

115 López Rodríguez, ebd., S. 25.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»große Sorge« um die Personen der »Marine I« in Nouadhibou wegen der »hyperrestriktiven Migrationspolitik« erklärte. Und auch er kritisierte, die Regierung habe elementare Menschenrechte verletzt sowie zudem die SAR-Konvention missachtet, die verlange, die Geretteten an einen »sicheren Ort« zu verbringen (Europa Press v. 22.2.2007).

Seit dem 14. März 2007 begann sodann Jesús Hidalgo Alvarez, Mitglied der kleinen militanten Gruppe Queda la Palabra, ein »bekannter Menschenrechtsaktivist« (El Mundo v. 10.4.2007, S. 24), einen Hungerstreik vor dem spanischen Abgeordnetenhaus (Congreso de los Diputados). Aufgrund der Passivität der spanischen Zivilgesellschaft und der Gleichgültigkeit der Parteien sei dies für ihn die einzige Möglichkeit, Aufsehen zu erregen (Diagonal v. 12.–25.4.2007; El Mundo v. 10.4.2007). Denn nach und nach verschwanden die Bilder der Migrant*innen aus den Zeitungen, obwohl die 23 Inhaftierten immer noch im Lager in Nouadhibou festsaßen, welches Hidalgo Alvarez als »kleines spanisches Guantánamo (pequeño Guantánamo español)« bezeichnete (ebd.°). Der Hungerstreik sollte 30 Tage dauern, in denen Hidalgo Alvarez 29 Kilo verlor.[116]

Unterdessen ereignete sich am 23. März 2007 ein zweiter Vorfall: Die italienische Patrouille »Dattilo«, die im Rahmen »Joint Operation Hera« von Frontex die Gewässer vor den Kanaren kontrollierte, entdeckte ein unter nordkoreanischer Flagge fahrendes Schiff namens »Happy Day«, das mit 300 wahrscheinlich wiederum pakistanischen Migrant*innen beladen auf die Kanaren zusteuerte. 80 Seemeilen vor der Küste von Dakar wurde es dann von dem Frontex-Schiff auf Gesuch der spanischen Polizei hin abgefangen. Die Patrouille zwang das Schiff zu einem Wendemanöver. Eine senegalesische Patrouille begleitete es anschließend nach Guinea-Conakry, von wo aus es wahrscheinlich gestartet war – und wo immer noch das Kriegsrecht galt (Diagonal v. 12.-25.4.2007, S. 41). Gil Arías, der stellvertretende Frontex-Direktor, erklärte, da das Schiff in senegalesischen Gewässern abgefangen worden war, läge die Rückführung in der Verantwortung des Senegals, gemäß dem Abkommen, welches Spanien und der Senegal unterzeichnet hätten (El Mundo v. 24.3.2007). Weder die Frontex- noch die senegalesische Patrouille versicherten sich über den Gesundheitszustand der Passagiere, die Versorgung mit Lebensmitteln oder mögliche Schutzbedürftigkeit aufgrund internationalen Flüchtlingsrechts. Als die Passagiere am 7. April in Guinea-Conakry ankamen, gingen sie von Bord, ohne kontrolliert oder inhaftiert zu werden.[117] »Die Wahrheit ist«, schrieb »La Gacetta« (am 5.4.2007°), »dass die Marine I kostspielig war, und die spanische Regierung keine Wiederholung der Verpflichtung zu Direktflügen nach Indien und Pakistan wünschte«.

116 Expert*innen-Interview mit Jesús Hidalgo Alvarez am 14.2.2011, Madrid.

117 »Flüchtlinge in Mauretanien«, Artikel v. 6.5.2007, http://no-racism.net/article/2074/ (letzter Zugriff am 16.8.2012).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Währenddessen hatten Anfang April die 23 in Nouadhibou Inhaftierten ebenfalls einen Hungerstreik als Protest gegen ihre Situation begonnen. Sie beendeten ihn allerdings drei Tage später, nachdem es scheinbar zu einer Vereinbarung mit der spanischen Regierung gekommen war, wonach diese ihnen drei Lösungen anbot: entweder auf unbestimmte Zeit im ersten Lager in Nouadhibou zu bleiben, oder sich rückführen zu lassen, oder aber nach Marokko, in den Senegal, nach Mali, Ägypten oder Südafrika transportiert zu werden. Die Migrant*innen wählten die letzte Option, doch diese wurde niemals umgesetzt.[118] Vielmehr wurde schon längst die Rückschiebung mit großer Geheimhaltung vorbereitet, wie die Presse später berichtete: »Die Médicos del Mundo [...], die regelmäßig die Insassen der Fischfabrik besuchen, konstatieren, dass die Polizei die persönlichen Daten gesammelt habe. [...] Ein Militärflugzeug und ein Kontingent der Policía Nacional können jederzeit den Transport realisieren« (Diagonal v. 26.4.–9.5.2007, S. 39°). Allerdings sollte es bis dahin noch weitere zweieinhalb Monate dauern.

Am 11. April bat der Präsident des sozialistischen Parteienbündnisses Izquierda Unida im Parlament, Gaspar Llamazares, die Regierung um Informationen darüber, welche Maßnahmen sie vorgesehen habe, um die Menschenrechte und die Sicherheit der 23 Migrant*innen zu garantieren. Er verlangte, dass Spanien sie aus humanitären Gründen gemäß internationalem Recht aufnehmen solle. Die Personen befänden sich in Nouadhibou in einem »limbo juridico«, wo sie der Hoheitsgewalt der spanischen Behörden unterstünden, ohne aber, dass ihre Grundrechte garantiert seien. Bis dahin habe weder eine juristische Autorität interveniert, noch erhielten sie Unterstützung durch Anwälte, noch hätten sie die Gelegenheit erhalten, einen Asylantrag zu stellen (Madrid Digital v. 11.4.2007). Vier Tage später veröffentlichte »El Mundo« (v. 15.4.2007) Namen und Schicksal der 23 Inhaftierten. Die Interviews hatten die Médicos del Mundo geführt.[119] Erstmals rückte das individuelle Schicksal punktuell in die Öffentlichkeit. Man erfuhr etwa von Karam, dass er Landwirt sei, 29 Jahre alt und sein Heimatdorf in Indien im Dezember 2005 verlassen habe. Seine Eltern seien vier Jahre zuvor bei einem Attentat ermordet worden. Nachdem sein Haus von »guerrilleros« durchsucht worden sei, habe er sich entschlossen, zu migrieren. Oder man erfuhr von dem Holzfäller Mair Asif: Der 28-jährige Muslim verließ sein Dorf Laly im März 2006. Auch sein Vater sei bei den permanenten Zusammenstößen zwischen Indern und Muslimen ermordet worden. »Jeder flieht, weil der Tod lauert«, erklärte er. Jactar Singh, 21 Jahre, Saisonarbeiter und verheiratet, gab an, im Januar 2005, als einer seiner Brüder ermordet worden sei, geflohen zu sein. Der 29-jährige Landwirt Satname Singh emigrierte bereits zwei Jahre zuvor. Er hatte die Information erhalten, dass er, sobald er Spanien erreichen würde, 40

118 Vortrag des Klägers, in: J.H.A. vs. Spain, UN-Anti-Folterausschuss, AT/C/41/D/323/2007 v. 21.11.2008, Rn. 106.

119 Expert*innen-Interview Jesús Hidalgo Alvarez (Fn. 116).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Tage inhaftiert und dann freigelassen werde. Er könne sich dann eine friedliche und sichere Arbeit suchen. Auf seiner Reise durchkreuzte er Äthiopien, die Elfenbeinküste, den Senegal, Mauretanien und Guinea-Conakry.

Ungefähr zeitgleich, aber ohne Absprache untereinander, reichten Anfang Mai CEAR und Jesús Hidalgo Alvarez Klagen ein – die einen beim spanischen Verwaltungsgericht, der andere vor dem UN-Ausschuss gegen Folter. Ihre Strafanzeigen gegen die spanische Exekutive waren zuvor jeweils von der Staatsanwaltschaft zurückgewiesen worden.

Noch am 21. Juni erklärte der Staatsekretär für die Beziehungen zum Parlament auf Nachfrage, dass die 23 Migrant*innen sich nach wie vor weigerten, sich von den spanischen Behörden oder der IOM identifizieren zu lassen. Sie hätten die entsprechenden Delegierten der IOM sowie Identifikationseinheiten aus Indien und Pakistan boykottiert. Bereits im April hätten UNHCR-Mitarbeiter*innen die 23 besucht und danach ein Schreiben verfasst, wonach diese ein zu schwaches Profil hätten, um sie als Flüchtlinge anzuerkennen. Denn ihre Zeugenaussagen seien konfus gewesen und sie hätten nicht nachweisen können, dass ihr Leben bei einer Rückkehr gefährdet sei. Das Schreiben des Hochkommissars, Antonio Guerres, vom 20. April 2007 an die Regierung Zapatero habe betont, dass »in dieser Gruppe keine Person ist, die internationalen Schutz benötigt«[120]. Dieses Schreiben wurde vom Staatsanwalt später auch im Verfahren vor dem spanischen Verwaltungsgericht vorgelegt.[121] Die Aussagen erscheinen widersprüchlich. So hat sich der UNHCR nie offiziell zu diesen Vorgängen erklärt – anders als in anderen Fällen. Im Expert*innen-Interview erklärt die spanische UNHCR-Mitarbeiterin im Jahr 2011, dass das Screening nur »sehr, sehr vorläufig« gewesen sei, zudem »unter dem Druck der Umstände und der Behörden« stattgefunden habe. Eine tiefergehende Untersuchung im Anschluss wäre notwendig gewesen. Und zudem gehe auch der UNHCR davon aus, dass die Migrant*innen unter spanischer Hoheitsgewalt gestanden hätten, sodass die spanischen Gesetze Anwendung hätten finden müssen, z.B. was den Inhaftierungszeitraum anging, welcher nach 40 Tagen hätte beendet sein müssen. Insgesamt fiel die Beurteilung des spanischen Vorgehens, anders als das Schreiben vom 20. April suggeriert, negativ aus: »Es war kein gutes Verfahren, auf keinen Fall. [...] Sie wollten den Eindruck vermeiden, dass man nur in ein Boot springen muss und schon in Spanien ankommt. Es war 2007 und sie hatten gerade 2006 hinter sich, wo sie gegen all diese Ankünfte ankämpften.«[122] Es war der spanischen sozialdemokratischen Regierung aber dennoch gelungen, den UNHCR so zu involvieren, dass öffentlich keine prinzipielle Kritik an dem Vorgehen der Regierung geäußert wurde, und diese sich sogar auf Aussagen des UN-

120 Lt. BOCG Nr. 573 v. 21.6.2007, S. 143.°

121 Urteil der Audiencia Nacional v. 12.12.2007, Az.: 5394/2007, S. 7.

122 Expert*innen-Interview UNHCR Spanien (Fn. 95).°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Flüchtlingshilfswerks in den anstehenden Gerichtsverfahren stützen konnte. Warum der UNHCR sich soweit integrieren ließ, bleibt unklar.[123]

Amnesty International teilte zwischenzeitlich der spanischen Regierung ihre Bedenken gegen den Umgang mit den Migrant*innen der »Marine I« mit. Die NGO vertrat die Auffassung, dass die Ausübung effektiver Kontrolle durch die spanische Regierung diese dazu verpflichte, das Völkerrecht und insbesondere die Menschenrechte zu beachten, vor allem den Schutz gegen Folter sowie das Recht auf ein faires und effektives Asylverfahren. Am 20. Juli, drei Tage vor dem Ende der exterritorialen Inhaftierung, antwortete die spanische Regierung darauf – in einer Weise, die ihre zukünftige rechtliche Grundargumentation vorwegnahm: dass ihre Intervention, obwohl Spanien keine Hoheitsgewalt in dieser Angelegenheit habe, einzig aufgrund einer humanitären Pflichterfüllung zur Rettung der in Seenot geratenen Passagiere erfolgt sei. Daher könne man ihr Verhalten nicht in Frage stellen (Amnesty International 2008: 31).

Aus der Perspektive der Kritiker*innen des Verfahrens wurde diese vermeintliche humanitäre Dimension immer wieder bestritten. »Was machte die Policía Nacional in Nouadhibou?«, fragte etwa die Defensora del Pueblo (»Ombudsmann«[124]). »Wie kann eine spanische nationale Polizei mit Polizeiuniformen humanitär arbeiten, also, obwohl sie eine Pistole und einen Gummiknüppel trugen und Leute einschlossen, an irgendeinem fernen Ort der Welt? Die Vizepräsidentin wiederholte immer nur mit stoischer Ruhe, ›ja, ja, das war humanitäre Arbeit‹.«[125]

Am 23. Juli 2007 endete dann der Aufenthalt der letzten 23 Migrant*innen in Mauretanien. Aus dem Schlussbericht der Médicos del Mundo vom 29. Juli 2007 ergibt sich, dass die Hälfte, nämlich 13 Personen mit einem spanischen Flugzeug nach Pakistan ausgeflogen wurden. Sie seien schriftlich und mündlich in Englisch und Hindi vom UNHCR darüber informiert worden, dass ihr Antrag auf Asyl abgelehnt worden sei (Defensor del Pueblo 2008: 472). Die anderen zehn Personen wurden zunächst nach Gran Canaria ausgeflogen. Vier von ihnen, bei denen der UNHCR Zweifel über das Herkunftsland geäußert und die Verbringung nach Spanien nahegelegt hatte, wurden nach Portugal ausgeflogen und in Lissabon dem Gewahrsam des Innenministeriums übergeben, welches die endgültige Entscheidung über ihre Zukunft treffen sollte (ebd.). Die portugiesische Regierung erteilte ihnen schließlich eine Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigung.[126]

Die verbliebenen sechs dieser zehn Personen, bei denen massive psychische Problem aufgrund ihrer Inhaftierung festgestellt wurden, wurden in das Centro de

123 Im Expert*innen-Interview ließ sich dieser Punkt nicht klären.

124 Ausführlich zu dieser Institution im übernächsten Abschnitt.

125 Expert*innen-Interview mit eine*r Mitarbeiter*in der Defensora del Pueblo am 14.2.2011, Madrid.°

126 Expert*innen-Interview Nicolás Castellano (Fn. 92).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Estancia Temporal (CETI) in der Exklave Melilla verbracht.[127] Zwei erhielten den Status von Asylberechtigten. Die übrigen vier sollten hingegen noch drei ganze weitere Jahre bleiben. Ihre Asylanträge waren abgelehnt worden, aber ausweisen wollte man sie aus humanitären Gründen auch nicht. Doch Papiere erhielten sie von der spanischen Verwaltung ebenfalls nicht. Das verdammte sie zu einem Verharren in der spanischen Exklave auf marokkanischem Territorium. »Man versteht die spanische Migrationspolitik nicht, wenn man Ceuta und Melilla nicht kennt«, so eine Mitarbeiterin der Defensora del Pueblo. Die Institution besuchte die vier Migrant*innen in Melilla in den Jahren 2008 und 2009.

»Es ist schon außergewöhnlich, dass die spanische Polizei vier Personen von einem Punkt der Welt an einen anderen bringt, sie in ein Centro steckt, in dem sie theoretisch nicht verhaftet sind. [...] Ganz Melilla ist ein großes Haftzentrum! [...] Du kannst nirgendwohin gehen von Melilla aus. Es gibt nur das Meer und Marokko. Zwar ist das nur ein Übergangszentrum in Melilla, kein CIE, und kein Internierungslager, das stimmt. Es gibt keinen Freiheitsentzug. Es ist vor allem ein Aufnahmezentrum. Aber die Leute von der Marine I blieben dort drei Jahre.«[128]

Eine der vier Personen war beim Besuch Ende 2009 bereits in depressivem Zustand und hatte einen psychotischen Ausbruch hinter sich. Der Defensor del Pueblo teilte daraufhin in seinem dem Parlament vorgelegten Bericht (2010: 503) seine Besorgnis über den mentalen Zustand mit. Die Mitarbeiter*innen rieten daher, dass das Innenministerium endlich eine Aufenthaltsgenehmigung erteilen solle, welche die Migrant*innen autorisierte, nach Spanien einzureisen. Sie hätten schließlich spanisches Territorium nicht irregulär betreten, sondern seien von spanischen Beamten dorthin verbracht worden. Einen Ausreisebefehl gebe es ebenfalls nicht. »Es kostete uns ein Jahr und viele Diskussionen und schließlich dauerte es sechs Monate im Jahr 2010 [...], bis endlich die spanische Regierung, der neue Staatsekretär für Migration, die Vorschläge der Defensora akzeptierte und die Aufenthaltsgenehmigung erteilte.«[129] Daraufhin wurden die vier Personen nach Barcelona transportiert, in das Hospital Sant Pere Claver, wo sie in einem Programm des Psychiaters Joseba Achótegui aufgenommen wurden. Dieser ist bekannt für seine Erfolge beim sogenannten Ulysses-Syndrom, einer Depression, die Migrant*innen oft aufgrund der Belastung während ihrer Fluchterfahrung erleiden.[130]

127 Angaben gemäß Médicos del Mundo, zit. nach Urteil der Audiencia Nacional (Fn. 121), S. 7.

128 Expert*innen-Interview Defensora del Pueblo (Fn. 125).°

129 Ebd.°

130 Expert*innen-Interview Nicolás Castellano (Fn. 92).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mit der Einweisung der vier letzten Passagiere der »Marine I« im Juni 2010 in die Psychiatrie in Barcelona endete für die letzten von ihnen die lange Reise, die sie teilweise 2005 begonnen hatten.

(b) Anzeige bei der Generalstaatsanwaltschaft: der »sichere Ort« des Seerechts

Bereits im April des gleichen Jahres verlagerte sich der Konflikt auch auf das juridische Terrain. Es begann eine Serie juristischer Auseinandersetzungen, die bis zum heutigen Tage nicht abgeschlossen ist. Das erste juristische Mittel, welches Jesús Hidalgo Alvarez im Namen von 50 NGOs sowie der grünen Partei einerseits sowie CEAR und SOS Racismo andererseits ergriffen, war eine Anzeige Anfang April 2007 bei der Generalstaatsanwaltschaft, um die Verantwortung der Regierung überprüfen zu lassen (El Mundo v. 10.4.2007, S. 24; La Vanguardia v. 5.–6.4.2007).

Die von Hildalgo Alvarez verfasste Anzeige forderte, die Vorfälle zu untersuchen und anzuordnen, dass die Migrant*innen sofort auf spanisches Territorium zu verbringen seien. Die aktivistisch und untechnisch verfasste Anzeige basierte im Wesentlichen auf drei juristischen Argumenten. Zunächst auf einem seerechtlichen: Nach Art. 2.1.10 Kap. 2 SAR müssten die geretteten Personen an einen »sicheren Ort« gebracht werden und sofortige medizinische Unterstützung erhalten sowie schnellstmöglich evakuiert werden. Die spanische Regierung hingegen, obwohl sie sich immer wieder auf die seerechtlichen Abkommen beziehe, habe keine einzige dieser Vorschriften befolgt. Die Migrant*innen seien nicht an einen sicheren Ort verbracht worden, denn angesichts der Lebensbedingungen in den Anrainerstaaten der Kanaren erfülle einzig Spanien die Bedingungen eines solchen Ortes. Darüber hinaus sei es zwei Wochen lang zu keiner medizinischen Versorgung und keiner Evakuierung gekommen. Die menschlichen Grundbedürfnisse seien nicht sichergestellt worden. Da Mauretanien zudem die SAR-Konvention überhaupt nicht unterzeichnet habe, stelle sich die Frage, auf welcher rechtlichen Grundlage die spanische Regierung die »Marine I« nach Mauretanien habe schleppen lassen:

»Spanien gewährte laut Presse Mauretanien eine Kompensation für die Aufnahme der Migranten von ca. 650.000 Euro. Dies ist für uns der klare Beweis dafür, dass die spanische Regierung eines der ärmsten Länder Afrikas ›kaufte‹, in dem zudem die Menschenrechte nicht beachtet werden und welches auch keine demokratische Verfassung besitzt. [...] Viele Fragen und Irregularitäten, die in unseren Augen untersucht werden müssen.«[131]

Die Definition des »sicheren Ortes« ist juristisch hoch umstritten: Umfasst Sicherheit nur die Sicherheit vor dem Ertrinken sowie die anschließende medizinische Versorgung oder aber darüber hinaus auch flüchtlingsrechtliche Sicherheitsvorkeh-

131 Strafanzeige liegt der Verfasserin vor.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rungen, wie den Schutz vor dem Refoulement und den Zugang zu einem Asylverfahren? Wird im Kontext der GFK die Auseinandersetzung um die Rechtmäßigkeit der exterritorial ausgeübten Hoheitsgewalt anhand des Refoulement-Verbots geführt, so ist der seerechtliche Anknüpfungspunkt für diese Streitfrage der »sichere Ort«. Denn seit mit der Anwendung der Strategie des Offshorings begonnen wurde, kam es immer wieder zu Vorfällen, bei denen Kapitäne, die Migrant*innen in Seenot retteten und diese in einen europäischen Küstenstaat verbrachten, mit Strafprozessen wegen angeblicher Beihilfe zur illegalen Einwanderung zu rechnen hatten. Das führte wiederum zu einem massiven Rückgang der Bereitschaft zur völkerrechtlich garantierten Seerettung. Die vielen tausend Toten auf dem Mittelmeer sind auch eine Konsequenz dieser Praxis. Dazu trug zudem bei, dass die Weigerung der Küstenstaaten, Gerettete an Land gehen zu lassen, den ökonomischen Interessen der Reedereien zuwiderläuft. »Aus Angst vor finanziellen Folgen, unter möglichem Druck der Schiffseigner und wegen des meist engen Zeitplans kann es vorkommen, dass in Seenot geratene Personen nicht gerettet werden, wenn der Kapitän befürchtet, dass es sich bei ihnen um Migranten handelt. Schließlich können Verzögerungen im Zeitplan je nach Größe eines Schiffes zwischen 2.000 und 70.000 Euro pro Tag betragen« (Rah 2009: 104).

Aufgrund der zunehmenden Unsicherheiten, die als Gefahr für die Rettungsbereitschaft angesehen wurden, beschäftigte sich die Internationale Seeschifffahrtsorganisation (IMO) bereits seit den 1990er Jahren mit Problemen der Seenotrettung von Migrant*innen. Die zuständigen IMO-Ausschüsse kooperierten mit dem UNHCR und anderen UN-Unterorganisationen in einer Inter-Agency-Gruppe. Diese nahm vor allem die fehlende Definition des »sicheren Ortes« in den Blick, an den die Kapitäne die geretteten Personen zu bringen haben. Während die norwegischen Delegierten vorschlugen, dem Kapitän einen Rechtsanspruch zu verleihen, die Geretteten in einen Hafen seiner Wahl zu bringen, weigerten sich die spanischen Delegierten mit dem Argument, dass dies nur von Menschenschmugglern ausgenutzt werden würde. Daher sollten die Geretteten in den Herkunfts- bzw. Abfahrtsort zurückgebracht werden. Jegliche staatliche Verpflichtung zur Aufnahme von Schiffbrüchigen fehlte hingegen im spanischen Vorschlag (ebd.: 114ff.). Der schließlich 2003 und 2004 verabschiedete Kompromissvorschlag, der mit Wirkung zum 1. Juli 2006 – also ein halbes Jahr vor dem Ereignis der »Marine I« – in Kraft trat und die beiden Konventionen SAR und SOLAS gleichlautend änderte, führte in Bezug auf die Definition des »sicheren Ortes« jedoch zu keiner Klarheit, was die massive Uneinigkeit an diesem Punkt verdeutlicht: Nach Kap. Art. 33.1 der Anlage zum SOLAS-Abkommen und der identischen Regel 3.1.9 des dritten Kapitels der SAR-Konvention wird die primäre Verantwortung für die Bereitstellung eines »sicheren Ortes« nun zwar beim Küstenstaat der entsprechenden Rettungszone verortet. Daraus folgt jedoch keine Verpflichtung, die geretteten Personen dauerhaft in dessen Staatsgebiet aufzunehmen. Er ist lediglich verpflichtet, die Zusammenarbeit bei der

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Übernahme der Schiffbrüchigen zu gewährleisten. »Der politische Druck auf den primär zuständigen Staat hat sich damit aber erhöht.« (Ebd.: 118) Wie bereits geschildert, hatte allerdings im vorliegenden Fall der Senegal, in dessen Seenotrettungszone sich die »Marine I« bei Aussenden des Notrufs befunden hatte, nichts dergleichen unternommen, sodass schließlich ein spanisches Schiff dem Notruf folgte.

Im Anschluss an die Verhandlungen hatte jedoch der IMO-Ausschuss zur Maritimen Sicherheit am 20. April 2004 nachgelegt und zur Auslegung dieser geänderten Vorschriften »Richtlinien zur Behandlung von aus Seenot geretteten Personen«[132] angenommen, auf die sich Hidalgo Alvarez in seiner Anzeige stützte. Diese Richtlinien gehen zum Teil über die SOLAS- und SAR-Änderungen hinaus. Zwar wird auch hier der für die Seenotrettung zuständige Staat nicht verpflichtet, die Migrant*innen selbst aufzunehmen, aber er ist dafür zuständig, einen »sicheren Ort« für sie ausfindig zu machen. Diese Richtlinien nehmen nunmehr eine Definition vor:

»A place of safety is a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination.« (Rn. 6.12)

Diese Definition ging nach Auffassung der spanischen Delegation über den Anwendungsbereich der geänderten Abkommen hinaus. Es handele sich nicht um Auslegungshilfen, sondern um neue Verpflichtungen, die nur durch Verträge, nicht aber durch unverbindliche Richtlinien vereinbart werden könnten (Rah 2009: 120). Spanien schlug stattdessen vor, alle Verweise auf den »sicheren Ort« zu streichen. Auch Malta schlug ähnliche Änderungen vor, die aber ebenso wenig wie die spanischen angenommen wurden, weswegen Malta die Richtlinien bis heute nicht anerkennt (ebd.: 121).

Flüchtlingsrechtsexpert*innen hingegen argumentieren, dass das Seerecht nicht isoliert von den menschen- und flüchtlingsrechtlichen Abkommen ausgelegt werden könne. Bei der Auslegung des »sicheren Ortes« seien die anderen völkerrechtlichen Abkommen ebenfalls zu beachten. Dies sei auch in Art. 2 Abs. 3 und Art. 87 Abs. 1 des Seerechtsübereinkommens (SRÜ), also der »Verfassung der Meere«, völlig selbstverständlich normiert: Sowohl für die Hohe See als auch für die Küstengewässer gilt, dass das Seerecht gemäß den »sonstigen Regeln des Völkerrechts« auszuüben ist. Sicherheit, so Moreno-Lax, bedeute nämlich sehr Verschiedenes, abhängig vom jeweiligen Fall. Während es relativ einfach sei, Sicherheit in Bezug auf

132 Resolution MSC. 167 (78) v. 20.4.2004.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gerettete Passagiere im Allgemeinen zu definieren, verlange das Involviertsein von Asylsuchenden und Flüchtlingen einen besonderen Ansatz (Moreno-Lax 2011: 198). Menschen- und Flüchtlingsrechte könnten nicht dadurch umgangen werden, dass Staaten Grenzkontrollmaßnamen als Rettungsmaßnahmen deklarierten (Fischer-Lescano/Tohidipur 2007). Vielmehr sei ein integrierter flüchtlings- und seerechtlicher Ansatz erforderlich, wonach eine Anlandung in einem Staat wie »dem Senegal, Mauretanien, den Kap Verden [...] oder in Libyen, welcher die besonderen Anforderungen an die Bestimmung der Sicherheit für Asylsuchende an Bord missachtet, nicht nur eine unmittelbare Verletzung der Verpflichtungen der EU-Mitgliedsstaaten, sondern zudem eine *mala fide* Implementierung des Seerechts selbst« sei (Moreno-Lax 2011: 199f.°).

Dies hätte die Grundlage des Arguments der Strafanzeige sein können, dass nur Spanien ein »sicherer Ort« gewesen wäre, an den die Migrant*innen hätten verbracht werden müssen. Diese Argumentation konnte jedoch von dem juristischen Laien Hidalgo Alvarez nicht vorgetragen werden, der nicht die Techniken der juridischen Intellektuellen beherrschte, unter Bezug auf die juridische Literatur und Judikatur zu argumentieren. Dieser hatte sich stattdessen auf den unmittelbaren Wortlaut der IMO-Richtlinien gestützt, nach deren Definition Mauretanien keinen »sicheren Ort« darstelle, da die dortigen Lebensbedingungen für Migrant*innen es verhinderten, dass ihre grundlegenden Lebensbedürfnisse befriedigt werden könnten.

Die spanische Exekutive, die ja bereits in den Jahren zuvor gegen jede präzisere Definition des »sicheren Ortes« interveniert hatte, ignorierte sämtliche Vorwürfe, die sich auf dieses Konzept bezogen und erklärte lediglich pauschal, dass die spanische Intervention strikt humanitären Grundsätzen folgte und im »vollständigen Respekt von SAR und SOLAS« erfolgt sei. Die Ergebnisse seien »sehr zufriedenstellend«.[133]

Das zweite juristische Argument der Strafanzeige, die Hidalgo Alvarez im Namen der 50 NGOs formulierte, bezog sich auf das spanische Recht selbst, nämlich auf Art. 9 des Ley Orgánica 2/1986 über die spanischen Sicherheitskräfte. Dieser lautet: »Die Sicherheitskräfte des Staates üben ihre Funktion im ganzen Territorium aus.«° Angewendet auf den konkreten Fall fragte daher Hidalgo Alvarez, auf welcher Rechtsgrundlage die Polizei den Migrant*innen die Freiheit in Mauretanien vorenthalten und sie befragen könne, handele es sich doch weder um spanische Staatsbürger, noch befänden sich diese auf spanischem Territorium.[134]

Das dritte Argument schließlich thematisierte das Fehlen der individuellen Rechtsschutzgarantien. Wie konnten 35 Personen nach Guinea-Conakry abgescho-

133 Staatssekretär für die Beziehungen zum Parlament, in: BOCG Nr. 553 v. 17.5.2007, S. 597.

134 Strafanzeige (Fn. 131).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ben werden, wo nach Berichten von Amnesty International und Human Rights Watch die Bevölkerung terrorisiert werde? Wie konnte überhaupt ein Vertrag mit dem Repräsentanten eines Landes geschlossen werden, im dem das Kriegsrecht gilt? »Aber jenseits solcher moralischer Fragen stellen wir die juristische Frage: Wie kann diese Gruppe von Personen nach Guinea-Conakry verbracht werden unter Bedingungen, die gegen die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und Art. 3 der EMRK wie auch der UN-Anti-Folter-Konvention verstößt?«[135]

Am 2. August 2007 antwortete der Chefankläger der Generalstaatsanwaltschaft, Javier A. Zaragoza Aguado,[136] mit einem lapidaren Satz, der besagte, dass nach Durchsicht der von der Generaldirektion der Polizei erhaltenen Dokumente in dem Handeln der Exekutive kein Delikt zu erkennen sei, weswegen der Fall zu den Akten gelegt werde. Das Gleiche habe man bereits SOS Racismo und anderen mitgeteilt. Mit keinem Wort wurde auf die juristische Argumentation eingegangen, es wurde ohne Begründung entschieden. Somit blieb die rein exekutive Kontrolle der Exekutive ergebnislos.

(c) Der Defensor del Pueblo: »Externalisierung der Grenzkontrolle«

Verschiedene NGOs, unter ihnen Jesús Hidalgo Alvarez für Queda la Palabra, legten zeitgleich mit der Strafanzeige eine Beschwerde beim Defensor del Pueblo (DdP) ein. Dieser leitete daraufhin eine Untersuchung ein und forderte das Staatssekretariat für Migration sowie das Außenministerium zu einer Stellungnahme zu den Vorwürfen auf (Defensor del Pueblo 2008: 471). Der Defensor ist eine besondere rechtsstaatliche Institution im spanischsprachigen Raum, die 1978 mit der spanischen Verfassung (Art. 54) im Übergang vom Franquismus zur parlamentarischen Monarchie in Spanien gegründet wurde.[137] Diese Institution ist ein exemplarisches Ergebnis des Versuches, den spanischen Staat nach der Diktatur in einem rechtsstaatlichen Fundament zu verankern. Der dazu notwendige Verfassungsentwurf war ein Produkt der dreijährigen Transitionsphase und beruhte auf einem Kompromiss zwischen allen Parteien sowie einem Referendum (Adomeit/Frühbeck/Frühbeck 2007: 9f.).

Die Aufgabe des DdP ist die menschenrechtliche Überwachung der Gesetzgebung und des Verwaltungshandelns. Die Besonderheit dieser personalisierten Institution besteht darin, dass sie die Kontrollfunktion für das Parlament ausübt, welches den Defensor mit einer 3/5-Mehrheit ernennt. Zudem verfügt der DdP über einen eigenen vom Parlament bewilligten Haushalt. »Niemand kann das glauben, dass in einer europäischen Demokratie eine derart starke Gegenkraft [...] unabhängig von

135 Ebd.°

136 Das Schreiben liegt der Verfasserin vor.°

137 Im Einzelnen reguliert durch Ley Orgánica 3/1981 v. 6.4.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Regierung existiert«, so eine Mitarbeiterin des DdP.[138] Diese Entwicklung der Bedeutung der Institution war in ihrer Gründungsphase noch nicht vorhersehbar. »Das entstand dadurch, dass einige Idealisten in den 70ern erkannten, dass gerade die Problematik des Freiheitsentzuges in Spanien schlimmer ist als im Rest Europas.«[139] Während die Institution zunächst nur über ein kleines Büro mit acht Personen verfügte, hat der DdP inzwischen neunzig Berater*innen, von denen nicht wenige zuvor als Anwält*innen und NGO-Vertreter*innen gearbeitet haben. Zu dem Zeitpunkt, als sich der Fall der »Marine I« ereignete, hatte Enrique Múgica Herzog die Funktion des Defensor inne, zwischen 2010 und 2012 folgte darauf eine Defensora, María Luisa Cava de Llano y Carrió. Innerhalb des DdP gibt es verschiedene Arbeitsbereiche, so auch seit 2001 einen zur Migrationspolitik. Die Mitarbeiter*innen werden von dem*der DdP direkt ernannt und sind Funktionär*innen des Parlaments. Im Gebiet der Migrationspolitik sei der »Konfrontationsgrad mit der Regierung besonders kennzeichnend«, es sei zu einer »ziemlichen Entfremdung« zwischen der Regierung und der DdP gekommen.[140]

Die Mitarbeiter*innen werden auf Beschwerden aus der Bevölkerung oder von NGOs hin tätig und leiten Untersuchungen ein. Im Bereich der Migrationspolitik gibt es zudem viele Offizialuntersuchungen. Die Ergebnisse der Untersuchungen werden in einem ausführlichen Jahresbericht dem Parlament vorgelegt und in dessen Amtsblatt veröffentlicht. Häufig werden sie von Internationalen Organisationen wie dem EGMR und den UN-Ausschüssen aufgegriffen. Auch wenn der DdP weder exekutive noch judikative Funktionen hat, so verfügt er doch über eigene Mittel, staatliches Handeln zu kontrollieren. Eines davon ist das Recht zu Kontrollbesuchen aller staatlichen Stellen – Besuchen, die niemals angekündigt werden.

»Wir sind die einzige staatliche Institution, die niemals einen Besuch ankündigt. Unsere Besuche sind immer eine Überraschung. Also, wir haben alle CIE besucht, auch in Ceuta und Melilla, alle auf den Kanaren, immer ohne Ankündigung. Und immer zu ungewöhnlichen Zeiten, im August am Abend, um elf Uhr nachts, an einem Feiertag eines Kommissariats [...]. Und daher kann man sich vorstellen, dass die Regierung uns nicht sehr mag.«[141]

Neben dem Verwaltungshandeln kann der DdP zudem gemäß Art. 161 der Verfassung ein Normenkontrollverfahren anstrengen, mit dem die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen überprüft wird.

Im Fall der »Marine I« wurde der DdP durch die Beschwerden der NGOs tätig. Er hatte aber

138 Expert*innen-Interview (Fn. 125).°

139 Ebd.°

140 Ebd.°

141 Ebd.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»entschieden mehr zu tun, weil er das Risiko der Externalisierung der Grenze sah. [...] Die Konfrontation war sehr hart [...], weil er davon ausging, dass das einer der zentralen Fälle war, in denen der spanische Staat einer Gruppe die Rechte vorenthalten wollte – mit der Ausrede, dass sie nicht in Spanien seien. So kam es z.B., dass zufällig genau zwei Tage, bevor der DdP einen Antrag nach spanischem Recht stellen wollte, die Asylanträge bestimmter Passagiere der ›Marine I‹ zuzulassen, diese nach Portugal gebracht wurden.«[142]

Die zuständigen spanischen Behörden antworteten auf eine Aufforderung zur Stellungnahme, dass die »spanische Intervention in jedem Moment und in all ihren Handlungen einen strikt humanitären Charakter gehabt habe, obwohl kein Verfahren eingeleitet worden sei, welches sie den inländischen Normen unterworfen habe, da sich die besagten Ausländer nicht auf spanischem Territorium befanden und also nicht der spanischen Jurisdiktion unterworfen waren«. Die spanische Präsenz in Mauretanien habe sich auf technische Unterstützung beschränkt, zu keinem Zeitpunkt hätten sie sich in die Souveränität Mauretaniens eingemischt (wiedergegeben lt. Defensor del Pueblo 2008: 472f.°).

Die Mitarbeiter*innen des DdP verfassten daraufhin mehrere Berichte über den Vorgang, den zentralen davon im Jahresbericht 2007 (ebd.). Sie waren von der Argumentation der Regierung keineswegs überzeugt:

»Nach dem Urteil dieser Institution entbehrt die Antwort der Verwaltung der notwendigen Präzision und Konkretion, wenn man die Bedeutung der Angelegenheit, die uns beschäftigt, bedenkt, d.i. die Ermächtigung spanischer Polizeifunktionäre, außerhalb der spanischen Grenzen mit polizeilichen Funktionen zu handeln. Sie reicht nicht aus, um zu bestimmen, was mit dem Begriff ›technische Unterstützung‹ gemeint ist. Außerdem gibt es Probleme, diese Rolle mit der Version der mauretanischen Autoritäten in Einklang zu bringen, die darauf insistiert hatten, dass ihnen die Hoheitsgewalt für das Schicksal dieser Bürger, die in Nouadhibou an Land gingen, fehlte. [...] Unbeschadet davon, muss der Defensor del Pueblo seine Besorgnis angesichts der neuen Problematik kundtun, die als Konsequenz der zunehmenden Tendenz der Externalisierung der Migrationskontrollen aufgeworfen wird. [...] Im Verhältnis zu dieser Tendenz kommen Zweifel über die Kohärenz des Rechtsrahmens dieser besagten Handlungen auf, und besonders über den Status unserer Sicherheitskräfte auf fremdem Gebiet, und darüber, wer der Verantwortliche für Entscheidungen ist [...]. All das sind Fragen, die ernsthaft angegangen werden müssen« (ebd.: 473f.°).

Als dann CEAR die spanische Regierung vor den Verwaltungsgerichten verklagte (vgl. nächsten Abschnitt), durfte der DdP nicht mehr weiter tätig werden, er darf zudem in Fällen des Verwaltungshandelns nicht selbst als Kläger etwa für die be-

142 Ebd.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schwerdeführenden Einzelpersonen auftreten – dafür ist die Zivilgesellschaft zuständig. Eine noch mögliche Intervention war allerdings der zuvor bereits geschilderte Besuch in dem CIE von Melilla und das dortige Engagement zur Legalisierung der vier über mehrere Jahre inhaftierten Personen.

Die Institution der DdP stellte also selbst weder ein juridisches Verfahren zur Verfügung, noch konnte sie in ein solches bisher als Akteurin intervenieren. Aber ihre institutionell vorgesehenen Handlungsmöglichkeiten weisen dennoch eine Parallele zu Gerichtsverfahren auf, nämlich was die Funktion der Schaffung von Öffentlichkeit über den Bezug auf einen rechtlichen Diskurs betrifft: Wie in den juridischen Verfahren wird auch hier anhand eines Einzelfalles einer breiteren Öffentlichkeit ein Missstand exemplarisch vor Augen geführt und skandalisiert. Der diskursive Fokus lag dabei auf der »Externalisierung der Migrationskontrolle«, während die spanische Regierung es, wie wir sehen werden, erfolgreich verstand, die exekutiven Handlungen vor den nationalen Gerichten als »humanitäre Rettungsaktion« zu neutralisieren. Damit stellte die DdP also einen in ihrer Wirkung begrenzten Widerpart im breiteren juridischen Diskurs dar.

(d) Spanische Verwaltungsgerichte: »rein humanitäre Rettungsmaßnahmen«

Die erste Instanz: Audiencia Nacional

Als nächsten Schritt schlug CEAR den nationalen Verwaltungsrechtsweg ein: vor die Verwaltungskammer der Audiencia Nacional. Dieses Gericht untergliedert sich in verschiedene Kammern, die für Strafrecht – insbesondere für schwere Straftaten im Zusammenhang mit dem Terrorismus – sowie Verwaltungs- und Sozialrecht zuständig sind. Die Klage von CEAR wurde am 3. Mai 2007 im Grundrechtsverfahren vor der fünften Abteilung der Verwaltungsrechtskammer, zuständig für die Anfechtung von Verwaltungsakten von Ministern und Staatssekretären, eingereicht – im Namen der 23 in Nouadhibou verbliebenen Migrant*innen.

Die Comisión Española de Ayuda al Refugiado wurde 1979 während des Übergangs von der Diktatur zur Demokratie gegründet. Die Mitglieder der Versammlung reichen von Vertreter*innen von Menschenrechts- und Flüchtlingsorganisationen bis hin zu Gewerkschaftsfunktionär*innen sowie Mitgliedern der politischen Parteien des ganzen Spektrums und der Religionsgemeinschaften. Die Finanzierung erfolgt zu 95 Prozent durch staatliche Gelder. Darüber hinaus finanziert sich CEAR über die Teilnahme an Programmen der Autonomen Regionen, wohingegen die private Finanzierung praktisch irrelevant ist. Damit unterscheidet sich CEAR von anderen europäischen Flüchtlingsorganisationen wie etwa Pro Asyl, die sich hauptsächlich über Mitgliedsbeiträge und Spenden finanzieren. Die große staatliche Abhängigkeit ist Ausdruck der schwachen postfranquistischen spanischen Zivilgesellschaft. Staatliche Institutionen, insbesondere in der Regierungszeit der PSOE, ver-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

suchen die Entstehung einer solchen durch staatliche Unterstützung zu fördern. Das befördert andererseits eine große Nähe zum Staat. Dies wird in Bezug auf CEAR auch von anderen Flüchtlingsrechts-NGOs kritisiert.[143] CEAR selbst sieht hingegen ihre Unabhängigkeit nicht gefährdet und schätzt auch die Rolle der politischen Rechten unter ihren Mitgliedern als marginal ein.[144]

Durch die Klage wurden die Realakte des Außen- sowie des Innenministers angefochten. Beide wurden im Verfahren durch die Allgemeine Staatsverwaltung repräsentiert.

CEAR war aufgrund einer speziellen Regelung des spanischen Migrationsrechts vor Gericht aktiv legitimiert: Gemäß Art. 20-23 des Ley Orgánica 4/2000 ist sie befugt, die »kollektiven legitimen Rechte und Interessen der Asylsuchenden, Flüchtlinge etc. zu verteidigen«. Die Organisation argumentierte, dass die Klage zulässig und begründet sei. Zulässig sei sie, weil es sich bei den beanstandeten Maßnahmen um administrative Handlungen handele, die unter die spanische Gerichtsbarkeit fielen, seit dem Moment, als Spanien das Schiff in seine Obhut genommen habe. Dafür sprächen sowohl die Verantwortungsübernahme im Kontext der SAR- und SOLAS-Konvention, als auch die Ingewahrsamnahme in Nouadhibou. In analoger Anwendung eines Urteil des nächsthöheren Gerichtes, des Tribunal Supremo, seien die spanischen Behörden verpflichtet, spanischen Vorschriften zu folgen, wenn Personen sich in dem Verantwortungsbereich dieser Behörden befänden, und zwar »unabhängig vom Ort, an dem sich diese Personen befinden«.[145]

Für die Begründetheit der Klage bezieht sich der Bevollmächtigte von CEAR auf sechs in der spanischen Verfassung verbriefte Grundrechte: Zunächst auf das in Art. 15 garantierte Recht auf Leben und körperliche wie psychische Unversehrtheit, das zugleich ein Folterverbot enthält. Hiergegen habe die spanische Exekutive verstoßen, indem die Flüchtlinge einer inhumanen und entwürdigenden Behandlung ausgesetzt worden seien. Dies geschehe darüber hinaus auch in Form einer Kollektivausweisung, wenn die Gewissheit bestehe, dass die Ausweisung in das Herkunftsland ohne Einverständnis und Identifizierungsprozess vorgenommen wird. Die inhaftierten Personen stammten aus der Provinz Kaschmir, in der seit mehr als 50 Jahren ein bewaffneter Konflikt zwischen Indien und Pakistan herrscht. Verschiedene Menschenrechtsorganisationen, deren Berichte beigelegt wurden, kämen zu dem Schluss, dass diese Grenzregion »die gefährlichste Grenze der Welt« sei. Die Rückschiebung widerspreche auch dem Folterverbot, welches zudem in der EMRK und der UN-Antifolter-Konvention normiert werde, auf welche die Exeku-

143 Etwa von Queda la Palabra (Fn. 116).

144 Expert*innen-Interview mit Mauricio Valiente, dem damaligen Koordinator des juridischen Dienstes von CEAR zwischen 2000 und 2010, am 10.2.2011, Madrid.

145 Schriftsatz von CEAR v. 3.5.2007 vor der Audiencia Nacional, liegt der Verfasserin vor.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tive über Art. 10 der spanischen Verfassung verpflichtet werde. Dieses Folterverbot sei absolut und erlaube keinerlei Rechtfertigung oder Einschränkung. Gemäß Art. 1 der EMRK unterlägen die Personen der spanischen Jurisdiktion.

Darüber hinaus verstoße die Inhaftierung gegen das Recht auf Freiheit und Sicherheit gem. Art. 17 Abs. 1 der spanischen Verfassung, da den Migrant*innen zum Zeitpunkt der Klage bereits mehr als 70 Tage die Freiheit entzogen worden sei. Art. 17 Abs. 2 normiere zudem, dass die vorläufige Festnahme nicht mehr Zeit in Anspruch nehmen dürfe als notwendig sei, um die Aufklärung der Fakten vorzunehmen, maximal 72 Stunden. Danach ist die Person entweder freizulassen oder einem Richter vorzuführen. Der Gewahrsam in Nouadhibou habe diesen Zeitraum längst überschritten. Das Vorgehen der spanischen Behörden verletze zudem das Recht auf einen effektiven Rechtsschutz in Art. 24 Abs. 1. Die Personen würden weder die Gründe ihrer Inhaftierung kennen, noch könnten sie sich dagegen verteidigen. Gleiches gelte für das Recht auf den gesetzlichen Richter sowie auf die Verteidigung durch einen Anwalt in Art. 24 Abs. 2.

»Wenn man bedenkt, dass alleine 40 Tage vergingen, bis sie nach Mauretanien verbracht wurden, gab es in keinem Moment seit ihrer Verhaftung eine juristische Verfügung, die ihnen bekannt war. Sie hatten daher keinen Zugang zu einem Richter, vor dem die notwendige Gerichtsverhandlung hätte eingeleitet werden können. Noch hatten sie überhaupt Informationen darüber, was ihnen vorgeworfen wird und warum sie inhaftiert wurden.«[146]

Und schließlich verstoße die Handlung der spanischen Exekutive gegen das in Art. 13 Abs. 4 der spanischen Verfassung verbriefte Recht auf Asyl. Die Flüchtlinge hätten überhaupt keinen Zugang zum Asylverfahren erhalten. So hätten sie niemals spanisches Territorium betreten können, seien jedoch zugleich 1.330 spanischen Beamten in einem fremden Land unterstellt worden, ohne dass sie sich auf das Asylrecht hätten berufen können. Vor dem Hintergrund dieser Argumentation stellte CEAR einen Antrag auf ein Verwaltungsgerichtsverfahren, um die Grundrechte der 23 Personen wiederherzustellen.

Der Vertreter der spanischen Regierung argumentierte dagegen zunächst auf einer prozessualen Ebene, dass dem spanischen Staat die eigene Jurisdiktion fehle, um über die 23 Migrant*innen zu entscheiden. Diese seien in internationalen Gewässern aufgegriffen worden, sodass ein Rechtsweg für die Tätigkeiten der spanischen Behörden fehle.[147] Zur Begründetheit der Klage wiederum trug er vor, dass es sich um eine außergewöhnliche Situation gehandelt habe, dass aber die Migrant*innen Essen und Trinken, regelmäßig neue Kleidung sowie medizinische Versorgung erhalten hätten. Als Prozessunterlage fügte er das Abkommen zwischen

146 Ebd.°

147 Laut Urteil der Audiencia Nacional v. 12.12.2007, Az.: SAN 5394/2007, S. 2.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Spanien und Mauretanien als Rechtsgrundlage der Handlungen an sowie schließlich das Schreiben des UNHCR vom 20. April 2007, aus dem hervorgehe, dass unter den 23 Personen keine sei, die internationalen Schutzes bedürfe. Aus all dem folge, dass die spanischen Behörden in Befolgung ihrer internationalen Verpflichtungen die Passagiere des Schiffes gerettet hätten, welche sich in internationalen Gewässern befanden. Sie seien in Zusammenarbeit mit der mauretanischen Regierung zum nächsten Hafen verbracht worden. Es sei damit humanitäre Hilfe geleistet worden und die große Mehrheit der Migrant*innen habe auch der Rückkehr in ihre Herkunftsländer zugestimmt, wohingegen die 23 konsequent ihre Herkunft verschwiegen, weil sie so nach Spanien gelangen wollten.[148]

In seinem Urteil folgte das Gericht in Bezug auf die Begründetheit vollständig der Argumentation der Regierung. Lediglich in Bezug auf das prozessuale Argument widersprach es. Es gäbe keine politische Handlung der Regierung, die von gerichtlicher Kontrolle befreit sei.[149] Diese politische Handlung sei in der besonderen Form des »via de hecho« ergangen, einer faktischen Handlung ohne innerstaatliche Rechtsgrundlage. Diese Rechtsgrundlage sei vielmehr in internationalem Recht zu finden. Und dem Gericht stehe es nicht zu, zu beurteilen, ob diese Handlungen gemäß dem Völkerrecht verhältnismäßig waren, sondern nur, ob sie die von der Klägerin vorgetragenen Rechte verletzen könnten.[150] Und genau dies verneinte das Gericht. Denn die Handlungen der spanischen Regierung seien Rettungsmaßnahmen aus humanitären Gründen gewesen, ebenso der Aufenthalt auf mauretanischem Gebiet. Spanien habe in Mauretanien keine Souveränität besessen, sondern nur eine außergewöhnliche Autorisierung durch den Vertrag vom 10. Februar 2007 erhalten. Gemäß diesem Abkommen sei eine Einheit von Sicherheits- und Ordnungskräften nach Mauretanien versetzt worden, um eine normale Entwicklung dieser Operation sicherzustellen. Die rechtliche Verpflichtung zu diesem Handeln gehe auf die SOLAS- und SAR-Konventionen zurück. Die Verpflichtung umfasse die Verbringung zum nächsten »sicheren Ort«. Daraus erwachse jedoch keinerlei Recht für die 23 Personen, nach Spanien einzureisen. Die angezeigten Rechtsverletzungen seien »natürlich inexistent«, im Gegenteil, dank der Intervention Spaniens hätten vor allem das Recht auf Leben der Einwanderer, wie auch die anderen Rechte, garantiert werden können.[151]

Dass das Asylrecht nicht verletzt sei, ergebe sich aus dem Schreiben des UNHCR, und was die Maßnahmen in Nouadhibou betreffe, so sei darauf hinzuweisen, dass diese auf mauretanischem Gebiet stattgefunden hätten, erlassen von mauretanischen Behörden in Anwendung der Gesetze Mauretaniens. »Daher ist es an den

148 Ebd., S. 6f.

149 Ebd., S. 4.

150 Ebd., S. 5.

151 Ebd., S. 8.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mauretanischen Gerichten, die Existenz der vermeintlichen von CEAR vorgetragenen Irregularitäten zu prüfen.«

Zum Schluss fasste das Gericht noch einmal seine Überlegungen zu den faktischen politischen Handlungen zusammen, die ihre Rechtsgrundlage in den internationalen Verpflichtungen hätten, welche gemäß Art. 38 Abs. 1 des Statuts des Internationalen Gerichtshofes die primären Rechtsquellen des Völkerrechts seien. Außerhalb dieser Konventionen existiere keine Vorschrift, die einem Staat die Hoheitsgewalt und Kompetenz über Staatsbürger dritter Staaten zugestehe, die sich in internationalen Gewässern befinden, »geschweige denn, die ihn zwingt, diese auf sein Territorium zu bringen«, daher könne die Klägerin auch keine entsprechende Bestimmung zitieren. Die Pflichterfüllung Spaniens im Bereich der humanitären Hilfe sei plausibel vorgetragen und verdiene Anerkennung durch die internationale Gemeinschaft. Sie könne keinesfalls gegenteilige Verantwortlichkeiten und Verpflichtungen generieren, »die über das für jeden Staat Erforderliche hinausgehen, und die Umfang und Befugnisse übersteigen – und schon gar nicht die Verletzung von Grundrechten. Alle diese Gründe führen zur Ablehnung der gerichtlichen Überprüfung.«[152]

Die zweite Instanz: Tribunal Supremo

Im Februar 2008 reichte CEAR daraufhin Beschwerde im Revisionsverfahren gegen dieses Urteil beim Tribunal Supremo ein und erklärte darin, dass erstens die von CEAR vorgetragenen Tatsachen bezüglich des Gewahrsams in Nouadhibou von der Regierung nicht bestritten worden seien und daher nunmehr als bewiesen gelten sollten. Das Urteil der Audiencia Nacional nehme allerdings zweitens gar keinen Bezug auf die der Rettung folgende Festnahme und Inhaftierung unter menschenunwürdigen Bedingungen. Auf der Grundlage der unbestrittenen Tatsachen, insbesondere der 1.330 spanischen Polizisten, könne die Behauptung der mauretanischen Zuständigkeit nicht aufrechterhalten werden. Vielmehr müssten deren Handlungen als Akte der spanischen Verwaltung gelten. Und diese widersprächen wiederum den Grundrechten der spanischen Verfassung.[153]

Zwei Jahre später, am 17. Februar 2010, entschied daraufhin die siebte Kammer des Revisionsgerichts. In ihrem Urteil prüfte sie, der Argumentation CEARs folgend, zunächst prinzipiell, ob die Handlung der spanischen Polizei nicht nur als Rettungsakt, sondern zugleich als Akt der Festnahme und Inhaftierung zu werten sei. Denn erst auf dieser Grundlage ließen sich die Verfassungsverletzungen konstruieren. Doch dies verneinte das Gericht: die Einschränkung der Freiheit sei die alleinige Folge des Seeunglücks und nicht die Folge der Handlungen der spanischen Verwaltung. Denn diese war zum einen beschränkt auf die Leistung humanitärer

152 Ebd., S. 9.

153 Wiedergegeben lt. Urteil des Tribunal Supremo v. 7.2.2010, Az.: 548/2008, S. 9.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hilfe, um zu vermeiden, dass die Situation in einer Tragödie endete. Zum anderen habe der spanische Staat nach dieser Rettung eine Lösung für die sich in der Situation der Hilflosigkeit befindlichen Menschen gesucht.[154]

Daran anschließend sei auch in der Weigerung des spanischen Staates, Personen auf spanisches Territorium zu überführen, kein Rechtsverstoß zu sehen. Denn die Personen hätten sich zu jeder Zeit außerhalb Spaniens befunden, weswegen keine Situation gegeben gewesen sei, die als »rechtmäßiger Aufenthalt« im Sinne des Ausländerrechts gemäß Ley Orgánica 4/2000 vom 11. Februar 2000 gelten könne. Daher könnten sie auch keines der Rechte beanspruchen, die aus der legalen Präsenz von Ausländern in Spanien folge.

Demgemäß stimme das Gericht »mit dem angefochtenen Urteil überein, dass es um humanitäre Hilfe ging, die durch die spanische Verwaltung realisiert wurde, die keinerlei Eintrittsrecht nach Spanien generiert und welches auch von keiner anderen Regelung abgedeckt wird«. Die Antwort auf diese Fragen mache es unmöglich, die Handlungen als Grundrechtsverletzungen zu interpretieren. Die erlittenen Unannehmlichkeiten der Migrant*innen entstammten dem Risiko des Schiffbruches, Spanien leistete nur humanitäre Hilfe.[155] Auch die Rechtsbeschwerde wurde damit abgewiesen.

Die dritte Instanz: das Verfassungsgericht

CEAR wertete die beiden Urteile als »verschenkte Gelegenheit, um zu betonen, dass die richterliche Kontrolle von Regierungshandeln nicht limitiert werden kann, wenn nicht der Rechtsstaat erodieren soll«. Dies gelte insbesondere für die Prüfung, ob es angesichts der zunehmenden exterritorialen Aktivität Spaniens und der EU in der Kontrolle der Migration nicht zu gravierenden Menschenrechtsverletzungen käme, insbesondere des Rechts auf Asyl (Valiente Ots 2010: 3°). Im nächsten Schritt beschloss CEAR daraufhin, zunächst Verfassungsbeschwerde vor dem Tribunal Constitucional einzureichen, und bei erneutem Scheitern den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anzurufen. Man werde fortfahren, die »Existenz von Räumen der Straflosigkeit« anzuklagen (ebd.°). Inzwischen ist die Verfassungsbeschwerde zugelassen worden, was angesichts einer hohen Ablehnungsquote zumindest ein positives Signal für die Beschwerdeführer*innen sein könnte. Zudem ist der zuständige Generalanwalt, der die Akte vorbereitet, durch menschenrechtliche Positionen bekannt. Problematisch für CEAR ist allerdings, dass das Verfassungsgericht an keine Frist gebunden ist und die Verfahren langwierig sind und bis zu zehn Jahre dauern können.[156]

154 Ebd., S. 10.

155 Ebd., S. 11.

156 Expert*innen-Interview Mauricio Valiente (Fn. 144).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In einem möglichen Verfahren vor dem EGMR könnte auch der DdP über einen Amicus-Curiae-Brief wieder tätig werden, was dieser auch beabsichtigt. Eine Mitarbeiter*in des DdP befürchtet allerdings, dass die Chancen schlecht stehen, »weil das spanische Ministerium sehr listig war. Es gab reale individuelle Asylanträge. Und in dem Moment, als sie gemerkt haben, dass sie nicht alles auf Mauretanien abwälzen können, haben sie den UNHCR hineingebracht [...] und gesagt: ›Ihr sorgt dafür [...] und befolgt die Richtlinien des UNHCR, dann werden wir erlauben, dass diese Personen Asyl nach spanischem Recht erhalten.‹ [...] Ich muss bedauerlicherweise sagen, dass wir die Schlacht verloren haben. Aber das sagt natürlich noch nichts über den Krieg aus.«[157]

Diskursanalyse: eine superdifferenzielle Grenzziehung

Den Faden der Diskursanalyse zur exterritorialen Geltung des Refoulement-Verbots der GFK aufgreifend, besteht das zunächst Offensichtliche darin, dass – anders als im Kontext der Flüchtlingskonvention – die spanischen Gerichte eine menschen- oder flüchtlingsrechtliche Perspektive grundlegend ausblenden. Dies geschieht durch die Konstruktion eines humanitären Seerettungsrechts (folgend aus der SOLAS- und der SAR-Konvention), welches vollständig vom restlichen völkerrechtlichen Kontext isoliert wird. Dies führt notwendig zu einer Ausblendung der menschen- und flüchtlingsrechtlichen Verpflichtungen. Dokumentiert die eingerahmte Flagge und die entsprechende Bildunterschrift im Koordinationszentrum der Guardia Civil ganz offen den Push-Back-Charakter der Operation und hatte noch der spanische Ministerpräsident im Parlament dargelegt, dass die Maßnahmen im Fall der »Marine I« zwei Zielen gegolten hätten – sowohl der humanitären Rettung als auch dem »Kampf gegen die illegale Migration« –, so wird dieser zweite Aspekt in dem Urteil vollständig invisibilisiert. Die bereits zuvor aus der Literatur zitierte Rechtsauffassung, wonach Grenzkontrollmaßnahmen nicht als Rettungsmaßnahmen deklariert werden können, um dadurch Menschen- und Flüchtlingsrechte zu umgehen, wurde in der *Rechtssache Hirsi vs. Italy* (siehe nächstes Kapitel) im Jahr 2012 höchstrichterlich bestätigt – im vorliegenden Rechtsdiskurs war das Argument hingegen vollständig abwesend. Auf diese Weise findet mit keinem Wort das Refoulement-Verbot der GFK oder der EMRK oder auch der diversen anderen Menschenrechtskonventionen Berücksichtigung. Es existiert in diesem Diskurs schlicht nicht. Damit ist die Anbindung an den zuvor dargestellten Diskurs um seine exterritoriale Geltung blockiert. Die argumentative Figur der »rein humanitären Rettungsmaßname« wirkt somit als »superdifferenzielle Grenzziehung«: Durch dieses Grundlagenstrategem wird die Reichweite des Diskurses eingegrenzt, indem die Diskursregion des Menschen- und Flüchtlingsrechts aus der Zugehörigkeit zu die-

157 Expert*innen-Interview (Fn. 125).°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sem diskursiven Raum verbannt wird. Dies gelingt auch dadurch, dass die Beschwerdeführerin dem nichts entgegensetzt, sondern ausschließlich mit dem nationalen Verfassungsrecht argumentiert – abgesehen von einem kurzen Hinweis auf die Einbeziehung internationaler Abkommen über Art. 10 der spanischen Verfassung. Dies sei, so die Mitarbeiterin des UNHCR in Spanien, durchaus typisch. CEAR fehle die Erfahrung in diesen Fällen. Auch den spanischen Gerichten fehle grundsätzlich eine internationale Perspektive.[158] Das Gericht konnte daher behaupten, dass CEAR keine Norm benennen kann, die Spanien verpflichten könnte, die 23 Migrant*innen auf das Territorium zu überführen, und daraus schlussfolgern, es gebe so eine Norm auch gar nicht. Dies gelingt allerdings nur durch den Verweis auf ein vom internationalen Flüchtlingsrecht isoliertes Seerecht. Die spanischen Gerichte konnten damit an den vorangegangenen erfolgreichen Widerstand der spanischen Exekutive gegen eine seerechtliche Verpflichtung im Kontext des »sicheren Ortes« zur Aufnahme in das eigene Staatsgebiet anknüpfen. CEAR wurde von spanischen Migrationsrechtsanwält*innen dafür kritisiert, die Klage zwar engagiert und mit guten Absichten verfasst zu haben, aber nur das spanische Recht einzubringen, obwohl der Fall spanisches und internationales Recht betreffe.[159] Eine internationale Perspektive ist inzwischen jedoch angesichts der Transnationalisierung des Rechts für den Erfolg einer strategischen Prozessführung zur notwendigen Bedingung geworden. Ihr Fehlen im Fall der »Marine I« trug dazu bei, dass das Gericht in seiner Argumentation diese superdifferenzielle Grenzziehung vornehmen konnte, die nicht etwa von vorneherein durch den räumlichen Kontext der *spanischen* Verwaltungsgerichte gegeben war – denn vor diesen kann Völkerrecht ebenfalls eingebracht werden –, sondern sich auf das Konstrukt der »rein humanitären Rettung« stützt, das zur Abweisung der vorgebrachten Beschwerdepunkte als ausreichend behauptet wurde.

Die Äquivalenzkette dieser Strategie beinhaltet folgende Elemente: die Rechtsgrundlage in internationalen Verträgen unter Ausklammerung des Flüchtlingsrechts – der drauf erfolgende humanitäre Rettungsakt – die dadurch garantierte Sicherstellung des Rechts auf Leben – durch die Verbringung an einen »sicheren Ort«, welcher der nächstgelegene ist. Durch eine antagonistische Relation werden davon die Vorgänge in Mauretanien ausgeschlossen, die keine Festnahme- und Inhaftierungsakte darstellen, weil die Einschränkung der Freiheit alleine aus dem Risiko des Schiffsuntergangs resultiere. Ausgeschlossen werden ein Eintrittsrecht auf spanisches Territorium und eine juristische Überprüfung der Vorgänge in Mauretanien. Dafür sei der mauretanische Staat zuständig, weil sich die Personen zu jeder Zeit außerhalb Spaniens befunden hätten.

158 Expert*innen-Interview UNHCR Spanien (Fn. 95).

159 Anonymisierte Kritik von Migrationsanwält*innen, paraphrasiert von Nicolás Castellano (Fn. 92).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auch diese Kette ist ein Externalisierungsprojekt. Obwohl es die explizite Auseinandersetzung mit dem Flüchtlingsrecht gerade umgeht, stellen seine Elemente die Rückseite der Strategie der Externalisierung der GFK dar, welche lautete: Nationalstaat – territoriale Rechte – physischer Aufenthalt.

Die Frage wird daher sein, ob es der Gegenäquivalenzkette zur exterritorialen Strategie in den weiteren Auseinandersetzungen gelingen kann, diese Diskursgrenzen zu destabilisieren. Dieses Projekt versucht, allerdings aus nationaler Perspektive, an die Strategien exterritorialer Menschenrechte des anderen Diskurses anzuknüpfen. Wurde dessen Allgemeines vorübergehend als »effektiver transnationaler Menschenrechtsschutz« bestimmt, so ließe es sich im vorliegenden Fall als »rechtsstaatliche Kontrolle exterritorialen Regierungshandelns« bestimmen. Die Repräsentantin dieses Allgemeinen, die im Zentrum des Äquivalenzsterns steht, ist »die Verhinderung von Räumen der Straflosigkeit«. Die weiteren äquivalenten Elemente sind die spanische, faktisch exterritorial ausgeübte, Hoheitsgewalt – unabhängig davon, ob diese eine normative Grundlage findet – sowie die dadurch berührten und in der nationalen Verfassung verbürgten Grundrechte auf Leben, körperliche und psychische Unversehrtheit, das Folterverbot, das Recht auf Freiheit und Sicherheit, auf effektiven Rechtsschutz sowie auf politisches Asyl. Eine antagonistische Abgrenzung ist nur schwach ausgeprägt und besteht vor allem in dem Argument, dass die hoheitliche Verantwortung unabhängig vom Ort ihrer Ausübung sein müsse – wieder parallel zur exterritorialen Strategie des GFK-Diskurses. Eine stärkere Abgrenzung hingegen unterblieb, wie sie etwa in dem Bestreiten des rein humanitären Charakters bestanden hätte, um einen Anschluss an den flüchtlings- und menschenrechtlichen Diskurs zu ermöglichen. Sowohl Hidalgo Alvarez als auch der Defensor del Pueblo hatten solche Diskurselemente eingespeist, allerdings nicht in die juridischen Verfahren und damit nicht in den institutionalisierten Diskurs.

Obwohl also die beiden diskursiven Auseinandersetzungen bisher in zwei unterschiedlichen Diskursen stattfinden, gibt es auf beiden Seiten jeweils ähnliche diskursive Elemente, die – würde die Grenze fallen – sich verbinden und verstärken könnten.

(e) Ein unbearbeitetes Terrain: das EU-Migrationsrecht

Gerade in diesem Rechtsstreit hätte es nahegelegen, ein bisher ungenutztes Rechtsgebiet erstmalig zu beschreiten, nämlich die diversen Regelungen des EU-Migrationsrechts. Insbesondere angesichts der langen Prozessdauer vor den spanischen Gerichten, die zunächst vor einer Anrufung des EGMR konsultiert werden müssen, hätte der Antrag auf Vorlage beim EuGH bereits in der ersten Instanz eine Alternative oder auch zusätzliche Instanz zum EGMR bieten können. Denn im Fall eines Scheiterns vor dem Verfassungsgericht wird eine juridische Strategie, die als nächstes Gericht den EGMR auswählt, massiv geschwächt sein, weil die prozessualen Voraussetzungen, insbesondere der ununterbrochene Kontakt zu den Antragstel-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ler*innen, kaum noch zu erfüllen sind (vgl. dazu die *Rs. Hirsi vs. Italy* im nächsten Kapitel). Über einen Antrag auf ein Vorabentscheidungsverfahren hätte die Rechtssache hingegen schon im Jahr 2007 vor den EuGH gelangen oder, im Fall einer Ablehnung durch die Verwaltungsgerichte, Druck ausüben können, weil so die Möglichkeit einer weiteren Verfassungsklage wegen der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter offen gehalten worden wäre. Der Grund für die Europarechtsabstinenz dürfte darin liegen, dass zum einen das Unionsrecht für eine Strategie zur Verrechtlichung der Seegrenzen ein bisher gesamteuropäisch ungenutztes Terrain darstellt und zum anderen die spanische Jurisprudenz insgesamt sehr national und wenig europarechtsaffin agiert. Interviewpartner*innen sprachen auf Nachfrage bestenfalls von einer »interessanten Idee«, die aber nicht in Betracht gezogen wurde,[160] oder lehnten schlechtestenfalls eine solche Strategie als grundlegend illusorisch ab, zumeist mit Bezug auf die Rückführungsrichtlinie oder auf die Rechtsprechung des EuGH zur Familienzusammenführungs-Richtlinie (vgl. Kapitel 3.4).

Die bisher nur in der Fachliteratur vorfindlichen flüchtlingsrechtlichen Strategien, die mit Bezug auf das Unionsrecht argumentieren, gehen im Gegensatz dazu allerdings von mehreren rechtlichen Anknüpfungspunkten im Europarecht aus, auf die sich ein solcher Antrag stützen könnte. Dies beginnt bereits mit dem Primärrecht, welches in Art. 78 Abs. 1 AEUV festschreibt, dass die Union eine gemeinsame Asylpolitik entwickelt unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtzurückweisung sowie in Übereinstimmung mit der GFK. Daraus folge eine primärrechtliche innergemeinschaftlich wirkende Bindung der EU und ihrer Mitgliedsstaaten bei der Ausführung europäischer migrationspolitischer Maßnahmen an die völkerrechtlichen Verpflichtungen (Fischer-Lescano/Löhr 2007: 20; Goodwin-Gill 2011: 446). Und diese Bindung wird wiederum in der inzwischen rechtsverbindlichen[161] Grundrechte-Charta aufgegriffen: So regelt Art. 18, dass das Recht auf Asyl nach Maßgabe der GFK gewährleistet werden muss, während Art. 19 Abs. 1 eine Kollektivausweisung verbietet und in Abs. 2 das Refoulement-Verbot normiert ist, worüber das EGMR-Fallrecht hierzu in das Europarecht inkorporiert wird (Moreno-Lax 2011: 209). Darüber hinaus garantiert Art. 47 der Grundrechte-Charta einen effektiven Rechtsschutz, der zudem über Art. 6 EUV als Teil des Rechtsstaatsprinzips abgesichert ist. Dieser wiederum basiert auf Art. 13 und Art. 6 EMRK, geht jedoch sogar noch über diese hinaus, da er in Abs. 3 den Rechtsschutz »vor einem Gericht« garantiert (ebd.: 216).

Sekundärrechtlich sei zudem die Qualifikationsrichtlinie anwendbar. Deren Art. 21 Abs. 1 erlegt den Mitgliedsstaaten auf, »den Grundsatz der Nichtzurückweisung

160 Expert*innen-Interview Mauricio Valiente (Fn. 144).

161 Zum damaligen Zeitpunkt der Klagen, also vor Ratifizierung des Lissaboner Vertrages, war sie nur eine Erkenntnisquelle im Rahmen der Grundrechte-Rechtsprechung des EuGH, hätte aber als solche ebenso in Anspruch genommen werden können.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in Übereinstimmung mit ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen« zu achten. In Bezug auf die Verfahrensrichtlinie wiederum ist die Anwendbarkeit auf der Hohen See umstritten. Sowohl Weinzierl/Lisson (2007: 57) als auch Wouters/den Heijer (2010: 17, Fn. 61) verneinen diese aufgrund des Wortlauts von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie, denn dieser beschränkt seinen Anwendungsbereich auf »das Hoheitsgebiet – einschließlich der Grenzen oder in den Transitzonen«. Dagegen gehen Fischer-Lescano/Löhr (2007: 21), wie auch eine Arbeitsgruppe der Europäischen Kommission, davon aus, dass diese Richtlinie primärrechtskonform auszulegen sei, das heißt gemäß Art 78 Abs. 1 (s.o.). Daraus lasse sich dann gemäß Art. 3 der Richtlinie eine Verpflichtung zur Entgegennahme von Asylanträgen ableiten. Außerdem komme auch der subsidiäre Schutz nach Art. 2 lit. e und f sowie nach Art. 15 und 18 der Richtlinie in Betracht. Auf subsidiären Schutz besteht ein individueller Rechtsanspruch, wenn der betreffenden Person ein »ernsthafter« Schaden durch die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, durch Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung oder durch eine »ernsthafte« individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konfliktes droht. Dies ist also der gemeinschaftsrechtliche Ausdruck der völkerrechtlichen Refoulement-Verbote (Weinzierl/Lisson 2007: 45). Ob der EuGH einer solchen Auslegung folgen würde, ist nicht vorhersehbar und sich nur im Ergebnis einer juridischen *scale-jumping*-Strategie erweisen, die in diesem Fall aber gerade unterlassen wurde.

Schließlich käme auch noch der Schengener Grenzkodex (GrCdx) als weitere Gemeinschaftsrechtsnorm in Frage. Danach müssen Grenzkontrollen grundsätzlich von den Mitgliedsstaaten nach Maßgabe des GrCdx erfolgen. Er finde daher auch auf Einreisekontrollen auf der Hohen See Anwendung. Diese Einreisekontrollen sind nach Art. 3 Abs. 1 lit. b »unbeschadet der Rechte der Flüchtlinge und Personen« durchzuführen, »die um internationalen Schutz ansuchen, insbesondere hinsichtlich der Nichtzurückweisung«. Art. 3 Abs. 3 sieht zudem vor, dass ein Rechtsmittel gegen Einreiseverweigerungen gewährt werden muss. Der GrCdx begründe damit keine materiell neuartigen Verpflichtungen, verweise allerdings explizit auf die bestehenden menschenrechtlichen Verpflichtungen während der Grenzkontrolle und zwar gerade unabhängig vom Ort ihrer Ausübung (ebd.: 58; Fischer-Lescano/Löhr 2007: 21; Moreno-Lax 2011).

All dies wären gemeinschaftsrechtliche Anknüpfungspunkte gewesen, die eine Kontrolle durch den EuGH ermöglicht hätten. Einige Autoren vertreten sogar die Ansicht, dass sich aus dem Refoulement-Verbot eine Verpflichtung zur vorübergehenden Aufnahme der Migrant*innen zum Zweck der Prüfung der Schutzbedürftigkeit ergebe (Fischer-Lescano/Löhr 2007: 21). Um vor den EuGH zu gelangen, muss allerdings eine Hürde überwunden werden: Anwält*innen müssen in einem nationalen Verfahren Europarecht einbringen und die Vorlage vor den EuGH fordern. Nur

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in ganz wenigen Ausnahmefällen können sie direkt mit ihrer Klage vor den Gerichtshof gelangen. Sie hängen also letztlich von den nationalen Gerichten ab. Eine solche Entscheidung steht jedoch auch diesen nationalen Gerichten nicht völlig frei, sondern die Richterschaft des EuGH stellt in diesen Fällen den gesetzlich garantierten Richter dar, und eine Nichtvorlage demnach eine Verletzung dieses Rechts. Auch wenn es also aufwändiger ist, vor dieses Gericht zu gelangen, so gibt es dennoch genügend Beispiele für einen erfolgreichen juridischen Aktivismus auch vor dem EuGH, etwa in Fällen des Antidiskriminierungsrechts (Cichowski/Stone Sweet 2004).

Das Außerachtlassen des Gemeinschaftsrechts führt daher deutlich vor Augen, dass im transnationalen Recht juridische Terrains trotz ihres diskursiven Potenzials auch ungenutzt bleiben können und die entsprechenden Rechtsnormen auf diese Weise nicht mit Leben erfüllt werden. Dies ist einmal mehr ein Hinweis darauf, dass nicht nur die einzelnen Rechtsnormen, sondern auch das jeweilige juridische Terrain selbst bedeutsame potenzielle Bezugspunkte (gegen)hegemonialer Strategien ist.

(f) UN-Ausschuss gegen Folter – »effektive Kontrolle«

Etwa zeitgleich mit der Klageeinreichung CEARs vor dem nationalen Verwaltungsgericht, am 7. Mai 2007, hatte Jesús Hidalgo Alvarez für Queda la Palabra im Namen der 23 Migrant*innen von Nouadhibou Beschwerde vor dem UN-Ausschuss gegen Folter eingereicht und damit erstmals diese Auseinandersetzung auf ein transnationales quasi-gerichtliches Terrain verlagert. Bei diesem Ausschuss handelt es sich um ein UN-Vertragsorgan, also um einen der Fachausschüsse der Vereinten Nationen, welche die Einhaltung der Menschenrechtsabkommen, in dem Fall der Antifolterkonvention von 1984, überwachen sollen. Wie die anderen Fachausschüsse kann auch dieser Regierungsberichte prüfen und kommentieren und unter Umständen eine*n Sonderberichterstatter*in zur Prüfung von Foltervorwürfen einsetzen. Die Annahme von Individualbeschwerden gemäß Art. 22 UN-Antifolterkonvention ist neben dem Staatenberichtsverfahren die zweite Säule, um die Einhaltung der Verpflichtungen der Vertragsstaaten zu kontrollieren. Voraussetzung ist allerdings, dass der beklagte Staat nicht nur die Konvention ratifiziert, sondern sich auch dem Individualbeschwerdeverfahren unterworfen hat. Spanien hatte dies am 21. Oktober 1987 getan.[162] Nach Eingang einer individuellen Beschwerde wird diese an den beklagten Staat weitergeleitet, der dann gemäß Art. 22 Abs. 3 und Art. 109 Abs. 1 der Verfahrensordnung (VerfO) innerhalb von sechs Monaten Stellung nehmen soll. Der Beschwerdeführer kann in diesem Zeitraum ebenfalls weitere Stellungnahmen abgeben. Das heißt also, dass über dieses Verfah-

162 Vgl. http://www.bayefsky.com/complain/cat*statesparties.php (letzter Zugriff am 2.9.2012).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ren potenzielle Folteropfer selbst eine Entscheidung erwirken können. Dies stellt eine gewisse Durchbrechung des überkommenen Prinzips der Staatensouveränität in Bezug auf die Möglichkeiten der Beschwerdeführung dar, welches das Völkerrecht immer noch prägt. Dass es keine vollständige Durchbrechung ist, ist daran erkennbar, dass das Beschwerdeverfahren einen »nichtjudiziellen Charakter« hat, das heißt, dass bereits von der Wortwahl her die Beschwerden als »Mitteilungen« und nicht als Individualbeschwerden firmieren und die Entscheidungen zudem nicht durchgesetzt werden können, da sie keine vollstreckbaren Titel darstellen. In »der Praxis handelt es sich allerdings um quasi-gerichtliche Verfahren«, denn wie in einem Gerichtsverfahren entscheiden die Ausschussmitglieder über Zulässigkeit und Begründetheit jeder Beschwerde und die Entscheidungen erfolgen auf Grundlage juristischer Methodik und fundierter juristischer Begründungen. Zudem besteht eine völkerrechtliche Verpflichtung aus Treu und Glauben, die aus der staatlichen Anerkennung des Beschwerdeverfahrens folgt (Weiß 2001: 91f.). Denn Sinn und Zweck des Individualbeschwerdeverfahrens als Überwachungsmechanismus würden unterlaufen, wenn ein Vertragsstaat die Entscheidungen des Ausschusses nicht umsetzte, nachdem er sich freiwillig dem Verfahren unterworfen hat (Kashgar 2010: 121). Stellt also die Entscheidung eine Völkerrechtswidrigkeit fest, ist nach allgemeinem völkerrechtlichen Deliktsrecht der Staat zur *restitutio in integrum* (zur Widerherstellung des ursprünglichen Zustandes) verpflichtet, das heißt »Gerichtsurteile sind aufzuheben, Häftlinge zu entlassen, Rehabilitierungen auszusprechen, Verwaltungspraktiken für die Zukunft zu ändern oder es ist Schadensersatz zu leisten« (Weiß 2001: 93).

Außerdem ist der Ausschuss dazu übergangen, die beklagten Vertragsstaaten gemäß Art. 112 Abs. 5 seiner Verfahrensordnung aufzufordern, ihm binnen 90 Tagen mitzuteilen, welche Maßnahmen sie im Einzelfall nach der Entscheidung des Ausschusses ergriffen haben. Damit soll gewährleistet werden, dass die Staaten seine Entscheidungen auch umsetzen. Darüber hinaus führte er im Mai 2002 mit Art. 114 VerfO ein Follow-Up-Verfahren ein, in dem Berichterstatter*innen überprüfen, welche Maßnahmen die Staaten unternommen haben (Kashgar 2010: 124). »Es spricht daher vieles dafür, dass den Entscheidungen [...] zumindest ein quasiverpflichtender Charakter zukommt« (ebd.: 121). Neben diesen verfahrensimmanenten Mechanismen ist auch hier die Öffentlichkeitswirksamkeit des Verfahrens relevant: »Der Staat hat sich einer einzelfallbezogenen Überprüfung seiner Menschenrechtslage unterziehen müssen, und die Weltöffentlichkeit kann Notiz davon nehmen« (Weiß 2001: 93). Die Verfahren eignen sich also zur Skandalisierung, aber noch darüber hinaus können sie eine gegenhegemoniale Einschreibestrategie in das transnationale Recht bedeuten. Denn unabhängig davon, ob die Nationalstaaten die Entscheidungen befolgen, gehen diese in den völkerrechtlichen Rechtsprechungskorpus ein. Andere internationale und nationale Gerichte, die Fachliteratur und zukünftige Beschwerdeführer*innen überall auf der Welt können auf diese Ent-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

scheidung Bezug nehmen. Das heißt, auch wenn die konkrete Beschwerdeführerin aus faktischen Gründen nicht zu ihrem Recht kommen sollte, so kann sie dennoch einen wesentlichen Beitrag zur Herausbildung gegenhegemonialer Rechtsnormen leisten (vgl. hierzu auch Buckel 2008a). Es wird sich im Folgenden zeigen, dass gerade das vorliegende Verfahren einen solchen Beitrag darstellte.

»J.H.A. vs. Spain«

Im Mai 2007 also reichte Hidalgo Alvarez im Namen der 23 Migrant*innen eine solche Beschwerde ein. Um wen handelt es sich bei diesem Akteur, der auf so vielen Ebenen tätig wurde und scheinbar als Einzelkämpfer vom Hungerstreik über die Strafanzeige bis hin zum UN-Ausschuss nichts unversucht ließ, um die Situation der Migrant*innen der »Marine I« zu verändern und der schließlich in die Rechtsprechungsgeschichte als »J.H.A. vs. Spain« eingehen sollte? Jesús Hidalgo Alvarez, dessen Konterfei nicht selten in diversen spanischen Tageszeitungen erscheint, stellt in der Tat einen einzelkämpferischen, moralisch motivierten, linken Migrationsaktivisten dar.[163] Hatte er zunächst Informatik an einer der Universitäten von Madrid unterrichtet und war als Berater großer Unternehmen tätig gewesen, war später sein Wunsch nach sozialem Engagement ausschlaggebend, der mit dieser Vollzeittätigkeit nicht zu vereinbaren war: »Eines Tages vor neun Jahre ließ ich alles stehen, um mich durch soziale Aktivitäten für Gerechtigkeit einzusetzen.«[164] Seitdem lebt er unter prekären Bedingungen. Er gibt an, die Heuchelei in den Institutionen des Staates und der Ökonomie nicht mehr ertragen zu haben und daher mit einigen Freunden das Kollektiv Queda la Palabra gegründet zu haben. Zunächst kämpften sie für bessere Arbeitsbedingungen von Arbeitsmigrant*innen in der Olivenernte in Jaén. Dann gingen sie dazu über, diejenigen, die auf der Straße schlafen mussten, mit nach Hause zu nehmen; Hidalgo Alvarez bot 19 Migrant*innen Obdach. »Sie kamen aus Afrika und konnten nicht zurückkehren, weil die ganze Familie ihnen ihr Geld gegeben hatte, damit sie gehen. Wenn sie also wiederkommen, ist die ganze Familie ruiniert, sie können es nicht. Es ist eine Falle.«[165] Als er von den Vorgängen in Nouadhibou hörte, kontaktierte er sofort diverse Organisationen wie Amnesty International, die Médicos del Mundo, das Rote Kreuz. Aber als er wahrnahm, dass es zunächst zu keinen relevanten Protesten kam, beschloss er gemeinsam mit einem Freund zu protestieren und startete die diversen Aktionen bis hin zur Beschwerde vor dem UN-Ausschuss gegen Folter. Er besorgte sich, wie CEAR, die notwendigen Informationenvon den Médicos del Mundo und dem Roten Kreuz –

163 So prüfte er nach eigener Aussage bereits vor Beginn des Expert*innen-Interviews die Identität der Interviewer*innen daraufhin, ob sie »sozialen Bewegungen dienten«, bevor er dem Interview zustimmte.

164 Expert*innen-Interview (Fn.116).°

165 Ebd.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

persönlichen Kontakt zu den inhaftierten Migrant*innen hatte er hingegen niemals. Es war ihm allerdings gelungen, ein Protokoll mit Zeug*innenaussagen der 23 zuletzt Inhaftierten zu erlangen, u.a. die überlieferte Aussage eines Gefangenen, die angeblich lautete: »Gebt mir Injektionen und tötet mich.« Zu Hause habe er seine ganze Familie verloren und wolle lieber sterben, als zurückzukehren.[166] Auf die Idee, den Ausschuss anzurufen kam Hidalgo Alvarez, weil er diesen von früheren Aktionen kannte und keinen anderen Ausweg mehr sah:

»Ich hatte keine Wahl. Ich habe einen Hungerstreik gemacht, dreißig Tage, und mir ging es sehr schlecht [...], die Regierung hat nichts gemacht. Die großen Organisationen haben nichts gemacht, nur eine Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft. Dann habe ich mich zusammen mit einem Genossen an den Ausschuss gewendet, weil ich viele Dokumente hatte; die haben wir vorbereitet.«[167]

Bemerkenswert an diesem Vorgehen ist, dass er sich, ohne juristische Hilfe in Anspruch zu nehmen, selbst an die Abfassung der Beschwerde machte: »Wir hatten keine juristische Beratung, wir haben das ganz allein gemacht, ohne Anwalt. Ich als Informatiker und mein Genosse als Sozialarbeiter und ein Genosse, der Psychologe ist, aber kein Anwalt.«[168] Ohne die Hilfe von juridischen Intellektuellen wollten die Mitglieder von Queda la Palabra also im Gefüge der Rechtsform agieren. Das hatte, wie wir sehen werden, einige gravierende Nachteile, stellte jedoch zugleich angesichts eines gewissen Ressourcenmangels eine Selbstermächtigung dar, sich das Recht selbst anzueignen.

Eine weitere unter strategischen Gesichtspunkten relevante Tatsache stellte der Umstand dar, dass CEAR und Queda la Palabra nicht zusammenarbeiteten, ja, von den juridischen Aktivitäten der jeweils anderen Organisation noch nicht einmal Kenntnis nahmen. Von Seiten Hidalgo Alvarez' ist das auf massive Vorbehalte gegenüber CEAR zurückzuführen, die er, wie auch den UNHCR, für ihre vermeintliche Untätigkeit und Kooperation mit der Regierung kritisierte. CEAR hingegen, und das könnte erneut mit der nationalen Fokussierung zusammenzuhängen, schien noch 2010 das bereits 2008 abgeschlossene UN-Verfahren gar nicht zur Kenntnis genommen zu haben. Die verschiedenen juridischen Strategien waren also nicht koordiniert und konnten so keine Überlappungen erzielen. So hätte etwa die Entscheidung des Ausschusses in die Verfahren vor den nationalen Gerichten eingebracht werden und Queda la Palabra von der juristischen Expertise CEARs profitieren können. Doch dazu kam es nicht.

166 Ebd.°

167 Ebd.°

168 Ebd.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Beschwerdeschrift und Entscheidung

In seiner Beschwerdeschrift trug Hidalgo Alvarez die Verletzung diverser Artikel der Antifolterkonvention vor: unter ihnen des Folterverbots des Art. 1, des Rechtsschutzes bei Folter in Art. 13 sowie des expliziten Non-Refoulement-Gebotes in Art. 3 durch eine mögliche Rückführung nach Indien, weil dies angesichts des Kaschmirkonfliktes Folter oder unmenschliche Behandlung der Migrant*innen bedeutete.[169]

Darauf erwiderte die spanische Regierung am 21. August 2007, dass die Klage aus mehreren Gründen unzulässig sei: zum einen wegen fehlender Bevollmächtigung durch die vermeintlichen Opfer, zum anderen weil der nationale Rechtsweg zuvor hätte ausgeschöpft werden müssen. Dass dies möglich sei, zeigten die Klagen von CEAR.[170] Darüber hinaus bestritt die Regierung, was die materielle Begründetheit der Klage betrifft, die vorgetragen Fakten, diese seien parteiisch und tendenziös eingebracht. Zunächst einmal seien die Migrant*innen auf dem Schiff nicht übereinander gestapelt gewesen, denn dieses sei geräumig und adäquat für einen erweiterten Aufenthalt an Bord gewesen. Sie seien außerdem mit medizinischer und humanitärer Notfallversorgung an Bord behandelt worden. In Nouadhibou hätten alle Personen drei heiße Mahlzeiten am Tag erhalten, zumal noch angepasst an ihre Diät-Erfordernisse, sowie sofortige medizinische Hilfe. Außerdem hätten sie einmal am Tag duschen und einmal in der Woche ihre Wäsche wechseln dürfen. [171]

Rechtlich seien die staatlichen Handlungen zu jeder Zeit in Übereinstimmung mit der SOLAS- und der SAR-Konvention erfolgt. Der Senegal sei für die Seenotrettung verantwortlich gewesen und habe den Transfer zum nächsten Hafen autorisiert. Die diplomatische Notfallvereinbarung mit Mauretanien habe Spanien eine lediglich technische Unterstützung gestattet. Daher bestritt die Regierung, dass die Migrant*innen illegal inhaftiert worden seien.[172] Sowohl der UNHCR als auch die IOM hätten an der Identifizierung und Repatriierung der Migrant*innen teilgenommen und der spanischen Regierung diese Maßnahmen empfohlen. Diejenigen, die glaubhaft gemacht hätten, einen Asylantrag stellen zu können, seien auf die Kanarischen Inseln verbracht worden. Auch in diesem Verfahren wurde das UNHCR-Schreiben vom 20. April 2007 eingebracht – als Bestätigung für die Behauptung, keine der 23 Personen benötige internationalen Schutz.[173]

Der Beschwerdeführer erhielt daraufhin erneut Gelegenheit zur Stellungnahme und replizierte am 18. Oktober 2007, dass die Existenz eines staatlichen Verfahrens

169 Wiedergegeben lt. Entscheidung v. 21.11.2008, Az: CAT/C/41/D/323/2007, J.H.A. On behalf of: P.K. et al. vs. Spain, Rn. 3.1–3.3.

170 Ebd., Rn. 4.1–4.2.

171 Ebd., Rn. 4.3, 4.7.

172 Ebd., Rn. 4.4, 4.8.

173 Ebd., Rn. 4.5–4.6.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den Ausschuss nicht davon abhalte, ebenfalls Recht zu sprechen, insbesondere, da das Rechtsmittel in Spanien abgelehnt worden sei.[174] Zu diesem Zeitpunkt war allerdings nicht einmal das Urteil der Audiencia Nacional ergangen. Zu den fehlenden Vollmachten führte er aus, dass der Ausschuss eingeladen sei, die fünf Gefangenen in Melilla zu besuchen und zu vernehmen. Als Aktivist fehle ihm das Geld dafür.[175]

Inhaltlich wiederholte er das Argument aus der Strafanzeige, dass die Kanaren den einzigen sicheren Hafen dargestellt hätten, wenn man die Lebensverhältnisse in den afrikanischen Küstenstädten bedenke. Zudem bestritt er, dass während der zwei Wochen seit dem Auffinden des Schiffes und seiner Überführung medizinische Hilfe geleistet worden sei. Diese müsse aber unverzüglich erfolgen. Da Mauretanien die SAR-Konvention nicht unterzeichnet habe, sei das Land gar nicht verpflichtet gewesen, die Migrant*innen auf sein Territorium zu lassen. Diese hätten sich zudem laut diversen Zeitungsberichten unter spanischer und mauretanischer Kontrolle befunden.[176]

Darauf antwortete schließlich noch einmal die spanische Regierung am 3. Januar 2008. Spanien trage keinerlei Verantwortung, weil die Vorfälle außerhalb des spanischen Zuständigkeitsbereiches stattgefunden hätten. Die Handlungen seien über seine internationalen Verpflichtungen zur Rettung auf der See bei weitem hinausgegangen, denn diese seien nur auf das Verbringen in einen sicheren Hafen beschränkt.[177] Inzwischen hatte auch die Audiencia Nacional den Rechtsbehelf abgelehnt – und dieses Verfahren zeige, dass innerstaatliche Rechtsmittel bezüglich dieser Materie existierten, weswegen der Beschwerdeführer das Recht missbrauche, Beschwerden vor dem Ausschuss einzureichen.[178]

Bis hierher wurden keine neuen diskursiven Strategeme eingebracht. Lediglich das Refoulement-Verbot wurde erstmalig in Anschlag gebracht. Aber auch Hidalgo Alvarez gelang es nicht, den Zusammenhang von Seerecht und dem flüchtlings- und menschenrechtlichen Kontext vorzutragen, sodass die spanische Regierung sich wiederum auf den Standpunkt stellte, das einzig relevante Recht seien die SAR- und die SOLAS-Konvention, die exekutiven Maßnahmen folglich bloße Rettungshandlungen gewesen. Durch das Schreiben des UNHCR konnte sie zudem das Refoulement-Verbot in diesem Fall für irrelevant erklären, ohne darauf überhaupt näher einzugehen. Allerdings befanden sich die Streitparteien nunmehr auf einem anderen juridischen Terrain, welches einer menschenrechtlichen Logik folgt. Und es

174 Ebd., Rn. 5.1.

175 Ebd., Rn. 7.3.

176 Ebd., Rn. 5.2–5.3.

177 Ebd., Rn. 6.1.

178 Ebd., Rn. 6.2.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

war offen, ob der UN-Ausschuss gegen Folter die Argumente der spanischen Regierung so leicht akzeptieren würde wie die spanischen Verwaltungsgerichte.

Der Ausschuss begann mit der Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde. Er hätte dabei mit der Frage der Vollmachten oder der Rechtswegerschöpfung beginnen können, doch entschied er – und das macht die strategische Besonderheit dieser Entscheidung aus –, den zentralen Streitpunkt des gesamten Falles vorzuziehen: nämlich die Frage der exterritorialen Geltung der Normen der Antifolterkonvention. Er fragte also, ob die Beschwerde schon deswegen unzulässig sei, weil ihr die Kompetenz für eine Individualbeschwerde gemäß Art. 22 fehle, da sich die Vorfälle außerhalb des spanischen Territoriums ereignet hätten.

Damit war nun die parallele Auslegungsproblematik zum GFK-Diskurs eröffnet. Denn Art. 2 der Konvention regelt, dass jeder Vertragsstaat wirksame Maßnahmen zu treffen habe, um Folter »in allen seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Gebieten zu verhindern«. Dazu zählen das Landterritorium, das Küstenmeer sowie andere Gebiete, die unter der Jurisdiktion eines Staates stehen. Die Hohe See etwa ist vom unmittelbaren Wortlaut nicht umfasst. Und die spanische Regierung ging offensichtlich davon aus, dass auch das unter mauretanischer Hoheitsgewalt stehende Territorium nicht darunter fiele. Die Konvention schien also »einen stärker territorialen Fokus als andere Menschenrechtskonventionen« zu haben (Rah 2009: 223).

Die bisherige Rechtsprechung des Ausschusses hatte allerdings bereits 2006 die exterritoriale Geltung von Art. 3 Abs. 1 in Hinblick auf die in Guantánamo Inhaftierten festgestellt,[179] sowie darüber hinaus darauf verwiesen, dass sogar die Normen der Konvention, die an die Begründung von Hoheitsgewalt anknüpfen, exterritorial anwendbar seien, sofern »der Staat effektive Kontrolle über ein Gebiet oder eine Person ausübt«.[180] In der Folge hatte es 2007, also just im Jahr der »Marine I«, einen Grundsatzkommentar zur Auslegung von Art. 2 verfasst, unter anderem zu der Formulierung »aller seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Gebiete«. Dies beinhalte alle Gebiete, in denen die Vertragspartei direkt oder indirekt, ganz oder teilweise, de jure oder de facto effektive Kontrolle ausübe. Also etwa während friedenssichernden Operationen oder militärischen Besatzungen, also außerhalb des Staatsgebietes, insbesondere an Plätzen wie u.a. »Hafteinrichtungen«. »Der Ausschuss geht davon aus, dass der Bereich des ›Territoriums‹ unter Artikel 2 ebenso Situationen beinhalten muss, wo ein Staat direkt oder indirekt, de jure oder de facto die Kontrolle über Personen in Gefangenschaft ausübt.«[181] Nach dieser kurz zuvor vorgenommenen Kommentierung lag es nahe, dass der Ausschuss diese Argumen-

179 CAT, Concluding Observations: United States of America, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2 v. 25.7.2006, § 20.

180 Ebd., § 15.

181 General comment No. 2 (2007), CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, § 16.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tation auch auf den vorliegenden Fall anwenden und damit der bisherigen spanischen Argumentation den Boden entziehen würde.

Und tatsächlich, die Mitglieder des Ausschusses begannen die Auslegung dieser Problematik mit dem Verweis auf eben jenen Grundsatzkommentar zu Art. 2 zur Ausübung effektiver Kontrolle. Die darin enthaltene Argumentation gelte insbesondere für die Kontrolle über Personen in Gewahrsam. Die Aussage, die im Kommentar nur für Art. 2 getroffen worden war, dehnten sie sodann im nächsten Schritt auf alle anderen Artikel der Konvention, also auch auf Art. 22, aus und schlussfolgerten:

»Im vorliegenden Fall stellt der Ausschuss fest, dass der Vertragsstaat die Kontrolle über die Personen an Bord der *Marine I* vom Zeitpunkt der Rettung des Schiffes an bis zum Ende des Identifikations- und Rückführungsprozesses in Nouadhibou aufrechterhielt. Der Vertragsstaat übte insbesondere aufgrund der diplomatischen Vereinbarung mit Mauretanien eine konstante de facto Kontrolle über die mutmaßlichen Opfer während ihrer Verhaftung in Nouadhibou aus. Demgemäß folgert der Ausschuss, dass die mutmaßlichen Opfer spanischer Hoheitsgewalt unterworfen waren«[182].

Erst im jetzt folgenden zweiten Schritt der Zulässigkeitsprüfung verhandelte der Ausschuss die fehlende Bevollmächtigung durch die mutmaßlichen Opfer. Gemäß Art 22 sind beschwerdeberechtigt das Folteropfer oder seine Verwandten oder ernannten Repräsentant*innen und alle weiteren Personen in seinem*ihrem Namen, wenn es nicht persönlich in der Lage ist, die Beschwerde einzureichen, und wenn dem Ausschuss eine angemessene Autorisierung eingereicht wird. Da dies im vorliegenden Fall nicht erfolgte, wurde sodann geprüft, ob ihnen eine Beauftragung unmöglich war. Da allerdings die Gefangenen in Nouadhibou von Repräsentant*innen des UNHCR, der IOM und der Médicos del Mundo befragt worden waren und CEAR zudem mit Autorisierung der Opfer in der selben Sache vor einem innerspanischen Gericht tätig werden konnte, sei es dem Ausschuss nicht gestattet zu schlussfolgern, dass es nicht möglich gewesen wäre, ihre Zustimmung zu erhalten. Es könnte auch nicht geschlussfolgert werden, dass fehlende finanzielle Mittel den Beschwerdeführer davon abgehalten hätten, diese Zustimmung von denjenigen zu erhalten, die inzwischen nach Melilla überführt worden waren. Unter diesen Umständen müsse der Ausschuss feststellen, dass der Beschwerde die Vertretungsberechtigung des Beschwerdeführers gemäß Art. 22 Abs. 2 der Konvention fehle.[183] Damit müsse auch nicht mehr über die Frage der Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs entschieden werden – die Beschwerde sei unzulässig.

182 Entscheidung v. 21.11.2008 (Fn. 169), Rn. 8.2.°

183 Ebd., Rn. 8.3.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wenn man bedenkt, dass der Ausschuss diese Beschwerde bereits dadurch hätte ablehnen können, dass er den zweiten Prüfungsschritt als ersten behandelt hätte, scheint es den Ausschussmitgliedern darauf angekommen zu sein, trotz der offensichtlichen Unzulässigkeit zum zentralen inhaltlichen Streitpunkt Stellung zu beziehen. Dies hatte dann zwar keine Auswirkungen auf den konkreten Rechtsstreit, weil der Fall der 23 Migrant*innen abgewiesen wurde, markierte allerdings dennoch einen diskursiven Einschnitt in dem juridischen Diskurs über die exterritoriale Geltung des Refoulement-Verbots. In der Folge fand diese Entscheidung nämlich tatsächlich in die juristische Fachliteratur Eingang und wurde auch im »International Journal of Refugee Law« veröffentlicht und so einem Fachpublikum bekannt. In dem zweiten Rechtsfall dieser Fallstudie, »Hirsi vs. Italy«, wird sich zeigen, dass sich bereits einige Akteur*innen während des dortigen Verfahrens vor dem EGMR auf diese Entscheidung bezogen.

Dennoch hinterlässt die Entscheidung den Eindruck, dass diese Rechtssache sogar hätte gewonnen werden können. Die prozessuale Problematik der fehlenden Vollmachten ist eine ganz entscheidende in dieser Art von Verfahren, wie auch die nächste dargestellte Rechtssache demonstrieren wird. Es zeigt sich an dieser Stelle, was es bedeutet, sich in das Gefüge der Rechtsform zu begeben: Es ist so gut wie unmöglich, es ohne die juridischen Intellektuellen zu durchdringen. Eine Beratung der Aktivist*innen durch Flüchtlingsrechtsanwält*innen hätte die Wahrscheinlichkeit eines Erfolges wesentlich erhöht. Denn zum einen ist das Versäumnis der Bevollmächtigung offensichtlich auf die fehlende Professionalität des Beschwerdeführers zurückzuführen und zum anderen ist die Stellungnahme zugunsten eines exterritorialen Menschenrechtsschutzes vor allem auf das institutionelle Interesse der Ausschussmitglieder zurückzuführen, weniger hingegen auf die Vorbereitung dieser Argumentation durch den Beschwerdeführer. Denn dieser hatte sich gar nicht auf die vorhergegangene juridische Argumentation des Ausschusses und anderer internationaler Gerichte bezogen, weil ihm die Relevanz einer solchen Bezugnahme als juristischem Laien nicht präsent war. Wieder – wie im Falle von CEAR, nur aus anderen Gründen – kam es daher auch von Seiten der Aktivist*innen zu keiner das Flüchtlingsrecht berücksichtigenden Argumentation. Letztendlich allerdings, aufgrund der Intervention des Ausschusses, hielt diese dennoch Einzug in die multiskalare juridische Auseinandersetzung.

Damit hob die Entscheidung des Ausschusses die superdifferenzielle Grenzziehung der »rein humanitären Rettungsmaßnahme« auf. Denn diese basierte auf der auch in diesem Verfahren wiederum vorgetragenen Behauptung, die spanische Exekutive könne gar keine Hoheitsgewalt ausgeübt haben, weil sie *de jure* keine Souveränität im Territorium Mauretaniens besäße. Daher könne auch keine der Maßnahmen eine Inhaftierung gewesen sein. Dem setzte der Ausschuss jedoch die »*de facto* Kontrolle« entgegen, die ebenfalls ausreichend sei: Spanien habe faktisch während des gesamten Zeitraums die Kontrolle über die Migrant*innen in ihrem

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gewahrsam besessen. Damit seien sie spanischer Hoheitsgewalt unterworfen gewesen. Mit dieser Argumentation wurde die exterritoriale juridische Strategie des »effektiven transnationalen Menschenrechtsschutzes und der rechtsstaatlichen Kontrolle exterritorialen Regierungshandelns« durch eine weitere Entscheidung eines transnationalen Spruchkörpers erweitert. Diese fügte zwei Elemente in die Äquivalenzkette dieser Strategie ein: zunächst, dass es auf die Ausübung von Hoheitsgewalt – und nicht auf den Ort ihrer Ausübung – ankomme. Dieses Argument war bereits diskursiv in der Auseinandersetzung um die GFK vorhanden. Hinzu kam nun das zweite Element, welches die Bedingung des ersten ist: Hoheitsgewalt wird dann ausgeübt, wenn eine direkte oder indirekte, vollständige oder teilweise, de jure oder de facto *effektive Kontrolle* über die betroffenen Personen vorliegt.

(g) Zwischenfazit 2

»›Marine I‹ war [...] der größte Skandal der Grenzkontrolle auf dem Gebiet der Menschenrechte, den Frontex oder Spanien kennt. [...] Wie war es möglich, dass angesichts einer derart klaren Menschenrechtsverletzung [...] niemand von der spanischen Regierung verlangte, dass sie etwas dagegen unternahm?«, fragte Nicolás Castellano zum Abschluss des Expert*innen-Interviews.[184] »Da sie weit weg in Mauretanien waren, passierte nichts. In der ersten Woche war das noch ein Thema in der spanischen Presse, danach nicht mehr. [...] Ich bin überrascht, dass niemand, kein Europäischer Gerichtshof, kein UN-Folterausschuss Spanien und Mauretanien dafür sanktioniert hat, dass sie das zugelassen haben.«

Die vorangegangene Analyse gibt in einem spezifischen Sinne eine Antwort auf diese Frage, indem sie die Bedingungen und Strategien der Akteur*innen untersucht hat. Die normative Frage, »wie das sein kann«, bleibt davon unberührt. Nicht nur kommt das Recht immer zu spät, wie Niklas Luhmann einmal formulierte, sondern zugleich ist die juridische Auseinandersetzung auch stets unabgeschlossen. Neue Entscheidungen knüpfen an den bisherigen Diskurs an und reproduzieren oder verschieben ihn. In dem konkreten Fall ist es offen, sowohl wie das Verfassungsgericht einst entscheiden wird, als auch, ob der EGMR noch Gelegenheit erhält, sich zu diesem Fall zu äußern.

An dieser Stelle soll nun das Kräfteverhältnis reflektiert werden. Zunächst zu den Akteur*innen und deren Zuordnung zu den Hegemonieprojekten: Auf der einen Seite, jener der Externalisierungsstrategien, findet sich vor allem die damalige spanische sozialdemokratische Regierung. Ihre diskursive Strategie während des »Marine I«-Konfliktes fügte sich nahtlos in ihre zuvor beschriebene Migrationspolitik (Kapitel 6.2) ein, bestehend aus der Verknüpfung von der Einbindung nord- und westafrikanischer Staaten mit der Rhetorik der humanitären Hilfe und dem »Kampf

184 Fn. 92.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gegen die illegale Migration«. Die spanische Regierung setzte also das neoliberale Sicherheitsdispositiv des ›Migrationsmanagements‹ idealtypisch um. Anders als ihre konservativen Kritiker*innen, die noch die alte, rein repressive Migrationspolitik verfolgten, legte sie Wert auf die Einbeziehung internationaler Organisationen, in dem Fall auf die Integration der dem neoliberalen Hegemonieprojekt zuzurechnenden IOM sowie des dem linksliberalen Hegemonieprojekt zuzurechnenden UNHCR. Es ist deutlich zu erkennen, dass die PSOE, die eigentlich eine proeuropäisch-soziale Ausrichtung vertritt, als Regierung eines peripheren EU-Landes, welche nun die Rolle des Grenzwächters der EU-Außengrenzen übernommen hatte, letztlich zur Statthalterin des neoliberalen europäischen ›Migrationsmanagements‹ wurde. Sie eignete sich gerade deswegen dafür, weil sie durch den kooperativen Umgang mit sowohl den afrikanischen Regierungen als auch den Internationalen Organisationen, dem Ausbau der ›Entwicklungshilfe‹ und der humanitären Rhetorik Strategieelemente des proeuropäisch-sozialen Hegemonieprojekts in das Dispositiv einbrachte. Auf diese Weise trug sie zu seiner Hegemoniefähigkeit bei, was die bloße Ausrichtung auf eine globale Arbeitsmarktperspektive des neoliberalen Hegemonieprojekts alleine nicht vermocht hätte.

Ihre diskursiven Ressourcen waren daher in der Auseinandersetzung hoch, denn sie konnte sich auf die strategische Selektivität des Dispositivs des ›Migrationsmanagements‹ stützen, welches sie selbst mitkonstituierte. Darüber hinaus kam ihr die in den Verwaltungsgerichten und der Staatsanwaltschaft materiell verdichtete staatsfixierte, nationale und in Bezug auf Menschenrechte nur schwach entwickelte Rechtstradition zu Gute, während sie im Verfahren vor dem UN-Ausschuss gegen Folter, wo eine andere Tradition vorherrscht, von den strategischen Fehlern der Gegenseite, die genau diesen Vorteil nicht auszuschöpfen wusste, profitieren konnte. Darüber hinaus war es ihr gelungen, anerkannte Intellektuelle wie den UNHCR und die IOM in ihr Projekt einzubinden.

Auf der anderen Seite, jener der diskursiven Strategien des exterritorialen Menschenrechtsschutzes, befanden sich in allererster Linie CEAR und Queda la Palabra, sowie im weiteren Kontext der Defensor del Pueblo, kritische Journalisten wie Nicolás Castellano – welcher über Buch- und Medienpublikationen Öffentlichkeit erreichen konnte – und mit geringerem Einfluss NGOs wie SOS Racismo und APDHA sowie Amnesty International, die in ihren Berichten den Fall skandalisierten. Das Gesamt dieser Organisationen lässt sich als diskursive Allianz zwischen dem linksliberal-alternativen sowie dem linken Flügel des proeuropäisch-sozialen Projekts fassen. Die Médicos del Mundo können dieser Kräftekonstellation ebenfalls zugerechnet werden, weil sie die notwendigen Informationen lieferte, ohne selbst öffentlich Stellung zu beziehen – weswegen sie aber nicht Teil der Diskurskoalition waren, sondern eher so etwas wie eine Unterstützungsstruktur. Und schließlich wird hier das bereits im Kapitel 2.1 erläuterte hegemonietheoretische Verhältnis von diskursiven und nicht-diskursiven Praxen deutlich. Denn die Mig-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rant*innen selbst waren aus ihrer existenziellen Situation heraus selbst gar nicht in der Lage, vor einem der aufgeführten Gerichte zu klagen. Ihre devianten Praxen der klandestinen Grenzüberschreitung konstituierten zwar das historische Ereignis, welches diesen Rechtsdiskurs auslöste, sie selbst jedoch blieben aus der Rechtsform exkludiert. Sie konnten sich selbst faktisch gar nicht auf das ihnen zustehende Recht berufen, sondern waren auf die Unterstützung von NGOs angewiesen. Hidalgo Alvarez hatte zudem durch das Nichteinholen von Vollmachten auf eine Rückbindung an die von ihm vertretenen Interessen verzichtet. Dass ihm die finanziellen Mittel dafür fehlten und es zudem zu keiner Kooperation mit CEAR kam, verdeutlicht die Schwäche der pro-migrantischen Unterstützungsstruktur. Die Exterritorialisierungsstrategie, ob sie nun über die Konstruktion der staatsfreien Hohen See oder über exterritoriale biopolitische Lager prozessiert wird, zeigt sich hier vor allem als Entrechtungsstrategie.

Unter dem Blickpunkt der Ressourcen fällt schnell ins Auge, dass mit dem UNHCR ein ganz zentraler, anerkannter Akteur ins Gegenprojekt eingebunden war, was die Diskurskoalition des exterritorialen Menschenrechtsschutzes massiv schwächte. Dass es ausgerechnet der UNHCR war, der nach einer – wie seine Mitarbeiter*innen angaben – nur sehr kursorischen Prüfung das zentrale empirische Gegenargument bezüglich der Anwendung des Refoulement-Verbots lieferte, war ein schwerer Schlag für diese Strategien.

Von den Organisationsressourcen her betrachtet unterschieden sich die Akteur*innen sehr voneinander, insbesondere was den Organisierungsgrad, das verfügbare juridische Wissen und die Entwicklungsfähigkeit von Strategien zum richtigen Zeitpunkt anbetrifft. Während Queda la Palabra am erfindungsreichsten vorgingen, waren sie zugleich finanziell und organisatorisch am schwächsten ausgestattet. CEAR hingegen war beschränkt durch ihre nationale Ausrichtung, verfügte aber über die meisten anderen Ressourcen. Was den spezifisch juridischen Organisierungsgrad angeht, wird auch die schwache Unterstützungsstruktur durch das Fehlen einer entwickelten »Cause Lawyering«-Tradition deutlich, die juridische Verfahren professionell-strategisch als politisches Kampfterrain verwenden würde. Daher konnten die bis zum heutigen Zeitpunkt verlorenen Verfahren auch nicht die Dynamik eines »success without victory« entfalten, also das langfristige Ziel der Mobilisierung einer sozialen Bewegung erreichen oder einer Verschiebung des politischen Diskurses trotz verlorenen Prozesses. So gelang es nicht, diesen »größten Skandal der Grenzkontrolle« noch einmal, nachdem die Aufmerksamkeit der Presse nach den ersten Wochen abgeklungen war, über die juridischen Verfahren gesellschaftsweit zu skandalisieren.

Am gravierendsten allerdings hat sich die Konkurrenz zwischen CEAR und Queda la Palabra ausgewirkt, denn eine solidarische Zusammenarbeit hätte auch in den juridischen Verfahren zu anderen Ergebnissen führen können. Insgesamt fehlte es an einer Kooperationsbereitschaft auch im weiteren Kontext. Die fehlende »Cau-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

se Lawyering«-Tradition hätte etwa durch eine europäische Zusammenarbeit ausgeglichen werden können, gerade angesichts der Tatsache, dass dieser Vorfall an der Grenze die europäische und nicht nur spanische Politik betraf. Dies gilt erst recht für mögliche Kooperationspartner*innen aus Mauretanien, wie etwa die Association Mauritanienne des Droits de l'Homme. Wenn das zentrale Merkmal der spanisch-europäischen Grenzkontrolle die Inkorporation der nord- und westafrikanischen Staaten ist, so müsste ein Bündnis gegen diese Politik ebenfalls ein europäisch-afrikanisches sein. Zusammengefasst kann man sagen, dass die Ressourcen dieser Akteurskonstellation schon strukturell im Vergleich zu den im neoliberalen Sicherheitsdispositiv materialisierten Ressourcen schwächer sind. Sie hätten dem aber dennoch, und das macht die Brüchigkeit struktureller Privilegierungen aus, durch geschickte Strategien zum richtigen Zeitpunkt etwas entgegensetzen können, wie die nächste Rechtssache zeigen wird.

Denn hätte die Entscheidung des Ausschusses auch eine Begründetheitsprüfung umfasst, so hätten sich daraus weitere Konsequenzen ergeben, etwa die Anwendbarkeit der Schutzrechte der Antifolterkonvention. Da es dazu aber nicht mehr kam, stoppte die Argumentation an dieser Stelle. Die superdifferenzielle Grenzziehung war mehr oder weniger hinfällig, aber die Zusammenführung der beiden Diskurse konnte noch nicht gelingen. Dies sollte erst in der *Rechtssache Hirsi vs. Italy* erfolgen, welche im Folgenden dargestellt wird.

6.3.3 »Hirsi vs. Italy« – Europäische Menschenrechtskonvention

Die einzelnen Momente der Politik des Outsourcings und Offshorings, wie ich sie für Spanien beschrieben habe, finden sich auch in der italienischen Politik wieder. So ist es zwar durchaus ein Unterschied, dass in Spanien der entscheidende politische Akteur die sozialdemokratische PSOE war, während in Italien im relevanten Zeitraum überwiegend eine Regierungskoalition aus Silvio Berlusconis Popolo della Libertà, dem Movimento per le Autonomie und der rechtsnationalen Lega Nord die Regierung stellte[185] – das heißt Akteure, deren Strategien zumeist dem konservativen Hegemonieprojekt zuzurechnen sind. Die wesentlichen Elemente des europäischen Grenzregimes sind dennoch in beiden Politiken präsent, ihre konkrete Ausprägung hängt allerdings von dem jeweiligen politischen Kräfteverhältnis ab. Der größte Unterschied ist darin zu sehen, dass die spanische Regierung, wie zuvor gezeigt, zur idealtypischen Statthalterin des europäischen Sicherheitsdispositivs des ›Migrationsmanagements‹ wurde, während die italienische Grenzpolitik hauptsäch-

185 Diese Poltitik war allerdings in gewisser Weise schon unter der Regierung des Mittelinks-Bündnisses L'Unione (2006-2008) des ehemaligen EU-Kommissionspräsidenten Romano Prodi vorbereitet worden.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lich von einer repressiven und rechtspopulistischen Migrationspolitik geprägt blieb. Hinzu kommt, dass die zivilgesellschaftlichen Akteur*innen beider Länder völlig unterschiedlich agierten: Während sich im postfranquistischen Spanien die Zivilgesellschaft erst im Kontext der Transformation herausbilden konnte und noch stark durch den Staat geprägt ist, der sie mitinitiierte, ist die Flüchtlingsrechtsbewegung in Italien viel breiter und internationaler ausgerichtet. Das politische Kräfteverhältnis ist also relevant für die *konkrete* Ausprägung und Durchsetzungskraft der Elemente des Outsourcings und Offshorings. Dies wird sich in der folgenden Darstellung der Entwicklung der Zusammenarbeit zwischen Italien und Libyen zeigen. Diese Kooperation bildet die Grundlage des Rechtsfalles »Hirsi vs. Italy«, den ich daran anschließend analysieren werde.

(a) Der »Freundschaftsvertrag« zwischen Italien und Libyen

Der massive Ausbau des spanischen Grenzregimes führte zu einem Verlagerungseffekt hin zum zentralen Mittelmeer (Lutterbeck 2011: 131). Während die Ankünfte auf den Kanaren zurückgingen, nahm die Zahl illegalisierter Einwander*innen zu, die über Nordafrika nach Italien und Malta einreisten: Waren es 2007 noch 14.000 solcher Ankünfte, so steigerten sich diese 2008 auf 36.000. Im gleichen Jahr war das Internierungslager auf der italienischen Insel Lampedusa mit rund 2.000 Insass*innen bei 850 vorgesehenen Plätzen völlig überfüllt (die tageszeitung v. 15.10.2008; Human Rights Watch 2009: 25), und die Anzahl der Personen, die in Italien Asyl beantragten, stieg im Vergleich zum Vorjahr um 14 Prozent auf 31.164. Damit hatte Italien zu diesem Zeitpunkt im Vergleich unter den industrialisierten Ländern den viertgrößten Anteil Asylberechtigter vorzuweisen, nach den USA, Kanada und Frankreich (Human Rights Watch 2009: 25). Insgesamt stellten in Italien 75 Prozent aller über das Meer eingereisten Migrant*innen einen Asylantrag, von denen wiederum 50Prozent Asyl oder eine andere Form subsidiären Schutzes erhielten (ebd.: 27).

Mit dieser Verlagerung der Migrationsbewegungen kam es auch zu einer Verschiebung der Konflikte um die Ausgestaltung und die rechtlichen Grundlagen von Migrationskontrollen, die im Jahr 2009 ihren Höhepunkt in der gemeinsamen Rückschiebepraxis von Italien und Libyen erreichten. Libyen wurde zu dieser Zeit zum wichtigsten Transitstaat und zum zentralen Ausgangspunkt für Ausreisen nach Europa über das südliche Mittelmeer (Lutterbeck 2011: 128). Die 4.000 Kilometer lange südliche Grenze Libyens, über welche die Transit-Migrant*innen einreisen, gilt als unkontrollierbar (Human Rights Watch 2009: 25). Die EU zahlte 2009 20 Millionen Euro für ihre Abschottung Richtung Sahara (die tageszeitung v. 4.6.2009, S. 10). Die Transformation in ein Transitland begann um das Jahr 2000, als Libyen, das bis dahin aufgrund seines relativen Reichtums auf der Basis von Erdölvorkommen ein großangelegtes Gastarbeitsregime aufwies, auf eine restriktive Migrationspolitik umschwenkte (Klepp 2011: 135). Während der Isolation des Landes unter

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den 1993 beschlossenen UN-Sanktionen hatte das Gaddafi-Regime noch eine sogenannte »open-door-policy« verfolgt, das heißt, es hatte den Arbeitsmarkt für afrikanische Migrant*innen geöffnet und über bilaterale Verträge die Einreise nach Libyen ohne Visum sowie einen bevorzugten Zugang zum Arbeitsmarkt gefördert. Diese Politik änderte sich 2000 vor dem Hintergrund massiver rassistischer Übergriffe, denen 500 Menschen zum Opfer fielen (ebd.: 134). Als dann 2003 das UN-Embargo und im Jahr darauf die EU-Sanktionen aufgehoben wurden, verschärfte sich die Migrationspolitik erneut – dieses Mal in Bezug auf die Ausreise nach Europa. Die irreguläre Einreise und der irreguläre Aufenthalt wurden mit Gesetz Nr. 2 (2004) unter schärfere Strafe gestellt (ebd.: 137). Sofort nach dem Ende der Sanktionen entsandte zudem der Rat der EU eine technische Delegation, bestehend aus 30 Beamten, um in Libyen die Möglichkeiten einer Zusammenarbeit in der Abwehr illegalisierter Migration auszuloten. 2005 beschloss der Rat der Innenminister sodann eine systematische Kooperation zwischen den jeweiligen Grenzbehörden, um gemeinsame mediterrane Seeoperationen durchführen zu können, und sicherte Material zur Aufrüstung der libyschen Grenzen zu (Human Rights Watch 2009: 31). Seit 2006 war Tripolis immer wieder Austragungsort der EU-Afrika-Konferenzen. Und seit 2008 begann die Europäische Kommission schließlich, Verhandlungen über ein Rahmenabkommen zwischen der EU und Libyen im Bereich der Außenpolitik, der Menschenrechte sowie der Sicherheits- und Migrationspolitik zu führen (ebd.: 32). Ein Vorabkommen vom 9. Juni 2010 sah EU-Zahlungen in Höhe von 60 Millionen Euro an Libyen für den Zeitraum von 2011 bis 2013 vor, unter anderem für »gemeinsame Aktionen im Kampf gegen illegale Einwanderung« (die tageszeitung v. 21.2.2011, S. 2).

Dennoch kam auch mit Libyen kein EU-Rückübernahmeabkommen zustande. In diesem Fall protestierte noch im Januar 2011, also kurz vor Ausbruch des Bürgerkriegs in Libyen, das EU-Parlament gegen die Verhandlungen der Kommission. Libyen sei weder der Genfer Flüchtlingskonvention beigetreten, noch existiere ein Asylsystem und zudem wurde im Juni 2010 dem UNHCR das Mandat verweigert und das Büro geschlossen – eine Woche vor Abschluss des Vorabkommens. Somit sei eine Rückschiebung nach Libyen ein Verstoß gegen das Völkerrecht (die tageszeitung v. 21.1.2011, S. 2). Ein formelles Abkommen scheiterte aber unabhängig davon an ökonomischen Interessen: Das an Erdöl reiche Land konnte weitaus höhere finanzielle Zugeständnisse verlangen als die vereinbarten 60 Millionen Euro, was die EU jedoch ablehnte. Daher drohte der damalige libysche Staatschef Gaddafi auf dem dritten EU-Afrika-Gipfel Ende November 2010, dass Europa, wenn die EU nicht mehr Geld zahle, »schwarz« werde.[186]

186 SWR inernational v. 1.12.2010, www.swr.de/international/de/-/id=233334/nid=233334/did=7235892/1t5o67/index.html (letzter Zugriff am 29.6.2013).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bereits am 5. Oktober 2006, kurz nach dem ersten maritimen Frontex-Einsatz vor den Kanaren, kam es auch vor Italien und Malta zu einer gemeinsamen Seeoperation, dieses Mal mit dem Namen »Nautilus I«, worauf »Nautilus II« im Jahr 2007, »Nautilus III« 2008 und schließlich »Nautilus IV« 2009 folgten. An »Nautilus II« etwa waren vier Hochsee- sowie sechs Küstenschiffe, drei Hubschrauber, vier Aufklärungsflugzeuge, ein Patrouillenboot und ein Hubschrauber beteiligt. Die involvierten Mitgliedsstaaten neben Malta und Italien waren Deutschland, Griechenland, Frankreich, Rumänien, Portugal und Großbritannien. Darüber hinaus stellte Frontex einen Nachrichtenoffizier sowie eine Frontex-Koordinatorin. Wie auch schon bei den beschriebenen Operationen vor der spanischen Küste, bestand die Hauptleistung der Agentur vor allem in der Koordination sowie der Übernahme von 80 Prozent der Kosten (Klepp 2011: 298). So war einer der wenigen Vorteile des »Nautilus«-Einsatzes aus der Perspektive der maltesischen Sicherheitskräfte, dass die Armed Forces of Malta im Jahr 2008 mehr als 1,1 Millionen Euro von Frontex erhielten und damit ihr überbeanspruchtes Budget nicht unwesentlich aufbessern konnten (Times of Malta v. 21.9.2008).

Frontex selbst wies jedwede juristische Verantwortung für die Einsätze von sich, diese liege vielmehr bei den Mitgliedsstaaten. Deren Sicherheitskräfte koordinierten sich in dem bereits für Spanien beschriebenen Ad-hoc-Komitee und trafen gemeinsam operative Entscheidungen – und zwar, wie Silja Klepp betont, ohne rechtliche Leitlinien und auf einer ungewissen rechtlichen Basis:

»Durch ihre zentrale Position im Aushandlungsprozess rund um Flüchtlingsschutz und Grenzkontrolle, ihren großen rechtlichen Spielraum, aber auch aus den Zwängen und Handlungslogiken, die sich in einer Runde ergeben, die ausschließlich aus Sicherheitskräften besteht, wird so vor Ort europäische Grenzpolitik bestimmt und Recht nicht nur simpel implementiert, sondern geschaffen.« (Klepp 2011: 299f.)

Dabei habe jeder Mitgliedsstaat eine andere Interpretation des Rechts, behalte zudem die Befehlskontrolle über die eigenen Schiffe und handle gemäß nationalen Verfahren (ebd.: 302). Flüchtlingsrechtliche Überlegungen spielten keine Rolle: »Für die Sicherheitskräfte stellt sich nicht die Frage, ob es rechtmäßig ist, Flüchtlinge und Migranten zurück nach Libyen zu bringen« (ebd.: 303). Einem Radiojournalisten gegenüber berichtete ein an »Nautilus« beteiligter Einsatzleiter der italienischen Guardia di Finanza sogar über Praxen von mitgliedsstaatlichen Sicherheitskräften, die Lebensmittel und Treibstoff von Bord der migrantischen Boote entfernten, um sie so zum Umkehren zu zwingen, und schlussfolgerte: »über das, was wirklich auf dem Meer geschieht, gibt es keine direkten Informationen, und es wird auch niemals welche geben« (Nachweise siehe Klepp 2011: 309, Fn. 43).

Die Intransparenz ist ein Wesensmerkmal der Frontex-Einsätze. Daher erklärte auch die Bundesregierung am 26. Oktober 2010 auf die kleine Anfrage der Partei

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Linke, dass ihr nicht bekannt sei, ob es im Rahmen von Frontex-Einsätzen, etwa von »Nautilus III«, zur Zurückschiffung von Migrant*innen nach Libyen gekommen sei, obwohl die BRD an diesem Einsatz beteiligt war (BT-Drucksache 17/847, S. 8). Die Agentur selbst erklärte auf die Anfrage der britischen »Immigration Law Practitioners' Association«, dass Frontex keine Daten darüber sammele, ob während der Einsätze Asylanträge gestellt werden (Moreno-Lax 2011: 182, Fn. 49).

Die geringe Rolle, die das Flüchtlingsrecht in dem Kontext spielt, kommt auch darin zum Ausdruck, dass im Mai 2007 der stellvertretende Direktor von Frontex, Gil Arias, die libysche Regierung um Zusammenarbeit mit Frontex vor der libyschen Küste ersuchte, und zwar in der Form, dass Frontex – ähnlich wie bei der »JO Hera« vor Mauretanien und dem Senegal – in den libyschen Küstengewässern patrouillieren und die dort aufgegriffenen Migrant*innen nach Libyen zurückschicken könnte (Klepp 2011: 145f.). Denn die Sicherheitskräfte aller beteiligten Staaten waren sich einig, dass für ein erfolgreiches Arbeiten der Nautilus-Mission eine enge Kooperation mit Libyen unabdingbar sei (ebd.: 312). Doch, anders als in Spanien, kam es nicht zu einer solchen Zusammenarbeit. Ein Jahr später, am 20. September 2008, erklärte daher der Frontex-Exekutivdirektor Ilkka Laitinen die Joint Operation für gescheitert. Die Patrouillen zögen vielmehr Flüchtlingsboote an, als dass sie sie abschreckten. Denn die »Schleuser« leiteten nun bewusst die Boote in Richtung der Frontex-Patrouillen, damit diese die Migrant*innen retten (die tageszeitung v. 15.10.2008). Insofern war der Frontex-Einsatz in diesem Fall selbst wahrscheinlich einer der Gründe für den Anstieg der Ankünfte auf Malta und Lampedusa. Das zentrale Defizit dieses Einsatzes wurde allerdings in der Weigerung Libyens gesehen, sich an einer Kooperation zu beteiligen (Times of Malta v. 21.9.2008).

Ein weiterer Grund für das Scheitern der »Nautilus«-Einsätze war der 2009 eskalierende Streit zwischen Italien und Malta über die seerechtlichen Regeln zur Aufnahme der geretteten Migrant*innen (Frontex 2010: 43). Italien beharrte darauf, dass alle aufgegriffenen Migrant*innen nach Malta zu verbringen seien. Malta wiederum verlangte, dass die JO sich an die seerechtlichen Regeln halten müsse, wonach die Geretteten außerhalb des maltesischen Küstengewässers in den nächsten »sicheren Hafen« zu bringen seien. Ende April 2009 willigte Italien schließlich in Maltas Interpretation ein (Times of Malta v. 26.4.2009). Obwohl »Nautilus IV« 2009 die längste gemeinsame Seeoperation war, die Frontex bis dato durchgeführt hatte und über ein Budget von 10 Millionen Euro verfügte (Times of Malta v. 9.4.2009), scheiterte sie letztlich an den Streitigkeiten zwischen Italien und Malta – die noch einmal während der zeitgleich stattfindenden europäischen Verhandlungen zu den Frontex-Leitlinien aufbrachen – sowie an der mangelnden Kooperation mit Libyen. Daher wurde diese Joint Operation 2009 tatsächlich eingestellt. Sie erschien aber aus italienischer Sicht auch nicht mehr notwendig, da Italien inzwischen

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ein eigenes Abkommen mit Libyen abschließen konnte, wie ich im Weiteren darstellen werde.

Neben »Nautilus« fand noch eine zweite, kleinere Joint Operation namens »Hermes« statt. Sie begann im Jahr 2007 mit einem Budget von 1,89 Millionen Euro (Frontex 2008: 22). Während »Nautilus« zwischen Malta und Lampedusa operierte, war der Einsatzbereich von »Hermes« zunächst auf das Meer südlich Sardiniens beschränkt, das Koordinationszentrum lag daher in der Inselhauptstadt Cagliari. Aber auch während dieser gemeinsamen Seeoperation eskalierte, insbesondere 2009, der Streit zwischen den Mitgliedsstaaten darüber, wer für die Aufnahme der geretteten Migrant*innen zuständig sei. Dies führte zu einer verminderten Bereitschaft, Schiffe zu stellen (Frontex 2010: 50) – etwa weil auch die Auffassung vertreten werden konnte, dass Migrant*innen bereits mit der Anbordnahme auf ein Schiff das Territorium des jeweiligen Flaggenstaates betreten würden, der dann für das Asylverfahren zuständig sei. Als allerdings im Frühjahr 2011 der völlige Zusammenbruch der Grenzkontrollen Tunesiens und Libyens zu einem hohen Anstieg der über das Mittelmeer nach Italien und Malta reisenden Migrant*innen führte, von denen mindestens 1.500 die Reise nicht überlebten, stellte Italien, das bisher wegen der ungeklärten Seerechtslage eine Fortsetzung der »JO Nautilus« abgelehnt hatte, eine formelle Anfrage nach einem weiteren Frontex-Einsatz. Daraufhin startete bereits am 20. Februar 2011 – und nicht erst, wie geplant, im Juni – die »JO Hermes«. Darüber hinaus wurde auch ihr Einsatzgebiet auf den ehemaligen »Nautilus«-Bereich ausgedehnt. Die fünf patrouillierenden Schiffe stammten ausschließlich aus Italien. Allerdings sendeten Frankreich, die BRD, die Niederlande, Malta und Spanien Flugzeuge und darüber hinaus, gemeinsam mit Österreich, Belgien, Portugal, Rumänien, Schweden und der Schweiz, Expert*innen für den Identifizierungsprozess (Frontex Presseerklärung v. 22.2.2011). Vor allem aber übernahm Frontex die gesamten Kosten für die Operation (Europolitics New Neighbours v. 28.2.2011). Doch auch dieser Einsatz änderte nichts an dem Umstand, dass erst wieder eine Kooperation mit den nordafrikanischen Ländern zu einem relevanten Rückgang führen würde, weswegen sowohl Italien als auch die EU schnellstmöglich mit den neuen Übergangsregierungen in Verhandlungen traten.

Eine solche bilaterale Kooperation mit Libyen war Italien 2009 gelungen. Und genau diese Kooperation führte zu einem vorübergehenden massiven Rückgang der Überfahrten über das Mittelmeer und war zudem der Auslöser des im folgenden zu analysierenden Rechtsstreits – einer juristischen Auseinandersetzung zwischen rückgeschobenen Migrant*innen und der italienischen Regierung, vermittelt über pro-migrantische Aktivist*innen. Vor dem Hintergrund dieser Vorgeschichte zeigt sich die gesamteuropäische Bedeutung dieser bilateralen Zusammenarbeit. Während die EU-geleiteten Rückführungsmaßnahmen aufgrund der mangelnden Kooperation mit Libyen scheiterten, gelang Italien – ganz ähnlich wie Spanien im Verhältnis zu Nord-/Westafrika – ein bilateraler Durchbruch. Erste gemeinsame Ge-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

spräche hatten bereits Ende der 1990er Jahre begonnen, als Libyen offiziell noch mit Sanktionen belegt war. Basierend »auf einer gemeinsamen kolonialen Vergangenheit und begünstigt durch wichtige wirtschaftliche Verbindungen machte die Kooperation rasche Fortschritte« (Klepp 2011: 140f.): Schon im Dezember 2000 wurde das erste Abkommen zur »gemeinsamen Bekämpfung« von Terrorismus, organisierter Kriminalität und irregulärer Migration in Rom unterzeichnet[187] (ebd.: 141), das die »Basis für alle zukünftigen bilateralen Abkommen« bildete (Gleitze 2009: 54). Die Zusammenarbeit auf dem Gebiet intensivierte sich nach der Aufhebung der Sanktionen und Zwangsmaßnahmen durch die UN und die EU. Ab Oktober 2004 wurden mehr als 4.000 Migrant*innen direkt von der sizilianischen Insel Lampedusa nach Libyen zurückgeschoben – gegen den massiven Protest zahlreicher italienischer und internationaler NGOs, während die EU-Kommission sich für unzuständig erklärte (Klepp 2011: 141f.).

Der Durchbruch in den italienisch-libyschen Verhandlungen gelang schließlich im Dezember 2007: Während Frontex sich noch erfolglos um gemeinsame Patrouillen in den libyschen Küstengewässern bemühte, unterzeichnete Italien in Tripolis ein bilaterales Protokoll,[188] mit dem das Abkommen von 2000 implementiert werden sollte. Art. 2 sah die Organisierung maritimer Patrouillen in Form von sechs Marineeinheiten vor, die Italien vorübergehend zur Verfügung stellen sollte. An Bord sollten gemischte Einheiten aus libyschen und italienischen Polizeikräften anwesend sein. Ziel dieser Operation waren Kontroll-, Such- und Rettungsoperationen in libyschen und internationalen Gewässern. Ebenfalls am 29. Dezember 2007 unterzeichneten der Präfekt und Chef der Polizei und Generaldirektor der Öffentlichen Sicherheit Italiens, Antonio Manganelli, sowie der Untersekretär des Komitees für Öffentliche Sicherheit Libyens, Faraj Nasib Elqabaili, ein technisch-operatives Zusatzprotokoll in Tripolis, welches die konkreten Maßnahmen und das zum Einsatz kommende Material regelte. So einigten sich beide Seiten etwa auf ein »Intermilitärisches Operationskommando«, das über die täglichen Schwerpunkte der Patrouillenfahrten beschließen sollte (Art. 2). Zudem wurde in Art. 3 Nr. 5 festgehalten, dass die italienischen Polizeikräfte die ausschließliche Aufgabe haben sollten, die libyschen Sicherheitskräfte auf dem Schiff auszubilden, zu assistieren und zu beraten. Da Libyen hier erstmals der Präsenz ausländischer Sicherheitskräfte im eigenen Staatsgebiet zustimmte, könne, so Silja Klepp (2010: 81), dieses Abkommen als »entscheidender Wendepunkt betrachtet werden«.

Ein halbes Jahr später, am 30. August 2008, schlossen beide Regierungen schließlich den »Vertrag über Freundschaft, Partnerschaft und Kooperation«, der

187 Rom, 13.12.2000, Official Journal Nr. 111 S.O. v. 15.5.2003.

188 Protocolla tra la Repubblica Italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Soicalista, Tripolis, 29.12.2007, unterzeichnet durch den italienischen Innenminister Guiliano Amato und den libyschen Außenminister Abdurrahman Mohamed Shalgam.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den Zweck hatte, die zuvor beschlossenen Abkommen auch Realität werden zu lassen (Art. 19). Denn erst jetzt wurde in dem wiederum nicht öffentlich zugänglichen Vertrag[189] eine »Kompensation für Misshandlungen während Italiens Kolonialherrschaft (von 1911-1943)« in Höhe von 5 Milliarden US-Dollar vereinbart (Art. 8). Dieses Geld sollte über einen Zeitraum von 25 Jahren von Italien in libysche Infrastrukturprojekte investiert werden. Außerdem sollte das Grenzkontrollsystem an der libyschen Landgrenze verstärkt werden, was wiederum zu gleichen Teilen von der EU und Italien finanziert und von italienischen Unternehmen umgesetzt werden sollte (Art. 19 Nr. 2).

Am 4. Februar 2009 schließlich unterzeichneten beide Staaten in Tripolis noch ein weiteres nicht-öffentliches Zusatzprotokoll, welches den »Freundschaftsvertrag« abänderte, insbesondere durch die Einfügung eines neuen Artikels, der das Verhältnis der Sicherheitskräfte an Bord der gemeinsamen Patrouillenfahrten neu fasste: Nunmehr sollte die gleiche Anzahl von libyschem und italienischem Personal gewährleistet werden, die zudem über gleiche Erfahrungen und Fähigkeiten verfügen müssten. Die Aufsicht sollte in libyschen Gewässern den libyschen Sicherheitskräften zukommen und in den internationalen Gewässern der italienischen Polizei. Das Eigentum an den italienischen Schiffen wiederum wurde an Libyen abgetreten.[190] Der Grund für diese Neuregelung scheint nicht nur in einem ›egalitäreren‹ Verhältnis zwischen Italien und Libyen zu bestehen, sondern – wenn die vergangenen Konflikte berücksichtigt werden – eine präventive Vermeidungsstrategie im Hinblick auf mögliche rechtliche Verantwortungszuschreibungen zu sein. Denn sowohl die Übertragung des Eigentums an den Schiffen auf Libyen als auch die alleinige Befehlshoheit in libyschen Gewässern legt nahe, dass damit Libyen die ungeteilte rechtliche Verantwortung für die dortigen Rückführungsmaßnahmen zugeschrieben werden sollte. Sowohl die territoriale Verortung sowie die unter libyscher Flagge fahrenden Schiffe als auch die Befehlshoheit Libyens sind in der völkerrechtlichen Rechtsprechung zentrale Kriterien für die rechtliche Zurechnung von staatlichen Handlungen, wie sich in der juristischen Auseinandersetzung noch zeigen wird. Italien könnte so versuchen, gemäß der Strategie des Outsourcings, seiner eigenen juristischen Verantwortung aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, die für Libyen räumlich nicht gilt, und der Genfer Flüchtlingskonvention, die Libyen als einziger nordafrikanischer Staat nicht unterzeichnet hatte, zu entkommen. Am 2. März 2009 wurde der »Freundschaftsvertrag« schließlich in Sirte von beiden Seiten ratifiziert und trat somit in Kraft (Ronzitti 2009: 7). Im Mai des sel-

189 Die NGO Migreurop, der eine Version zugespielt wurde, hat diese dann im Oktober 2008 veröffentlicht: http://www.migreurop.org/article1321.html?lang=fr (letzter Zugriff am 7.3.2012).

190 Wiedergegeben laut Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Hirsi Jamaa and others v. Italy, Application no. 27765/09 v. 23.2.2012, Rn. 19.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ben Jahres wurden dann die ersten Schiffe nach Libyen transferiert, Personal der libyschen Grenzpolizei auf der italienischen Kommandobasis auf Lampedusa stationiert und zudem ein Team der Guardia di Finanza nach Zuwarah, der Kommandostation auf libyscher Seite, entsandt (Moreno-Lax 2011: 183).

Am 6. Mai 2009 begannen offiziell die Rückschiebemaßnahmen (»Push-Backs«), auch von der Hohen See nach Libyen. Die Rückgeschobenen landeten dort überwiegend in Internierungslagern. Das kennzeichnende Merkmal der Lager war auch hier die Abwesenheit eines regulierenden Rechtssystems. Sowohl die Verhaftungen als auch die Freilassungen erfolgen willkürlich. Statt des Rechts herrschten die von den Sicherheitskräften hervorgebrachten Regeln (Klepp 2011: 209). Immer wieder wurden ganze Gruppen von Menschen mit dem Argument verhaftet, sie planten die irreguläre Ausreise nach Italien. Dabei nahmen die Verhaftungswellen insbesondere vor Besuchen von Ministern aus der EU zu (ebd.: 200). Daten zu den Lagern und ihren Insass*innen sind nur schwer zugänglich, die Europäische Kommission bestätigte aber, dass mindestens drei der Hafteinrichtungen durch italienische Gelder finanziert wurden.[191] Sowohl der Bericht der EU-Kommission von 2005 als auch Interviews, welche die NGO »Fortress Europe« (2007) mit entlassenen ehemaligen Gefangenen geführt haben, beschreiben die Situation in den Lagern als unhaltbar: Die Haft ist von einem weitverbreiteten Rassismus, Gewalt, fehlenden rechtlichen und formalen Strukturen sowie einem Mangel an Informationen über Haftgrund und Haftdauer geprägt.

Spätestens als am 16. September 2008 beim Mailänder Filmfestival der Dokumentarfilm »Come un Uomo sulla Terra«[192] (Wie ein Mensch auf der Erde) präsentiert wurde, der das Schicksal der rückgeschobenen Migrant*innen in diesen Lagern dokumentierte, wurden die Folgen der Politik der Rückschiebung italienweit publik. In dem Film kam auch der Frontex-Exekutivdirektor zu Wort. Dieser antwortete auf die Frage, welchen Eindruck er während der Frontex-Besichtigung der Lager gewonnen habe: »Nun ja, die Details kenne ich nicht, aber mir wurde gesagt, dass es viel Spielraum für Verbesserungen gibt, was die Respektierung der Menschenrechte und die Bedingungen dort angeht. Das ist wohlbekannt. Wir sind nicht als Richter nach Libyen gegangen.« Diese Aussage, kurz bevor das libysche Regime schließlich 2011 zum Kriegsgegner der Weltgemeinschaft wurde, verdeutlicht noch einmal die rechtliche Konfliktsituation, die das europäische ›Migrationsmanagement‹ hervorgebracht hat, und die ich im nun folgenden Rechtsfall ausführlicher analysieren

191 Europäische Kommission, Report: Technical Mission to Libya on Illegal Immigration 27.11.–6.12.2004, 7753/05, http://www.statewatch.org/news/2005/may/eu-report-libya-ill-imm.pdf (zuletzt aufgerufen am 4.7.2013), S. 59.

192 Italien 2008, - 60': Andrea Segre und Dagmawi Yimer in Zusammenarbeit mit Riccardo Biadene unter der Schirmherrschaft von Amnesty International Italien, http://comeunuomosullaterra.blogspot.com.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

werde: »Die Kooperation der EU mit der libyschen Regierung hat Libyen als Raum eingeschränkter Menschenrechte aktiv in die eigene Politik einbezogen und somit mehr und mehr in die europäische Migrations- und Flüchtlingspolitik integriert« (Klepp 2011: 212).

(b) Die »Push-Back-Operationen« vom 6. Mai 2009

Angesichts dieser Entwicklung erwarteten die Migrant*innen, dass die Ausreise nach Europa nunmehr fast unmöglich werden würde. Daher stiegen die Preise für die Überfahrt. Ausländische Journalist*innen berichteten, dass Hunderte von Menschen aus Nigeria, dem Sudan, Eritrea, Äthiopien und Somalia in großen Lagern auf die Abfahrt warteten (Malta Today v. 6.5.2009). Am 6. Mai befahl »zum ersten Mal in der Nachkriegs-Ära ein europäischer Staat einem Schiff der Marine, Migrant*innen-Boote auf der Hohen See abzufangen und gewaltsam ohne jedwede Form der Befragung der Abgefangenen im Hinblick auf Schutzbedürftigkeit oder besondere Verletzbarkeit« zurückzuschieben, beschreibt Human Rights Watch (2009: 4°) diese Situation dramatisch, wohl wissend, dass sich solche Vorfälle inoffiziell wahrscheinlich schon viele Male ereignet hatten, beispielsweise während der erzwungenen Rückkehr der »Happy Day« durch die spanische Frontex-Mission.

Bis dato hatte Italien die Abgefangenen zunächst nach Lampedusa oder Sizilien verbracht. Aufgrund der neuen Abkommen wurden nun aber, beginnend mit dem 6. Mai 2009, unmittelbar von der Hohen See aus Rückführungen nach Libyen durchgesetzt. Bis Anfang November fanden neun solche Operationen statt, zumeist in der Straße von Sizilien, in Maltas Seerettungszone, bei denen insgesamt 834 Personen nach Libyen zurückgeschoben wurden. Ausgeführt wurden die Operationen durch die Guardia di Finanza, die Marine sowie die italienische Küstenwache, koordiniert durch den italienischen Innenminister. An Bord der drei Boote, deren Notruf der italienische Grenzschutz am 6. Mai folgte, befanden sich 231 Migrant*innen, 191 Männer und 40 Frauen, darunter Schwangere sowie unbegleitete Minderjährige. Die Migrant*innen aus Eritrea und Somalia wurden zunächst an Bord der italienischen Schiffe aufgenommen und dann ohne jedweden Identifikationsprozess oder eine andere Form des Interviews nach Libyen zurückgebracht (Human Rights Watch 2009: 3). Solche Interviews hätten die anwesenden Besatzungen auch gar nicht durchführen können, denn, ähnlich wie im Verhältnis von Guardia Civil und Policía Nacional, fiel diese Tätigkeit nicht in den Kompetenzbereich der beteiligten Polizeieinheiten (Europäisches Anti-Folter Komitee 2010: 13). Die Rückfahrt nach Libyen dauerte zwölf Stunden, nachdem die Migrant*innen zuvor bereits vier Tage auf dem Meer unterwegs gewesen waren. Dennoch wurde ihnen keinerlei Nahrung und nur ungenügend Wasser gereicht (Europäisches Anti-Folter Komitee 2010: 14; Human Rights Watch 2009: 29).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bis kurz vor Tripolis wurden die Migrant*innen in dem Glauben gelassen, sie befänden sich auf dem Weg nach Lampedusa. Ein beteiligter Soldat an Bord der Schiffe erläutert das Vorgehen folgendermaßen:

»Als wir sie von den drei Booten auf unsere Schiffe nahmen, bedankten sie sich bei uns dafür, dass wir sie gerettet hätten. [...] Ich konnte ihnen nicht sagen, dass wir sie erneut in jene Hölle brachten, aus der sie, ihr Leben riskierend, ausgebrochen waren. [...] Keiner von ihnen hatte es begriffen, sie fragten uns, wie es sein könnte, dass es so lange dauerte, um Lampedusa zu erreichen, wir antworteten mit Lügen und beruhigten sie.«[193]

Mehrere seiner Kollegen, die diese Operation durchführten, erklärten später anonym gegenüber einem Journalisten von »La Repubblica«, dass sie sich für dieses Vorgehen schämten:

»Es ist der niederträchtigste Befehl, den ich je ausgeführt habe. Ich konnte nicht mehr schlafen bei dem bloßen Gedanken an diese Unglückseligen. Nachdem sie mitbekommen hatten, dass sie nach Libyen zurückgebracht wurden, haben sie uns zugerufen: ›Brüder, helft uns!‹ Aber wir konnten nichts machen, die Befehle lauteten, sie nach Libyen zurückzubringen und das haben wir getan. Ich werde meinen Kindern nicht erzählen, was ich gemacht habe, ich schäme mich dafür«.[194]

Die italienische Regierung behauptete später vor dem europäischen Anti-Folter-Ausschuss (ebd.: 12), dass keine*r der Migrant*innen jemals zum Ausdruck gebracht habe, dass sie Asyl beantragen wollten, daher habe es keinen Bedarf gegeben, die Nationalität zu überprüfen. Beim Verlassen des Schiffes wendeten die Polizeikräfte Gewalt an, auch durch den Einsatz von Elektroschockgeräten und Gummiknüppeln, da sich die Migrant*innen, als sie realisierten, dass sie in Tripolis vom Schiff gehen sollten, kollektiv weigerten (ebd.: 14; Human Rights Watch 2009: 29f.). Dabei wurde ihr persönlicher Besitz konfisziert, inklusive Geld, Mobiltelefone, Ausweise und Flüchtlingsdokumente des UNHCR. Daraufhin wurden alle Migrant*innen verhaftet (ebd.). Nur einem 20-Jährigen aus Mali gelang es, sich an Bord eines italienischen Schiffes unter einer Plane zu verstecken und erst in Lampedusa das Schiff wieder zu verlassen, wo er in ein Identifikations- und Abschiebezentrum gebracht wurde.[195]

193 »Ho eseguito gli ordini ma mi vergogno. Quei disperati ci chiedevano aiuto«, La Repubblica v. 9.5.2009, http://www.repubblica.it/2009/04/sezioni/cronaca/immigrati-6/nave-viviano/nave-viviano.html?ref=search (letzter Zugriff am 9.3.2012).°

194 Ebd.°

195 Ebd.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Über das, was wirklich auf dem Meer geschieht, werde es niemals direkte Informationen geben, hatte der Nautilus-Einsatzleiter erklärt (s.o.). In diesem Fall war es ausnahmsweise anders: An Bord des Schiffes der Guardia di Finanza waren ein Reporter sowie ein Fotojournalist der französischen Zeitung »Paris Match«, François de Labarre und Enrico Dagnino, die diese Vorgänge veröffentlichten[196] – obwohl, wie Dagnino später in einer Fernsehdokumentation berichtete, das italienische Innenministerium sie dazu aufforderte, die Bilder geheim zu halten und auch nicht über die Sache zu sprechen. Zudem seien Handys konfisziert worden, mit denen die Vorfälle gefilmt worden waren.[197]

Der damalige italienische Innenminister, Roberto Maroni von der Lega Nord, erklärte der Presse jubelnd, damit sei eine Wende eingeleitet in der Politik gegen die irreguläre Migration, dies sei ein »historisches Ergebnis«. Denn auf diese Weise werde sich der Streit zwischen Italien und Malta über die Zuständigkeit für die Aufnahme der auf See geretteten Migrant*innen erledigen. Das »neue Modell« der Abwehr bestehe darin, dass die »Illegalen« das nationale Territorium nicht erreichten, sondern an der Grenze zurückgewiesen werden. »Asylanträge zu prüfen, ist also nicht Aufgabe der italienischen Regierung.«[198] Sowohl Ärzte ohne Grenzen[199] als auch der UNHCR verurteilten das Vorgehen sofort. Das UN-Flüchtlingshilfswerk sprach von einem radikalen Umschwung in der Migrationspolitik der italienischen Regierung, der Anlass zu großer Besorgnis gebe.[200] Die italienische Regierung hingegen beging nur eine Woche später, am 14. Mai 2009, eine feierliche Einführungszeremonie für die gemeinsamen italienisch-libyschen Patrouillen (Human Rights Watch 2009: 23). Weder der Europäische Rat noch einzelne Mitgliedsstaaten kritisierten Italien öffentlich (ebd.: 33). Am 15. Juni 2009 verfasste eine Allianz aus 15 italienischen NGOs, organisiert von ASGI (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione), eine offizielle Beschwerde sowohl an die Europäische Kommission als auch den UN-Menschenrechtsrat und das Menschenrechtskomitee des Europarats und forderte die Verurteilung Italiens wegen schwerer Menschen-

196 »Immigrants: Le rêve brisé«, Paris Match v. 14.5.2009, http://www.parismatch.com/Actu-Match/Monde/Actu/Immigrants-le-reve-brise-95709/ (letzter Zugriff am 9.3.2012).

197 *PresaDiretta* auf *Rai3* v. 6.9.2009.

198 »In Libia i migranti soccorsi in mare. Maroni esulta: ›Risultato storico‹«, La Repubblica v. 7.3.2009, http://www.repubblica.it/2009/04/sezioni/cronaca/immigrati-6/barconi-a-tripoli/barconi-a-tripoli.html?ref=search (letzter Zugriff am 9.3.2012).°

199 Ebd.

200 »UNHCR deeply concerned over returns from Italy to Libya«, Presseerklärung v. 7.5.2009, http://www.unhcr.org/4a02d4546.html (letzter Zugriff am 9.3.2012).°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rechtsverletzungen sowie des Verstoßes gegen EU-Recht.[201] Daraufhin führte eine Delegation des Anti-Folter-Komitees des Europarats zwischen dem 27. und 31. Juni 2009 eine Untersuchung vor Ort gemäß Art. 7 der Europäischen Antifolter-Konvention durch und sprach mit den zuständigen staatlichen Instanzen. Der Ausschuss kam zu dem Ergebnis, dass die Push-Back-Operationen Verletzungen der Europäischen Antifolter-Konvention darstellten. Währenddessen gingen die Ankünfte in Sizilien, inkl. Lampedusa, bis zum Juni 2009 im Vergleich zum Vorjahr um 45 Prozent zurück (Human Rights Watch 2009: 24).

(c) Die Beteiligten vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Am 26. Mai 2009, also nur 20 Tage nach der beschriebenen Push-Back-Operation, reichten 24 der rückgeschobenen Migrant*innen aus Somalia und Eritrea eine Individualbeschwerde gemäß Art. 34 EMRK beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg ein.[202] Dies markierte einen rechtlichen Einschnitt in die Auseinandersetzungen um das europäische Grenzregime. Denn zum zweiten Mal, nach der ersten Rechtssache der »Marine I« im Jahr 2007, wurden die Rechte der bisher faktisch vom Recht Ausgeschlossenen auf dem juristischen Terrain verhandelt – dieses Mal, wie sich zeigen wird, mit großer internationaler Wirkung. Und wieder war dieser Auftritt unwahrscheinlich und prekär. Denn die Migrant*innen befanden sich zu diesem Zeitpunkt in libyschen Lagern, fernab jeder Möglichkeit zur eigenständigen Klage vor dem höchsten europäischen Menschenrechtsgerichtshof. Gäbe es in Italien nicht ein starkes Netzwerk von flüchtlingsrechtlichen Akteur*innen, hätte sich daran auch nichts geändert. So kam es aber, dass der nichtstaatliche italienische Flüchtlingsrat, der »Consiglio Italiano per i Rifugiati (CIR)«, gerade zu diesem Zeitpunkt gemeinsam mit dem UNHCR ein Flüchtlingsprojekt in Libyen organisierte. Als Mitarbeiter*innen des CIR durch das UNHCR-Büro in Rom von der Rückschiebung vom 6. Mai erfuhren, gelang es dem Flüchtlingsrat mit Unterstützung des UNHCR, in einige der libyschen Lager vorzudringen, in denen die rückgeschobenen Migrant*innen inhaftiert wurden. Dort holten sie von einigen die Vollmachten für eine Vertretung in Straßburg ein.[203] Diese Vollmachten legte der CIR daraufhin dem Rechtsanwalt Anton Giulio Lana vor. Lana ist auch Generalsekretär der »Unione Forense per la Tutela dei Diritti Uma-

201 »Les refoulements des migrants en Libye violent le droit d'asile, les normes nationales, communautaires et internationales«, Plainte à la Commission Européenne, au Conseil de l'Europe et au Comité des Droits de l'Homme de l'ONU, http://www.gisti.org/spip.php?article1612 (letzter Zugriff am 9.3.2012).

202 Hirsi Jamaa contre l'Italie, Requête No. 27765/09 v. 26.5.2009.

203 Expert*innen-Interview mit Christopher Hein, Geschäftsführer des CIR, am 16.6.2011, Rom.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ni«, die wiederum Gründungsmitglied des CIR ist. Gemeinsam mit seinem Kollegen Andrea Saccucci – beide arbeiteten pro bono – legte er 20 Tage nach dem Vorfall die Individualbeschwerde im Namen von 24 Migrant*innen beim EGMR ein.

Wie prekär dieses Verfahren von Anfang an war, zeigt sich an einem vorausgegangenen Verfahren, das ebenfalls die Rechtsanwälte Lana und Saccucci geführt hatten und welches – noch während das Hirsi-Verfahren anhängig war – am 19. Januar 2010 eingestellt wurde: die *Rs. Hussun*.[204] Dabei ging es ebenfalls um eine Rückschiebung nach Libyen, allerdings nicht von der Hohen See, sondern von Lampedusa aus. Die 84 mehrheitlich palästinensischen Beschwerdeführer*innen vor dem EMGR waren gemeinsam mit über 1.000 anderen Migrant*innen mit Booten von Libyen aus geflüchtet und im März 2005 auf Lampedusa angelandet. Der Großteil der Beschwerdeführer*innen floh aus dem italienischen Haftzentrum, in das sie nach ihrer Ankunft gebracht worden waren, da ihnen die Rückschiebung nach Libyen drohte. Von denen, die nicht geflohen waren, wurden 14 auch tatsächlich abgeschoben.[205]

Nach Einreichung der Beschwerde im Jahr 2005 hatte der Gerichtshof zunächst noch gemäß Art. 39 der Prozessordnung des EGMR (VfO-EGMR) die Abschiebung nach Libyen vorläufig untersagt. Damit handelte es sich um einen Präzedenzfall, weil der Gerichtshof zum ersten Mal eine Abschiebung in einen Drittstaat suspendiert hatte.[206] In der Hauptsache aber argumentierte die italienische Regierung, die Vollmachten seien nicht glaubwürdig. Da es keinerlei Identifikation und Dokumentation der Personen im Haftzentrum gegeben hatte, konnte jetzt die Regierung behaupten, eine Person habe mehrere Vollmachten unterzeichnet, die damals von zwei italienischen Parlamentarier*innen auf Lampedusa eingeholt worden waren. Der EGMR ordnete 2008 schließlich eine Prüfung der Unterschriften an und stufte 34 der Vollmachten als ungültig ein.[207] Wie in der Rechtssache zur »Marine I« spielten die Vollmachten und damit die prekäre rechtliche Situation der Migrant*innen erneut eine zentrale prozessuale Rolle. Darüber hinaus dauerte der Prozess insgesamt fünf Jahre. Die Kommunikation mit den verbliebenen Migrant*innen brach aufgrund ihrer prekären Situation ab: Die Mehrheit der aus dem Haftzentrum Geflohenen tauchte unter, und auch zu den nach Libyen Zurückgeschobenen verloren die Anwälte den Kontakt. Der EGMR wertete dies als Zeichen dafür, dass die Mandantschaft Lanas das Interesse an dem Verfahren verloren habe

204 Rs. Hussun and others v. Italy, Application No. 1071/05; 10601/05; 11593/05; 17165/05 v. 11.5.2006.

205 Presseerklärung des EGMR Hussun and others v. Italy v. 19.1.2010.

206 Expert*innen-Interview mit Rechtsanwalt Anton Giulio Lana am 28.9.2011, Rom. Für Übersetzungen von und während Interviews und Kontaktanbahnungen sowie das Erfragen von Dokumenten danke ich Katharina Vester und Margit Rodrian-Pfennig.

207 Ebd.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und strich die Beschwerde von der Prozessliste. Dies hätte nicht zwangsläufig die Folge sein müssen, denn Artikel 37 Abs. 1 der EMRK besagt, dass der Gerichtshof die Beschwerde unabhängig vom Interesse der Einzelkläger prüfen kann, wenn dies die Achtung der Menschenrechte erfordert. Vor diesem Hintergrund bezeichnete Lana die Anforderung, den Kontakt über fünf Jahre zu seinen Mandant*innen in einer äußerst schwierigen Situation aufrecht zu erhalten, als eine »wirklich absurde Zumutung« und die Einstellung daher für einen »bemerkenswerten Fehler«.[208] Er erklärte sich dies vor allem mit strategisch-politischen Überlegungen des Gerichtshofs. Dieser hatte nämlich unmittelbar zuvor Italien in zwei anderen Entscheidungen von großer politischer Bedeutung verurteilt.[209] »Deshalb denke ich, dass der Gerichtshof im Fall *Hussun* auf der Schwelle stehengeblieben ist, diese nicht überschritten hat und keine Entscheidung treffen wollte, um nicht zu einer letztendlichen Verurteilung Italiens zu kommen […], da auch diese eine starke politische Wirkung gehabt hätte«.[210]

Aufgrund dieser Erfahrungen verwandten die Rechtsanwälte in der *Rs. Hirsi* viel Mühe auf die Dokumentation der Gültigkeit der Vollmachten und des fortbestehenden Kontakts, per Handy und Email. Insbesondere zu einem der Antragsteller bestand ein stabiler Kontakt: zu Ermias Berhane, der kurz vor der mündlichen Verhandlung am 22. Juni 2011 als Asylberechtigter in Italien anerkannt worden war. Ihm war es nämlich bei einem weiteren Versuch gelungen, über das Mittelmeer nach Italien einzureisen[211] – anders als zwei seiner Mitantragsteller, Mohamed Abukar Mohamed und Hasan Shariff Abbirahman, die bei einer solchen erneuten Überfahrt ums Leben gekommen waren.[212]

Die italienische Regierung stützte sich dennoch erneut in ihrer Erwiderung auf das Argument aus der *Rs. Hussun*, mit expliziter Bezugnahme auf die damalige Entscheidung des EGMR: Die Identität der Antragsteller*innen sei kaum auszumachen, es lägen keine Angaben über die Umstände der Vollmachtserteilung vor. Daher solle der Antrag wieder aus der Prozessliste gestrichen werden.[213] Die Rechtsanwälte wandten daraufhin ein, dies sei kein mögliches Argument, denn die-

208 Ebd.

209 Lautsi vs. Italy, Application No. 30814/06, Urteil der zweiten Kammer v. 3.11.2009, aufgehoben durch Urteil der Großen Kammer v. 18.3.2011; und Carlo Giuliani and Gaggio vs. Italy, Application No. 23458/02, Urteil v. 25.8.2009. Auch dieses Urteil der 4. Kammer des EGMR wurde von der Großen Kammer am 24.11.2011 aufgehoben.

210 Expert*innen-Interview Anton Giulio Lana (Fn. 206).°

211 Ebd.

212 Urteil in der Rs. Hirsi Jamaa et al. vs. Italy, Application No. 27765/09 v. 23.2.2012, Appendix: List of Applicants; vgl. auch Die Wochenzeitung v. 30.6.2011 und Expert*innen-Interview Christopher Hein (Fn. 203).

213 Ebd., Rn. 47.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sen Umstand hätte die italienische Regierung durch die unterbliebene Identifizierung während der Push-Backs geradezu selbst verursacht. Hinzu komme, dass der UNHCR in Tripolis viele der Beschwerdeführer*innen identifiziert habe.[214] Dieses Mal scheiterte das Verfahren daher auch nicht bereits an der Zulässigkeit. Die Richter*innen des Gerichtshofs bekannten, dass sie keinen Anlass zum Zweifel an der Gültigkeit der Bevollmächtigung der Anwälte sähen.[215]

Bevor im Folgenden die juridischen Auseinandersetzungen analysiert werden, sollen zunächst die Beteiligten am Verfahren und damit an dem juridischen Diskurs dargestellt werden: Da sind zunächst die Beschwerdeführer*innen selbst zu nennen. Sie sind, das ist bereits deutlich geworden, zwar genau wie die Passagiere der »Marine I« das diskursive Subjekt dieses Rechtsfalles, jedoch nicht die Akteur*innen des Diskurses. Sie unterschieden sich von den um ihre sozialen Rechte kämpfenden Unionsbürger*innen der ersten Fallstudie dadurch, dass die Nicht-EU-Bürger*innen aus Eritrea und Somalia zunächst überhaupt erst einmal in die Lage versetzt werden mussten, faktisch ihren Status als Rechtssubjekt in dem Verfahren einnehmen zu können. 834 Personen teilten ein ähnliches Schicksal während der Push-Back-Operationen, nur 24 klagten – und das nicht einmal auf eigene Initiative hin, sondern aufgrund einer politischen Strategie von juridischen Aktivist*innen. Aufgrund ihrer prekären Lage – die meisten befanden sich in afrikanischen Flüchtlingslagern – konnten sie weder während der mündlichen Verhandlung noch während der Urteilsverkündung in Straßburg anwesend sein, was von der italienischen Regierung umgehend, aber wirkungslos, als Verfahrensfehler gerügt wurde. Aufgrund der postkolonialen Konstellation führte diese Strategie – und das gehört aus emanzipatorischer Perspektive zu den Widersprüchen rechtlicher Auseinandersetzungen– die Unterstützer*innen zugleich in eine paternalistische Rolle.

Über das Schicksal der Beschwerdeführer*innen vor und nach dem Rechtsstreit ist aufgrund ihrer Lebensverhältnisse wenig bekannt. Die elf Eritreer hatten in einer Militärdiktatur den Kriegsdienst verweigert, die 13 Somalier waren aus einem Land geflohen, in dem seit 20 Jahren Bürgerkrieg herrscht.[216] Zwei waren tot, vier Personen erlangten einen Flüchtlingsstatus in der Schweiz, Malta oder Benin, wiederum vier andere halten sich im postrevolutionären Libyen auf, einer im Flüchtlingslager in Choucha in Tunesien. Die meisten leben in Flüchtlingslagern verteilt über Afrika.[217] Die sichersten Informationen existieren über Ermias Berhane. In einem Artikel im *Corriere della Sera* vom 24. Februar 2012 beschreibt der damals 27-jährige eritreische Staatsbürger seine lange und mühsame Reise aus Asmara über den Sudan nach Libyen sowie seinen Versuch, von dort aus im Mai 2009 Italien zu errei-

214 Ebd., Rn. 50.

215 Ebd., Rn. 55.

216 Gabriele del Grande, »Die Rufer in der Wüste«, die tageszeitung v. 18.6.2011.

217 Urteil in der Rs. Hirsi (Fn. 212), List of Applicants.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

chen. Nach der Zurückweisung war er in das Haftzentrum in Thwesha verbracht worden, wo Schläge an der Tagesordnung waren und die Nahrung ausschließlich aus Reisbrei bestand. Dort erkrankte er schließlich. Als die libyschen Sicherheitskräfte vermuteten, er würde bald sterben, ließen sie ihn frei. Danach hatte er in der inzwischen eingetretenen Bürgerkriegssituation mit Anfeindungen der Aufständischen zu rechnen, welche die Menschen aus Eritrea für Söldner des Gaddafi-Regimes hielten. Aber Berhane gelang schließlich im März 2011 durch den Zusammenbruch der libyschen Grenzkontrollen doch noch »illegal« die Überfahrt nach Italien. Seit seiner Flüchtlingsanerkennung lebt er in Rom, wo er zunächst in einem besetzten Bürogebäude untergekommen ist.[218] Er wird mit den Worten zitiert, »ich habe angefangen zu leben«.[219]

Die juristische Stimme der Migrant*innen in dem Verfahren waren die Anwälte Lana und Saccucci. Lana beschreibt das politische Interesse an der Vertretung so:

»Ich wünsche mir, dass der Gerichtshof die Klage annimmt und diese Praxis verurteilt und folglich Italien nicht nur für diese Operation verurteilt, sondern auch dazu verpflichtet, kollektive Zurückweisungen nicht mehr zu wiederholen. Mir ist bewusst, dass sich die Situation in der Zwischenzeit […] politisch sehr verändert hat und, dass der arabische Frühling und die neue Situation, die noch ganz im Werden begriffen ist, neue und besondere Schwierigkeiten mit sich bringen. Aber mit Sicherheit ist diese Politik eine Politik, die im Widerspruch zu internationalem Recht steht. [...] also […] wünsche ich mir, dass der Gerichtshof den Mut haben wird eine starke, klare Entscheidung zu treffen«.[220]

Auf der Gegenseite bestritt die italienische Regierung die Ansprüche auf Entschädigung, zunächst unter der Regierung Berlusconi, und anschließend, zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung, unter der Führung des parteilosen Wirtschaftswissenschaftlers und früheren EU-Binnenmarktkommissars Mario Monti. Dieser war zu diesem Zeitpunkt Regierungschef der sogenannten »Expertenregierung«, die in der Finanzkrise des italienischen Staates am 16. November 2011 vereidigt wurde. Verantwortlicher Minister im italienischen Innenministerium war zum Zeitpunkt der Push-Back-Operationen Roberto Maroni von der Lega Nord. Das dortige Generaldirektorat für Migration und Grenzpolizei koordinierte und kommandierte die Operationen – wobei grundsätzlich die italienische Küstenwache für die Abfangmaßnahmen innerhalb des Küstengewässers zuständig ist, während die Guardia di Finanza wiederum in der sogenannten Anschlusszone zum Einsatz kommt und schließlich die Marine auf der Hohen See (Europäisches Anti-Folter Komitee 2010: 11). Aufgrund des

218 Zu den Lebensbedingungen von Flüchtlingen in Italien, dessen Asylsystem völlig unterfinanziert ist, siehe den Bericht von Dominik Bender und Maria Bethke (2011).

219 Corriere della Sera v. 24.2.2012, zit. nach Vester 2012: 87.°

220 Expert*innen-Interview Anton Giulio Lana (Fn. 206).°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Freundschaftsvertrages« operierte zudem in den Küstengewässern Libyens die libysche Küstenwache mit Assistenz Italiens. Vertreten wurde die italienische Regierung vor dem EGMR durch die Rechtsanwält*innen Silvia Coppari und Giuseppe Albenzio. Diese verfolgten eine Strategie der aggressiven politischen Abwehr der Ansprüche. So eröffnete Coppari etwa in der mündlichen Verhandlung ihre Einlassung mit den Worten, dass die italienische Regierung provoziert und verletzt würde durch die Stellungnahme der Beschwerdeführer*innen, deren Argumente »rein formalistisch, absurd und tendenziös« seien. Der Beschwerdeschriftsatz sei »ein politisches und ideologisches Manifest gegen die italienische Regierung und ihre Politik«.[221] Rechtsanwalt Lana hielt dies für eine absurde Strategie: »Hätte ich den italienischen Staat verteidigt, ich hätte auf jeden Fall versucht, einen Vergleich zu schließen, um ein Urteil zu vermeiden.«[222]

Gemäß Art. 36 Abs. 2 EMRK kann darüber hinaus der Präsident des Gerichtshofs »im Interesse der Rechtspflege« Dritten, also Nichtbetroffenen, Gelegenheit geben, schriftlich Stellung zu nehmen. Im vorliegenden Fall, und das spricht für seine Bedeutung, gab es vier solcher Stellungnahmen. Die erste erfolgte am 23. Oktober 2010 durch Human Rights Watch (HRW). HRW ist eine NGO zur Wahrung der Menschenrechte mit weltweit 275 hauptamtlichen Mitarbeiter*innen, mit Sitz in New York. Ihre Praxis besteht hauptsächlich in Untersuchungen und Öffentlichkeitsarbeit[223] und wird ausschließlich durch Spenden von Privatpersonen und Stiftungen finanziert. Hilfe von nationalen Regierungen hingegen wird abgelehnt.

Im März 2010 reichte dann das Flüchtlingshilfswerk der Vereinten Nationen, der UNHCR, seine Stellungnahme ein. Der UNHCR war zugleich die einzige Organisation, die auch aktiv an der mündlichen Verhandlung teilnahm. Wie bereits erwähnt, fand in der Vorbereitungsphase des Rechtsstreits eine enge Kooperation zwischen dem UNHCR und dem italienischen Flüchtlingsrat statt, welcher zwar keine eigene Stellungnahme einreichte, aber über die enge Kooperation involviert war. Bereits die Gründung des CIR im Jahr 1990 war durch den UNHCR angestoßen und finanziert worden, um die italienische Zivilgesellschaft im Bereich des Flüchtlingsschutzes zu stärken. Der heutige Vorsitzende, Christopher Hein, wechselte mit der von ihm organisierten Gründung vom UNHCR zum CIR.[224] Die Differenz zum Verhältnis von CEAR und UNHCR im Fall der »Marine I« ist frappant. Der CIR setzt sich aus drei Säulen zusammen: den Gewerkschaftsdachverbänden, den kirchlichen Vereinigungen und Menschenrechtsorganisationen. Der Flüchtlingsrat unterhält sowohl Beratungsstellen, betreibt Lobbypolitik im Rahmen von

221 Eigenes Protokoll während der mündlichen Verhandlung am 22.6.2011, EGMR, Straßburg.°

222 Expert*innen-Interview Anton Giulio Lana (Fn. 206).°

223 Vgl. http://www.hrw.org/de/node/75231 (letzter Zugriff am 2.4.2012).

224 Expert*innen-Interview Christopher Hein (Fn. 203).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Asylgesetzgebungen sowie Öffentlichkeitsarbeit. Die Finanzierung ist europäischer als beim spanischen CEAR. Den größten Teil der Gelder erhält der CIR von der Europäischen Kommission, und darüber hinaus finanzielle Unterstützung sowohl von einzelnen italienischen Ministerien, Regionalregierungen und Kommunen als auch von privaten Stiftungen. Aufgrund der politischen Lage in Italien im Bereich der Flüchtlingspolitik legen die Akteur*innen, wiederum im Unterschied zum spanischen Pendant, großen Wert auf Unabhängigkeit vom italienischen Staat.[225]

Einen Monat später, am 17. April 2010, erfolgte eine weitere Stellungnahme, die gemeinsam von acht universitären Organisationen sowie einzelnen Rechtsprofessor*innen getragen wurde und die transnationale Bedeutung des Rechtsfalles verdeutlicht. Darunter waren mehrere sogenannte »Human Rights Clinics« US-amerikanischer Jurafakultäten, deren Ziel es ist, angehende Jurist*innen bereits während des Studiums mit »der Praxis des Rechts im internationalen und interkulturellen Kontext der Menschenrechtsprozessführung und –anwaltschaft in Kontakt zu bringen«[226]. Unter der Leitung von Professor*innen erstellen die Studierenden Schriftsätze und Stellungnahmen in strategisch ausgewählten völkerrechtlichen Prozessen, um die Menschen- und Flüchtlingsrechte weltweit rechtlich zu stärken. An der Stellungnahme beteiligten sich darüber hinaus auch haitianische, israelische und australische NGOs. Die Beteiligung des US-amerikanisch-haitianisch-australischen Netzwerkes ist kein Zufall. Denn vor den Küsten dieser Staaten ereigneten sich in den vergangenen 15 Jahren ähnliche Vorfälle, die allesamt Ausdruck einer inzwischen globalen Strategie des Offshorings sind (Gammeltoft-Hansen 2011: 2): In Australien steht die in Abschnitt 6.3.1 beschriebene »Pacific Strategy« in der Kritik von Menschenrechtsaktivist*innen, während das Engagement der US-amerikanischen und haitianischen Law Schools sich vor dem Hintergrund des einflussreichen Urteils des Supreme Courts in der *Rs. Sale* erklärt. Die juridische Strategie der transnational operierenden Law Schools und NGOs war es, mit der Stellungnahme vor dem EMGR zu einem neuen internationalen Urteil beizutragen, welches die exterritoriale Geltung des Non-Refoulement-Prinzips bestätigt. Denn wie zuvor gezeigt, ist im Völkerrecht bei der Auslegung internationaler Verträge auch die Rechtsprechungspraxis anderer nationaler und internationaler Gerichte zu beachten, sowohl über die teleologische Auslegung als auch bei der Berücksichtigung der Staatenpraxis. Die Verbindung zur *Rs. Sale* wird auch daran deutlich, dass die Lowenstein International Human Rights Clinic der Yale Law School ebenfalls eine Protagonistin in dieser Rechtssache war.

225 Ebd.

226 So etwa die Selbstdarstellung der federführenden Columbia Law School Human Rights Clinic, http://www.law.columbia.edu/focusareas/clinics/humanrights (letzter Zugriff am 2.4.2012).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die letzte Stellungnahme schließlich erfolgte am 21. April 2010 in Form einer gemeinsamen Erklärung des britischen AIRE Centres mit Amnesty International und der Internationalen Liga für Menschenrechte. Während Amnesty International und die Menschenrechtsliga zwei weitere NGOs bzw. Dachorganisationen zur Durchsetzung und Verteidigung der Menschenrechte sind, ist der 1993 gegründete AIRE Centre mit Sitz in London ein Rechts-Think-Tank »mit dem Ziel, das Bewusstsein über die subjektiven Rechtsansprüche des europäischen Rechts voranzubringen und marginalisierten Individuen und Menschen in gefährdeten Lebensverhältnissen den Zugang zu diesen Rechten zu ermöglichen«[227]. Die Organisation verfügt nur über sieben angestellte und bis zu zehn ehrenamtliche Mitarbeiter*innen. Dennoch hat sie durch strategische Prozessführung bereits über 100 Fälle vor den EGMR gebracht und war in weiteren 30 Fällen über Stellungnahmen präsent, sowie an zwei Rechtsfällen vor dem Europäischen Gerichtshof beteiligt.

Bedeutsam ist aber nicht nur, wer in dem Verfahren intervenierte, sondern auch, wer dies nicht tat. Denn während aus der ganzen Welt Stellungnahmen zur Unterstützung der Klage eingingen, hat kein einziger EU-Staat Italien mit einer Stellungnahme argumentativ unterstützt. Die anderen Mitgliedsstaaten sind sehr wohl an einer effektiven Abwehr der klandestinen Migration nach Italien und damit Europa interessiert. Über das »Dublin II«-System werden die südlichen Grenzstaaten in Form von Rückschiebung der über diese Länder eingereisten Asylsuchenden sogar systematisch für eine etwaige lasche Grenzkontrolle de facto sanktioniert. Doch trotz dieses Interesses am mediterranen Grenzschutz und darüber hinaus an der Aufrechterhaltung der Rückschiebungsmöglichkeit von der Hohen See, trat kein einziger Mitgliedsstaat durch eine Stellungnahme dem Verfahren bei. In anderen Rechtsfällen ist dies durchaus üblich. Es ist nicht erkennbar, ob dies an einer strategischen Fehleinschätzung der nationalen Regierungen lag, was die Bedeutung eines solchen Urteils angeht, oder ob andere Staaten dadurch abgeschreckt waren, dass es sich um eine besonders massive und gut dokumentierte Menschenrechtsverletzung handelte.

Schließlich ist auch noch eine weitere Intervention zu erwähnen, nämlich der Bericht des Europäischen Anti-Folterausschusses vom 28. April 2010. Dieser hat zwar keine Stellungnahme vor dem EGMR abgegeben, doch dies war auch gar nicht notwendig, um Berücksichtigung vor dem Gerichtshof zu finden. Denn dieser Ausschuss wurde durch Art. 1 des Europäischen Übereinkommens zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Strafe vom 26. November 1986 geschaffen und dient der faktischen Durchsetzung des Folterverbots in Art. 3 EMRK. Sein Bericht nach Art. 10 der Anti-Folter-Konvention musste daher Berücksichtigung finden.

227 http://www.airecentre.org/pages/sub-link-one.html (letzter Zugriff am 3.4.2012)°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Strategien der bisher genannten Akteure lassen sich zwei Hegemonieprojekten zuordnen: diejenigen der flüchtlings- und menschenrechtlichen Organisationen sowie der Anwälte dem linksliberal-alternativen Projekt und diejenigen der italienischen Regierung, insbesondere des Innenministeriums unter Maroni, dem rechten Flügel des konservativen Projekts. Akteur*innen der sozialen Projekte, etwa Gewerkschaften, waren, abgesehen von ihrer formalen Mitgliedschaft im CIR, nicht präsent. Strategien des neoliberalen Hegemonieprojekts waren erneut nicht präsent. Im Sicherheitsdispositiv des ›Managing Migration‹ stehen Flüchtlingsrechte nicht im Zentrum der utilitaristischen Matrix, ebenso wenig wie die sozialen Rechte Nichterwerbstätiger, sondern sind vielmehr ein Zugeständnis an das linksliberal-alternative Projekt. Sie verbleiben innerhalb der tief verankerten Hegemonie des Strukturprinzips Grenze, garantieren aber – normativ – eine rechtsstaatliche Arbeitsweise der Staatsapparate während des Selektionsprozesses an der Grenze. Somit ist eine andere Akteurskonstellation als im spanischen Vergleichsfall festzustellen, sowohl auf der staatlichen Seite, welche nicht »auf der Höhe« des Sicherheitsdispositivs agierte, als auch auf der Seite der Aktivist*innen und NGOs, die wesentlich stärker, professioneller und transnationaler aufgestellt waren.

(d) Die juridischen Auseinandersetzungen um Hegemonie: das Urteil

Die Strategie des Offshorings – der Verlagerung der Grenzkontrolle auf die Hohe See – war der zentrale juristische Streitpunkt dieses Rechtsfalles. In Begriffen der juristischen Argumentation ging es um die exterritoriale Geltung sowohl des Refoulement-Verbots als auch des Verbots der Kollektivausweisung. Dabei war die Rechtsprechung zum Refoulement-Verbot vor dem EGMR bereits vorbereitet, sodass, anders als im Kontext der GFK – nachdem die prozessualen Hürden einmal überwunden waren – nur noch eine explizite Bestätigung der exterritorialen Geltung auf der Hohen See ausstand. Dahingegen war die Geltung des Kollektivausweisungsverbots bisher noch ohne Präzedenzfall und entwickelte sich überraschend zur zentralen Auslegungsfrage in dem Verfahren.

Das Refoulement-Verbot

Zunächst zum Refoulement-Verbot: Die EMRK enthält, anders als die Genfer Flüchtlingskonvention, kein ausdrückliches Verbot des Refoulement. Allerdings hatte der EGMR ein indirektes Verbot aus dem Folterverbot des Art. 3 abgeleitet:[228]

228 Insbesondere in der Rechtssache Soering vs. United Kingdom, 7.7.1989; daran anschließend: Cruz Varas vs. Sweden, 20.3.1991; Vilvarajah and Others vs. United Kingdom, 30.10.1991; Chahal vs. United Kingdom, 15.11.1996; Ahmed vs. Austria, 17.12.1996; TI vs. United Kingdom (Admissibility), 7.3.2000; Saadi vs. Italy,

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Über den ausdrücklichen Wortlaut hinaus soll auch die Zurückweisung in andere Staaten erfasst sein, durch die den Zurückgewiesenen Folter oder unmenschliche Behandlung droht. Vom Antragsteller müssen substantielle Gründe für eine latente Gefahr vorgetragen werden. Ob die Rückführung nach Libyen eine solche Gefahr begründet, war umstritten, wenn auch nicht die zentrale Streitfrage des Rechtsfalles.

Die italienische Regierung brachte drei verschiedene Argumente dafür vor, dass das Refoulement-Verbot in dem Fall nicht einschlägig sei: Zunächst argumentierte sie, dass die Rückführung in Übereinstimmung mit dem bilateralen Abkommen zwischen Italien und Libyen stattgefunden habe. Dieses sei Ausdruck einer Kooperation zwischen den Mittelmeeranrainerstaaten im »Kampf gegen die klandestine Migration« – eine Kooperation, die immer wieder von den EU-Institutionen gefordert worden sei.[229] Das Argument ging, genau besehen, nicht auf die Frage einer Gefahr durch die Rückschiebung ein, sondern versuchte vielmehr ein gemeinsames europäisches Interesse an der Grenzkontrolle in Kooperation mit den nordafrikanischen Staaten in Erinnerung zu rufen. Italien habe im Sinne der EU gehandelt. Die Argumentation hat eher Appell-Charakter und ein hegemoniestrategisches Ziel: das *Allgemeine der europäischen Grenzpolitik* zu proklamieren und die anderen Staaten darauf zu verpflichten. Auch in der mündlichen Verhandlung war eines der zentralen Argumente des juristischen Beistands Italiens, obwohl für die Prüfung von Art. 3 EMRK irrelevant, dass Italiens Politik im Respekt für die von der EU proklamierten Prinzipien erfolgt sei, die immer wieder die Notwendigkeit der Beschränkung der irregulären Migration durch Rückweisungen forderten, um so die Grenzkontrollen effektiver zu machen.[230]

Den Vorwurf der Nichtbefragung zu Identität und Ziel der Reise versuchte die italienische Regierung anschließend damit zu entkräften, dass sie, genau wie die spanische Regierung im »Marine I«-Fall, darauf pochte, dass die italienischen Schiffe lediglich in Seenot geratene Personen nach dem Seerecht gerettet und humanitär betreut hätten. Eine Identifizierung sei dafür nicht erforderlich gewesen. Auch hätten die Migrant*innen an Bord niemals um Asyl gebeten, sonst wären sie natürlich auf das italienische Festland verbracht worden.[231] Dabei wurde offensichtlich verschwiegen, dass die Geretteten an Bord die Auskunft erhalten hatten, dass sie nach Lampedusa verbracht würden.

Zur zentralen inhaltlichen Fragestellung erklärte die Regierung schließlich, Libyen sei ein sicherer Drittstaat gewesen, der den UN-Zivilpakt und die UN-

22.2.2008; Ben Khemais vs. Italy, 24.2.2009; O. vs. Italy, 24.3.2009; Sellem vs. Italy, 5.5.2009.

229 Wiedergegeben laut Urteil in der Rs. Hirsi (Fn. 212), Rn. 93f.°

230 Rechtsanwalt Giuseppe Albenzio gemäß eigenem Protokoll der mündlichen Verhandlung am 22.6.2011, EGMR, Straßburg.

231 Wiedergegeben laut Urteil in der Rs. Hirsi (Fn. 212), Rn. 95f.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Antifolterkonvention unterzeichnet habe und Mitglied der Internationalen Organisation für Migration (IOM) sei. Und obwohl Libyen die GFK nicht unterzeichnet habe, habe es doch dem UNHCR und der IOM gestattet, Büros in Tripolis zu eröffnen, sodass zahlreiche Migrant*innen Flüchtlingsstatus erhalten hätten.[232] Darüber hinaus habe sich Libyen mit Unterzeichnung des »Freundschaftsvertrages« zur Einhaltung der UN-Menschenrechtserklärung verpflichtet. Daher habe Italien keinen Grund gehabt, zu bezweifeln, dass Libyen ein »sicherer Drittstaat« sei,[233] und eine drohende Gefahr der Folter oder unmenschlichen Behandlung in Libyen zu vermuten.

Die Rechtsanwälte der Beschwerdeführer*innen sowie der UNHCR gingen hingegen ausführlich auf die reale politische Lage in Libyen zum Zeitpunkt der Rückschiebungen ein. Sie schilderten die Verhältnisse in den libyschen Haftzentren sowie die drohenden Gefahren bei einer Kettenabschiebung von Libyen nach Eritrea und Somalia. Die Anwält*innen beriefen sich auf verschiedene Dokumentationen über Libyen, Eritrea und Somalia, u.a. auf einen Bericht von HRW aus dem Jahre 2006 (Human Rights Watch 2006) sowie auf den inzwischen sogar vom öffentlichrechtlichen Fernsehsender Rai3 ausgestrahlten Film »Come un Uomo sulla Terra«,[234] welcher dem Schriftsatz beigelegt war. Der UNHCR hob insbesondere hervor, dass Libyen über kein Asylrecht verfüge und so alle asylrelevanten Maßnahmen vom UNHCR durchgeführt wurden, ohne dass jedoch eine Kooperation mit der Regierung zustande kam. Daher sei die Arbeit des Flüchtlingshilfswerks größtenteils unvorhersehbar, ad hoc und unsystematisch gewesen (UNHCR 2010: 5). Die Gefahr einer Rückschiebung nach Eritrea und Somalia sei daher groß, zumal es klare Belege dafür gebe, dass solche Rückschiebungen in der vorangegangenen Praxis Libyens stattgefunden hätten. In der mündlichen Verhandlung trug zudem Madeleine Garlick, die Leiterin der Rechtsabteilung des UNHCR, nach, dass die Institution im April 2010 gezwungen worden war, ihr Büro in Tripolis zu schließen.[235]

Der Gerichtshof nahm die Argumentation der italienischen Regierung bezüglich der europäischen Grenzkontrolle auf, allerdings um daran deutlich zu machen, dass dies nichts an der menschenrechtlichen Verpflichtung ändere. Mit Nachdruck anerkannte er zunächst die Belastung und den Druck für die südlichen EU-Staaten an den Außengrenzen der EU durch die Migration, insbesondere durch das Phänomen der Seemigration, um daran anschließend hervorzuheben: »Jedoch in Anbetracht des absoluten Charakters der von Artikel 3 geschützten Rechtsgüter kann dieser

232 Ebd., Rn. 97.

233 Ebd., Rn. 98.

234 Beschwerde der RAe Anton Giulio Lana und Andrea Saccucci v. 22.7.2009, Rn. 11 und 19.

235 Eigenes Protokoll während der mündlichen Verhandlung am 22.6.2011, EGMR, Straßburg.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Umstand einen Staat nicht von seinen Verpflichtungen durch diese Vorschrift entbinden.«[236] Der Gerichtshof verwies also die Beschwerdegegnerin darauf, dass eine faktische Problematik nichts an der normativen Geltung des Rechts ändern könne. Dieser Verweis wäre formal nicht notwendig gewesen, der Gerichtshof hätte die Argumentation auch ignorieren können. Was dadurch aber zu Beginn hervorgehoben wurde, ist eine *andere Konzeption des Allgemeinen*: eine Konzeption einer gemeinsamen europäischen Grenzpolitik, die sich immer schon innerhalb der Grenzen der Menschen- und Flüchtlingsrechte aufhalten muss. Institutionell ist es nicht verwunderlich, dass ein Menschenrechtsgerichtshof, dessen Funktion die Überwachung der Einhaltung der Europäischen Menschenrechtskonvention ist, eine derartige Rahmung der Grenzkontrolle vornimmt. Die Auswahl des rechtlichen Forums durch die Anwälte, die im Unterschied zum »Marine I«-Fall gezielt auf den nationalen Rechtsweg verzichtet hatten, erfolgte insofern nach strategischen Gesichtspunkten.

Bezüglich der Frage nach der Gefahr der Folter oder der unmenschlichen Behandlung durch ein Refoulement nach Libyen stellte der Gerichtshof zunächst klar, dass die bloße Ratifizierung internationaler Verträge alleine nicht ausreichend sein könne, um von einem adäquaten Schutz auszugehen. Und auch der Abschluss des »Freundschaftsvertrages« könne Italien nicht von seinen eigenen Verpflichtungen entbinden, sicherzustellen, dass eine Rückschiebung faktisch keine solche Gefahr hervorrufe.[237] Die reale Situation in Libyen sei gut bekannt und auf der Basis vielfältiger Quellen einfach zu verifizieren gewesen: In einer Vielzahl von Berichten internationaler Organisationen sowie NGOs werde ein »verstörendes Bild der Behandlung klandestiner Migranten in Libyen zum relevanten Zeitpunkt« gezeichnet, was zudem durch den Bericht des Antifolter-Ausschusses bestätigt werde.[238] Die italienische Regierung müsse also gewusst haben, dass sie Migrant*innen durch die Rückweisung einer Behandlung aussetzte, welche die EMRK verletze. Und auch wenn niemand explizit Asyl verlangt haben sollte, entlaste dies Italien angesichts dieser systematischen Verletzungen von Menschenrechten in Libyen in keiner Weise von seinen Verpflichtungen zur Achtung des Folterverbots. Eine reale Gefahr lasse sich also feststellen und somit eine Verletzung des Art. 3 EMRK durch Italien.[239]

Die exterritoriale Geltung des Refoulement-Verbots

Bevor die 17 Richter*innen der großen Kammer letztlich zu dieser Feststellung gelangen konnten, hatten sie jedoch zunächst die Frage zu klären, ob das Refoule-

236 Urteil in der Rs. Hirsi (Fn. 212), Rn. 122.°

237 Ebd., Rn. 128f.

238 Ebd., Rn. 123.°

239 Ebd., Rn. 131–138.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ment-Verbot der EMRK überhaupt auf der Hohen See, also jenseits des italienischen Territoriums, Geltung beanspruchen kann. Bis zur vorliegenden Rechtssache gab es dazu keine explizite Entscheidung, allerdings rekonstruierte die juristische Literatur aus Urteilen in ähnlich gelagerten Fällen, »bei denen die Frage der extraterritorialen Anwendbarkeit eine Rolle spielte, […] wesentliche Grundlinien« einer möglichen Rechtsprechung (Weinzierl/Lisson 2007: 62).

Das entscheidende Kriterium für die Anwendbarkeit ergab sich aus Art. 1 EMRK, wonach die Vertragsstaaten die Rechte und Freiheiten »allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen« zusichern. Die Argumentationsfigur der »Hoheitsgewalt« steht daher auch vor diesem Gericht, ähnlich wie vor dem UN-Ausschuss gegen Folter in der Rechtssache der »Marine I«, im Zentrum der juridischen Auseinandersetzung um Hegemonie. Das heißt, die rechtlichen Positionen kreisten um die Frage, ob staatliches Handeln jenseits des Staatsterritoriums rechtlich gebunden ist – eine rechtsstaatstheoretische Frage angesichts des sich herausbildenden europäischen Staatsapparateensembles. Anders als bei der GFK stellte sich dabei die Frage eines notwendigen Territorialbezuges nicht in Bezug auf den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte oder die Systematik der Norm des Refoulement-Verbots selbst, sondern in Bezug auf die Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention als solcher. Daher ist die im Fallrecht des EGMR entwickelte Auslegung der Hoheitsgewalt, bzw. der sogenannten Jurisdiktion, auf einen breiteren Anwendungsbereich bezogen.

Ein Rechtsstreit anlässlich eines Vorfalles im Jahre 1997 gab bereits erste Hinweise. Er führte allerdings aus Gründen der Unzulässigkeit nicht zu einem Urteil. Ein italienisches Kriegsschiff war zur Abwehr von Migrant*innen aufgrund eines Abkommens zwischen Italien und Albanien in den Küstengewässern Albaniens auf Patrouillenfahrt gewesen. Dabei hatte es versucht, ein albanisches Schiff auf dem Weg nach Apulien zu stoppen. Aufgrund einer Kollision der beiden Schiffe riss der Rumpf des albanischen Schiffes auf und über hundert Menschen ertranken (Klepp 2011: 156f.). Obwohl das Gericht die Klage für unzulässig erklärte, stellte es zuvor fest, dass diese Klage nur gegen Italien zu richten sei, auch wenn es einen Kooperationsvertrag zwischen Italien und Albanien gab, weil der Untergang des Schiffes direkt durch die italienische Marine verursacht worden sei.[240] Italien war also verantwortlich für seine Kriegsschiffe auf der Hohen See. Die kritische flüchtlingsrechtliche Literatur nahm in der Folge vermehrt Bezug auf diese Entscheidung in dieser *Rs. Xhavara vs. Italy and Albania* und interpretierte sie als deutliches Signal dafür, dass Italien sich seiner rechtlichen Verantwortung nicht »durch die vertragsförmige Absicherung der Vorverlagerung von Grenzkontrollmaßnahmen entziehen« könne (Fischer-Lescano/Tohidipur 2007: 1253). Moreno-Lax (2011: 193) zog aus der Argumentation sogar den Schluss, dass der EMGR »implizit« akzeptiere, dass Migra-

240 Xhavara and 15 others v. Italy and Albania, Application no. 39922/03 v. 1.6.2006, B1c.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tionskontrollen die betroffenen Personen unter die Jurisdiktion des zurückschiebenden Staates und so in den Anwendungsbereich der EMKR bringen. Aber es blieb eben bestenfalls eine implizite Anerkennung der exterritorialen Geltung der EMRK-Normen – in diesem Fall des Rechts auf Leben in Art. 2.

Der Rechtsprechungspfad vor dem EGMR zur exterritorial ausgeübten Hoheitsgewalt wurde erst einige Jahre später, in Fällen militärischer Auseinandersetzungen, entwickelt. Die entscheidende Rechtssache, *Bankovic vs. Belgium*, stammt aus dem Jahr 2001,[241] und hatte eine Auseinandersetzung um eine militärische Intervention gegen die Bundesrepublik Jugoslawien zum Inhalt, bei der Zivilpersonen getötet worden waren. Die für die Frage der Exterritorialität entscheidende Argumentation des Urteils lautete, dass eine exterritoriale Jurisdiktion eine Ausnahme von der *grundlegend territorial* konzipierten Vorstellung von Hoheitsgewalt darstelle.[242] In Bezug auf die Bombardierung Jugoslawiens durch mehrere Vertragsstaaten bestimmte der EGMR den Ausgangspunkt im Territorialprinzip: Auf seinem Staatsgebiet übe der jeweilige Staat unbeschränkte Hoheitsmacht aus, wohingegen die exterritoriale Ausübung gegenüber der Territorialhoheit des anderen Staates nachrangig sei (Fischer-Lescano/Löhr 2007: 13). Es wird deutlich, dass zum einen auch hier, wie bei der GFK, das traditionelle Territorialprinzip nach wie vor vorherrschend ist, was angesichts der Strategien des Outsourcings und Offshorings mit der veränderten politischen Wirklichkeit in Konflikt geraten kann, zum anderen aber auch, dass die relativ traditionelle Sachverhaltskonstellation diese Fragestellung auch noch nicht wirklich aufgeworfen hatte. Als eine mögliche Ausnahme, die der EMGR bereits im *Bankovic*-Urteil resümierte, galten Handlungen von Diplomaten an Bord von Schiffen, die gemäß Seerechtsübereinkommen unter der Flagge des jeweiligen Nationalstaats fuhren.[243]

Eine leichte Verschiebung zeigte sich dann 2004 in der *Rs. Issa vs. Türkei*,[244] in welcher der EGMR das Verhalten türkischer Streitkräfte während der militärischen Aktionen im Norden des Irak zu beurteilen hatte. Er hielt in seinem Urteil fest, dass Staaten zur Verantwortung gezogen werden können, wenn sie, als Konsequenz einer Militäraktion, »effektive Kontrolle über ein Gebiet ausüben, das außerhalb des nationalen Territoriums liegt«.[245] In der *Rs. Medvedyev vs. France*[246] hatte der EGMR diese Fragestellung schließlich in Bezug auf Vorfälle auf einem Schiff anzuwenden: Französische Behörden hatten ein kambodschanisches Schiff (namens

241 Bankovic and Others v. Belgium and Others, Application no. 52207/99, Entscheidung v. 12.12.2001.

242 Ebd., Rn. 61.

243 Ebd., Rn. 73.

244 Issa v. Türkei, Application no. 31821/96, Urteil v. 16.11.2004.

245 Ebd., Rn. 69, 71.°

246 Medvedyev a.o. v. France, Application no. 3394/03, Urteil v. 10.7.2008.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

The Winner) wegen des Verdachts auf Drogenschmuggel abgefangen. Die Insass*innen waren auf der 13-tägigen Reise in einem französischen Hafen an Bord eingesperrt worden. Der Gerichtshof wiederholte zunächst die *Bankovic*-Formel, wonach eine exterritoriale Jurisdiktion die Ausnahme darstelle, und formulierte die Ausnahme nun so, dass »Handlungen von Vertragsstaaten, die Effekte außerhalb ihres Territoriums produzieren, die Ausübung von Hoheitsgewalt konstituieren können«.[247] Frankreich habe die »vollständige und exklusive, zumindest faktische Kontrolle« über die Crew des kambodschanischen Schiffes ausgeübt.[248]

Vor dem Hintergrund dieser bereits etablierten Argumentationslinie zog die italienische Regierung in der *Rs. Hirsi vs. Italy* die exterritoriale Geltung des Refoulement-Verbots erst gar nicht mehr grundsätzlich in Zweifel, sondern bestritt in der normativen Bewertung der Fakten des Falles die Ausübung »absoluter und exklusiver Kontrolle« der Beschwerdeführer*innen durch die italienischen Behörden.[249] Anders als in der *Rs. Medvedyev* habe es sich hier nicht um eine polizeiliche Kontrolle, sondern um eine Rettungsmaßnahme gehandelt, wozu Italien durch das UN-Seerechtsübereinkommen verpflichtet sei. Italien habe lediglich humanitäre und medizinische Hilfe geleistet und keinerlei Gewalt ausgeübt oder Waffen verwendet[250] – die gleiche Argumentation also, wie sie die spanische Regierung erfolgreich in dem Rechtsfall der »Marine I« vorgetragen hatte.

Die Anwälte der 24 Migrant*innen in der *Rs. Hirsi* fügten ihre Gegenargumentation ebenfalls nahtlos in die Rechtsprechungsgeschichte ein: Es stehe nicht in Frage, dass Italien die Hoheitsgewalt ausgeübt habe: »Sobald die Migrant*innen an Bord der italienischen Schiffe gegangen waren, waren sie unter der exklusiven Kontrolle Italiens.«[251] Der AIRE Centre, Amnesty International, die internationale Liga für Menschenrechte sowie HRW hingegen legten noch einmal ausführlich die Rechtsprechungsentwicklung dar und fassten sie so zusammen, dass »eine Vertragspartei der EMRK nach der Konvention für ihre Handlungen verantwortlich ist, wenn sie hinlängliche effektive Kontrolle über Individuen auf der Hohen See ausübt« (AIRE Centre/Amnesty International/Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme 2010: Rn. 24; Human Rights Watch 2010: Rn. 11ff.°).

Der UNHCR hingegen stellte die Grundnorm des Refoulement-Verbots, Art. 33 I GFK, an den Beginn seiner Überlegungen und zeigte dann, entsprechend seiner Stellung als internationaler Organisation, die gleichlautende Rechtsprechung internationaler Gerichte und des Exekutivausschusses des UNHCR auf – unabhängig von den jeweiligen im Einzelfall unterschiedlichen konkreten Normen, u.a. auch

247 Ebd., Rn. 63–66.

248 Ebd., Rn. 67.°

249 Wiedergegeben lt. Urteil in der Rs. Hirsi (Fn. 212), Rn. 64.

250 Ebd., Rn. 65f.

251 Wiedergegeben lt. ebd., Rn. 67.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des EGMR. Unter diesen aufgeführten Gerichten war auch der UN-Ausschuss gegen Folter mit seiner Entscheidung in der *Rs. J.H.A. vs. Spain.* Deren Passagiere seien gemäß der Entscheidung während der ganzen Zeit unter der Hoheitsgewalt Spaniens gewesen und daher hätte Spanien das Verbot des Refoulements gemäß Art. 3 der Antifolterkonvention beachten müssen.[252] Das Fazit dieser Darstellung lautete dann: »Hoheitsgewalt kann auf *de jure* Berechtigungen und/oder *de facto* Kontrolle basieren. *De jure* Hoheitsgewalt auf der Hohen See leitet sich ab von der Hoheitsgewalt des Flaggenstaats. *De facto* Hoheitsgewalt auf der Hohen See wird etabliert, wenn ein Staat die effektive Kontrolle über Personen ausübt« (UNHCR 2010: 9, Herv. i.O.°).

Die Stellungnahme der angelsächsischen Law Schools orientierte sich ebenfalls weniger an konkreten Rechtsnormen als vielmehr, gemäß der Case-Law-Tradition, an der Rechtsprechung des Gerichtshofs sowie anderer internationaler Gerichte. Der EGMR habe dabei bislang einen »praktischen Ansatz« erkennen lassen, der sich weniger auf den geographischen Ort als vielmehr auf die praktischen Effekte des Staatshandelns konzentriere (Columbia Law School Human Rights Clinic/et. al 2010: Rn. 6°). Dies stimme mit den Ansichten des UNHCR, des UN-Ausschusses gegen Folter und des UN-Menschenrechtsausschusses überein, die alle anerkannt hätten, dass die Staatenverantwortlichkeit immer dort gegeben sei, »wo ein Individuum unter die effektive ›Autorität und Kontrolle‹ des Staates gelangt, unabhängig vom Ort der Ausübung«. Dabei wird ebenfalls explizit auf die *Rs. J.H.A vs. Spain* verwiesen (Rn. 8°).

Der Gerichtshof folgte in seinem Urteil der überwiegenden Mehrheit der Eingaben, indem er zunächst selbst noch einmal seine Rechtsprechungstradition rekapitulierte, am Regel-Ausnahme-Verhältnis der exterritorialen Geltung festhielt und die besonderen Fakten des vorliegenden Falles für die Annahme exterritorialer Geltung prüfte. Dabei kam er zu dem Ergebnis, dass nach den relevanten seerechtlichen Vorschriften ein Schiff, das sich auf der Hohen See aufhält, der exklusiven Hoheitsgewalt des Flaggenstaates unterworfen ist. Kontrolliere es ein anderes Schiff, bedeute dies die de jure Kontrolle der betroffenen Individuen.[253] Dies könne Italien auch nicht durch eine Interpretation der Vorfälle als Rettungsaktionen umgehen:

»Der Gerichtshof hält fest, dass im vorliegenden Fall die Ereignisse voll und ganz an Bord der italienischen Marine stattfanden, deren Crews ausschließlich aus italienischem Militärpersonal zusammengesetzt waren. Nach Auffassung des Gerichtshofs waren die Beschwerdeführer während der Periode zwischen dem Anbordgehen und der Übergabe an die libyschen Be-

252 Diese Stellungnahme ist bemerkenswert auch vor dem Hintergrund der Vorfälle in dem Rechtsfall der »Marine I«, in der das Schreiben des UNHCR gerade zur Rechtferitung dieser beschriebenen Praxis herangezogen wurde.

253 Urteil in der Rs. Hirsi (Fn. 212), Rn. 77.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

hörden unter der kontinuierlichen und exklusiven de jure und de facto Kontrolle der italienischen Behörden. Spekulationen über die Natur und den Zweck der Intervention der italienischen Schiffe auf der Hohen See würden das Gericht nicht zu einer anderen Schlussfolgerung veranlassen.«[254]

Damit lehnte der Gerichtshof in aller Deutlichkeit die superdifferenzielle Grenzziehung der »rein humanitären Rettungsmaßnahme« ab, welche die spanischen Gerichte etabliert hatten. Demgemäß fielen die später festgestellten rechtsverletzenden Handlungen in den Bereich italienischer Hoheitsgewalt in der Bedeutung des Art. 1 und könnten daher auf ihre Vereinbarkeit mit der EMKR überprüft werden. [255]

Sowohl die juristischen Auseinandersetzungen um Art. 3 als auch um Art. 1 fanden, das dürfte deutlich geworden sein, bereits innerhalb etablierter Rechtsfiguren statt und fokussierten nur noch die Anwendbarkeit auf den konkreten Rechtsfall – und das, obwohl dieses Urteil die erste explizite Übertragung der bisher entwickelten Prinzipien auf die Streitfrage exterritorialer Geltung des Refoulement-Verbots war (so auch Gammeltoft-Hansen 2012). Denn die hegemonialen Auseinandersetzungen waren bereits in den zehn Jahren zuvor ausgetragen worden und fanden mit diesem Urteil ihren Schlusspunkt, der dennoch für die transnationale Rechtsprechungsentwicklung von erheblicher Bedeutung ist. Denn damit gibt es neben dem UN-Ausschuss gegen Folter ein weiteres internationales Gericht, welches explizit diese exterritoriale Geltung anerkannt und damit die Herausbildung der Norm stabilisiert hat.

Der tradierte Territorialbezug wird dabei zwar grundsätzlich bestätigt, jedoch zugleich durch die Etablierung relevanter Ausnahmen allmählich überformt. Das diskursive juridische Projekt der Exterritorialisierungs-Strategien lässt sich nunmehr als »rechtsstaatlich und menschenrechtlich eingehegte europäische Grenzkontrolle« zusammenfassen. Elemente des Projektes sind die prinzipielle Legitimität von Grenzkontrollen sowie die grundsätzlich territorial ausgeübte Hoheitsgewalt, äquivalenziert mit der ausnahmsweise auch exterritorialen Ausübung unter Bedingungen effektiver Kontrolle. Diese Hoheitsgewalt wird wiederum diskursiv mit dem Refoulement-Verbot verbunden, indem sie nämlich dem Verbot der Rückweisung in einen Staat unterworfen sein soll, in dem den Rückgewiesenen die Gefahr der Folter oder der unmenschlichen Behandlung droht. Inkludiert in dieses Projekt sind also alle postkolonialen Subjekte, unabhängig davon, ob sie einen Asylanspruch haben oder nicht. Sie dürfen in keinem Fall der Gefahr der Folter oder der unmenschlichen Behandlung ausgesetzt werden. Im Projekt der »rechtsstaatlich-menschenrechtlichen Grenzkontrolle« werden daher die beiden konträren Positionen – das staatliche Recht der Zugangsverweigerung zum europäischen Territorium

254 Ebd., Rn. 81.°

255 Ebd., Rn. 82.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einerseits und der menschenrechtliche Anspruch auf Schutz vor staatlichen Übergriffen andererseits – durch ein Zugeständnisstrategem an das territoriale Projekt kombiniert. Dies geschieht jedoch in einer Weise, welche die zuvor beschriebenen Grenzschutzpraxen der spanischen und der italienischen Politik grundlegend in Frage stellt und die Regulation des Nord-Süd-Verhältnisses zumindest insofern unterhöhlt, als dass all diejenigen, die aufgrund der neokolonial bedingten Verwüstungen fliehen, ein durch die EU garantiertes Recht auf Schutz vor den politischen – allerdings nicht vor den ökonomischen – Konsequenzen dieser Entwicklung haben. Obwohl also die Grenzkontrollen als Strukturprinzipien der kapitalistischen politischen Form auf einer tief verankerten Hegemonie aufruhen und unhinterfragt bleiben, werden sie in diesem Rechtsdiskurs, der ganz maßgeblich durch das linksliberal-alternative Hegemonieprojekt geprägt ist, zugleich mit den Rechten der Anderen konfrontiert und von diesen durchlöchert.

Verbot der Kollektivausweisung

Überraschend spielte die Frage der exterritorialen Geltung von Rechten im Rahmen eines anderen Prüfungspunktes die zentrale Rolle: nämlich im Kontext des Verbotes der Kollektivausweisung, wie es in Art. 4 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK normiert ist. Dieses Protokoll war am 8. Mai 1968 in Kraft getreten und ergänzte die Konvention um weitere subjektive Rechte. In der *Rs. Xhavara vs. Italy and Albania* hatte das Gericht zum ersten Mal eine Verletzung dieser Norm durch eine Rückweisung für möglich gehalten, die nicht von einem Territorium ausging. Allerdings war diese Beschwerde, wie bereits dargestellt, aus Gründen der Zulässigkeit gescheitert. Daher, so der Gerichtshof, müsse er »im vorliegenden Fall zum ersten Mal untersuchen, ob Art. 4 des Protokolls Nr. 4 auf einen Fall anwendbar ist, der die Ausweisung von Fremden an einen Drittstaat beinhaltet, die außerhalb des Territoriums ausgeführt wird«[256].

Obwohl die grundsätzliche exterritoriale Anwendbarkeit der Konventionsrechte bei Rückschiebungen von der Hohen See durch den Gerichtshof bereits zuvor festgestellt worden war, ergab sich in diesem Fall ein Auslegungsproblem, das dem Wortlautstreit im Kontext der GFK ähnlich ist. So bestand die italienische Regierung darauf, dass diese Norm nur bei Ausweisungen *von einem Territorium* zur Anwendung komme, da es sich bei den Push-Backs um die Weigerung gehandelt habe, den Zugang zum nationalen Territorium überhaupt zu gestatten und gerade nicht um eine Ausweisung (»expulsion«).[257]

Dem widersprachen die Rechtsanwälte in ihrer Beschwerdeschrift mit der teleologischen Auslegungsmethode. Auch wenn der Wortlaut mit dem Begriff der »Ausweisung« ein Hindernis für die Anwendbarkeit des Artikels darstellen könnte,

256 Ebd., Rn. 169.°

257 Ebd., Rn. 160.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

müsse doch ein evolutiver Ansatz das Gericht zur Anerkennung der Anwendbarkeit führen. Denn eine Auslegung des Begriffs gemäß Sinn und Zweck der Norm enthülle, dass der primäre Zweck in der Verhinderung der Überstellung von Gruppen von Ausländern an andere Staaten ohne die Berücksichtigung ihrer individuellen Umstände bestehe – egal von welchem Ort aus diese Überstellung erfolge. Rückweisungen von der Hohen See könnten also versteckte Ausweisungen konstituieren. Erst eine solche Auslegung verleihe diesem Verbot Effektivität und Konkretion. Hilfsweise argumentierten die Anwälte, dass, wenn diese Argumentation das Gericht nicht überzeugen sollte, zu berücksichtigen sei, dass die Rückweisung von italienischen Schiffen aus stattgefunden habe, die gemäß dem italienischen Schifffahrtsgesetz als italienisches Territorium angesehen werden.[258]

Während der AIRE Centre, Amnesty International, die Internationale Menschenrechtsliga, HRW als auch die amerikanischen Law Schools dieser Norm keine oder eine nur untergeordnete Bedeutung in ihren Einlassungen zuwiesen, betonte der UNHCR die zentrale Bedeutung dieser Fragestellung, gerade in Anbetracht der relevanten Effekte einer breiten Interpretation dieser Norm für die internationale Migration. Die Konvention müsse im Licht des Prinzips von Treu und Glauben interpretiert werden: Wäre es Staaten etwa auf der Hohen See erlaubt, Migranten ohne die Garantien des Art. 4 Protokoll Nr. 4 zurückzuweisen, dann wären diese Staaten dazu in der Lage, ihre Verpflichtungen unter der Konvention zu umgehen, indem sie ihre Grenzkontrollmaßnahmen verlagerten. Davon abgesehen ziehe die Anerkennung exterritorialer Ausübung von Hoheitsgewalt in Art. 1 die Vermutung nach sich, »dass alle von der Konvention und ihren Protokollen garantierten Rechte anwendbar wären«[259].

Da es sich bei dieser Fragestellung, anders als bei Art. 1 und 3, um eine noch nicht entschiedene Thematik handelte, referierte der Gerichtshof nicht seine bisherige Rechtsprechung, sondern hielt sich an die anlässlich der Auslegung der GFK bereits geschilderte Prüfungsreihenfolge gemäß Art. 31 bis 33 der Wiener Vertragsrechtskonvention. Das heißt, die Richter*innen begannen die Prüfung zunächst mit dem Wortlaut und widersprachen hier sofort der italienischen Regierung: Der Wortlaut selbst stelle kein Hindernis für die Anwendbarkeit dar, da er keinen Bezug zum Begriff des Territoriums enthalte – und zwar gerade im Unterschied zum Wortlaut von Art. 3 desselben Protokolls.[260] Im nächsten Schritt prüften sie in der historischen Auslegung die Entstehungsdokumente, die *travaux préparatoires*, der Konvention und kamen zu dem Ergebnis, dass diese eine exterritoriale Anwendung nicht ausschlossen – insbesondere deswegen, weil die Verfasser des Protokolls Nr. 4 dem Begriff der Ausweisung die gewöhnliche Bedeutung unterstellten: »jeman-

258 Beschwerde der RAe Lana und Saccucci (Fn. 234), Abschnitt IV, Nr. 2.

259 Wiedergegeben lt. Urteil in der Rs. Hirsi (Fn. 212), Rn. 164.°

260 Ebd., Rn. 173.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den von einem Ort vertreiben«. Obwohl diese Definition sich explizit nur in den Abschnitten zu Art. 3 des Protokolls befindet, könne es nach dem Gerichtshof auch auf Art. 4 desselben Protokolls Anwendung finden.[261]

Schließlich gelangte die Prüfung an den Punkt der teleologischen Auslegung, auf die sich vor allem die Beschwerdeführer*innen gestützt hatten. Bei dieser Auslegung müsse berücksichtigt werden, dass die Konvention ein »lebendes Instrument« sei, weswegen der Sinn und Zweck der Norm im Lichte der heutigen Bedingungen zu analysieren sei.[262] Viel Zeit sei vergangen, seitdem Protokoll Nr. 4 verfasst wurde. Das Abfangen von Migrant*innen auf der Hohen See und ihre Rückführung in Transit- oder Herkunftsländer seien inzwischen Maßnahmen der Migrationskontrolle, um dadurch die irreguläre Migration »zu bekämpfen«. Der Sinn und Zweck der Norm sei nach der bisherigen Rechtsprechung, Staaten davon abzuhalten, bestimmte Ausländer ohne eine Untersuchung ihrer persönlichen Umstände zurückzuweisen, und ihnen so die Möglichkeit zu nehmen, ihre Argumente gegen die behördlichen Maßnahmen vorzubringen. Wenn Art. 4 des Protokolls daher nur auf Ausweisungen vom nationalen Territorium anwendbar wäre, würde »eine bedeutsame Komponenten gegenwärtiger Migrationsmuster nicht in den Geltungsbereich dieser Norm fallen. [...] Artikel 4 wäre so in der Praxis ineffektiv in Bezug auf solche Situationen, die immer mehr zunehmen.«[263]

Der Gerichtshof schlussfolgerte daraus, dass nicht nur der Begriff der Hoheitsgewalt, sondern ebenso derjenige der Ausweisung prinzipiell territorial ist, in dem Sinne, dass Ausweisungen zumeist vom nationalen Territorium erfolgen.

»Wenn jedoch, wie im vorliegenden Fall, der Gerichtshof befunden hat, dass eine Vertragspartei ausnahmsweise ihre Hoheitsgewalt außerhalb ihres nationalen Territoriums ausgeübt hat, ist kein Hindernis für die Anerkennung des Umstandes zu sehen, dass die Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion durch den Staat die Form kollektiver Ausweisung angenommen hat.«[264]

Eine solche Auslegung müsse auch aufgrund des Prinzips der ganzheitlichen Interpretation der Konvention angenommen werden, weil es sonst zu einer Diskrepanz zwischen der Auslegung zu Art. 1 EMRK und Art. 4 Protokoll Nr. 4 komme. Bereits in der *Rs. Medvedyev vs. France* habe der Gerichtshof festgehalten, dass die »maritime Umgebung kein Gebiet außerhalb des Rechts rechtfertigen« könne.[265] Der Gerichtshof schloss sich also den Argumenten der Anwälte sowie des UNHCR

261 Ebd., Rn. 174.

262 Ebd., Rn. 175.°

263 Ebd., Rn. 177.°

264 Ebd., Rn. 178.°

265 Ebd., Rn. 182.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

an und wendete sodann diese Norm auf den konkreten Sachverhalt an. Dabei kam er zu dem Schluss, dass keinerlei Identifikationsmaßnahmen an Bord stattgefunden hatten und auch das Militärpersonal nicht für individuelle Interviews ausgebildet gewesen sei. Die Ausweisung sei demnach kollektiver Natur gewesen und stelle eine Verletzung von Art. 4 Protokoll Nr. 4 dar.[266]

Christopher Hein vom CIR erklärte nach der Urteilsverkündung, sowohl er als auch die Anwälte hätten zwar eine Verurteilung Italiens erwartet, seien aber vom Umfang der Verurteilung und insbesondere von der Interpretation des Art. 4 des Protokolls Nr. 4 überrascht. Denn diese werde eine weittragende Wirkung für die Grenzpolitik der EU haben.[267] Dies hatte ja bereits der UNHCR in seiner Stellungnahme angedeutet. Die meisten intervenierenden Parteien, die zwar relativ lange Ausführungen zur GFK und sogar zum EU-Migrationsrecht oder auch zum Seerecht vortrugen, die allesamt im Urteil nicht aufgegriffen wurden, hatten diesem Artikel keine große Bedeutung zugemessen. Der Gerichtshof hingegen schien darin *die* einschlägige Norm für den vorliegenden Fall erkannt zu haben: Bevor überhaupt das Non-Refoulement-Gebot greifen kann, muss sichergestellt sein, dass die individuelle Lage jeder einzelnen Migrantin geprüft wird – und genau das ist bei Kollektivausweisungen nicht der Fall. Erst an dieser Stelle und nicht schon bei der Prüfung von Art. 1 oder 3 enthüllte das Gericht das wesentliche Element seines Urteils: *dass es kein Gebiet außerhalb des Rechts geben kann*. Es machte deutlich, dass andernfalls in einer veränderten Realität, nämlich der des Outsourcings und Offshorings der Grenzkontrolle, die Konvention ihren ursprünglichen Zweck des Schutzes der Menschenrechte nicht mehr erfüllen könne. Das Postulat, dass es keine rechtsfreien Räume geben dürfe, ist also das zentrale Element des Diskurses der »menschenrechtlich-rechtsstaatlichen Grenzkontrolle«, die *Repräsentantin des Allgemeinen* dieses Diskurses. Sie war bereits in der Kommentierung des Rechtsfalls der »Marine I« außerhalb des institutionellen Diskurses durch CEAR erstmals angedeutet worden. Sie vermittelt das Verbot des Refoulements und das der Kollektivausweisung mit der ausnahmsweise exterritorial ausgeübten Hoheitsgewalt. In der einzigen konkurrierenden richterlichen Auffassung des Urteils durch den portugiesischen Richter Pinto de Albuquerque legte dieser, anstatt das Ergebnis zu bestreiten, eine noch weiter gehende Begründung (»concurring opinion«) vor, in welcher er der Minderheitenposition Richter Blackmuns aus dem *Sale*-Urteil folgte und sich auf allgemeine Prinzipien des internationalen Flüchtlingsrechts stützte:[268] Er reformulierte die Repräsentantin des Allgemeinen durch eine allgemeinere, philosophischere Begrifflichkeit, nämlich in Anlehnung an Hannah Arendt als das »Recht, Rechte zu haben«. Wenn auch dies nicht die institutionell abgesicherte Fas-

266 Ebd., Rn. 185.

267 2. Expert*innen-Interview mit Christopher Hein, Direktor des CIR, am 24.2.2012, Rom.

268 Konkurrierende Auffassung, vgl. Urteil in der Rs. Hirsi (Fn. 212).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sung der Begründung des Gerichtshofs ist, so kann diese abweichende Begründung doch als Anreicherung des offiziellen Begriffs gelten. So stabilisiert sich ein *exterritoriales juridisches Projekt* als Antwort auf die Exterritorialisierung der Grenzpolitik.

Effektiver Rechtsschutz

Doch noch eine weitere Rechtsnorm schien durch die Maßnahmen der italienischen Exekutive verletzt zu sein: Art. 13 EMRK schreibt fest, dass jede »Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist«, das Recht hat, »bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben«. Der EGMR hatte in seiner bisherigen Rechtsprechung Art. 13 so interpretiert, dass es sich um ein akzessorisches Recht handle, das in Verbindung mit einer anderen EMRK-Norm geltend gemacht werden könne und der Durchsetzung der materiellen Garantie der Konvention diene. Daher leitete er aus dem Refoulement-Verbot ein implizites Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 3 i.V.m. Art. 13) ab. Dabei muss es sich nicht zwingend um eine gerichtliche Beschwerdemöglichkeit handeln. Allerdings müsse sie in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht *effektiv* sein. Und weil Art. 3 einen grundlegenden Wert der im Europarat versammelten demokratischen Gesellschaften verkörpere, maß der Gerichtshof das Effektivitätserfordernis hier an besonders hohen Anforderungen (Fischer-Lescano/Löhr 2007: 24).

Die Anwälte griffen dies auf: Die italienische Rechtsordnung sehe überhaupt kein angemessenes Verfahren für Beschwerden gegen die Maßnahmen der Zurückweisung auf der Hohen See vor. Dies wiege umso schwerer, als die zu erwartenden Effekte absolut irreversibel seien und jedweder Form der Kontrolle durch eine juristische Instanz entgehen würden. Auch könne keine vorübergehende Aussetzung der Maßnahmen beantragt werden.[269] Die italienische Regierung erwiderte darauf in ihrem Schriftsatz – ganz in der Logik des Offshorings –, dass es nicht möglich gewesen sei, den Migrant*innen das Recht auf einen Zugang zu einem nationalen Gericht zu gewähren, da der Vorfall sich an Bord von Schiffen ereignet habe.[270] In der mündlichen Verhandlung hingegen argumentierten sie, dass die Beschwerdeführer*innen sich durchaus an nationale Gerichte in Italien hätten wenden können, denn die Verantwortung des Militärpersonals hätte vor Strafgerichten geklärt werden können. Überdies hätten Migrant*innen mit UNHCR-Flüchtlingsanerkennung bei anderen »Rettungsaktionen« auch Zugang zum italienischen Staatsgebiet erhalten.[271] Aus dieser materiell-rechtlichen Stellungnahme hatte die italienische Regierung schließlich das prozedurale Argument abgeleitet, dass der nationale Rechtsweg nicht ausgeschöpft worden sei, bevor der EGMR angeru-

269 Beschwerde der RAe Lana und Saccucci (Fn. 234), Abschnitt IV, Nr. 3.

270 Wiedergegeben lt. Urteil in der Rs. Hirsi (Fn. 212), Rn. 191.

271 Ebd., Rn. 192.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fen wurde, sodass nicht nur Art. 13 *nicht verletzt*, sondern zudem die gesamte Beschwerde formal-rechtlich *gar nicht zulässig* sei.[272] Wie zuvor dargestellt, hatte CEAR im spanischen Vergleichsfall tatsächlich zunächst die spanischen Gerichte angerufen. Der Gerichtshof prüfte nun in der *Rs. Hirsi* die formelle und materielle Problematik gemeinsam, da sie einander bedingten.

Der AIRE Centre, Amnesty International und die Internationale Menschenrechtsliga argumentierten im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung des EGMR und erklärten gegen das Argument der italienischen Regierung, dass es jenen Vertragsparteien, welche in die Abfangmaßnahmen involviert seien, obliege sicherzustellen, dass jede einzelne Person eine effektive Möglichkeit der Beschwerde erhalte. Das Fehlen eines Rechtsbehelfs, mit welchem die individuelle Überprüfung des Schutzgesuchs sichergestellt werden könne, konstituiere ein ernsthaftes Unterlassen.[273] Und auch die beiden eher mit internationalem Flüchtlingsrecht argumentierenden intervenierenden Institutionen, der UNHCR und die Law Schools, legten den Schwerpunkt ihrer Argumentation auf den individuellen Anspruch auf ein Verfahren, das den konkreten Einzelfall zu prüfen habe und sich als prozedurale Verpflichtung des Non-Refoulement-Gebots ergebe.[274]

Der Gerichtshof wiederholte noch einmal seine bisherige Rechtsprechung und betonte insbesondere, das Erfordernis einer »effektiven Beschwerde« in der Bedeutung des Artikels 13 i.V.m. Art. 3 verlange erstens eine unabhängige und strenge, detaillierte Überprüfung einer jeden Beschwerde sowie zweitens die Möglichkeit einer einstweiligen Aussetzung der angefochtenen Maßnahme. Folglich erfülle, gemessen an Art. 13 i.V.m. Art. 4 Protokoll Nr. 4, eine Beschwerde diese Anforderungen dann nicht, wenn sie keine aufschiebende Wirkung habe.[275]

Gemessen an dieser strengen, aber aufgrund der vorangegangenen Rechtsprechung erwartbaren Rechtsprechung, musste die Argumentation der italienischen Regierung, die lediglich auf die praktische Unmöglichkeit eines solchen Verfahrens an Bord von Schiffen abstellte, scheitern. Denn bei der Prüfung für den konkreten Fall kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Beschwerdeführer*innen jedweder Beschwerdemöglichkeit beraubt gewesen seien, die es ihnen ermöglicht hätte, ihre Beschwerde unter Art. 3 und Art. 4 Protokoll Nr. 4 vor einer kompetenten Behörde vorzubringen und eine ernsthafte Prüfung ihrer Anträge *vor* der Rückführungsmaßnahme zu erhalten.[276] Das Argument, die Beschwerdeführer*innen hätten sich nach ihrer Ankunft in Libyen doch an italienische Strafgerichte wenden können, lehnte der Gerichtshof als abwegig ab: Er könne »nur festhalten, dass, selbst wenn eine

272 Ebd., Rn. 60f.

273 Ebd., Rn. 194.

274 Ebd., Rn. 193, 195.

275 Ebd., Rn. 197–199.

276 Ebd., Rn. 205.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

solche Beschwerdemöglichkeit auch praktisch zugänglich gewesen wäre, die Anforderungen des Artikels 13 der Konvention sicherlich nicht durch Strafverfahren, die gegen das Militärpersonal an Bord von Schiffen vorgebracht werden, erfüllt werden können, insofern diese nicht das Kriterium der aufschiebenden Wirkung« erfüllten. Daher handele es sich sowohl um eine Verletzung von Art. 13 als auch um ein zulässiges Absehen der Beschwerdeführer*innen vom nationalen Rechtsweg, da dieser schlicht nicht vorhanden sei.[277]

Diese Argumentation führte demnach noch eine weitere, sehr entscheidende Äquivalenzierung in den Diskurs ein: die Verbindung von Verfahrensrechten mit den beiden materiellen Rechtsansprüchen aus dem Verbot des Refoulements und der Kollektivausweisung. Daraus ergibt sich als praktische Konsequenz, dass Rückschiebungen von Migrant*innen mit Schiffen unter europäischer Flagge auf der Hohen See, aber auch in den Küstengewässern, unter dieser Rechtsprechung faktisch nicht durchgeführt werden dürfen, schon allein aufgrund der Notwendigkeit einer aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde, damit diese als »wirksam« gelten kann. Zudem wirft dieses Urteil einen Schatten auf eine mögliche Rechtsprechung in dem Rechtsfall der »Marine I« voraus, so sie denn jemals vor den Menschenrechtsgerichtshof gelangen sollte.

Reaktionen

Die Reaktionen auf das in der weltweiten Presse breit rezipierte Urteil fielen überwiegend positiv aus. Sowohl Amnesty International und der UNHCR als auch die Anwälte sowie der CIR sprachen in diversen Interviews von einem »historischen Durchbruch«. Auch einer der Beschwerdeführer wurde mit den Worten zitiert: »I am very happy inside, I am thanking God« (The Guardian v. 23.2.2012) – wobei wahrscheinlich die allermeisten der schadensersatzberechtigten Migrant*innen kaum etwas von der Entscheidung gehört haben dürften. Viele von ihnen muss die italienische Regierung laut Urteil für die Auszahlung der 15.000 Euro Entschädigung, die ihnen das Gericht zusprach, überhaupt erst ausfindig machen, etwa in tunesischen Flüchtlingslagern. Dabei legt sie bisher eine Verschleppungsstrategie an den Tag: Obwohl sich die vorgesehene Entschädigungsfrist auf drei Monate beläuft, hat die italienische Regierung auch mehr als ein Jahr nach dem Urteil noch keine*n einzige*n Kläger*in entschädigt, nicht einmal den in Italien lebenden Ermias Berhane (Pichl/Vester 2013).

Die Reaktion der unterlegenen Seite, der italienischen Regierung, war erwartungsgemäß zurückhaltend. Mario Monti, dessen »technische Regierung« die Push-Backs zwar nicht zu verantworten hatte, jedoch zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils für seine Umsetzung zuständig war, erklärte, das Urteil genauestens beachten zu wollen. Die zu jener Zeit amtierende Innenministerin Anna Maria Cancellieri

277 Ebd., Rn. 206f.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

betonte, dass Italien selbstverständlich alle Menschenrechte beachten werde (Tagesschau Online v. 24.2.2012). Am 16. Dezember 2011 hatten jedoch der Präsident des Nationalen Übergangsrats von Libyen, Mustafa Abdul Jalil, und Mario Monti schon längst, ohne mediale Aufmerksamkeit, den sogenannten Freundschaftsvertrag mitsamt der Klauseln über die Kooperation im »Kampf gegen die illegale Migration« erneuert (Afrika News v. 16.12.2011). Cancellieris Vorgänger, Roberto Maroni, bestritt zudem die Legitimität des Urteils: Es sei die rein politische Entscheidung »eines politisierten Gerichtshofs«. »Ich würde genau das wieder tun, was ich getan habe«, fügte er hinzu, »die Boote der Illegalen daran hindern, Libyen zu verlassen, viele Menschenleben retten und den Bürgern mehr Sicherheit garantieren« (La Repubblica v. 23.2.2012°).

Und auch die EU-Institutionen reagierten ihrer bisherigen Rolle gemäß: So gab die Kommission zunächst keine Stellungnahme ab. Der Sprecher der EU-Innenkommissarin Cecilia Malmström erklärte lediglich allgemein, man werde »das Urteil mit großem Interesse lesen und analysieren«, da es eine »Bedeutung für das internationale wie das europäische Recht« habe (Tagesspiegel v. 5.3.2012). Der EU-Parlamentspräsident, Martin Schulz, hingegen wies sofort darauf hin, dass das EP »die kollektive Abschiebepraxis [...] seit jeher kritisiert« habe und das Urteil insofern Klarheit geschaffen habe. Zudem sei die Flüchtlingsproblematik kein Problem Italiens, sondern eines aller Europäer, sodass auch die Lasten gerecht verteilt werden müssten (Tagesschau Online v. 24.2.2012).

Andrea Segre, der Co-Regisseur eines kurz nach der Urteilsverkündung erschienenen Dokumentarfilms (»Mare Chiuso«), der die Erfahrungen nach Libyen zurückgeschobener Migrant*innen zeigt, kritisierte anlässlich des Urteils das »ängstliche Schweigen eines wichtigen Teils der Linken«, das die »Barbarei gegenüber Frauen, Männern und Kindern« akzeptiert habe. »Das heutige Urteil erlaubt es uns, die historische Verantwortung für das Geschehene zu übernehmen und eine ganz neue Zeit der Migrationspolitik einzuläuten. [...] Heute feiern wir dieses Urteil und widmen es all jenen, die zwischen 2009 und 2010 zurückgewiesen wurden und nie ein sicheres Land erreicht haben«, unter ihnen viele Protagonist*innen des Films.[278]

Die Menschen- und Flüchtlingsrechts-NGOs begrüßten unisono die Stärkung des Rechtsschutzes von Flüchtlingen auf Hoher See und zogen sofort eine Verbindungslinie zur europäischen Grenzschutzagentur: Das Urteil werde auch »folgenreiche Konsequenzen« für die Agentur Frontex haben.[279] Ihr Mandat sowie ihre Ausrichtung müssten auf den Prüfstand, erläuterte das Deutsche Institut für Menschenrechte in Berlin, welches schon seit Bestehen der Agentur rechtsstaatliche Be-

278 Blogpost v. 23.2.2012, http://andreasegre.blogspot.de/2012/02/italia-respinta-giustizia-tristezza-e.html (letzter Zugriff am 20.4.2012).°

279 Pro Asyl, Pressemitteilung v. 23.2.2012.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

denken vortrug. »Sofern nicht eindeutig und effektiv gewährleistet ist, dass die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention eingehalten werden, sollte Deutschland auch jegliche Unterstützung und Beteiligung an Frontex-Einsätzen einstellen.«[280] Frontex selbst äußerte sich, wie die Kommission, ebenfalls nicht zum Urteil, sondern teilte vielmehr in der Presseerklärung am Tag der Urteilsverkündung ein neues Arbeitsabkommen mit Armenien mit. Auf Nachfrage erklärte ein Frontex-Sprecher, es gäbe »nichts Besonderes zu kommentieren«. Das Urteil habe noch klarer gefasst, was für die EU-Grenzpolitik ohnehin gelte. An menschenrechtswidrigen Operationen auf dem Meer sei die Agentur »nach unserem besten Wissen nie« beteiligt gewesen (Tagesspiegel v. 5.3.2012). In einem der ersten Aufsätze in der Fachliteratur zum Urteil (Lehnert/Markard 2012) legten die Autor*innen ebenfalls einen Fokus auf die Relevanz für Frontex, da für die Agentur über Art. 6 Abs. 3 EUV eine mittelbare Bindung an die EMRK bestehe. »Damit gelten die Maßstäbe des *Hirsi*-Urteils auch im Rahmen von Frontex-Operationen sowohl gegenüber den beteiligten Mitgliedsstaaten als auch gegenüber Frontex«. Rechtsfolge könne durchaus eine gemeinschaftliche Haftung der beteiligten Mitgliedsstaaten und der koordinierenden Grenzschutzagentur Frontex sein (ebd.: 198).

Die weitreichenden Folgen des Urteils, argumentierten die Autor*innen mit Verweis auf den »effektiven Rechtsschutz«, beträfen jedoch die Frage, an welchem Ort Bootsflüchtlinge den Ausgang ihres Verfahrens abwarten müssten: »Derzeit ist es kaum vorstellbar, diese Verfahrens- und Rechtschutzrechte an Bord eines *Schiffes* zu gewährleisten. Je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls gewähren somit die Art. 3, 13 EMRK, Art. 4 Prot. 4 ein *indirektes Recht auf Zugang zum Territorium des Konventionsstaates*« (ebd., Herv. i.O.). Damit knüpfen die Verfasser*innen am Urteilsspruch und an der »concurring opinion« an und versuchen, ihn weiter zu treiben. So kommen sie auch bei einer Anwendung des Urteils auf den Fall der »Marine I« zu dem Ergebnis, dass eine Übertragung der Prüfung an den UNHCR oder die IOM auf einem Schiff und in Mauretanien ein solches Rechtsschutzverfahren auf dem europäischen Territorium nicht ersetzen könne. »Auch hier gilt: Keine Rückschiebung ohne *vorherige* Prüfung.« (Ebd.: 197f.)

Ähnlich argumentierte auch der Rechtswissenschaftler Thomas Gammeltoft-Hansen in einem Interview mit dem Europäischen Flüchtlingsrat ECRE im Anschluss an das Urteil. Der Gerichtshof habe den Staaten in den schwierigen Situationen auf der Hohen See nicht die unrealistische Verpflichtung auferlegt, alle möglichen Rechte zu beachten, wie etwa soziale Rechte. Vielmehr folgten die in Rede stehenden Rechte dem Wesen der ausgeübten Hoheitsgewalt. Das fundamentale Prinzip des Urteils laute: »you can outsource migration control but you cannot outsource human rights responsibilities« (Gammeltoft-Hansen 2012: 2). In diesem Sinne deutete er das Urteil auch in Bezug auf die Frontex-Mission »Hera«: Dass die

280 Pressemitteilung des Deutschen Instituts für Menschenrechte v. 23.2.2012.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Migrant*innen in diesem Fall nicht auf der Hohen See, sondern in den Küstengewässern Mauretaniens und des Senegals zurückgeschoben werden und Beamte aus diesen Ländern an Bord sind, ändere daran nichts. »Jede Person, die an Bord eines offiziellen Schiffes verbracht wird, ist in der Hoheitsgewalt der Beamten dieses Schiffes, und die betroffenen Schiffe in diesem Fall sind spanische Schiffe unter der Flagge Spaniens. Dies war auch die Schlussfolgerung des UN-Ausschusses gegen Folter im Fall *J.H.A. vs. Spain*« (ebd.: 1°).

Auch der transnationale Aspekt des Urteils zeigte schnell Wirkung. Bereits einen Tag nach der Urteilsverkündung erklärten die Grünen im australischen Parlament, die Verurteilung Italiens durch den EGMR zeige die Gefahren der »menschenverachtenden« australischen Politik des »turn back the boats« unter der Vorgängerregierung, die sich aus der Liberalen und der Nationalen Partei zusammengesetzt hatte. Auch die regierende Minderheitenregierung der Labor-Party griff durch einen Sprecher des Immigrationsministeriums den Oppositionsführer der Liberal Party an: »Dies bestätigt wieder einmal die Borniertheit von Tony Abbott, der arrogant für eine Rückschiebepolitik wirbt, von der unsere eigene Marine sagt, sie sei gefährlich und gefährde Leben [...] und die nun als Bruch der Menschenrechte befunden wurde« (Sidney Morning Herald v. 25.2.2012°).

(e) Zwischenfazit 3

Der aus der *Rs. Hirsi vs. Italy* hervorgehende Teildiskurs der »menschenrechtlich-rechtsstaatlichen Grenzkontrolle« enthält also als Repräsentantin des Allgemeinen den Schutz vor rechtsfreien Räumen, in weiteren Diskurselementen konkretisiert als das Verbot der Rückschiebung bei drohender Gefahr von Folter oder unmenschlicher Behandlung (Art. 3) sowie der Kollektivausweisung (Art. 4 Protokoll Nr. 4) bei ausnahmsweise exterritorial ausgeübter Hoheitsgewalt (Art. 1), die im Rahmen einer effektiven Beschwerde einer strengen Prüfung des Einzelfalls (Art. 13) unterliegen. Durch einen antagonistischen Bruch ist von diesem Diskurs ein zweiter abgegrenzt, der die rein defensiv-hegemoniale Strategie des Versuchs der Zerstreuung des Gegendiskurses verfolgt. Das zentrale Element dieses Gegendiskurses ist die Annahme einer territorialen Beschränkung der Geltung der EMRK und damit implizit die Annahme der Existenz rechtsfreier Räume aufgrund einer nicht-dynamischen Interpretation der Rechtsnormen, die trotz veränderter gesellschaftlicher Machtverhältnisse gleich ausgelegt werden sollen. Der Effekt dieses Diskurses ist die Befreiung der europäischen Exekutiv-Apparate von ihren national-basierten rechtsstaatlichen Einhegungen durch eine Verlagerung in einen rechtsfreien Raum auf der Hohen See. Der defensive Charakter dieser Strategie wird auch daran deutlich, dass an zwei zentralen Punkten, der exterritorialen Geltung von Art. 3 sowie der Effektivität der Beschwerdemöglichkeit gemäß Art. 13, nicht normativ argumentiert wurde, das heißt gar nicht mehr der Versuch unternommen wurde, die

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtsfigur im Sinne des Diskurses zu verschieben, sondern nur noch Argumente bezüglich des Sachverhalts vorzubringen, die leicht widerlegt werden konnten.

Der Diskurs der »menschenrechtlich-rechtsstaatlichen europäischen Grenzkontrolle« enthält alle Elemente einer hegemonialen juridischen Strategie und ist auch mit diesem Urteil in der Rechtsprechung des EGMR hegemonial. Es ist ein Diskurs, in dem sich das linksliberal-alternative Projekt klar durchgesetzt hat. Eine davon abweichende Position nimmt am linken Rand dieses Hegemonieprojektes die No-Border-Bewegung ein, die Grenzen prinzipiell in Frage stellt, bzw. dem Prinzip selektiv-restriktiver Grenzkontrollen – und seien sie rechtsstaatlich noch so stark eingehegt – die grundsätzliche Forderung nach globaler Bewegungsfreiheit entgegenhält. Diese Position ist innerhalb des Hegemonieprojekts alles andere als dominant; für ihre Vertreter*innen kann das Urteil bestenfalls eine strategische Zwischenetappe auf dem Weg zu ihrem Ziel sein (vgl. Pichl/Vester 2013).

Das Bemerkenswerte dieses Urteils – dass es, zumindest formal, den bisher faktisch rechtlosen postkolonialen Subjekten gelang, gegen die Apparate der europäischen Grenzkontrolle ihre subjektiven, elementaren Rechte einzuklagen – lässt sich durch die Ressourcen des linksliberal-alternativen Hegemonieprojekts erklären. So waren zwar die eigensinnigen Praxen der Grenzüberschreitung erneut die materielle Voraussetzung, das notwendige Ereignis, für die Herausbildung des Diskurses – doch ohne die Unterstützung des pro-migrantischen Netzwerkes hätte sich niemals ein solcher hegemonialer Diskurs herausbilden können. Die Ressourcen, die das Hegemonieprojekt mobilisieren konnte, beruhten – anders als beim konservativen – nicht auf der Verfügung über staatlich-institutionelle und militärische Macht, sondern auf wesentlich subtileren, aber dennoch wirksamen Formen von Gegenmacht. Zunächst lag die stärkste Ressource in der Fähigkeit, sich auf einen anerkannten Diskurs zu berufen, nämlich den der Menschenrechte, der sich zudem – und das stellt eine strukturelle Privilegierung dar – in der Institution des EGMR bereits materiell verdichtet hatte. Dies führte dazu, dass das Projekt von anerkannten Intellektuellen, nämlich den Richter*innen am Gerichtshof sowie dem UNHCR unterstützt wurde, wovon erstere einstimmig allen Ansprüchen der Beschwerdeführer*innen Recht gaben. Rachel A. Cichowski (2011: 95f.°) hat in ihrer empirischen Studie gezeigt, dass »NGOs eine Myriade von Rollen in den Prozessführungen gespielt haben«, sodass inzwischen kein anderes internationales Gericht eine solch reichhaltige Tradition zivilgesellschaftlichen Engagements aufweist wie der EGMR. Dabei ist es die durch die Konvention geschaffene Möglichkeit, sowohl durch eine Individualbeschwerde als auch als dritte Partei eine Eingabe zu machen, die diese Entwicklung strukturell befördert hat.

Das hohe kulturelle Kapital der Akteur*innen ermöglichte es ihnen, über die Kenntnis der Mechanismen der Rechtsform daher genau diese Arena auszuwählen, die anders als die nationalen Gerichtsverfahren – etwa in dem Rechtsfall der »Marine I« – die globale Zivilgesellschaft involvieren konnte. Im Unterschied zum spani-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schen Rechtsfall hat zudem die Organisierungsfähigkeit, das heißt die Vernetzung der relevanten Akteur*innen sowie die Entwicklung einer überzeugenden skalaren Strategie zum richtigen Zeitpunkt den Ausschlag gegeben. Schließlich kommt hinzu, dass die italienische Regierung, im Unterschied zur spanischen, diskursiv nicht auf der Höhe des ›Migrationsmanagements‹-Dispositivs argumentierte und sich daher auch nicht auf dessen Privilegierung stützen konnte. Allerdings steht auch die vor dem EGMR hegemoniale Strategie nicht in einem antagonistischen Verhältnis zum ›Migrationsmanagement‹. Denn das Zentrum dieses Dispositivs ist die neoliberale, utilitaristische Strategie des globalen Arbeitsmarktes, die Zugeständnisse sowohl an eine menschenrechtliche als auch an eine Grenzsicherungsstrategie inkorporierte. Und durch das Regel-Ausnahme-Verhältnis – territoriale Hoheitsgewalt mit der Ausnahme der exterritorialen effektiven Kontrolle – kombinierte die Rechtsprechung des EMGR beide Zugeständnisse.

Die Elemente des Diskurses werden natürlich nicht nur durch die Streitparteien und das Gericht hervorgebracht, vielmehr greifen diese bereits vorhandene gesellschaftliche Diskursformationen auf, allerdings als juridische Intellektuelle, als Organisator*innen von Hegemonie, die vorhandene Positionen in eine adäquate, hier rechtliche Logik und Sprache transformieren und entlang bekannter rechtlicher Argumentationsfiguren organisieren.

Diese Strategie der »menschenrechtlich-rechtsstaatlichen europäischen Grenzkontrolle« ist zwar nun im Begriff, hegemonial zu werden, allerdings in einem begrenzten juridischen Raum. Denn die Besonderheit des transnationalen Rechts besteht ja gerade in seiner Fragmentierung. Darüber hinaus existiert im Vergleich zum EuGH eine schwächere Anbindung an die nationalen Gewaltmonopole. Denn diese ist im EU-Recht vor allem durch das Vorabentscheidungsverfahren gewährleistet, über welches die nationalen Gerichte zunächst vorlegen, um später die EuGH-Entscheidungen national umzusetzen. Dagegen müssen die Entscheidungen des EGMR von den verurteilten nationalen Regierungen umgesetzt werden, was nicht immer der Fall ist. Die Beschwerdeführer*innen erhielten durch dieses Urteil einen Rechtsanspruch auf eine finanzielle Entschädigung. Daraus folgt aber noch nicht automatisch, dass Italien seine Rückschiebepolitik ändert. Die Reaktion Maronis, auch wenn dieser derzeit nicht an der Regierung beteiligt ist, führt deutlich vor Augen, auf welche politischen Widerstände die Urteile des EGMR treffen können. Zur Zeit finden allerdings tatsächlich keine Rückschiebungen mehr statt.[281] Als am Wochenende vom 18./19. August 2012 zwei Boote mit insgesamt 250 Migrant*innen an Bord, die in Libyen gestartet waren, Lampedusa ansteuerten, forderte Maroni die Wiederaufnahme der Push-Backs. Doch die italienische Regierung hielt sich an das Urteil des EGMR, ließ die Migrant*innen retten und in Aufnahmelager in Lampedusa und ganz Italien verbringen (Corriere del Mezzogiorno v. 20.8.2012; la Re-

281 Expert*innen-Interview Christopher Hein (Fn. 267).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

pubblica v. 18.8.2012). Sie erklärte darüber hinaus, dass sie angesichts des *Hirsi-Urteils* in Zukunft auf die Push-Back-Politik verzichten werde.[282]

Möglich bleibt aber langfristig eine strategische Umgehung des Urteils, indem die europäischen Regierungen verstärkt auf eine Rückschiebung bereits aus den Küstengewässern der nord- und westafrikanischen Staaten setzen, durchgeführt von den dortigen Exekutiven unter der Flagge der postkolonialen Staaten, wie bereits im bilateralen Vertrag angelegt und auch im spanischen Grenzraum, wie dargelegt, inzwischen übliche Praxis. Dann würde das Urteil in seiner unmittelbaren Form nicht anwendbar sein.

Gammeltoft-Hansen (2012: 2) weist allerdings darauf hin, dass Regierungen zwar weiterhin Rückschiebungen von der Hohen See oder aus den afrikanischen Küstengewässern heraus vornehmen können, sich unter den Normen sowohl der EMRK als auch der GFK jedoch die Frage stelle, ob es das wert sei. Denn der EGMR hole auf und das Recht der exterritorialen Menschenrechtsverpflichtungen sei inzwischen viel weiter entwickelt als noch vor zehn Jahren. Wenn man die Geschichte der verschiedenen Kooperationen in Europa, Australien und den Vereinigten Staaten betrachte, dann zeige sich, dass die Zunahme diplomatischer Kooperation und das Outsourcing immer weniger effektiv seien, was das Ziel der Vermeidung rechtsstaatlicher Beschränkungen betreffe. Denn weil es sich dabei um eine hochsensible Problematik handle, wollten sich die auslagernden Staaten normalerweise ein gewisses Maß an Kontrolle vorbehalten, und das zwinge zu praktischer Beteiligung durch den Einsatz von staatlichen Beamten, Schiffen etc. »Aber genau diese Art von Szenarien lösen sehr wahrscheinlich die Hoheitsgewalt und so die Verantwortung des auslagernden Staates aus« (ebd.°). Europäische Staaten verfolgten zwar zunehmend Strategien, welche die Rechtsprechung zu umgehen und Menschenrechtsverpflichtungen zu vermeiden suchten. Die *Rs. Hirsi* sei jedoch ein weiteres gutes Beispiel dafür, dass das Recht schnell aufhole (ebd.: 3).

Im Fall gemeinsamer Abfangpatrouillen von Italien und Libyen ist daher zu erwarten, dass eine an das Urteil anschließende Argumentation entwickelt wird, wonach die afrikanischen Staatsapparate im Auftrag der EU handeln und diese Outsourcing-Strategie daher den europäischen Staaten rechtlich zugerechnet werden muss – ähnlich wie im Gebiet des Unternehmensrechts im Falle von Outsourcing. Oder es wird eine Konstruktion der gesamtschuldnerischen Haftung bemüht werden: So geht das Völkerrecht davon aus, dass Staaten für ihre Beteiligung an Verletzungshandlungen des Völkerrechts haften. Dies gelte auch für den Menschenrechtskontext, selbst wenn eine Anwendung des EGMR hierauf noch ausstehe, so Gammeltoft-Hansen (ebd., ebenso Moreno-Lax 2011: 201). Gemeint sind damit die

282 Siehe Bericht des Menschenrechtskommissars des Europarates v. 9.7.2012, http://www.coe.int/t/commissioner/News/2012/120709Italy_en.asp (letzter Zugriff am 26.6.2013).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Entwurfsartikel der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen zur sogenannten Staatenverantwortlichkeit,[283] die bisheriges Völkergewohnheitsrecht reflektieren. Insbesondere nach Art. 4 und 6 liege die Verantwortung für die Rückschiebung bei der Gesamtheit der Staaten oder auch bei Frontex, denn die Verantwortungskette werde weder durch die Präsenz eines Drittstaatsbeamten noch durch gemeinsame Patrouillen unterbrochen, der primäre Akteur werde nicht von seiner Verantwortung befreit. In jedem Fall behielten sowohl die EU-Agentur als auch die Mitgliedsstaaten ein ausreichendes Maß effektiver Kontrolle, um rechtlich belangt werden zu können (Goodwin-Gill 2011: 453). Eine solche Argumentation kann zudem anknüpfen an die »concurring opinion« von Richter de Albuquerque in der *Rs. Hirsi vs. Italy*. Denn dieser legte dar, dass das Recht auf Asyl das komplementäre Recht erfordere, jedes Land, auch sein eigenes, verlassen zu können.[284] Daher blieben auch Push-Back-Maßnahmen afrikanischer Exekutiven im Auftrag einer Vertragspartei der EMRK (etwa Italien), welche die Ausübung dieses Rechts verhinderten, der EMRK unterworfen. Denn »[s]ie alle konstituieren Formen der Ausübung der Staatsfunktion der Grenzkontrolle und eine Manifestation der Hoheitsgewalt – wo immer sie auch stattfinden und wer auch immer sie ausübt«.[285]

Eine solche Weiterentwicklung ist die adäquate dynamische Anpassung der EMRK-Rechtsprechung an die Realität der Inkorporation Nord- und Westafrikas in die europäische Grenzkontrolle. Die Praxis der benannten Akteur*innen des linksliberal-alternativen Hegemonieprojekts lässt sich somit als ständiges Vorantreiben der rechtsstaatlich-menschenrechtlichen Einhegung der Apparate der Grenzkontrolle beschreiben.

6.4 FAZIT

Betrachtet man nun die drei Auseinandersetzungen gemeinsam, so zeichnen sich zwei antagonistische Äquivalenzketten ab, deren Elemente fragmentierten rechtlichen Arenen entstammen:

283 International Law Commission, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (2001) UNGA A/56/10, corrected by A/56749(Vol I)/Corr.4.

284 Concurring Opinion im Urteil in der Rs. Hirsi vs. Italy (Fn. 202), S. 72.

285 Ebd., S. 78.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1) Die Äquivalenzkette des »*effektiven exterritorialen Menschenrechtsschutzes*«:
   a) *Repräsentantin des Allgemeinen*: das »Recht, Rechte zu haben«.
   b) *Äquivalente Elemente*: »Es kommt auf den Ort an, an den zurück geschoben wird« – ausschlaggebend ist die »Ausübung von Hoheitsgewalt« – der »sichere Ort« ist derjenige, der vor Refoulement schützt – die Auslegung der internationalen Normen muss teleologisch/dynamisch erfolgen – und zurückgebunden werden an die historische Erfahrung jüdischer Flüchtlinge, die diesen Normen zugrunde liegt – »effektive Beschwerdemöglichkeiten« müssen gegeben sein.
   c) *Konträre Elemente*: Eine territoriale Beschränkung würde den Menschenrechtsschutz vereiteln – die Menschenrechte können nicht durch die Deklarierung als Rettungsmaßnahmen umgangen werden – und die Belastungen an der Außengrenze ändern nichts am absoluten Rechtsschutzbedürfnis.
   d) *Zugeständnisstrategem*: »Grundlegend territoriale Geltung« mit der Ausnahme: exterritorialer Hoheitsgewalt.

2) Die Äquivalenzkette »*Externalisierung der Migrationskontrolle*«:
   a) *Das Allgemeine*: Europäischer »*Kampf gegen die illegale Migration*« (keine Repräsentation).
   b) *Äquivalente Elemente*: Historischer Konsens zwischen Nationalstaaten – enge Wortlautinterpretation – Territoriale Rechte/physischer rechtmäßiger Aufenthalt – »sicherer Ort« ist der nächstgelegene Ort.
   c) *Konträres Element*: Es gibt keine Norm, die die Verbringung auf das Territorium vorschreibt.
   d) *Superdifferenzielle Grenzziehung*: rein »humanitäre Seenotrettung«.

6.4.1 Die juridischen Auseinandersetzungen um die Verrechtlichung der Seegrenze gehen weiter...

Diese Äquivalenzketten verdeutlichen bereits, dass die Auseinandersetzungen um die Verrechtlichung der Seegrenzen noch lange nicht abgeschlossen sind. Keines der beiden juridischen Projekte ist bis jetzt hegemonial. Dies liegt nicht zuletzt an der Fragmentierung des transnationalen Rechts. Während in Fallstudie 1 mit der Rechtsprechungslinie vor dem EuGH ein inzwischen relativ einheitlicher Rechtsraum untersucht werden konnte, zeichnete sich Fallstudie 2 gerade durch die Fragmentierung aus. Hegemonial wären Strategien erst dann, wenn es ihnen gelänge, ihre Auffassung von dem, was Recht ist, auf allen relevanten juridischen Terrains zu etablieren, also eine Weltauffassung herauszubilden, die sich in alle rechtlichen Institutionen in einer Weise einschriebe, dass sich eine gefestigte transnationale

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtsprechung etablierte, die kontinuierlich reproduziert würde – wie sich dies am Beispiel der sozialen Rechte in Fallstudie 1 zeigen ließ.

Seit kurzem ist das Projekt der »menschenrechtlich-rechtsstaatlichen Grenzkontrolle« zumindest vor dem EMGR und dem UN-Ausschuss gegen Folter, also vor den beiden internationalen Menschenrechtsgerichten, durchgesetzt. Es verfügt dort über alle Kernstrategeme. Vor den spanischen Gerichten, exemplarisch untersucht für die nationalen Gerichte, ist hingegen das Gegenprojekt der Externalisierung der Migrationskontrolle noch dominant. Es verfolgt eine rein defensiv-hegemoniale Strategie, macht keinerlei Zugeständnisse an das Gegenprojekt und kann daher nicht mehr als hegemonial bezeichnet werden. Denn auf diese Weise provoziert es die Fortsetzung des Instanzenzuges und die Aufhebung der nationalen Urteile vor internationalen Gerichten. Es profitiert in diesem Fall einzig von der oftmals gegebenen praktischen Unmöglichkeit, solche Gerichte tatsächlich anzurufen.

Im Seerecht ist der diskursive Widerstreit hingegen noch unentschieden. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass die unmittelbar für seine Auslegung zuständigen Gerichte, wie der Internationale Seerechtsgerichtshof (ISGH) oder der Internationale Gerichtshof (IGH), bisher in flüchtlingsrechtlich spezifischen Fragen des Seerechts keine Rolle spielten. Dies ist auf die hohen Hürden solcher Verfahren zurückzuführen: Vor dem ISGH müssen beide Parteien dem Verfahren zustimmen, und vor dem IGH können nur Staaten einander verklagen. Beide Gerichte eignen sich daher kaum für Prozesse um die Verrechtlichung der Seegrenzen. Anders sieht es im Fall des europäischen Gemeinschaftsrechts aus, welches durchaus ein mögliches Terrain für diese Auseinandersetzungen darstellen könnte, welches aber bisher strategisch schlicht nicht genutzt wurde.

Eine der nächsten Möglichkeiten für den Fortgang dieses Diskurses stellt unter Umständen ein aktueller Rechtsfall dar, dessen Sachverhalt sich in der Nacht vom 12. auf den 13. September 2012 ereignete. Bei dem Zusammenstoß eines von Marokko aus gestarteten Flüchtlingsbootes mit einem Schiff der Guardia Civil waren acht der fünfundzwanzig Insass*innen ertrunken. Während die Besatzung des Patrouillenbootes behauptete, das Flüchtlingsboot sei im Zickzack gefahren, um zu entkommen, zeigte ein Video, welches von einer Wärmebildkamera des SIVE-Systems aufgenommen wurde, dass die Guardia Civil mit hoher Geschwindigkeit Kurs auf das bereits kapitulierende Flüchtlingsboot genommen hatte, dieses rammte und den Zusammenstoß offensichtlich absichtlich provoziert hatte. Dass ausgerechnet die SIVE-Kamera diesen Vorfall filmte, wurde der Öffentlichkeit allerdings nur darüber bekannt, dass der spanische Radiosender Cadena Ser, bei dem auch Nicholás Castellano arbeitet, es veröffentlichte. Wieder spielten also, wie in der *Rs. Hirsi*, journalistische Akteur*innen eine entscheidende Rolle (taz v. 12.3.2013). Mehrere spanische Flüchtlingsorganisationen sowie die marokkanische Regierung fordern nun eine juristische Aufarbeitung des Falles (Jungle World Nr. 12 v. 21.3.2013). In dieser Auseinandersetzung, in der es nicht unmittelbar um das Re-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

foulement-Verbot gehen wird – es sei denn die sofortige Rückschiebung der 17 Überlebenden nach Marokko würde ebenfalls ins Visier genommen –, könnte das Strategem der superdifferenziellen Grenzziehung, Migrationskontrollen als rein »humanitäre Rettungsmaßnahmen« zu deklarieren, vor spanischen Gerichten wirksam angegriffen werden. Denn in einem Strafverfahren gegen die beteiligten Grenzschützer ließe sich die Behauptung eines isolierten humanitären Seerechts kaum aufrechterhalten. Auch hier würde die Möglichkeit der Verschiebung des Diskurses von der gewählten (skalaren) Strategie der juridischen Skandalisierung abhängen.

6.4.2 Kontrolle des Diskurses durch Prozeduren der Ausschließung

Auffällig an der diskursiven Auseinandersetzung bleibt das, was diskursiv überhaupt nicht präsent ist – das, was ungesagt bleibt: Aufgrund der tief verankerten Hegemonie der Grenze drehte sich die diskursive juridische Auseinandersetzung im Kern ausschließlich um das Verhältnis von staatlichem Handeln auf der einen Seite und Flüchtlings- und Menschenrechten jenseits des europäischen Territoriums auf der anderen Seite. Während das Migrationskontrollprojekt diese Rechte auf das Territorium beschränken möchte, geht es dem Menschenrechtsprojekt um ihre Ausweitung auf jeden Ort, an dem Hoheitsgewalt ausübt wird. Beide Projekte teilen aber die prinzipielle Legitimität der Grenze bzw. ihrer Funktion als selektive Beschränkung von Bewegungsfreiheit und der damit einhergehenden restriktiven Migrationskontrollen. Die Art ihrer Ausübung ist es, die umstritten ist. Gerade das Urteil des EMGR hat dies deutlich ausgesprochen.

Im Prozess des Re-Borderings in Europa kommt es zu einer Neuzusammensetzung von Innen und Außen. Die sich neu konstituierende europäische Seegrenze schafft ein neues ›Außen‹ und rekonfiguriert die biopolitische Zäsur und Fragmentierung der Bevölkerung. Die migrantische Nicht-Bevölkerung entstammt diesem konstruierten Außen, das jenseits der spanischen, griechischen, italienischen und maltesischen Grenze beginnt. Diese Position exkludierte die Migrant*innen in beiden Rechtsfällen aus der Rechtsform. Sie traten lediglich als Objekte, niemals aber als Subjekte des Rechtsdiskurses auf, waren also aus der »Diskursgesellschaft« ausgeschlossen. Das Menschenrechtsprojekt kämpft in dieser Perspektive für ihre Inklusion. Wäre dieser Diskurs einst hegemonial, wäre auch die Stellvertreter*innenpolitik der NGOs nicht mehr notwendig, weil durch eine Reskalierung der Rechte die Migrant*innen diese immerhin selbst einklagen könnten – auch als Nichtbevölkerung.

Unangetastet bliebe allerdings nach wie vor die durch die Grenze abgesicherte imperiale Lebensweise des globalen Nordens selbst, das heißt die Sicherstellung

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Macht- und Ressourcentransfers in die kapitalistischen Metropolen und das darauf beruhende Produktions- und Konsumtionsmodell. Die tief verankerte Hegemonie der Grenze zeigt sich darin, dass die Hegemonieprojekte, so gegensätzlich sie auch sind, an diesem Punkt übereinstimmen: Keines der Hegemonieprojekte hatte in dem Diskurs die Grenze selbst in Frage gestellt. Lediglich Akteur*innen des linken Flügels des proeuropäisch-sozialen und des linksliberal-alternativen Projekts äußerten eine solche grundlegende Kritik, etwa die Filmproduzent*innen im italienischen Rechtsfall oder Hidalgo Alvarez im spanischen. Doch dies fand keinen Widerhall im juridischen Diskurs. »Sie überwachen den goldenen Käfig Europa gegen die Ankunft der Armen«, skandalisierte Nicolás Castellano diesen Umstand,[286] fand damit aber keinen Anknüpfungspunkt in der juristischen Argumentation. Die Produktion eines Diskurses, so Foucaults zentrales Argument (2001/1971: 11), wird durch Prozeduren der Ausschließung kontrolliert, selektiert und kanalisiert. Die bisherigen tradierten juridischen Argumentationsfiguren enthalten kein prinzipielles Recht auf Zugang zu diesem »goldenen Käfig«.

Am nächsten kommen einer solchen Rechtsposition noch die Argumentationsstrategien, die ein zumindest vorübergehendes Recht auf Zugang zum europäischen Territorium proklamieren. Dies soll allerdings ausschließlich gewährleisten, dass ein rechtsstaatliches Prüfungsverfahren ermöglicht wird. Selbst die beiden liberalsten Richter, de Albuquerque und Blackmun, beeilten sich jeweils ihrer weitergehenden Argumentation den Hinweis hinzuzufügen, dass es bei diesem Zugangsrecht gar nicht um das Recht auf Aufnahme in Europa gehe, sondern lediglich um die »sehr bescheidene Bitte« der afrikanischen Flüchtlinge, »die Türen nicht weiter für flüchtende Menschen in Verzweiflung zu verschließen«.[287] Das Refoulement-Verbot könnte allerdings auch, wie zuvor bereits angemerkt, ein rechtliches Einfallstor für einen weiter gehenden Zugang und damit ein Unterlaufen der Grenzziehung darstellen. Dies würde jedoch eine sehr breite Auslegung des Begriffs der Folter und der unmenschlichen Behandlung voraussetzen, welche in der heutigen Rechtsprechung nirgends aufscheint. Ein noch weiter gehendes Recht auf globale Bewegungsfreiheit, wie dies die No-Border-Bewegung fordert, ist in dem analysierten Rechtsdiskurs vollständig abwesend.

6.4.3 Erweiterung des Europäischen Staatsapparate-Ensembles

Die juridischen Auseinandersetzungen ereignen sich im Prozess der Entstehung des europäischen Staatsapparate-Ensembles. Sie reflektieren eine massive apparative Verschiebung, in deren Kontext Räume exterritorialer faktischer Rechtlosigkeit ent-

286 Expert*innen-Interview Nicolás Castellano (Fn. 92).°

287 Pinto de Albuquerque in Rückgriff auf Justice Blackmun (Fn. 284), S. 82.°

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

standen sind, die wiederum in den Konstitutionalisierungskämpfen angegriffen werden.

Die Praxen des Offshorings und Outsourcings integrieren in die europäische Grenzkontrolle sowohl auf asymmetrische Weise die Exekutiven nord- und westafrikanischer Staaten als auch das UN-Flüchtlingshilfswerk und die IOM (vgl. dazu Georgi/Schatral 2012) in unterschiedlichen Rollen. Die gemeinsamen Seepatrouillen, die Stützpunkte und Internierungslager im Senegal, in Mauretanien und Libyen sowie die Rückübernahme von Transitmigrant*innen zeigen eine kollaborative Grenzkontrolle, in der die afrikanischen Regierungen keinesfalls passive Opfer, sondern eher »listige« postkoloniale Akteurinnen sind – wenn auch mit beschränkten Handlungsoptionen angesichts ihrer Positionierung in Bezug zur imperialen Lebensweise. Es lässt sich daher von einem *erweiterten europäischen Staatsapparate-Ensemble* sprechen, in dem sich um die rein europäischen und nationalen Apparate ein *zweiter Ring* gebildet hat, der aus afrikanischen und internationalen Staatsapparaten sowie den verschiedenen internationalen Gerichten und Quasi-Gerichten des fragmentierten transnationalen Rechts besteht, also aus juridischen Apparaten, die nur teilweise als Staatsapparate institutionalisiert sind.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

7. Schlussbetrachtungen

Mit einigen abschließenden Überlegungen werde ich nun noch einmal im Vergleich beider Fallstudien wesentliche Aspekte der Untersuchung festhalten.

Im Zentrum standen die rechtlichen Auseinandersetzungen um die Europäisierung der Migrationspolitik, deren Analyse einen Beitrag zur anhaltenden politikwissenschaftlichen Diskussion um die Transnationalisierung von Staatlichkeit in Europa leisten soll. Diese Transnationalisierung lässt sich nunmehr fassen als das Entstehen eines transnationalen Geflechts von europäischen, internationalen und sogar außereuropäischen Staatsapparaten, aus dem sich reliefartig das Ensemble der europäischen Apparate abhebt. Zu einem auffällig ähnlichen Ergebnis in Bezug auf die Migrationspolitik kommt aus ethnographischer Perspektive Gregory Feldman (2012), der von einem »migration management apparatus« spricht. Dieser sei zusammengesetzt aus einer

»verwirrenden Anzahl von Akteuren, Wissenspraktiken, technischen Vorgaben, Arbeitsregulationen, Sicherheitsdiskursen, normativen Subjektivitäten und umgewidmeten Institutionen, welche die Bedingungen für die geregelte Bewegung von Millionen von Körpern erzeugen« (ebd.: 180°).

Da die vorliegende Analyse staatstheoretisch argumentiert und es ihr gerade darauf ankommt, die Neuzusammensetzung politischer Herrschaft darzustellen (vgl. auch Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel 2013), gilt es deutlich zu machen, dass dieses Apparate-Ensemble nicht nur eine technische Kontrollapparatur ist, sondern zugleich einer gouvernementalen Logik folgt. Denn die europäischen Apparate verfügen bereits über eine eigene Territorialisierungsform, zielen auf die Regulation der europäischen Bevölkerung wie auch der Nicht-Bevölkerung und sind eingebunden in ein im Entstehen begriffenes Staatsprojekt, welches ihnen in naher oder ferner Zukunft Einheit und Kohärenz ermöglichen könnte. Die beiden Fallstudien zeigen deutliche Suchprozesse in Form von Konstitutionalisierungskämpfen in Richtung eines solchen Staatsprojekts.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Außerdem illustrieren die untersuchten Fälle die Heterogenität und Konkurrenz innerhalb dieses Apparate-Ensembles, welche die faktische Verwobenheit seiner Apparate in den Hintergrund treten lassen. Nicht zuletzt in der aktuellen Krise dominiert die Heterogenität innerhalb des europäischen Apparate-Ensembles in Form einer »dualistischen Metaphysik« (Brunkhorst 2008: 494) zwischen »Europäischer Integration« und »nationaler Souveränität«. In den untersuchten Rechtsdiskursen stehen sich daher jeweils antagonistische Äquivalenzketten gegenüber, die sich entlang der Differenz national/europäisch herausbildeten, und in denen die jeweilige räumliche Maßstabsebene als Anknüpfungspunkt für die subjektiven Rechte verhandelt wird.

Die Verwobenheit der Apparate, die sowohl in dem Verhältnis der grenzpolizeilichen Exekutiven als auch in der Verflechtung der mitgliedsstaatlichen Gerichte mit dem Europäischen Gerichtshof deutlich wird, ist dabei längst Realität. In dieser Hinsicht ist die Europäische Integration weit vorangeschritten, und wir werden Zeitzeug*innen eines hintergründigen Staatsbildungsprozesses, der die tradierte Form des Nationalstaates längst überformt, ohne jedoch eine analoge supranationale Staatlichkeit hervorgebracht zu haben. Insofern gibt es keinen Dualismus mehr, der – in rechtlichen Kategorien gesprochen – »den Europäischen Gerichtshof vom Bundesverfassungsgericht oder das Landratsamt Husum vom Europäischen Parlament trennt, sondern nur ein Kontinuum juristischer Körperschaften, von Rechtsgenossenschaften verschiedener Dichte, Reichweite und Kompetenz« (ebd.: 497). Da allerdings das europäische Staatsprojekt noch in den Anfängen steckt, ist diese Entwicklung kaum greifbar: »Das Problem ist nur, dass das niemand weiß«, heißt es daher treffend bei Brunkhorst (2011: 466). Nationalistische Regressionen wie auch europäische postdemokratische Tendenzen (Oberndorfer 2012) sind die hochproblematischen Effekte dieser Konstellation.

Im Vergleich beider Fallstudien lassen sich die Suchprozesse folgendermaßen zusammenfassen: Zunächst entstammten die Fallstudien zwei konträren Zonen stratifizierter Rechte, wie sie durch das Sicherheitsdispositiv des ›Migrationsmanagements‹ produziert werden. Die erste Fallstudie fokussierte in Zone I eine europäische Bevölkerung mit einer starken Rechtsposition und uneingeschränkter Mobilität. Hier ließen sich in der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs erste Elemente eines juridischen Staatsprojekts in der diskursiven Konstruktion einer »europäisch sozialen Union« nachzeichnen.

Diese Entwicklung wurde in der zweiten Fallstudie kontrastiert mit der Produktion eines europäischen Außen, welches über eine gemeinsame europäische Grenz- und Migrationspolitik mit hervorgebracht wird: Der Herausbildung einer »europäisch sozialen Union« mit uneingeschränkten Mobilitätsrechten, die nicht mehr an die nationale Zugehörigkeit, sondern nur noch an eine konkrete Verbindung zum Aufnahmestaat anknüpfen, korrespondiert die Konstruktion eines europäischen Au-

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ßen und einer Nicht-Bevölkerung, die in Zone IV aus der Rechtsform exkludiert und immobilisiert wird.

Über die beiden Techniken, die Unionsbürgerschaft einerseits und die tief verankerte Hegemonie der Grenze andererseits, wird die Zugehörigkeit zur EU konstituiert – und damit ein Element eines europäischen Staatsprojekts konstitutionalisiert. Diese Zugehörigkeit wird als Rechtfertigung der Zäsur präsentiert und ermöglicht die Zurückweisung der Nicht-Bevölkerung.

Die rechtlichen Auseinandersetzungen drehten sich im ersten Fall um eine Ausweitung bereits bestehender Rechte, während im zweiten Fall überhaupt erst die Durchsetzung von Rechten erstritten wurde. Der Differenz von Innen und Außen entsprechend geschieht dies innerhalb Europas auf dem konsolidierten Terrain des Unionsrechts, während das außereuropäische rechtliche Terrain fragmentiert ist, was zu kollidierenden Entscheidungen führte. Einige der angerufenen Gerichte waren zudem keine juridischen *Staats*apparate: so etwa der UN-Ausschuss gegen Folter und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte – im Gegensatz zu den nationalen spanischen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof. Trotz dieser uneinheitlichen und noch lange nicht abgeschlossenen Entwicklung lassen sich aber selbst im Außen der nationalen und supranationalen Apparate zumindest einige erfolgreiche Versuche einer Konstitutionalisierung von Rechtsstaatlichkeit identifizieren. Erfolgreiche Strategien sind dabei auf eine offensive, professionelle strategische Prozessführung und eine menschenrechtliche Institutionalisierung angewiesen.

Deutlich wurde in beiden Fallstudien, dass die eigene Materialität der Rechtsform mit ihrer relational autonomen Arbeitsweise andere strategische Möglichkeiten eröffnete, als sie auf dem politischen Terrain gegeben waren. Sämtliche Rechtsfälle liefen einer nationalen politischen Logik entgegen, ob es sich dabei um die Schaffung von Rechten Nichterwerbstätiger oder um die Verrechtlichung der Seegrenze handelte. Grundlegende, tief verankerte Elemente europäischer Staatlichkeit konnten dadurch jedoch nicht in Frage gestellt werden: weder das Wohlstandsgefälle und die makroökonomische Ausrichtung europäischer Wirtschaftspolitik noch die durch die Grenzen abgesicherte imperiale Lebensweise. Die Rechtsform, das zeigt sich darin, operiert eben nur *relational* autonom zum gesellschaftlichen Zusammenhang: Grundlegende Strukturprinzipien oder verfestigte Kräfteverhältnisse können nicht durch eine Art ›Coup du Droit‹ überwunden werden, sondern erfordern eine gesamtgesellschaftliche Transformationsperspektive. Soll diese demokratisch erarbeitet werden, müsste sie einen Bruch markieren mit dem bisherigen »*inkrementalistische[n] Funktionalismus*, dessen Hauptakteure politische Eliten und juristische Experten sind« (Brunkhorst 2011: 467, Herv. i.O.).

Die Untersuchung hatte zudem den Anspruch, einen Ansatz für die Untersuchung von Auseinandersetzungen um Hegemonie im Recht zu entwickeln. Daher verband sie eine hegemonietheoretische Diskursanalyse des Rechts mit dem Konzept der »Hegemonieprojekte«. Auf dieser Grundlage ließ sich zeigen, dass es in

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den rechtlichen Prozessen beider Fallstudien Akteur*innen des linksliberal-alternativen Hegemonieprojekts waren, die sich relativ erfolgreich auf die Rechtsform stützten. Dies hängt mit der grundlegenden strategischen Perspektive des Projekts zusammen, das sich gerade als bürgerrechtliches konstituiert. Rechtliche Praxen zählen daher zu seinem strategischen Grundrepertoire, ebenso das notwendige Wissen über die Funktionsweise der Rechtsform.

Umgekehrt war das konservative Hegemonieprojekt auf den europäischen rechtlichen Terrains geschwächt, was sich mit der institutionellen Privilegierung einer europäischen Strategie erklären lässt. Die Akteure des neoliberalen Hegemonieprojekts wiederum waren in die untersuchten rechtlichen Auseinandersetzungen nicht aktiv involviert, obwohl dieses Hegemonieprojekt die grundlegende Rationalität der europäischen Migrationspolitik – das ›Migrationsmanagement‹ – prägt. Die Strategien dieser Konstellation konzentrieren sich vorrangig auf das Kernanliegen, den globalen Arbeitsmarkt, während menschenrechtliche oder sozialrechtliche Fragen nicht im Zentrum stehen. Ebenfalls deutlich wurde, dass das national-soziale sowie das proeuropäisch-soziale Hegemonieprojekt durch ihre gegensätzliche skalare Ausrichtung massiv geschwächt sind. Das Fehlen eines hegemonialen europäischen Staatsprojekts und das dadurch bedingte Fortbestehen der Konkurrenz der Staatsapparate erweist sich insbesondere für diese Projekte unter der Perspektive der Ressourcen als strukturelle Benachteiligung – während sowohl das neo- als auch das linksliberale Projekt auf sämtlichen Terrains Anknüpfungspunkte finden.

Schließlich zeigte sich, dass die Heterogenität des Staatsapparate-Ensembles für konkrete Strategien aller gesellschaftlichen Kräfte sehr unterschiedliche, auch unvorhersehbare und nichtintendierte Folgen haben kann.

Die Transnationalisierung von Staatlichkeit wurde in dieser Arbeit auf dem Feld der Migrationspolitik untersucht. Dies ermöglichte es, eine umfassendere Perspektive aufzuspannen, die nicht lediglich bei einer staatlichen Transformation *Europas* stehen bleibt. Denn Migrationspolitik weist notwendig über sich hinaus. Gerade die zweite Fallstudie konnte verdeutlichen, dass das europäische Staatsapparate-Ensemble einen postkolonialen Charakter aufweist. Es entstand und reproduziert sich – das bleibt in vielen Untersuchungen der europäischen Einigung außen vor – vor dem Hintergrund einer in Europa breit akzeptierten und in den Wahrnehmungsmustern tief verankerten imperialen Lebensweise. Das heißt, es gründet auf einer politisch und rechtlich abgesicherten, für Europa sehr vorteilhaften Macht- und Ressourcenordnung, die auch und gerade durch die Migrations- und Grenzpolitik stabilisiert wird.

An der Grenze verschmelzen zwei unterschiedliche Arten von Menschenrechtsverletzungen: die Außerkraftsetzung des flüchtlingsrechtlich geächteten Refoulements mit der institutionellen Menschenrechtsverletzung durch die Regierungen des globalen Nordens an den Bevölkerungen des globalen Südens, die durch die Missachtung ihrer sozialen Menschenrechte vermeidbar in lebensbedrohlicher Armut

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gehalten werden (Pogge 2012: 31). Wahrgenommen wird jedoch aufgrund der tief verankerten Hegemonie der Grenze – wenn überhaupt – nur die Verletzung des Refoulement-Verbots. Auch den bisherigen Skandalisierungspraxen ist es nicht gelungen, die Naturalisierung der Grenzziehung in Frage zu stellen.

Doch diese Regulation bleibt notwendig prekär, weil Migration auch eine Reaktion auf diese imperiale Lebensweise ist – eine Möglichkeit, wie es Silvia Federici (2012: 65) formuliert, »sich geraubten Wohlstand wiederanzueignen«, indem sich Migrant*innen weigern, sich »in ein von Unterordnung gekennzeichnetes Leben zu fügen« (ebd.). Daher ist nicht nur ein europäischer, sondern ein wirklich transnationaler Konstitutionalisierungsprozess im Gange, in welchem eine globale Bürger*innenschaft verhandelt wird. Diese ist überhaupt erst die Ermöglichungsbedingung für die Aufhebung der biopolitischen Zäsur innerhalb der Bevölkerung und damit der Zonen stratifizierter Rechte:

»The Multitude must be able to decide if, when, and where it moves. It must have the right also to stay still and to enjoy one place rather than being forced constantly to be on the move. *The general right to control its own movement is the multitude's ultimate demand for global citizenship*. [...] Global citizenship is the multitude's power to appropriate control over space and thus to design the new cartography.« (Hardt/Negri 2000: 400, Herv. i.O.)

In EUropa – und nicht nur dort – steht dem die tief verankerte Hegemonie der Grenze entgegen. Jene, die gegen diese Hegemonie rebellieren, finden sich nur an den Rändern zweier Hegemonieprojekte. Daher ist es unwahrscheinlich, dass dieser Kampf von den Zentren ausgehen wird – es sei denn, eine relevante Anzahl gesellschaftlicher Kräfte wäre trotz der eigenen Privilegierung nicht länger bereit, unter einer Gesellschaftsordnung zu leben, welche sie in eine Lebensweise verstrickt, die sie zu Kollaborateur*innen systematischer Entrechtung und Ausbeutung macht.

Wahrscheinlicher ist es allerdings, dass die Fragilität der europäischen Grenzkontrollapparatur, nämlich ihre tiefgreifende Abhängigkeit sowohl von der europäischen als auch der globalen Peripherie, eine globale Bürger*innenschaft befördern kann. Die Revolten im Rahmen des »arabischen Frühlings« haben uns dies 2011 eindrücklich vor Augen geführt. In dem Moment, da das libysche und das tunesische Regime zusammenbrachen, kollabierte auch die europäische Grenzkontrolle. All die Millionen von Euro, die in Grenzsicherungsapparaturen investiert wurden, statt in eine willkommen heißende Migrationspolitik, verpufften vorübergehend in der Bedeutungslosigkeit. Auch wenn der gemeinsame Grenzschutz heute an dieser Stelle wieder in Kraft ist, so zeigt doch der kurzfristige Zusammenbruch das Potenzial eines subalternen Widerstandes.

Es ist diese Dialektik der Abhängigkeit von den Exekutiven ausgerechnet jener Staaten, von denen die Bewegung der Migration ihren Ausgang nimmt, die umschlagen könnte in eine Revolte gegen die restriktive Migrationskontrollpolitik der

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

EU. Warum sollten die Bevölkerungen Afrikas auf Dauer bereit sein, eine europäische Grenzkontrolle zu akzeptieren, die europäischem Kapital eine ungehinderte Warenzirkulation und der europäischen Bevölkerung Reisefreiheit garantiert, sie selbst jedoch als illegalisierte Migrant*innen stigmatisiert, sobald sie ebenfalls diese Grenze übertreten wollen? Warum sollten sie eine Migrationspolitik hinnehmen, die sie systematisch von einer Teilhabe an jenem Wohlstand ausschließt, dessen Produktion maßgeblich auf ihre Kosten geht, und die systematisch verhindert, dass sie an den Entscheidungsprozessen über die Organisation dieser Produktion teilnehmen können?

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Literaturverzeichnis

Adepoju, Aderanti/van Noorloos, Femke/Zoomers, Annelies (2010): »Europe's Migration Agreements with Migrant-Sending Countries in the Global South: A Critical Review.« In: *International Migration*, Jg. 48, Nr. 3, S. 42-75.

Adolphs, Stefan (2008): »Geschichte der Gouvernementalität oder materialistische Staatstheorie? Michel Foucault und Nicos Poulantzas im Vergleich.« In: Joachim Hirsch/John Kannankulam/Jens Wissel (Hg.), Der Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Zum Staatsverständnis von Karl Marx, Baden-Baden, S. 180-202.

Adomeit, Klaus/Frühbeck, Frederico Fernando/Frühbeck, Olmedo Guillermo (2007): Einführung in das spanische Recht. München.

AIRE Centre/Amnesty International/Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (2010): Submission to the ECtHR by The AIRE Centre, Amnesty International and the Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme in the Case of Hirsi and Others v. Italy (Application no. 27765/09) v. 21.10.2010.

Alter, Karen (1998): »Who Are the ›Masters of the Treaty‹? European Governments and the European Court of Justice.« In: *International Organizations*, Jg. 52, Nr. 1, S. 121-147.

— (2001): Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe. Oxford u.a.

Altvater, Elmar/Mahnkopf, Birgit (2007): Konkurrenz für das Empire. Die Zukunft der Europäischen Union in der globalisierten Welt. Münster.

Amnesty International (2008): Mauritania: »Nobody wants to have anything to do with us« – Arrests and Collective Expulsions of Migrants Denied Entry into Europe, Index AFR 38/001/2008, 1.7.2008.

Anderson, Bridget (2001): Multiple Transnationalism. Space, the State and Human Relations. Working Paper WPTC-01-15, www.transcomm.ox.ac.uk/working%20papers/Anderson.pdf (letzter Zugriff am 29.12.2007).

Andreas, Peter (2000): The Wall around the West: State Borders and Immigration Controls in North America and Europe. Lanham u.a.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Andrijasevic, Rutvica/Bojadzijev, Manuela/Hess, Sabine/Karakayali, Serhat/Tsianos, Vassilis (2005): »Turbulente Ränder. Konturen eines neuen Migrationsregimes im Südosten Europas.« In: *Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft* 140, Jg. 35, Nr. 3, S. 345-362.

APDHA, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (2011): Derechos Humanos en la Frontera SUR 2010-2011. Sevilla.

Arendt, Hannah (1955): Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Frankfurt am Main.

Asín Cabrera, Maria Asunción (2008): »Los Acuerdos Bilaterales Suscritos por España en Materia Migratoria con Países del Continente Africano: Especial Consideraración de la Readmisión de Inmigrantes en Situatciòn Irregular.« In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Jg. 10., Nr. 5, S. 165-188.

Aubarell, Gemma/Zapata-Barrero, Ricard/Aragall, Xavier (2009): New Directions of National Immigration Policies: The Development of the External Dimension and its Relationship with the Euro-Mediteranean Process. EuroMesco Paper 79, www.euromesco.net/images/paper79eng.pdf (letzter Zugriff am 23.5.2011).

Balibar, Étienne (1992): »Die Nation-Form: Geschichte und Ideologie.« In: Ders./Immanuel Wallerstein (Hg.), Rasse Klasse Nation. Ambivalente Identitäten. Hamburg/Berlin, S. 107-130.

— (2003): Sind wir Bürger Europas? Politische Integration, soziale Ausgrenzung und die Zukunft des Nationalen. Hamburg.

— (2010): »Kommunismus und (Staats-)Bürgerschaft. Überlegungen zur emanzipatorischen Politik.« In: Alex Demirović/Stefan Adolphs/Serhat Karakayali (Hg.), Das Staatsverständnis von Nicos Poulantzas. Der Staat als gesellschaftliches Verhältnis, Baden-Baden, S. 19-34.

Barnard, Catherine (2005): »Case C-209/03.« In: *Common Market Law Review*, Jg. 42, Nr. 5, S. 1465-1489.

Becker, Joachim (2012): »Blindstellen: ungleiche Entwicklung und ungleiche Mobilisierung in der EU.« In: *Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft* 168, Jg. 42, Nr. 3, S. 467-476.

Beckmann, Martin/Bieling, Hans-Jürgen/Deppe, Frank (2003): »›Euro-Kapitalismus‹: begriffliche Provokation oder heuristische Analysekonzeption?« In: Dies. (Hg.), ›Euro-Kapitalismus‹ und globale politische Ökonomie, Hamburg, S. 7-17.

Bender, Dominik/Bethke, Maria (2011): Zur Situation von Flüchtlingen in Italien. Hg. v. Förderverein Pro Asyl e.V., http://www.proasyl.de/fileadmin/fm-dam/q_PUBLIKATIONEN/2011/Italienbericht_FINAL_15MAERZ2011.pdf (letzter Zugriff am 3.7.2013).

Benhabib, Seyla (2004): The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens. Cambridge.

— (2008): Kosmopolitismus und Demokratie. Eine Debatte. Mit Jeremy Waldron, Bonni Honig und Will Kymlicka. Frankfurt am Main u.a.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bertozzi, Stefano (2007): Legal Migration. Time for Europe to Play Its Hand. Centre for European Policy Studies Working Document 257, http://aei.pitt.edu/7381/2/7381.pdf (letzter Zugriff am 1.7.2013).

Biao, Xiang (2008): Global ›Body Shopping‹: An Indian Labor System in the Information Technology Industry. Princeton.

Bieling, Hans-Jürgen (2007): Internationale politische Ökonomie. Eine Einführung. Wiesbaden.

— (2010): Die Globalisierungs- und Weltordnungspolitik der Europäischen Union. Wiesbaden.

Bieling, Hans-Jürgen/Steinhilber, Jochen (2000a): Die Konfiguration Europas. Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie. Münster.

— (2000b): »Hegemoniale Projekte im Prozess der europäischen Integration.« In: Dies. (Hg.), Die Konfiguration Europas. Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie, Münster, S. 102-130.

Bigo, Didier/Carrera, Sergio/Guild, Elspeth/Walker, R.B.J. (2008): »The Changing Landscape of European Liberty and Security: the mid-term Report of the CHALLENGE Project.« In: *International Social Science Journal*, Jg. 59, Nr. 192, S. 283-308.

Bode, Stephanie (2002): »EuGH: Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen und Ex-Wanderarbeitnehmer.« In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Jg. 13, Nr. 24, S. 761-767.

— (2005): »Unterhaltsbeihilfen für ausländische Studenten ohne Daueraufenthaltsstatus – Anmerkung zu EuGH, Rs. Bidar.« In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 9, S. 279-282.

Bojadzijev, Manuela (2008): Die windige Internationale. Münster.

Bommes, Michael (1999): Migration und nationaler Wohlfahrtsstaat. Ein differenzierungstheoretischer Entwurf. Opladen/Wiesbaden.

Borchardt, Klaus-Dieter (2000): »Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft.« In: *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 29, S. 2057-2061.

Borchert, Jens (2009): »›They Ain't Making Elites Like They Used To‹: The Never Ending Trouble with Democratic Elitism.« In: *Comparative Sociology*, Jg. 8, Nr. 3, S. 345-363.

Borchert, Jens/Lessenich, Stephan (2006): »Lang leben die ›Strukturprobleme‹! Einleitung zur Neuauflage.« In: Dies. (Hg.), Claus Offe. Strukturprobleme des kapitalistischen Staates. Aufsätze zur Politischen Soziologie, Frankfurt/New York, S. 11-22.

Brand, Michiel (2006): »Comments to Case-209/03 (Bidar).« In: *Columbia Journal of European Law*, Jg. 12, Nr. 1, S. 297-304.

Brand, Ulrich (2008): »›Umwelt‹ in der neoliberal-imperialen Politik. Sozialökologische Perspektiven demokratischer Gesellschaftspolitik.« In: *Widerspruch (Zürich)*, Jg. 28, Nr. 54, S. 139-148.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Brand, Ulrich/Wissen, Markus (2011): »Sozial-ökologische Krise und imperiale Lebensweise. Zur Krise und Kontinuität kapitalistischer Naturverhältnisse.« In: Alex Demirović/Julia Dück/Florian Becker/Pauline Bader (Hg.), VielfachKrise. Im finanzmarktdominierten Kapitalismus, Hamburg, S. 79-94.

Brentel, Helmut (1989): Soziale Form und ökonomisches Objekt. Studien zum Gegenstands- und Methodenverständnis der Kritik der politischen Ökonomie. Opladen.

Brinkmann, Gisbert (2004): »The Immigration and Asylum Agenda.« In: *European Law Journal*, Jg. 10, Nr. 2, S. 182-199.

Brunet-Jailly, Emmanuel (2005): »Theorizing Borders. An Interdisciplinary Perspective Theorizing Borders.« In: *Geopolitics*, Jg. 10, Nr. 4, S. 633-649.

Brunkhorst, Hauke (2008): »Der Mythos des existenziellen Staates. Das Europäische Kontinuum nationaler und gemeinschaftlicher Gewalten.« In: *Leviathan*, Jg. 36, Nr. 4, S. 490-500.

— (2011): »Solidarität in der Krise: Ist Europa am Ende?« In: *Leviathan,* Jg. 39, Nr. 4, S. 459-477.

— (2012): Europe in Crisis. An Evolutionary Genealogy. Unveröffentlichtes Manuskript.

Bryde, Brun-Otto (1999): »Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituation.« In: Joachim Hesse/Gunnar Folke Schuppert/Katharina Harms (Hg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen. Zur Rolle des Rechts in staatlichen Transformationsprozessen in Europa (= Berliner staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 5), Baden-Baden, S. 197-210.

Buckel, Sonja (2007): Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts. Weilerswist.

— (2008a): »Feministische Erfolge im transnationalen Recht: Die juridische Aufarbeitung des japanischen Systems sexueller Sklaverei.« In: *Leviathan*, Jg. 36, Nr. 1, S. 54-75.

— (2008b): »Zwischen Schutz und Maskerade – Kritik(en) des Rechts.« In: Alex Demirović (Hg.), Kritik und Materialität, Münster, S. 110-131.

— (2011): »Staatsprojekt Europa.« In: *Politische Vierteljahresschrift*, Jg. 52, Nr. 4, S. 636-662.

— (2012): »›Managing Migration‹ – Eine intersektionale Kapitalismusanalyse am Beispiel der Europäischen Migrationspolitik.« In: *Berliner Journal für Soziologie*, Jg. 22, Nr. 1, S. 79-100.

Buckel, Sonja/Fischer-Lescano, Andreas (Hg.) (2007a): Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis. Baden-Baden.

— (2007b): »Hegemonie im globalen Recht – Zur Aktualität der Gramscianischen Rechtstheorie.« In: Dies. (Hg.), Hegemonie gepanzert mit Zwang.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis, Baden-Baden, S. 85-104.

Buckel, Sonja/Georgi, Fabian/Kannankulam, John/Wissel, Jens (2012): »›…wenn das Alte nicht stirbt und das Neue nicht zur Welt kommen kann‹ – Kräfteverhältnisse in der europäischen Krise.« In: Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ (Hg.), Zwischen autoritärem Etatismus und europäischem Frühling. Die EU in der Krise, Münster, S. 12-49.

— (2013): »Theorien, Methoden und Analysen kritischer Europaforschung.« In: Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ (Hg.), Kämpfe um Migrationspolitik. Theorie, Methode und Analysen kritischer Europaforschung, Bielefeld, i.E.

Buckel, Sonja/König, Julia (2009): »Körperwünsche im Recht – Zur Vermittlung von Rechtstheorie und Psychoanalyse.« In: *Kritische Justiz*, Jg. 42, Nr. 4, S. 337-352.

Buckel, Sonja/Oberndorfer, Lukas (2009): »Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – Eine Genealogie der Rechtsfälle Viking/Laval/Rüffert/Luxemburg aus der Perspektive einer materialistischen Europarechtstheorie.« In: Andreas Fischer-Lescano/Florian Rödl/Christoph Schmid (Hg.), Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa (= Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik, Band 57), Baden-Baden, S. 277-296.

Buckel, Sonja/Wissel, Jens (2010): »State Project Europe: The Transformation of the European Border Regime and the Production of Bare Life.« In: *International Political Sociology*, Jg. 4, Nr. 1, S. 33-49.

Butler, Judith (1991): Das Unbehagen der Geschlechter. Frankfurt am Main.

— (2006/1997): Haß spricht. Zur Politik des Performativen. Frankfurt am Main.

Calliess, Christian (2007): »Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik.« In: *Europarecht*, Beiheft Nr. 1, S. 7-42.

Candela Soriano, Mercedes (2005): »Libre Circulación de Estudiantes y Ventajas Sociales. Comentario a la Sentencia del TJCE de 15 de marzo de 2005 en el asunto Bidar (C-209/03).« In: *Revista General de Derecho Europeo*, Nr. 8, S. 1-16.

Carling, Jørgen (2007): »Unauthorized Migration from Africa to Spain.« In: *International Migration*, Jg. 45, Nr. 4, S. 3-37.

Carrera, Sergio (2007): The EU Border Management Strategy. Frontex and the Challenge of Irregular Immigration in the Canary Islands. Centre for European Policy Studies Working Document 261, http://aei.pitt.edu/7385/1/1482.pdf (letzter Zugriff am 1.7.2013).

Cassarino, Jean-Pierre (2007): »Informalising Readmission Agreements in the EU Neighbourhood.« In: *International Spectator*, Jg. 42, Nr. 2, S. 179-196.

— (2010): Readmission Policy in the European Union. Study for the European Parliament, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Brüssel.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Castellano Flores, Nicolás/Fibla García-Sala, Carla (2008): Mi Nombre es Nadie. El Viaje más Antiguo del Mundo. Barcelona.

Castles, Stephen (2005): »Warum Migrationspolitiken scheitern.« In: *Peripherie. Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt*, Jg. 25, Nr. 97/98, S. 10-34.

Castles, Stephen (2006): »Guestworkers in Europe: A Resurrection?« In: *International Migration Review*, Jg. 40, Nr. 4, S. 741-766.

Castro Varela, María do Mar/Dhawan, Nikita (2005): Postkoloniale Theorie. Eine kritische Einführung. Bielefeld.

— (2009): »Mission Impossible: Postkoloniale Theorie im deutschsprachigen Raum?« In: Julia Reuter/Paula-Irene Villa (Hg.), Postkoloniale Soziologien, Bielefeld, S. 239-260.

Ceriani, Pablo/Fernández, Christina/Manavella, Alejandra/Rodeiro, Luis/Picco, Valeria (2009): Report on the Situation on the Euro-Mediterranean Borders. Challenge Working-Paper, University of Barcelona, http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_FINAL-_Report_on_the_situation_on_the_Euro-Mediterranean_borders_from_the_point_of_view_of_the_respect_of_Human_Rights_.pdf (letzter Zugriff am 3.3.2011).

Chalmers, Damian (2006): »The EU Institutions.« In: Damian Chalmers/Christos Hadjiemmanuil/Giorgio Monti/Adam Tomkins (Hg.), European Union Law: Text and Materials, Cambridge, S. 86-130.

Chalmers, Damian/Hadjiemmanuil, Christos/Monti, Giorgio/Tomkins, Adam (Hg.) (2006): European Union Law: Text and Materials. Cambridge.

Chichowski, Rachel A. (2011): »Civil Society and the European Court of Human Rights.« In: Jonas Christoffersen/Mikael Rask Madsen (Hg.), The European Corut of Human Rights between Law and Politics, Oxford, S. 1-13.

Cichowski, Rachel/Stone Sweet, Alec (2004): »Sex Equality.« In: Alec Stone Sweet (Hg.), The Judicial Construction of Europe, Oxford, S. 146-197.

Columbia Law School Human Rights Clinic et al. (2010): Submission in the Case of Hirsi et al. v. Italy v. 17.4.2010.

Conrad, Sebastian/Randeria, Shalini (Hg.) (2002): Jenseits des Eurozentrismus. Postkoloniale Perspektiven in den Geschichts- und Kulturwissenschaften. Frankfurt am Main/New York.

Coronil, Fernando (2002): »Jenseits des Okzidentalismus. Unterwegs zu nichtimperialen geohistorischen Kategorien.« In: Sebastian Conrad/Shalini Randeria (Hg.), Jenseits des Eurozentrismus. Postkoloniale Perspektiven in den Geschichts- und Kulturwissenschaften, Frankfurt am Main/New York, S. 177-218.

COWI (2009): Frontex External Evaluation of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union. Final Report January 2009, http://www.frontex.europa.eu/download/Z2Z4L2Zyb250ZXgvZW4vZGVmYX

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

VsdF9vcGlzeS82Mi8xLzE/cowi_report_final.doc (letzter Zugriff am 21.2.2012).

Cremer, Wolfram (2007): »Negative und positive Integration: Die Europäische Gemeinschaft als Sozial- und Bildungsunion.« In: *Europarecht*, Beiheft Nr. 1, S. 75-94.

Cuttitta, Paolo/Dietrich, Helmut/Kasparek, Bernd/Speer, Marc/Tsianos, Vassilis (2011): »Die Grenze demokratisieren.« In: *Kritische Justiz*, Jg. 44, Nr. 3, S. 244-252.

Damjanovic, Dragana (2010): »Joined Cases C-22/08 & C-23/08, Athanasios Vatsouras and Josif Koupatantze v. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900, Judgment of the Court (Third Chamber) of 4 June 2009.« In: *Common Market Law Review*, Jg. 47, Nr. 3, S. 847-861.

Defensor del Pueblo (2008): Informe Anual 2007. Madrid.

— (2010): Informe Anual 2009 y Debates en las Cortes Generales. Madrid.

Demirović, Alex (2007a): Demokratie in der Wirtschaft: Positionen – Probleme – Perspektiven. Münster.

— (2007b): Nicos Poulantzas. Aktualität und Probleme materialistischer Staatstheorie. Münster.

—/Sablowski, Thomas (2011): »Finanzdominierte Akkumulation und die Krise in Europa.« In: *Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft* 166, Jg. 42, Nr. 1, S. 77-106.

Deppe, Frank (1993): Von der ›Euphorie‹ zur Erosion – Anmerkungen zur Post-Maastricht Krise der EG. Forschungsgruppe Europäische Gemeinschaften Arbeitspapier Nr. 10, S. 7-62.

— (2012): Gewerkschaften in der Großen Transformation. Von den 1970er Jahren bis heute. Eine Einführung. Köln.

Dezalay, Yves/Garth, Bryant (1995): »Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes.« In: *Law & Society Review*, Jg. 29, Nr. 1, S. 27-64.

Diez, Thomas (2006): »The Paradoxes of Europe's Borders.« In: *Comparative European Politics*, Jg. 4, Nr. 2/3, S. 235-252.

—/Squire, Vicki (2008): »Traditions of Citizenship and the Securitisation of Migration in Germany and Britain.« In: *Citizenship Studies*, Jg. 12, Nr. 6, S. 586-581.

Dosse, François (1999): Geschichte des Strukturalismus. Band 2: Die Zeichen der Zeit 1967-1991. Frankfurt am Main.

Düsterhaus, Dominik (2005): »Bidar und BAföG: Nachlese zum Urteil EuGH, EuZW 2005, 277 – Bidar m. Anm. Bode.« In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Jg. 16, Nr. 11, S. 325-326.

Eberhardt, Pia (2012): »Lobbyismus und europäische Postdemokratie. Einblick in den EU-Staats-Zivilgesellschafts-Komplex im Kontext der Krise.« In:

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ (Hg.), Zwischen europäischem Frühling und autoritärem Etatismus. Die EU in der Krise, Münster, S. 105-122.

Eigmüller, Monika (2006): »Der duale Charakter der Grenze. Bedingungen einer aktualisierten Grenztheorie.« In: Dies./Georg Vobruba (Hg.), Grenzsoziologie. Die politische Strukturierung des Raumes, Wiesbaden, S. 55-74.

Epiney, Astrid (2007): »Art. 12 EGV.« In: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hg.), EUV – EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, München.

Epp, Charles R. (1998): The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective. Chicago/London.

Esser, Josef (2008): »Reflexionen über ein gestörtes Verhältnis: Materialistische Staatstheorie und deutsche Politikwissenschaft.« In: Joachim Hirsch/John Kannankulam/Jens Wissel (Hg.), Der Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Zum Staatsverständnis von Karl Marx (= Staatsverständnisse, Band 18), Baden-Baden, S. 203-219.

Esser, Josef/Hirsch, Joachim/Görg, Christoph (1994): Politik, Institutionen und Staat. Zur Kritik der Regulationstheorie. Hamburg.

Europäischer Anti-Folter Ausschuss (2010): Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2009 v. 28.4.2010, Straßburg.

Europäische Kommission (2006): Mitteilung der Kommission an den Rat: Ausbau von Grenzschutz und -verwaltung an den südlichen Seegrenzen der Europäischen Union, KOM(2006)733 v. 30.11.2006, Brüssel.

— (2008): Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Prüfung der Schaffung eines Europäischen Grenzkontrollsystems (EUROSUR), KOM(2008)68 endg. v. 13.2.2008, Brüssel.

— (2011a): Commission Staff Working Paper – Determining the technical and operational framework of the European Border Surveillance System (EUROSUR) and the actions to be taken for its establishment, SEC(2011)145 v. 28.2.2011, Brüssel.

— (2011b): Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Evaluierung der EU-Rückübernahmeabkommen, KOM(2011)76 endg. v. 23.2.2011, Brüssel.

Fahey, Elaine (2009): »Interpretive Legitimacy and the Distinction between ›social assistance‹ and ›work seekers‹ allowance. Comment on *Vatsouras*.« In: *European Law Review*, Jg. 34, Nr. 6, S. 933-949.

Federici, Silvia (2012): Aufstand aus der Küche. Reproduktionsarbeit im globalen Kapitalismus und die unvollendete feministische Revolution (= Kitchen Politics Band 1). Münster.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Feldman, Gregory (2012): The Migration Apparatus. Security, Labour, and Policymaking in the European Union. Stanford.

Fischer, Klemens H. (2005): Die Entwicklung des europäischen Vertragsrechts. Von den Römischen Verträgen bis zur EU-Verfassung. Baden-Baden.

Fischer-Lescano, Andreas (2005): Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte. Weilerswist.

Fischer-Lescano, Andreas/Löhr, Tillmann (2007): Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See. Rechtsgutachten für den European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR). Berlin.

Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther (2006): Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts. Frankfurt am Main.

Fischer-Lescano, Andreas/Tohidipur, Timo (2007): »Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX.« In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Jg. 67, Nr. 4, S. 1219-1274.

Fletcher, Maria (2003): »EU Governance Techniques in the Creation of a Common European Policy on Immigration and Asylum.« In: *European Public Law*, Jg. 9, Nr. 4, S. 533-562.

Flint, Adrian (2009): »The End of a ›Special Relationship‹? The New EU-ACP Economic Partnership Agreements.« In: *Review of African Political Economy*, Jg. 36, Nr. 119, S. 79-92.

Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ (2013): Kämpfe um Migrationspolitik. Theorie, Methoden und Analysen kritischer Europaforschung, Bielefeld, i.E.

Fortress Europe (2007): Escape from Tripoli. Report on the Conditions of Migrants in Transit in Libya, http://www.statewatch.org/news/2007/nov/fortress-europe-libya-report.pdf (letzter Zugriff am 2.6.2011).

Foucault, Michel (1973): Archäologie des Wissens. Frankfurt am Main.

— (1978): Dispositive der Macht. Über Sexualität, Wissen und Wahrheit. Berlin.

— (1999/1976): In Verteidigung der Gesellschaft. Vorlesungen am Collège de France (1975-76). 1. Auflage. Frankfurt am Main.

— (2000): »Die Gouvernementalität.« In: Ulrich Bröckling/Susanne Krasmann/Thomas Lemke (Hg.), Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen, Frankfurt am Main, S. 41- 67.

— (2001/1971): Die Ordnung des Diskurses. 8. Auflage (1. Auflage 1974). Frankfurt am Main.

— (2004/1978): Geschichte der Gouvernementalität I. Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Vorlesungen am Collège de France 1977-1978. Frankfurt am Main.

— (2004/1979): Geschichte der Gouvernementalität II. Die Geburt der Biopolitik. Vorlesungen am Collège de France 1978-1979. Frankfurt am Main.

Franzius, Claudio (2009): Gewährleistung im Recht. Tübingen.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Franzki, Hannah/Kwesi Aikins, Joshua (2010): »Postkoloniale Studien und kritische Sozialwissenschaft.« In: *Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft* 158, Jg. 40, Nr. 1, S. 9-28.

Frerichs, Sabine (2008): Judicial governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft: Integration durch Recht jenseits des Staates (= Schriften zur Governance-Forschung, Band 11). Baden-Baden.

Fries, Sybilla/Shaw, Jo (1998): »Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice.« In: *European Public Law*, Jg. 4, Nr. 4, S. 533-559.

Frontex (2008): Allgemeiner Tätigkeitsbericht für 2007. Warschau.

— (2010): Allgemeiner Tätigkeitsbericht 2009. Warschau

— (2011): General Report 2011. Warschau.

Gammeltoft-Hansen, Thomas (2011): Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control. Cambridge.

— (2012): ECRE Interview with Thomas Gammeltoft-Hansen, März 2012, www.ecre.org/index.php?option=com_downloads&id=442 (letzter Zugriff am 28.6.2012).

Geddes, Andrew (2005): »Europe's Border Relationships and International Migration Relations.« In: *Journal of Common Market Studies*, Jg. 43, Nr. 4, S. 787-806.

Georgi, Fabian (2010): »Internationale Organisation für Migration. Eine kritische Analyse.« In: Sabine Hess/Bernd Kasparek (Hg.), Grenzregime. Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa, Berlin/Hamburg, S. 145-160.

Georgi, Fabian/Schatral, Susanne (2012): »Towards a Critical Theory of Migration Control. The Case of the International Organization of Migration (IOM).« In: Martin Geiger/Antoine Pecoud (Hg.), The New Politics of International Mobility. Migration Management and its Discontents (= IMIS-Beiträge, Nr. 40), Osnabrück, S. 193-122.

Giddens, Anthony (1992): Die Konstitution der Gesellschaft. Grundzüge einer Theorie der Strukturierung. Frankfurt am Main u.a.

Gill, Stephen (1998): »European Governance and New Constitutionalism: Economic and Monetary Union and Alternatives to Disciplinary Neoliberalism in Europe.« In: *New Political Economy*, Jg. 3, Nr. 1, S. 5-26.

Gleitze, Judith (2009): »Die europäische Migrationsverwaltung am Beispiel Italien – Libyen.« In: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hg.), Jahrbuch 2009. Jenseits der Menschenrechte. Die europäische Flüchtlings- und Migrationspolitik, Münster, S. 52-63.

Godison, Paul (2007): »The Future of Africa's Trade with Europe: ›New‹ EU Trade Policy.« In: *Review of African Political Economy*, Jg. 34, Nr. 111, S. 139-151.

Golynker, Oxana (2009): »Case C-158/07.« In: *Common Market Law Review*, Jg. 46, Nr. 6, S. 2021-2039.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Goodwin-Gill, Guy/McAdam, Jane (2007): The Refugee in International Law. 3. Auflage. Oxford.

Goodwin-Gill, Guy S. (2011): »The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of *Non-Refoulement*.« In: *International Journal of Refugee Law*, Jg. 23, Nr. 3, S. 443-457.

Grahl-Madsen, Atle (1963/1997): Commentary on the Refugee Convention 1951 Articels 2-11, 13-37. Genf.

Gramsci, Antonio (1991ff.): Gefängnishefte. Kritische Gesamtausgabe. Hg. v. Klaus Bochmann/Wolfgang Fritz Haug. Hamburg/Berlin.

Groenendijk, Nijmegen (2004): »Rechtliche Konzepte der Integration im EG-Migrationsrecht.« In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, Nr. 4, S. 123-130.

Guild, Elspeth/Bigo, Didier (Hg.) (2005): Controlling Frontiers. Free Movement into and within Europe. London.

Gundel, Jörg (2008): »Gemeinschaftsrichter und Generalanwälte als Akteure des Rechtsschutzes im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips.« In: *Europarecht*, Beiheft Nr. 3, S. 23-44.

Gutiérrez Rodríguez, Encarnación (2005): »Das postkoloniale Europa dekonstruieren. Zu Prekarisierung, Migration und Arbeit in der EU.« In: *Widerspruch*, Nr. 48, S. 71-83.

Habermas, Jürgen (1994): Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage. Frankfurt am Main.

— (2011): Zur Verfassung Europas. Ein Essay. Frankfurt am Main.

Hailbronner, Kay (2004): »Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?« In: *Neue Juristische Wochenschrift*, Jg. 57, Nr. 31, S. 2185-2189.

Haas, Tobias/Sander, Hendrik (2013): »Grüne Basis«. Grüne Kapitalfraktionen in Europa – eine empirische Untersuchung, Studien der Rosa-Luxemburg-Stiftung, http://www.rosalux.de/fileadmin/rls_uploads/pdfs/Studien/IH_Studien_Gruene_Basis.pdf (letzter Zugriff am 4.5.2013).

Haltern, Ulrich (2005): »Das Janusgesicht der Unionsbürgerschaft.« In: *Swiss Political Science Review*, Jg. 11, Nr. 1, S. 87-117.

Hansen, Peo/Jonsson, Stefan (2011): »Demographic Colonialism: EU-African Migration Management and the Legacy of Eurafica.« In: *Globalizations*, Jg. 8, Nr. 3, S. 261-276.

Hardt, Michael/Negri, Antonio (2000): Empire. Cambridge/London.

Harraway, Donna (1995): »Situiertes Wissen.« In: Dies. (Hg.), Die Neuerfindung der Natur. Primaten, Cyborgs und Frauen, Frankfurt am Main/New York, S. 73-97.

Harvey, David (2005): Der neue Imperialismus. Hamburg.

Hathaway, James C. (2005): The Rights of Refugees under International Law. Cambridge.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hatzopoulos, Vassilis (2005): »A (More) Social Europe: A Political Crossroad or a Legal One-Way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon.« In: *Common Market Law Review*, Jg. 42, Nr. 6, S. 1599-1635.

Hauck, Gerhard (2012): Globale Vergesellschaftung und koloniale Differenz. Münster.

Heck, Gerda (2010): »›Die beste Reise meines Lebens‹ – Migrationsmanagement und migrantische Strategien am Beispiel Marokkos.« In: Sabine Hess/Bernd Kasparek (Hg.), Grenzregime. Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa, Berlin/Hamburg, S. 43-56.

Hess, Sabine (2005): »Transnationale Räume. Widerständige soziale Sphären oder neue Form der globalen Zurichtung von Arbeitskraft?« In: *Peripherie. Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt*, Jg. 25, Nr. 97/98, S. 151-171.

Hilpold, Peter (2008): »Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte oder: Der EuGH-Richter als ›Künstler‹.« In: Günter H. Roth/Peter Hilpold (Hg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten, Wien, S. 11-53.

— (2009): »Unterhaltsstipendien für Unionsbürger – Die Rechtssache ›Förster‹ und die Grenzen mitgliedstaatlicher Solidarität.« In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Jg. 20, Nr. 2, S. 40-43.

Hirsch, Joachim (1994): »Politische Form, politische Institutionen und Staat.« In: Josef Esser/Christoph Görg/Joachim Hirsch (Hg.), Politik, Institutionen und Staat, Hamburg, S. 157-212.

— (2005): Materialistische Staatstheorie. Hamburg.

Höfler, Rosemarie (2002): »Europa auf dem Weg zu einer sozialen Union? Die EuGH-Rechtsprechung zu unionsrechtlichen Ansprüchen auf Sozialhilfe.« In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Nr. 10, S. 1206-1208.

Höreth, Marcus (2008): Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court. Baden-Baden.

Höpner, Martin (2008): Usurpation statt Delegation. Wie der EuGH die Binnenmarktintegration radikalisiert und warum er politischer Kontrolle bedarf. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 08/12, http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-12.pdf (letzter Zugriff am 1.7.2013).

— (2011): »Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration. Eine akteursbezogene Erklärung.« In: *Berliner Journal für Soziologie*, Jg. 21, Nr. 2, S. 203-229.

Höpner, Martin/Schäfer, Armin (2008a): »Eine neue Phase der europäischen Integration. Legitimitätsdfizite europäischer Liberalisierungspolitik.« In: Dies. (Hg.), Die Politische Ökonomie der Europäischen Integration, Frankfurt am Main, S. 129-156.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

— (2008b): »Grundlagen einer politökonomischen Perspektive auf die europäische Integration.« In: Dies. (Hg.), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt am Main, S. 11-45.

Horkheimer, Max (1937): »Traditionelle und kritische Theorie.« In: *Zeitschrift für Sozialforschung*, Jg.6, Nr. 2, S. 245-294.

Huffschmid, Jörg (2007): »Die neoliberale Deformation Europas. Zum 50. Jahrestag der Verträge von Rom.« In: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, Nr. 3, S. 307-319.

Human Rights Watch (2006): Libya – Stemming the Flow. Abuses Against Migrants, Asylum Seekers and Refugees. Jg. 18, Nr. 5(E), http://www.hrw.org/en/node/11164/section/1 (letzter Zugriff am 10.4.2012).

— (2009): Pushed back, Pushed Around. Italy's Forced return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers. Nr. 1-56432-537, http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/italy0909webwcover_0.pdf (letzter Zugriff am 10.4.2012).

— (2010): Submission to the ECtHR by Human Rights Watch (Helen Butcher) in the Case of Hirsi and Others v. Italy (Application no. 27765/09), 23 February 2010.

Iliopoulou, Anastasia /Toner, Helen (2002): »Case C-184/99.« In: *Common Market Law Review*, Jg. 39, Nr. 3, S. 609-620.

Janicki, Jill Jana/Böwing, Thomas (2010): »Europäische Migrationskontrolle im Sahel. Das CIGEM in MALI.« In: Sabine Hess/Bernd Kasparek (Hg.), Grenzregime. Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa, Berlin/Hamburg, S. 127-143.

Jessop, Bob (1990): State Theory. Putting the Capitalist State in its Place. Cambridge u.a.

— (2001): »Die geschlechtsspezifischen Selektivitäten.« In: Eva Kreisky/Sabine Lang/Birgit Sauer (Hg.), EU. Geschlecht. Staat, Wien, S. 55-85.

— (2002): The Future of the Capitalist State. Cambridge.

— (2007): »Althusser, Poulantzas, Buci-Glucksmann. Weiterentwicklungen von Gramscis Konzept des integralen Staats.« In: Sonja Buckel/Andreas Fischer-Lescano (Hg.), Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis, Baden-Baden, S. 43-66.

Joerges, Christian/Rödl, Florian (2008): Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem »sozialen Defizit« des Integrationsprojekts. Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval. Zentrum für Europäische Rechtspolitik Diskussionspapier 2/2008, http://www.zerp.uni-bremen.de//streamfile.pl?mod=publication&area=files/&file=1251448987_27775_0&mime=application/pdf&id= (letzter Zugriff am 1.7.2013).

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Joppke, Christian (2001): »The legal-domestic Sources of Immigrant Rights. The United States, Germany, and the European Union.« In: *Comparative Political Studies*, Jg. 34, Nr. 4, S. 339-366.

Kaleck, Wolfgang/Saage-Maaß, Miriam (2010): »Kämpfe um soziale Rechte: Können strategische Prozesse gegen transnationale Unternehmen einen Beitrag leisten?« In: *juridikum. zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft*, Nr. 4, S. 436-448.

Kanitz, Ralf/Steinberg, Philipp (2003): »Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem.« In: *Europarecht*, Nr. 6, S. 1013-1036.

Kannankulam, John (2008): Autoritärer Etatismus im Neoliberalismus. Zur Staatstheorie von Nicos Poulantzas. Hamburg.

Kapoor, Ilan (2008): The Postcolonial Politics of Development. London/New York.

Karakayali, Serhat (2008): Gespenster der Migration. Zur Genealogie illegaler Einwanderung in der Bundesrepublik Deutschland. Bielefeld.

Karakayali, Serhat/Tsianos, Vassilis (2005): »Mapping the Order of New Migration. Undokumentierte Arbeit und die Autonomie der Migration.« In: *Peripherie. Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt*, Jg. 25, Nr. 97/98, S. 35-64.

Kashgar, Maral (2010): »Das Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe.« In: *MenschenRechtsMagazin*, Nr. 2, S. 118-131.

Kau, Marcel (2008): »Perspektiven und Probleme europäischer Einwanderungspolitik.« In: Rainer Hofmann/Tillmann Löhr (Hg.), Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht. Eine kritische Zwischenbilanz, Baden-Baden, S. 205-215.

Keller, Reiner (2004): Diskursforschung. Eine Einführung für SozialwissenschaftlerInnen. Wiesbaden.

Kingreen, Thorsten (2007): »Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht.« In: *Europarecht*, Beiheft Nr. 1, S. 43-74.

Kirchheimer, Otto (1976/1928): »Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus.« In: Ders. (Hg.), Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung, Frankfurt am Main, S. 32-52.

Kischel, Uwe (2000): »Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof.« In: *Europarecht*, Jg. 35, Nr. 3, S. 380-402.

Klepp, Silja (2011): Europa zwischen Grenzkontrolle und Flüchtlingsschutz. Eine Ethnographie der Seegrenze auf dem Mittelmeer. Bielefeld.

Kluth, Winfried (2006): »Reichweite und Folgen der Europäisierung des Ausländer- und Asylrechts.« In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, Jg. 26, Nr. 1, S. 1-8.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

König, Claus-Dieter (2013): »Woher der Wind weht in Westafrika.« In: *Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft* 170, Jg. 43, Nr. 1, S. 43-60.

Kofman, Eleonore/Lukes, Sue/D'Angelo, Alessio/Montagna, Nicola (2009): The Equality Implications of Being a Migrant in Britain (Equality and Human Rights Commission). London.

Kokott, Juliane (2006): »Die Freizügigkeit der Unionsbürger als neue Grundfreiheit.« In: Pierre-Marie Dupuy/Bardo Fassbender/Malcom N. Shaw/ Karl-Peter Sommermann (Hg.), Völkerrecht als Wertordnung. Festschrift für Christian Tomuschat, Kehl/Straßburg/Arlington, S. 207-226.

Koskenniemi, Martti (2004): The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960. Cambridge.

Krämer, Anna (2012): »Europa postkolonial. Oder warum Weißsein konstitutiv für Europa ist.« In: Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ (Hg.), Zwischen europäischem Frühling und autoritärem Etatismus – die EU in der Krise, Münster, S. 123-140.

Kreienbrink, Axel (2004): Einwanderungsland Spanien: Migrationspolitik zwischen Europäisierung und nationalen Interessen. Frankfurt am Main/London.

Krishna, Sankaran (2009): Globalization & Postcolonialism. Hegemony and Resistance in the Twenty-first Century. Lanham u.a.

Kruse, Guido (2007): »Besprechung der Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer in den verbundenen Rechtssachen C-11/06 (Morgan) und C-12/06 (Bucher).« In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Jg. 18, Nr. 9, S. 260-262.

Kuczynski, Alexandra/Solka, Simone (2009): »Die Hochqualifiziertenrichtlinie.« In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, Nr. 7, S. 219-229.

Laas, Matthias (2008): Die Entstehung eines europäischen Migrations-verwaltungsraumes. Eine Untersuchung aus der Perspektive des deutschen und des spanischen Rechts. Baden-Baden.

Laclau, Ernesto/Mouffe, Chantal (2000/1985): Hegemonie und radikale Demokratie. Zur Dekonstruktion des Marxismus. Wien.

Lamazou, Zoé (2008): »Aufgehalten in Mauretanien – Europa exportiert seine Außengrenze an den Rand der Sahara.« In: *Le monde diplomatique*, Nr. 8735 vom 14.11.2008, S. 19.

Lavenex, Sandra (2006): »Shifting Up and Out: The Foreign Policy of European Immigration Control.« In: *West European Politics*, Jg. 29, Nr. 2, S. 329-350.

Lee, Margaret C. (2009): »Trade Relations between the European Union and Sub-Saharan Africa under the Cotonou Agreement. Repartitioning and Economically Recolonising the Continent?« In: Henning Melber/Roger Southall (Hg.), A New Scramble for Africa? Imperialism, Investment and Development, Scottsville (South Africa), S. 83-110.

Lemke, Thomas, (2003): »Rechtssubjekt oder Biomasse?« In: Martin Stingelin (Hg.), Biopolitik und Rassismus, Frankfurt am Main, S. 160-183.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Lehnert, Matthias/Markard, Nora (2012): »Mittelmeerroulette – Das Hirsi-Urteil des EGMR und die europäische Grenzschutzpolitik auf See.« In: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Nr. 4, S. 194-199.

Leibfried, Stephan/Obinger, Herbert (2008): »Nationale Sozialstaaten in der Europäischen Union: Zukünfte eines ›sozialen Europas‹.« In: Martin Höpner/Armin Schäfer (Hg.), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt am Main, S. 335-367.

Lenaerts, Koen/Heremans, Tinne (2006): »Contours of a European Social Union in the Case-Law of the European Court of Justice.« In: *European Constitutional Law Review*, Jg. 2, Nr. 1, S. 101-115.

Lessenich, Stephan (2009): »Mobilität und Kontrolle. Zur Dialektik der Aktivgesellschaft.« In: Klaus Dörre/Stephan Lessenich/Hartmut Rosa (Hg.), Soziologie. Kapitalismus. Kritik. Eine Debatte, Frankfurt am Main, S. 126-177.

Letzner, Peggy (2003): »Sozialhilfe für Student aus anderem Mitgliedsstaat – EuGH, EUZW 2002, 52.« In: *Juristische Schulung*, Nr. 2, S. 118-122.

Lindner, Josef Franz (2009): »Interpretation des EG-Primärrechts nach Maßgabe des EG-Sekundärrechts? – Zur Europarechtskonformität von § 8 I Nr. 2 BAföG.« In: *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 15, S. 147-149.

Lobel, Jules (2003): Success without Victory: Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America. New York.

Lodge, Juliet (1993): »Towards a Political Union.« In: Dies. (Hg.), The European Community and the Challenge of the Future, London, S. 377-385.

López-Sala, Ana (2009): »El Control de los Flujos Migratorios y la Gestión Política de las Fronteras en España.« In: Ricard Zapata-Barrero (Hg.), Políticas y Gobernabilidad de la Inmigración en España, Barcelona, S. 31-49.

Lorey, Isabell (1996): Immer Ärger mit dem Subjekt. Theoretische und politische Konsequenzen eines juridischen Machtmodells: Judith Butler. Tübingen.

Ludwig, Gundula/Sauer, Birgit/Wöhl, Stefanie (2009): »Staat und Geschlecht: Grundlagen und aktuelle Herausforderungen. Eine Einleitung.« In: Dies. (Hg.), Staat und Geschlecht: Grundlagen und aktuelle Herausforderungen feministischer Staatstheorie, Baden-Baden, S. 11-27.

Luhmann, Niklas (1969): Legitimation durch Verfahren. Neuwied/Berlin.

— (1995): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main.

Lutterbeck, Derek (2006): »Policing Migration in the Mediterranean.« In: *Mediterranean Politics*, Jg. 11, Nr. 1, S. 59-82.

— (2011): »Irregular Migration and Immigration Control in the Mediterranean.« In: Ivan Ureta/Derek Lutterbeck (Hg.), Migration, Development and Diplomacy. Perspectives from the Southern Mediterranean, Trenton/Asmara, S. 129-145.

Lutz, Helma (2005): »Der Privathaushalt als Weltmarkt für weibliche Arbeitskräfte.« In: *Peripherie. Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt*, Jg. 25, Nr. 97/98, S. 65-87.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

— (2008): Vom Weltmarkt in den Privathaushalt: Die neuen Dienstmädchen im Zeitalter der Globalisierung. 2. überarb. Auflage. Opladen u.a.

Lyons, Carole (2004): »Human Rights case law of the European Court of Justice July 2002 to December 2002.« In: *Human Rights Law Review*, Jg. 3, Nr. 1, S. 157-177.

Marcelino, Pedro F./Farahi, Hermon (2011): »Transitional African Spaces in Comparative Analysis: Inclusion, Exclusion and Informality in Morocco and Cape Verde.« In: *Third World Quarterly*, Jg. 32, Nr. 5, S. 883-904.

Marazzi, Christian (2011): Verbranntes Geld. Zürich.

Marshall, Thomas H. (1992/1950): Bürgerrechte und soziale Klassen. Zur Soziologie des Wohlfahrtsstaates. Frankfurt am Main u.a.

Martin, D. (2003): Comments on D'Hoop, Gräbner, MRAX and Baumbast. In: *European Journal of Migration and Law*, Jg. 5, Nr. 1, S. 143-162.

— (2007): »Comments.« In: *European Journal of Migration and Law*, Jg. 9, Nr. 1, S. 141-157.

— (2009): »Comments on Förster (Case C-158/07 of 18 November 2008), Metock (Case C-127/08 of 25 July 2008) and Huber (Case C-524/06 of 16 December 2008).« In: *European Journal of Migration and Law*, Jg. 11, Nr. 1, S. 95-108.

Martínez Soria, José (2002): »Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen.« In: *Juristenzeitung*, Jg. 57, Nr. 13, S. 643-651.

Massey, Douglas S./Arango, Joaquín/Hugo, Graeme/Kouaouchi, Ali/Pellegrino, Adela/Taylor, J. Edward (2005): Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of the Millenium. Oxford.

Mataija, Mislav (2009): »Case C-158/07, Jacqueline Förster v. IB-Groep – Student Aid and Discrimination of Non-Nationals: Clarifying or Emaciating Bidar?« In: *The Columbia Journal of European Law*, Jg. 59, Nr. 15, S. 59-64.

Mathew, Penepole (2003): »Legal Issues Concerning Interception.« In: *Georgetown Immigration Law Journal*, Jg. 17, Nr. 2, S. 221-249.

Maus, Ingeborg (2006): »Das Verhältnis der Politikwissenschaft zur Rechtswissenschaft. Bemerkungen zu den Folgen politologischer Autarkie.« In: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hg.), Politik und Recht (= Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 36), S. 76-120.

Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W. (1995): »Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren.« In: Dies. (Hg.), Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, Frankfurt am Main, S. 9-38.

Meißner, Matthias (2005): »EuGH entscheidet über Leistungen für Kriegsopfer: Kriegsopferentschädigung und Fremdrentenrecht – zwei Verfahren.« In: *Sozialrecht + Praxis – Fachzeitschrift für Sozialpolitiker und Schwerbehindertenbeauftragte*, Nr. 2, S. 118-122.

Melber, Henning/Southall, Roger (2009): »A New Scramble for Africa?« In: Dies. (Hg.), A New Scramble for Africa? Imperialism, Investment and Development, Scottsville (South Africa), S. XIX-XXVVII.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Menz, Georg (2008): The Political Economy of Managed Migration. Nonstate Actors, Europeanization, and the Politics of Designing Migration Policies. Oxford.

Meulman, Jochen/de Waele, Henri (2004): »Funding the Life of Brian: Jobseekers, Welfare Shopping and the Frontiers of European Citizenship.« In: *Legal Issues of Economic Integration*, Jg. 31, Nr. 4, S. 275-288.

Meyer, Harald (2004): »Mindestaufnahmebedingungen für Asylbewerber: Nivellierung auf geringem Niveau oder Fortschritt für eine gemeinsame Asylpolitik in Europa?« In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Nr. 4, S. 547-551.

Meyer, Katrin/Purtschert, Patricia (2008): »Migrationsmanagement und die Sicherheit der Bevölkerung.« In: Patricia Purtschert/Katrin Mayer/Ives Winter (Hg.), Gouvernementaliät und Sicherheit. Zeitdiagnostsiche Beiträge im Anschluss an Foucault, Bielefeld, S. 149-172.

migreurop (2011): European Commission Evaluation of EU Readmission Agreements. Some Comments and Questions, http://www.statewatch.org/news/2011/apr/eu-migreurop-readmission-en.pdf (letzter Zugriff am 18.4.2011).

Minderhoud, Paul (1999): »Cases C-120/95 and 158/96, C-118/96, C-350/96, C-336/96, Case C-85/96 C-170/96, C-275/96.« In: *European Journal of Migration and Law*, Jg. 1, Nr. 1, S. 155-162.

Montesquieu, Charles-Louis de Secondat (1992/1748): Vom Geist der Gesetze. 2 Bände, hg. v. Ernst Forsthoff. Tübingen.

Mora, Jean-Sébastien (2013): »Europas Raubzüge zur See.« In: *Le Monde diplomatique*, Nr. 10003 vom 11.1.2013.

Moreno-Lax, Violeta (2011): »Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea.« In: *International Journal of Refugee Law*, Jg. 23, Nr. 2, S. 174-220.

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph (2003): Juristische Methodik. Band II Europarecht. Berlin.

Müller, Ulrike A.C. (2011): »Professionelle Direkte Aktion. Linke Anwaltstätigkeit ohne kollektive Mandantschaft.« In: *Kritische Justiz*, Jg. 44, Nr. 4, S. 448-464.

Neumann, Franz (1937): »Der Funktionswandel im Recht der bürgerlichen Gesellschaft.« In: *Zeitschrift für Sozialforschung*, Jg. 6, Nr. 3, S. 542-596.

— (1977/1942): Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944. Hg. v. Gert Schäfer. Köln/Frankfurt am Main.

Nicholson, Frances/Türk, Volker (2003): »Refugee Protection in International Law: an Overview.« In: Erika Feller/Frances Nicholson/Volker Türk (Hg.), Refugee Protection in International Law, Cambridge, S. 3-42.

Niedobitek, Matthias (2006): »Studienbeihilfen und Unionsbürgerschaft.« In: *Recht der Jugend und des Bildungswesens*, Nr. 1, S. 105-115.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Niemann, Ingo (2004): Von der Unionsbürgerschaft zur Sozialunion? - Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 23. März 2004, Rs. C-138/02 (Collins) -. In: *Europarecht* H. 6, 946-953.

Nonhoff, Martin (2006): Politischer Diskurs und Hegemonie. Das Projekt »Soziale Marktwirtschaft«. Bielefeld.

Oberndorfer, Lukas (2007): »Die periphere Integration Mittel- und Osteuropas in die EU – Rechtliche Dimension und gesellschaftliche Folgen.« In: Alice Wagner/Valentin Wedl (Hg.), Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht: Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge, Wien, S. 15-34.

— (2012): »Hegemoniekrise in Europa – Auf dem Weg zu einem autoritären Wettbewerbsetatismus?« In: Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ (Hg.), Zwischen europäischem Frühling und autoritärem Etatismus. Die EU in der Krise, Münster, S. 50-72.

Obwexer, Walter (2002): »EuGH: Sozialhilfe für Student aus anderem Mitgliedstaat.« In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 2, S. 52-58.

Offe, Claus (1969): »Politische Herrschaft und Klassenstrukturen. Zur Analyse spätkapitalistischer Gesellschaftssysteme.« In: Gisela Kress/Dieter Senghaas (Hg.), Politikwissenschaft. Eine Einführung in ihre Probleme, Frankfurt am Main, S. 135-164.

Ong, Aihwa (2005): Flexible Staatsbürgerschaften. Frankfurt am Main.

Oosterom-Staples, Helen (2005): »Case C-138/02, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work an Pensions, Judgement of 23 March 2004, Full Court.« In: *Common Market Law Review*, Jg. 42, Nr. 1, S. 211-223.

Opitz, Sven (2008): »Zwischen Sicherheitsdispositiven und Securitization: Zur Analytik illiberaler Gouvernementalität.« In: Patricia Purtschert/Katrin Meyer/Ives Winter (Hg.), Gouvernementalität und Sicherheit. Zeitdiagnostische Beiträge im Anschluss an Foucault, Bielefeld, S. 202-228.

Ott, Cornelia (1998): Die Spur der Lüste. Sexualität, Geschlecht und Macht. Opladen.

Pache, Eckhard (1999): »Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften.« In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Nr. 10, S. 1033-1040.

Panagiotidis, Efthimia/Tsianos, Vassilis (2006): »Denaturalizing ›Camps‹: Überwachen und Entschleunigen in der Schengener Ägäis-Zone.« In: Transit Migration Forschungsprojekt (Hg.), Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas, Bielefeld, S. 57-86.

Papp, Konstanze v. (2009): »EuGH zieht Notbremse zum Schutz der sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten bei Unterhaltsstipendien für Studenten.« In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Nr. 2, S. 87-90.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Parker, Owen (2008): »Challenging ›New Constitutionalism‹ in the EU: French Resistance, ›Social Europe‹ and ›Soft‹ Governance.« In: *New Political Economy*, Jg. 13, Nr. 4, S. 397-417.

Parusel, Bernd (2010): Abschottungs- und Anwerbungsstrategien. EU-Institutionen und Arbeitsmigration. Die Interessen der EU-Institutionen bei der Entwicklung eine gemeinsamen Politik zur Steuerung der Arbeitsmigation. Wiesbaden.

Paschukanis, Eugen (1970/1924): Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. 3. Auflage. Frankfurt am Main.

Pelzer, Marei/Pennington, Alison (2006): »Geschlechtsspezifische Verfolgung: Das neue Flüchtlingsrecht in der Praxis.« In: *Asylmagazin*, Nr. 5, www.asyl.net/Magazin/5_2006b.html#C1 (letzter Zugriff am 15.6.2009).

Pichl, Maximilian/Vester Katharina (2013): »Die Verrechtlichung der Südgrenze – Menschenrechtspolitiken im Grenzraum am Beispiel des Hirsi-Falls.« In: Forschungsgruppe ›Staatsprojekt Europa‹ (Hg.), Kämpfe um Migrationspolitik. Theorie, Methoden und Analysen kritischer Europaforschung, Bielefeld, i.E.

Pieper, Marianne (2006): »Diskursanalysen – Kritische Analytik der Gegenwart und wissenspolitische Deutungsmuster.« In: Brigitte Kerchner/Silke Schneider (Hg.), Foucault: Diskursanalyse der Politik, Wiesbaden, S. 269-288.

Pinyol, Gemma (2009): »La Gestión de la Acción Exterior: ¿una Nueva Diplomacia Migratoria?« In: Ricard Zapata-Barrero (Hg.), Políticas y gobernabilidad de la inmigración en España, Barcelona, S. 267-288.

Piotrowicz, Ryszard (2003): »Dublin II und zukünftigen Perspektiven eines gemeinsamen europäischen Asylsystems.« In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, Nr. 11/12, S. 383-387.

Pogge, Thomas (2012): »Umkämpfte Gerechtigkeit – Globale Armut als institutionelle Menschenrechtsverletzung.« In: *Neue Gesellschaft – Frankfurter Hefte*, Jg. 59, Nr. 12. S. 26-31.

Poulantzas, Nicos (1978): Staatstheorie: politischer Überbau, Ideologie, sozialistische Demokratie. 1. Auflage. Hamburg.

Prien, Thore (2010): »Landgrabbing – Symptom einer postneoliberalen Rechtsordnung?« In: *juridikum. zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft*, Nr. 4, S. 424-435.

Pries, Ludger (2005): »Arbeitsmigration und Inkorporationsmuster in Europa.« In: Ders. (Hg.), Zwischen den Welten und amtlichen Zuschreibungen. Neue Formen und Herausforderungen der Arbeitsmigration im 21. Jahrhundert, Essen, S. 15-41.

Pro Asyl (2007): The Truth may be bitter, but it must be told. Über die Situation von Flüchtlingen in der Ägäis und die Praktiken der griechischen Küstenwache. Frankfurt am Main.

Rachidi, Hicham (2009): »The Moroccan Case: The stakes of the Negotiation Process.« In: Migreurop (Hg.), Readmission Agreements or Blackmail to

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Deportations? International Meeting on Readmission Agreements, 27th of November 2009, S. 4-5.

Rah, Sicco (2009): Asylsuchende und Migranten auf See. Staatliche Rechte und Pflichten aus völkerrechtlicher Sicht. Heidelberg.

Randeria, Shalini (2006): »Rechtspluralismus und überlappende Souveränitäten: Globalisierung und der ›listige Staat‹ in Indien.« In: *Soziale Welt*, Jg. 57, Nr. 3, S. 229-258.

Reich, Norbert (2005): »The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union.« In: *European Law Journal*, Jg. 11, Nr. 6, S. 675-698.

Renner, Günter (2005): Ausländerrecht. Kommentar. 8. neuberarb. und erweiterte Auflage. München.

Röben, Volker (2005): »Art. 61 ff. EG.« In: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hg.), Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 28. Ergänzungslieferung, München.

Roig, Annabelle/Huddleston, Thomas (2007): »EC Readmission Agreements: A Re-Evaluation of the Political Impasse.« In: *European Journal of Migration and Law*, Jg. 9, Nr. 3, S. 363-387.

Römhild, Regina (2006): »Alte Träume, neue Praktiken: Migration und Kosmopolitismus an den Grenzen Europas.« In: Transit Migration Forschungsgruppe (Hg.), Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas, Bielefeld, S. 211-228.

Ronzitti, Natalino (2009): The Treaty on Friendship, Partnership and Cooperation between Italy and Libya: New Prospects for Cooperation in the Mediterranean? Documenti Istituto Affari Internazionali IAIWP0909, http://www.iai.it/pdf/DocIAI/iai0909.pdf (letzter Zugriff am 7.3.2012).

Rossi, Matthias (2002): »Anmerkung zum Grzelczyk-Urteil.« In: *Juristenzeitung*, Jg. 57, Nr. 7, S. 351-353.

Rumford, Chris (2006): »Rethinking European Spaces: Territory, Borders, Governance.« In: *Comparative European Politics*, Nr. 4, S. 127-140.

Sander, Florian (2005): »Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zu mitgliedsstaatlichen Sozialversicherungssystemen.« In: *Deutsches Verwaltungsblatt*, S. 1014-1022.

Sarat, Austin/Scheingold, Stuart (Hg.) (1998): Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilites. New York.

— (Hg.) (2006): Cause Lawyers and Social Movements. Stanford (California).

— (Hg.) (2011): Cause Lawyering and the State in a Global Era. New York.

Satgar, Vishwas (2009): »Global Capitalism and the Neo-Liberalisation of Africa.« In: Henning Melber/Roger Southall (Hg.), A New Scramble for Africa? Imperialism, Investment and Development, Scottsville (South Africa), S. 35-55.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sauer, Birgit (2012): Intersektionalität und Staat. Ein staats- und hegemonietheoretischer Zugang zu Intersektionalität, www.portal-intersektionalität.de (letzter Zugriff am 3.10.2012).

Schaal, Gary S. (2009): »Zwischenbetrachtung: Entwicklungspfade der Politischen Theorie nach 1945.« In: André Brodocz/Gary S. Schaal (Hg.), Politische Theorien der Gegenwart I, Opladen/Farmington Hills, 3. erw. und aktualisierte Auflage, S. 499-539.

Schäfer, Armin (2010): »Gespaltene Bürgerschaft? Der Rückzug sozial Schwacher von der Politik.« In: Christian Calliess/Karl-Heinz Paqué (Hg.), Kreativität und Innovationskraft: Neue Impulse für Staat, Markt und Zivilgesellschaft (= Veröffentlichungen der Hanns Martin Schleyer-Stiftung, Band 77), Köln, S. 143-147.

Scharpf, Fritz W. (2008a): »Interview: ›Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen‹.« In: *Mitbestimmung*, Nr. 7/8, S. 19-23.

— (2008b): »Individualrechte gegen nationale Solidarität.« In: Martin Höpner/Armin Schäfer (Hg.), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt am Main, S. 89-99.

Schollmeyer, Mario (2009): »Derivative Teilhabe Studierender an sozialen Transferleistungen im Gemeinschaftsrecht.« In: *Deutsches Verwaltungsblatt*, S. 823-829.

Schönberger, Christoph (2006): »Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft.« In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, Nr. 7, S. 226-231.

Schreiber, Frank (2009): »Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand – Die Fortentwicklung der EuGH-Rechtsprechung zur teilhaberechtlichen Dimension von Arbeitnehmerfreizügigkeit und Unionsbürgerschaft durch ›Vatsouras/Koupatantze‹ – EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-22/08 und C-23/08.« In: *Informationen zum Arbeitlsosenrecht und Sozialhilferecht*, Nr. 5, S. 195-201.

Schröder, Tim (2006): »Die Fördermöglichkeiten bei der Rückkehr von Ausländern mit Finanzinstrumenten der EU.« In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, Nr. 1, S. 8-14.

Semmelmann, Konstanze (2009): »Die Grenzen der Unionsbürgerschaft im Urteil Förster.« In: *Europarecht*, Nr. 5, S. 683-693.

Shaw, Jo (1998): »The Interpretation of European Union Citizenship.« In: *The Modern Law Review*, Jg. 61, Nr. 3, S. 293-317.

Shuibhne, Niamh Nic (2008): »Case Law, Case C-76/05; C-318/05; C-11/06 & C-12/06.« In: *Common Market Law Review*, Jg. 45, Nr. 3, S. 771-786.

Slaughter, Anne-Marie/Stone Sweet, Alec/Weiler, Joseph (1998): The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context. Oxford.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sontowski, Simon (2011): Differenz, Unentscheidbarkeit, Entparadoxierung. Grenzparadoxien der U.S.-Mexikanischen ›smart border‹. Magisterarbeit, Fachbereich Gesellschaftswissenschaften, Universtität Frankfurt am Main.

Southall, Roger (2009): »Scrambling for Africa? Continuities and Discontinuities with Formal Imperialism.« In: Henning Melber/Roger Southall (Hg.), A New Scramble for Africa? Imperialism, Investment and Development, Scottsville (South Africa), S. 1-34.

Soysal, Yasemin Nuhoglu (2000): »Citizenship and Identity: Living in Diasporas in Post-War Europe?« In: *Ethnic and Racial Studies*, Jg. 23, Nr. 1, S. 1-15.

Speckmann, Guido (2013): »Kolonialismus auf Samtpfoten. Die Handelspolitik der Europäischen Union.« In: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, Nr. 6, S. 59-66.

Spivak, Gayatri Chakravorty (2009): »Alte und neue Diasporas: Frauen in einer transnationalen Welt.« In: *Femina Politica*, Nr. 2, S. 19-30.

Standing, André (2009): »The European Union and the International Scramble for African Fish.« In: Henning Melber/Roger Southall (Hg.), A New Scramble for Africa? Imperialism, Investment and Development, Scottsville (South Africa), S. 324-354.

Steffen, Eva (2009): »Ausschluss arbeitssuchender Unionsbürger von Sozialleistungen.« In: *Asylmagazin*, Nr. 7/8, www.asyl.net/Magazin/7_8_2009c.html (letzter Zugriff am 18.12.2009).

Stone Sweet, Alec (2002): Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe. Oxford.

— (2004): The Judicial Construction of Europe. Oxford.

Streeck, Wolfgang (2013): Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus. Frankfurt am Main.

Terkessidis, Mark (2004): Die Banalität des Rassismus. Migranten zweiter Generation entwickeln eine neue Perspektive. Bielefeld.

Teubner, Gunther (1989): Recht als autopoietisches System. Frankfurt am Main.

— (1997): Global law without a state. Aldershot u.a.

Thym, Daniel (2008): »Europäische Einwanderungspolitik: Grundlagen, Gegenstand und Grenzen.« In: Rainer Hofmann/Tillmann Löhr (Hg.), Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht. Eine kritische Zwischenbilanz, Baden-Baden, S. 183-204.

Timmermans, Christiaan (2003): »Lifting the Vail of Union Citizens' Rights.« In: Ninon Colneric/David Edward/Jean-Pierre Puissochet/Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer (Hg.), Une Communauté de Droit – Festschrift für Gil Carlos Roderiguez Iglesias, Berlin, 195-200.

Tohidipur, Timo (2008): Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU. Zu Genese und Zustand justizieller Konstitutionalisierung. Baden-Baden.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Tomkins, Adam (2006): »Judicial Review.« In: Damian Chalmers/Christos Hadjiemmanuil/Giorgio Monti/Adam Tomkins (Hg.), European Union Law, Cambridge, S. 410-464.

Tomuschat, Christian (2000): »Comment on Case C-85/96, Maria Martínez Sala v. Freistaat Bayern, Judgment fo 12 May 1998.« In: *Common Market Law Review*, Jg. 37, Nr. 2, S. 449-457.

Tridimas, Takis (1993): The General Principles of EC Law. Oxford.

Tuori, Kaarlo (2011): European Security Constitution? Legal Studies Research Papers 12, University of Helsinky, Faculty of Law, http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1949138_code1637953.pdf?abstractid=1949138&mirid=3 (letzter Zugriff am 8.5.2013).

Urban, Hans-Jürgen (2012): »Gewerkschaften und Kapitalismuskritik.« In: *Z – Zeitschrift für Marxistische Erneuerung*, Nr. 92, S. 19-30.

UNCHR (2009): UNHCR-Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Neufassung der Richtlinie zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, http://www.unhcr.de/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/2_europaeisch/2_2_asyl/2_2_2/FR_eu_asyl_aufnahme-HCR_Aufnahmerichtlinie_Neufassung.pdf (letzter Zugriff am 1.7.2013).

UNHCR (2010): Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Hirsi and Others v. Italy (Application no. 27765/09), http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4b97778d2.pdf (letzter Zugriff am 12.6.2011).

Valiente Ots, Mauricio (2010): »El Tribunal Supremo rechaza el recurso de CEAR sobre el Marine I.« In: *Frontera Cero – Publicacíon trimestral de la Comisíon Espanola de Ayuda al Refugiado*, Nr. 11, S. 3.

van Apeldoorn, Bastiaan (2000): »Transnationale Klassen und europäisches Regieren. Der European Round Table of Indstrialists.« In: Hans-Jürgen Bieling/Jochen Steinhilber (Hg.), Die Konfiguration Europas. Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie, Münster, S. 189-221.

van der Mei, Anne-Pieter (2003): »Residence and the Evolving Notion of European Union Citizenship. Comments on Baumbast and R.« In: *European Journal of Migration and Law*, Jg. 5, Nr. 3, S. 419-433.

— (2004): »Comments on Akrich and Collins.« In: *European Journal of Migration and Law*, Jg. 6, Nr. 2, S. 277-284.

— (2005): »Union Citizenship and the ›De-Nationalisation‹ of the Territorial Welfare State.« In: *European Journal of Migration and Law*, Jg. 7, Nr. 2, S. 203-211.

Verschueren, Herwig (2007): »European (Internal) Migration Law as an Instrument for Defining the Boundaries of National Solidarity Systems.« In: *European Journal of Migration and Law*, Jg. 9, Nr. 3, S. 307-346.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vester, Katharina (2012): Juridische Widerstandsstrategien gegen die migrationskontrollpolitische Zusammenarbeit von Italien und Libyen. Untersuchung einer Klage von Flüchtlingen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (Hirsi Jamaa and others v. Italy). Magisterarbeit, Fachbereich Gesellschaftswissenschaften, Frankfurt am Main.

Vogelskamp, Dirk (2007): »Jenseits der Menschenrechte – Der europäische Kampf gegen die undokumentierte Migration.« In: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hg.), Jahrbuch 2007. Menschenrechte und Völkerrecht, Münster, S. 107-130.

von Bogdandy, Armin/Bitter, Stephan (2005): »Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur.« In: Charlotte Gaitanides/Stefan Kadelbach/Gil Carlos Rodriguez Iglesias (Hg.), Europa und seine Verfassung. Festschrift für Manfred Zuleeg zum 70. Geburtstag, Baden-Baden, S. 309-322.

Wallerstein, Immanuel (1976): »The Three Stages of African Involvement in the World Economy.« In: Peter C. W. Gutkind/Immanuel Wallerstein (Hg.), The Political Economy of Contemporary Africa, London, S. 30-56.

— (1979): The Capitalist World Economy. Cambridge.

Walters, William (2002): »Mapping Schengenland: Denaturalizing the Border.« In: *Environment & Planning: Society and Space*, Jg. 20, Nr. 5, S. 1-38.

— (2006), »Border/Control.« In: *European Journal of Social Theory*, Jg. 9, Nr. 2, S. 187-203.

Walters, William/Haahr, Jens Henrik (2005): Governing Europe. Discourse, Governmentality and European Integration. London u. a.

Weber, Max (1980/1921): Wirtschaft und Gesellschaft. 5. rev. Auflage, Studienausgabe. Tübingen.

Weiler, Joseph H.H. (1996): The Selling of Europe. The Discourse of European Citizenship in the IGC 1996. Jean Monnet Working Paper 3, http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9603.html (letzter Zugriff am 20.2.2010).

Weinzierl, Ruth/Lisson, Urszula (2007): Grenzschutz und Menschenrechte. Eine europarechtliche und seerechtliche Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte. Berlin.

Weiß, Norman (2001): »Wäre ein Individualbeschwerdeverfahren auch im Rahmen der Kinderrechtskonvention sinnvoll? – Zur Einklagbarkeit der Konventionsrechte und den Chancen einer Reform.« In: *MenschenRechts-Magazin*, Nr. 2, S. 85-97.

Wesel, Uwe (1984): Juristische Weltkunde. Ein Einführung in das Recht. Frankfurt am Main.

Wiedemann, Charlotte (2009): »Mythen der Migration – ›Menschlichkeit ist der wichtigste Eckstein modernen europäischen Grenzmanagements.‹ Frontex General Report 2008.« In: *Le Monde Diplomatique*, v. 12.5.2009, S. 12-13.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wind, Marlene (2009): »Post-National Citizenship in Europe: The EU as a ›Welfare Rights Generator‹?« In: *Columbia Journal of European Law*, Jg. 15, Nr. 2, S. 239-264.

Wissel, Jens (2014): Habilitationsmanuskript, Frankfurt am Main, voraussichtliche Veröffentlichung 2014.

Wolff, Sarah (2008): »Border Management in the Mediterranean: Internal, External and Ethical Challenges.« In: *Cambridge Review of International Affairs*, Jg. 21, Nr. 2, S. 253-271.

Wolff, Sebastian (2011): Genealogie Grenzschutz Spanien. Manuskript. Frankfurt am Main.

Wollenschläger, Ferdinand (2005a): »Aufenthaltsrecht und Sozialhilfe für Unionsbürger ohne wirtschaftliche Tätigkeit.« In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Jg. 16, Nr. 10, S. 307-311.

— (2005b): »Studienbeihilfen für Unionsbürger?« In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Nr. 9, S. 1023-1026.

— (2006): »Anmerkung zu EuGH C-406/04 (De Cuyper).« In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 16, S. 503-506.

— (2007): Grundfreiheiten ohne Markt. Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime. Tübingen.

Wouters, Kees/den Heijer, Maarten (2010): »The *Marine I* Case: a Comment.« In: *International Journal of Refugee Law*, Jg. 22, Nr. 1, S. 1-19.

Yaneva, Tanya (2007): »Borderlines of Union Citizenship.« In: *Legal Issues of Economic Integration*, Jg. 34, Nr. 4, S. 407-418.

Young, Brigitte/Schuberth, Helene (2010): The Global Financial Meltdown And the Impact of Financial Governance On Gender. Paris.

Zapata-Barrero, Ricard/De Witte, Nynke (2007): »The Spanish Governance of EU Borders: Normative Questions.« In: *Mediterranean Politics*, Jg. 12, Nr. 1, S. 85-90.

Zapata-Barrero, Ricard/Zaragoza, Jonathan/Aragall, Xavier (2009): »Cooperation and the Externalization of Borders and Migration Policies: Spain's New Political Orientations.« In: Gemma Aubarell/Ricard Zapata-Barrero/Xavier Aragall (Hg.), New Directions of National Immigration Policies: The Development of the External Dimension and its Relationship with the Euro-Mediteranean Process, EuroMesco Paper 79, Annex: 59-75.

Ziai, Aram (2007): Globale Strukturpolitik. Die Nord-Süd-Politik der BRD und das Dispositiv der Entwicklung im Zeitalter von neoliberaler Globalisierung und neuer Weltordnung. Münster.

Ziltener, Patrick (1999): Strukturwandel der europäischen Integration. Die Europäische Union und die Veränderung von Staatlichkeit. Münster.

— (2000): »Die Veränderung von Staatlichkeit in Europa. Regulations- und staatstheoretische Überlegungen.« In: Hans-Jürgen Bieling/Jochen Steinhilber

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(Hg.), Die Konfiguration Europas. Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie, Münster, S. 73-101.

— (2004): »Der ›einheitliche europäische Markt‹. Politisches Projekt, integrationstheoretische Simulation und empirische Wirklichkeit.« In: Michael Nollert/Hanno Scholtz/Patrick Ziltener (Hg.), Wirtschaft in soziologischer Perspektive. Diskurs und empirische Analyse, S. 193-210.

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kultur und soziale Praxis

Jens Adam, Asta Vonderau (Hg.)
Formationen des Politischen
Anthropologie politischer Felder

Dezember 2013, ca. 280 Seiten, kart., ca. 29,80 €,
ISBN 978-3-8376-2263-8

Gesine Drews-Sylla, Renata Makarska (Hg.)
Neue alte Rassismen?
Differenz und Exklusion in Europa nach 1989

Februar 2014, ca. 300 Seiten, kart., ca. 29,80 €,
ISBN 978-3-8376-2364-2

Forschungsgruppe »Staatsprojekt Europa« (Hg.)
Kämpfe um Migrationspolitik
Theorie, Methode und Analysen kritischer Europaforschung

Oktober 2013, ca. 250 Seiten, kart., 24,80 €,
ISBN 978-3-8376-2402-1

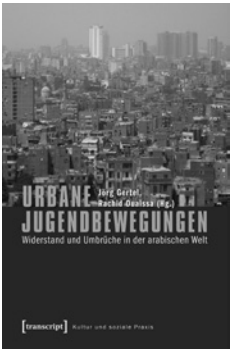
Leseproben, weitere Informationen und Bestellmöglichkeiten finden Sie unter www.transcript-verlag.de

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kultur und soziale Praxis

Heidrun Friese
Grenzen der Gastfreundschaft
Die Bootsflüchtlinge von Lampedusa und die europäische Frage

Januar 2014, ca. 200 Seiten, kart., ca. 28,80 €,
ISBN 978-3-8376-2447-2



Jörg Gertel, Rachid Ouaissa (Hg.)
Urbane Jugendbewegungen
Widerstand und Umbrüche in der arabischen Welt

Dezember 2013, ca. 300 Seiten,
kart., zahlr. z.T. farb. Abb., ca. 19,80 €,
ISBN 978-3-8376-2130-3

Anett Schmitz
Transnational leben
Bildungserfolgreiche (Spät-)Aussiedler zwischen Deutschland und Russland

Oktober 2013, 294 Seiten,
kart., zahlr. Abb., ca. 32,80 €,
ISBN 978-3-8376-2328-4

Leseproben, weitere Informationen und Bestellmöglichkeiten finden Sie unter www.transcript-verlag.de

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kultur und soziale Praxis

Andrea Baier
»Wie soll man gesund sein, wenn man keine Arbeit hat?«
Gesundheit und soziale Ungleichheit. Erfahrungen einer Frauengruppe mit einem Gesundheitsprojekt
Juni 2013, 144 Seiten, kart., 14,80 €,
ISBN 978-3-8376-2490-8

Matthias Forcher-Mayr
Fragile Übergänge
Junge Männer, Gewalt und HIV/AIDS. Zur Bewältigung chronischer Arbeitslosigkeit in einem südafrikanischen Township
Dezember 2013, ca. 450 Seiten,
kart., ca. 35,80 €,
ISBN 978-3-8376-2302-4

Ayla Güler Saied
Rap in Deutschland
Musik als Interaktionsmedium zwischen Partykultur und urbanen Anerkennungskämpfen
Januar 2013, 310 Seiten, kart., 29,80 €,
ISBN 978-3-8376-2251-5

Susann Huschke
Kranksein in der Illegalität
Undokumentierte Lateinamerikaner/-innen in Berlin. Eine medizinethnologische Studie
Mai 2013, 416 Seiten, kart.,
zahlr. Abb., 36,80 €,
ISBN 978-3-8376-2393-2

Alfred Nordheim,
Klaus Antoni (Hg.)
Grenzüberschreitungen
Der Mensch im Spannungsfeld von Biologie, Kultur und Technik
Juli 2013, 248 Seiten, kart., 28,80 €,
ISBN 978-3-8376-2260-7

Ewa Palenga-Möllenbeck
Pendelmigration aus Oberschlesien
Lebensgeschichten in einer transnationalen Region Europas
Dezember 2013, ca. 390 Seiten,
kart., ca. 31,80 €,
ISBN 978-3-8376-2133-4

Simon Reitmeier
Warum wir mögen, was wir essen
Eine Studie zur Sozialisation der Ernährung
Mai 2013, 392 Seiten, kart., 36,80 €,
ISBN 978-3-8376-2335-2

Hannes Schammann
Ethnomarketing und Integration
Eine kulturwirtschaftliche Perspektive. Fallstudien aus Deutschland, den USA und Großbritannien
April 2013, 300 Seiten, kart., 29,80 €,
ISBN 978-3-8376-2428-1

Caroline Schmitt,
Asta Vonderau (Hg.)
Transnationalität und Öffentlichkeit
Interdisziplinäre Perspektiven
November 2013, ca. 270 Seiten,
kart., ca. 32,80 €,
ISBN 978-3-8376-2154-9

Burkhard Schnepel, Felix Girke,
Eva-Maria Knoll (Hg.)
Kultur all inclusive
Identität, Tradition und Kulturerbe im Zeitalter des Massentourismus
August 2013, 350 Seiten,
kart., zahlr. Abb., 29,90 €,
ISBN 978-3-8376-2089-4

Leseproben, weitere Informationen und Bestellmöglichkeiten finden Sie unter www.transcript-verlag.de

https://doi.org/10.14361/transcript.9783839424865 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND