

Recht auf Auswanderung – Recht auf Einwanderung?

Migrationsgerechtigkeit heute

Winfried Kluth

1. EINFÜHRUNG

Beginnend mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahr 1949 finden sich in internationalen Menschenrechtspakten Gewährleistungen der Ausreisefreiheit. Sie werden indes nicht durch eine funktional korrespondierende Gewährleistung einer Einreise- oder Zuwanderungsfreiheit ergänzt und bleiben damit imperfekt. Die traditionelle Sichtweise, die auch vom Mainstream der modernen politischen Philosophie geteilt wird¹, rechtfertigt diese »Systemlücke« mit dem aus der Souveränität der Staaten folgenden Anspruch, selbst darüber zu entscheiden, wer Zugang zu ihrem Territorium hat. Diese Begründung wird aber auch immer wieder in Zweifel gezogen.² Die folgenden Überlegungen gehen der Frage nach, ob die traditionelle Sichtweise mit Grundsätzen der Migrationsgerechtigkeit in Einklang steht und welche Änderungen in diesem Bereich einzufordern sind.

2. DIE RECHTFERTIGUNG VON STAATSGRENZEN ALS WANDERUNGSBARRIEREN

Migrationsprozesse standen im Laufe der Geschichte je nach kulturellen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen unter ganz verschiedenen

1 | Siehe *Nussbaum*, 2010. Zu Einzelheiten später im Text.

2 | Siehe aktuell *Eichenhofer*, 2013, 135ff.

politischen und rechtlichen Regimen.³ Die Zeit der Moderne bis in die Gegenwart ist indes durch die einheitliche Struktur des Nationalstaates geprägt, der seine Grenzen überwacht. Dabei erweist sich das Dogma der gleichen Souveränität aller Staaten (Art. 2 Ziffer 1 UN-Charta) und die daraus folgende Gebietshoheit als Konstante des Migrationsrechts: Jeder Staat ist völkerrechtlich – vorbehaltlich abweichender völkervertragsrechtlicher Regelungen – frei, den Zugang zu seinem Staatsgebiet zu regeln.⁴

Mit dieser Entscheidungsfreiheit des einzelnen Staates, die natürlich auch zu einer weiten Öffnung im Sinne eines Einwanderungsstaates genutzt werden kann, korrespondiert seine Gewährleistungsverantwortung für die eigenen Staatsbürger sowie die auf dem Territorium anwesenden »Fremden« als Kehrseite der Souveränität. Im freiheitlichen Verfassungsstaat gilt: Wer herrscht, der schuldet auch Schutz und Hilfe.⁵ Insoweit setzt die völkerrechtliche Doktrin auch die Verortung von Rechtsgewährleistungspflicht und Solidarität primär auf der staatlichen Ebene voraus. Diese komplementäre Sichtweise wird letztlich von der AEMR gefordert, die die sozialen Menschenrechte umfasst (Art. 22ff.) und auch das solidarische Verhalten der Bürger anspricht (Art. 29).⁶

Vor diesem Hintergrund erweist sich das Asyl- und Flüchtlingsrecht als ein menschenrechtliches und humanitäres Zugeständnis, bei dem die Eigeninteressen des Staates zurücktreten. Dabei ist allerdings zu beachten, dass das Völkerrecht und auch die Genfer Flüchtlingskonvention von den Staaten formal nicht verlangen, dass sie einem Fremden Zutritt zum eigenen Staatsgebiet gewähren müssen, um einen Asylantrag zu stellen.⁷ In der Praxis kommt es jedoch meist alleine darauf an, dass ein Kontakt

3 | Knapper Überblick dazu bei *Hoerder u.a.*, 2007, 40ff.

4 | *Hailbronner*, 2008, 50ff. Für die Auswanderung gilt die Gewährleistung des Art. 12 II IPBPR.

5 | Zu diesem Zusammenhang näher *Krings*, 2003, 28ff.

6 | Art. 29 I AEMR hat folgenden Wortlaut: »(1) Jeder hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist.« Diese Formulierung schlägt auch die Brücke zu jenen Rechtskulturen, die die Pflichten gegenüber der Gemeinschaft stärker betonen als die individuelle Freiheit. Siehe dazu näher *Tomuschat*, 81ff. Siehe auch *Eichenhofer*, 2012.

7 | Dies folgt bereits aus der Wortlautanalyse. Problematisch sind in diesem Zusammenhang Maßnahmen auf See, durch die das Erreichen der Hoheitsgewässer durch Flüchtlingsboote verhindert werden soll, wenn es dadurch zu Gefährdungen

zum jeweilige Staat besteht, weil auch bei einer Zurückweisung vor dem Betreten des Staatsgebietes das Refoulement-Verbot (Art. 33 GFK, Art. 2, 3 EMRK, § 60 AufenthG)⁸ greift mit der Folge, dass jedenfalls in Fällen, in denen mit entsprechenden Gefährdungen zu rechnen ist, ein Zutritt gewährt werden muss.

Diese auf ein menschenrechtliches Minimum beschränkte Gewährung von Freizügigkeit in Gestalt der Einreise durch das Völkerrecht wirft die Frage auf, ob damit den »Versprechungen« der Menschenrechte genügt wird und die Staaten ihrer solidarischen Erfüllungspflicht gerecht werden. Es liegt nahe, diese Frage auf der Grundlage der am weitesten verbreiteten Theoriegrundlage für politische Gerechtigkeit zu diskutieren, wie sie von *John Rawls* entwickelt wurde. Im Kern geht es dabei darum, wie weit eine über den Einzelstaat hinausgehende Solidaritätspflicht besteht bzw. menschenrechtlich begründet und damit als Gebot der Gerechtigkeit bezeichnet werden kann.

3. DIE GRENZE DER KONTRAKTUALISTISCHEN STAATS- UND GERECHTIGKEITSTHEORIEN FÜR DIE BEGRÜNDUNG VON UNIVERSALEN ANSPRÜCHEN

Einen Anknüpfungspunkt für eine weiter gehende Forderung nach einer internationalen distributiven Gerechtigkeit findet sich unter anderem bei Autoren, die das von *John Rawls* für liberale Gesellschaften entwickelte Differenzprinzip auch auf die Beziehungen zwischen Staat bzw. Völkern anwenden wollen. So vertreten z.B. *Charles Beitz*⁹ und *Thomas Pogges*¹⁰ die Ansicht, dass zwischen den Staaten eine Pflicht zu ausgleichender Gerechtigkeit bestehe, mit der Folge, dass die wohlhabenden Nationen einen erheblichen Teil ihres Reichtums zur Unterstützung der weniger wohlhabenden Nationen einsetzen müssten. Dies würde aber nicht nur Entwicklungshilfeleistungen, sondern auch andere Maßnahmen wie die

der Flüchtlinge kommt. In diesen Fällen können aus den allgemeinen seerechtlichen Hilfespflichten rechtliche Schranken abgeleitet werden.

8 | Zu Einzelheiten *Hecht*, 2008, § 5 Rn. 145ff.; *Zimmermann*, 2006, Kap. 27, Rn. 29ff.

9 | *Beitz*, 1979.

10 | *Pogges*, 1994.

Öffnung der eigenen Märkte und die Erleichterung von Zuwanderung betreffen, wenn diese Maßnahmen für die Zielerreichung förderlich sind.¹¹

Rawls selbst ist dieser Ausweitung des Anwendungsbereichs des Differenzprinzips indes in seinem Spätwerk »Das Recht der Völker« entgegengetreten.¹² Er begründet dies auf verschiedenen argumentativen Ebenen. Zunächst macht *Rawls* deutlich, dass seine Theorie der Gerechtigkeit, als deren zentraler Bestandteil das Differenzprinzip fungiert, ausschließlich für liberale Gesellschaften und damit die einzelstaatliche Ebene entwickelt wurde. Die in diesem Zusammenhang getroffenen Annahmen seien auf die Beziehung zwischen Nationen nicht übertragbar. Nicht alle Nationen seien als liberale Gesellschaften konzipiert. Vor allem aber bestehe das primäre Ziel der Entwicklung zur Gerechtigkeit darin, die institutionellen Rahmenbedingungen einer liberalen Gesellschaft zu etablieren. Dies sei nicht in erster Linie eine Ressourcenfrage und könne zudem nicht von außen erzwungen werden. Zwischen den Staaten könne es deshalb eine Gerechtigkeitspflicht nur in Bezug auf elementare Bereiche der Gerechtigkeit wie die Achtung elementarer Menschenrechte und die Abwendung von Notlagen geben, nicht aber eine umfassende Distributionspflicht. Diese Konzeption entspricht im Ergebnis der Konzeption der UN-Charta, die vor allem bei den Regelungen zur humanitären Intervention von vergleichbaren Grundsätzen ausgeht.

Der Argumentation von *Rawls* liegt aber eine von ihm nicht angesprochene weitere Selbstbeschränkung zugrunde, auf die *Nussbaum*¹³ hinweist: Wie alle anderen Vertreter von kontraktualistischen Staats- und Gerechtigkeitsmodellen ist auch *Rawls* nur in der Lage, eine Verständigung über Solidarität und Gerechtigkeit innerhalb einer Nation zu erreichen. Nur die Nation bzw. der Staat ist ein Ort, innerhalb dessen die institutionellen Voraussetzungen einer liberalen Gesellschaft verwirklicht werden können. Dabei ist wichtig, dass für *Rawls* eine liberale Gesellschaft ein breites Spektrum konkreter Ausgestaltungen annehmen kann, etwa in der Frage der Kultur- und Wirtschaftsordnung mit entsprechenden unterschiedlichen Auswirkungen auf die soziale Gerechtigkeit. Es gibt deshalb

11 | Durch Zuwanderung können bekanntlich nicht unerhebliche Geldtransfers in die Herkunftsländer ermöglicht werden, die zur Verbesserung des Lebensstandards und der wirtschaftlichen Entwicklung beitragen.

12 | *Rawls*, 2002, 143ff. Siehe auch die Kritik von *Nussbaum*, 2010, 364ff.

13 | *Nussbaum*, 2010, 315f.

nicht »die« liberale Gesellschaft und »die« soziale Gerechtigkeit, sondern nur ein Spektrum, innerhalb dessen sich einzelne Nationen bewegen können, um als liberale Gesellschaften anerkannt werden zu können. Vor diesem Hintergrund ist eine Verständigung über Gerechtigkeit, die den Staat überschreitet, jenseits elementarer Anforderungen jedoch strukturell ausgeschlossen. Zwischen Staaten bestehen keine institutionellen Rahmenbedingungen, die eine mit der Solidarität auf staatlicher Ebene vergleichbare Solidarität begründen könnten, wie sie für die Anwendung des Differenzprinzips erforderlich ist. Der daraus ebenfalls folgende Vorrang der Interessen der eigenen Bürger gegenüber Ausländern hat zur Konsequenz, dass es kein allgemeines Einwanderungsrecht gibt und die staatlichen Pflichten nicht über die Gewährung von Asyl hinausgehen.

Nussbaum hat die strukturelle Begrenztheit des von *Rawls* entwickelten Argumentationsansatzes auch im Hinblick auf die internationale Gerechtigkeit kritisiert und auch für diesen Bereich die Anwendung des von ihr und *Amartya Sen*¹⁴ entwickelten Befähigungsmodells vorgeschlagen.¹⁵ Der Unterschied dieses Ansatzes besteht vor allem darin, dass sich die normativen Vorgaben der Theorie nicht auf institutionelle Rahmenbedingungen (liberale Gesellschaft) und Verfahren (Differenzprinzip, Schleier des Nichtwissens) beziehen, sondern auf substanzielle Gewährleistungen, wie Befähigungen oder Fähigkeiten, die in der Sache mit den bedeutendsten bürgerlichen und sozialen Menschenrechten in vielen Punkten übereinstimmen, aber auch andere Dimensionen einbeziehen.¹⁶

14 | Siehe dazu *Sen*, 2010, 281ff. Zum Ganzen auch *Kluth*, 2010, 135; *Kluth*, 2013, § 29.

15 | *Nussbaum*, 2010, 376ff.

16 | Siehe die »Kataloge« bei *Sen*, 2010, 253ff. und *Nussbaum*, 1998, 227ff.: »1. Fähig zu sein, bis zum Ende eines vollständigen Lebens leben zu können, soweit, wie es möglich ist; nicht frühzeitig zu sterben oder zu sterben, bevor das Leben so vermindert ist, dass es nicht mehr lebenswert ist. 2. Fähig zu sein, eine gute Gesundheit zu haben; angemessen ernährt zu werden; angemessene Unterkunft zu haben; Gelegenheit zur sexuellen Befriedigung zu haben; fähig zu sein zur Ortsveränderung. 3. Fähig zu sein, unnötigen und unnützen Schmerz zu vermeiden und lustvolle Erlebnisse zu haben. 4. Fähig zu sein, die fünf Sinne zu benutzen; fähig zu sein, zu phantasieren, zu denken und zu schlussfolgern. 5. Fähig zu sein, Bindungen zu Personen außerhalb unserer selbst zu unterhalten; diejenigen zu lieben, die uns lieben und sich um uns kümmern; über ihre Abwesenheit zu trauern; in einem

Wer nun aber erwartet, dass für *Nussbaum* die Forderungen einer grenzüberschreitenden, internationalen Gerechtigkeit wesentlich weiter gehen als bei *Rawls*, sieht sich enttäuscht. Denn obwohl *Nussbaum* den begrenzten Begründungsrahmen des Nationalstaates in ihrer Argumentation überwindet, muss auch sie anerkennen, dass bei der Begründung von Ansprüchen jede über den staatlichen Rahmen hinausgehende Konzeption an Grenzen stößt. Auch für *Nussbaum* bleibt der Staat die Institution, die alleine in der Lage ist, eine umfassende Solidarität zu begründen und zu fordern. Sie schließt sich dabei unter Berufung auf *Adam Smith* der Sicht von *Rawls* an, dass sich die Interpretation von Menschenwürde und Gerechtigkeit von Gesellschaft zu Gesellschaft unterscheiden kann und sich die Völker gerade in Staaten auf ein Modell in einer auf Autonomie basierenden Form verständigen können.¹⁷

Forderungen nach einer weiter reichenden distributiven Gerechtigkeit, die auch die Erweiterung des Einreiserechts umfassen, lassen sich demnach weder aus den Menschenrechten noch aus den vorherrschenden Konzeptionen der politischen Philosophie ableiten. Das im internationalen Recht verankerte Konzept, das den Nationalstaaten die Zustän-

allgemeinen Sinne lieben und trauern sowie Sehnsucht und Dankbarkeit empfinden zu können. 6. Fähig zu sein, sich eine Auffassung des Guten zu bilden und sich auf kritische Überlegungen zur Planung des eigenen Lebens einzulassen. 7. Fähig zu sein, für und mit anderen leben zu können, Interesse für andere Menschen zu zeigen, sich auf verschiedene Formen familialer und gesellschaftlicher Interaktion einzulassen. 8. Fähig zu sein, in Anteilnahme für und in Beziehung zu Tieren, Pflanzen und zur Welt der Natur zu leben. 9. Fähig zu sein, zu lachen, zu spielen und erholsame Tätigkeiten zu genießen. 10. Fähig zu sein, das eigene Leben und nicht das von irgendjemand anderen zu leben. 10a. Fähig zu sein, das eigene Leben in seiner eigenen Umwelt und in seinem eigenen Kontext zu leben.«

17 | *Nussbaum*, 2010, 402, 427f.: »Wie ich gezeigt habe, hat die nationale Souveränität einen moralischen Wert, weil sie eine Form darstellt, in der die Menschen ihre Autonomie, also ihr Recht, sich selbst eigene Gesetze zu geben, zum Ausdruck bringen können. [...]. Der Fähigkeitenansatz betont, dass bestimmte elementare Ansprüche Teil aller einzelstaatlichen Verfassungen der Welt sein sollten. Er lässt jedoch sehr viel Raum für Unterschiede in der Interpretation und der institutionellen Umsetzung sowie für Differenzen in anderen Bereichen außerhalb dieses Kerns. Der Schutz der nationalen Souveränität in einer pluralistischen Welt ist ein wichtiger Aspekt des Schutzes menschlicher Freiheit.«

digkeit zur Ausgestaltung sozialer Gerechtigkeit und Solidarität zuweist und in diesem Kontext weite Gestaltungsräume für die Regelung der Zuwanderung überlässt, ist keinen grundsätzlichen Einwänden ausgesetzt. Im Gegenteil: es erweist sich als notwendiger Rahmen einer internationalen Ordnung, die den einzelnen Gesellschaften ausreichenden Raum für Autonomie belässt. Die Feststellung von *Nussbaum*, ein Weltstaat sei *ipso facto* tyrannisch¹⁸, mag zu weit gehen. Sie beruht aber grundsätzlich auf einer zutreffenden Einschätzung der Gefährdungslage und kann allenfalls durch moderate Konzepte einer föderal organisierten Weltregierung¹⁹ entkräftet werden.

4. DER »DETEKTIVISCHE ZUG« DER MENSCHENRECHTSDEBATTE

Dieses bescheidene Ergebnis einer mit viel Aufwand betriebenen theoretischen Reflexion sollte indes nicht zu dem Schluss verleiten, dass den Menschenrechten jenseits elementarer Sicherungen kaum Bedeutung für die Förderung der Migrationsgerechtigkeit zukomme. Zu diesem Zweck muss die Aufmerksamkeit auf wichtige dynamische Elemente gelenkt werden, die im modernen System des Schutzes und der Entwicklung der Menschenrechte enthalten sind. Diese bestehen im Wesentlichen aus zwei Elementen: erstens aus den mit den Menschenrechtspakten verbundenen Überwachungsmechanismen und zweitens aus den Prozessen der Konkretisierung einzelner Menschenrechte durch spezielle Verträge und Konventionen. Hinzu kommt als drittes, auf einzelstaatlicher Ebene zu verortendes Element der Einfluss von Menschenrechten auf die Interpretation von Normen durch die Gerichte.

Sieht man von den wirkungsmächtigen regionalen Menschenrechtspakten der EMRK und der AMRK einmal ab, so fehlt es den internationalen Menschenrechtspakten an gerichtlichen Durchsetzungsmechanismen. Diese waren zwar bei der Konzeption der internationalen Menschenrechtspakte als Option vorgesehen, fanden jedoch keine ausreichende Ratifikationsmehrheit. Man setzt deshalb auf die Arbeit einer Menschenrechtskommission, die das Verfahren der Berichtsprüfung be-

18 | *Nussbaum*, 2010, 429.

19 | Dazu *Höffe*, 2010, 82ff.

treibt, bei dem zu einzelnen Staaten auf der Grundlage von Nationalen Berichten und Expertenberichten Stellungnahmen verabschiedet werden, die selbst keine Sanktionswirkung besitzen, sondern durch öffentlichen Druck die Staaten zu einer Beseitigung von Missständen bewegen sollen.²⁰ Das Verfahren wurde nach Kritik am ursprünglichen Format im Jahr 2006 grundlegend reformiert und wird nun als wirksamer eingeschätzt.²¹

Von großer praktischer Bedeutung für das Migrationsrecht ist die Konkretisierung von Menschenrechten durch thematisch spezialisierte Konventionen, die der näheren Ausgestaltung und Durchsetzung einzelner Menschenrechte dienen. Beispiele dafür sind das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979 (CEDAW)²², das Internationale Übereinkommen von 1966 zur Beseitigung aller Formen der Rassendiskriminierung²³ sowie das Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989.²⁴ Jenseits der Begründung von konkreten Rechtspflichten wird durch solche Abkommen, ebenso wie durch die Stellungnahmen des Menschenrechtsausschusses, die so genannte »detektivistische Wirkung von Menschenrechten«²⁵, die unter anderem dazu beiträgt, dass das Problembewusstsein für bestimmte Menschenrechtsverletzungen geschärft und damit zugleich das Gespür für Verfolgungsgründe verfeinert wird.

Zu erwähnen ist schließlich die Bedeutung, die menschenrechtlichen Gewährleistungen bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts durch die deutschen Gerichte zukommt. Hier ist den letzten Jahren eine steigende Sensibilität zu beobachten, die vor dem Hintergrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes auch eine Völkerrechtsfreundlichkeit der Rechtsanwender etabliert hat. Die methodisch korrekte Einbeziehung auch solcher völkerrechtlicher Abkommen, die nicht den Status eines völkerrechtlichen Vertrages besitzen, etwa im Rahmen der

20 | Dazu, differenzierend nach den einzelnen Pakten, *Opitz*, 2002, 74ff.; *Vedder*, 2009, § 174, Rn. 128ff.; *Tomuschat*, 2008, 167ff.

21 | *Tomuschat*, 2008a, 197f.

22 | *Heintschel von Heinegg*, 2009, § 175, Rn. 7ff.

23 | *Heintschel von Heinegg*, 2009, § 175, Rn. 64ff.

24 | *Heintschel von Heinegg*, 2009, § 175, Rn. 47ff.; exemplarisch: *Cremer*, 2006.

25 | *Habermas*, 1998, 180 unter Bezugnahme auf *Wingert*, 1995.

Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe²⁶, ermöglicht eine Übernahme der menschenrechtlichen Entwicklung auch unabhängig von förmlichen Umsetzungsakten. Gerichte tragen dadurch ebenfalls im Rahmen ihrer zwar beschränkten, aber faktisch sehr wirkmächtigen Gestaltungsmöglichkeiten²⁷ zur Migrationsgerechtigkeit bei.

5. DIE EUROPÄISCHE UNION ALS MODELL EINER REGIONALEN MIGRATIONS- UND SOLIDARGEMEINSCHAFT

Die bisherigen Überlegungen erfolgten vor dem Hintergrund einer binären Ordnung, in der sich Einzelstaaten und Weltordnung gegenüberstehen. Mit der Europäischen Union ist nunmehr eine Rechtsordnung in die Überlegungen einzubeziehen, die den Schritt zu einer regionalen Migrationsordnung beschritten hat. Das dabei zugrunde gelegte Modell von Migrationsgerechtigkeit verdient besondere Aufmerksamkeit.

5.1 Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger als neues Paradigma

Die Gewährleistung von Freizügigkeit stand von Beginn an im Zentrum der Europäischen Integration. Neben dem freien Warenverkehr, dem bis heute die größte wirtschaftliche Bedeutung im Binnenmarktgeschehen zukommt, wurden von Beginn an die Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie die mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit verbundenen Freizügigkeitsrechte, die sich auch auf Mitarbeiter und Familienangehörige aus Drittstaaten erstreckten, gewährleistet.²⁸

Einen systematisch entscheidenden Schritt, durch den das Freizügigkeitsrecht von der wirtschaftlichen Betätigung abgekoppelt und nur an den Personenstatus geknüpft wurde, vollzog sodann der Vertrag von Maastricht, bei dem mit der politischen Union die Unionsbürgerschaft als

26 | Das gilt auch für die Berücksichtigung der AEMR: *Nettesheim*, 2009, § 173, Rn. 38ff.

27 | Dazu näher *Kluth*, 2011, 51ff.

28 | Siehe vertiefend die Darstellungen bei *Schönberger*, 2005, 315ff.; *Wollenschläger*, 2007, 90ff.

neuer grundlegender Status der Unionsbürger²⁹ eingeführt und diesen ein primärrechtliches, allgemeines Freizügigkeitsrecht in Art. 8b EGV (anschließend Art. 18 EGV und heute Art. 21 AEUV) zuerkannt wurde. Obwohl Art. 21 II AEUV das allgemeine Freizügigkeitsrecht nach Wortlaut und Systematik von den sekundärrechtlich geregelten »Bedingungen und Voraussetzungen« abhängig macht, geht der EuGH in seiner Rechtsprechung von einem direkt aus Art. 21 I AEUV folgenden subjektiven Recht aus, mit der Folge, dass die beschränkenden Regelungen an diesem zu messen sind und verhältnismäßig sein müssen.³⁰ Diese methodisch umstrittene Interpretation der Freizügigkeit der Unionsbürger ist nicht ohne Bedeutung für das Verständnis der Unionsbürgerschaft als Status, da dieser damit in seiner primärrechtlichen Dimension verstärkt wird. Umgekehrt würde aus Art. 21 AEUV lediglich ein sekundärrechtlich bedingtes subjektives Recht folgen.

Die Bedeutung dieses allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger, das durch die Richtlinie 2004/38/EG auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH³¹ näher ausgestaltet und im mitgliedstaatlichen Aufenthaltsrecht integriert ist³², wird in ihrer großen Reichweite erst deutlich, wenn ihre Wechselwirkungen mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV³³ sowie ihre Wirkungen im Bereich der sozialen Rechte³⁴ in den Blick genommen werden. Neben der Freizügigkeit der Unionsbürger innerhalb des Binnenmarktes, die sowohl die Ein- als auch die Ausreise umfasst, wird für ausreisende Unionsbürger die »Mobilität« ihrer im Heimatstaat erworbenen sozialen Rechte geschaffen³⁵ und für einreisende Unionsbürger im Falle eines unionsrechtlich rechtmäßigen

29 | So die ständige Formulierung des EuGH Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Rn. 31 (Grzelczyk); zuletzt Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, Rn. 41 (Ruiz Zambrano): dazu kritisch *Hailbronner/Thym*, 2011, 2008ff.

30 | Siehe zu diesem Verständnis der Rechtsprechung *Stewen*, 2011, 100ff.

31 | Zur Richtlinie und ihrer Orientierung an der Rechtsprechung des EuGH näher *Stewen*, 2011, 77ff.

32 | In Deutschland: Freizügigkeitsgesetz/EU; dazu im Einzelnen *Kurzidem*, 2008, § 6.

33 | Dazu vertiefend *Kluth*, 2011a, Art. 21 AEUV, Rn. 3, 6; *Wollenschläger*, 2007, 325ff.

34 | *Stewen*, 2011, 140ff.; *Schönberger*, 2005, 349ff.

35 | *Kluth*, 2011a, Art. 21 AEUV, Rn. 4.

Aufenthalts ein (begrenzter) Zugang zu den sozialen Sicherungssystemen des Aufnahmelandes begründet.³⁶ Die Unionsbürger werden damit zwar noch immer nicht den Staatsangehörigen völlig gleichgestellt. Sie werden aber in die solidarischen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten einbezogen mit der Folge, dass die Statusdifferenzen zu den Staatsangehörigen erheblich reduziert werden.³⁷

Es liegt nahe, diese Entwicklung auch aus dem Blickwinkel der von *Georg Jellinek* entwickelten Statuslehre³⁸ zu interpretieren. Dabei geht es weniger darum, die verschiedenen formalen Dimensionen³⁹ in den Blick zu nehmen, die mit der Statuslehre verbunden werden. Von Bedeutung ist vielmehr die diesen zugrunde liegende Sichtweise des Bürgerstatus als Rechtsverhältnis. Mit dem Verständnis der Unionsbürgerschaft als grundlegendem Status wird deshalb zum Ausdruck gebracht, dass der einzelne Unionsbürger in einer fundamentalen Rechtsbeziehung sowohl zur Union als auch zu den (allen!)⁴⁰ Mitgliedstaaten steht, die unabhängig ist vom Gebrauch einzelner Rechte. Diese Dimension des Statusdenkens erschließt sich nicht durch den Hinweis, der Status der Unionsbürgerschaft könne nicht mehr leisten oder garantieren als die Summe der im Primär- und Sekundärrecht geregelten Einzelrechte.⁴¹ Damit wird nur auf den ersten Blick an den Wortlaut des Art. 19 AEUV angeknüpft, denn die erste Aussage und Wirkung dieser Norm besteht gerade darin, eine dogmatische Grundlage für die Zuweisung dieser Rechte zu schaffen: die Unionsbürgerschaft als personale Dauerrechtsbeziehung, die zudem ausweislich des Art. 25 AEUV dynamisch auf Zuwachs an Rechten hin ausgelegt ist.⁴² An die Idee eines Status in diesem Sinne knüpfte der EuGH

36 | EuGH U. v. 18.12.2007, Rs. C-396/05 (*Doris Habelt*) u.a. mit Anmerkung *Kluth*, 2008, 64ff.; EuGH U. v. 20.6.2007, Rs. C-352/06 (*Brigitte Bosmann*) mit Anmerkung *Kluth*, 2008a, 238ff.

37 | Zu den nach wie vor bestehenden substantiellen Unterschieden *Kluth*, 2011a, Art. 20 AEUV, Rn. 16f.; zur Sichtweise des BVerfG: BVerfGE 89, 155 (184).

38 | Dazu im hundertsten Todesjahr Jellineks *Brugger*, 2011, 1ff.

39 | Konkret: status subiectionis (Souveränität), status libertatis/negativus (Liberalität), status activus (Demokratie), status positivus (Sozialstaat). Siehe dazu näher *Jellinek*, 1902, 82ff.

40 | Siehe dazu Art. 23 AEUV und dazu *Kluth*, 2011a, Art. 23 AEUV, Rn. 2.

41 | Siehe auch *Hailbronner/Thym*, 2011, 2008ff.

42 | *Kluth*, 2011a, Art. 25 AEUV, Rn. 5f.

auch in seiner Entscheidung *Ruiz Zambrano* an, in der es um die Ausweisung der Eltern mit Drittstaatsangehörigkeit von zwei Kindern mit Unionsbürgerschaft ging, die nicht alleine im Gebiet der Union hätten verbleiben können. Dies hätte aber dazu geführt, dass ihnen die durch die Erlangung der belgischen Staatsangehörigkeit zugewachsene Unionsbürgerschaft in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht keinerlei rechtliche Wirkungen mehr entfaltet hätte. Diese Rechtsfolge würde nach Ansicht des EuGH die Unionsbürgerschaft und das mit ihr verbundene Aufenthaltsrecht zu einem *nudum ius* entleeren, eine Rechtswirkung, die mit dem Status der Unionsbürgerschaft nicht zu vereinbaren gewesen wäre. Ob es glücklich war, in diesem Zusammenhang von einem Kernbestand an Rechten, die mit der Unionsbürgerschaft verbunden sind, zu sprechen, ohne dies inhaltlich zu konturieren, ist fraglich. Auch wäre es methodisch überzeugender gewesen, das vorlegende mitgliedstaatliche Gericht auf das naheliegende Ergebnis hinzuweisen, da zugleich die belgische Staatsangehörigkeit der Kinder in ihren rechtlichen Wirkungen in Frage gestellt wurde.

Festzuhalten bleibt, dass mit der Unionsbürgerschaft und dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 AEUV auf einem hohem Niveau eine Migrationsfreiheit für Unionsbürger begründet wird, die zwar nicht zu einer vollständigen Integration in die mitgliedstaatliche Solidargemeinschaft führt, sich dieser aber sehr stark annähert, so dass nur noch unter besonderen Bedingungen Ungleichbehandlungen und damit letztlich Ausweisungen erfolgen können.

5.2 Die Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen

Neben und mit der Entwicklung des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger ist auch die bereits erwähnte Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen hervorzuheben, die zur Familie von Unionsbürgern gehören. Es gehört zu den Besonderheiten dieser Rechtsentwicklung, dass im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/38/EG die Familienangehörigen von Unionsbürgern besser behandelt werden als die Familienangehörigen von Deutschen.⁴³ Die Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen, die sich in einem Mitgliedstaat rechtmäßig aufhalten, in das Freizügigkeitsregime der Unionsbürger ist ein programmatisches Ziel der Unionspolitik,

43 | Dazu näher *Kurzidem*, 2008, § 6, Rn. 22ff.; *Fischer-Lescano*, 2005, 288ff.

das seinerseits menschenrechtliche Implikationen der Migrationsgerechtigkeit erkennen lässt. Hinter der Gleichbehandlung steht der Gedanke, dass jedenfalls ab dem Zeitpunkt, in dem sich ein Drittstaatsangehöriger rechtmäßig⁴⁴ in einem Mitgliedstaat aufhält, die Vorzüge und Freiheiten des Raumes der Freiheit und der Sicherheit auch ihm zugutekommen sollen. Die rechtmäßige Anwesenheit begründet in diesen Fällen ebenfalls einen Anspruch auf Zugehörigkeit, allerdings nicht mit der gleichen sachlichen Reichweite, wie dies bei den Unionsbürgern der Fall ist. Zu dieser Entwicklung hat maßgeblich die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK beigetragen, durch die die rechtlichen Folgen der Anwesenheit verdeutlicht und rechtlich abgesichert wurden.⁴⁵

6. FAZIT UND AUSBLICK

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass unter Berufung auf Migrationsgerechtigkeit keine weitgehende Freigabe der Zuwanderung von den einzelnen Staaten verlangt werden kann. Auch für moderne Gerechtigkeitstheorien, die den von *Rawls* entwickelten Zielsetzungen und Konkretisierungsmechanismen folgen, bleibt es primär Aufgabe der Einzelstaaten, durch die Entwicklung einer liberalen Gesellschaftsordnung mit angemessenen institutionellen Rahmenbedingungen den menschenrechtlich verbrieften Ansprüchen der Bürger gerecht zu werden.⁴⁶

Eine darüber hinausgehende Verantwortung besteht jedoch im Hinblick auf die Verpflichtungen aus den Menschenrechtspakten immer dann, wenn andere Staaten gegenüber den eigenen Bürgern die Menschenrechte auch in elementaren Bereichen nicht gewährleisten oder aus sonstigen Gründen nicht in der Lage sind, menschenwürdige Lebensbedingungen zu gewährleisten. In diesen Fällen ist es ein menschenrechtlich begründetes Gebot, einerseits die Entwicklung in diesen Staaten durch Entwicklungshilfe oder humanitäre Interventionen zu fördern, andererseits aber auch die Zuwanderung im Rahmen des Flüchtlingsrechts zu ermöglichen.⁴⁷

44 | Genauer: nach unionsrechtlichen Maßstäben rechtmäßig.

45 | Dazu näher *Kluth*, 2009, 381ff.

46 | *Maaßen*, 1997, 380ff.

47 | Zu diesem Zusammenhang auch *Cyrus*, 2010, 317ff.

Ein solches Verhalten ist eine wesentliche Bedingung für die wirk-
same Umsetzung der Menschenrechtspakte, da diese nach wie vor nur
durch die Einzelstaaten erfüllt werden können.

Der Entwicklung und Ausgestaltung der Menschenrechte kommt für
die Ausdifferenzierung der Migrationsgerechtigkeit vor allem bei der Ver-
feinerung der Erkenntnis von Verfolgungsgründen eine unterstützende
und orientierende Funktion zu. Dies gilt insbesondere für das Verständ-
nis von Diskriminierungsverboten.

Darüber hinaus ist mit *Martha Nussbaum* davon auszugehen, dass an
den einzelstaatlichen Strukturen auch aus Gründen der Sicherung der
Autonomie der Nationen und ihres Rechts auf eigenständige Gestaltung
der politischen und kulturellen Rahmenbedingungen des Zusammenle-
bens festzuhalten ist. Mit jeder Uniformierung der Lebensbedingungen
auf der überstaatlichen Ebene sind Gefährdungen des Pluralismus und
der Freiheit verbunden. Aber auch die Bereitschaft zu solidarischem Ver-
halten, die für die Aufnahme von Flüchtlingen und Zuwanderung aus
sonstigen Gründen erforderlich ist, kann nur innerhalb eines Rahmens
erfolgen, in dem politische Selbstbestimmung gewährleistet ist. Die
Europäische Union besitzt inzwischen aufgrund ihrer weit entwickelten
solidarischen Elemente neben den Mitgliedstaaten grundsätzlich einen
solchen Rahmen. Seine Tragfähigkeit und Belastbarkeit sollte aber nicht
überschätzt werden. Es ist noch nicht an der Zeit, auf Unionsebene die
gleiche Solidarität einzufordern, wie dies auf staatlicher Ebene möglich
ist. Deshalb sollte eine Erweiterung der Vereinheitlichung des Migra-
tionsrechts nur mit großer Vorsicht auf den Weg gebracht werden, um die
Entwicklung der Union als politische Union nicht zu gefährden. Mit dem
erforderlichen Augenmaß kann sich die Europäische Union aber auch
weiterhin als innovatives Labor der Migrationsgerechtigkeit erweisen.

LITERATUR

- Beitz, Charles, R. (1979): *Political Theory and International Relations*,
Princeton.
- Brugger, Winfried (2011): Georg Jellineks Statuslehre: national und inter-
national. Eine Würdigung und Aktualisierung anlässlich seines 100.
Todesstages im Jahr 2011, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts* 136 (2011),
Nr. 1.

- Cremer, Hendrik (2006): Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, Baden-Baden.
- Cyrus, Norbert (2010): Irreguläre Migration – Zum Stand der Diskussion menschenrechtlicher Ansätze in der Bundesrepublik Deutschland, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2010, 317ff.
- Eichenhofer, Eberhard (2012): Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen- und deutschen Recht, Tübingen.
- Eichenhofer, Eberhard (2013): Einreisefreiheit und Ausreisefreiheit, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2013, 135.
- Fischer-Lescano, Andreas (2005): Nachzugsrechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern deutscher Unionsbürger, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2005, 288.
- Habermas, Jürgen (1998): Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: ders., Die postnationale Konstellation, Frankfurt, 170
- Hailbronner, Kay (2008): Asyl- und Ausländerrecht, 2. Auflage, Stuttgart.
- Hailbronner, Kay/Thym, Daniel (2011): Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, in: NJW 2011, 2008.
- Hecht, Bettina (2008): in: Kluth, Winfried/Hund, Michael/Maaßen, Hans-Georg, Zuwanderungsrecht, Allgemeines Zuwanderungs- und Aufenthaltsrecht, Aufenthaltsrecht nach europäischem Recht, Baden-Baden, § 5.
- Heintschel von Heinegg (2009): Spezielle Menschenrechtspakte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen, Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/2, Heidelberg, § 175.
- Hoerder, Dirk/Lucassen, Jan/Lucassen, Leo (2007): Terminologien und Konzepte in der Migrationsforschung, in: Bade, Klaus J./Emmer, Pieter C./Lucassen, Leo/Oltmer, Jochen, Enzyklopädie Migration in Europa – Vom 17. Jahrhundert bis zur Gegenwart, Paderborn, 28.
- Höffe, Otfried (2010): Eine Weltrechtsordnung als subsidiäre und föderale Weltrepublik, in: Kluth, Winfried, Facetten der Gerechtigkeit, Baden-Baden, 82.
- Jellinek, Georg (1902): System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen.
- Kluth, Winfried (2008): Anmerkung zu EuGH U. v. 18.12.2007, Rs. C-396/05 (Doris Habelt), in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 2008, 64.

- Kluth, Winfried (2008a): Anmerkung zu EuGH U. v. 20.6.2007, Rs. C-352/06 (Brigitte Bosmann), in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2008, 238.
- Kluth, Winfried (2009): Anwesenheit und Zugehörigkeit – Zur grundrechtsdogmatischen Verortung von Verwurzelung als neuem Topos des Aufenthaltsrechts, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2009, 381.
- Kluth, Winfried (2010): Kriterien der Gerechtigkeit, in: ders., *Facetten der Gerechtigkeit*, Baden-Baden, 122.
- Kluth, Winfried (2011): Gerechtigkeit in der Rechtsprechung, in: *Staatsskanzlei des Landes Sachsen-Anhalt* (Hg.), *Unsere Suche nach Gerechtigkeit*, Halle, 51.
- Kluth, Winfried (2011a): Art. 20-25 AEUV in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, *EUV/AEUV*, 4. Aufl., München, 2011.
- Kluth, Winfried (2013): Gerechtigkeit, in: Kube, Hanno/Mellinghoff, Rudolf/Morgenthaler, Gerd/Palm, Ulrich/Seiler, Christian/Puhl, Thomas, *Leitgedanken des Rechts*, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg, § 29.
- Krings, Günter (2003): *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, Berlin.
- Kurzidem, Clemens (2008): in: Kluth, Winfried/Hund, Michael/Maaßen, Hans-Georg, *Zuwanderungsrecht, Allgemeines Zuwanderungs- und Aufenthaltsrecht, Aufenthaltsrecht nach europäischem Recht*, Baden-Baden, 2008, § 6.
- Maaßen, Hans-Georg (1997): *Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht*, Frankfurt.
- Nettesheim, Martin (2009): Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Bd. VI/2, Heidelberg, § 173.
- Nussbaum, Martha C. (1998): *Gerechtigkeit oder das Gute Leben*, Berlin.
- Nussbaum, Martha C. (2010): *Grenzen der Gerechtigkeit – Behinderung, Nationalität und Spezieszugehörigkeit*, Berlin.
- Opitz, Peter J. (2002): *Menschenrechte und Internationaler Menschenrechtsschutz im 20. Jahrhundert*, München.
- Pogges, Thomas W. (1994): An Egalitarian Law of Peoples, in: *Philosophy and Public Affairs* 23 (1994).
- Rawls, John (2002): *Das Recht der Völker*, Berlin.
- Schönberger, Christoph (2005): *Unionsbürgerschaft*, Tübingen.

- Sen, Amartya (2010): Die Idee der Gerechtigkeit, München.
- Stewen, Susanne (2011): Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, Tübingen.
- Tomuschat, Christian (2008): Human Rights. Between Idealism and Realism, 2. Aufl., Oxford.
- Tomuschat, Christian (2008a): Internationaler Menschenrechtsschutz – Anspruch und Wirklichkeit, in: Zeitschrift Vereinte Nationen, 5/2008, 195.
- Vedder, Christoph (2009): Die allgemeinen UN-Menschenrechtspakte und ihre Verfahren, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen, Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/2, Heidelberg, § 174.
- Wingert, Lutz (1995): Türöffner zu geschlossenen Gesellschaften, in: Frankfurter Rundschau vom 6.8.1995.
- Wollenschläger, Ferdinand (2007): Grundfreiheit ohne Markt, Tübingen.
- Zimmermann, Andreas (2006): Ausweisungsschutz (Kap. 27), in: Grote, Rainer/Marauhn, Thilo, EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen.

