Europäische Einwanderungspolitik: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen

Matthias Knauff*

A. Einleitung 12
B. Einwanderung 13
I. Begrifflichkeit 14
II. Einwanderungswirklichkeit 16
C. Europäische Einwanderungspolitik 17
I. Primärrecht 18
1. Reichweite der Gemeinschaftskompetenz 19
a) Normativer Ausgangspunkt 20
b) Insbesondere: Einwanderung und Arbeitsmarkt 20
2. Konzeptionelle Besonderheiten 23
a) Rechtssetzung 24
b) Rechtskontrolle 25
c) Rolle des nationalen Rechts 27
II. Sekundärrecht 29
1. Rechtsakte 30
a) Legale Einwanderung 30
(1) Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige 30
(2) Familienzusammenführung 31
(3) Status langfristig Aufenthaltsberechtigter 33
b) Illegale Einwanderung 34
(1) Anerkennung von Rückführungsentscheidungen 35

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staatsrecht, Völkerrecht, Internationales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht von Herrn Prof. Dr. E. Pache an der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Rücktransport durch Beförderungsunternehmer 36
(3) Beihilfe zur unerlaubten Einwanderung 37
2. Vorschläge – insbesondere Einreise von Drittstaatsangehörigen zur Erwerbstätigkeit 38
D. Fazit 40

A. Einleitung

Auf seiner Tagung im Juni 2003 in Thessaloniki befasste sich der Europäische Rat neben dem Konventsentwurf über eine Europäische Verfassung schwerpunktmäßig mit Fragen der Einwanderungspolitik. Obwohl diese in allen Mitgliedstaaten seit Jahrzehnten von Bedeutung und politisch höchst umstritten[1] sind, handelt es sich dabei auf europäischer Ebene um einen bislang weitgehend vernachlässigten Bereich.[2]

Angesichts der gesamteuropäischen Dimension des Problemkreises und der Öffnung der Binnengrenzen können Maßnahmen jedoch nicht mehr wirksam auf nationaler Ebene ergriffen werden.[3] Die Herausbildung einer europäischen Einwanderungspolitik und damit zugleich eines europäischen Einwanderungsrechts

1 *Bade*, Einwanderungskontinent Europa: Migration und Integration am Beginn des 21. Jahrhunderts, in: ders. (Hrsg.), Einwanderungskontinent Europa: Migration und Integration am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2001, S. 19 (19, 23); vgl. zuletzt auch die Diskussion um die Schaffung eines Zuwanderungsgesetzes in Deutschland.

2 Ohne Resonanz blieben 1978 ein Richtlinienentwurf der Kommission bezüglich der Bekämpfung illegaler Einwanderung und illegale Arbeit, ABl. Nr. C 97 v. 22.4.1978, S. 9, wie auch spätere Ansätze, vgl. im Überblick *van Outrive*, Möglichkeiten zur Realisierung einer Einwanderungspolitik auf europäischer Ebene, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Europäische Einwanderungspolitik, 1995, S. 29 (29 ff.). Allerdings hat sich die Kommission nach dem Europäischen Rat in Wien 1998 sowie demjenigen in Tampere 1999, auf denen die Fortentwicklung des Politikbereichs beschlossen wurde, zunehmend zu einwanderungspolitischen Fragen geäußert, vgl. insbesondere KOM(2000) 757 endg.; KOM(2001) 175 endg.; KOM(2001) 387 endg.; KOM(2001) 672 endg.; KOM(2003) 179 endg.; KOM(2003) 323 endg.; KOM(2003) 336 endg.

3 *Franz*, Zur ökonomischen Bedeutung von Wanderungen und den Möglichkeiten und Grenzen einer Einwanderungspolitik, 1993, S. 32; *Gradin*, Perspectives of a European Immigration and Asylum Law, in: Hailbronner/Weil (Hrsg.), Von Schengen nach Amsterdam. Auf dem Weg zu einem europäischen Einwanderungs- und Asylrecht, 1999, S. 9; *Groß*, Europäische Grundrechte als Vorgaben für das Einwanderungs- und Asylrecht, KJ 34 (2001), S. 100 (110); *Guild*, Primary Immigration: The great Myths, in: dies./Harlow (eds.), Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law, 2001, S. 65 (90); *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 1559; *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand 8/2002, Art. 63 EGV Rdnr. 45; *Weidenfeld/Hillenbrand*, Einwanderungspolitk und die Integration von Ausländern – Gestaltungsaufgaben für die Europäische Union, in: Weidenfeld (Hrsg.), Das europäische Einwanderungskonzept. Strategien und Optionen für Europa, 1994, S. 11 (21); *Wollenschläger*, Grundzüge eines europäischen Einwanderungskonzeptes, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), (Fn. 2), S. 45 (45 ff.).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist daher unabdingbar. Auch wenn die normativen Grundlagen für eine solche bereits mit den Art. K.1 Nr. 3 EUV ansatzweise mit dem Vertrag von Maastricht 1992 geschaffen und durch die Einfügung der Art. 61 lit. a und b, 63 S. 1 Nr. 3 EGV erweitert wurden, kann erst in neuerer Zeit von einer tatsächlichen Herausbildung des Bereichs gesprochen werden.

Die neueren Entwicklungen auf höchster politischer Ebene geben Anlass zu einer juristischen Durchdringung des Bereichs. Der vorliegende Beitrag will sowohl eine Einführung in die tatsächliche Problematik der Einwanderung und der mit ihr verbundenen Fragestellungen als auch einen Überblick über die bestehenden primärrechtlichen Grundlagen als Rahmen für die Entwicklung einer europäischen Einwanderungspolitik geben. Abschließend ist auf neue Initiativen einzugehen, die sich teilweise bereits sekundärrechtlich niedergeschlagen, zum Teil aber auch das Vorschlagsstadium noch nicht überschritten haben. Angesichts des erwachten politischen Interesses ist jedoch zu erwarten, dass die als Vorschläge vorliegenden Rechtsakte wie auch die Vorarbeiten der Kommission in naher Zukunft das Grundgerüst eines europäischen Einwanderungsrechts bilden werden, dessen Konturen daher schon jetzt hervortreten.

B. Einwanderung

Die Geschichte der Migration ist so alt wie die Geschichte der Menschheit. Das Verlassen angestammter Orte durch Individuen und Gruppen und die Bewegung hin zu neuen Lebensräumen prägt, wenn auch im Regelfall unspektakulär, bis in die jüngste Zeit hinein die Entwicklung ganzer Erdteile.[4] Der Fremde war stets gedanklich, oft daneben räumlich und rechtlich von der angestammten Gemeinschaft getrennt.[5] Seine Integration erfolgte, wenn überhaupt, regelmäßig nur innerhalb langer Zeiträume und nicht ohne Schwierigkeiten.[6] Der Versuch der Einflussnahme auf die Migration sowohl im Hinblick auf ihre Voraussetzungen als auch ihre Folgen stellt daher eine Konstante in der Politik aller davon betroffenen Staaten dar.

---

4 (Kultur-)Geschichtlich ist insoweit auf die (historisch aber zweifelhafte) biblische Wanderung des Volkes Israel aus Ägypten nach Palästina, die Völkerwanderung in Europa, die maßgeblich das Ende des Römischen Reiches beeinflusste, wie auch die nationalsozialistische „Volk ohne Raum"-Theorie zu verweisen.

5 In rechtlicher Hinsicht ist insoweit etwa das Römische Fremdenrecht, in tatsächlicher Hinsicht auf die beabsichtigte und unbeabsichtigte Ghettoisierung hinzuweisen; unter Bezugnahme auf die neuere politische Diskussion *Bade*, (Fn. 1), S. 24.

6 Eine Ausnahme bilden insoweit in gewissem Umfang traditionelle Einwanderungsländer ohne eigenständigen langfristigen historischen Hintergrund wie die USA, vgl. *Schieffer*, Die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten in den Bereichen Asyl und Einwanderung, 1998, S. 140.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Begrifflichkeit

Was aber ist Einwanderung? In einem allgemeinen Verständnis ließen sich Einwanderung und Migration gleichsetzen. Jede Bewegung von Menschen aus ihrer Heimat in ein anderes Land stellt danach aus dessen Sicht Einwanderung dar.[7] Einwanderungsrecht wären damit alle Normen, die sich mit Migrationen befassen. Wenngleich damit das grundsätzliche Phänomen zutreffend beschrieben wird, ist jedoch für eine juristische Betrachtung eine solche formale und undifferenzierte Kennzeichnung nicht ausreichend.[8]

Notwendig ist zunächst eine personelle Eingrenzung. Einwanderer kann nur sein, wer als Fremder wahrgenommen wird, also nicht zur „örtlichen Gemeinschaft" zählt. Deren Bestimmung ist somit von großer Bedeutung und kann nicht willkürlich erfolgen. Sie muss daher durch das Recht vorgenommen werden. Im modernen Nationalstaat entscheidet die Staatsangehörigkeit über die rechtliche Zugehörigkeit des Einzelnen zu einer staatlich organisierten und damit nach außen abgrenzbaren Gemeinschaft. Auf nationaler Ebene ist damit aus rechtlicher Sicht Einwanderer, wer nicht über die Staatsangehörigkeit seines Aufenthaltsstaates verfügt. Auf supranationaler Ebene kann eine solche Bestimmung jedoch nicht genügen. Sie ist vielmehr spezifisch zu erweitern. Für die EU bedeutet dies, dass der personelle Anknüpfungspunkt die durch die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats vermittelte Unionsbürgerschaft, Art. 17 EGV, ist.[9] Europäische Einwanderungspolitik kann sich daher notwendigerweise nur mit dem Zuzug von Drittstaatsangehörigen in die EU, nicht aber mit Wanderungsbewegungen innerhalb dieser durch Unionsbürger befassen.

Eine Eingrenzung ist weiterhin in zeitlicher Sicht angebracht. Nicht jede Einreise einer Person in ein anderes Land kann sinnvollerweise als Einwanderung bezeichnet werden. Erforderlich ist vielmehr eine gewisse Dauerhaftigkeit des Aufenthalts. Zugleich ist es weder notwendig noch sachgerecht, von Einwanderung nur dann zu sprechen, wenn der Betreffende sich mit dem Ziel der endgültigen Niederlassung einschließlich des Erwerbs der Staatsangehörigkeit des Zuzugslandes in

---

7 Tatsächlich wird häufig ein solches Begriffsverständnis zugrunde gelegt, vgl. unter Bezugnahme auf die sächsische Bevölkerung *Sandig*, Zur Akzeptanz einer neuen Einwanderungspolitik unter besonderer Berücksichtigung der Situation in den neuen Bundesländern, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Von der Ausländer- zur Einwanderungspolitik, 1994, S. 97 (98).

8 Nicht in Abrede gestellt werden soll jedoch der enge Zusammenhang zwischen den verschiedenen Formen des Zuzugs, diesen besonders hervorhebend *Groß*, (Fn. 3), S. 100 f.

9 *Kugelmann*, Spielräume und Chancen einer europäischen Einwanderungspolitik, ZAR 1998, S. 243 (244); *Nanz*, Visapolitik und Einwanderungspolitik in der Europäischen Union, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres: Der dritte Pfeiler der Europäischen Union, 1996, S. 63 (64); *Raible*, Vorgaben und unmittelbar anwendbare Normen des supranationalen Rechts der Europäischen Gemeinschaft, in: Giegerich/Wolfrum (Hrsg.), Einwanderungsrecht – national und international. Staatliches Recht, Europa- und Völkerrecht, 2001, S. 37 (47); dahingehend auch *Groß*, (Fn. 3), S. 103; vgl. auch die entsprechende Definition des Drittstaatsangehörigen in Art. 2 lit. a der Familienzusammenführungsrichtlinie.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieses begibt. Nach allgemeiner Auffassung ist Voraussetzung für die Annahme einer Einwanderung daher die Einreise für mindestens drei Monate.[10] Dieses zeitliche Moment ist somit konstituierend für einen juristischen Einwanderungsbegriff.

Eine weitere notwendige Eingrenzung des Einwanderungsbegriffs ist zweckbezogener Natur. Nicht jede die obigen Voraussetzungen erfüllende Einwanderung ist eine solche im Sinne des spezifischen Einwanderungsrechts. Obwohl in engem sachlichen Zusammenhang mit diesem, ist insoweit von der Einwanderung die Gewährung politischen Asyls oder die Aufnahme von Flüchtlingen abzugrenzen.[11] Während letztere zumindest im Grundsatz als Reaktion auf eine Verfolgungssituation im Heimatstaat menschenrechtlich bedingt und (völker)rechtlichen Sonderregelungen[12] unterworfen ist, berührt die Einwanderung aus sonstigen Gründen die Grund- und Menschenrechte der Betroffenen nur in deutlich geringerem Maße und ist daher durch das Zuzugsgemeinwesen grundsätzlich frei steuerbar.[13] Ebenfalls von Einwanderungsrecht und -politik im materiellen Sinne abzugrenzen sind Vorschriften und Maßnahmen von nur formeller Bedeutung, wie die Notwendigkeit der Erteilung von Visa etc. In der Praxis wie auch in der öffentlichen Wahrnehmung sind die angesprochenen Bereiche jedoch auf vielfältige Weise miteinander verflochten und nur schwer voneinander zu trennen.

Aus europäischer Perspektive ist Einwanderung daher jeder nicht nur vorübergehende Zuzug von Drittstaatsangehörigen in das Territorium eines EU-Mitgliedstaats, der nicht auf die spezifischen Voraussetzungen der Asylgewährung zurückzuführen ist. Ein europäisches Einwanderungsrecht hat daher zum einen die Voraussetzungen und Folgen einer rechtmäßigen Einwanderung zu regeln, zum anderen aber auch die zu ergreifenden Maßnahmen im Falle der illegalen Einwanderung. Während der zweite Bereich in allen Mitgliedstaaten detailliert geregelt ist, bestehen Vorschriften im Hinblick auf eine aktive Steuerung der Einwanderung nur teilweise.[14]

---

10 *Nanz*, (Fn. 9), S. 64. In BVerwGE 36, 45 (51), wird Einwanderung als „Zuzug von Fremden in das Staatsgebiet zum Zwecke der Niederlassung" definiert.

11 *Röben*, (Fn. 3), Art. 63 EGV Rdnr. 33; *Wollenschläger*, (Fn. 3), S. 48.

12 Vgl. insbesondere Art. 14 AEMR, Art. 33 GFK, Art. 3, 8 EMRK.

13 *Brübach*, Die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Gebiet Inneres und Justiz, unter besonderer Berücksichtigung der Asyl- und Einwanderungspolitik sowie der polizeilichen Zusammenarbeit. Zugleich ein Beitrag zur Regierungskonferenz 1996 zur Revision des Maastricht-Vertrages, 1997, S. 152; *Groß*, (Fn. 3), S. 100; *Kugelmann*, (Fn. 9), S. 244.

14 Vgl. ausführlich die Beiträge in Giegerich/Wolfrum (Hrsg.), (Fn. 9), S. 75 ff.; ein allerdings nicht mehr auf dem neuesten Stand befindlicher Überblick findet sich bei *Wollenschläger*, (Fn. 3), S. 46; zur einwanderungspolitischen Situation in den Mitgliedstaaten siehe auch die nicht primär rechtlichen Beiträge in Bade (Hrsg.), (Fn. 1).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Einwanderungswirklichkeit

Obwohl politisch umstritten,[15] ist die Einwanderung in Europa ein unübersehbares Faktum[16] mit zahlreichen Effekten. Diese sind zunächst bevölkerungspolitischer Natur. Durch Einwanderung kann der Überalterung der Bevölkerung zumindest teilweise entgegengewirkt werden.[17] Damit verbunden sind in der Theorie, die eine legale Arbeitsaufnahme der Einwanderer unterstellt, positive Auswirkungen auf die Finanzierung der Sozialversicherungen und die Steuereinnahmen des Staates.[18] Regelmäßig positive Auswirkungen hat die legale Einwanderung daher auch entgegen häufig vorgetragener Befürchtungen[19] auf die Wirtschaft und den Arbeitsmarkt im Zuzugsstaat.[20] Gerade hochqualifizierte Einwanderer können in der modernen Gesellschaft zum Entstehen zusätzlicher Arbeitsplätze und zur wirtschaftlichen Entwicklung des Zuzugsstaates beitragen, wenn sie fehlende einheimische Arbeitskräfte ersetzen. Anders ist dies im Falle der illegalen Einwanderung. Diese steht in engem Zusammenhang mit dem Problem der Schwarzarbeit.[21] Unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts bestehen Schwierigkeiten regelmäßig im Hinblick auf Sprachkenntnisse der Einwanderer und die nicht zuletzt daraus resultierende fehlende Integration in die Gesellschaft des Zuzugsstaats. Auch kulturelle und religiöse Spannungen können durch Einwanderung hervorgerufen werden.[22]

---

15 Als diskussionsprägend in der Bundesrepublik kann insoweit der bis vor wenigen Jahren von CDU/CSU vorgetragene und heftig umstrittene Satz: „Deutschland ist kein Einwanderungsland" angesehen werden; dagegen unter Verweis auf die tatsächliche Situation in den alten Bundesländern *Sandig*, (Fn. 7), S. 98. *Schieffer*, (Fn. 6), S. 139, hebt hervor, dass die Regierungen der Mitgliedstaaten einer aktiven Einwanderungspolitik trotz der tatsächlichen Einwanderungssituation geschlossen ablehnend gegenüberstünden.

16 Laut Eurostat betrug die Nettoeinwanderung 2001 insgesamt 1,15 Mio., 2002 etwa 1 Mio., vgl. http://europa.eu.int/comm/eurostat/Public/datashop/print-product/DE?catalogue=Eurostat&product=KS-NK-02-025-__-N-DE&mode=download (Zugriffsdatum: 3.3.2004). Insgesamt stellen Zuwanderer in Westeuropa einen Anteil von über 7 Prozent an der Gesamtbevölkerung. Dies sind einschließlich der bereits eingebürgerten Ausländer etwa 28 Mio. Personen, vgl. *Hauschild*, Neues europäisches Einwanderungsrecht: Das Recht auf Familienzusammenführung, ZAR 2003, S. 266 (267).

17 *Hof*, Zuwanderungsbedarf der Länder der Europäischen Union, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), (Fn. 2), S. 7 (12 ff.); ähnlich *Schmidt*, Auf dem Weg zu einer Europäischen Einwanderungs- und Asylpolitik. Herausforderungen und künftige Aufgaben in einem gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2001, S. 209 ff.; einschränkend *Schieffer*, (Fn. 6), S. 39.

18 *von Loeffelholz*, Zuwanderung: Erfahrungen und Perspektiven der Zuwanderung in die Bundesrepublik aus ökonomischer Sicht, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), (Fn. 7), S. 41 (51 f.); *Thum*, Immigrationspolitik, 2000, S. 155, beziffert den Nettogewinn für das deutsche Rentensystem pro hinreichend qualifiziertem Zuwanderer auf 300.000 DM. Kritisch dagegen unter Bezugnahme auf die Entwicklung in der Rechtswirklichkeit *Franz*, (Fn. 3), S. 22 ff.

19 Zu diesen insbesondere am Beispiel Sachsens *Sandig*, (Fn. 7), S. 97 ff.

20 *von Loeffelholz*, (Fn. 18), S. 55 f.; *Schmidt*, (Fn. 17), S. 217 ff.; *Weidenfeld/Hillenbrand*, (Fn. 3), S. 18; auf den Konjunkturbezug verweist *Hof*, (Fn. 17), S. 26; kritisch dagegen *Franz*, (Fn. 3), S. 20.

21 *Bade*, (Fn. 1), S. 37 f.

22 *Franz*, (Fn. 3), S. 26 f. Bezeichnend ist insoweit die Problematik des Schächtens in Deutschland, vgl. zuletzt *BVerfG*, NJW 2002, S. 663, das als Reaktion die Einfügung des Tierschutzes in das Grundgesetz

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einwanderer lassen sich nach dem Zweck der Einwanderung unterscheiden. Von großer Bedeutung ist die Gruppe der Wirtschaftsmigranten, deren vorrangiges Ziel die Verbesserung ihrer individuellen wirtschaftlichen Situation ist. Daneben finden Migrationen vor allem zu den Zwecken der Familienzusammenführung[23], der Ausbildung und – zumeist im Zusammenhang mit anderen Aspekten – aufgrund historisch begründeter Rechte[24] statt. Diese Unterschiede dienen zugleich als Ansatzpunkte für verschiedene Bewertungen.

C. Europäische Einwanderungspolitik

Eine europäische Einwanderungspolitik ist notwendigerweise rechtlich eingebunden. Zugleich muss sie den angesprochenen Herausforderungen Herr werden. Wegen des Wegfalls der Binnengrenzen ist dazu ein gemeinsamer Ansatz unumgänglich. Das primäre Gemeinschaftsrecht liefert insoweit den Rahmen für eine sekundärrechtliche Ausgestaltung der europäischen Einwanderungspolitik.

Obwohl teilweise ebenfalls in materieller Hinsicht dem Einwanderungsrecht zuzurechnen, sind von der europäischen Einwanderungspolitik auf Grundlage des EG-Vertrags vorrangige Regelungen abzugrenzen. Von Bedeutung sind insoweit völkerrechtliche Abkommen der EG mit Drittstaaten, etwa das Assoziationsabkommen mit der Türkei[25], die Regelungen über den freien Personenverkehr enthalten. Diese werden durch die Bestimmungen über die EG-Einwanderungspolitik nicht berührt. Soweit die Vorschriften dieser Abkommen einen einwanderungspolitischen Bezug aufweisen, sind diese vorrangig heranzuziehen.[26] Das allgemeine EG-Einwanderungsrecht greift in diesem Fall nicht ein. Gleiches gilt für im Schengener

---

hervorgerufen hat, vgl. dazu *Knauff*, Das Tierschutzprinzip, SächsVBl 2003, S. 101 (103). Zur Integrationsproblematik und der daraus folgenden Notwendigkeit einer Integrationspolitik vgl. auch *Weidenfeld/Hillenbrand*, (Fn. 3), S. 18 f., 36 ff.

23 Zu deren zunehmender Bedeutung *Bade*, (Fn. 1), S. 34. *Guild*, (Fn. 3), S. 70, trennt den Bereich gedanklich von der als *„primary immigration"* bezeichneten, vor allem ökonomisch motivierten Einwanderung.

24 Zu nennen sind insoweit die Spätaussiedler in Deutschland, denen wegen Art. 116 GG grundsätzlich ein Anspruch auf den Zuzug nach Deutschland zusteht, dazu *Schmidt*, (Fn. 17), S. 48 ff., und die Staatsangehörigen ehemaliger Kolonien europäischer Mächte, vgl. *Bade*, (Fn. 1), S. 34; *Wollenschläger*, (Fn. 3), S. 49 m.w.N.

25 ABl. Nr. 217 v. 29.12.1964, S. 3687, Nr. L 293 v. 29.12.1972, S. 1. Von Bedeutung sind darüber hinaus insbesondere die Abkommen mit Algerien, Marokko und Tunesien, ABl. L 263-265 v. 27.9.1978, jeweils S. 1. Siehe zum Problemkreis ausführlich *Raible*, (Fn. 9), S. 52 ff. Zu den 2004 in ihrer Mehrzahl durch die Osterweiterung hinfällig werdenden Abkommen der EG mit den mittel- und osteuropäischen Staaten siehe ausführlich *Vogt*, Die Regelung des Personenverkehrs in den Europa-Abkommen. Ein Beitrag zur Auslegung des Assoziationsrechts der Europäischen Gemeinschaft mit den mittel- und osteuropäischen Staaten, 2001.

26 Vgl. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH *Röben*, (Fn. 3), Art. 63 EGV Rdnr. 34.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Übereinkommen enthaltene Regelungen.[27] Diese gehen den im Folgenden zu untersuchenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 1 Protokoll Nr. 2 zum Amsterdamer Vertrag als *leges speciales*[28] im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit der teilnehmenden Mitgliedstaaten vor. Von diesen zwar bedeutsamen, insgesamt aber nicht sehr umfänglichen Ausnahmen abgesehen, kann eine europäische Einwanderungspolitik auf Grundlage der primärrechtlichen Vorschriften weitgehend frei gestaltet werden.

I. Primärrecht

Die Regelung der Einwanderungspolitik im primären Europarecht ist historisch betrachtet eine neue Entwicklung. Die ausschließlich wirtschaftlich ausgerichteten Gründungsverträge enthielten keinen Bezug zur Problematik der Migration im Hinblick auf Drittstaatsangehörige. Einwanderungspolitik erfolgte ausschließlich auf nationaler Ebene. Durch die Verträge von Maastricht und Amsterdam wurde dies jedoch grundsätzlich geändert.[29]

Die Einbeziehung der Einwanderungspolitik in die europäischen Verträge erfolgte erst 1992 mit dem Vertrag von Maastricht.[30] Der neu geschaffene EU-Vertrag enthielt in seinem Art. K.1 Nr. 3 eine erstmalige Erwähnung der Einwanderungspolitik. Verankert im völkervertraglichen Regelwerk des EU-Vertrags und damit der intergouvernementalen Zusammenarbeit anheim gestellt, erfolgte keine materielle Europäisierung des Bereichs. Als Teilbereich der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres bestimmte Art. K.1 EUV, dass die Einwanderungspolitik und die Politik gegenüber den Staatsangehörigen dritter Länder in den benannten Bereichen „als Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse" zu betrachten seien. Diese Bereiche betrafen zum einen die Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen für Drittstaatsangehörige im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, lit. a und b, zum anderen aber auch die Bekämpfung der illegalen Einwanderung und ihrer Folgen, lit. c. Nahezu das gesamte nationale Ausländerrecht wurde damit der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten[31] im Bereich Justiz und Inneres unterstellt.[32] Materielle

27 Von Bedeutung ist bezüglich der Bekämpfung der illegalen Einwanderung insbesondere Art. 27 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ), wonach die unrechtmäßige, erwerbsmäßige Einschleusung von Drittstaatsangehörigen von den Mitgliedstaaten wirksam zu sanktionieren ist.

28 *Oppermann*, (Fn. 3), Rdnr. 1537.

29 Zu vorherigen Ansätzen siehe *Nanz*, (Fn. 9), S. 70 ff.; bezogen auf die Entwicklung bis zum Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags *Guild*, (Fn. 3), S. 73 ff.

30 Ebenfalls 1992 beschloss der Rat die Einrichtung eines Informations-, Reflexions- und Austauschzentrums für Fragen im Zusammenhang mit dem Überschreiten der Außengrenzen und der Einwanderung (CIREFI), vgl. ABl. Nr. C 274 v. 19.9.1996, S. 50, dessen Zuständigkeiten seitdem ausgebaut wurden.

31 Ausweislich des Wortlauts des Art. K.1 EUV erfolgte die intergouvernementale Zusammenarbeit jedoch „unbeschadet" bestehender EG-Zuständigkeiten. Dabei handelte es sich vor allem um Querschnittskompetenzen, wie dem Auftrag zur Herstellung des Binnenmarktes entsprechend Art. 14 (7a

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorgaben für eine bestimmte Ausgestaltung waren jedoch auch insoweit nicht vorgesehen.

Mit dem Vertrag von Amsterdam aus dem Jahre 1997, dessen einwanderungspolitische Regelungen durch den Vertrag von Nizza und durch den Konventsentwurf einer europäischen Verfassung im Grundsatz unberührt blieben, änderte sich die Herangehensweise an die Einwanderungspolitik aus rechtlicher Sicht radikal, auch wenn zunächst keine grundsätzlichen Änderungen in materieller Hinsicht erfolgten. Die Einwanderungspolitik wurde gemeinsam mit anderen Sachgebieten aus den Bereichen Justiz und Inneres in den EG-Vertrag überführt. Damit unterfiel sie im Rahmen der Reichweite[33] des maßgeblichen Art. 63 S. 1 Nr. 3 EGV ab diesem Zeitpunkt zugleich dem Zuständigkeitsbereich und dem Regelungsinstrumentarium der EG. Angesichts der politischen Vorbehalte in den Mitgliedstaaten in Bezug auf eine europäische Einwanderungspolitik bedeutete dies einen „bemerkenswerten Schritt der Vergemeinschaftung"[34]. Trotz einiger Besonderheiten und Einschränkungen erhielt die EG damit die Möglichkeit einer umfassenden Migrationspolitik.[35]

1. Reichweite der Gemeinschaftskompetenz

Obwohl der Wortlaut des Art. 63 S. 1 Nr. 3 EGV trotz seiner Weite vergleichsweise eindeutig gefasst ist, weist er einige Unklarheiten auf. Auslegungsprobleme bestehen insbesondere im Hinblick auf die Regelung des Zugangs zum Arbeitsmarkt für Einwanderer. Vor dem Hintergrund der konkreten normativen Ausgestaltung

---

a.F.) EGV, die mittelbar jedoch einwanderungspolitische Folgen zeitigen konnten. Entsprechendes galt für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge der EG mit Drittstaaten nach Art. 300 (228 a.F.) EGV. Soweit diese sich auf Gegenstände bezogen, für deren Regelung eine Gemeinschaftskompetenz bestand, war auch die Berücksichtigung einwanderungspolitischer Aspekte in diesen zulässig, EuGH, Rs. 12/86, *Demirel*, Slg. 1987, 3719, Rdnr. 9.

32 *Degen*, in: GTE, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 5, 1997, Art. K.1 Rdnr. 8; ähnlich *Brübach*, (Fn. 13), S. 56. Eine Vereinheitlichung wurde jedoch nicht erreicht, vgl. zum Prozedere *van Outrive*, (Fn. 2), S. 37 f.

33 *Fungueiriño-Lorenzo*, Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vor und nach dem Amsterdamer Vertrag, 2002, S. 73; *Hailbronner*, Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, S. 179 (180); *ders./Thiery*, Amsterdam – Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstands auf EU-Ebene, EuR 1998, S. 583 (586); *Vogt*, (Fn. 25), S. 132, weisen zutreffend darauf hin, dass nicht die gesamte Einwanderungspolitik vergemeinschaftet wurde. *Brübach*, (Fn. 13), S. 148, weist der Trennung der einzelnen Bereiche demgegenüber unter Bezugnahme auf die Vorgängernorm des Art. K.1 Nr. 3 EUV eine „lediglich [...] deklaratorische Funktion" zu.

34 *Oppermann*, (Fn. 3), Rdnr. 1569; ähnlich *Hailbronner*, (Fn. 33), S. 179; *Hailbronner/Thiery*, (Fn. 33), S. 585. Auf Grundlage des Art. K.9 EUV wäre dieser bereits früher möglich gewesen.

35 *Brechmann*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 63 EGV Rdnr. 28; dahingehend auch *Bergmann*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 63 Rdnr. 2; *Kugelmann*, (Fn. 9), S. 248; *Röben*, (Fn. 3), Art. 63 EGV Rdnr. 45.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Art. 63 S. 1 Nr. 3 EGV soll im Folgenden der Reichweite der Gemeinschaftskompetenz auf den Grund gegangen werden.

a) Normativer Ausgangspunkt

Artikel 63 S. 1 Nr. 3 EGV sieht in materieller Hinsicht eine grundsätzliche Zweiteilung der Einwanderungspolitik vor. Einen positiven Ansatz verfolgt lit. a der Bestimmung.[36] Danach umfasst die europäische Einwanderungspolitik die Regelung der Einreise und Aufenthaltsvoraussetzungen für Drittstaatsangehörige. Wie bereits in Art. K.1 EUV wird dabei der Aspekt der Familienzusammenführung besonders hervorgehoben. Wie auch in dieser Vorschrift bezeichnet Art. 63 S. 1 Nr. 3 lit. b EGV als zweiten Teilbereich einer europäischen Einwanderungspolitik die Ergreifung von Maßnahmen im Hinblick auf illegale Einwanderung und illegalen Aufenthalt einschließlich der Rückführung illegaler Einwanderer.

Eine darüber hinausgehende materielle Konzeption der europäischen Einwanderungspolitik enthält Art. 63 S. 1 Nr. 3 EGV nicht.[37] Selbst die beiden grundsätzlichen Ansatzpunkte sind in erster Linie allein kompetenzieller Natur, wenn auch durch die sprachliche Fassung von Art. 63 S. 1 Nr. 3 lit. a und b EGV, insbesondere aber durch die explizit angeführten Bereiche der Familienzusammenführung einerseits und der Rückführung illegaler Einwanderer andererseits die angestrebte Ausrichtung der europäischen Einwanderungspolitik deutlich wird, zumal an den Ergebnissen der intergouvernementalen Zusammenarbeit gemäß Art. K.1 EUV[38] angeknüpft werden konnte und sollte. Letztlich stellt Art. 63 S. 1 Nr. 3 EGV eine nahezu unveränderte Übernahme des früheren Art. K.1 EUV in das primäre Gemeinschaftsrecht dar.

b) Insbesondere: Einwanderung und Arbeitsmarkt

In materieller Hinsicht überaus bedeutsam ist die Frage, ob eine einwanderungspolitische Regelung der EG auch den Zugang zum Arbeitsmarkt für legale Einwanderer regulieren kann. Angesichts der Vielzahl von Wirtschaftsmigranten erscheint

---

36 Siehe dazu auch die 18. Erklärung zum Amsterdamer Vertrag.

37 *Oppermann*, (Fn. 3), Rdnr. 1570.

38 Vgl. insoweit die Entschließungen und Empfehlungen des Rates bezüglich der Bekämpfung der illegalen Einreise, ABl. Nr. C 274 v. 19.9.1996, S. 18, 20, 25, ABl. Nr. C 5 v. 10.1.1996, S. 1, ABl. Nr. C 304 v. 14.10.1996, S. 1, von Scheinehen, ABl. Nr. C 382 v. 16.12.1997, S. 1, über unbegleitete minderjährige Drittstaatsangehörige, ABl. Nr. L 221 v. 19.7.1997, S. 23, zur Regelung der Rechtsstellung von dauerhaft in der Gemeinschaft ansässigen Drittstaatsangehörigen, ABl. Nr. C 80 v. 18.3.1996, S. 2 sowie zur Einreise mit dem Ziel der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, ABl. Nr. C 274 v. 19.9.1996, S. 3 u. 7, und zur Aufnahme eines Studiums, ABl. Nr. C 274 v. 19.9.1996, S. 10. Diese sind, soweit sie nicht durch gemeinschaftsrechtliche Rechtssetzung überholt sind, nach wie vor von Bedeutung.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dies notwendig, soll eine substantielle Einwanderungspolitik der Gemeinschaft möglich sein.[39] Die Sinnhaftigkeit einer Einwanderungspolitik, die keine Lösungen für den häufigsten Wanderungsgrund enthalten darf, erscheint jedoch fraglich.[40] Aus sachlichen Erwägungen wäre ein entsprechendes Verständnis der Kompetenzbestimmung des Art. 63 S. 1 Nr. 3 lit. a EGV daher geboten.

Dagegen spricht jedoch die Entstehungsgeschichte der Norm.[41] Anders als die Vorgängerbestimmung des Art. K.1 EUV enthält Art. 63 S. 1 Nr. 3 lit. a EGV bewusst gerade keinen Verweis auf die Regelung des „Zugangs zur Beschäftigung". Die in Art. K.1 EUV damit grammatikalisch in unmittelbarem Zusammenhang stehende Familienzusammenführung wurde dagegen übernommen, so dass die Ablehnung einer Kompetenz der Gemeinschaft zur Regelung arbeitsmarktbezogener Maßnahmen im Zusammenhang mit der Einwanderungspolitik nahe liegt.

Zwingend ist sie aus diesem Grund dennoch nicht. Artikel K.1 EUV führte den Bereich ebenso wie Art. 63 S. 1 Nr. 3 lit. a EGV die Familienzusammenführung nur als explizit hervorzuhebenden Teilbereich der Einwanderungspolitik, letztlich als Beispiel von besonderer Bedeutsamkeit hervor. Der in beiden Bestimmungen insoweit gleichlautende Wortlaut („einschließlich") lässt somit Raum für eine Auslegung, die Art. 63 S. 1 Nr. 3 lit. a EGV eine gemeinschaftliche Regelungskompetenz für den Zugang von Einwanderern zum Arbeitsmarkt zuerkennt. Hätten die Mitgliedstaaten eine entsprechende Gemeinschaftskompetenz im Zusammenhang mit der Einwanderungspolitik zwingend ausschließen wollen, hätte gerade vor dem Hintergrund des Art. K.1 EUV eine klarere Fassung des Wortlauts nahe gelegen.

Gleichwohl ist ein solches, kompetenzbejahendes Verständnis des Art. 63 S. 1 Nr. 3 lit. a EGV abzulehnen. Die Regelung der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen im Arbeitsmarkt ist ausdrücklich in Art. 137 I lit. g EGV angesprochen und damit den sozialpolitischen Gemeinschaftskompetenzen zugewiesen. Nach Art. 137 I lit. g, II UAbs. 1 lit. b, UAbs. 2 S. 1 EGV kann der Rat einstimmig[42] auf Initiative der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments sowie des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen die „Beschäftigungsbedingungen der Staatsangehörigen dritter Länder, die sich rechtmäßig im Gebiet der Europäischen Gemeinschaft aufhalten", durch den Erlass von Richtlinien regeln.

---

39 *Wiedmann*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 63 EGV Rdnr. 36.

40 Ähnlich *Bergmann*, (Fn. 35), Art. 63 Rdnr. 11.

41 *Bardenhewer*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 2. Aufl. 1999, Art. 63 Rdnr. 12.

42 Der Übergang zum Mitentscheidungsverfahren ist jedoch unter den Voraussetzungen des Art. 137 II UAbs. 2 S. 2 EGV möglich.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ob dies die Regelung des Zugangs zum Arbeitsmarkt für Einwanderer einschließt, ist umstritten.[43] Dagegen spricht insbesondere die systematische Verankerung der Bestimmung.[44] Der Erlass ausländerrechtlicher Normen auf Grundlage einer dem Arbeits- und Sozialrecht zuzurechnenden Ermächtigungsnorm erscheint zumal angesichts der Existenz einwanderungspolitischer Zuständigkeiten der Gemeinschaft fragwürdig. Ein Vergleich des allgemein auf „Beschäftigungsbedingungen" abstellenden Wortlauts mit lit. b der Vorschrift, welcher der Gemeinschaft eine Kompetenz im Hinblick auf den Erlass von Regelungen bezüglich der Arbeitsbedingungen verleiht, spricht jedoch für eine über arbeits- und sozialrechtliche Aspekte hinausgehende Regelungszuständigkeit.[45] Dafür spricht weiterhin, dass keine weiteren Regelungsmöglichkeiten in den Verträgen vorgesehen sind. Insbesondere enthält der EUV keine Bestimmung mehr, durch welche die Frage des Zugangs zur Beschäftigung für Drittstaatsangehörige ausdrücklich der intergouvernementalen Zusammenarbeit unterstellt wird.

Wird aber sowohl zutreffend die Verankerung von Gemeinschaftskompetenzen im Hinblick auf den Zugang zum Arbeitsmarkt in Art. 63 S. 1 Nr. 3 lit. a EGV, als auch unter Zugrundelegung des systematischen Arguments in Art. 137 I lit. g EGV abgelehnt, bliebe der Grad der Europäisierung sogar hinter dem mit dem Vertrag von Maastricht erreichten Stand zurück. Dass dies mit den Verträgen von Amsterdam und Nizza beabsichtigt war, kann jedoch nicht angenommen werden. Richtigerweise ist daher auf Grundlage des Wortlauts von Art. 137 I lit. g EGV eine Kompetenz der Gemeinschaft im Hinblick auf den Erlass arbeitsmarktzugangsbezogener Regelungen für Einwanderer zu bejahen. Eine Klarstellung im Rahmen einer zukünftigen Vertragsänderung wäre zwar im Interesse der Verständlichkeit zu begrüßen,[46] notwendig ist sie jedoch nicht.[47]

Die Beantwortung der Frage nach der Kompetenzgrundlage für das Handeln der Gemeinschaft bezüglich des Zugangs von Einwanderern zum Arbeitsmarkt bleibt

43 Dafür *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), (Fn. 35), Art. 137 EGV Rdnr. 15; *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), (Fn. 3), Art. 137 Rdnr. 83; wohl auch *Geiger*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 63 EGV Rdnr. 8; dagegen *Coen*, in: Lenz (Hrsg.), (Fn. 35), Art. 137 Rdnr. 33; *Rebhahn*, in: Schwarze (Hrsg.), (Fn. 29), Art. 137 Rdnr. 20.

44 Die Entstehungsgeschichte der Norm, dazu zusammenfassend *Vogt*, (Fn. 25), S. 130, spricht tendenziell ebenfalls gegen eine Erfassung der Voraussetzungen des Zugangs zum Arbeitsmarkt. Obwohl aus dem keinerlei ausländerrechtliche Bezüge aufweisenden Sozialabkommen stammend, ist durch ihre zeitlich parallele Aufnahme zur Schaffung der einwanderungspolitischen Kompetenzen der EG durch den Amsterdamer Vertrag die Zuerkennung eines entsprechenden Bedeutungsinhalts jedoch möglich.

45 Dabei handelt es sich nicht um eine sprachliche Ungenauigkeit der deutschen Fassung. Der englische Vertragstext spricht ebenfalls einerseits von *„working conditions"*, lit. b, und andererseits von *„conditions of employment"*, lit. g. Auch der EuGH, verb. Rs. 281, 283-285, 287/85, „Wanderungspolitik", Slg. 1987, 3203, Rdnr. 18 ff., betont bezogen auf Art. 118 EGV a.F. im Grundsatz den engen Zusammenhang von Einwanderungspolitik und sozialen Fragen.

46 Zwingender, wenn auch mit abweichendem Ergebnis, *Wiedmann*, (Fn. 39), Art. 63 EGV Rdnr. 37.

47 Der Konventsentwurf über eine Europäische Verfassung, ABl. Nr. C 169 v. 18.7.2003, S. 1, enthält insoweit keine Änderungen, vgl. Art. III-104 Abs. 1 lit. g.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch nach ihrer Bejahung im obigen Sinne von Bedeutung. Neben der Beachtung des von Art. 63 S. 1 Nr. 3, 67 I, II EGV[48] divergierenden Rechtssetzungsverfahrens gemäß Art. 137 EGV weichen sowohl die „Einflussnahmeintensität" der Gemeinschaft als auch die dabei zulässigen Handlungsformen von den einwanderungspolitischen Kompetenzen nach Art. 63 I Nr. 3 EGV ab und bleiben hinter diesen zurück. Die Ergreifung von Maßnahmen nach Art. 136 ff. EGV ist in erster Linie Sache der Mitgliedstaaten. Der Gemeinschaft kommt insoweit vor allem eine unterstützende Funktion zu.[49]

Eine aktive Gestaltung der Zugangsvoraussetzungen von Einwanderern zu den Arbeitsmärkten in den Mitgliedstaaten ist der Gemeinschaft daher unabhängig von verfahrensbedingten Schwierigkeiten grundsätzlich nur in begrenztem Maße möglich. Zudem ist nach Art. 137 II UAbs. 1 lit. b EGV allein der Erlass von Mindestvorschriften enthaltenden Richtlinien möglich, nicht aber der Erlass von detaillierten, unmittelbar wirksamen Verordnungen. Nach lit. a der Bestimmung kann der Rat daneben „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung" Maßnahmen zur Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten ergreifen. Obwohl vergemeinschaftet, ist der Einfluss der EG auf die arbeitsmarktspezifischen Aspekte der Einwanderungspolitik damit in Übereinstimmung mit der Intention der Mitgliedstaaten bei der Formulierung der Verträge von Amsterdam und Nizza eng begrenzt.

2. Konzeptionelle Besonderheiten

Eine vollständige gemeinschaftsrechtliche „Normalisierung" erfolgte in mehrfacher Hinsicht nicht. Auch wenn nunmehr keine abgestimmte mitgliedstaatliche, sondern vielmehr eine eigenständige europäische Einwanderungspolitik im Zuständigkeitsbereich der EG entwickelt werden soll,[50] geht der Einfluss der Mitgliedstaaten zu Lasten der Gemeinschaftsorgane deutlich über denjenigen bei anderen Politiken der Gemeinschaft hinaus. Dies trifft in besonderer Weise für die Zeit bis zum Ablauf der vorgesehenen fünfjährigen Übergangsfrist am 30. April 2004 zu. Daneben stehen ohne zeitliche Begrenzung bedingt durch Art. 63 S. 2, 64 EGV den Mitgliedstaaten Möglichkeiten der Abweichung vom Gemeinschaftsrecht zur Verfügung.

---

48 Dazu sogleich unter C.I.2.a).

49 *Hilf/Pache*, Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, S. 705 (708); *Oppermann*, (Fn. 3), Rdnr. 1639.

50 Zu beachten sind jedoch die Ausnahmen in Art. 69 EGV i.V.m. den Protokollen Nr. 4 u. 5 zum Amsterdamer Vertrag im Hinblick auf Großbritannien, Irland und Dänemark. Siehe dazu ausführlich *Hailbronner*, (Fn. 33), S. 185 ff.; *Hailbronner/Thiery*, (Fn. 33), S. 597 ff.; *Heimann*, „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr" – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, 1999, S. 58 ff. Das Ziel einer gemeinschaftsweit angeglichenen Einwanderungspolitik wird damit tendenziell in Frage gestellt.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Rechtssetzung

Nach Art. 67 I EGV verfügt die Kommission während der Übergangszeit nicht über ein Vorschlagsmonopol für Sekundärrechtsakte.[51] Vielmehr sind auch die Mitgliedstaaten unmittelbar zu Legislativvorschlägen an den zur Entscheidung berufenen Rat berechtigt. Dies entfällt mit dem Ablauf der Übergangsfrist. Artikel 67 II 1. Spiegelstrich EGV bestimmt ausdrücklich, dass der Rat danach auf der Grundlage von Vorschlägen der Kommission handelt. Das alleinige Initiativrecht der Kommission wird damit für den Bereich der Einwanderungspolitik entsprechend Art. 250 EGV ausdrücklich festgeschrieben. Allerdings hat die Kommission jeden mitgliedstaatlichen Antrag auf Unterbreitung eines Vorschlags zu prüfen. Ihre Tätigkeit kann daher durch die Mitgliedstaaten auf nicht nur informellem Wege beeinflusst werden, wenn sich aus der Bestimmung auch keine inhaltliche Bindung der Kommission an die Anträge entnehmen lässt.[52] Der ausschließlich rechtspolitische Auftrag[53] des Art. 63 S. 1 EGV an den Rat bezüglich der Ergreifung von Maßnahmen auf den in der Bestimmung angesprochenen Politikbereichen innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages gilt nach Satz 3 der Vorschrift im Bereich der Einwanderungspolitik nur bezüglich der illegalen Einwanderung. Für die Festlegung der Voraussetzungen legaler Einwanderung ist diese Fristsetzung ohne Bedeutung.

Besonderheiten im Hinblick auf die Rechtssetzung im Bereich der europäischen Einwanderungspolitik stellen angesichts der neueren Entwicklung des Gemeinschaftsrechts auch die Notwendigkeit einer einstimmigen Entscheidung im Rat[54] und die bloße Anhörung des Europäischen Parlaments dar. Ist diese zunächst nach Art. 67 I EGV zwingend für die Übergangszeit vorgesehen, erfolgte ein den nach Absatz 2 der Bestimmung vorgesehenen Ratsbeschluss ersetzender Beschluss der Mitgliedstaaten zum Übergang zur Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit und unter Mitentscheidung des Europäischen Parlaments gemäß Art. 251 EGV nur teilweise. In der 5. Erklärung zur Schlussakte zum Vertrag von Nizza haben die Mitgliedstaaten festgehalten, dass einwanderungspolitische Maßnahmen im Bereich der illegalen Einwanderung nach Art. 63 Nr. 3 lit. b EGV ab dem 1. Mai 2004 im Wege des Mitentscheidungsverfahrens erlassen werden sollen. Ein entsprechender Beschluss im Hinblick auf Art. 63 Nr. 3 lit. a EGV erfolgte zumindest

---

51 Ein Initiativrecht stand ihr nach Art. K.3 II EUV in der Fassung des Vertrages von Maastricht bereits zu. Dieses bezog sich jedoch allein auf die im Rahmen der intergouvernementalen Zusammenarbeit zur Verfügung stehenden Handlungsinstrumente.

52 *Hailbronner/Thiery*, (Fn. 33), S. 595; *Chr. Ludwig*, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofes im Bereich Justiz und Inneres, 2002, S. 57 sprechen daher von einem modifizierten Vorschlagsmonopol.

53 *Bardenhewer*, (Fn. 41), Art. 63 Rdnr. 1, spricht von einem „programmatische(n) Termin".

54 Die Notwendigkeit der Einstimmigkeit erfasst jedoch nicht die Zustimmung der zulässigerweise Ausnahmen (vgl. oben Fn. 50) in Anspruch nehmenden Mitgliedstaaten, *Fungueiriño-Lorenzo*, (Fn. 33), S. 102; *Hailbronner*, (Fn. 33), S. 190; *ders./Thiery*, (Fn. 33), S. 594; *Wiedmann*, (Fn. 39), Art. 67 EGV Rdnr. 3.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf dem Europäischen Rat in Thessaloniki noch nicht. Insbesondere Deutschland als eines der wichtigsten Zuzugsländer der EG hatte sich aus politischen Erwägungen gegen die Beseitigung des Einstimmigkeitserfordernisses ausgesprochen.[55] Für den Erlass von Sekundärrecht und damit für eine dynamische Entwicklung einer eigenständigen europäischen Einwanderungspolitik bedeutet dies jedoch ein deutliches Hindernis.[56]

b) Rechtskontrolle

Mit der Begründung der Kompetenz der Gemeinschaft für bestimmte einwanderungspolitische Fragen notwendigerweise verbunden war die Schaffung der Zuständigkeit des EuGH. Auch insoweit bestehen jedoch Abweichungen vom gemeinschaftsrechtlichen „Normalfall". Zwar wurden mit dem Amsterdamer Vertrag erstmals gerichtliche Kontrollmöglichkeiten auf Gemeinschaftsebene im Bereich einwanderungspolitischer Maßnahmen geschaffen.[57] Diese entsprechen auch grundsätzlich den in Art. 220 ff. EGV vorgesehenen. Das in der Praxis überaus bedeutsame Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV wird aber durch den vorrangigen Art. 68 I EGV modifiziert. Danach sind im Unterschied zu Art. 234 EGV zur Vorlage von entscheidungserheblichen Fragen im Hinblick auf die Auslegung oder Gültigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten an den EuGH ausschließlich nationale Gerichte befugt und zugleich verpflichtet, deren Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden kann.[58]

Damit bleibt der europäische Rechtsschutz im Bereich der Einwanderungspolitik hinter dem allgemeinen Rechtsschutzniveau zurück.[59] In einwanderungsrecht-

---

55 Financial Times Deutschland v. 23.6.2003, S. 9. Auch im Hinblick auf die künftige Europäische Verfassung lehnten die deutschen Vertreter im Konvent bezüglich der Einwanderungspolitik einen Übergang zu Mehrheitsentscheidungen ab, vgl. FAZ v. 4.7.2003, S. 2, FAZ v. 5.7.2003, S. 1.

56 Kritisch auch *Gradin*, (Fn. 3), S. 9; *Schmidt*, (Fn. 17), S. 137; *Wiedmann*, (Fn. 39), Art. 63 EGV Rdnr. 24. Demgegenüber nimmt *Raible*, (Fn. 9), S. 72, unzutreffend eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Ablauf der Übergangsfrist zur Fassung eines Beschlusses zum Übergang zum Mitentscheidungsverfahren an. Unter dieser Prämisse wäre die Entwicklung der europäischen Einwanderungspolitik jedoch nicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. *Chr. Ludwig*, (Fn. 52), S. 56, spricht von einer stark intergouvernementalen Prägung des Bereichs.

57 Zur vorherigen Rolle des EuGH vgl. zusammenfassend *Brübach*, (Fn. 13), S. 78 f.

58 *Brechmann*, (Fn. 35), Art. 68 EGV Rdnr. 2 f.; *Heimann*, (Fn. 50), S. 51, nehmen jedoch unter Bezugnahme auf die Rechtssprechung des EuGH, Rs. 314/85, *Foto-Frost*, Slg. 1987, 4199, zu Art. 234 II EGV eine Vorlageverpflichtung der nationaler Instanzgerichte an, wenn diese Gemeinschaftsrechtsakte für nichtig und unanwendbar halten; ablehnend dazu *Dörr/Mager*, Rechtswahrung und Rechtsschutz nach Amsterdam, AöR 125 (2000), S. 386 (391); *Geiger*, (Fn. 43), Art. 68 EGV Rdnr. 1; *Chr. Ludwig*, (Fn. 52), S. 171 ff. Nach *Fungueiriño-Lorenzo*, (Fn. 33), S. 124; *Wiedmann*, (Fn. 39), Art. 68 EGV Rdnr. 3, soll das letztinstanzliche nationale Gericht ein Ermessen im Hinblick auf die Vorlage haben; ablehnend *Classen*, Die Jurisdiktion des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften nach Amsterdam, EuR Beih. 1/1999, S. 73 (76).

59 Deutlich auch *Bardenhewer*, (Fn. 41), Art. 68 Rdnr. 2; ähnlich *Dörr/Mager*, (Fn. 58), S. 392; *A. Ludwig*, Probleme des Rechtsschutzes vor dem EuGH im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichen Fällen muss daher nach der normativen Konzeption zur Erlangung gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzes zunächst der gesamte mitgliedstaatliche Instanzenzug durchlaufen werden.[60] Dies ist sowohl im Hinblick auf die Effektivität des individuellen Rechtsschutzes wie auch die Funktionsfähigkeit des Rechtsschutzsystems der Gemeinschaft derart bedenklich, dass die Gültigkeit der Norm in Frage gestellt werden muss.[61]

Neu geschaffen wurde das Gutachterverfahren nach Art. 68 III EGV. Danach können der Rat, die Kommission oder ein Mitgliedstaat[62] dem EuGH abstrakt eine Frage zur rechtsverbindlichen Auslegung von Bestimmungen des Titels IV EGV – und damit auch im Hinblick auf das europäische Einwanderungsrecht – sowie der auf diesem Titel beruhenden Sekundärrechtsakte stellen. Eine daraufhin ergehende Entscheidung des EuGH zieht jedoch keine Folgen für rechtkräftige Urteile nationaler Gerichte nach sich.[63] Die Frage nach der Gültigkeit von Rechtsakten ist nicht erfasst, insoweit ist jedoch ohne weitere Modifizierungen die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 II EGV gegeben.[64] Dennoch ist dieses Verfahren durch die Bindungswirkung der Entscheidung des EuGH geeignet, strittige Fragen bei der Auslegung von Normen des europäischen Einwanderungsrechts zu klären[65] und so insbesondere zu einer einheitlichen Anwendung der für die Praxis maßgeblichen sekundärrechtlichen Bestimmungen beizutragen. Die Rechtsschutzdefizite durch die Einschränkung des Vorabentscheidungsverfahrens können so zumindest teilweise wieder ausgeglichen werden.[66]

(Titel IV EGV und Titel VI EUV), in: Scholz (Hrsg.), Europa der Bürger? Nach der Euro-Einführung und vor der EU-Erweiterung – Zwischenbilanz und Perspektiven, 2002, S. 217 (220); *Röben*, (Fn. 3), Art. 68 EGV Rdnr. 4.

60 *Hailbronner*, (Fn. 33), S. 191; *Hailbronner/Thiery*, (Fn. 33), S. 596, halten eine häufigere Ausschöpfung sämtlicher Instanzen des nationalen Rechtsweges daher für wahrscheinlich.

61 Ausführlich dazu *Pache/Knauff*, Wider die Beschränkung der Vorlagebefugnis unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren – zugleich ein Beitrag zu Art. 68 I EG, NVwZ 2004, S. 16 (18 ff.).

62 Für eine Antragsberechtigung des Europäischen Parlaments entsprechend EuGH, Rs. 294/83, *Les Verts*, Slg. 1986, 1339, *Fungueiriño-Lorenzo*, (Fn. 33), S. 172; *Röben*, (Fn. 3), Art. 68 EGV Rdnr. 17; ablehnend insoweit *Classen*, (Fn. 58), S. 77 Anm. 16; *Dörr/Mager*, (Fn. 58), S. 395; *Chr. Ludwig*, (Fn. 52), S. 179 f.

63 Kritisch diesbezüglich mit Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip *Brechmann*, (Fn. 35), Art. 68 EGV Rdnr. 8.

64 *Classen*, (Fn. 58), S. 79; *Bergmann*, (Fn. 35), Art. 68 Rdnr. 4; *Heimann*, (Fn. 50), S. 56; ebenso *Brechmann*, (Fn. 35), Art. 68 EGV Rdnr. 8, der jedoch zugleich die Möglichkeit der Feststellung der Nichtigkeit eröffnet sieht.

65 Grundsätzlich positiv auch *Hailbronner*, (Fn. 33), S. 192; *Wiedmann*, (Fn. 39), Art. 68 Rdnr. 8. Probleme im Hinblick auf die Bindungswirkung von Entscheidungen können sich jedoch ergeben, wenn der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 68 I, 234 EGV die gestellte Rechtsfrage anders beantworten will, als im vorherigen Verfahren nach Art. 68 III EGV. Während ersteres eine umfassende Bindungswirkung erzeugt, besteht eine solche rechtlich im Vorabentscheidungsverfahren nur bezüglich des konkreten Falles. Eine im Verfahren nach Art. 68 III EGV vorgenommene Auslegung einer Norm kann daher nicht mit weitergehender Wirkung durch eine anderweitige Auslegung im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens abgelöst werden.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Rolle des nationalen Rechts

Artikel 63 S. 2 EGV bestimmt, dass einwanderungspolitische Maßnahmen des Rates die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, „in den betreffenden Bereichen innerstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, die mit diesem Vertrag und mit internationalen Abkommen vereinbar sind." Der spezifische Gehalt der Bestimmung bleibt ihrem Wortlaut nach undeutlich. Zunächst drückt sie die Selbstverständlichkeit der Zulässigkeit der nationalen, gemeinschaftsrechtskonformen Rechtssetzung in den Bereichen der nicht ausschließlichen Gemeinschaftszuständigkeiten aus.[67] Zu diesem Zweck hätte es ihrer Einführung jedoch nicht bedurft. Es ist daher fraglich, ob ihr allein eine politische[68] oder auch eine rechtliche Bedeutung zukommt.

Nach dem Wortlaut der Bestimmung müssen die mitgliedstaatlichen Vorschriften mit dem EGV vereinbar sein. Daraus ließe sich der Schluss ziehen, erforderlich sei allein eine Übereinstimmung mit dem Primärrecht.[69] Entgegen dem sonstigen uneingeschränkten Vorrang des Gemeinschaftsrechts[70] könnte nationales Recht daher zulässigerweise im Widerspruch zu sekundärrechtlichen Regelungen stehen. Durch die ausdrücklich genannte Möglichkeit der Neueinführung entsprechender autonomer mitgliedstaatlicher Bestimmungen könnten diese auch bewusst dem sekundären Gemeinschaftsrecht entgegengestellt werden. Eine europäische Einwanderungspolitik würde in diesem Fall wegen der Notwendigkeit ihrer sekundärrechtlichen Gestaltung in materieller Hinsicht letztlich nur theoretisch bestehen.

Im Interesse der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts ist eine solche Auslegung daher abzulehnen. Zudem befindet sie sich nicht im Einklang mit der Gesamtkonzeption des Vertrages. Nach Art. 10 EGV, der von der generellen Verweisung in Art. 63 S. 2 EGV grundsätzlich erfasst wird, gilt für die Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gemeinschaftstreue. Dieser führt nicht nur zu einer Verpflichtung

---

66 So auch *Dörr/Mager*, (Fn. 58), S. 395; *Fungueiriño-Lorenzo*, (Fn. 33), S. 171; *Heimann*, (Fn. 50), S. 57; einschränkend *Hilf/Pache*, (Fn. 49), S. 711; kritisch dagegen zur Wirksamkeit des Verfahrens *Bardenhewer*, (Fn. 41), Art. 68 Rdnr. 8. In der Praxis des EuGH spielen die Verfahren nach Art. 68 EGV bislang keine bedeutsame Rolle.

67 Dahingehend *Raible*, (Fn. 9), S. 64 f.; *Wiedmann*, (Fn. 39), Art. 63 EGV Rdnr. 30, sieht dies als besonderen Hinweis an die Gemeinschaftsorgane auf die nationalen Politiken an.

68 Unzweifelhaft bildet die Bestimmung in politischer Hinsicht einen „Rettungsanker". Bei den Verhandlungen zum Vertrag von Amsterdam war die Vergemeinschaftung der Einwanderungspolitik nur schwierig durchzusetzen, da diese grundsätzlich den Verlust eigenständiger nationaler Gestaltungsfreiheit in einem für essentiell angesehenen Politikbereich bedeutet. Die explizite Hervorhebung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume dient somit in erster Linie der politischen Symbolik. Dem Eindruck der für undenkbar gehaltenen, da unpopulären Aufgabe der Beeinflussung der Bevölkerungszusammensetzung und damit der eigenen personellen Grundlage durch die Mitgliedstaaten sollte entgegengewirkt werden.

69 So *Brechmann* (Fn. 35), Art. 63 EGV Rdnr. 41 f.; *Fungueiriño-Lorenzo*, (Fn. 33), S. 83.

70 EuGH, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251; Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Hinblick auf die Einhaltung des Primärrechts,[71] sondern auch bezüglich des kompetenzgemäß erlassenen Sekundärrechts in den Formen des Art. 249 EGV. Danach wären die Mitgliedstaaten letztlich doch nicht nur an die Vorgaben des primären, sondern auch des sekundären Gemeinschaftsrechts gebunden.[72] Artikel 63 S. 2 EGV wäre daher ohne eigenständigen normativen Gehalt.[73]

Auch dies überzeugt jedoch nicht. Obwohl mit dem Wortlaut im Ergebnis vereinbar, wenn schon bei der unbefangenen Lektüre nicht nahe liegend, ist eine uneingeschränkte Bindung der Mitgliedstaaten an das sekundäre Gemeinschaftsrecht im Bereich der Einwanderungspolitik abzulehnen, da andernfalls die Besonderheit der Aufnahme einer solchen Bestimmung in den Vertragstext nicht ausreichend berücksichtigt würde. Dies gilt umso mehr, als Art. 63 S. 2 EGV sich nicht auf die gesamten in Satz 1 der Norm benannten Politikbereiche bezieht. So gilt er im Bereich der ebenfalls als politisch sensibel angesehenen Asylpolitik, S. 1 Nr. 1, im Gegensatz zur Einwanderungspolitik gerade nicht. Daraus ist zu folgern, dass ein ausschließlich politisches Verständnis der Bestimmung nicht ausreichend Rechnung trägt. Vielmehr ist auch die Existenz eines normativen Gehalts zu bejahen.

Dessen Bestimmung ist jedoch auch auf Grundlage der obigen Erkenntnisse problematisch. Da angesichts des insoweit zu unbestimmten Wortlauts des Art. 63 S. 2 EGV nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Grundsatz der Gemeinschaftstreue dahingehend modifiziert werden sollte, dass eine völlige Freistellung von den maßgeblichen Regeln des Sekundärrechts erfolgen sollte, ist eine vermittelnde Lösung zu suchen. In der sprachlichen Fassung des Art. 63 S. 2 EGV findet diese jedoch keinen normativen Anhaltspunkt. Sie ist daher im Wege der Rechtsfortbildung aus der Gesamtkonzeption des EGV zu entwickeln.

Eine Möglichkeit kann in der Pflicht der Mitgliedstaaten zu Konsultationen mit der Kommission bestehen, wenn vom sekundären Gemeinschaftsrecht abweichende nationale Regelungen beibehalten oder aufgestellt werden sollen.[74] Zur Sicherung der Effektivität der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts genügt dies jedoch nicht. Erforderlich ist zu diesem Zweck die Aufstellung von über nur formale Anforderungen hinausgehenden Voraussetzungen. Grundsätzlich sollte zunächst entsprechend Art. 63 S. 2, 10 EGV von einer uneingeschränkten Bin-

71 Vgl. insoweit mit Bezug zum Wettbewerbsrecht EuGH, verb. Rs. 209-213/84, *Nouvelles Frontières*, Slg. 1986, 1425, Rdnr. 70 f.; Rs. 66/86, *Ahmed Saeed*, Slg. 1989, 803, Rdnr. 48 ff.

72 So ausdrücklich *Chr. Ludwig*, (Fn. 52), S. 54.

73 Implizit *Raible*, (Fn. 9), S. 64 f.; *Heimann*, (Fn. 50), S. 32, sieht in der Bestimmung demgegenüber das Prinzip der Mindestharmonisierung verankert, so dass weitergehende mitgliedstaatliche Schutzmaßnahmen zugunsten des betroffenen Personenkreises, nicht aber hinter dem Gemeinschaftsrecht zurückbleibende Maßnahmen ergriffen werden können; ähnlich *Fungueiriño-Lorenzo*, (Fn. 33), S. 81 ff. Dies überzeugt angesichts der Entstehungsgeschichte der Norm jedoch nicht, zumal nicht ersichtlich ist, weshalb dies im Bereich Asyl nicht gelten soll.

74 *Röben*, (Fn. 3), Art. 63 EGV Rdnr. 43.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung der Mitgliedstaaten auch an das sekundäre Gemeinschaftsrecht im Bereich der Einwanderungspolitik ausgegangen werden. Im Unterschied zu anderen vergemeinschafteten Bereichen besteht jedoch die Möglichkeit der Abweichung durch nationales Recht. Um die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts aber möglichst wenig zu beeinträchtigen, sind die Abweichungen durch das mitgliedstaatliche Recht zu minimieren. Dies ist zum einen durch verfahrensrechtliche Anforderungen sicherzustellen. Dem betreffenden Mitgliedstaat ist eine umfassende Begründungspflicht aufzuerlegen. Auf Grundlage der vorgetragenen Erwägungen muss die Abweichung als objektiv nachvollziehbar, keinesfalls aber als willkürlich erscheinen. Zudem sind die negativen Auswirkungen auf die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu beschränken. Ein darüber hinausgehender nationaler Alleingang in sekundärrechtlich geregelten Bereichen der Einwanderungspolitik ist demgegenüber als Vertragsverletzung im Sinne von Art. 226 EGV zu werten.

Für eine solche Auslegung spricht auch ein Wertungsvergleich mit Art. 64 II EGV. Nach dieser nicht allein auf die Einwanderungspolitik bezogenen Notstandsklausel kann der Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit unbeschadet des ersten Absatzes der Vorschrift, wonach die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Ordnung durch die Bestimmungen des Titels IV EGV unberührt bleibt, vorläufige, auf maximal sechs Monate befristete Maßnahmen ergreifen, wenn sich ein Mitgliedstaat aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen einer Notlage ausgesetzt sieht. Der Grund von deren Einreise ist ohne Belang, so dass sowohl Asylsuchende als auch sonstige Einwanderer erfasst werden. Könnten sich die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Einwanderungspolitik ohne weiteres über die in Art. 64 I EGV vorgesehenen Maßnahmen hinwegsetzen, hätte es der Regelung insoweit nicht bedurft. Fordert aber Art. 64 II EGV das Vorliegen einer besonderen Situation, an die nur zeitlich beschränkte Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene geknüpft werden dürfen, kann bezüglich Art. 63 S. 2 EGV nicht von einer umfassenden und anlassfreien Abweichungskompetenz der Mitgliedstaaten bezüglich des sekundären Gemeinschaftsrechts ausgegangen werden. Vielmehr ist diese zwar grundsätzlich zu bejahen, zugleich aber an strenge Voraussetzungen zu knüpfen.

II. Sekundärrecht

Im Bereich der Einwanderungspolitik stehen der Gemeinschaft die in Art. 249 EGV vorgesehenen Handlungsformen uneingeschränkt zur Verfügung.[75] Nicht zuletzt wegen des Einstimmigkeitserfordernisses hat eine Harmonisierung bislang

[75] Eine Ausnahme besteht allein im Hinblick auf die auf Art. 137 I lit. g EGV gestützten Maßnahmen bezüglich des Zugangs von Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt. Insoweit ist der Erlass von Verordnungen nicht möglich, vgl. oben C.I.1.b).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jedoch kaum stattgefunden.[76] Erst in neuerer Zeit mehren sich die Ansätze einer rechtlichen Gestaltung der Einwanderungspolitik auf europäischer Ebene. Dabei kann zumeist auf Empfehlungen und Entschließungen des Rates aus der Zeit vor Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages zurückgegriffen werden. Allerdings sind einige Rechtsakte noch nicht verbindlich bzw. liegen bislang nur als Vorschlag der Kommission vor. Die gewählte Handlungsform ist zumeist diejenige der Richtlinie. Dies lässt den Mitgliedstaaten einen gewissen Umsetzungsspielraum und trägt so den nationalen Befürchtungen eines weitgehenden bereichsspezifischen Souveränitätsverlusts Rechnung. Die Akzeptanz und Durchsetzbarkeit der Regelungen dürften so positiv beeinflusst werden.

1. Rechtsakte

Im Rahmen der bereits verabschiedeten einwanderungspolitischen Sekundärrechtsakte tritt der in Art. 63 S. 1 Nr. 3 EGV kompetenziell angelegte Dualismus von legaler und illegaler Einwanderung erneut zutage. Dies verdeutlicht nochmals, dass die Gemeinschaft eine umfassende, insbesondere aber inhaltlich ausgeglichene Gestaltung der Einwanderungspolitik anstrebt.

a) Legale Einwanderung

Im Hinblick auf die Voraussetzungen der Einwanderung von Drittstaatsangehörigen in die EG liegen bislang drei Rechtsakte vor. Dies sind zum einen die Verordnung zur einheitlichen Gestaltung eines Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige, zum anderen die Richtlinien betreffend das Recht auf Familienzusammenführung sowie bezüglich der Rechtsstellung langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger.

(1) Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige

Die aus dem Jahre 2002 stammende Verordnung zur einheitlichen Gestaltung eines Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige[77] enthält allein formale Anforderungen an das zum Aufenthalt berechtigende Dokument. Dieses soll in allen Mitgliedstaaten gleich gestaltet werden.

Artikel 1 II definiert den Aufenthaltstitel als jede Erlaubnis von mitgliedstaatlichen Behörden, die einen Drittstaatsangehörigen zum legalen Aufenthalt berech-

---

76 *Wiedmann*, (Fn. 39), Art. 63 EGV Rdnr. 24; *Oppermann*, (Fn. 3), Rdnr. 1558.

77 VO (EG) des Rates Nr. 1030/2002 v. 13.6.2002, ABl. Nr. L 157 v. 15.6.2002, S. 1. Diese setzt die Gemeinsame Maßnahme des Rates v. 16.12.1996, 97/11/JI, ABl. Nr. L 7 v. 10.1.1997, S. 1, durch und ersetzt diese zugleich.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tigt, wobei insbesondere Visa und vorläufige Bescheinigungen während der Einwanderungs- und Asylantragsprüfung nicht erfasst werden. Zur Sicherstellung der Fälschungssicherheit des Dokuments sieht die Verordnung in den Art. 2 f. die Festlegung technischer Spezifikationen und die Begrenzung der Produktionsstätten auf höchstens eine pro Mitgliedstaat vor. Vom Geltungsbereich der Verordnung nicht erfasst sind nach Art. 5 Familienangehörige von Unionsbürgern, Staatsangehörige von EFTA- und EWR-Staaten, deren Familienangehörige sowie visumbefreite Drittstaatsangehörige, deren Aufenthalt in der Gemeinschaft drei Monate nicht überschreitet.

Durch die gleichartige Gestaltung des Aufenthaltstitels für in die EG einwandernde Drittstaatsangehörige sind zum einen eine Vereinfachung in formaler Hinsicht sowie eine Erhöhung des Sicherheitsstandards verbunden. Damit werden zugleich die Voraussetzungen für materielle Regelungen bezüglich der Bewegungsfreiheit von Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten als ihrem Aufenthaltsstaat entsprechend Art. 63 I Nr. 4 EGV geschaffen. Zum anderen verdeutlicht der einheitliche Aufenthaltstitel aber wie auch der „Europapass" für Unionsbürger den bereichsspezifischen gemeinsamen politischen und rechtlichen Ansatz der EG.

(2) Familienzusammenführung

Um ein Kernstück des materiellen europäischen Einwanderungsrechts handelt es sich bei der im September 2003 verabschiedeten Familienzusammenführungsrichtlinie[78]. Diese ist von den Mitgliedstaaten bis zum 3. Oktober 2005 umzusetzen.

Die Richtlinie enthält Mindestvorschriften im Hinblick auf den Nachzug von Familienangehörigen dauerhaft in der Gemeinschaft lebender Drittstaatsangehöriger. Als dauerhaft gilt der Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen in der Gemeinschaft, wenn dieser über einen Aufenthaltstitel über mindestens ein Jahr mit Aussicht auf Verlängerung verfügt, Art. 3 I. Zusätzlich können die Mitgliedstaaten nach Art. 8 einen vorherigen rechtmäßigen Mindestaufenthalt von bis zu 2 Jahren fordern. Indem die Richtlinie nur Mindestrechte festlegt, lässt sie bestehende günstigere Bestimmungen in den Mitgliedstaaten unberührt und tritt hinter diese zurück, vgl. Art. 3 IV f. Damit erkennt die Gemeinschaft auch auf Ebene des Sekundärrechts entsprechend Art. 8 EMRK explizit die Familienzusammenführung als Grund für zulässige Einwanderung an.

Zentrale Bestimmung der Richtlinie ist Art. 4. Diese Vorschrift bestimmt, welche Familienangehörigen grundsätzlich einreiseberechtigt sein sollen. Dabei wird ein grundsätzlich enger, wenn auch moderner Angehörigenbegriff zugrunde gelegt.

---

78 Richtlinie des Rates 2003/86/EG v. 22.9.2003, ABl. Nr. L 251 v. 3.10.2003, S. 12; vgl. ausführlich dazu *Hauschild*, (Fn. 16), S. 269 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einreiseberechtigt ist zunächst der Ehegatte. Allerdings können die Mitgliedstaaten das Erreichen eines Mindestalters durch beide Ehepartner fordern, das jedoch 21 Jahre nicht überschreiten darf. Weiterhin sind unverheiratete minderjährige Kinder zum Nachzug berechtigt. Zur Bestimmung der Voll- oder Minderjährigkeit ist auf das Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten abzustellen. Darüber hinaus sieht die Richtlinie vor, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf unabhängig vom Rest der Familie ankommende Kinder, die älter als zwölf Jahre sind, Rechtsvorschriften beibehalten können, welche die Erfüllung bestimmter Integrationskriterien zur Voraussetzung der Einreise machen. Von Bedeutung ist insoweit insbesondere der Nachweis von Sprachkenntnissen des Einwanderungslandes. Über ein weites Ermessen verfügen die Mitgliedstaaten darüber hinaus bezüglich der Zulassung weiterer naher Verwandter und nichtehelicher sowie eingetragener Lebenspartner. Der Charakter der Richtlinie als Mindestregelung tritt insoweit deutlich zutage.

Artikel 5 der Richtlinie überlässt den Mitgliedstaaten grundsätzlich die Entscheidung über die Ausgestaltung eines Antragsverfahrens. Ein solches ist zur Sicherstellung der Einhaltung der Voraussetzungen unerlässlich. Die Ablehnung eines Zusammenführungsantrags wird jedoch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Wie bei jeder anderen negativen Entscheidung im Anwendungsbereich der Richtlinie sind dabei nach Art. 17 jedoch die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Ablehnungsgründe können zum einen in der Person des Familienangehörigen liegen. Stellt dieser insbesondere eine Gefahr für die innere Sicherheit und Ordnung dar, kann der Antrag nach Art. 6 abgelehnt werden. Zum anderen können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 7 I diskriminierungsfreie materielle Mindestanforderungen an den Zusammenführenden bezüglich Wohnraum, Krankenversicherung und Einkommen gestellt werden.[79] Einer Belastung der öffentlichen Kassen durch zuwandernde Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen soll so entgegengewirkt werden. Schließlich können die Mitgliedstaaten gesetzliche Verpflichtungen zur zwingenden Teilnahme der Drittstaatsangehörigen an Integrationsmaßnahmen vorsehen. Sonstige Ablehnungsgründe sind jedoch nicht vorgesehen. Damit haben die Familienangehörigen von langfristig legal in der EG lebenden Drittstaatsangehörigen grundsätzlich ein Recht auf Einreise, das nur ausnahmsweise und unter den in der Richtlinie genannten Voraussetzungen nicht verwirklicht werden kann.

Für eine rechtliche Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs sorgt Art. 18, nach dem gegen alle nachteiligen Entscheidungen im Hinblick auf die Familienzusammenführung Rechtsmittel gegeben sein müssen. In diesem Zusammenhang ist jedoch nochmals hervorzuheben, dass der Zugang zum EuGH im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 68 I EGV erst bei Erreichen der im konkreten Fall letzten

79 Für die Familienzusammenführung von Flüchtlingen enthalten die Art. 9-12 insoweit Sonderregelungen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Instanz der nationalen Gerichtsbarkeit vorgesehen ist. Unklarheiten bei der Auslegung der Anforderungen der Richtlinie sind daher zunächst durch die nationalen Gerichte zu beseitigen.

Nach einem positiven Antragsbescheid ist dem Familienangehörigen die Einreise gestattet. Er erhält einen verlängerbaren Aufenthaltstitel mit mindestens einjähriger, maximal aber der Gültigkeit des Aufenthaltstitels des Zusammenführenden entsprechender Dauer, Art. 13, dessen Bestand allerdings zunächst nach Art. 16 III an denjenigen des Zusammenführenden geknüpft ist. Erst nach Ablauf von fünf Jahren sieht die Richtlinie in ihrem Art. 15 I unter der Voraussetzung des Fortbestehens der familiären Bindungen zum Zusammenführenden zwingend den Erwerb eines eigenständigen Aufenthaltstitels für den Familienangehörigen vor. Darüber hinaus kann der Aufenthaltstitel gemäß Art. 16 I verweigert oder beseitigt werden, wenn die materiellen Voraussetzungen für diesen auf Grundlage der Richtlinie nicht (mehr) bestehen. Entsprechendes gilt nach Art. 16 II für den Fall der Erschleichung des Aufenthaltstitels.[80]

Eine Gleichstellung des Familienangehörigen mit dem Zusammenführenden erfolgt darüber hinaus durch Art. 14 grundsätzlich auch im Hinblick auf den Zugang zu Ausbildung und selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit. Letztere ist jedoch allein formaler Natur, da der Zugang zur Beschäftigung bislang allein auf mitgliedstaatlicher Ebene geregelt ist.[81] Insoweit sind zudem durch die Mitgliedstaaten weitergehende Beschränkungen im Hinblick auf Verwandte in aufsteigender Linie und volljährige Kinder zulässig. Die Familienzusammenführungsrichtlinie steht daher mitgliedstaatlichen Maßnahmen zur Einschränkung der Zulässigkeit der Erwerbstätigkeit von Drittstaatsangehörigen grundsätzlich nicht entgegen. Sie verhindert insoweit allein in eingeschränktem Maße die unterschiedliche Behandlung von Angehörigen einer Familie.

(3) Status langfristig Aufenthaltsberechtigter

Unlängst erlassen wurde schließlich die Richtlinie betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen[82]. Sie ist bis zum 23. Januar 2006 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen. Die Richtlinie ist nur teilweise bedeutsam im Hinblick auf die gemeinschaftliche Einwanderungspolitik. Wichtige Bereiche betreffen vielmehr die auf die Reisefreiheit von

---

80 Art. 16 IV sieht insoweit auch die Möglichkeit von Kontrollen bei begründetem Verdacht vor.

81 Vgl. aber den entsprechenden Richtlinienvorschlag der Kommission, dazu sogleich unter C.II.2.

82 Richtlinie des Rates 2003/109/EG v. 25.11.2003, ABl. Nr. L 16 v. 23.1.2004, S. 44; siehe dazu auch *Hauschild*, Neues europäisches Einwanderungsrecht: Das Daueraufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen, ZAR 2003, S. 350 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Drittstaatsangehörigen innerhalb der EG bezogene Kompetenzgrundlage des Art. 63 Nr. 4 EGV.[83]

Bezüglich des personellen Anwendungsbereichs erfolgt eine ähnliche Eingrenzung wie bei den übrigen Rechtsakten und Vorschlägen. Ziel ist die Besserstellung von sich über lange Zeit rechtmäßig in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft aufhaltenden Drittstaatsangehörigen. Die für die Bestimmung der Langfristigkeit maßgebliche Zeitspanne beträgt nach Art. 4 fünf Jahre. Notwendig ist zudem grundsätzlich die Erfüllung näher ausgeführter materieller und integrationspolitischer Mindestanforderungen entsprechend Art. 5. Erstere betreffen die laufenden Einnahmen und das Bestehen einer umfassenden Krankenversicherung. Die Zuerkennung des Status, bezüglich dessen ein Antrag auf Erteilung einer langfristigen Aufenthaltserteilung gemäß Art. 7 gestellt werden muss, kann nach Art. 6 aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verweigert werden.

Die Erlangung des Status als langfristig Aufenthaltsberechtigter ist für den Drittstaatsangehörigen in mehrfacher Hinsicht positiv. Er erhält einen Aufenthaltstitel mit mindestens fünfjähriger Dauer, der überdies ohne weiteres verlängert wird, Art. 8 II. Dies bedeutet letztlich die Schaffung einer verlässlichen Rechtsgrundlage für einen faktisch unbefristeten Aufenthalt in der EG. Eine Ausweisung ist gemäß Art. 12 nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich. Grundsätzlich werden Drittstaatsangehörige überdies durch Art. 11 den Staatsangehörigen des Mitgliedstaates im Hinblick auf zahlreiche wichtige Rechte gleichgestellt. Davon erfasst ist insbesondere auch der grundsätzliche Zugang zu selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit mit Ausnahme von Tätigkeiten mit hoheitlichem Aufgabenbereich. Zudem können die Mitgliedstaaten entsprechend Art. 13 günstigere Regelungen erlassen. Allerdings kann der Status als langfristig Aufenthaltsberechtigter unter den Voraussetzungen der Art. 9 f. wieder aberkannt werden. Die Gründe für diese, etwa eine zweijährige Abwesenheit oder die betrügerische Erlangung des Status, liegen jedoch zumindest mittelbar sämtlich in der Person des Drittstaatsangehörigen. Raum für behördliche Willkürentscheidungen lässt die künftige Richtlinie diesbezüglich nicht.

b) Illegale Einwanderung

Die sekundärrechtliche Ausgestaltung der Bekämpfung der illegalen Einwanderung auf normativer Ebene ist ebenfalls bereits weit fortgeschritten. Die Regelungen wurden zudem früher erlassen als die auf die legale Einwanderung bezoge-

[83] Siehe insoweit auch den Richtlinienvorschlag über die Reisefreiheit von Drittstaatsangehörigen, KOM(2001) 388 endg., der in den Art. 8 ff. Regelungen über einen zwischen drei und sechs Monaten liegenden Aufenthalt in der EG enthält. Dieser ist jedoch eher der Visapolitik zuzurechnen, da ein Verbleiben von mehr als drei Monaten in ein und demselben Mitgliedstaat auf seiner Grundlage nicht möglich ist.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen. Dies ist nicht zuletzt auf die diesbezüglich eingreifende Fünfjahresfrist nach Art. 63 S. 3 EGV zurückzuführen. Eine umfassende Normierung ist jedoch nicht erfolgt. Allerdings bestehen Überschneidungen mit dem Schengen-Besitzstand. Bislang existieren drei Richtlinien, welche die gegenseitige Anerkennung von Rückführungsentscheidungen, den unentgeltlichen Rücktransport illegal Einreisender durch die Beförderungsunternehmen und die Definition der Beihilfe zur illegalen Einreise und zum illegalen Aufenthalt zum Gegenstand haben.

(1) Anerkennung von Rückführungsentscheidungen

Die im Jahre 2001 erlassene Richtlinie über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen[84] war von den Mitgliedstaaten bis zum 2. Dezember 2002 umzusetzen. Sie gilt gemäß Art. 3 III unbeschadet des Dubliner Asylrechtsübereinkommens und der Rückübernahmeabkommen zwischen den Mitgliedstaaten. Überdies bleiben nach Art. 1 I die Regelungen des SDÜ unangetastet. Keine Anwendung findet die Richtlinie gemäß Art. 1 III im Übrigen auf Angehörige von Unionsbürgern, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben.

Artikel 3 II verpflichtet die Mitgliedstaaten explizit zur Beachtung der Grund- und Menschenrechte bei der Durchführung der Richtlinie. Zwar handelt es sich dabei um eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit. Die besondere Hervorhebung zeigt jedoch deutlich, dass es sich gerade im Hinblick auf die Rückführung illegaler Einwanderer um einen menschenrechtlich wie auch politisch überaus sensiblen Bereich handelt. Gerechtfertigt erscheint die Aufnahme des Hinweises auch mit Blick auf die erfassten Rückführungsgründe nach Art. 3 I. Neben dem Verstoß gegen nationale ausländerrechtliche Vorschriften durch den Drittstaatsangehörigen, lit. b, ist in lit. a die akute und schwerwiegende Gefährdung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit durch diesen durch kriminelle Betätigung erfasst. Erforderlich ist insoweit die Begehung einer vom nationalen Recht der Mitgliedstaaten mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten Straftat oder ein entsprechender begründeter Verdacht bzw. konkrete Hinweise auf die Planung einer solchen Tat in der EG. Gerade die letztgenannten Aspekte sind rechtsstaatlich nicht unbedenklich und sollten daher restriktiv ausgelegt werden.

Liegt ein erfasster Rückführungsgrund vor, sollen nach der Richtlinie die Entscheidungen der Behörden des Entscheidungsmitgliedstaats durch diejenigen des Vollstreckungsmitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sich der Drittstaatsangehörige zeitweilig aufhält, anerkannt und vollstreckt werden. Inwieweit eine eigenständige Prüfung der Rückführungsentscheidung durch die Behörden des Vollstreckungsstaats erfolgen kann, regelt die Richtlinie nicht explizit. Nach ihrer

84 Richtlinie des Rates 2001/40/EG v. 28.5.2001, ABl. Nr. L 149 v. 2.6.2001, S. 34.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zielrichtung der gegenseitigen Anerkennung ist eine solche jedoch grundsätzlich ausgeschlossen. Nichtsdestotrotz ist aufgrund rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Gesichtspunkte zumindest das Bestehen einer Missbrauchskontrolle seitens der Behörden des Vollstreckungsmitgliedstaats anzunehmen. Dementsprechend fordert Art. 6 II, dass der Entscheidungsmitgliedstaat dem Vollstreckungsmitgliedstaat alle erforderlichen Dokumente zur Verfügung stellt, um die Vollstreckbarkeit der Rückführungsentscheidung nachzuweisen.

Die Vollstreckung selbst erfolgt gemäß Art. 1 II nach den Vorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaats. Die Entscheidung über die Rückführung kann durch den Entscheidungsstaat weder aufgeschoben noch ausgesetzt werden. Mit der Bitte um Rückführung eines Drittstaatsangehörigen an den Vollstreckungsmitgliedstaat begibt sich der Entscheidungsmitgliedstaat somit der Möglichkeit einer anderweitigen Entscheidung. Zwar vereinfacht dies die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten. Dies geschieht jedoch zu Lasten der rückzuführenden Drittstaatsangehörigen. Diesen ist nach der Konzeption der Richtlinie insbesondere die Ergreifung mit Suspensiveffekt versehener Rechtsmittel gegen die Rückführungsentscheidung nicht mehr möglich.[85] Darüber hinaus ist im Falle des Art. 3 I lit. a die Einziehung eines von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitels durch den Vollstreckungsmitgliedstaat möglich, wenn dies das nationale Recht des Ausstellungsstaats zulässt. Gegen sämtliche Maßnahmen des Vollstreckungsstaats muss der Drittstaatsangehörige jedoch nach Art. 4 Rechtsmittel einlegen können. Diese betreffen jedoch allein die Vollstreckung, grundsätzlich nicht aber die Rückführungsentscheidung durch den Entscheidungsmitgliedstaat.

Darüber hinausgehend enthält die Richtlinie in den Art. 5 ff. Bestimmungen über den Datenschutz, die behördliche Zusammenarbeit und den Ausgleich bei der Durchführung der Richtlinie möglicherweise auftretender finanzieller Ungleichgewichte zwischen den Mitgliedstaaten. Insgesamt schafft die Richtlinie die Voraussetzungen für eine effektive und zeitnahe Durchsetzung von Rückführungsentscheidungen der Mitgliedstaaten. Aufgrund der Durchlässigkeit der Binnengrenzen ist die Regelung unabdingbar für die Bekämpfung des illegalen Aufenthalts.

(2) Rücktransport durch Beförderungsunternehmer

Ebenfalls aus dem Jahr 2001 stammt die Richtlinie zur Ergänzung des Art. 26 SDÜ[86], die bis zum 11. Februar 2003 von den Mitgliedstaaten umzusetzen war. Artikel 26 SDÜ bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die Beförderungsunternehmen im internationalen Linienverkehr mit Ausnahme des Grenzverkehrs unter Androhung von Sanktionen verpflichten, Drittstaatsangehörige, denen die Einreise

85 Insoweit ist jedoch zu beachten, dass die Ergreifung von Rechtsmitteln insoweit ohnehin regelmäßig keine aufschiebende Wirkung hat, vgl. § 72 I AuslG.

86 Richtlinie des Rates 2001/51/EG v. 28.6.2001, ABl. 2001 Nr. L 187 v. 10.7.2001, S. 45.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in die EG verweigert wird, zurückzunehmen und auf Anweisung zurückzubefördern, Absatz 1 lit. a. Diese Bestimmung wird durch die Richtlinie ergänzt und bezüglich ihrer Anwendungsbedingungen näher erläutert. Nach Art. 2 der Richtlinie ist die Anwendung des Art. 26 I lit. a SDÜ auch im Transit sicherzustellen, wenn das Beförderungsunternehmen sich der Rückbeförderung verweigert oder der Bestimmungsstaat dem Drittstaatsangehörigen die Einreise verweigert. Soweit die Rückführung nicht unmittelbar durch das dazu verpflichtete Beförderungsunternehmen erfolgen kann, haben die Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 zu gewährleisten, dass das Unternehmen auf seine Kosten die Rückführung veranlasst und, wenn dies nicht möglich ist, die Kosten für den Aufenthalt und die Rückreise des Drittstaatsangehörigen übernimmt. Darüber hinaus konkretisieren die Art. 4 ff. das Sanktionsregime einschließlich des Rechtsschutzes. Insoweit ist anzumerken, dass die in der Richtlinie vorgesehenen Sanktionen nicht abschließend sind. Den Mitgliedstaaten steht die Möglichkeit der Einführung oder Beibehaltung von Verstoßfolgen nichtmonetärer Art offen.

(3) Beihilfe zur unerlaubten Einwanderung

Gegen Ende des Jahres 2002 wurde schließlich die bis zum 5. Dezember 2003 von den Mitgliedstaaten umzusetzende Richtlinie zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt[87] erlassen. Nach ihrer Umsetzung ersetzt sie Art. 27 I SDÜ. Ziel der Richtlinie ist gemäß Art. 1 die Festlegung angemessener, d.h. nach Art. 3 wirksamer und abschreckender Sanktionen durch die Mitgliedstaaten gegen Personen, die vorsätzlich die illegale Ein- und Durchreise von Drittstaatsangehörigen unterstützen oder zum Zwecke der Gewinnerzielung bei deren illegalen Aufenthalt Hilfestellungen leisten. Eine explizite Ausnahmemöglichkeit ist jedoch für die allein humanitäre Unterstützung vorgesehen. Die Beteiligung wird der Täterschaft durch Art. 2 gleichgestellt. Wie auch die ebenfalls auf dem SDÜ beruhende Richtlinie zur Ergänzung von dessen Art. 26, dient sie der mittelbaren Bekämpfung der illegalen Einwanderung. Indem die Richtlinien Regelungen nicht bezüglich der Einwandernden, sondern im Hinblick auf deren Kontaktpersonen enthalten, werden diese im eigenen Interesse von einer Förderung der unrechtmäßigen Zuwanderung abgehalten.

---

87 Richtlinie des Rates 2002/90/EG v. 28.11.2002, ABl. 2002 Nr. L 328 v. 5.12.2002, S. 17. In Verbindung mit dieser Richtlinie ist auf den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Erteilung kurzfristiger Aufenthaltstitel für Opfer der Beihilfe zur illegalen Einwanderung und des Menschenhandels, die mit den zuständigen Behörden kooperieren, KOM(2002) 71 endg., hinzuweisen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Vorschläge – insbesondere Einreise von Drittstaatsangehörigen zur Erwerbstätigkeit

Neben diesen Bestimmungen liegen weitere wichtige einwanderungspolitische Regelungen als Vorschläge für Rechtsakte vor. Im Folgenden soll wegen seiner besonderen Bedeutung derjenige über eine Richtlinie über die Einwanderung zum Zwecke der Erwerbstätigkeit näher untersucht werden. Weitere Angleichungsmaßnahmen sind jedoch zu erwarten.[88]

Der von der Kommission im Jahre 2001 vorgelegte Vorschlag für eine Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit[89] sollte unter der Voraussetzung seiner Verabschiedung ursprünglich bis zum 1. Januar 2004 von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Dieser bereits überschrittene Zeitpunkt verschiebt sich in Abhängigkeit vom Erlass der Richtlinie um einige Jahre.[90]

Im Vergleich zu anderen einwanderungspolitischen Rechtsakten zeichnet sich der Vorschlag durch einen stärker materiellen Ansatz aus. Allerdings lässt er die Beschränkung des Zugangs zu Tätigkeiten, die mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden sind, gemäß Art. 28 unberührt. Damit befindet er sich im Einklang mit Art. 39 IV, 45 EGV, die entsprechende Beschränkungen auch für Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten zulassen. Günstigere Regelungen auf völkerrechtsvertraglicher Basis sollen der Richtlinie nach ihrem Art. 3 I vorgehen. Bezüglich bestimmter Personengruppen, etwa Forschern[91], Künstlern und Journalisten können die Mitgliedstaaten eigenständig nach Art. 3 IV günstigere Regelungen erlassen. Nicht erfasst vom Anwendungsbereich sind nach Art. 3 II, III Personen, die sich nur kurzfristig in der Gemeinschaft betätigen, wenn die Tätigkeit einen unmittelbaren Bezug zu einem Drittstaat aufweist sowie Drittstaatsangehörige mit näher spezifiziertem Sonderstatus, etwa Familienangehörige von Unionsbürgern, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben oder von Drittstaatsangehörigen, die ihr Recht auf Familienzusammenführung[92] wahrgenommen haben, aber auch Asylbewerber.

88 Siehe dazu das entsprechende Jahres-Arbeitsprogramm der Kommission für 2003, ABl. Nr. C 111 v. 9.5.2003, S. 2, insbesondere S. 5 f., weiterhin den Kommissionsvorschlag zur Einrichtung eines Programms für die finanzielle und technische Hilfe für Drittländer im Migrations- und Asylbereich, KOM(2003) 355 endg.

89 KOM(2001) 386 endg.

90 Das Rechtssetzungsverfahren ist seit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments v. 12.2.2003, A5/2003/10, nicht fortgesetzt worden.

91 In Arbeit sind insoweit Richtlinienvorschläge über die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zu Studien- und Berufsbildungszwecken, vgl. KOM(2003) 226 endg./2, S. 12 f., siehe auch bereits den entsprechenden Richtlinienvorschlag KOM(2002) 548 endg.; sowie über die Zulassung von Forschern, vgl. KOM(2003) 336 endg., S. 6. Ziel ist dabei die Vereinfachung der Einwanderung und die Erhöhung des Wissenschaftsstandorts Europa.

92 Vgl. dazu nochmals den Überblick über die Voraussetzungen oben C.II.1.a)(2).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bezüglich der notwendigen Voraussetzungen für eine Einwanderung zum Zwecke der Arbeitsaufnahme unterscheidet der Richtlinienvorschlag zwischen unselbständigen und selbständigen Tätigkeiten. Im Hinblick auf erstere enthalten die Art. 4 ff. grundsätzlich restriktive und schwer erfüllbare Bedingungen, zumal auch freie Stellen grundsätzlich vorrangig durch Unionsbürger und privilegierte Drittstaatsangehörige zu besetzen sind.[93] Eine erteilte Genehmigung ist zwingend auf maximal drei Jahre zu befristen und überdies bei erstmaliger Erteilung Beschränkungen im Hinblick auf bestimmte berufliche Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche zu unterwerfen. Daneben sind regionale Beschränkungen möglich, Art. 7 I, 8. Die Möglichkeiten der Einziehung und Aussetzung der Genehmigung enthält Art. 10. Insoweit ist hervorzuheben, dass die kurzeitige Arbeitslosigkeit des Drittstaatsangehörigen nicht als Begründung für die Einziehung ausreichend ist. Art. 11 räumt den zulässigerweise abhängig beschäftigten Drittstaatsangehörigen bestimmte Mindestrechte ein. Diese betreffen zum einen die tatsächlichen Voraussetzungen der Möglichkeit der Tätigkeitsaufnahme, zum anderen aber auch eine punktuelle Gleichstellung mit Unionsbürgern insbesondere in grundlegenden arbeits- und sozialrechtlichen Fragen. Bezüglich des letztgenannten Aspekts können die Mitgliedstaaten jedoch teilweise nach Ablauf einer näher spezifizierten Zeit negative Abweichungen vorsehen. Für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern, etwa Saisonarbeiter oder innerbetrieblich versetzte Arbeitnehmer, sehen die Art. 12 ff. im Detail abweichende Sonderregeln vor.

Die Voraussetzungen der Einwanderung von Drittstaatsangehörigen in die Gemeinschaft zum Zwecke der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit werden in den Art. 17 ff. des Richtlinienvorschlags ähnlich und ebenfalls grundsätzlich restriktiv geregelt. Notwendig für die Genehmigungserteilung ist nach Art. 19 I insbesondere, dass der betreffende Mitgliedstaat wirtschaftlich oder im Hinblick auf die Beschäftigungssituation durch die Zuwanderung des Unternehmers profitiert. Für beide Alternativen der Einwanderung mit dem Ziel der Teilnahme am Erwerbsleben sehen die Art. 25 ff. Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten bezüglich des Verfahrens und näher bestimmter materieller einwanderungspolitischer Maßnahmen, etwa Kontingentierungen, vor. Auch insoweit wird deutlich, dass das gemeinschaftliche Einwanderungsrecht allein einen Rahmen vorgibt, der von den Mitgliedstaaten entsprechend ihren besonderen Situationen und Vorstellungen ausgefüllt werden kann und soll. In jedem Fall sind die Bestimmungen der Richtlinie im Falle ihrer Verabschiedung jedoch nichtdis-

93 Insoweit haben die Mitgliedstaaten durch die Festlegung von Fiktionen jedoch weitgehende Gestaltungsspielräume. Überdies gilt die Bedingung als erfüllt, wenn eine Stelle erfolglos vier Wochen lang durch Arbeitsvermittlungsdienste in mehreren Mitgliedstaaten bekannt gemacht wurde, Art. 6 II ff. Bei Beantragung der Verlängerung einer entsprechenden Erlaubnis für einen Drittstaatsangehörigen ist ein Nachweis der anderweitigen Nichtbesetzbarkeit nach Ablauf von drei Jahren gemäß Art. 7 II nicht mehr notwendig. Eine anderweitige Besetzungsmöglichkeit während der Genehmigungsdauer bleibt ohne Auswirkungen, Art. 9 II, 5 III lit. d.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kriminierend anzuwenden, Art. 32. Verstöße sind zudem gemäß Art. 33 wirksam zu sanktionieren.

Festzuhalten ist zusammenfassend, dass eine Einwanderung in die EG durch Drittstaatsangehörige mit dem Ziel der Arbeitsaufnahme grundsätzlich unterbleiben soll. Wirtschaftsmigration soll nur in Ausnahmefällen zulässig sein. Allerdings haben insbesondere die Mitgliedstaaten die Möglichkeit der aktiven Einflussnahme auf die Zusammensetzung der aus wirtschaftlichen Gründen Einwandernden.

D. Fazit

Die Entwicklung einer europäischen Einwanderungspolitik befindet sich noch immer in einem Frühstadium. Auch wenn die erforderlichen primärrechtlichen Grundlagen im Grundsatz vorhanden sind, fehlt bei den Mitgliedstaaten jedoch weitgehend der politische Wille zu einer gemeinsamen Lösung der Migrationsproblematik. Dies zeigt sich bereits an der Ausgestaltung der einwanderungsbezogenen Kompetenzgrundlagen des EGV, aber auch im Hinblick auf das verabschiedete und vorgeschlagene Sekundärrecht. Die den Mitgliedstaaten darin zugedachte Position ist sehr stark. Eine europäische Einwanderungspolitik wird daher in materieller Hinsicht vor allem durch Mindest- und Rahmenregelungen gekennzeichnet sein. Tendenziell ist sie gegen die Einwanderung von Drittstaatsangehörigen gerichtet.[94] Die Bekämpfung der illegalen Einwanderung wird effektiv gestaltet, während die legale Zuwanderung grundsätzlich nur im Ausnahmefall, vor allem durch Familienangehörige, möglich sein soll. Legal in der EG befindliche Drittstaatsangehörige sollen jedoch in weitem Umfang mit den Unionsbürgern gleichgestellt werden. Vor dem Hintergrund des Ziels einer Integration in die Bevölkerung vor Ort erscheint dies sinnvoll.

Für eine dynamischere Entwicklung der EG-Einwanderungspolitik ist eine Abschaffung der primärrechtlichen Besonderheiten unumgänglich. Die zunehmend aktivere Rolle der Kommission ist sachlich bedingt und notwendig. Einwanderungspolitische Regelungen auf europäischer Ebene sind für die von den Mitgliedstaaten wegen des Wegfalls der Binnengrenzen nicht mehr eigenständig zu leistenden Steuerung der Migrationsströme zwingend erforderlich. Es bleibt daher zu hoffen, dass insbesondere die deutsche Bundesregierung ihre Blockadehaltung bezüglich der Aufrechterhaltung des Einstimmigkeitszwangs bei der Rechtssetzung aufgibt und den Weg frei macht für eine zumindest insoweit reformierte Regelung im anstehenden Verfassungsvertrag. Weitere Reformen im Primärrecht, insbeson-

94 So auch *Guild*, (Fn. 3), S. 66 f.; *Weinzierl*, Das migrationspolitische Konzept der EU: Auf dem Weg zu einer erweiterten „Festung Europa"?, in: Scholz (Hrsg.), (Fn. 59), S. 164 (165 f.), spricht daher auch von einer „Einwanderungsverhinderungspolitik".

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dere die Ergänzung der Kompetenzbestimmungen um eindeutige materielle einwanderungspolitische Aussagen,[95] wären zwar wünschenswert, sind aber nicht unbedingt notwendig: Die inhaltliche Ausformung der europäischen Einwanderungspolitik kann auch auf sekundärrechtlicher Ebene erfolgen.

Insgesamt verdeutlichen Entwicklung und Ausgestaltung der europäischen Einwanderungspolitik die Schwierigkeiten bei der Wandlung Europas von der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit bloß punktuellen Befugnissen zur Europäischen Union mit einem umfassenden politischen Regelungsanspruch. Mit der Einflussnahme auf die Einwanderung von Drittstaatsangehörigen in ihre Mitgliedstaaten reagiert die EG nicht nur auf die Herausforderungen, welche mit der Anziehungskraft des reichen Europas in den Staaten Osteuropas und der dritten Welt verbunden sind, sondern nimmt zugleich aktiv Einfluss auf die Zusammensetzung der Bevölkerungen ihrer Mitgliedstaaten. Auch wenn mit den einwanderungspolitischen Bestimmungen (noch) keine staatsangehörigkeitsrechtlichen Vorgaben verbunden sind, erscheint perspektivisch eine diesbezügliche Entwicklung trotz der zu erwartenden starken Widerstände aus den Mitgliedstaaten[96] als logische Fortsetzung des bislang erreichten bevölkerungspolitischen Integrationsstandes nicht völlig ausgeschlossen. Schon die derzeit geltenden Bestimmungen und die als Vorschläge existenten Normen geben den Mitgliedstaaten einen zunehmend rege-

---

95 Maßgebliche Bestimmung des Konventsentwurfs über eine Europäische Verfassung ist Art. III-168. Diese lautet:
(1) Die Union entwickelt eine gemeinsame Einwanderungspolitik, die in allen Phasen eine effiziente Steuerung der Migrationsströme, eine angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, sowie eine Prävention und verstärkte Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel gewährleisten soll.
(2) Zu diesem Zweck werden durch Europäische Gesetze oder Rahmengesetze Maßnahmen in folgenden Bereichen festgelegt:
a) Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen sowie Normen für die Erteilung von Visa für einen langfristigen Aufenthalt und von Aufenthaltstiteln, einschließlich solcher zur Familienzusammenführung, durch die Mitgliedstaaten;
b) Festlegung der Rechte von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, einschließlich der Bedingungen, unter denen sie sich in den anderen Mitgliedstaaten frei bewegen und aufhalten dürfen;
c) illegale Einwanderung und illegaler Aufenthalt, einschließlich Abschiebung und der Rückführung solcher Personen, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten;
d) Bekämpfung des Menschenhandels, insbesondere des Handels mit Frauen und Kindern.
(3) Die Union kann gemäß Art. III-227 mit Drittländern Abkommen über eine Rückübernahme illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger in ihr Ursprungs- oder Herkunftsland schließen.
(4) Durch Europäische Gesetze oder Rahmengesetze können unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten Maßnahmen festgelegt werden, mit denen die Bemühungen der Mitgliedstaaten um die Integration der sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufhaltenden Drittstaatsangehörigen gefördert und unterstützt werden.
(5) Dieser Artikel berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, festzulegen, wie viele Drittstaatsangehörige aus Drittstaaten in ihr Hoheitsgebiet einreisen dürfen, um dort als Arbeitnehmer oder Selbständige Arbeit zu suchen.

96 Bislang knüpft selbst die Unionsbürgerschaft, Art. 17 EGV, an den Staatsangehörigkeitsregelungen der Mitgliedstaaten an.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lungsintensiven Rahmen für die Gestaltung ihrer nationalen Einwanderungspolitiken vor und bilden so die Grundlage für eine aktive und wirksame Lösung der europäischen Migrationsproblematik.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2004-1-12 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY