

Kapitel 3 Vorzeichen: Grundlegende Aspekte der Analyse und Rechtsentwicklung

Die Breite und Vielfalt der Konstruktionselemente legen es nahe, einige grundlegende Aspekte der Analyse (§ 1) sowie die einschlägige Entwicklung des Rechts (§ 2) im Sinne von Vorzeichen „vor die Klammer zu ziehen“.

Vorzeichen werden in verschiedenen Kontexten verwendet. In der Musik werden durch Vorzeichen die Tonhöhen verändert und damit die Tonart eines Stückes bestimmt.⁴¹³ In diesem Sinne lassen sich die in diesem Kapitel angeführten Punkte begreifen. Sie determinieren, wie in einer Notenschrift, in Teilen die Entwicklung und Prägung der unterschiedlichen Konstruktionselemente, die im darauffolgenden Kapitel 4 ausführlich analysiert werden. Sie stellen insofern eine wertvolle Grundlage für das Verständnis und die Kontextualisierung der einzelnen Konstruktionselemente dar.

§ 1 Grundlegende Aspekte illegalisierter Migration auf EU-Ebene

Zu den Vorzeichen der Analyse gehören drei grundlegende Aspekte: Der (Il-)Legalitäts-Dualismus im Europäischen Migrationsrecht verdeutlicht die Verbreitung und tiefe Verwurzelung der binären Einteilung in „legale“ und „illegale“ Migration und Migrant*innen auf der Unionsebene (§ 1). Er zeigt zum einen, dass die im Zentrum der Arbeit stehende Binarität von Legalität und Illegalität keine Chimäre ist und zum anderen, dass die Entwicklung des Migrationsrechts auf EU-Ebene von der Idee einer Bekämpfung „illegaler Migration“ geprägt ist, welche eine Abgrenzung zwischen „legaler“ und „illegaler“ Migration logisch voraussetzt. Der primärrechtliche Ausgangspunkt für die Konstruktion illegalisierter Migration (§ 2) greift die Binarität auf und ist bedeutsam für die Entwicklung des Migrati-

413 Auch in der Mathematik haben Vorzeichen eine ähnliche, determinierende Funktion. Sie werden beispielsweise reellen Zahl vorangestellt, um diese als positiv oder negativ auszuweisen oder drücken die Orientierung eines gerichteten Winkels aus.

onsrechts.⁴¹⁴ Darüber hinaus gewährt dessen Genese wertvolle Einblicke in die dialektischen Spannungen bei der Fortentwicklung der primärrechtlichen Grundlagen. Schließlich sind die Differenzierungen im Rahmen der Grundprogrammierung des europäischen Migrationsrechts (§ 3) ein bedeutsames Vorzeichen der Analyse, da sich diese in den verschiedenen Konstruktionselementen fortschreiben.⁴¹⁵

I. Der (Il-)Legalitäts-Dualismus im Europäischen Migrationsrecht

Die Konzeption von Recht orientiert sich regelmäßig an binären Entscheidungsmöglichkeiten.⁴¹⁶ Die Einteilung im Migrationsrecht in „legale“ und „illegale“ Migration ist nur eine von vielen. Migration lässt sich beispielsweise auch anhand von Migrationsmotiven (Arbeitsmigration, Tourismus, Schutzsuchende etc.) unterteilen. Ebenso ließe sich das Kriterium der (Un-)Freiwilligkeit anwenden. Die Unterscheidung nach der (Il-)Legalität steht in vielen anderen Kontexten auch nicht im Vordergrund. Wenn beispielsweise über Arbeit allgemein gesprochen wird, geht es meist nicht primär um die Unterteilung in „legale“ und „illegale“ Arbeit, es wird vielmehr unterschieden in Erwerbsarbeit, Erziehungsarbeit, körperliche Arbeit, Zwangsarbeit, etc. Im europäischen Migrationsrecht ist die Einteilung in „legale“ und „illegale“ Migration jedoch äußerst prominent, wobei die Legalität oftmals unausgesprochen bleibt und sich lediglich komplementär aus der Illegalisierung ergibt. Daher ist die Bezeichnung im Rahmen einer binären Unterscheidung als „nicht-illegalisierte“ Migration letztlich treffender.⁴¹⁷

414 Zur Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene ausführlich Kapitel 3 § 2.

415 Die folgenden Ausführungen finden sich teilweise bereits bei *Klarmann*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 127-154 (132 ff.).

416 *Luhmann* bezeichnet die binäre Unterscheidung im Rechtssystem nach Recht und Unrecht als „Code“. Sofern sich etwas (eine Kommunikation) nicht anhand dieser Differenzierung (des Codes) unterscheiden lässt, ist es schlicht kein Recht bzw. es „nicht dem Rechtssystem zugerechnet“ (sondern dessen Umwelt), siehe *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 95.

417 Dabei gilt, dass bei einem entsprechend weiten Verständnis von Illegalisierung, wie es der vorliegenden Arbeit zugrunde liegt (siehe Kapitel 1 § 6), letztlich jegliche Form der Migration in irgendeiner Weise (zumindest teilweise) von Illegalisierungen betroffen ist, so dass es im Ergebnis auch keine gänzlich „nicht-illegalisierte“ Migration gibt.

Die Bedeutung des Themas und die Aufmerksamkeit, welche die Gesetzgebung ihm zukommen lässt, zeigen sich auch an der Vielzahl einschlägiger, auf den Kompetenztitel in Art. 79 Abs. 1 AEUV gestützter, sekundärrechtlicher Regelungen, in welchen sich oftmals an prominenter Stelle die Bekämpfung illegalisierter Einwanderung als Zielvorgabe in den Erwägungsgründen findet.⁴¹⁸ Dies verwundert jedoch nicht so sehr, wenn die der rechtlichen Entwicklung zugrunde gelegten Programme und Übereinkünfte näher betrachtet werden. Der Europäische Rat sah bereits 1999 im Tampere Programm die „Beendigung der Illegalen Einwanderung“ als wichtigen Bestandteil bei der Schaffung einer Union der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts an und war „entschlossen, die illegale Einwanderung an ihrer Wurzel zu bekämpfen“.⁴¹⁹ Das folgende Haager Programm fordert die Bekämpfung der illegalen Zuwanderung als Teil der Migrationsströmesteuerung.⁴²⁰ Im Stockholmer Programm wird die Notwendigkeit, „illegale Migration zu verhüten, einzudämmen und zu bekämpfen“ als politische Priorität aufgeführt⁴²¹ und die 2014 in Ypern beschlossenen Leitlinien, welche stärker auf die Implementierung der bestehenden Regelungen gerichtet sind, fordern dazu auf, „energisch gegen irreguläre Migration vorzugehen und ein effizientes Management der EU-Außengrenzen zu gewährleisten.“⁴²² Diese Bestrebungen spiegeln sich auch in den korrespondierenden Aktionsplänen.⁴²³ Schließlich setzt die 2015 veröffentlichte Europäische Migrationsagenda der Kommission einen Schwerpunkt auf

418 Siehe ErwGr. 1 ArbeitgebersanktionenRL; ErwGr. 1 BeihilfeRL und ErwGr. 2 und 5 Rahmenbeschluss 2002/946/JI sowie ErwGr. 1 MenschenhandelsopferRL. Zur Rolle der Erwägungsgründe im Rahmen der Auslegung siehe Kapitel 2 § 1 V. 3.

419 Siehe Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 3.

420 Siehe Europäischer Rat, Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABl. 2005 C 53/1, Punkt 1.7, S. 6 f.

421 Siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. 2010 C115/1, Punkt 1.1, S. 5.

422 Siehe Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 26. und 27. Juni 2014, EUCO 79/14, Punkt I. 5., S. 2 und Annex I Punkt 4, S. 19.

423 Europäischer Kommission, Das Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre, ABl. 2005 C 198/1 und Europäische Kommission, Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms, KOM(2010) 171 endg. vom 20. April 2010.

die Reduzierung der „Anreize für irreguläre Migration“⁴²⁴ und die jüngste EU-Türkei Erklärung beinhaltet den Beschluss „die irreguläre Migration aus der Türkei in die EU zu beenden“⁴²⁵.

Der Ton in Bezug auf illegalisierte Migration hat sich dabei in den vergangenen Jahren zunehmend verschärft, wie sich an den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 28. Juni 2018 ablesen lässt. Diese setzen es sich zum Ziel, „die illegale Migration über alle bestehenden und neuen Routen weiter einzudämmen“.⁴²⁶ Auch in der Strategischen Agenda des Europäischen Rates 2019-2023 wird das Ziel ausgerufen, „illegale Migration und Menschenhandel zu bekämpfen und für effektive Rückführungen zu sorgen“,⁴²⁷ wobei der Auftrag zur Verhütung und Bekämpfung illegalisierter Migration als ein Auftrag zur aktiven Gestaltung zu verstehen ist und folglich auch Maßnahmen zur De-Illegalisierung umfassen kann.⁴²⁸

Die Bekämpfung „illegaler Migration“ zieht sich somit schon seit Jahrzehnten wie ein roter Faden durch die Entwicklung des europäischen Migrationsrechts – und mit ihr die Unterscheidung in „legale“ und illegale“ Migration. Es lässt sich also festhalten, dass die Einteilung in „legale“ und „illegale“ Migration in der Europäischen Politik und Gesetzgebung seit geraumer Zeit fest etabliert ist, wobei eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Vielschichtigkeit des Begriffs meist ausbleibt und die Gesetzgebung trotz der Verbreitung der Begrifflichkeit eine Definition von illegaler Migration oder illegalen Migrant*innen bislang schuldig bleibt.⁴²⁹ Stattdessen wird oftmals ohne weitere Hinweise am (Il-)Legalitäts-Dualismus festgehalten und pauschal eine Verhinderung oder Bekämpfung „illegaler“ Migration gefordert, ohne näher auszuführen, was genau darunter verstanden wird.

424 Siehe Europäische Kommission, Die Europäische Migrationsagenda, COM(2015) 240 final vom 13. Mai 2015, Punkt III.1 S. 9. Der Fokus scheint sich dem Wortlaut nach zwar von einer direkten Bekämpfung zu einer Anreizminderung zu verschieben, diese Neujustierung der Herangehensweise ändert jedoch nichts am propagierten Ziel. Dieses bleibt die Reduzierung bzw. Beendigung illegaler Migration.

425 Europäischer Rat, Erklärung EU-Türkei, 18. März 2016.

426 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 28. Juni 2018, EUCO 9/18, unter I.2.

427 Europäischer Rat, Eine neue Strategische Agenda 2019-2024, Schlussfolgerungen vom 20. Juni 2019, EUCO 9/19.

428 Siehe Kapitel 4 § 6.

429 Siehe zur Frage der Definition auch Kapitel 1 § 6.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich die Etablierung des (Il-)Legalitäts-Dualismus in der Politik im Recht niederschlägt⁴³⁰ und somit prägendes Vorzeichen der Konzeption und Entwicklung ist. Dies setzt die Unterteilung bzw. Unterteilbarkeit von „legaler“ und „illegaler“ Migration voraus und formt das Recht entsprechend dieser Vorstellung. Die bewusste und aktive Formung und Prägung in diesem Sinne wird durch die gefestigte Rhetorik der „Bekämpfung“ auf Unionsebene gestützt. Diese Parameter sind wichtige Voraussetzungen für die Analyse der dazwischen befindlichen Graubereiche im Rahmen einer dekonstruktiv ausgerichteten Untersuchung.

II. Primärrechtlicher Ausgangspunkt

Auch der primärrechtliche Ausgangspunkt ist ein Vorzeichen der Analyse. Schon der hierarchische Aufbau des Unionsrechts indiziert eine Thematisierung des Primärrechts vor dem Sekundärrecht. Das Primärrecht ist dabei nicht nur höherrangig, es geht der Entwicklung des Sekundärrechts auch chronologisch stets voran. Daher ist der primärrechtliche Ausgangspunkt, welcher den verschiedenen Konstruktionselementen gleichermaßen zugrunde liegt, als vorgelagertes, horizontales Element mit einer grundlegenden und entwicklungsleitenden Funktion ebenfalls vorab zu behandeln. Während die binäre Einteilung in Art. 79 AEUV (1.) die Festbeschreibung des bereits dargelegten (Il-)Legalitäts-Dualismus im Primärrecht bestätigt, gewährt dessen Genese (2.) Einblicke in das „Ringen“ der verschiedenen Perspektiven. Das geänderte Gesetzgebungsverfahren (3.) hat insoweit eine prägende Funktion im Sinne eines Vorzeichens, als es dessen Entwicklung katalysiert, also nicht nur beschleunigt, sondern in Teilen überhaupt erst ermöglicht.

1. Die binäre Einteilung in Art. 79 AEUV

Die Entwicklung des europäischen Migrationsrechts fällt unter die Kompetenz der EU, einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen, welcher nach Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV der geteilten Zuständigkeit

430 Siehe die folgenden Ausführungen zur binären Einteilung im Primärrecht in Kapitel 3 § 1 II. 1.

mit den Mitgliedstaaten unterfällt, wobei nicht alle Mitgliedstaaten gleichermaßen an die Regelungen in diesem Bereich gebunden sind.⁴³¹

Primärrechtlicher Ausgangspunkt für die Konstruktion illegalisierter Migration ist der Kompetenztitel in Art. 79 Abs. 1 AEUV, welcher den Begriff der illegalen Einwanderung einführt und mit der damit einhergehenden Abgrenzung zur legalen Einwanderung die binäre Einteilung von Migration und Migrant*innen aufnimmt und den (Il-)Legalitäts-Dualismus im Primärrecht festschreibt. Die Fixierung der binären Einteilung im Primärrecht zeichnet die entsprechende Entwicklung des Sekundärrechts vor.

2. Einsichten aus der Genese des Primärrechts

Auch eine Auseinandersetzung mit der Genese des (primärrechtlichen) Ausgangspunktes bringt wertvolle Einsichten für das Konstruktionsverständnis mit sich. Art. 79 AEUV entspricht im Wesentlichen der im Verfassungskonvent⁴³² beschlossenen Regelung (Art. 267 VVE). Auch der Verfassungsvertrag hatte eine Trennung von Asyl- und Einwanderungspolitik vorgesehen.⁴³³

Mit Blick auf die Konzeption der vorliegenden Arbeit sind insbesondere die dem Entwurf vorangegangenen Diskussionen in den Arbeitsgruppen interessant, da diese einen Blick „hinter die Kulissen“ gewähren, anhand derer sich die dem Rechtstext zugrundeliegenden Motivationen und Argumentationen (zumindest teilweise) rekonstruieren lassen – insbesondere lässt sich hieran nachvollziehen, welche Ansätze sich nicht durchsetzen konnten.

431 Das betrifft die Staaten mit einer „Opt-Out Option“, namentlich Irland, Dänemark und bis zu dessen Austritt aus der EU auch das Vereinigte Königreich.

432 Der Verfassungsvertrag wurde zwischen dem 28. Februar 2002 und dem 20. Juli 2003 im Europäischen Konvent erarbeitet. Nach der Unterzeichnung des Verfassungsentwurfs durch die Staats- und Regierungschefs am 29. Oktober 2004 scheiterte der Ratifizierungsprozess jedoch. Der Europäische Konvent umfasste Regierungs- und Parlamentsvertreter*innen der Mitgliedstaaten und der zehn Beitrittsländer und -kandidaten (neben der Türkei waren damals Rumänien und Bulgarien noch Beitrittskandidaten) sowie Vertretern des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission. Das erklärte Ziel war es, die Union demokratischer, transparenter und effizienter zu gestalten, siehe Europäischer Rat, Laeken – Anlagen zu den Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 14. und 15. Dezember 2001, S. 21 und 24.

433 Die geplante Regelung in Art. 266 VVE entspricht in der Sache Art. 78 AEUV.

An dieser Stelle lassen sich zudem die verschiedenen methodischen Ansätze nochmals anschaulich voneinander abgrenzen, da sich deren jeweiliges Untersuchungsinteresse in Bezug auf die Genese unterscheidet. Die Untersuchung der Entstehungsgeschichte im Rahmen einer historischen oder genetischen Auslegung zielt auf die konkrete Rechtsanwendung ab, die Hermeneutik strebt nach einem besseren Textverständnis und versucht Sinn zu rekonstruieren.⁴³⁴ Es geht also stets um eine Verbesserung, eine bessere oder zumindest besser begründbare Auslegung oder ein besseres Verständnis der Norm als solcher. Der dekonstruktive Ansatz der vorliegenden Arbeit befreit hingegen von derartig konkreten Zielsetzungen und ermöglicht einen offene(re)n und zwanglosen Blick.⁴³⁵

Außerdem spiegeln sich in den unterschiedlichen Positionen der Arbeitsgruppe die verschiedenen Perspektiven, die so das Spannungsfeld der migrationspolitischen Dialektik veranschaulichen.

a) Die Arbeitsgruppe X des europäischen Konvents

Die Genese der einschlägigen primärrechtlichen Regelung lässt sich anhand der umfassenden Dokumentation der Arbeitsgruppe X des Konvents zu „Freiheit, Sicherheit und Recht“ nachvollziehen.⁴³⁶ Insbesondere die Dokumentation der Änderungsvorschläge dokumentiert die Entwicklung eindrucklich.⁴³⁷

So wurde die Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern in Art. 78 Abs. 2 lit. g AEUV (Art. 266 VVE) auf Initiative eines britischen Vertreters des Europäischen Parlaments aufgenommen, welcher andernfalls das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für Lager in Drittstaaten befürchtete.⁴³⁸

434 Siehe Kapitel 2 § 1 I. und Kapitel 2 § 2.

435 Es wird nicht versucht, „Texte“ (in einem weiteren Sinne), in ein „Sinnkorsett“ zu zwingen, siehe *Habel*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1997, S. 217-241 (223). Zum dekonstruktiven Ansatz der Arbeit siehe Kapitel 2 § 3 und § 4.

436 In den Dokumenten der Arbeitsgruppe bezieht sich Art. III-162 auf den späteren Art. 266 VVE bzw. Art. 78 AEUV und Art. III-163 den späteren Art. 267 VV bzw. Art. 79 AEUV.

437 Sämtliche Änderungsvorschläge zu den Bestimmungen betreffend Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung inklusive der Begründungen (sofern vorhanden) sind gebündelt abrufbar unter: <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/848/global848.pdf> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

438 Siehe den Änderungsvorschlag von *Duff* zu Art. III-162.

Von deutscher Seite aus wurde eine Beschränkung der Regelungskompetenz der Union im Bereich Asyl auf „Mindestnormen“ angemahnt, um großzügigeren Regelungen und Besonderheiten auf mitgliedstaatlicher Ebene Rechnung zu tragen;⁴³⁹ zusätzlich wurde eine Zurückstellung der Mehrheitsentscheidungen in diesem Bereich gefordert, da es sich um einen besonders sensiblen Bereichen der Innenpolitik handle, weshalb „zuvor ein Grundstock gemeinsamer Regeln festgelegt“ werden solle, „bei dem durch die Einstimmigkeit der Entscheidung gesichert ist, dass er die grundlegenden Überzeugungen aller Beteiligten zutreffend widerspiegelt.“⁴⁴⁰

Die Niederlande votierten für eine Vereinheitlichung des Flüchtlings-schutzes und des subsidiären Schutzes unter einem einzelnen einheitlichen Status.⁴⁴¹ Aus Luxemburg kam der Änderungsvorschlag, die Gültigkeit des subsidiären und des temporären Schutzes auf das gesamte Unionsgebiet zu erstrecken.⁴⁴²

b) Die Änderungsvorschläge Kaufmanns

Für die vorliegende Untersuchung sind die Änderungsvorschläge von *Kaufmann* besonders interessant. Sie schlug vor, bei den Rechten von Drittstaatsangehörigen in Abs. 2 lit. b und Abs. 4 statt von einem „rechtmäßigen“ Aufenthalt von einem Aufenthalt „mit gefestigtem Aufenthaltsstatus“ zu sprechen und in Abs. 2 lit. c statt von einem „illegalem“ Aufenthalt von einem „unerlaubten“. ⁴⁴³ Ferner plädierte sie für die gänzliche Streichung der Kompetenzen im Bereich der Abschiebung und Rückführung

439 Siehe die Änderungsvorschläge des damaligen deutschen Außenministers *Fischer* zu Art III-162. Ebenso die Vorschläge zu Art. III-162 und 163 des damaligen Ministerpräsidenten Baden-Württembergs *Teufel* welcher vom Europäischen Rat in den Konvent berufen worden war sowie die des stellvertretenden Mitgliedes der Delegation des Europäischen Parlaments *Wuermeling*, welche zudem das Recht der Mitgliedstaaten, den Zugang zum Arbeitsmarkt zu regeln, in Abs. 4 anregten.

440 Siehe die Änderungsvorschläge von *Fischer* zu Art III-163.

441 Neben dem „internationalen Schutz“ hätte es dann nur noch den „temporären Schutz“ gegeben, siehe Änderungsvorschlag zu Art. III-162 von *de Vries* und *de Bruijn*.

442 „[V]alable dans toute l'Union“ siehe Änderungsvorschläge zu Art. II-11 von *Santer*, *Helming* und *Fayot*.

443 Siehe Änderungsvorschläge von *Kaufmann* zu Art. III-163. *Kaufmann* war als Mitglied des Europäischen Parlament im Europäischen Konvent vertreten.

„illegal“ aufhältiger Personen sowie hinsichtlich des Abschlusses von Rückübernahmeabkommen mit Drittländern. Sie argumentierte, dass es „verschiedene Möglichkeiten im Umgang mit Erscheinungen der illegalen Einwanderung [gibt], die den Werten der Union entsprechen“, daher solle die Verfassung sich „einer Präjudizierung dieser Politik enthalten.“⁴⁴⁴ In *Kaufmanns* Änderungsvorschlägen findet sich somit zunächst eine zumindest latente Skepsis an der Verwendung des Illegalitäts-Begriffs. Darüber hinaus lässt sich aus der Tatsache, dass sie im Zusammenhang mit der Gewährung von Rechten anstelle eines „rechtmäßigen“ (bloß) auf einen „gefestigten“ Aufenthalt abstellen möchte, auf eine kritische Haltung gegenüber migrationsrechtlichen Illegalisierungen schließen.

c) Der Abschlussbericht

Die von *Kaufmann* angeregten Änderungen wurden im Verfassungsentwurf letztlich nicht übernommen. Auch im Schlussbericht der Arbeitsgruppe X „Freiheit, Sicherheit und Recht“ finden sie sich nicht wieder. Die zentrale Forderung darin ist die Ablösung des Einstimmigkeitszwangs zugunsten von (qualifizierten) Mehrheitsentscheidungen, um die in den Programmen formulierten Zielsetzungen zeitnah umsetzen zu können.⁴⁴⁵ Daneben wird im Abschlussbericht festgestellt, dass „in Bezug auf die *Bekämpfung der illegalen Einwanderung* gemeinsame Maßnahmen der Union, einschließlich strafrechtlicher Sanktionen, angesichts der offenkundigen Wirkungslosigkeit rein nationaler Maßnahmen [...] stark befürwortet [werden].“⁴⁴⁶

An der Formulierung im Schlussbericht der Arbeitsgruppe zeigt sich, dass die Auffassung und Beschreibung eines „Kampfes“ gegen illegalisierte Migration, wie er sich auch in der Rhetorik der vorangegangenen Programme findet, letztlich auch in der Arbeitsgruppe durchgesetzt hat, wenngleich es auch Vorschläge – wie den von *Kaufmann* – gab, die in eine andere Richtung zeigten.

444 Siehe Änderungsvorschläge von *Kaufmann* zu Art. III-163.

445 Siehe zu den Programmen die vorangegangenen Ausführungen in Kapitel 3 § 1 I. Zu den tatsächlich erfolgten Änderungen und Auswirkungen im Gesetzgebungsverfahren siehe folgend Kapitel 3 § 1 II. 3.

446 Siehe Europäischer Konvent, Schlussbericht der Gruppe X "Freiheit, Sicherheit und Recht", CONV 426/02, S. 4 f. (Hervorhebung durch den Verfasser).

Die „großen Fragen“ im Verfassungskonvent drehten sich hauptsächlich um die Kompetenzen. Eine kritische Auseinandersetzung mit wesentlichen Merkmalen der Grundprogrammierung wie der strukturellen Unterscheidung von Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen lässt sich in den Dokumenten der Arbeitsgruppe hingegen nicht finden. Die Differenzierung anhand von Nationalitäten wurde, wie auch die Grundkonzeption des Visaregimes, ohne tiefgreifende Diskussionen vom EGV in das neu geschaffene Primärrecht transponiert.

3. Das geänderte Gesetzgebungsverfahren als Katalysator des europäischen Migrationsrechts

Im EGV war für Maßnahmen nach Art. 63 Nr. 3 b EGV (heute Art. 79 II lit. c AEUV)⁴⁴⁷ noch das Konsultationsverfahren vorgesehen, welches Einstimmigkeit im Rat erforderte und dem Europäischen Parlament eine lediglich beratende Rolle zubilligte, während in anderen Bereichen der Asyl- und Einwanderungspolitik bereits das Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV Anwendung fand, welches eine qualifizierte Mehrheit im Rat und die Zustimmung des Europäischen Parlaments erfordert.⁴⁴⁸ Am 22. Dezember 2004 entschied der Rat, dass fortan auch für Maßnahmen nach Art. 63 Nr. 3 b EGV das Mitentscheidungsverfahren Anwendung finden sollte.⁴⁴⁹ Diese Entwicklung setzte sich im Vertrag von Lissabon fort. Seitdem dieser in Kraft getreten ist, wird die Einstimmigkeit im Europäischen Rat im Bereich der „nicht-illegalisierten“ Migration primärrechtlich nicht mehr gefordert. Stattdessen gilt für sämtliche Regelungen im Bereich des Migrationsrechts das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit und Mitwirkung des Europäischen Parlaments.⁴⁵⁰ Die Folgen des geänderten Gesetzgebungsverfahrens für die Ent-

447 Diese umfassen einwanderungspolitische Maßnahmen im Bereich „illegale Einwanderung und illegaler Aufenthalt, einschließlich der Rückführung solcher Personen, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten“. In der Neufassung in Art. 79 II lit. c AEUV wurden sie ergänzt mit „Abschiebungen“.

448 Siehe Art. 67 EGV (Nizza).

449 Beschluss des Rates (2004/927/EG) vom 22. Dezember 2004 über die Anwendung des Verfahrens des Artikels 251 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Bereiche, die unter Titel IV des Dritten Teils dieses Vertrags fallen (Abl. 2004 L 396/45).

450 Mit der Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments im Gesetzgebungsverfahren, wurde teilweise die Hoffnung auf eine flüchtlingsfreundlichere Gesetz-

wicklung des europäischen Migrationsrechts waren und sind erheblich, da mit Wegfall des Einstimmigkeitserfordernisses und der damit einhergehenden Blockademöglichkeit einzelner Staaten im Rat eine Möglichkeit für tieferegreifende Regelungen geschaffen wurde.⁴⁵¹ Insofern hat das geänderte Gesetzgebungsverfahren die Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene katalysiert – also sowohl beschleunigt, als auch in Teilen überhaupt erst ermöglicht.⁴⁵² Ferner ist aufgrund des nunmehr einheitlichen Verfahrens auch eine eindeutige Zuordnung von Unionsrechtsakten zum Kompetenzbereich der legalen oder illegalen Migration nicht mehr erforderlich, da Maßnahmen gegebenenfalls auch auf mehrere Kompetenzen gestützt werden können.

III. Beschreibung der Grundprogrammierung

Als dritter vorgezogener Aspekt im Sinne eines Vorzeichens soll die Grundprogrammierung illegalisierter Migration im Unionsrecht erläutert werden. Die darin beschriebene Unterteilung zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen und die entsprechend differenzierten Regelungsansätze stellen eine Grundentscheidung dar, welche die Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene in Teilen vorzeichnet, indem sie ein Regelungsmuster vorgibt, welches in den verschiedenen Konstruktionselementen Anwendung findet. Die Analyse der Grundprogrammierung

gebung verbunden. Diese Hoffnungen haben sich jedoch nur bedingt erfüllt. Siehe zum Erlass der RückführungsRL *Acosta*, EJML 2009, S. 19-39, der auch die Funktion informeller Trilogie im Gesetzgebungsprozess thematisiert. Zur gestiegenen Bedeutung der frühen Übereinkünfte, welche auf eine Einigung zwischen Parlament und Rat noch vor der ersten Lesung abzielen, siehe *Bressanelli et al.*, EUI Working Paper RSCAS 2014/64, S. 1-22. Zur Entwicklung der Trilogie siehe *Roederer-Rynning/Greenwood*, Journal of European Public Policy 2015, S. 1148-1165; *Reh et al.*, Comparative Political Studies 2013, S. 1112-1142; und *Brandsma*, European Union Politics 2015, S. 300-319. Zur wiederholten Kritik der mangelnden demokratischen Legitimation der Trilogie siehe *Reh*, Journal of European Public Policy 2014, S. 822-841, die die demokratietheoretischen Bedenken selbst nur bedingt teilt, die Rolle der Berichterstatter hervorhebt und deren Auswahl kritisiert, mit weiteren Nachweisen zu kritischen Standpunkten auf S. 823.

451 Ausführlich hierzu am Beispiel der RückführungsRL *Lutz*, The Negotiations on the Return Directive.

452 Entsprechend der Doppelfunktion der Katalyse in der Chemie, die mittels eines Katalysators die Aktivierungsenergie senkt und damit eine chemische Reaktion in Gang setzt oder beschleunigt.

nung erfüllt somit einen doppelten Zweck: Einerseits ist sie selbst bereits Teil der Dekonstruktion, da sie verdeckte (oder zumindest nicht ganz offensichtliche) Prägungsmuster kritisch rekonstruiert.⁴⁵³ Andererseits dient sie als Grund- bzw. Vorlage für die Analyse der einzelnen Konstruktionselemente.

Die anhand der Nationalitäten der betroffenen Personen differenzierten Regelungsansätze (1.) lassen sich besonders gut an der Ausgestaltung des Sekundärrechts exemplifizieren (2.).

1. Die differenzierten Regelungsansätze hinsichtlich Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen

Zentral für die Grundprogrammierung ist die Unterscheidung von Drittstaatsangehörigen und Unionsbürger*innen.⁴⁵⁴ Während Unionsbürger*innen grundsätzlich freizügigkeitsberechtigt sind und sich somit „nicht-illegalisiert“ innerhalb des Unionsgebiets bewegen können,⁴⁵⁵ ist der Zugang und Aufenthalt für Drittstaatsangehörige von einer Erlaubnis abhängig. Unionsbürger*innen können ihr Aufenthaltsrecht in anderen Mitgliedstaaten jedoch verlieren⁴⁵⁶ und Drittstaatsangehörige können einen Aufenthaltstitel erwerben.

Die Grundprogrammierung lässt sich daher so beschreiben, dass das europäische Migrationsrecht für Drittstaatsangehörige, ein „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“, vielleicht sogar ein „repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt“ vorsieht, während für EU-Bürger*innen eine „generelle Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt“ gilt.⁴⁵⁷ In beiden Fällen ist somit eine Illegalisierung möglich, in keinem Fall jedoch zwingend – es sind le-

453 Zur kritischen Rekonstruktion des Bestehenden im Rahmen der Dekonstruktion siehe die Ausführungen zum Ansatz *Baers* in Kapitel 2 § 3 IV. 1, an welchem sich die vorliegende Arbeit orientiert.

454 Wobei Staatenlose im Unionsrecht grundsätzlich Drittstaatsangehörigen gleichgestellt sind, siehe Art. 67 Abs. 2 AEUV sowie Kapitel 4 § 5 I. 2. Familienangehörige, welche Unionsbürger*innen begleiten oder nachziehen, sind nach Art. 3 Abs. 1 UnionsbürgerRL ebenfalls freizügigkeitsberechtigt und somit Unionsbürger*innen in dieser Hinsicht gleichgestellt.

455 Zum Sonderstatus von Unionsbürger*innen in der europäischen Migrationspolitik siehe *Thym*, CMLR 2013, S. 709-736 (723 ff.).

456 Siehe Kapitel 4 § 5 I. 3.

457 Der Unterschied zwischen präventiven und repressiven Verboten besteht einerseits darin, dass das zugrundeliegende Verhalten bei präventiven Verboten grundsätzlich anerkannt ist und lediglich kontrolliert werden soll, während es

diglich die Vorzeichen vertauscht. Entscheidendes Element für die Frage, welches Regelungsregime Anwendung findet und damit die Wahrscheinlichkeit einer Illegalisierung festlegt, ist somit die Nationalität einer migrierenden Person. Diese Feststellungen für die Dekonstruktion von Illegalisierungsprozessen ist

Sowohl die Differenzierung anhand der Nationalitäten als auch die daran anknüpfenden Regelungsmuster sind integraler Bestandteil der Konstruktion migrationsspezifischer Illegalitäten. Die Identifizierung und Benennung dieser fundamentalen Weichenstellung ist daher im Rahmen einer entsprechenden Dekonstruktion unentbehrlich und Voraussetzung für die im nächsten Kapitel folgende Analyse einzelner Konstruktionselemente.

2. Die Grundprogrammierung in der sekundärrechtlichen Ausgestaltung

Zur Veranschaulichung dieser Grundprogrammierung bieten sich deren sekundärrechtliche Ausgestaltungen an.

Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Drittstaatsangehörigen und Unionsbürger*innen findet sich in Art. 6 Abs. 1 lit. b Schengener-Grenzkodex, welcher für die Einreise von Drittstaatsangehörigen ein gültiges Visum oder einen gültigen Aufenthaltstitel voraussetzt, während nach Art. 5 UnionsbürgerRL „[f]ür die Einreise von Unionsbürgern [...] weder ein Visum noch eine gleichartige Formalität verlangt werden [darf].“ In diesen zentralen Regelungen zeigt sich sowohl die Differenzierung zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen als auch der Erlaubnis- bzw. Befreiungsvorbehalt für Drittstaatsangehörige.

bei einem repressiven Verbot um ein grundsätzlich unerwünschtes Verhalten geht, welches nur in Ausnahmefällen gestattet werden kann. Andererseits unterscheidet sich ein präventives Verbot von einem repressiven Verbot auf der Rechtsfolgende dahingehend, dass im Falle eines präventiven Verbots der Ermessens- und Beurteilungsspielraum oft beschränkt ist, so dass bei Erfüllung der Voraussetzungen ein Anspruch auf eine Erlaubnis besteht, während die Erteilung einer Befreiung von einem repressiven Verbot meist im Ermessen der Verwaltung liegt. Siehe statt vieler nur *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rn. 504 und *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, § 18/4, Rn. 710 ff., jeweils m.w.N. sowie *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 51, die an Stelle von einem präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt von einer „Kontrollerelaubnis“ sprechen.

Eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Unterscheidung besteht in Bezug auf Drittländer, deren Staatsangehörige von der Visumspflicht befreit sind.⁴⁵⁸ Als rechtlich nicht zwingend gebotene, politisch motivierte Ausnahmeregelung⁴⁵⁹ stellt diese jedoch keinen Widerspruch zur Grundprogrammierung dar. Vielmehr wird die Unterscheidung zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen durch die Einführung des Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) wieder bestärkt, wenn zukünftig von Staatsangehörigen, die visumsfrei einreisen dürfen, zwingend eine ETIAS-Genehmigung verlangt wird.⁴⁶⁰

Ferner findet sich eine sekundärrechtliche Ausprägung der Grundprogrammierung in der RückführungsRL, welche „horizontale Vorschriften“ einführen soll, die für sämtliche Drittstaatsangehörige gelten, die die Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllen.⁴⁶¹ Sie ist dementsprechend grundsätzlich auf alle Drittstaatsangehörigen mit illegalisiertem Aufenthalt anwendbar,⁴⁶² Unionsbürger*innen werden hingegen vom Anwendungsbereich schon gar nicht erfasst. Diese Unterscheidung wird im Rahmen der Definition des „illegalen Aufenthalts“ in Art. 3 Nr. 2 RückführungsRL nochmals unterstrichen, da die dortige Definition voraussetzt, dass es sich um eine Person aus einem Drittstaat handelt. Nach der RückführungsRL können sich also überhaupt nur Drittstaatsangehörige illegal aufhalten.⁴⁶³

In Anlehnung an die Definition in Art. 2 Abs. 5 Schengener Grenzkodex⁴⁶⁴ sind zudem Personen, die das Unionsrecht auf freien Personenverkehr genießen, vom Anwendungsbereich ausgenommen,⁴⁶⁵ also Personen aus Drittländern, welche mit der EU eine Vereinbarung haben, die ihren Staatsangehörigen der Personenfreizügigkeit vergleichbare Rechte ge-

458 Siehe Anhang II zur VisumVO für die Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von der Visumspflicht befreit sind (sog. *white list*).

459 Zu den Kriterien für die Visumsfreiheit siehe Kapitel 4 § 2 IV. 1. a).

460 Siehe zu ETIAS auch Kapitel 4 § 1 III. 1. h).

461 Siehe ErwGr. 5 RückführungsRL.

462 Art. 2 Abs. 1 RückführungsRL.

463 Zur Illegalisierung des Aufenthalts von EU-Bürgern siehe jedoch Kapitel 4 § 5 I. 3.

464 Diese wurde bei der Neufassung des Schengener Grenzkodex inhaltsgleich übernommen.

465 Siehe Art. 2 Abs. 3 RückführungsRL.

währt.⁴⁶⁶ Personen mit Recht auf freien Personenverkehr werden jedoch nicht nur nach Art. 2 Abs. 3 RückführungsRL vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, sie sind nach Art. 3 Nr. 1 RückführungsRL auch schon per Definition keine Drittstaatsangehörigen. Wenn diese Personen keine Drittstaatsangehörigen im Sinne der Richtlinie sind, wäre ein gesonderter Ausschluss vom Anwendungsbereich jedoch nicht notwendig, respektive wäre beim Ausschluss der Anwendbarkeit ein Ausschluss in der Definition obsolet. Das ist regelungstechnisch folglich redundant. Es verdeutlicht jedoch, dass diese Personen, wie auch Unionsbürger*innen, keinen illegalisierten Aufenthalt gemäß der RückführungsRL haben können.

Insoweit spiegeln der Anwendungsbereich der RückführungsRL und die Definition des illegalen Aufenthalts in der RückführungsRL die beschriebene Grundprogrammierung wieder. Wie schon im Visakodex werden Unionsbürger*innen generell ausgeschlossen, während Drittstaatsangehörige grundsätzlich erfasst werden und lediglich Ausnahmeregelungen vorgesehen sind. Eine Ausnahme vom „illegalen Aufenthalt“ im Sinne der RückführungsRL besteht beispielsweise darin, dass im Zusammenspiel mit der VerfahrensRL der Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen, die in einem Mitgliedstaat Asyl beantragt haben, solange nicht als illegal angesehen wird, bis eine rechtskräftige Entscheidung über ihren Antrag vorliegt.⁴⁶⁷ Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Drittstaatsangehörige nach Art. 2 Abs. 2 RückführungsRL unter speziellen Umständen von der Anwendung auszuschließen,⁴⁶⁸ ändert hingegen nichts an deren illegalisiertem Aufenthalt, sondern schließt die betroffenen Personen lediglich von den (Verfahrens-)Garantien der RückführungsRL aus und ist somit in diesem Kontext unbeachtlich.

Es bleibt somit beim präventiven/repressiven Verbot mit Erlaubnis-/Befreiungsvorbehalt für Drittstaatsangehörige in Abgrenzung zur generellen Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt für Unionsbürger*innen.

466 Es ist gleichwohl schwer festzustellen, welche bilateralen Übereinkünfte dieses Erfordernis erfüllen, siehe *Epiney/Egbuna Joss*, in: Hailbronner/Thym, Schengen Borders Code Regulation (EC) No 562/2006, Art. 2, Rn. 5. Siehe hierzu auch *Hinterberger*, in: *Thym/Klarmann* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 155-186 m.w.N.

467 ErwGr. 9 RückführungsRL, welcher noch auf die frühere VerfahrensRL verweist.

468 Das betrifft Fälle, in denen ein Einreiseverbot einschlägig ist, Personen an der Grenze aufgegriffen werden oder Fälle mit Strafrechtsinvolvierung. Für Einzelheiten siehe *Lutz/Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, Return Directive 2008/115/EC, Art. 2, Rn. 5 ff.

§ 2 Die Entwicklung des Migrationsrechts der Europäischen Union mit Fokus auf illegalisierte Migration

Auch die Entwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene ist als Vorzeichen der Analyse der Konstruktionselemente dieser voranzustellen.

Daher werden im Folgenden diejenigen Entwicklungen im Unionsrecht, die mit der Konstruktion der illegalisierten Migration im Zusammenhang stehen, dargestellt werden. Der Überblick muss sich auf Entwicklungen beschränken, welche einen – wenngleich unterschiedlich starken und bisweilen indirekten – Bezug zum Thema der Illegalisierung aufweisen.⁴⁶⁹ Die historische Kontextualisierung der rechtlichen Grundlagen migrationsspezifischer Illegalisierungen soll helfen, einzelne Konstruktionszusammenhänge besser nachvollziehen zu können.

I. Der Beginn der Vergemeinschaftung im europäischen Migrationsrecht

Im Vergleich zu anderen regionalen Rechtsregimen ist die Entwicklung des europäischen Migrationsrechts ein relativ neues Unterfangen, welches mit der Zielsetzung eines europaweiten gemeinsamen Asylsystems jedoch wesentlich ambitionierter angelegt ist als frühere Ansätze in anderen Regionen.⁴⁷⁰ In den Römischen Verträgen, die am 1. Januar 1958 in Kraft traten⁴⁷¹ und in denen neben der bereits bestehenden Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) die Europäische Atomgemeinschaft (EURATOM) sowie die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) ge-

469 Insbesondere die parallele Entwicklung des Rechtsregimes zur „nicht-illegalisierten“ Migration muss im hiesigen Rahmen aus Platzgründen weitestgehend außer Betracht gelassen werden. Für einen Überblick über die Entwicklung des Migrationsrechts auf Ebene der EU siehe statt vieler nur, *Guild*, *International Journal of Refugee Law* 2006, S. 630-651; *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38; *Minter*, *Irregular Immigration*, S. 45 ff.; *Battjes*, *European Asylum Law and International Law*, S. 25 ff.

470 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38 (3) m.w.N., der die frühere Entwicklung entsprechender Regelungen auf anderen Kontinenten auf die ungleiche Verteilung von Schutzsuchenden zwischen unterschiedlich stark entwickelten Nationen zurückführt.

471 Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) und Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EURATOM).

gründet wurde (zusammen bildeten diese später die Europäischen Gemeinschaften), sind noch keine migrationsrechtlichen Regelungen zu finden.

Erst 1974 wurde mit der Erörterung einer möglichen Passunion erstmals ein migrationsrechtliches Thema auf die Agenda gesetzt, welches „eine schrittweise Harmonisierung der Ausländergesetzgebung und die Abschaffung der Passkontrolle innerhalb der Gemeinschaft“ vorsehen sollte.⁴⁷² Es dauerte jedoch weitere zehn Jahre, bis die Harmonisierung in diesem Bereich wirklich begann,⁴⁷³ da sich die Mitgliedstaaten zuvor noch für einen intergouvernementalen Ansatz stark gemacht hatten.⁴⁷⁴

Die Entwicklung eines Migrationsrechts auf europäischer Ebene nahm erst mit dem Wegfall der Binnengrenzen in den Schengener Abkommen⁴⁷⁵ und der damit einhergehenden Bewegungsfreiheit im gesamten Unionsgebiet konkrete Formen an, da Migration sich von diesem Zeitpunkt an nicht mehr unabhängig von den anderen Mitgliedstaaten regeln und steuern ließ.⁴⁷⁶ Bis heute lässt sich der Wegfall der Binnengrenzen als die treibende Kraft hinter dem Projekt eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems identifizieren.⁴⁷⁷

Der Wegfall der Binnengrenzen führte neben der Kompensationsmaßnahme in Form des Kurationsprozesses eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems jedoch auch zu einer Akzentuierung der Außengrenzen, wel-

472 Siehe Schlußkommuniqué über die Konferenz der Staats- bzw. Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften (Paris, 9. und 10. Dezember 1974), Punkt 10.

473 Siehe Europäischer Rat, Madrid – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 26. und 27. Juni 1989, S. 6, in denen unter Bezugnahme auf das „Dokument von Palma de Mallorca“ auf das Ergreifen tatsächlicher und wirksamer Durchführungsmaßnahmen gedrängt wird.

474 Der 1988 von der Kommission unterbreitete Vorschlag für eine Richtlinie zur Koordinierung der Regelung des Rechts auf Asyl und des Flüchtlingsstatus wurde 1988 noch abgelehnt, siehe Europäische Kommission, Bericht der Kommission über die Abschaffung der Personenkontrollen an den innergemeinschaftlichen Grenzen, KOM(88) 640 endg., vom 16. Januar 1989.

475 Schengener Übereinkommen vom 14.6.1985, Abl. 2000 L239/13-18 (Schengen I), welches bereits ergänzende Maßnahmen zur Verhinderung der unerlaubten Einreise vorsah (Art. 17) und Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990, Abl. L 239/19-62 (Schengen II).

476 Siehe beispielsweise für die Verknüpfung des Binnenmarktes und der Migrationssteuerung das Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes vom 14. Juni 1985, Rn. 11.

477 *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38 (4).

che fortan einer verstärkten Kontrolle unterworfen waren. Als Komplementärmaßnahme zur Öffnung der Binnengrenzen wurde das Dubliner Übereinkommen⁴⁷⁸ verabschiedet, welches die Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen zwischen den unterzeichnenden Staaten regelte.

Die zentralen Elemente des damals gewählten Regelungsansatzes waren grundlegend für die weitere Entwicklung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und bestehen dem Grunde nach bis heute fort. Erster zentraler Regelungsansatz war das erklärte Ziel, dass es stets nur einen für die Prüfung des Asylantrages zuständigen Mitgliedstaat geben soll. Zweitens erfolgt die Zuständigkeitszuweisung anhand von objektiven Kriterien, auf welche sich die Mitgliedstaaten im Dubliner Übereinkommen geeinigt haben, Wünsche oder Präferenzen der Schutzsuchenden werden nicht berücksichtigt. Drittens orientiert sich die Zuständigkeit für die Prüfung des Asylantrages an der Verantwortung eines Mitgliedstaates für die Einreise in das Unionsgebiet. Zwar wurden auch damals schon enge Angehörige, welche sich nicht illegalisiert in einem anderen Mitgliedstaat aufhielten, berücksichtigt,⁴⁷⁹ entscheidend war jedoch meist die Verantwortungszuschreibung für die Einreise, gleich, ob die Einreise auf illegalisiertem Wege erfolgte,⁴⁸⁰ oder ob der Mitgliedstaat einen Gebietszugang vorab auf „nicht-illegalisierter“ Weise ermöglichte.⁴⁸¹ Hinter diesen Regelungsansätzen lässt sich eine Entwicklungslogik erkennen, welche Schutzsuchende als Last und die Zuweisung als Bürde kennzeichnet und somit dazu anspornt, den Gebietszugang für Schutzsuchende zu erschweren.⁴⁸² Neben der neutralen Organisationsperspektive kommt hier also auch die nützlichkeitsorientierte Perspektive zum Ausdruck.⁴⁸³

In den auf die Verabschiedung des Dubliner Übereinkommens folgenden Jahren wuchs der Wunsch nach einem umfassenderen gemeinsamen Asylsystem.⁴⁸⁴ Es folgten weitere Absprachen zwischen den Mitgliedstaat-

478 Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags – Dubliner Übereinkommen, Abl. 1997 C 254/1-12.

479 Siehe Art. 4 Dubliner Übereinkommen. Freilich handelt es sich auch dabei um ein objektives Kriterium.

480 Art. 6 Dubliner Übereinkommen.

481 Art. 5 Dubliner Übereinkommen.

482 Siehe *Guild*, International Journal of Refugee Law 2006, S. 630-651 (637).

483 Zu den im Rahmen der Arbeit entwickelten Perspektiven als struktur- und stringenzverleihende Charakteristika der Untersuchung Kapitel 2 § 4 II. 2.

484 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (7 f.) m.w.N.

ten hinsichtlich sicherer Drittstaaten,⁴⁸⁵ sicherer Herkunftsländer⁴⁸⁶ und offensichtlich unbegründeter Asylanträge,⁴⁸⁷ deren Rechtsnatur nicht ganz eindeutig war.⁴⁸⁸ Die Internationalisierung des Migrationsrechts erfolgte somit zunächst noch völkerrechtlich zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten. Dieser intergouvernementale Ansatz blieb von den primärrechtlichen Änderungen im Vertrag von Maastricht⁴⁸⁹ unberührt, was aufgrund der fehlenden parlamentarischen und der beschränkten gerichtlichen Kontrolle der sog. „Dritten Säule“ kritisiert wurde.⁴⁹⁰

II. Die Verlagerung in die „erste Säule“ und der Beginn der sekundärrechtlichen Ausgestaltung

Die Vergemeinschaftung auf Grundlage des Primärrechts begann erst mit der Verlagerung von der intergouvernementalen „Dritten Säule“ in die gemeinschaftliche „Erste Säule“ und Schaffung eines eigenen Kompetenztitels⁴⁹¹ im Amsterdamer Vertrag⁴⁹². Diese erfolgte jedoch zunächst noch mit gewissen Einschränkungen. So wurde die Entscheidungskompetenz des EuGH beschränkt⁴⁹³ und die Mitgliedstaaten hatten weiterhin ein Initiativrecht.⁴⁹⁴ Das Bedürfnis nach einer verstärkten Harmonisierung fußte maßgeblich auf der Inkohärenz der Maßnahmen im Bereich des Grenzschutzes und dem Umgang mit Migrationsbewegungen von Drittstaatsan-

485 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 30. November 1992 zu den Ländern, in denen die Verfolgungsgefahr in der Regel gering ist.

486 Europäischer Rat, Entschließung vom 30. November 1992 über ein harmonisiertes Vorgehen im Zusammenhang mit Aufnahmedrittländern.

487 Europäischer Rat, Entschließung vom 30. November 1992 über offensichtlich unbegründete Asylanträge.

488 *Guild*, International Journal of Refugee Law 2006, S. 630-651 (638 f.).

489 Vertrag über die Europäische Union, unterzeichnet zu Maastricht am 7. Februar 1992, Abl. 1992 C 191/1.

490 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (8 f.), m.w.N.

491 Titel IV im EGV.

492 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakt, Abl. 1997 C 340/1.

493 Siehe Art. 68 EGV.

494 Dieses unterlag allerdings einer Beschränkung auf die ersten fünf Jahre nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam, siehe Art. 67 Abs. 1 EGV.

gehörigen sowie den daran anknüpfenden Fragen zu Aufenthalt und Asyl.⁴⁹⁵

Entsprechend verwundert es nicht, dass eine der ersten migrationspolitischen Maßnahmen unter dem neuen Kompetenztitel die Festlegung der Regelungen über die Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen in der Dublin-II-VO war, welche den bereits beschriebenen Regelungssatz vom Völkerrecht ins Unionsrecht transponierte und somit für alle Mitgliedstaaten verbindlich festlegte. Ob hingegen anhand der Regelungspräzision und Detailliertheit der neuen Regelungen im Primärrecht (Art. 63 EGV) auf eine Prioritätensetzung der EU geschlossen werden kann,⁴⁹⁶ darf angezweifelt werden. Die fehlenden Detailregelungen, beispielsweise zur Frage nach der generellen Lasten- bzw. Verantwortungsverteilung, sind tatsächlich wohl weniger Ausdruck einer (fehlenden) Priorisierung, als vielmehr eines fehlenden Konsenses auf politischer Ebene. Außerdem wurden, in chronologischer Reihenfolge, erlassen: die EurodacVO, die MassenzustromRL, die AufnahmeRL, die QualifikationsRL und die VerfahrensRL.⁴⁹⁷ Wobei letztgenannte bereits Regelungen zu beschleunigten Verfahren und sogenannten sicheren Herkunfts- bzw. Drittstaaten beinhaltete.⁴⁹⁸

Dieses erste Paket legislativer Maßnahmen konkretisierte die neue Kompetenz (entsprechend der primärrechtlichen Vorgaben) inhaltlich mit verbindlichen Minimalstandards und gab der Idee eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems somit bereits ein umfangreiches sekundärrechtliches Fundament, welches freilich nicht frei von Kritik blieb,⁴⁹⁹ die sich neben der Beschränkung auf Minimalstandards und der Vereinbarkeit mit der GFK auch auf die relativ weiten Ermessensspielräume, welche den Mitgliedstaaten eingeräumt wurden, konzentrierte.⁵⁰⁰ In Anbetracht dieser „Schlupflöcher“, welche auch an der mehrfachen Verwendung von Richtlinien anstelle von Verordnungen mit höherer Bindungswirkung festgemacht wurden, wurde teils von einer „Harmonisierung *à la carte*“ gespro-

495 *Guild*, International Journal of Refugee Law 2006, S. 630-651 (640).

496 So *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (10).

497 Siehe EurodacVO (alte Fassung), MassenzustromRL, AufnahmeRL (alte Fassung), QualifikationsRL (alte Fassung) und VerfahrensRL (alte Fassung).

498 Siehe Art. 23 Abs. 4, Art. 27, Art. 31 VerfahrensRL (alte Fassung).

499 Siehe statt vieler nur *Garlick*, in: *Balzacq/Carrera* (Hrsg.), Security Versus Freedom?, S. 45-59; *ECRE*, Broken Promises – Forgotten Principles und *Costello*, EJML 2005, S. 35-70.

500 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (15 f.) m.w.N.

chen.⁵⁰¹ Die halbherzige Harmonisierung hatte zur Folge, dass sich unterschiedliche Standards entwickelten, welche zu stark divergierenden Anerkennungsquoten von Schutzsuchenden führten.⁵⁰²

III. Die Weiterentwicklung entlang der Programme als wichtige Entwicklungsleitlinien

Eine zentrale Rolle bei der (Weiter-)Entwicklung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems kommt den vom Europäischen Rat beschlossenen Arbeitsprogrammen zu. Schon 1999 verabschiedete der Europäische Rat in Tampere ein Arbeitsprogramm, welches die wesentlichen Leitlinien für die Entwicklung des Migrationsrechts der nächsten Jahre enthielt und den Begriff des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems einführte.⁵⁰³ Darin wurden bereits eine effizientere Steuerung der Migrationsströme in allen Phasen angemahnt und die Entschlossenheit, „die illegale Einwanderung an ihrer Wurzel zu bekämpfen“ zum Ausdruck gebracht.⁵⁰⁴ Ferner wurden Rückübernahmeabkommen mit einschlägigen Drittländern gefordert sowie eine engere Zusammenarbeit und gegenseitige technische Unterstützung der Grenzkontrollbehörden der Mitgliedstaaten gewünscht.⁵⁰⁵ Daneben finden sich aber auch Forderungen zur Verbesserung der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen.⁵⁰⁶

In den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Sevilla 2002 wurden unter Bezugnahme auf das Programm von Tampere nochmals explizit „Maßnahmen zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung“, die „Einführung eines koordinierten und integrierten Schutzes der Außengrenzen“ und die „Einbeziehung der Einwanderungspolitik in die Beziehungen der Union zu Drittländern“ eingefordert, wohingegen sich keiner-

501 Siehe *Teitgen-Colly*, CMLR 2006, S. 1503-1566 (1512 f.).

502 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38 (16).

503 Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999.

504 Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 22 und 23.

505 Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 24 und 27.

506 Diese sollen der Rechtsstellung der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten angenähert werden und bei dauerhaft rechtmäßigem Aufenthalt die Möglichkeit des Erwerbs der Staatsangehörigkeit vorsehen, Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 21.

lei Forderungen hinsichtlich der Entwicklung des Rechtsrahmens der „nicht-illegalisierten“ Migration finden.⁵⁰⁷

Im selben Jahr wurde eine Richtlinie zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt⁵⁰⁸ sowie 2004 die VerbindungsbeamtenVO⁵⁰⁹ erlassen, welche diese Stoßrichtung nochmals verdeutlichten. 2004 wurden weitere ergänzende Maßnahmen zur Bekämpfung illegalisierter Migration ergriffen. Beförderungsunternehmen wurden zur Übermittlung von Passagierdaten verpflichtet,⁵¹⁰ und die Rechtsgrundlage für die Errichtung von Frontex wurde geschaffen.⁵¹¹ Bei letzterer handelt es sich um eine europäische Agentur, die 2005 gegründet wurde und seitdem für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zuständig ist.⁵¹²

Die zweite Phase des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems wurde im November 2004 mit dem Haager Programm⁵¹³ und dem dazugehörigen Aktionsplan zur Umsetzung des Haager Programms 2005⁵¹⁴ eingeläutet,⁵¹⁵ welches jedoch zugleich noch die zeitnahe vollständige Umsetzung der ersten Phase durch die Mitgliedstaaten anmahnte.⁵¹⁶

507 Europäischer Rat, Sevilla – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 21. und 22. Juni 2002, 13463/02, Punkt 26 ff.

508 BeihilfeRL.

509 VerbindungsbeamtenVO (alte Fassung).

510 Siehe BeförderungsdatenRL.

511 Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates vom 26. Oktober 2004 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Abl. 2004 L 349/1.

512 Ausführlich zu Frontex *Lehnert*, Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen, der aufgrund der Unabhängigkeit bei der Koordinierung der Grenzsicherung von einem Verstoß gegen das Demokratieprinzip der EU ausgeht.

513 Europäischer Rat, Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, Abl. 2005 C 53/1.

514 Europäischer Rat und Kommission, Aktionsplan des Rates und der Kommission zur Umsetzung des Haager Programms zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, Abl. 2005 C 198/1.

515 Siehe *Kaunert/Leonard*, Refugee Survey Quarterly 2012, S. 1-20 (13 ff.), die innerhalb der zweiten Phase ferner hinsichtlich des Zeitraums vor und nach dem Vertrag von Lissabon und dem Stockholmer Programm unterscheiden.

516 Siehe Europäischer Rat, Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, Abl. 2005 C 53/1, unter III.1.3. Siehe hierzu auch *Balzacq/Carrera*, in: *Balzacq/Carrera* (Hrsg.), Security Versus Freedom?, S. 1-34.

In der Folge wurde die Rechtsgrundlage für die zweite Generation des Schengener Informationssystems (SIS II)⁵¹⁷ geschaffen. Es folgten ein Grünbuch der Kommission über das künftige Gemeinsame Europäische Asylsystem⁵¹⁸ und die künftige Asylstrategie der Kommission im Juni 2008,⁵¹⁹ in welcher sie die Überarbeitung und Ergänzung des Sekundärrechts aus der ersten Phase vorschlug.⁵²⁰ Diese Auffassung findet sich auch im bald darauf geschlossenen Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl.⁵²¹ Dieser betont einmal mehr die nachfolgend gelisteten zentralen Elemente der Migrationspolitik der EU: (1.) Die Berücksichtigung der Bedürfnisse der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung der „nicht-illegalisierten“ Einwanderung, (2.) die Bekämpfung der illegalisierten Migration unter Fokussierung auf eine Rückkehr in die Herkunfts- oder Transitländer, (3.) die Verstärkung der Grenzkontrollen, (4.) die Harmonisierung der Voraussetzungen und Umsetzungen des internationalen Schutzes (hier unter dem pathetischen Titel der „Schaffung eines Europas des Asyls“) und (5.) die Zusammenarbeit mit Drittstaaten.

Erst mit dem Vertrag von Lissabon,⁵²² welcher nach dem gescheiterten Verfassungsreferendum 2005 im Dezember 2007 angenommen wurde und am 1. Dezember 2009 in Kraft trat, kam es wieder zu entscheidenden Änderungen auf legislativer Ebene. Mit dem Vertrag von Lissabon erhielt der Begriff des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems Einzug in das Primär-

517 Siehe SIS-II-VO.

518 Europäische Kommission, Grünbuch über das künftige Gemeinsame Europäische Asylsystem, KOM(2007) 301 endg. vom 6. Juni 2007.

519 Europäische Kommission, Künftige Asylstrategie – Ein integriertes Konzept für EU-Weiten Schutz, KOM(2008) 360 endg. vom 17. Juni 2008.

520 „Die Rechtsinstrumente der ersten Phase des gemeinsamen europäischen Asylsystems stellen insgesamt gesehen wichtige Errungenschaften dar, auf denen die zweite Phase aufbauen muss. Allerdings weisen sie auch Defizite auf; so steht es außer Frage, dass die vereinbarten gemeinsamen Mindeststandards nicht das gewünschte Gleichmaß gebracht haben. Die Kommission erwägt daher, zum einen Änderungen an den bestehenden Rechtsvorschriften und zum anderen neue Instrumente vorzuschlagen. Gleichzeitig wird die Kommission weiterhin überwachen, dass die geltenden Vorschriften ordnungsgemäß umgesetzt und eingehalten werden.“ Siehe Europäische Kommission, Künftige Asylstrategie – Ein integriertes Konzept für EU-Weiten Schutz, KOM(2008) 360 endg. vom 17. Juni 2008, S. 4.

521 Rat der Europäischen Union, Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl, Ratsdokument 13440/08 vom 24.09.2008.

522 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Abl. 2009 C 306/1.

recht⁵²³ und wurde somit von einer politischen Absichtserklärung zu einer rechtlich bindenden Aufgabe für die Institutionen der EU und die Mitgliedstaaten.⁵²⁴ Ferner wurde aus der Kompetenz für die Setzung von „Minimalstandards“ nun die Befugnis, Maßnahmen für „gemeinsame“ und „einheitliche“ Regelungen zu ergreifen. Diese tiefgreifenden Änderungen erlauben es, einen umfassenden, systematischen und kohärenten Regelungsansatz im Bereich des Migrationsrechts auf Unionsebene zu verfolgen.⁵²⁵ Das gilt umso mehr, als der EU mit dem Vertrag von Lissabon in Art. 78 Abs. 2 lit. g AEUV auch die Regelung der „Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern zur Steuerung des Zustroms von Personen, die Asyl oder subsidiären bzw. vorübergehenden Schutz beantragen“ übertragen wurde. Ebenfalls von erheblichem Gewicht für das Migrationsrecht ist die mit dem Vertrag von Lissabon erfolgte verbindliche Aufnahme der EU-Grundrechtecharta auf der Ebene der Verträge.⁵²⁶ Mit den institutionellen Verschiebungen im Vertrag von Lissabon wurden ferner teilweise Hoffnungen auf eine liberale Politik im Bereich Justiz und Inneres verbunden,⁵²⁷ welche mit der zunehmenden Prägung des Migrationsrechts durch Kontroll- und Überwachungserwägungen sowie die Zielsetzung der Bekämpfung illegalisierter Migration jedoch weitgehend enttäuscht wurden.⁵²⁸

Aber auch in der Zeit zwischen der Annahme und dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon wurde das migrationsrelevante Sekundärrecht weiter ausgebaut. Im Hinblick auf den Regelungskontext der illegalisierten Migration ist vor allem der Erlass der RückführungsRL Ende 2008 zu nennen, aber auch die ArbeitgebersanktionenRL und der Visakodex. Die Kompetenzübertragung im Primärrecht wurde 2010 mit der Schaffung des

523 Siehe Art. 78 Abs. 2 EUV.

524 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System*, S. 3-38 (19 f.).

525 Siehe Europäische Kommission, *Commission Staff Working Document Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions – Policy Plan on Asylum: an Integrated Approach to Protection Across the EU – Impact Assessment*, SEC (2008) 2029 unter 2.3 (nur auf Englisch verfügbar).

526 Siehe Art. 6 Abs. 1 EUV.

527 Siehe *Peers*, in: *Acosta Arcarazo/Murphy* (Hrsg.), *EU Security and Justice Law*, S. 17-37, der eine gemischte Prognose für den Bereich des Migrationsrechts stellt.

528 Siehe *Moreno-Lax*, in: *Acosta Arcarazo/Murphy* (Hrsg.), *EU Security and Justice Law*, S. 146-167 (146 ff.).

Europäischen Unterstützungsbüros für Asylfragen (EASO) institutionell ergänzt,⁵²⁹ welches die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten erleichtern, koordinieren und intensivieren, unter Druck stehende Mitgliedstaaten mit effizienten operativen Maßnahmen unterstützen und ferner auch bei der Umsetzung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems mitwirken und als unabhängige Informationsquelle dienen soll.⁵³⁰

Zeitgleich zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und den damit einhergehenden neuen Kompetenzen für die EU, wurde im Dezember 2009 auch das Stockholmer Programm⁵³¹ angenommen, welches die Leitlinien für die weitere Entwicklung des Migrationsrechts in den kommenden fünf Jahren festlegte. Das Stockholmer Programm fordert eine „effektive Umsetzung aller einschlägigen Rechtsinstrumente“ und unterstreicht das Ziel, „im Jahr 2012 ein gemeinsames Asylsystem zu schaffen“.⁵³² Dieses Ziel wurde im Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms vom Juli 2010 anhand eines detaillierten Zeitplanes für die geplanten Maßnahmen konkretisiert.⁵³³

Es folgte eine weitere Harmonisierung mit der Neufassung der QualifikationsRL und den am selben Tag erlassenen Neufassungen der Aufnahm-RL, der VerfahrensRL, der DublinVO⁵³⁴ und der EurodacVO. Die Reaktionen hierauf waren gemischt. Während sich das UNHCR durchaus positiv gestimmt zeigte und sich sowohl hinsichtlich des Harmonisierungspotenzials, als auch bezüglich der Verbesserung der Schutzstandards im Unionsgebiet optimistisch äußerte,⁵³⁵ waren die Reaktionen vieler Nichtregierungsorganisationen wesentlich verhaltener.⁵³⁶

2011 wurde der Global Approach to Migration and Mobility (GAMM) vorgestellt,⁵³⁷ welcher einen übergeordneten Rahmen der auswärtigen Migrationspolitik der EU festlegt und sich auf die vier folgenden Säulen

529 Siehe hierzu *Comte*, EJML 2010, S. 373-405.

530 Siehe EASO-VO.

531 Siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. 2010 C115/1.

532 Siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. 2010 C115/1, unter 1.1.

533 Siehe Europäische Kommission, Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM(2010) 171 endg. vom 20. April 2010, S. 47 ff.

534 Dublin-III-VO.

535 Siehe *UNHCR*, Moving Further Toward a Common European Asylum System.

536 Siehe *Chetail*, in: *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg.), Reforming the Common European Asylum System, S. 3-38 (24 ff.) m.w.N.

537 Siehe Europäische Kommission, Gesamtansatz für Migration und Mobilität, KOM(2011) 0743 endg. vom 18. November 2011.

stützt: (1.) Organisation und Erleichterung der legalen Migration und Mobilität, (2.) Verhinderung und Eindämmung der illegalisierten Einwanderung und des Menschenhandels, (3.) Förderung des internationalen Schutzes und der externen Dimension der Asylpolitik sowie (4.) Maximierung der Auswirkungen von Migration und Mobilität auf die Entwicklung. Für die EU hatten in der darauffolgenden Zeit zunächst die einheitliche Umsetzung und die wirksame Anwendung Priorität. Anstelle weiterer Legislativmaßnahmen sollte es nunmehr um die Konsolidierung gehen, wie in den Leitlinien von 2014 explizit zum Ausdruck gebracht wurde.⁵³⁸ 2014 wurde ferner die Überwachung der Seeaußengrenzen sekundärrechtlich geregelt.⁵³⁹ Im Mai 2015 stellte die Europäische Kommission die Europäische Migrationsagenda⁵⁴⁰ und den „EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten“⁵⁴¹ vor. Im Jahr 2016 wurden der überarbeitete Schengener Grenzkodex und die Richtlinie zur Verwendung von Fluggastdaten verabschiedet und 2017 wurde das Ein- und Ausreisensystem (EES) beschlossen.⁵⁴²

Für die Entwicklung des Migrationsrechts sind weiterhin die migrationsrelevanten Ausführungen in den Schlussfolgerungen der Ratstreffen von besonderer Relevanz, insbesondere die Ausführungen in der Strategischen Agenda des Europäischen Rates 2019-2024 geben einen Ausblick auf die zukünftige Entwicklung.⁵⁴³

IV. Die kontinuierliche Überarbeitung des Sekundärrechts

Während sich in anderen Bereichen eine Konstitutionalisierungstendenz beobachten lässt, ist das Migrationsrecht der EU weiterhin weitgehend vom Sekundärrecht und weniger von den Verträgen selbst geprägt⁵⁴⁴ und auch die Weiterentwicklung des Migrationsrechts auf Unionsebene erfolgt primär auf der Ebene des Sekundärrechts. Ende 2017 wurde die Einfüh-

538 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 26. und 27. Juni 2014, EUCO 79/14.

539 SeeaußengrenzenVO.

540 Siehe Europäische Kommission, Die Europäische Migrationsagenda, COM(2015) 240 final vom 13. Mai 2015.

541 Siehe Europäische Kommission, EU-Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten (2015-2020), COM(2015) 285 final vom 27. Mai 2015.

542 Siehe Schengener Grenzkodex, FluggastdatenRL und EES-VO.

543 Siehe Europäischer Rat, Eine neue Strategische Agenda 2019-2024, Schlussfolgerungen vom 20. Juni 2019, EUCO 9/19.

544 Azoulai/Vries, in: Azoulai/Vries (Hrsg.), EU Migration Law, S. 1-13 (6).

rung eines Ein- und Ausreisystems beschlossen⁵⁴⁵ und im Mai 2019 wurde eine überarbeitete Fassung der VerbindungsbeamtenVO verabschiedet⁵⁴⁶ und der Visakodex ergänzt.⁵⁴⁷ Auch zukünftige Entwicklungen zeichnen sich hauptsächlich auf der Ebene des Sekundärrechts ab. Aktuell geplant sind: (1.) Eine Überarbeitung der Dublin-III-VO, welche eine bessere Zuteilung der Zuständigkeit für die Prüfung der Mitgliedstaaten gewährleisten, einen Korrekturmechanismus zur gerechten Verteilung der Verantwortlichkeit beinhalten und „Missbrauch und Sekundärmigration von Antragstellern innerhalb der EU“ vorbeugen soll, (2.) die Neufassung der EurodacVO mit dem Ziel, mehr Daten zu speichern, den Anwendungsbereich zu erweitern und den Zugang für Strafverfolgungsbehörden zu erleichtern, (3.) die Änderung der gesetzlichen Grundlage von EASO zur Umwandlung in eine vollwertige EU-Asylagentur, (4.) die Ersetzung der VerfahrensRL und der QualifikationsRL durch Verordnungen, mit dem Ziel der Harmonisierung und Angleichung der Anerkennungsquoten, Schutzkriterien und Rechte von Schutzsuchenden sowie einer schnelleren Prüfung der Anträge. Ferner soll (5.) die Aufnahmebedingungsrichtlinie überarbeitet werden, um gleichwertige Aufnahmestandards zu gewährleisten und Sekundärmigration zu verhindern und (6.) ein neuer ständiger Neuansiedlungsrahmen der EU geschaffen werden, welcher legale und sichere Wege in die EU ermöglichen und damit „langfristig das Risiko massiver irregulärer Einreisen reduzieren“ soll.⁵⁴⁸ Die Fortschritte und Erfolgsaussichten der verschiedenen Legislativvorschläge sind jedoch sehr unterschiedlich.⁵⁴⁹ Schließlich bestehen Initiativen zur Errichtung eines Umsiedlungsmechanismus⁵⁵⁰ sowie einer Liste sicherer Herkunftssta-

545 Siehe EES-VO.

546 Siehe VerbindungsbeamtenVO.

547 Siehe Visakodex-ÄnderungsVO.

548 Siehe zur folgenden Auflistung <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/ceas-reform/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

549 Für einen Überblick über den aktuellen Stand der Gesetzgebungsinitiativen siehe Rat der Europäischen Union, Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und Neuansiedlung, Ratsdokument 6600/19 vom 26. Februar 2019. Eine regelmäßig aktualisierte Beschreibung der einzelnen Gesetzgebungsverfahren im Bereich der Migration ist abrufbar unter: www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

550 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2015) 450 final vom 9. September 2015.

ten,⁵⁵¹ welche aktuell vom Rat blockiert werden und eine Überarbeitung der RückführungsRL ist geplant.⁵⁵²

Ende September 2020 legte die Kommission umfangreiche Änderungsvorschläge im Rahmen des Migrations- und Asylpakets vor.⁵⁵³ Diese umfassen unter anderem ein Screening für Drittstaatsangehörige schon vor der Einreise, welches jedoch keine im Vorfeld teils geforderte „verpflichtende Vorprüfung“⁵⁵⁴ beinhaltet, sondern vielmehr Identitätsfragen (Art. 10) sowie Sicherheits- und Gesundheitsaspekte klären soll (Art. 9 und 11).⁵⁵⁵ Weiter sollen die Vorschriften über Asyl- und Rückkehrverfahren an der Grenze in einem einzigen Rechtsinstrument zusammengefasst werden.⁵⁵⁶ Der bereits 2018 vorgelegte Vorschlag einer überarbeiteten RückführungsRL⁵⁵⁷ wurde bestätigt und soll dabei helfen, im Zusammenspiel mit einer wirksameren Zusammenarbeit mit Drittstaaten ein „gemeinsames EU-Rückkehrsystem“ zu etablieren. Der bereits 2016 vorgelegte Vorschlag für die Neufassung der EurodacVO⁵⁵⁸ wurde ebenfalls neu gefasst.⁵⁵⁹ Neben den bereits im früheren Vorschlag beinhalteten Elementen wie der Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs, der Herabsetzung des Alters zur Erhebung von Fingerabdrücken und der Verlängerung der Speicherdauer der Daten umfasst er nunmehr außer dem angepassten Interoperabilitätsbedarf auch den Vorschlag, anstelle von Anträgen nunmehr Antragsteller zu erfassen.

551 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2015) 452 final vom 9. September 2015.

552 Siehe Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag, COM(2018) 634 final vom 12. September 2018.

553 Siehe Europäische Kommission, ein neues Migrations- und Asylpaket, COM(2020) 609 final vom 23. September 2020.

554 Siehe unter Berufung auf ein Nonpaper der deutschen Bundesregierung *Thym*, Mehr Schein als Sein?

555 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2020) 612 vom 23. September 2020.

556 Siehe Verordnungsvorschlag, COM(2020) 611 vom 23. September 2020, welcher die bestehende AsylverfahrensRL ersetzen soll.

557 Siehe Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag, COM(2018) 634 final vom 12. September 2018.

558 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2016) 272 final vom 4. Mai 2016.

559 Siehe Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag, COM(2020) 614 final vom 23. September 2020.