

JÜRGEN BAST

Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung

Jus Publicum

207

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 207



Jürgen Bast

Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung

Mohr Siebeck

Jürgen Bast, geboren 1968; Studium der Soziologie und der Rechtswissenschaft in Frankfurt a.M.; 2005 Promotion zum Dr. jur.; 2010 Habilitation; Referent am MPI für ausländisches Recht und Völkerrecht in Heidelberg; derzeit Lehrstuhlvertretung in Bielefeld.

e-ISBN PDF 978-3-16-151288-9
ISBN 978-3-16-150726-7
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Diese Studie hat unter dem Titel „Aufenthaltsrechtliche Steuerung der Migration“ im Wintersemester 2009/2010 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main zur Begutachtung vorgelegen und wurde im April 2010 als Habilitationsschrift angenommen.

Entstanden ist die Arbeit am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg; sie wurde dort von Professor Armin von Bogdandy betreut. Beides hat ganz wesentlich zu ihrem Gelingen beigetragen. Exemplarisch für die hervorragende wissenschaftliche Infrastruktur des Instituts will ich hier nur die aktive Unterstützung durch die Mitarbeiter der Zeitschriftenabteilung sowie die offenen Diskussionen in der „Dienstagsrunde“ nennen. Auf die Förderung durch Armin von Bogdandy konnte ich immer zählen, die Zusammenarbeit mit ihm hat mich in vielfältiger Weise geprägt. Nicht zuletzt hat er mich immer wieder motiviert, auch meine sozialwissenschaftlichen Kenntnisse in die juristische Forschung einzubringen.

Professor Rainer Hofmann danke ich sehr für das zügig erstellte, anregende Zweitgutachten. Jochen von Bernstorff, Philipp Dann, Anuscheh Farahat, Ilina Georgieva, Professor Kees Groenendijk, Rainer Keil, Marei Pelzer, Florian Rödl, Bettina Schöndorf-Haubold, Esther Wezsäcker und – zum Glück – Julia Heesen haben Teile des Manuskripts in unterschiedlichen Fassungen gelesen und mit ihren Hinweisen bereichert. Ihnen allen sei für ihre wertvolle Hilfe herzlich gedankt.

Dankend hervorheben möchte ich an dieser Stelle noch das Centre for Migration Law an der Radboud-Universität Nijmegen, das mich in einer kritischen Phase des Projekts als Gastwissenschaftler aufgenommen hat, und das Netzwerk Migrationsrecht, das einen kontinuierlichen Austausch zwischen Nachwuchswissenschaftlern und Praktikern auf diesem so dynamischen und politischen umkämpften Rechtsgebiet ermöglicht hat.

Die Arbeit ist Professor Manfred Zuleeg gewidmet.

Frankfurt am Main, im März 2011

Jürgen Bast

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1
Kapitel 1: Vorverständnisse und Eingrenzung des Gegenstands: Migrationssteuerung – durch Aufenthaltsrecht – in Deutschland	5
A. Steuerung der Migration als hoheitliche Aufgabe	6
B. Aufenthaltsrecht als Steuerungsinstrumentarium	24
C. Steuerung im nationalen Bezugsrahmen?	51
D. Zusammenfassung	64
Kapitel 2: Fünf konkurrierende Perspektiven der rechtlichen Steuerung der Migration	67
A. Die Nutzung des Rechts als Archiv sozialer Konstruktionen der Migration	67
B. Die Gefahrenabwehr-Perspektive	75
C. Die zwischenstaatliche Perspektive	81
D. Die ökonomische Perspektive	88
E. Die kulturelle Perspektive	93
F. Die individualrechtliche Perspektive	101
G. Kopplung der Perspektiven als Aufgabe des Rechts: Rationalitätschance und Steuerungsressource	111
Kapitel 3: Verfassungs- und völkerrechtliche Rahmenordnung für das Aufenthaltsrecht	117
A. Zuständigkeiten zur Kopplung der Perspektiven: Die aufenthaltsrechtlichen Rechtsetzungskompetenzen	118
B. Aufwertung der individualrechtlichen Perspektive: Grund- und menschenrechtliche Vorgaben für das Aufenthaltsrecht ..	176

C. Zusammenfassung: Zur Perspektivensensibilität der rechtlichen Rahmenordnung	212
Kapitel 4: Verwaltungsrechtliche Steuerung der Arbeits-, Familien- und Fluchtmigration	217
A. Grundakkord des AufenthG: Einwanderungschance und Integrationserwartung	218
B. Begründung provisorischen Aufenthalts im Bundesgebiet (Eintritt in Stufe 1)	226
C. Genehmigung zweckbezogenen Erstaufenthalts (Übergang zu Stufe 2)	245
D. Verfestigung des zweckbezogenen Aufenthalts (Übergang zu Stufe 3)	256
E. Erwerb eines Rechts auf Daueraufenthalt (Übergang zu Stufe 4)	269
Ausblick	291
Literaturverzeichnis	295
Sachregister	335

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
Kapitel 1: Vorverständnisse und Eingrenzung des Gegenstands: Migrationssteuerung – durch Aufenthaltsrecht – in Deutschland	5
A. Steuerung der Migration als hoheitliche Aufgabe	6
1. Zum Konzept der Migrationssteuerung	6
2. Sozialwissenschaftliche Einwände	12
a. Unmöglichkeit, die maßgeblichen Ursachen der Migration zu beeinflussen („Primat der Ökonomie“)	13
b. Unmöglichkeit, illegale Migration zu unterbinden („Autonomie der Migration“)	17
c. Unmöglichkeit von demokratischen Rechtsstaaten, Migration zu steuern („liberales Paradox“)	20
3. Folgen für das weitere Arbeitsprogramm: Rekonstruktion des Migrationsrechts aus einer Steuerungsperspektive	22
B. Aufenthaltsrecht als Steuerungsinstrumentarium	24
1. Zum Konzept des Aufenthaltsrechts	24
a. Historische Genese des Aufenthaltsrechts	25
b. Strukturelle Probleme der Migrationssteuerung mit ordnungs- rechtlichen Mitteln	29
2. Migrationssteuerung jenseits des Aufenthaltsrechts	34
a. Steuerung der Ein- und Auswanderung von eigenen Staatsangehörigen .	34
b. Steuerung durch Grenzkontrollen und Maßnahmen zur Verhinderung unerwünschter Einreisen	37
c. Steuerung durch abgestufte Integration von ansässigen Migranten (Beeinflussung der „Pull-Faktoren“)	43
d. Steuerung durch Einflussnahmen auf die Herkunftsstaaten (Beeinflussung der „Push-Faktoren“)	49

3. Folgen für den Gegenstand der Untersuchung: aufenthaltsrechtliche Migrationssteuerung im Zentrum	51
C. Steuerung im nationalen Bezugsrahmen?	51
1. Zwei Phasen der Europäisierung des Migrationsrechts	52
a. Die Etablierung eines privilegierten Rechtsregimes für die Angehörigen der Mitgliedstaaten: Unionsbürgerschaft als Migrationssteuerungs- abwehranspruch	52
b. Die Europäisierung der Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen im Rahmen des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ ...	56
2. Folgen für die Mehrebenenendimension der Untersuchung: Verbund von autonom-staatlichen und unionsrechtlichen Beiträgen zum Rechtsregime der Drittstaatsangehörigen	60
D. Zusammenfassung	64
 Kapitel 2: Fünf konkurrierende Perspektiven der rechtlichen Steuerung der Migration	 67
A. Die Nutzung des Rechts als Archiv sozialer Konstruktionen der Migration	67
1. Forschungsprogramm und Methode	68
2. Sozialtheoretische Prämissen	70
3. Rechtsinterne Funktionen	73
B. Die Gefahrenabwehr-Perspektive	75
1. Soziale Konstruktion: Migranten als Ordnungsproblem	75
2. Charakteristische Bauform: die Ausweisung	76
3. Anliegen der Migrationssteuerung: Abwehr und Überwachung gefährlicher Personen	79
C. Die zwischenstaatliche Perspektive	81
1. Soziale Konstruktion: Migranten als Staatsfremde	81
2. Charakteristische Bauform: das Niederlassungsabkommen	82
3. Anliegen der Migrationssteuerung: Verfolgung von außen- politischen Interessen	85
D. Die ökonomische Perspektive	88
1. Soziale Konstruktion: Migranten als Humanressource	88
2. Charakteristische Bauform: die Beschäftigungserlaubnis	88
3. Anliegen der Migrationssteuerung: Wohlstandsmehrung und Schutz des inländischen Arbeitsmarktregimes	90

E.	Die kulturelle Perspektive	93
1.	Soziale Konstruktion: Migranten als die Anderen	93
2.	Charakteristische Bauform: der Sprachtest	94
3.	Anliegen der Migrationssteuerung: Achtung kultureller Identitäten und Wahrung der „kulturellen Kompromisse“	100
F.	Die individualrechtliche Perspektive	101
1.	Soziale Konstruktion: Migranten als Rechtssubjekte	101
2.	Charakteristische Bauform: das Refoulementverbot	102
3.	Anliegen der Migrationssteuerung: Ermächtigung von Migranten ..	107
G.	Kopplung der Perspektiven als Aufgabe des Rechts: Rationalitätschance und Steuerungsressource	111
Kapitel 3: Verfassungs- und völkerrechtliche Rahmenordnung für das Aufenthaltsrecht		117
A.	Zuständigkeiten zur Kopplung der Perspektiven: Die aufenthaltsrechtlichen Rechtsetzungskompetenzen	118
1.	Die erste Ebene: Aufenthaltsrechtliche Kompetenzen unter dem Grundgesetz	118
a.	Das Aufenthaltsrecht als Anwendungsfall einer Dogmatik horizontaler Kompetenzabgrenzung	120
b.	Traditionelles Verständnis der Materien Einwanderung, Ausländeraufenthalt und Flüchtlinge	126
c.	Eine Neubestimmung der Einwanderung i.S.d.Art. 73 GG	132
d.	Einordnung der übrigen Materien	137
2.	Die zweite Ebene: Aufenthaltsrechtlichen Kompetenzen der EU ...	140
a.	Überblick über die Ziele und Kompetenzen	141
b.	Regelung der legalen und illegalen Einwanderung nach Art. 79 AEUV ..	145
c.	Regelung von Einreise und Kurzaufenthalt nach Art. 77 AEUV	152
d.	Regelung des Asylrechts nach Art. 78 AEUV	155
e.	Regelung der Verwaltungskooperation nach Art. 74 AEUV	157
f.	Außenkompetenzen der EU in aufenthaltsrechtlichen Fragen	159
g.	Zusammenfassung: Reichweite und Offenheit der Kompetenzen der EU	164
3.	Die dritte(n) Ebene(n): Rechtsetzung und Politikentwicklung in völkerrechtlichen Strukturen	167
a.	Institutionen auf globaler Ebene: UNHCR, ILO, IOM, WTO	167
b.	Die politischen Organe des Europarats	174
B.	Aufwertung der individualrechtlichen Perspektive: Grund- und menschenrechtliche Vorgaben für das Aufenthaltsrecht ..	176

1. Vorverständnisse und Programm	176
2. Rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren und Rechtsschutzgewähr .	180
a. Vorgaben des Grundgesetzes	180
b. Vorgaben der EMRK	181
c. Vorgaben des Unionsrechts	182
3. Refoulementverbote	184
a. Vorgaben des Grundgesetzes	185
b. Völkerrechtliche Vorgaben	186
c. Vorgaben des Unionsrechts	188
4. Schutz der Familieneinheit	190
a. Vorgaben der EMRK	191
b. Vorgaben des Grundgesetzes	193
c. Vorgaben des Unionsrechts	195
5. Schutz sozialer Bindungen im Inland („Verwurzelung“)	197
a. Vorgaben der EMRK	198
b. Vorgaben des Grundgesetzes	200
c. Vorgaben des Unionsrechts	204
6. Schutz von privaten Migrationsinteressen im Allgemeinen	205
a. Negativer Ausgangsbefund für eine allgemeine Aufenthaltsfreiheit	205
b. Einreise und Aufenthalt als von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Freiheitsbetätigung?	206
C. Zusammenfassung: Zur Perspektivensensibilität der rechtlichen Rahmenordnung	212
 Kapitel 4: Verwaltungsrechtliche Steuerung der Arbeits-, Familien- und Fluchtmigration	217
A. Grundakkord des AufenthG: Einwanderungschance und Integrationserwartung	218
1. Genehmigungsfähige Aufenthaltzwecke als horizontales Ordnungsmuster	218
2. Gestufte Eröffnung von Einwanderungschancen als vertikales Ordnungsmuster	220
3. Ein vierstufiges Modell: Migranten als Einwanderer im Wartestand („denizens in waiting“)	222
B. Begründung provisorischen Aufenthalts im Bundesgebiet (Eintritt in Stufe 1)	226
1. Das Konzept provisorischen Aufenthalts	226
2. Extraterritoriale Zulassungsverfahren und die Gewährung von provisorischen Aufenthalten als Steuerungsressourcen	228

a.	Der Vorrang des nationalen Visumverfahrens nach § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG	228
b.	Die gesetzlichen Ausnahmetatbestände des § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG ..	230
c.	Das Regime der typisierten Ausnahmen nach §§ 39 ff. AufenthV	233
3.	Das Sonderregime für Fluchtmigration: provisorisches Asyl oder Verweisung auf Schutzalternativen	236
a.	Die asylrechtliche Aufenthaltsgestattung als provisorischer Aufenthaltsstatus	236
b.	Die Verweisung auf Schutzalternativen als einwanderungspolitisches Steuerungsinstrument	238
c.	Dublin-Verfahren zur Ermittlung des provisorischen Asylstaats	240
4.	Zusammenfassende Würdigung der Perspektivenkopplungen	243
C.	Genehmigung zweckbezogenen Erstaufenthalts (Übergang zu Stufe 2)	245
1.	Die Bedeutung des Ersttitels in einem gestuften Einwanderungsregime	245
2.	Ein Beispiel materiell-rechtlicher Perspektivenkopplung: die Bildungsklausel beim Ehegattennachzug	247
a.	Verfassungsmäßigkeit und Richtlinienkonformität des Sprachtests nach § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG	247
b.	Zusammenfassende Würdigung der Perspektivenkopplung	255
D.	Verfestigung des zweckbezogenen Aufenthalts (Übergang zu Stufe 3)	256
1.	Das Konzept der Aufenthaltsverfestigung	256
2.	Zwischenstufen auf dem Weg zum Daueraufenthalt	257
a.	Verfestigung des Aufenthaltsstatus bei der Verlängerungs- entscheidung nach § 8 Abs. 1 AufenthG	257
b.	Verfestigungstatbestände für im Inland Beschäftigte	258
c.	Verfestigungstatbestände für im Inland lebende Familienmitglieder ...	262
d.	Verfestigungstatbestände für im Inland lebende Flüchtlinge und andere Personen mit internationalem Schutzstatus	265
3.	Zusammenfassende Würdigung der Perspektivenkopplungen	268
E.	Erwerb eines Rechts auf Daueraufenthalt (Übergang zu Stufe 4)	269
1.	Der Daueraufenthaltsstatus als Zentrum einer Einwanderungsregelung	269

2. Varianten im europäisiertem Aufenthaltsrecht	271
a. Die Niederlassungserlaubnis nach § 9 Abs. 1 AufenthG als nationaler Daueraufenthaltsstatus	271
b. Die Rechtsstellung nach der Richtlinie 2003/109/EG als supranationaler Daueraufenthaltsstatus	276
c. Die Rechtsstellung nach Art. 7 ARB 1/80 als assoziations- rechtlicher Daueraufenthaltsstatus	283
3. Zusammenfassende Würdigung der Perspektivenkopplungen	286
 Ausblick	 291
 Literaturverzeichnis	 295
 Sachregister	 335

Einleitung

Nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers soll das Aufenthaltsgesetz von 2005 „der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland“ dienen (§ 1 Abs. 1 AufenthG). Damit tritt eine Aufgabe in den Vordergrund, die dem überkommenen ausländerpolizeilichen Instrumentarium keineswegs von alters her vertraut ist: die zukunftsorientierte Gestaltung von Migrationsprozessen. Zugleich ist die Entwicklung einer umfassenden europäischen Migrationspolitik zu einem zentralen Anliegen der Europäischen Union geworden, die sich als ein Freiheits-, Sicherheits- und Justizraum versteht (Art. 3 Abs. 2 EUV in der Fassung des Lissabonner Vertrags). Die vorliegende Arbeit nimmt diese Zwecksetzungen auf und unterbreitet ein neues Verständnis des Rechtsgebiets, das bislang als „Ausländer- und Asylrecht“ firmierte. Es wird als ein modernes, sozialgestaltendes Migrationsrecht vorgestellt, dessen Zentrum die aufenthaltsrechtliche Steuerung der Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen bildet, also von Ausländern, die nicht dem Freizügigkeitsregime für Unionsbürger unterliegen. Hierzu werden die normativen Steuerungsimpulse der deutschen wie der europäischen Hoheitsebene bündig in den Blick genommen, um das in Deutschland geltende Aufenthaltsrecht in seiner Mehrebenen-dimension zu erfassen. Ein grundlegendes Steuerungsinstrument, das die Gesetzgeber beider Ebenen nutzen, ist die gestufte Eröffnung von Einwanderungschancen, indem sie Zuwanderern den Erwerb eines Daueraufenthaltsstatus in Aussicht stellen. Das Aufenthaltsrecht der Ausländer wird, was es seiner englischsprachigen Entsprechung nach immer schon war: ein Einwanderungsrecht, „immigration law“.

Der Gang der Untersuchung ist in großen Linien der folgende: Das erste Kapitel konturiert den Gegenstand und erläutert zentrale Begriffe, unter Einbeziehung der Migrationsforschung in den sozialwissenschaftlichen Disziplinen. Es expliziert das zu Beginn des 20. Jahrhunderts geformte, interventionsstaatliche Verständnis des Aufenthaltsrechts, das den ordnungsrechtlichen Zugriff auf Einreise, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit der Ausländer als die maßgebliche Ressource der nationalräumlichen Migrationssteuerung etabliert hat. Die Überwindung des traditionellen polizeirechtlichen Verständnisses der Rechtsmaterie führt nach der These des Verfassers dazu, das Rechtsinstitut der Aufenthaltsgenehmigung als die systembildende Bauform einer reformierten Dogmatik des Aufenthaltsrechts zu fassen: Die Regelungen über die Begründung

und stufenweise Verfestigung des aufenthaltsrechtlichen Status, nicht das Regime der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sind die entscheidenden Instrumente, mit denen die Konflikte bewältigt werden müssen, die das Aufenthaltsrecht prägen (Kap. 1).

Die Reformulierung des Aufenthaltsrechts aus einer Steuerungsperspektive hat sich mit der Vielfalt der sozialen Konstruktionen des zu steuernden Phänomens Migration und der mit ihr korrespondierenden Variabilität der Steuerungsanliegen auseinanderzusetzen. Unter Rückgriff auf rechtsgeschichtliche, politikwissenschaftliche und soziologische Erkenntnisse identifiziert die Arbeit fünf konkurrierende Perspektiven auf Migranten bzw. Migration: die Gefahrenabwehr-Perspektive, die zwischenstaatliche, die ökonomische, die kulturelle und die individualrechtliche Perspektive. Ihnen entsprechen charakteristische Rechtsinstitute und Regelungstechniken des geltenden Rechts. Die spezifische Kopplung dieser Perspektiven in aufenthaltsrechtlichen Teilregimes wird als eine wesentliche Ressource der rechtlichen Steuerung der Migration vorgestellt. Entsprechend dient das Perspektivenquintett in den folgenden Kapiteln als Analyseraster, mit dessen Hilfe das geltende Aufenthaltsrecht erschlossen und interpretiert wird (Kap. 2).

Das nächste Kapitel entfaltet die völker- und verfassungsrechtliche Rahmenordnung für das Aufenthaltsrecht, sowohl im Hinblick auf die Verteilung der Rechtsetzungsbefugnisse auf die unterschiedlichen Hoheitsebenen als auch im Hinblick auf die grund- und menschenrechtlichen Vorgaben für ihre Ausübung.

Vertieft untersucht werden zunächst die aufenthaltsrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen nach dem Grundgesetz (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 6 GG) sowie nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (Art. 77 bis 79 AEUV). Sodann werden auch die Rechtserzeugungsprozesse gewürdigt, die in internationalen Foren oder Organisationen stattfinden, etwa die Liberalisierungsverhandlungen über die Mobilität von Dienstleistungsanbietern im Rahmen des GATS; allerdings fehlt es im Bereich des Migrationsrechts an einer kompetenzstarken, die verschiedenen Perspektiven bündelnden Internationalen Organisation. Hinsichtlich der miteinander verschränkten Kompetenzordnungen des Grundgesetzes und der EU-Verträge lautet das Ergebnis, dass sowohl der Bund und als auch die EU umfassende Kompetenzen zur Regelung des Aufenthaltsrechts besitzen, ohne bei ihrer Ausübung durch verfassungsrechtlich fixierte Finalprogramme stark determiniert zu sein (Kap. 3, Teil A).

Die Untersuchung der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG, des EuGH und des EGMR zu den Grund- und Menschenrechten von Migranten ist vom Paradigma der Konkordanz, nicht der Kollision geleitet: Es besteht eine generelle Vermutung zugunsten einer ebenenübergreifenden Verträglichkeit der individualrechtlichen Vorgaben für Gesetzgebung und Verwaltung. In der Sache geht es um ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren mit effektivem Rechts-

schutz, um Refoulementverbote, den Schutz des familiären Zusammenlebens, den Schutz sozialer Bindungen im Inland und die Frage eines Schutzes für private Migrationsinteressen jenseits der genannten besonderen Schutzanliegen (eine allgemeine Aufenthaltsfreiheit). Die dogmatische Analyse ergibt, dass für alle Phasen des Aufenthalts und für alle Aufenthaltszwecke in unterschiedlicher Intensität grund- und menschenrechtliche Vorgaben bestehen: Sie bilden eine Skala, die von strikten, verfassungsunmittelbaren Rechtsansprüchen bei menschenrechtlichen Refoulementverboten bis zu schwachen individualrechtlichen Vorgaben bei erstmaligen Aufenthalten für Arbeits-, Ausbildungs- und Besuchszwecke reicht (Kap. 3, Teil B).

Im vierten und letzten Kapitel werden übergreifende Ordnungsmuster der verwaltungsrechtlichen Steuerung der Arbeits-, Familien- und Fluchtmigration aufgezeigt. Die Differenzierung in aufenthaltsrechtliche Teilregimes entlang der Aufenthaltszwecke Erwerbstätigkeit, Familienzusammenführung und Asyl/humanitärer Schutz ist teilweise durch verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben bedingt, im Übrigen aber Ausdruck legislativer Steuerungsbemühungen, die sich in unterschiedlichen Kopplungen der möglichen Perspektiven auf das Migrationsgeschehen niederschlagen. Hinzu kommt, dass je nach dem Stand der Europäisierung des betroffenen Bereichs die Interventionen teils von einer nationalen, teils von einer europäischen Warte aus erfolgen.

Ungeachtet dieser Differenzierungen zeichnet sich das geltende Aufenthaltsrecht durch die Grundentscheidung aus, Einwanderungschancen zu eröffnen: Alle Arten von Aufenthaltserlaubnissen erlauben eine stufenweise Verbesserung der Rechtsstellung und können zum Erwerb eines Daueraufenthaltsstatus führen. Dies qualifiziert das AufenthG als ein Einwanderungsgesetz im Sinne des Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG. Im Gegenzug begegnet es den Zuwanderern (beim Ehegattennachzug bereits den potenziellen Zuwanderern) mit einer nachdrücklichen Integrationserwartung, die sich in sozio-kulturellen und sozio-ökonomischen Integrationsanforderungen an den Erwerb eines (günstigeren) Aufenthaltstitels konkretisiert. Das AufenthG geht von der Möglichkeit aus, dass jeder Ausländer mit einer befristeten Aufenthaltserlaubnis dauerhaft im Inland bleiben und eine Niederlassungserlaubnis oder einen anderen, vom EU-Recht definierten Daueraufenthaltsstatus erreichen wird. Zuwanderer nach Deutschland sind somit von Beginn an Einwanderer im Wartestand, „denizens in waiting“. Diesem Leitmotiv des geltenden Aufenthaltsrechts – dem Zweiklang von Einwanderungschance und Integrationserwartung – geht das Kapitel anhand ausgewählter dogmatischer Probleme nach.

Kapitel 1:

Vorverständnisse und Eingrenzung des Gegenstands: Migrationssteuerung – durch Aufenthaltsrecht – in Deutschland

Das erste Kapitel klärt eine Reihe von Vorverständnissen und dient der Bestimmung des Untersuchungsgegenstands. Es diskutiert drei Themenkomplexe, die der Titel schlagwortartig benennt.

Zunächst geht es um den Begriff der Migrationssteuerung: Was bedeutet im Zusammenhang mit internationalen Migrationsprozessen die Aufgabe hoheitlicher Steuerung, und wie realistisch sind solche Erwartungen an das Recht im Lichte sozialwissenschaftlicher Einwände? Dieser Teil begründet das Steuerungsverständnis, das im Weiteren zugrunde gelegt wird, und erläutert, warum eine Rekonstruktion des Migrationsrechts aus einer Steuerungs Perspektive möglich und sinnvoll ist (A.).

In einem zweiten Schritt (B.) wird das Konzept des Aufenthaltsrechts erläutert: Welche Konturen und Eigenarten besitzt diese historisch geformte Rechtsmaterie, die nach der Vorgabe des Gesetzgebers das maßgebliche Instrumentarium darstellt, mit dem die Zuwanderung nach bzw. Einwanderung in Deutschland gesteuert werden soll? Dieser Teil entwickelt eine Definition des Untersuchungsgegenstands und grenzt ihn von anderen mit Migrationsprozessen befassten Rechtsmaterien ab.

Der dritte Teil schließlich (C.) fragt nach dem personalen, territorialen und politisch-institutionellen Bezugsrahmen der Migrationssteuerung. Wie ist dieser abzustecken angesichts der Europäisierung auch dieses Bereichs des Öffentlichen Rechts, in deren Folge das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland Teil eines größeren Migrationsraums geworden ist? Hier wird erläutert, warum das in Deutschland geltende Aufenthaltsrecht der Drittstaatsangehörigen, für das ein Verbund von Gesetzgebern verantwortlich zeichnet, eine dem Stand der Rechtsentwicklung angemessene Festlegung des Gegenstands ist.

A. Steuerung der Migration als hoheitliche Aufgabe

1. Zum Konzept der Migrationssteuerung

Das Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes am 1. Januar 2005 markiert einen tiefen Einschnitt in der Debatte über die gesellschaftspolitischen Spätfolgen der Arbeitskräfterekrutierungen der 1960er und 1970er Jahre, die nachholende Integration der zweiten und dritten Generation und das zukünftige Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland als Einwanderungsland.¹ Juristischen Beobachtern hingegen fiel es zunächst nicht leicht, im Normenbestand des Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG), dem Kernstück der Reform, eine kritische Masse von Neuerungen zu identifizieren, die eine Bewertung als „Paradigmenwechsel“ rechtfertigen könnte.² Eine bislang wenig beachtete Achsenverschiebung gegenüber dem Ausländergesetz von 1990 (AuslG 1990) dürfte in der Bestimmung über den Zweck des Gesetzes in § 1 AufenthG liegen. Sie zeigt einen Funktionswandel des überkommenen ausländerrechtlichen Instrumentariums an, der in seiner rechtspolitischen und dogmatischen Tragweite noch nicht voll erfasst ist. Der erste Satz des neuen Gesetzes, der sich wortgleich schon im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. Februar 2003 fand,³ lautet:

„Das Gesetz dient der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland.“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 AufenthG)

Diese Formulierung ist im Kontext der politischen Auseinandersetzung über die Frage zu sehen, ob (West-)Deutschland nicht nur in einer bestimmten Phase seiner Geschichte ein Einwanderungsland *war*, sondern auch zukünftig ein „Zuzug von Ausländern“ in nennenswertem Umfang stattfinden soll, Deutschland in diesem normativen Sinne also ein Einwanderungsland *ist*.⁴ Der schließ-

¹ Zu den Neuerungen im Überblick siehe *G. Renner*, Vom Ausländerrecht zum Zuwanderungsgesetz, ZAR 2004, S. 266–275; *B. Huber*, Das Zuwanderungsgesetz, NVwZ 2005, S. 1–10; *K. J. Bade*, Nachholende Integrationspolitik, ZAR 2005, S. 217–222; *H. Jakober*, Auf der Suche nach Änderungen im Bereich Aufenthaltsbeendigung und Ausweisung durch das Zuwanderungsgesetz, InfAuslR 2005, S. 97–103.

² Skeptisch z.B. *Th. Groß*, Die Verwaltung der Migration nach der Verabschiedung des Zuwanderungsgesetzes, in: *M. Bommes/W. Schiffauer* (Hrsg.), Migrationsreport, 2006, S. 31, und *H. Hoffmann*, „One-Stop-Government“ – Was bedeuten die neuen Aufenthaltstitel?, in: *U. Davy/A. Weber* (Hrsg.), Paradigmenwechsel in Einwanderungsfragen?, 2006, S. 42, 51; siehe aber *E. Eichenhofer*, „One-Stop-Government“ – Was bedeuten die neuen Beschäftigungstitel?, ebd., S. 23, 38 f. Für eine frühere Stellungnahme d. Verf. siehe *J. Bast*, The Legal Position of Migrants, in: *E. Riedel/R. Wolfrum* (Hrsg.), Recent Trends in German and European Constitutional Law, 2006, S. 63–105.

³ BT-Drs. 15/420.

⁴ Zu den ritualisierten Diskursformationen *K. J. Bade/M. Bommes*, Migration und politische Kultur im „Nicht-Einwanderungsland“, in: *K. J. Bade*, Sozialhistorische Migrations-

lich zwischen den politischen Lagern gefundene, Gesetz gewordene „Zuwanderungskompromiss“⁵ enthält sich einer demonstrativen Positionierung, indem er das Signalwort „Einwanderung“ zugunsten der ungebräuchlicheren Begriffe „Zuzug“ und „Zuwanderung“ meidet. Dennoch bekennt sich der Gesetzgeber in § 1 AufenthG zur „Steuerung“ der Migration nach Deutschland als gesetzlich festgelegter Staatsaufgabe, was schon begrifflich neben der – jeder Steuerung inhärenten und ausdrücklich hervorgehobenen – „Begrenzung“ auch die Bereitschaft zur kontrollierten Eröffnung von Zugangschancen beinhaltet. Dass nicht nur die – politisch redundante – Absage an eine Politik offener Grenzen, sondern auch die selektive Öffnung für neue Einwanderung ein Anliegen des Gesetzgebers ist, wird im zweiten Satz des Gesetzes deutlich:

„[Das Gesetz] ermöglicht und gestaltet Zuwanderung unter Berücksichtigung der Aufnahme- und Integrationsfähigkeit sowie der wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland.“ (§ 1 Abs. 1 S. 2 AufenthG)

Ausweislich der Gesetzesbegründung wird mit dieser Neuausrichtung der 1973 verfügte „Aufnahmestopp“ aufgehoben und durch ein flexibles System der Zuwanderungssteuerung ersetzt, sodass auf eine Grundentscheidung der Einwanderungsbegrenzung bei der aufenthaltsrechtlichen Ermessensbetätigung nicht mehr rekurriert werden kann.⁶ Insofern kommt dem Satz unmittelbar rechtsdogmatische Bedeutung zu. Was aber kann „Steuerung und Begrenzung des Zuzugs“ bzw. „Ermöglichung und Gestaltung der Zuwanderung“ in konzeptioneller Hinsicht bedeuten?

Klärungsbedürftig ist hier vor allem der Begriff der *Steuerung*, der die übrigen Aspekte (Begrenzung, Ermöglichung, Gestaltung) einschließt.⁷ Der Anspruch des Gesetzgebers, ein Regelwerk bereitzustellen, das erklärtermaßen

forschung, 2004, S. 437–448; zu den mitverhandelten Fragen des nationalen Selbstverständnisses *Ch. Joppke*, *Immigration and the Nation-State*, 1999, S. 62–65.

⁵ Ein frühere Fassung des Gesetzes war vom Bundesverfassungsgericht am 12. Dezember 2002 mangels ordnungsgemäßer Zustimmung des Bundesrates für nichtig erklärt worden (BVerfGE 106, 310). Die Verhandlungen über den erneut in den Bundestag eingebrachten Gesetzentwurf der Bundesregierung zwischen den Koalitionsfraktionen aus SPD und B'90/Die Grünen und den Oppositionsparteien CDU/CSU und FDP, die den Bundesrat kontrollierten, zogen sich bis Juni 2004 hin. Die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses (BT-Drs. 15/3479) wurde schließlich mit großer Mehrheit in Bundestag und Bundesrat am 1. bzw. 9. Juli 2004 angenommen. Für eine Übersicht über die Ereignisse siehe *S. Drexler/F. Heckmann*, *Migration und Integration in Deutschland*, in: *M. Bommers/W. Schiffauer* (Hrsg.), *Migrationsreport*, 2006, S. 203, 205–218.

⁶ BT-Drs. 15/420, S. 60, 63 und 70.

⁷ Nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags am 1. Dezember 2009 zielt auch die von den Organen der EU formulierte Migrationspolitik auf „eine wirksame Steuerung der Migrationsströme“ (Art. 79 Abs. 1 AEUV). Dies unterstreicht die Bedeutung des Begriffs (engl. dort *efficient management of migration flows*, franz. *une gestion efficace des flux migratoires*) und verlangt nach einer Klärung, wie sich deutsche und europäische Steuerungsbemühungen zueinander verhalten; dazu eingehend unter C.

Steuerungszwecken dient, koinzidiert mit den Forderungen einer Reformströmung in der Verwaltungsrechtswissenschaft, die den Bewirkungsauftrag des Öffentlichen Rechts in Erinnerung gerufen hat und sich um eine Neuvermessung seiner Steuerungspotenziale bemüht.⁸ Dieser Ansatz richtet sich unter anderem gegen die Vorstellung von Verwaltung als schlichtem Vollzug gesetzlicher Programme, gegen die gerichtszentrierte Fixierung der Verwaltungsrechtswissenschaft auf Fragen des Individualrechtsschutzes und auf Modelle imperativer Steuerung mittels einseitig-verbindlicher Handlungsformen. Welche Relevanz diese Bestandsaufnahmen und methodologischen Forderungen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft für das Aufenthaltsrecht und seine rechtswissenschaftliche Bearbeitung besitzen, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Der Ausgangspunkt der Diskussion ist insofern ein anderer, als das bundesdeutsche Asyl- und Ausländerrecht in vieler Hinsicht nicht mit dem verwaltungsrechtlichen Hauptstrom geschwommen ist.⁹ Das Ideal parlamentarisch programmierten Vollzugs und eine Durchdringung mit individuellen Rechten kennzeichnen es traditionell nicht – im Gegenteil.¹⁰ Eher geht es um nachholenden Anschluss an die unter dem Grundgesetz eingeleiteten allgemeinen Entwicklungen eines durch grundrechtliche Vorgaben geprägten Verwaltungsrechts, deren überzogene Ausformungen in anderen Bereichen Anlass zur Kritik und Neuorientierung bieten.¹¹

Um das migrationsbezogene Steuerungsanliegen des Gesetzgebers, das diese Studie ernst nehmen und zum Ausgangspunkt der Rekonstruktion machen will, weiter aufzuschlüsseln, sollte es sich als hilfreich erweisen, idealtypisch zwei Steuerungsverständnisse zu unterscheiden: ein „funktionalistisches“ (technisches) und ein „pluralistisches“ (politisches).¹²

⁸ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2006, 1/33–39; A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), GVwR I, 2006, § 1 Rn. 17–28; C. Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, ebd., § 4 Rn. 42–103, W. Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: W. Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), GVwR II, 2008, § 33 Rn. 44–67, jeweils m.w.N.

⁹ Zu Eckdaten der Entwicklung vgl. D. Thym, Schutz des Aufenthalts zwischen polizeilicher Herkunft und menschenrechtlicher Neuausrichtung, in: F. Arndt u.a. (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit, Öffentlichkeit, 2009, S. 221, 223–230.

¹⁰ Pointiert die Kritik bei M. Zuleeg, Grundrechte für Ausländer, DVBl. 1974, S. 341, 342: „Ausländer müssen sich mit einer Rechtsstaatlichkeit minderen Umfangs begnügen.“

¹¹ Vgl. E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2006, 1/17–32; Thym dagegen hält den Normalisierungsprozess mit dem AuslG 1990 für abgeschlossen, sodass sich die Rechtswissenschaft auf Fragen der effektiven administrativen Aufgabenwahrnehmung konzentrieren könne, D. Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 63–67, 201–206 et passim.

¹² Die rechts- und politikwissenschaftliche Literatur zum Themenkomplex „Steuerung“ bzw. „Governance“ ist kaum überschaubar. Annäherungen bei G. F. Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: W. Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), GVwR I, 2006, § 16 Rn. 20–30; G. F. Schuppert, Verwaltungs-

(1) Für funktionalistische Ansätze geht es bei der Steuerung eines sozialen Geschehens im Wesentlichen darum, definierte Probleme möglichst Ressourcen schonend (effizient) und möglichst umfassend (effektiv) zu lösen. Entsprechend favorisiert der Funktionalismus Modelle für eine aufgabenspezifische, mit den notwendigen Mitteln zur Zielerreichung ausgestattete Expertenverwaltung, die gegen politische Interferenzen abgeschirmt ist.¹³ Nach einer Hochphase im staats- und gesellschaftstheoretischen Denken der 1950er und 1960er Jahre¹⁴ haben funktionalistische Ansätze zwischenzeitlich stark an Bedeutung verloren.¹⁵ Im Zusammenhang mit Migrationsfragen hat sich ein solcher technischer Steuerungsansatz gegen den Trend öffentlicher Politisierung lange behaupten können. Die Identitätsdiskurse und parteipolitischen Polarisierungen, die die Migrationspolitik der meisten europäischen Staaten heute auszeichnen, sollten nicht umstandslos in die Vergangenheit projiziert werden.¹⁶ Betrachtet man beispielsweise die Entstehung des deutsch-italienischen Anwerbeabkommens aus dem Jahr 1955, rückblickend so etwas wie die Geburtsstunde des Einwanderungslands Deutschland, sucht man vergeblich nach größerer öffentlicher Aufmerksamkeit.¹⁷ Über Jahrzehnte blieb die Regelung der Erwerbseinwanderung nach Deutschland ein ministerialbürokratisches Arkanum, für dessen Regulierung allein Konjunktur- und Arbeitsmarktdaten maßgeblich schienen.¹⁸

recht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel, AöR 133 (2008), S. 79–106; R. Mayntz, Governance-Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, 2006, S. 11–20.

¹³ Klassisch H. Schelsky, Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation, 1961; D. Mitrany, The Functional Theory of Politics, 1975, S. 85–132; heute etwa G. Majone, Dilemmas of European Integration, 2005, S. 64–106.

¹⁴ R. Saage, Zur Aktualität des Begriffs „Technischer Staat“, in: ders., Arbeiterbewegung, Faschismus, Neokonservatismus, 1987, S. 252–266.

¹⁵ Funktionalistische Argumentationsmuster finden heute ein Refugium im Recht der Internationalen Organisationen, bei gegen politische Kontrolle besonders abgeschirmten sektorspezifischen Verwaltungseinrichtungen (Zentralbanken, unabhängige Regulierer) sowie bei der Regelung von Sachverhalten, die in besonderem Maße von naturwissenschaftlichen Erkenntnissen abhängen; siehe die krit. Analysen bei I. Venzke, International Bureaucracies from a Political Science Perspective, in: A. von Bogdandy u.a. (Hrsg.), The Exercise of Public Authority by International Institutions, 2010, S. 67, 77–93; M. Koskeniemi, The Fate of Public International Law, MLR 70 (2007), S. 1, 4–15.

¹⁶ T. Hammar, Laws and Policies Regulating Population Movements, in: M. M. Kritz u.a. (Hrsg.), International Migration Systems, 1992, S. 245, 257–259; zur Erosion des migrationspolitischen Konsenses in der Bundesrepublik siehe S. Green, The Politics of Exclusion, 2004, S. 41–48.

¹⁷ K. Dohse, Ausländische Arbeiter und bürgerlicher Staat, 1981, S. 175–179; K. Schönwälder, Einwanderung und ethnische Pluralität, 2001, S. 345–354; K. Hunn, „Nächstes Jahr kehren wir zurück ...“, 2005, S. 33–59.

¹⁸ Für eine Korrektur dieser Sichtweise aus der Binnenperspektive der Verwaltungen siehe K. Schönwälder, Zukunftsblindheit oder Steuerungsversagen?, in: J. Oltmer (Hrsg.), Migration steuern und verwalten, 2003, S. 123–144; ausf. zu den politischen Konflikten zwi-

Es ist durchaus nicht fernliegend, dem Zuwanderungsgesetzgeber die Absicht zu unterstellen, nach Jahren der öffentlichen Politisierung des Asyl- und Ausländerrechts mit dem positiven Bezug auf eine „gesteuerte“ Zuwanderung die Rückkehr zu einem nüchternen, an objektiven Daten orientierten Umgang mit der Migrationssteuerung einleiten zu wollen. Der deutsche Gesetzgeber schließt insoweit an einen Diskurs an, der international unter dem Stichwort „Migrationsmanagement“ geführt wird.¹⁹ Migration erscheint darin als ein im Grundsatz positives, förderungswürdiges Geschehen, vorausgesetzt, es vollzieht sich in einem Regulierungsrahmen, der das chaotische Wanderungsgeschehen lenkt und in ein harmonisches Gleichgewicht überführt, in dem Angebot und Nachfrage nach Migranten zusammenfinden. Steuerung der „wohlgeordneten“ Migration ist in der nüchtern-technokratischen Sprache des Migrationsmanagements in erster Linie eine Aufgabe für aufgeklärte Verwaltungen und wissenschaftliche Experten aus den Wirtschafts- und Bevölkerungswissenschaften, nach deren Rat die richtigen Schleusen für nützliche Migrationsströme zu öffnen, für unerwünschte zu schließen sind.²⁰

Der Urahn funktionalistisch-technokratischen Denkens, *Grav von Saint-Simon*, hatte Anfang des 19. Jahrhunderts im nachrevolutionären Frankreich erstmals die Utopie der Gesellschaft als arbeitsteiliger Werkstatt entworfen, die in Übereinstimmung mit den Gesetzmäßigkeiten der modernen, positiven Wissenschaften organisiert ist und konsequenterweise unter der Leitung der jeweils Sachkundigsten, von Industriekapitänen, Bankiers und Wissenschaftlern stehen soll.²¹ Die Schleusenwärter des modernen Migrationsmanagements und die ihnen zuarbeitenden Migrationsexperten wären dann die zeitgenössischen Nachfolger von *Saint-Simons* „Newton-Rat“ (ein von ihm 1803 entworfenes interdisziplinäres Weisen-Komitee, dessen Vorsitzender ein Mathematiker sein sollte; heute gebührte dieser Platz wohl einem Ökonomen). Weltgeschichtliche Prominenz erlangten die Überlegungen des Grafen aus der Feder seiner berühmtesten Nachfolger und Kritiker, von *Karl Marx* und *Friedrich Engels*, die dem „kritisch-utopischen Sozialismus“ der Saint-Simonisten ein eigenes Kapitel des Kommunistischen Manifests gewidmet haben.²² *Marx* und

schen den verschiedenen Machtzentren in den 1960er Jahren *K. Schönwälder*, *Einwanderung und ethnische Pluralität*, 2001, S. 298–338.

¹⁹ Siehe etwa das dreibändige Schulungswerk „Essentials of Migration Management: A Guide for Policy Makers and Practitioners“, das seit 2004 von der Internationalen Organization for Migration (IOM) vertrieben wird.

²⁰ *M. Geiger*, *Managing Migration for an Enlarging Europe*, *Romanian J. of Europ. Studies* Nr. 4/2005, S. 19–30; *F. Georgi*, *Migrationsmanagement in Europa*, 2007, S. 103–106; *ders.*, *Die International Organization for Migration*, in: S. Hess/B. Kasperek (Hrsg.), *Grenzregime*, 2010, S. 145–157.

²¹ *R. M. Emge*, *Saint-Simon*, 1987.

²² *Manifest der Kommunistischen Partei (1848)*, MEW 4, S. 462, 489 f.; der kritische Anschluss an die Saint-Simonisten ist ein Motiv, das später in *Engels'* wirkungsmächtiger Schrift

Engels teilten *Saint-Simons* Vision einer nach wissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten geplanten Gesellschaft, in der die Verwaltung von Sachen an die Stelle der Regierung über Menschen treten soll – „Governance“ anstelle von „Government“, wie man heute sagen würde. Ihr Einwand gegen *Saint-Simon* lautete, dass er die in die kapitalistische Ökonomie eingeschriebene Konfliktstruktur verkannt und folglich dem Emanzipationskampf des Proletariats keine Bedeutung beigemessen habe. Für die heutigen Zwecke könnte man diese Kritik funktionalistisch-technokratischen Denkens so reformulieren, dass die sozio-ökonomischen und politischen Konflikte der modernen Gesellschaft, mit denen das globale Migrationsgeschehen untrennbar verwoben ist, sich nicht durch einen besseren Ordnungsrahmen und vernünftige Planung werden auflösen lassen.

(2) An diesem Punkt – der inhärenten Konflikthaftigkeit der Steuerung des Migrationsgeschehens – setzt das zweite, hier als pluralistisch bezeichnete Steuerungsverständnis an. So sehr das neo-funktionalistische Migrationsmanagement mit der Betonung von wissenschaftlichen Entscheidungsgrundlagen helfen kann, irrationale Abwehrhaltungen aufzubrechen, so wenig kann es die demokratische Auseinandersetzung über migrationspolitische Präferenzen und Ziele ersetzen. Funktionalistische Ansätze neigen dazu, die praktischen Fragen der Migrationssteuerung aus einer überwiegend ökonomischen Perspektive zu betrachten und normativ mittels einer utilitaristischen Ethik zu beantworten, etwa wenn der Nachweis geführt wird, dass selbst eine maßvolle Liberalisierung des Weltarbeitsmarkts für geringqualifizierte Beschäftigung Wachstumseffekte sowohl in den Industrie- als auch in den Entwicklungsländern bewirken würde,²³ oder wenn der „objektive“ Bedarf für weitere Zuwanderung anhand der prognostizierten demographischen Entwicklung gezeigt wird.²⁴ Dies wird der Vielschichtigkeit des Phänomens Migration und der Unterschiedlichkeit der Perspektiven, aus denen es betrachtet und zum Gegenstand normativer Aussagen gemacht werden kann, nicht gerecht. Für ein pluralistisches Steuerungsverständnis müssen nicht nur die technisch-instrumentellen, sondern auch und gerade die praktisch-politischen Fragen thematisierbar sein, um eine Konfrontation der unterschiedlichen Perspektiven zu ermöglichen und die involvierten Werte und Interessen zu einem temporären Ausgleich zu bringen.²⁵ Was angemessene Migrationssteuerung heißen soll, ist das Ergebnis demokratischer Ab-

„Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft“ (franz. 1880) vertieft wird, MEW 19, S. 189–201.

²³ Siehe etwa L. A. Winters u.a., *Liberalising Labour Mobility under the GATS*, 2002, S. 13–25.

²⁴ Vgl. R. Münz/R. E. Ulrich, Migration und zukünftige Bevölkerungsentwicklung in Deutschland, in: K. J. Bade/R. Münz (Hrsg.), *Migrationsreport*, 2000, S. 23–57; zutr. Qualifizierung als „politische Fragen“ bei Ch. Gussy, Kriterien für eine Einwanderungspolitik der Bundesrepublik und der EG; in: W. Weidenfeld u.a. (Hrsg.), *Europäische Integration und Arbeitsmarkt*, 1994, S. 223.

²⁵ Mehr dazu im Kap. 2.

läufe zur Fixierung von Rechtsregeln und zur Erteilung von qualifizierten administrativen Handlungsermächtigungen, nicht allein oder vorrangig das Produkt expertengestützten Managements.

An einer Überschätzung der Leistungsfähigkeit bürokratischer Rationalität macht sich noch ein zweiter Einwand gegen ein funktionalistisches Steuerungsverständnis fest, für den der liberale Ökonom *Friedrich A. von Hayek* mit seiner Kritik am „szientistischen“ Denken in der Tradition *Saint-Simons* ein Kronzeuge ist.²⁶ Dem Begriff der Steuerung, nicht weniger als dem älteren Begriff der Planung, haftet oftmals noch die frühsozialistische Vorstellungswelt der „Machbarkeit“ an: der rücksichtslosen, notfalls gewaltsamen Zurichtung gesellschaftlicher Verhältnisse nach den vermeintlichen Gesetzen der Vernunft. Sozialtechnologische Utopien erweisen sich nicht nur oftmals als empirisch falsch – eine Erkenntnis, die sich im stehenden Begriff der „Steuerungsillusion“ niedergeschlagen hat –, sondern auch als normativ defizitär, weil sie dazu tendieren, die Freiheitssphären gesellschaftlicher Selbstorganisation und damit den legitimen Eigensinn des Sozialen zu missachten.

Steuerung der Migration in einem pluralistischen Verständnis meint somit den stets prekären und rechtfertigungsbedürftigen Versuch, mit den Mitteln des Rechts gestaltend in das Migrationsgeschehen einzugreifen, um bestimmte, politisch zu definierende Steuerungsanliegen zu verfolgen. Ein solches Verständnis von Steuerung als Sozialgestaltung schließt Elemente der vorsorgenden Planung ein, ohne der Illusion anzuhängen, die Gesamtheit der Migrationsvorgänge nach „vernünftigen“ Vorstellungen ordnen zu können.

2. Sozialwissenschaftliche Einwände

Diese Studie wird mit einem inhaltlich offenen, pluralistischen Steuerungsverständnis operieren und unterstellt, dass auch der Gesetzgeber des Zuwanderungsgesetzes von einer solchen Konzeption ausgeht. Dies enthebt nicht von der Auseinandersetzung mit sozialwissenschaftlich gestützten Einwänden, die gegen die tatsächliche Möglichkeit einer Migrationssteuerung vorgebracht werden. Die These, dass hoheitliche Steuerung der Migration ein zum Scheitern verurteiltes Unterfangen ist, ist in drei Hauptvarianten anzutreffen: als These eines Primats sozio-ökonomischer Faktoren der Migrationsverursachung (a.), als These von der Migration als einem notorisch unkontrollierbaren Phänomen (b.) und als These von der Unmöglichkeit der Migrationssteuerung aufgrund der inneren Verfasstheit liberal-demokratischer Staaten (c.).

²⁶ *F. A. von Hayek*, Mißbrauch und Verfall der Vernunft, 1959, S. 143–264.

a. Unmöglichkeit, die maßgeblichen Ursachen der Migration zu beeinflussen („Primat der Ökonomie“)

Der erste Einwand gegen die Möglichkeit einer hoheitlichen Steuerung der Migration wird von Migrationstheorien formuliert, die globale Migrationsprozesse hauptsächlich von sozio-ökonomischen Faktoren bestimmt sehen, die sich einer steuernden Einwirkung weitgehend entziehen. Die These von einem Primat der Ökonomie für das Migrationsgeschehen ist in sehr unterschiedlichen Spielarten anzutreffen, etwa als marxistische Theorie globaler Dependenz von Industrie- und Entwicklungsländern (sog. Weltsystemtheorie) oder als neoklassische Theorien makroökonomischer Push-/Pull-Faktoren, die maßgeblich auf das Lohngefälle zwischen Herkunfts- und Zielökonomien abstellen.²⁷ In eine ähnliche Richtung gehen sozialgeschichtliche Studien, die das Migrationsgeschehen vor allem von strukturellen Faktoren wie dem Wandel von agrarischen zu industriellen Produktionsweisen bestimmt sehen, der – mit gewissen Verzögerungen und zeitlichen Überlappungen – zu einem Übergang vom Aus- zum Einwanderungsland führt.²⁸ Gemeinsam ist diesen Ansätzen, staatliche Migrationspolitiken und mit ihr rechtliche Instrumente der Migrationssteuerung als unabhängige Variablen auszublenden oder in ihren Wirkungen auf das Migrationsgeschehen, jedenfalls auf lange Sicht, für unbedeutend zu halten.²⁹

Ohne an dieser Stelle eine angemessene Gesamtwürdigung vornehmen zu können, besteht eine wesentliche Leistung eines solchen Verständnisses darin, individuelle Migrationsentscheidungen als gesellschaftlich bedingte Phänomene zu verstehen, die in einem durch makrostrukturelle Faktoren geformten Umfeld stattfinden und deren Beeinflussung durch migrationspolitische Interventionen stets ungewiss und vielfach von nicht-intendierten Effekte begleitet ist. Allerdings liegt die Vermutung nahe, dass das Verblassen der staatlichen Politik und damit des Rechts neben den gesellschaftstheoretischen Grundannahmen auch dem hohen Abstraktions- und Generalisierungsniveau der betreffenden Theorien geschuldet ist: Die Hypothese von der Irrelevanz politischer Interventionen erscheint plausibler, je breiter die betrachtete historische Zeit-

²⁷ Für Übersichten und Nachweise zu den Theorien über die Ursachen internationaler Migration siehe *D. S. Massey u. a.*, *Theories of International Migration*, PDR 19 (1993), Nr. 3, S. 431, 432–454; *S. Haug*, *Soziales Kapital und Kettenmigration*, 2000, S. 22–49; *A. Kraler/Ch. Parnreiter*, *Migration Theoretisieren*, Prokla 35 (2005), Nr. 140, S. 327–344; *F. Düvell*, *Europäische und internationale Migration*, 2006, S. 79–122.

²⁸ *K. J. Bade*, *Massenwanderung und Arbeitsmarkt im deutschen Nordosten von 1880 bis zum Ersten Weltkrieg*, in: ders., *Sozialhistorische Migrationsforschung*, 2004, S. 89–158; ders., *Transnationale Migration und Arbeitsmarkt im Kaiserreich*, in: ders., *Sozialhistorische Migrationsforschung*, 2004, S. 185–214.

²⁹ Exempl. *H. van Amersfoort/R. Penninx*, *Regulating Migration in Europe*, AAPSS 534 (1994), S. 133, 146.

spanne und je aggregierter die in den Blick genommenen Wanderungsbewegungen sind.

Es spricht viel dafür, dass eine an den rechtlichen Möglichkeiten der Steuerung interessierte Untersuchung auf neuere Ansätze in der Migrationsforschung zurückgreifen sollte, die die klassischen, ökonomisch ausgerichteten Ansätze durch eine Meso-Ebene der Erklärung erweitern.³⁰ Hier ist in erster Linie der sog. Migrationssystem-Ansatz zu nennen, wonach sich die globalen Migrationsprozesse in relativ stabile, teilweise überlappende Systeme gliedern, die jeweils bestimmte Herkunfts- und Zielregionen miteinander verknüpfen.³¹ Das Entstehen von Migrationssystemen wird von vielen Faktoren begünstigt: von politischen Faktoren in den Herkunfts- und Zielstaaten, aber eben auch von kulturellen, ökonomischen und demographischen Determinanten, die mit hoheitlichen Mitteln nicht oder jedenfalls nicht gezielt im Hinblick auf ihre migrationsbezogenen Wirkungen zu beeinflussen sind. Zu den wichtigen, durch hoheitliche Maßnahmen nicht ad hoc zu steuernden Faktoren gehören Verflechtungen (*linkages*), die zwischen den beteiligten Staaten bzw. Gesellschaften bestehen, etwa eine koloniale Vergangenheit, Handelsbeziehungen, Kapitalströme und Gemeinsamkeiten der Massenkultur.³² Eine besondere Rolle kommt hier den sozio-kulturellen Brücken zu, die sich im Zuge vergangener Migrationsprozesse herausgebildet haben: transnationale Netzwerke familiärer oder ethnischer Art; Wissen und Mythen über Reisewege und Erwerbchancen im Zielland; Kosten und Verfügbarkeit von Transportdienstleistungen.³³ Sie tendieren dazu, einmal etablierte Migrationssysteme zu perpetuieren, ein Effekt, der als *cumulative causation of migration* oder als Kettenmigration bezeichnet wird.³⁴ Das migrationsbedingte Entstehen sozialer Verflechtungen liegt auch dem Konzept der transnationalen sozialen Räume zugrunde, das in der sozialanthropologischen Migrationsforschung Verwendung findet, wobei hier zusätzlich die Vorstellung von Migration als unidirektionalem und einmaligem Ortswechsel durch den Hinweis auf neuartige Formen temporärer

³⁰ S. Haug, Soziales Kapital und Kettenmigration, 2000, S. 35–47.

³¹ M. M. Kritz/H. Zlotnik, Global Interactions, in: dies. u.a. (Hrsg.), International Migration Systems, 1992, S. 1–16; A. Portes/J. Böröcz, Contemporary Immigration, IMR 23 (1989), S. 606–630.

³² J. T. Fawcett, Networks, Linkages and Migration Systems, IMR 23 (1989), S. 671–680; S. Sassen, Transnational Economies and National Migration Policies, 1996, S. 4–10.

³³ H. van Amersfoort/R. Penninx, Regulating Migration in Europe, AAPSS 534 (1994), S. 133, 139–146; A. Portes/J. Böröcz, Contemporary Immigration, IMR 23 (1989), S. 606, 611–614; D. S. Massey, The Social and Economic Origins of Immigration, AAPSS 510 (1990), S. 60, 68–72.

³⁴ D. S. Massey, Economic Development and International Migration in Comparative Perspective, PDR 14 (1988), Nr. 3, S. 383, 396–401; D. S. Massey u.a., Theories of International Migration, PDR 19 (1993), Nr. 3, S. 431, 448–454; S. Haug, Soziales Kapital und Kettenmigration, 2000, S. 107–162.

und zirkulärer Migration in Frage gestellt wird.³⁵ Gemeinsam ist diesen Ansätzen (Migrationssysteme, soziale Netzwerke, kumulative Verursachung, transnationale Migration), dass sie zwar einerseits den eigendynamischen Charakter von Migrationsprozessen betonen, sie aber andererseits deren Beeinflussung auch durch politische Faktoren anerkennen. Ein multikausales Verständnis internationaler Migration, das diese als Bestandteil und Folge transnationaler und internationaler Beziehungen versteht, zeigt sich offen für unterschiedliche, jeweils konkret zu analysierende und empirisch zu testende Gewichtungen von politischen und nicht-politischen Kausalfaktoren.³⁶

Dass politische Faktoren für die Verursachung internationaler Migration relevant sind – ob sie nun speziell migrationspolitischen oder anderen, etwa außenpolitischen Strategien entstammen –, ist in der Politikwissenschaft (erst) seit den 1980er Jahren verstärkt diskutiert worden.³⁷ Die Beeinflussung des Migrationsgeschehens durch politische Entscheidungen ist besonders deutlich, wenn man den Migrationsbegriff auf Formen von Fluchtmigration erweitert; insofern reflektiert die geänderte wissenschaftliche Wahrnehmung der Migration auch eine Veränderung ihres Gegenstands, für den Flüchtlinge aus nicht-europäischen Ländern seit den 1980er Jahren eine größere Rolle spielen als in den vorangegangenen Jahrzehnten.³⁸ Die politische Bedingtheit der Migration, die jetzt zunehmend gesehen wird, betrifft aber nicht nur die Verursachung von Massenmigrationen durch Bürgerkriege oder Vertreibungen, sondern auch die „normalen“ Migrationspolitiken, sowohl der Auswanderungsländer³⁹ als auch der Zielstaaten.⁴⁰ Heute gehört die Untersuchung der Formulierung und der Implementierung migrationspolitischer Strategien, einschließlich ihres Scheiterns, zu einem entwickelten Bereich politikwissenschaftlicher bzw. soziologischer Forschung.⁴¹

³⁵ N. Glick Schiller u.a. (Hrsg.), *Towards a Transnational Perspective on Migration*, 1992; L. Pries (Hrsg.), *Transnationale Migration*, 1997; Th. Faist, *The Volume and Dynamics of International Migration and Transnational Social Spaces*, 2000; im EU-Kontext siehe S. Hess, *Transnationale Räume*, *Peripherie* Nr. 97/98 (2005), S. 151–171.

³⁶ S. Castles, *Why Migration Policies Fail*, *Ethnic and Racial Studies* 27 (2004), S. 205, 207–217.

³⁷ M. S. Teitelbaum, *Immigration, Refugees, and Foreign Policy*, *International Organization* 38 (1984), S. 429, 433–443; eine Literaturübersicht bei Ch. Mitchell, *International Migration, International Relations and Foreign Policy*, *IMR* 23 (1989), S. 681, 684–691.

³⁸ Weitere Hypothesen zu den Gründen für die Unterschätzung politischer zugunsten ökonomischer Faktoren bei T. Hammar, *Laws and Policies Regulating Population Movements*, in: M. M. Kritz u.a. (Hrsg.), *International Migration Systems*, 1992, S. 245, 247 f.

³⁹ B. Schmitter Heisler, *Sending Countries and the Politics of Emigration and Destination*, *IMR* 19 (1985), S. 469–484.

⁴⁰ M. Weiner, *On International Migration and International Relations*, *PDR* 11 (1985), Nr. 3, S. 441, 445–447; A. R. Zolberg, *Matters of State*, in: Ch. Hirschman u.a. (Hrsg.), *The Handbook of International Migration*, 1999, S. 71, 73–81; G. Brochmann, *The Mechanism of Control*, in: dies./T. Hammar (Hrsg.), *Mechanisms of Immigration Control*, 1999, S. 1, 2.

⁴¹ Hierzu nur Ch. Joppke, *Immigration and the Nation-State*, 1999; J. Torpey, *The Inven-*