

Studie

für den Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration
(SVR)

Rechtliche Rahmenbedingungen für staatliche Programme zirkulärer Migration

von PD Dr. Jürgen Bast
Hannover/Frankfurt a.M.

vorgelegt am
17. Dezember 2010

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
I. Gegenstand des Gutachtens: Programme zirkulärer Migration	1
II. Aufgabe des Gutachtens: Klärung des Rechtsrahmens	3
Gutachten	4
A. Konflikte mit grund- und menschenrechtlichen Vorgaben	4
I. Problemaufriss	4
II. Die einschlägige Rechtsprechung des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts ..	5
1. Grund- und menschenrechtlicher Schutz der sozialen Bindungen am Aufenthaltort („Verwurzelung“)	5
2. Grund- und menschenrechtlicher Schutz des Zusammenlebens mit Familienangehörigen	9
3. Relevanz der Vorgaben für Programme zirkulärer Migration	12
III. Die einschlägigen Regelungen in Richtlinien der EU	14
1. Richtlinie 2003/86 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung	14
2. Richtlinie 2003/109 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen	16
IV. Schlussfolgerungen für die mögliche Dauer der Aufenthalte	19
V. Ergebnis	20
B. Konflikte mit Grundentscheidungen des Aufenthaltsgesetzes	22
I. Problemaufriss	22
II. Einordnung in die Systematik des Aufenthaltsgesetzes	22
III. Strukturentscheidungen zugunsten von Integrationserwartung und Einwanderungsperspektive	24
IV. Rechtliche Konsequenzen aus einer Konfliktlage	27
V. Ergebnis	28
C. Konflikte mit dem Grundsatz der Meistbegünstigung im Welthandelsrecht	29
I. Problemaufriss	29
II. Überblick über die Grundstrukturen des GATS und dessen Regelungen zur Personenmobilität	29

III. Vereinbarkeit mit Art. II GATS.....	31
1. Voraussetzungen der Pflicht zur Meistbegünstigung nach dem GATS.....	31
2. Prüfung am Maßstab des Art. II:1 GATS.....	34
3. Ausnahmen von der Pflicht zur Meistbegünstigung.....	37
4. Handlungsoptionen angesichts des rechtlichen Befunds	43
IV. Ergebnis.....	45
D. Konflikte mit den Zuständigkeiten der Europäischen Union.....	47
I. Problemaufriss	47
II. Gesetzgebungs- und Vertragsschlusskompetenzen der EU im Bereich der Arbeitsmigration	47
1. Umfang und Natur der Gesetzgebungskompetenz der Union	47
2. Umfang und Natur der Vertragsschlusskompetenz.....	49
III. Gesetzgebungs- und Vertragsschlusskompetenzen der EU im Bereich des Dienstleistungshandels	51
IV. Ergebnis.....	53
Zusammenfassung	54
Literaturverzeichnis	58

Einleitung

I. Gegenstand des Gutachtens: Programme zirkulärer Migration

Eine feststehende rechtliche Definition, was ein Programm zirkulärer Migration (PZM) auszeichnet, existiert derzeit nicht. In der wissenschaftlichen und politikbegleitenden Literatur sowie in Dokumenten internationaler Organisationen finden sich unterschiedliche Vorschläge und Ansätze zum Konzept „zirkuläre Migration“ und zu den Möglichkeiten der Steuerung solcher Migrationsprozesse.¹ Gemeinsamer Nenner sind Überlegungen, auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen legale, aber befristete Zugangsmöglichkeiten für Migranten zu eröffnen, um eine Pendelmigration zwischen Herkunfts- und Zielstaaten und die ihr zugeschriebenen positiven Effekte zu fördern (Triple-Win-Situation). Konkrete Gesetzes- oder Vertragsentwürfe, wie ein PZM unter Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland aussehen könnte, liegen bislang nicht vor.

In Anlehnung an die Diskussion zu sog. Mobilitätspartnerschaften im EU-Kontext² sowie jüngeren Erfahrungen mit bilateralen Abkommen Spaniens und Frankreichs³ soll im Folgenden eine Arbeitsdefinition zugrunde gelegt werden, nach der sich ein PZM durch fünf charakteristische Elemente auszeichnet: 1) Partnerschaftliche Zusammenarbeit mit Herkunftsländern, 2) staatliche Zuständigkeit für die Politikformulierung und Durchführung, 3) temporärer Charakter der zugelassenen Aufenthalte, 4) gewisse Elemente der Ermöglichung zirkulärer Mobilität und 5) ein arbeitsmarktbezogener Charakter, ohne qua Definition auf bestimmte Berufsgruppen und/oder Qualifikationsniveaus festgelegt zu sein. Kurz gesagt sind PZMs zwischenstaatlichen Ursprungs und auf wiederkehrende temporäre Arbeitsmigration bezogen.

Was den Aspekt der Partnerschaftlichkeit angeht, beruhen PZMs demnach auf einer Zusammenarbeit zwischen Herkunfts- und Zielstaaten, besitzen also eine bilaterale intergouvernementale Struktur.⁴ Diese muss nicht notwendig die rechtliche Form von förmlichen völker-

¹ Siehe u.a. *Ruhs*, *The Potential of Temporary Migration Programmes*, 2005; *Abella*, *Policies and Best Practices for Management of Temporary Migration*, 2006; *Ranveig Agunias*, *From a Zero-Sum to a Win-Win Scenario?*, 2006, S. 27–31; *Angenendt*, *Circular Migration: A Sustainable Concept for Migration Policy?*, 2007; *Zapata-Barrero/Faúndez García/Sánchez Montijano*, *Temporary and Circular Migration*, 2009; zu den Vorstellungen der EU-Kommission siehe KOM(2007) 248 endg. vom 16.5.2007.

² *Parkes*, *EU Mobility Partnerships: A Model of Policy Coordination?*, EJML 11 (2009), S. 327 ff.; *Carrera/Hernández i Sagrera*, *The Externalisation of the EU's Labour Immigration Policy*, 2009; siehe ferner die Bezugnahme auf das Konzept im Stockholmer Programm, das der Europäische Rat am 11.12.2009 beschlossen hat: Rats-Dok. 17024/09, Abschn. 6.1.

³ *Pinyol*, *Labour Agreements for Managing Migration*, 2009; *Panizzon*, *Trade and Labor Migration*, 2010, S. 39 ff.; *Newland/Ranveig Agunias/Terrazas*, *Learning by Doing: Experiences of Circular Migration*, 2008, S. 11.

⁴ Zum erneuerten Interesse an bilateralen Kooperationsformen im Bereich der Arbeitsmigration siehe die Beiträge in OECD (Hrsg.), *Migration for Employment*, 2004, dort noch ohne Bezugnahme auf das Konzept der zirkulären Migration.

rechtlichen Verträgen annehmen, sondern kann auch zu bloßen Verwaltungsabsprachen führen, die rechtlich nicht bindend sind. Mit einer bilateralen Struktur der Migrationssteuerung geht typischerweise einher, dass sich die Partner des Abkommens bzw. der Absprache wechselseitig eine bevorzugte Behandlung ihrer Staatsangehörigen zusichern.⁵ Kennzeichnend für die derzeit diskutierten Modelle von PZMs ist darüber hinaus ein „umfassender“ Ansatz, dem zufolge neben der Eröffnung von temporären Zugängen weitere Regelungsgegenstände migrationspolitischer Art in die Zusammenarbeit einbezogen werden sollen. Insbesondere sollen die Herkunfts- bzw. Transitländer in die Bekämpfung der illegalen Migration eingebunden werden und sich zur Rückübernahme ausreisepflichtiger Migranten verpflichten. Teilweise werden mit dem Konzept der zirkulären Migration auch entwicklungsbezogene Anliegen verfolgt, wenngleich die Wirkungszusammenhänge umstritten sind.⁶

Die definitorische Beschränkung auf *staatliche* PZMs – im Gegensatz zu Mobilitätspartnerschaften, die auf der Ebene der EU entwickelt, unter der Federführung der Europäischen Kommission ausgehandelt und gemeinsam mit anderen EU-Mitgliedstaaten durchgeführt werden – ist nicht der Sache selbst geschuldet, sondern dem speziellen Untersuchungsinteresse. Dieses gilt den rechtlichen Rahmenbedingungen für Programme, bei denen die politische Verantwortung bei Akteuren auf der nationalen Ebene, namentlich in Deutschland liegt.

Was die adressierten Migrationsvorgänge angeht, ist das hervorstechende Merkmal der temporäre Charakter der Aufenthalte, die im Rahmen von PZMs zugelassen werden. Damit ist nicht nur, wie für das Rechtsregime der Arbeitsmigration durchaus üblich, die Erteilung von *befristeten* Aufenthaltstiteln gemeint, sondern der Ausschluss einer aufenthaltsrechtlichen Verfestigung, also die Absage an eine schrittweise Verbesserung des aufenthaltsrechtlichen Status im Zuge einer fortschreitenden Integration im Aufenthaltsstaat. Vielmehr sind PZMs der Idee nach strikt auf eine Rückkehr in das Herkunftsland angelegt.

Der temporäre Charakter der Aufenthalte soll um gewisse Regelungselemente ergänzt bzw. modifiziert werden, die eine zirkuläre Mobilität ermöglichen, beispielsweise indem Wiederkehroptionen eingeräumt bzw. eine erneute Teilnahme an dem Programm unter erleichterten Bedingungen in Aussicht gestellt werden.⁷ Die genauen Konturen dieses repetitiven Elements von PZMs sind in der Diskussion allerdings noch unklar geblieben. Fest steht aber, dass es bei PZMs nicht um bilaterale Freizügigkeitsregimes geht, bei denen die zirkuläre Mobilität durch Daueraufenthaltsrechte ermöglicht wird, die gegen einen Statusverlust bei zwischenzeitlicher Ausreise besonders geschützt sind.

Schließlich beziehen sich die Aufenthalte im Rahmen von PZMs, allgemein gesagt, auf die Teilnahme am Erwerbsleben im Aufenthaltsstaat. An dieser Stelle gilt es hervorzuheben,

⁵ Newland/Ranveig Agunias/Terrazas, *Learning by Doing: Experiences of Circular Migration*, 2008, S. 1; Abella, *Policies and Best Practices for Management of Temporary Migration*, 2006, S. 38.

⁶ Ein Überblick zum Diskussionsstand bei Omelaniuk, *How Important is Labour Mobility for Development?*, *Studia Diplomatica* Vol. LXI, 2008, Nr. 2, S. 27 ff.

⁷ Newland/Ranveig Agunias/Terrazas, *Learning by Doing: Experiences of Circular Migration*, 2008, S. 2.

dass das Konzept zirkulärer Migration auf ganz unterschiedliche Typen von Erwerbsmigranten angewendet werden kann. Es ist definitorisch weder auf ein bestimmtes Qualifikationsniveau festgelegt, etwa auf Personen mit einer akademischer Ausbildung, noch sind PZMs nur für typische Formen temporärer Arbeitsmigration nutzbar, etwa landwirtschaftliche Saisonarbeit, Au-Pair oder Projektstätigkeit im Rahmen von Werkverträgen. Insoweit bestehen breite Gestaltungsspielräume der Vertragspartner. Eine denkbare Regelungstechnik besteht nach den spanischen und französischen Erfahrungen darin, nach Berufsgruppen bzw. Sektoren differenzierende Obergrenzen (Zugangsquoten) zu vereinbaren. Auch was die Mobilität der teilnehmenden Migranten auf dem lokalen Arbeitsmarkt angeht, besteht ein breites Spektrum von Regelungsmöglichkeiten, einschließlich der Bindung an ein bestimmtes Projekt im Fall einer Arbeitnehmer-Entsendung bzw. der Bindung an ein bestimmtes Arbeitsverhältnis, Betrieb oder Beruf im Inland.

II. Aufgabe des Gutachtens: Klärung des Rechtsrahmens

Die Aufgabe des vorliegenden Gutachtens besteht darin, den geltenden rechtlichen Rahmen für die Ausgestaltung solcher Programme zu klären und mögliche Konflikte mit vorrangig zu beachtendem Verfassungs-, Europa- und Völkerrecht aufzuzeigen.

Behandelt werden folgende Themen:

- das Entstehen individueller Bleiberechte von Migranten aufgrund menschenrechtlicher bzw. grundrechtlicher Vorgaben (A.),
- das Erfordernis parlamentarischer Legitimation für eine Neuausrichtung des geltenden Aufenthaltsrechts (B.),
- den Meistbegünstigungsgrundsatz des Dienstleistungsübereinkommens GATS, der eine Gleichbehandlung anderer Partnerstaaten gebietet (C.) und
- die Verteilung der migrationspolitischen Zuständigkeiten zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten, die einem nationalen Alleingang im Wege stehen könnte (D.).

Gutachten

A. Konflikte mit grund- und menschenrechtlichen Vorgaben

I. Problemaufriss

Einen ersten Themenkreis bei der Ermittlung der rechtlichen Grenzen für zukünftige Programme zirkulärer Migration bilden *individuelle Rechte* von Migranten, die der projektierten Durchsetzung des temporären Charakters von PZMs entgegenstehen könnten. Rechtlich geht es um die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die an einem solchen Programm teilnehmenden Migranten bei Ablauf der Gültigkeit ihres befristeten Aufenthaltstitels individuelle Rechtspositionen erworben haben, die sie der an sich bestehenden Ausreisepflicht entgegenhalten können, um eine Erneuerung des Aufenthaltstitels und somit eine legale Fortsetzung des Aufenthalts zu erreichen. Ein solcher *Anspruch auf Verfestigung des Aufenthalts* ergibt sich möglicherweise aus grund- und menschenrechtlichen Vorgaben für die politische Gestaltung des Migrationsrechts.

Nicht ohne Grund beginnt das Gutachten mit diesem Aspekt. Im Raum steht die Hypothese eines rechtlich bedingten Scheiterns des Konzepts zirkulärer Migration: Der temporäre Charakter der zugelassenen Erwerbsaufenthalte könnte sich durch das Entstehen von gerichtlich einklagbaren Rechten, die das private Interesse an Fortsetzung des Aufenthalts schützen, ins Gegenteil verkehren.⁸ In die gleiche Richtung, mit einem etwas anderen Akzent, geht die Beobachtung bzw. Befürchtung eines *trade-off* zwischen den wirtschaftlichen Vorteilen befristeter Arbeitsmigration und den Menschenrechten der Migranten.⁹ Andere wiederum plädieren für mehr Flexibilität und warnen davor, ein Konzept zirkulärer Migration bereits dann

⁸ Zweifelnd etwa *Castles*, Back to the Future? Can Europe Meet its Labour Needs through Temporary Migration?, 2006, S. 13.

Soweit in der Rückschau auf die Erwerbsmigration der 1960er und 1970er Jahre die These vertreten wird, deren Verstärkung zugunsten dauerhafter Einwanderungsprozesse sei das Produkt individualrechtlicher Grenzen der Migrationssteuerung und ihre Artikulation durch Gerichte gewesen (in diese Richtung *Joppke*, Immigration and the Nation-State, 1999, S. 72 ff.), ist darauf hinzuweisen, dass es keinen hinreichend konsentierten politischen Willen gab, einer rechtlichen Verfestigung des Aufenthalts der zweiten Generation entgegenzuarbeiten. Die verfassungs- und völkerrechtlichen Grenzen, an die eine solche Politik an einem bestimmten Punkt gestoßen wäre, wurden nicht ausgetestet. Vielmehr hat sich das politische System der Bundesrepublik in entscheidenden Momenten gegen eine konsistente Intervention in die einmal in Gang gesetzte Kettenmigration entschieden (*Green*, The Politics of Exclusion, 2004, S. 43 ff., 134 ff.; *Bade/Bommes*, Migration und politische Kultur im „Nicht-Einwanderungsland“, in: *Bade*, Sozialhistorische Migrationsforschung, 2004, S. 443 ff.; differenzierend auch *Joppke*, Why Liberal States Accept Unwanted Immigration, World Politics 50 (1998), S. 291 ff.).

⁹ *Ranveig Agunias*, From a Zero-Sum to a Win-Win Scenario?, 2006, S. 38; *Collyer*, The Development Impact of Temporary International Labour Migration, 2004, S. 5; *Follmar-Otto*, Temporäre Arbeitsmigration in die Europäische Union, 2007, S. 8 f.

für gescheitert zu erklären, wenn sich bei einem *Teil* der beteiligten Migranten die ursprünglich befristete Zuwanderung in eine dauerhafte Einwanderung entwickelt.¹⁰

Im Folgenden werden zunächst die einschlägigen grund- und menschenrechtlichen Vorgaben entfaltet, die sich nach dem Stand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und dem Grundgesetz (GG) ergeben, insbesondere aus Art. 8 EMRK (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG). In einem zweiten Schritt werden gesetzliche Regelungen des Europarechts angesprochen, die zwar in einem Rechtsetzungsverfahren auf der Ebene der EU politisch geändert werden könnten, bis dahin aber für die politischen Akteure auf nationaler Ebene einen Handlungsrahmen bilden, der nicht einseitig gesprengt werden kann. Hieran schließen sich Überlegungen dazu an, ob sich allgemeine Aussagen über den Zusammenhang von Aufenthaltsdauer und rechtlicher Verfestigung des Aufenthalts treffen lassen.

II. Die einschlägige Rechtsprechung des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts

1. Grund- und menschenrechtlicher Schutz der sozialen Bindungen am Aufenthaltsort („Verwurzelung“)

Unter dem Stichwort der „Verwurzelung“ wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion die Frage verhandelt, ob das Interesse eines Migranten an der Fortsetzung eines seit längerer Zeit bestehenden Aufenthalts grund- bzw. menschenrechtlichen Schutz genießt. Vorgaben zu diesem Themenkomplex setzen rechtlich bei der Schutzwürdigkeit der Beziehungsnetzwerke an, die sich während eines über eine gewisse Zeit bestehenden Aufenthalts naturgemäß entwickeln. Die Rechtsprechung hat den Schutz für den in den inländischen Lebensverhältnissen integrierten Aufenthalt zunächst allein unter dem Stichwort „Ehe und Familie“ thematisiert und die aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkungen der entsprechenden Garantien anerkannt. Heute erscheint das Zusammenleben in der ehelichen bzw. familiären Gemeinschaft als ein qualifizierter Ausschnitt aus den schutzwürdigen sozialen Bindungen, die im Aufenthaltsstaat bestehen, nicht aber als die einzige Äußerungsform von „Verwurzelung“.

Die rechtsdogmatische Verselbständigung des Schutzguts der sozialen Bindungen am Aufenthaltsort ist ein Produkt der Rechtsprechungsentwicklung des letzten Jahrzehnts. Dabei hat der Straßburger Gerichtshof für Menschenrechte eine Vorreiterrolle gespielt, indem er das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK zur zentralen Schutznorm für den „verwurzelten“ Aufenthalt ausgebaut hat. In Reaktion darauf haben auch das BVerfG und das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) Art. 2 Abs. 1 GG in diesem Sinne aufgewertet, um

¹⁰ *Ruhs*, The Potential of Temporary Migration Programmes, 2005, S. 17–19, 23; *Angenendt*, Circular Migration: A Sustainable Concept for Migration Policy?, 2007, S. 4.

die Vorgaben der EMRK verfassungsrechtlich zu inkorporieren und Rigiditäten der deutschen Gesetzeslage im Ausweisungsrecht aufzubrechen. Zu dieser Entwicklung im Einzelnen:

(1) Der EGMR betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention im Allgemeinen frei darin sind, die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern zu regeln und zu beschränken.¹¹ Diese aufenthaltsrechtliche Gestaltungsfreiheit der Staaten finde jedoch ihre Grenze an den menschenrechtlichen Gewährleistungen, die sich aus Bestimmungen der EMRK ergeben. Dies betrifft zunächst die implizite Garantie, einen Menschen nicht durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen einer krass menschenrechtswidrigen Behandlung auszusetzen (Refoulementverbot). Menschenrechtliche Vorgaben für die politische Gestaltung des Aufenthaltsrechts können sich in gewissem Umfang aber auch für inlandsbezogene Schutzgüter ergeben. Maßgebliche Norm ist Art. 8 EMRK, die in ihrer nicht-amtlichen deutschen Fassung lautet:

Artikel 8
Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Die Bedeutung des Begriffs „Privatleben“ für das Aufenthaltsrecht wurde in den Rechtsprechungsorganen der Konvention seit langem kontrovers diskutiert.¹² Die definitive Anerkennung des Privatlebens als aufenthaltsrechtlich relevantes Schutzgut *neben* dem Familienleben erfolgte im Fall *Slivenko/Lettland* im Jahr 2003.¹³ Der Gerichtshof bezog darin die Gesamtheit der Beziehungen zur sozialen Umwelt am Aufenthaltsort und damit letztlich das Interesse an der Fortsetzung des Aufenthalts selbst in den Schutz des Art. 8 EMRK ein („removed from the country where they had developed ... the network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being“). Die nachfolgende Rechtsprechung bestätigte die neue, pragmatische Linie, nach der das Privatleben in

¹¹ Zum Beispiel in EGMR (GK), Nr. 46410/99, Üner/Niederlande, ECHR 2006-XII, § 54.

¹² Zur Entwicklung siehe *van Dijk*, Protection of „Integrated“ Aliens against Expulsion under the European Convention on Human Rights, in: E. Guild/P. Minderhoud (Hrsg.), *Security of Residence and Expulsion*, 2001, S. 23, 28–30; *Zeichen*, Ausweisungsschutz für integrierte Fremde, ZÖR 57 (2002), S. 413, 431–435.

¹³ EGMR (GK), Nr. 48321/99, *Slivenko/Lettland*, ECHR 2003-X, §§ 95–98.

Fällen der Ausweisung je nach Fall-Lage entweder exklusiv oder zusätzlich zu dem nunmehr enger verstandenen Familienleben betroffen sein kann.¹⁴

Wie sich bereits aus dem Umstand ergibt, dass Eingriffe in die nach Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten Rechte unter Berufung auf die in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden können, begründen die aufenthaltsrechtlichen Gehalte des Rechts auf Achtung des Privatlebens keine absolut geschützten Rechte. Vielmehr sind Eingriffe dann zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten („in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“). Der effektive Gewährleistungsgehalt des menschenrechtlichen Schutzes der sozialen Beziehungen am Aufenthaltsort besteht deshalb im Wesentlichen darin, vor einer Aufenthaltsbeendigung zu schützen, die sich in Ansehung der konkreten Umstände des Einzelfalls als ungesetzlich oder unverhältnismäßig darstellt.¹⁵ Verlangt ist, dass die privaten Interessen, die für eine Fortsetzung des Aufenthalts sprechen, mit den entgegenstehenden öffentlichen Interessen abgewogen werden; der EGMR spricht in diesem Zusammenhang von einer „fair balance“. Zu den Abwägungskriterien, die nach der Judikatur stets in die Abwägung einzustellen sind, gehören die Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen des Betroffenen am Aufenthaltsort, aber auch im Herkunftsland.¹⁶

In dieser Judikatur kommen zusammenfassend zwei Grundgedanken zum Ausdruck, die für die rechtliche Beurteilung von PZMs bedeutsam sind: Erstens ist es menschenrechtlich geboten, die konkreten Umstände des Einzelfalls zu würdigen; Entscheidungen über die Beendigung eines „verwurzelten“ Aufenthalts sind nur sehr eingeschränkt einer pauschalierenden Regelung oder gar einem Ausweisungsautomatismus zugänglich. Zweitens müssen die für eine Aufenthaltsbeendigung streitenden öffentlichen Interessen umso größeres Gewicht besitzen, je länger der Aufenthalt andauert und je besser der betreffende Migrant in die inländischen Lebensverhältnisse integriert ist.

(2) Das Bundesverfassungsgericht hat zunächst einen etwas anderen Ansatz verfolgt, indem es dem Gedanken der rechtlichen Verfestigung des Aufenthalts mit zunehmender Verwurzelung eine verfassungsrechtliche Grundlage nicht in den Grundrechten, sondern im Rechtsstaatsprinzip gegeben hat. Neben der Vorgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Ermessensausweisungen ist hier der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Verlängerung befristeter Aufenthaltstitel zu nennen.¹⁷ Danach kann durch eine Praxis routinemäßiger Erneuerung eines befristeten Aufenthalts ein Vertrauenstatbestand gestiftet werden. Der Ermessensspielraum bei der Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis ist also grundsätzlich

¹⁴ EGMR, Nr. 31753/02, *Kaya/Deutschland*, 28.6.2007, § 56; EGMR (GK), Nr. 1638/03, *Maslov/Österreich*, (2008) 47 E.H.R.R. 20, § 63; EGMR, Nr. 47486/06, *Khan/Vereinigtes Königreich*, 12.01.2010, §§ 31–36.

¹⁵ *Farahat*, *The Exclusiveness of Inclusion*, EJML 11 (2009), S. 257.

¹⁶ EGMR (GK), Nr. 46410/99, *Üner/Niederlande*, ECHR 2006-XII, § 59.

¹⁷ BVerfGE 49, 168, 184 – Verlängerung einer AE.

enger als bei einer erstmaligen Erteilung; eine „inzwischen fortgeschrittene wirtschaftliche und soziale Integration“ des Antragstellers ist zu berücksichtigen.¹⁸

Anders als der EGMR setzte das BVerfG ein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand des Aufenthalts voraus, für dessen Entstehen die Staatsgewalt (mit-)verantwortlich ist. Es verlagerte damit in die Definition der Schutzwürdigkeit der sozialen Bindungen, was der EGMR erst im Rahmen einer Interessenabwägung als Problem der Rechtfertigung ihrer Beeinträchtigung thematisiert. Nach dem Verständnis des EGMR setzt die Eröffnung des Schutzbereichs keinen gesicherten Aufenthaltsstatus, ja nicht einmal das Bestehen eines rechtmäßigen Aufenthalts voraus.¹⁹ Die sozialen Bindungen, die aus einem über längere Zeit bestehenden tatsächlichen Aufenthalt erwachsen, sind als solche menschenrechtlich geschützt, nicht bloß die Erwartungen auf Fortbestand solcher Bindungen, die sich an einen staatlich genehmigten Aufenthalt anschließen.²⁰ Dies ist mit Blick auf die Lage von Personen, die seit Jahren mit dem Nicht-Status der Duldung in Deutschland leben, intensiv diskutiert worden.²¹ Eine abschließende Klärung der Frage, wie weit vor diesem Hintergrund ein menschenrechtlich begründeten Anspruch auf Legalisierung eines verwurzelten Aufenthalts anzuerkennen ist, ist hier nicht erforderlich. Jedenfalls kann die unterbliebene Verlängerung eines rechtmäßig begründeten *befristeten* Aufenthalts einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens darstellen.²²

Eine rechtsdogmatische Wende vollzog sich dann in zwei Entscheidungen des BVerfG aus dem Jahr 2007.²³ In diesen Beschlüssen erklärte es das BVerfG im Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK zugleich für nach der deutschen Verfassung geboten, bei einer Ausweisung die konkreten Umstände des Einzelfalls in den Blick zu nehmen und die vom EGMR geforderten Abwägungsgesichtspunkte zu berücksichtigen, und zwar auch dann, wenn dies nach dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften ausgeschlossen scheint.²⁴ Das BVerfG verstärkt damit

¹⁸ BVerfGE 49, 168, 188 – Verlängerung einer AE.

¹⁹ Näher *Thym*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts?, EuGRZ 2006, S. 541, 545–549; krit. *Fritzsch*, Der Schutz sozialer Bindungen von Ausländern, 2009, S. 149–153.

²⁰ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, § 22 Rn. 44.

²¹ *Eckertz-Höfer*, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, ZAR 2008, S. 41–45; *Thym*, Humanitäres Bleiberecht zum Schutz des Privatlebens?, InfAuslR 2007, S. 133, 136–139; *Bergmann*, Aufenthaltserlaubnis auf Grund von „Verwurzelung“, ZAR 2007, S. 128–132; *Marx*, Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V AufenthG wegen Verwurzelung, ZAR 2006, S. 261–268; *Benassi*, Die Bedeutung der humanitären Aufenthaltsrechte des § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG im Lichte des Art. 8 EMRK, InfAuslR 2006, S. 397–404. Zu § 25 Abs. 5 AufenthG als dogmatische Brücke vgl. BVerwGE 126, 192, 197; zur Art. 8 EMRK als Legalisierungsanspruch außerhalb der gesetzlich normierten Aufenthaltsw Zwecke siehe VGH BW InfAuslR 2009, 178.

²² Zur Bedeutung von Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK für die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis siehe OVG RP InfAuslR 2008, 441, 442 f.

²³ BVerfGK 11, 153 = NVwZ 2007, 946; BVerfG (K) NVwZ 2007, 1300; vorbereitet in BVerfGK 3, 4, 8 ff. = NVwZ 2004, 852.

²⁴ Ausf. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 241–245.

den Schutz des Privatlebens, indem es die Rechtsprechung des EGMR grundrechtsbezogen in die deutsche Verfassung aufnimmt und so einen Gleichlauf der Vorgaben anstrebt.²⁵ Es handelt sich um einen ausländerrechtlichen Anwendungsfall des in der Rechtsprechung des BVerfG wiederholt ausgesprochenen allgemeinen Gebots, den Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten des Grundgesetzes zu berücksichtigen.²⁶ Hier dient Art. 8 EMRK zur Verstärkung des Schutzgehalts der allgemeinen Handlungsfreiheit, sodass aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 8 EMRK nunmehr ein Grundrecht auf Fortsetzung „verwurzelten“ Aufenthalts im Bundesgebiet folgt.²⁷

2. Grund- und menschenrechtlicher Schutz des Zusammenlebens mit Familienangehörigen

Vergleichsweise seit langem geklärt ist die Rechtslage hinsichtlich des Schutzes der ehelichen oder familiären Lebensgemeinschaft vor aufenthaltsrechtlichen Störungen, sei es durch aufenthaltsbeendende, sei es durch aufenthaltsverhindernde Maßnahmen.²⁸ Bei diesem Thema besteht eine Ebenen-übergreifende Konkordanz der Gehalte der einschlägigen verfassungs-, völker- und europarechtlichen Normen (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG, Art. 8 EMRK und Art. 7 GR-Charta).²⁹ Die zuständigen Gerichte betrachten das Zusammenleben mit nahen Verwandten als ein aufenthaltsrechtlich relevantes Schutzgut, betonen aber zugleich, dass sie kein unbeschränktes Recht auf freie Wahl des Ortes, an dem die eheliche bzw. familiäre Gemeinschaft gelebt wird, anerkennen. In der Konsequenz formulieren sie Anforderungen an einen fairen Interessenausgleich, die jede hoheitliche Maßnahme, die die Familieneinheit beeinträchtigt, erfüllen muss. Dabei gelten erhöhte Rechtfertigungslasten, wenn bestehende und gefestigte Lebensgemeinschaften gestört werden. Dies führt zu etwas schwächeren Vorgaben für den Ehegatten- bzw. Familiennachzug im Vergleich zu den ausweisungsbezogenen Schutzgehalten.³⁰ Überboten werden diese verfassungsrechtlichen Vorgaben allerdings

²⁵ *Eckertz-Höfer*, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, ZAR 2008, S. 41, 46; *Thym*, Abschied von Ist- und Regel-Ausweisung bei Verwurzelung, DVBl. 2008, S. 1346, 1355; zur grundrechtsdogmatischen Einordnung vgl. *Hoppe*, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zur Aufenthaltsbeendigung, ZAR 2008, S. 251, 257; *Kluth*, Anwesenheit und Zugehörigkeit, ZAR 2009, S. 381, 384 f.

²⁶ BVerfGE 111, 307, 317 – EGMR-Entscheidungen, in Fortführung von E 74, 358, 370 – Unschuldsvermutung.

²⁷ Das BVerfG hat diesen Anstoß bereitwillig aufgenommen und zu einer Korrektur seiner Rechtsprechung zur Regelausweisung genutzt: BVerfGE 129, 367, 373 f.

²⁸ Zur Entwicklung siehe *Sander*, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2008, S. 91–94; ausf. *Caroni*, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, 1999, S. 210 ff.

²⁹ Zu weiteren Quellen des menschenrechtlichen Schutzes der Familieneinheit *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, 2009, S. 31–68.

³⁰ Vgl. *Zimmermann*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, 2006, Kap. 27 Rn. 109–112, 120.

durch die gesetzlichen Berechtigungen, die sich aus der Familienzusammenführungs-RL 2003/86 ergeben (dazu unten, unter III.1.). Daneben hat Art. 6 GG noch eine eigenständige Bedeutung für den Familiennachzug zu deutschen Staatsangehörigen,³¹ allerdings nur, soweit letztere nicht in den Anwendungsbereich der Unionsbürger-RL 2004/38/EG fallen und dadurch eine noch vorteilhaftere Rechtsstellung genießen.³² Im Einzelnen:

(1) Im grundlegenden Urteil *Abdulaziz* aus dem Jahr 1985 hat das Plenum des EGMR bei Nachzugsbegehren gewisse positive Verpflichtungen der Konventionsstaaten anerkannt, zugleich aber die einwanderungspolitischen Gestaltungsspielräume der Staaten betont.³³ Hier wurde der Grundstein für eine Judikatur gelegt, die bis heute zwar auch in Nachzugskonstellationen auf einen angemessenen Ausgleich („fair balance“) der involvierten privaten und öffentlichen Interessen drängt, den Staaten aber das Abwägungsergebnis im Regelfall nicht vorgibt.³⁴ Nur in außergewöhnlichen Fällen verdichtet sich das Abwägungsgebot zu einer konventionsrechtlichen Pflicht zur Aufenthaltsgewährung, insbesondere wenn die (Wieder-)Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft im Herkunftsland unmöglich oder unzumutbar ist.³⁵

Eine gegenläufige Entwicklungstendenz zeigt sich in Ausweisungsfällen. Hier hat der EGMR die Anforderungen an rechtmäßige Ausweisungen gegenüber der älteren Judikatur deutlich erhöht (beginnend im Jahr 1988³⁶). Den migrationssoziologischen und politischen Hintergrund bildet die „zweite Generation“ von Einwanderern, die im Inland geboren oder aufgewachsen sind. Die Praxis in einigen Konventionsstaaten, auf Straftaten von solchen daueraufenthaltsberechtigten „faktischen Inländern“ mit Ausweisungen zu reagieren, begegnete aus menschenrechtlicher Sicht zunehmender Kritik, die sich rechtsdogmatisch an Art. 8 EMRK anlagerte.³⁷ Vor dem Hintergrund des Schutzanliegens zugunsten der „zweiten Generation“ tendierte der EGMR zu einer weiten Familiendefinition, um den Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK auch bei jungen Erwachsenen zu eröffnen.³⁸ Die Abwägungskriterien, deren

³¹ Weizsäcker, Welche Bedeutung haben die Grundrechte für die Regelung von Migration?, in: C. Y. Robertson-von Trotha (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2009, S. 183, 190.

³² Walter, „Inländerdiskriminierung“ bei Familiennachzug, 2008, S. 8–13.

³³ EGMR, Nr. 9214/80 u.a., *Abdulaziz u.a./Vereinigtes Königreich*, Ser. A Nr. 94, §§ 67 f.

³⁴ EKomMR, Nr. 14112/88, *Khanam/Vereinigtes Königreich*, DR 59, 265; Nr. 24968/94, *Lamrabeti/Niederlande*, Urteil vom 18.5.1995, nicht publ.; EGMR, Nr. 23218/94, *Gül/Schweiz*, ECHR 1996-I; Nr. 21702/93, *Ahmut/Niederlande*, ECHR 1996-VI; Nr. 39003/97, *Knel und Veira/Niederlande*, Urteil vom 5.9.2000, nicht publ.

³⁵ EGMR, Nr. 31465/96, *Sen/Niederlande*, (2003) 36 E.H.R.R. 7; Nr. 60665/00, *Tuquabo-Tekle u.a./Niederlande*, Urteil vom 1.12.2005, nicht publ.

³⁶ EGMR, Nr. 10730/84, *Berrehab u.a./Niederlande*, Ser. A Nr. 138.

³⁷ Siehe etwa EGMR, Nr. 12313/86, *Moustaquim/Belgien*, Ser. A Nr. 193; Nr. 22070/93, *Boughanemi/Frankreich*, ECHR 1996-II; Nr. 21794/93, *C./Belgien*, ECHR 1996-III; Nr. 39518/98, *Benrachid/Frankreich*, ECHR 1999-II.

³⁸ Vgl. EGMR, Nr. 19465/92, *Nasri/Frankreich*, Ser. A Nr. 320-B.

Berücksichtigung der EGMR bei einer Ausweisung wegen einer strafrechtlichen Verurteilung verlangt, hat er in der *Boultif*-Entscheidung zusammengefasst³⁹ und im Jahr 2006 in der Großen Kammer bestätigt.⁴⁰

(2) Die sog. Nachzugsentscheidung aus dem Jahr 1987 bildet bis heute die Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur aufenthaltsrechtlichen Bedeutung des grundrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie nach Art. 6 GG. Ein „den Betroffenen auferlegter Zwang, für geraume Zeit eine räumliche Trennung von ihren Angehörigen hinzunehmen“, sei generell geeignet, das Ehe- und Familienleben zu beeinträchtigen.⁴¹ Der so verstandene Schutzbereich des Art. 6 GG umfasst auch den Zuzugswilligen, dem die Herstellung der Lebensgemeinschaft mit einem berechtigterweise im Bundesgebiet lebenden Ehegatten oder Elternteil verwehrt wird.⁴² Allerdings beinhaltet Art. 6 GG, so die rechtsdogmatische Pointe des Urteils, keinen unmittelbaren Anspruch auf Einreise und Aufenthalt.⁴³ Aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen folgten vielmehr (nur) aus dem objektivrechtlichen Gehalt als wertentscheidende Grundsatznorm.⁴⁴ Behörden und Gerichte müssen bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die bestehenden ehelichen und familiären Bindungen des Antragstellers zu im Bundesgebiet lebenden Personen in einer Weise berücksichtigen, die der großen Bedeutung entspricht, die das Grundgesetz dem Schutz von Ehe und Familie beimisst.⁴⁵ Insoweit besteht ein – auch verfassungsgerichtlich – einklagbares Recht auf Berücksichtigung der Belange der Ehe und Familie; das „verfassungsrechtlich geschütztes Interesse der Aufenthalt begehrenden [Personen] und damit ihre durch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG geschützte Freiheitssphäre“ dürfen nicht unverhältnismäßig beschränkt werden.⁴⁶

Diese juristische Konstruktion kann als Strategie im Umgang mit einem vorbehaltlos gewährleisteten Grundrecht verstanden werden: Das BVerfG will einerseits Art. 6 GG aufenthaltsrechtliche Gehalte entnehmen, ohne andererseits die migrationspolitischen Gestaltungsspielräume des deutschen Gesetzgebers und der vollziehenden Gewalt übermäßig einzuzengen.⁴⁷ Letzteres wäre aber die Folge, wenn als öffentliche oder private Belange, die eine Beschränkung des Familiennachzugs rechtfertigen können, nur solche von Verfassungsrang in

³⁹ EGMR, Nr. 54273/00, *Boultif/Schweiz*, ECHR 2001-IX, § 48.

⁴⁰ EGMR (GK), Nr. 46410/99, *Üner/Niederlande*, ECHR 2006-XII, §§ 57–59; siehe *A. Müller-Elschner*, Menschenrechtliche Vorgaben für das Recht auf Familienleben nach Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in: K. Barwig u.a. (Hrsg.), *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, 2007, S. 165–176.

⁴¹ BVerfGE 76, 1, 42 – Familiennachzug I.

⁴² BVerfGE 76, 1, 45 f. – Familiennachzug I.

⁴³ BVerfGE 76, 1, 47 f. – Familiennachzug I.

⁴⁴ BVerfGE 76, 1, 49 ff. – Familiennachzug I; E 51, 386, 396 – Ausweisung IV.

⁴⁵ BVerfGE 76, 1, 50 – Familiennachzug I.

⁴⁶ BVerfGE 76, 1, 70 – Familiennachzug I.

⁴⁷ *Zimmermann*, in: *Grote/Marauhn, EMRK/GG*, 2006, Kap. 27 Rn. 114.

Betracht kommen würden, wie es bei einem schrankenlos gewährleisteten Grundrecht der Fall ist.⁴⁸ Bei den „aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkungen“ des Art. 6 GG handelt es sich der Sache nach um ein Grundrecht auf Schutz der ehelichen bzw. familiären Lebensgemeinschaften vor Beeinträchtigungen durch aufenthaltsrechtliche Maßnahmen, das einem einfachen Eingriffsvorbehalt unterliegt.

Als konkrete Vorgabe kommt für das BVerfG ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familiennachzug vor allem dann in Betracht, wenn der Zusammenführende seinen Lebensmittelpunkt auf Dauer im Inland hat oder ein Anspruch auf Einräumung eines Daueraufenthaltsrechts besteht⁴⁹ oder wenn ein Familienmitglied auf die Lebenshilfe des anderen angewiesen ist und diese Hilfe sich nur im Bundesgebiet erbringen lässt.⁵⁰ Eine dreijährige Ehebestandszeit als Nachzugsvoraussetzung wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht,⁵¹ ebenso wenig eine Kontingentierung.⁵² In jüngerer Zeit hat das BVerfG ferner betont, dass je nach Umständen des Einzelfalls das Kindeswohl und der Schutz der Eltern-Kind-Beziehung nach aufenthaltsrechtlicher Absicherung des elterlichen Umgangsrechts verlangen.⁵³

3. Relevanz der Vorgaben für Programme zirkulärer Migration

Welche Ergebnisse sind zu erwarten, wenn diese völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben auf PZMs angewendet werden?

(1) Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die sozialen Bindungen, die im Zuge von PZMs am temporären Aufenthaltsort entstehen, in aller Regel nicht die gleiche Intensität haben werden wie in den Fällen, die die Rechtsprechung des EMGR zu den aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkungen des Rechts auf Privatleben ursprünglich motiviert haben. In den kritischen Fällen ging es um „faktische Inländer“, oftmals Migranten der zweiten Generation, die den größten Teil ihres Lebens im Inland verbracht haben. Zugleich aber standen dort bei der Abwägung, ob diese Personen noch in ihren Passstaat ausgewiesen werden durften, häufig schwerste kriminelle Verfehlungen im Raum.

Im Zusammenhang mit PZMs kommt eine andere Konstellation in den Blick, nämlich das Bleibeinteresse von Migranten, die sich nach einem beanstandungsfreien Aufenthalt mit einem befristeten Titel um eine Verlängerungs- und Verfestigungsoption bemühen. Bei der gebotenen Suche nach einer „fair balance“ liegen also auf beiden Seiten geringere Gewichte auf der Waage: Einerseits werden im Anschluss an einen temporären Aufenthalt weniger

⁴⁸ BVerfGE 76, 1, 47 u. 52 f. – Familiennachzug I; E 80, 81, 94 – Familiennachzug II.

⁴⁹ BVerfGE 76, 1, 55 – Familiennachzug I.

⁵⁰ BVerfGE 80, 81, 95 – Familiennachzug II.

⁵¹ BVerfGE 76, 1, 58 ff. – Familiennachzug I.

⁵² BVerfGE 76, 1, 65 f. – Familiennachzug I.

⁵³ BVerfGK 7, 49; BVerfG (K), 1.12.2008, 2 BvR 1830/08.

intensive Bindungen für ein Bleiberecht streiten, andererseits stehen auf der Seite der öffentlichen Interessen, die auf eine Ausreise drängen, lediglich allgemeine einwanderungs- und entwicklungspolitische Überlegungen. Dies sind zwar legitime Ziele im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK, sie überwiegen aber nicht automatisch und in jedem einzelnen Fall die soziale Bindungen, die auch bei kürzeren Aufenthalten entstehen können.

Zu bedenken ist auch, dass eine gelingende wirtschaftliche, soziale und sprachlich-kulturelle Integration in die inländischen Lebensverhältnisse nicht zwingend eine kontinuierliche Präsenz erfordert. Gerade das Element der Zirkularität von PZMs, also die Chance zu wiederholten temporären Aufenthalten, könnte zur Ausbildung von sozialen Bindungen führen, die sich in der Dauer des (letzten) Aufenthalts nur unzureichend ausdrückt. In solchen Fällen von faktisch-zirkulärer Migration führen transnationale Mobilität und die mit ihr einhergehenden Unterbrechungen des Aufenthalts zwar möglicherweise nicht zu „Entwurzelung“ im Herkunftsland, gleichwohl aber zur „Verwurzelung“ im Zielland.⁵⁴

Beispiel 1: Eine Person, die über Jahre hinweg regelmäßig in einem bestimmten Haushalt in der häuslichen Pflege eines Hilfebedürftigen tätig gewesen ist, stets aber nur einen befristeten Aufenthaltstitel mit einer Gültigkeitsdauer von sechs Monaten pro Jahr besessen hat, kann sich möglicherweise trotz fortbestehender Bindungen im Herkunftsland auf die Schutzwürdigkeit der sozialen Bindungen am Aufenthaltsort berufen, um ein gesichertes Aufenthaltsrecht zu erreichen.

Im Ergebnis wird ein grund- bzw. menschenrechtlicher Anspruch auf Verlängerung des Aufenthalts unter dem Gesichtspunkt der „Verwurzelung“ zwar keine regelmäßig auftretende Begleiterscheinung eines PZMs sein, ist aber in bestimmten Konstellationen gleichwohl denkbar. Geboten ist also eine Einzelfallbetrachtung.⁵⁵

(2) Für den Familiennachzug (bzw. -mitzug) zu einem Migrant, der an einem PZM teilnimmt, bestehen nur schwache völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass das Rechtsregime der Familienzusammenführung maßgeblich auf den Aufenthaltsstatus der Bezugsperson abstellt, zu der der Nachzug stattfindet. Insofern besteht also eine positive Korrelation mit der Dauer des temporären Aufenthalts: Je mehr sich dessen aufenthaltsrechtliche Position im Zuge seines Aufenthalts verfestigt, desto stärker drängen grund- und menschenrechtliche Vorgaben auf eine Gewährung von Familienzusammenführung. Im Ergebnis kann die Familienzusammenführung im Rahmen eines PZM zwar nicht vollständig ausgeschlossen, aber doch weitgehend beschränkt werden.⁵⁶

Von größerer praktischer Bedeutung dürfte der Umstand sein, dass bei einem Aufenthalt aufgrund eines PZM *neue* familiäre Bindungen entstehen können. Sie können einen Rechtsgrund für die Erteilung eines verfestigungsfähigen Aufenthaltstitels stiften. Zwar ist das Aufenthaltsrecht eines Familienangehörigen grundsätzlich abhängig vom Fortbestand der fami-

⁵⁴ Siehe *Farahat*, *The Exclusiveness of Inclusion*, EJML 11 (2009), S. 254–262.

⁵⁵ Ebenso *Follmar-Otto*, *Temporäre Arbeitsmigration in die Europäische Union*, 2007, S. 12.

⁵⁶ Ebd., S. 10 f.

liären Beziehung zu der Bezugsperson und von deren Aufenthaltsstatus. Allerdings lockert sich die Akzessorietät schrittweise, sodass ein eigenständiges, verfestigungsfähiges Aufenthaltsrecht erworben wird. Damit könnte sich das Entstehen von neuen ehelichen und familiären Gemeinschaften am temporären Aufenthaltsort zur wichtigsten Passage aus einem PZM zur dauerhaften Einwanderung erweisen. Die genauen Voraussetzungen hängen von der gesetzlichen Ausgestaltung ab, auf deren europarechtlichen Aspekte im Folgenden eingegangen wird.

III. Die einschlägigen Regelungen in Richtlinien der EU

Ergänzend zu den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben sind die einschlägigen europarechtlichen Regelungen in Gestalt von Richtlinien in den Blick zu nehmen. Deren Beachtung durch die nationalen Instanzen ist rechtlich zwingend; im Konfliktfall können die Verwaltungsgerichte angerufen werden, die diesen Regelungen Vorrang vor restriktiveren Bestimmungen des nationalen Rechts geben müssen.

1. Richtlinie 2003/86 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung

Der Gegenstand der Richtlinie 2003/86 ist die gesetzliche Regelung des Familiennachzugs zu Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat der EU aufhalten.⁵⁷ Nach der Rechtsprechung der EuGH besteht der übergreifende Zweck der Richtlinie in der Begünstigung der Familienzusammenführung.⁵⁸ Hierzu geht die Richtlinie über den völkerrechtlichen Standard, wie er sich aus der Rechtsprechung des EGMR ergibt, hinaus und begründet für die Angehörigen der Kernfamilie einen individuellen Rechtsanspruch auf Genehmigung der Familienzusammenführung.⁵⁹ Von der Richtlinie zugelassene Ausnahmen sind grundrechtskonform und mit Blick auf den Zweck der Richtlinie eng auszulegen.⁶⁰

Es daher von großer praktischer Bedeutung zu klären, ob die Richtlinie 2003/86 auf Personen, sich an PZM teilnehmen, angewendet werden kann. Es sind, wie oben angedeutet, zwei Konstellationen zu unterscheiden: erstens die Anwendung der Richtlinie 2003/86 auf Aufenthaltsbegehren *von* Personen, die sich im Rahmen von PZMs in Deutschland aufhalten bzw. aufgehalten haben, zweitens ihre die Anwendung auf Nachzugsbegehren *zu* Personen, die sich im Rahmen von PZMs in Deutschland aufhalten.

(1) Die erste Konstellation impliziert einen Wechsel des Aufenthaltszwecks, der mit einem Wechsel vom Rechtsregime für Erwerbsmigration in das Regime für Familienmigration ver-

⁵⁷ Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark sind durch die RL 2003/86 nicht gebunden; das gleiche gilt für die unter 2. diskutierte Daueraufenthalts-RL 2003/109.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-578/08, Chakroun, Slg. 2010, I-0000, Rn. 43.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-540/03, Parlament/Rat, Slg. 2006, I-5769, Rn. 60.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-578/08, Chakroun, Slg. 2010, I-0000, Rn. 43; Rs. C-540/03, Parlament/Rat, Slg. 2006, I-5769, Rn. 70, 88, 100.

bunden ist. Dort ist weiter zu differenzieren, da die anwendbaren Regeln maßgeblich von der Rechtsstellung des Zusammenführenden abhängen: Familienzusammenführung mit im Inland ansässigen Unionsbürgern und Deutschen fällt nicht unter die Richtlinie 2003/86; für erstere gelten günstigere, für letztere kraft nationalen Rechts im Wesentlichen die gleichen Voraussetzungen wie nach der Richtlinie 2003/86. Die Regeln dieser Richtlinie gelten für den Nachzug zu im Inland ansässigen Drittstaatsangehörigen.

Ein (früherer) Migrant aus einem Drittstaat, der an einem PZM teilnimmt oder teilgenommen hat, kann demnach ohne Weiteres unter die Richtlinie fallen, wenn er die Zusammenführung mit einem im Inland ansässigen Drittstaatsangehörigen begehrt: Keine Bestimmung der Richtlinie sieht vor, dass solche Personen davon ausgeschlossen sind, einen Antrag auf Familienzusammenführung zu stellen. Eine entsprechende Ausschluss-Klausel in einem PZM wäre also richtlinienwidrig und damit unanwendbar. Zulässig ist es nach der Richtlinie lediglich, eine formale Trennungslinie zwischen dem erwerbsbezogenen Aufenthalt im Rahmen eines PZM und einem Aufenthalt aus familiären Gründen zu ziehen: Nach Art. 5 Abs. 3 RL 2003/86 kann der Mitgliedstaat verlangen, dass der Betreffende ausreist und seinen Antrag auf Familienzusammenführung vom Ausland aus stellt.⁶¹ Sofern die Voraussetzungen für ein Recht auf Familienzusammenführung nach der Richtlinie vorliegen, bedingt dies jedoch nur eine Verzögerung, keine nachhaltige Unterbindung des Aufenthalts.

Beispiel 2: Ein Erntehelfer, die sich im Rahmen eines PZM in Deutschland aufgehalten hat, bekommt gemeinsam mit einer in Deutschland lebenden EU-Bürgerin ein Kind. Als sorgeberechtigter Vater besitzt er nach der Unionsbürger-RL 2004/38/EG ein Aufenthaltsrecht, da diese Richtlinie einen Anspruch auf Familienzusammenführung auch in aufsteigender Generationenfolge vorsieht.

Beispiel 3: Ein Betriebspraktikant, der sich im Rahmen eines PZM in Deutschland aufhält, heiratet eine in Deutschland mit einem gesicherten Aufenthaltsrecht lebenden Drittstaatsangehörige. Vorausgesetzt, er hat bei seinem Aufenthalt einfache Deutschkenntnisse erworben und erfüllt die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen (Krankenversicherung, ausreichendes Einkommen), hat er nach der Richtlinie 2003/86 einen Anspruch auf Aufenthalt.

Im Ergebnis besteht also zwischen den temporären Aufenthalten im Zuge eines PZM und der Chance auf den Erhalt eines verfestigungsfähigen Aufenthaltstitels nach dem Rechtsregime für Familienmigration kein rechtlicher, sondern ein faktischer Zusammenhang. Es steigt die Wahrscheinlichkeit, dass familiäre Bindungen entstehen, die die Voraussetzungen für einen Rechtsanspruch auf Zusammenleben mit dem oder den Familienangehörigen in Deutschland begründen.

(2) Anders stellt sich die Situation bei der Anwendung der Richtlinie 2003/86 auf den Nachzug *zu* Personen, die sich im Rahmen von PZM in einem EU-Mitgliedstaat aufhalten. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/86 definiert die Anforderungen an den „Zusammenführenden“, also den Drittstaatsangehörigen, der als Bezugsperson für den Familiennachzug fungieren

⁶¹ Siehe § 5 Abs. 2 AufenthG.

kann. Ob ein Drittstaatsangehöriger ein Recht auf Nachzug seiner (Kern-)Familie geltend machen kann, hängt maßgeblich von seinem *eigenen* aufenthaltsrechtlichen Status ab. Die Richtlinie verlangt insofern, dass „der Zusammenführende im Besitz eines von einem Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitels mit mindestens einjähriger Gültigkeit ist [und] begründete Aussicht darauf hat, ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zu erwerben“.

Im Fall von Personen, die sich im Rahmen eines PZM in Deutschland bzw. der EU aufhalten, dürfte es regelmäßig an der zweiten Voraussetzung fehlen, einer begründeten Aussicht auf Daueraufenthalt. Die zitierte Bestimmung lässt zwar gewisse Interpretationsspielräume, unter welchen Umständen eine „begründete Aussicht“ anzunehmen ist. Auf die Beantwortung dieser Auslegungsfrage kommt es im gegebenen Zusammenhang aber nicht an: Befristete Aufenthaltstitel, die im Rahmen eines PZM erteilt wurden, zeichnen sich definitionsgemäß dadurch aus, dass sie dem Betreffenden *keine* Aussicht auf ein Daueraufenthaltsrecht einräumen.

Damit wird die Familienzusammenführungs-RL 2003/86 in aller Regel keine Anwendung bei PZMs finden, sodass der in ihr eingeräumte Rechtsanspruch auf Zusammenführung für die teilnehmenden Migranten nicht entsteht. Es bleibt damit bei dem Abwägungsermessen, das den EU-Mitgliedstaaten als Vertragsparteien der Europäischen Menschenrechtskonvention (und, soweit im konkreten Fall einschlägig, der UN-Kinderrechtskonvention) eingeräumt ist, wenn sie unter Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben über ein Begehren auf Familienzusammenführung entscheiden.

2. Richtlinie 2003/109 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen

Die Richtlinie 2003/109 regelt, unter welchen Voraussetzungen Drittstaatsangehörige Personen, die sich für eine längere Zeit legal in der EU aufhalten, einen gesichertes Aufenthaltsrecht erwerben können. Mit dieser Richtlinie ist ein supranationaler Daueraufenthaltsstatus geschaffen worden, der neben die entsprechenden nationalen Titel tritt.⁶² Drei Voraussetzungen sind nach Art. 4 und 5 der Richtlinie für den Erwerb des Status zwingend: ein fünfjähriger rechtmäßiger Voraufenthalt,⁶³ die Sicherung des Lebensunterhalts durch „feste und regelmäßige Einkünfte“ sowie eine ausreichende Krankenversicherung.⁶⁴ Die Mitgliedstaaten können weitere „Integrationsanforderungen“ aufstellen, was beispielsweise Sprachtests er-

⁶² Hauschild, Neues europäisches Einwanderungsrecht, ZAR 2003, S. 350, 351.

⁶³ Art. 4 Abs. 1 RL 2003/109/EG, § 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG; der Umsetzungsgesetzgeber stellt auf den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ab, mit Modalitäten zur Anrechnung von Aufenthaltszeiten in § 9b AufenthG.

⁶⁴ Art. 5 Abs. 1 RL 2003/109/EG, § 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG, konkretisiert in § 9c AufenthG.

möglich (Art. 5 Abs. 2 RL 2003/109).⁶⁵ Hinzu kommt als formelle Voraussetzung ein Antrags-erfordernis.⁶⁶

Die Daueraufenthalts-RL 2003/109 kann als eine legislative Konkretisierung des Verfestigungsprinzips verstanden werden. Sie erfasst typisierend bestimmte Personen, die nach den Kriterien des Art. 8 EMRK einen starken konventionsrechtlichen Ausweisungsschutz genießen, und bietet ihnen zusätzlich einen an ihren Aufenthaltsstatus koppelten unionsrechtlichen Ausweisungsschutz an. Die Regelung ist aber insofern „überinklusiv“, als auch Personen einen Anspruch auf den Status haben können, deren Aufenthalt allein unter dem Gesichtspunkt des menschenrechtlichen Schutzes von sozialen Bindungen am Aufenthaltsort noch keine Sicherung ihres Aufenthalts erhoffen dürften. Hinsichtlich des Schutzniveaus hat sich der Rat teilweise an den Vorgaben des EGMR, teilweise an den strengeren Vorgaben für die Ausweisung von Unionsbürgern orientiert, insbesondere beim Ausschluss generalpräventiver Ausweisungsgründe (Art. 12 RL 2003/109).⁶⁷

Können davon Personen profitieren, die sich im Rahmen eines PZM im Inland aufhalten? Maßgeblich ist die Festlegung ihres Anwendungsbereichs, den die Richtlinie in Art. 3 vornimmt. Nach Art. 3 Abs. 2 lit. e RL 2003/109 findet die Richtlinie u.a. keine Anwendung auf „Drittstaatsangehörigen ... die sich vorübergehend aufhalten oder deren Aufenthaltsgenehmigung förmlich begrenzt wurde“. Der Text der Richtlinie erläutert die erste dieser beiden alternativen Ausschlussgründe durch einige Beispiele: „wie etwa als Au-pair oder Saisonarbeitnehmer, als von einem Dienstleistungserbringer im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen entsendete Arbeitnehmer oder als Erbringer grenzüberschreitender Dienstleistungen“.

Nicht unter die Richtlinie fallen damit zum einen solche Aufenthalte, die ihrer Natur nach vorübergehend sind (wie Au-Pair, Saisonarbeit oder zur kurzfristigen Erbringung von Dienstleistungen). Ob die von einem PZM erfassten Arbeitsaufenthalte teilweise in diese Kategorie fallen, hängt von der Ausgestaltung des konkreten Programms ab. Für die Zwecke dieses Gutachtens wurde ein PZM so definiert, dass darunter auch und gerade Arbeitsaufenthalte fallen, die nicht bereits ihrer Natur nach vorübergehend sind, sondern deren temporärer Charakter hoheitlich angeordnet werden muss. Viele Aufenthaltstitel, die im Rahmen eines PZM erteilt werden, werden deshalb nicht unter die Ausnahme der ersten Alternative des Art. 3 Abs. 2 lit. e RL 2003/109 fallen.

Kritisch für die europarechtlichen Grenzen der Möglichkeit, im Rahmen eines PZM das Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts nach der RL 2003/109 zu verhindern, ist die zweite Al-

⁶⁵ Zum politischen Kompromiss im Rat zwischen Vertretern unterschiedlicher Integrationskonzepte K. Groenendijk, *Rechtliche Konzepte der Integration im EG-Migrationsrecht*, ZAR 2004, S. 123 ff.

⁶⁶ Art. 7 Abs. 1 RL 2003/109/EG, § 81 Abs. 1 AufenthG.

⁶⁷ Groenendijk, *The Long-Term Residence Directive, Denizenship and Integration*, in: A. Baldaccini u.a. (Hrsg.), *Whose Freedom, Security and Justice?*, 2007, S. 429, 437; Marx, *Aktuelle Entwicklungen im gemeinschaftsrechtlichen Ausweisungsschutz*, ZAR 2007, S. 142, 148 f.

ternative des Art. 3 Abs. 3 lit. e RL 2003/109 („deren Aufenthaltsgenehmigung förmlich begrenzt wurde“, engl. „in cases where their residence permit has been formally limited“). Diese Formulierung des Richtliniengebers hat bei Kommentatoren aus anderen Mitgliedstaaten Unverständnis hervorgerufen, weil man nicht einzusehen vermocht hat, wie der Richtlinie überhaupt ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleiben soll, wenn alle „förmlich begrenzt[en]“ Aufenthalte ausgeschlossen sind.⁶⁸ Nach Sinn und Zweck der Regelung kann gefolgert werden, dass „förmlich begrenzt“ jedenfalls nicht alle befristeten Aufenthaltstitel sind, denn die Richtlinie dient ja gerade der Festlegung der Voraussetzungen, unter denen ein befristeter in einen dauerhaften Aufenthalt umgewandelt werden kann.

Die Irritation der Kommentatoren löst sich auf, wenn man mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Richtlinie berücksichtigt, dass hier ein spezifisches Rechtsinstitut (zumindest auch) des deutschen Aufenthaltsrechts in die Richtlinie aufgenommen worden ist, nämlich der ausdrücklich angeordnete Ausschluss der Möglichkeit, einen befristeten Aufenthaltstitel zu *verlängern*. Diese Möglichkeit, einen befristeten Aufenthaltstitel mit einer solchen Nebenbestimmung zu versehen, ist in § 8 Abs. 2 AufenthG vorgesehen. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der Richtliniengeber weiter reichende Möglichkeiten des Ausschluss vom Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts ermöglicht als der deutsche Gesetzgeber: Der Gesetzgeber des Aufenthaltsgesetzes hat die beiden alternativen Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 lit. e RL 2003/109 kumulativ miteinander verbunden. Die Verlängerung eines Aufenthaltstitel trotz Vorliegens der Erteilungsvoraussetzungen ist nach § 8 Abs. 2 AufenthG in der Regeln dann ausgeschlossen, wenn es sich um einen „seiner Zweckbestimmung nach nur vorübergehenden Aufenthalt“ handelt *und* die zuständige Behörde bei der ursprünglichen Erteilung oder bei der zuletzt erteilten Verlängerung eine (erneute) Verlängerung förmlich ausgeschlossen hat.

Wir wissen nicht, wie der EuGH diese Bestimmung auslegen wird und ob diese Auslegung die Erwartungen der deutschen Verhandlungsdelegation erfüllen wird, dass mit der zweiten Alternative des Art. 3 Abs. 2 lit. e RL 2003/109 das deutsche Rechtsinstitut des förmlichen Ausschluss der Verlängerbarkeit eines befristeten Aufenthaltstitel europarechtlich sanktioniert wurde. Jedenfalls bestehen rechtliche Unsicherheiten, unter welchen Umständen eine Person, die sich seit fünf Jahren ununterbrochen rechtmäßig im Inland aufgehalten hat, unter Verweis auf eine frühere förmliche Anordnung der Behörde gleichwohl der Zugang zum Status des Daueraufenthaltsberechtigten nach der Richtlinie versagt werden kann. Zu erwarten ist, dass der EuGH in Übereinstimmung mit dem Zweck der Richtlinie, die Integration von Drittstaatsangehörigen zu fördern, die in den Mitgliedstaaten langfristig ansässig sind (Erwägungsgrund Nr. 4 der RL 2003/109), die Möglichkeit eines administrativ angeordneten Ausschlusses vom Recht auf Daueraufenthalt eng auslegen wird.⁶⁹

⁶⁸ Siehe z.B. *Halleskov*, The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near Equality?, EJML 7 (2005), S. 184 f.

⁶⁹ Ähnlich *St. Peers*, Implementing Equality? The Directive on Long-term Resident Third-Country Nationals, ELRev. 29 (2004), S. 443; vgl. EuGH, Rs. C-578/08, Chakroun, Slg. 2010, I-0000, Rn. 43.

Sollte es also im Zusammenhang mit einem PZM zu einem ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt kommen, steht die Möglichkeit eines Daueraufenthaltsrecht nach der RL 2003/109 im Raum, die von den Mitgliedstaaten nur in eingeschränktem Umfang ausgeschlossen werden kann. Die Schwelle von fünf Jahren markiert damit eine Obergrenze, bei deren Erreichen im Regelfall von einer ursprünglich befristeten auf einen dauerhaften Aufenthalt umgestellt werden muss.

IV. Schlussfolgerungen für die mögliche Dauer der Aufenthalte

Zu überlegen ist, welche Schlussfolgerungen sich aus dem Bisherigen für die mögliche Dauer der Aufenthaltszeiten im Rahmen von PZMs ergeben.

Aus juristischer Sicht lassen sich gewiss keine Antworten auf die Frage nach einer „optimalen“ Aufenthaltsdauer bei PZMs gegeben; dies ist mit Blick auf die gewünschten ökonomischen und sonstigen Effekte politisch zu entscheiden. Ebenso wenig allerdings lässt sich eine fixe Schwelle benennen, ab der ein einmal begründeter Aufenthalt unter dem Gesichtspunkt möglicher Verfestigungswirkungen „kritisch“ wird. Als Obergrenze kann man allerdings eine Aufenthaltsdauer von *fünf Jahren* angeben, da dies die Schwelle für den Erwerb der Rechtsstellung nach der Daueraufenthalts-RL 2003/109 ist.

Was die grund- und menschenrechtlichen Vorgaben angeht, ändert sich das anwendbare Rechtsregime nicht schematisch mit der Dauer des Aufenthalts. Dieser ist nach der Rechtsprechung ein relevantes Abwägungskriterium neben weiteren Kriterien (wie die sprachliche und berufliche Integration des Betroffenen, etwaige kriminelle Vorbelastungen, die Intensität der fortbestehenden Bindungen im Herkunftsland sowie die Auswirkungen einer Rückführung auf die schutzwürdigen Interessen Dritter, insbesondere naher Familienangehöriger). Allerdings kann man allgemein sagen, dass das grund- und menschenrechtliche Konfliktpotenzial von PZMs bzw. ihres auf temporäre Aufenthalte angelegten Charakters *ceteris paribus* mit zunehmender Aufenthaltsdauer anwächst.

Im Vorgriff auf weiter unten zu diskutierende Fragen sei hier aber bereits angemerkt, dass sich für die möglichen Konflikte mit dem Welthandelsrecht ein umgekehrter Zusammenhang zeigt: Je länger die zugelassenen Aufenthalte, desto geringer ist das Konfliktpotenzial mit dem GATS und desto eher fällt ein Abkommen über ein PZM kompetenzrechtlich nicht in die handelsrechtliche Zuständigkeit der EU. Auch hier bestehen keine abstrakten Schwellenwerte. Als Faustregel könnte man sich hier an den Statistikregeln des IWF über die Zuordnung der von Migranten erwirtschafteten Einkommen zum Bruttoinlandsprodukt orientieren und eine Mindestaufenthaltsdauer von *einem Jahr* vorsehen. Rechtlich zwingend ist das nicht.

Im Übrigen ist der Zusammenhang zwischen Aufenthaltsdauer und Verfestigung weniger unmittelbar-rechtlich als mittelbar-faktisch, da die anwendbaren Rechtsregeln Tatbestandsmerkmale enthalten, deren Eintritt im konkreten Fall umso wahrscheinlicher wird, je länger der Aufenthalt andauert und je öfter sich der befristete Aufenthalt wiederholt. Praxisrelevant dürfte vor allem das spontane Entstehen von aufenthaltsrechtlich relevanten familiären

Beziehungen im Inland sein, die Möglichkeiten für einen Statuswechsel von der temporären Arbeits- zur permanenten Familienmigration eröffnen.

Es steht also unabhängig von der Dauer der zugelassenen Aufenthalte fest, dass nicht *alle* Migranten, die an einem PZM teilnehmen, am Ende dauerhaft in ihr Herkunftsland zurückkehren werden. Es wäre daher zu überlegen, ob man nicht die befristeten Aufenthalte im Rahmen eines PZM unter nachvollziehbaren Voraussetzungen mit Möglichkeiten für eine Verfestigung des Aufenthalts verbindet.⁷⁰ Die Aussicht auf den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts könnte sogar als Anreiz für die zwischenzeitliche Rückkehr, also ein Element der Zirkularität, genutzt werden. Jedenfalls sollte es nicht als Scheitern des Konzepts zirkulärer Migration definiert werden, wenn sich bei einem *kleineren Teil* der Migranten die ursprüngliche Rückkehrerwartung nicht durchsetzen lässt, weil dies mit den menschenrechtlichen Schutz für die spontan entstehenden sozialen und familiären Bindungen, die mit Migrationsprozessen einhergehen, nicht in Übereinstimmung zu bringen wäre.

V. Ergebnis

- 1) Sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) erkennen die migrationspolitischen Gestaltungsspielräume der demokratischen Gesetzgeber an, formulieren aber zugleich menschen- bzw. grundrechtliche Vorgaben für deren Ausübung.
- 2) Inhaltlich stimmen diese völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben im Wesentlichen überein. Für die Ausgestaltung von PZMs relevant sind vor allem die aufenthaltsrechtlichen Wirkungen des Schutzes für Ehe und Familie sowie die Schutzwürdigkeit der Netzes der sozialen Beziehungen am Aufenthaltsort, die als Teil des Privatlebens nach Art. 8 EMRK anerkannt sind.
- 3) Diese Vorgaben führen nur in bestimmten (Ausnahme-)Konstellationen unmittelbar zu einem Rechtsanspruch auf Aufenthaltsgewährung. Vielmehr verstehen EGMR und BVerfG sie in erster Linie als Berücksichtigungsgebote, die bei der legislativen Gestaltung des Migrationsrechts und bei seiner Anwendung im Einzelfall zu beachten sind.
- 4) Diese völker- und verfassungsrechtlich fundierten Berücksichtigungsgebote implizieren, dass es keinen schematischen Ausschluss vom Familiennachzug und keinen Rückkehrautomatismus geben darf. Geboten ist vielmehr die Schaffung von Verfahren, in denen die möglicherweise atypischen Umstände des Einzelfalls geltend gemacht und im Rahmen eines Abwägungsprozesses („fair balance“) gewürdigt werden können.
- 5) Die Dauer des Voraufenthalts ist ein relevantes Abwägungskriterium neben weiteren. Abstrakte Schwellenwerte lassen sich der Rechtsprechung nicht entnehmen, vielmehr besteht eine gleitende Je-desto-Relation zwischen der (kumulierten) Dauer des Aufenthalts und dem

⁷⁰ Ruhs, *The Potential of Temporary Migration Programmes*, 2005, S. 17–19, 23; *Angenendt, Circular Migration: A Sustainable Concept for Migration Policy?*, 2007, S. 4.

rechtlichen Schutz des Bleibeinteresses. Als legislativ gesetzte Obergrenze sind Voraufenthalte von fünf Jahren anzusehen (vgl. die Regelung der EU-Daueraufenthalts-Richtlinie 2003/109).

6) In Rahmen der gebotenen Abwägung kann auch der Umstand gewürdigt werden, dass sich die sozialen Bindungen im Zuge eines Aufenthalts entwickelt haben, der ursprünglich einen temporären Charakter haben sollte. Die Berufung auf mittlerweile entstandene soziale Bindungen am Aufenthaltsort („Verwurzelung“) kann aber nicht generell abgeschnitten werden, denn geschützt sind die objektiven sozialen Bindungen, nicht ein subjektives Vertrauen auf den Fortbestand des Aufenthalts, dessen Entstehen sich der Staat kraft früheren Verhaltens zurechnen lassen muss. Dies kann besonders dann relevant werden, wenn das Element der Zirkularität dazu führt, dass eine Person sich zum wiederholten Male mit einem befristeten Aufenthaltstitel ohne Verfestigungsperspektive im Inland aufhält.

7) Besonderes starkes Gewicht kommt dem privaten Interesse an der Fortsetzung des Aufenthalts in Konstellationen zu, in denen familiäre Beziehungen zu einer Person bestehen, die im Inland ein gesichertes Aufenthaltsrecht besitzt, sodass sie als Bezugsperson für ein Bleiberecht aus familiären Gründen fungieren kann. Am stärksten ausgebildet ist dieses Recht, wenn die Bezugsperson ein EU-Ausländer ist, nur etwas schwächer ist die Rechtsposition, wenn es sich bei der Bezugsperson um einen Deutschen oder einen Drittstaatsangehörigen handelt.

8) Aus den genannten verfassungs- und völkerrechtlichen Gründen kann ein Begehren auf Familienzusammenführung mit Personen, die sich im Rahmen eines PZM aufhalten, nicht vollständig ausgeschlossen werden. Gleichwohl sind die Vorgaben für den Familiennachzug zu Personen, die nur ein befristetes Aufenthaltsrecht ohne Verfestigungsperspektive besitzen, vergleichsweise schwach. Auch die Regelungen der Familienzusammenführungs-Richtlinie 2003/86 greifen normalerweise nicht ein.

9) In der Gesamtbetrachtung kann der temporäre Charakter der legalen Aufenthalte im Rahmen eines PZM rechtlich durchgesetzt werden, wenn der politische Wille besteht, dieses Ziel konsequent zu verfolgen. Befürchtungen eines determinierten Scheiterns des Konzepts zirkulärer Migration aufgrund von individuellen, gerichtlich durchsetzbaren Rechten erweisen sich als überzogen. Für einen kleineren Teil der im Rahmen von PZMs zugelassenen Migranten würden allerdings – aufgrund der grund- und menschenrechtlichen Vorgaben sowie der gesetzlichen Regelungen auf EU-Ebene – Daueraufenthaltsrechte entstehen, die der politischen Gestaltung, jedenfalls auf nationaler Ebene, entzogen sind.

B. Konflikte mit Grundentscheidungen des Aufenthaltsgesetzes

I. Problemaufriss

In diesen Abschnitt wird die Frage diskutiert, wie sich PZMs in die Systematik des geltenden Aufenthaltsrechts, dessen Grundstrukturen auf die zum 1.1.2005 in Kraft getretene Reform durch das Zuwanderungsgesetz von 2004 zurückgehen, einfügen würden. In den Blick gerät dabei die Grundentscheidung des damaligen Gesetzgebers, Integrationserwartungen an Zuwanderer mit der Eröffnung von Einwanderungschancen zu verknüpfen. Dies wirft die Fragen nach einer hinreichenden parlamentarischen Legitimation auf, wenn diese Grundentscheidung im Bereich der Arbeitsmigration ganz oder teilweise revidiert werden soll.

II. Einordnung in die Systematik des Aufenthaltsgesetzes

Zunächst soll eine Einordnung von PZMs in die Systematik der Aufenthaltszwecke nach dem AufenthG erfolgen und die bisherige Regelungstechnik für Erwerbsaufenthalte aufgezeigt werden.

(1) Bei der Genehmigung eines temporären Aufenthalts im Rahmen eines bilateral vereinbarten PZM handelt es sich nach der Systematik des Aufenthaltsgesetzes um einen „Aufenthalt zum Zwecke der Erwerbstätigkeit“ nach dem Abschnitt 4 des Kapitels 2 des AufenthG (§§ 18–21).

Nach §§ 18 Abs. 2, 39 Abs. 2 AufenthG kann ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn die Agentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder in einer Rechtsnorm bestimmt ist, dass eine Zustimmung der BA nicht erforderlich ist. Bevor die Bundesagentur für Arbeit der Ausländerbeschäftigung zustimmt, prüft sie, ob sich nachteilige Auswirkungen auf den deutschen Arbeitsmarkt ergeben und ob vorrangig zu beschäftigende inländische Arbeitnehmer zur Verfügung stehen. Für welche Berufsgruppen und Qualifikationsniveaus eine Zustimmung der Arbeitsverwaltung erforderlich ist und ob sie erteilt werden darf, wird durch Rechtsverordnungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales oder in zwischenstaatlichen Vereinbarungen festgelegt. Teilweise wird in der entsprechenden Rechtsverordnung (der Beschäftigungsverordnung, BeschVO) die Zustimmung zu einem Aufenthaltstitel vom Bestehen einer zwischenstaatlichen Absprache der Arbeitsverwaltungen abhängig gemacht.

Der materielle Teil des Rechtsregimes der Arbeitsmigration nach Deutschland ist damit durch den Ordnungsgeber niedergelegt, der die zustimmungsfreien und die zustimmungsfähigen Tätigkeiten festlegt und die weitere Konkretisierung der Arbeitsverwaltung überlässt. Ordnungsgeber und Verwaltung entscheiden somit in einem dreistufigen System über die Zulassung zur Ausländerbeschäftigung: Auf der ersten Stufe erfolgt durch Rechtsverordnung oder zwischenstaatliche Vereinbarung eine Arbeitsmarktöffnung für bestimmte Berufsgruppen oder Qualifikationsniveaus, sodann prüft die Arbeitsverwaltung die

Aufnahme der Beschäftigung im Einzelfall und erteilt ihre Zustimmung, drittens prüft die Ausländerbehörde bzw. die Auslandsvertretung, ob die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen, insbesondere die eigenständige Lebensunterhaltssicherung und die Abwesenheit einer nennenswerten kriminellen Vorbelastung, und erteilt abschließend den Aufenthaltstitel.⁷¹ Die Genehmigung der Arbeitsaufnahme kann mit Auflagen versehen werden, insbesondere kann sie auf ein konkretes Arbeitsverhältnis, Betrieb oder Beruf beschränkt werden.

Bei der Entscheidung über die Verlängerung eines befristeten Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung ist grundsätzlich das gleiche Verfahren erneut durchzuführen, wobei eine andere Rechtsverordnung zur Anwendung kommt, die Beschäftigungsverfahrensverordnung (BeschVerfV). Hinsichtlich der genehmigungsfähigen Beschäftigungen verweist die BeschVerfV im Wesentlichen auf die BeschV. Allerdings greifen mit zunehmender Dauer der Zugehörigkeit zum deutschen Arbeitsmarkt bestimmte Erleichterungen. Die zentrale Bestimmung über die arbeitsmarktliche Verfestigung ist § 9 BeschVerfV. In seiner durch das 2. ÄndG 2007 geänderten Fassung wird ein Anspruch auf zeitlich und sachlich unbeschränkte Zustimmung durch die Agentur für Arbeit bei einer zweijährigen Vorbeschäftigungszeit (Nr. 1) bzw. bei einer dreijährigen Aufenthaltszeit (Nr. 2) erworben.

Für bestimmte Tätigkeiten sind jedoch in der BeschV Höchstbeschäftigungszeiten festgelegt, sodass hier eine arbeitsmarktliche Verfestigung, die in einen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang mündet, durch den Ordnungsgeber ausgeschlossen wird. Dies gilt z.B. für Saisonarbeiter (§ 18), Schaustellergehilfen (§ 19), Au pair (§ 20), Haushaltshilfen (§ 21), längerfristige Entsendung (§ 36) und Werkvertragsarbeitnehmer (§ 39).

(2) Es besteht eine Reihe von regelungstechnischen Möglichkeiten, ein PZM in das deutsche System der Steuerung und Verwaltung der Erwerbsmigration einzubauen, ohne die bisherigen Regelungstechnik zu ändern.

In § 18 Abs. 2, 3 und § 39 Abs. 1 AufenthG ist eine Arbeitsmarktöffnung unmittelbar durch zwischenstaatliche Vereinbarung als Option ausdrücklich vorgesehen. In der BeschV entspricht dem ein eigener Abschnitt (§§ 38–41 BeschV), wobei eine Generalklausel über „sonstige zwischenstaatliche Vereinbarungen (§ 41 BeschV) existiert, nach der die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung keiner Zustimmung bedarf oder die Zustimmung jedenfalls erteilt werden kann, wenn und soweit dies in zwischenstaatlichen Verträgen bestimmt ist (Abs. 1 und 2). Verhandlungen mit Drittstaaten können also bereits nach der geltenden Gesetzes- und Verordnungslage jederzeit geführt und rechtswirksam zum Abschluss gebracht werden.⁷²

⁷¹ Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 143.

⁷² Nach inoffiziellen Informationen finden derzeit auf dieser Grundlage Verhandlungen der Bundesregierung mit der Republik Ghana über den Abschluss eines PZM statt.

Im Übrigen könnte der Verordnungsgeber eine Bestimmung in die BeschV einfügen, in der spezielle Vorschriften für Programme zirkulärer Migration niedergelegt sind. Es würde der Regelungstradition entsprechen, für bestimmte Typen von zwischenstaatlichen Vereinbarungen auf dem Feld der Arbeitsmigration eine gesonderte Bestimmung in der BeschV vorzusehen (vgl. § 39 BeschV für Werkvertragsarbeitnehmer und § 40 BeschV für sog. Gastarbeitervereinbarungen, bei denen es um berufliche und sprachliche Fortbildung geht). Dies wäre vor allem dann erforderlich, wenn es sich bei dem bilateralen Programm nicht um eine zwischenstaatliche Vereinbarung im förmlichen Sinne handelt, sondern um ein völkerrechtlich nicht bindendes „Memorandum of Understanding“ oder eine „Joint Declaration“, die zu ihrer Implementierung eine Umsetzung in internes „hartes“ Recht benötigen.

III. Strukturentscheidungen zugunsten von Integrationserwartung und Einwanderungsperspektive

Im nächsten Schritt wird gefragt, wie sich PZMs zu den Strukturentscheidungen des AufenthG verhalten, die Förderung der Integration von Ausländern als hoheitliche Aufgabe zu definieren und zugleich von Zuwandern das Bemühen um ihre Integration zu verlangen. Diese Aufwertung des Integrationsgedankens wird im geltenden Recht stimmig dadurch ergänzt, dass es die Migranten, an die die deutsche Gesellschaft nachdrückliche Integrationserwartungen richtet, als „Einwanderer im Wartestand“ behandelt, indem sie ihnen unabhängig von den Zwecken ihres – regelmäßig zunächst befristeten – Aufenthalts die Chance auf den späteren Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts bietet. Wie passen PZMs in dieses Bild?

(1) Ein zentrales Ordnungsmuster des AufenthG ist die Differenzierung nach aufenthaltsrechtlichen Status, die seriell miteinander verknüpft sind und zu einer schrittweisen Verfestigung des Aufenthalts führt. Darunter versteht man die Verbesserung der aufenthaltsrechtlichen Position eines Ausländers im Zuge seiner zunehmenden Integration im Aufnahme-land.⁷³ Der Statuswechsel setzt normalerweise die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens voraus, das zur Erteilung eines neuen Aufenthaltstitels führt. Dies ist prinzipiell ohne vorherige Ausreise möglich, unabhängig von der Dauer des Voraufenthalts (§ 8 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 39 Nr. 1 AufenthV).

Die Eigenart des im AufenthG realisierten Modells besteht nun darin, dass alle Arten von befristeten Aufenthaltserlaubnissen grundsätzlich verfestigungsfähig sind und über verschiedene statusrechtliche Zwischenstufen zum Erwerb eines Daueraufenthaltsstatus führen können, sie also rechtlich mit einer Einwanderungsperspektive verbunden sind (insb. §§ 9, 9a AufenthG sowie § 26 Abs. 3, 4 AufenthG für humanitäre Aufenthaltzwecke).⁷⁴ Diese

⁷³ Allg. Davy, Integration von Einwanderern, in: dies. (Hrsg.), Die Integration von Einwanderern, 2001, S. 925–930.

⁷⁴ Hailbronner, AuslR (59. Lfg. 2008), § 7 AufenthG, Rn. 14; Marx, in: GK-AufenthG (36. Lfg. 2009), § 9 AufenthG, Rn. 13.

Grundentscheidung des Gesetzgebers erstreckt sich auf alle drei „großen“ Aufenthaltszwecke – Erwerbstätigkeit, Familienzusammenführung, Asyl –, erfasst also neben Familien- und Fluchtmigration auch die Erwerbsmigration.

Dies ist eine weitreichende gesetzgeberische Entscheidung: Obschon der Gedanke der aufenthaltsrechtlichen Verfestigung als solcher verfassungs- und völkerrechtlich validiert ist, ist es eine politische, von höherrangigen Recht nur in Ansätzen vorgeformte Entscheidung des deutschen und des europäischen Gesetzgebers, Verfestigung statusrechtlich abzubilden, indem als Finalität eines Zuwanderungsprozesses ein Daueraufenthaltsrecht in Aussicht steht. Als Faustformel gilt dabei, dass spätestens nach fünf Jahren beanstandungsfreien befristeten Aufenthalt ein Anspruch auf einen unbefristeten Aufenthaltstitel geltend gemacht werden kann, wenn der Antragsteller auf eine gelungene wirtschaftliche und sprachlich-kulturelle Integration verweisen kann.

Komplementär dazu begegnet das AufenthG jedem Migranten, der sich nicht nur vorübergehend im Bundesgebiet aufhält, mit einer Integrationserwartung, ausgedrückt in der Forderung des § 43 Abs. 1 AufenthG nach „Integration in das wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Leben in der Bundesrepublik“ bzw. in § 43 Abs. 2 S. 1 AufenthG nach „Eingliederungsbemühungen“. Sie richtet sich an „auf Dauer“ bzw. „dauerhaft“ im Bundesgebiet lebende Ausländer (§ 43 Abs. 1, § 44 Abs. 1 AufenthG), wobei sich aus der Regelfalldefinition in § 44 Abs. 1 S. 2 AufenthG ergibt, dass damit nicht die aktuellen Inhaber eines Daueraufenthaltsrechts gemeint sind, sondern diejenigen, die die *Aussicht* auf den Erwerb eines solchen besitzen. Die Integrationserwartung des Gesetzgebers konkretisiert sich namentlich in *Integrationsanforderungen* an einen Statuswechsel sowie in der aufenthalts- und sozialrechtlich sanktionierbaren Pflicht zur Teilnahme an *Integrationsfördermaßnahmen*, sofern ein entsprechender Bedarf besteht, wobei sich die (Pflicht-)Angebote des AufenthG in einem subventionierten Sprach- und Orientierungskurs materialisieren (§§ 44, 44a AufenthG).

Der Grundakkord des AufenthG ist also der Zweiklang aus Einwanderungschance und Integrationserwartung, der an die Stelle des umgekehrten Motivs aus der Gastarbeiter-Ära getreten ist: dem Zweiklang aus Einwanderungsblockade und Rückkehrerwartung.

(2) Nun kann man zutreffend darauf verweisen, dass das AufenthG dieses Leitmotiv nicht „rein“ verwirklicht hat, sondern dass Integrationsförderung und Integrationsforderung auch nach dem AufenthG nicht an alle Zuwanderer gleichermaßen gerichtet werden. Sie gelten von vorne herein nur für rechtmäßige Aufenthalte, beinhalten also z.B. keine generelle Verfestigungsperspektive für Geduldete. Auch kann man auf die „verzögerte“ Einwanderungschance für schutzbedürftige Migranten verweisen, die nicht die Voraussetzungen des Flüchtlingsstatus nach der GFK erfüllen (subsidiär Geschützte und andere humanitäre Aufenthalte). Gleichwohl hat sich der deutsche Gesetzgeber auch für diese Personengruppen entschieden, nach acht Jahren den Erwerb eines Daueraufenthaltsrecht im Wege einer Ermessensentscheidung zu ermöglichen. Ganz vereinzelt schließlich kennt auch das AufenthG spezielle Aufenthaltzwecke, bei denen die Verlängerung in der Regel ausgeschlossen ist, namentlich eine Aufenthaltserlaubnis zur Teilnahme an Sprachkursen nach § 16 Abs. 5 AufenthG. Interessan-

terweise konzipiert das AufenthG das Studium an einer deutschen Hochschule nicht (mehr) als vorübergehenden Aufenthalt ohne Einwanderungsperspektive. Vielmehr ist der Zweckwechsel zu einer Erwerbsmigration innerhalb eines Jahres nach Ablauf des Studiums zugelassen (§ 16 Abs. 4 AufenthG) und bildet inzwischen eine wichtige, humankapitalbasierte Säule des deutschen Einwanderungsregimes.⁷⁵

Eine im vorliegenden Zusammenhang besonders interessierende Abweichung von der gesetzlichen Grundentscheidung zugunsten der Perspektive des Daueraufenthalts ist eine in der gerichtlichen Praxis wenig auffällige Bestimmung des AufenthG, die aber im Zusammenhang mit PZMs neue Bedeutung gewinnen könnte. Es handelt sich um die gesetzlich nicht näher spezifizierten Aufenthaltserlaubnisse, die für „einen seiner Zweckbestimmung nach vorübergehenden Aufenthalt“ ausgestellt werden (§ 8 Abs. 2 AufenthG). Die Rechtsfolgen der Qualifizierung eines Aufenthalts als objektiv „vorübergehend“, insbesondere seine regelmäßige Nichtverlängerbarkeit sowie Nachteile beim Familiennachzug (§§ 29 Abs. 5 Nr. 2, § 30 Abs. 1 Nr. 3 lit. d, § 31 Abs. 1 S. 2 AufenthG), treten aber nicht kraft Gesetzes ein. Konstitutiv für die gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen ist vielmehr der förmliche Ausschluss der Verlängerung in Form einer Nebenbestimmung zum Aufenthaltstitel.⁷⁶ Anders als bei der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AuslG 1990 ist keiner der im AufenthG normierten Aufenthaltserlaubnisse generell „seiner Natur nach vorübergehend“, wie es dort hieß. Dies gilt, wie erwähnt, selbst für eine zum Zweck des Studiums erteilte Aufenthaltserlaubnis, einem der früheren Hauptanwendungsfälle der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AuslG 1990. Wegen § 26 Abs. 4 AufenthG wäre es ebenso unzulässig, humanitäre Aufenthaltstitel unter Hinweis auf den erwarteten Wegfall eines Ausreise- oder Abschiebungshindernisses mit einer Nebenbestimmung nach § 8 Abs. 2 AufenthG zu versehen.⁷⁷

Der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 2 AufenthG ist demnach vergleichsweise schmal.⁷⁸ Nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG ist der Verlängerungsausschluss beispielsweise zulässig bei Saisonarbeitnehmern, Werkvertragsarbeitnehmern oder Aufenthaltserlaubnissen auf Grund spezifischer Postgraduiertenprogramme der Entwicklungszusammenarbeit, bei denen sich die Geförderten von vornherein verpflichtet haben, nach Abschluss der Hochschulfortbildung zurückzukehren (VwV AufenthG Nr. 8.2.1.1). Die ersten beiden Beispiele beziehen sich auf die Vorschriften der BeschV, die Höchstbeschäftigungszeiten festlegen

⁷⁵ Kolb, *Verschiedene Einwanderungskonzepte in der deutschen Diskussion*, 2010.

⁷⁶ Kloesel/Christ/Häußer (62. Lfg. 2008), § 8 AufenthG, Rn. 19; Hailbronner, *AuslR* (59. Lfg. 2008), § 8 AufenthG, Rn. 19. Dazu aus unionsrechtlicher Perspektive bereits oben, A. III.2.

⁷⁷ Zurückhaltend Maor, in: Kluth/Hund/Maaßen (2008), § 4 Rn. 38: „meist ... nicht sinnvoll“.

⁷⁸ Eine enge Auslegung ist auch wegen Art. 3 Abs. 2 lit. e, letzte Alt. RL 2003/109/EG geboten, umgesetzt in § 9a Abs. 3 Nr. 5 lit. b AufenthG, da mit einer förmlichen Begrenzung nach § 8 Abs. 2 AufenthG zugleich über den Zugang zu einer unionsrechtlich begründeten Rechtsposition disponiert wird.

(oben, unter II.).⁷⁹ Mit ihrem begrenzten Anwendungsbereich stellen diese Regelungen den Paradigmenwechsel hin zu einem Einwanderungs- und Integrationsrecht auch im Bereich der Arbeitsmigration bislang nicht grundlegend in Frage.⁸⁰ Anders wäre dies freilich, wenn der förmliche Ausschluss der Verlängerbarkeit eines Aufenthaltstitels im Zuge von PZMs nicht mehr eine Randerscheinung des deutschen Aufenthaltsrechts bliebe, sondern Modellcharakter für die Arbeitsmigration bekommen würde.

IV. Rechtliche Konsequenzen aus einer Konfliktlage

Damit stellt sich insgesamt die Frage, wie die Konfliktlage zwischen der Regelungsphilosophie eines PZM – strikte Befristung des Aufenthalts, verbunden mit dem Verzicht auf eine Integrationserwartung an die Migranten – mit der Ausrichtung des geltenden Aufenthaltsrecht aufzulösen ist.

Die Frage ist insofern rechtlich schwierig zu beantworten, als Strukturentscheidungen des Gesetzgebers nicht in gleicher Weise gegen ihre Änderung immunisiert sind wie verfassungs- oder völkerrechtliche Vorgaben. Im Zweifel führt der „Bruch“ mit einer Strukturentscheidung lediglich zur Feststellung, dass diese gar nicht mehr existiert oder sie zumindest im Widerspruch mit konkurrierenden Prinzipien steht. Auch führt die Bewertung eines Regelungskomplexes als inkonsistent im Normalfall nicht zu einem Rechtswidrigkeitsurteil – demokratische Gestaltungsfreiheit bedeutet die Freiheit zur Inkonsistenz bzw. zur politischen Wertungsentscheidung, ein Teilregime (hier: der Arbeitsmigration nach Deutschland) nach anderen Prinzipien zu organisieren als andere Teilregimes im gleichen Regelungsfeld. Nur in Ausnahmekonstellationen hat die Rechtsprechung Anforderungen an die Konsistenz gesetzgeberischen Handelns formuliert und diese als Gebote von „Systemkohärenz“ oder „Folgerichtigkeit“ zum Rechtmäßigkeitsmaßstab erhoben.⁸¹

Anders ist jedoch die Situation, wenn die abweichenden Bestimmungen normhierarchisch nachgeordnet sind, also wenn eine untergesetzliche Revision einer gesetzlichen Grundentscheidung in Rede steht. Rechtstechnisch liegt ein Verstoß gegen die Normenhierarchie vor, weil das höherrangige Recht die Grenzen der entsprechenden Ermächtigung zur Normkonkretisierung auf einer niedrigeren Stufe festlegt (Vorrang des Gesetzes).

Im vorliegenden Fall der Konfliktlage zwischen einem auf Integration ausgerichteten Gesetzeswerk und einem auf Nicht-Integration setzenden Regime bilateral vereinbarter Arbeitsmigration wirkt sich dies nach der hier vertretenen Auffassung in Gestalt eines *Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalt* aus. Konkret bedeutet das, dass die weit gefassten Rechtsverord-

⁷⁹ *Maor*, in: Kluth/Hund/Maaßen (2008), § 4 Rn. 36 f. Diese Vorschriften der BeschV sind die verfestigungsausschließenden „Rechtsnormen“, von denen § 30 Abs. 1 Nr. 3 lit. d AufenthG und ähnliche Vorschriften des AufenthG sprechen.

⁸⁰ Anders wohl *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 162.

⁸¹ *Dann*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, *Der Staat* 49 (2010), S. 630 ff., mit Beispielen aus der Rechtsprechung des BVerfG.

nungs-Ermächtigungen im Bereich der Arbeitsmigration (§ 42 AufenthG) in Übereinstimmung mit den Vorgaben des AufenthG insgesamt ausgeübt werden müssen und deshalb nicht zu einer untergesetzlichen Teil-Revision von Grundentscheidungen des Gesetzes genutzt werden dürfen. Aus dem gleichen Grund dürfen die entsprechende Abkommen mit Drittstaaten, wenn sie eine rechtsverbindliche Grundlage für die Implementierung von PZMs darstellen sollen, nicht als bloßes Regierungsabkommen nach Art. 59 Abs. 2 S. 2 GG geschlossen werden, sondern bedürfen der parlamentarischen Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG.

Allerdings ist die Reichweite der These zu qualifizieren: Der Vorrang des geltenden Aufenthaltsgesetzes wird solange nicht in Frage gestellt, wie Programme zirkulärer Migration eine quantitativ unbedeutende Randerscheinung des deutschen Arbeitsmigrationsregimes bleiben und über das Stadium von Pilotprogrammen nicht hinausgehen. Darin läge noch keine Revision einer Grundentscheidung des Gesetzgebers, die nur mit parlamentarischer Legitimation erfolgen kann. Wenn aber PZMs eine wesentliche Grundlage für das Regime der Arbeitsmigration nach Deutschland im Bereich der semi- und geringqualifizierten Arbeitskräfte werden sollten, bedürfte dies der Entscheidung des Parlaments.

V. Ergebnis

1) Das Konzept zirkulärer Migration steht im Konflikt mit Strukturentscheidungen, die das geltende Aufenthaltsgesetz prägen, namentlich die Forderung an Zuwanderer nach Bemühungen um Integration in die deutsche Gesellschaft, verbunden mit der Chance auf den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts, wenn die Integrationsbemühungen gelingen.

2) Dieser Konflikt führt nicht zur Rechtswidrigkeit solcher Programme, hat aber zur Folge, dass ihre Einführung einem Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalt unterliegt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie das maßgebliche Regelungsmodell bilden, nach denen relevante Segmente der Arbeitsmigration nach Deutschland organisiert wird.

C. Konflikte mit dem Grundsatz der Meistbegünstigung im Welthandelsrecht

I. Problemaufriss

Betrachtet man grenzüberschreitende Migration als wirtschaftlichen Vorgang, weist das Migrationsrecht etliche Berührungspunkte mit dem Internationalen Wirtschaftsrecht auf. In der Sprache des Wirtschaftsrechts formuliert, dürften bilateral vereinbarte Programme zirkulärer Migration als präferentielle Handelsabkommen zu qualifizieren sein, genauer gesagt als bilaterale Vereinbarungen zur Liberalisierung bestimmter Aspekte des Dienstleistungshandels. Sie unterfallen damit den Regeln des Welthandelsrechts, hier insbesondere dem Allgemeinen Dienstleistungsübereinkommen (GATS) der Welthandelsorganisation (WTO).

Programme zirkulärer Migration bewegen sich im Spannungsfeld zwischen bilateralen und multilateralen Ordnungsstrukturen des Welthandels. Rechtliche Konflikte könnten sich vor allem im Hinblick auf die *Meistbegünstigungsklausel* ergeben, die in Art. II:1 GATS niedergelegt ist. Im Bereich des Dienstleistungshandels sind solche Konflikte in jüngerer Zeit vor allem mit Blick auf bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs) intensiver diskutiert worden.⁸² Die parallele Diskussion über mögliche Konflikte zwischen PZMs und dem multilateralen Rahmen des GATS steht erst am Anfang.⁸³ Im Kern geht es dabei um die Frage, ob die bevorzugte Behandlung für die Angehörigen der Parteien eines bilateral vereinbarten PZM auch allen anderen WTO-Mitgliedstaaten gewährt werden muss.

In diesem Schnittbereich von Handels- und Migrationsrecht treffen höchst unterschiedliche Grundverständnisse aufeinander: Während das Verbot der Diskriminierung zwischen den WTO-Mitgliedern zu einer der Grundsäulen des Welthandelsrechts gehört, wird im Migrationsrecht die Differenzierung zwischen verschiedenen Herkunftsstaaten bzw. ihren Angehörigen weithin als legitimer Ausdruck migrations- und außenpolitischer Gestaltungsfreiheit betrachtet. Hier liegt also enormes Konfliktpotenzial, das nach einer detaillierten juristischen Bearbeitung verlangt.

II. Überblick über die Grundstrukturen des GATS und dessen Regelungen zur Personenmobilität

Die WTO ist eine internationale Organisation, zu deren heute 153 Mitgliedern auch die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten gehören. Die WTO beruht auf einer Vielzahl von multilateralen Verträge über handelsrechtliche Fragen, die für alle Mitglieder verbindlich

⁸² Ausf. *Adlung/Molinuevo*, *Bilateralism in Service Trade*, *JIEL* 11 (2008), S. 365–409.

⁸³ Siehe vor allem *Panizzon*, *Trade and Labor Migration: GATS Mode 4 and Migration Agreements*, 2010; im US-Kontext *Worster*, *Conflicts between United States Immigration Law and the GATS*, *Texas Int'l L. J.* 42 (2006), S. 55 ff.

sind und der obligatorischen Gerichtsbarkeit des WTO-Streitbeilegungssystems unterliegen. Dies verhilft dem WTO-Recht im Vergleich zu anderen Teilrechtsordnungen des Völkerrechts nicht nur zu einem erhöhten Maß an Verrechtlichung der Konfliktaustragung, sondern auch an Durchsetzungsfähigkeit bei Normverstößen.⁸⁴

Neben eine Reihe von Abkommen zum Warenhandel gehört zum WTO-Recht ein Abkommen über den Dienstleistungshandel, das *General Agreement on Trade in Services* (GATS). Das GATS legt drei Arten von Verpflichtungen der Vertragsparteien nieder: Kernverpflichtungen aus dem Abkommen, die die WTO-Mitglieder ohne weitere Voraussetzungen treffen (*horizontal* bzw. *unconditional obligations*), spezifische Liberalisierungsverpflichtungen für einzelne Dienstleistungssektoren (*specific commitments*), die in dem Umfang bestehen, in dem sie das betreffende WTO-Mitglied in seiner Verpflichtungsliste übernommen hat, und Annex-Verpflichtungen aus dem Abkommen, die für solche Sektoren gelten, in denen Liberalisierungsverpflichtungen übernommen worden sind (*conditional obligations*).

Der Anwendungsbereich des Abkommens und damit der möglichen Verpflichtungen wird in Art. I GATS definiert. Das GATS gilt für alle Maßnahmen der WTO-Mitglieder, die den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel beeinträchtigen („measures affecting trade in services“, Art. I:1 GATS). Der Begriff des Dienstleistungshandels („trade in services“) wird dabei weit verstanden. Er umfasst nach Art. I:2 GATS vier Erbringungsarten („modes of supply“):

- „cross-border supply“: die Möglichkeit für einen nicht-ansässigen Dienstleistungserbringer, seine Dienste grenzüberschreitend in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds zu erbringen,
- „consumtion abroad“: Erbringung einer Dienstleistung an nicht-ansässige Konsumenten,
- „commercial presence“: Erbringung einer Dienstleistung durch einen ausländischen Anbieter unter Gründung oder Nutzung einer Niederlassung im Hoheitsgebiet eines anderen WTO-Mitglieds, und
- „presence of natural persons“: Erbringung einer Dienstleistung durch natürliche Personen, die sich hierzu in das Hoheitsgebiet eines anderen WTO-Mitglieds begeben.

Zusammenfassend fällt unter das GATS jedes rechtliche oder tatsächliche Einwirken auf die Wettbewerbsbedingungen für den Handel mit Dienstleistungen in einer der vier grenzüberschreitenden Erbringungsarten (ausgenommen solche, die hoheitlichen Charakter haben).⁸⁵

Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem die vierte Erbringungsart („mode 4“) interessant. Bei den Regelungen über die Erbringung von Dienstleistungen durch bzw. mit Hilfe von Personen, die sich in das Hoheitsgebiet eines anderen WTO-Mitglieds begeben, ergeben sich

⁸⁴ Aus politikwissenschaftlicher Sicht *Zangl*, Die Internationalisierung der Rechtstaatlichkeit, 2006.

⁸⁵ *Adlung/Molinuevo*, Bilateralism in Service Trade, JIEL 11 (2008), S. 365, 392; *Wolfrum*, Art. II GATS, in: *Wolfrum/Stoll/Feinäugle* (Hrsg.), WTO Trade in Services, 2008, Rn. 23, 30.

Überschneidungen zwischen Handels- und Migrationsrecht. Die Dienstleistungserbringung im „mode 4“ kann zwei Formen annehmen: die Erbringung von Dienstleistungen durch Selbständige, die sich hierzu in das Gebiet eines anderen Mitglieds begeben, und die Erbringung von Dienstleistungen durch ausländische Dienstleistungsunternehmen, die hierzu ihre Arbeitnehmer in das Gebiet eines anderen Mitglieds entsenden. Im zweiten Fall sind auch Konstellationen erfasst, bei denen das ausländische Dienstleistungsunternehmen eine Niederlassung in dem anderen Mitglied hat (eine „commercial presence“ im Sinne des „mode 3“) und die entsendeten Arbeitnehmer dort beschäftigt. Nicht unter den „mode 4“ und damit das GATS fallen ausländische Arbeitnehmer, die bei einem inländischen Dienstleistungsunternehmen beschäftigt sind.⁸⁶

Wegen der Berührungspunkte zu Fragen des Einwanderungsrechts und der Arbeitsmarktpolitik waren sich die Vertragsparteien bei Gründung der WTO einig, dass es besonderer Regelungen für die grenzüberschreitende Personenmobilität, die unter das GATS fällt, bedarf. Diese finden sich im Wesentlichen in einem Anhang zum GATS, der rechtlich betrachtet ein Teil des Abkommens ist: den *Annex on Movement of Natural Persons Supplying Services under the Agreement* (hier kurz: der Mobilitäts-Anhang). Im gegebenen Kontext besonders relevant sind zwei der vier Absätze des Mobilitäts-Anhangs, die nachstehend noch ausführlicher diskutiert werden. Abs. 2 nimmt bestimmte Aspekte des Migrationsgeschehens generell vom Anwendungsbereich des GATS aus; vereinfacht gesagt fallen unter das GATS nur temporäre Aufenthalte. Abs. 4 des Mobilitäts-Anhangs lässt die ordnungsrechtliche Steuerung der Einreise und des Aufenthalts (das allgemeine Aufenthaltsrecht) grundsätzlich zu, verbietet aber die Entwertung eingegangener Liberalisierungsverpflichtungen. Beide Absätze sind für die rechtliche Beurteilung des Handlungsrahmens für PZMs relevant.

III. Vereinbarkeit mit Art. II GATS

Zentral für die Vermessung des Konfliktpotenzials zwischen bilateralen PZMs und dem multilateralen Regime für den Dienstleistungshandel ist die Meistbegünstigungsklausel des Art. II GATS. Deren Voraussetzungen werden im Folgenden dargestellt (1.) und auf PZMs angewendet (2. und 3.). Anschließend werden unterschiedliche Strategien zur Vermeidung bzw. Entschärfung der zu Tage getretenen Konflikte angesprochen (4.).

1. Voraussetzungen der Pflicht zur Meistbegünstigung nach dem GATS

Die Pflicht zur Meistbegünstigung (*most-favoured nation treatment*, kurz: MFN-Standard) ist eine der Kernverpflichtungen des GATS. Sie gilt demnach im gesamten Anwendungsbereich des Abkommens, unabhängig von der Existenz spezifischer Liberalisierungsverpflichtungen,

⁸⁶ Dazu näher *Bast*, *Annex on Movement*, in: *Wolfrum/Stoll/Feinäugle* (Hrsg.), *WTO Trade in Services*, 2008, Rn. 23–29.

die ein WTO-Mitglied im betreffenden Sektor bzw. in Bezug auf eine bestimmte Erbringungsart eingegangenen ist.⁸⁷

Es ist in der Diskussion über die Bedeutung des GATS für die migrationspolitischen Handlungsspielräume der Vertragsparteien zu Recht darauf hingewiesen worden, dass die spezifischen Verpflichtungen über Marktzugang und Inländerbehandlung, die die WTO-Mitglieder in den Verhandlungen über die Liberalisierung des Dienstleistungshandels bisher eingegangen sind, gerade für die vierte Erbringungsart nicht sehr weitreichend sind.⁸⁸ Die bestehenden Liberalisierungsverpflichtungen zum „mode 4“ betreffen vor allem das Personal von multinationalen Unternehmen, Führungskräfte und hochqualifizierte Spezialisten.⁸⁹ Wenig Beachtung hat bislang der Umstand gefunden, dass für die Anwendung der MFN-Klausel des Art. II GATS das Bestehen einer Liberalisierungsverpflichtung *nicht* vorausgesetzt ist. Dies verleiht dem GATS ein weithin unterschätztes und in seinen Implikationen für die rechtliche Beschränkung migrationspolitischer Handlungsspielräume selbst in Expertenkreise noch unzureichend reflektiertes Potenzial.⁹⁰

Der Text von Art. II GATS lautet (auf Englisch, neben Französisch und Spanisch eine der authentischen Fassungen der WTO-Übereinkommen):

*Article II
Most-Favoured-Nation Treatment*

1. With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.
2. A Member may maintain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that such a measure is listed in, and meets the conditions of, the Annex on Article II Exemptions.
3. [...].

Jedes Mitglied muss demnach hinsichtlich aller Maßnahmen, die unter das GATS fallen, den Dienstleistungen und Dienstleistern eines anderen Mitglieds eine Behandlung gewähren, die

⁸⁷ Allg. zum MFN-Standard in Dienstleistungsbereich *Wang*, Most-Favoured-Nation Treatment under the GATS, JWT 30(1) 1996, S. 91 ff.; *Abu-Akeel*, The MFN as it Applies to Service Trade, JWT 33(4) 1999, S. 103 ff.; *Mattoo*, MFN and the GATS, in: Cottier/Mavroidis (Hrsg.), Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law, 2000, S. 51 ff.; *Wolfrum*, Art. II GATS, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), WTO Trade in Services, 2008.

⁸⁸ *Tietje/Nowrot*, Aufenthaltsregelungen des GATS, ZAR 2007, S. 215; *Lavenex*, Towards an International Framework for Labour Mobility? in: *Bommes u.a.* (Hrsg.), Organisational Recruitment and Patterns of Migration, 2004, S. 33–36; zur möglichen Dynamisierung aufgrund von PZMs siehe *Chanda*, Mobility of Less Skilled Workers under Bilateral Agreements, JWT 43(3) 2009, S. 479 ff.

⁸⁹ *Carzaniga*, The GATS, Mode 4, and Pattern of Commitments, in: *Mattoo/Carzaniga* (Hrsg.), Moving People to Deliver Services, 2003, S. 21–26.

⁹⁰ Zutreffend *Worster*, Conflicts between United States Immigration Law and the GATS, Texas Int'l L. J. 42 (2006), S. 74 und 87.

nicht weniger günstig ist als diejenige, die es den gleichen Dienstleistungen bzw. Dienstleistern eines beliebigen anderen Lands gewährt.⁹¹ Diese mindestens ebenso günstige Behandlung („no less favourable treatment“) ist sofort und bedingungslos zu gewähren.

Im Überblick erfolgt die Prüfung eines Verstoßes gegen Art. II GATS in vier gedanklichen Schritten:⁹²

(1) Anwendungsbereich: Dienstleistungen, die unter das Abkommen fallen

- „measure affecting trade in services“ (Art. I GATS)
- keine Ausnahme vom Anwendungsbereich des GATS (hier insbesondere: Bereichsausnahme nach Abs. 2 des Mobilitäts-Anhangs)

(2) Vergleichspaar: Betrachtung gleichartiger Dienstleistungen bzw. Dienstleister aus unterschiedlichen Ländern

- „services or service suppliers of any other country“ (d.h. auch von Nicht-WTO-Mitgliedern)
- „like“ service or service supplier of a Member (Gleichartigkeit, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise)

(3) Diskriminierung = weniger günstige Behandlung

- „no less favourable treatment“ (= Gleichbehandlung, auch de facto⁹³)
- „immediate and unconditional“ (= automatische Multilateralisierung von bilateral gewährten Vergünstigungen⁹⁴)

(4) keine Ausnahme von der Pflicht zu MFN, insbesondere⁹⁵ keine

- Aufnahme in die Liste der Ausnahmen für das betreffende WTO-Mitglied (Art. II:2 GATS)
- Ausnahme für Abkommen über regionale Wirtschaftsintegration bzw. integrierte Arbeitsmärkte (Art. V und V^{bis} GATS)
- Ausnahme zwecks besonderer und differenzierter Behandlung für Entwicklungsländer (Art. IX:3 WTO-Übereinkommen)

⁹¹ Statt aller *Michaels*, in: *Hilf/Oeter, WTO-Recht*, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 74.

⁹² In Anlehnung an *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 441–445; *Ortino*, *The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS*, 2008, S. 195–200; *Mattoo*, *MFN and the GATS*, in: *Cottier/Mavroidis (Hrsg.), Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, 2000, S. 53–55.

⁹³ Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, para. 233 f.

⁹⁴ *Wang*, *Most-Favoured-Nation Treatment under the GATS*, *JWT* 30(1) 1996, S. 104.

⁹⁵ Eine Übersicht über weitere, hier nicht relevante Ausnahmetatbestände bei *Wang*, *Most-Favoured-Nation Treatment under the GATS*, *JWT* 30(1) 1996, S. 99.

- sektor- oder modalitätsbezogene Ausnahme (hier: Abs. 4 des Mobilitäts-Anhangs)
- Ausnahme zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Interessen (Art. XIV, XIV^{bis} GATS).

2. Prüfung am Maßstab des Art. II:1 GATS

a) Voraussetzungen des Art. II:1 GATS

Fraglich ist zunächst, ob Programme zirkulärer Migration tatbestandlich unter die Pflicht zur Meistbegünstigung fallen.

(1) Hierfür müsste ein PZM eine „measure affecting trade in services“ darstellen.

Der Begriff „Maßnahme der Mitglieder“ ist in Art. I:3(a) GATS in einem weiten Sinne definiert. Er umfasst ohne Weiteres auch zwischenstaatlich vereinbarte Regelungen, wobei es auf den völkerrechtlich verbindlichen Charakter nicht ankommt, wenn die interne Umsetzung in einem verbindlichen Instrument erfolgt.⁹⁶

Zum Begriff „affecting“ liegt einschlägige Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsgremien vor, aus der sich ergibt, dass die Wirkungen auf den Dienstleistungshandel nicht den (Haupt-)Zweck der fraglichen Maßnahme darstellen müssen, sondern mittelbare Auswirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen für den Dienstleistungshandel genügen.⁹⁷ Dass ein PZM zu anderen als handelsbezogenen Zwecken geschlossen wurde, schließt es also nicht vom Anwendungsbereich des GATS aus, sofern die geregelten Migrationsvorgänge (auch) im Zusammenhang mit dem Dienstleistungshandel stehen.

„Trade in services“ kann von einem PZM insofern betroffen sein, als die befristetem Arbeitsaufenthalte, die durch das Programm ermöglicht werden, unter die vierte Erbringungsart für den Dienstleistungshandel fallen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, hängt vom Inhalt des konkreten PZM ab, genauer gesagt von der Art der wirtschaftlichen Betätigung, der die begünstigten Migranten nachgehen:

- Eröffnet ein PZM die Möglichkeit zur *selbständigen Berufsausübung* im Inland, dann fällt das Abkommen jedenfalls unter das GATS.
- Ist der Teilnehmerkreis auf nicht-selbständige Beschäftigung beschränkt, kommt es maßgeblich darauf an, ob hierzu auch Tätigkeiten in einem Dienstleistungssektor gehören und ob es sich dabei um Arbeitnehmer eines inländischen oder eines ausländischen Unternehmens handelt. Der Anwendungsbereich des GATS ist eröffnet, wenn es sich um *Arbeitnehmer* handelt, die *bei einem im Herkunftsland niedergelassenen Unternehmen* beschäftigt ist, vorausgesetzt dieses ist im Dienstleistungssektor tätig. Eine solche Gestaltung liegt beispielsweise den Werkvertragsarbeitnehmerabkom-

⁹⁶ Schöbener/Herbst/Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, 2010, § 12 Rn. 215; Ortino, The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS, 2008, S. 195.

⁹⁷ Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, WT/DS27/AB/R, para 220; Panel Report, *EC – Bananas III (Ecuador)*, WT/DS27/R, para 7.282.

men zugrunde, die Deutschland seit den späten 1980er Jahren mit mittel-, ost- und südeuropäischen Staaten geschlossen hat.⁹⁸

- Sollte sich der Anwendungsbereich des betreffenden PZM auf Beschäftigung bei im Inland niedergelassenen Dienstleistungsunternehmen beschränken, besteht gleichwohl eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass das PZM teilweise unter das GATS fällt. Dies folgt aus dem Zusammenspiel von „mode 3“ und „mode 4“. Als ausländisches Dienstleistungsunternehmen im Sinne des GATS gelten auch solche Unternehmen oder Unternehmenssteile, die von einem ausländischen Unternehmen kontrolliert werden. Eine grenzüberschreitende Erbringung einer Dienstleistung mittels einer „commercial presence“ kann also aus Sicht des GATS auch dann vorliegen, wenn aus der Perspektive der inländischen Rechtsordnung ein rechtlich selbständiges, nach inländischem Recht gegründetes Unternehmen beteiligt ist.⁹⁹ Die *Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmer bei einer solchen „commercial presence“ eines ausländischen Dienstleistungsunternehmens* fällt ebenfalls unter das GATS.¹⁰⁰
- Sicher nicht eröffnet ist der Anwendungsbereich des GATS nur dann, wenn die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer ausschließlich in der Landwirtschaft oder der Industrie erfolgt.

(2) In der Praxis bereitet es oft große Probleme, zutreffend zu bestimmen, wann eine Gleichwertigkeit zwischen verschiedenen ausländischen Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringern besteht, weil nur dann in einer unterschiedlichen Behandlung eine verbotener Diskriminierung liegt. Für die vorliegende Fragestellung nach potenziellen Konflikten reicht es jedoch völlig aus, dass bestimmte Ausgestaltungen von PZM unter das GATS fallen: Es ist davon auszugehen, dass für die Marktzugänge, die den Angehörigen eines Partnerlands im Rahmen eines PZM eröffnet werden, jeweils auch Personen aus anderen WTO-Vertragsstaaten zur Verfügung stehen würden, die „like services“ erbringen könnten und deshalb „like service suppliers“ sind.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass es nicht relevant ist, ob der Partnerstaat des PZM ein WTO-Mitglied ist oder nicht: Die Pflicht zum MFN-Standard gilt auch für Marktzugänge, die außerhalb des GATS eingeräumt werden.¹⁰¹

⁹⁸ Faist u.a., *Ausland im Inland*, 1999, S. 27 ff.

⁹⁹ Siehe die Definitionen in Art. XXVIII lit. d (kommerzielle Präsenz), lit. g (Erbringung einer Dienstleistung, mit der erläuternden Fußnote), lit. l (juristische Person) und lit. m (juristische Person eines anderen Mitglieds) GATS.

¹⁰⁰ Wang, *Most-Favoured-Nation Treatment under the GATS*, JWT 30(1) 1996, S. 99. *Worster* weist darauf hin, dass namentlich die USA in ihrem *Schedule of Specific Commitments* Liberalisierungsverpflichtungen eingegangen sind, die sich auf die Beschäftigung bei einem in den USA inkorporierten Unternehmen beziehen, siehe *Worster*, *Conflicts between United States Immigration Law and the GATS*, Texas Int'l L. J. 42 (2006), S. 67, 87 ff.

¹⁰¹ *Abu-Akeel*, *The MFN as it Applies to Service Trade*, JWT 33(4) 1999, S. 124.

(3) Hinsichtlich der Rechtsfolge ist darauf hinzuweisen, dass Art. II:1 GATS nicht verbietet, einem Partnerstaat einen Handelsvorteil zu gewähren. Der Inhalt der Verpflichtung zur Gewährleistung von MFN-Standard ist vielmehr die automatische Weitergabe dieses Vorteils an alle WTO-Mitglieder.¹⁰² Diese Pflicht ist unbedingt, darf also nicht davon abhängig gemacht werden, dass von den anderen WTO-Mitgliedern eine Kompensation angeboten wird, und greift sofort, setzt also nicht voraus, dass zuvor ein Abkommen entsprechenden Inhalts geschlossen wird.

Im Fall eines PZM wirkt die Anwendung der Pflicht zu Meistbegünstigung jedoch faktisch wie ein Verbot, weil es zur Grundkonzeption solcher Programme gehört, dass der befristete Zugang zum Arbeitsmarkt auf die Angehörigen der Partnerstaaten beschränkt ist. Eines ihrer charakterisierenden Merkmale ist der Partnerschafts-Ansatz, der auf die Einbeziehung des Herkunftslands in das Migrationsmanagement setzt, nicht zuletzt bei der Implementierung der Rückkehrverpflichtung. Es würde die Idee der intergouvernementalen Kooperation mit bestimmten Herkunftsländern untergraben, wenn das bilateral vorgesehene Niveau an Marktzugang unterschiedslos an alle WTO-Mitglieder weitergegeben werden müsste.

b) Bereichsausnahme nach Abs. 2 des Mobilitäts-Anhangs

Diese Bedenken sind jedoch von vorne herein gegenstandslos, wenn PZMs unter die Bereichsausnahme des Abs. 2 des Mobilitäts-Anhangs zum GATS fallen. Er lautet:

2. The Agreement shall not apply to measures affecting natural persons seeking access to the employment market of a Member, nor shall it apply to measures regarding citizenship, residence or employment on a permanent basis.

Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich, dass Maßnahmen, die einer der vier genannten Kategorien entsprechen, außerhalb des Anwendungsbereichs des GATS stehen und sich daher auch nicht am Maßstab des Art. II:1 GATS messen lassen müssen. Bislang liegt noch keine Rechtsprechung zu dieser Bestimmung vor, sodass die Auslegung mit gewissen Unsicherheiten behaftet ist.

Ausgeschlossen vom GATS sind zum einen die Regelungen über den dauerhaften Zugang zum Arbeitsmarkt eines WTO-Mitglieds. Eine systematische Auslegung ergibt, dass die Erbringung von Dienstleistungen mit Hilfe vorübergehend entsendeter Arbeitnehmer nicht unter den Tatbestand „Zugang zum Beschäftigungsmarkt“ fällt (arg. ex Abs. 1 des Mobilitäts-Anhangs). Zum anderen sind Regelungen ausgeschlossen, die sich auf die Einwanderung mit dem Ziel des Daueraufenthalts oder der Erlangung der Staatsbürgerschaft beziehen.¹⁰³ Im

¹⁰² Zur automatischen Multilateralisierung von dienstleistungsbezogenen Vorteilen aus bilateralen Investitionsschutzverträgen siehe *Adlung/Molinuevo*, *Bilateralism in Service Trade*, JIEL 11 (2008), S. 365, 392 und 402; *Wolfrum*, Art. II GATS, in: *Wolfrum/Stoll/Feinäugle* (Hrsg.), *WTO Trade in Services*, 2008, Rn. 5.

¹⁰³ *Koehler*, *Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)*, 1999, S. 200.

Ergebnis reduziert Abs. 2 des Mobilitäts-Anhangs den Anwendungsbereich des GATS auf Erscheinungsformen *temporärer* Migration.¹⁰⁴

Offenbar bewusst haben es die Vertragsparteien vermieden, den Anwendungsbereich, den das GATS im Hinblick auf die Mobilität natürlicher Personen besitzt, positiv zu beschreiben oder gar eine bestimmte Dauer festzulegen, wann (noch) ein temporärer Aufenthalt bzw. Arbeitsmarktzugang vorliegt und wann (schon) eine Daueraufenthalt bzw. eine Dauerbeschäftigung gegeben ist. Die Vertragsparteien wollten damit wohl eine gewisse Flexibilität für zukünftige Verhandlungen über Liberalisierungsschritte im Dienstleistungssektor wahren. Andererseits drückt sich in der Unbestimmtheit des Anwendungsbereichs des GATS wohl auch ein ungelöster Dissens der Vertragsparteien aus, der die Auslegung der Bestimmung erschwert.

Wendet man diese Überlegungen auf PZMs an, ist jedenfalls festzuhalten, dass sich diese *definitionsgemäß* auf temporäre Aufenthalte bzw. Arbeitsmarktzugänge beziehen. Zwar ist keineswegs sicher, dass die bilaterale Festlegung der Aufenthaltsdauer im Rahmen eines bestimmten PZM mit dem rechtlichen Verständnis des GATS identisch ist. Ungeachtet dieser Unschärfe kann man jedoch allgemein sagen, dass PZMs gerade wegen ihre definitionsgemäß temporären Charakters tendenziell *nicht* unter die Bereichsausnahmen des Abs. 2 des Mobilitäts-Anhangs fallen, der den Anwendungsbereich des GATS gerade auf solche temporäre Aufenthalte zuschneiden will. Eine Berufung auf die Bereichsausnahme des Abs. 2 würde einen PZM gewissermaßen eines seiner charakteristischen Merkmale absprechen.

3. Ausnahmen von der Pflicht zur Meistbegünstigung

Findet damit die Pflicht zur Meistbegünstigung nach Art. II:1 GATS – abhängig von der konkreten Ausgestaltung hinsichtlich der einbezogenen Wirtschaftssektoren und der Dauer der zugelassenen Aufenthalte – grundsätzlich Anwendung, können PZMs nur dann verwirklicht werden, wenn sie unter einen Ausnahmetatbestand fallen, der Abweichungen vom MFN-Standard erlaubt.

a) Ausnahme nach Art. II:2 GATS

Nach dem oben wiedergegebenen Art. II:2 GATS hatten die Vertragsstaaten die Möglichkeit, Ausnahmen vom Meistbegünstigungsgrundsatz anzumelden und in eine Liste aufzunehmen, die einen Anhang zum GATS bildet. Die Ausnahmen unterliegen einer regelmäßigen Überprüfung, treten aber nicht automatisch außer Kraft, wenn sie als unbefristete angemeldet sind. Aus dem Wortlaut („maintain“) ergibt sich, dass die entsprechenden Maßnahmen schon vor Inkrafttreten der WTO-Übereinkommen eingeführt worden sein müssen, neue Ausnahmen von (Alt-)Mitgliedern also nicht hinzukommen können.¹⁰⁵ Allerdings haben eini-

¹⁰⁴ Tietje/Nowrot, Aufenthaltsregelungen des GATS, ZAR 2007, S. 215; Guild/Barth, The Movement of Natural Persons and the GATS, EFARev. 4 (1999), S. 399.

¹⁰⁵ Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 77; Wolfrum, Art. II GATS, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), WTO Trade in Services, 2008, Rn. 42.

ge WTO-Mitglieder in ihrer Liste Formulierungen gewählt, die zukünftige Abkommen mit bestimmten Vertragspartnern einschließt, darunter auch einige der Einträge in der gemeinsamen Liste der EU und ihrer Mitgliedstaaten.¹⁰⁶ Dasselbe gilt für die Ausnahmenliste der USA, die u.a. die Ausstellung von *non-immigrant visa* an Personen vorsieht, die als sog. *treaty trader* oder *treaty investor* auf der Grundlage von bilateralen Freundschafts- oder Investitionsschutzverträgen in den USA tätig werden.¹⁰⁷

Bei der Analyse der EU-Liste fällt ins Auge, dass manche, aber nicht alle EU-Mitgliedstaaten Ausnahmen vom Meistbegünstigungsgrundsatz angemeldet haben, die für zukünftige PZMs relevant werden könnten.¹⁰⁸ Zur Begründung ihrer Ausnahmen verweisen unter anderem Frankreich, das Vereinigte Königreich und Portugal auf besondere historische Beziehungen, die sie mit bestimmten Staaten pflegen und die eine privilegierte Behandlung ihrer Angehörigen rechtfertigen sollen. Die privilegierte Behandlung besteht etwa in einem erleichterten Zugang zu bestimmten Dienstleistungsbereichen (Frankreich) oder in der Befreiung vom Erfordernis einer Arbeitserlaubnis (VK). Italien hat sich den Abschluss von Saisonarbeiter-Abkommen mit Staaten in Mittel-, Ost- und Südeuropa und im Mittelmeergebiet vorbehalten. Die PZMs, die Frankreich in den letzten Jahren mit verschiedenen französischsprachigen afrikanischen Staaten geschlossen hat, gründen ihre Abweichung vom Grundsatz der Meistbegünstigung auf diese 1994 angemeldete und seitdem aufrechterhaltene Ausnahme.¹⁰⁹

Auch für Deutschland gilt ein Eintrag mit migrationsrechtlichem Gehalt; er erfasst allgemein Werkvertragsarbeiter-Übereinkommen, die zwischen einem EU-Mitgliedstaat und „Staaten in Mittel-, Ost- und Südeuropa ... und im Mittelmeergebiet“ geschlossen werden. Diese Ausnahme vom MFN-Standard erstreckt sich auf alle Sektoren, soll aber hauptsächlich im Bau-, Hotel- und Gaststättenbereich zur Anwendung kommen, und gilt unbefristet.

Die Möglichkeiten für Deutschland, sich für zukünftige PZMs auf Art. II:2 GATS in Verbindung mit der Ausnahmenliste zu stützen, sind also sehr begrenzt. Sie könnte allein für Werkvertragsarbeiter im Rahmen von Abkommen mit bestimmten europäischen und Mittelmeer-Ländern genutzt werden.

b) Ausnahmen für Abkommen zur Wirtschaftsintegration (RTAs)

Das GATS erlaubt allen Mitgliedern eine Abweichung vom Grundsatz der Meistbegünstigung, die sich als Parteien eines bilateralen oder plurilateralen (d.h. nicht alle WTO-Mitglieder umfassenden) Handelsabkommens untereinander weiter reichende Liberalisierungsfortschritte

¹⁰⁶ Die Liste ist in nicht-amtlicher deutscher Fassung verfügbar als Teil der Bundestags-Drs. BT 12/7655 (neu); zum Problem siehe Wang, Most-Favoured-Nation Treatment under the GATS, JWT 30(1) 1996, S. 102.

¹⁰⁷ Worster, Conflicts between United States Immigration Law and the GATS, Texas Int'l L. J. 42 (2006), S. 85 ff.

¹⁰⁸ Übersichten bei Mattoo, MFN and the GATS, in: Cottier/Mavroidis (Hrsg.), Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law, 2000, S. 62–69.

¹⁰⁹ Panizzon, Trade and Labor Migration, Dialogue on Globalization Occasional Paper N° 47, Geneva, January 2010, S. 40 und 43.

zugestehen wollen als den übrigen WTO-Mitgliedern. Im Gegenzug stellt das GATS hohe Anforderungen an Breite und Tiefe der Wirtschaftsintegration, die durch solche regionalen Handelsabkommen (RTAs) verwirklicht wird, damit aus Sicht des GATS eine Abweichung von sonstigen GATS-Pflichten, vor allem vom MFN-Standard, gerechtfertigt erscheint.

Erstens sieht Art. V^{bis} GATS die Möglichkeit zum Abschluss von Übereinkommen zur Schaffung integrierter Arbeitsmärkte zwischen den Vertragsparteien vor (sog. Labour Market Integration Agreements, LMIA). Die Anforderungen an ein LMIA brauchen hier jedoch nicht im Einzelnen entfaltet werden, weil das Konzept eines PZM weit davon entfernt ist, einen integrierten Arbeitsmarkt mit diskriminierungs- und genehmigungsfreiem Arbeitsmarktzugang für die Angehörigen der Partnerstaaten schaffen zu wollen.

Näher liegt, zweitens, eine Berufung auf Art. V GATS, der Abweichungen von der Meistbegünstigungsverpflichtung zwecks Ermöglichung von Abkommen zur Wirtschaftsintegration erlaubt („Economic Integration Agreements“). Gefordert ist zum einen, dass das Abkommen einen „beträchtlichen sektoralen Anwendungsbereich“ abdeckt (Art. V:1 lit. a GATS). Dies betrifft nach einer erläuternden Fußnote die Zahl der liberalisierten Dienstleistungssektoren, das Handelsvolumen und die Erbringungsarten. Zum anderen ist verlangt, dass in den betroffenen Sektoren „praktisch jede Diskriminierung“ zwischen den Vertragsparteien aufgehoben, also Inländerbehandlung verwirklicht ist (Art. V:1 lit. b GATS).¹¹⁰

Auch diese beiden Voraussetzungen kann ein PZM nicht erfüllen: Es bezieht sich ausschließlich auf eine einzige Erbringungsart, den „mode 4“, und kann so die Forderung, dass „keine Erbringungsart von vorne herein ausgeschlossen“ sein soll (so die rechtlich verbindliche Erläuterung in der Fußnote zu Art. V GATS), nicht einlösen.¹¹¹ Auch eine vollständige Gewährleistung von Inländerbehandlung in Bezug auf den Arbeitsmarkt gehört nicht zu den Eigenschaften eines PZM.

Zu ergänzen ist noch, dass in Art. V:3 GATS bestimmte Erleichterungen für RTAs mit Entwicklungsländer vorgesehen sind. Diese gestatten eine gewisse Flexibilität, insbesondere im Hinblick auf die Pflicht zur Inländerbehandlung, dispensieren aber nicht vollständig vom Erfordernis einer Erstreckung auf grundsätzlich alle Erbringungsarten.¹¹²

Für sich genommen können also PZMs nicht unter Berufung auf Art. V GATS von der Pflicht zur Meistbegünstigung ausgenommen werden. Die GATS-Klausel über den Abschluss von Abkommen zur Wirtschaftsintegration könnte allenfalls dann relevant werden, wenn die Verabredungen zur zirkulären Migration Bestandteil eines Partnerschaftsabkommens mit dem betreffenden Land sind, das die Wirtschaftsbeziehungen in der Breite anspricht und dabei Liberalisierungsschritte „mit einem beträchtlichen sektoralen Anwendungsbereich“ im

¹¹⁰ Siehe *Mattoo*, MFN and the GATS, in: Cottier/Mavroidis (Hrsg.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, 2000, S. 57.

¹¹¹ Zu BITs vgl. *Ortino*, *The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS*, 2008, S. 194, 201.

¹¹² *Adlung/Molinuevo*, *Bilateralism in Service Trade*, JIEL 11 (2008), S. 393.

Dienstleistungsbereich in Angriff nimmt. Derartige Freihandelsabkommen fallen aber in weitem Umfang in die ausschließliche Zuständigkeit der EU, sodass die PZM-Klauseln eines solchen Ankommen ein gemeinsames Tätigwerden von Union und interessiertem Mitgliedstaat erfordern würden (zu den Zuständigkeiten siehe unten, D.). Ein „Stand-alone“-PZM hingegen kann sich nicht auf Art. V GATS stützen, um eine Rechtfertigung für die Abweichung vom MFN-Standard zu liefern.

c) Ausnahmen für Entwicklungsländer

Die besondere Lage von Entwicklungsländern wird in einer Reihe von Bestimmungen des WTO-Rechts anerkannt, u.a. in der Präambel zum WTO-Übereinkommen (2. Erwägung), in der Präambel zum GATS (5. und 6. Erwägung) und in Art. IV GATS. Kann der Umstand, dass ein PZM – zumindest auch – den Interessen des beteiligten Entwicklungslands dienen soll, eine Ausnahme zu MFN begründen?

In Art. XI:2 WTO-Ü ist eine Generalklausel vorgesehen, nach der die am wenigsten entwickelten Länder (LDCs), die von der UNO als solche anerkannt sind, ihre vertraglichen Verpflichtungen aus dem WTO-Recht nur insoweit befolgen müssen, wie dies mit ihrem Entwicklungsstand vereinbar ist.¹¹³ Dies wird bekräftigt in einem Beschluss der Vertragsparteien der WTO, der der Schlussakte des Abkommens zur Gründung der WTO beigefügt ist. Ohne dass hier im Detail geklärt werden müsste, wie weit diese Generalklausel zugunsten der LDCs trägt, steht jedenfalls fest, dass sie nicht genutzt werden kann, um die Bundesrepublik Deutschlands (oder ein anderes entwickeltes WTO-Mitglied) von *ihrer* Pflicht zur Gewährleistung des MFN-Standards gegenüber den anderen WTO-Mitgliedern zu entbinden.

Fraglich ist, ob es aufgrund anderer Vorschriften zulässig ist, präferentielle Handelsabkommen mit Entwicklungsländern zu schließen. In der Tat kennt das WTO-System solche Ausnahmen zugunsten von Entwicklungsländern, unter anderem die sog. Enabling Clause von 1979¹¹⁴ sowie den sog. LDC Waiver von 1999.¹¹⁵ Genutzt wurde hierfür eine vertragliche vorgesehene Ermächtigung für das oberste Beschlussorgan der WTO (bzw. vormals des GATT), Ausnahmegenehmigungen zugunsten bestimmter Mitglieder zu erteilen (einen sog. Waiver). Heute ist diese Möglichkeit zu Ausnahmegenehmigungen in Art. IX:3 WTO-Ü vorgesehen und erfordert einen Beschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der WTO-Mitglieder.

Die angeführten Ausnahmegenehmigungen zugunsten von Entwicklungsländern betreffen den Warenhandel, nicht den Dienstleistungshandel. Ein analoger Ermächtigungsbeschluss für den Dienstleistungshandel ist ein Beratungsthema der Verhandlungen in der laufenden

¹¹³ Näher *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, 2. Aufl. 2009, § 5 Rn. 851.

¹¹⁴ Decision on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity, and Fuller Participation of Developing Countries, GATT Document L/4903, 28 November 1979, BISD 26S/203.

¹¹⁵ Waiver Decision on Preferential Tariff Treatment for Least-Developed Countries, WT/L/304, 15 June 1999.

Welthandelsrunde, wurde aber bisher *nicht* gefasst. *Panizzon* bewertet die mit einem solchen Beschluss verbundenen Erwartungen der Entwicklungsländer so:

The LDC “waiver” or special priority mechanism is another important proposal tabled on Mode 4. It seeks to justify the preferential labor market access obtained through bilateral migration agreements as an exemption from the MFN obligation of Art. II GATS. Thus, the LDC waiver calls for an acknowledgement by WTO Members that some bilateral migration agreements or preferential trade agreements may offer preferential labor market access quotas in categories of persons of interest to LDCs, despite the conditionality these agreements attach to combating irregular migration.¹¹⁶

Dem ist zu entnehmen, dass ein Bedarf für einen solchen generellen Ausnahmebeschluss zugunsten von LDCs durchaus gesehen wird.

Im Übrigen ist zu beachten, dass auch ein Waiver für präferentielle Handelsabkommen nach dem Vorbild der Enabling Clause nicht zu beliebigen Diskriminierungen zwischen verschiedenen Entwicklungsländern führen dürfte. Nach der Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsgremien ist es zwar nicht geboten, eine günstigere Behandlung unterschiedslos auf *alle* Entwicklungsländer auszugedeihen. Es ist aber eine nicht-diskriminierende Behandlung aller Entwicklungsländer gefordert, die sich im Hinblick auf ihre entwicklungsbezogenen, finanziellen und handelsbezogenen Bedürfnisse in einer ähnlichen Situation („similarly suited“) befinden.¹¹⁷

Im Ergebnis kommt eine Rechtfertigung von PZMs wegen besonderer und differenzierter Behandlung von Entwicklungsländern nicht in Betracht, weil für den Dienstleistungssektor kein entsprechender Ausnahmebeschluss existiert.

d) Ausnahme für das allgemeine Aufenthaltsrecht nach Abs. 4 des Mobilitäts-Anhangs

Als weitere, möglicherweise einschlägige Ausnahme vom MFN-Standard kommt der Abs. 4 des Mobilitäts-Anhangs in Frage. Er lautet:

4. The Agreement shall not prevent a Member from applying measures to regulate the entry of natural persons into, or their temporary stay in, its territory, including those measures necessary to protect the integrity of, and to ensure the orderly movement of natural persons across, its borders, provided that such measures are not applied in such a manner as to nullify or impair the benefits accruing to any Member under the terms of a specific commitment.

Footnote: The sole fact of requiring a visa for natural persons of certain Members and not for those of others shall not be regarded as nullifying or impairing benefits under a specific commitment.

In der Sache geht es hier um die Möglichkeit der Abweichung von Verpflichtungen aus dem GATS, einschließlich Art. II:1, wenn die Verpflichtung einer staatlichen Maßnahme entgegen-

¹¹⁶ *Panizzon*, Trade and Labor Migration, 2010, S. 23.

¹¹⁷ AB-Report, *EC – Tariff Preferences*, WT/DS246/AB/R, para. 162, 173.

steht, die zur Regelung der Einreise oder des vorübergehenden Aufenthalts in seinem Hoheitsgebiet dient („measures to regulate the entry of natural persons into, or their temporary stay in, its territory“). Damit besteht ein Vorbehalt zugunsten der ordnungsrechtlichen Steuerung der grenzüberschreitenden Migration, die man in traditioneller Terminologie „Fremdenpolizei“ nennt, moderner formuliert das (allgemeine) Aufenthaltsrecht.¹¹⁸ Dieser Vorbehalt ist aber nicht absolut, denn nach Satz 2 dürfen die WTO-Mitglieder von dieser Klausel nicht in einer Weise Gebrauch machen, dass es zu einer Entwertung von Liberalisierungsverpflichtungen kommt (dies setzt allerdings voraus, dass solche Verpflichtungen im betreffenden Sektor übernommen wurden).

Erneut ist die Reichweite der Erlaubnis nicht eindeutig formuliert und kann, auch mangels einschlägiger Judikatur, zu unterschiedlichen Interpretationen Anlass geben. Namentlich ist nicht klar, ob der Vorbehalt von Maßnahmen zur Regelung von Einreise und Aufenthalt Abweichungen vom MFN-Standard auch für ökonomisch motivierte Differenzierungen lässt.¹¹⁹ Nach der hier vertretenen Auslegung bezieht sich die Erlaubnis auf alle Maßnahmen, die ein WTO-Mitglied zu dem Zweck ergreift, das grenzüberschreitende Migrationsgeschehen und den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet zu kontrollieren.¹²⁰ Dies rechtfertigt unter anderem, die Einreise und den Aufenthalt von der vorherigen Einholung einer Genehmigung und deren Erteilung von allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen (Passpflicht, eigenes Einkommen, Krankenversicherung, wohl auch Bildungs- und Integrationsvoraussetzungen) abhängig zu machen.¹²¹ Der erläuternden Fußnote ist indirekt zu entnehmen, dass die Einführung solcher Genehmigungserfordernisse für Einreise und Aufenthalt in Abweichung von Art. 2:1 GATS grundsätzlich zwischen verschiedenen WTO-Mitgliedern differenzieren darf.

Abs. 4 des Mobilitäts-Angangs rechtfertigt dagegen nicht solche Maßnahmen, die gerade der Abschirmung der nationalen (Dienstleistungs-)Märkte gegenüber ausländischen Konkurrenten dienen, also wirtschaftspolitische Motive verfolgen.¹²² Insoweit besteht kein Zusammenhang zu den in Abs. 4 anerkannten und exemplarisch erläuterten polizeilichen Schutzgütern nationaler Regulierung. Ein WTO-Mitglied kann deshalb aufenthaltsrechtliche Erleichterungen, insbesondere visarechtlicher Art, als Verhandlungsmasse in bilateralen Verträgen nut-

¹¹⁸ In Anlehnung an den sog. *prudential carve-out* im Finanzdienstleistungs-Annex zugunsten aufsichtsrechtlicher Maßnahmen im Finanzdienstleistungssektor könnte man von einem *aliens' police carve-out* sprechen; siehe *Panizzon*, Trade and Labor Migration, Dialogue on Globalization, Occasional Paper N° 47, Geneva, January 2010, S. 28: „immigration law caveat“.

¹¹⁹ Zweifelnd *Keil*, Freizügigkeit, Gerechtigkeit, demokratische Autonomie, 2009, S. 64.

¹²⁰ Enger auf Grenzkontrollen bezogen wohl *Worster*, Conflicts between United States Immigration Law and the GATS, Texas Int'l L. J. 42 (2006), S. 68: „exemptions for border control regulations“.

¹²¹ *Panizzon*, Trade and Labor Migration, 2010, S. 29.

¹²² *Bast*, Annex on Movement, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), WTO Trade in Services, 2008, Rn. 57–59; ebenso *Worster*, Conflicts between United States Immigration Law and the GATS, Texas Int'l L. J. 42 (2006), S. 74.

zen, ohne in Konflikt mit dem GATS zu geraten, nicht hingegen die selektive Eröffnung von Arbeitsmarktzugängen im Dienstleistungsbereich.¹²³

Damit kann Abs. 4 des Mobilitäts-Anhangs keine Abweichung vom MFN-Standard aufgrund von wirtschafts- und entwicklungspolitisch motivierten PZMs begründen.

e) Allgemeine Ausnahme zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Interessen (Art. XIV, XIV^{bis} GATS)

Die allgemeinen Ausnahmeklauseln des GATS, nach denen ein Mitglied unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen von Verpflichtungen aus dem Abkommen abweichen kann, greift für PZMs nicht ein. Die Liste der in Art. XIV bzw. XIV^{bis} GATS genannten Schutzgüter nicht-wirtschaftlicher Art ist abschließend und passt auf PZMs nicht.

4. Handlungsoptionen angesichts des rechtlichen Befunds

Angesichts der vorstehenden identifizierten Konflikte zwischen einem typischen PZM und dem im Rahmen des GATS geforderten MFN-Standard ergeben sich unterschiedliche Handlungsoptionen.

Option (1) bestünde darin, ein PZM dadurch „GATS-sicher“ zu machen, dass sein *Anwendungsbereichs auf Nicht-Dienstleistungen* und/oder *inländische Dienstleistungsunternehmen* beschränkt wird. Man könnte von der „spanischen Lösung“ sprechen, denn dies scheint die Strategie der spanischen Regierung gewesen zu sein, mit dem Fehlen eines passenden Eintrags in der Ausnahmeliste gemäß Art. II:2 GATS umzugehen. *Panizzon* erläutert:

Spain's preferential recruitment circumvents the MFN of GATS by a two-fold strategy: firstly, the agreements only admit in *non-services categories* of seasonal agricultural and fishery workers. For instance, in its agreement with Senegal of 9 November 2007, Spain admitted 2700 Senegalese to work on strawberry farms (700) and in the fishery sector (2000). Secondly, employment of foreign workers is limited to sponsorship by *employers domiciled or residing in Spain*, the type of cross-border movement which Mode 4 of GATS excludes.¹²⁴

Beide Teilaspekte dieser Option sind nicht ohne Probleme. Erstens: Der generelle Ausschluss von Unternehmen des Dienstleistungssektors als potenzielle Arbeitgeber von Personen, die an einem PZM teilnehmen, könnte sich als wirtschaftspolitisch unerwünschte Beschränkung darstellen und die erhofften Triple-Win-Effekte verringern. Dies gilt speziell für Deutschland mit Blick auf den Bedarf an Arbeitskräften im Dienstleistungsbereich, etwa bei den Bereichen Heilbehandlung, häusliche Pflege und Geburtshilfe, ggf. auch im Hotel- und Gaststättengewerbe und im Bausektor. Vielmehr stünden auf einer Positivliste eines deutschen PZM, das Quoten für bestimmte Sektoren und Qualifikationsniveau festlegt, mit großer Wahrscheinlichkeit auch und gerade Dienstleistungsberufe.

¹²³ *Panizzon*, Trade and Labor Migration, 2010, S. 29.

¹²⁴ Ebd., S. 44 (Hervorhebung im Original, Nachweise ausgelassen).

Zweitens: Der Ausschluss von ausländischen Dienstleistern als potenzielle Arbeitsgeber von Personen, die an einem PZM teilnehmen, wirft schwierige Abgrenzungsprobleme auf, weil es insoweit nicht auf die Unterscheidungen des inländischen Rechts ankommt, sondern auf die Abgrenzung des GATS, der den Begriff der Erbringung mittels einer kommerziellen Präsenz bewusst weit fasst (siehe oben, III. 2. a). Zudem drohen rechtliche Konflikte mit dem zweiten Diskriminierungsverbot des GATS, dem Gebot der Inländerbehandlung. Soweit in einem Sektor eine spezifische Verpflichtung übernommen wurde, dürfte diese Benachteiligung ausländischer Dienstleistungserbringung unzulässig sein. Der Ausschluss von ausländischen Dienstleistern von der Teilnahme an einem PZM könnte also nur durch eine sorgfältige Feinabstimmung mit dem GATS, letztlich durch eine Beschränkung auf nicht-liberalisierte Sektoren des Dienstleistungsbereichs erreicht werden.

Option (2) bestünde in der Bereitschaft, das *Konfliktpotenzial mit dem GATS in Kauf zu nehmen* und einen Rechtsstandpunkt einzunehmen, wonach Programme zirkulärer Migration vom Anwendungsbereich des *Abs. 4 des Mobilitäts-Anhang* erfasst sind. Danach wären migrationspolitisch motivierte Ausnahmen vom Grundsatz der Meistbegünstigung generell zulässig, soweit sie keine spezifischen Liberalisierungsverpflichtungen entwerfen. Diese Auslegung des geltenden Rechts ist nach der hier vertretenen Sichtweise zwar unzutreffend, erscheint aber mit einer entsprechenden Begründung zumindest vertretbar.

Nachteile dieser Vorgehensweise bestehen zum einem im Risiko politischer und gerichtlicher Auseinandersetzungen auf der Ebene der WTO. Von einem permissiven Konsens der übrigen WTO-Mitglieder kann aufgrund gegenläufiger Interessen von Schwellen- bzw. Entwicklungsländern nicht ausgegangen werden. Welche Ansicht sich vor den Streitbeilegungsorganen der WTO letztlich als rechtlich zutreffend erweisen würde, kann nicht sicher prognostiziert werden.

Aufgrund des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit innerhalb der EU (Art. 4 Abs. 3 EUV) besteht deshalb die Pflicht, ein mögliches Vorgehen nach der Option (2) zuvor mit der Europäischen Kommission und den anderen EU-Mitgliedstaaten, die im Rahmen der EU einen politischen und rechtlichen Haftungsverbund bilden, abzustimmen.

Option (3) beinhaltet die Entscheidung, die PZMs im Hinblick auf die Aufenthaltsdauer bzw. zugelassene Erwerbsmöglichkeiten im Inland so auszugestalten, dass sie unter die *Bereichsausnahme für dauerhaften Arbeitsmarktzugang nach Abs. 2 des Mobilitäts-Anhangs* fallen und somit nicht mehr vom GATS erfasst sind.

Probleme bestehen hier in der Einschränkung der politischen Handlungsoptionen, da die Dauer der zugelassenen Aufenthalte und die Chancen auf eine aufenthaltsrechtliche Verfestigung unter Umständen weiter gefasst werden müssten als politisch eigentlich gewünscht. Die in Teil A. angesprochene Problematik der Inkaufnahme von (unerwünschten) Verfestigungseffekten würde tendenziell verschärft. Wenn es sich aus der Perspektive des GATS nicht mehr um temporäre Aufenthalte handelt, erscheint es plausibel, dass sie auch aus der Perspektive des verfassungsrechtlichen Verfestigungsprinzips und des regionalen Menschen-

rechtsschutzes keine temporären Aufenthalte mehr sind. Insofern besteht offenbar ein *trade-off* zwischen migrationsrechtlichen und handelsrechtlichen Gestaltungsspielräumen.

Im Übrigen drohen Wertungswidersprüche zu Positionen des EU-Lagers, das auf der Ebene der WTO wohl einen weiten Begriff von „temporärer“ Migration favorisiert, wenn etwa bei konzerninternen Versetzten ein Aufenthalt von drei Jahren noch als temporär angesehen wird.¹²⁵ Auch hier besteht ein obligatorischer Abstimmungsbedarf mit der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten.

Option (4) schließlich bestünde darin, bei der WTO-Ministerkonferenz gemäß Art. XI:3 WTO-Ü einen *Waiver zugunsten geplanter PZMs zu beantragen*. Es wäre eine rechtlich „saubere“ Lösung, das vorhandene Konfliktpotenzial mit dem Meistbegünstigungsprinzip auf diesem vom WTO-System vorgesehenen Weg sicher zu beseitigen. Allerdings sind bei einem solchen Vorgehen die politischen Kosten in Rechnung zu stellen, auf das Wohlwollen der anderen WTO-Mitglieder angewiesen zu sein. Dies könnte mit handelspolitischen Interessen der EU und ihrer Mitgliedstaaten in anderen Teilbereichen im Widerstreit stehen und kann deshalb nicht im nationalen Alleingang entschieden werden. Ein Antrag nach Art. IX:3 WTO-Ü wäre daher nur über die Kommission und nach Abstimmung mit den anderen EU-Mitgliedstaaten zulässig.

IV. Ergebnis

- 1) Bilateral vereinbarte Programme zirkulärer Migration werden häufig in den Anwendungsbereich des Allgemeinen Dienstleistungsübereinkommen der WTO (GATS) fallen, da dieses Abkommen einen weiten Begriff von grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung verwendet, der die Erbringung vermittels der Präsenz natürlicher Personen auf dem Hoheitsgebiet eines anderen WTO-Mitglieds einschließt.
- 2) Wenn der Anwendungsbereich des GATS eröffnet ist, gilt der Grundsatz der Meistbegünstigung, der in Art. II:1 GATS als allgemeine Rechtspflicht für alle WTO-Mitglieder niedergelegt ist. Er macht, sofern er zur Anwendung kommt, ein Programm zirkulärer Migration faktisch unmöglich.
- 3) Ohne eine spezielle Anpassung der PZMs greifen die im GATS vorgesehenen Ausnahmen vom Meistbegünstigungsprinzip nicht ein. Insbesondere können die Voraussetzungen für eine Ausnahme, die das GATS zugunsten von bilateralen bzw. regionalen Handelsabkommen (RTAs) vorsieht, von PZMs auf der Ebene der EU-Mitgliedstaaten nicht erfüllt werden. Eine ausdrückliche Ausnahmeregelung für Deutschland besteht nur für Werkvertragsarbeitnehmer-Abkommen mit bestimmten europäischen Staaten und Mittelmeerländern.
- 4) Das Konfliktpotenzial zwischen bilateralen PZMs und dem multilateralen Handelssystem der WTO kann auf verschiedenen Wegen verringert werden. Verlässlich lassen sich Konflikte mit dem GATS nur ausschließen, wenn die Tätigkeiten, die die im Rahmen eines PZM zuge-

¹²⁵ Tietje/Nowrot, Aufenthaltsregelungen des GATS, ZAR 2007, S. 215 f.

lassenen Migranten ausüben, keine Bezüge zum Dienstleistungssektor aufweisen. Alle übrigen Optionen sind mit rechtlichen Unsicherheiten behaftet und setzen darüber hinaus eine enge Kooperation mit der Europäischen Kommission und den übrigen EU-Mitgliedstaaten über das Vorgehen auf der Ebene der WTO voraus (soweit die Zuständigkeit nicht ausschließlich bei der EU liegt, dazu sogleich).

D. Konflikte mit den Zuständigkeiten der Europäischen Union

I. Problemaufriss

Als letzten Themenkomplex behandelt das vorliegende Gutachten die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten. Diskutiert werden rechtliche Grenzen für den Abschluss von völkerrechtlichen Vereinbarungen über staatliche PZMs, die sich unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeiten der EU für die Regelung der Arbeitsmigration und des Dienstleistungshandels ergeben. Es geht darum, die Möglichkeiten und Grenzen für einen „nationalen Alleingang“ bei diesem Thema zu ermitteln.

Im Zentrum der kompetenzrechtlichen Diskussion zu PZMs stehen zwei Fragen: Erstens ist zu untersuchen, ob und in welchem Umfang die Ausübung der geteilten Zuständigkeit der EU für das Migrationsrecht nach Art. 77–80 AEUV zu einer Sperrwirkung für die Ausübung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen auf diesem Feld geführt hat (II.). Zweitens ist – im Anschluss an die im Teil C. diskutierten Fragen des Welthandelsrechts – danach zu fragen, welche Teilaspekte von PZMs in die ausschließliche Zuständigkeit der EU zur Regelung der Gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 AEUV fallen (III.).

Aus dieser kompetenzdogmatischen Bestandsaufnahme wird sich ergeben, bei welchem sachlichen Zuschnitt ein PZM nur noch als sog. gemischtes Abkommen, also gemeinsam von der EU und ihren Mitgliedstaaten, geschlossen werden kann.

II. Gesetzgebungs- und Vertragsschlusskompetenzen der EU im Bereich der Arbeitsmigration

1. Umfang und Natur der Gesetzgebungskompetenz der Union

Die Gesetzgebungskompetenz der Union zur Regelung von Fragen der Arbeitsmigration folgt aus Art. 79 Abs. 2 lit. a und lit. b AEUV. Danach kann die Union Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen für Drittstaatsangehörige festlegen sowie deren Rechtsstellung während des Aufenthalts in der EU definieren.

(1) Vor dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags (1.12.2009) war in der rechtswissenschaftlichen Diskussion umstritten, ob und in welchem Umfang die Union die Kompetenz zur Regelung des Arbeitsmarktzugangs besaß. Nach der hier vertretenen Ansicht vermittelte bereits die Vorgängernorm zu Art. 79 Abs. 2 AEUV die Kompetenz, Erwerbsvoraussetzungen und Rechtsfolgen von Aufenthaltstiteln im Bereich der Arbeitsmigration zu regeln.¹²⁶ Diese

¹²⁶ So auch *Gößling*, Der Aufenthaltsstatus von ausländischen Arbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland, 2009, S. 47–51; *Laas*, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, 2008, S. 245 f.; *Kau*, Perspektiven und Probleme europäischer Einwanderungspolitik, in: Hofmann/Löhr (Hrsg.), Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht, 2008, S. 208; *ter Steeg*, Das Einwanderungskonzept der EU, 2006, S. 327–333; *Brinkmann*, The Immigration and Asyl Agenda, ELJ 10 (2004), S. 187.

Ansicht war im Ergebnis auch für die Praxis der Organe handlungsleitend, wie z.B. die Blue-Card-Richtlinie 2009/50 oder die Richtlinie 2005/71 zur Forschermigration zeigen. Nach anderen Ansichten musste die Union für die Regelung des Arbeitsmarktzugangs von Drittstaatsangehörigen auf eine andere, in ihren Handlungsmöglichkeiten begrenztere Rechtsgrundlage zurückgreifen (heute Art. 153 Abs. 1 lit. g AEUV)¹²⁷ oder es fehlte insgesamt an der Kompetenz der EU zur Regelung der Arbeitsmigration, sodass diese Themen allein in nationaler Zuständigkeit verblieben.¹²⁸ Erste Stellungnahmen nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags deuten in die Richtung, dass die betreffenden Autoren an ihren zuvor vertretenen Ansichten im Wesentlichen festhalten.¹²⁹

Es erscheint nicht zweckmäßig, an dieser Stelle den Streit zu vertiefen. In der Praxis nimmt die Union eine Kompetenz für sich in Anspruch, Fragen der Arbeitsmigration verbindlich zu regeln. Die rechtliche Grundlage in den EU-Verträgen hat sich durch die jüngste Vertragsänderung konsolidiert.

(2) Entscheidend für die hiesigen Untersuchungszwecke sind zwei andere Bestimmungen, die den Umfang festlegen, in dem die mögliche Aktivität der EU auf dem Gebiet der Arbeitsmigration auf die Kompetenzen der Mitgliedstaaten zurückwirkt.

Grundlegend ist zum einen Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV, der das Projekt, den Bürgerinnen und Bürgern einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zu bieten, zu dem auch die rechtliche Gestaltung des europäischen Migrationsraums gehört, dem Typus der geteilten Zuständigkeit zuordnet. Nach der Legaldefinition dieses Typus in Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV verlieren die Mitgliedstaaten das Recht zur Ausübung ihrer Kompetenzen nur in dem Umfang, in dem die Union von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht hat. Ein rechtlich verbindliches Protokoll zu den EU-Verträgen erläutert diese Bestimmung dahingehend, dass sich die Sperrwirkung im Zweifel nicht auf ganze Sachbereiche, sondern lediglich auf den konkreten Regelungsgegenstand des betreffenden Unionsrechtsakts erstreckt.¹³⁰

Für die Frage der Zuständigkeit für PZMs bedeutet das konkret, dass sich nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung keine Handlungsverbote für die Ausgestaltung von PZMs auf der Ebene der Mitgliedstaaten ergeben. Die Union hat von ihren Gesetzgebungskompetenzen in diesem Bereich bisher gar keinen Gebrauch gemacht; es kann deshalb bis auf Weiteres offen bleiben, wie weit diese EU-Kompetenzen reichen würden, was den kritischen Punkt der Regelung des Arbeitsmarktzugangs angeht. Mangels Rechtsetzungsaktivität

¹²⁷ *Knauff*, Europäische Einwanderungspolitik, ZEuS 2004, S. 20–23; *Langenfeld/Benecke*, in: Grabitz/Hilf (34. EL 2008), Art. 137 EG, Rn. 88.

¹²⁸ *Weiß*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 63 EG, Rn. 39–41; *Wilson*, Die Rechte von Drittstaatsangehörigen nach Gemeinschaftsrecht, 2007, S. 54, 88 f.; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, 3. Aufl. 2007, Art. 62 EG, Rn. 21.

¹²⁹ Siehe etwa *Kugelmann*, § 41: Einwanderungs- und Asylrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2010, Rn. 204, 207

¹³⁰ Protokoll (Nr. 25) zum Lissabonner Vertrag über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit.

auf der Ebene der Union realisiert sich das für den Typus der geteilten Zuständigkeit charakteristische Potenzial zur Sperrwirkung für mitgliedstaatliche Rechtsetzung derzeit nicht.

Während sich der vorstehende Befund mit dem Stand der Rechtsetzung der EU verändern könnte, ist eine dauerhafte Handlungssperre für die Union in Art. 79 Abs. 5 AEUV niedergelegt. Nach dieser Vorschrift berühren die Gesetzgebungskompetenzen der Union unter Art. 79 AEUV nicht das Recht der Mitgliedstaaten, die Zahl der neu zugewanderten Erwerbsmigranten aus Drittländern festzulegen. Die rechtliche Bedeutung dieser neuen, durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Vorschrift ist noch nicht abschließend geklärt. Sie beschränkt entweder bereits die Handlungsmöglichkeiten der Union, indem ihr eine abschließende Regelung der Zuwanderung von Arbeitnehmern und Selbstständigen aus Drittstaaten versagt ist, oder die Bestimmung eröffnet den Mitgliedstaaten eine Befugnis, mittels zahlenmäßiger Beschränkungen der Erwerbszuwanderung von etwaigen zugangseröffnenden Regelungen der Union abzuweichen.¹³¹ Fest steht im Ergebnis jedenfalls, dass die Union durch ihre Gesetzgebungsaktivitäten auf dem Gebiet der Arbeitsmigration die Mitgliedstaaten nicht daran hindern kann, vom Instrument der zahlenmäßigen Beschränkung von neu zugewanderten Erwerbsmigranten (Zugangsquoten) Gebrauch zu machen. Insoweit tritt also dauerhaft keine Sperrwirkung für mitgliedstaatliche Rechtsetzung ein.

2. Umfang und Natur der Vertragsschlusskompetenz

Für die rechtliche Ausgestaltung von PZMs ist nach der hier zugrunde gelegten Definition konstitutiv, dass sie auf einer partnerschaftlichen Regelung mit den Herkunftsstaaten beruhen. Somit ist nicht nur nach der Verteilung der Zuständigkeit zur (internen) Gesetzgebung zu fragen, sondern darüber hinaus nach der Verteilung der Zuständigkeiten zum Abschluss vom (externen) bilateralen Verträgen mit Drittländern. Wie die bisherige Praxis der sog. Mobilitätspartnerschaften der EU zeigt, die rechtlich allein auf unverbindlichen „Gemeinsamen Erklärungen“ der Beteiligten beruhen, ist das Eingehen völkerrechtlich *verbindlicher* Verträge kein notwendiger Bestandteil eines PZM.¹³² Als Handlungsoption steht dies gleichwohl im Raum, sodass sich die Frage nach der rechtlichen Möglichkeit eines nationalen Alleingangs stellt.

(1) Soweit keine spezielle Ermächtigung in den EU-Verträgen vorgesehen ist, gilt für das Verhältnis von internen und externen Kompetenzen der Grundsatz der Parallelität. Dieser von der Rechtsprechung entwickelte Ansatz von impliziten externen Kompetenzen, die der Union parallel zur Ausübung der internen Kompetenzen zuwachsen, ist heute in Art. 216 Abs. 1

¹³¹ Vgl. *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV, 2010, Art. 80 AEUV, Rn. 12: „arbeitsmarktpolitische[r] ordre public“.

¹³² Kritisch *Carrera/Hernández i Sagrera*, *The Externalisation of the EU's Labour Immigration Policy*, 2009, S. 28 ff.

AEUV niedergelegt. Vereinfacht gesagt, reichen die externen Vertragsschlusskompetenzen der Union ebenso weit wie ihre internen Gesetzgebungskompetenzen.¹³³

Die externen Kompetenzen teilen grundsätzlich die Rechtsnatur der internen Kompetenzen, aus denen sie abgeleitet sind. Sie sind im vorliegenden Fall also geteilter Natur, sodass eine Sperrwirkung für mitgliedstaatliches Handeln erst mit der konkreten Ausübung der Kompetenz durch die Union einhergeht. Allerdings bestehen insofern Abweichungen von einem unionsinternen Sachverhalt, als es keiner erschöpfenden internen Regelung bedarf, um eine Sperre für völkervertragliches Handeln der Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten auszulösen.¹³⁴ Vielmehr kommt es schon bei einer weniger dichten Regelung auf eine konkrete Analyse an, ob paralleles externes Handeln der Mitgliedstaaten die einheitliche und kohärente Anwendung der geltenden Unionsvorschriften und ein reibungsloses Funktionieren des von ihnen errichteten Systems beeinträchtigen kann.¹³⁵ Dieses Verbot, die Ausübung der Kompetenzen der Union durch vorgreifliche oder parallele Aktivitäten zu stören, ist heute als ein Unterfall einer (nachträglichen) ausschließlichen Zuständigkeit gemäß Art. 3 Abs. 2 AEUV kodifiziert.

Wie erwähnt, besteht eine allgemeine Sperrwirkung für mitgliedstaatliche PZMs derzeit nicht. Allerdings ist zu beachten, dass nach dem angeführten Beeinträchtigungs-Verbot bereits die Aufnahme von Vertragsverhandlungen mit einem Drittstaat seitens der EU dazu führen kann, dass die Mitgliedstaaten an der Fortführung von Parallelverhandlungen mit dem betreffenden Drittstaaten gehindert sind: Sobald für einen Sachverhalt eine (nachträgliche) ausschließliche Zuständigkeit der Union entstanden ist, sind die Mitgliedstaaten nur noch kraft einer ausdrücklichen Ermächtigung durch die Union und in enger Abstimmung mit der Kommission zu eigenständigen Handlungen berechtigt, Art. 2 Abs. 1 AEUV.¹³⁶

(2) Allerdings ist auch im Außenverhältnis danach zu fragen, wie sich die Spezialregelung des Art. 79 Abs. 5 AEUV auf die Kompetenzverteilung auswirkt. Es spricht einiges dafür, dass die Unberührtheitsklausel auch die externen EU-Kompetenzen im Bereich der Arbeitsmigration dergestalt begrenzt, dass den Mitgliedstaaten das in Art. 79 Abs. 5 AEUV garantierte Instrument von Zugangsquoten verbleiben muss. Diese Bestimmung hindert die Union also zwar nicht daran, im Bereich der Arbeitsmigration völkerrechtliche Abkommen zu schließen. Sie stünde aber einer Vertragspraxis der EU entgegen, bei der sie völkerrechtliche Verpflichtungen gegenüber Drittstaaten begründet, die das in Art. 79 Abs. 5 AEUV eingeräumte Recht der Mitgliedstaaten berührt. Völkerrechtliche Verpflichtungen, die zahlenmäßige Zusagen für neu zuwandernde Erwerbsmigranten betreffen, können nur die Mitgliedstaaten selbst begründen.

¹³³ Bast/von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (41. Lfg. 2010), Art. 5 EUV, Rn. 43.

¹³⁴ Näher Thym, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 452 ff.

¹³⁵ EuGH, Gutachten 1/03, Lugano-Übereinkommen, Slg. 2006, I-1145, Rn. 124 ff.

¹³⁶ Zu den Kooperationspflichten siehe EuGH, Rs. 804/79, Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1981, 1045, Rn. 28.

Konkret gesprochen braucht die EU also die Mitgliedstaaten als Ko-Vertragspartner eines PZM, wenn in diesem Rahmen verbindliche Quotenzusagen über den Zugang von Drittstaatsangehörigen eingegangen werden sollen. Als alleiniger Vertragspartner des Drittlands könnte die EU wegen Art. 79 Abs. 5 AEUV derartige Verpflichtungen nicht mit bindender Wirkung für die Mitgliedstaaten übernehmen.

Umgekehrt dagegen dürfen die Mitgliedstaaten unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich alleine ein PZM aushandeln und abschließen, solange die EU mit dem betreffenden Drittstaat selbst keine Verhandlungen aufnehmen will. Sobald aber die EU eine solche Absicht in einem entsprechenden Verhandlungsmandat nach Art. 281 Abs. 3 AEUV konkretisiert hat, kommt eine Fortsetzung der Verhandlungen nur in enger Abstimmung mit der Kommission in Frage.

Als Resultat dürfte in beiden Fällen ein gemischtes Abkommen stehen, an dem als Vertragspartner neben der EU und dem Drittland diejenigen Mitgliedstaaten teilnehmen, die verbindliche Zugangsquoten für bestimmte Kategorien von Erwerbsmigranten versprechen. Ein solches gemischtes PZM hat ohnehin den Vorteil, dass das „EU-Lager“ Verhandlungsmasse einbringen kann, die den Mitgliedstaaten aus kompetenzrechtlichen Gründen fehlt, namentlich Visaerleichterungen für kurzfristige Aufenthalte (mittlerweile eine ausschließliche Zuständigkeit der EU).¹³⁷

Zusammenfassend steht die Kompetenzverteilung im Bereich der Arbeitsmigration einem im nationalen Alleingang (hier: in alleiniger deutscher Verantwortung) ausgehandelten und abgeschlossenen Abkommen solange nicht entgegen, wie die EU mit dem betreffenden Partnerland nicht eigene Vertragsverhandlungen über Migrationsfragen aufnehmen will.

III. Gesetzgebungs- und Vertragsschlusskompetenzen der EU im Bereich des Dienstleistungshandels

Die vorstehende Diskussion der Kompetenzverteilung zwischen EU und ihren Mitgliedstaaten klammerte die in Teil C. diskutierte Problematik aus, dass bestimmte Aspekte von PZMs im Schnittbereich zwischen Migrations- und internationalem Wirtschaftsrecht zu lokalisieren sind, sodass die Anwendbarkeit von Regeln des GATS im Raum steht. Diese Problematik, die oben von der materiell-rechtlichen Seite des Meistbegünstigungsgrundsatzes her diskutiert wurde, hat auch eine kompetenzrechtliche Seite.

Die handelspolitischen Kompetenzen der EU sind in Art. 206, 207 AEUV definiert. Diese gehört zu den ausschließlichen Zuständigkeiten der EU, wie sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV ergibt. Anders als bei den eben erwähnten Sperrwirkung kraft gesetzlicher Regelung (sekundäre bzw. legislative Ausschließlichkeit) handelt es sich um einen Politikbereich, auf dem die Mitgliedstaaten unabhängig vom Stand der Ausübung der unionsrechtlichen Kompetenz von

¹³⁷ *Martenczuk*, Visa Policy and EU External Relations, in: ders./S. van Thiel (Hrsg.), Justice, Liberty, Security, 2008, S. 42.

jeglicher Aktivität, die nicht auf einer Ermächtigung durch die Union beruht, ausgesperrt sind (primäre bzw. konstitutionelle Ausschließlichkeit). In dem Maße, in dem ein PZM Aspekt betrifft, die unter die Gemeinsame Handelspolitik nach Art. 207 AEUV fallen, sind die Mitgliedstaaten an Gesetzgebungs- oder Vertragsschlussaktivitäten gehindert: Diese Aspekte fallen auch dann in die ausschließliche Zuständigkeit der Union, wenn sie inaktiv bleibt.

Dabei ist zu beachten, dass sich der Umfang der Aktivitäten, die zur Gemeinsamen Handelspolitik gehören, durch den Vertrag von Lissabon erheblich ausgeweitet hat.¹³⁸ Insofern kann auf die frühere Rechtsprechung und Literatur zu diesem Thema nur noch eingeschränkt zurückgegriffen werden. In seinem sog. WTO-Gutachten aus dem Jahr 1994 hatte der EuGH den damaligen Stand der Rechtsentwicklung noch so interpretiert, dass bestimmte Aspekte des WTO-Rechts nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaften fielen. Ein wichtiger Aspekt waren damals die Regelungen des GATS zur Personenmobilität, die nach Auffassung des EuGH nicht zur Gemeinsamen Handelspolitik gehörten.¹³⁹ In der Folge wurden die WTO-Übereinkommen insgesamt als gemischtes Abkommen geschlossen.

Genau an dieser vertraglichen Ausgangslage hat der Lissabonner Vertrag durch eine Ausweitung der ausschließlichen Zuständigkeiten der Union Veränderungen vornehmen wollen, um bei zukünftigen Abkommen handelsrechtlichen Inhalts auf eine zeitraubende mitgliedstaatliche Ratifizierungsphase verzichten zu können. Die Wahrung mitgliedstaatlicher Autonomieinteressen erfolgt nunmehr im Wesentlichen über Einstimmigkeitserfordernisse bei der Genehmigung entsprechender Abkommen durch den Rat, nicht mehr durch eine Beschränkung der Verbandskompetenz der EU.¹⁴⁰ Nunmehr umfasst die Gemeinsame Handelspolitik unter anderem den Abschluss von Abkommen, die „den Handel mit Waren *und Dienstleistungen* betreffen“ (Art. 207 Abs. 1 AEUV; Hervorhebung hinzugefügt).

In der Konsequenz bedeutet dies: Soweit ein PZM den Handel mit Dienstleistungen – im oben ausführlich diskutierten Sinne, der die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern eines ausländischen Dienstleistungsunternehmens einschließt – betrifft, besteht eine ausschließliche Zuständigkeit der EU, diesen Teilaspekt zu regeln und entsprechende Abkommen zu schließen.¹⁴¹ Ein nationaler Alleingang bei einem PZM ist damit nur möglich, wenn Fragen der Dienstleistungserbringung vom Anwendungsbereich der Abkommen ausgeschlossen sind (die oben angesprochene „spanische Lösung“).

¹³⁸ Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon, 2009, S. 9 ff.

¹³⁹ EuGH, Gutachten 1/94, WTO-Übereinkommen, Slg. 1994, I-5267, Rn. 46.

¹⁴⁰ Oeter/Boysen, § 32: Außenwirtschaftsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 11.

¹⁴¹ Bungenberg, Going Global? The EU Common Commercial Policy after Lisbon, European Yearbook of International Economic Law 1 (2010), S. 132. Zu entsprechenden Klauseln in Freihandelsabkommen der EU siehe KOM(2007) 248 endg. vom 16.5.2007, S. 18.

IV. Ergebnis

- 1) Die Mitgliedstaaten der EU können beim gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung grundsätzlich im nationalen Alleingang ein PZM mit einem Drittland vereinbaren, solange die Union nicht mit demselben Partnerstaat Vertragsverhandlungen aufnehmen will. Die EU dagegen benötigt die Mitwirkung der Mitgliedstaaten im Rahmen eines „gemischten“ PZM, denn nur sie können Quotenzusagen für die Aufnahme von Erwerbsmigranten aus Drittland machen (siehe Art. 79 Abs. 5 AEUV).
- 2) Für die Regelung der handelsbezogenen Aspekte eines PZM – einschließlich der grenzüberschreitenden Arbeitsnehmerentsendung von ausländischen Dienstleistungsunternehmen und der Beschäftigung von Arbeitnehmern in inländischen Niederlassung eines solchen Unternehmens – ist ausschließlich die EU zuständig. Ein nationaler Alleingang ist nur möglich, wenn Fragen der Dienstleistungserbringung nicht betroffen sind.
- 3) Im Übrigen ist das PZM insgesamt als gemischtes Abkommen zu schließen.

Zusammenfassung

Das vorliegende Gutachten untersucht die rechtlichen Rahmenbedingungen für staatliche Programme zirkulärer Migration. In Ermangelung konkreter Gesetzes- oder Vertragsentwürfe oder einer feststehenden rechtlichen Definition stellt die Arbeitsdefinition auf fünf charakteristische Elemente ab: 1) Partnerschaftliche Zusammenarbeit mit Herkunftsländern, 2) mitgliedstaatliche Zuständigkeit für die Politikformulierung und Durchführung, 3) temporärer Charakter der zugelassenen Aufenthalte, 4) gewisse Elemente der Ermöglichung zirkulärer Mobilität und 5) ein arbeitsmarktbezogener Charakter, ohne qua Definition auf bestimmte Berufsgruppen und/oder Qualifikationsniveaus festgelegt zu sein.

Die rechtlichen Grenzen und Konfliktpotenziale solcher Programme wurden in vier Hinsichten ausgelotet: das Entstehen individueller Bleiberechte von Migranten aufgrund menschenrechtlicher bzw. grundrechtlicher Vorgaben (A.), das Erfordernis parlamentarischer Legitimation für eine Neuausrichtung des geltenden Aufenthaltsrechts (B.), den Meistbegünstigungsgrundsatz des Dienstleistungsübereinkommens GATS, der eine Gleichbehandlung anderer Partnerstaaten gebieten würde (C.), und die Verteilung der migrationspolitischen Zuständigkeiten zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten, die einem nationalen Alleingang im Wege stehen könnte (D.).

Zum ersten Aspekt (A.) ist zunächst festzuhalten, dass die zuständigen Gerichte, vor allem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), die migrationspolitischen Gestaltungsspielräume der demokratischen Gesetzgeber anerkennen, zugleich aber gewisse menschen- bzw. grundrechtliche Vorgaben für deren Ausübung formulieren. Relevant hier sind vor allem die aufenthaltsrechtlichen Wirkungen des Schutzes von Ehe und Familie sowie die Schutzwürdigkeit des Netzes der sozialen Beziehungen am Aufenthaltsort, die als Teil des Privatlebens nach Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention betrachtet werden.

Diese Vorgaben führen jedoch nur in bestimmten (Ausnahme-)Konstellationen unmittelbar zu einem Rechtsanspruch auf Aufenthaltsgewährung. Vielmehr wirken sie in erster Linie als Berücksichtigungsgebote, die bei der legislativen Gestaltung des Migrationsrechts und bei seiner Anwendung im Einzelfall zu beachten sind. Dies impliziert, dass es auch bei Programmen zirkulärer Migration, die definitionsgemäß auf temporäre Aufenthalte ausgerichtet sind, keinen schematischen Ausschluss von Familiennachzug oder einen Rückkehrautomatismus geben darf. Geboten ist vielmehr die Schaffung von Verfahren, in denen die möglicherweise atypischen Umstände des Einzelfalls geltend gemacht und im Rahmen eines Abwägungsprozesses („fair balance“) gewürdigt werden können.

In Rahmen der gebotenen Abwägung ist gegebenenfalls zu berücksichtigen, wenn sich trotz des befristeten Charakters eines Aufenthalts soziale Bindungen am Aufenthaltsort entwickelt haben, die ungeachtet seines aufenthaltsrechtlichen Status für ein Bleiberecht des Migranten sprechen. Solche rechtlich relevanten „Verwurzelungen“ sind bei Programmen zirkulärer

Migration eher unwahrscheinlich; sie sind insbesondere dann denkbar, wenn sich eine Person zum wiederholten Male mit einem befristeten Aufenthaltstitel im Inland aufhält. Das Element der Zirkularität birgt also ein gewisses Potenzial, zu rechtlichen Verfestigungseffekten zu führen.

Die Dauer des Voraufenthalts ist nach der Rechtsprechung ein relevantes Abwägungskriterium neben weiteren, wie die sprachliche und berufliche Integration des Betroffenen, etwaige kriminelle Vorbelastungen, die Intensität der fortbestehenden sozialen Bindungen im Herkunftsland sowie die Auswirkungen einer Rückführung auf die schutzwürdigen Interessen Dritter, insbesondere naher Familienangehöriger. Fixe Schwellenwerte lassen sich der Rechtsprechung nicht entnehmen; vielmehr besteht eine gleitende Je-desto-Relation zwischen der (kumulierten) Dauer des Aufenthalts und dem rechtlichen Schutz des Bleibeinteresses. Als legislativ gesetzte Obergrenze für den Ausschluss von Verfestigungswirkungen sind Voraufenthalte von fünf Jahren anzusehen (vgl. die Regelung der EU-Daueraufenthalts-Richtlinie 2003/109).

Besonders starkes Gewicht kommt dem privaten Bleibeinteresse in Konstellationen zu, in denen familiäre Beziehungen zu einer Person entstanden sind, die im Inland ein gesichertes Aufenthaltsrecht besitzt. Am stärksten ausgebildet ist ein Bleiberecht aus familiären Gründen, wenn die Bezugsperson ein EU-Ausländer ist, nur etwas schwächer ist die Rechtsposition, wenn es sich bei der Bezugsperson um einen Deutschen oder einen Drittstaatsangehörigen handelt. In allen diesen Fällen kann das Eingehen einer Ehe oder die Geburt eines Kindes zum Entstehen eines verfestigungsfähigen Aufenthaltsrechts führen.

Im Ergebnis müssen Programme zirkulärer Migration mit dem Entstehen von aufenthaltsrechtlich relevanten Bindungen sozialer, insbesondere aber familiärer Art rechnen. Die menschenrechtliche Grundlegung des privaten Interesses an der Fortsetzung des Aufenthalts steht einem schematischen und rigiden System der Durchsetzung des temporären Charakters tendenziell entgegen. Für einen Teil der Migranten, die an einem Programm zirkulärer Migration teilnehmen, wird der ursprünglich temporäre Aufenthalt in eine dauerhafte, von Rechtsordnung gedeckte Einwanderung übergehen.

Andererseits würde die Reichweite der grund- und menschenrechtlichen Vorgaben bei weitem überschätzt, wenn man in ihnen einen generellen Hinderungsgrund für die Einführung von Programmen zirkulärer Migration sehen würde. Für die Mehrzahl der Teilnehmer an solchen Programmen wird sich – den politischen Willen vorausgesetzt – die Rückkehrerwartung an die temporären Zuwanderer rechtlich durchsetzen lassen, ohne in Konflikte mit völker- oder verfassungsrechtlichen Vorgaben zu geraten.

Die zweite Frage (B.) nach einer hinreichenden parlamentarischen Legitimation für Programme zirkulärer Migration stellt sich mit Blick auf Grundentscheidungen, die das geltende Aufenthaltsgesetz prägen. Das Konzept zirkulärer Migration steht ersichtlich im Spannungsverhältnis zu der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, von den Zuwanderern Bemühungen um eine Integration in die deutsche Gesellschaft zu fordern und ihnen zugleich die Chance auf rechtliche Verfestigung des Aufenthalts bis hin zum Erwerb eines Daueraufent-

haltsrechts zu geben, wenn die Integrationsbemühungen gelingen. Wenn der Grundakkord des AufenthG der Zweiklang aus Einwanderungschance und Integrationserwartung ist, erneuert das Konzept zirkulärer Migration das umgekehrte Motiv aus der Gastarbeiter-Ära: den Zweiklang aus Einwanderungsblockade und Rückkehrerwartung.

Dieser Prinzipienkonflikt führt indes nicht zur Rechtswidrigkeit solcher Programme, sondern hat zur Folge, dass ihre Einführung einem Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalt unterliegt. Eine systematische Einführung von Programmen zirkulärer Migration durch den Verordnungsgeber oder aufgrund von Regierungsabkommen ohne parlamentarische Zustimmung würde dem Vorrang des Gesetzes widersprechen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Programme über ein quantitativ unbedeutendes Experimentierstadium hinausgehen und sich zum maßgeblichen Modell entwickeln sollen, nach dem relevante Segmente der Arbeitsmigration nach Deutschland organisiert werden.

Der dritte Abschnitt behandelt die rechtliche komplizierte Frage, ob seit der Gründung der Welthandelsorganisation (WTO) zum 1.1.1995 Teile des Migrationsgeschehens den Regeln des Welthandelsrechts unterstehen und damit der Grundsatz der Meistbegünstigung zur Anwendung kommt (C.). Dann wären Deutschland und die übrigen WTO-Mitglieder faktisch nicht mehr frei in der Wahl ihrer Partner für die bilateral vereinbarten Programme zirkulärer Migration.

Die rechtliche Analyse zeigt, dass solche Programme häufig in den Anwendungsbereich des Allgemeinen Dienstleistungsübereinkommen (GATS) fallen werden, da es nach dem Verständnis des GATS auch dann um grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel geht, wenn natürliche Personen zwecks Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet eines anderen WTO-Mitglieds tätig werden. Dies schließt die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern ebenso ein wie die Tätigkeit für eine inländische Niederlassung eines ausländischen Unternehmens.

Wenn der Anwendungsbereich des GATS eröffnet ist, gilt der Grundsatz der Meistbegünstigung, der in Art. II:1 GATS als allgemeine Rechtspflicht für alle WTO-Mitglieder niedergelegt ist. Dies hätte zur Folge, dass ein Programm zirkulärer Migration faktisch unmöglich ist, weil es automatisch und ohne Gegenleistung auf alle WTO-Mitglieder ausgedehnt werden müsste. Die detaillierte Analyse der im GATS vorgesehenen Ausnahmen vom Meistbegünstigungsgrundsatz kommt zu dem Ergebnis, dass sie entweder für Programme zirkulärer Migration nicht einschlägig sind oder nur bei einer speziellen Ausgestaltung der Programme eingreifen würden. Eine ausdrückliche Ausnahmeregelung für Deutschland besteht nur für Werkvertragsarbeitnehmer-Abkommen mit bestimmten europäischen Staaten und Mittelmeerländern.

In Übrigen lassen sich Konflikte mit dem GATS verlässlich nur ausschließen, wenn die Tätigkeiten, die die im Rahmen eines bilateralen Migrationsprogramms zugelassenen Migranten ausüben, keine Bezüge zum Dienstleistungssektor aufweisen, indem die befristet zugelassenen Arbeitnehmer ausschließlich in der Landwirtschaft oder der Industrie beschäftigt werden. Alternative Strategien, wie die Einholung einer Ausnahmegenehmigung durch den Mi-

nisterrat der WTO oder der Abschluss von Freihandelsabkommen mit Herkunftsländern, lassen sich nicht im nationalen Alleingang realisieren.

Dies verweist auf die Relevanz einer vierten Konfliktquelle, die vertikale Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten (D.). Die kompetenzdogmatische Analyse ergab: Die Mitgliedstaaten der EU können beim gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung der EU im nationalen Alleingang ein PZM mit einem Drittstaat vereinbaren, solange die Union nicht mit demselben Partnerstaat Vertragsverhandlungen über Migrationsfragen aufnehmen will. Die EU dagegen benötigt die Mitwirkung der EU-Mitgliedstaaten im Rahmen eines „gemischten“ PZM, denn nur sie können Quotenzusagen für die Aufnahme von Erwerbsmigranten aus Drittstaaten machen (siehe Art. 79 Abs. 5 AEUV).

Allerdings hat die eben erwähnte handelsrechtliche Problematik auch eine kompetenzrechtliche Dimension: Für die Regelung der handelsbezogenen Aspekte eines PZM – einschließlich der grenzüberschreitenden Arbeitsnehmerentsendung – ist ausschließlich die EU zuständig. Ein nationaler Alleingang ist nur möglich, wenn Fragen der Dienstleistungserbringung im konkreten Fall nicht berührt sind.

Insgesamt spricht viel dafür, Programme zirkulärer Migration im Verbund mit der EU auszuhandeln und als gemischtes Abkommen zu schließen. Wenn die politische Willensbildung in die Richtung geht, den deutschen Arbeitsmarkt für temporäre Arbeitsmigration zu öffnen, sollte dies als deutscher Beitrag in die Bemühungen der Europäischen Kommission um die Vereinbarung von EU-Mobilitätspartnerschaften eingespeist werden. Die kompetenzrechtlichen Probleme eines isolierten Vorgehens beider Handlungsebenen würden so gelöst und einer koordiniert-europäischen Strategie im Umgang mit dem welthandelsrechtlichen Konfliktpotenzial der Weg gewiesen.

Literaturverzeichnis

M. Abella, Policies and Best Practices for Management of Temporary Migration, UN/POP/MIG/SYMP/2006/03, Juni 2006, unter <http://www.un.org/esa/population/migration/turin/index.html>.

S. Angenendt, Circular Migration: A Sustainable Concept for Migration Policy?, SWP Comments Nr. 11, 2007, unter <http://www.swp-berlin.org>.

A. K. Abu-Akeel, The MFN as it Applies to Service Trade: New Problems for an Old Concept, JWT 33(4) 1999, S. 103–129.

R. Adlung/M. Molineuvo, Bilateralism in Service Trade: Is There Fire behind the (BIT-)Smoke?, JIEL 11 (2008), S. 365–409.

K. J. Bade/M. Bommers, Migration und politische Kultur im „Nicht-Einwanderungsland“, in: K. J. Bade, Sozialhistorische Migrationsforschung, 2004, S. 437–471.

G. Benassi, Die Bedeutung der humanitären Aufenthaltsrechte des § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG im Lichte des Art. 8 EMRK, InfAuslR 2006, S. 397–404.

J. Bergmann, Aufenthaltserlaubnis auf Grund von „Verwurzelung“, ZAR 2007, S. 128–132.

M. Bommers, Die Planung der Migration, ZAR 2009, S. 376–381.

G. Brinkmann, The Immigration and Asyl Agenda, ELJ 10 (2004), S. 182–199.

M. Bungenberg, Going Global? The EU Common Commercial Policy after Lisbon, European Yearbook of International Economic Law 1 (2010), S. 123–151.

S. Carrera/Raül Hernández i Sagrera, The Externalisation of the EU's Labour Immigration Policy: Towards Mobility or Insecurity Partnerships?, CEPS Working Document No. 321, October 2009, unter <http://www.ceps.eu>.

M. Caroni, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration: Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, 1999.

A. Carzaniga, The GATS, Mode 4, and Pattern of Commitments, in: A. Mattoo/A. Carzaniga (Hrsg.), Moving People to Deliver Services, 2003, S. 21–26.

S. Charnovitz, Trade Law Norms on International Migration, in: T. A. Aleinikoff/V. Chetail (Hrsg.), Migration and International Legal Norms, 2003, S. 241–253.

S. Castles, Back to the Future? Can Europe Meet its Labour Needs through Temporary Migration?, International Migration Institute (IMI) Working Paper No. 1/2006, http://www.imi.ox.ac.uk/publications/working_papers.

R. Chanda, Mobility of Less Skilled Workers under Bilateral Agreements: Lessons for the GATS, JWT 43(3) 2009, S. 479–506.

M. Collyer, The Development Impact of Temporary International Labour Migration on Southern Mediterranean Sending Countries: Contrasting Examples of Morocco and Egypt, Sussex Centre for Migration Research, Working Paper T6, August 2004, unter http://www.migrationdrc.org/publications/working_papers/WP-T6.pdf.

M. Cremona, Circular Migration: A Legal Perspective (CARIM Analytical and Synthetic Notes, Circular Migration Series Legal Module), CARIM AS 2008/30, Robert Schumann Center for Advanced Studies, 2008, unter <http://www.carim.org>.

P. Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, *Der Staat* 49 (2010), S. 630–646.

U. Davy, Integration von Einwanderern, in: dies. (Hrsg.), *Die Integration von Einwanderern: Rechtliche Regelungen im europäischen Vergleich*, 2001, S. 925–988.

P. van Dijk, Protection of „Integrated“ Aliens against Expulsion under the European Convention on Human Rights, in: E. Guild/P. Minderhoud (Hrsg.), *Security of Residence and Expulsion*, 2001, S. 23–40.

M. Eckertz-Höfer, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, *ZAR* 2008, S. 41–46 (Teil 1), S. 93–96 (Teil 2).

Th. Faist/K. Sieveking/U. Reim/St. Sandbrink, *Ausland im Inland: Die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland*, 1999.

A. Farahat, The Exclusiveness of Inclusion: On the Boundaries of Human Rights in Protecting Transnational and Second Generation Migrants, *European Journal of Migration and Law* 11 (2009), S. 253–269.

P. Follmar-Otto, Temporäre Arbeitsmigration in die Europäische Union: Menschenrechtliche Anforderungen, Deutsches Institut für Menschenrechte (DIM) Policy Paper Nr. 7, April 2007, unter <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de>.

F. Fritsch, Der Schutz sozialer Bindungen von Ausländern: Eine Untersuchung zu Artikel 8 EMRK, 2009.

K. Gößling, *Der Aufenthaltsstatus von ausländischen Arbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland*, 2009.

Ch. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. Aufl. 2008.

S. Green, *The Politics of Exclusion: Institutions and Immigration Policy in Contemporary Germany*, 2004.

K. Groenendijk, Rechtliche Konzepte der Integration im EG-Migrationsrecht, *ZAR* 2004, S. 123–130.

K. Groenendijk, The Long-Term Residence Directive, Denizenship and Integration, in: A. Baldaccini u.a. (Hrsg.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2007, S. 429–450.

R. Grote/Th. Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006.

E. Guild/P. Barth, The Movement of Natural Persons and the GATS: A UK Perspective and European Dilemmas, *EFA Rev.* 4 (1999), S. 395–415.

L. Halleskov, The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near Equality, *European Journal of Migration and Law* 7 (2005), S. 181–201.

Ch. Hauschild, Neues europäisches Einwanderungsrecht: Das Daueraufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen, *ZAR* 2003, S. 350–353.

M. Hoppe, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zur Aufenthaltsbeendigung: Gibt es eine gemeinsame Linie in den Entscheidungen von EGMR, EuGH und BVerfG?, *ZAR* 2008, S. 251–258.

Ch. Joppke, Why Liberal States Accept Unwanted Immigration, *World Politics* 50 (1998), S. 266–293.

Ch. Joppke, Immigration and the Nation-State: The United States, Germany and Great Britain, 1999.

M. Kau, Perspektiven und Probleme europäischer Einwanderungspolitik, in: *R. Hofmann/T. Löhr* (Hrsg.), Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht Eine kritische Zwischenbilanz, 2008, S. 205–215.

R. Keil, Freizügigkeit, Gerechtigkeit, demokratische Autonomie, 2009.

M. Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999.

W. Kluth, Anwesenheit und Zugehörigkeit: Zur grundrechtsdogmatischen Verortung von Verwurzelung als neuem Topos des Aufenthaltsrechts, *ZAR* 2009, S. 381–386.

M. Knauff, Europäische Einwanderungspolitik: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, *ZEuS* 2004, S. 11–42.

H. Kolb, Verschiedene Einwanderungskonzepte in der deutschen Diskussion, Präsentation im Rahmen des Workshops „Standards für Konzepte legaler Einwanderung“, Missionsakademie Hamburg, 9.–10. September 2010, unveröff.

M. Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 2. Aufl. 2009.

M. Laas, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, 2008.

S. Lavenex, Towards an International Framework for Labour Mobility? The General Agreement on Trade in Services (GATS), in: *M. Bommers u.a.* (Hrsg.), Organisational Recruitment and Patterns of Migration: Interdependencies in an Integrating Europe, 2004, S. 23–46.

B. Martenczuk, Visa Policy and EU External Relations, in: *ders./S. van Thiel* (Hrsg.), Justice, Liberty, Security, 2008, S. 21–52.

R. Marx, Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V AufenthG wegen Verwurzelung, ZAR 2006, S. 261–268.

R. Marx, Aktuelle Entwicklungen im gemeinschaftsrechtlichen Ausweisungsschutz, ZAR 2007, S. 142–149.

A. Mattoo, MFN and the GATS, in: Th. Cottier/P. C. Mavroidis (Hrsg.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, 2000, S. 51–99.

M. Michaelis, § 20: Das materielle Recht der WTO: Dienstleistungen, in: *Hilf/Oeter, WTO-Recht*, 2. Aufl. 2010, S. 407–446.

A. Müller-Elschner, Menschenrechtliche Vorgaben für das Recht auf Familienleben nach Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in: K. Barwig u.a. (Hrsg.), *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, 2007, S. 165–176.

K. Newland/D. Ranveig Agunias/A. Terrazas, *Learning by Doing: Experiences of Circular Migration*, Insight, Migration Policy Institute (MPI), September 2008, unter www.migrationpolicy.org.

J. Nielson, Labor Mobility in Regional Trade Agreements, in: A. Mattoo/A. Carzaniga (Hrsg.), *Moving People to Deliver Services*, 2003, S. 93–111.

I. Omelaniuk, How Important is Labour Mobility for Development?, *Studia Diplomatica* Vol. LXI, 2008, Nr. 2, S. 27–42.

Organisation for Economic Co-operation and Development (Hrsg.), *Migration for Employment: Bilateral Agreements at a Crossroads*, 2004.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)/The World Bank/International Organization for Migration (IOM), *Trade and Migration: Building Bridges for Global Labour Mobility*, 2004.

F. Ortino, The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS: Selected Legal Issues, in: A. Kern/M. Andenas (Hrsg.), *The WTO and Trade in Services*, 2008, S. 173–204.

M. Panizzon, Trade and Labor Migration: GATS Mode 4 and Migration Agreements, FES Geneva, *Dialogue on Globalization Occasional Paper No. 47*, January 2010, unter <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/06955.pdf>.

R. Parkes, EU Mobility Partnerships: A Model of Policy Coordination?, *EJML* 11 (2009), S. 327–345.

St. Peers, Implementing Equality? The Directive on Long-term Resident Third-Country Nationals, *ELRev.* 29 (2004), S. 437–460.

E. Petzl, Circular Migration Schemes in the European Union Member States: Learning from German and Austrian Guest Worker Programs of the 1960/70s, *CARIM AS 2010/45*, Robert Schumann Center for Advanced Studies, 2010, unter <http://www.carim.org>.

G. Pinyol, Labour Agreements for Managing Migration: The Spanish Experience, IOM Workshop on Establishing Labour Migration Policies in Countries of Origin and Destination and Inter-State Collaboration in the Western Balkans, Tirana, February 2009, unter http://www.migrantservicecentres.org/userfile/G_Pinyol_CIDOB_Spain.pdf.

D. Ranveig Agunias, From a Zero-Sum to a Win-Win Scenario? Literature Review in Circular Migration, Migration Policy Institute (MPI), 2006, unter www.migrationpolicy.org.

M. Ruhs, The Potential of Temporary Migration Programmes in Future International Migration Policy (Paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the GCIM), September 2005, unter <http://www.gcim.org/attachements/TP3.pdf>.

D. Sander, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2008.

R. Schulze/M. Zuleeg/St. Kadelbach (Hrsg.), Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl. 2010.

B. Schöbener/J. Herbst/M. Perkans, Internationales Wirtschaftsrecht, 2010.

M. ter Steeg, Das Einwanderungskonzept der EU: Zwischen politischem Anspruch, faktischen Regelungsbedürfnissen und den primärrechtlichen Grenzen in Titel IV des EG-Vertrages, 2006.

D. Thym, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? Rechtsprechung des EGMR zum Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK und deren Verhältnis zum nationalen Aufenthaltsrecht, EuGRZ 2006, S. 541–554.

D. Thym, Humanitäres Bleiberecht zum Schutz des Privatlebens?, InfAuslR 2007, S. 133–144.

D. Thym, Abschied von Ist- und Regel-Ausweisung bei Verwurzelung: Zugleich ein Beitrag zur Vielfalt europäischer Grundrechtsordnungen, DVBl. 2008, S. 1346–1355.

D. Thym, Auswärtige Gewalt, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 441–488.

D. Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010.

C. Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 83, Januar 2009, unter <http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft83.pdf>.

Ch. Tietje/K. Nowrot, Stand und Perspektiven der Liberalisierung der Regelungen zum temporären Aufenthalt natürlicher ausländischer Personen nach dem Allgemeinen Dienstleistungsabkommen (GATS) der WTO, ZAR 2007, S. 213–222.

J. Vespermann, Das Konzept der zirkulären Migration – ein Überblick über die EU-Migrationspolitik, MenschenRechtsMagazin 14 (2009), S. 135–142.

St. Vertovec, Circular Migration: The Way Forward in Global Policy?, International Migration Institute (IMI) Working Paper No. 4/2007, unter http://www.imi.ox.ac.uk/publications/working_papers.

A. Walter, „Inländerdiskriminierung“ bei Familiennachzug, 2008, S. 8–13.

A. Walter, Familienzusammenführung in Europa: Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht, Nationales Recht, 2009.

Y. Wang, Most-Favoured-Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Services – And Its Application in Financial Services, *JWT* 30(1) 1996, S. 91–124.

E. Weizsäcker, Welche Bedeutung haben die Grundrechte für die Regelung von Migration?, in: C. Y. Robertson-von Trotha (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2009, S. 183–203.

Th. Wilson, Die Rechte von Drittstaatsangehörigen nach Gemeinschaftsrecht, 2007.

R. Wolfrum/T. Stoll/C. Feinäugle (Hrsg.), *WTO Trade in Services* (Max Planck Commentaries on World Trade Law Bd. 6), 2008.

W. T. Worster, Conflicts Between United States Immigration Law and the General Agreement on Trade in Services: Most Favored-Nation Obligation, *Texas International Law Journal* 42 (2006), S. 55–117.

R. Zapata-Barrero/R. Faúndez García/E. Sánchez Montijano, Temporary and Circular Migration: Reassessing Established Public Policies, *GRITIM Working Paper Series No. 1/2009*, unter <http://www.upf.edu/gritim/coneixement/workingpaper.html>.

B. Zangl, Die Internationalisierung der Rechtstaatlichkeit: Streitbeilegung in GATT und WTO, 2006.

S. Zeichen, Ausweisungsschutz für integrierte Fremde: Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art 8 EMRK, *ZÖR* 57 (2002), S. 413–454.

F. Zenger, Migrationssteuerung und Entwicklungseffekte durch zirkuläre Migration, *ZAR* 2008, S. 1–5.