

## Kapitel 5 Komplement: Menschenrechte als Grenzen der Illegalisierung

Menschenrechte komplementieren die Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten indem sie den Illegalisierungen Grenzen setzen. Diese Grenzziehung ist für die Konstruktion von eminenter Bedeutung,<sup>1349</sup> da sie das Spielfeld der Politik respektive der Gesetzgebung im Sinne eines „Bis-hierher-und-nicht-Weiter“<sup>1350</sup> begrenzt. Menschenrechte dienen jedoch nicht nur als Leitplanken für den Zug der Gesetzgebung<sup>1351</sup> im Bereich der illegalisierten Migration, sondern sie bilden auch einen normativen Rahmen, welcher in die verschiedenen Prozesse hineinwirkt und darin eine eigene (humanitäre, altruistische) Perspektive verankert, welche eine entwicklungsleitende Funktion einnimmt. In den Menschenrechtskatalogen und den unterschiedlichen einfachgesetzlichen bzw. sekundärrechtlichen Konkretisierungen kommt die humanitäre Perspektive am deutlichsten zum Ausdruck. Sie stellt insofern ein wichtiges Gegengewicht zu der in den Konstruktionselementen dominanten, ökonomischen Perspektive (gepaart mit der verstärkten Organisationsperspektive) dar.

Wenngleich eine umfassende Darstellung und Auseinandersetzung mit dem komplexen System der Menschenrechte in diesem Rahmen nicht möglich ist, so sollen sie zumindest in Grundzügen skizziert werden, um das Bild der illegalisierten Migration zu vervollständigen.

Zur überblicksartigen Konkretisierung des menschenrechtlichen Rahmens sollen daher zunächst die für den Bereich der illegalisierten Migration auf Unionsebene relevanten Menschenrechtsabkommen systematisie-

---

1349 Zur Bedeutung siehe jüngst auch *Markard*, ZAR 2019, S. 236-241. Zurückhaltender hingegen *Groß*, JZ 2019, S. 327 (327), der das Migrationsrecht nur eingeschränkt durch völkerrechtliche Vorgaben geprägt sieht.

1350 Siehe *Nußberger*, JZ 2018, S. 845 (854), die vor dem Hintergrund menschenrechtlicher Grenzziehungen im Diskurs auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung des „originären Wirkungsbereich[s]“ der Politik hinweist.

1351 Das Europäische Parlament verwendet für die Darstellung aktueller Gesetzgebungsverfahren den *legislative train schedule*, siehe <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/> (letzter Abruf am 3. Mai 2020).

rend vorgestellt und im Anschluss die im Hinblick darauf wichtigsten Rechte erläutert werden.<sup>1352</sup>

## § 1 Überblick Menschenrechtsabkommen

Es existiert inzwischen eine Vielzahl an internationalen Übereinkommen zum Menschenrechtsschutz. Allein die Vereinten Nationen haben seit ihrem Bestehen zehn Kernmensenrechtsverträge verabschiedet.<sup>1353</sup> Der folgende systematische Überblick beschränkt sich jedoch auf die aus uni-onsrechtlicher Sicht zentralen Kataloge.<sup>1354</sup>

### I. Zivilpakt (IPbpR) und Sozialpakt (IPwskR)

Der Zivilpakt (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte – IPbpR)<sup>1355</sup> wurde 1966 gemeinsam mit dem Sozialpakt (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – IPwskR)<sup>1356</sup> verabschiedet. Nachdem die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte noch unverbindliches *soft law* darstellte, sind die beiden Pakte als multilaterale völkerrechtliche Verträge bindendes Völkerrecht. Nach Art. 47 EUV besitzt die EU Völkerrechtspersönlichkeit und kann somit im Rahmen ihrer materiellen Sachkompetenz als Völkerrechtssubjekt völkerrechtliche Übereinkünfte schließen.<sup>1357</sup> Während jedoch sämtliche Mitgliedstaaten Vertragsparteien der beiden Pakte sind, ist die EU den Pakten nicht beigetre-

---

1352 Siehe vertiefend zu den Menschenrechten im Migrationskontext *Costello*, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*.

1353 Für eine Übersicht der Kernverträge mit Zusatzprotokollen, siehe: *UNHCR*, *The Core International Human Rights Treaties*.

1354 Da sich die Untersuchung auf die Ebene des Unionsrechts konzentriert, sind die nationalen Menschenrechtsverbürgungen nicht Gegenstand einer eigenen umfassenden rechtsvergleichenden Untersuchung, sondern werden nur punktuell ergänzend dargestellt.

1355 Siehe Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, veröffentlicht im BGBl. 1973 II, S. 1533.

1356 Siehe Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 veröffentlicht im BGBl. 1973 II, S. 1569.

1357 Siehe *Lorenzmeier*, ZJS 2012, S. 322-328 (322); ferner zur Entwicklung der Völkerrechtspersönlichkeit und Vertragspraxis der EU bis zum Vertrag von Lissabon siehe *Thym*, ZaöRV 2006, S. 863-925.

ten,<sup>1358</sup> sie ist daher nicht selbst daran gebunden, weshalb die Pakte für die Analyse des Unionsrechts in der vorliegenden Arbeit von untergeordneter Bedeutung sind.<sup>1359</sup>

## II. Die Genfer Flüchtlingskonvention

Der GFK<sup>1360</sup> und dem Protokoll von 1967 kommt im Bereich der illegalisierten Migration eine herausragende Rolle zu. Die GFK definiert den Flüchtlingsbegriff und die damit einhergehenden Rechte (und Pflichten). Wenngleich sie kein klassisches Menschenrechtsabkommen ist, fungiert sie gleichermaßen als Begrenzung migrationspezifischer Illegalisierungen, weshalb sie für die vorliegende Untersuchung als Funktionsäquivalent in diesem Kapitel ebenfalls berücksichtigt werden soll. Die EU ist der GFK nicht beigetreten,<sup>1361</sup> weshalb diese als völkerrechtliches Abkommen auf Unionsebene wie auch der Sozial- und Zivilpakt nicht direkt anwendbar ist.<sup>1362</sup>

Wenngleich sich aus dem Völkerrecht keine umfassende Bindung ergibt, hat sich die EU mit Art. 78 Abs. 1 AEUV, welcher die Vereinbarkeit

---

1358 Der erste Menschenrechtsvertrag, dem die EU am 23. Dezember 2010 als eigenes Rechtssubjekt beigetreten ist, ist die UN-Behindertenrechtskonvention.

1359 Gleichwohl soll nicht unterschlagen werden, dass der EuGH ihnen „bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts Rechnung trägt“, siehe EuGH, *Parlament / Rat* (C-540/03), EU:C:2006:429, Rn. 37.

1360 Der offizielle Titel lautet nicht Genfer Flüchtlingskonvention, sondern „Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge“.

1361 Im Stockholmer Programm wurde ein solcher Beitritt explizit gefordert, siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. 2010 C115/1, Punkt 6.2.1. Mit Blick auf die Formulierung in Art. 39 GFK, welcher von Staaten spricht, ist die Möglichkeit eines Beitritts jedoch auch zweifelhaft.

1362 Ausgenommen sind hiervon die Teile der GFK, die Völkergewohnheitsrecht darstellen, siehe *Hailbronner/Thym*, in: *Hailbronner/Thym*, Legal Framework for EU Asylum Policy, Rn. 47. Die Frage, ob das Refoulement-Verbot aus Art. 33 GFK tatsächlich als Völkergewohnheitsrecht mit universeller Geltung angesehen werden kann, ist umstritten. Siehe ausführlich dafür *Lauterpacht/Bethlehem*, in: *Feller/Nicholson/Türk* (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, S. 87-177; bejahend auch *Edwards*, *International Journal of Refugee Law* 2005, S. 293-330 (301); kritisch hingegen *Hathaway*, *Texas International Law Journal* 2010, S. 503-536 (506), der an der notwendigen Staatenpraxis und *opinio juris* zweifelt; ebenso kritisch *Hailbronner*, *Virginia Journal of International Law* 1986, S. 857-896 (858).

des migrationsrechtlichen Schutzregimes der EU mit der GFK im Primärrecht festgelegt, selbst zur Respektierung der GFK bekannt. Die Berücksichtigung der GFK im Rahmen der Auslegung wurde auch durch den EuGH wiederholt bestätigt.<sup>1363</sup>

### III. Die Europäische Menschenrechtskonvention

Auch die EMRK ist ein bindender völkerrechtlicher Vertrag, welchem die EU, trotz der primärrechtlichen Bestimmung dazu in Art. 6 Abs. 2 EUV, zumindest bislang<sup>1364</sup> ebenfalls nicht beigetreten ist. Die EU ist somit bisher selbst nicht unmittelbar gebunden. Durch die strenge Akzessorietät der Rechte aus der GRC zu den entsprechenden Rechten der EMRK<sup>1365</sup> ist die EMRK jedoch zumindest materiell vollständig in das Unionsrecht inkorporiert.<sup>1366</sup>

Die Lückenhaftigkeit der EMRK wurde teils durch eine sehr weite Auslegung durch den EGMR ausgeglichen. Auch die bisweilen sehr dynamische Auslegung des EGMR und der damit einhergehende erweiterte Schutzbereich ist vom geforderten Mindestgehalt in Art. 52 Abs. 3 GRC erfasst, wobei die Auslegung der einzelnen Grundrechte durchaus voneinander abweichen können, da die GRC einen umfassenderen Rechtekatalog vorsieht.<sup>1367</sup> Entscheidend ist somit, dass das „Gesamt-Schutzniveau“ der EMRK unter Einbeziehung der Rechtsprechung des EGMR nicht unterschritten wird, unabhängig von der konkreten Normkonstellation, auf welche die Gewährleistung gestützt wird.<sup>1368</sup>

---

1363 Siehe nur EuGH, *Bolbol* (C-31/09), EU:C:2010:351, Rn. 36 ff. m.w.N. zur entsprechenden Rechtsprechung.

1364 Zur Problematik des Beitritts der EU zur EMRK siehe das Gutachten 2/13 des EuGH., EU:C:2014:2454 sowie statt vieler nur *Kuijjer*, *The International Journal of Human Rights* 2018, S. 1-13 Und *Krenn*, *GLJ* 2015, S. 147-167.

1365 Siehe die Transferklausel in Art. 52 Abs. 3 GRC.

1366 Siehe *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRC, Rn. 52 ff.

1367 Siehe *Jarass*, *EuR* 2013, S. 29-45 (42), und *Naumann*, *EuR* 2008, S. 424-435 (430), der trotz der Autonomie des EuGH grundsätzlich eine vollständige Respektierung der Dogmatik des EuGH fordert.

1368 Siehe auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, *Abl.* 2007 C 303/02 (33): „Die Bedeutung und Tragweite der garantierten Rechte werden nicht nur durch den Wortlaut dieser Vertragswerke, sondern auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [...] bestimmt.“

Der Anwendungsbereich der EMRK bezieht sich auf die Personen, die der Hoheitsgewalt der Staaten unterstehen.<sup>1369</sup> Die Anknüpfung an die tatsächliche Hoheitsgewalt erlaubt eine Anwendung über das staatliche Hoheitsgebiet hinaus<sup>1370</sup> und ist daher in der Lage, auch Sachverhalte in der Außendimension zu erfassen,<sup>1371</sup> wie dies in den beiden richtungsweisen Entscheidungen *Hirsi* zur Zurückweisung auf hoher See<sup>1372</sup> und *N.D. und N.T.* in der Grenzzone der spanischen Enklave Melilla auch geschehen ist. Die Große Kammer ging in *N.D. und N.T.* aber sogar noch weiter. Während die dritte Kammer die *de facto*-Hoheitsgewalt Spaniens ab dem Moment bejahte, indem der vorgelagerte Grenzzaun überwunden war,<sup>1373</sup> lehnte die Große Kammer die Konstruktion eines von der Hoheitsgewalt ausgeschlossenen Gebiets der spanischen Regierung mit klaren Worten ab, da es nicht zur Disposition der Staaten stehe, schutzfreie Zonen zu errichten.<sup>1374</sup>

Eine weitere Konkretisierung ist im noch anhängigen Verfahren *S.S.*<sup>1375</sup> zu erwarten, welches die Unterstützung der libyschen Küstenwache und Koordination von Rettungsaktionen seitens Italiens betrifft.

*Moreno-Lax* hat in diesem Zusammenhang ein Modell „funktionaler Hoheitsgewalt“ vorgeschlagen, welches das Spannungsfeld bei der Anwendbarkeit von Menschenrechten zwischen Universalität und Staatensouverä-

---

1369 Siehe Art. 1 EMRK.

1370 Dabei wird das Hoheitsgebiet weiterhin als konzeptioneller Normalfall angesehen. Darüber hinausgehende Fälle bedürfen als Ausnahmen einer besonderen Rechtfertigung, siehe EGMR, *Bankovic and Others v. Belgium*, Urteil vom 12. Dezember 2001, Nr. 52207/99, Rn. 61.

1371 Zur Außendimension siehe ausführlich bereits Kapitel 4 § 2.

1372 Siehe EGMR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urteil vom 23. Februar 2012 (GK), Nr. 27765/09.

1373 „[F]rom the point at which the applicants climbed down from the border fences they were under the continuous and exclusive control, at least *de facto*, of the Spanish authorities.“ Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 3. Oktober 2017, Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 54.

1374 „[T]he existence of a fence located some distance from the border does not authorise a State to unilaterally exclude, alter or limit its territorial jurisdiction, which begins at the line forming the border“ und „the special nature of the context as regards migration cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system [...]. [T]he Convention cannot be selectively restricted to only parts of the territory of a State by means of an artificial reduction in the scope of its territorial jurisdiction.“ Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 13. Februar 2020 (GK), Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 109 f.

1375 EGMR, *S. S. and Others v. Italy*, Nr. 21660/18.

nität auflöst.<sup>1376</sup> Dies soll eine kohärente Konzeption von Hoheitsgewalt bereitstellen, welche den Ethos der Universalität der Menschenrechte mit der Existenz von nationalen Grenzen in einer globalisierten Welt vereint.<sup>1377</sup>

Während die Staatsgewalt in *Hirsi* unmittelbar durch Teile der italienischen Exekutive ausgeübt wurde, erfolgt diese in der *S.S. u.a.* zugrundeliegenden Konstellation stellvertretend („*by proxy*“) durch die libyschen Kräfte.<sup>1378</sup> Um bestehende Zurechenbarkeitslücken<sup>1379</sup> zu schließen, soll der funktionale Ansatz auch dann eine hoheitsgewaltliche Verbindung bejahen können, wenn es keinen direkten physischen Kontakt gibt.<sup>1380</sup> Sofern die operationale Machtinhaberschaft über Maßnahmen, die außerhalb des Territorium ausgeführt werden, bejaht wird, soll dies zu einer Ausübung von Hoheitsgewalt ausreichen.<sup>1381</sup>

*Moreno-Lax* verwendet die Beschreibung „funktional“, um die staatlichen Funktionen zu betonen, welche der Staatsgewalt Ausdruck verleihen.<sup>1382</sup> Sie moniert, dass bei der Anwendung des vorherrschenden Abgrenzungskriteriums der „effektiven Kontrolle“ die (*de facto*) Ausübung physischer Gewalt im Fokus stehe, während *de jure* Faktoren vernachlässigt würden.<sup>1383</sup> Anknüpfend an die Ausführungen des EGMR im Fall *Al-Skeini*,<sup>1384</sup> sieht sie die Hoheitsgewalt definiert durch „*an exercise of normative power by a state, with a claim to legitimacy, that establishes a sovereign-authority nexus with those concerned through factual or legal means, or a combination*

---

1376 „*Functional Jurisdiction*“ siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (385 f.), und zur Abgrenzung zu anderen Ansätzen, welche sich ebenfalls der Funktionalitäts-Terminologie bedienen (402).

1377 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (386).

1378 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (387), die in diesem Zusammenhang auch von „*contactless control*“ spricht, siehe *Giuffrè/Moreno-Lax*, in: *Juss* (Hrsg.), *Research Handbook on International Refugee Law*, S. 82-108, sowie *Markard*, *European Journal of International Law* 2016, S. 591-616 zu „*pull-backs*“.

1379 Zu den „*Legal Black Holes*“ auf hoher See siehe *Mann*, *European Journal of International Law* 2018, S. 347-372, sowie den umfassenden „*Topographical Approach to Accountability for Human Rights Violations in Migration Control*“ von *Tan/Gammeltoft-Hansen*, GLJ 2020, S. 335-354.

1380 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416.

1381 „*[T]he functional understanding maintains that operational power projected and actioned abroad, like other methods of territorial and/or personal control, amounts to an exercise of jurisdiction.*“ Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (388).

1382 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (401).

1383 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (402).

1384 Siehe EGMR, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Urteil vom 7. Juli 2011 (GK), Nr. 55721/07.

of both.“<sup>1385</sup> Dies hat zur Folge, dass nicht nur die effektive Kontrolle über Personen und Hoheitsgebiete entscheidend ist um die EMRK zur Anwendung zu bringen, sondern auch die Kontrolle über grundsätzliche Politikbereiche („*general policy areas*“) sowie einzelne taktische Operationen („*tactical operations*“), welche im Ausland durchgeführt werden oder dort Effekte erzeugen. Die Abgrenzung erfolgt also mehr in Bezug auf die jeweilige (Gesamt-)Situation als auf die Personen oder Örtlichkeiten.<sup>1386</sup> Eine Kontrolle ist im funktionalen Modell „effektiv“, wenn sie bei einer ganzheitlichen Betrachtung in der Lage ist, die tatsächliche oder rechtliche Position der betroffenen Personen zu beeinflussen.<sup>1387</sup>

Ob sich das Modell einer funktionalen Hoheitsgewalt durchsetzen wird, ist ebenso wenig vorherzusehen wie dessen mögliche Folgen.<sup>1388</sup> Es verdeutlicht in jedem Fall die Schwierigkeiten den Anwendungsbereich der EMRK an die neuen Formen der politischen Praxis in einer globalisierten Welt zu adaptieren.

#### IV. Die Europäische Grundrechtecharta

Die GRC wurde mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 1999 rechtsverbindlich<sup>1389</sup> und ist seitdem der zentrale Menschenrechtskatalog auf Unionsebene.<sup>1390</sup> Im Rahmen des systematisierenden Überblicks über die verschiedenen Menschenrechtskataloge sind insbesondere die Allgemeinen Bestimmungen in Kapitel VII der GRC bedeutsam, namentlich die Frage nach dem Anwendungsbereich, dem Verhältnis zu den nationalen Schutzbestimmungen und zur EMRK.

---

1385 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (402).

1386 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (403), die für die Qualifizierung der funktionalen Hoheitsgewalt auf die Kriterien „*impact*“, „*decisive influence*“ und „*operative involvement*“ zurückgreift, welche bei der Feststellung der „effektiven Kontrolle“ bereits anerkannt sind (405 ff.).

1387 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (414).

1388 Siehe *Moreno-Lax*, GLJ 2020, S. 385-416 (414 ff.), die selbst darauf hinweist, dass die Ausweitung des Anwendungsbereichs ein Hindernis für die internationale Kooperation im Migrationsbereich darstellen könnte oder Staaten dazu verleiten könnte, aus der EMRK auszutreten oder noch rigorosere Maßnahmen zu ergreifen.

1389 Siehe Art. 6 Abs. 3 EUV.

1390 Zur Entstehungsgeschichte der GRC siehe *Búrca*, *European Law Review* 2015, S. 799-810.

## 1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der GRC umfasst die gesamte Durchführung unionsrechtlicher Regelungen, gleich ob durch die Organe oder Einrichtungen der Union oder durch die Mitgliedstaaten.<sup>1391</sup> Das gilt auch, wenn den Mitgliedstaaten Ermessensspielräume eingeräumt werden.<sup>1392</sup> Dieser umfassende Geltungsanspruch wurde vom EuGH in der Entscheidung *Åkerberg Fransson* bestärkt, in welcher sich die Große Kammer für eine großzügige Auslegung entschied<sup>1393</sup> und somit eine mögliche Trennung der Grundrechtssphären (zwischen EU und Mitgliedstaaten) klar ablehnte.<sup>1394</sup>

## 2. Schutzniveau und mitgliedstaatlicher Schutz

Die GRC soll einen verbindlichen Mindeststandard schützen, dabei jedoch nicht in Konkurrenz zu den mitgliedstaatlichen Menschenrechtskatalogen stehen, welche einen weitergehenden Schutz vorsehen können.<sup>1395</sup> Das gilt jedoch nur, soweit „der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts [nicht] beeinträchtigt werden“.<sup>1396</sup> Außerdem können die Schutzvorschriften in der GRC keine weiteren Zuständigkeiten der EU begründen;<sup>1397</sup> es bleibt bei den in den Verträgen festgelegten Bereichen.

---

1391 Siehe Art. 51 Abs. 1 GRC. Zur Frage, inwieweit die Grundrechte der Charta Auswirkung auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts haben können siehe *Snell*, *European Law Review* 2018, S. 475-476. Ausführlich zum Anwendungsbereich der GRC im Kontext mitgliedstaatlicher Grundrechtsgarantien jüngst *Bilz*, *Margin of Appreciation der EU-Mitgliedstaaten*.

1392 Siehe EuGH, *N.S.* (C-411/10), EU:C:2011:865, Rn. 66 ff.

1393 Immer wenn Unionsrecht angewandt wird, sind die Grundrechte der GRC zu berücksichtigen, siehe EuGH, *Åkerberg Fransson* (C-617/10), EU:C:2013:105, Rn. 21: „[Es] sind keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären.“

1394 Siehe *Thym*, *NVwZ* 2013, S. 889-896 (891).

1395 Siehe Art. 53 GRC.

1396 Siehe EuGH, *Melloni* (C-399/11), EU:C:2013:107, Rn. 60.

1397 Siehe EuGH, *Melloni* (C-399/11), EU:C:2013:107, Rn. 61.

### 3. Das Verhältnis zur EMRK

Der umfassende und strenge Verweis auf die EMRK bei der Frage des Schutzzumfangs im Rahmen der GRC wurde bereits erläutert. Der materielle Schutzgehalt der GRC und der EMRK sind grundsätzlich gleich, wobei das Unionsrecht einen weitergehenden Schutz vorsehen kann.<sup>1398</sup> Der Anwendungsbereich der GRC (bei Durchführung von Unionsrecht) unterscheidet sich von dem der EMRK (Hoheitsgewalt). Wenngleich bei Durchführung des Unionsrechts regelmäßig auch das Erfordernis der Hoheitsgewalt zu bejahen sein wird und somit beide Instrumente zu berücksichtigen sind, sind insbesondere in außendimensionalen Fällen<sup>1399</sup> Divergenzen möglich.

#### § 2 Die zentralen Menschenrechte im Migrationskontext

Wenngleich es spannend wäre, auch andere Grund- und Menschenrechte wie beispielsweise das Recht auf freie Meinungsäußerung oder die Versammlungsfreiheit unter dem Aspekt des Migrationsbezuges zu untersuchen, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf solche Garantien, die unmittelbar mit dem Versuch der Steuerung und Kontrolle von Migration in Verbindung stehen. Hintergrund der Beschränkung ist die eingangs erwähnte komplementäre Ausrichtung der Ausführungen zu den Menschenrechten zu den im vorherigen Kapitel beschriebenen Konstruktionselementen migrationspezifischer Illegalisierungen. Es geht dementsprechend darum, die grenzziehende Funktion der Menschenrechte im Zusammenhang mit migrationspezifischen Illegalisierungen anhand der zentralen Vorschriften zu exemplifizieren.<sup>1400</sup>

---

1398 Siehe Art. 52 Abs. 3 GRC. Die starke Anlehnung an den Schutz aus der EMRK bei der Entwicklung der GRC zeigt sich bereits deutlich anhand der Gegenüberstellung einzelner Vorschriften der GRC und EMRK durch das Präsidium des Verfassungskonvents in ABl. 2007 C 303/33 f., abgegrenzt nach gleicher und umfassender Tragweite der GRC-Artikel im Verhältnis zu den korrespondierenden Vorschriften der EMRK.

1399 Zur Außendimension siehe Kapitel 4 § 2.

1400 Umfassende Nachlagewerke zu den verschiedenen Menschenrechtskatalogen gibt es in mehr als ausreichender Zahl, siehe statt vieler nur *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention zur EMRK; *Peers et al.*, The EU Charter of Fundamental Rights zur GRC und der bald erscheinende deutschsprachige Kommentar zur GRC: *Hruschka*.

## I. Non-Refoulement und Folterverbot

Das Non-Refoulement-Prinzip ist von fundamentaler Bedeutung für das Migrationsrecht. Es verbietet die Auslieferung, Ausweisung oder Rück-schiebung einer Person in ein anderes Land, „in de[m] sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.“<sup>1401</sup> Das Non-Refoulement aus der GFK wird im Unionsrecht gleichermaßen auf das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung gestützt, welches gleichlautend in Art. 4 GRC und in Art. 3 EMRK aufgestellt wird. Ergänzend spricht Art. 18 GRC von einem Recht auf Asyl, wobei ein daraus resultierender, weitergehender Schutzanspruch umstritten ist.<sup>1402</sup>

Das Non-Refoulement-Prinzip führt in Verbindung mit dem Pönalisierungsverbot<sup>1403</sup> zu einer nicht unerheblichen Einschränkung der staatlichen Befugnisse im Bereich der Migrationskontrolle und -steuerung, selbst wenn keine Verpflichtung zur Gebietszulassung daraus abgeleitet wird;<sup>1404</sup> zumindest nicht, solange die betroffene Person nicht wenigstens die Grenze erreicht hat.<sup>1405</sup> Die extraterritoriale Anwendung in Fällen auf hoher See ist umstritten.<sup>1406</sup> Diese territorialen Beschränkungen von auf univ-ersellen Werten beruhenden Garantien, welche in den Menschenrechtskatalogen auch entsprechend universal formuliert werden, lässt sich als „partikularer Universalismus“ beschreiben.<sup>1407</sup>

Während in der GFK Ausnahmemöglichkeiten vorgesehen sind, gilt der Schutz unter Art. 3 EMRK absolut. Da Art. 3 EMRK ferner nicht nur vor individueller Verfolgung schützt, sondern auch andere Gefahren für das

---

1401 Siehe Art. 33 Abs. 1 GFK.

1402 Insbesondere die Frage, ob ein subjektiv-individueller Asylanspruch besteht, ist umstritten. Ablehnend unter Hinweis auf die Formulierungsänderungen im Rahmen des Grundrechtekonvents *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 18 GRC, Rn. 13; bejahend hingegen *Jarass*, Art. 18 GRC, Rn. 2, jeweils m.w.N.

1403 Zum Pönalisierungsverbot siehe bereits Kapitel 4 § 3 II. 1. b).

1404 Siehe *Chetail*, in: *Rubio-Marín* (Hrsg.), *Human Rights and Immigration*, S. 19-72 (30).

1405 Siehe *Groß*, JZ 2019, S. 327 (331 f.).

1406 Siehe *Goodwin-Gill*, *International Journal of Refugee Law* 2011, S. 443-457, und *Trevisanut*, *Leiden Journal of International Law* 2014, S. 661-675 (673), die ein „principle of non-rejection at the maritime frontier“ aufstellt.

1407 Siehe *Thym*, *Sollbruchstellen des deutschen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts*, 29 ff.

Leben umfasst, geht der Schutz unter Art. 3 EMRK somit über den in der GFK vorgesehenen Schutzzumfang hinaus.<sup>1408</sup>

Wenngleich die Fragen des Anwendungsbereichs und des Schutzzumfangs des Zurückweisungs- und Folterverbots weiterhin nicht vollständig geklärt sind, ist deren Bedeutung für die Konstruktion des migrationsrechtlichen Schutzregimes auf Unionsebene unverkennbar. Unabhängig von den Details stellt das grundsätzliche Versprechen, schutzbedürftigen Personen Schutz zu gewähren, eine bedeutsame Grenze für migrationspezifische Illegalisierungen dar.

## II. Recht auf Familien- und Privatleben

Neben dem Folter- und Zurückweisungsverbot hat sich insbesondere das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu einer bedeutsamen Grenze der Illegalisierung entwickelt. Der sprachlich kurz gefassten Gewährleistung aus Art. 8 EMRK entspringt infolge der Rechtsprechung des EGMR inzwischen ein umfangreicher Schutz, welcher sie zu einer der zentralen Normen im Migrationsrecht macht.<sup>1409</sup> Das Schutzversprechen findet sich nunmehr in nahezu identischer Form auch in Art. 7 Abs. 1 GRC.<sup>1410</sup>

Der Schutzgehalt des Art. 8 EMRK beschränkt sich nicht auf die negative Pflicht der Nicht-Verletzung durch den Staat, sondern normiert auch positive Schutz- und Gewährleistungspflichten für die Staaten.<sup>1411</sup> Hinsichtlich der grenzüberschreitenden Migration ist es zentral, dass Art. 8 EMRK kein Verbot von Einreise- oder Aufenthaltsbeschränkungen oder

---

1408 Siehe *Hailbronner/Thym*, in: Hailbronner/Thym, Legal Framework for EU Asylum Policy, Rn. 55, sowie anschaulich EGMR, *Abmed v. Austria*, Urteil vom 17. Dezember 1996, Nr. 25964/94, in welchem der betroffenen Person der Flüchtlingsstatus aufgrund strafrechtlicher Verurteilungen entzogen, jedoch ein Ausweisungsschutz unter Art. 3 EMRK gewährt wurde.

1409 Siehe *J. Hofmann*, in: Kluth/Heusch, Art. 8 EMRK, Rn. 1, wobei der EGMR stets betont, dass gemäß der anerkannten völkerrechtlichen Regeln die Vertragsstaaten (vorbehaltlich ihrer vertraglichen Verpflichtungen) das Recht haben, die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von Nicht-Staatsangehörigen zu kontrollieren, siehe nur EGMR, *Saadi v. Italy*, Urteil vom 28. Februar 2006 (GK), Nr. 37201/06, Rn. 124 m.w.N.

1410 Bei der Übernahme in Art. 7 Abs. 1 GRC wurde lediglich der Begriff der Korrespondenz aus Art. 8 EMRK durch den der Kommunikation ersetzt.

1411 *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 2.

Auslieferungen normiert, den Konventionsstaaten in Art. 8 Abs. 2 EMRK jedoch eine Rechtfertigungslast bei Eingriffen auferlegt.<sup>1412</sup>

Der Begriff des Privatlebens ist umfassend zu verstehen und aufgrund seiner stetigen Weiterentwicklung nicht abschließend definierbar.<sup>1413</sup> Von den vielen auf den Schutz des Privat- und Familienlebens in Art. 8 EMRK gestützten Gewährleistungsbereichen sind im Kontext dieser Untersuchung nicht alle relevant.<sup>1414</sup> Im Bereich der illegalisierten Migration ist vor allem die Frage entscheidend, ob oder wann im Einzelfall ein Schutz vor Ausweisung oder gar ein Recht auf Einreise aus dem Schutz des Privatlebens erwachsen kann. Der EGMR hatte zu Beginn des Jahrhunderts in einer Reihe von Urteilen eine Rechtsprechungslinie initiiert, welche, auf einem weiten Verständnis des Privatlebens aus Art. 8 EMRK aufbauend, in Einzelfällen ein Recht auf einen Aufenthaltstitel gewährt.<sup>1415</sup> In der Folge ist er jedoch in Bezug auf eine Ableitung weitergehender Zugangsrechte aus Art. 8 EMRK zurückhaltend geblieben, so dass der Hauptanwendungsbereich weiterhin der Schutz vor Ausweisung ist. Dabei hat der EGMR den Schutzbereich von Art. 8 EMRK zwischenzeitlich über den engen Rahmen familiärer Beziehungen hinaus ausgedehnt und berücksichtigt nunmehr das weite Netzwerk von persönlichen, sozialen und ökonomischen Beziehungen, aus denen das Privatleben aller Menschen besteht.<sup>1416</sup>

Der aus der Rechtsprechung des EGMR resultierende, weite Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK, macht diesen zur zweiten zentralen menschenrechtlichen Grenze von migrationspezifischen Illegalisierungen.

---

1412 Siehe *J. Hofmann*, in: Kluth/Heusch, Art. 8 EMRK, vor Rn. 1, und *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 21 Rn. 68.

1413 *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 8 EMRK Rn. 7.

1414 Unter den Schutz des Privatlebens fallen beispielsweise auch Informationsrechte über Krankenhausakten oder Umweltrisiken, die sexuelle Identität und die Kenntnis von Verwandtschaftsverhältnissen, siehe *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 10 ff. m.w.N.

1415 Siehe *Thym*, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2006, S. 541-554 (541 ff.) m.w.N. und Ausführungen zu den einschlägigen Urteilen, insbesondere EGMR, *Slivenko v. Latvia*, Urteil vom 9. Oktober 2003 (GK), Nr. 48321/99 und *Sisojeva and Others v. Latvia*, Urteil vom 15. Januar 2007, Nr. 60654/00.

1416 „[T]he network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being“, siehe EGMR, *Slivenko v. Latvia*, Urteil vom 9. Oktober 2003 (GK), Nr. 48321/99, Rn. 96.

### III. Verfahrensgarantien

Neben den materiell-rechtlichen Hürden auf dem Weg, einen „nicht-illegalisierten“ Aufenthaltsstatus zu erlangen, und den Hindernissen dabei, überhaupt Zugang zu einem entsprechenden Verfahren zu bekommen, ergeben sich bisweilen auch erhebliche Probleme im Zusammenhang mit den für die Darlegung der Gründe für die Statusfeststellung vorgesehenen Verfahren. Entsprechend bedeutsam sind Verfahrensgarantien, wenn gleich diese grundsätzlich nur eine dienende Funktion haben.

Die Verfahrensgarantien in Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK beziehen sich explizit auf Zivil- und Strafverfahren. Da es sich in den Verfahren mit migrationspezifischen Illegalisierungsproblematiken in aller Regel um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten handelt, finden sie hier keine Anwendung,<sup>1417</sup> zumal der EGMR sich bei der Bewertung der nationalen Rechtslage stark zurückhält und den nationalen Gerichten somit weite Einschätzungsspielräume lässt.<sup>1418</sup> Diese Schutzlücke wurde 1984 zumindest teilweise mit Art. 1 ZP VII EMRK geschlossen, welcher verfahrensrechtliche Schutzvorschriften in Bezug auf die Ausweisung von Ausländern normiert<sup>1419</sup> und sich inhaltlich mit Art. 13 IPbPR deckt.

Der Schutzgehalt des Art. 1 ZP VII EMRK umfasst das Recht, Gründe gegen eine Ausweisung vorzubringen (lit. a), den Fall prüfen zu lassen (lit. b) und sich hierbei rechtlich vertreten zu lassen (lit. c). Ausweisung ist in diesem Zusammenhang weit zu verstehen und kann, unabhängig von nationalrechtlichen Begriffsverwendungen, auch Wiedereinreiseverbote umfassen.<sup>1420</sup>

---

1417 Vergleiche auch *Grabewarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 24, Rn. 178. Zivilrechtliche Streitigkeiten werden dabei verstanden als Streitigkeiten zwischen privaten Individuen, siehe *EGMR*, Guide on Article 6 : Right to a Fair Trial (civil limb), Rn. 18, wobei sich der Schutz dabei nicht auf monetäre Streitigkeiten beschränkt, siehe auch Rn. 25 f. mit einer detaillierten Auflistung, sowie *F. Meyer*, in: *Karpenstein/Mayer*, Art. 6 EMRK, Rn. 13 ff. m.w.N.

1418 *EGMR*, *I.M. v. France*, Urteil vom 2. Februar 2012, Nr. 9152/09.

1419 Das ZP VII EMRK wurde allerdings von den Niederlanden, Deutschland und dem Vereinigten Königreich nicht ratifiziert, zudem haben einige Staaten Vorbehalte erklärt.

1420 Siehe *EGMR*, *Nolan and K. v. Russia*, Urteil vom 12. Februar 2009, Nr. 2512/04, Rn. 112.

Die Verfahrensgarantien stehen nur einer Person zu, die sich „rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält“. <sup>1421</sup> Ohne die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung besteht kein Schutz, <sup>1422</sup> wobei es für die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts auf das jeweilige nationale Recht ankommt. <sup>1423</sup> Solange kein dauerhafter Aufenthalt an einem anderen Ort begründet wurde, ist es für das Fortbestehen des Schutzes ferner unerheblich, wenn die Person sich zeitweise außerhalb des Hoheitsgebiets aufhält. <sup>1424</sup> Außerdem ist der Aufenthalt als rechtmäßig anzusehen, solange ein Rechtsbehelfsverfahren mit aufschiebender Wirkung andauert. <sup>1425</sup> Darüber hinaus kann eine Kumulierung von einzelnen Einschränkungen, welche gesondert betrachtet wohl nicht als ausreichend gravierend eingeschätzt würden, in der Summe zu einer Verletzung führen. <sup>1426</sup>

In einigen Punkten ist die Kasuistik zu Art. 13 EMRK recht unkontrovers. Dass es einen wirksamen Schutz vor willkürlicher Abschiebung geben muss, bevor die Rechtsmittelverfahren abgeschlossen sind, <sup>1427</sup> dürfte ebenso wenig in Frage gestellt werden, wie das ein Verhör unter Folter

---

1421 In den authentischen Sprachfassungen lautet die Einschränkung „*étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat*“ und „*alien lawfully resident in the territory of a State*“.

1422 Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 24, Rn. 179.

1423 Siehe EGMR, *Georgia v. Russia*, Urteil vom 3. Juli 2007, Nr. 13255/07, Rn. 228 ff.

1424 Siehe EGMR, *Nolan and K. v. Russia*, Urteil vom 12. Februar 2009, Nr. 2512/04, Rn. 110.

1425 Siehe EGMR, *Bolat v. Russia*, Urteil vom 5. Oktober 2006, Nr. 14139/03, Rn. 78.

1426 Siehe EGMR, *I.M. v. France*, Urteil vom 14. Dezember 2006 (GK), Nr. 9152/09, in dem es um die Konstellation ging, dass es einerseits zu einer automatischen Zuordnung zu einem Schnellverfahren mit verkürzten Fristen kam, und andererseits der Umstand, dass der Antrag aus der besonderen Situation der Inhaftierung gestellt wurde, nicht berücksichtigt wurde – in gewisser Weise analog der Kumulierung von unterschiedlichen Maßnahmen bei der Feststellung einer Verfolgungshandlung, wie sie in Art. 9 Abs. 1 lit. b QualifikationsRL normiert ist.

1427 EGMR, *Spain v. A.C. and Others*, Urteil vom 22. April 2014, Nr. 6528/11. In dem Fall ging es um insgesamt 30 Kläger\*innen, die nach einer Zwangsräumung ihrer Zufluchtsstätten in der Westsahara durch die marokkanische Polizei mit Booten auf die Kanarischen Inseln geflohen waren und dort Schutzanträge gestellt hatten.

oder fehlende Rechtsbehelfe gegen die Unterbringungsumstände bei Inhaftierung eine Verletzung von Art. 13 EMRK darstellen.<sup>1428</sup>

Andere Punkte sind hingegen durchaus umstritten. Die vielleicht wichtigste Frage im Bereich des Rechts auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK im Kontext der Migration ist die Frage, wann eine Beschwerde tatsächlich als wirksam zu betrachten ist, wobei der EGMR eine gleichermaßen rechtliche wie auch praktische Wirksamkeit fordert.<sup>1429</sup>

Der EGMR hatte im Fall *Hirsi* die Bedeutung des Auskunfts- und Informationsrechts für eine wirksame Beschwerdemöglichkeit betont und festgehalten, dass mangels qualifiziertem Befragungspersonal und Übersetzungsmöglichkeiten kein effektiver Rechtsschutz gewährleistet war.<sup>1430</sup> Auch das Fehlen einer aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen steht einer wirksamen Beschwerde nach Art. 13 EMRK grundsätzlich entgegen.<sup>1431</sup>

In *Khlajfia* stellte der EGMR jedoch klar, dass es sich dabei lediglich um eine logische Konsequenz des Prinzips handelt, dass die Konventionsrechte so ausgelegt werden müssen, dass sie nicht nur theoretischen oder illusorischen, sondern effektiven Schutz bieten.<sup>1432</sup> Trotz fehlender aufschiebender Wirkung der Rechtsbehelfe, wurde keine Verletzung festgestellt, als tunesische Schutzsuchende vom italienischen Grenzschutz abgefangen und nach Lampedusa verbracht wurden, von wo sie bereits innerhalb von weniger als zwei Wochen zurück nach Tunesien gebracht wurden. In der Entscheidung wird mit Blick auf das Verbot der Kollektivausweisung aus Art. 4 ZP IV EMRK ausgeführt, dass es kein Recht auf ein Individualinterview gibt und es ausreicht, wenn die tatsächliche Möglichkeit besteht, effektiv Argumente gegen eine Abschiebung vorzubringen und diese von staatlicher Seite angemessen gewürdigt werden.<sup>1433</sup> Da es insgesamt zwei

---

1428 Siehe EGMR, *Nasr and Ghali v. Italy*, Urteil vom 23. September 2016, Nr. 44883/09 und EGMR, *Alimov v. Turkey*, Urteil vom 6. September 2016, Nr. 14344/13.

1429 „A remedy must be effective in practice as well as in law in order to fulfil the requirements of Article 13 of the Convention.“ Siehe EGMR, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, Urteil vom 22. September 2009, Nr. 30471/08, Rn. 115.

1430 Siehe EGMR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urteil vom 23. Februar 2012, Nr. 27765/09, Rn. 185.

1431 Siehe EGMR, *Čonka v. Belgium*, Urteil vom 5. Februar 2002, Nr. 51564/99, Rn. 79.

1432 EGMR, *Khlajfia and Others v. Italy*, Urteil vom 15. Dezember 2016 (GK), Nr. 16483/12, Rn. 260.

1433 EGMR, *Khlajfia and Others v. Italy*, Urteil vom 15. Dezember 2016 (GK), Nr. 16483/12, Rn. 248.

Personenüberprüfungen gab, geht der EGMR davon aus, dass es ausreichend Möglichkeiten gegeben hat, mit den Autoritäten in Kontakt zu treten. In der vorausgegangenen Kammerentscheidung waren die Richter\*innen noch der Auffassung, dass der Rechtsschutz aufgrund der fehlenden aufschiebenden Wirkung ungenügend sei und Art. 13 EMRK daher verletzt wurde.<sup>1434</sup> In der Entscheidung der großen Kammer kommt hingegen die Auffassung zum Tragen, dass die Möglichkeit bestand, innerhalb von 60 Tagen Rechtsmittel einzulegen.

Im Fall der Rückschiebungen von Schutzsuchenden an der Grenze von Melilla nach Marokko, welche der EGMR als *de facto*-Abschiebungen bezeichnet, war eine Verletzung von Art. 13 EMRK hingegen offensichtlich, da keinerlei Zugang zu irgendeinem Verfahren der Identitätsfeststellung oder Schutzantragstellung gewährt wurde, so dass die Frage nach einer aufschiebenden Wirkung nicht einmal gestellt werden konnte.<sup>1435</sup>

Abschließend ist im Migrationszusammenhang noch festzuhalten, dass auch eine nicht zu lange Verfahrensdauer zur Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs gehört,<sup>1436</sup> selbst dann, wenn eine große Zahl von Schutzgesuchen zu prüfen ist.<sup>1437</sup>

#### IV. Recht auf Ausreise

Das Recht, jedes Land, einschließlich des eigenen, verlassen zu können, ist in Art. 2 Abs. 2 ZP IV EMRK verbrieft und findet sich zudem in Art. 12 Abs. 2 IPbPR. Das Recht zur Ausreise wird jedoch nicht vorbehaltlos gewährt, sondern ist nach Art. 2 Abs. 3 ZP IV EMRK durch Gesetz einschränkbar, sofern es notwendig ist, um die „nationale oder öffentliche Sicherheit [zu gewährleisten], zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“ Es ist sowohl eine lediglich vorübergehende als auch eine unbefristete Ausreise vom

---

1434 EGMR, *Khlafia and Others v. Italy*, Urteil vom 15. Dezember 2016 (GK), Nr. 16483/12.

1435 Siehe EGMR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Urteil vom 3. Oktober 2017, Nr. 8675/15 und 8697/15, Rn. 118 ff.

1436 Siehe EGMR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Urteil vom 21. Januar 2011 (GK), Nr. 30696/09, Rn. 293.

1437 Siehe EGMR, *A.C. and Others v. Spain*, Urteil vom 22. April 2014, Nr. 6528/11, Rn. 104.

Schutzumfang erfasst,<sup>1438</sup> und beinhaltet nach Auffassung des EGMR auch das Recht der ausreisewilligen Person, den Zielstaat selbst zu wählen.<sup>1439</sup> Ein solches Recht zur Ausreise in den Wunsch-Zielstaat konfiguriert grundsätzlich mit den beschriebenen Migrationskontroll- und Externalisierungsinstrumenten, welche eine Einreise in die Mitgliedstaaten erschweren oder gar verhindern. Aus dem Recht zur Ausreise und der Wahl des Wunsch-Zielstaates folgt jedoch kein Recht zur Einreise, wenn der Zielstaat zur Aufnahme nicht bereit ist.<sup>1440</sup> Es folgt auch keine negative Ausreisefreiheit, welche gegebenenfalls zu einem Verbleib im Konventionsstaat führen würde.<sup>1441</sup> Lediglich hinsichtlich des eigenen Herkunftsstaats besteht explizit auch ein Recht zur Einreise nach Art. 3 Abs. 2 ZP IV EMRK bzw. Art. 12 Abs. 4 IPbPR.

Das Recht auf Ausreise ist somit für den breiteren Kontext der Migrationssteuerung bedeutsam, da es den staatlichen Kontrollbefugnissen Grenzen setzt und individuelle Migrationsmöglichkeiten ermöglicht. Vor dem Hintergrund des nicht umfassten korrespondierenden Einreiserechts ist es für die migrationsspezifischen Illegalisierungen auf Unionsebene hingegen weniger bedeutsam, da, mit Ausnahme der Unterbindung von Sekundärmigration, das das Ausreiseverlangen von Migrant\*innen in der Regel nicht eingeschränkt wird.<sup>1442</sup>

### § 3 Zwischenresümee

Die menschenrechtlichen Grenzen der Illegalisierung sind ebenfalls von einer Vielfalt und Vielschichtigkeit geprägt. Der für das Unionsrecht bedeutsamste Menschenrechtskatalog in der GRC wird in den für die vorliegende Untersuchung relevanten Bereichen noch weitestgehend durch die Rechtsprechung des EGMR zu den korrespondierenden Schutznormen in der EMRK geprägt. Lediglich hinsichtlich des Anwendungsbereichs lassen

---

1438 Siehe Hoppe, in: Karpenstein/Mayer, Art. 2 ZP IV EMRK, Rn. 7.

1439 Siehe EGMR, *Baumann v. France*, Urteil vom 22. Mai 2001, Nr. 33592/96, Rn. 61.

1440 *E. Eichenhofer*, ZAR 2013, S. 135-142 (139), spricht aufgrund der fehlenden korrespondierenden Einreisefreiheit von einer *lex imperfecta*.

1441 Siehe Hoppe, in: Karpenstein/Mayer, Art. 2 ZP IV EMRK, Rn. 7. Anderer Auffassung *E. Eichenhofer*, ZAR 2013, S. 135-142 (138).

1442 Das gilt jedenfalls sofern nicht mit *E. Eichenhofer*, ZAR 2013, S. 135-142 (139 f.), aus dem effektiven Schutz der Ausreise ein Einreiseanspruch abgeleitet wird.

sich signifikante Abweichungen absehen. Dies könnte sich bei Anwendung des Modells der „funktionalen Hoheitsgewalt“ jedoch ändern. Das Refoulement-Verbot ist der zentrale Anknüpfungspunkt, wenn es um den Schutz vor Misshandlungen und Verfolgungen in den Herkunftsstaaten und Transitländern geht, während sich der Schutz des Familien- und Privatlebens gegen die Mitgliedstaaten richtet, in denen die betroffenen Personen aufhältig sind und aus denen sie ausgewiesen werden sollen.

Den Verfahrensgarantien kommt insofern eine ergänzende Funktion zu, welche jedoch in der praktischen Bedeutung nicht zurücksteht. Diese *trias* stellt somit die grundlegende menschenrechtliche Schutzarchitektur im Bereich der Migration dar, während das Recht auf Ausreise zwar konzeptionell eine wichtige Funktion einnimmt, in der gegenwärtigen Ausgestaltung im Bereich des Unionsrechts jedoch nicht gleichermaßen bedeutend ist.