

Ordnung und Gestaltung von Migrationsbewegungen durch Völkerrecht

Thesen

I. Einleitung

(1.) Migrationsbewegungen vollziehen sich typischerweise ohne Völkerrecht. Die Entscheidung über Aufnahme oder Abweisung von Migranten liegt regelmäßig beim souveränen Staat. Dies ist der ernüchternde Status quo, dem in einem ersten Schritt nachzugehen ist (III).

(2.) In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, welche Ansätze zur Ordnung und Gestaltung von Migrationsbewegungen das geltende Völkerrecht trotz allem kennt (IV).

(3.) Bleibt die Rechtswirklichkeit nach sorgfältiger Analyse unbefriedigend, ist es Aufgabe einer engagierten Rechtswissenschaft, Denkräume für eine bessere Welt zu eröffnen, mögen diese auch utopisch erscheinen. Das soll im letzten Hauptteil versucht werden (V).

II. Vorklärungen

(4.) Gegenstand des Berichts sind Migrationsbewegungen, die entstehen, wenn in einem bestimmten zeitlichen und räumlichen Zusammenhang eine Vielzahl von Individuen in ähnlicher Weise wandern und dabei Staatsgrenzen überschreiten, um ihren gewöhnlichen Aufenthalt zumindest vorübergehend in einen anderen Staat zu verlegen.

(5.) Das Flüchtlingsrecht der Genfer Flüchtlingskonvention erfasst nur einen engen Bereich der Migration, indem es an den Begriff der Verfolgung anknüpft. Eine solche Kategorienbildung ist Ausdruck des Versuchs, Migration zu ordnen.

(6.) Im Folgenden wird ein weiter Migrationsbegriff zugrunde gelegt, der alle Migrationsgründe umfasst.

(7.) Für einen Zielstaat wie Deutschland kann Migration unter wirtschaftlichen und demografischen Gesichtspunkten relevant sein. Zunehmend wird Migration unter sicherheitsrechtlichen Aspekten thematisiert. Schließlich wirft Migration für einen Nationalstaat die Frage nach der nationalen Identität auf.

(8.) Ein Herkunftsstaat mag Migration insbesondere bei schlechter Wirtschaftslage als Chance begreifen. Andererseits besteht die Gefahr, dass ein Staat durch Abwanderung gut ausgebildete Arbeitskräfte verliert, die die eigene Gesellschaft braucht.

(9.) Wird Migration aus der Perspektive der Migranten erzählt, entspricht dies juristisch einem menschenrechtlichen Ansatz. Diese Perspektive wird hier nicht eingenommen. Vielmehr geht es darum, wie Staaten und andere völkerrechtliche Akteure Migration ordnen und gestalten können.

(10.) Migrationsbewegungen, bei denen Menschen dauerhaft oder zumindest über längere Zeit ihren Aufenthaltsort verändern, können nur gelingen, wenn die Migranten im Zielstaat heimisch werden. Völkerrechtlich lässt sich Integration jedoch kaum gestalten. Allenfalls können auf internationaler Ebene Standards für eine gute Integration aufgestellt werden.

III. Ernüchternder Status quo

1. Das souveräne Recht zur Grenzkontrolle

(11.) Staatliche Herrschaft ist vor allem Herrschaft über ein Gebiet. Damit scheint es konsequent, dass jeder Staat darüber bestimmen kann, ob und welche Ausländer sich auf dem eigenen Staatsgebiet aufhalten dürfen und wem Zugang gewährt wird.

(12.) Historisch ist das Recht zur Grenzkontrolle keineswegs zwingend mit dem Westfälischen System souveräner Territorialstaaten verbunden. *Hugo Grotius* ging noch von dem aus, was heute als „Menschenrecht auf Migration“ bezeichnet würde. Was die Praxis angeht, haben Staaten bis weit in das 19. Jahrhundert hinein offenbar kaum versucht, den Zugang von Ausländern zu ihrem Staatsgebiet zu kontrollieren. Erst mit dem Ersten Weltkrieg haben sich weltweit systematische Grenzkontrollen etabliert. Seitdem ist das souveräne Recht zur Grenzkontrolle, das theoretisch im Konzept der Souveränität wurzelt, auch in der Praxis fest verankert.

(13.) Damit zeigt sich eine gewisse Asymmetrie: Völkerrechtlich gesehen, haben die Zielstaaten die Rechtsmacht, grenzüberschreitende Migration zu verhindern, während die Ausgangsstaaten weitgehend machtlos sind, wollen sie nicht ihre Grenzen faktisch undurchlässig machen und zugleich die Ausreisefreiheit in Frage stellen.

2. Internationales Migrationsverhinderungsrecht

(14.) Abgesichert wird das souveräne Recht zur Grenzkontrolle durch völkerrechtliche Instrumente, die sich unter dem Begriff des internationalen Migrationsverhinderungsrechts zusammenfassen lassen.

a) Rückübernahmeabkommen

(15.) Eine wichtige Kategorie des Migrationsverhinderungsrechts bilden Rückübernahmeabkommen. Sie bauen auf der gewohnheitsrechtlichen Verpflichtung eines jeden Staates auf, seine eigenen Staatsangehörigen zurückzunehmen, und sichern diese Verpflichtung verfahrensmäßig ab. Teilweise erstrecken sie die Rückübernahmeverpflichtung auch auf Drittstaatsangehörige, die über den anderen Staat eingereist sind.

(16.) Es ist auffällig, dass die Europäische Union in jüngster Zeit informelle Absprachen vorzuziehen scheint. So hat sie am 2.10.2016 eine Vereinbarung mit Afghanistan getroffen, um die Rückübernahme afghanischer Staatsangehöriger zu erleichtern. Für die Wahl einer rein politischen Vereinbarung dürften Flexibilität und Zeitersparnis sprechen, während finanzielle und andere Gegenleistungen die tatsächliche Erfüllung der Vereinbarung mindestens ebenso gut absichern, wie es eine förmliche Rechtsverbindlichkeit bewirken könnte.

b) Migrationsursachenbekämpfung

(17.) Unerwünschte Migration lässt sich auch dadurch verhindern, dass Migrationsursachen beseitigt werden. So bekennen sich die Staaten in der Schlusserklärung des New Yorker Weltgipfels für Flüchtlinge und Migranten vom 19.9.2016 dazu, die „*root causes*“ großer Flüchtlings- und Migrantenbewegungen anzugehen.

(18.) Der Zusammenhang von Migration und Entwicklung wird mittlerweile sowohl im Entwicklungs- als auch im Flüchtlingsvölkerrecht anerkannt.

(19.) Wollte man Migrationsdruck nachhaltig senken, müssten soziale Ungleichheit reduziert, die Welt befriedet und der Klimawandel rückgängig gemacht werden. Es geht also um die Schaffung einer besseren Welt.

IV. Realistische Optionen eines internationalen Migrationsmanagements

1. Internationales Wanderarbeitnehmermanagement

(20.) Der Abschluss von Anwerbeabkommen zur Deckung des deutschen Arbeitskräftebedarfs ab 1955 diente vor allem den Interessen der Entsendestaaten. Diesen oblag die Auswahl der Bewerber, und damit konnten sie die Auswanderung von Arbeitskräften steuern.

(21.) Deutschland war auf die Vermittlung nicht angewiesen. Auslandsvertretungen konnten Bewerbungen im anderen Staat direkt entgegennehmen. Außerdem konnten sich deutsche Unternehmen der Dienste privater Arbeitsvermittler bedienen, die im anderen Staat geeignete Bewerber suchten. Die Anwerbung war damit am anderen Staat vorbei möglich, und Deutschland nutzte in der Tat neben der Anwerbung im Rahmen von Anwerbeabkommen die Möglichkeit der direkten Anwerbung.

(22.) Solange die Ausreisefreiheit gewährt ist, die Einreise von Ausländern aber der staatlichen Kontrolle unterliegt, ergibt sich also ein Kräfteungleichgewicht zwischen Anwerbe- und Entsendestaat. Gestaltungsmacht erlangt der Entsendestaat nur über Anwerbeabkommen.

(23.) Ein Blick auf das universelle Wanderarbeitnehmerrecht bestätigt, dass die völkerrechtliche Regelung der Arbeitsmigration vorrangig im Interesse der Herkunftsstaaten und der betroffenen Migranten liegt. Staaten, die Arbeitsmigranten anziehen, haben kaum ein Interesse an einer völkerrechtlichen Regulierung. Dementsprechend hat das ILO-Wanderarbeitnehmerübereinkommen Nr. 97 vom 1.7.1949 nur 49 Vertragsparteien; wichtige Zielländer von Arbeitsmigration haben es nicht ratifiziert.

2. Internationales Flüchtlingsmanagement

(24.) Ein extremes Beispiel der konsensualen Weiterleitung von Flüchtlingen sind die Vereinbarung, die Australien mit den kleinen Pazifik-Staaten Nauru sowie Papua-Neuguinea geschlossen hat. Nimmt man die Vereinbarungen beim Wort, ist dagegen aus völkerrechtlicher Sicht nicht viel zu erinnern. Leider bleibt der menschenrechtliche Anspruch, der die Vereinbarungen trägt, in der Praxis auf der Strecke.

(25.) Demgegenüber hat die Staatengemeinschaft seit der Zwischenkriegszeit drei dauerhafte Lösungen für Flüchtlinge entwickelt: Die freiwillige Rückkehr, Ansiedlung und Integration im Erstaufnahmestaat sowie die Umsiedlung in einen Drittstaat. Am größten ist das gestaltende Element bei der Umsiedlung in einen Drittstaat. Herausragendes Beispiel ist das *Orderly Departure Program*, mit dem die internationale Gemeinschaft 1979 auf das Problem der sog. *boat people* aus Vietnam reagierte.

3. Der institutionelle Rahmen

(26.) Das heutige Migrationsrecht wurzelt in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Rückblickend lässt sich die Entwicklung des Internationalen Flüchtlingssschutzes in den 1920er Jahren als Erfolgsgeschichte begreifen.

(27.) Das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR) blickt mit seinem internationalen Schutzauftrag vorrangig auf aktuelle Krisen. Dabei sucht es auch nach dauerhaften Lösungen bis hin zur Umsiedlung von Flüchtlingen in Drittstaaten.

(28.) Die Internationale Organisation für Migration (IOM) ist vor allem Dienstleister und als solcher kaum in der Lage, eine eigene Agenda zu entwickeln.

(29.) Die UN-Generalversammlung ist mit ihrer umfassenden Zuständigkeit in der Lage, thematisch und regional ausdifferenzierte Migrationsdebatten zusammenzuführen. So konnte sie am 19.9.2016 zum Gipfel für Migranten und Flüchtlinge nach New York laden.

(30.) Das vorhandene institutionelle System schließt nicht aus, dass einzelne Staaten die Initiative ergreifen. So hat US-Präsident Obama 2016 gemeinsam mit dem UN-Generalsekretär, Deutschland und weiteren Staaten zu einem *Leaders' Summit on Refugees* geladen, der im September in unmittelbarer zeitlicher und örtlicher Nähe zum UN-Weltgipfel für Flucht und Migration stattfand und auf dem konkrete Zusagen für finanzielle Hilfen und für die Aufnahme von Flüchtlingskontingenten abgegeben wurden. Mit den beiden komplementären Gipfeltreffen zeichnet sich eine Arbeitsteilung ab.

V. Utopie

1. Begründung einer internationalen Migrationsverantwortung

(31.) Die UN-Generalversammlung hat Solidarität mehrfach als Wert eingefordert. Im Flüchtlingsrecht ist der Solidaritätsgedanke besonders stark ausgeprägt, so dass sich von einem Rechtsprinzip sprechen lässt. Die Staaten haben sich aber stets geweigert, daraus einzelne, konkrete rechtliche Handlungspflichten abzuleiten.

(32.) In jüngster Zeit wird der Solidaritätsgedanke durch das Konzept der Schutzverantwortung unterstützt. Ist der Aufnahmestaat offenkundig überfordert, ist es Aufgabe der internationalen Gemeinschaft und damit der anderen Staaten, dem überforderten Aufnahmestaat zur Hilfe zu kommen. Dies entspricht der zweiten Säule der *Responsibility to Protect*.

2. Ausgestaltung einer internationalen Migrationsverantwortung

(33.) Eine solidaritätsgestützte Migrationsverantwortung kann viele Formen von der Flüchtlingsaufnahme bis hin zur finanziellen Unterstützung von Erstaufnahmestaaten annehmen. Auch lassen sich unterschiedliche Verteilungsschlüssel diskutieren. Zudem spricht viel dafür, die Staaten der jeweiligen Region in der primären Verantwortung zu sehen. Damit erscheint es ausgeschlossen, aus einer Migrationsverantwortung einzelne Solidarbeiträge als konkrete Rechtsfolge abzuleiten. Die Migrationsverantwortung wirkt aber als Rechtfertigungslast.

3. Verantwortungskretisierung durch den Sicherheitsrat

(34.) Sobald Migrationsbewegungen den Weltfrieden und die internationale Sicherheit bedrohen, kann auch der Sicherheitsrat nach Kapitel VII CVN aktiv werden. Nach der Sicherheitsratspraxis zu Irak und Syrien ist geklärt, dass ein massiver Zustrom von Gewaltflüchtlingen den Weltfrieden und die internationale Sicherheit bedrohen kann.

(35.) Allerdings stand bei der Sicherheitsratsresolution 2240 (2015) zum Flüchtlingsschmuggel vor der Küste Libyens der Kampf gegen Formen der organisierten Kriminalität im Vordergrund; die Resolution ist dem Migrationsverhinderungsrecht zuzuordnen.

(36.) Liegt die Friedensbedrohung in der destabilisierenden Wirkung von Migrationsbewegungen auf einen Zufluchtsstaat, gestattet es Art. 41 CVN auch, die Flüchtlinge auf einen größeren Kreis von Staaten zu verteilen. Alternativ könnte der Sicherheitsrat die finanzielle Solidarität der Mitgliedstaaten mit einem überforderten Erstaufnahmestaat verbindlich einfordern.

Summary

Regulating and Shaping Migration Movements through International Law

by Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack, Regensburg

I. Introduction

(1.) As a rule, migration movements unfold without an international legal framework. Rather, the decision to accept or to reject migrants lies with the sovereign State. This chilling *status quo* will be explored in part III.

(2.) Nevertheless, present international law comprises some means to regulate and to shape migration movements. These means will be analysed in part IV.

(3.) When legal reality remains unsatisfactory even after careful analysis, committed legal scholarship is called upon to open avenues of thought for a better world, even if they may appear utopian. This will be attempted in the last part (V).

II. Preliminary Clarifications

(4.) This report deals with migration movements that occur when a multiplicity of individuals migrate in a similar way within a certain temporal and spatial context and thereby pass international borders in order to relocate in another State at least temporarily.

(5.) Refugee law as laid down in the Geneva Convention on Refugees only covers a small part of migration since it presupposes persecution. Forming such a category of migrants is an attempt to structure migration.

(6.) This report is based on a broad concept of migration that includes all causes of migration.

(7.) For a country of destination such as Germany, migration may be relevant under economic and demographic aspects. Migration is increasingly discussed under security aspects as well. Finally, migration may challenge a nation State's identity.

(8.) Countries of origin may understand migration as a chance, especially if the economic situation is bad. On the other hand, countries of origin may lose highly qualified work force, which is needed at home, through emigration.

(9.) Narrating migration from a migrant perspective corresponds to a human rights approach. The present report does not choose this perspective. Rather, it enquires the potential of States and other international actors to regulate and to shape migration.

(10.) Migration movements that involve permanent or at least long-term relocation will only succeed if migrants are integrated into the society of their new home State. It is hardly possible, however, to achieve integration through international law. At best, international benchmarks for good integration may be fixed.

III. The Chilling *Status Quo*

1. The Sovereign Right of Border Control

(11.) State governance is primarily territorial in nature. As a consequence, each State has the sovereign right to decide which foreigners may access the State's territory and stay there.

(12.) In a historical perspective, there is no compelling link between the right of border control and the Westphalian system of sovereign territorial States. *Hugo Grotius* still advocated what would be called a human right to migration today. As far as practice is concerned, it seems that States have hardly made attempts to control the access of foreigners to their territory until the late 19th century. Worldwide systematic borders controls were not established until the First World War. Since then, the sovereign right to border control, which is rooted in the theory of sovereignty, is equally settled in practice.

(13.) This reveals a certain asymmetry: From an international law point of view, countries of destination have the legal power to stop migration, whereas countries of origin are rather powerless unless they effectively close their borders and compromise the freedom to leave one's country.

2. International Migration Prevention Law

(14.) The sovereign right of border control is corroborated by international mechanisms that may be categorized as international migration prevention law.

a) Readmission Agreements

(15.) Readmission agreements constitute an important pillar of migration prevention law. They build on the customary obligation of a State to readmit its own nationals and back up this obligation through procedural means. In some cases, they extend the obligation to readmit to third-country nationals immigrating from or via the other country.

(16.) It is striking that the European Union seems to prefer informal arrangements recently. Thus, the EU and Afghanistan reached an understanding in order to facilitate the readmission of Afghan nationals on 2 October 2016. Flexibility and the interest of saving time militate in favour of a purely political agreement, while financial and other considerations may ensure the effective implementation of the agreement at least as good as the legally binding nature of an international treaty could do.

b) Fighting Migration Causes

(17.) Undesired migration may also be prevented by eliminating the root causes of migration. Thus, States expressed their determination "to address the root causes of large movements of refugees and migrants" in the New York Declaration for Refugees and Migrants of 19 September 2016.

(18.) Meanwhile, the interrelationship between migration and development has been recognised in international development and refugee law.

(19.) In order to effectively mitigate migration pressure, it would be necessary to reduce social inequality, to pacify the world, and to undo climate change. Thus, creating a better world is at stake.

IV. Realist Options of International Migration Management

1. International Migrant Worker Management

(20.) A series of labour recruitment agreements, which the Federal Republic of Germany concluded as of 1955 with a view of covering its labour force demand, essentially served the interests of the States of origin. In fact, these agreements charged the States of origin with pre-selecting applicants and thereby enabled them to control the emigration of labour force.

(21.) Germany did not need this service. Applications could also be submitted at German consular posts, and German enterprises could use private employment services in order to recruit applicants abroad. Thus, it was possible to bypass the authorities of the other State, and Germany actually opted for direct recruitment alongside with recruitment through labour recruitment agreements.

(22.) As long as the freedom to leave one's country is granted, whereas receiving States control the entry of foreigners, there is an imbalance of forces between recruiting and sending States. Labour recruitment agreements are the only way for a State of origin to regain the power to shape migration.

(23.) A glance at universal migrant workers law confirms that the international regulation of labour migration primarily serves the interests of countries of origins and of migrants. States, which attract labour migrants, are hardly in favour of international regulation. This explains why the ILO Migrant Workers Convention No. 97 of 1 July 1949 has but 49 contracting parties; important States of destination of labour migration have not ratified it.

2. International Refugee Management

(24.) The Memoranda of Understanding concluded by Australia with the small Pacific States Nauru and Papua New Guinea are an extreme example of consensual migrant transfer. If the rules of both agreements were correctly applied, they would hardly cause concern under international law. Unfortunately, the human rights claim underlying both agreements is left behind in practice.

(25.) In contrast, the international community of States has developed three durable solutions for refugees since the interwar period: voluntary return, local settlement, and resettlement in a third state. The shaping element of resettlement is particularly strong. The Orderly Departure Program, through which the international community responded to the Vietnam boat people crisis in 1979, is an eminent example.

3. The Institutional Framework

(26.) Today's migration law goes back to the first half of the 20th century. In retrospective, the development of international refugee protection in the 1920^{ies} appears as a success story.

(27.) The mandate of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) focuses primarily on current crises. In this context, UNHCR also looks for durable solutions including resettlement in third States.

(28.) The International Organization for Migration (IOM) is, above all, a service provider. As such, the IOM is hardly able to develop an agenda of its own.

(29.) Thanks to its comprehensive mandate, the UN General Assembly is able to integrate substantially and regionally highly differentiated discussions on migration. Thus, the Assem-

bly was able to host the World Summit for Refugees and Migrants in New York on 19 September 2016.

(30.) The present institutional regime does not prevent individual States from taking the lead. In 2016, for instance, US President Obama, the UN Secretary General, Germany and other States invited to a Leaders' Summit on Refugees, which was held in September in close vicinity to the UN World Summit for Refugees and Migrants and where States made concrete commitments for financial aid and refugee quotas. The complementary summits show a division of labour between the UN and individual States.

V. Utopia

1. Foundation of an International Responsibility for Migration

(31.) The UN General Assembly has repeatedly claimed the value of solidarity. In international refugee law, the idea of solidarity is particularly strong and amounts to a legal principle. However, States have consistently refused to deduce individual and concrete legal obligations to act from this principle.

(32.) Recently, the idea of solidarity has been supported by the concept of the responsibility to protect. If a receiving State is clearly overburdened, the international community of states is called upon to assist that State. This corresponds to the second pillar of the responsibility to protect.

2. Shaping an International Responsibility for Migration

(33.) A responsibility for migration based on solidarity may take various forms ranging from the resettlement of refugees to financial support for States of first asylum. Moreover, it is possible to conceive different distribution keys. There are good reasons to believe that States in the relevant region bear a primary responsibility. All things considered, it seems impossible to derive an obligation to provide specific solidarity contributions from an overall responsibility for migration. Nevertheless, the responsibility for migration puts States under pressure to justify their individual contributions.

3. Concretizing an International Responsibility for Migration through Security Council Practice

(34.) If migration movements threaten international peace and security, the UN Security Council will be able to act under Chapter VII of the UN Charter. Security Council practice with regard to Iraq and Syria shows that a massive influx of war refugees may threaten international peace and security.

(35.) Security Council Resolution 2240 (2015) on refugee smuggling off the coast of Libya, however, primarily aims at combatting forms of organized crime; the resolution is part of international migration prevention law.

(36.) If the risk that a mass influx of migrants destabilizes a host country constitutes a threat to international peace and security, Article 41 UN Charter enables the Security Council to relocate refugees to a greater number of States. Alternatively, the Security Council could authoritatively demand the financial solidarity of Member States with an overburdened State of first asylum.