

Migration und Internationales Wirtschaftsrecht

1. Einleitung

Das Thema der Migration ist ein äußerst vielschichtiges. Viele Zugänge zu dieser Materie sind denkbar. Migration ist ein soziologisches Phänomen, das einer rechtlichen, aber auch einer politischen Deutung offensteht, wobei beide Perspektiven eng miteinander verwoben sind.¹ Geht man vom Grundsatz aus, dass das Völkerrecht mehr denn jedes andere Rechtsgebiet von politischen Elementen vorgeprägt ist², so gilt dies für die Migrationsthematik in ganz besonderem Maße. Wenn hier Aspekte des Internationalen Wirtschaftsrechts im Vordergrund stehen, so ist man gleichfalls mit einer Gemengelage von rechtlichen, politischen, wirtschaftlichen und sozialen Elementen konfrontiert. Der zu wählende Ansatz selbst, in besonderem Maße aber die vorzunehmenden Wertungen werden sehr stark von den zugrundezulegenden Annahmen prädeterminiert. Im Folgenden wird deshalb versucht, eine möglichst große Bandbreite an denkbaren Vorbedingungen und Zugängen zu berücksichtigen und entsprechend aufzuzeigen, dass ein Urteil über die Migrationsproblematik niemals ein rein technisches sein kann, sondern letztlich von politischen Annahmen vorbestimmt wird. Dies bedeutet nun nicht, dass jegliche sachlich-technische Auseinandersetzung mit dem Phänomen der Migration überflüssig wäre, da ein Urteil darüber beliebig bleiben müsste. Es ist vielmehr das Gegenteil der Fall: Einmal die politischen Standpunkte und Wertentscheidungen offengelegt, lassen sich auf der rechtlichen Ebene auch die Instrumente finden, die das gewünschte Ergebnis – innerhalb der Grenzen der Beeinflussbarkeit eines solchen Massenereignisses – herbeiführen können. Auf diesem Wege lässt sich auch Struktur in eine Diskussion bringen, die häufig von Polemik, regelmäßig aber von scheinbar unüberbrückbaren Divergenzen gekennzeichnet ist.

Was ist nun das Spezifische an einer Betrachtung der Migrationsthematik aus der Perspektive des Internationalen Wirtschaftsrechts? Diese Perspektive bestätigt und akzentuiert die Vieldimensionalität des Migrationsphänomens – sowohl

- 1 Zu diesen vielfältigen Perspektiven, unter welchen die Migrationsthematik betrachtet werden kann, vgl. auch T.A. Aleinikoff, *International Legal Norms and Migration: A Report*, in: T.A. Aleinikoff/V. Chetail (Hrsg.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. Asser: Den Haag 2003, S. 1–27.
- 2 Vgl. jüngst M. Koskeniemi, *La politique du droit international*, Pedone: Paris 2007.

in technischer Hinsicht als auch in Hinblick auf die Wertungsabhängigkeit der Sachanalyse. In technischer Hinsicht wird insbesondere auf die einschlägigen Bestimmungen des GATS einzugehen sein. Diese bringen hinter ihrem nüchternen formaljuridischen Gewand bestimmte Vorstellungen von der Reichweite und den Formen erwünschter Migration zum Ausdruck. Darüberhinaus muss man sich jedoch vor Augen führen, dass Migration Fragen des internationalen Wirtschaftsrechts auf vielen anderen Ebenen auch außerhalb des WTO-Bereichs berührt. So sei hier nur auf das internationale Umweltrecht, auf das internationale Finanz- und Währungsrecht sowie auf das Entwicklungsvölkerrecht verwiesen. Was die Wertungsproblematik anbelangt, so ist das gesamte Internationale Wirtschaftsrecht von vielfältigen Bruchlinien durchzogen, die gerade in der Frage der globalen Umverteilung auf einen tief greifenden Dissens hindeuten. In Verbindung mit dem politisch besonders heiklen Migrationsthema wird dieser Dissens noch gravierender. Insgesamt kann schon jetzt vorausblickend festgehalten werden, dass wirtschaftliche Überlegungen nicht ausschließlich bestimmend sind für Migration; sie erklären aber wesentliche Aspekte davon. Es wird aber auch zu zeigen sein, dass die wirtschaftliche Perspektive in diesem Kontext niemals verabsolutiert werden darf. Migration hat stets auch eine menschenrechtliche Dimension, der in jedem Problemlösungsansatz ganz maßgebliches Gewicht zuge-messen werden muss.

2. Die Relativität der Empirie

Konfrontiert mit einer politisch äußerst umstrittenen Thematik und mit – häufig ideologisch – vorgeprägten Vorstellungen, über den Gegenstand dessen, was eine internationale Rahmenordnung für die Regelung von Migration zu leisten hat, ist es erklärlich, dass regelmäßig Zuflucht gesucht wird in empirischen Daten. Diese sollen Stütze bieten in einer von subjektiven Standpunkten geprägten Diskussion. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass die Empirie selbst alles andere als eindeutig ist. So lässt sich schwer bestimmen, ob Migration als soziologisches Phänomen tatsächlich, wie vielfach behauptet, kontinuierlich an Bedeutung gewinnt oder aber, wie von anderer Seite vertreten, in der jüngeren Vergangenheit – mit einem Weltbevölkerungsanteil von ca. 3 %, der kontinuierlich auf Wanderschaft sei – weitgehend konstant geblieben sei. Eine solche Festlegung bedürfte zuerst einer einheitlichen Definition des Migranten. Zudem ist die Relativität der Migrationsproblematik nicht nur eine numerische. So mögen Migranten in wirtschaftlicher Hinsicht von hochentwickelten Volkswirtschaften leichter absorbierbar sein. Ist parallel dazu eine ausdifferenzierte Verfassungs- und Grundrechtsstruktur gegeben, so bedeutet Migration für diese Gesellschaftssysteme re-

gelmäßig eine unvergleichlich höhere Herausforderung als bspw. für einen Staat mit bloß rudimentären Staatsstrukturen. Von anderer Seite wird wiederum die Dimension der absoluten Zahl der Migranten hervorgehoben³: Wenn gegenwärtig über 120 Millionen Menschen außerhalb ihres Geburtslandes leben, so sei damit eine historisch einzigartige Dimension erreicht. Selbst die großen Völkerwanderungen, die zum Zusammenbruch des Römischen Reiches führten, „bewegten wahrscheinlich nur wenige hunderttausend Menschen, und dies über mehrere Generationen hinweg...“⁴. Diese Betrachtungsweise abstrahiert allerdings zu stark von der Relativität solcher Zahlen. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Weltbevölkerung damals wohl nicht mehr als 250 Millionen Menschen betragen hat. Angesichts einer momentanen Weltbevölkerung von ca. 6,75 Milliarden Menschen ist die Größe der Migrantengruppe immer noch verhältnismäßig klein, auch wenn man ihre Zahl, nach Maßgabe bestimmter internationaler Statistiken, sogar mit 200 Millionen beziffert.⁵ Befürworter einer großzügigeren Öffnung der staatlichen Grenzen betonen – wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird – die damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteile. Sie verschweigen aber häufig, dass sich Vor- und Nachteile der Migration uneinheitlich über die Gesamtbevölkerung verteilen, dass der Betrachtungszeitraum von ausschlaggebender Bedeutung ist und dass die Wahl von besonders langen Beobachtungsperioden wiederum mit zahlreichen Annahmen verbunden ist, die notgedrungenermaßen sehr subjektiv ausfallen müssen. Weiters muss man sich die Frage stellen, was überhaupt „hard facts“ in diesem Kontext sind oder, anders ausgedrückt, in wie weit sich objektive und subjektive Elemente hierbei überhaupt trennen lassen. Sind emotionale Faktoren, das Stimmungsbild in der Bevölkerung des Ziellandes, der Grad der durch die Wanderbewegungen veränderten gesamtgesellschaftlichen Kohäsion nicht ebenso zu berücksichtigen wie wirtschaftliche Elemente? Wenn ja, wie soll die Gewichtung erfolgen? All dies sind Wertungen, die einer Gesamtbeurteilung – die für sich allein genommen technisch-neutral erscheinen mag – zugrunde liegen müssen.

Schließlich ist noch berücksichtigen, dass der rechts- und sozialphilosophische Standpunkt der Betrachtung entscheidenden Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchung hat. Je nachdem, ob Vor- und Nachteile der Migration auf das ein-

3 Vgl. M. Woehlcke, Transnationale Migration als globale Herausforderung, in: S. v. Schorlemer (Hrsg.), Praxishandbuch UNO, Springer: Berlin et al. 2002, S. 283–303 (284).

4 Ibid., unter Verweis auf M. Stürmer, Völkerwanderung und politische Stabilität in Geschichte und Gegenwart, in: S. Angenendt (Hrsg.), Migration und Flucht, Bonn 1997, S. 27–33 (27).

5 Vgl. Global Commission on International Migration, Migration in an Interconnected World: New Directions for Action, GCIM: Genf 2005.

zelne Individuum, auf den Staat als Kollektiv oder auf die Menschheit als Gesamtheit bezogen wird, wird das Ergebnis jeweils ein anderes sein.

Es soll hier nicht der Versuch unternommen werden, alternative Ansätze zu entwickeln, die für sich den Anspruch erheben können, objektiver oder gar wertungsfrei zu sein. Vielmehr sollen hier die möglichen Beurteilungsspielräume und Annahmen aufgezeigt werden. Ihre konkrete Gestaltung muss subjektiv bleiben, doch kann die Offenlegung der jeweiligen Basis die Diskussion sicherlich versachlichen.

3. Rechts- und sozialphilosophische Ansätze

Wie bereits angedeutet, ist die Einheit, auf welche in einer nutzentheoretischen Betrachtung Bezug genommen werden soll, von entscheidender Bedeutung für das Ergebnis der Analyse.

In einer typisierenden Gegenüberstellung lassen sich zwei Extrempositionen identifizieren: ein liberaler oder individualistisch-kosmopolitischer Ansatz und eine kommunitaristische Denkrichtung.⁶ Beide Ansätze werden freilich kaum in extremer Form vertreten, sondern kennen verschiedenste Relativierungen und spezielle Ausformungen.

Der erstgenannte Ansatz stellt den Einzelmenschen in den Mittelpunkt. Jede migrationsrechtliche Regelung ist dahingehend zu prüfen, wie sie sich auf die Nutzenposition des Einzelnen auswirkt, wobei von einer grundsätzlichen Gleichberechtigung aller Erdenbürger – unabhängig von Staatsbürgerschaft und sozialer Stellung – auszugehen ist. Auf der Grundlage einer solchen Position müsste das weltweite Migrationsregime weitgehend liberalisiert werden. Gegenwärtig praktizierte Grenzkontrollen sowie die aktuell angewandten aufenthaltsrechtlichen Regelungen müssten weltweit überdacht werden. Freie Migrationsmöglichkeiten wären zweifelsohne mit einem Nutzensgewinn für einen beachtlichen Teil der Weltbevölkerung verbunden. Selbst dieser extreme individualistische Ansatz würde aber keine völlig freie Migration verlangen, zumindest insoweit, als damit Gefahren für die Bevölkerung im Zielland verbunden sind (bspw. aufgrund von Infektionskrankheiten oder Terrorismus). Diese Einschränkung verdeutlicht aber bereits die Grenzen dieses Ansatzes insgesamt: Auch die Nutzenposition der Individuen im Zielland der Migration ist zu berücksichtigen. Schwierige, auf der sachlichen Ebene kaum lösbare Abwägungen sind die Folge. Identifiziert sich die Nutzenposition des Einzelnen (auch) über ein Gemeinwesen (wobei in erster Linie der

6 Vgl. dazu auch M.J. Trebilcock/R. Howse, *The Regulation of International Trade*, Routledge: London et al. 2005, S. 611 ff.

Staat in Frage kommt), so lässt sich der strikt individualistische Ansatz nicht mehr aufrecht erhalten. Die Grenzen zur kommunitaristischen Position werden fließend. Nach dieser kommt wiederum dem Gemeinwesen eine besondere Rolle zu. Das Individuum darf hiernach nicht in Isolation von der Gruppe gesehen werden. Dieses definiert vielmehr sich bzw. seine Nutzenposition unmittelbar über das Gemeinwesen. Erneut führt eine Verabsolutierung dieser Position zu einer extremen Ausformulierung des Modells bis hin zu einer Vorrangstellung der Gemeinschaft gegenüber dem Individuum. Bis zur letzten Konsequenz gebracht würde dieses Modell im migrationspolitischen Kontext zur Folge haben, dass jedes Staatswesen jegliche Form der Zuwanderung einem strikten Nutzenkalkül unterzieht, wobei allein der Nutzen der jeweiligen Gemeinschaft des Ziellandes zu berücksichtigen wäre. Dies würde bedeuten, dass jeder Staat frei über jede Form der Zuwanderung entscheiden kann, ohne dass irgendwelche Aufnahmeverpflichtung bestünde.

Sieht man sich die aktuell geltende Völkerrechtssituation an, so wird deutlich, dass diese hier sehr stark von einem kommunitaristischen Denken – bezogen auf die einzelne staatliche Einheit – geprägt ist. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass grundsätzlich jeder Staat berechtigt ist, frei über das Ausmaß der erlaubten Zuwanderung zu entscheiden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass völkervertraglich ein Großteil der Staaten in z.T. auch sehr weitreichender Form Zuwanderung temporärer oder auch permanenter Art erlaubt. Auch das Recht, souveräne Rechte einzuschränken, ist bekanntlich Ausdruck von Souveränität.⁷ Die Bemühungen in der Literatur, ein Recht auf Zuwanderung nachzuweisen, überzeugen nicht.⁸ Aus der Tatsache der partiellen Öffnung der Grenzen durch zahlreiche Mitglieder der Staatengemeinschaft ein diesbezügliches völkergewohnheitsrechtliches Prinzip abzuleiten, muss schon deshalb misslingen, da es an einer entsprechenden Rechtsüberzeugung fehlt.⁹ Die völlige Uneinheit-

7 Vgl. dazu die Ausführungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im Wimbledon-Fall (1923): „The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a state undertakes to perform or to refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of sovereign rights of the State in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of sovereignty.“

Vgl. „The S.S. Wimbledon“, Entscheidung v. 17.8.1923, PCIJ Ser. A No. 1, S. 1.

8 Vgl. dazu J.A.R. Nafziger, *The General Admission of Aliens under International Law*, in: 77 AJIL 1983, S. 804–847. Für einen Versuch, Elemente eines Anspruchs auf Einwanderung aus dem Recht auf Entwicklung abzuleiten, vgl. B.S. Chimni, *Development and Migration*, in: T.A. Aleinikoff/V. Chetail (Hrsg.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. Asser: Den Haag 2003, S. 255–268.

9 Ablehnend gegenüber einer einem völkergewohnheitsrechtlichen Gebot zur Aufnahme von Flüchtlingen auch K. Hailbronner, *Das Refoulement-Verbot und die humanitären Flüchtlinge im Völkerrecht*, in: ZAR 1987, S. 3 ff. (7).

lichkeit der diesbezüglichen Praxis kann noch ergänzend hinzugefügt werden. Dennoch: Wenngleich die Staaten ihre souveränen Entscheidungsbefugnisse im Bereich der Zuwanderung bislang grundsätzlich nicht preisgegeben haben, so haben sie vertraglich oder auch auf einseitiger Basis sehr weitreichenden Einschränkungen zugestimmt bzw. diese faktisch vorgenommen.¹⁰ Das grundsätzlich nach wie vor kommunitaristisch geprägte Modell wurde also in vielfacher Hinsicht aufgeweicht. Den Bedürfnissen des Individuums wird – insbesondere im Flüchtlingsrecht – immer umfassendere Beachtung geschenkt, und zwar unabhängig von seiner Staatsbürgerschaft. Gleichzeitig werden die Bedürfnisse der Staatengemeinschaft als solche immer stärker wahrgenommen, die in die Nähe einer eigenen Subjektivität rückt.¹¹ Das kommunitaristische Prinzip wird somit überlagert von einer Verantwortlichkeit der Staatengemeinschaft als ganze – einer Art Kommunitarismus zweiten Grades. Ihren Ausdruck findet diese Tendenz bspw. in der immer häufiger festzustellenden Staatenpraxis, Flüchtlingsgruppen, die nicht in den Anwendungsbereich der Genfer Flüchtlingskonvention aus 1951 fallen, zumindest temporären Schutz zu gewähren.¹² Zunehmend stärker wird auch das Migrationsproblem insgesamt als zwischenstaatlich zu lösende Fragestellung begriffen. Einzelstaatliches Handeln ist in diesem Zusammenhang nur begrenzt wirksam. Es bedarf eines international koordinierten Vorgehens. Damit wären an und für sich die besten Voraussetzungen für die Schaffung internationaler Normen gegeben¹³, doch ist auch klar, dass Staatengemeinschaftsdenken,

10 Vgl. auch die diesbezüglichen Ausführungen des Menschenrechtsausschusses in seinem Kommentar Nr. 27 zur Freizügigkeit (Art. 12 CCPR):

„The question whether an alien is ‚lawfully‘ within the territory of a State is a matter governed by domestic law, which may subject the entry of an alien to the territory of a State to restrictions, provided they are in compliance with the State’s international obligations“. Vgl. Human Rights Committee, General Comment Nr. 27, Abs. 4, 2. Satz.

11 Vgl. zum Thema der Rechtssubjektivität der Staatengemeinschaft P.-M. Dupuy, *L’Unité de L’Ordre Juridique International*, 297 RdC 2002 (2003), S. 245 ff.; D. Kritsiotis, *Imagining the International Community*, in: 13 EJIL 2002, S. 96–992; R. Kolb, *Quelques Reflexions sur la „Communauté Internationale“*, in: A.A. Yusuf (Hrsg.), *African Yearbook of International Law* 2003, S. 431–451.

12 Das UN-Hochkommissariat für Flüchtlinge hat eine weit über den Anwendungsbereich der Genfer Flüchtlingskonvention hinausreichende Zuständigkeit. Sie umfasst Personen, die als Folge von Unruhen, bewaffneten Konflikten oder schweren systematischen Menschenrechtsverletzungen ihr Heimatland verlassen haben. Vgl. K. Hailbronner, in: W. Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht, De Gruyter: Berlin* 2004, S. 230 f. (Rz 286).

13 Bekanntlich werden völkerrechtliche Regelungen typischerweise dann geschaffen, wenn Problemstellungen die einzelstaatlichen Problemlösungsmöglichkeiten übersteigen und gleichzeitig ein hinreichendes einzelstaatliches Problemlösungsinteresse besteht. In diesem Sinne sind völkerrechtliche Regelungen auch eine unmittelbare Re-

zumindest gegenwärtig noch, in dem hier zur Diskussion stehenden Bereich erst sehr eingeschränkt zum Tragen kommt.

Somit kann also festgehalten werden, dass Migration auf der soziologischen Ebene zwar definitionsgemäß ein internationales Phänomen ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass es sich hierbei durchgehend um eine Frage des internationalen Rechts im Sinne der Existenz positiver bilateraler und multilateraler Regelungen handelt. Es gilt somit das sog. Lotus-Prinzip: In Ermangelung spezifischer völkerrechtlicher Verpflichtungen ist von der Handlungsfreiheit der Staaten auszugehen.¹⁴ Das Souveränitätsprinzip führt uns wieder zurück zum kommunaristischen Ansatz und damit zur Ausgangshypothese: Nach wie vor werden Vor- und Nachteile internationaler Migration am Nationalstaat als Bezugskategorie gemessen, wenngleich dieser sich in einer demokratischen Ordnung letztlich wiederum über das Individuum legitimiert. Individualistisch-weltbürgerliche Einsprengungen sind in diesem System feststellbar und auch die Bedürfnisse der Staatengemeinschaft als ganze werden in diesem Kontext wahrgenommen, wodurch das Gesamtbild letztlich diffus zu werden droht und in Einzelfragen unterschiedliche Deutungen zulässt. Dies ist der Hintergrund, vor welchem verschiedenste hier einschlägige Regelungen zum Internationalen Wirtschaftsrecht zu sehen sind. Das Internationale Wirtschaftsrecht ist dabei, wie zu zeigen sein wird, Regelungsinstrument und Regelungsgegenstand zugleich.

4. Die zentrale migrationsrechtliche Regelung des Internationalen Wirtschaftsrechts: die einschlägigen Bestimmungen im GATS-Abkommen

4.1 Einführung

Gegenwärtig gibt es keine umfassende völkerrechtliche Regelung der Migrationsproblematik. Die Bedeutung der wirtschaftsrechtlichen Dimension der Migration kommt schon dadurch zum Ausdruck, dass die wohl umfassendste aktuell existierende wirtschaftsrechtliche Regelung zur Migration im WTO-Recht zu finden ist, nämlich im GATS-Abkommen. Die einschlägigen, nachfolgend auszuführenden Bestimmungen im Dienstleistungsabkommen regeln die Migrations-thematik freilich nur indirekt. Anknüpfungspunkt ist die Dienstleistungserbrin-

aktion auf Zwänge, die durch den Prozess der Globalisierung geschaffen worden sind. Die Staaten bemühen sich, durch völkerrechtliche Vereinbarungen jene Handlungsfähigkeit wiederzugewinnen, derer sie faktisch durch die Globalisierung verlustig gegangen sind.

14 Dieser Gedanke findet bekanntlich Ausdruck im sog. „Lotus-Prinzip“, das als eines der Grundprinzipien des Völkerrechts gilt.

gung im Ausland. Als instrumentalen Aspekt dazu befasst sich das GATS mit der grenzüberschreitenden Bewegung natürlicher Personen, die die Dienstleistung im Ausland erbringen.

4.2 Die „Erbringungsart Nr. 4“

Als man sich im Rahmen der Uruguay-Runde anschickte, auch die Dienstleistungsthematik im Welthandelssystem zu regeln, war man mit völlig neuen konzeptionellen Herausforderungen konfrontiert. Eine Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs kann nicht durch Zollbindungen erfolgen. Dienstleistungen sind einerseits von ihrer Natur her äußerst heterogen, andererseits sind wir hier mit vielfältigen Regulierungsinteressen konfrontiert. Dieser vieldimensionalen Regelungsaufgabe versuchte man in Art. I Abs. 2 des GATS-Abkommens über die Unterscheidung von vier Dienstleistungserbringungsarten gerecht zu werden: grenzüberschreitende Erbringung („cross-border-supply“); Auslandsverbrauch („consumption abroad“), geschäftliche Niederlassung („commercial presence“) und Dienstleistungserbringung durch natürliche Personen im Ausland („presence of natural persons“). Gerade die Aufnahme der zuletzt genannten Dienstleistungserbringungsart in lit d) der genannten Bestimmung war während der Uruguay-Runde äußerst umstritten. Das Ergebnis war ein Formelkompromiss, der den fortbestehenden Dissens in der Grundfrage überdeckt und dementsprechend auch zu völlig unterschiedlichen Deutungen Anlass gibt. Für den internationalen Dienstleistungsverkehr gelten allgemein – also für alle vier Dienstleistungserbringungsarten – folgende Besonderheiten im Vergleich zu dem im GATT geltenden Warenverkehr:

- Das Meistbegünstigungsprinzip gilt zwar grundsätzlich generell. Die Mitglieder konnten jedoch gemäß Art. II Abs. 2 zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des GATS Ausnahmen zum Meistbegünstigungsprinzip anmelden, die laut dem Anhang zu Art. II-Ausnahmen „grundsätzlich einen Zeitraum von 10 Jahren“ nicht überschreiten sollten.¹⁵ „Auf jeden Fall sind die Ausnahmen Gegenstand von Verhandlungen im Rahmen späterer Handelsliberalisierungsrunden.“¹⁶ Konkret bedeutete dies, dass einzelne Mitglieder Ausnahmen von der Meistbegünstigungsverpflichtung für einzelne Dienstleistungsbereiche aufrechterhalten konnten, wobei aber eine grundsätzliche Terminisierung und eine Verhandlungspflicht gegeben war. Die „weiche“ Formulie-

¹⁵ Vgl. Abs. 6 des Anhangs zu den Art. II-Ausnahmen.

¹⁶ Ibid.

rung beider Bedingungen hat aber dazu geführt, dass nach 2004, als an und für sich die 10-Jahres-Frist abgelaufen wäre, noch zahlreiche Ausnahmen aufrecht blieben und auch der nachfolgende Verhandlungsprozess brachte kaum befriedigende Ergebnisse.

- Noch größere Abweichungen vom GATT-Recht weist das GATS im Bereich Marktzugang und Inländerbehandlung auf. Diese werden nicht automatisch für den gesamten Dienstleistungsbereich gewährt (horizontale Öffnung), sondern sektorenspezifisch, soweit entsprechende Verpflichtungen übernommen werden. Es müssen also entsprechende Konzessionen vorliegen, und in der Folge ergibt sich ein äußerst komplexes Gesamtbild des Liberalisierungsstandes. Diese Komplexität wird noch weiter dadurch erhöht, dass die einzelnen WTO-Mitglieder auch bestimmen können, welche Dienstleistungserbringungsarten sie akzeptieren wollen. In den Listen, die die übernommenen Verpflichtungen aufweisen, können weiters Beschränkungen (Bedingungen) angeführt werden, bspw. auch hinsichtlich einzelner Dienstleistungserbringungsarten. Dieses Listenprinzip verwirklicht also ein System der Positivintegration (Aufnahme einzelner Dienstleistungssektoren) und der Negativintegration (Aufnahme spezifischer Beschränkungen).¹⁷

Generell beklagt wird eine weitgehende Intransparenz hinsichtlich des gegenwärtig erreichten Liberalisierungsstandes im Dienstleistungssektor. Quantitative Schätzungen offenbaren erhebliche Unterschiede im Liberalisierungsgrad auch und gerade in Bezug auf die verschiedenen Dienstleistungserbringungsarten, wobei die hier im Mittelpunkt stehende Erbringungsart 4 die geringste Akzeptanz gefunden hat.¹⁸

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass mit der Aufnahme von Erbringungsart 4 ein Rahmen für eine Liberalisierung des dienstleistungsbezogenen Personenverkehrs geschaffen worden ist, wobei sich aber die konkrete Nutzung dieses Rahmens gegenwärtig noch sehr in Grenzen hält. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

- Soweit überhaupt Verpflichtungen in diesem Bereich eingegangen worden sind, sind diese mit zahlreichen Einschränkungen, z.T. auch horizontaler Natur, verbunden. Der Großteil dieser Verpflichtungen bezieht sich auf die konzerninterne Verlegung von hochqualifiziertem Führungspersonal. Ver-

¹⁷ Vgl. R. Pitschas, Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), in: H.-J. Prieß/G.M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, Beck: München 2003, Rn 102. Vgl. umfassend auch R. Wolfrum/P.-T. Stoll/C. Feinäugle (Hrsg.), WTO – Trade in Services, Martinus Nijhoff: Leiden/Boston 2008.

¹⁸ Vgl. R. Pitschas (Fn 18), Rn 103.

pflichtungen in Bezug auf geringer qualifiziertes Personal stellen die absolute Ausnahme dar.¹⁹

- Es ist weiters zu berücksichtigen, dass sich diese Regelung in ein bereits bestehendes System bi- und multilateraler Marktöffnungsvereinbarungen fügt, die teilweise auch erheblich über die im GATS-System getroffenen Vereinbarungen hinausreichen.
- Schließlich ist noch zu berücksichtigen, dass das GATS-rechtliche Konzept der temporären Zuwanderung mit innerstaatlichen Regelungen oft nur schwer in Einklang zu bringen ist. Die einschlägigen innerstaatlichen Bestimmungen haben – terminologisch und inhaltlich – durchwegs eine gänzlich unterschiedliche Struktur.²⁰

Von entscheidender Bedeutung für eine Gesamtbewertung dieses Systems wird also die Frage sein, in welcher Form die WTO-Mitglieder diesen Rahmen in nächster Zeit nutzen wollen. Unabhängig davon muss man sich aber, wenn man Erbringungsart 4 als migrationsrechtliche Norm interpretiert, stets den Kompromisscharakter dieser Regelung sowie den bereits angesprochenen, vielfältigen Dissens vor Augen halten, den das GATS nur notdürftig überdeckt. Selbst bei weitestgehender Ausnutzung der durch diese Regelung eröffneten Spielräume wird Erbringungsart 4 aber niemals zu einer migrationsrechtlichen Regelung im eigentlichen Sinne werden. Diese ganze Ambivalenz kommt im GATS-Anhang zum grenzüberschreitenden Verkehr natürlicher Personen, die im Rahmen des Übereinkommens Dienstleistungen erbringen, klar zum Ausdruck. Laut Abs. 2 dieses Anhangs gilt das GATS „weder für Maßnahmen betreffend natürliche Personen, die sich um Zugang zum Beschäftigungsmarkt eines Mitglieds bemühen, noch für Maßnahmen, welche die Staatsangehörigkeit, den Daueraufenthalt oder die Dauerbeschäftigung betreffen.“

In rechtlicher Hinsicht scheint das GATS also klar zwischen einer temporären Dienstleistungstätigkeit ohne engere Eingliederung in das Wirtschaftssystem des Aufenthaltsstaates und einer nichtselbständigen Tätigkeit mit potentiell dauerhaftem Charakter (und einem entsprechend erhöhten Regulierungsanspruch des Aufenthaltsstaates) zu differenzieren. Die Person des Dienstleistungserbringers

19 Vgl. M.K. Solomon, GATS Mode 4 and the Mobility of Labour, in: R. Cholewinski/R. Perruchoud/E. MacDonald (Hrsg.), *International Migration Law*, T.M.C. Asser: Den Haag 2007, S. 107–127 (112) und A. Winters, *The Temporary Movement of Workers to Provide Services (GATS Mode 4)*, in: A. Mattoo/R.M. Stern/G. Zanini, *A Handbook of International Trade in Services*, OUP: Oxford 2008, S. 480–541 (487).

20 Vgl. M. Klein Solomon, GATS Mode 4 and the Mobility of Labour, in: R. Cholewinski/R. Perruchoud/E. MacDonald (Hrsg.), *International Migration Law*, T.M.C. Asser Press: Den Haag 2007, S. 107–127 (113).

steht im Verhältnis zur Dienstleistung selbst weitgehend im Hintergrund. Die Leistung wird versachlicht und in hohem Maße entpersonifiziert. In einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise lässt sich freilich diese Unterscheidung nicht ohne weiteres aufrecht erhalten. Arbeiter einer Baufirma, die sich zur Verrichtung eines größeren Bauvorhabens länger in einem anderen WTO-Mitgliedstaat aufhalten, befinden sich wirtschaftlich-sozial in einer ähnlichen Situation wie zeitlich befristet angestellte Wanderarbeitnehmer.²¹

Weiters stellt sich die Frage, welche Kategorien von Dienstleistungserbringern von dieser Norm erfasst werden.

Bspw. trat die Frage auf, ob auch Dienstleistungserbringer eines WTO-Mitglieds, die in einem anderen WTO-Mitgliedstaat von einer dort ansässigen Gesellschaft angestellt werden, im Sitzstaat Leistungen zu erbringen, unter die Erbringungsform 4 fallen. Das WTO-Sekretariat hat dies verneint:

„There appears to be some room for interpretation whether the foreign natural persons ‚employed by a service supplier of a Member‘ also include foreigners employed by host-country companies. While the wording of the Annex does not rule out this possibility, Article 1.2 (d) of the Agreement seems to cover only foreigners employed by foreign owned companies [...]. Thus, while foreigners would fall under the GATS if they work on a contractual basis as independent suppliers for a locally-owned firm, they would seem not to be covered if they were employees of that firm.“²²

Regelmäßig wird die Arbeitserlaubnis auch nur für einen bestimmten Auftraggeber und bezogen auf einen Leistungserbringungsort erteilt.²³

Da die unabhängige Erbringung von Dienstleistungen durch natürliche Personen aus anderen WTO-Mitgliedstaaten eher den Ausnahmefall darstellt, wird gegenwärtig die Erbringungsart 4 nach Maßgabe der in Kraft befindlichen Verpflichtungen – wie erwähnt – primär von Personen genutzt, die innerbetrieblich versetzt werden. Auf den ersten Blick mag dies eine Bevorzugung der industrialisierten Staaten gegenüber den Entwicklungsländern darstellen und tatsächlich hat sich auf dieser Grundlage primär eine Nord-Süd- und eine Nord-Nord-Wanderbewegung etabliert bzw. gefestigt. Die Entwicklungsländer – und insbesondere die Schwellenländer – sind diesbezüglich aber in einem Aufholprozess begrif-

21 Vgl. T. Broude, *The WTO/GATS Mode 4, International Labour Migration Regimes and Global Justice*, The Hebrew University of Jerusalem, Research Paper No. 7, May 2007, S. 7.

22 WTO Sekretariat, *Presence of Natural Persons (mode 4)*. Background Note by the Secretariat. S/C/W/785, 8 December 1998, Abs. 56.

23 Vgl. S. Charnovitz, *Trade Law Norms on International Migration*, in: T.A. Aleinikoff/V. Chetail (Hrsg.), *Migration and International Legal Norms*, Asser: Den Haag 2003, S. 241–253 (249).

fen. Der vielzitierte Fall der indischen Softwarespezialisten, die betriebsintern für Wartungsaufgaben bzw. zur Lösung spezieller technischer Fragestellungen in einen anderen WTO-Mitgliedstaat entsandt werden, verdeutlicht exemplarisch den Zweck dieser Regelung.

Laut Abs. 3 des GATS-Anhanges zum grenzüberschreitenden Verkehr natürlicher Personen können entsprechende Verpflichtungen für alle Kategorien von natürlichen Personen übernommen werden. Gegenwärtig besteht – entsprechend den bereits in der Vergangenheit übernommenen bilateralen Verpflichtungen – eine klare Präferenz für hochqualifizierte Dienstleistungserbringer.

Es steht aber außer Frage, dass eine Ausweitung der Verpflichtungen zur Erbringungsart 4 mit erheblichen Vorteilen für die Entwicklungsländer verbunden wäre, von welchen im Übrigen auch ganz maßgeblich die Aufnahme dieser Bestimmung im Rahmen der Uruguay-Runde betrieben worden ist. Dies würde im besonderen Maße gelten, wenn Verpflichtungen für Dienstleistungen auf niedrigqualifizierter Ebene erfasst würden, doch erscheint dies gegenwärtig nicht realistisch.²⁴ Die Entwicklungsländer drängen deshalb gegenwärtig auf eine Erfassung der mittleren Qualifikationsebene, da in diesem Kontext der in Frage kommende Personenkreis eingegrenzt werden kann, gleichzeitig damit aber erhebliche Vorteile für die Industriestaaten realisiert werden können.²⁵ So wurde von den Entwicklungsländern bspw. die Übernahme von Verpflichtungen in den Bereichen immobilienbezogene Dienstleistungen, Kommunikationsdienstleistungen, Tourismus und Reisen, Freizeit und Erholung, Kultur und Sport sowie Transport angeregt.²⁶

Im Anhang zum grenzüberschreitenden Verkehr natürlicher Personen wird auch hervorgehoben, dass das GATS-Übereinkommen ein WTO-Mitglied nicht daran hindert, „Maßnahmen zur Regelung der Einreise oder des vorübergehenden Aufenthalts natürlicher Personen in seinem Hoheitsgebiet einschließlich solcher Maßnahmen zu treffen, die zum Schutz der Unversehrtheit seiner Grenzen erfor-

24 Es kann generell festgehalten, dass im Kreise der Einwanderungsländer weltweit eine Tendenz zur selektiven Immigrationspolitik, unter Bevorzugung von hochqualifizierten Arbeitskräften, besteht. Soweit multilaterale Regelungen zu dieser Thematik zustande kommen, werden sie von der betreffenden nationalstaatlichen Haltung wesentlich geprägt. Vgl. K. Hailbronner/R. Koslowski, Models for Immigration Management Schemes, Immigration Paper Series, The German Mashall Fund of the United States 2008. Auf bilateraler Ebene war man dagegen weit eher imstande, diesbezügliche Interessenskonflikte auszugleichen und auch breiteren Raum für die Zuwanderung geringer qualifizierter Arbeitskräfte zu schaffen. Vgl. R. Chanda, Mobility of Less-Skilled Workers under Bilateral Agreements: Lessons for the GATS, in: 43 Journal of World Trade 3/2009, S. 479–506.

25 Vgl. J. Kategekwa, Extension of Mode 4 commitments to include unskilled workers in the WTO. A win win situation, especially for LDCs, Manuskript.

26 Ibid., S. 7.

derlich sind; jedoch dürfen solche Maßnahmen nicht auf eine Weise angewendet werden, dass sie die Handelsvorteile, die einem Mitglied aufgrund der Bedingungen einer spezifischen Verpflichtung zustehen, zunichte macht oder schmälert.“²⁷

Diese Bestimmung ist Ausdruck der Gesamtproblematik, mit welcher eine Regelung des grenzüberschreitenden dienstleistungsbezogenen Personenverkehrs im WTO-Recht konfrontiert ist: Einerseits sollen und dürfen damit zentrale Elemente staatlicher Souveränität (wie Visaregelungen, nationale Sicherheitsbestimmungen) nicht in Frage gestellt werden, andererseits muss gewährleistet sein, dass diese Regelungen nicht missbräuchlich zur Anwendung kommen. Intention und Wirkung der einschlägigen Regelungen lassen sich nur im Einzelfall bestimmen und sind auf jeden Fall von breiten Beurteilungsspielräumen gekennzeichnet. Es gibt diesbezüglich noch keine Rechtsprechung. Eine Klärung zentraler Fragestellungen in diesem Bereich wird wohl spezifischer völkervertraglicher Vereinbarungen bedürfen.

Ein erhebliches Problem stellt auch die Frage der Vergleichbarkeit der Qualifikationen dar. Laut Art. VI Abs. 6 GATS sieht jedes Mitglied in Sektoren, in denen spezifische Verpflichtungen für Dienstleistungen übernommen werden, angemessene Verfahren vor, um sich hinsichtlich der Kompetenz der Berufsangehörigen der anderen Mitglieder zu vergewissern. Generell bedarf es aber in diesem Bereich weiterer Vereinbarungen um sicherzustellen, dass die Möglichkeit grenzüberschreitenden Verkehrs natürlicher Personen effektiv in Anspruch genommen werden kann.

Insgesamt sind wir also im GATS im migrationsrechtlichen Bereich erst am Anfang eines Liberalisierungsprozesses²⁸, der erhebliches, wenn auch nicht unbeschränktes Potential birgt. Soweit sich im öffentlichen Meinungsbild Entwicklungsländer als potentielle Nutznießer einer solcher Liberalisierung und Industriestaaten als potentielle Verlierer gegenüberstehen, sind weitere Erfolge in diesen Liberalisierungsbemühungen nur schwer zu bewerkstelligen.

Insgesamt bedarf es umfassender vertrauensbildender Maßnahmen, wobei einer möglichst weitreichenden Transparenzschaffung²⁹ zentrale Bedeutung zu-

27 Vgl. Abs. 4 des Anhangs.

28 Laut F. Munari, *Immigrazione e diritto internazionale dell'Economia: Alcuni spunti di riflessione*, in: 18 *Diritto del Commercio Internazionale* 2/2004, S. 251–268 seien die einschlägigen GATS-Bestimmungen noch weitgehend toter Buchstabe geblieben: „[...] il sistema OMC, che pure si pone come il sistema più compiuto – e più ambizioso – di liberalizzazione di tutti i fattori di produzione e di scambio a livello globale, non solo si disinteressa sostanzialmente della mobilità delle persone fisiche, ma quando le considera, sia pur limitatamente ai servizi, circo-scrive e condiziona in modo così pervasivo tale mobilità da renderla, in effetti, lettera morta.“ Ibid., S. 260.

29 Zur Bedeutung des Transparenzprinzips im Internationalen Wirtschaftsrecht vgl. P. Hilpold, *Die EU im GATT/WTO-System*, IUP/Nomos/Schulthess: Innsbruck/Baden-Baden/Zürich 2009.

kommt.³⁰ Die vielfältigen, in diesem Bereich zur Anwendung kommenden Regelungen müssen besser kommuniziert und – im Rahmen des Möglichen – auch harmonisiert werden. Umgekehrt müssen in den Ursprungsländern der Migration auch entsprechende Vorkehrungen getroffen werden, damit eine Rückkehr der Migranten nach Ablauf des temporären Aufenthalts sichergestellt werden kann.³¹

Zu berücksichtigen ist aber auch, dass sich in den letzten Jahren weltweit die Positionen in Migrationsfragen stark verändert haben. Der diesbezügliche Interessenskonflikt zwischen Nord und Süd ist immer weniger deutlich spürbar. Vielmehr bergen nunmehr viele Länder – insbesondere Schwellenländer – diesen Interessenskonflikt zwischen Vor- und Nachteilen der Zu- und Abwanderung in sich selbst. Dies sind grundsätzlich gute Voraussetzungen für die Ausarbeitung ausgewogener Lösungen.

4.3 Integrationsabkommen

Traditionell wird im GATT/WTO-Recht immer dann, wenn weitere Liberalisierungsbemühungen nicht vorankommen, auf das Instrument der regionalen Integration Rückgriff genommen.³² Das GATT-Recht enthält zu diesem Zweck eine großzügige Ausnahmeregelung in Art. XXIV.

Das GATS-rechtliche Pendant dazu findet sich in Art. V, das WTO-Mitgliedern erlaubt, wirtschaftliche Integrationszonen zu bilden. Voraussetzung für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme vom Meistbegünstigungsprinzip ist die Erfassung eines „beträchtlichen sektoralen Geltungsbereichs“ sowie der Ausschluss jeglicher Diskriminierung zwischen den Vertragsparteien.

Art. V-bis GATS enthält eine Sonderregelung, in der erhebliches Potential ruht: Die Möglichkeit, Übereinkünfte über integrierte Arbeitsmärkte zu schließen. Einzelne WTO-Mitglieder können somit spezielle Übereinkünfte über die wechselseitige Liberalisierung der Arbeitsmärkte abschließen, ohne dass diese Konzessionen an WTO-Mitglieder, die nicht an dieser Übereinkunft partizipieren, weitergegeben werden müssten. Ein Versuch für eine Definition einer solchen Übereinkunft findet sich in Fußnote 2 zum GATS-Abkommen:

„Im Regelfall gewährt eine derartige Integration den Staatsangehörigen der betreffenden Vertragsparteien das Recht auf freien Zugang zu den Beschäftigungsmärkten der Vertragsparteien und umfasst Maßnahmen hinsichtlich der

30 Vgl. M. Klein Solomon, (Fn 20), S. 121.

31 Ibid.

32 Vgl. P. Hilpold, (Fn 29).

Verdienstbedingungen, anderer Beschäftigungsbedingungen und Sozialleistungen.“

Die Staatsangehörigen der Vertragsparteien sind im Rahmen eines solchen Abkommens auf jeden Fall von der Pflicht zur Beschaffung von Aufenthalts- und Arbeitserlaubnissen freizustellen.³³

Diese Abkommen stellen ein innovatives Instrument zur Förderung der Arbeitsmigration dar, wenngleich damit nicht einer generellen Freizügigkeit Vorschub geleistet werden soll. Es bleibt nämlich das Erfordernis der Staatsangehörigkeit eines der Mitgliedstaaten dieser Übereinkünfte bestehen.

Die bisher abgeschlossenen Abkommen in diesem Bereich haben sehr vielfältigen Charakter. Bilaterale Freizügigkeitsregime bestanden bereits in der Vergangenheit und wurden durch Art. V-bis GATS WTO-konform gemacht. In anderen Fällen ist darin dagegen eine erste Stufe für die Verwirklichung weiter reichender Integrationsvorhaben zu sehen, etwa in Form einer wirtschaftlichen Integrationszone oder aber auch in Verbindung mit einem regionalen Integrationsvorhaben gemäß Art. XXIV GATT.³⁴

5. Bilaterale Regelungsansätze³⁵

Schon erwähnt wurde, dass Versuche, ökonomisch induzierte Migration bilateral zu regeln, dem GATS-rechtlichen Ansatz lange vorangehen.³⁶ Der bilaterale Ansatz ist sowohl für den Empfangsstaat als auch für den Entsendestaat mit zahlreichen Vorteilen verbunden, die generell als Versuch gewertet werden können ein – wenn auch limitiertes – Migrationsmanagement zu verwirklichen und ein kommunizierendes Gefäß zwischen zwei Arbeitsmärkten zu schaffen. Dabei steht aber nicht allein der Ausgleich von Angebot und Nachfrage im Vordergrund. Es geht vielmehr um ein qualitatives Management, das eine Vorselektion der Arbeitskräfte erlaubt, irreguläre Einwanderung verhindert und den temporären Charakter der Zuwanderung sicherstellt.³⁷ Typischerweise wird mit bilateralen Abkommen der Zustrom von Saisonarbeitskräften, zeitlich befristet angestellten Arbeitnehmern in der Landwirtschaft und Mitarbeitern für spezifische, zeitlich terminisierte Projekte geregelt.

33 Vgl. Art. V-bis lit. a) GATS.

34 Vgl. dazu J. Bast, Kommentar zu Art. V-bis GATS, in: R. Wolfrum/P.-T. Stoll/C. Feinäugle (Hrsg.), WTO – Trade in Services, Martinus Nijhoff: Den Haag 2008, S. 152–164.

35 Vgl. dazu im Detail IOM/World Bank/WTO, Trade and Migration Seminar, Genf, 4.–5. Oktober 2004, Manuskript.

36 Im Jahr 2004 hat die OECD 176 Abkommen dieser Art gezählt. *Ibid.*, S. 7.

37 *Ibid.*

Kennzeichnend für diese bilateralen Ansätze ist ihre enge Verknüpfung mit der nationalen Einwanderungs- und Arbeitsmarktpolitik. Bilaterale Vereinbarungen können als natürliche Fortsetzung der einschlägigen nationalen Politiken gesehen werden, während der multilaterale Regelungsansatz (Erbringungsart 4 im GATS bzw. Art. V-bis GATS) regelmäßig Akkordierungsmaßnahmen im innerstaatlichen Bereich bedingt.

Diese Problematik kann in einen generelleren völkerrechtlichen Zusammenhang gestellt werden, was das Zusammenspiel von bilateralen und multilateralen (oder gar quasi-universellen) Regelungsansätzen anbelangt.³⁸ Es ist einsichtig, dass gerade bei politisch heiklen Themen mit stark divergierenden Interessenslagen der einzelnen beteiligten Staaten ein multilateraler Ansatz, der regelmäßig größere Kompromisse abverlangt, schwerer voranzubringen ist. So kann in den bilateralen Regelungsbemühungen durchaus auch ein Beitrag gesehen werden, dieses schwierige Terrain zu bearbeiten, so dass für spätere multilaterale Regelungen im GATS leichter ein gemeinsamer Nenner gefunden werden kann.³⁹ Rechtliche Schwierigkeiten ergeben sich allerdings dort, wo eine bilaterale Regelung durch keine GATS-rechtliche Ausnahme abgedeckt ist, da in diesem Fall ein Verstoß gegen den Meistbegünstigungsgrundsatz vorliegt. Eine solche Situation dürfte für zahlreiche bilaterale Abkommen gegeben sein. Wenn bislang noch kein Verfahren vor den WTO-Streitbeilegungsinstanzen eingeleitet worden ist, so dürfte dies am geringen Interesse der WTO-Mitglieder an wechselseitigen Beanstandungen in diesem Bereich liegen, wobei die WTO selbst kein Verfahren bzw. keine Institution kennt, über welche ex officio diese Problematik aufgegriffen werden könnte. Dennoch ist aber in einer solchen Situation entweder das GATS-rechtliche Regime anzupassen oder aber nach einer geeigneten Modifikation der betreffenden bilateralen Regelungen zu suchen.

6. Migration in der Europäischen Union

Wenn weltweit nach einer Forcierung internationaler Migration gerufen wird, dann wird – wenn die Vorteile einer solchen Entwicklung herausgestrichen wer-

38 Für eine übergreifende Gesamtschau vgl. auch B. Simma, *Bilateralism and Community Interest*, in: 250 RdC 1994-IV, S. 217 ff. Hinsichtlich neuer Perspektiven für multilaterale Ansätze im Völkerrecht vgl. auch J. Crawford, *Multilateral Rights and Obligations in International Law*, in: 319 RdC 2006.

39 Vgl. auch IOM – World Bank – WTO Seminar on Trade and Migration, Genf, 5. Oktober 2004, *Speaking Points for Carlo Gamberale, National Implementation of International Obligations*, Manuskript (http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/sem_oct04_e/carlo_gamberale_e.pdf; 19. September 2007).

den sollen – häufig auf das Vorbild der EU verwiesen, wo die Freizügigkeitsregelung zu den Grundelementen des Vertrages gehört. Durch den Vertrag von Maastricht wurde die Freizügigkeitsregelung bekräftigt und noch politisch überhöht über das Konzept der Unionsbürgerschaft⁴⁰, wobei die Freizügigkeitsregelung wohl den Kernbereich dieses Instituts ausmacht.

Die Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Gemeinschaft wurde schrittweise ausgebaut. Große Wanderbewegungen blieben aus. Weder waren die sog. „Push“-Faktoren in den traditionellen Auswanderungsländern (insbesondere Anstieg der Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter bei gleichzeitiger beschränkter Aufnahmefähigkeit des Arbeitsmarktes) noch die sog. „Pull“-Faktoren (insbesondere Anstieg des Arbeitskräftebedarfs, der im Inland nicht gedeckt werden kann) in den traditionellen Einwanderungsländern derart stark ausgeprägt, dass unkontrollierte Wanderungsbewegungen eingesetzt hätten. Durch flankierende Politiken (insbesondere Landwirtschaftspolitik und Regionalpolitik) konnten im Laufe der Zeit Entwicklungsunterschiede wenn nicht ausgeglichen, so doch erheblich reduziert werden. Aus klassischen Auswanderungsländern (bspw. Italien) wurden Einwanderungsländer. Gastarbeiter wurden z.T. erfolgreich integriert, z.T. kam es zu einer Rückwanderung. Das wirtschaftlich bedingte Migrationsmanagement in der EU kann somit insgesamt als gelungen bezeichnet werden. Die oben angeführte Unionsbürgerschaft – die in den ersten Jahren in Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die innergemeinschaftliche Freizügigkeit kaum Beachtung gefunden hat – hat sich mit der Zeit zu einer eigenen Antriebsfeder für den grenzüberschreitenden Personenverkehr innerhalb der Gemeinschaft entwickelt. Man spricht nun von einer „fünften Freiheit“ (also einer Freiheit, die neben die bereits bestehenden vier Grundfreiheiten hinzugetreten ist), andererseits aber auch, in negativer Konnotation, von Sozialtourismus.⁴¹

Generalanwalt Jacobs hat schon sehr früh das Potential erkannt, das in diesem Konzept steckt, und zwar hat er im Fall „Bickel und Franz“ folgende – für den damaligen Zeitpunkt revolutionäre – Feststellung getätigt:

„The notion of citizenship of the Union implies a commonality of rights and obligations uniting Union citizens by a common bond transcending Member State nationality. The introduction of that notion was largely inspired by the concern to bring the Union closer to its citizens and to give expression to its character as more than a purely economic union. That concern is reflected in the removal of the word ‚economic‘ from the Community’s name (also affected by the Treaty on

40 Vgl. Art. 17 ff. EGV.

41 Vgl. dazu im Detail P. Hilpold, Unionsbürgerschaft und Bildungsrecht oder: Der EuGH-Richter als „Künstler“, in: G. Roth/P. Hilpold (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, Linde/Stämpfli/Boorberg: Wien/Bern/Stuttgart 2008, S. 11–53.

European Union) and by the progressive introduction into the EC Treaty of a wide range of activities and policies transcending the field of the economy“.

GA Jacobs betont somit, dass die Europäische Union ihre rein wirtschaftliche Prägung verloren habe, was bereits in ihrer Bezeichnung zum Ausdruck komme und auch das Freizügigkeitsrecht sei in diesem Lichte zu interpretieren. Freizügigkeit ist nicht mehr instrumental zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu sehen, sondern wird in letzter Konsequenz zu einer wirtschaftsungebundenen, autonomen Grundfreiheit. Im Fall *Grzelczyk*⁴² erhebt der EuGH in seiner Entscheidung vom 20. September 2001 die Unionsbürgerschaft zum „grundlegenden Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“.⁴³ Damit waren alle Schleusen geöffnet. Dieses Konzept weitergedacht, musste der Unionsbürger auch Anspruch auf Sozialleistungen im jeweiligen Aufenthaltsstaat haben, und zwar unabhängig von der Erbringung einer spezifischen Gegenleistung. Das den modernen Sozialstaat kennzeichnende Solidaritätsprinzip⁴⁴, auf dessen Grundlage sich eine Vielzahl von Rechten und Pflichten im Verhältnis zwischen Bürger und Staat herausgebildet hat, wirkt nun über das Gemeinschaftsrecht unionsweit, und zwar im Verhältnis zwischen Mitgliedstaat und Unionsbürger. Diese Entwicklung wurde vielfach kritisiert. So wurde von der Unionsbürgerschaft als „Türöffner zu den mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen“⁴⁵ gesprochen, wobei diese Entwicklung, deren Endpunkt noch gar nicht absehbar ist, insofern problematisch sei, als sich auf dieser Grundlage strukturelle Ungleichgewichte herausbilden könnten, die auch auf mittlere bis lange Frist keinen reziproken Ausgleich finden. Besonders deutlich wird dies im Kontext des sog. „Bildungstourismus“, einer Spezialform des „Sozialtourismus“, der dazu führt, dass bspw. bundesdeutsche Studenten, die aufgrund der Numerus Clausus-Bestimmungen in der Bundesrepublik Deutschland keinen Studienplatz finden, an österreichischen Universitäten studieren und damit das Bildungssystem Österreichs aus den Angeln zu heben drohen.⁴⁶

Diese Problematik hat zu einer äußerst reichhaltigen Literatur geführt, wobei die Rechtsprechung des EuGH mit z.T. harscher Kritik konfrontiert worden ist.⁴⁷

42 Vgl. Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193.

43 *Ibid.*, Rn. 31.

44 Vgl. dazu P. Hilpold, Solidarität als Rechtsprinzip – völkerrechtliche, europarechtliche und staatsrechtliche Betrachtungen, in: 55 Jahrbuch des öffentlichen Rechts 2007, S. 195–214.

45 Vgl. F. Sander, Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zu den mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen?, in: Deutsche Verwaltungsrechtliche Blätter 16/2005, S. 1014–1022.

46 Vgl. dazu P. Hilpold, Hochschulzugang und Unionsbürgerschaft, in: *EuZW* 21/2005, S. 647–652.

47 Zu den schärfsten Kritikern dieser Rechtsprechung im deutschsprachigen Raum zählt K. Hailbronner. Vgl. nur „Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?“, in: 57 *NJW* 31/2004, S. 2184–2264.

Insgesamt hat sich diese Rechtsprechung aber linear fortentwickelt und ein Endpunkt dieser Entwicklung ist noch nicht ersichtlich.

Aus der Perspektive der hier zu behandelnden Thematik erstaunt, welche politische Dynamik einem anfänglich rein wirtschaftlich fundierten Freizügigkeitskonzept innewohnen kann. Das ursprünglich explizit auf wirtschaftliche Kontexte eingegrenzte Freizügigkeitsrecht hat sich im Zuge der politischen Verfestigung der Europäischen Union – aber ohne dass diese Züge echter Staatlichkeit angenommen hätte – verselbständigt. Der Unionsbürger ist in dieser Hinsicht ein Bürger *sui generis*, dem gerade erst im grenzüberschreitenden Zusammenhang – typischerweise durch die Überschreitung unionsinterner Grenzen – ein besonderer Status erwächst.

Die Europäische Union wird damit zum Archetyp eines Projekts einer politisch gewollten und gezielt gesteuerten Migration, die – ausgehend von einem wirtschaftlichen und damit politisch ohne weiteres konsensfähigen Vorhaben – über die Erleichterung und Förderung grenzüberschreitender Personenbewegungen letztlich auch das zentrale Ziel der ursprünglichen Europabewegung für eine politische, soziale und kulturelle Kohäsion entscheidend zu fördern vermag.

Die Frage der Übertragbarkeit dieses Modells auf andere Kontexte ist aber nuanciert anzugehen. Die historisch-kulturelle Kohäsion zwischen den Völkern Europas dürfte – trotz manch leidvoller Erfahrungen – einzigartig sein. Ebenso hat die Einbettung der europäischen Integration – zumindest in ihren Anfängen – in den Wiederaufbau nach dem Zweiten Weltkrieg aus einer ungewöhnlichen Dynamik Nutzen gezogen, die ebenfalls nicht ohne weiteres replizierbar ist. Die europäische Integration kann im migrationssoziologischen Kontext aber durchaus als beispielhaft in dem Sinne angesehen werden, dass eine gezielte Steuerung von Wanderbewegungen erfolgreich sein und die Akzeptanz von Immigration schrittweise anpassen kann.⁴⁸ Sie wird nie punktgenau glücken, sie kann aber den Weg bereiten für den Abbau von Ängsten und für die Herausbildung einer Gesamtsituation, in welcher – angesichts einer positiven Integrationserfahrung – Zuwanderung überwiegend als erwünscht und positiv angesehen wird.

48 In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass im Rahmen der Erweiterung der Europäischen Union (und zuvor der EWG) die Öffnung der Arbeitsmärkte regelmäßig zeitlich verzögert, unter Vorgabe von Übergangsfristen erfolgt ist. Dies war auch hinsichtlich der am 1.5.2004 vollzogenen Erweiterung der EU um 10 mittel- und osteuropäische Staaten der Fall. Während den Staatsangehörigen Zyperns und Maltas von Anfang an ein unbeschränktes Freizügigkeitsrecht eingeräumt worden ist, gilt für die übrigen neu beigetretenen Mitgliedstaaten bekanntlich das „2+3+2-Modell“, nach welchem in den ersten zwei Jahren nach dem Beitritt die „alten“ 15 Mitgliedstaaten grundsätzlich ihre Freizügigkeitsbeschränkungen gegenüber diesen früheren Drittstaaten beibehalten durften, drei weitere Jahre nach einem Überprüfungsverfahren und zusätzliche zwei Jahre im Falle schwerer Störungen des Arbeitsmarktes oder auch nur bei Vorliegen einer solchen Gefahr.

7. Migration aufgrund außerökonomischer Zielsetzungen

Die bisherigen Ausführungen zu wirtschaftsrechtsbezogenen Elementen des internationalen, migrationsrechtlichen Rahmenwerkes dürfen nicht den Blick für die Tatsache verstellen, dass Migration häufig keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Hintergrund hat. Zumindest indirekt hat freilich jede Form von Migration ökonomische Konsequenzen und darf deshalb auch legitimerweise wirtschaftsrechtlichen Regelungen unterworfen werden.

Die bedeutendste Form nicht ökonomisch motivierter Migration regelt die Genfer Flüchtlingskonvention aus 1951 in der Fassung des Protokolls von New York aus 1967. Die Definition des Flüchtlings laut dieser Konvention setzt einen individuellen Verfolgungstatbestand voraus; Wirtschaftsflüchtlinge dürfen sich gerade nicht auf diese Konvention berufen.

Bekanntlich wird diese Konvention, die unmittelbar unter dem Eindruck der Gewaltherrschaft in Europa bis 1945 entstanden ist, schon lange nicht mehr vollumfänglich den aktuellen Bedürfnissen der Flüchtlinge der Gegenwart gerecht. In erster Linie bedürfte es verbesserter internationaler Kooperationsmechanismen, auf deren Grundlage die Auslegung dieser Konvention vereinheitlicht sowie ein besseres Management der internationalen Flüchtlingsströme und die Gewährung effektiveren Schutzes ermöglicht werden könnte.⁴⁹

Hinzu kommt das Phänomen der temporären Flüchtlinge, d.s. Personen, die in der Regel aufgrund interner Krisen fliehen, bspw. aufgrund von Bürgerkriegssituationen. Die Bedrohung ist hier regelmäßig real und gravierend. Es liegt aber kein individueller Verfolgungstatbestand vor und deshalb findet auch die Genfer Flüchtlingskonvention nicht Anwendung. Das UN Hochkommissariat für Flüchtlingswesen UNHCR hat in diesem Zusammenhang häufig für Abhilfe gesorgt, doch bedürfte es in diesem Zusammenhang neuer Ansätze und Vorkehrungen.⁵⁰ Schließlich ist noch die Frage zu stellen, in wie weit in der Regel sehr kurzfristige Wanderbewegungen, wie sie in Zusammenhang mit touristischen Aktivitäten festzustellen sind, eines besonderen Schutzes bedürfen. Der Menschenrechtsausschuss hat sich obiter für einen solchen Schutz ausgesprochen, und zwar im Kontext des Minderheitenschutzes.⁵¹ Dieser Ansatz ist sicherlich verfehlt, doch kann

49 Vgl. E. Feller, *Asylum, Migration und Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come*, in: 18 *International Journal of Refugee Law* 3–4/2006, S. 509–536 (533 f.).

50 Vgl. bspw. N. Nathwani, *Rethinking Refugee Law*, Martinus Nijhoff: Den Haag et al. 2003.

51 Vgl. Abs. 5.2 des „Allgemeinen Kommentars“ Nr. 23 des Menschenrechtsausschusses (CCPR/C/21/Rev.1/Add.5) v. 8.4.1994:

„Article 27 confers rights on persons belonging to minorities which ‚exist‘ in a State party. Given the nature and scope of the rights envisaged under that article, it is not

nicht geleugnet werden, dass der weltweit ständig zunehmende Tourismus auch menschenrechtliche Fragestellungen aufwirft (bspw. in Hinblick auf die Frage der Zulassung selbst, in Bezug auf den tempärereren Rechtsstatus im Aufenthaltsstaat und in Zusammenhang mit Eingriffsmöglichkeiten des Aufenthaltsstaates bei der Ausübung grundlegender Menschenrechte wie jenem der Meinungsfreiheit). Letztlich ist aber auch der weltweite Tourismus wieder ein wirtschaftliches Phänomen und unterliegt damit primär auch wirtschaftsrechtlichen Regelungen.⁵²

8. Eine Gesamtbewertung

Der bisherige rechtliche Befund zeigt, dass das internationale migrationsrechtliche Regime verschiedenen – auch und gerade wirtschaftsrechtlich geprägten – Regelungen unterliegt, die insgesamt sehr vorsichtig formuliert sind. Diese Situation wirft nun Fragen nach der Zukunft dieser Regelungen auf. Ist mit einer weiteren Liberalisierung der Bewegungsfreiheit zu rechnen? Sollte der Zustrom, insbesondere von Arbeitskräften, liberalisiert oder gar gefördert werden? Auf den ersten Blick müsste man meinen, dass diese Frage eigentlich sachlich-nüchtern, rein auf der Basis empirischer Daten gelöst werden sollte und gelöst werden kann. Bei einer näheren Analyse zeigt sich aber, dass der Befund nicht so eindeutig ist, selbst wenn man sich allein auf eine rein ökonomische Betrachtungsweise beschränkt.

Laut einer grundlegenden, häufig zitierten Studie von Hamilton und Whalley aus 1984 sollte der Wegfall aller migrationsrechtlichen Beschränkungen zu mehr als einer Verdoppelung des weltweiten Bruttoinlandsprodukts führen.⁵³ Diese Studie beruht allerdings auf problematischen Annahmen, insbesondere was die

relevant to determine the degree of permanence that the term 'exist' connotes. Those rights simply are that individuals belonging to those minorities should not be denied the right, in community with members of their group, to enjoy their own culture, to practise their religion and speak their language. Just as they need not be nationals or citizens, they need not be permanent residents. Thus, migrant workers or even visitors in a State party constituting such minorities are entitled not to be denied the exercise of those rights. As any other individual in the territory of the State party, they would, also for this purpose, have the general rights, for example, to freedom of association, of assembly, and of expression. The existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given State party does not depend upon a decision by that State party but requires to be established by objective criteria.“

Vgl. dazu auch meinen weiteren Beitrag in diesem Band, S. 87 ff. (S. 99 f.)

52 Bspw. fallen Fremdenverkehrsleistungen in der EU unter das Konzept der passiven Dienstleistungsfreiheit. Die Welttourismusorganisation räumt den wirtschaftlichen Aspekten des Fremdenverkehrs einen zentralen Stellenwert ein.

53 Vgl. B. Hamilton/J. Whalley, Efficiency and distributional implications of global restrictions on labor mobility, 14 *Journal of Development Economics* 1984, S. 61–75.

Vergleichbarkeit der Arbeitsproduktivität in Entwicklungsländern und in Industriestaaten anbelangt.⁵⁴ Auf jeden Fall wäre die Umsetzung dieser Idee mit massiven Bevölkerungstransfers verbunden, die sich politisch wohl kaum durchsetzen lassen.

Überwiegend wird davon ausgegangen, dass die Erleichterung von wirtschaftlich motivierten Wanderbewegungen mit Wohlfahrtsgewinnen verbunden ist, zumindest in einer Globalbetrachtung. Diese Gewinne im Falle permanenter Immigration zu quantifizieren (und hierbei ist allein die Situation des Aufnahmestaates zu berücksichtigen) ist jedoch äußerst schwierig, da auch die Kosten der Nutzung von Sozialleistungen zu berücksichtigen sind und auch unklar ist, auf welchen Zeithorizont Bezug genommen werden soll. So kam eine breit angelegte Studie des Amerikanischen Forschungsrats zum Ergebnis, dass permanente Immigration (in den USA) zu beachtlichen Wohlfahrtsgewinnen für den Zuwanderungsstaat führe, und zwar insbesondere für den Fall der Zuwanderung hochqualifizierter Arbeitskräfte.⁵⁵ Die Annahmen, auf welchen diese Studie beruht, erweisen sich aber bei näherer Betrachtung als höchst problematisch, insbesondere der Betrachtungszeitraum von nicht weniger als 300 (!) Jahren.⁵⁶ Borjas verwendet einen Betrachtungszeitraum von 50 Jahren und kommt zu negativen Ergebnissen bei unqualifizierten und älteren Immigranten.⁵⁷ Selbst wenn das Gesamtergebnis positiv ist, schließt dies nicht aus, dass es Gewinner und Verlierer unter der angestammten Bevölkerung des Aufnahmelandes gibt. Borjas identifiziert die Gewinner in den Kapitaleignern, die Verlierer in den Arbeitnehmern.⁵⁸

Die Förderung permanenter Zuwanderung wird auch mit weiteren Argumenten gerechtfertigt bspw. mit der Überalterung der Bevölkerung in zahlreichen Industriestaaten. Dabei wird aber übersehen, dass auch Zuwanderer altern. Dieser Vorteil ließe sich damit nur dann dauerhaft aufrecht erhalten, wenn die Zuwanderung nicht in (einmaliger) Schubform erfolgen würde, sondern in dauerhafter

54 Dabei soll nicht der Qualifikationsstand an sich in den Entwicklungsländern in Frage gestellt werden, sondern es geht um die Frage der Kompatibilität unterschiedlicher Ausbildungsprofile.

55 Vgl. J. Smith/B. Edmonton (Hrsg.), *The New Americans: Economic, Demographic, and Fiscal Effects of Immigration*, National Academy Press: Washington DC 1997.

56 Vgl. G. Borjas, *Heaven's Door: Immigration Policy and the American Economy*, Princeton University Press: New York 1999, S. 125, zitiert nach M.J. Trebilcock/R. Howse, (Fn 6), S. 616. G. Borjas et al., *How Much Do Immigration and Trade Affect Labor Market Outcomes?*, in: 1 *Brookings Papers on Economic Activity* 1/1997, S. 1–91.

57 *Ibid.* Es soll hier nicht unerwähnt bleiben, dass die Thesen von George Borjas auch auf Widerspruch gestoßen sind. Vgl. dazu insbesondere die Arbeiten von Barry Chiswick und Christian Dunstmann.

58 Vgl. G. Borjas 1999 (Fn 49), S. 90 ff., zitiert nach M.J. Trebilcock/R. Howse (Fn 6), S. 616.

Stromform. Im zweitgenannten Fall wäre aber wiederum mit erheblichem politischem Widerstand zu rechnen.

In jüngeren Studien wird deshalb häufig auf die Vorzüge temporärer Zuwanderung verwiesen. In diesem Fall sind die ökonomischen Auswirkungen der Zuwanderung leichter abschätzbar, die positiven gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen eindeutiger und damit politisch auch leichter vermittelbar. Damit dürfte ein Großteil des Widerstandes gegen Zuwanderung wegfallen, der auf diffuse politisch und sozio-kulturell motivierte Ängste rückführbar ist.

Auch diese Studien gehen von verschiedensten Annahmen aus, die im Einzelfall kritisierbar sein können, doch erscheinen diese Annahmen – gerade aufgrund des überschaubareren Zeithorizonts – insgesamt plausibler. Die positiven Gewinne, auf welche diese Studien verweisen, fallen bescheidener aus, sind aber gleichzeitig realistischer. Die Grundannahme lautet, dass eine völlige Beseitigung aller Migrationsbarrieren wohl nicht praktikabel bzw. politisch konsensfähig ist und deshalb Untersuchungen hinsichtlich der Auswirkungen partieller Einschränkungen dieser Barrieren angestellt werden sollten.⁵⁹ Eine grundlegende, jüngere Studie stammt von Alan Winters et al.⁶⁰ Konkret prüfen die Autoren die Folgen einer Erhöhung der erwerbstätigen Bevölkerung in den OECD-Staaten um 3 %, und zwar durch die Zuwanderung qualifizierter (8 Millionen Personen) und nicht qualifizierter Arbeitskräfte (8,4 Millionen Personen) auf temporärer Basis. Im Ergebnis führt dies zu einem weltweiten Anstieg des BIP um 0,6 %, wobei die Entwicklungsländer die größten Gewinner wären. Verlieren würden nach diesem Modell allerdings die Entwicklungsländer im Falle der Abwanderung von hochqualifizierten Arbeitskräften aufgrund des sog. „brain drain“. Diese Verluste könnten durch die Transferzahlungen der Arbeitnehmer nicht hinreichend kompensiert werden. Unberücksichtigt lässt diese Analyse allerdings verschiedene schwer quantifizierbare Nutzen, die die temporär tätigen Migranten aus ihrem Auslandsaufenthalt ziehen und die schon während ihrer Tätigkeit im Ausland, im Besonderen aber nach ihrer Rückkehr externe Effekte für ihren Heimatstaat generieren (weiterer Wissenserwerb, Aneignung neuer Fertigkeiten, insbesondere aber das Knüpfen von Netzwerken, die auch zu einem späteren Zeitpunkt für den betreffenden Arbeitnehmer, aber auch für Dritte nützlich sein können). Im Heimatstaat der Auswanderer selbst erfährt Bildung eine marktmäßige Aufwertung, da sie die Option einer – für den einzelnen unmittelbar mit Einkommenszuwächsen verbundenen – Emigration eröffnet. Über

59 Vgl. im Detail T.J. Hatton, Should we have a WTO for international migration?, in: *Economic Policy* 2007, S. 339–383 (345 ff.).

60 Vgl. L.A. Winters/T.L. Walmsley/Zhen Kun Wang/R. Grynberg, Liberalising Temporary Movement of Natural Persons: An Agenda for the Development Round, in: *26 World Economy* 2003, S. 1137–1161.

diesen dynamischen Effekt können weitere positive Wirkungen für den Auswanderungsstaat entstehen.⁶¹

Noch eindeutiger sieht die Situation bei niedrig qualifizierten Arbeitskräften aus. Hier fallen die Transferzahlungen in den Heimatstaat besonders ins Gewicht. Verlierer sind in diesem Zusammenhang aber wiederum niedrig qualifizierte Arbeitskräfte im Gaststaat.

Insgesamt kann also festgehalten werden, dass Arbeitsmigration, insbesondere temporärer Art und insbesondere wenn sie in einer behutsamen und kontrollierten Form erfolgt, eindeutig positive Wirkungen sowohl für den Auswanderungsstaat als auch für den Einwanderungsstaat zeitigt. Damit soll nicht behauptet werden, dass eine solche Form der Migration nur Gewinner kennt. Da die Gesamtwirkung aber eindeutig positiv ist, können (und sollen) die Verlierer solcher Entwicklungen eine Kompensation erfahren.⁶² All diese Überlegungen deuten darauf hin, dass eine Migrationsentwicklung, die wirtschaftlich zu überwiegend positiven Resultaten führt, einer Steuerung durch internationale Instrumente bedarf. Die oben dargestellten Ansätze im Internationalen Wirtschaftsrecht können als erster Schritt in diese Richtung gewertet werden. Dies bedeutet nicht, dass eine solche Empfehlung friktionsfrei umgesetzt werden kann. Schon jetzt sieht sich das WTO-Recht massiver Kritik dahingehend ausgesetzt, dass es eine grenzüberschreitende Bewegung von Arbeitskräften nur in unzureichender Form ermögliche bzw. fördere. Temporäre Migration setzt definitionsgemäß voraus, dass ein Aufenthalt nach einer bestimmten Zeit auch beendet werden muss. Wie sind dabei Fragen des Familiennachzugs oder Familiengründungen im Aufenthaltsstaat zu beurteilen? Soll bei Ablauf der Aufenthaltsgenehmigung der Aufenthalt zwangsweise beendet werden? Es soll nicht verschwiegen werden, dass weltweit in diesem Zusammenhang schwerster Missbrauch und gravierende Menschenrechtsverletzungen vorkommen. Aus Malaysia werden regelmäßig Massendeportationen von Immigranten gemeldet, z.T. ohne dass diese Anspruch hätten auf Entlohnung für die geleistete Arbeit.⁶³ Zeitverträge schaffen spezifischen menschenrechtlichen Schutzbedarf. Einerseits wird eine rechtliche Gleichstellung der temporären Immigranten (bspw. was Lohnansprüche und soziale Absicherung anbelangt) mit der Begründung abgelehnt, dass gerade diese

61 Vgl. dazu im Detail M.J. Trebilcock/R. Howse, (Fn 6), S. 617.

62 Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass die Entwicklung eines solchen Kompensationssystems durchaus sehr anspruchsvoll, im Einzelfall u.U. auch unmöglich sein kann. Die Bereitschaft, solche Solidarleistungen zu erbringen, dürfte nämlich im Normalfall nicht sehr ausgeprägt sein. Vgl. A. Winters, (Fn 19), S. 530.

63 Vgl. N. Misra, *The Push & Pull of Globalization: How the Global Economy Makes Migrant Workers Vulnerable to Exploitation*, in: 14 Human Rights Brief 3/2007, S. 2–4 (3).

Unterschiede die Anwerbung von ausländischen Arbeitskräften interessant mache und damit letztlich auch im Interesse der betreffenden Arbeitnehmer liege. Andererseits führt das Fehlen bzw. die unzureichende Ausgestaltung von Regeln in diesem Bereich zu Fällen schwerwiegender Übervorteilung und Ausbeutung. Besonders gravierend scheint die Situation weiblicher Haushaltshilfen im Nahen und Mittleren Osten sowie in Südostasien zu sein.⁶⁴ Die Botschaften Indonesiens, Sri Lankas und der Philippinen in Saudi Arabien melden jährlich tausende von Beschwerden.⁶⁵ Auch wenn die Heimatstaaten dieser Arbeitsmigranten auf die Transferzahlungen ihrer Bürger angewiesen sind, darf hier nicht ein rechtsfreier Raum entstehen.⁶⁶

Temporäre Arbeitsmigration ist ein Phänomen, das von einer ständig wachsenden Dynamik gekennzeichnet ist und die aufgezeigten Regelungsinstrumente des internationalen Wirtschaftsrechts tragen dazu bei, diese Entwicklung zu kanalisieren und in letzter Konsequenz auch zu fördern. Es wurde hier aber mehrfach betont, dass Arbeitsmigration nicht nur ein ökonomisch relevanter Sachverhalt ist, sondern unmittelbar auch menschenrechtliche Implikationen aufweist. Wirtschaftsrechtliche Regelungen müssen zeitgleich mit menschenrechtlichen ergehen. Die UN-Konvention über die Rechte der Wanderarbeitnehmer⁶⁷ ist zwar im Juli 2003 – nach immerhin 13 Jahren – in Kraft getreten. Sie ist aber – gleich wie die hier einschlägigen ILO-Konventionen Nr. 97 und 143 – in erster Linie von typischen Auswanderungsländern ratifiziert worden, nicht von Einwanderungsnationen.⁶⁸

Ein besonderes Problem liegt in der Frage, ob und in wie weit internationale Schutzinstrumente, soweit solche überhaupt gegeben sind, auch für illegale Arbeitsimmigranten zur Anwendung kommen sollen. In der Vergangenheit ist dies regelmäßig ausgeschlossen gewesen. Nun ist es zulässig, dass Staaten die illegale Arbeitsimmigration bekämpfen und illegale Zuwanderer auch wieder abschieben. Dies darf jedoch nicht mit der Verletzung von Menschenrechten der Betroffenen einhergehen. Eine erste Trendwende scheint in diesem Zusammenhang der Inter-Amerikanische Gerichtshof für Menschenrechte in einem Gutachten mit dem Titel „Legal Status and Rights of Undocumented Migrants“ aus dem

64 Vgl. N. Varia, Sanctioned Abuses: The Case of Migrant Domestic Workers, in: 14 Human Rights Brief 3/2007, S. 17–20.

65 Ibid., S. 17.

66 Vgl. dazu auch Cheah Wui Ling, Migrant Workers as Citizens within the ASEAN Landscape: International Law and the Singapore Experiment, in: 8 Chinese Journal of International Law 1/2009, S. 205–231.

67 UN International Convention on the Protection of the Rights of Migrant Workers and Members of their Families.

68 Vgl. N. Misra, (Fn 63), S. 4.

Jahr 2003 eingeleitet zu haben. Der Gerichtshof bestätigt darin, dass illegalen Arbeitsimmigranten dieselben Rechte zustehen wie legalen Zuwanderern, insbesondere das Recht auf Entlohnung, auf Schutz vor Diskriminierung und auf Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz.⁶⁹

In der UN-Konvention zum Schutz der Wanderarbeitnehmer wurde auf eine Unterscheidung zwischen legal und illegal zugewanderten Arbeitnehmern verzichtet. Dies hat aber auf der anderen Seite wesentlich dazu beigetragen, dass die klassischen Zuwanderungsländer von Unterzeichnung und Ratifikation dieses Abkommens Abstand genommen haben.⁷⁰

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass mit der weiteren Regulierung, Sicherung und Förderung der temporären Arbeitsimmigration ein großer Schritt nach vorn getan werden könnte, von welchem weltweite Wachstumsimpulse ausgehen könnten und in erster Linie würden die – aktuellen und potentiellen – Arbeitsimmigranten selbst immensen Nutzen daraus ziehen.

Für Anhänger großzügigerer Modelle internationaler Kooperation und Solidarität mag dieser Ansatz zu wenig weit reichend sein. Tatsächlich wird auch immer wieder die Forderung nach einer generellen Öffnung der Grenzen für eine dauerhafte Arbeitsimmigration laut. Wie gezeigt, vermitteln die geltenden Regelungen des internationalen Wirtschaftsrechts eher den Eindruck, dass der internationale Konsens gegenwärtig die temporäre Arbeitsmigration bevorzugt – die Situation in der Europäischen Union ist sicherlich einzigartig und nicht ohne weiteres auf den generellen Rahmen übertragbar.

Das internationale Wirtschaftsrecht – und in diesem Zusammenhang wird die WTO häufig zu Unrecht kritisiert⁷¹ – gibt nicht ein bestimmtes Migrations-

69 Ibid. Zum Beitrag des Interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte im migrationsrechtlichen Kontext J.M. Casal H., Migration und internationaler Menschenrechtsschutz, in: 68 ZaöRV 2008, S. 491–508.

70 Vgl. dazu auch die Stellungnahme des ehemaligen EU-Kommissars für Freiheit, Sicherheit und Justiz und Vizepräsidenten der EU-Kommission, Franco Frattini, der für die EU dezidiert eine Ratifikation dieser Konvention mit folgender Argumentation ablehnte: „I wish to stress [...] that I do not consider that illegal immigrants should generally have the same rights as legal migrants. This is a matter of credibility for the EU's migration policy. There is, therefore, no intention for the Community to ratify the 1990 UN Convention on the protection of the rights of all migrant workers, which does not sufficiently make this distinction.“

Vgl. das diesbezügliche Schreiben vom 10. Januar 2007 <http://www.caritas-europa.org/module/FileLib070110letterFrattiniillegalimmigration.pdf> (27. Oktober 2007).

71 Vgl. S. Anderson, U.S. Immigration Policy on the Table at the WTO, in: FPIF – Foreign Policy in Focus, November 30, 2005, <http://www.fpif.org/fpiftxt/2962> (27. November 2007).

Tatsächlich ist die WTO aber ein wichtiger Partner bei der Bewältigung der internationalen Migrationsproblematik. Dies zeigt sich bspw. auch schon darin, dass der

modell vor. Die wirtschaftsrechtlichen Regelungen sind eher als instrumental zu sehen für die Umsetzung eines politischen Konsenses. Wenn die Schaffung von wirtschaftsrechtlichen Regelungen verlangt wird, die eine längerfristige oder gar permanente Immigration ermöglichen sollen, so ist also zuerst zu schauen, ob ein diesbezüglicher Konsens vorzufinden ist. Dass dies gegenwärtig der Fall ist, ist jedoch zweifelhaft.

Soziologen weisen darauf hin, dass große Migrationsströme in den meisten Staaten von einem großen Teil der ansässigen Bevölkerung als problematisch erlebt würden, wengleich dies aufgrund der öffentlichen Meinungsführerschaft von Ausländer- und Asyllobbies nicht immer so deutlich werde.⁷² Die Probleme, die die permanente Immigration aufwirft, sind weitgehend andere als jene, die in Zusammenhang stehen mit temporärer Immigration. Während das gegenwärtig als besonders akut angesehene Problem der inneren Sicherheit in beiden Fällen gegeben ist – wengleich es jeweils eine völlig andere Natur aufweist – führt permanente Immigration zu einer ganz anderen Herausforderung für das System der sozialen Sicherheit.

Die großen Migrationsströme der Vergangenheit haben häufig kaum Spuren hinterlassen. An die Abstammung von Hugenotten oder polnischen Arbeitern im Ruhrgebiet erinnert heute in Deutschland allenfalls noch der Namen. Die moderne Immigration hat aber eine andere Natur und sie erfolgt vor dem Hintergrund eines anderen Rechtsrahmens.

Immigranten sind häufig bestrebt, ihre ursprüngliche kulturelle Identität zu wahren. Dies wird nicht nur durch die modernen technischen Errungenschaften im Bereich Medien und Kommunikation erleichtert, sondern durch das moderne Menschenrechtsschutzsystem auch gefördert. Völkerrechtlich immer mehr Anerkennung findet der Schutzanspruch der sog. „neuen Minderheiten“, das sind typischerweise Gruppen, die durch jüngste Wanderbewegungen (in erster Linie aus Arbeitsmigration) entstanden sind.⁷³ Soweit diese Gruppen ihre Identität bewahren und einen Schutzanspruch geltend machen wollen, muss dieser – wenn auch noch in Grenzen – Anerkennung finden.

Es ist offen, wie sich die daraus resultierende multikulturelle Gesellschaft entwickelt. Vielfalt kann eine Bereicherung darstellen, wie dies in Hinblick auf traditionelle Minderheiten häufig gesehen wird. Es kann sich aber auch eine

frühere UN-Generalsekretär Kofi Annan am 23. Januar 2006 Peter Sutherland, den früheren Generaldirektor der WTO, zum Spezialgesandten für Migration ernannt hat.

72 So M. Woehlcke, (Fn 3), S. 285 unter Verweis auf R. Stolz, Probleme der Zuwanderung, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* v. 27.11.1998, S. 15–34.

73 Vgl. P. Hilpold, Neue Minderheiten im Völkerrecht und im Europarecht, in: *42 Archiv des Völkerrechts* 2004, S. 80–110 sowie S. 87 ff. in diesem Band.

Ghettoisierung der zugewanderten Gemeinschaften ergeben, die in sich kehren und möglicherweise in wechselseitigem Konflikt stehen. All dies erzeugt soziale Kosten, die von der Gesamtgesellschaft zu tragen sind.

Wenn die Wirtschaft eines Landes verstärkte Zuwanderung verlangt, so besteht die Gefahr, dass Kosten und Nutzen ungleich verteilt werden. Die Nutzen werden u.U. primär⁷⁴ von einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft internalisiert, die Kosten der Gesamtgesellschaft, möglicherweise auch zukünftigen Generationen, aufgebürdet. Es ist aber nochmals zu betonen, dass die damit in Zusammenhang stehenden Entscheidungen der Politik nicht von der Wissenschaft (und insbesondere nicht von den Rechtswissenschaften) abgenommen werden können. Es kann aber aufgezeigt werden, welche möglichen Konsequenzen mit bestimmten Weichenstellungen verbunden sind, wobei stets die spezifische Situation zu berücksichtigen ist. Das gegenwärtige Modell der internationalen Wirtschaftsbeziehungen ist – soweit überhaupt entsprechende Regelungen bestehen – stark auf die Zulassung und Förderung einer bloß temporären Migration fokussiert. Daneben wird freilich in vielfacher Form permanente Zuwanderung faktisch zugelassen. Zudem ist Zuwanderung – wie gezeigt – ein multidimensionales Phänomen, das nicht allein aus wirtschaftlicher Perspektive betrachtet werden darf. Aus menschenrechtlicher Perspektive können in einer Vielzahl von Fällen gute Argumente gefunden werden, die eine Erleichterung der Zuwanderung geboten erscheinen lassen, wobei vorzugsweise eine international akkordierte Vorgangsweise gewählt werden sollte. Die weitreichendsten Wirkungen hätte sicherlich eine Öffnung der Grenzen auf der Grundlage internationaler wirtschaftsrechtlicher Regelungen. Ein solcher Ansatz sollte aber im aufgezeigten Gesamtkontext diskutiert werden.

74 Eindeutige Aussagen über die wirtschaftlichen Konsequenzen einer solchen Politik sind aber – wie gezeigt – sehr schwer zu tätigen, insbesondere wenn die langfristigen Multiplikatorwirkungen eines dadurch ausgelösten Wirtschaftswachstums miteinbezogen werden.