

Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem¹

von Udo Di Fabio

I. Gutachtenfrage und Rechtsproblem

1. Gutachtenfrage

Der Freistaat Bayern fragt, welche verfassungsrechtlichen Pflichten dem Bund gegenüber den Ländern zur Begrenzung des massenhaften und unkontrollierten Zustroms von Flüchtlingen obliegen, insbesondere im Hinblick auf einen wirksamen Schutz der Grenzen. Zudem soll geklärt werden, welche Möglichkeiten Bayern offenstehen, diese Pflichten gegebenenfalls im Wege einer Verfassungsklage vor dem Bundesverfassungsgericht durchzusetzen.

2. Rechtsproblem

Zur Beantwortung der Gutachtenfrage ist zu untersuchen, ob den Bund gegenüber den Ländern eine Pflicht trifft, eine gesetzmäßige und wirksame Einreise- und Aufenthaltskontrolle auch zur Erhaltung des föderalen Staatsgefüges der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten und bejahendenfalls, ob er diese Pflicht bis dato hinreichend wahrnimmt.

Diese Untersuchung möchte jenseits des tagespolitischen schnelllebigen Geschehens auch angesichts künftig nicht sicher abschätzbarer Entwicklungen die offene Grundsatzfrage einer Pflichtenlage oder Pflichtverletzung des Bundes klären. Denn die Bewältigung der Migrationskrise ist ersichtlich auch bei geteilter Zuständigkeit eine gesamtstaatliche Aufgabe: Das gesamte Einreise-, Ausländer- und Asylrecht ressortiert beim Bund, er beherrscht mit seiner Kompetenz die Staatsgrenze. Die Aufnahme, Unterbringung, Versorgung, besonders Gesund-

1 *Anmerkung der Schriftleitung:* Der Beitrag stellt eine gekürzte Fassung jenes Gutachtens dar, das der Autor im Auftrag des Freistaates Bayern am 08.01.2016 der Landesregierung vorlegte. Es erweitert die bereits im letzten ZSE-Heft einsetzende Diskussion zur Flüchtlingspolitik und ist in Ergänzung des einführenden Beitrags von *Udo Di Fabio* in diesem Heft zu lesen. Die Gliederung wurde den ZSE-Herausgeberichtlinien angepasst.

heitsversorgung, die Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung, einschließlich der Strafverfolgung, die soziale Integration, zusätzliche Bildungs- und Betreuungsangebote, aber auch ausländerrechtliche Maßnahmen wie die Abschiebung: All das bleibt jedoch in der Kompetenz der Länder (Art. 30, 83 GG). Es besteht gerade für die elementare Frage der Beherrschung der Elemente der Staatlichkeit eine föderale Schicksalsgemeinschaft. Die Länder sind zur Erhaltung ihrer Landesrechtsordnung, in ihrer Fähigkeit zur Ausführung von Bundesgesetzen und zur Wahrung der von Art. 28 Abs. 1 GG normierten Homogenitätsanforderungen darauf angewiesen, dass der Bund seine Kompetenzen so ausübt, dass die Eigenstaatlichkeit der Länder nicht verletzt oder massiv gefährdet wird.

II. Verfassungsrechtliche Pflichten des Bundes gegenüber den Ländern auf wirksame Einreisekontrolle

1. Verfassungsrechtsverhältnis und Prüfungsansatz

Der Freistaat Bayern könnte - wie auch jedes andere Land der Bundesrepublik - den Bund einerseits dafür verantwortlich machen, wirksame Einreisekontrollen in das Bundesgebiet zu unterlassen. Der Freistaat könnte andererseits auch auf Feststellung dringen, dass der Bund gegen geltendes Recht, das auch zu Gunsten der Länder besteht, durch Handeln verstoßen hat, indem durch nach außen gerichtete Erklärungen eine gesetzwidrige Einreise nach Deutschland hervorgerufen oder gefördert wurde. In einem die Länder und den Bund überspannenden Verfassungsrechtsverhältnis müsste die Pflicht des Bundes aus dem Grundgesetz stammen und zumindest auch gegenüber den Ländern bestehen.

Bund und Länder stehen in einer föderalen gegenseitigen Beziehung, die mit dem Bundestaatsprinzip und dem daraus abgeleiteten Grundsatz der Bundestreue verfassungsrechtlich verbindlich gemacht ist (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1, Art. 79 Abs. 3 GG). Im bündischen Gefüge stellt jede teilstaatliche Ebene einen eigenen Verfassungsraum dar, aus dem heraus die vom Grundgesetz zugewiesenen Kompetenzen wahrgenommen werden, auf dem Gebiet der Gesetzgebung, des Gesetzesvollzuges und der Rechtsprechung (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Vorliegend geht es im Kern um den Vorwurf, dass der Bund seine Kompetenzen entweder nicht wirksam ausübt oder in ländergefährdender Weise verfassungswidrig ausübt. Von einer verfassungswidrigen Ausübung von Bundeskompetenzen wäre etwa auszugehen, wenn sowohl europäisches Recht, Bundesgesetze, die unter Beteiligung des Bundesrates ergangen sind, und vor allem auch Verfassungsbestimmungen wie Art. 16 a GG zu einem nicht unwesentlichen Teil

unangewendet bleiben und der Bund gebotene Maßnahmen unterlässt, um die Herrschaft des Rechts bei der Einreise in das Bundesgebiet wiederherzustellen. Im föderalen Gefüge könnte auch bedeutsam sein, dass die Exekutive des Bundes möglicherweise gegen den allgemeinen Gesetzesvorbehalt verstößt, etwa indem wesentliche Entscheidungen ohne gesetzliche Grundlage getroffen werden. Denn damit würde nicht nur im System horizontaler Gewaltenteilung die Rechtsposition des Bundestages verletzt, sondern auch in der föderalen vertikalen Gewaltenteilung die Beteiligung des Bundesrates an der Bundesgesetzgebung missachtet. Aber auch unabhängig von der Feststellung eines Rechtsverstoßes könnte der Bund gegen das Bundesstaatsprinzip verstoßen, wenn er bei der Ausübung seiner Kompetenzen ohne die gebotene Rücksicht auf wesentliche Interessen der Länder handelt.

2. Systemische Defizite und Integrationsverantwortung des Bundes

a) Disparitäten und systemische Mängel

Die Öffnung der europäischen Binnengrenzen setzt eine wirksame Kontrolle der europäischen Außengrenzen voraus. Die Grenzen auch am Rande des Schengen-Raumes unterliegen allerdings weiterhin der völkerrechtlichen Kompetenz der Nationalstaaten, während die „Regulierung von Migration“ „zu einem europäischen Interesse“ geworden ist.² Diese Divergenz der Zuständigkeiten funktioniert als System geteilter Verantwortung nur unter günstigen Bedingungen wechselseitiger Handlungsfähigkeit und wechselseitigen Vertrauens. Das entstandene, im Grunde noch experimentelle europäische System beruht insoweit auf optimistischen Grundannahmen, die seit einigen Jahren durch den Staatenzerfall an der Peripherie der Union sowie allgemein durch die Zunahme von Wanderungsbewegungen erschüttert sind. Das Schengen- und Dublinsystem ist mit dem aktuellen und in dieser Dimension unvorhergesehenen Massenzustrom ernsthaft überfordert.

Nach dem europäischen Recht und im Einklang mit der Genfer Flüchtlingskonvention können sich weder Asylsuchende noch Flüchtlinge im völkerrechtlichen Sinne oder subsidiär Schutzberechtigte ein Zufluchtsland ihrer Wahl aussuchen. Innerhalb der EU entscheidet grundsätzlich das Unionsrecht darüber, welcher Mitgliedstaat für die Prüfung des Asylantrags zuständig ist und in welchem Staat die Antragsteller sich sodann aufhalten dürfen. Diese Ausgestaltung führt dazu,

2 *Lehnert, M.*: Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen. Verwaltungskooperation – materiellen Rechtsgrundlagen – institutionelle Kontrolle, 2013, hier 27.

dass Mitgliedstaaten, die eine EU-Außengrenze unterhalten, in einer besonderen Verantwortung stehen. Sie haben einerseits die Außengrenze zu sichern, die Einreise zu kontrollieren und mögliche Asylverfahren zu bearbeiten und andererseits die Antragsteller bis dahin unterzubringen.

Dieses System begünstigt an sich Staaten, die wie die Bundesrepublik Deutschland, von sicheren Drittstaaten vollständig umgeben sind. Sowohl nach europäischem Recht als auch nach Verfassungsrecht können in Deutschland nach einer Einreise auf dem Landweg unmittelbar keine Asylanträge erfolgreich sein. Art. 16 a Abs. 2 GG bestimmt ausdrücklich:

„Auf Absatz 1 (Politisch Verfolgte genießen Asylrecht, Anm. d. Verf.) kann sich nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder aus einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt ist.“

Anders als die dargestellte Rechtslage vermuten lässt, hat sich die Wirklichkeit bereits vor der Zuspitzung der Migrationskrise im Sommer 2015 entwickelt. Während man angesichts der Rechtslage erwarten würde, dass die Hauptlast der Asylanträge in den Mitgliedstaaten der EU anfallen, die im Mittelmeerraum eine Außengrenze unterhalten (wie etwa Griechenland, Italien oder Spanien), so wurden tatsächlich im Jahr 2013 in Griechenland 8.225 Anträge, in Italien 27.130 Anträge und in Spanien 4.500 Anträge gestellt. Im gleichen Zeitraum wurden in Deutschland 127.000 Antragsteller gezählt.³ Die mitunter beklagte Ungerechtigkeit des europäischen Asylsystems zulasten der mediterranen Mitgliedstaaten mag auf dem Papier bestehen, sie entspricht aber nicht der Realität. Im Jahr 2014 – also bereits angesichts einer Zunahme der Flüchtlingszahlen aber noch vor der großen Welle 2015 - lag Schweden mit 8,4 Asylbewerber pro 1000 Einwohner in der Belastung an der Spitze, gefolgt von Ungarn mit 4,3 und Österreich mit 3,3 pro 1000 Einwohner. Unter den mediterranen Staaten befinden sich nur die Kleinstaaten Malta und Zypern mit 3,2 und 2,0 Asylbewerber pro 1000 Einwohner in der Spitzengruppe. Deutschland und Dänemark nahmen 2014 mit 2,5 und 2,6 Asylbewerber pro 1000 Einwohner ebenfalls in großem Umfang Asylbewerber auf. Italien, Frankreich und Griechenland nahmen dagegen pro Kopf weniger als die Hälfte auf, nämlich zwischen 0,9 und 1,1 Asylbewerber pro 1000 Ein-

3 Dörig, H.: Botschaftsentscheid für Flüchtlinge statt illegaler Schleusung, in: jM, 2005,196-202, hier 199; auch in Relation zu Bevölkerungszahl nahm Deutschland deutlich mehr Asylbewerber auf als die meisten mediterranen Länder.

wohner. Ein Land wie Spanien nahm sogar nur 0,1 Asylbewerber pro 1000 Einwohner im Jahr 2014 auf,⁴ das Land sicherte aber auch die Außengrenze wirksamer als andere.

In vielen Fällen wurden bereits vor der Zuspitzung der Krise im Sommer 2015 auch in stabilen Mitgliedstaaten wie Italien ankommende Einreisewillige ohne die vorgeschriebene Registrierung weitergeleitet,⁵ so dass – in Deutschland angekommen – der erstaufnehmende Staat nicht mehr festgestellt werden kann und deshalb eine Rücküberstellung ausgeschlossen ist. Hinzu kommt, dass in einzelnen Mitgliedstaaten wie Griechenland sog. systemische Mängel des Asylsystems vorliegen, die es Deutschland aus Rechtsgründen verbieten, dorthin zurück zu überstellen.⁶

Das Bundesministerium des Inneren hat vor diesem Hintergrund systemischer Mängel das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge angewiesen, generell von Überstellungen Asylsuchender nach Griechenland abzusehen und die Schutzgesuche im nationalen Verfahren zu prüfen (Selbsteintrittsrecht).⁷ Mit einem Urteil vom 26. September 2014 hat das Verwaltungsgericht München systemische Mängel auch in *Ungarn* festgestellt.⁸ Dies geschah, obwohl der Gerichtshof der Europäischen Union für 2013 keine systemischen Mängel im ungarischen Asylsystem festgestellt hat.⁹ Das VG München setzte sich unter Berufung auf neuere Erkenntnisse darüber hinweg. Es ließen sich, so das Gericht „diverse Kritikpunkte“ zur Inhaftierungspraxis Ungarns im Zusammen-

4 *Hirsland, K.*: Flucht und Asyl: Aktuelle Zahlen und Entwicklungen, in: APuZ, 25 (2015), 17-25, hier: 20.

5 Bereits im September 2014 fand ein deutsch-italienisches Innenministertreffen in Berlin statt, wobei es auch um den Vorwurf ging, italienische Behörden würden problemlos Migranten weiter in die nördlichen Staaten der Europäischen Union reisen lassen. Einzelne italienische Behörden sollen sogar 500 Euro gezahlt haben, damit sich die Flüchtlinge in einen Zug gen Norden setzten. Siehe dazu *Bewarder, M.*: Wie Italien Flüchtlinge nach Deutschland umleitet, in: Die Welt, 2.9. 2014. Im April 2015 wird wie folgt berichtet: „Über seine Ankunft in Italien macht der Syrer bemerkenswerte Aussagen. ‚Es gab keine Küstenwache. Kein einziger Polizist hat uns nach unseren Papieren gefragt. Niemand hat uns registriert, unsere Fingerabdrücke genommen, Fotos von uns geschossen oder gefragt, wer wir sind‘, so Mohammed. Die Flüchtlinge gelangen nahezu problemlos auf italienischem Boden und treten den Weg Richtung Nordeuropa an, wo sie sich finanzielle Unterstützung und eine Unterkunft erhoffen. Nach Angaben von Mohammed wollen die meisten Flüchtlinge nach Schweden, Deutschland oder in die Niederlande.“ (Deutsche Wirtschafts-Nachrichten: Italien schickt Syrien-Flüchtlinge ohne Kontrolle nach Nord-Europa, 14.4.2015).

6 EuGH, Urteil vom 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 u. C-493/10 (N.S. ua.); BVerfGE 128, 224ff.; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 17. September 2014 - 2 BvR 1795/14.

7 Siehe dazu auch den Hinweis des BVerfG, „dass mit der Überforderung des Asylsystems eines Mitgliedstaats der Europäischen Union verbundene transnationale Probleme vornehmlich auf der Ebene der Europäischen Union zu bewältigen sind“, BVerfGE 128, 224 (226).

8 VG München, Urteil vom 26.9.2014 – M 24 K 14.50320.

9 EuGH Urteil vom 10.12.2013 – C-394/12 – NVwZ 2014, 208.

hang mit Asylfällen aus Veröffentlichungen des UNHCR sowie von NGOs entnehmen. Es ist die Rede von Anhaltspunkten für eine Grundrechtsverletzung, insbesondere willkürliche und nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügender Inhaftierungspraxis, „der die Asylbewerber rechtsschutzlos ausgeliefert zu sein scheinen“.¹⁰

b. Nichtbeachtung des Unionsrechts und Tendenzen zu Moral Hazard

Man kann gewiss zu verschiedenen Bewertungen gelangen, was die Verantwortungszurechnungen angeht. Manch einer geht davon aus, dass einige Mitgliedstaaten das geltende europäische Recht nach dem Kalkül des *Moral Hazard* missachten und sich vorsätzlich durch Unterlassung der Registrierung bzw. der Durchführung eines Asylverfahrens oder durch unangemessen harte und rechtswidrige Ausgestaltungen der Unterbringung und des Verfahrens unattraktiv für Einwanderer machen. Man kann Staaten wie Griechenland oder Ungarn auch in Schutz nehmen und konstatieren, dass sie kaum über die finanziellen Mittel verfügen dürften, um einer Masseneinwanderung nach dem Dublin-System Herr zu werden. Man mag deutsche Gerichte dafür loben, dass sie sensibel die Menschenrechtslage in anderen europäischen Mitgliedsstaaten untersuchen – wie es das VG München in dem genannten Urteil tut. Dabei sollte man aber nicht aus den Augen verlieren, dass hier über Mitgliedstaaten geurteilt wird, die gleichberechtigte und gleichverpflichtete Mitglieder im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sind. Insofern könnte man dieselben Gerichte für ihre Mitwirkung an der Außerkraftsetzung des geltenden Schengen/Dublin-Systems auch mit guten Gründen kritisieren.

Doch um eine Feststellung kommt man auch beim besten Willen, pauschale Verantwortungszurechnungen zu vermeiden, nicht herum: Das geltende europäische Recht nach Schengen, Dublin und Eurodac wird in nahezu systematischer Weise nicht mehr beachtet, die einschlägigen Rechtsvorschriften weisen ein erhebliches Vollzugsdefizit auf. Die an sich auf die gegenwärtige Krisenlage zugeschnittene Massenzustromrichtlinie ist ohne Funktion, weil das Prinzip der koordinierten Freiwilligkeit die Diskrepanz zwischen Aufnahmebereitschaft mancher Länder und dem Mangel an Aufnahmebereitschaft anderer Länder mit einem qualifizierten Ratsbeschluss nicht zu überbrücken vermag. Die Mängel in einem praktisch gescheiterten europäischen Einwanderungs- und Asylsystem

¹⁰ VG München, Urteil vom 26.9.2014 – M 24 K 14.50320, juris, Rdnr. 47 unter Anschluss an eine Entscheidung des VG Düsseldorf vom 28. Mai 2014, Az. 13 L 172/14.A, juris Rdnr. 69.

tragen erheblich dazu bei, dass vom Nahen Osten aus über die Türkei und den Balkan bis nach Deutschland und Schweden das System geordneter Einreise und eines kontrollierten Aufenthalts jedenfalls zeitweise und bis heute anhaltend zusammengebrochen ist. Die Systemdefizite verschärfen Spannungslagen zwischen Mitgliedstaaten und führen in eine außenpolitische Abhängigkeit von Nachbarländern. Die EU muss vermutlich geopolitisch Konzessionen an die Türkei machen muss, um das Wohlverhalten einer vorverlagerten Grenzsicherung zu erzielen.

Der Bund steht angesichts des praktischen Scheiterns des europäischen Grenz- und Aufenthaltsregimes in der Pflicht zu unverzüglichem Handeln. Vor diesem Hintergrund ist es dem Bund verwehrt, den von unkontrollierter, zumindest im Verfahren teilweise gesetzwidriger Einreise betroffenen Bundesländern entgegenzuhalten, eine Änderung des Systems sei aus europapolitischen Gründen zurzeit nicht möglich. Den Bund trifft eine besondere Verantwortung auch im föderalen Verhältnis zu den Ländern eine derart elementare Frage unverzüglich einer politischen oder im Vertragsverletzungsverfahren auch rechtlichen Lösung zuzuführen, die geeignet ist, die gravierenden Mängel zu beseitigen oder bei einem aktuellen Fehlschlag eines solchen Lösungsversuchs in Eigenvorname eine vorläufige, wirksame Grenzsicherung wieder aufzunehmen.

c. Integrationsverantwortung des Bundes für die Behebung von gravierenden Regelungsdefiziten

ca) Innerstaatliche Perspektive

Den Topos der Integrationsverantwortung benutzte das Bundesverfassungsgericht vor allem im Lissabon-Urteil,¹¹ nachdem es bereits zuvor den Solange-Vorbehalt¹² und die *Ultra-Vires*-Kontrolle¹³ als verfassungsgerichtliche Prüfsteine europäischer Integration etabliert hatte. Mit seinem ESM-Urteil¹⁴ entwickelte das Gericht den Begriff der Integrationsverantwortung fort.

Die Integrationsverantwortung ist darauf gerichtet, dass die Verantwortlichen – das heißt, neben den gesetzgebenden Körperschaften, auch die Bundesregierung¹⁵ – „bei der Übertragung von Hoheitsrechten und bei der Ausgestaltung

11 BVerfGE 123, 267ff.

12 BVerfGE 73, 339ff.

13 BVerfGE 58, 1 (30 f.); 89, 155 (188).

14 BVerfGE 135, 317ff.

15 BVerfGE 123, 267 (356).

der europäischen Entscheidungsverfahren dafür Sorge tragen, dass in einer Gesamtbetrachtung sowohl das politische System der Bundesrepublik Deutschland als auch das der Europäischen Union demokratischen Grundsätzen im Sinne des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG entspricht.“¹⁶

Auch bei Art. 23 Abs. 1 GG handelt es sich um ein strukturell bedingtes Staatsziel. Die Integrationsermächtigungsnorm des Grundgesetzes fixiert nicht nur eine Ermächtigung und eine Pflicht zur Teilnahme und Entwicklung der Europäischen Union, sondern verlangt von den deutschen Integrationsakteuren auch, stetig auf eine funktionelle Entsprechung der EU mit den unabänderlichen Staatsstrukturen des Art. 20 GG hinzuwirken.

Ausgangspunkt der Überprüfung des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon ist für das Bundesverfassungsgericht das Wahlrecht als grundrechtsgleiches Recht (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG),¹⁷ mit welchem die Verfassung gegenüber dem Bürger – neben dem Recht zur Wahl des Deutschen Bundestages und der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze bei dieser Wahl – einen über dies hinausgehenden Demokratiegehalt sicherstellen will.¹⁸ Dieser subjektive Anspruch des Bürgers auf demokratische Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist nach dem Bundesverfassungsgericht unmittelbar in Art. 1 Abs. 1 GG verankert und gehört – über Art. 20 Abs. 1, 2 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG – zu den unveränderlichen Kerngarantien des Grundgesetzes.¹⁹ Er ist nur dann erfüllt, wenn der Bürger mit seiner Wahl einem überhaupt noch wirkungsmächtigen Organ zur Macht verhilft, das heißt, wenn „der das Volk repräsentierende Deutsche Bundestag und die von ihm getragene Bundesregierung einen gestaltenden Einfluss auf die politische Entwicklung in Deutschland behalten. Das ist dann der Fall, wenn der Deutsche Bundestag eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischen Gewicht behält oder die ihm politisch verantwortliche Bundesregierung maßgeblichen Einfluss auf europäische Entscheidungsverfahren auszuüben vermag.“²⁰

Eine Grenze zieht das Bundesverfassungsgericht dort, wo „in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt. Dies gilt insbesondere

16 BVerfGE 123, 267 (356).

17 BVerfGE 123, 267 (340).

18 Vgl. BVerfGE 123, 267 (330).

19 BVerfGE 123, 267 (341).

20 BVerfGE 123, 267 (356).

für Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten. Zu wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung gehören unter anderem die Staatsbürgerschaft, das zivile und militärische Gewaltmonopol, Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme sowie die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Eingriffstatbestände, vor allem bei intensiven Grundrechtseingriffen wie dem Freiheitsentzug in der Strafrechtspflege oder bei Unterbringungsmaßnahmen. Zu diesen bedeutsamen Sachbereichen gehören auch kulturelle Fragen wie die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis.²¹ Bei der Kontrolle der Einreise in das Bundesgebiet geht es allerdings um mehr, als um Kompetenzwahrung innerhalb der europäischen Integration: Es geht um eine *Grundbedingung der Staatlichkeit selbst*. „Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch.“²²

cb) Europäische Perspektive

Das Grundgesetz macht mit Art. 23 und der Präambel die Beteiligung Deutschlands an der Europäischen Union zu einem Staatsziel, allerdings unter den Bedingungen vertraglicher Bindung und bei fortwirkender Verantwortung für die Verfassungsidentität und die Verfassungsstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland.

Der Bund muss insbesondere durch die Bundesregierung alles in seiner Macht stehende tun, um das defizitäre europäische Grenzsicherung- und Aufenthaltssystem in angemessener Weise wieder wirksam zu machen. Dies hätte einerseits nach innen gerichtet mit dem Ziel zu geschehen, im deutschen Rechtsraum die Beachtung des geltenden Rechts und geordnete Verhältnisse vor allem in den Ländern zu ermöglichen, gerade auch damit im Rahmen der geltenden föderalen Kompetenzordnung dauerhaft effektiv Verantwortung für Schutzbedürftige ausgeübt werden kann, ohne andere gesetzliche Pflichten zu vernachlässigen.

21 BVerfGE 123, 267 (358).

22 BVerfGE 123, 267 (343).

Die verfassungsrechtliche Integrationsverantwortung verpflichtet auch dazu, das europäische System einer fairen und rechtstreuen Zusammenarbeit zu schützen. Das kann und muss vorrangig mit den Partnern und den Unionsorganen geschehen, bei politischen Blockaden lebt die lediglich vertraglich überlagerte Souveränität über die Staatsgrenzen aber wieder auf und kann als Hebel zur Veränderung der Staatenbeziehungen innerhalb der Union genutzt werden.

Das Grundgesetz schreibt nicht vor, *wo und wie* der wirksame Grenzschutz der Republik verwaltungstechnisch unter Integrationsbedingungen geleistet wird. Er kann in einem gemeinsamen System gegenseitigen Vertrauens oder durch stärker integrierte Sicherung der EU-Außengrenzen gewährleistet sein, oder durch die Wiederaufnahme deutscher Grenzkontrollen. Den Organen des Bundes ist es jedoch über beherrschbare Einzelfälle oder zeitlich eng befristete Ausnahmen hinaus nicht gestattet, auf wirksame Grenzkontrollen überhaupt zu verzichten. Denn damit würde mit der staatlichen Verfasstheit zugleich die in Art. 30 GG garantierte Funktionsfähigkeit der Länder aufs Spiel gesetzt.

Neben der Pflicht die rechtsstaatlich-demokratische Verfasstheit des Bundes im Sinne der Staatsstrukturprinzipien insgesamt zu wahren und speziell die Funktionsfähigkeit der Länder im Sinne von Art. 30 und 28 Abs. 1 GG zu schützen, verpflichtet das in Art. 23 GG wurzelnde Staatsziel der europäischen Integration²³ die Bundesrepublik d.h. insbesondere auch die Bundesregierung dazu, durch ihr Verhalten keine Ursachen für europäische Spannungslagen zu setzen. Solche integrationsgefährdenden Spannungslagen können auch entstehen, wenn eine Politik offener Grenzen bei hoher wirtschaftlicher wie sozialer Attraktivität wie ein Magnet für Migration wirkt. Denn dann besteht die Gefahr, dass der in Deutschland entstehende Druck auf die europäischen Partnerstaaten weitergeben wird (mit der rechtlich naheliegenden Forderung nach Solidarität und gerechter Verteilung) und dann womöglich in anderen Mitgliedstaaten es zu einer demokratischen Destabilisierung kommt, die das Unionsgefüge ein weiteres Mal strapaziert.

Dass die praktisch unbedingte deutsche Grenzöffnung nicht nur wie intendiert Spannungslagen an der EU-Außengrenze und entlang des Flüchtlingskorridors abbaut, sondern (jedenfalls aus der Sicht vieler Mitgliedsstaaten) auch ernste Spannungslagen hervorruft, lassen entsprechende Stellungnahmen erkennen.²⁴ Solche Spannungslagen durch Grenzöffnung können entstehen, wenn man

23 BVerfGE 123, 267 (346 f.).

24 Vgl. die Äußerungen des französischen Premierministers Manuel Valls in Frankfurter Allgemeiner Zeitung: Frankreich fordert Aufnahmestopp für Flüchtlinge, 25.11.2015.

daran denkt, dass die nach Deutschland unkontrolliert Einreisenden wiederum problemlos Grenzen zu anderen Nachbarstaaten Deutschlands im Schengenraum passieren können. Deutschland würde dann womöglich (zu Recht oder zu Unrecht) angesichts einer ohnehin prekären Sicherheitslage für Fehlentwicklungen verantwortlich gemacht oder stünde gar im Verdacht, unwillentlich einen Beitrag dazu zu leisten, dass Länder wie Schweden, Frankreich oder Polen sich genötigt sehen könnten, die Grenzen zu Deutschland zu schließen.

cc) Zwischenergebnis

Es besteht aus Verfassungsgründen eine in der Integrationsverantwortung wurzelnde Rechtspflicht des Bundes, namentlich der Bundesregierung, darauf hinzuwirken, eine funktionsfähige, vertragsgemäße europäische Grenzsicherung (wieder)herzustellen und ein System kontrollierter Einwanderung mit gerechter Lastenverteilung zu erreichen. Zudem muss darauf gedrängt werden (auch mit Hilfe europäischer Solidaritätsmaßnahmen) eine den humanitär vorgeschriebenen Standards entsprechende Unterbringung und Verfahrensbehandlung in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen, damit Gründe für das Selbsteintrittsrecht und gegen die Rücküberstellung in den zuständigen Mitgliedstaat entfallen. Es liegt gewiss innerhalb eines politischen Gestaltungsermessens des Bundes, zu entscheiden was getan werden muss, um ein gemeinsames europäisches Einwanderungs- und Asylrecht wiederherzustellen oder neu zu justieren. Gegenwärtig deutet allerdings einiges darauf hin, dass das Mindestmaß an politischen Aktivitäten durch den Bund diesbezüglich noch unterschritten ist, denn eine ausgewogene und dauerhafte europäische Lösung ist zurzeit nicht erkennbar. Sollte die Migrationskrise nicht mit wirksamen europäischen Maßnahmen rechtsgestaltender oder gerichtlicher Art (Vertragsverletzungsverfahren) bewältigt werden, muss der Bund zur Wahrung der verfassungsstaatlichen Ordnung und zum Schutz des föderalen Gefüges zumindest einstweilen die gesetzmäßige Sicherung der Bundesgrenze gewährleisten, weil die Kontrolle über Elemente der Staatlichkeit im Sinne des Identitätsvorbehalts der Rechtsprechung des BVerfG integrationsfest sind.

3. Rechts- und Verfassungswidrigkeit der Grenzöffnung?

a. Vorrang der Verfassung – Humanitärer Schutz nur im Rahmen der Verfassung

Auch ungeachtet des bestehenden europäischen Grenzschutz- und Aufenthaltssystems und ungeachtet einer diesbezüglich bestehenden Integrationsverantwortung trifft möglicherweise den Bund, und zwar die Bundesregierung ebenso wie den parlamentarischen Gesetzgeber, eine Pflicht zur wirksamen Grenzsicherung und Aufenthaltskontrolle, auch im Interesse der Funktionsfähigkeit und Eigenstaatlichkeit der Länder.

Der Bund hat im Rahmen seiner Kompetenzen dafür Sorge zu tragen, dass elementare Gefährdungen für den Bundesbestand unterbleiben und wirksam abgewehrt werden.²⁵ Dem kann pauschal nicht entgegengehalten werden, die Bundesregierung sei aus Gründen des Schutzes der Menschenwürde zu Grenzöffnungen verfassungsrechtlich verpflichtet. Das Verfassungsrecht hat mit Art. 16 a GG zwar eine klare Entscheidung für das Grundrecht auf Asyl getroffen; es gewährt gem. Abs. 2 aber kein subjektives Recht bei Einreise über einen sicheren Drittstaat. Im europäischen Verbund des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) steht die Schutzverantwortung gegenüber Flüchtlingen unter dem Vorbehalt von Kapazitätsgrenzen (vorhandene Aufnahmekapazitäten).²⁶ Dies gilt umso mehr als der europäische Flüchtlingsbegriff tatbestandlich viel weiter reicht, als der Begriff der politischen Verfolgung in Art. 16 a GG.²⁷ In Deutschlandscheint das Missverständnis zu herrschen, das der vom europäischen Recht adaptierte völkerrechtliche Flüchtlingsbegriff in Art. 16 a GG hinein zu lesen ist und der dort garantierte individuelle Grundrechtsschutz damit verbreitert und um die mit der vom Asylkompromiss getroffenen Verfassungsentscheidung zur Begrenzung der Asylzahlen außer Kraft gesetzt ist. In Wirklichkeit müssen der Bundesgesetzgeber, die Bundesverwaltung und vermutlich auch die Rechtsprechung eine systematisch folgerichtige Entscheidung treffen: entweder es bleibt beim quantitativ unbegrenzten individuellen Recht auf Asyl, bei dann auch individueller Prüfung einer drohenden politischen Verfolgung sowie der Ein-

25 Siehe oben III. 1.

26 Siehe etwa Art. 25 Abs. 1 der Richtlinie 2001/55 EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl. EG 212/12 vom 2.8.2001.

27 Marx, R.: Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht. Handbuch, 5. Auflage, 2015, § 9 Rdnr. 76.

schränkung des Asylrechts beim Weg über sichere Drittstaaten oder aber es gilt der weite Flüchtlingsbegriff, der von der europäischen Staatenpraxis und vom Handbuch des UNHCR zugrunde gelegt wird, der aber dann klare Kontingentierung, wirksame Verteilungsmechanismen und die Formulierung und Durchsetzung von Kapazitätsgrenzen erfordert.

Selbst wenn man unterstellt, dass die Lage Ende August und Anfang September 2015 quasi im rechtfertigenden Notstand zu Gunsten einer menschenwürdigen Behandlung von Flüchtlingen notwendig gewesen sein sollte, so würde das nichts an der Tatsache ändern, dass damit allenfalls eine punktuelle, auf wenige Tage beschränkte einstweilige Maßnahme zu rechtfertigen wäre, aber keine längere oder gar dauerhafte Außerachtlassung des geltenden Rechts. Die Bundesrepublik Deutschland darf ihre Schutzverantwortung gegenüber hilfsbedürftigen Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit nur im Rahmen internationalen und europäischen Rechts und nach Maßgabe der grundgesetzlichen Staatsstrukturprinzipien wahrnehmen.

Wenn Art. 1 Absatz 1 Satz 2 GG alle staatliche Gewalt verpflichtet, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, so ist das *keine Ermächtigung zur Durchbrechung der verfassungsmäßigen Ordnung*.²⁸ Wenn die Bundesregierung geltende Vorschriften auch des innerstaatlichen Rechts wie § 18 Asylgesetz unangewendet lässt, darf sie das in einer Notstandslage für Stunden oder allenfalls wenige Tage möglicherweise tun, aber danach greift sowohl der – selbstverständlich auch für die Bundesregierung geltende – Vorrang des Gesetzes und der Vorbehalt des Gesetzes, für wesentliche Materien eine Entscheidung des Gesetzgebers herbeizuführen.²⁹ Außerhalb der deutschen Territorialverantwortung und der personellen Schutzverantwortung für eigene Staatsbürger mag es im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG im europäischen System möglicherweise zu einer exemptorischen territorial vorverlagerten Schutzverantwortung für Einreisewillige kommen, die zwar noch nicht das Bundesgebiet erreicht haben, aber sich in Grenznähe befinden oder auf dem Weg dahin. Darauf hat sich dem Grunde nach die Kanzlerin berufen. Doch liegt es auf der Hand, dass damit keine strukturbedeutsame Durchbrechung des

28 Im Übrigen wäre die Frage zu stellen, ob der Bund zuvor seine Integrationsverantwortung auch im Blick auf Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG hinreichend wahrgenommen hat, wenn er innerhalb eines gemeinsam verantworteten europäischen Systems von erheblichen Mängeln in der Behandlung von Vertriebenen und Asylbewerbern beispielsweise in Griechenland wusste, ohne seinen europäischen Einfluss unverzüglich geltend zu machen, um solche Mängel wirksam und solidarisch zu bekämpfen.

29 Durner, W.: Der Rechtsstaat in der Flüchtlingskrise, in: NVwZ-Editorial, 21 (2015).

Systems wirksamer Grenz- und Aufenthaltskontrollen und des bestehenden europäischen Rechts verbunden sein darf.

b. Vorrang des Gesetzes

§ 15 AufenthaltsgG verpflichtet die zuständige Behörde, einen Ausländer, der unerlaubt einreisen will, an der Grenze zurückzuweisen. Auch § 18 Asyl(verfahrens)gesetz³⁰ verpflichtet die Grenzbehörden ohne Einräumung eines Ermessens Ausländern die Einreise zu verweigern, wenn sie aus einem sicheren Drittstaaten einreisen oder Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat aufgrund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist und ein Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wird. Diese Vorschrift kann durch Ministeranordnung nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylVfG praktisch außer Kraft gesetzt werden. Es kann nicht festgestellt werden, ob das geschehen ist – es fehlt jedenfalls an einer öffentlichen Bekanntmachung eines so wesentlichen Beschlusses. Die Passpflicht (§§ 3, 14 AufenthaltsgG) wurde offenbar im Verwaltungsvollzug ausgesetzt. Die Passpflicht ist durch § 14 AufenthaltsgVO³¹ in Unglücks- und Katastrophenfällen ausgesetzt.

Aber selbst wenn eine Ministeranordnung vorläge, so könnte sie doch nur begrenzte Herausforderungen erfassen, die weder die Staatlichkeit der Bundesrepublik noch die Funktionsfähigkeit der Länder herausfordern, sondern wie im Falle des Katastrophenschutzes gerade sichern sollen. Solche dispensiven Ent-

30 Die Vorschrift bestimmt: (1) Ein Ausländer, der bei einer mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörde (Grenzbehörde) um Asyl nachsucht, ist unverzüglich an die zuständige oder, sofern diese nicht bekannt ist, an die nächstgelegene Aufnahmeeinrichtung zur Meldung weiterzuleiten. (2) Dem Ausländer ist die Einreise zu verweigern, wenn 1. er aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a) einreist, 2. Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat auf Grund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist und ein Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wird, oder 3. er eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er in der Bundesrepublik Deutschland wegen einer besonders schweren Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren rechtskräftig verurteilt worden ist, und seine Ausreise nicht länger als drei Jahre zurückliegt. (3) Der Ausländer ist zurückzuschieben, wenn er von der Grenzbehörde im grenznahen Raum in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit einer unerlaubten Einreise angetroffen wird und die Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen. (4) Von der Einreiseverweigerung oder Zurückschiebung ist im Falle der Einreise aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a) abzusehen, soweit 1. die Bundesrepublik Deutschland auf Grund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages mit dem sicheren Drittstaat für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig ist oder 2. das Bundesministerium des Innern es aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland angeordnet hat. [...]

31 Rechtsverordnung des Bundesministeriums des Innern auf der Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 99 AufenthaltsgG.

scheidungen sind ihrer Natur nach auf überschaubare und beherrschbare Fälle oder allenfalls situativ zeitlich oder örtlich begrenzt erlaubt. Es bestünden danach bereits einfachgesetzlich Zweifel, ob die Bundesregierung noch im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung des § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylVfG handelt, wenn sie über das Instrument der womöglich nur faktischen (unausgesprochenen?) Ministeranordnung eine politische Leitentscheidung (mit unionsweiter Auswirkung) über den Massenzustrom trifft, die unionsrechtlich eigentlich dem Rat mit qualifiziertem Mehrheitsentscheid überantwortet ist. Auch eine Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nach den §§ 29, 14 AufenthaltsVO ist nur für Rettungsfälle möglich, die auch bei extensiver Auslegung nicht auf einen Zeitraum von mehreren Monaten und auf mehrere hunderttausend Menschen erstreckt werden kann, ohne massiv auf die Frage nach dem Gesetzvorbehalt für eine solch weitreichende exekutive Ermächtigung zu stoßen.

c. Vorbehalt des Gesetzes

Innerstaatlich ist die Frage von Bedeutung, ob eine derart weitreichende Entscheidung wie der Verzicht auf die gesetzlich vorgeschriebene polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs und die Pflicht zur Einreiseverweigerung bei einer Einreise aus einem sicheren Drittstaat angesichts der Größe der Herausforderung und der Konsequenzen im innerföderalen Gefüge der Bundesrepublik nicht gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößt. Eine Befreiung vom Erfordernis des Aufenthaltstitels oder auch einer Ministeranordnung ergingen noch nicht einmal in der Form einer Rechtsverordnung, die gegebenenfalls unter Beteiligung des Bundesrates zu erlassen wäre.

Handelte es sich bei solchen Befreiungen um eine Rechtsverordnung, wäre gleichwohl fraglich, ob gemessen an Art. 80 Abs. 1 GG eine solche Verordnung vom Gesetz in verfassungsmäßiger Weise gedeckt wäre. Nach der Wesentlichkeitstheorie hat der parlamentarische Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.³² In welchen Bereichen staatliches Handeln einer Rechtsgrundlage im förmlichen Gesetz bedarf, lässt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Intensität der geplanten oder getroffenen Regelung ermitteln. Geht es um eine politische Entscheidung, mit „weitreichenden Auswirkungen auf

32 BVerfGE 49, 89 (126 f.); 53, 30 (56); 88, 103 (116).

die Bürger“,³³ handelt es sich um eine „wesentliche“ Entscheidung im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes. Die Entscheidung über den - gemessen am Maßstab des § 18 Abs. 1 und Abs. 2 Asylgesetz - unkontrollierten Massenzustrom von Vertriebenen und anderen Einreisewilligen betrifft, wenn er über eine momentane, zeitlich und örtlich begrenzte Grenzöffnung hinausreicht, die Lebensverhältnisse der Republik und der einzelnen Bürger insgesamt. Daneben ist wegen der unmittelbaren engen Beziehung dieser Entscheidung zur Eigenstaatlichkeit der Länder und im Blick auf die Wahrung des in Art. 30 GG verankerten Funktionsschutzes landesrechtlicher Kompetenzen und übertragenen Rechtspflichten auch das bundesstaatliche Gefüge betroffen.

Das von der Ministeranordnung erlaubte Verhalten der Grenzbehörden des Bundes bedarf deshalb im Fall der vorliegend gegebenen zeitlichen (bereits mehrere Monate), qualitativen (den Ausfall von Einreisekontrollen und Zurückweisungen betreffende) und quantitativen Umstände einer gesetzlichen Grundlage, die Voraussetzungen, Art und Ausmaß und zeitliche Begrenzung einer solchen gravierenden Abweichung von der gesetzlichen Grundentscheidung näher regelt. Der Grenzschutz ist zwar Sache der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes, aber der Bundesrat ist auch hier am Gesetzgebungsverfahren beteiligt, denn auch Einspruchsgesetze sind föderale Gesetze.

Wird das Wesentlichkeitsgebot als Spezialfall des Gesetzesvorbehalts verletzt, bedeutet das immer zugleich eine Missachtung von Beteiligungsrechten der Länder respektive des Bundesrates. Es besteht insofern eine Rechtspflicht der Bundesregierung auch gegenüber den Ländern ihr Initiativrecht einzusetzen, um eine ausreichende gesetzliche Ermächtigung für ihr politisches Verhalten zu erlangen.

d. Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips auf dem Gebiet der Strafrechtspflege

Auch die Geltung von Strafvorschriften müsste dem politischen Willen der Bundesregierung gehorchend angepasst werden, damit die dem Legalitätsprinzip verpflichteten und entsprechenden Strafverfolgungsbehörden der Länder nicht in sinnlose Massenverfahren gezwungen werden. Der Bund führt seine ad hoc beschlossene Migrationspolitik zurzeit noch ohne die entsprechende normative, gesetzlich notwendige Absicherung durch. Das wird bei der Geltung des Strafrechts besonders deutlich.

33 BVerfGE 49, 89 (127).

Nach § 96 Abs. 1 AufenthG wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren (in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe) bestraft, wer einem anderen Hilfe bei der unerlaubten Einreise nach Deutschland leistet, wenn er u.a. wiederholt oder zu Gunsten von mehreren Ausländern handelt. Die Strafvorschrift wurde erst zum 24. Oktober 2015 verschärft. Während nach der alten Fassung noch der Regelfall mit Geldstrafe geahndet werden konnte, ist nunmehr 3 Monate Freiheitsstrafe die Mindeststrafe. Mit Freiheitsstrafen von 6 Monaten bis zu 10 Jahren wird weiterhin bestraft, wer gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt (§ 96 Abs. 2 AufenthG).

Auch Flüchtlinge und Vertriebene im Sinne der Massenzustromrichtlinie machen sich bei der Einreise ohne Schengen-Visum nach § 95 Abs. 1 AufenthG möglicherweise strafbar. Wenn sich die Flüchtlinge oder die Asylsuchenden in der Folge allerdings an die einschlägigen besonderen Regelungen des EU-Rechts, des Grundgesetzes, der Genfer Flüchtlingskonvention und des Asylgesetzes halten, entfällt die Strafbarkeit gem. § 95 Abs. 5 AufenthG (persönlicher Strafausschlussgrund). Andernfalls sieht § 95 Abs. 1 AufenthG Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr als Rechtsfolge vor. Sofern ein Asylsuchender allerdings nicht anerkannt wird und deswegen vollziehbar ausreisepflichtig ist und sich gleichwohl weiterhin im Bundesgebiet aufhält, könnte ebenfalls eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 AufenthG in Betracht kommen. Soweit überhaupt die Daten der Flüchtlinge registriert werden (können), werden entsprechende Verfahren in der Regel von den Staatsanwaltschaften nach § 153 StPO eingestellt. Eine effektive Strafverfolgung der Einreisekriminalität findet de facto nicht mehr statt.

Dem entspricht im Wesentlichen auch die Rechtslage und Situation in Österreich. Als Schlepperei wird im österreichischen Recht die vorsätzliche Förderung der rechtswidrigen Ein- oder Durchreise eines Fremden in oder durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einen Nachbarstaat Österreichs zum Zweck der Bereicherung bezeichnet (§ 114 Fremdenpolizeigesetz). Die „rechtswidrige Einreise“ und der „rechtswidrige Aufenthalt“ werden in Österreich nach § 120 Fremdenpolizeigesetz als sog. Verwaltungsübertretung (ähnlich einer Ordnungswidrigkeit) geahndet.

Sowohl das deutsche wie das österreichische Strafrecht zur Bekämpfung der Schleuserkriminalität beruhen auf unionsrechtlichen Mindestvorgaben. Bereits mit der Richtlinie 2002/90/EG des Europäischen Rates vom 28.11.2002 wurden den Mitgliedstaaten Vorschriften zur Schleuserkriminalität gemacht. Eine Konkretisierung der Richtlinie erfolgte durch Rahmenbeschluss 2002/946/JI vom 05.12.2002. Die Richtlinie 2002/90/EG erfasst in Art. 1 die Mindestanforderun-

gen an den gesetzlichen Tatbestand betreffend die Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt. Nach Art. 1 der Richtlinie ist zu bestrafen, wer

- einer Person, die nicht Angehörige eines Mitgliedstaates ist, vorsätzlich dabei hilft, in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Verletzung der Rechtsvorschrift des betreffenden Staates über die Einreise oder die Durchreise von Ausländern einzureisen oder durch dessen Hoheitsgebiet zu reisen,
- einer Person, die nicht Angehörige eines Mitgliedstaates ist, zu Gewinnzwecken vorsätzlich dabei hilft, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Verletzung der Rechtsvorschriften des betreffenden Staates über den Aufenthalt von Ausländern aufzuhalten.

Art. 2 der Richtlinie fordert entsprechende Strafvorschriften für die Versuchsstrafbarkeit, Anstiftung, Mittäterschaft und Beihilfe.

Aus dem Rahmenbeschluss 2002/946/JI ergibt sich, dass Tatwerkzeuge und Erträge aus Straftaten, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bedroht sind, oder Vermögensgegenstände, deren Wert diesen Erträgen entspricht, ganz oder teilweise eingezogen werden können. Das kann beispielsweise die Einziehung des Verkehrsmittels umfassen oder das Verbot die berufliche Tätigkeit auszuüben, in deren Rahmen die strafbare Handlung begangen wurde.

Strafbare Handlungen, die zu Gewinnzwecken begangen wurden, müssen mit Freiheitsstrafen im Höchstmaß von mind. 8 Jahren bestraft werden, wenn diese als Handlung einer kriminellen Vereinigung begangen wurde oder wenn das Leben der Personen gefährdet wurde, auf die sich die strafbare Handlung bezog. Das Verhalten von Nachbarstaaten der Bundesrepublik bereitet im Hinblick auf die Geltung von Strafnormen Sorgen und zeigt rechtsstaatlich gesehen einen Missstand an. Es gilt als offenes Geheimnis, dass in mehreren Mitgliedstaaten, wie z.B. Österreich, Slowenien, Kroatien oder Griechenland, Flüchtlinge, die in diesen Ländern nicht bleiben, sondern nach Deutschland weiterreisen wollen, in (staatlich) organisierten Transporten bis an die deutsch-österreichische Grenze gefahren werden. Von dort aus überqueren die Flüchtlinge dann eigenständig zu Fuß die Grenze.

Dieses Verhalten läuft nicht nur dem Schengen- und Dublinsystem eklatant zuwider, es verstößt auch gegen das dargelegte europäisch koordinierte strafrechtliche System.

III. Konsequenzen aus dem Gesetzesvorbehalt und materielle Bindungen des Gesetzgebers

Es bestehen demnach in mehrfacher Hinsicht verfassungsrechtliche Pflichten des Bundes gegenüber den Ländern zur Begrenzung des massenhaften und unkontrollierten Zustroms von Flüchtlingen. Aus seiner Integrationsverantwortung heraus ist der Bund auch gegenüber den Ländern verpflichtet, darauf hinzuwirken, die systemischen Mängel im Schengenregelsystem und im Dublinverfahren zu beseitigen. Es liegt im politischen Gestaltungsspielraum des Bundes, wie er verfährt um das Ziel der Wiederherstellung des europäischen Rechts und seiner Wirksamkeit zu erreichen, zur Zeit dürfte allerdings das erforderliche Mindestmaß an politischer Anstrengung eher unterschritten als erfüllt sein.³⁴ Ebenfalls im politischen Gestaltungsspielraum des Bundes liegen Veränderungen der unionsrechtlichen Grundlage, die eine Beschleunigung von Asylverfahren erlauben. Hierzu ist auf das einschlägige Rechtsgutachten von Kay Hailbronner zu verweisen.³⁵

Aus dem Bundesstaatsprinzip und dem Prinzip der Bundestreue heraus ist der Bund auch gegenüber den Ländern verpflichtet, bei der Ausübung seiner Kompetenz zur Einreisekontrolle dem Vorrang des Gesetzes und dem Vorbehalt des Gesetzes zu genügen. Insbesondere im Hinblick auf einen wirksamen Schutz der Grenzen bestehen erhebliche Zweifel, ob § 18 Abs. 1 und Abs. 2 Asylgesetz rechtmäßig durch Ministeranordnung außer Anwendung geblieben ist. Gemessen an der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist für die längerfristige oder gar unbegrenzte Abweichung von der gesetzlichen Grundentscheidung die Ministeranordnung keine hinreichende Grundlage. Es besteht deshalb eine Pflicht des Bundes, unverzüglich unter Beteiligung des Bundesrates eine nach Art und Ausmaß begrenzte gesetzliche Ermächtigung herbeizuführen.

Es ist indes zweifelhaft, ob eine gesetzliche Ermächtigung zum praktischen Verzicht auf Einreisekontrolle innerhalb eines zurzeit hochdefizitären Schengensystems überhaupt materiell mit Verfassungsrecht zu vereinbaren ist. Denn nicht nur das Unionsrecht geht von der praktisch wirksamen staatlichen Einreisekontrolle aus, die an der Außengrenze stattzufinden hat und nur im Notfall an die staatlichen Grenzen zurück verlegt werden darf und muss, sondern gerade auch das Grundgesetz setzt die Beherrschbarkeit der Grenzen und die Kontrolle über die auf dem Staatsgebiet befindlichen Personen voraus. Das Grundgesetz garantiert jedem Menschen, der

³⁴ Siehe oben IV. 9.

³⁵ *Hailbronner, K.*: Handlungsspielräume zur Beschränkung des unkontrollierten Zuzugs von Asylsuchenden, Freiherr vom Stein-Akademie für europäische Kommunalwissenschaften e.V., 2015, hier 3ff.

sich auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland befindet und ihrer Herrschaftsgewalt unterworfen ist, eine menschenwürdige Behandlung. Das Grundgesetz garantiert nicht (abgesehen von deutschen Staatsangehörigen) den Schutz aller Menschen weltweit, eine solche Garantie würde das völkerrechtliche System sprengen, den internationalen Frieden gefährden und die Kräfte eines jeden Staates heillos überspannen. Die Bundesrepublik Deutschland kann als Staat alleine oder im Verbund mit der Europäischen Union sich an freiwilligen internationalen Mandaten zum Schutz bedrohter Minderheiten und verfolgter Gruppen beteiligen und sich zu Schutzmaßnahmen im Rahmen völkerrechtlicher Verträge verpflichten: Verfassungsrechtlich vorgeschrieben aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ist das nicht. Insofern ist eine kategoriale Grenze zwischen Innen und Außen bei der Geltung von Art. 1 Abs. 1 GG zu beachten.

Auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland kann der Schutz der Würde des Menschen nur dann wirksam gewährleistet sein, wenn die Kontrolle über die Einreise in das Staatsgebiet nicht verloren geht. Es unterliegt einem Missverständnis, wer glaubt, dass die Menschenrechte wegen ihrer universellen Geltung die staatliche oder supranationale Rechtsordnung suspendieren oder gar derogieren könnten. Individuelle Menschenrechte und demokratische Selbstbestimmung gehören als zweinormative Begründungs- und Geltungsstränge zusammen und müssen sich deshalb wechselseitig achten: Weder dürfte eine Demokratie mit Mehrheitsbeschluss den Kernbestand der Menschenrechte aufheben, noch darf jemand unter Berufung auf universelle Rechte die demokratische Selbstbestimmung im Rechtsstaat außer Kraft setzen. Auch eine neu gefasste gesetzliche Anordnung dürfte im Ergebnis nicht auf eine wirksame Einreisekontrolle verzichten, weil eine solche, auch gesetzlich erlaubte Praxis, dann Gefahr liefe, die Voraussetzungen rechtsstaatlich und sozialstaatlich wirksamer zu beschädigen.

Es ist darüber hinaus fraglich, ob eine gesetzliche Regelung, die für eine erhebliche Fallzahl eine praktisch unkontrollierte Einreise in das Bundesgebiet erlaubte, überhaupt mit dem Demokratieprinzip vereinbar wäre. Für das Verfassungsrecht bleibt die Unterscheidung zwischen Staatsbürgern und Ausländern oder Staatenlosen bestimmend. Denn Volk im Sinne von Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG, von dem alle Staatsgewalt ausgeht, ist nur die Summe der Staatsbürger. Die buchstäbliche Offenheit des Grundgesetzes für die europäische Integration und die internationale Friedenssicherung ändert nichts daran, dass Demokratie nur funktionieren kann, wenn ein Staatsvolk mit einem entsprechenden klar definierten Bürgerrecht identifizierbar und in Wahlen und Abstimmungen praktisch handlungsfähig ist. Insofern muss das Staatsvolk einerseits über die Bevölkerungszusammensetzung und über

die Regeln zum Erwerb oder Verlust der Staatsangehörigkeit mit dem Gesetz im formellen Sinne entscheiden, andererseits darf es dabei nicht die praktische Möglichkeit parlamentarischen Regierens und demokratischen Entscheidens bei elementaren Fragen der politischen Gemeinschaft aufgeben. Das ist der tiefere Sinn des Maastricht-Urteils und des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts³⁶. Gerade weil die Schutzverantwortung für Menschen auf dem Bundesgebiet von den Bürgern der Republik letztlich eingelöst werden muss, ist zwar eine Politik der humanitären Großzügigkeit jederzeit im Rahmen der dafür notwendigen gesetzlichen Ausgestaltung verfassungsrechtlich möglich, aber eben nur nach definierten und verantwortbaren Maßstäben, deren Einhaltung dann sowohl rechtlich möglich als auch dem Grunde nach praktisch durchsetzbar ist. Eine gesetzliche Ermächtigung hätte deshalb sowohl den Anwendungsvorrang des Unionsrechts als auch existenzielle Voraussetzungen jeder verfassten Gemeinschaft zu wahren. Nur eine kontrollierte und rechtsstaatlich wie sozialstaatlich beherrschbare Einwanderung in das Bundesgebiet ist erlaubt. Auf eine wirksame und humane Grenzsicherung dürfen kein Verfassungsorgan und keine gliedstaatliche Ebene verzichten. Sofern die personellen und sächlichen Mittel des Bundes nicht ausreichen sollten, darf der Bund auch auf die vom Freistaat Bayern bereits angebotenen landeseigenen Polizeikräfte im Wege der Vollzugshilfe³⁷ zugreifen.

Da die teilweise praktisch ausgefallene Grenzsicherung und Einreisekontrolle mit allen dramatischen Folgen für die von den Länder zu leistende Unterbringung und ihre Rechtsverantwortung für die betroffenen Menschen auch eine Folge des Zusammenbruchs des europäischen Schengen- und Dublinsystems ist, lastet auf dem Bund auch im essentiellen Interesse der Länder eine verfassungsmäßige Pflicht zur Korrektur im Rahmen der Integrationsverantwortung. Diese Korrektur liegt naturgemäß im Gestaltungsspielraum der zuständigen Bundesorgane und sie wird auch nur in integrationsfreundlicher Weise vom Grundgesetz erwartet. Deshalb bedeutet „Integrationsverantwortung des Bundes“ gegenüber den Ländern zunächst die Suche nach europäischen Lösungen, so wie dies beispielsweise durch die französisch-deutsche Initiative zur Verstärkung der Grenzsicherung und ein ertüchtigtes Frontex-System zum Ausdruck gelangt. Die Bundesregierung kann sich auch durchaus darauf berufen, dass bestimmte Maßnahmen, wie die bessere Sicherung der Außengrenzen oder der subsidiär gestaffelte Aufbau von Grenzsicherungsanlagen zwischen den Mitgliedstaaten, die praktisch einen Transitweg nach Deutsch-

36 BVerfGE 89, 155ff.; 123, 267ff.

37 Siehe § 59 Abs. 1 BayPAG.

land bilden, erst nach einem gewissen Zeitraum wirken können und insofern die Entwicklung noch beobachtet werden darf. Sollten solche Maßnahmen allerdings nicht ausreichen, um die bis dato bestehende exzeptionelle Situation wieder kontrollierbar zu machen, wird auch der Bund dann aus dem praktischen Scheitern der gemeinsamen europäischen Einreisekontrolle heraus verfassungsrechtlich verpflichtet sein, wirksame eigene Grenzsicherung an der Bundesgrenze zu betreiben.

IV. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse in Thesenform

1. Zwischen dem Land Bayern und dem Bund besteht eine konkrete Meinungsverschiedenheit über grundgesetzliche Rechte und Pflichten. Die zwischen dem Bund und Bayern politisch offen ausgetragene Meinungsverschiedenheit betrifft die konkrete Frage, ob der Bund seine grundgesetzlichen Pflichten zur Grenzsicherung in landes- und damit bundeschädigender Weise vernachlässigt. Die inzwischen bekannten Tatsachen belegen, dass die gesetzlich vorausgesetzte wirksame Grenzkontrolle im europäischen Mehrebenensystem und für Deutschland zeitweise und bis dato anhaltend zusammengebrochen ist und die Länder sich dadurch mit einer beträchtlichen Krisensituation bis hin zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit konfrontiert sehen, die nur dann in angemessener Weise bewältigt werden kann, wenn Maßnahmen zur Wiederherstellung einer gesetz- und verfassungsmäßigen Grenzsicherung wieder greifen.
2. Der akzessorische Anknüpfungspunkt für die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten bei der Ausübung von Bundeskompetenzen liegt in Art. 30 GG. Diese Vorschrift gewährleistet den Ländern Schutz für die Ausübung ihrer staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben, die ihnen obliegen. Vom Funktionsschutz erfasst sind zugleich die eigenstaatlichen Elemente der Länder und die ihnen vom Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG vorgeschriebenen Staatsstrukturen.
3. Das im Bundesstaatsprinzip wurzelnde Gebot bundesfreundlichen Verhaltens verlangt vom jeweils Verpflichteten, dass er in bestimmten Konstellationen von seinen ihm zustehenden Kompetenzen in einer Weise Gebrauch macht, die die jeweils andere Ebene schont oder er sogar von der Ausübung seiner Kompetenzen ganz absieht. Die Pflicht zur Schonung und Rechtswahrung der anderen Ebene im föderalen Gefüge besteht nicht nur im Falle des Handelns, sondern auch des Unterlassens. Soweit die unzureichende

Wahrnehmung einer Kompetenz unmittelbar die Funktionsfähigkeit der anderen Ebene betrifft, muss sie wieder wirksam ausgeübt werden.

4. Besteht im Hinblick auf die Kompetenzwahrnehmung des Bundes ein wesentlicher Funktionskonnex zur Eigenstaatlichkeit der Länder im Sinne der Art. 30, 28 Abs. 1 GG, so kann das BVerfG auch unter Beachtung eines weiten Gestaltungsspielraums des Bundes eine grundsätzliche Handlungspflicht feststellen. Im föderalen Sinne wesentlich ist eine Kompetenzausübung des Bundes jedenfalls dann, wenn davon die Funktionsfähigkeit der Länder im Sinne von Art. 30 GG unmittelbar abhängt. Es reicht die Wahrscheinlichkeit einer drohenden Funktionsstörung.
5. Das Grundgesetz setzt die Beherrschbarkeit der Staatsgrenzen und die Kontrolle über die auf dem Staatsgebiet befindlichen Personen voraus.
6. Der Bund darf zur Sicherung der Staatsgrenzen Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen, bleibt aber im Falle des nachweisbaren Leistungsverlusts europäischer Systeme in der Gewährleistungsverantwortung für die wirksame Kontrolle von Einreisen in das Bundesgebiet. Der Bund ist aus verfassungsrechtlichen Gründen im Sinne der demokratischen Wesentlichkeitsrechtsprechung nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG verpflichtet, wirksame Kontrollen der Bundesgrenzen wieder aufzunehmen, wenn das gemeinsame europäische Grenzsicherungs- und Einwanderungssystem vorübergehend oder dauerhaft gestört ist.
7. Das Grundgesetz garantiert jedem Menschen, der sich auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland befindet und ihrer Herrschaftsgewalt unterworfen ist, eine menschenwürdige Behandlung (Art. 1 Abs. 1 GG). Das Grundgesetz garantiert jedoch nicht den Schutz aller Menschen weltweit durch faktische oder rechtliche Einreiseerlaubnis. Eine solche unbegrenzte Rechtspflicht besteht auch weder europarechtlich noch völkerrechtlich. Entsprechende unbegrenzte Verpflichtungen dürfte der Bund auch nicht eingehen. Eine universell verbürgte und unbegrenzte Schutzpflicht würde die Institution demokratischer Selbstbestimmung und letztlich auch das völkerrechtliche System sprengen, dessen Fähigkeit, den Frieden zu sichern, von territorial abgrenzbaren und handlungsfähigen Staaten abhängt.
8. Art. 16 a GG gewährt Asyl bei politischer Verfolgung, soweit nicht die Einreise über einen sicheren Drittstaat erfolgt. Darin liegt nach dem Asylkompromiss eine Verfassungsentscheidung für den Ausgleich eines Indivi-

dualrechts mit Stabilitäts- und Leistungserfordernissen des demokratischen Gemeinwesens.

9. Die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sich in eigener Verantwortung und mit der Europäischen Union an freiwilligen internationalen Mandaten zum Schutz bedrohter Minderheiten und verfolgter Gruppen. Dabei kann sie zu humanitären Schutzmaßnahmen im Ausland im Rahmen völkerrechtlicher Verträge verpflichtet sein. Eine völkerrechtliche Verpflichtung zur *unbegrenzten* Aufnahme von Opfern eines Bürgerkrieges oder bei Staatenzerfall besteht nicht und wäre im Falle ihres Bestehens ein Verstoß gegen die unverfügbare Identität der Verfassungsordnung. Im Rahmen von selbst bestimmten Kontingenten und dauerhaftem oder vorläufigem Schutz leistet die Bundesrepublik einen Beitrag bei internationalen Notlagen im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit.
10. Das Unionsrecht trifft ebenfalls die grundsätzliche Entscheidung eines Ausgleichs zwischen humanitärer Schutzverpflichtung in einer akuten grenzüberschreitenden Notlage und den Stabilitäts- und Leistungserfordernissen der mitgliedstaatlichen Verfassungsräume. Die Europäische Menschenrechtskonvention begründet kein Menschenrecht auf ungehinderte Einreise in einen Konventionsstaat und sieht keine unbegrenzte Pflicht zur Aufnahme von Vertriebenen oder heimatlos gewordenen Menschen vor.
11. Bundesgesetzgeber, die Bundesverwaltung und die Rechtsprechung haben zur Gewährleistung kontrollierter Einreise in das Bundesgebiet eine systematisch folgerichtige Entscheidung zu treffen: Entweder es bleibt beim (quantitativ unbegrenzten) individuellen Recht auf Asyl bei dann auch individueller Prüfung einer drohenden politischen Verfolgung sowie der Einschränkung des Asylrechts beim Weg über sichere Drittstaaten oder aber es gilt der weite Flüchtlingsbegriff, der von der europäischen Staatenpraxis und vom Handbuch des UNHCR zugrunde gelegt wird, der aber dann klare Kontingentierung, wirksame Verteilungsmechanismen und die Formulierung sowie Durchsetzung von Kapazitätsgrenzen erfordert.
12. Es liegt innerhalb eines nur begrenzt justiziablen politischen Gestaltungsermessens des Bundes, was getan werden muss, um ein gemeinsames europäisches Einwanderungs- und Asylrecht wiederherzustellen oder neu zu justieren. Zurzeit deutet einiges darauf hin, dass das Mindestmaß an politischen Aktivitäten durch den Bund diesbezüglich noch unterschritten ist. Sollte die Migrationskrise nicht mit wirksamen europäischen Maßnahmen

rechtsgestaltender oder gerichtlicher Art (Vertragsverletzungsverfahren) bewältigt werden, muss der Bund zur Wahrung der verfassungsstaatlichen Ordnung und zum Schutz des föderalen Gefüges zumindest einstweilen die gesetzmäßige Sicherung der Bundesgrenze gewährleisten, weil die Kontrolle über Elemente der Staatlichkeit im Sinne des Identitätsvorbehalts der Rechtsprechung des BVerfG integrationsfest ist.