

Zur Lage der Europäischen Integration

von Udo Di Fabio

I. Das uneigentliche Herrschaftssystem: Integrationslogik zwischen Koordinationsutilitarismus und Staatsprävention

Das Europa der Union segelt seit den Tagen der Montanunion zwischen dem Ideal Vereinigter Staaten und dem Utilitarismus einer Freihandelszone. Föderalisten der ersten und der zweiten Stunde¹ strebten zum europäischen Staat mit Bundesregierung, Parlament und Länderkammer. Vor allem England, Dänemark und Schweden wollten dagegen im Grunde ihre schwächelnde EFTA im stärkeren Konzert des Kontinents fortführen. Aber auch Gründerstaaten wie Frankreich schwankten mitunter seit der EVG-Ablehnung 1954 und *de Gaulles* Politik des leeren Stuhls. Vielleicht schwankt Frankreich auch heute, wobei von dortigen Utilitaristen der Freihandel eher durch so etwas wie gelenkte Wirtschaft als europäische Industrie- und Sozialpolitik unter dem Stichwort der Wirtschaftsregie- rung ersetzt werden sollte.

Der tatsächlich entstandene supranationale Binnenmarkt steht ausgleichend zwischen beiden Intentionen. Seine rechtliche Struktur ist bestimmt von den Grundfreiheiten, dem Beihilfeverbot, den Wettbewerbsregeln, aber eben auch von einer regen Harmonisierungstätigkeit, die über das funktionell Notwendige auch deshalb immer wieder hinausgreift, weil der politische Gestaltungsehrgeiz der Wirklichkeit bundesstaatlichen Regierens näher rücken will. Die Föderalisten hatten sich nolens volens, aber mit Nachdruck der Dynamik der funktionalistischen Idee verschrieben, die eine fortschreitende sektorale Teilintegration bis zur staatlichen Einheit über *Spill-over*-Effekte² erstrebte. Der im *Spill-over* - Funktional-

- 1 Die Europäer der ersten Stunde nach dem Zweiten Weltkrieg waren etwa die Anhänger der 1946 gegründeten Europa-Union oder der Parlamentarier-Union (1947) bis zum Europa-Kongress in Den Haag 1948 und der Gründung des Europarats. In der sozusagen zweiten Stunde nach dem Scheitern der EVG stritt das Aktionskomitee für die Vereinigten Staaten von Europa seit 1955 (von *Jean Monnet* gegründet). Siehe *Oppermann, T./Classen, C.D./Nettesheim, M.* (Hg.): *Europarecht*, 6. Auflage 2014, hier §1, 1.
- 2 Inspiriert vom (neo-)funktionalistischen Ansatz bei *Haas, E. B.*: *Uniting of Europe: Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*, 2004 (1958 Erstausgabe); *Rosamond, B.*: *Theories of European Integration*, 2000, hier 59ff.

lismus angelegte dynamische Treibsatz des Föderalismus wirkte zunächst bis zu *Jacques Delors*⁶ Binnenmarktprojekt konstruktiv und löste bei den meisten Beteiligten Enthusiasmus aus. Herausgekommen ist „ein Staaten- und Verfassungsverbund, der zu staatlicher Einheit bisher nicht gefunden hat und auch künftig kaum dazu finden wird“.³ Doch die Dynamik zur Staatswerdung ist im Integrationsystem angelegt und droht Schäden anzurichten, wenn der politische Einheitswille der Völker ausbleibt. Die Ausdehnung in den währungspolitischen und allgemeinpolitischen Bereich hinein barg insofern beträchtliche Risiken, wenn die enorme Hebelwirkung einer einheitlichen Währung und gemeinsamer Außengrenzen eines Rechts- und Sicherheitsraumes nicht in das Ziel der bundesstaatlichen Einheit münden sollte. Vertraglich hinzugetretene Projekte, wie die gemeinsame Währung, eine gemeinsame Justiz- und Innenpolitik, ein gemeinsames Asylrecht und Grenzregime, wollten schließlich sektorale Teilintegration sein; aus dem Binnenmarkt sollte so sukzessive und zwangsläufig die neue Wirklichkeit einer politischen Union wachsen, um dann korrespondierend das Organisationsystem folgen zu lassen oder jedenfalls Schritt haltend auszubauen.⁴

Der Sprung in die stärkere Symbolik des Bundesstaates scheiterte mit dem Verfassungsvertrag⁵ nicht zufällig. Der ihn ersetzende Lissabon-Vertrag leistete schon wegen der weitgehenden Identität in den sachlichen Regelungen einen weiteren Beitrag zur europäischen Uneigentlichkeit und Uneindeutigkeit. Auf Staatsgründungssymbolik des Verfassungsbegriffs wurde zwar gezwungenermaßen verzichtet, aber aus den institutionellen Vertragsänderungen wurde doch der Anspruch auf eine politische Kommission mit gebündelter Regierungsfunktion abgeleitet. Die politisierte Kommission möchte die bisherige polyzentrische Art des Regierens in ihrer Hand bündeln, obwohl es „eigentlich“ dazu an wichtigen bundesstaatlichen Voraussetzungen fehlt. Gleichwohl wurde die Europawahl zu einer Art Richtungsentscheidung hochargumentiert, die in Wahlbeteiligung, programmatischen Unterschieden der Kandidaten für das Amt des Kommissionspräsidenten und aufgrund der Zunahme populistischer Kräfte nicht wirklich

- 3 Schmidt-Assmann, E.: Der Kohärenzgedanke in den EU-Verträgen: Rechtssatz, Programmsatz oder Beschwörungsformel?, in: Appel, I./Hermes, G./Schönberger, C. (Hg.): Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, hier 819.
- 4 Schritthaltender Ausbau demokratischer Legitimationswege im Blick auf die zunehmende Kompetenzfülle war bereits ein Thema des Maastricht-Urteils und wurde im Lissabon-Urteil als Kluft etwas weniger optimistisch erneut vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts thematisiert. BVerfGE 89, 155 (186); 123, 267 (364).
- 5 Zur Frage, ob das Scheitern auch als Täuschung eines Verfassungsnominalismus verstanden werden kann siehe Möllers, C.: Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy, A./Bast, J. (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2009, hier 276f.

nachzuweisen war. Die Finanz- und Schuldenkrise hat in der Folge Spannungen im wirtschaftlichen Fundament der Union deutlich gemacht und eine Rückwendung zu nationalen Prioritäten und Interessen veranlasst, die auch dadurch besorgniserregend sind, dass mit der Rolle der EZB institutionelle Bypässe zu den vertraglich vorgesehen Stabilitäts- und Sanktionsmechanismen gelegt wurden, um Mitgliedstaaten Luft zum Atmen, aber auch Zeit zu verschaffen, in vertragswidrigen Schuldenständen zu verharren.

II. Die populistische Bedrohung

Das Recht der Union konnte im Hinblick auf die Haushaltsdisziplin und kann bis heute nicht stringent durchgesetzt werden, weil wirtschaftliche Folgewirkungen und politische Reaktionen im Wahlverhalten der Mitgliedstaaten dem entgegenstehen. Der harte Mechanismus einer Disziplinierung über den Markt für Staatsanleihen ist dem Faktum einer Überflutung mit billigem Geld durch die EZB gewichen.

Damit werden Langzeitfolgen in Kauf genommen um Demokratien zu entlasten, die sonst womöglich zur Beute von Populisten würden. Es bedurfte nicht erst der Migrationskrise, um deutlich zu machen, dass die alte forcierte Politik der immer engeren Union an Grenzen gestoßen war. In den politischen Primärräumen der Staaten und dort mitunter auch der sich national definierenden Regionen rumort es und man trifft auf das System nüchterner Unionsherrschaft.⁶ Selbst in Frankreich regiert der *Front National*, aber auch eine Prise Linkspopulismus praktisch mit und blockiert pragmatische Brüsseler Lösungen, die gerade Deutschland nur mit Unterstützung des westlichen Nachbarn wird durchsetzen können. Wenn der italienische Sozialdemokrat *Renzi* mit seiner Regierung eines Tages scheitern sollte, ist jedenfalls nach gegenwärtiger Beurteilung keine Alternative in Sicht, die zu konstruktiven europäischen Kompromissen fähig wäre.⁷ Griechenland bleibt in mehrfacher Hinsicht ein Sorgenkind, Portugal und Spanien könnten im Hinblick auf Haushaltsdisziplin und Anpassung an globale Wettbewerbsstrukturen hinzutreten. Polen und Ungarn kokettieren mit Autokratisierung und der politischen Formierung ihrer Länder, die tschechische Republik pflegt Distanz

6 *Michelsen, D./Walter, F.*: Unpolitische Demokratie. Zur Krise der Repräsentation, 2013, hier 334ff.; allgemein zum Entstehen von Populismus: *Heitmeyer, W.*: Schattenseiten der Globalisierung: Rechtsradikalismus, Rechtspopulismus und separatistischer Regionalismus in westlichen Demokratien, 2001; *Crouch, C.*: Postdemokratie, 2008; *Pfahl-Traughber, A.*: Linksextremismus in Deutschland: Eine kritische Bestandsaufnahme, 2014, hier 227 ff.; *Müller, J.-W.*: Was ist Populismus?, 2016 (im Erscheinen).

7 Zur italienischen Neigung zum Populismus siehe *Druke, H.*: Italien: Wirtschaft - Gesellschaft - Politik, 2012, hier 294ff.

und die Slowakei ist besorgt über die Entwicklung in der Mitte des alten Kontinents. Droht die Unregierbarkeit Europas?

Trotz aller Verselbständigung der Willensbildung europäischer Organe und trotz des erheblichen Einflusses europäischen Rechts auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen kann nicht wirklich von Brüssel aus regiert und schon gar nicht durchregiert werden. Der Prozess der Gesetzgebung ist ein komplexer Verhandlungsausgleich und die Aussicht auf Rechtsbefolgung in den Staaten verschlechtert sich drastisch, wenn supranationale Gesetzgebung zu ehrgeizig ist, zu rasch oder zu massiv über Vorbehalte hinweggeht oder unausgegrenzte Kompromisse verbindlich macht. Als ein solch unausgegrenztes Regelwerk muss man bei allem Respekt vor dem europäischen Gesetzgeber die Gemeinsame Europäische Asylpolitik bezeichnen.

III. Das Scheitern des europäischen Asylsystems

Die 2013 geänderte Dublin-Verordnung⁸ ist unmittelbar geltendes Recht. Sie stellt ersichtlich ein dilatorischer Kompromiss mit vielen Unklarheiten und nicht folgerichtig aufeinander abgestimmten Regelungen dar. Die Verordnung lädt – zumal unter Druck – geradezu zum *Moral hazard* ein. In Bezug auf etwas so Nüchternes wie eine Zuständigkeitsfestlegung für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz wird in der Verordnung konzediert, dass Mitgliedstaaten, die ja alle aufgrund detaillierter europäischer Vorschriften zu einer angemessenen Unterbringung der in das Unionsgebiet Einreisenden und der Behandlung der Anträge auf internationalen Schutz verpflichtet sind,⁹ systemische Schwachstellen aufweisen können, mit der Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU Grundrechte-Charta. Bei systemischen Schwachstellen dieser Art kann die Zuständigkeit des Mitgliedstaates entfallen und ein anderer Mitgliedstaat zuständig werden (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Dublin-VO). Für eine solche Regelung mag es gute Gründe geben, wenn man sich vor Augen hält, dass ein Mitgliedstaat mit einer Außengrenze durch eine hohe Anzahl von Schutzsuchenden herausgefordert werden kann. Aber das Problem des *Moral hazard* liegt eben darin, dass man sich seiner Zuständigkeit auch gezielt entledigen kann, wenn man das Recht kalkuliert nicht einhält. Ähnliche

8 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist.

9 Siehe vor allem die Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen.

Unterstellungen oder reale Annahmen stehen auch im Hinblick auf die Pflicht zur Sicherung der Außengrenze Pate.

Die brüchige Grundlage einer solchen Verordnung wird auch dadurch deutlich, dass gleichsam als Sanktion für die Duldung eines illegalen Grenzübertritts die Zuständigkeit für wenigstens zwölf Monate auf dem Fuße folgt (Art. 13 Abs. 1 Dublin-VO), jedenfalls auf dem Papier, denn die dort genannten Beweismittel oder Indizien lassen bereits den Prüfungsaufwand ahnen, wenn man in die Einzelheiten des Art. 22 der Dublin-VO schaut. Die nach der Verordnung bestehende Zuständigkeitsregelung lädt weiter dazu ein, eine rasche „Durchleitung“ von Migranten auch ohne Registrierung vorzunehmen, weil man dann als eine Art Transitstaat nicht zuständig wird, jedenfalls die Zuständigkeit nicht sicher geklärt werden kann. Die Rangfolge der Kriterien zur Zuständigkeitsbestimmung (Art. 7 ff. Dublin-VO) macht regulatives Bemühen in einem politisch verminten Feld deutlich. Vermutlich handelt es sich um vergebliches Bemühen, wenn man es mit der Verwaltungswirklichkeit abgleicht. Wem das Ganze als Staat gerade auch im Hinblick auf das Schicksal von Schutzsuchenden schäbig erscheint, der kann dann seine Zuständigkeit erklären und wird meist keinen Protest zu hören bekommen, jedenfalls solange die eigene Bevölkerung dies hinnimmt. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Zuständigkeitsregelung im Grunde den Namen nicht verdient und dass ein solches System bereits seiner Anlage nach in die Dysfunktionalität tendiert.

Wer meint, dann solle man das defizitäre Recht doch rasch ändern, übersieht das eigentliche Problem. Integration bis hinein in den Kern politischer Identität der Mitgliedstaaten stößt auf besondere Probleme – letztlich geht es um die Funktionsfähigkeit und Akzeptanz des politischen Systems. In der Regel wird es nur zu einer unentschiedenen, zu einer ambivalenten Kompetenzverteilung kommen. Art. 3 Abs. 2 EUV verspricht, dass die Union ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bietet,¹⁰ „ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist.“ Der Kern der betroffenen Zuständigkeitsbereiche liegt aber nach wie vor bei den Mitgliedstaaten, die Kompetenzen werden lediglich, aber das recht detailliert, vom Unionsrecht überformt, ohne sie zu ersetzen oder zu verdrängen. Das europäische Recht schreibt ein ganzes Bündel von Maßnahmen auf dem Gebiet der Außen-

10 Ruffert, M.: Die unionsverfassungsrechtlichen Grundlagen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Pache, E. (Hg.): Die Europäische Union - ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2005, hier 25.

grenzkontrollen, Kriminalitätsbekämpfung, der Qualifizierung von Asylbewerbern oder Flüchtlingen,¹¹ ihrer Unterbringung und der Verfahrensrechte von Schutzsuchenden vor. Das ändert indes nichts daran, dass die Staaten ihre Kompetenz, über Einreise und Aufenthalt von Personen zu entscheiden, nicht aufgegeben und nicht übertragen haben.

IV. Die unionsrechtlich zugedekte Souveränität zur staatlichen Regulierung der Einwanderung

Das einschlägige Unionsrecht ist inzwischen auf dem Weg in die Hyperkomplexität, jedenfalls aber deutlich „aus dem Leim gegangen“. So etwas lässt sich genau dann beobachten, wenn die Verwaltungspraxis in den Mitgliedstaaten mit den konzeptionellen Koordinierungs- und Vereinheitlichungsabsichten nicht übereinstimmt. Wer nicht selbst handeln kann, aber rechtsetzende Gewalt innehat, neigt zu detaillierten Rahmenvorschriften oder zu bürokratischen Auflagen, weil er nicht direkt zu befehlen vermag. So sollen bei schwerwiegenden Mängeln im Rahmen der nach dem Schengen-System vorgeschriebenen Kontrollen an den Außengrenzen¹² Risikoanalysen erstellt werden, die dann in strategische Pläne münden.¹³ So etwas setzt guten Willen und Handlungsfähigkeit der Beteiligten voraus, aber wenn die Lage sich verschärft, wie in der aktuellen Migrationskrise, wirkt so etwas schlicht hilflos.

Das oft feinzisierte, bürokratisierte Unionsrecht verdeckt den Umstand, dass in dieser Agenda Souveränitätsvorbehalte der Mitgliedstaaten wirksam sind. Aus diesen Vorbehalten wachsen Gestaltungsfreiheiten und ein politisches Ermessen, das sowohl im Geiste der Vertragsziele als auch im Interesse der Funktionsfähigkeit der staatlichen Rechtsordnung und in den Bindungen der eigenen Verfassung auszufüllen ist. Auch die Dublin-VO lässt den Mitgliedstaaten erhebliche

11 Siehe insoweit die Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge und für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und den Inhalt des zu gewährenden Schutzes.

12 Siehe insoweit Art. 12 zur Grenzüberwachung und Art. 13 zur gebotenen Einreiseverweigerung der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex). Zum Schengen-System allgemein: *Mrozek, A.*: Zum Mechanismus des supranationalen Grenzschutzes an den europäischen Außengrenzen, ZAR 2014, hier 393 ff.; *Winkelmann, H.*: 25 Jahre Schengen: der Schengen-Acquis als integraler Bestandteil des Europarechts - Bedeutung und Auswirkung auf die Einreise- und Aufenthaltsrechte, ZAR 2010, hier 213ff., 270 ff.

13 Siehe insoweit Art. 19 a der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 zwecks Festlegung einer gemeinsamen Regelung für die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, eingefügt durch die Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013.

Handlungsspielräume innerhalb des vorgegebenen Systems, die der Mitgliedstaat nach seinem Ermessen ausfüllen kann.

Zu diesem Handlungsspielraum gehört das Zurückweisungsrecht an der Staatsgrenze nach Art. 3 Abs. 3 der Verordnung. Danach darf ein Einreisewilliger, der über die deutsche Grenze aus einem sicheren Drittstaat¹⁴ nach Deutschland einreisen will, an der Grenze, also vor Einreise in das Bundesgebiet zurückgewiesen werden – so wie dies gegenwärtig etwa mit Einreisewilligen mit Ziel Dänemark oder Schweden an der deutsch-österreichischen Grenze geschieht. Wenn also Aufnahmekapazitäten, Verwaltungskapazitäten des Bundes¹⁵ und der Länder erschöpft sind oder gar die innere Ordnung gefährdet wird, kann von Verfassungen wegen zurückzuweisen sein, um die (bundes-)staatliche Ordnung und die institutionelle Fähigkeit zum Schutz der Bürger und international Schutzsuchender nicht aufs Spiel zu setzen. Dabei wird nicht erwartet, dass solche möglicherweise irreversiblen Gefahrenlagen sich erst realisieren müssten, um eine solche Grenzsicherungspflicht auszulösen.

Das förmlich mitzuteilende Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 der Dublin-Verordnung ist ebenfalls im Hinblick auf die Einreiseerlaubnis eine freiwillige Entscheidung des Mitgliedstaats, deren Ausübung an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist. Weder das Völkerrecht (Genfer Flüchtlingskonvention) noch das Unionsrecht verlangen die Selbstgefährdung der staatlichen Ordnung. Das maßgebliche Unionsrecht schützt mit einem Souveränitätsvorbehalt die demokratische und rechtstaatliche Handlungsfähigkeit der Staaten; es wird keine Aufopferung verlangt.

Art. 17 Abs. 1 der Dublin-Verordnung wird auch von der Europäischen Kommission als „Souveränitätsklausel“ bezeichnet.¹⁶ Bei der Änderung der Verordnung

14 Das sind im Falle der Bundesrepublik Deutschland nach den Anforderungen der Richtlinie 32/2013/EU (Artikel 38 und 39) alle angrenzenden Staaten.

15 Antragsteller dürfen ihren Antrag beim überlasteten BAMF erst nach Monaten Wartezeit stellen, was mit einiger Sicherheit gegen Richtlinie 32/2013/EU verstößt, aber als Notmaßnahme gilt, vermutlich schon deshalb, um nicht andernfalls die Fristen der Antragsbearbeitung zu verletzen.

16 Zum Kommissionsvorschlag heißt es in dem *Explanatory Memorandum* zu Art. 3 Abs. 3 der Dublin-Verordnung: „However, a Member State may sovereignly decide, for political, humanitarian or practical considerations, to agree to examine an asylum application lodged with it by a third-country national, even if it is not responsible under the criteria in the Regulation. The condition of the asylum seeker's consent, which figured in the Dublin Convention, is not reproduced in the Regulation, since it is the applicant who takes the initiative to lodge an application with the Member State concerned: he necessarily consents, therefore, to that State examining his application. A Member State which takes such a decision thus becomes the State responsible within the meaning of the Regulation and assumes all the obligations associated with such responsibility. To avoid procedures relating to a single application being carried out simultaneously in two Member States, the Member State which makes use of this discretionary power should, where appropriate, inform the other Member States concerned“.

2008 (Dublin II auf Dublin III, 2013) konnte sich die Kommission bezeichnenderweise nicht mit ihrem Vorschlag durchsetzen, das Ermessen zu binden. In jedem Fall wird schon nach Kommissionssicht deutlich, dass es um Härtefälle und humanitäre Fälle geht (das heißt um zahlenmäßig oder zeitlich begrenzte Ausnahmen).¹⁷ Im Übrigen setzt auch das Vertragsrecht den Souveränitätsvorbehalt voraus: Art. 79 Abs. 5 AEUV wahrt das Recht der Mitgliedstaaten, trotz der Unionspflicht zu einer gemeinsamen Einwanderungspolitik, über die Zahl der einreisenden Drittstaatsangehörigen zu bestimmen, die Arbeitnehmer oder Selbstständige sein können. Diese Norm hat nur dann Sinn, wenn die innerstaatliche Gesellschaftsordnung ein Schutzgut ist, das die Mitgliedstaaten wahren dürfen – und aus Sicht des Grundgesetzes auch wahren müssen.

Dass dabei die Ausübung eigener Souveränität mit Folgen gewogen wird, die im europäischen Verbund zu kalkulieren sind, liegt auf der Hand. Die Einschätzungen dieser Wirkungen gehen aber auseinander. Die Bundesregierung sieht sich als den wahren Garanten des europäischen Gemeinwohls, der alles Recht besitzt, von anderen Solidarität zu verlangen. Andere Länder gelangen zu anderen Einschätzungen. Wenn der Bund auf Zurückweisung an der deutschen Grenze verzichtet und sein Selbsteintrittsrecht auf nicht näher begrenzte Zeit erklärt, dann könnte Deutschland wie ein Magnet wirken und gerade damit eine Rückkehr zu rechtmäßigem Verhalten anderer Mitgliedstaaten, auch an der Außengrenze der Union, zusätzlich erschweren.

Formell und materiell bleibt das Grundgesetz im Spiel, auch wenn das im europäischen Kontext bedeutungslos erscheinen mag, es aber nicht so ist, wenn man bedenkt wie Deutschland noch den Fiskalpakt mit Verfassungsänderungen der Mitgliedstaaten härten wollte und damit die wachsende Komplementarität nationalen Verfassungsrechts und europäischen Vertragsrechts unterstrichen hat. Für die Einreisekontrolle des Bundes gilt nach wie vor § 18 Asylgesetz und auch die materielle Entscheidung des Art. 16 a Abs. 2 GG, die angesichts der bestehenden Freiräume eben nicht durch europäisches Recht verdrängt werden. Es gilt insofern auch die Wesentlichkeitstheorie, die eine solch weitreichende Entscheidung (wenn sie über einen sehr kurzen, wohl längst verstrichenen Zeitraum hinausgeht) nicht der Exekutive im Alleingang erlaubt, sondern ein Parlamentsgesetz erfordert. Mit der von der Exekutive bewirkten Grenzöffnung und dem wenn nicht dadurch ausgelöstem so doch verstärktem Massenzustrom gehen langfristig erhebliche sozial-, wirtschafts- und besonders verteilungspolitische Folgen ein-

17 Siehe Dokument KOM (2008) 820, S. 8 und S. 35.

her, die nach einer öffentlichen Diskussion in Parlamenten entschieden werden müssen. Es mag insofern mehr als eine Arabeske sein, dass weiterhin ungeklärt ist, wie die Grenzöffnung im September 2015 verwaltungstechnisch umgesetzt worden ist. Der Bundesinnenminister hat offenbar nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG entschieden, über die Umsetzung wissen wir bislang nichts.¹⁸

V. Systemkrise und die Chance sektoraler Neuverhandlung

Nicht nur im Blick auf solch schwarze Löcher entsteht eine Beunruhigung, dass ein allzu forciertes europäischer Kompetenz- und Regelungsehrgeiz zu einer Lähmung und Neutralisierung der Steuerungskraft des Rechts geführt hat. Hinter den vollmundigen Erklärungen des Primärrechts zum gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und dem Wust an sekundärrechtlichen Regelungen steht eine ernüchternde Wirklichkeit. Zu diagnostizieren ist ein erheblicher Funktionsverlust des Gesetzes als Handlungsleitung für die Exekutive. Entsprechendes mit Folgewirkungen für die demokratische Akzeptanz gilt im Hinblick auf die Berechenbarkeit des Gesetzes für den Bürger, der auf die Macht des Gesetzes und die Durchsetzung demokratischer Mehrheitsentscheidungen vertraut. Es herrscht rechtliche Unsicherheit, die sich in Fragen der Unterkunft, Integration oder für aufenthaltsbeendende Maßnahmen fortsetzt. Die komplexe Regelungssituation im europäischen Mehrebenensystem lässt jedenfalls in dieser Sachmaterie beinahe immer das Argument zu, dieses oder jenes erfordere die Rechtslage oder das verbiete die Rechtslage (zum Beispiel Kapazitätsobergrenzen). In einem an sich gut geordneten und gut verwalteten Staat wie der Bundesrepublik Deutschland ist es im Verlauf des Jahres 2015 zu erheblichen Kontrollverlusten gekommen, die gewiss nicht als das Ende des Rechtsstaats an die Wand gemalt werden dürfen, die aber gleichwohl Belege für eine deutliche Fehlentwicklung sind.

Die europäischen Regierungen und mit ihnen gemeinsam die europäischen Organe sitzen in einer Falle. Der bislang so überzeugende, einigermaßen faire Kompromiss und die im Binnenmarkt erprobten sozialtechnischen Gestaltungsmöglichkeiten stoßen sich hart mit der Wirklichkeit in den Mitgliedstaaten, die heterogener und unberechenbarer sind, als das an den gepflegten Kartentischen der Zukunftsplanung erkennbar war. Europa war immer ein Projekt vernünftiger Eliten und bedurfte als solches wohlwollender Darstellung und einfacher Erklärung der Vorteile. Dabei wusste jeder Strategie der europäischen Einheit, dass

18 Hillgruber, C.: Ein Geheimerlass zur Öffnung der Grenze?, FAZ, 21. Januar 2016.

letztlich die Völker Europas, die Bürger der Staaten dann zu überzeugten Unionsbürgern werden, wenn sie eines Tages mit Herz und Verstand ihren primären politischen Entfaltungs- und demokratischen Gestaltungsraum in einer vereinten Union suchen und finden. Dieser Zeitpunkt ist weiterhin noch nicht in Sicht. Viele fragen nach wie vor und sogar wieder deutlicher mit utilitaristischem Kalkül: Was bringt die EU für Vorteile? Was geschieht, wenn wirkliche oder eingeblendete Nachteile überwiegen sollten?

Die europäische Uneigentlichkeit,¹⁹ die bislang durchaus als Vorteil verstanden werden konnte, droht in ein gefährliches Fahrwasser zu führen, wenn die Integrationslogik in für die Mitgliedstaaten fundamentale Kompetenzen eingreift. Untragbar jedenfalls ist es, wenn das Unionsrecht die Kompetenzen der Staaten regulativ und konsensual stark bindet, dann aber letztlich keine der Ebenen im Unionsverbund noch hinreichend handlungsfähig ist. Wenn der *Esprit de corps* der Gründungsmitglieder von Montanunion und EWG in einem Meer von Einzelinteressen und bürokratisch handelnden Brüsseler Organen verschwindet, dann wird die Renationalisierung, die camouffiert und in wichtigen Sektoren in Form latenter oder manifester Rechtsuntreue (etwa *in puncto* Haushaltsdisziplin oder Weitung des EZB-Mandats zugunsten nationaler Interessen) bereits im Gange ist, sich weiter verfestigen.

Die Lage Europas ist ernst. Und die Lage in mehreren Mitgliedstaaten ist es auch. Vielleicht muss Europa deutlicher erkennen, dass die alte Methode des funktionellen *Spill-over* am Ende ist. Ihre blindgläubige Fortsetzung führt in weitere Blockaden und gefährdet das gesamte Einheitsprojekt. Manche teiltorientierten politischen Sektoren, wie die gemeinsame Asyl- und (de facto) Migrationspolitik, müssen aufgeschnürt und neu verhandelt werden. Hier, in den zentralen Verantwortungsbereichen mitgliedstaatlicher Demokratien, geht es zuerst um die Zurückgewinnung politischer Handlungsfähigkeit: Das Unionsrecht muss viel deutlicher als bisher die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit von tragenden Demokratien anerkennen.

Die Kommission steht in einer besonderen Verantwortung, jetzt keine neuen diffizilen und wohlklingenden Rechtsakte vorzuschlagen, sondern sich als die maßgebliche Koordinationsstelle für die Bündelung und konzeptionelle Systematisierung der bereits national auf den Weg gebrachten Versuche zur Sicherung des eigenen Staatsgebiets zu beweisen. Hilfreich ist keine Kommission, die ideell

19 Dazu die Analyse von *Graf Kielmansegg, P.*: Integrationsziel Politische Union. Überlegungen zu einem uneindeutigen Schlüsselbegriff, in: ZSE, 1 (2014), hier 28ff.

zwischen gesinnungs- und verantwortungsethischen Grundüberzeugungen Partei ergreift, sondern eine, die im Respekt vor der Vielfalt und der Souveränität der Staaten den gemeinsamen Rahmen neu tariert und wirkungsvoll ausgestaltet, damit die Vorteile der gegenseitigen Öffnung und Verbindung so rasch wie möglich jedem Unionsbürger wieder vor Augen treten.