

# **Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem**

von

Professor Dr. iur. Dr. sc. pol. Udo Di Fabio  
Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.  
Direktor des Instituts für Öffentliches Recht  
(Abteilung Staatsrecht)  
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Anlass des Gutachtens und Fragestellung .....</b>	<b>6</b>
I. Anlass der Untersuchung.....	6
1. Migrationslage 2015.....	6
a) Statistische Entwicklung: Herkunft, Asylantragstellung, Anerkennungsquote .....	6
b) Migration unbegleiteter ausländischer Minderjähriger.....	13
c) Nicht registrierte Einreisen und Kontrollverluste beim Aufenthalt .....	16
d) Belastung der Bayerischen Polizei .....	20
2. Politisches Verhalten der Bundesregierung .....	20
3. Belastung des europäischen Verbundgefüges .....	26
4. Belastung des Bundesgefüges durch die Bundespolitik.....	27
II. Gutachtenfrage und Rechtsproblem .....	30
1. Gutachtenfrage.....	30
2. Rechtsproblem .....	30
<b>B. Verfassungsrechtliche Pflichten des Bundes gegenüber den Ländern auf wirksame Einreisekontrolle .....</b>	<b>32</b>
I. Verfassungsrechtsverhältnis und Prüfungsansatz .....	32
II. Pflichtenelemente des Grundsatzes der Bundestreue und Staatlichkeit als Verfassungsvoraussetzung .....	33
1. Herleitung aus dem Bundestaatsprinzip .....	34
2. Art. 30 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG.....	36
3. Die Bundestreue als Kompetenzausübungsschranke.....	37
4. Verpflichtung zu positivem Handeln .....	39
5. Pflicht zur Einwirkung auf Dritte, insbesondere in den Organen der Europäischen Union .....	41
6. Rechtsverletzung als Verstoß gegen den Grundsatz der Bundestreue.....	42
7. BVerfG: Grober Verfassungsverstoß bei kollektiven Existenzgefährdungen .....	45
a) Staatlichkeit als tragende Verfassungsvoraussetzung.....	45
b) Wirksame Einreisekontrolle als Bestandteil von Staatlichkeit und demokratischem Selbstbestimmungsrecht ....	49
III. Verschränkte Kompetenzräume und Abhängigkeit der Länder vom Bundesverhalten .....	53
1. Nationaler Regelungsrahmen .....	53
a) Die Vorschriften des Aufenthaltsrechts .....	53
aa) Entwicklung des Ausländerrechts als Bundesmaterie .....	53
bb) Aufenthaltsgesetz .....	55
cc) Aufenthaltsverordnung .....	56

dd)	Asylverfahrensgesetz (jetzt: Asylgesetz) .....	56
ee)	Freizügigkeitsgesetz/EU .....	57
ff)	Beschäftigungsverordnung .....	58
b)	Aufenthaltstitel und Zuständigkeiten nach dem Aufenthaltsgesetz.....	58
aa)	Aufenthaltstitel .....	58
bb)	Zuständigkeiten .....	60
c)	Grenzschutzregime.....	61
d)	Zwischenergebnis .....	62
2.	Europäischer Regelungsrahmen .....	62
a)	Entwicklung .....	62
b)	Teilübertragung und Koordinierung des staatlichen Grenzregimes .....	64
c)	Das europäische Grenzregime .....	65
aa)	Das Schengen-Abkommen.....	65
bb)	Frontex .....	68
d)	Aufenthalts- und Asylregime.....	69
aa)	Qualifizierungs-Richtlinie .....	69
e)	Die Dublin III-Verordnung.....	70
f)	Weitere Richtlinien .....	72
g)	Massenzustrom-Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 .....	74
h)	Genfer Flüchtlingskonvention und EMRK.....	76
IV.	Systemische Defizite und Integrationsverantwortung des Bundes.....	77
1.	Nichtbeachtung des Unionsrecht und Tendenzen zu Moral Hazard.....	81
2.	Integrationsverantwortung des Bundes für die Behebung von gravierenden Regelungsdefiziten .....	83
a)	Innerstaatliche Perspektive.....	83
b)	Europäische Perspektive.....	86
c)	Zwischenergebnis.....	89
V.	Rechts- und Verfassungswidrigkeit der Grenzöffnung? .....	90
1.	Vorrang der Verfassung – Humanitärer Schutz nur im Rahmen der Verfassung .....	90
2.	Vorrang des Gesetzes.....	93
3.	Vorbehalt des Gesetzes .....	95
4.	Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips auf dem Gebiet der Strafrechtspflege .....	97
VI.	Konsequenzen aus dem Gesetzesvorbehalt und materielle Bindungen des Gesetzgebers.....	101
<b>C.</b>	<b>Sachurteilsvoraussetzungen im Bund-Länder-Streitverfahren .....</b>	<b>107</b>

I.	Statthafte Verfahrensart.....	107
II.	Antragsbefugnis im Bund-Länder-Streit .....	108
III.	Konkretes Streitverhältnis und Sachkonnexität .....	110
IV.	Rechtsschutzbedürfnis.....	111
V.	Frist.....	113
<b>D.</b>	<b>Zusammenfassung in Thesen .....</b>	<b>116</b>
<b>E.</b>	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>122</b>



# **A. Anlass des Gutachtens und Fragestellung**

## **I. Anlass der Untersuchung**

### **1. Migrationslage 2015**

#### **a) Statistische Entwicklung: Herkunft, Asylantragstellung, Anerkennungsquote**

Anlass dieses Rechtsgutachtens ist die Flüchtlings- und Migrationskrise, mit der die Europäische Union konfrontiert ist – dies verschärft seit dem Sommer 2015. Als Migrationskrise bezeichnet man den Massenzustrom<sup>1</sup> von Vertriebenen oder Flüchtenden aus Kriegs- oder Bürgerkriegsgebieten und von Flüchtlingen im Sinne der Genfer Flüchtlingskommission. Der neutrale Begriff Migration erfasst aber auch das Einreisebegehren aus Herkunftsländern, in denen keine Gewalt und Rechtlosigkeit drohen, aber womöglich wirtschaftliche Perspektivlosigkeit einen Beweggrund für Wanderungsbewegungen darstellt.

Gegenwärtig liegen die politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Ursachen der Krise vor allem im nahöstlichen Staatenzerfall, im Kriegsgeschehen auf syrischem und irakischem Territorium, in der Ausdehnung des fundamentalistischen Fanatismus der Taliban, von Al Qaida oder ISIS, die eine erhebliche Ursache für Fluchtbewegungen sind. Hinzu kommen politische Instabilitäten auf dem Balkan und in Afrika sowie ein starkes Wohlstandsgefälle, das ge-

---

<sup>1</sup> Der Begriff „Massenzustrom“ folgt der einschlägigen Richtlinie des Rates 2001/55/EG vom 20. Juli 2001, siehe die Begriffsdefinition in Art. 2.

rade die wohlhabenderen Länder der EU zu Flucht- und Einwanderungszielen macht. Zum Thema gehört auch die Entwicklung der grenznahen Unterbringung von Flüchtlingen in Lagern des UN-HCR, das Verhalten von krisennahen Staaten wie der Türkei, und schließlich die Tätigkeit von international operierenden Schlepperorganisationen, die Züge wachsender organisierter Kriminalität aufweisen.

Die Zusammensetzung der in das Gebiet der Europäischen Union und namentlich Deutschlands Einreisewilligen nach Herkunftsstaaten war in den letzten Jahren nie homogen und veränderte sich auch im Jahresverlauf 2015 erheblich.

Nach der Asylgeschäftsstatistik des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge wurden im bisherigen Berichtsjahr 2015 (Stand einschließlich November 2015) 392.028 Erstanträge vom Bundesamt entgegen genommen. „Die meisten Erstanträge im Jahr 2015 wurden aus den folgenden drei Ländern erfasst:

- Syrien, 132.564 Erstanträgen (33,8 % aller Erstanträge),
- Albanien, 51.945 Erstanträge (13,3 % aller Erstanträge)
- Kosovo, 32.997 Erstanträgen (8,4 % aller Erstanträge).

Im Vergleichszeitraum des Vorjahres wurden 155.427 Erstanträge entgegengenommen; dies bedeutet einen Anstieg der Antragszahlen um 152,2 % im Vergleich zum Vorjahr. Die Zahl der Folgeanträge im bisherigen Jahr 2015 hat sich gegenüber dem vergleichbaren Vorjahreswert (26.026 Folgeanträge) um 26,8 % auf 33.007 Folgeanträge erhöht. Damit konnte das Bundesamt insgesamt 425.035 Asylanträge im Jahr 2015 entgegennehmen; im Vergleich

zum Vorjahr mit 181.453 Asylanträgen bedeutet dies eine Erhöhung der Antragszahlen um +134,2 %. Neben der beim BAMF gestellten Asylanträge ist eine erhebliche Zahl an Asylsuchenden zu berücksichtigen, die obwohl auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland befindlich noch keinen Antrag beim BAMF stellen konnten.<sup>2</sup>

Insgesamt wurden 240.058 Erst- und Folgeanträge im bisherigen Jahr entschieden, davon:

- Syrien, 80.713 Entscheidungen (Gesamtschutzquote 94,8 %)
- Albanien, 32.150 Entscheidungen (Gesamtschutzquote 0,2 %)
- Kosovo, 28.526 Entscheidungen (Gesamtschutzquote 0,4 %).

Im Vergleich zum Vorjahr (113.636 Entscheidungen) hat sich nach Angaben des Bundesamtes die Zahl der Entscheidungen mehr als verdoppelt (+ 111,3 %). Die Gesamtschutzquote für alle Herkunftsländer (HKL) liegt für das bisherige Berichtsjahr bei 45,8 % (109.905 positive Entscheidungen von insgesamt 240.058).

Ende November 2015 lag die Zahl der anhängigen Verfahren bei insgesamt 355.914 Verfahren. Im Vergleich zum 30.11. des Vorjahres (163.244 anhängige Verfahren) hat sich die Zahl der beim Bundesamt anhängigen Verfahren um 118,0 % erhöht.

Die Zahl aller Bundesamtsentscheidungen (Erstanträge, Folgeanträge, Widerrufsprüfverfahren und Wiederaufnahmeverfahren) von 129.931 Entscheidungen im Berichtszeitraum des Vorjahres auf

---

<sup>2</sup> „Die Zahl der tatsächlichen Einreisen von Asylsuchenden nach Deutschland lag auch im November 2015 deutlich höher, da die formale Asylantragstellung teilweise erst zeitlich verzögert möglich ist.“ Pressemitteilung des BMI vom 4. Dezember 2015.



251.031 Entscheidungen im bisherigen Berichtszeit- raum für das Jahr 2015; dies stellt eine Erhöhung um 93,2 % dar.

Im Monat November wurde nach Angaben des Bundesamtes mehr als die Hälfte der Erstantragsteller (30.398 Erstantragsteller, 54,3 %) aus Syrien verzeichnet. Nur noch fast jeder zehnte Erstantragsteller (9,5 %, 5.330 Personen) kam im November aus den dominierenden sechs Balkanländern (Albanien: 2.960, Serbien: 809, Mazedonien: 609, Kosovo: 549, Bosnien und Herzegowina: 306, Montenegro: 97). Noch vor drei Monaten kamen mehr als ein Drittel der Erstantragsteller aus diesen sechs Balkanstaaten (11.773 Personen, 35,2 %).<sup>3</sup>

Die Zahl der Einreisenden ist in der zweiten Jahreshälfte 2015, wohl auch infolge der Ankündigung der Bundesregierung, nicht mehr nach den Bestimmungen der Dublin-Verordnung zurückzuschieben, ganz erheblich erhöht und es ist auch von einer deutlichen Erhöhung des Anteils derjenigen auszugehen, die aus Kriegs- oder Kriegsgefährdungsgebieten stammen. Bereits die erfassten Zahlen bis Ende November 2015 zeigen die Dynamik einer Entwicklung, die seit Ende August deutlich an Schärfe gewonnen hat.

Bis zum 08.12.2015 sind (gem. EASY-Registrierungen) in 2015 schon über 1.003.077 Menschen neu in die Bundesrepublik eingereist (in Bayern eingereist vom 01.09.2015 bis zum 07.12.2015: über 657.000; nach Bayern über EASY bis zum 08.12.2015 verteilt: über 148.000 Menschen). Die zugangsstärksten Monate September bis November weisen wie erwartet eine deutliche Steigerung

---

<sup>3</sup><http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Statistik/Asyl/201511-statistik-anlage-asylgeschaeftsbericht.html?nn=1694460>.

auf (August: 104.460, September: 163.772, Oktober: 181.166, November: 206.101).

- **Entwicklung der Asylbewerberzahlen und Bearbeitungsstand beim BAMF**

1. Bund

	<b>Asylbewerberzahlen</b> (Erst- und Folgeanträge)	<b>Anhängige Asylverfahren beim BAMF</b>
<b>Ende 2013</b>	<b>127.023</b>	<b>95.743</b>
<b>Ende 2014</b>	<b>202.834</b>	<b>169.166</b>
<b>30.11.2015</b>	<b>425.035</b>	<b>355.914</b>

2. Bayern

	<b>Asylbewerberzahlen</b> (Erst- und Folgeanträge)	<b>Anhängige Asylverfahren beim BAMF</b>
<b>Ende 2013</b>	<b>18.114</b>	<b>16.235</b>
<b>Ende 2014</b>	<b>29.129</b>	<b>29.516</b>
<b>30.11.2015</b>	<b>63.662</b>	<b>63.383</b>

Bis Ende November 2015 hat das BAMF 392.028 Erstanträge entgegengenommen. Im Vergleichszeitraum des Vorjahres waren es 155.427 Erstanträge; dies bedeutet deutlich mehr als eine Verdoppelung der Zugänge (+152,2 %). Die Zahl der Folgeanträge bis November 2015 hat sich gegenüber dem vergleichbaren Vorjahreswert (26.026 Folgeanträge) um 26,8 % auf 33.007 Folgeanträge erhöht. Damit sind insgesamt 425.035 Asylanträge im Jahr 2015 (ohne Dezember) beim BAMF eingegangen; im Vergleich zum Vorjahr mit 181.453 Asylanträgen bedeutet dies mehr als eine Verdop-

pelung der Antragszahlen (+ 134,2 %). Die Entwicklung der anhängigen Verfahren beim BAMF im letzten Jahr zeigt, dass die Restanten (d.h. die Zahl der liegenbleibenden Asylanträge) trotz aller Bemühungen jeden Monat um durchschnittlich ca. 13.000 zugenommen haben. Würden ab sofort keinerlei Anträge mehr beim BAMF eingehen, wäre das Bundesamt trotzdem mehr als ein ganzes Jahr ausschließlich mit dem Restantenabbau beschäftigt.

- **Die 10 häufigsten Herkunftsländer und ihre Anerkennungsquoten vom 01.01. bis 30.11.2015** (letzte verfügbare Zahlen)

1. Bund

<b>Herkunftsland</b>	<b>Erst- und Zweitanträge</b>	<b>Gesamt- schutzquote</b>
1. Syrien	136.273	94,8 %
2. Albanien	52.859	0,2 %
3. Kosovo	36.551	0,4 %
4. Afghanistan	26.742	46,3 %
5. Irak	26.251	88,1 %
6. Serbien	25.976	0,1 %
7. Mazedonien	13.580	0,6 %
8. Eritrea	10.203	90,2 %
9. ungeklärte Staatsangehörigkeit	7.921	77,9 %
10. Pakistan	7.716	10,4 %
Summe 10 zu- gangstärkste HkL	344.072	50,5 %
<b>gesamt</b>	<b>425.035</b>	<b>45,8 %</b>

2. Bayern

<b>Herkunftsland</b>	<b>Erst- und Zweitanträge</b>	<b>Gesamt- schutzquote</b>
1. Syrien	18.959	93,5 %
2. Kosovo	7.958	0,1 %
3. Albanien	6.391	0,0 %
4. Afghanistan	4.962	54,8 %
5. Irak	4.350	84,4 %
6. Ukraine	2.642	0,2 %
7. Nigeria	2.616	6,6 %
8. Eritrea	2.356	75,0 %
9. Serbien	1.548	0,0 %
10. Senegal	1.122	0,0 %
Summe 10 zu- gangsstärkste HkL	52.904	43,4%
<b>gesamt</b>	<b>63.662</b>	<b>40,2 %</b>

Die Hauptmigrationsrouten sind:

Die Balkanroute über Griechenland, Mazedonien, Serbien, Kroatien, Slowenien, Österreich, Deutschland - Bereich Passau oder Traunstein (größtenteils über Straße, geringer Anteil mit Zug oder Flugzeug) sowie die Brennerroute über Mittelmeer, Italien, Österreich, Deutschland – Bereich Rosenheim (Straße und Schiene).

Die Aufgriffszahlen stiegen im Jahr 2015 dramatisch: Im Juli 2015 waren 27.292 Aufgriffe durch Bundes- und Landespolizei im Bereich der Polizeipräsidien Niederbayern, Oberbayern Süd und München zu verzeichnen, bis 13.08.2015 bereits 18.072 In der Zeit von Ende September bis Ende November 2015 fanden täglich in der Spitze *bis zu 10.000 Aufgriffe* (nach Einführung der Grenzkontrollen) statt. Die Schleuserfestnahmen stiegen ebenfalls an. Auf Initiative des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau

und Verkehr hat das Bundespolizeipräsidium Potsdam als zuständige Grenzbehörde zur Gewährleistung einer koordinierten Abwicklung des Zustroms von Migranten am 30.10.2015 bzw. 03.11.2015 mit den zuständigen österreichischen Behörden insgesamt fünf feste Grenzübergabepunkte festgelegt. In diesem Zusammenhang wurde dem Grunde nach zudem ein festes Übergabekontingent von 50 Migranten *pro Stunde* und Grenzübergabepunkt festgelegt (Gesamtübergabekontingent 6.000 Flüchtlinge pro Tag). Aufgrund des zuletzt sukzessiven Rückgangs des Aufkommens von Migranten beläuft sich die Anzahl der täglichen Aufgriffe zurzeit auf ca. 2.000 – 4.000 (Stand 31.12.2015).

**Zugang Bayern und Weiterleitung in andere Bundesländer**

Zeitraum	Zugang Bayern			Weiterleitung
	Aufgriffe Polizei	Regelzugang in AE	Gesamt (mögl. Dubletten)	Sondertransfers in andere Bundesländer*
<b>Gesamt September</b>	165.209	36.224	201.433	71.345
<b>Gesamt Oktober</b>	201.722	29.368	231.090	125.617
<b>Gesamt November</b>	175.169	26.607	201.776	133.798
<b>Gesamt Dezember</b>	102.963	21.792	124.755	67.580
<b><u>Gesamt</u></b>	<b><u>645.063</u></b>	<b><u>113.991</u></b>	<b><u>759.054</u></b>	<b><u>398.340</u></b>

\*\_Hinweis: Weiterer Ausgleich entsprechend dem Königsteiner Schlüssel erfolgt über EASY-Verfahren.

**b) Migration unbegleiteter ausländischer Minderjähriger**

Die Wahrnehmung der Bundeskompetenz für die Migration hat unmittelbare und gravierende Auswirkungen auf die Eigenstaatlichkeit der Länder. Es geht zuvörderst um die Pflicht der Länder zu

rechtmäßiger Unterbringung, aber bei Bleibeberechtigten auch um die Integration, vor allem im Hinblick auf schulische Bildung und Erziehung. Eine besondere Herausforderung für staatliche Stellen und freiwillige Helfer stellen unbegleitete Minderjährige da.

Die Zugangszahlen bei den unbegleiteten ausländischen Minderjährigen (uM) in Bayern steigen seit Jahren an (2011 ca. 390, 2012 ca. 550, 2013 ca. 575, 2014 3.415, 2015 voraussichtlich ca. 15.000). Ende November 2015 waren rd. 15.000 uM (einschließlich junger Volljähriger) im System der Jugendhilfe in Bayern untergebracht (im November 2014 waren dies noch rd. 5.600).

Seit dem 01.11.2015 werden bundesweit Fallzahlen erhoben. Aus den bisherigen Meldungen der Jugendämter ergibt sich folgende Datenlage: Zum 10.12.2015 wurden bundesweit 63.404 uM einschließlich junger Volljähriger (ehemaliger uM) versorgt, davon 15.658 allein in Bayern (rd. 25% Versorgungsquote, d.h. rd. 9,5 Prozentpunkte mehr als nach dem Königsteiner Schlüssel erforderlich). Die Daten werden derzeit von den Ländern auf Plausibilität geprüft, um eine verbindliche valide Datengrundlage auch als Basis für den finanziellen Belastungsausgleich unter den Ländern zu schaffen. Ein Teil der weit überproportionalen Belastung Bayerns bei der Versorgung von uM konnte bereits abgebaut werden.

Die Hauptlast der Bewältigung der Zugangszahlen von uM konzentriert sich auf wenige an den Hauptzugangsrouten liegende Kommunen. Zur Sicherstellung des Wohls der uM und zur Entlastung der Hauptaufgriffsorte erfolgt seit dem Ministerratsbeschluss vom 09.09.2014 in Bayern deshalb eine landesinterne Verteilung. Durch die immensen Zugangszahlen sind allerdings auch bayern-

weit die Kapazitäten zur Aufnahme und Versorgung von uM nahezu vollständig ausgeschöpft. Erst wenn Bayern künftig nur noch uM entsprechend dem Königsteiner Schlüssel aufnehmen und versorgen muss, werden alle mit der Versorgung von uM befassten Systeme (Gesundheitsbereich, Schule etc.) nachhaltig entlastet.

Anders als im Erwachsenenbereich gab es bislang für eine bundesweite Verteilung von uM keine gesetzlichen Regelungen. Mit Inkrafttreten der neuen Gesetzeslage zum 01.11.2015 ist eine solche nunmehr im Sozialgesetzbuch Achtes Buch (SGB VIII) verankert. Durch eine bundesweite Verteilung soll vor allem auch eine kindeswohlgerichte Versorgung und Betreuung der uM sichergestellt werden. Grundlage für die Pflicht eines Landes zur Aufnahme eines uM ist eine Aufnahmequote, die sich nach dem Königsteiner Schlüssel richtet (§ 42c Abs. 1 Satz 2 SGB VIII). Für die Erstversorgung ist auch künftig das Jugendamt zuständig, in dessen Bezirk der uM aufgegriffen wird, allerdings wird eine bundes- und landesweite Verteilung bereits unmittelbar nach Ankunft der uM nunmehr konkret gesetzlich geregelt. Die Forderung Bayerns, dass die Bestellung eines Vormunds aus Gründen der Verfahrensvereinfachung erst nach der Verteilung des uM erfolgt, wurde hierbei berücksichtigt. Für die Umsetzung der Verteilung haben die Länder Landesstellen eingerichtet sowie das Verteilungsverfahren konkretisiert (insb. durch Festlegung eines landesinternen Verteilschlüssels).

Eine bundesweite Verteilung von uM, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes von Jugendämtern versorgt werden, findet nicht statt. Ein Ausgleich des bisherigen überproportionalen Bestands an uM in Bayern erfolgt dadurch, dass Bayern einerseits bis zum Aus-

gleich des „Überbestands“ grundsätzlich nicht verpflichtet ist, neu einreisende uM aufzunehmen (max. 18 Monate) sowie durch einen einmaligen finanziellen Belastungsausgleich unter den Ländern für die bereits bestehende überproportional hohe Zahl an uM.

Neu eingereiste uM sollen ab Inkrafttreten der neuen Rechtslage möglichst alle bundesweit verteilt werden. Das Gesetz sieht allerdings eine Übergangsregelung bis zum 01.01.2016 für die Aufnahmespflicht der Länder vor. Innerhalb dieser Übergangsfrist darf jedes Land seine Aufnahmequote (basierend auf aktuellem Bestand einschließlich Neuzugängen) reduzieren (um zwei Drittel im November und um ein Drittel im Dezember 2015). Von dieser Möglichkeit haben die Länder Rheinland-Pfalz, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt und Thüringen Gebrauch gemacht.

Bayern trifft auf konstruktive Kooperation insbesondere mit Baden-Württemberg und Sachsen. Diese Nachbarländer haben bereits nach Bayern eingereiste uM aufgenommen und auf eine Reduzierung der Aufnahmequote verzichtet. Mit ihnen und Thüringen, das auch bereits uM aus Bayern aufgenommen hat, haben das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Soziales und die zuständige Landesstelle bereits das konkrete Verfahren zur Verteilung abgestimmt. Zur Sicherstellung eines geordneten Verfahrens finden zudem laufend Abstimmungsgespräche mit Bund und Ländern statt.

### **c) Nicht registrierte Einreisen und Kontrollverluste beim Aufenthalt**

Die Aufnahmezahl und auch die Fälle *nicht registrierter* Einreisen in das Bundesgebiet sind seit Mitte des Jahres 2015 dramatisch gestiegen. Bis Ende November sind an der bayerischen Grenze täg-



lich durchschnittlich 6.000 Flüchtlinge und Asylsuchende angekommen. Eine Trendumkehr ist noch nicht absehbar; Rückgänge wegen des Winterwetters, Verhaltensänderungen der Türkei und die Errichtung von Grenzbefestigungen auf dem Transitweg nach Mitteleuropa werden jedenfalls vorübergehend im Winter erwartet. Angesichts der großen Zahl von Einreisewilligen und Asylbewerbern ist die Infrastruktur für eine geordnete Aufnahme, Registrierung, Versorgung und Statusfeststellung außerordentlich angespannt - trotz eines massiven und in dieser Form neuartigen zivilgesellschaftlichen Einsatzes, der zur Staatsentlastung beiträgt, aber verwaltungsrechtlich geordnete Verfahren nicht ersetzen kann. Die Verwaltungen der Länder und Gemeinden haben ihre personellen und sachlichen Mittel bis zur Grenze des dienstrechtlich überhaupt Erlaubten angespannt, werden dabei auch vom Bund durch Koordinierung und Bereitstellung von Bundesimmobilien oder punktuellen Finanzaufwendungen unterstützt, ohne dass dies etwas daran zu ändern vermag, dass die Vollzugsverantwortung und die Hauptlasten der Krisenbewältigung bei den Ländern und ihren Gemeinden liegt.

Besorgniserregend ist auch die hohe Zahl von Einreisenden, die sich im Bundesgebiet oder über offene europäische Grenzen hinweg außerhalb von regulärer Unterbringung frei bewegen. Auch von den registrierten Einreisen und Asylbewerbern entzog sich zeitweise ein hoher Anteil von in der Spitze geschätzt von bis zu 30 bis 40 % der ordnungsgemäßen Unterbringung in dafür bereitgestellten Aufnahmeeinrichtungen.

Auch eine ausreichende Registrierung der Flüchtlinge durch die Bundespolizei findet in Bayern nicht statt. In der Regel werden die

Flüchtlinge an den fünf mit Österreich abgestimmten Grenzübergangsstellen von der Bundespolizei kontingentiert von den österreichischen Behörden übernommen. Im Rahmen des sog. Clearingverfahrens der Bundespolizei wird u. a. eine Sichtkontrolle im Hinblick auf 1. unbegleitete Minderjährige, 2. Personen, die einem bestimmten Fahndungsraster entsprechen bzw. junge Männer zwischen 18 und 45 Jahren und 3. übrige Migranten durchgeführt. In der Regel wird bei der Fallgruppe 2. eine Recherche in einer Fingerabdruckdatenbank des Bundeskriminalamts (AFIS) durchgeführt. Eine Speicherung findet allerdings nicht statt. Diese Personen werden bei entsprechenden Erkenntnissen oder Verdachtsmomenten in Deggendorf oder Rosenheim erkennungsdienstlich behandelt (§ 81b StPO).

Insofern wird derzeit nur ein kleiner Teil der Flüchtlinge von der Bundespolizei erkennungsdienstlich behandelt. Die Kapazität zur erkennungsdienstlichen Behandlung in Deggendorf und Rosenheim liegt insgesamt bei höchstens 600 Personen pro Tag und entspricht damit nur einem Bruchteil der täglich ankommenden Flüchtlinge.

Nach der o. g. polizeilichen Einreisekontrolle wird ein Teil der Migranten (welche nicht nach Deggendorf oder Rosenheim kommen) entweder direkt mit Zügen oder Bussen über den sogenannten „Deutschlandausgleich“ in andere Länder bzw. im Rahmen des „Bayernausgleichs“ in bayerische Erstaufnahmeeinrichtungen verteilt. Ein anderer Teil der Migranten wird in die beiden vom Bund eingerichteten Warteräume Erding oder Feldkirchen weitergeleitet und dort registriert. Gleichwohl stellen die zuständigen Behörden immer wieder fest, dass sich Flüchtlinge aus den Warteräumen oh-

ne vorherige Registrierung eigenmächtig entfernen. Bayerischen Behörden wurde in Einzelfällen von einem Schwund von bis zu 73 % aus den Warteräumen berichtet.

Am 13. September 2015 wurden für einen temporären Zeitraum Grenzkontrollen wieder eingeführt, wobei die eigentliche Durchführung der Grenzkontrollen der Bundespolizei obliegt. Diese Grenzkontrollen durch den Bund haben bislang zu keiner relevanten Begrenzung des Flüchtlingsstroms geführt. Zurückweisungen in die Nachbarstaaten finden nur in kleinerem Ausmaß statt. Trotz des Einsatzes von ca. 1.500 Beamten kann die Bundespolizei ihren grenzpolizeilichen Auftrag bislang nicht hinreichend erfüllen. Das zeigt sich insbesondere daran, dass im Inland von der Bayerischen Polizei nach wie vor eine große Zahl nicht registrierter Migranten aufgegriffen wird. Allein im Zeitraum vom 14. September 2015 bis 17. November 2015 hat die Bayerische Polizei insgesamt 30.128 unerlaubt eingereiste Migranten und 63 Schleuser aufgegriffen. Das zeigt, dass die Grenzkontrollen ihre Wirksamkeit bislang deutlich verfehlen. Nach Erkenntnissen der Bayerischen Sicherheitsbehörden liegt dies vor allem daran, dass die Bundespolizei keine lückenlosen Kontrollen an allen Grenzübergängen vornimmt, sondern sich häufig auf die fünf für die Flüchtlingsübernahme aus Österreich bedeutenden Grenzübergänge beschränkt, während an den übrigen 70 Grenzübergängen zwischen Bayern und Österreich nur sporadisch oder anlassbezogen kontrolliert wird.

Die Zahlen insgesamt belegen, dass die gesetzlich vorausgesetzte wirksame Grenzkontrolle im europäischen Mehrebenensystem und für Deutschland zeitweise 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.

#### **d) Belastung der Bayerischen Polizei**

Der Flüchtlingszustrom führt zu einer deutlich erhöhten Einsatzbelastung für die Bayerische Polizei. Zur Bewältigung dieser Situation wurden in verschiedenen Polizeipräsidiien Besondere Aufbauorganisationen (BAO) eingerichtet. In den von der Situation besonders betroffenen Polizeipräsidiien München, Oberbayern Süd, Niederbayern und dem Präsidium der Bayerischen Bereitschaftspolizei sind vom 13. September 2015 bis 21. Dezember 2015 in BAO-Einsätzen im Zusammenhang mit der Bewältigung des Flüchtlingszustroms rund 280.000 Einsatzstunden geleistet worden.

Hinzu kommt, dass Einheiten der Bayerischen Bereitschaftspolizei auch gezielt zur Intensivierung der Schleierfahndung eingesetzt werden. Die Schleierfahndung ist aus Sicht der Bayerischen Staatsregierung notwendig, um die von der Bundespolizei nur lückenhaft und unvollständig durchgeführten Grenzkontrollen zumindest teilweise zu kompensieren. Sie ist ein unverzichtbares Mittel der Sicherung des grenznahen Raums in Bayern.

## **2. Politisches Verhalten der Bundesregierung**

Nach Ansicht mancher Beobachter<sup>4</sup> hat die Bundesregierung das Einreisegeschehen möglicherweise unwillentlich, aber jedenfalls

---

<sup>4</sup> So z.B. Stefan Aust, Merkel ist auf der Flucht vor der Verantwortung, in: Die Welt 11.10.2015.

zurechenbar verstärkt. Der Vorwurf richtet sich darauf, die Bundesregierung habe Anfang September 2015 das Signal ausgesendet, dass Deutschland auch außerhalb seiner Rechtspflichten und ohne Rücksicht auf Kapazitätsgrenzen humanitären Schutz gewähre. Gleichzeitig – so der Vorhalt – habe der Bund seine Verantwortung für die kontrollierte Einreise nicht hinreichend wahrgenommen und dadurch insgesamt, in einer ohnehin bestehenden Krise, als Attraktor, als ein Magnet für Wanderungsbewegungen und begünstigend für organisierte Schleuserkriminalität gewirkt.

In ihrer Sommerpressekonferenz am 31. August 2015 prägte Bundeskanzlerin Merkel den Leitsatz „Wir schaffen das“<sup>5</sup>, der ohne Relativierung, etwa im Blick auf die bereits Angekommenen, eine Grenzenlosigkeit der Möglichkeiten signalisiert. Die Kanzlerin beruft sich für den Umgang mit den Menschen, die jetzt zu uns kommen, auf die Grundsätze der Verfassung und nennt zum einen das Grundrecht politisch Verfolgter auf Asyl, das „all denen, die aus Kriegen zu uns fliehen“ Schutz gewähre, das als subjektives Recht keine Grenze kenne. Zum anderen gelte der Grundsatz der Menschenwürde für jedermann, „gleichgültig, ob er Staatsbürger ist oder nicht, gleichgültig, woher und warum er zu uns kommt und mit welcher Aussicht darauf, am Ende eines Verfahrens als Asylbewerber anerkannt zu sein.“<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> „Wir haben so vieles geschafft – wir schaffen das!“

<sup>6</sup> Bundesregierung, Sommerpressekonferenz von Bundeskanzlerin Merkel, zugänglich unter <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2015/08/2015-08-31-pk-merkel.html>.

Zu der in der Presse teilweise als historisch bezeichneten Grenzöffnung in Deutschland und Österreich gibt es verschiedene Wiedergaben, indes keine einschlägigen offiziellen Dokumente. Nach einem Bericht der Tageszeitung „Die Welt“ war die Grenzöffnung eine Reaktion auf eine geplante private Aktion österreichischer Aktivisten, die mit Privatautos Flüchtlinge aus Ungarn nach Österreich bringen wollten. Die ungarische Regierung hatte daraufhin offenbar mit Österreich Kontakt aufgenommen, wie dieser Verstoß gegen die Schengen-Regeln verhindert werden könnte. Daraufhin sei im Benehmen mit der deutschen Bundeskanzlerin die Grenzöffnung beschlossen worden, um eine massenhafte Verhaftung privater Helfer zu vermeiden.<sup>7</sup>

Diese Deutung wird zumindest teilweise bestätigt in einem Interview mit der Tageszeitung „Österreich“ des österreichischen Bundeskanzlers *Werner Faymann*:<sup>8</sup>

*Österreich*: Wie kam es zu diesem Flüchtlings-Ansturm aus Ungarn – und warum hat Österreich die Flüchtlinge jetzt aufgenommen?

*Faymann*: Ungarn hat bei uns angefragt, was sie mit den Tausenden Flüchtlingen machen sollen, die nach Deutschland und Österreich wollen. Mir war von Beginn an klar, dass die Antwort nur eine gemeinsame Lösung mit Deutschland sein kann, weil diese Flüchtlinge ja weiter nach Deutschland wollen. Und mir war klar, dass wir ein Zeichen der Menschlichkeit setzen müs-

---

<sup>7</sup> Boris Kálnoky, Wer die historische Grenzöffnung wirklich auslöste, in: Die Welt vom 17.09.2015, online verfügbar.

<sup>8</sup> [http://www.austria.gv.at/site/cob\\_\\_60394/currentpage\\_\\_4/8169/default.aspx](http://www.austria.gv.at/site/cob__60394/currentpage__4/8169/default.aspx).

sen, weil man die Vertriebenen ja nicht vor heruntergelassenen Grenzbalken im strömenden Regen stehen lassen kann. Die Antwort war klar: Wir öffnen die Grenze im Zeichen der Menschlichkeit.

*Österreich:* Hatten Sie nicht Angst, dass zu viele kommen?

*Faymann:* Die entscheidende Frage war: Macht Österreich die Grenzbalken für diese Menschen auf – oder lassen wir sie geschlossen? Und da gilt: Österreich lässt verfolgte Menschen nicht im Stich.

*Österreich:* Wie viele Flüchtlinge sind es wirklich?

*Faymann:* Orbán hat mir und Merkel gesagt, er garantiert, dass es nicht mehr als 4.000 sind. Ich hab das von Beginn an nicht geglaubt.

*Österreich:* Was passiert, wenn die alle bei uns bleiben wollen?

*Faymann:* Das wird nicht der Fall sein. Die große Mehrheit will weiter nach Deutschland. Deshalb war die gemeinsame Lösung, dass alle, die wollen, weiterreisen dürfen, so wichtig. Ich habe das die ganze Nacht mit Angela Merkel verhandelt und bin ihr für dieses Zeichen der Menschlichkeit sehr dankbar. In Wahrheit haben Deutschland und Österreich erstmals gezeigt, dass man das Flüchtlingsproblem gemeinsam angehen kann.

*Österreich:* Aber wir und Deutschland alleine werden es nicht lösen können.

*Faymann*: Richtig! Dieses Problem können nicht zwei Länder lösen, da müssen alle mitwirken. Ganz ehrlich: Europa steht vor der größten Krise und damit der größten Herausforderung seiner Geschichte: Ist Europa weiter ein Friedensprojekt? Oder gibt die EU die Hoffnung auf Frieden auf? Dann sollte die EU den Friedens-Nobelpreis zurückgeben!

Die Bundeskanzlerin bestätigte dies auf einer gemeinsamen Pressekonferenz mit dem österreichischen Bundeskanzler in Berlin am 15. September 2015:

„Wir haben in den letzten Tagen, am vorvergangenen Freitag, in einer akuten Notsituation eine Entscheidung getroffen, die ja auch als eine humanitäre Ausnahme bezeichnet wurde, um Menschen zu helfen. Es war für uns als gute Nachbarn selbstverständlich, dass wir diese Lösung so getroffen haben. Ich halte sie auch für richtig, und sie hat vielen Menschen geholfen.“<sup>9</sup>

Es ist umstritten, ob die nach einer Kontaktaufnahme mit dem österreichischen Regierungschef *Faymann* von der deutschen Bundeskanzlerin am 4. September 2015 konzedierte Übernahme von Ungarn über Österreich nach Deutschland kommender Einreisewilliger eine humanitär notwendige Maßnahme oder eine grobe, bis heute andauernde Missachtung gesetzlicher Vorschriften durch ein an Recht und Gesetz gebundenes Verfassungsorgan war. Für anerkannte Staatsrechtslehrer wie *Wolfgang Durner* oder *Martin Nettesheim* ist die Ankündigung der Bundeskanzlerin, Flüchtlinge

---

<sup>9</sup><http://www.bundestkanzlerin.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2015/09/2015-09-15-merkel-faymann.html>.



könnten künftig direkt in Deutschland Asyl beantragen, unvereinbar mit § 18 Asylgesetz (AsylG), der die Einreise von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten weiterhin für unzulässig erklärt. *Nettesheim* vertritt die Ansicht, die „Entscheidung über Staatsgrenzen“ sei von so grundsätzlicher und wesentlicher Natur, dass sie vom Gesetzgeber getroffen werden müsse. Wenn das System einer Verlagerung von Grenzfunktionen auf die Außengrenzen von EU-Partnerstaaten zusammenbricht, bedürfe es jedenfalls einer gesetzgeberischen Entscheidung darüber, ob diese Funktionen wieder an der deutschen Grenze wahrgenommen werden.<sup>10</sup> *Durner* fragt pointiert, ob Bundesrecht neuerdings durch Kanzlerwort geändert werden könne.<sup>11</sup> Andere sprechen von einer „bedingungslosen Grenzöffnung“, „groben Fehlern der Führungsebene“, von „Steuerungs- und Kontrollverlusten“ und „situativen Aufgabe rechtsstaatlicher Sicherungen“.<sup>12</sup>

Mit dem sogenannten Asylpaket I versuchen Gesetzgeber und Bundesregierung einen Teil der Probleme zu bewältigen.<sup>13</sup> Danach sollen etwa Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten in besonderen Aufnahmeeinrichtungen untergebracht werden, wo ihre Asylanträge im beschleunigten Verfahren bearbeitet werden können (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 a AsylG). Während ihres Aufenthalts dort soll für

---

<sup>10</sup> Martin Nettesheim, Ein Vakuum darf nicht hingenommen werden, FAZ vom 29.10.2015, S. 8.

<sup>11</sup> Wolfgang Durner, Der Rechtsstaat in der Flüchtlingskrise, NVwZ-Editorial, Heft 21/2015.

<sup>12</sup> Joachim Jens Hesse, Staatsversagen? Bankrotterklärung Europas? Anmerkungen zur Flüchtlingskrise, ZSE 3/2015, 336 (341).

<sup>13</sup> Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015 (BGBl. 2015, I 1722), in Kraft getreten am 24.10.2015.

die Flüchtlinge eine im Fall der Nichtbefolgung durch Leistungskürzungen sanktionierte Residenzpflicht gelten.

### **3. Belastung des europäischen Verbundgefüges**

Die Entscheidung der Bundesregierung zur Grenzöffnung aus humanitären Gründen ist nicht nur innerhalb Deutschlands umstritten, sondern wurde als ein mit wichtigen Partnern und der Europäischen Kommission nicht abgesprochener Alleingang Deutschlands kritisiert, offen und auf diplomatischem Wege. Die Bundesregierung hat auch (soweit bekannt) keine Anstrengungen unternommen, einen Beschluss des Rates nach der geltenden Massenzustrom-Richtlinie 2001/55/EG hinsichtlich der aus Syrien oder dem Irak flüchtenden Menschen herbeizuführen, die vorübergehenden Schutz und eine europäische Verteilung nach gemeldeten Kapazitäten vorsieht.<sup>14</sup>

Nach den verheerenden Anschlägen vom 13. November 2015 hat die französische Regierung die bislang noch diplomatisch formulierte Kritik offenbar gemacht. So ist dort im politischen Raum sogar die Rede von einer „historischen Fehlentscheidung der Bundesregierung“. Der Premierminister Frankreichs *Valls* verlangte am 25. November 2015 eine Begrenzung des Einreisestroms und er warnt vor dramatischen Folgen:

„Wenn wir das nicht tun, dann werden die Völker sagen: Schluss mit Europa!“<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Siehe näher Adela Schmidt, Die vergessene Richtlinie 2001/55/EG für den Fall eines Massenzustroms von Vertriebenen als Lösung der aktuellen Flüchtlingskrise, ZAR 2015,205 ff.

<sup>15</sup> FAZ vom 25. November 2015.

Damit wird offenbar, dass im europäischen Gefüge eine besorgniserregende Spannungslage eingetreten ist. Der gemeinsame Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist akut gefährdet und eine rechtmäßige Behandlung Einreisewilliger ist ebenso wenig gewährleistet wie die vorgeschriebene Unterbringung und Verteilung von Menschen, denen aus humanitären Gründen ein Bleiberecht zusteht. Die im europäischen System vorgesehene und faire Verteilung der Lasten stößt sich hart im Raume mit den politischen Bedingungen mitgliedstaatlicher Demokratien. Insofern bedeutet die Migrationskrise – einschließlich der durch das Verhalten der Bundesregierung möglicherweise (mit)verursachten Entwicklung – eine exzeptionelle Erschütterung des europäischen Verbundgefüges.

#### **4. Belastung des Bundesgefüges durch die Bundespolitik**

Die von der Migrationskrise ausgehende Erschütterung bleibt im europäischen Mehrebenensystem nicht auf die Europäische Union und die Beziehungen der Mitgliedstaaten untereinander beschränkt, sondern sie wirkt nach innen mindestens eben so stark auf das vom Grundgesetz vorgegebene *föderale Gefüge* ein. Bei kaum einer Aufgabe in geteilter Zuständigkeit sind Bund und Länder derart verflochten wie dies in der Migrationskrise der Fall ist. Dem Bund obliegt unter ausschließlicher Gesetzgebungskompetenz der Grenzschutz (Art. 73 Abs. 1 Nummer 5 GG) sowie die Einwanderung. Den Ländern stehen auch keine Verhandlungsoptionen auf europäischer Ebene offen, weder bilateral, noch bei Veränderungen des Sekundärrechts die Einreisekontrollen sowie das Asyl- und Flüchtlingsrecht betreffend. Die Länder sind hier in ganz

---

ungewöhnlichem Umfang davon abhängig, wie der Bund seine Kompetenzen ausübt und müssen dann im Rahmen der Gesetze (überwiegend Bundesgesetze) für Unterbringung, humane Behandlung, soziale Integration, aber auch die Durchführung des Aufenthaltsgesetzes und des Asylgesetzes geradestehen. Dies führt nicht nur zu einer erheblichen Anspannung der Kräfte von Ländern und Gemeinden, sondern nach Einschätzung des Freistaates Bayern inzwischen regional spürbar zu deutlichen Überforderungen. Bei einem unveränderten Fortgang der sich bisher abzeichnenden Entwicklung werden die Fähigkeiten von Ländern und Kommunen in ihrer vom Grundgesetz verfassten Funktion aus Art. 30 GG massiv beeinträchtigt, diese oder andere gesetzlich auferlegte Aufgaben zu erfüllen. Dabei hat gerade auch Bayern bislang mit gut geführter Verwaltung gezeigt, was in einer Krisenlage möglich ist; aber zu einer verantwortlichen Pflichterfüllung gehört (wie im öffentlichen Dienstrecht) auch immer die deutliche Anzeige der Überforderung und die Warnung vor drohenden Funktionsstörungen. Mit der Beurteilung einer bevorstehenden gravierenden Funktionsbeeinträchtigung der Länder und Kommunen steht der Freistaat keineswegs allein. Der niedersächsische Ministerpräsident *Stephan Weil* formuliert am 10. Dezember 2015 seine diesbezügliche Einschätzung wie folgt:

„Um das zu verhindern, müssen wir den Zustrom regeln und auch drosseln. Wir haben im letzten Vierteljahr einen Druck erlebt, wie wir uns ihn vorher nicht hätten vorstellen können. Und wir haben erlebt, was für ein Kraftakt von Kommunen und freiwilligen Helfern nötig ist, um das auch nur wenige Wochen lang halbwegs in den Griff zu bekommen. Ich kann mir nicht vorstel-

len, dass wir in der Lage sind, über zwölf Monate hinweg einen solchen Druck standzuhalten.“<sup>16</sup>

Es geht nicht darum, welche Lasten die Republik für wenige Tagen oder Wochen leisten kann. Es gehört zu eine der großen positiven Überraschungen in der Geschichte der Bundesrepublik, wie bereitwillig und zivilgesellschaftlich vorbildlich Bürgerinnen und Bürger des Landes sich engagieren, um zu helfen und Notfallversorgung sicherzustellen. Doch kann sich die Verwaltung von Ländern und Kommunen auf diese freiwillige Hilfe nicht dauerhaft und sogar in zunehmenden Maße stützen, schon weil die Verantwortung für die Einhaltung des Rechts der öffentlichen Verwaltung in spezifischer Weise auferlegt ist und vor allem für Fachleute sichtbar ist, wo Kapazitäten und Möglichkeiten erschöpft sein werden, wenn der Zustrom anhält oder nach einem vorübergehenden Rückgang wieder an Stärke gewinnt. Die Ressourcen der Verwaltung sind auf das Äußerste angespannt. Bleibt es bei der gemessen an verfassungsrechtlichen, unionsrechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben letztlich ungesteuerten Zahl an Grenzübertritten, so wird die Eigenstaatlichkeit der Länder bedroht bis hinein in Kernaufgaben wie die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit. Entsprechende Befürchtungen finden durch bestürzende Ereignisse wie der Kölner Silvesternacht 2015 Nahrung. Hält die unregelmäßige Einreise weiter an, könnten im Ergebnis sogar die Staatstrukturen, die vom Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG gefordert sind, vor allem im Hinblick auf das Rechtsstaatprinzip bedroht sein, entsprechendes gilt hinsichtlich die demokratischen Landesgewalt, die eine gesetzmäßige und praktisch beherrschbaren Bevölkerungszusammensetzung im Sinne der Drei-Elemente-Lehre voraussetzt. In letz-

---

<sup>16</sup> So am 10. Dezember 2015 in einem Interview mit der Frankfurter Rundschau.

ter Konsequenz stehen bei einem dauerhaften Versagen des Bundes die wirksame Einreisekontrolle betreffend die Eigenstaatlichkeit der Länder und die Erfüllung des ihnen von der Verfassung auferlegten Homogenitätsgebotes auf dem Spiel, also die Pflicht, als soziale und rechtsstaatliche Demokratien im Bundesgefüge zu wirken.

## **II. 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 Gesundheitsversorgung, 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.

## **B. Verfassungsrechtliche Pflichten des Bundes gegenüber den Ländern auf wirksame Einreisekontrolle**

### **I. 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 ver-



fassungswidrig 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.

## **II. Pflichtenelemente des Grundsatzes der Bundestreue und Staatlichkeit als Verfassungsvoraussetzung**

Fraglich ist, ob aus dem Grundsatz der Bundestreue eine Pflicht des Bundes folgt, seine Kompetenzen in einer die Interessen und Rechte der Länder schonenden Weise auszuüben. Mit dieser allgemein formulierten Grundsatzfrage kann bereits eine grundlegende Vorklärung der spezielleren Fragen erreicht werden, die dahin gehen, ob die Länder gegen den Bund einen Gesetzesvollziehungsanspruch geltend machen können oder ob jedenfalls die

Staatlichkeit von Bund und Ländern selbst eine Kompetenzausübungsschranke auch im Sinne einer Handlungs- und Gewährleistungspflicht des Bundes darstellen.

## 1. Herleitung aus dem Bundestaatsprinzip

Die Bundestreue stellt einen beherrschenden<sup>17</sup> Grundsatz in der bundesstaatlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland dar. Es ist dem System des Föderalismus immanent, dass Bund und Länder eigene Interessen verfolgen und es hierbei zwischen den Partnern zu Unstimmigkeiten kommen kann. Dieses Spannungsfeld versucht die Bundestreue zu deeskalieren.<sup>18</sup> Die verfassungsrechtliche Herleitung des ungeschriebenen Grundsatzes der Bundestreue folgt heute aus dem im Grundgesetz explizit gemachten Staatsstrukturprinzip der Bundesstaatlichkeit. Neben dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sowie der sozialen Staatszielbestimmung<sup>19</sup> stellt die Bundesstaatlichkeit eine verfassungsrechtlich vorgeschriebene Staatsstruktur dar (Art. 20 Abs. 1 GG), die in ihren Grundsätzen von der Ewigkeitsklausel in Art. 79 Abs. 3 GG erfasst wird. Damit ist nicht nur die grundsätzliche Gliederung des Bundes in Länder mit jeweils eigenen Kompetenzräumen gemeint<sup>20</sup>, sondern auch das „allgemeine bündische Prinzip“ des verbandsmäßi-

---

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205, 254; 61, 149, 205; 81, 310, 337; Hartmut Bauer, Die Bundestreue, § 1 V (S. 11); Hartmut Bauer, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn 38; Ralph Alexander Lorz, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, 1. Teil, 2. Kapitel, I. 3. b) (S. 29).

<sup>18</sup> Jan Ulrich Schröder, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, G I 2. (S. 368).

<sup>19</sup> Zur besonderen Stellung des sog. Sozialstaatsprinzips als Staatsziel, vgl. nur Hans Friedrich Zacher, Das soziale Staatsziel, in: HStR II, § 28 Rdnr. 1.

<sup>20</sup> Siehe dazu Markus Heintzen, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht. Zugleich zum Standort des föderalen Kompetenzrechts im Verfassungsgefüge, Bonn Habilitationsschrift 1993, Typoskript, S. 382 ff.

gen und praktischen Zusammenhalts und Zusammenwirkens umfasst.<sup>21</sup>

Die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten ist ihrem Wesen nach akzessorisch,<sup>22</sup> und setzt damit ihrerseits bereits ein bestehendes Rechtsverhältnis voraus. Das Bundesverfassungsgericht drückt dies wie folgt aus:

„(D)ie Verletzung des Grundsatzes der Bundestreue (setzt) voraus, daß die beanstandete Maßnahme des Landes ‚an sich‘ eine hinreichende Stütze in einer Kompetenzvorschrift des Grundgesetzes findet und materiell mit Bundesrecht vereinbar ist. Scheitert eine Maßnahme des Landes schon am Mangel seiner Zuständigkeit für die Maßnahme oder am Widerspruch zu materiellem Recht, so ist für eine Prüfung am Grundsatz der Bundestreue kein Raum mehr. Gegen den Grundsatz der Bundestreue kann ein Land nur verstoßen durch die Art und Weise, wie es von einer ihm eingeräumten Kompetenz und innerhalb des Raumes, den ihm das geltende Bundesrecht belässt, Gebrauch macht. Es darf nach diesem Grundsatz davon nur so Gebrauch machen, dass es die Belange des Gesamtstaates und die Belange der anderen Länder nicht in unvertretbarer Weise schädigt oder beeinträchtigt.“<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Zur entsprechenden dogmatischen Diskussion und Argumentationsentwicklung: Hartmut Bauer, Die Bundestreue, S. 6 ff.

<sup>22</sup> BVerfGE 13, 54, 75; 21, 312, 326; 42, 103, 117; 95, 250, 266, 103, 81, 88; 104, 238, 247; Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 20 Rn. 69; Hartmut Bauer, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn 41; kritisch hierzu: Fritz Ossenbühl, NVwZ 2003, 53.

<sup>23</sup> BVerfGE 34, 9, 44.

Da das Prinzip der Bundestreue in beide Verlaufsrichtungen der beiden bundesstaatlichen Ebenen gilt, ist somit auch möglich, dass der Bund spezifische Pflichten gegenüber den Ländern verletzt, wenn er von einer eingeräumten Kompetenz Gebrauch (oder Fehlgebrauch) macht, wenn er dadurch Belange des Gesamtstaates und die Belange von Ländern in unvertretbarer Weise schädigt oder beeinträchtigt.

## **2. Art. 30 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG**

Der akzessorische Anknüpfungspunkt für die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten bei der Ausübung von Bundeskompetenzen liegt in Art. 30 GG. Die vom Grundgesetz verfasste bundesstaatliche Ordnung beruht auf dem Grundsatz, dass die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder ist (Art. 30 GG). Diese Vorschrift gewährleistet den Ländern einen Schutz für die Ausübung ihrer staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgabe, die ihnen obliegen. Der Bund benötigt für die Inanspruchnahme eigener Kompetenzen jeweils eine verfassungsrechtliche Ermächtigung. Aus Art. 30 GG folgt aber nicht nur eine innerstaatliche Entsprechung des unionsrechtlichen Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung für die höhere Ebenen,<sup>24</sup> sondern es folgt auch aus dieser Vorschrift unmittelbar ein Anspruch der Länder gegen den Bund auf Unterlassung aller Maßnahmen, die die Funktionen der Länder in nicht nur unerheblichen Umfang beeinträchtigen. Dies kann geschehen durch ein kompetenzwidriges *Handeln* des Bundes, also immer dann, wenn der Bund ohne verfassungsrechtliche Ermächti-

---

<sup>24</sup> „Der übergeordneten Ebene soll nur zustehen, was ihr ausdrücklich zugebilligt wurde.“ Stefan Koriath, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Artikel 30 Rn. 1.

gung Kompetenzen in Anspruch nimmt, die nach der Grundregel des Art. 30 GG den Ländern zustehen. In einem solchen Fall würden die Länder sich nicht auf den unzweifelhaft gegebenen Verstoß gegen die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten des Bundes stützen können, sondern unmittelbar eine prinzipal auf Art. 30 GG gestützte Rüge im Rahmen einer Normenkontrolle oder im Bund-Länder-Streitverfahren erheben können.<sup>25</sup>

Doch auch dann, wenn der Bund eine übertragene Kompetenz zum Schaden der Länder *nicht* wahrnimmt, also ein kompetentieller Nichtgebrauch vorliegt, ist eine Verletzung von Art. 30 GG durch Unterlassen oder Kompetenzfehlgebrauch möglich. Dies gilt zumindest dann, wenn es sich um einen qualifizierten Verstoß handelt, der geeignet ist elementare Funktionsstörungen auf der Ebene der Länder bei der Ausübung staatlicher Befugnisse und der Erfüllung der staatlichen Aufgaben auszulösen. Vom Funktionsschutz des Art. 30 GG erfasst sind zugleich die eigenstaatlichen Elemente der Länder und die Ihnen vom Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG vorgeschriebenen Staatsstrukturen, weil sie im systematischen Zusammenhang eines jeden Kompetenzschutzes sehen.

### **3. Die Bundestreue als Kompetenzausübungsschranke**

Nur auf den ersten Blick scheint die Bundestreue ihrer Natur nach diffus, wenn man sie als „bundesstaatspezifische Ausbildung des Grundsatzes von Treu und Glauben“<sup>26</sup> versteht. Sie hat jedoch, in stetiger Bemühung durch Literatur und Rechtsprechung, im Laufe

---

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 21, 312 (328).

<sup>26</sup> Hartmut Bauer, Die Bundestreue, § 11 II 3. (S. 253); Hartmut Bauer, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn 39; ähnlich auch Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Auflage 2009, Art. 20 Rn. 68; Ralph Alexander Lorz, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, 1. Teil, 2. Kapitel, I. 2. b) aa (S. 24 f.).

der Zeit vergleichsweise feste Kontur erhalten. Insbesondere kann die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten bei der Ausübung der durch das Grundgesetz zugewiesenen Gesetzgebungskompetenz eine ausgleichende Wirkung entfalten. Dies hat das Bundesverfassungsgericht erstmals in der Entscheidung BVerfGE 4, 115 ff. wie folgt betont:

„Eine Rechtsschranke für die Ausübung von Gesetzgebungsbeugnissen im Bundesstaat – für Bund und Länder – ergibt sich aus dem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Bundestreue. Bleiben die Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung nicht auf den Raum des Landes begrenzt, so muß der Landesgesetzgeber Rücksicht auf die Interessen des Bundes und der übrigen Ländern nehmen.“<sup>27</sup>

Über die Reichweite der „retardierenden Funktion“<sup>28</sup> der Bundestreue besteht weitgehend Einigkeit: Die Bundestreue soll nicht Korrektiv der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, sondern sogenannte „Kompetenzausübungsschranke“<sup>29</sup> im Sinne eines Rücksichtnahmegebots sein. Insoweit zeigt sich der Charakter der Bundestreue als ein akzessorisch zu Art. 30 GG wirkendes Gebot. Das Grundgesetz weist Bund und Ländern einen klaren Kompetenzkanon zu, der in seiner eigentlichen Reichweite nicht in

---

<sup>27</sup> BVerfGE 4, 115, 140.

<sup>28</sup> Jan Ulrich Schröder, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, G I 2. (S. 370).

<sup>29</sup> So oder ähnlich BVerfGE 8, 122, 138; 12, 205 254; 13, 54, 75; 14, 197, 215; 32, 199, 218; 81, 310, 337; 104, 249, 269 f.; Bernd Grzeszick in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 46. EL März 2006, Art. 20 Rn. 126; Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage, Art. 20 Rn. 70; Matthias Jestaedt in: Isensee/Kirchhof, (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage, § 23 Rn 75; Tobias Herbst, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, § 7, VI (S. 76); Jan Ulrich Schröder, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, G I 2. (S. 369).

Frage gestellt werden soll. Um aber das Gelingen des die einzelnen Akteure verbindenden Projekts „Bundesstaat“ nicht zu gefährden, soll dem einzelnen die Möglichkeit einer Verfechtung seiner Rechtsposition „um jeden Preis“ verwehrt bleiben. Die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten weist damit im Staatsorganisationsrecht Parallelen zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie zum Untermaßverbot im Hinblick auf grundrechtliche Schutzpflichten auf, wenn es um Konflikte in der Kompetenzverteilung und Kompetenzwahrnehmung im Sinne des Art. 30 GG geht.<sup>30</sup>

#### 4. Verpflichtung zu positivem Handeln

Die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten kann für den Verpflichteten nicht nur bedeuten, dass er von einem ihm zustehenden Recht nur schonend oder sogar gar nicht Gebrauch machen darf. Sie kann ihn auch dort, wo ihm ein Recht zu handeln zusteht, zum Tätigwerden verpflichten.<sup>31</sup> In prozessualer Hinsicht wird hierfür, mit Blick auf § 69 i.V.m. § 64 BVerfGG, ein *qualifiziertes, rechtserhebliches* Unterlassen verlangt.<sup>32</sup> Das Unterlassen muss also den Bundespartner in seiner *Rechtsstellung*<sup>33</sup> in ganz bestimmter Weise beeinträchtigen.<sup>34</sup> Damit ist zugleich gesagt, dass nicht jede Art von Unterlassen, aber auch nicht jede Art von Beeinträchtigungen genügt, um eine Verpflichtung zu positivem Handeln zu erzeugen.

---

<sup>30</sup> Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 20 Rn. 70, der darauf verweist, dass das BVerfG diesen Grundsatz als solchen jedoch in BVerfGE 81, 310, 338 für unanwendbar erklärt hat; weiterhin Hartmut Bauer, Die Bundestreue, § 11 I 3. (S. 240 f.) m. w. N.

<sup>31</sup> BVerfGE 21, 312 (326).

<sup>32</sup> Herbert Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgesetz, 37. EL Februar 2012, § 64 Rn 21.

<sup>33</sup> Kursivdruck durch Verfasser.

<sup>34</sup> Herbert Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgesetz, 37. EL Februar 2012, § 64 Rn 21.

Denn die Begriffe der Maßnahme und des Unterlassens in § 64 BVerfGG sind an sich farblos.<sup>35</sup> Das gilt für den Begriff des Unterlassens noch mehr, als für denjenigen der Maßnahme. Von einem Unterlassen im Sinne der Norm kann erst dann ausgegangen werden, wenn dieses durch den Antrag des Antragsstellers mit dem gerügten Verfassungsverstoß in Zusammenhang gebracht wird. Das Bundesverfassungsgericht hat dies wie folgt ausgedrückt:

„Das Unterlassen einer Maßnahme ist nur dann rechtserheblich, wenn eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Vornahme der Maßnahme nicht ausgeschlossen werden kann.“<sup>36</sup>

Hinter dieser prozessualen Erwägung steht die materielle Grundannahme, wann ein Unterlassen dem Handeln gleichgestellt werden muss. Die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten verlangt vom jeweils Verpflichteten nicht nur, dass er im Hinblick auf die andere Ebene schonend von seiner Kompetenz Gebrauch macht oder sogar von der Ausübung absieht, sondern auch, dass er seine Kompetenzen, deren wirksame Ausübung für die andere Ebene wesentlich sind, auch tatsächlich und effektiv ausübt. Im föderalen Sinne wesentlich ist eine Kompetenzausübung des Bundes jedenfalls dann, wenn davon die Funktionsfähigkeit der Länder im Sinne von Art. 30 GG grundlegend abhängt. Wenn genau darüber zwischen einem Land und dem Bund gestritten wird, handelt es sich um ein im prozessualen Sinne relevantes Verfassungsrechtsverhältnis. Zwischen den Beteiligten besteht eine „konkrete Meinungs-

---

<sup>35</sup> Vgl. Herbert Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 37. EL Februar 2012, § 64 Rn. 25.

<sup>36</sup> BVerfGE 103, 81, 86; BVerfGE 96, 264, 277.



verschiedenheit über grundgesetzliche Rechte und Pflichten“<sup>37</sup>. Denn die hier zwischen dem Bund und Bayern politisch offen ausgetragene Meinungsverschiedenheit betrifft die konkrete Frage, ob der Bund seine auch grundgesetzlichen Pflichten zur Grenzsicherung in landes- und damit bundesschädigender Weise vernachlässigt.

### **5. Pflicht zur Einwirkung auf Dritte, insbesondere in den Organen der Europäischen Union**

Die aus der Bundestreue hervorgehende Pflicht zum positiven Handeln kann zur Folge haben, dass der Partner auch zu einer Einwirkung auf Dritte verpflichtet ist. Für den Bund kann dies bedeuten, dass ihn die Pflicht trifft, sich für die Wahrung der Rechte und Interessen der Länder auch in den Organen der Europäischen Union einzusetzen.<sup>38</sup> Zwar hat das Bundesverfassungsgericht eine so konturierte Pflicht bisher explizit nur für den Fall statuiert, dass Länderrechte bei Fragen des Bestehens bzw. der Reichweite von Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union für Gegenstände vertreten werden müssen, welche die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder betreffen. Es kann aber nichts anderes gelten, wenn der Bund – sei es im Rahmen der ausschließlichen oder der konkurrierenden Gesetzgebung – selbst für die Gesetzgebung zuständig ist.

---

<sup>37</sup> BVerfGE 103, 81, 86.

<sup>38</sup> Hartmut Bauer, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn 40; vgl. auch Hartmut Bauer, Die Bundestreue, § 12 II 3. a) (S. 310).

## **6. Rechtsverletzung als Verstoß gegen den Grundsatz der Bundestreue**

Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass nicht jede Rechtsverletzung bei der Ausübung eigener Kompetenzen zugleich ein Verstoß gegen die Bundestreue darstellt. In einem entsprechenden Verfahren war gegenüber einer atomrechtlichen Weisung des Bundes vom betroffenen Land geltend gemacht worden, die Weisung verstoße gegen Bundesrecht, weil sie letztlich das Grundrecht der Bürger auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verletze. Der Bund dürfe seine Weisungsbefugnis nur ausüben, um ein gesetzmäßiges und zweckmäßiges Verwaltungshandeln des Landes im Bereich der Auftragsverwaltung sicherzustellen. Rechtswidrige Weisungen verletzen - so der Vortrag des antragstellenden Landes<sup>39</sup> - demnach das Land in seiner Verwaltungskompetenz.

Dazu hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts entschieden:

„Eine Verletzung des Landes in seinen kompetentiellen Rechten liegt auch dann nicht vor, wenn der Inhalt der Weisung, die das Land auszuführen hat, wegen eines Verfassungsverstoßes, insbesondere einer Grundrechtsverletzung rechtswidrig ist. Ein Land kann kraft seiner Kompetenz vom Bund nur die Achtung solcher Verfassungsnormen verlangen, die die Bundesgewalt in ihrer Auswirkung auf das Verfassungsleben der Länder beherr-

---

<sup>39</sup> BVerfGE 81, 310 (322).

schen und damit eine rechtliche Beziehung zwischen Bundesgewalt und Landesgewalten herstellen (.).“<sup>40</sup>

Und weiter:

„Die Länder haben also dem Bund gegenüber kein einforderbares Recht, dass dieser einen Verstoß gegen Grundrechtsbestimmungen unterlässt. Die Länder sind nicht Träger von Grundrechten. Sie können auch nicht deshalb, weil sie Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit wahrnehmen, Sachwalter des Einzelnen bei der Wahrnehmung seiner Grundrechte sein.“<sup>41</sup>

Es ist ersichtlich, dass das Bundesverfassungsgericht im Bund-Länder-Streitverfahren keine allgemeine Gesetzesaufsicht über den Bund ausüben will und das auch ersichtlich ein Missbrauch dieses speziellen Verfahrens wäre. Im damaligen Verfahren ist das Land Nordrhein-Westfalen als Garant der Grundrechte seiner Bürger aufgetreten, weil diese durch eine kerntechnische Anlage (dem Schnellen Brüter Kalkar) in ihrem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gefährdet würden. Dabei war klar, dass das Atomgesetz des Bundes die entsprechende Grundentscheidung im Hinblick auf die notwendige Risikovorsorge getroffen hatte und die Bürger selbst im Rahmen verwaltungsgerichtlicher Verfahren und notfalls mit der Verfassungsbeschwerde ihre Grundrechte wahrnehmen können.

Man wird umgekehrt die Kalkar-Entscheidung aus dem Jahr 1990 aber auch so verstehen müssen, dass Länder (wie auch der Bund

---

<sup>40</sup> BVerfGE 81, 310 (333).

<sup>41</sup> BVerfGE 81, 310 (334).

gegenüber einem Land) eine Pflichtverletzung der jeweils anderen Ebene rügen können, wenn es um Rechtsverletzungen geht, die sich unmittelbar auf den eigenstaatlichen Kompetenzraum der Länder auswirken (Art. 30 GG). Wenn der Gesetzesvollzug der einen Ebene sich unmittelbar auf die Kompetenzwahrnehmung der anderen Ebene nicht nur unerheblich auswirkt, weil es eine sachlich eng verwobene Kompetenzwahrnehmung zwischen Bund und Ländern gibt, hat das Interesse am gesetzmäßigen und wirksamen Vollzug der anderen Ebene nichts mit einer allgemeinen Rechtsaufsicht im föderalen Verhältnis und auch nichts mit der Wahrnehmung der Rechte Dritter (wie im Atomrecht) zu tun. Dies gilt erst recht, wenn die eine Seite gar existentiell von der rechtmäßigen Kompetenzwahrnehmung der anderen Ebene abhängt.

Im vorliegenden Fall der Migrationskrise liegen die Verhältnisse jedenfalls deutlich anders als im Streit über eine atomrechtliche Genehmigung, die ohnehin nach der Kompetenzverteilung überwiegend eine Bundesangelegenheit war, die lediglich (indes als Bundesauftragsverwaltung) von den Ländern wahrgenommen wurde. Im Zusammenhang mit der aktuellen Migrationskrise geht es unmittelbar um die Möglichkeit der Kompetenzwahrnehmung der Länder im Sinne des Art. 30 GG, weil diese vom Grundgesetz zuständig erklärt sind für Folgen und Konsequenzen, die durch eine in Teilen unkontrollierte und auch quantitativ kaum beherrschbare Einreise in das Bundesgebiet entstehen oder künftig verstärkt entstehen können. Nur ein – allerdings signifikantes – Beispiel ist § 44 Asylgesetz, der die Länder verpflichtet, für die Unterbringung Asylbegehrender die dazu erforderlichen Aufnahmeeinrichtungen zu *schaffen und zu unterhalten sowie entsprechend ihrer Aufnahmequote die im Hinblick auf den monatlichen Zugang Asylbegehrender in den*

*Aufnahmeeinrichtungen notwendige Zahl von Unterbringungsplätzen bereitzustellen.* Eine solche Rechtspflicht kann mit den Mitteln eines Landes nur dann korrekt erfüllt (und kann einem Land auch nur dann aufgegeben) werden, wenn der Bund seinerseits die gesetzlich vorgesehene Einreise wirksam kontrolliert und von der gesetzlich vorgesehenen Zurückweisung Gebrauch macht. Die hier bestehende außerordentlich enge Verschränkung von Kompetenzen des Bundes und der Länder begründet eine besondere Abhängigkeit der Ebenen voneinander und vermittelt deshalb einen ganz spezifischen, ein Verfassungsrechtsverhältnis erzeugenden Charakter.

## **7. BVerfG: Grober Verfassungsverstoß bei kollektiven Existenzgefährdungen**

### **a) Staatlichkeit als tragende Verfassungsvoraussetzung**

Als Gegenstand der Verfassung setzt das Grundgesetz – wie überhaupt jede Verfassung - Staatlichkeit gerade *voraus*, weil anders die fundamentalen Staatsstrukturprinzipien wie Demokratie oder Rechtsstaat ins Leere gingen, ihren Bezug verlören. Ein unversehrter, handlungsfähiger Staat ist dem Grundgesetz als normativer Gestaltungsgegenstand und als demokratischer Selbstentfaltungsraum des Volkes notwendige Bedingung und verfassungsrechtlich geschützt. Das Bundesverfassungsgericht hat gerade im Prozess der europäischen Integration mehrfach Hinweise auf die Bedeutung staatlicher Identität und Handlungsfähigkeit gegeben.<sup>42</sup> Aber auch in der bereits angeführten Kalkar-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht klare Worte gefunden:

---

<sup>42</sup> BVerfGE 123, 267 (356) und bereits E 89, 155 (207).

„Eine Grenze alleiniger Gemeinwohlverantwortlichkeit des Bundes ergibt sich allerdings in dem äußersten Fall, dass eine zuständige oberste Bundesbehörde unter grober Missachtung der ihr obliegenden Obhutspflicht zu einem Tun oder Unterlassen anweist, welches im Hinblick auf die damit einhergehende allgemeine Gefährdung oder Verletzung bedeutender Rechtsgüter schlechterdings nicht verantwortet werden kann. Diese Grenze folgt daraus, dass bei der Ausführung von Bundesgesetzen Bund und Länder – unbeschadet bestehender Kompetenzverteilung – eine gemeinsame Verantwortung für den Bestand des Staates und seiner Verfassungsordnung sowie für die Abwehr kollektiver Existenzgefährdungen tragen.“<sup>43</sup>

Daraus folgert das Bundesverfassungsgericht eine Pflicht des Bundes, von dem Land nichts zu fordern, was schlechthin außerhalb des von einem Staat Verantwortbaren liegt. Und mehr noch: Geht es um den Bestand des Staates – also der föderalen Republik – so kann ausnahmsweise sogar die Trennlinie zwischen abgegrenzten Kompetenzräumen aufgehoben werden. Einen groben Verfassungsverstoß sieht das Bundesverfassungsgericht in Fällen, in denen die Kompetenzwahrnehmung des Bundes nicht unmittelbar in den eigenstaatlichen Kompetenzraum der Länder eingreift, sondern gleichsam die tragenden Grundlagen des Gesamtstaates erfasst. Für einen solchen Fall wurde schon zuvor diskutiert, ob der Bund Kompetenzen in Anspruch nehmen darf, die den Ländern zugewiesen sind oder ob umgekehrt die Länder auch Bundeskompetenzen ausüben dürften, also beispielsweise durch eigene Kräfte der Landespolizei die Grenzsicherung übernehmen dürften. Hierzu hat der Münchner Staatsrechtslehrer *Peter Lerche* folgendes vertreten:

---

<sup>43</sup> BVerfGE 81, 310 (334).

„Dort, wo im Bundesstaat der primär zuständige Kompetenzträger, wer immer es sei, seiner Verfassungspflicht nicht vollständig nachkommt, (.) dort entstehen Eintretenspflichten für den jeweils anderen Kompetenzträger, dort weiten sich dessen Kompetenzen sozusagen unter der Hand aus (ohne daß allerdings die Kompetenzordnung des Grundgesetzes strukturell gesprengt werden dürfte).“<sup>44</sup>

In einer ähnlichen Konstellation des *Verantwortungsausfalls* untersucht *Markus Heintzen* den Fall, dass die Länder es versäumen, europäisches Recht umzusetzen oder auszuführen. Hier wird gefragt, ob der Bund dann eine „Reservezuständigkeit“ in Anspruch nehmen kann.<sup>45</sup> Diese Frage müsse verneint werden, sofern nicht durch den Verstoß gegen Unionsrecht zugleich das Schicksal des Gesamtstaates oder die föderale Existenzgrundlage auf dem Spiel steht. Gestützt auf das Bundesstaatsprinzip und den Grundsatz der Bundestreue wird in dem Grenzfall der das Bundesgefüge bedrohenden Krise und dem partiellen Verantwortungsausfall einer Ebene eine (begrenzte) Durchbrechung der Kompetenzordnung in dem Sinne für möglich gehalten, dass die an sich unzuständige Ebene Kompetenzen der handlungsunwilligen oder handlungsunfähigen Ebene jedenfalls vorübergehend übernimmt.

Im Fall einer über einen längeren Zeitraum anhaltenden unkontrollierten und massenhaften Einreise in das Bundesgebiet könnte

---

<sup>44</sup> Peter Lerche, *Forschungsfreiheit und Bundesstaatlichkeit*, in: FS für Theodor Maunz, 1981, S. 215 (218 f.).

<sup>45</sup> Markus Heintzen, *Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht. Zugleich zum Standort des föderalen Kompetenzrechts im Verfassungsgefüge*, Bonn Habilitationsschrift 1993, Typoskript, S. 725 ff.

man im Blick auf die Drei-Elemente-Lehre, aber auch im Hinblick auf die gravierenden Auswirkungen auf die Möglichkeit zur eigenstaatlichen Aufgabenwahrnehmung der Länder, eine entsprechend dramatische Lage annehmen. Die Inanspruchnahme einer Reservezuständigkeit eines Landes anstelle des Bundes, die Grenzsicherung mit eigenen Landespolizeikräften zu übernehmen, ist thematisch vom vorliegenden Gutachten nicht erfasst. Zwar wäre der Freistaat bereit, die Grenzsicherung durch eigene Landespolizeikräfte in Übereinstimmung mit dem Bund zu unterstützen, doch geht es vorliegend nicht um den Fall der Kompetenzdurchbrechung oder der Inanspruchnahme einer Reservezuständigkeit. Der Freistaat Bayern möchte lediglich den Bund anhalten, seine verfassungsmäßigen Pflichten zur Erhaltung der kontrollierten Staatlichkeit und zugleich seine Verantwortung für die Eigenstaatlichkeit der Länder wahrzunehmen. Den Freistaat Bayern trifft deshalb keine gesteigerte Substantiierungslast für den Grenzfall des groben Verfassungsverstoßes. Dies gilt erst recht, wenn man sich vergegenwärtigt, dass vorliegend bereits aus der besonderen Verschränkung der Kompetenzräume in der Sachmaterie Migration eine Pflicht des Bundes gegenüber den Ländern besteht, seine Verantwortung auch im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Länder auszuüben. Deshalb bedarf es nicht des Qualifikationsmerkmals eines „groben“ Verfassungsverstoßes im Sinne der Kalkar-Entscheidung des BVerfG, um eine Pflicht des Bundes anzunehmen, den Einreisevorgang in das Bundesgebiet gesetzmäßig und wirksam zu gewährleisten.



## **b) Wirksame Einreisekontrolle als Bestandteil von Staatlichkeit und demokratischem Selbstbestimmungsrecht**

Keine Ebene im Bundesstaat und kein zur Staatsleitung berufenes Verfassungsorgan darf seine Kompetenzen so ausüben, dass die Staatlichkeit als Voraussetzung der demokratischen Selbstbestimmung des Volkes verletzt oder gefährdet wird. Nach der staatstheoretischen Drei-Elemente-Lehre hängt die Existenz eines Staates davon ab, ob er mit einem wirksamen Gewaltmonopol die Bevölkerung auf einem abgegrenzten Gebiet kontrollieren und beherrschen kann. Die Drei-Elemente-Lehre definiert seit *Georg Jellinek* deshalb einen Staat unter der Voraussetzung, dass ein Staatsvolk auf einem Staatsgebiet unter der Herrschaft einer organisierten Staatsgewalt lebt.<sup>46</sup> Eine der daneben am häufigsten zitierten Definitionen von Staatlichkeit im völkerrechtlichen Sinne enthält die *Montevideo Convention on Rights and Duties of States* aus dem Jahr 1933.<sup>47</sup> Sie bestimmt in ihrem Artikel 1:

The state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with other states.

Das Staatsvolk bildet das personelle Substrat eines Staates und das Subjekt demokratischer Selbstbestimmung (Art. 20 Abs. 2 GG). Die Staatsangehörigen bilden einen auf Dauer angelegten Zusammenschluss von Menschen („Schicksalsgemeinschaft“<sup>48</sup>), was staatstheoretisch gewiss ein Mindestmaß an Zugehörigkeitsgefühl der einzelnen Mitglieder zu ihrem Personenverband erfordert, damit sie sich als politische Handlungsgemeinschaft definieren. Soweit dieses Mindestmaß erfüllt ist, bedarf es keines darüber

---

<sup>46</sup> Dazu Noel Cox, „The Acquisition of Sovereignty by Quasi-States: The Case of the Order of Malta“, *Mountbatten Journal of Legal Studies* (im Erscheinen), S. 1 (2); Karl Doehring, *Völkerrecht*, 1999, S. 25.

<sup>47</sup> Es handelt sich bei der Montevideo Konvention um ein Dokument der Pan American Union, also der Vorgängerorganisation der Organization of American States; dazu Alan Vaughan Lowe, *International Law*, 2007, S. 153.

<sup>48</sup> Karl Doehring, *Völkerrecht*, 1999, S. 29.

hinausgehenden sprachlichen, ethnischen, religiösen oder kulturellen Homogenitätserfordernisses.<sup>49</sup> Auf solche langfristig durchaus bedeutsamen Abgrenzungsfragen kommt es vorliegend nicht an. Da es bei der Migrationskrise um keine unmittelbare Verleihung der Staatsangehörigkeit, sondern um Einreise- und Aufenthaltsrecht geht, kommt es hier nicht auf den drohenden Verlust der Identität des Staatsvolkes unmittelbar an, sondern auf die Frage, wer und wie rechtmäßig und ohne Überspannung der verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Schutzverantwortung über die zulässig auf dem Staatsgebiet ansässige oder sich aufhaltende Bevölkerung entscheidet.

Innerhalb ihres jeweiligen Staatsgebiets üben die Staaten ihre Souveränität in exklusiver Art aus. Nur sie sind berechtigt, unter Inanspruchnahme des Gewaltmonopols Hoheitsakte auf ihrem Territorium zu setzen. Souveräne Staatlichkeit schließt dabei „offene“ Staatlichkeit nicht aus.<sup>50</sup> Vielmehr schließt sie das Recht ein – etwa vertraglich oder durch stillschweigende Duldung – die Ausübung von Hoheitsrechten durch einen anderen Staat im eigenen territorialen Herrschaftsbereich zuzulassen oder Hoheitsgewalt gemeinsam auszuüben.<sup>51</sup>

In seiner Untersuchung über die Staatsgrenzen sieht *Daniel-Erasmus Khan* für alle drei Elemente ein die Identität bestimmendes dem Grunde nach unaufgebbares Recht souveräner Staaten:

„Es muss daher auch grundsätzlich als eine genuine und legitime Regelungsmaterie des nationalen Rechts eines jeden Staates angesehen werden, den räumlichen Umfang seines Gebiets zu konkretisieren, wobei innerhalb der nationalen Rechtsordnung wiederum das Verfassungsrecht die natürliche *sedes materie* für entsprechende Normaussagen darstellt. In-

---

<sup>49</sup> Vgl. Matthias Herdegen, *Völkerrecht*, a.a.O., S. 75; ferner A. V. Lowe, *International Law*, 2007, S. 153 f.

<sup>50</sup> Dazu Udo Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, 1998, S. 97 ff.

<sup>51</sup> Karl Doehring, *Völkerrecht*, 1999, S. 41; Alan Vaughan Lowe, *International Law*, 2007, S. 150 ff.

soweit kann tatsächlich nichts anderes gelten als hinsichtlich der anderen konstitutiven Elemente des Staates auch: ebenso wie es dem Staat grundsätzlich unbenommen ist, sein personales Substrat nach bestimmten Kriterien für sich zu reklamieren und auf diesem Wege sein Staatsvolk zu konkretisieren und er ganz selbstverständlich auch von der Möglichkeit Gebrauch macht, die Modalitäten der Ausübung der Staatsgewalt im einzelnen festzulegen, so muss ihm sicher auch das Recht zugestanden werden, den von ihm beanspruchten territorialen Besitzstand in normativer Weise zu fixieren.<sup>52</sup>

Personelles und territoriales Substrat des Staates werden durch die Staatsgewalt miteinander verklammert. Inhaltlich ist diese Staatsgewalt einerseits dem Staatsgebiet zugeordnet (Gebietshoheit), andererseits wird sie gegenüber dem Staatsvolk ausgeübt (Personalhoheit). Das Staatsvolk wird im Selbstbestimmungsrecht der Völker als maßgebliches Subjekt der Staatsgewalt sichtbar, auch unabhängig von der Staatsform. Innerhalb des Staatsverbandes sichert die Staatsgewalt die Ordnungsaufgaben des Staates; nach außen beweist sie Handlungsfähigkeit im völkerrechtlichen Verkehr. Völkerrechtlich erforderlich ist lediglich Effektivität der Staatsgewalt, nicht aber deren (demokratische) Legitimität.<sup>53</sup> Das bedeutet, die Regierung muss in der Lage sein, Kontrolle über Staatsvolk auf einem definierten Staatsgebiet auszuüben.<sup>54</sup>

Sobald territoriale Grenzen nicht mehr behauptet werden können, historisch vor allem in Konkurrenz zu Nachbarstaaten (wie dies etwa jüngst im Fall der Krim-Annexion bei der Ukraine der Fall war),

---

<sup>52</sup> Daniel-Erasmus Khan, Die deutschen Staatsgrenzen, Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfragen, 2004, S. 30.

<sup>53</sup> Matthias Herdegen, Völkerrecht, a.a.O., S. 75; damit ist nur das Kriterium der Staatlichkeit markiert, nicht jedoch die Frage beantwortet, inwiefern die menschenrechtlichen Standards des modernen Völkerrechts ihrerseits Mindestanforderungen an die Ausübung von Regierungsgewalt enthalten, insbesondere in Hinblick auf demokratische Mindeststandards.

<sup>54</sup> Karl Doehring, Völkerrecht, 1999, S. 52; A. V. Lowe, International Law, 2007, S. 156.

gerät die Staatlichkeit ins Wanken, wenn der attackierte Staat fortgesetzten Gebietsverlusten nicht militärisch (sei es mit oder ohne internationale Hilfe) entgegentreten kann. Bei innerstaatlicher Konkurrenz um das Gewaltmonopol – also um das Element der Staatsgewalt – im Falle Bürgerkrieges (so etwa für das Assad-Regime in Syrien) wird ebenfalls der Staatscharakter fraglich.

Kann ein Staat die massenhafte Einreise von Menschen in sein Territorium nicht mehr kontrollieren, ist ebenfalls seine Staatlichkeit in Gefahr, schon weil das Staatsvolk und seine für es handelnden Organe (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) Gefahr laufen, ihre personelle und territoriale Schutzverantwortung zu überspannen und die Funktionsfähigkeit als sozialer Rechtsstaat zu verlieren. Ein möglicher Verlust der Einreisekontrolle ist wegen dieser elementaren Bedeutung nie auf die Zuständigkeit der Bundesebene (oder umgekehrt der Landesebene) allein begrenzt, weil der besondere Charakter einer gravierenden Bevölkerungsveränderung *auf allen gliedstaatlichen Ebenen* unmittelbare Folgen hervorruft – und zwar gerade im geordneten Verfassungsstaat, der jeden einzelnen als Rechtssubjekt in seiner Würde und freien Persönlichkeitsentfaltung zu schützen verspricht.

Die Kontrolle über die drei Elemente der Staatlichkeit ist insofern keineswegs nur ein Gegenstand für staatstheoretische Reflexionen, sondern eine zwingende Voraussetzung für die Möglichkeit von freiheitlichen Demokratien. An der Verantwortung der Verfassungsorgane der Bundesrepublik Deutschland für die Integrität und Effektivität im Hinblick auf die drei Elemente jeder Staatlichkeit ändert sich auch dann nichts, wenn die Ausübung entsprechender Kompetenzen im unionsrechtlichen System koordiniert oder ver-

gemeinschaftet wird. Scheitert die effektive Beherrschung der drei Elemente jeder geordneten Verfassungsstaatlichkeit im konkreten unionsrechtlichen System, so trifft die deutschen Verfassungsorgane eine Einstandspflicht und Gewährleistungsverantwortung, die im föderalen Verhältnis maßgeblich dem Bund zukommt. Die nähere Analyse der Zuständigkeitsverteilung im föderalen Gefüge und im europäischen Mehrebenensystem spricht dafür, dass der Bund als maßgeblicher Akteur inzwischen ein Rechtssystem verantwortet, dass dysfunktional geworden ist, weil es in schwerwiegender Weise deformiert ist und seine Zwecke zurzeit nicht zu erfüllen vermag.

### **III. Verschränkte Kompetenzräume und Abhängigkeit der Länder vom Bundesverhalten**

#### **1. Nationaler Regelungsrahmen**

##### **a) Die Vorschriften des Aufenthaltsrechts**

Das Aufenthaltsrecht findet seinen Niederschlag nicht nur im AufenthaltsgG, sondern darüber hinaus auch in einer Vielzahl von weiteren Gesetzen, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, ministeriellen Anwendungshinweisungen und Erlassen.<sup>55</sup>

##### **aa) Entwicklung des Ausländerrechts als Bundesmaterie**

Aus der Verfassung ergeben sich verschiedene Gesetzgebungskompetenzen, die für die Frage des Aufenthalts von Nichtstaatsangehörigen im Bundesgebiet einschlägig sind. Dem Bund steht die Kompetenz zur Regelung der Einwanderung (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3

---

<sup>55</sup> Dazu Reinhard Marx, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, Handbuch, 5. Auflage 2015, § 1 Rdnr. 4 ff. Zum Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen zueinander und die Einwirkung des Völkerrechts auf das innerstaatliche Recht siehe Kay Hailbronner Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 60 ff.

GG), des Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Ausländer (Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG) und der Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 6 GG) zu.

Weitere für das Aufenthaltsrecht maßgebliche Kompetenztitel des Bundes sind die Staatsangehörigkeit (Art. 73 Abs. 1 Nr. 2 GG), der Grenzschutz (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG), die öffentliche Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) und das Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 2 GG).<sup>56</sup>

Ursprünglich war das Ausländerrecht fast ausschließlich national geprägt und zählte historisch-systematisch zum besonderen Polizeirecht. In dieser Tradition stehen die bundesrepublikanischen Ausländergesetze von 1965<sup>57</sup> und 1990<sup>58</sup> indem sie davon ausgehen, dass Ausländer, die zum Zwecke einer unselbständigen Erwerbstätigkeit in die Bundesrepublik Deutschland einreisen wollen, ein Aufenthaltsrecht nur ausnahmsweise nach Maßgabe einer Rechtsverordnung gewährt bekommen können.

Ein wesentlich geänderter Ansatzpunkt wurde dann mit dem am 1.1.2005 in Kraft getretenen Zuwanderungsgesetz<sup>59</sup> verfolgt, das das Ausländergesetz außer Kraft setzte. Dessen wichtigste Bestandteile waren das Aufenthaltsgesetz sowie das Freizügigkeitsgesetz. Zweck des Zuwanderungsgesetzes war es nunmehr, Ge-

---

<sup>56</sup> Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 118 f.

<sup>57</sup> Ausländergesetz vom 28.4.1965, BGBl. I, S. 353.

<sup>58</sup> Ausländergesetz vom 9.7.1990, BGBl. I, S. 1354.

<sup>59</sup> Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern vom 30.7.2004, BGBl. I, S. 1950.

staltungsspielräume für eine gesteuerte Zuwanderung zu eröffnen und zugleich die Integration von Einwanderern zu regeln.<sup>60</sup>

## **bb) Aufenthaltsgesetz**

Kernstück des nationalen Rechts zur Regelung von Zuwanderung ist das zum 1. Januar 2005 in Kraft getretene Aufenthaltsgesetz. Dieses hat das Ausländergesetz abgelöst und formuliert in seinem § 1 Abs. 1 Satz 1 als Regelungsanspruch, „der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland“ zu dienen.<sup>61</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 dient das Gesetz dazu, Zuwanderung unter Berücksichtigung der Aufnahme- und Integrationsfähigkeit sowie der wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen und zu gestalten.<sup>62</sup>

Das Aufenthaltsgesetz regelt für Drittstaatsangehörige, d.h. Nicht-EU-Bürger, die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung im Bundesgebiet sowie die Erwerbstätigkeit und Aufenthaltsbeendigung. Zudem ist ein eigenes Kapitel der Integration gewidmet; eine dazu erlassene Durchführungsverordnung ist die Integrationskursverordnung vom 13.12.2004.<sup>63</sup> Das Aufenthaltsgesetz wurde 2007 durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007<sup>64</sup> und 2013 durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von interna-

---

<sup>60</sup> Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 28.

<sup>61</sup> Zu der darum geführten Diskussion Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 6 m.w.N.

<sup>62</sup> Änderungsgeschichte des Aufenthaltsgesetzes bei Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 28 ff.

<sup>63</sup> Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 33.

<sup>64</sup> BGBl. I 2007, S. 1970.

tional Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern vom 29. August 2013<sup>65</sup> geändert, wonach jeder Inhaber eines Aufenthaltstitels zum Familiennachzug zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist (§ 27 Abs. 5 AufenthG). Die letzte Änderung erfolgte durch Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015<sup>66</sup>, etwa im Hinblick auf das Einreise- und Aufenthaltsverbot, das umfassend veränderte Ausweisungsrecht und das Recht der Abschiebungshaft mit der nun bestehenden Möglichkeit des Ausreisegewahrsams (§ 62 b AufenthG). Darüber hinaus ist die Aufenthaltsgewährung bei gut integrierten Jugendlichen und Heranwachsenden novelliert worden.<sup>67</sup>

### **cc) Aufenthaltsverordnung**

Die Aufenthaltsverordnung löst verschiedene das Ausländergesetz begleitende Verordnungen (DVAuslG, AusIDÜV, AuslGebV) ab und konkretisiert die Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet, zur Passpflicht und zum Erfordernis eines Aufenthaltstitels.<sup>68</sup>

### **dd) Asylverfahrensgesetz (jetzt: Asylgesetz)**

Das Asylverfahrensgesetz vom 2.9.2008 regelt die Rechtsstellung der Flüchtlinge und das Asylverfahren. Es enthält für Asylsuchende Sonderregelungen, die nach § 1 Abs. 1 Satz 5 AufenthG dem allgemeinen Ausländerrecht vorgehen. Das AufenthG ist daneben subsidiär anwendbar. Das Asylverfahrensgesetz (jetzt Asylgesetz) kommt zur Anwendung, wenn ein Ausländer im Bundesgebiet um

---

<sup>65</sup> BGBl. I 2013, S. 3484.

<sup>66</sup> BGBl. I 2015, S. 1386.

<sup>67</sup> Überblick über die Änderungen bei Berthold Huber, NVwZ 2015, 1178 ff.

<sup>68</sup> Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 34.



Schutz vor politischer Verfolgung oder Schutz vor Abschiebung wegen der in § 60 Abs. 1 AufenthG genannten Gefahren sucht. Mit dem Zuwanderungsgesetz wurden Änderungen im Bereich der Sanktionierung einer mangelnden Kooperation des Ausländers und der Beschleunigung des Asylverfahrens vorgenommen.<sup>69</sup> Neu eingeführt wurde die Verweisung des Antragstellers in das Asylfolgeverfahren, wenn der Ausländer zwar bei Grenzbehörden, Ausländerbehörden oder den Polizeien der Länder ein Asylgesuch stellt, danach aber seinen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt. Neu eingeführt wurde auch § 27 a AsylVfG, wonach ein Asylantrag in Deutschland unzulässig ist, wenn ein anderer Staat auf Grund von Gemeinschaftsrecht oder Völkerrecht für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist. Damit wurde das Asyl(verfahrens)gesetz an das Dubliner Übereinkommen angepasst.<sup>70</sup>

#### **ee) Freizügigkeitsgesetz/EU**

Das FreizügigkeitsG/EU regelt die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union und ihrer Familienangehörigen (§ 1 FreizügG/EU). Mit dem Gesetz hat der Gesetzgeber wesentliche Vorgaben der Unionsbürgerrichtlinie vom 29.04.2004 (UBRL) und der Freizügigkeitsvorschriften des Unionsvertrages in nationales Recht umgesetzt.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Zu den Änderungen im Einzelnen Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 40.

<sup>70</sup> Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 40.

<sup>71</sup> Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 55.

## **ff) Beschäftigungsverordnung**

Das Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft hat am 22.11.2004 eine Verordnung über die Zulassung von neu einreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung erlassen.<sup>72</sup> Mit Zustimmung des Bundesrates trat am 1.7.2013 eine geänderte Fassung in Kraft, die den Arbeitsmarkt auch für Arbeitskräfte außerhalb der EU mit mittleren Qualifikationen öffnet, die eine abgeschlossene Berufsausbildung vorweisen können. Gering qualifizierte Drittstaatsangehörige sollen auch weiterhin nur ausnahmsweise zugelassen werden. Zugleich sollen alle Ausländer mit einer humanitären Aufenthaltserlaubnis uneingeschränkt zu jeder Beschäftigung zugelassen werden, sofern sie dieses Recht nicht schon aufgrund des Aufenthaltsgesetzes besitzen.<sup>73</sup>

## **b) Aufenthaltstitel und Zuständigkeiten nach dem Aufenthaltsgesetz**

### **aa) Aufenthaltstitel**

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG benötigen Ausländer für den Aufenthalt im Bundesgebiet einen Aufenthaltstitel<sup>74</sup>, sofern nicht durch das Recht der Europäischen Union, auf Grund des Assoziationsabkommens der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit der Türkei oder durch Rechtsverordnung ein Aufenthaltsrecht besteht. Das Aufenthaltsgesetz kennt fünf Aufenthaltstitel:

- Visum ( § 6 AufenthG),
- befristete Aufenthaltserlaubnis (§ 7 AufenthG),

---

<sup>72</sup> BGBl. 2004 I, S. 2937.

<sup>73</sup> Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 37.

<sup>74</sup> Zu den allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung eines Titels siehe Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014 Rdnrn. 242 ff.

- Blaue Karte (§ 19 a AufenthG)<sup>75</sup>,
- unbefristete Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG),
- Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG (§ 9 a AufenthG).

Davon sind zwei Aufenthaltstitel, namentlich Visum und Aufenthaltserlaubnis, sog. multifunktionale Aufenthaltstitel, die zu mehreren unterschiedlichen vorübergehenden oder dauernden Aufenthaltszwecken erteilt werden können (z.B. Erwerbstätigkeit, Ausbildung, Familiennachzug, humanitäre Gründe).

Dabei besteht die Besonderheit des Visums darin, dass es vor der Einreise durch die Auslandsvertretungen erteilt wird und zur Einreise in das Bundesgebiet berechtigt. Die Aufenthaltserlaubnis wird erst nach der Einreise durch die Ausländerbehörde erteilt. Die Niederlassungserlaubnis und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG sind im Gegensatz zum Visum, zur Blauen Karte und zur Aufenthaltserlaubnis zeitlich und räumlich unbeschränkt und dürfen nur in den durch das AufenthG ausdrücklich zugelassenen Fällen mit Nebenbestimmungen versehen werden (§ 9 Abs. 1 Satz 2 AufenthG). Der Daueraufenthalt-EG ist der Niederlassungserlaubnis gleichgestellt und unterscheidet sich von dieser lediglich durch eine transnationale Wirkung. Der Inhaber einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG kann sich in anderen EU-Staaten unter vereinfachten Bedingungen zum Zwecke der Erwerbstätigkeit und zum Zwecke des Studiums oder der Ausbildung niederlassen.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Dieser Aufenthaltstitel setzt die Blue-Card-Richtlinie 2009/50/EG um.

<sup>76</sup> Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 236 ff.

**bb) Zuständigkeiten**

Die Zuständigkeit für die Vollziehung des Aufenthaltsgesetzes richten sich nach dessen § 71. Danach sind für aufenthalts- und passrechtliche Maßnahmen und Entscheidungen im Inland die Ausländerbehörden zuständig (§ 71 Abs. 1 AufenthG).

Die mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs gemäß § 2 BPolG beauftragte Bundespolizei ist gem. § 71 Abs. 3 AufenthG insbesondere zuständig für

- die Zurückweisung und die Zurückschiebung an der Grenze, einschließlich der Überstellung von Drittstaatsangehörigen auf Grundlage der Dublin-III-Verordnung, wenn der Ausländer von der Grenzbehörde im grenznahen Raum in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit einer unerlaubten Einreise angetroffen wird,
- Abschiebungen an der Grenze, sofern der Ausländer bei oder nach der unerlaubten Einreise über eine Grenze im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 des Schengener Grenzkodex aufgegriffen wird,
- Abschiebungen an der Grenze, sofern der Ausländer bereits unerlaubt eingereist ist, sich danach weiter fortbewegt hat und in einem anderen Grenzraum oder auf einem als Grenzübergangsstelle zugelassenen oder nicht zugelassenen Flughafen, Flug- oder Landeplatz oder See- oder Binnenhafen aufgegriffen wird.

In Bayern ist in Einzelfällen auch aufgrund eines Verwaltungsabkommens die Landespolizei zuständig (Flughäfen Nürnberg und Memmingen)<sup>77</sup>. Die Sicherung durch die Landespolizei erfolgt weisungsgebunden gegenüber der weisungsbefugten Bundespolizei.<sup>78</sup>

Für die erforderlichen Maßnahmen der Identitätsfeststellung u. ä. (§§ 48, 48a und 49 Abs. 2 bis 9 AufenthG) sind gem. § 71 Abs. 4 AufenthG die Ausländerbehörden, die Bundespolizei und, soweit es zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 71 Absatz 5 AufenthG erforderlich ist, die Polizeien der Länder zuständig. Die Polizei des betroffenen Landes ist – neben der Ausländerbehörde, in deren Bezirk sich der Ausländer widerrechtlich aufhält<sup>79</sup> - danach auch für die Zurückschiebung sowie die Durchsetzung der Verlassenspflicht des § 12 Abs. 3 AufenthG und die Durchführung der Abschiebung und, soweit es zur Vorbereitung und Sicherung dieser Maßnahmen erforderlich ist auch für die Festnahme und Beantragung der Haft zuständig.

### **c) Grenzschutzregime**

Die Bundesrepublik Deutschland hat die Aufgabe der Grenzsicherung der Bundespolizei übertragen. Gemäß § 2 BPolG obliegt der Bundespolizei „der grenzpolizeiliche Schutz des Bundesgebietes (Grenzschutz), soweit nicht ein Land im Einvernehmen mit dem Bund Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrnimmt. Der Grenzschutz umfasst nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 BPolG die polizeiliche Überwachung der Grenzen sowie nach Nr. 2

---

<sup>77</sup> Verwaltungsabkommen zwischen dem Bundesministerium des Innern und der Bayerischen Staatsregierung über die Wahrnehmung von Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes in Bayern vom 21. April 2008 (GVBl S. 149, BayRS 2012-3-5-I).

<sup>78</sup> § 3 des Verwaltungsabkommens vom 21. April 2008, a.a.O.

<sup>79</sup> Nr. 12.3.3 VAH-AufenthG.

a die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs einschließlich der Überprüfung der Grenzübertrittspapiere und der Berechtigung zum Grenzübertritt.

#### **d) Zwischenergebnis**

Sowohl die grundgesetzliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenz, als auch der hohe Verschränkungsgrad des Vollzuges belegen ein besonderes sachliches Näheverhältnis von Bund und Ländern, die auf diesem Gebiet in exzeptioneller Weise aufeinander angewiesen sind. Das gilt vor allem für die Länder, weil der Bund die Gesetzgebungskompetenz und für die Grenzsicherung eine eigene Verwaltungskompetenz besitzt. Aber auch der Bund ist auf gesetzmäßiges und bundestreues Verhalten der Länder, etwa bei der Unterbringung von Asylbewerbern oder bei der Abschiebung, angewiesen.

## **2. Europäischer Regelungsrahmen**

### **a) Entwicklung**

Eine erste wichtige Weichenstellung der Europäisierung des Migrationsrechts war die Unterscheidung zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen. Die migrationsrechtliche Behandlung von Unionsbürgern wurde kompetentiell der Union übertragen und insofern der Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten um diese Bezugsgruppe beschränkt.<sup>80</sup> Die zweite Phase wurde eingeleitet mit dem Amsterdamer Vertrag, in dem auch Drittstaatsangehörige in den migrationsrechtlichen Kompetenzbereich der Union einbezogen wurden. Für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wurde eine gemeinsame Asyl-, Einwanderungs- und Grenzkontroll-

---

<sup>80</sup> Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 52.

politik projiziert (Art. 61 EG lit. a und b EG, nunmehr Art. 67 Abs. 2 AEUV).<sup>81</sup>

Dabei konnte die Politik der Gemeinschaft, seit 1992 der Union, gerade im Hinblick auf die Flüchtlingsfrage an ältere völkerrechtliche Traditionen anknüpfen. Schon der Völkerbund als Vorgängerorganisation der Vereinten Nationen hat Anfang des 20. Jahrhunderts mit der Entwicklung einer international gültigen Rechtsgrundlage zum Schutz von Flüchtlingen begonnen. Das „Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge“ – wie der offizielle Titel der Genfer Flüchtlingskonvention lautet – wurde am 28. Juli 1951 von den Vereinten Nationen verabschiedet. Die Konvention legt fest, wer ein Flüchtling ist, welchen rechtlichen Schutz, welche Hilfe und welche sozialen Rechte sie oder er von den Unterzeichnerstaaten erhalten sollte.<sup>82</sup> Ursprünglich in ihrer Zielsetzung auf europäische Flüchtlinge nach dem Zweiten Weltkrieg konzentriert, erweiterte das Protokoll von 1967 sowohl zeitlich als auch geografisch den Wirkungsbereich der Konvention, um der Flüchtlingslage weltweit gerecht werden zu können. Die Flüchtlingskonvention umspannt damit gewissermaßen den völkerrechtlichen Rahmen der Problematik.

Auf europäischer Ebene formuliert Art. 3 Abs. 2 EUV: „Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem - in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhü-

---

<sup>81</sup> Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 56.

<sup>82</sup> Informationen der Vereinten Nationen (<http://www.unhcr.de/mandat/genfer-fluechtlingskonvention.html>, zuletzt abgerufen am 5. November 2015).

tung und Bekämpfung der Kriminalität - der freie Personenverkehr gewährleistet ist.“

### **b) Teilübertragung und Koordinierung des staatlichen Grenzregimes**

Damit formuliert der Vertrag ein ehrgeiziges Ziel, das Vergemeinschaftung oder zumindest ein erhebliches Maß an Koordination hinsichtlich einer elementaren Staatsfunktion voraussetzt, sind doch - im Sinne der Drei-Elementen-Lehre Jellineks - durch diese Zielsetzung zwei fundamentale Bereiche tangiert: das Staatsvolk und das Staatsgebiet. Die Staatsgrenze und die praktische Macht zu ihrer Kontrolle sind, so verstanden, staatskonstituierend.<sup>83</sup> Es herrscht zudem ein völkerrechtlicher Grundsatz, zumindest ein *Comment* selbstverständlicher Funktionsbedingungen, dass der Einzelne gegenüber einem Staat keinen rechtlichen Anspruch auf Einreise in ein für ihn fremdes Staatsgebiet hat.<sup>84</sup> Das Bundesverfassungsgericht drückt dies so aus:

„Die Staatsgrenze ist als Hindernis der freien Bewegung nach der allgemeinen Rechtsordnung vorgegeben. Jeder Staat ist berechtigt, den freien Zutritt zu seinem Gebiet zu begrenzen und für Ausländer die Kriterien festzulegen, die zum Zutritt auf das Staatsgebiet berechtigen.“<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Vgl. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, S. 394 ff.

<sup>84</sup> Vgl. statt vieler Kay Hailbronner, in: Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2010, S. 242, Rn. 281.

<sup>85</sup> BVerfGE 94, 166 (198 f.).



Der Kern der betroffenen Zuständigkeitsbereiche obliegt daher nach wie vor den Mitgliedstaaten. Um dennoch die Idee eines Raums der Freiheit, Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen auf europäischer Ebene zu verfolgen, formuliert das europäische Recht zahlreiche Maßnahmen auf dem Gebiet der Außengrenzkontrollen, des Asyls, der Einwanderung und der Kriminalitätsbekämpfung.

### **c) Das europäische Grenzregime**

#### **aa) Das Schengen-Abkommen**

Den Beginn solcher Überlegungen stellt das sogenannte Saarbrücker Abkommen zum stufenweisen Abbau der Grenzkontrollen zwischen Deutschland und Frankreich im Jahr 1984 dar, der erste Schritt für einen Raum ohne Binnengrenzen.<sup>86</sup> Die kontrovers geführte Diskussion über die Bedeutung der Freizügigkeit und deren inhaltliche Ausgestaltung – es herrschte keine Einigkeit darüber, ob zwischen EG-Bürgern und Drittstaatsangehörigen zu unterscheiden sei – gipfelte in einem Abkommen im Jahr 1985 (Schengen I) zur Errichtung eines Raums ohne Binnengrenzen, zunächst getragen durch Frankreich, Deutschland, Belgien, Luxemburg und der Niederlande. 1990 wurden im sog. Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ – Schengen II), einem intergouvernementalen Regierungsübereinkommen, weitere Ausführungsbestimmungen vereinbart.<sup>87</sup> Kern dieser Regelungen waren vereinheitlichte Vorschriften für die Einreise und den kurzfristigen Aufenthalt von

---

<sup>86</sup> Daniela Heid, S. Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) in: Dausies (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Stand: 29. EL September 2011), Rdnr. 84.

<sup>87</sup> Vgl. zum Schengener Abkommen Jan Bergmann in: ders., Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015.

Ausländern im Schengen-Raum, Zuständigkeitszuweisungen für Asylanträge, Maßnahmen zur Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität sowie die Zusammenarbeit von Polizei und Justiz. Diese Regelungsbereiche und der Schengen-Besitzstand wurden durch das Schengen-Protokoll zum Amsterdamer Vertrag zum 1. Mai 1999 auch in den rechtlichen Rahmen der Europäischen Union einbezogen. Seit dem Lissabon-Vertrag ist die europarechtliche Regelungskompetenz bekräftigt und thematisch eng verflochten mit dem Bestreben einheitlicher Standards der Migrationspolitik, die zuvor auf unterschiedliche Säulen der EU verteilt waren.<sup>88</sup>

Artikel 77 AEUV sieht vor, dass die Union eine Politik entwickelt, mit der sichergestellt werden soll, dass Personen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden und dafür die Personenkontrolle und die wirksame Überwachung des Grenzübertritts an den Außengrenzen stattfindet. Um dieses Ziel zu erreichen, soll schrittweise ein integriertes Grenzschutzsystem an den Außengrenzen eingeführt werden. Von einem solchen integrierten Grenzschutzsystem ist die Union noch entfernt. Zurzeit basiert das Schengenregularium auf dem Vertrauen in die wirksame nationale Grenzsicherung von Außengrenzen. Wenn dieses Vertrauen in systemisch bedeutsamer Weise etwa im Fall von Griechenland enttäuscht wird, verliert das gesamte System seine praktische Voraussetzung und seinen innere Ausgewogenheit.

Eine systematische Ausweiskontrolle an den Binnengrenzen ist seit 1999 europarechtlich untersagt, eine Kontrolle ist lediglich stichprobenartig und im Umkreis von 30 km an den Grenzen möglich.

---

<sup>88</sup> Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 140 ff.

Wann systematische Kontrollen und wann nur stichprobenartige Kontrollen vorliegen, bestimmt der sog. Schengen-Grenzkodex in Form einer europäischen Verordnung.<sup>89</sup> Innerhalb des Schengen-Raums sind Personenkontrollen weggefallen, eine Kontrolle nach einheitlichem Standard hat sich infolgedessen an die Außengrenzen verschoben. Dies ist notwendig, denn durch das Schengen-Abkommen und den Wegfall der Binnengrenzkontrollen verlieren die Mitgliedstaaten die Möglichkeit von Ein- und Ausreisebeschränkungen und damit zentrale sicherheitspolitische Instrumente.<sup>90</sup>

Der Schengener Grenzkodex enthält allerdings auch Ausnahmetatbestände, sodass die Binnengrenzkontrollen temporär wieder eingeführt und Ausweiskontrollen bei Grenzübertritten stattfinden können. Artikel 23 des Grenzkodex erlaubt im Falle einer schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit die Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen. Dies kann nach einem geregelten Verfahren bei vorhersehbaren Ereignissen nach Art. 24 Grenzkodex oder für Fälle, die ein sofortiges Handeln erfordern, auch ausnahmsweise unverzüglich für einen Zeitraum von 30 Tagen geschehen (Art. 25 Grenzkodex). Die Wiedereinführung darf aber nicht über das Maß hinausgehen, das unbedingt erforderlich ist, um gegen die schwerwiegende Bedrohung vorzugehen (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 Grenzkodex). Überschreiten die notwendigen Grenzkontrollen als vorübergehende Maßnahme die 30-Tages-Frist, so kann der Mitgliedstaat

---

<sup>89</sup> 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), zuletzt geändert durch VO (EU) Nr. 1051/2013 vom 22. Oktober 2013.

<sup>90</sup> Matthias Ruffert, Die unionsverfassungsrechtlichen Grundlagen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Pache (Hrsg.), Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2005, S. 25.

ebenfalls zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit und unter Berücksichtigung etwaiger neuer Aspekte die Grenzkontrollen für jeweils höchstens 30 Tage verlängern.

Im Jahr 2013 haben die Länder des Schengen-Raums eine weitere Ausnahme beschlossen.<sup>91</sup> Auslöser war unter anderem die Ankunft zahlreicher Flüchtlinge aus Nordafrika während des Arabischen Frühlings. Danach können nationale Grenzen bis zu einer Dauer von höchstens zwei Jahren wieder kontrolliert werden (Art. 23 Abs. 4 der VO). Voraussetzung dafür ist aber, dass das Funktionieren des Schengen-Raums an sich in Gefahr ist, weil außergewöhnliche Umstände vorliegen und die Schengen-Außengrenze durch eines der Mitgliedsländer trotz EU-Unterstützung nicht wirksam geschützt wird. Gedacht ist dieser Mechanismus nur als letztes Mittel. Dabei dürfen die einzelnen Länder (im Gegensatz zu den kurzfristigen Maßnahmen) keinesfalls im Alleingang tätig werden. Der Rat der Europäischen Union muss die Wiedereinführung der Kontrollen für einen bestimmten Zeitraum empfehlen. Dies geschieht auf Vorschlag der EU-Kommission.

### **bb) Frontex**

Schon das SDÜ griff den Gedanken der Grenzkontrollen als zentrale sicherheitspolitische Instrumente auf und formulierte Standards zur weiteren Ausgestaltung. Die Art. 3 ff. SDÜ verfolgten das Ziel verbesserter Grenzkontrollen, abgestimmter Ein- und Ausreiseverfahren sowie einer vereinheitlichten Visa-Regelung. Um den Kontrollstandard an den europäischen Außengrenzen gewährleisten zu können, wurde 2005 die *Agentur* der Kommission Frontex (Europä-

---

<sup>91</sup> Siehe die VO (EU) Nr. 1051/2013 vom 22. Oktober 2013 (zugleich aktuellster Stand des Schengener Grenzkodex).

ische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen) mit Sitz in Warschau gegründet. Es handelt sich bei der Grenzschutzagentur Frontex um eine unabhängige Gemeinschaftsagentur der Mitgliedstaaten mit eigener Rechtspersönlichkeit.<sup>92</sup> Für Einsätze setzt die Agentur auf das sog. Rapid Border Intervention Teams-Konzept,<sup>93</sup> das heißt in Ausnahmesituationen und dringenden Fällen werden Einheiten aus nationalen Experten für einen begrenzten Zeitraum gebildet und eingesetzt. Rechtsgrundlage für die Schaffung eines einheitlichen Kontroll- und Überwachungsniveaus ist Art. 77 I lit. c) und II lit. d) AEUV.

#### **d) Aufenthalts- und Asylregime**

##### **aa) Qualifizierungs-Richtlinie**

Die Migrationspolitik der EU gründet auf dem Gedanken der Solidarität der Mitgliedstaaten untereinander. Für die hier zu behandelnde Problematik ist vor allem Art. 80 AEUV von Interesse, der bestimmt:

„Für die unter dieses Kapitel fallende Politik der Union und ihre Umsetzung gilt der Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten, einschließlich in finanzieller Hinsicht. Die aufgrund dieses Kapitels erlassenen Rechtsakte der Union enthalten, immer wenn dies erforderlich ist, entsprechende Maßnahmen für die Anwendung dieses Grundsatzes.“

---

<sup>92</sup> Zur „Agentur als Organisationsform“ siehe näher Matthias Lehnert, Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen. Verwaltungskooperation – materielle Rechtsgrundlagen – institutionelle Kontrolle, 2014, S. 41 ff.

<sup>93</sup> Matthias Lehnert, Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen. Verwaltungskooperation – materielle Rechtsgrundlagen – institutionelle Kontrolle, 2014, S. 88 ff. sowie S. 113.

Art. 78 AEUV und Art. 79 AEUV weisen der EU die Kompetenz zur Schaffung einheitlicher Asyl- und Einwanderungsregelungen zu.<sup>94</sup> Wem die Anerkennung als Drittstaatsangehörigem bzw. ein Anspruch auf internationalen Schutz zukommt bestimmt die sogenannte Qualifizierungs-Richtlinie der EU. Zudem regelt sie die Frage eines einheitlichen Flüchtlingsstatus. Nach Art. 2 d) der Richtlinie ist Flüchtling ein Drittstaatsangehöriger, der aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder will. Die europäische Richtlinie übernimmt den Begriff der Genfer Flüchtlingskonvention, erweitert ihn jedoch um die Bürgerkriegs- und Kriegsflüchtlinge. Der wichtigste Anhaltspunkt auf europäischer Rechtsebene, wer für diesen Flüchtling zuständig ist und also über das Asyl- bzw. Schutzgesuch entscheidet, ist die sogenannte Dublin III-Verordnung.

#### **e) Die Dublin III-Verordnung**

Das Schengen-Abkommen sah Zuständigkeitsregeln für die Durchführung von Asylverfahren vor, die inzwischen ersetzt sind durch die Dublin-III-Verordnung 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.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Siehe dazu ausführlich Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationsverantwortung, S. 140 ff.

<sup>95</sup> Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitglied-

Regelungsgegenstand ist im Kern die Frage welcher Staat über das Asylgesuch von Drittstaatsangehörigen im Sinne des Art. 2a) der Verordnung entscheidet. Unabhängig der Sonderfälle von Minderjährigen, Familienangehörigen, die Begünstigte internationalen Schutzes sind oder internationalen Schutz beantragt haben (Art. 8-10 der Verordnung), ist der Mitgliedstaat für die Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz zuständig, dessen Land-, See- oder Luftgrenze der aus einem Drittstaat kommende Antragsteller überschritten hat (Art. 13 Abs. 1 Dublin III-VO).

Ein anderer Mitgliedstaat kann jedoch für zuständig bestimmt werden, wenn „es wesentliche Gründe für die Annahme gibt, das das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für den Antragsteller in dem eigentlich zuständigen Mitgliedstaat systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Art. 4 der EU-Grundrechtecharta mit sich bringen (...)“.<sup>96</sup>

Die Verordnung genießt im Sinne des Art. 288 AEUV allgemeine Geltung, sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Wenn allerdings Mitgliedstaaten sich nicht an diese verbindlichen Regelungen halten und ungeachtet der Dubliner Zuständigkeitszuweisungen Asyl- und Schutzsuchende unter Missachtung der Schengen-Regelungen und der EU-

---

staats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist.

<sup>96</sup> Art. 3 Abs. 2 Unterabsatz 2 Dublin-III-VO.

Eurodacverordnung (EURODAC-VO)<sup>97</sup> unkontrolliert passieren lassen, wird die verbindliche Geltungskraft des europäischen Gesetzes erschüttert. Die EU erhebt den Anspruch ein „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (vgl. Titel V; Art. 67 ff. AEUV) zu sein, sie verpflichtet sich rechtsstaatlichen Grundsätzen (vgl. z.B. Art. 2 EUV), die zwar dem Raum der Mitgliedstaaten entstammen; Begriff und Inhalte der Rechtsstaatlichkeit sind aber auf die Union übertragbar.<sup>98</sup> Das Zusammenspiel von Staat, Staatsgrenzen, Grenzschutz und Migration gebietet die Differenzierung zwischen legaler und illegaler Migration, die ein rechtsstaatlicher Grenzschutz angehalten ist durchzusetzen, was jedoch nur mit einem wirksamen Vollzug des Regelwerkes gelingt.<sup>99</sup>

#### **f) Weitere Richtlinien**

Zu dem einschlägigen Regelwerk zählen aber auch die sogenannte Aufnahme-Richtlinie und die Asylverfahrens-Richtlinie, beide aus dem Jahr 2013. Die Asylverfahrens-Richtlinie bestimmt das gemeinsame mitgliedstaatliche Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes. Die Aufnahme-Richtlinie legt Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, fest. Beide Richtlinien gelten auch für Bereiche von Transitzonen.

---

<sup>97</sup> Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11. Dezember 2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens.

<sup>98</sup> Christian Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 2 EUV, Rdnr. 25 f.

<sup>99</sup> Vgl. Anna Mrozek, ZAR 2014, 393 (394); vgl. zur Verfassungswidrigkeit bei Verletzung der Wehrgerechtigkeit nach deutschem Recht bei dauerhafter Untätigkeit des Gesetzgebers BVerwG, NJW 2005, 1525 (1528); ferner zu den Voraussetzungen der Verfassungswidrigkeit bei Vollzugsmängeln von Steuernormen BVerfGE 110, 94 (112 f.).



Das Unionsrecht hat bei der Migration einen hybriden Entwicklungsstand erreicht, der zwischen gemeinsamer Kontrolle über die Außengrenzen einerseits und beibehaltender nationaler Verantwortung andererseits verharrt. Der Migrationskrise ist dieser Rahmen nicht gewachsen und bedroht den Zusammenhalt der Union und die Balance von Mitgliedstaaten und Union. Die rechtliche Gestaltung der Migrationspolitik erfolgte seit dem Amsterdamer Vertrag in den normalen supranationalen Handlungsformen, allerdings noch nicht im Standardverfahren der Rechtssetzung gemäß dem Mitentscheidungsverfahren. Dieser Schritt erfolgte erst fünf Jahre später, wobei es für den Bereich der regulären Einwanderung bei der Einstimmigkeit im Rat blieb (Art. 63 Nr. 3 lit. a und Nr. 4 EG). Der Lisabonner Vertrag hat dann auch diesen Teilbereich in das ordentliche Gesetzgebungsverfahren überführt (Art. 79 Abs. 2 AEUV).<sup>100</sup> Der nach nunmehr einem Jahrzehnt der Gesetzgebung erreichte Stand der Europäisierung des Migrationsrechts ist Gegenstand einer breiten und kontroversen Diskussion.<sup>101</sup> Das am 11.12.2009 vom Europäischen Rat beschlossene sog. Stockholmer Programm, mit dem entsprechende Gesetzgebungsprojekte für den Zeitraum von 2010 bis 2014 koordiniert werden sollen, zeigt, dass hier noch sehr im Vagen operiert wird.<sup>102</sup> Dem entspricht es, dass es für den europäischen Migrationsverwaltungsraum anders als beim Binnenmarkt mit transnationalen Wirkungen in Form von Anerkennungspflichten (Cassis-de-Dijon-Prinzip) kein Assimilierungsprinzip bzw. Verfassungsprinzip der gegenseitigen Anerkennung gibt.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 57 f.

<sup>101</sup> Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 59 mit entsprechenden Nachweisen bei Fn. 226.

<sup>102</sup> Rats-Dok. 17024/09.

<sup>103</sup> Jürgen Bast, Der Staat 2007, 1 (15 f.).

Ein Prinzip der gegenseitigen Anerkennungspflicht ist im europäischen Migrationsrecht lediglich politisches Leitmotiv für den europäischen Gesetzgeber.

### **g) Massenzustrom-Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20.**

#### **Juli 2001**

Das europäische Primärrecht sieht mit Art. 78 AEUV die Kompetenz der Union vor, eine gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz zu entwickeln, mit der jedem Drittstaatsangehörigen, der internationalen Schutz benötigt, ein angemessener Status angeboten und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung gewährleistet werden soll. Dabei wurde die heute bedrängende Situation eines „plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in einer Notlage“ (Art. 78 Abs. 3 AEUV) angesichts des Balkankrieges bereits vorausgesehen und 2001 auch sekundärrechtlich mit einer entsprechenden Richtlinie reagiert, die Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen sowie Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen auf die Mitgliedstaaten, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, vorsieht. Dabei ist sowohl dem Primärrecht als auch dem Sekundärrecht der Union das Bestreben zu entnehmen eine praktische Konkordanz zwischen völkerrechtlich begründeter Schutzverantwortung der Union im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention einerseits und dem Funktionsinteresse der einzelnen Mitgliedstaaten sowie der solidarischen und gerechten Verteilung der Lasten untereinander andererseits herbeizuführen. Angewandt auf die heutigen Bürgerkriegsflüchtlinge aus Syrien, dem Irak oder Afghanistan könnten sie nach Maßgabe dieser Richtlinie *vorübergehenden*

*Schutz* erhalten, insbesondere dann wenn die Gefahr besteht, dass das Asylsystem diesen Zustrom nicht ohne Beeinträchtigung seiner Funktionsweise und ohne Nachteile für die betroffenen Personen oder andere Schutz suchende Person auffangen kann.<sup>104</sup> Dieser vorübergehende Schutz endet grundsätzlich nach einem Jahr.<sup>105</sup>

Das Bestehen eines Massenzustroms von Vertriebenen wird durch einen Beschluss des Rates festgestellt, der mit qualifizierter Mehrheit ergeht (Art. 5 Richtlinie 2001/55/EG). Aufgrund des Beschlusses des Rates wird in allen Mitgliedstaaten der vorübergehende Schutz gemäß dieser Richtlinie zugunsten der Vertriebenen, die Gegenstand des Beschlusses sind, eingeführt. Die Mitgliedstaaten können den vorübergehenden Schutz auf andere Gruppen von Vertriebenen ausweiten, sofern sie aus den gleichen Gründen vertrieben wurden und aus demselben Herkunftsland oder derselben Herkunftsregion kommen. Hier besteht eine umgehende Unterrichtungspflicht gegenüber Rat und Kommission und es besteht kein Anspruch auf die Solidarität, die von Artt. 24, 25 und 26 der Richtlinie vorgesehen ist. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, angemessen unterzubringen oder ihnen Mittel für eine Unterkunft zu geben (Art. 13 RI. 2001/55/EG). Minderjährigen ist Zugang zum Bildungssystem zu gewähren (Art. 14 RI. 2001/55/EG). Die Richtlinie über den Massenzustrom von Vertriebenen geht davon aus, dass jeder Mitgliedstaat nur bestimmte Aufnahmekapazitäten besitzt, unterstellt zudem die Notwendigkeit einer fairen Lastenverteilung und Zusammenarbeit unter den Mitgliedstaaten und enthält Regelungen über die Rückkehr von Personen in ihre Herkunftsstaaten, die vorüber-

---

<sup>104</sup> Art. 2 lit. a) RI. 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 (ABl. EG L 212/3).

<sup>105</sup> Art. 4 Abs. 1, siehe aber auch Art. 6 Abs. 2 RI. 2001/55/EG.

gehenden Schutz genießen. Damit zeigt die Richtlinie die grundsätzliche Entscheidung eines Ausgleichs zwischen humanitärer Schutzverpflichtung in einer akuten grenzüberschreitenden Notlage und den Stabilitäts- und Leistungserfordernissen der mitgliedstaatlichen Verfassungsräume. Diese gebotene Auslegung des Sekundärrechts verstößt nicht gegen das Primärrecht, insbesondere nicht gegen Art. 18 EU-GRCharta, die kein subjektives Recht gegenüber der EU oder einem Mitgliedstaat auf Einräumung des Asylstatus vermittelt.

#### **h) Genfer Flüchtlingskonvention und EMRK**

Wichtigster Baustein der Migrationspolitik aus völkerrechtlicher Perspektive ist die Genfer Flüchtlingskonvention. Deren Bestimmungen sprechen (in Anlehnung an obige Ausführungen) nicht gegen den Vollzug der europäischen oder deutschen Gesetze. Die Konvention vermittelt keinen Anspruch auf Einreise, und gewiss nicht auf Einreise von einem sicheren Konventionsstaat in einen anderen. Art. 31 der Konvention erlaubt den Staaten den (sich unrechtmäßig im Land befindlichen) Flüchtlingen beim Wechsel des Aufenthaltsortes notwendige Beschränkungen aufzuerlegen. Art. 32 erlaubt eine Ausweisung von (sich rechtmäßig im Land befindlichen) Flüchtlingen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung innerhalb eines geregelten Verfahrens. Ein Verbot der Ausweisung (als ausländerrechtlicher Verwaltungsakt nach dem AufenthG, der die Rechtmäßigkeit eines Aufenthalts beendet) und Zurückweisung (Realakt/Zwangsmittel an der Grenze, weil die Einreisevoraussetzungen fehlen) nach Art. 33 der Konvention gilt, wenn der Flüchtling in ein Gebiet zurückgeschickt würde, in dem sein Leben oder seine Freiheit bedroht wäre (Refoulementverbot). Die Regelungen der Zuständigkeitsverteilung der Dublin-

Verordnung könnten insoweit als notwendige Beschränkung gesehen werden. Innerhalb der EU droht keinem Flüchtling und keinen subsidiär Schutzberechtigten eine Verfolgungsgefahr oder Bedrohungslage. Auch 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.

#### **IV. Systemische Defizite und Integrationsverantwortung des Bundes**

##### **1. 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.<sup>106</sup> 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 Dublinsys-

---

<sup>106</sup> Matthias Lehnert, Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen. Verwaltungskooperation – materiellen Rechtsgrundlagen – institutionelle Kontrolle, 2013, S. 27.

tem 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, 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.<sup>107</sup> 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 Asylbewerbern pro 1000 Einwohner in der Spitzengruppe. Deutschland und Dänemark nahmen 2014 mit 2,5 und 2,6 Asylbewerbern 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 Einwohner. Ein Land wie Spanien nahm sogar nur 0,1 Asylbewerber pro 1000 Einwohner im Jahr 2014 auf<sup>108</sup>, das Land sicherte aber auch die Außengrenze wirksamer als andere.

---

<sup>107</sup> Harald Dörig, Botschaftsentscheid für Flüchtlinge statt illegaler Schleusung, jM 2005,196 (199); auch in Relation zu Bevölkerungszahl nahm Deutschland deutlich mehr Asylbewerber auf als die meisten mediterranen Länder.

<sup>108</sup> Katrin Hirseland, Flucht und Asyl: Aktuelle Zahlen und Entwicklungen, APuZ 25/2015, 17 (20, Abbildung 1).

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,<sup>109</sup> so dass – in Deutschland angekommen – der erst-aufnehmende 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.<sup>110</sup>

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).<sup>111</sup> Mit einem Urteil vom

---

<sup>109</sup> 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 setzen. Siehe dazu „DIE WELT“, vom 2.9. 2014 („Wie Italien Flüchtlinge nach Deutschland umleitet“). 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 vom 14.4.2015, „Italien schickt Syrien-Flüchtlinge ohne Kontrolle nach Nord-Europa“).

<sup>110</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 u. C-493/10 (N.S. ua.); BVerfGE 128, 224 ff.; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 17. September 2014 - 2 BvR 1795/14.

<sup>111</sup> 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).



26. September 2014 hat das Verwaltungsgericht München systemische Mängel auch in *Ungarn* festgestellt.<sup>112</sup> Dies geschah, obwohl der Gerichtshof der Europäischen Union für 2013 keine systemischen Mängel im ungarischen Asylsystem festgestellt hat.<sup>113</sup> Das VG München setzte sich unter Berufung auf neuere Erkenntnisse darüber hinweg. Es ließen sich, so das Gericht „diverse Kritikpunkte“ zur Inhaftierungspraxis Ungarns im Zusammenhang 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“.<sup>114</sup>

### **1. Nichtbeachtung des Unionsrecht 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 wer-

---

<sup>112</sup> VG München, Urteil vom 26.9.2014 – M 24 K 14.50320.

<sup>113</sup> EuGH Urteil vom 10.12.2013 – C-394/12 – NVwZ 2014, 208.

<sup>114</sup> 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.

den. 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 Verantwortungszuweisungen 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 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 Konzessio-

nen 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 gesetzeswidriger 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 Eigenvornahme eine vorläufige, wirksame Grenzsicherung wieder aufzunehmen.

## **2. Integrationsverantwortung des Bundes für die Behebung von gravierenden Regelungsdefiziten**

### **a) Innerstaatliche Perspektive**

Den Topos der Integrationsverantwortung benutzte das Bundesverfassungsgericht vor allem im Lissabon-Urteil<sup>115</sup>, nachdem es bereits zuvor den Solange-Vorbehalt<sup>116</sup> und die Ultra-Vires-Kontrolle<sup>117</sup> als verfassungsgerichtliche Prüfsteine europäischer In-

---

<sup>115</sup> BVerfGE 123, 267 ff.

<sup>116</sup> BVerfGE 73, 339 ff.

<sup>117</sup> BVerfGE 58, 1 (30 f.); 89, 155 (188).

tegration etabliert hatte. Mit seinem ESM-Urteil<sup>118</sup> entwickelte das Gericht den Begriff der Integrationsverantwortung fort.

Die Integrationsverantwortung ist darauf gerichtet, dass die Verantwortlichen - das heißt, neben den gesetzgebenden Körperschaften, auch die Bundesregierung<sup>119</sup> - „bei der Übertragung von Hoheitsrechten und bei der Ausgestaltung der europäischen Entscheidungsverfahren dafür Sorge tragen, dass in einer Gesamtbeurteilung 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.“<sup>120</sup>

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 Staatstrukturen 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),<sup>121</sup> mit welchem die Verfassung gegenüber dem Bürger – ne-

---

<sup>118</sup> BVerfGE 135, 317 ff.

<sup>119</sup> BVerfGE 123, 267 (356).

<sup>120</sup> BVerfGE 123, 267 (356).

<sup>121</sup> BVerfGE 123, 267 (340).

ben dem Recht zur Wahl des Deutschen Bundestages und der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze bei dieser Wahl – einen über dies hinausgehenden Demokratiegehalt sicherstellen will.<sup>122</sup> 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.<sup>123</sup> 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.“<sup>124</sup>

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 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 poli-

---

<sup>122</sup> Vgl. BVerfGE 123, 267 (330).

<sup>123</sup> BVerfGE 123, 267 (341).

<sup>124</sup> BVerfGE 123, 267 (356).

tische 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.“<sup>125</sup> 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.“<sup>126</sup>

## **b) 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.

---

<sup>125</sup> BVerfGE 123, 267 (358).

<sup>126</sup> BVerfGE 123, 267 (343).

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.

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 Integration<sup>127</sup> 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.<sup>128</sup> Solche Spannungslagen durch Grenzöffnung können entstehen, wenn man daran denkt, dass die nach Deutschland unkontrolliert Einrei-

---

<sup>127</sup> BVerfGE 123, 267 (346 f.).

<sup>128</sup> Vgl. zu den Äußerungen des französischen Premierministers Manuel Valls, oben S. 21.



senden 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.

### **c) 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 (Ver-

tragsverletzungsverfahren) 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.

## **V. Rechts- und Verfassungswidrigkeit der Grenzöffnung?**

### **1. 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.<sup>129</sup> 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

---

<sup>129</sup> Siehe oben III. 1.

des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) steht die Schutzverantwortung gegenüber Flüchtlingen unter dem Vorbehalt von Kapazitätsgrenzen (vorhandene Aufnahmekapazitäten)<sup>130</sup>. Dies gilt umso mehr als der europäische Flüchtlingsbegriff tatbestandlich viel weiter reicht, als der Begriff der politischen Verfolgung in Art. 16 a GG.<sup>131</sup> In Deutschland scheint 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 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 und Durchsetzung von Kapazitätsgrenzen erfordert.

Selbst wenn man unterstellt, dass die Lage Ende August und Anfang September 2015 quasi im rechtfertigenden Notstand zu Guns-

---

<sup>130</sup> 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.

<sup>131</sup> Reinhard Marx, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht. Handbuch, 5. Auflage 2015, § 9 Rdnr. 76.

ten 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*.<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup> 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

---

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> Wolfgang Durner, Der Rechtsstaat in der Flüchtlingskrise, NVwZ-Editorial, Heft 21/2015.

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

## 2. Vorrang des Gesetzes

§ 15 AufenthaltsgG verpflichtet die zuständige Behörde, einen Ausländer, der unerlaubt einreisen will, an der Grenze zurückzuweisen. Auch § 18 Asyl(verfahrens)gesetz<sup>134</sup> verpflichtet die Grenzbehörden ohne Einräumung eines Ermessens Ausländern die Einreise zu verweigern, wenn sie aus einem sicheren Drittstaaten einreisen

---

<sup>134</sup> 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.

[...]

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 Aufenthaltsg) wurde offenbar im Verwaltungsvollzug ausgesetzt. Die Passpflicht ist durch § 14 AufenthaltsVO<sup>135</sup> 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 Entscheidungen 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 qualifizierter Mehrheitsentscheidung überantwortet ist. Auch eine Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nach

---

<sup>135</sup> Rechtsverordnung des Bundesministeriums des Innern auf der Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 99 Aufenthaltsg.

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 Gesetzesvorbehalt für eine solch weitreichende exekutive Ermächtigung zu stoßen.

### **3. 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<sup>136</sup>. In welchen Bereichen staatliches Handeln einer Rechtsgrundlage im förmlichen Gesetz bedarf, lässt sich

---

<sup>136</sup> BVerfGE 49, 89 (126 f.); 53, 30 (56); 88, 103 (116).

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 die Bürger“<sup>137</sup>, 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.

---

<sup>137</sup> BVerfGE 49, 89 (127).



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.

#### **4. 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.

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 Strafausschließungsgrund). 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 Mindestanforderungen 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.

## **VI. 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, zurzeit dürfte allerdings das erforderliche Mindestmaß an politischer Anstrengung eher unterschritten als erfüllt sein.<sup>138</sup> 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.<sup>139</sup>

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 Bundes-

---

<sup>138</sup> Siehe oben IV. 9.

<sup>139</sup> Kay Hailbronner, Handlungsspielräume zu Beschränkung des unkontrollierten Zugangs von Asyl suchenden, Freiherr vom Stein-Akademie für europäische Kommunalwissenschaften e.V., 2015, S. 3 ff.

verfassungsgerichts 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 zurückverlegt 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 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 zwei normative 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 eu-

ropäische 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 Bundesverfassungsgerichts<sup>140</sup>. 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

---

<sup>140</sup> BVerfGE 89, 155 ff.; 123, 267 ff.



auch auf die vom Freistaat Bayern bereits angebotenen landeseigenen Polizeikräfte im Wege der Vollzugshilfe<sup>141</sup> 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 Deutschland 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 ver-

---

<sup>141</sup> Siehe § 59 Abs. 1 BayPAG.

pflichtet sein, wirksame eigene Grenzsicherung an der Bundesgrenze zu betreiben.

## **C. Sachurteilsvoraussetzungen im Bund-Länder-Streitverfahren**

### **I. Statthafte Verfahrensart**

Die nach den obigen Ausführungen bestehenden Pflichten des Bundes können bei fortbestehender oder sich verschärfender Auseinandersetzung über die Frage, ob der Bund seiner Pflicht zur wirksamen Grenzsicherung hinreichend nachkommt, auch vor dem Bundesverfassungsgericht durchgesetzt werden. Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern über die Auslegung der Verfassung werden im Bund-Länder-Streitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ausgetragen, wobei die Beteiligten die jeweiligen Regierungen sind (§ 68 BVerfGG). Wenn der Freistaat Bayern sein politisches Anliegen, im Hinblick auf die Migrationspolitik der Bundesregierung durch das BVerfG eine Rechtsverletzung feststellen zu lassen, prozessual durchsetzen will, dann ist der Bund-Länder-Streit die statthafte Verfahrensart.

Der Bund-Länder-Streit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, § 13 Nr. 7, §§ 68 ff. BVerfGG) leistet einen Beitrag zur Sicherung der föderalen Ordnung, der in der Konstellation „Bund gegen Land“ oder „Land gegen Bund“ einen verfassungsrechtlichen Streit schlichten und dabei Klarheit über verfassungsrechtliche Pflichten und Rechte der Beteiligten herbeiführt. Der Bund-Länder-Streit ähnelt dem ebenfalls kontradiktorischen Organstreit und dient dem Schutz der betroffenen föderalen Körperschaft.

Das Bund-Länder-Streitverfahren ist ein kontradiktorischer Verfassungsprozess zwischen dem Bund und einem Land, wobei die jeweiligen Regierungen für Bund und Land handeln, deren Rechte also prozessual vertreten und ansonsten nach den Vorschriften über das Organstreitverfahren prozessieren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, § 13 Nr. 5, § 68, § 69, §§ 64 ff. BVerfGG).

Der Antrag im Bund-Länder-Streitverfahren ist nur zulässig wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das GG übertragenen Rechten und Pflichten verletzt und unmittelbar gefährdet ist. Identifiziert werden muss für die Beurteilung der Antragsbefugnis, um welche Maßnahme es geht und welche Bestimmung des Grundgesetzes verletzt sein könnte. Mit einer Maßnahme wird ein Handeln oder Unterlassen als Antragsgegenstand bezeichnet, aus dem sich ein rügefähiger Rechtsverstoß ergeben kann.

## **II. Antragsbefugnis im Bund-Länder-Streit**

Antragsbefugt im Sinne des § 69 in Verbindung mit § 64 Abs. 1 und Abs. 2 BVerfGG ist das Land, wenn es um ein Streitverhältnis geht, das von einem Bund und Land umspannenden materiellen Verfassungsrechtsverhältnis gekennzeichnet ist. Ein Verfassungsrechtsverhältnis liegt vor, wenn auf beiden Seiten des Organstreits Verfassungsorgane oder Teile von Verfassungsorganen stehen und diese um verfassungsrechtliche Positionen streiten.<sup>142</sup> Gefordert wird ein konkret im politischen Streit befindlicher (nicht nur als

---

<sup>142</sup> BVerfGE 118, 277 (318); Frank Schorkopf, in: Burkiczak/Dollinger/ Schorkopf (Hg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, § 64 Rdnr. 7.

Rechtsfrage abstrahierter) Vorgang, aus dem sich eine Beeinträchtigung des antragstellenden Landes ergeben kann.<sup>143</sup> Im vorliegenden Fall könnte der Freistaat Bayern aus der Länderperspektive geltend machen, dass der Bund seine Kompetenzen auf dem Gebiet der Einreise- und Einwanderungskontrolle nicht in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise wahrnimmt und dadurch die Kompetenzausübung der Länder gravierend behindert. Bei anhaltendem oder wieder ansteigendem Massenzustrom könnte sogar gerügt werden, dass das Verhalten des Bundes die Eigenstaatlichkeit der Länder gefährdet, weil die Einreise nicht kontrolliert wird und es bei Verstetigung dieser Situation den Ländern erschwert oder unmöglich gemacht werden könnte, die vom Homogenitätsprinzip des Art. 28 GG geforderte demokratische Rechtsstaatlichkeit zu wahren.

Wenn der Freistaat Bayern an ein Bund-Länder-Streitverfahren denken sollte, muss er sich auf ein Recht berufen können, dass durch das Verhalten des Bundes verletzt sein könnte. Fraglich ist, ob eine solche Konstellation geeignet ist, eine Antragsbefugnis zu begründen. Im Normalfall kann eine allgemeine Rücksichtnahmepflicht bei der Kompetenzausübung des Bundes gegenüber den Ländern nicht ohne weiteres im Bund-Länder-Streit eingeklagt werden.<sup>144</sup> Die Rücksichtnahmepflicht aus dem Prinzip der Bundestreue kommt erst dann in Betracht, wenn Rechtspositionen und Interessen des Landes durch ein bestimmtes politisches Verhalten des Bundes (Handeln oder Unterlassen) in einer schlüssig dargelegten Weise tatsächlich betroffen sind. Im Grunde wird verlangt,

---

<sup>143</sup> BVerfGE 109, 1 (10).

<sup>144</sup> BVerfGE 42, 103 (117); 95, 250 (266).

dass ein konkreter Streit („Meinungsverschiedenheit“) besteht, der eine Rechtsverletzung zulasten des Antragstellers zumindest möglich erscheinen lässt. Das Bundesverfassungsgericht soll nicht zur Klärung abstrakter Rechtsfragen oder als allgemeine Rechtsaufsicht über Regierungshandeln fungieren, ohne erkennbares Rechtsinteresse des Antragstellers.

### **III. Konkretes Streitverhältnis und Sachkonnexität**

Im vorliegenden Fall besteht ein überspannendes Verfassungsrechtsverhältnis in der kooperativ-föderalen Verantwortung für die Behandlung des Massenzustroms von Einreisewilligen, politisch Verfolgten oder Kriegsflüchtlingen. Die Konnexität der Kompetenz- und Pflichtverschränkung wird deutlich, wenn man nur eine einzige Norm aus dem Asylverfahrensrecht herausgreift. § 44 AsylG verpflichtet die Länder, „Asylbegehrenden die dazu erforderlichen Aufnahmeeinrichtungen zu schaffen und zu unterhalten sowie entsprechend ihrer Aufnahmequote die im Hinblick auf den monatlichen Zugang Asylbegehrender in den Aufnahmeeinrichtungen notwendige Zahl von Unterbringungsplätzen bereitzustellen“. Diese Pflicht kann sich erkennbar nur auf solche Asylsuchenden beschränken, die auf den gesetzlich vorgesehenen Wegen ins Land gekommen sind. Die Pflicht kann aber in der Zahl nicht ohne Obergrenzen der Aufnahmefähigkeit gelten, vor allem wenn der Bund seinerseits sich nicht seiner gesetzlichen Gebundenheit entsprechend verhält. Auch auf dem Gebiet der Strafrechtspflege führt der Bundesverzicht auf wirksame Einreisekontrollen, die der gesetzlichen Grundentscheidung entsprechen, zu unhaltbaren Zuständen. Die Staatsanwaltschaften der Länder müssen nach dem Legalitätsprinzip hunderttausende Verfahren einleiten, die Strafverfolgungsressourcen binden.

Die Konsequenzen und Auswirkungen für die Länder reichen darüber weit hinaus. Angesichts des Ausmaßes der Migrationskrise bestehen keine Zweifel daran, dass eine mit dem Bundesverhalten unmittelbar verknüpfte besondere Interessenlage der Länder besteht. Es geht hier demnach um alles andere als eine allgemeine Rechtsaufsicht über das Verhalten des Bundes mithilfe des Bundesverfassungsgerichts ohne erkennbares Rechtswahungsinteresse der Länder. Die Kontrolle über die Einwanderung ist die Kontrolle über die in Deutschland sich aufhaltende Bevölkerung, die durch die gerügte mangelhafte Gesetzesausführung des Bundes unmittelbar den Verantwortungsbereich der Länder bestimmt, die für Unterbringung, Versorgung, Schutz, aufenthaltsrechtliche Maßnahmen oder Integration zuständig sind. An dieses in dieser Form exzeptionelle föderale Abhängigkeitsverhältnis knüpft die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten an, der im Bund-Länder-Streitverfahren geforderte akzessorische Charakter ist demnach gewahrt. Das zugrundeliegende Prinzip der Bundestreue legt hier dem Bund die Pflicht auf, bei der Ausübung seiner Kompetenzen besondere Rücksicht auf die Belange der Länder zu nehmen, die bei unveränderter Sachlage eine Gefährdung ihrer Eigenstaatlichkeit und ihrer durch Art. 38 Abs. 1 GG benannten Staatstrukturen befürchten müssen.

#### **IV. Rechtsschutzbedürfnis**

Am Rechtsschutzbedürfnis fehlt es, wenn dem Antragsteller zur Verfolgung seines Prozessziels außerhalb des Organstreits und außerhalb eines Rechtsstreits andere, im Ergebnis gleichwertige verfassungsrechtlich zumutbare Wege, vor allem politischer Art, of-

fen stehen.<sup>145</sup> Vorliegend könnte man daran denken, dass der Freistaat Bayern politisch über die Beteiligung der CSU an der Bundesregierung offen stehende Wege nutzen muss, um sein Antragsziel zu erreichen. Das Rechtsschutzbedürfnis des Freistaates Bayern entfällt allerdings nicht deshalb, weil die CSU mit der Mehrheit ihrer Abgeordneten im bayerischen Landtag die antragstellende Landesregierung trägt und zugleich die Bundestagsabgeordneten derselben Partei die gegnerische Bundesregierung unterstützen. Im Bund-Länder-Streitverfahren kommt es nicht auf die parteipolitische Teilidentität der Parteien an, denn formell handelt es sich um verschiedene Körperschaften. Auch bei materiell politischer Gewichtung, kann eine politische Kraft, die nicht aus eigener Mandatierung mehrheitlich die Bundesregierung zu tragen imstande, weil sie nur Koalitionspartner ist, nicht den verfassungsrechtlichen Streit zwischen Bund und betroffenem Land auf anderem Wege lösen, weil sie dazu über keinen wirksamen Hebel verfügt. Zumindest müsste die Mehrheit der gegenwärtigen Bundesregierung von den Stimmen der CSU-Abgeordneten abhängen, was nicht der Fall ist, weil die Abgeordneten der CDU und der SPD im Deutschen Bundestag auch ohne die Abgeordneten der CSU über die Kanzlermehrheit verfügen. Selbst wenn das anders wäre, so könnte man allenfalls im Organstreitverfahren einer Fraktion, die zugleich die Bundesregierung trägt einen Antrag gegen die Bundesregierung unter Rechtsschutzgesichtspunkten für problematisch halten, nicht aber im Bund-Länder-Streit. Angesichts der Freiheit des Mandats (Art. 38 Abs. 1 GG) darf nicht von einer Weisungsunterworfenheit gegenüber einem Parteivorsitzenden, der zugleich Bayerischer Ministerpräsident ist, ausgegangen werden. Nur wenn eine solche Weisungsabhängigkeit bestünde, würde eine Rechtsentscheidung

---

<sup>145</sup> BVerfGE 68, 1 (78).



durch das Bundesverfassungsgericht unnötig sein, weil dann im politischen Raum wirksame Maßnahmen zur Verfügung stünden. Angesichts der bestehenden politischen Divergenzen und der Mehrheitsverhältnisse kann aber keine Rede davon sein, dass die Bayerische Staatsregierung über politische Hebel in Berlin verfügt, die einen Rechtsstreit als objektiv unnötig erscheinen lassen.

## V. Frist

Die Vorschriften über das Bund-Länder-Streitverfahren enthalten nur mit § 70 BVerfGG eine Fristbestimmung für die Anfechtung des Beschlusses des Bundesrates nach Art. 84 Abs. 4 Satz 1 des Grundgesetzes, die vorliegend nicht einschlägig ist. Ansonsten wird auf die Bestimmungen zum Organstreitverfahren verwiesen (§ 69 BVerfGG), so dass § 64 Abs. 3 BVerfGG gilt. Danach muss der Antrag binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden. Ausgangspunkt für die Frist ist die beanstandete Maßnahme. Der Fristlauf wird in Gang gesetzt durch eine rechtserhebliche Maßnahme oder durch ein rechtserhebliches Unterlassen. Wenn es um den Erlass eines Gesetzes oder um Verwaltungsakte geht, lässt sich die Frist regelmäßig exakt bestimmen, wenn es um das Handeln von Verfassungsorganen im Prozess der Staatsleitung geht, vor allem bei einem Unterlassen, entstehen häufig Schwierigkeiten. Im vorliegenden Fall kommt als die den Streit hervorrufende *Maßnahme* unter anderem die Entscheidung zur Grenzöffnung um den 4. September 2015 herum in Betracht. Die Politik der offenen Grenzen aus humanitären Gründen bedeutete in der Sache einen Verzicht auf das Zurückweisungsrecht aus § 18 Asylgesetz und die Aussetzung von wirksamen Einreisekontrollen. Da-

mit würde jedenfalls die Antragsfrist vor März 2016 nicht verstrichen sein. In der hier vorliegenden besonderen Konstellation ist jedoch von Bedeutung, dass das punktuelle aktive Tun der Grenzöffnung allein noch nicht die volle Belastungssituation für die Länder hervorruft, sondern von dort aus der Übergang in einen lange andauernden Verzicht auf Gesetzesvollzug und effektive Einreisekontrolle mit einem entsprechenden Einreisevolumen. Es mag deshalb durchaus vertretbar sein anzunehmen, dass die aktive Entscheidung der Bundeskanzlerin und des Bundesministers des Innern zur Grenzöffnung zu diesem Zeitpunkt Anfang September für sich genommen noch nicht die Qualität erreicht hatte, um eine im Bundesländer-Streitverfahren rügefähige verfassungsrechtliche Rechtsverletzung der Länder zu bewirken. Insofern kann prozessual relevant der streitauslösende Anlass in der massiven Gefährdung von Länderinteressen durch die Entscheidung zur Grenzöffnung gesehen werden oder dann zusätzlich in der Verwirklichung der Gefahr, die entweder inzwischen bereits zu konstatieren ist oder auch bei einem Anhalten der Einreisetätigkeit erst im Jahresverlauf 2016 fassbar werden wird.

Der Zeitpunkt des Beginns des Fristlaufs hängt insofern davon ab, ob ein verfassungswidriges Tun oder ein Unterlassen als Anlass des Streits zugrunde gelegt wird. Unter Unterlassungsgesichtspunkten dürfte die Frage erheblich sein, ob der Flüchtlingsstrom einerseits anhält und andererseits die Politik der offenen Grenzen nicht durch wirksame Gegenmaßnahmen des Bundes (beispielsweise auf europäischer Ebene) ausgeglichen wird. Gegebenenfalls müsste die Bayerische Staatsregierung die verantwortlichen Bundesorgane, insbesondere die Bundesregierung förmlich auffordern, nach der durch das verfassungsrechtliche Rechtsverhältnis gebo-

tenen Weise tätig zu werden.<sup>146</sup> Die Ablehnung eines solchen Tätigwerdens würde dann den Fristlauf im Hinblick auf ein rechtserhebliches *Unterlassen* in Gang setzen. Da der Prozess des Massenzustroms und die womöglich einseitigen oder abgestimmten Reaktionen im europäischen Handlungsgefüge die Sachlage beinahe täglich verändern, müsste darüber hinaus und abhängig von der künftigen Entwicklung auch erwogen werden, den Fristlauf neu beginnen zu lassen. Zurzeit (Januar 2016) ist jedenfalls die Antragsfrist nach § 64 Abs. 3 BVerfGG nicht verstrichen.

---

<sup>146</sup> Vgl. Frank Schorkopf, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Neuausgabe 2015, § 64 Rdnr. 28.

## D. Zusammenfassung in Thesen

- I. 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 bundesschädigender 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.
  
- II. 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.

- III. 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.
- IV. 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.
- V. Das Grundgesetz setzt die Beherrschbarkeit der Staatsgrenzen und die Kontrolle über die auf dem Staatsgebiet befindlichen Personen voraus.

- VI. 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.
- VII. 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.

- VIII. 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 Individualrechts mit Stabilitäts- und Leistungserfordernissen des demokratischen Gemeinwesens.
- IX. 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.
- X. 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.

- XI. 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.
- XII. 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.

Bonn, den 8. Januar 2016

Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio

## E. Literaturverzeichnis

*Bast, Jürgen*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, Tübingen 2011.

*Bast, Jürgen*, Transnationale Verwaltung des europäischen Migrationsraums, *Der Staat* 46 (2007), 1 – 32.

*Bauer, Hartmut*, Die Bundestreue, Tübingen 1992.

*Bauer, Hartmut*, Art. 20 in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 2. Auflage, Tübingen 2006.

*Bergmann, Jan* (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2015.

*Bethge, Herbert*, § 64 in: Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (Hrsg.), Bundesverfassungsgesetz, Kommentar, Loseblatt München, Stand: 37. Lieferung (Februar 2012).

*Calliess, Christian*, Art. 2 EUV in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Auflage, München 2011.

*Cox, Noel*, The Acquisition of Sovereignty by Quasi-States: The Case of the Order of Malta, *Mountbatten Journal of Legal Studies* (im Erscheinen), 26 – 47

*Di Fabio, Udo*, Das Recht offener Staaten, Tübingen 1998.

*Doehring, Karl*, Völkerrecht, 1. Auflage, Heidelberg 1999.

*Dörig, Harald*, Botschaftsentscheid für Flüchtlinge statt illegaler Schleusung, *jM* 2015, 196 ff.

*Durner, Wolfgang*, Der Rechtsstaat in der Flüchtlingskrise, *NVwZ-Editorial*, Heft 21/2015.

*Grzeszick, Bernd*, Art. 20 in: Maunz, Theodor/Dörig, Günter, Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt, München, Stand: 46. Lieferung (März 2006).

*Hailbronner, Kay*, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage, Stuttgart 2014.

*Hailbronner, Kay*, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte in: Vitzthum, Wolfgang Graf (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Auflage, Berlin 2010, S. 147 – 263.

*Hailbronner, Kay*, Handlungsspielräume zu Beschränkung des unkontrollierten Zuzugs von Asyl suchenden, Rechtsgutachten für die Freiherr vom Stein-Akademie für europäische Kommunalwissenschaften e.V. (Hrsg.), Stuttgart 2015.

*Heid, Daniela*, Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in: Dausen, Manfred (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Kommentar, Loseblatt, München, Stand: 37. Lieferung (April 2015).

*Heintzen, Markus*, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht. Zugleich zum Standort des föderalen Kompetenzrechts im Verfassungsgefüge, Habilitationsschrift, Typoskript, Bonn 1993.

*Herbst, Tobias*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, Tübingen 2014.

*Herdegen, Matthias*, Völkerrecht, 14. Auflage, München 2015.

*Hesse, Joachim Jens*, Staatsversagen? Bankrotterklärung Europas? Anmerkungen zur Flüchtlingskrise, ZSE 3/2015, 336 – 355.

*Hirseland, Katrin*, Flucht und Asyl: Aktuelle Zahlen und Entwicklungen, APuZ 65 25/2015, 17 – 25.

*Huber, Berthold*, Das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, NVwZ 2015, 1178 – 1183.

*Jellinek, Georg*, Allgemeine Staatslehre, 1. Auflage, Berlin 1900.

*Jestaedt, Matthias*, § 29 Bundesstaat als Verfassungsprinzip in: I-sensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004.

*Khan, Daniel-Erasmus*, Die deutschen Staatsgrenzen, Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfragen, Tübingen 2004.

*Korioth, Stefan*, Art. 30 in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt, München, Stand: 46. Lieferung (März 2006).

*Lehnert, Matthias*, Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen. Verwaltungskooperation – materielle Rechtsgrundlagen – institutionelle Kontrolle, Baden-Baden 2014.

*Lerche, Peter*, Forschungsfreiheit und Bundesstaatlichkeit, in: Lerche Peter (Hrsg.), Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag am 1. September 1981, München 1981, S. 215 – 229.

*Lorz, Ralph Alexander*, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, Tübingen 2001.

*Lowe, Alan Vaughan*, International Law, 1st Edition, Oxford 2007.

*Marx, Reinhard*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, Handbuch, 5. Auflage, Baden-Baden 2015.

*Mrozek, Anna*, Zwischen „Raum der Freiheit“, „Raum der Sicherheit“ und „Raum des Rechts“ – der Mechanismus des supranationalen Grenzschutzes an den europäischen Außengrenzen, ZAR 11-12/2014, 393 – 399.

*Ossenbühl, Fritz*, Abschied von der Ländertreue?, NVwZ 2003, 53.

*Ruffert, Matthias*, Die unionsverfassungsrechtlichen Grundlagen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Pache, Eckhard (Hrsg.), Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ?, Baden-Baden 2005, 14 - 33.

*Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage, München 2014.

*Schmidt, Adela*, Die vergessene Richtlinie 2001/55/EG für den Fall eines Massenzustroms von Vertriebenen als Lösung der aktuellen Flüchtlingskrise, ZAR 7/2015, 205 – 212.

*Schorkopf, Frank*, § 64 in: Burkiczak, Christian/Dollinger, Franz Wilhelm/Schorkopf, Frank (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Heidelberg 2015.

*Schröder, Jan Ulrich*; Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, Berlin 2007.

*Zacher, Hans Friedrich*, § 28 Das soziale Staatsziel, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004.