

BDVR-Rundschreiben

Zeitschrift für die Verwaltungsgerichtsbarkeit

Aus dem Inhalt

- Dokumentation: Kleiner Verwaltungsgerichtstag in Halle
- Der Flüchtlingsstreit und das Recht
- Interview mit Bundesjustizministerin Barley

INHALTSVERZEICHNIS

Impressum

Herausgeber | Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
Haus des Rechts, Kronenstraße 73, 10117 Berlin
www.bdvr.de
www.verwaltungsgerichtstag.de

Verantwortlich i.S. des Pressegesetzes | Markus Rau,
Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin

Redaktion | Dr. Florian von Alemann, Rudolf Böcker,
Dr. Nicole Castillon, Alice Fertig, Antonia Kästle,
Dr. Claudia Perlitius, Markus Rau, Dr. Justus Rind,
Rautgundis Schneidereit, Christiane Stopp

Manuskripte und Zuschriften an | RiVG Markus Rau,
Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin,
Telefon: 030/9014-8536, redaktion@bdvr.de

Urheber und Verlagsrechte | Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlags. Mit der Annahme des Beitrags zur Veröffentlichung erwirbt der Verlag alle ausschließlichen Verlagsrechte für die Zeit des Bestehens des Urheberrechts. Diese umfassen insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und die Befugnis zur Einspeicherung des Beitrags in eine Datenbank, verbunden mit dem Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung (online oder offline) zu gewerblichen Zwecken ohne zusätzliche Vergütung. Das ausschließliche Recht an einer elektronischen Version des Beitrags erwirbt der Verlag ohne zeitliche Begrenzung. Namentlich gekennzeichnete Beiträge stellen die Meinung der Autoren dar. Die Redaktion behält sich die Kürzung von Beiträgen vor. Unverlangt eingesendete Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag. Veröffentlichte Fotos stammen von »privat«, sofern diese nicht namentlich gekennzeichnet sind.

Adressänderungen an | RiVG Antonia Kästle,
Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin,
Telefon: 030/9014-8546, adressen@bdvr.de

Verlag | Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG
Scharstraße 2, 70563 Stuttgart, Telefon 0711/7385-0,
Telefax 0711/7385-100, b.stotz@boorberg.de,
www.boorberg.de

Anzeigen | Roland Schulz, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharstraße 2, 70563 Stuttgart,
Telefon: 0711/7385-0, Telefax 0711/7385-100,
anzeigen@boorberg.de,
es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 13 vom 1.1.2017

Erscheinungsweise | viermal jährlich

Bezugspreise | Jahresbezugspreis im Abonnement EUR 85,- inklusive Zustellgebühr. Die Berechnung des Abonnements erfolgt jährlich im Voraus. Einzelheft EUR 20,50 zuzüglich Versandkosten. Bestellungen nehmen der Verlag und alle Buchhandlungen entgegen.
Eine Abbestellung kann frühestens zum Jahresende gültig werden, wenn Sie dem Verlag spätestens sechs Wochen vor Jahresende vorliegt.

Satz | Reemers Publishing Services. www.reemers.de
Produktion | Laupp & Göbel, Robert-Bosch-Str. 42,
72810 Gomaringen, www.meine-druckerei.de

ISSN | 2511-7599

BDVR-Rundschreiben 3 | 2018

VORWORT 3

VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT

Der neunte »Kleine Verwaltungsgerichtstag«
am 03. und 04.05.2018 in Halle 4
Einwanderungsgesetz: Entwürfe – Chancen – Kritik 6
Staat und Religionen: Rechtliche Positionsbestimmungen 12

KONTROVERSE

Der Flüchtlingsstreit und das Recht – eine Nachlese 21

EUROPA

»Überraschungsbesuch« in Paris beim Conseil d'Etat 40
Die bulgarische Verwaltungsgerichtsbarkeit am Beispiel
des VG Varna 42
Aktuelle Rechtsprechung von EuGH und EGMR 43

IM GESPRÄCH

Interview mit der Bundesministerin für Justiz und
Verbraucherschutz Dr. Katarina Barley 48

BUCHBESPRECHUNG

Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher
Unabhängigkeit und Gesetzesbindung 50

AUS DEN MITGLIEDSVERBÄNDEN

Bayern
Planungen zu Betrieb und Ausstattung der sog. ANKER-Zentren 51

PERSONALIA

BVerwG: Bundesrichterwahlen 52

VERANSTALTUNG

19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag in Darmstadt vom
15. – 17.05.2019 52

Information zur nächsten Ausgabe

Die Redaktionssitzung für das Heft 4 | 2018 findet im Oktober 2018 statt. Abgabeschluss für Beiträge und Artikel ist der 10. Oktober 2018. Artikel und Fotos bitte per E-Mail an Markus Rau, redaktion@bdvr.de.



Liebe Leserinnen und Leser,

kurz vor dem Sommerloch gab es dieses Jahr noch einen richtigen Aufruhr: CDU und CSU hatten sich im Juni heillos über die Asylpolitik zerstritten. Der »Flüchtlingsstreit« wurde ungewöhnlich scharf geführt, der Bruch der Fraktionsgemeinschaft oder zumindest der Rücktritt des Innenministers in Aussicht gestellt. Kern des Streits war die Frage, ob Asylsuchende, die bereits in einem anderen EU-Mitgliedsstaat registriert sind, an der Grenze zurückgewiesen werden dürfen. Während Horst Seehofer sich vehement für die Zurückweisung aussprach, wollte Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel unbedingt eine gemeinsame europäische Lösung finden. Schließlich einigten sich beide Seiten auf einen Kompromiss in Form des »Asylpakets«. Im Zuge der teilweise sehr emotional geführten Auseinandersetzung diskutierten viele Beteiligte über den rechtlichen Rahmen, innerhalb dessen sich politisches Handeln an den deutschen Grenzen halten muss. Markus Rau gibt in diesem Heft einen Überblick über die verschiedenen Positionen. Nutzen Sie den frischen Elan nach den Sommerferien, um das Asylchaos zu sortieren!

Hinter den vordergründigen Konflikten, die den Weg immer wieder in die Medien finden, geht es indes oft um etwas Grundlegenderes: um unsere Identität und um die Frage, ob und inwieweit die Flüchtlingskrise eine Bedrohung für diese Identität darstellt. Der neunte »Kleine Verwaltungsgerichtstag« widmete sich Anfang Mai diesem Thema. In der 300 Jahre alten Bildungsstadt Halle an der Saale setzten sich die Teilnehmer mit der deutschen Identität, dem Entwurf eines Einwanderungsgesetzes und dem Verhältnis von Staat und Religion auseinander. Einen Bericht über den Verwaltungsgerichtstag und auch die Standpunkte zweier Referenten zu den Themen »Einwanderungsgesetz« und »Staat und Religion« können Sie in diesem Heft nachlesen.

Zurück in den Alltag an den Gerichten führt uns das Interview mit der neuen Bundesjustizministerin Dr. Katarina Barley. Wie sollte es anders sein, geht es darin um die hohe Zahl an asylgerichtlichen Verfahren, die an deutschen Verwaltungsgerichten anhängig sind, und natürlich vor allem um den Abbau und die Beschleunigung dieser und auch anderer Verwaltungsgerichtsverfahren. Ministerin Barley äußert sich über Reformbedarf und Reformbemühungen im Asylrecht und im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht.

Und dieses Thema wird uns wohl noch eine ganze Weile beschäftigen. Nach den derzeit vorliegenden Eingangszahlen wird die Zahl der anhängigen Verfahren an den Verwaltungsgerichten in Deutschland in diesem Jahr zwar nicht mehr wesentlich ansteigen. Sie wird voraussichtlich aber auch nicht deutlich abnehmen. Wenn wir die guten Verfahrenslaufzeiten, die wir in

den vergangenen Jahren erreicht haben, beibehalten wollen, dürfen wir uns mit dieser Situation nicht zufrieden geben. Denn eine Zahl von 350.000 bis 400.000 anhängigen Verfahren, wie sie Ende des Jahres 2017 bestanden hat, würde mittelfristig zu deutlich längeren Verfahrenslaufzeiten führen, als wir sie derzeit noch haben. Auf diesen Punkt werden wir sowohl in unseren Gesprächen mit den zuständigen Ministerien als auch in der Öffentlichkeit weiter hinweisen und die Unterstützung der Politik beim Abbau der anhängigen Verfahren einfordern. Im Kern wird es dabei um die Erhaltung der personellen Verstärkungen gehen, die wir in den vergangenen Jahren erhalten haben und darüber hinaus um vorübergehende weitere personelle Unterstützung. Insoweit steht auch nicht zu befürchten, dass zusätzliches Personal nach dem Abbau der in den vergangenen Jahre aufgelaufenen Verfahren ohne Beschäftigung sein wird. In den kommenden zehn Jahren werden bundesweit über 900 Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter pensioniert werden. Das ist fast die Hälfte des derzeitigen Personalbestandes der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wer jetzt weiteres Personal einstellt, handelt daher nicht fiskalisch verantwortungslos, sondern rechtsstaatlich vorausschauend, indem er für die kommende Pensionierungswelle vorsorgt.

Die politische Diskussion wird sich aber nicht nur um personelle Verstärkung für die Verwaltungsgerichte drehen. Es wird auch darum gehen, ob und auf welche Weise das Asylverfahrensrecht, das Asylprozessrecht und die Durchsetzung der ergehenden Entscheidungen verbessert werden kann. Im Zentrum unserer Aufmerksamkeit werden dabei natürlich die Vorschläge aus der Politik zur Änderung des Asylprozessrechts stehen. Hier werden derzeit vor allem Maßnahmen diskutiert, die darauf zielen, die Fähigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu einheitlicher Rechtsprechung zu stärken. Wir werden unser Augenmerk aber auch auf das Asylverfahrensrecht, beispielsweise die Qualität der Anhörungen, lenken. Denn mit dem Ergebnis des behördlichen Verfahrens müssen wir in unseren Gerichtsverfahren umgehen. Und je qualitativ besser dieses Ergebnis ist, umso leichter fällt es uns auch, unsere Verfahren zu entscheiden.

Schließlich dürfen wir auch die Umsetzung unserer Entscheidungen nicht aus dem Blick nehmen. Als Richter tragen wir von Berufs wegen eine besondere Verantwortung für die Wahrung rechtsstaatlicher Verhältnisse in Deutschland. Rechtsstaatlichkeit bedeutet, dass verbindliche Regelungen in den Parlamenten aufgrund eines rationalen Diskurses geschaffen werden, dass diese Regelungen dann von der Verwaltung auf den Einzelfall angewendet werden, die Richtigkeit dieser Gesetzesanwendung von den Gerichten kontrolliert und die Ergebnisse dieses Prozesses schließlich Realität werden, die wiederum Ausgangspunkt für den Willensbildungsprozess in den Parlamenten ist. Wir können daher nicht damit zufrieden sein, wenn unsere Entscheidungen nicht respektiert und umgesetzt werden!

Viel Spaß beim Lesen wünscht Ihnen Ihr

Robert Seigmüller



Der neunte »Kleine Verwaltungsgerichtstag« am 03. und 04.05.2018 in Halle

Anlässlich des in diesem Jahr auf Einladung des BDVR in Halle bei strahlendem Sonnenschein durchgeführten 9. Kleinen Verwaltungsgerichtstags versammelten sich in der altherwürdigen Aula des Löwengebäudes der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg mehr als 130 Richter der Verwaltungsgerichte aus ganz Deutschland. Nach dem Empfang der auswärtigen Gäste mit von den Kollegen des Verwaltungsgerichts Halle handgefertigtem Gebäck und Kaffee hieß der Vorsitzende des BDVR Herr Dr. Robert Seegmüller die Teilnehmer der Tagung willkommen. Diese stand im Zeichen der durch die aktuelle Migrations- und Flüchtlingsdiskussion in den Mittelpunkt gerückten Fragen des Verhältnisses von Staat und Religion zueinander und der auch in der aktuellen politischen Diskussion aufgeworfenen Behauptung des nachhaltigen Einflusses des Islam auf die nationale Identität.

Mit seinen einleitenden Worten schlug Herr Dr. Robert Seegmüller den Bogen von der 1698 in Halle gegründeten Franckschen Stiftung als Ausgangspunkt der sozial-humanistischen Bildung zur aktuellen Diskussion der die Medien beherrschenden Flüchtlingskrise und der hiermit in den Fokus getretenen Frage nach dem heutigen Verständnis nationaler Identität. Durch den starken Anstieg der Flüchtlingszahlen seit 2015 sind die Folgen der Migration in allen Bereichen der Gesellschaft verstärkt in das allgemeine Interesse gerückt. Im Fokus der allgemeinen Diskussion stehen zwar vielfach Schlagwörter wie Sprache, Leitkultur, deutsche Identität oder Werteordnung, ohne dass sie mit Inhalt ausgefüllt sind. Diesem Problem nahm sich der diesjährige Verwaltungsgerichtstag mit dem Ziel an, diese Begriffe näher zu beleuchten

Nach dem Grußwort der Ministerin für Justiz und Gleichstellung des Landes Sachsen-Anhalt Frau Anne-Marie Keding, die die Teilnehmer herzlich willkommen hieß, folgte mit dem ersten Redebeitrag von Herrn Prof. Dr. em. Reinhard Merkel Professor Emeritus für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg zum Thema »Deutsche Identität im Schatten der Flüchtlingskrise« eine kritische Auseinandersetzung mit der deutschen Flüchtlingspolitik, bei der der Referent nicht die rechtlichen Voraussetzungen, etwa der Genfer Flüchtlingskonvention oder des § 16a Grundgesetz thematisierte, sondern sich allein mit der politischen Dimension der Migration auseinandersetzte, um zunächst festzustellen, dass die Bevölkerung Deutschlands in den Entscheidungsprozess nicht einbezogen worden sei. Diese sei auch nicht dazu befragt worden, ob sie die mit der Migration einhergehenden Veränderungen wolle. Es sei ein Fehler, dass die Politik der Bevölkerung den mit der Zuwan-

derung einhergehenden Wandel allein als Chance zu verkaufen versuche und sie auf damit einhergehende Zumutungen einstimme.

In soziokultureller Hinsicht sei die ungebremsste Zuwanderung bedenklich. Der Staat habe die Pflicht, freiheitsfeindliche Weiterungen des Wandels zu verhindern und den kulturhistorischen Vorrang der einheimischen Bevölkerung zu gewährleisten. Diese habe ein Recht auf den Erhalt ihrer nationalen kulturellen Identität. Zu ihrem Schutz dürfe der Staat auf normativer Grundlage restriktive Bestimmungen erlassen. Dementsprechend können zum Schutz des aufnehmenden Landes Grenzen gezogen werden. Dies sei gerade auch zum Schutz der kulturellen Identität erforderlich, die nachhaltig durch die Religion geprägt werde. Insbesondere der Islam sei hier kritisch zu betrachten. Zwar gebe es nicht »den Islam«, sondern nur diverse unterschiedliche Ausrichtungen. Es sei aber festzustellen, dass bei Muslimen grundsätzlich die konservativen Überzeugungen überwiegen. Dieser konservativ-islamische Hintergrund vieler Migranten lasse wenig Optimismus, dass sich die Menschen großflächig in eine liberale Gesellschaft integrieren. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass der Anteil der Muslime in der europäischen Bevölkerung steige, ohne dass es zu einer Integration komme.

Hinzu komme aber auch, dass der weit überwiegende Teil der Flüchtlinge keinen Anspruch auf ein dauerhaftes Bleiberecht in Europa habe. Ihre Aufnahme sei ein Irrtum, der weder unter finanziellen, moralischen noch kulturellen Aspekten zu rechtfertigen sei. Hinzu komme, dass weniger als 1 % der Migranten politisch verfolgt sei. Aber auch die Aufnahme der Migranten führe nur zur Pflicht des Staates, diesen das schiere Überleben zu ermöglichen. Ein Recht auf eine weitere Teilhabe folge daraus nicht. Eine Ausnahme gelte allein für politisch Verfolgte und Kriegsflüchtlinge, etwa aus Syrien, wobei Letztere aber nach Ende des Konfliktes umgehend zurückzuführen seien. Die Aufnahme von Armutsflüchtlingsen sei hingegen kein unabweisbares Gebot.

Anschließend setzte sich Prof. Dr. Winfried Kluth (Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) in seinem Vortrag mit der Problematik eines »Einwanderungsgesetz(es): Entwürfe – Chancen – Kritik« auseinander. Er stellte fest, dass sich Deutschland seit 2014 zu einem modernen Einwanderungsland entwickelt habe. Es gehöre weltweit zu den fünf Staaten mit der höchsten Zahl von Migranten und sei damit ein durch Einwanderung geprägtes Land, die durch ein Einwanderungsgesetz gesteuert werden sollte. Statt irregulärer Migration wäre die Stärkung der legalen Zuwanderung möglich, etwa

die qualifizierte Zuwanderung zur Bekämpfung des Fachkräftemangels. Durch entsprechende Regelungen wäre die Handhabung der Einwanderung leichter und die Aufnahmebereitschaft in der Bevölkerung würde gleichzeitig ansteigen. Dementsprechend existieren diverse Vorschläge der politischen Parteien für ein Einwanderungsgesetz. Nach dem von ihm zusätzlich vorgestellten Halleschen Entwurf für ein Einwanderungsgesetz sei ein grundsätzliches Recht auf Einreise und Aufenthalt als grundlegend und dementsprechend der Wegfall der Visasteuerung und der Befristung der Aufenthaltstitel erforderlich. Eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Migrationspfaden sei entbehrlich. Statt dessen seien begründungsbedürftige Beschränkungen auf der Grundlage anerkannter Rechtfertigungsgründe und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung einzuführen. Hierzu sei das Abwägungssystem des § 53 AufenthG heranzuziehen.

Die sämtlichen Entwürfen entgegengebrachte Kritik der schweren Verständlichkeit, unzureichenden Systematik und komplizierten Anwendung sei zwar berechtigt. Diese Probleme könnten aber im administrativen Bereich durch eine höhere Flexibilität ausgeglichen werden. Dies sei auch wünschenswert, wie ein Blick auf die Frage der Fachkräftezuwanderung zeige. Obwohl der Bedarf unbestritten sei und Deutschland zwischenzeitlich in der EU-Binnenmigration sehr erfolgreich als Rattenfänger tätig gewesen sei, gebe es inzwischen viele Rückwanderungen. Probleme ergeben sich hier vielfach aus der Berufsqualifikation, da Deutschland über das am stärksten formalisierte Ausbildungswesen verfüge, während viele anerkannte Flüchtlinge keinerlei berufliche Qualifikation aufzuweisen haben. Hier seien dynamische bzw. offene Ausbildungsformate zu schaffen, etwa ein Punktesystem zu entwickeln.

Es sei allerdings eine Illusion, zu meinen, dass ein Einwanderungsgesetz wesentlich zu einem gesellschaftlichen Wandel beitragen könne. Dies erfordere vielmehr die Verständigung im jeweiligen Umfeld, Erfolge bei der Kooperation und Integration und der gleichberechtigten Förderung aller Interessen.

Mit der Stadtführung durch die historische Altstadt und einem anschließenden gemeinsamen Abendessen »Im Krug zum grünen Kranze« an der Saale klang der Tag harmonisch aus.

Am Freitag startete Herr Prof. Dr. Claus Dieter Classen (Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald und Richter am Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern) den zweiten Tag mit dem Thema »Staat – Religion – Islam Teil 1« mit dem Ziel einer rechtlichen Positionsbestimmung. Er führte aus, dass die Beachtung religiöser Vorgaben im alltäglichen Leben dem Schutzbereich der Religionsfreiheit unterfalle, ohne dass der staatliche Steuerungsanspruch dadurch gefährdet werde. Dabei sei der Staat zur Gleichbehandlung aller Religionen verpflichtet. Auch der Islam und die sich zu ihm bekennenden Personen hätten den gleichen

Anspruch auf Schutz, der auch jeder anderen Religion gewährt werde. Der Staat als »Heimstatt aller Bürger« dürfe nicht zwischen verschiedenen Religionen unterscheiden und für eine Religion Zugeständnisse machen, die für andere nicht gelten. Zwar bestehe die Möglichkeit des Staates zu Eingriffen. Gesetzliche Regelungen hinsichtlich bestimmter Religionen seien aber nicht zuzulassen. Zudem sei jeder Eingriff durch ein konkretes Rechtsgut zu rechtfertigen; kulturelle Traditionen würden Grundrechtseingriffe nicht rechtfertigen. Dementsprechend sei ein Verbot des Tragens religiös motivierter Kleidung in der Öffentlichkeit nicht gerechtfertigt. Dies gelte auch für arbeitsrechtliche Verbote, etwa hinsichtlich des Tragens von Kopftüchern. Allerdings könne wegen der Neutralitätspflicht das Tragen von Kopftüchern im öffentlichen Dienst aufgrund einer gesetzlichen Grundlage untersagt werden. Dies sei im Bereich der Justiz sowohl bei Berufsrichtern als auch bei ehrenamtlichen Richtern ohne Weiteres anzunehmen. Allerdings könne eine positive Grundeinstellung gegenüber Gesellschaft und Staat entsprechend der Regelung des österreichischen Islamgesetzes nicht verlangt werden.

Als letzter Referent führte Volker Beck (Lehrbeauftragter am Centrum für Religionswissenschaftliche Studien (CERES) der Ruhr-Universität Bochum und ehemaliger Bundestagsabgeordneter und bis 2017 Migrationspolitischer Sprecher der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen) in seinem Vortrag »Staat – Religion – Islam Teil 2« zur gesellschaftlichen Positionsbestimmung aus, dass durch die zunehmende Bedeutung der Religion in der Gesellschaft auch die Religionspolitik wieder an Einfluss gewonnen habe. Sie diene aber nicht der Bildung der eigenen Identität, sondern sei zu reduzieren auf die Fragen, die einer Regelung zugänglich sind. Dabei sei die Verfassung der religionspolitische Kompass. Die politische Debatte über die Frage, ob der Islam zu Deutschland gehöre, sichere allein die allgemeine Aufmerksamkeit, ohne dass dies für Deutschland Auswirkungen zeige.

Zum Abschluss bestand die Gelegenheit zur Teilnahme an einer weiteren Stadtführung sowie zu einem Ausflug in das Landesmuseum für Vorgeschichte zu einer Führung durch die Sonderausstellung »Klimagewalten – Treibende Kraft der Evolution«, die den Blick 66 Millionen Jahre zurück richtete und vor dem Hintergrund eines steten Klimawandels mit Klimaschwankungen ganz unterschiedlicher Intensität sich mit der Frage auseinandersetzte, ob dies die treibende Kraft der Evolution und damit Grundlage unserer Existenz ist. Die Führung fand ihren Abschluss in einer weiteren kleinen Sonderführung zum Original der hier gleichfalls ausgestellten Himmelscheibe.

Nicola Baus, Richterin am VG, Halle

Einwanderungsgesetz: Entwürfe – Chancen – Kritik

I. Die neue Diskussion über ein Einwanderungsgesetz: mehr als politische Rhetorik?

In den letzten Monaten vor der Wahl zum 19. Deutschen Bundestag entwickelte sich ein überraschender Wettbewerb zwischen den politischen Parteien: Jede von ihnen wollte plötzlich eine grundlegende Reform des Aufenthaltsgesetzes auf den Weg bringen. Vor dem Hintergrund der zuvor mit großer Leidenschaft und harten verbalen Bandagen ausgetragenen Kontroverse um die deutsche Asylpolitik¹ war es naheliegend, dass die Gemeinsamkeiten sich auf den Reformwillen beschränkten und mit dem mehr oder weniger explizit verwendeten Label »Einwanderungsgesetz«² ganz unterschiedliche politische Inhalte verkauft werden sollten.

Wer sich trotz der bekannten Kurzlebigkeit von Wahlkampfaktionen die Mühe machte, die als Hochglanzbroschüre (SPD³), seriöse PDF-Parteidrucksache (CDU/CSU⁴, FDP⁵, AfD⁶, DIE LINKE⁷) oder schlichte Bundestagsdrucksache (Bündnis 90/Die Grünen⁸) unterschiedlich verpackten Texte zu studieren, dem wurde schnell klar, dass jeweils mit Blick auf die eigene Wählerklientel ganz unterschiedliche Forderungen erhoben oder Versprechen formuliert wurden.⁹

Was rechtfertigt es vor diesem Hintergrund, die in ihrer Tendenz ganz verschiedenen Vorschläge unter ähnliche Überschriften zu stellen und alles in einer Art Generaldebatte dem Label Einwanderungsgesetz zuzuordnen?

Erstens wollen alle Parteien durch die Vorschläge ihren jeweiligen Gestaltungswillen unter Beweis stellen. Der Glaube an die Migrationssteuerung durch Recht ist also weiterhin ungebrochen, trotz aller gegenteiligen Erfahrungen und sozialwissenschaftlichen Studien. Meines Erachtens ist das aber auch gar nicht falsch, denn welches Gesetz wird schon mit dem Anspruch erlassen, die soziale Wirklichkeit grundlegend zu verändern. Der moderne Gesetzgeber versteht sich vielmehr realistischerweise zunehmend als Anstoßgeber.¹⁰

Eng damit verbunden ist nach meinem Eindruck die Absicht, durch den für die deutsche Gesetzessprache neuen Begriff inhaltliche Erneuerung zu suggerieren.¹¹ Durch die Ablösung des 2004 gewählten, damals wirklich neuen Terminus »Zuwanderungsgesetz«, die bewusst den Wortbestandteil »Einwanderung« vermied, soll rechtlich und gesellschaftspolitisch der Schritt hin zu einer offenen Grundeinstellung vermittelt werden.

Allerdings zeigen sich an diesem Punkt auch durchaus gewichtige Unterschiede zwischen den Vorschlägen der Parteien: Den einen geht es »nur« um die Offenheit für Fachkräfte, den anderen um eine Offenheit für alle Gruppen von Migranten.

Gemeinsamkeiten lassen sich schließlich noch auf einer anderen Ebene erkennen. Es wird erwartet, dass es durch eine Neuregelung zu einer »besseren«, d.h. verständlicheren und einfacher anwendbaren Gesetzgebung kommt¹², die den Zustrom nicht nur, aber vor allem von Fachkräften erleichtern wird.

II. Kontexte der politischen und rechtswissenschaftlichen Debatte

1. Symbolkraft von Gesetzesnamen

Den Gesetzesnamen wurde in der Geschichte des deutschen Ausländerrechts immer wieder eine besondere Symbolkraft zugeschrieben. Das verwundert bei einem Blick auf die Lage im Ausland. So wird im angelsächsischen Raum die Bezeichnung »Immigration Law« als schlichtes Pendant zu dem in der deutschen Rechtssprache ohne besondere Symbolkraft verwendeten Begriff Ausländerrecht verwendet.

Die symbolische Befrachtung begann im Jahr 2004, als der Bundesgesetzgeber das Artikelgesetz, mit dem das neue Aufenthaltsgesetz eingeführt wurde, als »Zuwanderungsgesetz« bezeichnete. Interessant ist daran, dass das geänderte Gesetz wiederum einen eher blassen Arbeitstitel erhielt, womit die symbolische Strahlkraft nur kurz wirkte.¹³ Zudem wurde mit der Wahl des Wortes Zuwanderung zugleich eine Bezeichnung gewählt, die den zeitlich begrenzten Aufenthalt in einem anderen als dem Heimatstaat betont. Das kommt auch im Normtext des § 1 AufenthG und seiner Betonung des begrenzenden Steuerungsanspruchs des Gesetzes zum Ausdruck.

Genau vor diesem Hintergrund erschließt sich auch die symbolische Ebene des Streits um ein Einwanderungsgesetz, weil damit die dauerhafte Aufenthaltsveränderung in den Vordergrund gestellt werden soll. Das Interesse von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft an Migration soll betont

1 Siehe dazu im Überblick *Luft*, Die Flüchtlingskrise, 2016.

2 Oder ganz ähnlich lautenden Formeln wie »Fachkräfte-Zuwanderungsgesetz« im Falle der CDU/CSU.

3 Entwurf eines Einwanderungsgesetzes v. 07.11.2016.

4 CDU/CSU, Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne leben. Regierungsprogramm 2017 – 2021, Juli 2017, S. 11 ff.

5 FDP, Schauen wir nicht länger zu. Wahlprogramm 2017, Mai 2017, S. 34.

6 AfD, Programm für Deutschland. Grundsatzprogramm, Mai 2016, Kap. 9.

7 DIE LINKE, Sozial. Gerecht. Frieden. Für alle. Juni 2017, S. 69, 124.

8 BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/11854 v. 04.04.2017.

9 Detaildarstellung und Analyse bei *Thym*, ZAR 2017, 297 ff. und 361 ff.

10 Zu der daraus abgeleiteten »Nudging«-Gesetzgebungstechnik siehe *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 ff.

11 Es wird auch von der Symbolwirkung des Gesetzesnamens gesprochen. Siehe *Thym*, ZAR 2017, 297 (301).

12 Zu der irrigen Annahme, die Regelungen in sog. klassischen Einwanderungsländern seien wirklich einfacher, siehe die treffenden Hinweise bei *Thym*, ZAR 2017, 297 (300).

13 Das Gleiche gilt für das Artikelgesetz v. 31.07.2016 (BGBl. 2016 I 1639), bei dem verschiedene Gesetzesänderungen als »Integrationsgesetz« überschrieben wurden. Siehe dazu *Thym*, ZAR 2016, 241 ff.

werden. Die Anreize für einen dauerhaften Aufenthalt in Deutschland sollen verbessert werden.

Meines Erachtens handelt es sich in der Sache um einen vordergründigen Streit. Das möchte ich zunächst mit Blick auf die Jahresberichte des Sachverständigenrats deutscher Stiftungen für Integration und Migration (SVR) verdeutlichen. Ein Blick auf die Titel ab 2014 zeigt:

- 2014: Deutschlands Wandel zum modernen Einwanderungsland
- 2015: Unter Einwanderungsländern. Deutschland im internationalen Vergleich
- 2016: Viele Götter, ein Staat: Religiöse Vielfalt und Teilhabe im Einwanderungsland.
- 2017: Chancen in der Krise. Zur Zukunft der Flüchtlingspolitik in Deutschland und Europa.
- 2018: Steuern, was zu steuern ist. Was können Einwanderungs- und Integrationsgesetze leisten?

Mit Ausnahme des Jahresberichts 2017 wird hier Deutschland durchgängig als Einwanderungsland bezeichnet. Dabei werden die im Aufenthaltsgesetz getroffenen Regelungen als Begründung dafür angeführt, dass sich Deutschland zu einem modernen Einwanderungsland entwickelt hat (2014), das sich im internationalen Vergleich gut behaupten kann (2015).

2. Das »Mantra« und die Fakten

Nun könnte man diesem Mantra auch eine politische Absicht zuschreiben und als taktischen Oktroi kritisieren. Die Fakten machen aber deutlich, dass die Einordnung mehr als berechtigt ist, denn Deutschland gehört mit 12 Millionen Migranten weltweit zu den fünf Staaten mit der höchsten Zahl an Migranten. Das gilt auch in Bezug auf die Europäische Union und es gilt sowohl für reguläre Migration (Erwerbsmigration und Familiennachzug) als auch für humanitäre Migration. Von einem durch Einwanderung geprägten Land zu sprechen ist demnach nicht nur angemessen, sondern jede Leugnung wäre falsch und irreführend.

Wenn der SVR in seinem aktuellen Gutachten vor diesem Hintergrund der Frage nachgeht, was Einwanderungs- und Integrationsgesetze leisten können, so setzt er diesen Befund voraus und fragt nach den weitergehenden Effekten. Er rückt nicht von seiner Qualifikation von Deutschland als Einwanderungsland ab.

III. Was muss ein Einwanderungsgesetz leisten?

1. Bandbreite der konzeptionellen Grundlagen

Unterhalb dieser abstrakt-symbolischen Ebene sind die Erwartungen, die einem Einwanderungsgesetz zugeschrieben werden, ganz unterschiedlich. Das hängt damit zusammen, dass die damit verfolgten Interessen ganz verschieden konkretisiert werden können.

Für die Systematisierung ist es dabei hilfreich, sich an drei Grundpositionen zu orientieren, deren jeweilige Gewichtung den Gesamtcharakter des jeweiligen Konzepts für ein Einwanderungsgesetz bestimmt.

Erstens die Interessen der Migranten, die sich vom elementaren Überlebensinteresse über die Wahrung und Herstellung der Familieneinheit bis hin zum Interesse an persönlicher und ökonomischer Entwicklung auf ein breites Spektrum unterschiedlich stark menschenrechtlich unterfangener Rechtspositionen stützen können.

Zweitens die Interessen der aufnehmenden Staaten, die sich je nach politischer und wirtschaftlicher Lage ganz unterschiedlich darstellen können. Die derzeitige Lage in Deutschland zeigt dabei, dass ein starkes Interesse an Einwanderung bei den Fachkräften mit einem starken Interesse an der Begrenzung von Einreisen bei den international Schutzsuchenden einhergehen kann.

Drittens die Interessen der abgebenden Staaten und Gesellschaften, bei denen u.a. die Gefahr des »brain drain« mit den positiven Effekten u.a. von Rücküberweisungen in einem Spannungsverhältnis stehen können.¹⁴

Je nach Akzentuierung der Interessen kommt man zu ganz unterschiedlich ausgestalteten Einwanderungsgesetzen, wie die nachfolgenden Beispiele zeigen sollen.

2. Hallescher Entwurf für ein Einwanderungsgesetz

Einen dogmatisch konsequent an den Interessen der Migranten ausgerichteten Entwurf für ein Einwanderungsgesetz, der die Interessen der Staaten auf der Schrankenebene berücksichtigt, stellt der Hallesche Entwurf für ein Einwanderungsgesetz dar.¹⁵

Ausgangspunkt des Vorschlags ist ein grundsätzliches Recht auf Einreise und Aufenthalt, das allen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen zusteht. Damit wird kein Menschenrecht auf Einreise begründet, da es an einer internationalrechtlichen Grundlage fehlt, aber der Zugang zum deutschen Hoheitsgebiet weit geöffnet.¹⁶ Allerdings bedeutet dies nicht, dass jeder einreisen kann. Vielmehr geht es den Verfassern um die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses mit der Folge, dass Einreise und Aufenthalt unter bestimmten Voraussetzungen verboten werden können.¹⁷

Mit der grundsätzlichen Neuausrichtung sind weitere Bereinigungen verbunden. So soll die Visasteuerung der Einreise ebenso wegfallen wie die Unterscheidung zwischen verschiedenen Migrationspfaden und -zwecken. Auch die Befristung von Aufenthaltstiteln soll als Regelmodell entfallen.

Das bedeutet indes nicht, dass es die entsprechenden Restriktionen überhaupt nicht mehr gibt. Sie sind jedoch Ausdruck von begründungsbedürftigen Beschränkungen auf der Grundlage anerkannter Rechtfertigungsgründe und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁸

Wenn man den Kerngedanken der Beschränkungsmöglichkeiten auf einen kurzen Nenner bringen will, so kann

¹⁴ Dazu näher *Collier*, Exodus, 2013, S. 207 ff.

¹⁵ Der von einer Gruppe junger Migrationsrechtswissenschaftler in Halle erarbeitete Entwurf wird in seiner endgültigen Fassung Ende 2018 veröffentlicht. Zu den dogmatischen Grundlagen siehe *Eichenhofer/Hörich*, in: Beichel-Benedetti/Janda (Hrsg.), Festschrift für Barwig, 2018, S. 428 ff.

¹⁶ *Eichenhofer/Hörich*, (Fn. 15), S. 428 (432).

¹⁷ *Eichenhofer/Hörich*, (Fn. 15), S. 428 (433 ff.).

¹⁸ *Eichenhofer/Hörich*, (Fn. 15), S. 428 (434 ff.).

man sagen, das in diesem Entwurf das Abwägungssystem der §§ 53 bis 55 AufenthG als allgemeiner Steuerungsansatz gewählt ist. Verbunden ist damit nach meinem Eindruck aber vor allem, dass ein funktionierendes Rückführungssystem etabliert wird, weil durch den Wegfall der Einreisekontrollen die Zahl von irregulär aufhältigen Personen noch einmal ansteigen wird. Das dürfte auch einer der Gründe sein, warum das Modell für die Praxis derzeit nicht tauglich ist.

3. Vorschlag BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN

Enger an die bestehenden gesetzlichen Regelungen anknüpfend hat die Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN einen Gesetzesentwurf vorgelegt¹⁹, dessen Ziel es ist, die bestehenden Regelungen der Arbeitskräfteeinwanderung durch ein Einwanderungsgesetz zu liberalisieren, zu systematisieren und zu vereinfachen. Auch hierzu sollen nur die wesentlichen Eckpunkte vorgestellt werden. So soll der Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit erleichtert (geringere fachliche Anforderungen) und auch für Asylbewerberinnen und Asylbewerber sowie Geduldete geöffnet werden. Das bedeutet in der Sache eine Erweiterung des sog. Spurwechsels nach § 10 AufenthG. Das gegenwärtige, an den Nachweis eines Arbeitsangebots gebundene und daher nachfrageorientierte Arbeitsmigrationsrecht wird durch die Chance der Angebotsorientierung (»Punktesystem«) ergänzt, also um die Möglichkeit für Fachkräfte zur Arbeitsplatzsuche vor Ort. Dazu finden sich bereits im geltenden Recht entsprechende Regelungen (§ 18c AufenthG), die »nach unten« erweitert werden sollen. Auch – aber nicht nur – für diese Gruppe wird der Familienmitzug ermöglicht und Hindernisse für den Familiennachzug werden abgebaut. Gleichzeitig regelt das Einwanderungsgesetz den Anspruch von Einwandernden auf Integrationsangebote.

Die Tendenz dieses Vorschlags folgt den europäischen und deutschen Gesetzesnovellen der letzten fünf Jahre, geht aber an mehreren Punkten jeweils einen Schritt weiter. In der Sache werden dabei sowohl die Interessen der Migranten als auch die Interessen der deutschen Wirtschaft an Fachkräften stärker als bisher berücksichtigt.

4. SPD-Vorschlag für ein Einwanderungsgesetz

Die SPD hat etwa zeitgleich Eckpunkte für ein Einwanderungsgesetz vorgelegt²⁰, mit dem die Einwanderung qualifizierter Fachkräfte »flexibler, effizienter und nachvollziehbar« gesteuert und kontrolliert werden soll.²¹ Auch dieser Entwurf basiert auf einem Punktesystem in Anlehnung an das kanadische Modell, das auf die Bedürfnisse des deutschen Arbeitsmarktes zugeschnitten werden soll. Damit soll ein transparentes, aus dem Ausland leicht verständliches Instrument etabliert werden, das Offenheit nach außen signalisiert und die Akzeptanz von Einwanderung im Inland stärkt.

Das Punktesystem richtet sich an Drittstaatsangehörige, die zum Zwecke der Erwerbstätigkeit oder zur Arbeitsplatzsuche nach Deutschland einwandern wollen.

Wie viele Personen tatsächlich einwandern können, soll der Bundestag unter Berücksichtigung der arbeitsmarktpo-

litischen Bedürfnisse jedes Jahr neu festlegen. Gab es viel Zuwanderung aus der EU, kann die Quote niedriger sein. Fehlen Fachkräfte, kann sie höher liegen. Es soll mit einem Kontingent von 25.000 Personen begonnen werden.

Durch einen einheitlichen Fachkräftebegriff soll verdeutlicht werden, dass wir nicht nur an Hochschulabsolventen interessiert sind, sondern auch an Einwanderinnen und Einwanderern mit anderen Berufsqualifikationen. Bisher war die Einwanderung für Nicht-Akademiker nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich.

Mit den neuen Regelungen ermöglichen wir es Fachkräften außerdem, erst nach Einreise die Gleichwertigkeit/Vergleichbarkeit ihrer beruflichen bzw. akademischen Qualifikation feststellen zu lassen. So sollen lange Wartezeiten vor der Einreise vermieden werden. Für die Feststellung der Gleichwertigkeit/Vergleichbarkeit hat der Einwanderer ein Jahr ab Einreise Zeit. Der Nachweis muss gegenüber der Ausländerbehörde vorgelegt werden. Einwanderer mit Jobangebot können bei Aufnahme der Erwerbstätigkeit ihre Familie (Kernfamilie) mitbringen – vorausgesetzt der Lebensunterhalt ist gesichert.

Die Aufnahme einer Beschäftigung bedarf der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit (BA): Sie überprüft die Arbeitsbedingungen auf Gleichwertigkeit, um Lohndumping zu vermeiden. Auf eine zeitraubende individuelle Vorrangprüfung wird verzichtet, sofern die Landesregierungen nicht in Bezirken mit hoher Arbeitslosigkeit an der Vorrangprüfung festhalten wollen.

5. Eckpunkte im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD

Einige dieser Gedanken werden auch im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 21.03.2018 aufgegriffen.²² Danach soll »ein Regelwerk zur Steuerung von Zuwanderung in den Arbeitsmarkt« entwickelt und das damit verbundene Recht des Aufenthalts und der Rückkehr in einem Gesetzeswerk normiert werden, das sich am Bedarf der Volkswirtschaft orientiert. Das Gesetz soll »die bereits bestehenden Regelungen zusammenfassen, transparenter machen und, wo nötig, effizienter gestalten.«

Maßgeblich zu berücksichtigen sind für den Zuzug nach Deutschland der Bedarf unserer Volkswirtschaft, Qualifikation, Alter, Sprache sowie der Nachweis eines konkreten Arbeitsplatzes und die Sicherung des Lebensunterhalts.

Unter Fachkräften versteht der Koalitionsvertrag »sowohl Hochschulabsolventen als auch Einwandererinnen und Einwanderer mit qualifizierter Berufsausbildung bzw. ausgeprägten berufspraktischen Kenntnissen.« Eine Gleichwertigkeitsprüfung der beruflichen bzw. akademischen Qualifikationen der Fachkräfte soll möglichst ohne lange Wartezeiten erfolgen. Auf eine Vorrangprüfung wird verzichtet,

19 BT-Drs. 18/11854 v. 04.04.2017.

20 An der Ausarbeitung waren Carsten Hörich und Kathleen Neundorff von der Forschungsstelle Migrationsrecht als wissenschaftliche Berater beteiligt.

21 SPD, Entwurf eines Einwanderungsgesetzes v. 07.11.2016.

22 Die Ausführungen zur Fachkräftemigration finden sich unter Rn. 4888 ff.

soweit die Landesregierungen nicht in Bezirken mit hoher Arbeitslosigkeit an der Vorrangprüfung festhalten wollen. Unberührt hiervon bleibt die Prüfung der Arbeitsbedingungen auf Gleichwertigkeit durch die Bundesagentur für Arbeit. Zusammenfassend heißt es: »Mit einer klug gesteuerten Einwanderungspolitik für Fachkräfte unterstützen wir die Schaffung von Arbeitsplätzen in Deutschland und verringern spürbar die Attraktivität von illegaler und ungesteuerter Einwanderung.«

6. SVR-Vorschlag im Jahresgutachten 2018

Ganz aktuell hat schließlich der Sachverständigenrat der deutschen Stiftungen für Integration und Migration in seinem Jahresgutachten 2018 eigene Vorschläge entwickelt, die sich an mehreren Stellen mit den vorgestellten Entwürfen überschneiden, aber auch eigene, innovative Akzente setzen.²³ Bezugnehmend auf seine bereits in der vorausgehenden Jahresgutachten getroffene Feststellung, dass die deutschen Zuwanderungsregelungen für hoch qualifizierte Fachkräfte mittlerweile zu den liberalsten weltweit gehören, hält der SVR grundlegende Änderungen entsprechend für unnötig. Sie wären nach seiner Ansicht angesichts der europäischen Vorgaben auch schwer umzusetzen. Im Bereich der beruflich qualifizierten Fachkräfte sollten dagegen die Zuwanderungsmöglichkeiten erweitert werden. Zuwanderungswillige müssten schon vor der Einreise nachweisen, dass eine im Ausland erworbene Berufsausbildung deutschen Standards entspricht. Dies habe sich als zentrale Zugangsbarriere für beruflich qualifizierte Fachkräfte erwiesen. Deutschland stehe dabei vor einem Dilemma: Einerseits wolle es aus nachvollziehbaren Gründen nicht ohne Weiteres auf seine Ausbildungsstandards im Bereich der beruflichen Ausbildung verzichten, die international bewundert werden. Andererseits seien genau diese Ausbildungswege in wichtigen Herkunftsländern von Zuwandernden kaum ausgeprägt.

Der SVR schlägt drei Handlungsansätze vor, um dieses Dilemma aufzulösen:

Erstens könnten Ausbildungskooperationen geschlossen werden, um deutsche Ausbildungsstandards in den Herkunftsländern der Zukunft stärker zu verankern.

Zweitens könnten die bereits bestehenden Möglichkeiten für Drittstaatsangehörige erweitert werden, für eine Ausbildung einzuwandern. Damit würden im Bereich der Ausbildung Zugangsmöglichkeiten geschaffen, die denen im Bereich der Hochschulbildung entsprechen.

Drittens empfiehlt der SVR, die Nachweispflicht in Bezug auf die Gleichwertigkeit einer im Ausland erworbenen Qualifikation flexibler zu gestalten; dies könnte das Herzstück einer Reform der erwerbsmigrationspolitischen Rahmenbedingungen sein. Als Grundlage für eine Neuregelung sollte das »Nimm 2+«-Modell dienen: Danach könnte die Gleichwertigkeitsvoraussetzung durch eine Kombination anderer Kriterien ersetzt werden (z. B. Sprachkenntnisse, ein finanzielles Kriterium oder die Ausbildung in einem Mangelberuf).

Eine Fachkraft könne dann auch ohne Gleichwertigkeitsnachweis einreisen, wenn sie in Deutschland eine Arbeitsstelle gefunden hat, sofern sie zwei oder mehr alternative Qualifikationskriterien geltend machen kann. Dies wäre nach Ansicht des SVR ein sinnvoller Mittelweg zwischen dem Sta-

tus quo, dass das Gleichwertigkeitskriterium im deutschen Recht als Ausschlusskriterium wirkt, und seiner vollständigen Abschaffung.

Das Modell basiert im Wesentlichen auf bekannten Elementen²⁴, die in dem Gutachten neu zusammengestellt und sprachlich verpackt werden. Die Vorschläge sind in hohem Maße anschlussfähig an bisherige Diskurse und in der Sache überzeugend.

7. Zwischenergebnis

Der Überblick zu den wichtigsten Vorschlägen macht deutlich, dass ein großer Teil der Überlegungen einen starken Fokus auf das Thema der Vermittlung und Anerkennung von beruflichen Qualifikationen legt. Bevor darauf näher eingegangen wird, soll zunächst kurz der Aspekt der Verständlichkeit der gesetzlichen Regelungen in den Blick genommen werden.

IV. Querschnittsthema »Verständlichkeit«

1. Kritik und Anspruch

Die Kritik am geltenden Aufenthaltsgesetz bemängelt insbesondere die schwere Verständlichkeit, die unzureichende Systematik die komplizierte Anwendung. Der Reformanspruch ist darauf gerichtet, dass die Regelungen bürgerverständlicher, systematischer und leichter handhabbar werden. Dadurch soll die Einwanderung (von Fachkräften) erleichtert und erhöht werden.

Kritik und Forderungen erscheinen im ersten Augenblick schlüssig. Bei genauerem Nachdenken ist aber fraglich, ob der Anspruch der Bürgerverständlichkeit passt. Der Umstand, dass die Entscheidungen Bürger betreffen, bedeutet nicht, dass auch das Gesetz, bürgerverständlich sein muss. So ist z. B. das Bürgerliche Gesetzbuch anders als das kasuistische Allgemeine Preußische Landrecht, das es ablöste, kein bürgerverständliches Gesetz, sondern ein Juristengesetz, das man nur versteht, wenn man studiert hat. Bürgerverständlich müssen vor allem Gesetze sein, die direkt der Verhaltenssteuerung dienen, was beim Aufenthaltsgesetz nicht der Fall ist. Dieses Gesetz steuert das Verwaltungshandeln.

2. Missverständnisse

Soweit im Hinblick auf die Verständlichkeit auf ausländische Regelungen verwiesen wird, liegt ebenfalls ein Missverständnis vor. Einwanderungsgesetze sind weltweit keine bürgerverständlichen Gesetze. Die Regelungen in den USA und Kanada sind für den Bürger ebenso wenig zu verstehen.

²³ Sachverständigenrat der deutschen Stiftungen für Integration und Migration, Steuern, was zu steuern ist. Was können Einwanderungs- und Integrationsgesetze leisten?, Jahresgutachten 2018.

²⁴ Siehe etwa die Vorschläge in Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Faire Fachkräftezuwanderung nach Deutschland, 2017.

Auch dort wird auf Berater zurückgegriffen, die zur bürgerverständlichen Vermittlung in der Lage sind.²⁵

Auch eine gute Gesetzssystematik führt nicht zu größerer Verständlichkeit, wie wiederum das systematisch anspruchsvolle BGB zeigt. Systematik vermeidet aber Unstimmigkeiten und Wertungswidersprüche.

3. Der berechnigte Kern des Anliegens

Damit wird auch der berechnigte Kern des Anliegens sichtbar. Die Gesetzgebung im Ausländerrecht erfolgt nicht aus einem Guss, sondern sie ist durch eine Vielzahl unterschiedlicher Impulse bestimmt, die jeweils auf anderen konzeptionellen und politischen Erwägungen beruhen. So basieren große Teile der gesetzlichen Regelung auf EU-Richtlinien, während andere Teile das Ergebnis von politischen Kompromissen auf nationaler Ebene sind. Das Unionsrecht muss auch in Bezug auf die Systematik angemessen umgesetzt werden, sodass der deutsche Gesetzgeber hier keine eigenen Ideen umsetzen kann. Das alles kann zu Spannungen und einem Nebeneinander von Regelungen führen, wie die doppelte Regelung zur Lebensunterhaltssicherung in § 2 Abs. 3 und § 9c AufenthG zeigt. Das kann der deutschen Gesetzgeber nicht einfach »glätten«.

Auch politische Kompromisse führen immer wieder zu Regelungen, die gegensätzliche Ziele verfolgen und zu unterschiedlichen Anwendungspraktiken führen. Das zeigt aktuell die Regelung zur Ausbildungsduldung in § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG, für die es auf Länderebene zudem ganz unterschiedliche Anwendungshinweise gibt.²⁶

Immer wieder kommt es auch zu einer unzureichenden Abstimmung zwischen einzelnen Regelungen, meist wegen zu schnellen Abläufen im Gesetzgebungsverfahren. So fehlt in § 62b Abs. 3 AufenthG ein Verweis auf § 62 Abs. 5 AufenthG mit der Folge, dass die Umsetzung schwierig ist.

4. Lösungsvorschläge

Schließlich ist zu beachten, dass Bürgerverständlichkeit weniger durch geänderte Normtexte, sondern vor allem durch erklärende Serviceportale erreicht wird. Dazu gibt es inzwischen auch die entsprechenden Angebote, die sicher noch weiter verbessert werden können. Zudem wurden und werden Fehleranalysen im administrativen Bereich durchgeführt. Hier kommt es auf die Schnelligkeit und Qualität der Umsetzungsprozesse an. Politische Kompromisse sind in einer demokratischen Gesellschaft schließlich durch fortgesetzten Diskurs zu überwinden, der zu einer besseren Rechtsetzung führt, etwa durch die Überführung der Ausbildungsduldung in einen eigenen Aufenthaltstitel, der für alle Beteiligten Rechtssicherheit vermittelt.

V. Chancen eines Einwanderungsgesetzes

1. Fachkräftezuwanderung

Unbestritten liegt ein Schwerpunkt der Chancen eines Einwanderungsgesetzes im Bereich der Fachkräftezuwanderung.²⁷ Der Bedarf an Fachkräften auch aus Drittstaaten ist unbestritten. Deutschland steht hier im Wettbewerb mit

vielen anderen Ländern. Deshalb ist auch der vergleichende Blick lohnend und geboten.

Bei der EU-Binnenmigration war Deutschland als »Rattenfänger« in den letzten Jahren sehr erfolgreich, doch sind inzwischen vor dem Hintergrund der guten Entwicklung in den Heimat Arbeitsmärkten der zugewanderten Unionsbürger auch viele Rückwanderungen zu verzeichnen.

Aus systematischer Perspektive stellt sich die Frage, welchem Leitbild man folgt. Bislang ist das deutsche Konzept nachfrageorientiert geregelt. In den meisten Fällen müssen eine berufliche Qualifikation und eine Beschäftigung vor der Einreise nachgewiesen werden. Allerdings hat der Gesetzgeber dies punktuell durchbrochen, indem er den Aufenthalt zur Arbeitsplatzsuche für qualifizierte Fachkräfte in § 18c AufenthG und in § 17a AufenthG auch den Aufenthalt zur Ergänzung einer beruflichen Qualifikation eingeführt hat. Dieser Tendenz folgend könnte eine angebotsorientierte Erweiterung²⁸ vorgenommen werden, wie sie auch der SVR in seinem »Nimm 2+ Modell« vorschlägt.

Bei allen diesen Erweiterungen ist eine differenzierte Lageanalyse notwendig. Große und vor allem international tätige Unternehmen haben völlig andere Handlungsmöglichkeiten als mittlere und kleine Unternehmen. Die Chancen für die Gewinnung von Fachkräften in den Ballungsräumen sind grundlegend zu unterschieden von den weniger entwickelten Mittelzentren und dünn besiedelten ländlichen Räumen. Die ebenfalls sinnvollen Bildungsmaßnahmen in den Herkunftsländern wirken mittel- und langfristig.

Es ist deshalb daran zu erinnern, dass die Änderung von Gesetzen alleine nicht ausreicht, sondern dass man zugleich die nötigen infrastrukturellen Maßnahmen berücksichtigt und auf den Weg bringen muss. Hier ist vieles in Arbeit (u.a. iQ Netzwerk) und auf gutem Wege.

2. Vermittlung und Anerkennung beruflicher Qualifikationen

Der SVR hat in seinem Gutachten in diesem Zusammenhang auch das zentrale Problem angesprochen. Deutschland verfügt nicht nur weltweit, sondern auch im Vergleich zu den Nachbarn in Europa über das am stärksten formalisierte Ausbildungswesen. Noch stärker ausdifferenziert war nur das berufsrechtliche Bildungssystem der DDR.²⁹

Zuzustimmen ist auch der Position des SVR, dass ein Verzicht auf das System sicher nicht sinnvoll ist. Es geht also vor allem darum, funktionsfähige Übergangs- und Anpassungsregime zu etablieren.

Insoweit erscheint zunächst ein Blick auf den Rechtsrahmen im Binnenmarkt sinnvoll. Hier könnten die Maßstäbe

25 Siehe auch *Thym*, ZAR 2017, 297 (300).

26 Dazu im Überblick *Rödler/Wittmann*, ZAR 2017, 345 ff.

27 Siehe dazu aktuell und umfassend v. Harbou/Weizsäcker (Hrsg.), *Einwanderungsrecht. Das Recht der Arbeits- und Bildungsmigration*, 2018.

28 Dazu bereits *Neundorff/Weizsäcker*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Faire Fachkräftezuwanderung nach Deutschland*, 2017, S. 231 ff.

29 Zu diesem *Kluth*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, S. 391 ff.

und Spielräume der Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG³⁰ eine erste Orientierung vermitteln, etwa indem auch eine Pflicht zur Anerkennung von Teilqualifikationen eingeführt wird.

Denkbar wäre auch die Einführung von dynamischen bzw. offeneren Ausbildungsformaten, bei denen man nicht scheitert, wenn man ein avisiertes Ziel nicht erreicht, sondern die erreichte Befähigung dokumentiert wird. Nachzudenken ist auch über neue Ausbildungsumfelder etwa über die Einrichtung von Flüchtlingsgenossenschaften, in denen in Zusammenarbeit mit berufsbildenden Fördermaßnahmen der BA eine größere selbständige Betätigung von Migranten ermöglicht wird.

Schließlich scheint mir auch das vom SVR in seinem Vorschlag berücksichtigte stärkere Vertrauen auf die Verantwortung und Kompetenz des Arbeitgebers einen richtigen Impuls zu setzen: Wer die Verantwortung für die Ausbildung übernimmt, soll entsprechende Freiräume erhalten. Das damit verbundene Problem der zu starken Fixierung auf einen Arbeitgeber muss entsprechend abgewogen werden.

3. Anstoß eines gesellschaftlichen Wandels

Es ist allerdings eine Illusion zu meinen, dass ein Einwanderungsgesetz wesentlich zu einem gesellschaftlichen Einstellungswandel im Hinblick auf Migration im Allgemeinen beitragen kann. Entscheidend für einen solchen Prozess sind alleine andere Faktoren. Es kommt vor allem auf die Verständigung im jeweiligen Umfeld, Erfolge bei Kooperation und Integration sowie die gleichberechtigte Förderung aller Interessen an. Dazu sollen abschließend einige Überlegungen vorgestellt werden.

VI. Übergreifende systematische Aspekte

1. Leitbild für Verhaltenserwartungen

Angesichts der Bedeutung der Integration von Migranten wird auf verfassungsrechtlicher Ebene die Einführung eines Staatsziels Integration vorgeschlagen.³¹ So soll in einem neuen Art. 20b GG die folgende Regelung verankert werden: »Die Bundesrepublik Deutschland ist ein vielfältiges Einwanderungsland. Sie fördert deshalb die gleichberechtigte Teilhabe und Integration.« Der Vorschlag begegnet aus dem Blickwinkel des hier zugrunde gelegten Verständnisses von Integration dem Einwand, diese zu einseitig auf den Einwanderungsprozess zu beziehen. Dies vermeidet der Vorschlag, das Sozialstaatsprinzip um den Satz ergänzen, dass der Staat die gleiche Teilhabe aller Menschen und die gesellschaftliche Integration fördert, anstatt gruppenspezifisch zu argumentieren.³²

Obwohl dieser Vorschlag der hier vertretenen Sichtweise bereits besser entspricht, erscheint die Verortung im sozialen Prinzip ebenfalls dem Anliegen nicht gerecht zu werden. Es geht bei Integration nicht in erster Linie um staatliches Handeln, sondern um gesellschaftliche Verständigungsprozesse, die zwar durch staatliche Maßnahmen der Befähigung unterstützt werden, aber in den Grundeinstellungen der Menschen

ihre Grundlage finden und deshalb auf einer ersten Stufe als Verfassungserwartung zu verorten sind. Der Verständigungsprozess basiert auf der gleichen Würde aller Menschen und dem daraus resultierenden Anspruch auf Entwicklung und wechselseitige Anerkennung. Beides kann in den Grundsätzen der Toleranz und Befähigung zusammengefasst werden. Vor dem Hintergrund dieser Ableitung erscheint es sinnvoll, eine entsprechende »Orientierung« in der Gestalt einer erweiterten Wertkatalognorm in Art. 1 Abs. 2 GG nach dem Vorbild des Art. 2 EUV zu verankern. Dem entsprechend kann Art. 1 Abs. 2 GG um einen zweiten Satz erweitert werden, sodass sich folgende Norm erweiterte Formulierung ergibt:

»Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. Toleranz, gegenseitiger Respekt³³, Rechtstreue und die gleiche Aufmerksamkeit für die Bedürfnisse aller in Deutschland lebenden Menschen³⁴ bestimmen das Zusammenleben in der Gesellschaft und das Handeln der staatlichen Organe und Einrichtungen.«

Dadurch werden die verschiedenen Wirkungsebenen von Integration und Befähigung in einer denkbar knappen Form inhaltlich umschrieben und in ihrem verpflichtenden Anspruch gegenüber jedem Einzelnen, der Gesellschaft mit ihren Organisationen und den staatlichen Organen und Einrichtungen zum Ausdruck gebracht. Im Vergleich zu bisherigen Vorschlägen ist dabei das Merkmal der Rechtstreue zusätzlich aufgenommen, in dem die Bedeutung der demokratisch erlassenen Gesetze als Grundlage und Rahmen des Zusammenlebens hervorgehoben wird. Zugleich wird damit implizit auf die Bedeutung des Gemeinwohls und des kooperativen Verhaltens³⁵ verwiesen, da beide Prinzipien in den Gesetzen konkretisiert werden. Die Formulierung im Indikativ entspricht der optimistischen Verfassungssprache und bringt die Verfassungserwartung in Bezug auf die thematisierten Verhaltensweisen zum Ausdruck.

30 Dazu Kluth/Rieger, EuZW 2005, 486 ff.

31 Siehe etwa Eichenhofer/Dilmaghani, Mehr Integration und Teilhabe, 2017, S. 13.

32 Thym, FAZ v. 15.01.2018, S. 6. Eine ähnlich offene Formulierung hat sehr früh bereits Uhle, Innere Integration, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 82 Rdnr. 47 ff., ders., Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004, 355 ff. vorgeschlagen.

33 Hier wird Toleranz auf Überzeugungen und »Inhalte«, Respekt auf die Personen und Institutionen bezogen.

34 Eine weitere Differenzierung zwischen rechtmäßigem und illegalem Aufenthalt erscheint an dieser Stelle sprachlich nicht passend, ist aber mitgedacht im dem Sinne, dass die Reichweite der Aufmerksamkeit bei illegalem Aufenthalt auf grundlegende Rechte beschränkt werden kann.

35 Die Regelbeachtung durch alle schafft Vertrauen und erleichtert Kooperation. Diese Einsicht liegt für den Bereich des Handels auch der Figur des ehrbaren Kaufmanns zugrunde, auf den § 1 Abs. 1 IHKG verweist.

2. Einheitlicher Rahmen für Fördermaßnahmen

Für die daueraufhältigen Personen einschließlich der Unionsbürger geht unsere Rechts- und Gesellschaftsordnung von dem Leitbild des »Förderns und Forderns« aus. Die Hartz IV Philosophie ist letztlich ein übergreifendes Leitbild, das auch menschenrechtskonform ist, weil es die Befähigung höher einstuft als die rein passive Versorgung. Für die Migration von Unionsbürgern legt das Unionsrecht letztlich das gleiche Leitbild zugrunde, wenn es die Einreise in die Systeme sozialer Sicherung ausschließt und erwartet, dass sich jeder produktiv engagiert.

Vor diesem Hintergrund sollten Fördermaßnahmen (den Begriff halte ich für besser als Integrationsmaßnahmen) durchgehend neutral adressiert und bereitgestellt werden. Das gilt auch für die zusätzlichen Angebote der beruflichen Qualifikation, die nicht Migranten vorbehalten werden dürfen.

VII. Conclusio

Es ist richtig, wenn der SVR die Allerweltsweisheit propagiert, dass man im Bereich der Migration durch Recht nur begrenzt wirksam steuern kann. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine gute Gesetzgebung zu den unerlässlichen Gelingensbedingungen gehört, wenn bestehendes Recht gute Lösungen verhindert. Deshalb sind Rechtswissenschaft und Gesetzgeber grundlegend herausgefordert, innovativ tätig zu werden.

Prof. Dr. Winfried Kluth, *Inhaber einer Professur für öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Leiter der dortigen Forschungsstelle Migrationsrecht, Halle (Saale)*

Staat und Religionen: Rechtliche Positionsbestimmungen*

I. Einführung

Blickt man zurück auf das Jahr 1919, als zentrale Elemente der heute noch geltenden religionsverfassungsrechtlichen Regelungen beschlossen wurden, nämlich die über Art. 140 GG rezipierten Bestimmungen der Weimarer Verfassung, ist offenkundig, dass die religiöse Landschaft völlig anders strukturiert war, als sie es heute ist. Dominiert wurde die Lage von zwei Großkirchen, denen fast die ganze Bevölkerung angehörte und die auch auf das tägliche Leben vieler Menschen einen erheblichen Einfluss ausübten. Daneben gab es noch einige kleinere religiöse Gemeinschaften, vor allem die Juden und einige kleine, überwiegend christlich geprägte Freikirchen. Auch im Jahre 1949, als das Grundgesetz beschlossen wurde, war die Lage noch weitgehend von den beiden christlichen Großkirchen geprägt.

Demgegenüber haben heute die beiden Großkirchen wichtige Elemente ihrer gesellschaftsprägenden Wirkung verloren. Ihnen gehören insgesamt gesehen nur noch etwa knapp zwei Drittel der Deutschen an. Und auch soweit Personen noch kirchlich gebunden sind, haben die beiden Amtskirchen auf die Lebenseinstellung der Betroffenen vielfach einen deutlich geringeren Einfluss als früher. Außerdem sind immer mehr Menschen konfessionslos. Daneben gibt es einen nicht erheblichen, gleichfalls steigenden Anteil von Muslimen. Dabei sind deutliche regionale Unterschiede zu verzeichnen: Bayern ist in weiten Teilen, insbesondere im ländlichen Bereich, bis heute stark katholisch geprägt. In den Millionenstädten spielen die Muslime eine vergleichsweise starke Rolle, und der Osten ist in seiner überwiegenden Mehrheit ganz konfessionslos.

In Folge des starken Zustromes von Flüchtlingen seit 2015 hat vor allem der Anteil der Muslime in Deutschland noch einmal zugenommen, auch wenn offen ist, wie viele der damals nach Deutschland gekommenen Personen länger hier bleiben werden. Dieser Bedeutungszuwachs des Islam hat zum Teil die Sorge um die Bewahrung der gesellschaftlichen Identität der Bundesrepublik, aber auch die Sorge vor islamistischem Terror ansteigen lassen. Damit stellt sich die Frage, ob und wenn ja wie das Recht darauf zu reagieren hat.

Dabei ist vorweg eine grundsätzliche Bemerkung geboten, die das Verhältnis des Islam zum Terrorismus anbetrifft. Sicherlich gibt es einen Terrorismus, der sich auf den Islam beruft und dabei ein ausgesprochen fundamentalistisches Verständnis dieser Religion zugrunde legt. Ebenso gibt es Personen, die im Namen der Religion Hass auf Andersgläubige predigen. Religiösen Fundamentalismus gibt es allerdings auch anderswo. Vor allem aber verbietet sich jede Herstellung einer prinzipiellen besonderen Nähebeziehung zwischen einer bestimmten Religion, auch dem Islam, und Terrorismus oder auch Hasspredigten. Sicher bestehen gewisse Grundverständnisse im Islam, die es am beginnenden 21. Jahrhundert etwas wahrscheinlicher erscheinen lassen, dass ein Muslim im Widerspruch zu demokratisch-rechtsstaatlichen Selbstverständlichkeiten steht als ein Christ. Aber abgesehen davon, dass es auch im Islam durchaus Kräfte gibt, die sich für Demokratie, Freiheit und Frauenrechte einsetzen,¹ ändert dies alles nichts daran, dass Pauschalurteile

* Im Lichte der Diskussion überarbeiteter Vortrag auf dem kleinen Verwaltungsgerichtstag am 04.05.2018 in Halle/S.

1 Dazu etwa *Amirpur*, Den Islam neu denken. Der Dschihad für Demokratie, Freiheit und Frauenrechte, 2013.

unzulässig sind. Es sind wenn, dann immer nur bestimmte Einzelpersonen oder Gruppierungen, die entsprechenden Gedanken anhängen oder gar zu Taten schreiten. Das Thema ist daher auch anzusprechen, aber doch erst am Ende.

II. Der Islam und das deutsche Religionsverfassungsrecht: Grundfragen

Generell können sich muslimische Bürger und muslimische Religionsgemeinschaften in gleicher Weise auf die Religionsfreiheit und die heute noch geltenden Garantien der Weimarer Reichsverfassung berufen wie alle anderen Bürger und Religionsgemeinschaften auch. Der Staat ist Heimstaat aller Bürger, ganz unabhängig von ihrer Religion.² Daraus ergibt sich nicht nur, dass innerer Glauben, aber auch Bekenntnis und Religionsausübung im engeren Sinne durch Art. 4 GG geschützt sind. Zu Recht postuliert das BVerfG in st. Rspr., dass auch die Beachtung der von einer Religionsgemeinschaft für das alltägliche Leben postulierten Vorschriften durch Art. 4 GG geschützt wird.³

Über die Überzeugungskraft dieses Ansatzes wird zwar gestritten.⁴ Doch gehört es zum einen geradezu zum Wesen einer Religionsgemeinschaft, auch für das alltägliche Leben Vorgaben zu machen. Das zeigt ein Blick in die Empirie, und das ergibt sich auch zwingend daraus, dass Religion ja eine ganzheitliche Weltsicht fordert.⁵ Zum anderen schließt Art. 9 EMRK die Beachtung von »Bräuchen und Riten« ein.⁶ Eine restriktive Interpretation von Art. 4 GG führte also zu Konflikten mit Straßburg. Bemerkenswert großzügig ist das BVerfG allerdings, wenn es um die Frage geht, wann konkret ein Verhalten unter Art. 4 GG fällt. Das BVerfG lässt insoweit eine Motivation ausreichen;⁷ Straßburg verlangt – m.E. zu Recht – ein entsprechendes religiöses Gebot.⁸

Konsequenz: Wird in die so verstandene Freiheit eingegriffen, bedarf es einer Rechtfertigung, die nach st. Rspr. nur auf verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter gestützt werden kann.⁹ Gute Argumente sprechen zwar dafür, für das Leben nach religiösen Vorschriften – und nur hierfür – Art. 136 WRV zu mobilisieren, was zu einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt führt.¹⁰ Auch ein Konflikt mit der EMRK dürfte angesichts des weiten dort vorhandenen Vorbehalts nicht auftreten.

Bisher hat das BVerfG insoweit allerdings eine klare Linie verfolgt. Und da manchmal darüber nachgedacht wird, ob man die Religionsfreiheit unter einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt stellen sollte, sollte man bedenken, dass hier das Gleiche gilt wie für die Neutralität: Der Gesetzesvorbehalt gilt dann für alle. Vor allem müssten Einschränkungen dieser Freiheit immer durch konkrete Rechtsgüter gerechtfertigt werden.

Auch wurde die Judikatur des BVerfG zur Notwendigkeit, Schranken der Religionsfreiheit auf die Verfassung selbst abstützen zu müssen, das sollte man nicht vergessen, in den 1970er Jahren mit Blick auf zwei Christen entwickelt. Der eine lehnte aus religiösen Gründen eine medizinisch indizierte Bluttransfusion bei seiner der gleichen Überzeugung verhafteten Frau ab und wurde dann wegen unterlassener Hilfeleistung verurteilt.¹¹ Der andere, ein Pastor der evangelischen Kirche, leitete – theologisch wohl gut vertretbar – aus der Bergpredigt für sich

ab, dass er keinen Eid leisten dürfe.¹² Mit anderen Worten: Alle Maßnahmen, die man zwecks Eingrenzung des Islam treffen zu müssen glaubt, können auch das Christentum beeinträchtigen.

Von daher erscheint es insbesondere nicht als sachgerecht, mit Blick auf eine bestimmte Religion wie etwa den Islam ein umfassendes Regelwerk zu erlassen, wie dies in Österreich mit dem Islamgesetz geschehen ist.¹³ In Deutschland wäre eine solche Regelung wohl schon aus Gründen der föderalen Kompetenzverteilung nicht machbar. Hinzu kommt, dass es kaum möglich ist, Regelungen so zu treffen, dass sie einerseits die rechtlich gebotene Gleichbehandlung der Religionsgemeinschaften gewährleisten und andererseits adäquat die Probleme bewältigen. Erinnerung sei dabei daran, dass bestimmte Probleme wie das Thema »Beschneidung« von Jungen oder auch Fragen, die sich im Kontext religiös korrekter Ernährung stellen, nicht nur die Muslime, sondern ebenfalls die Juden betreffen.

Zudem kennt das bestehende Recht nicht selten bereits jetzt adäquate Regeln. Die besondere Interpretation der Bergpredigt durch den Pastor hat den Gesetzgeber veranlasst, in den verschiedenen Prozessordnungen neben dem Eid auch die eidesgleiche Bekräftigung vorzusehen (§ 65 StPO sowie vor allem § 484 ZPO, der über § 173 VwGO, § 46 Abs. 2 ArGG, § 202 SGG und § 165 FGO auch für die anderen Prozessordnungen gilt). Eine Sonderregelung im Tierschutzgesetz (§ 4a Abs. 2 Nr. 2) erlaubt seit Langem das Schächten, soweit »es erforderlich ist, den Bedürfnissen von Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft das Schächten vorschreiben oder den Genuß von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersagen«. Das BVerfG musste nur intervenieren, um sicherzustellen, dass diese Regelung nicht nur Juden, sondern auch Muslimen zugute kommt.¹⁴ Mittlerweile ist die Rechtslage insoweit ohnehin europarechtlich überformt. Zu Recht hat der EuGH gerade entschieden, dass die Vorgabe der Benutzung eines Schlachthofes für die grundsätzlich aus religiösen Gründen zugelassene Schächtung grundrechtskonform ist.¹⁵

2 BVerfGE 19, 206 (216); 108, 282 (299).

3 BVerfGE 32, 98 (106); 33, 23 (28 f.); 108, 282 (299).

4 Zur Kritik etwa *Kästner*, JZ 1998, 974 (979); *Schoch*, FS Hollerbach, 2001, S. 149 (157 ff.); *Vosgerau*, Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes, 2007, S. 40, 77, 171 ff.

5 Zur Definition dessen, was Religion (im Sinne von Art. 4 GG) ausmacht, siehe *Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 83.

6 Zur Praxis des EGMR etwa Urt. v. 15.1.2013, 48430/10 u.a. (Eweida u.a.), §§ 80 ff.; Urt. v. 1.7.2014, 43835/11 (S.A.S.), §§ 106 ff.

7 BVerfGE 32, 98 (106 f.); 41, 29 (49); etwas zurückhaltender aber 108, 281 (297 ff.).

8 EGMR (Fn. 6); so auch zu Art. 4 GG *Classen* (Fn. 5), Rn. 158.

9 BVerfGE 32, 98 (106); 33, 23 (28 f.); 108, 282 (299).

10 Näher dazu *Classen* (Fn. 5), Rn. 193 ff.

11 BVerfGE 32, 98.

12 BVerfGE 33, 23.

13 öBGBI. 2015 Nr. 39.

14 BVerfGE 104, 337.

15 EuGH, Rs. C-426/16 (Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW u.a.), ECLI:EU:C:2018:335.

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Beschneidung von Jungen hat der Gesetzgeber vor wenigen Jahren das BGB geändert. Dies war, soweit es um eine religiöse Motivation geht, im Sinne einer Klarstellung auch sachlich durchaus angemessen. Sicher kommt dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) elementare Bedeutung zu. Das gilt aber nicht nur für Deutschland. Wenn trotzdem bislang der Konflikt mit dem elterlichen Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) – die Religionsfreiheit ermächtigt nicht zu Übergriffen auf Rechte Dritter – weltweit zugunsten des Letzteren gelöst wird, spricht viel dafür, dass dies eine naheliegende Lösung ist. Der Umstand hingegen, dass den Eltern eine solche Entscheidung, ganz unabhängig von religiösen Bedürfnissen, völlig frei überlassen wird, vermag demgegenüber angesichts des Kindeswohls nicht zu überzeugen. Nicht nur aus diesem Grund trägt auch die an der gesetzlichen Regelung geübte Kritik nicht, dass Jungen anders als Mädchen behandelt werden (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG), bei denen jegliche Beschneidung verboten ist. Bei Mädchen geht es regelmäßig nicht um ein religiöses Gebot, sondern um kulturelle Traditionen. Zudem sind die körperlichen Bedingungen des Eingriffs grundlegend andere, die Lage also bereits im Ansatz nicht vergleichbar.

Schließlich zeigt das österreichische Islamgesetz, wie leicht man bei Verabschiedung eines solchen Gesetzes in die Gefahr gerät, elementare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaates in Frage zu stellen. Konkret gilt dies etwa für die in § 4 Abs. 3 dieses Gesetzes enthaltene Verpflichtung, dass Islamische Religionsgemeinschaften eine »positive Grundeinstellung gegenüber Gesellschaft und Staat« aufweisen müssen. Das steht in deutlichem Kontrast zum erkennbar bescheidenere Anforderungen stellenden deutschen Gebot der Rechtstreue, wie es im Kontext einer Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts steht;¹⁶ darauf ist noch zurückzukommen. In einem freiheitlichen Staat sind die Gedanken ohnehin frei; Rechtsfolgen kann und darf das Recht regelmäßig nur an Taten anknüpfen. Was der Staat fordern kann, ist eine Beachtung der Gesetze, die allerdings grundrechtskonform und damit auch in Übereinstimmung mit der Religionsfreiheit formuliert und angewendet werden müssen.

Zu einer darüber hinausgehenden »Loyalität« gegenüber dem Staat ist kein Bürger und damit auch keine Religionsgemeinschaft verpflichtet. Damit soll gar nicht bestritten werden, dass es für einen Staat nicht nur hilfreich, sondern auch wichtig ist, dass seine Bürger loyal zu ihm stehen, sich etwa bereitfinden, sich für ihn zu engagieren oder zumindest etwa bei Steuergesetzen nicht als Erstes nach Lücken und Umgehungsmöglichkeiten suchen. Rechtlich eingefordert werden kann dies alles aber nicht. Das berühmte Diktum von Böckenförde, dass der Staat von Voraussetzungen lebt, die er nicht selbst garantieren kann,¹⁷ kann man sogar noch zuspitzen: Zum Teil darf er diese Voraussetzungen auch gar nicht garantieren wollen.

Und eine Loyalität zu einer Gesellschaft ist, wenn diese offen und plural gestaltet ist, ohnehin ein Widerspruch in sich. Auch hier gilt: gesellschaftliches Engagement ist wichtig, ja unverzichtbar, aber wenn sich jemand isolieren will, kann und darf man ihn nicht daran hindern.

III. Einzelfragen religiöser Betätigung

Nachfolgend sollen einige Einzelfragen näher beleuchtet werden. Diese betreffen zunächst die individuelle und dann die korporative Religionsfreiheit. Im ersten Komplex geht es insbesondere um religiös motivierte Bekleidung. Offenbar stören sich manche an einer immer häufiger anzutreffenden Präsenz von Kopftüchern und noch weitergehenden Verhüllungen.

1. Religiös gebotene Bekleidung

a) Öffentlichkeit

Mit Blick auf die Präsenz in der Öffentlichkeit ist zunächst zu unterscheiden zwischen der Bekleidung im Allgemeinen und verschiedenen arbeits- und dienstrechtlichen Konstellationen. Verschiedene Nachbarländer haben bekanntlich ein Burka-Verbot erlassen. Dies hat verfassungsrechtlicher¹⁸ und im Übrigen auch menschenrechtlicher Kontrolle durch den EGMR standgehalten.¹⁹ Das zentrale Argument des EGMR, nämlich dass in einer offenen Gesellschaft jeder als Person individuell erkennbar bleiben müsse, damit die Kommunikationsfähigkeit gesichert sei, überrascht allerdings. Niemand hat einen Anspruch darauf, mit anderen kommunizieren zu können. Vielmehr darf sich jeder auch diskret zurückhalten.²⁰

b) Arbeitsrecht

Im Bereich des Arbeitsrechts ist auf nationaler Ebene die Rechtsprechung eindeutig. Wenn und soweit religiös gebotene Kleidungen mit konkreten tätigkeitsbezogenen Anforderungen des Arbeitgebers im Widerspruch stehen und auch eine Umsetzung des Arbeitnehmers nicht in Betracht kommt, kann sich der Arbeitgeber letztlich durchsetzen. Anderenfalls aber steht dem Arbeitnehmer auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses die hier mittelbare Drittwirkung entfaltende Religionsfreiheit zur Seite mit der Folge, dass etwa, soweit nicht legitime Belange des Arbeitgebers konkret beeinträchtigt werden, eine Arbeitnehmerin auch ein Kopftuch tragen darf.²¹ Vergleichbares gilt für andere religiöse Gebote.²² Im Kern ebenso hat auch der EGMR judiziert,²³ nur lässt er wie erwähnt nicht religiöse Motivation ausreichen, sondern fordert ein religiöses Gebot.

Im europäischen Unionsrecht ist in der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78 sogar ausdrücklich anerkannt, dass Religion im Normalfall kein Grund zu einer Benachteiligung durch den Arbeitgeber sein darf. Dies schließt ebenfalls die

16 Dazu BVerfGE 102, 370 (392 ff.).

17 Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 42 (60).

18 Zu Frankreich Entscheidung des Conseil constitutionnel 2010-613 DC vom 07.10.2010; zu Belgien Entscheidung der Cour constitutionnelle 145/2012 vom 6.12.2012.

19 EGMR, 43835/11 vom 01.07.2014 (S.A.S.), §§ 155 ff.

20 Zur Kritik siehe etwa das Sondervotum Nußberger und Jäderblom.

21 BAG BAGNJW 2003, 1685, bestätigt von BVerfG (K), NJW 2003, 2815.

22 BAG, NZA 2011, 1087.

23 EGMR (Fn. 6).

durch religiös gebundenes Verhalten des Arbeitnehmers veranlasste Benachteiligung aus. Allerdings hat der EuGH vor einem Jahr akzeptiert, dass ein privater Arbeitgeber eine generelle Neutralitätspolitik praktiziert und dementsprechend seinen Arbeitnehmern auch religiöse Zeichen verbietet.²⁴ Damit wird dem Arbeitgeber ein größerer Freiraum gewährt, religiös gebotene Bekleidung seiner Arbeitnehmer zu verbieten, als dies nach deutschem Recht der Fall ist. Zu dieser Lösung kommt der EuGH, weil er die einschlägigen Vorgaben des Arbeitgebers nur als indirekte, nicht als direkte Diskriminierung ansieht. Zu Recht aber ist diese verbreitet auf Kritik gestoßen – auch in Frankreich.²⁵

Aus der Sicht des deutschen Rechts ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass Art. 8 der einschlägigen Richtlinie einen weitergehenden nationalen Diskriminierungsschutz ausdrücklich gestattet. Von daher dürfte die restriktive EuGH-Rechtsprechung keine Auswirkungen für Deutschland haben.

2. Religion und staatliche Neutralität

Bekleidungsfragen haben das BVerfG vor allem mit Blick auf Lehrerinnen im öffentlichen Dienst beschäftigt;²⁶ anhängig ist der Streit um das Kopftuch einer Rechtsreferendarin.²⁷ Hier tritt ein weiteres Grundprinzip auf den Plan: Die Pflicht des Staates zur religiösen Neutralität. Diese gilt nicht nur für die Schule, sondern für den gesamten öffentlichen Dienst. Manche Länder haben in den letzten Jahren einschlägige gesetzliche Regelungen erlassen – zum Teil nur für den Schuldienst, zum Teil auch für die Justiz, zum Teil für den gesamten öffentlichen Dienst. Soweit diese das Tragen religiöser Symbole verbieten, die nicht von der jeweiligen Religion geboten sind, stellt sich nach hier vertretener Ansicht mit Blick auf die Religionsfreiheit allerdings kein Problem. Anderes gilt, soweit – nach der Überzeugung der betreffenden Person – die betreffende Religion zum Tragen eines Kleidungsstückes verpflichtet. Zugleich kann eine Ganzkörperverhüllung dennoch verboten werden, weil öffentliche Amtsträger im Grundsatz identifizierbar sein müssen. Im Übrigen, vor allem mit Blick auf Kopftücher, ist die Frage umstritten.

Für den Schuldienst hat das BVerfG bekanntlich seinem ersten Urteil eine gesetzliche Regelung gefordert²⁸ und im zweiten Urteil Restriktionen nur für den Fall konkret erkennbarer Störungen des Schulfriedens zugelassen²⁹. Mit Blick auf die Justiz muss, soweit es um den Gesetzesvorbehalt geht, Gleiches gelten. Materiell dagegen gibt es gute Gründe dafür, hier strengere Anforderungen zu stellen. Der staatliche Richter entscheidet letztverbindlich; hier kann und darf man in Sachen Neutralität höhere Anforderungen stellen.³⁰ Es ist auch plausibel, in diese Forderungen, wie jüngst in Bayern anders als überall sonst geschehen, auch die ehrenamtlichen Richter einzubeziehen.³¹ Man kann sich sogar umgekehrt fragen, warum man einem ehrenamtlichen Richter etwas erlaubt, was dem Berufsrichter verboten sein soll.

Verwunderlich ist diese Neutralitätsforderung allerdings vor dem Hintergrund der für jeden Richter, Berufs- wie ehrenamtliche Richter bestehenden Verpflichtung, im Rahmen einer mündlichen Verhandlung und damit öffentlich einen Richtereid zu leisten (§§ 38, 45 Abs. 2 DRiG). Nach dem deutschen Richtergesetz ist insoweit, wie auch im Grundgesetz für die dort vorgesehenen Eide formuliert, eine reli-

giöse Beteuerung möglich. Es ist also durchaus vorstellbar, dass ein Richter zunächst öffentlich einen Eid mit religiöser Beteuerung leistet und dann anschließend diese Beteuerung nicht dadurch dokumentieren darf, dass er ein entsprechendes religiöses Zeichen trägt. Hier offenbart sich ein Wertungswiderspruch. Bemerkenswert ist im Übrigen, dass für ehrenamtliche Richter das DRiG ausdrücklich vorsieht, dass man dem Eid eine Beteuerungsformel seiner Religionsgemeinschaft anfügen darf (§ 45 Abs. 5 DRiG); diese Flexibilität kennt das DRiG für Berufsrichter nicht. Gründe dafür sind umso weniger ersichtlich, als die Regelwerke für die anderen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse durchaus flexibler ausgestaltet sind (§§ 38 Abs. 2 BStG, 64 Abs. 3 BBG, 9 Abs. 1 SG).

Eine letzte Bemerkung betrifft schließlich die Gleichbehandlung der Religionen. Verschiedentlich haben Gesetze zwischen den Religionen differenziert. Auf den Schuldienst bezogene Regelungen haben dies z.T. an den jeweiligen explizit verfassungsrechtlich verankerten christlichen Erziehungszielen festgemacht. Hessen fordert mit Blick auf die beamtenrechtliche Pflicht zur Wahrung der Neutralität auch in Kleidungsfragen, »bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ... der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen.« (§ 45 hessisches BeamtenG).³² Und in Bayern hat man zwar jüngst ein Richtergesetz beschlossen, das wie erwähnt religiöse Zeichen bei Richtern generell verbietet, aber Kreuze hängen weiterhin in zahlreichen Gerichtssälen.

Völlig zu Recht hat daher das BVerfG eine Differenzierung im Umgang mit den verschiedenen Religionen mit Blick auf das Schulgesetz in NRW als verfassungswidrig angesehen,³³ und das zu dieser Entscheidung ergangene Minderheitsvotum kritisiert insoweit auch nur, dass das Gericht die gesetzliche Regelung kassiert und nicht wie BAG und BVerwG ihren Inhalt durch verfassungskonforme »Auslegung« praktisch auf Null reduziert hat³⁴ – was allerdings in der Tat, da ist der Mehrheit des BVerfG zuzustimmen, dem Sinn jeder Auslegung widerspricht. Dem Gedanken, das Kreuz auch als

24 EuGH, Rs. C-157/14 (G4S Secure Resolutions), ECLI:EU:C:2017:203 und Rs. C-188/15 (Bouagnaoui und ADDH), ECLI:EU:C:2017:204.

25 *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, 700 (702 ff.); *Classen*, Kopftuch ade? Zu den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs vom 14.03.2017, Greifrecht 2017, 87 ff.; aus französischer Sicht *Robin-Olivier*, Neutraliser la religion dans l'entreprise?, RTDE 2017, 229 (233 ff.).

26 BVerfGE 108, 282; 138, 296.

27 Verfahren 2 BvR 1333/17.

28 BVerfGE 108, 282 (306 ff., 309 ff.).

29 BVerfGE 138, 296 Rn. 112 ff.

30 *Eckert-Höfer*, DVBl. 2018, 537 (542 ff.); siehe dazu auch (als ein Element einer Abwägung) BVerfG, 2 BvR 1333/17, B. v. 27.6.2017, Rn. 47 ff.

31 Art. 15 i.V.m. Art. 11 bayerisches Richter- und Staatsanwalts-gesetz.

32 Zur Möglichkeit und Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung *Eckert-Höfer*, DVBl. 2018, 537 (542).

33 BVerfGE 138, 296 Rn. 123 ff.

34 BVerfGE 138, 359 Rn. 21.

Zeichen kultureller Tradition zu werten, haben sich zu Recht beide Senate des BVerfG verschlossen – die entsprechende Aussage aus dem Urteil des Ersten Senats zum Schulkreuz³⁵ wird im Urteil des Zweiten Senats zum Kopftuch zustimmend zitiert³⁶. Wenn also die bayerische Staatsregierung dieses Argument heranzieht zur Rechtfertigung ihres Beschlusses, künftig in allen Behörden ein Kreuz aufzuhängen,³⁷ stellt sie sich damit im Widerspruch zu beiden Senaten des Gerichts. Hinzu kommt, dass, wer die offizielle Haltung gerade der katholischen Amtskirche zu den Werten des Grundgesetzes im Wandel der Zeit betrachtet, auch an der empirischen Tragfähigkeit des Arguments zweifeln muss.

3. Religionsfreiheit und gesellschaftliche Integration

Allerdings kann und muss man sich die Frage stellen, ob bestimmte, mit dem Islam nicht zwingend verbundene, aber dort doch verbreitet auftretende Verhaltensweisen nicht ein Problem darstellen. So stellt ein gleichberechtigter Umgang mit beiden Geschlechtern eine für den gesellschaftlichen Zusammenhalt zwingende Selbstverständlichkeit dar. Wer sich daran erinnert, welche Diskussion die Umsetzung der Gleichberechtigungsrichtlinie in Deutschland ausgelöst hat – etliche zivilrechtliche Kollegen hatten bereits das Ende der Vertragsfreiheit vor Augen – erkennt allerdings, dass auch hier rechtsförmige Gebote nicht immer möglich sind. Dies gilt auch, wenn es um die Frage des Händegebens geht.

Vermutlich geht es um diese Fragen, wenn das Islamgesetz Österreichs von einer Religionsgemeinschaft eine positive Grundeinstellung gegenüber der Gesellschaft fordert, auch wenn diese Vorgabe wie dargelegt untauglich ist. Bisher wird in Deutschland für den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts allerdings nur Rechtstreue verlangt. Hierzu hat das BVerfG bereits vor vielen Jahren entschieden, dass nur ein aktives Handeln gegen den Staat dem entgegensteht, nicht aber die dezidierte Gleichgültigkeit oder auch die ablehnende Haltung, sofern sich daraus keine praktischen Rechtsfolgen ergeben.³⁸ Warum die Muslime insoweit schlechter gestellt werden sollten als etwa die Zeugen Jehovas, ist nicht ansatzweise erkennbar. Für eine privatrechtliche Religionsgemeinschaft gelten ohnehin nur die vereinsrechtlichen Regeln.

4. Konsequenzen

Allerdings heißt das nicht, dass der Staat die Augen verschließen muss vor dem Phänomen, dass sich gerade im Bereich des Islam besondere Fragen hinsichtlich der gesellschaftlichen Integration stellen. Die richtige Antwort liegt jedoch an anderer Stelle. Nicht Repression, sondern Förderung und Erziehung ist der Weg. Konkret ist auf islamischen Religionsunterricht an Schulen sowie auf theologische Ausbildungen von Imamen an deutschen Hochschulen hinzuweisen. Für den ersten Bereich gilt ohnehin, dass der Staat hier mit der Schulaufsicht über ein recht striktes Kontrollinstrument verfügt. Ferner ist auf das rundfunkrechtliche Direktsenderecht hinzuweisen (etwa § 42 Rundfunk-Staatsvertrag). Danach haben Religionsgemeinschaften das Recht, in eigener Verantwortung religiöse Inhalte über den öffentlich-rechtlichen und partiell auch den privatrechtlichen Rundfunk einschließ-

lich des Fernsehens zu übertragen. Dieses soll ihnen insbesondere ermöglichen, Gottesdienste zu übertragen. Bislang ist dieses Recht vielfach auf öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften und damit weitgehend auf Christen und Juden beschränkt; das ist verfehlt. Noch deutlicher wird die Unterscheidung in den diversen Rundfunkgremien. Hier sind immer schon nicht nur christliche Kirchen, sondern auch die Juden vertreten.³⁹ Demgegenüber zeigt der Islam hier nur ganz allmählich Einzug.⁴⁰ Schließlich ist das Stichwort Gefängnisseelsorge zu nennen.

In all diesen Bereichen kann und darf der Staat nicht unmittelbar auf die religiösen Inhalte einwirken. Er kann sich jedoch darum bemühen, dass die dargestellten Möglichkeiten jedenfalls gerade auch von gemäßigten Kräften im Islam genutzt werden bzw. ihnen zugute kommen.

Und vor allem sind dezidiert alle Versuche abzulehnen, zwischen christlichen Religionen und dem Islam einen prinzipiellen Unterschied zu machen. Sicherlich ist die christliche Tradition der deutschen Kultur und des deutschen Rechts gar nicht zu bestreiten. Heute aber gilt generell, was das BVerfG schon in den siebziger Jahren explizit mit Bezug auf die religiösen Bezüge im Schulunterricht formuliert hat: Diese sind nur insoweit zu rechtfertigen, wie sie weltlich zu erklären sind.⁴¹ Und wo dies nicht möglich ist wie bei Kreuzen, muss man auf sie verzichten. Es ist widersprüchlich, einerseits von den Muslimen Integration zu verlangen und andererseits als deutscher Staat immer wieder explizit auf die christlichen Wurzeln deutscher Tradition zu verweisen.

IV. Fragen des Organisationsrechts

1. Grundfragen

Viele wichtige Fragen kreisen schließlich um das Thema Organisation von Religionsgemeinschaften. Islamischer Religionsunterricht, islamische Theologie an Hochschulen, islamische Sendungen im Fernsehen und Vertretungen in den entsprechenden Gremien, Seelsorge in Gefängnissen – überall stellt sich das gleiche Problem: Man benötigt handlungsfähige und vor allem auch repräsentative Organisationen.⁴² Für den Schulunterricht fordert dies Art. 7 Abs. 3 GG ausdrücklich, doch gilt auch für die anderen Fragen nichts anderes. Im Grundsatz unerheblich ist dabei, ob es um öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich verfasste Religionsgemeinschaften geht.

35 BVerfGE 93, 1 (19 f.)

36 BVerfGE 108, 282 (304).

37 § 28 n.F. Allgemeine Geschäftsordnung für die Behörden des Freistaates Bayern, BayGVBl. 2018, 281.

38 BVerfGE 102, 370 (392 ff.).

39 Zum Vorstehenden *Classen*, AfP 2015, 101 ff.

40 Siehe zum Südwestrundfunk § 14 Abs. 2 Nr. 4 des im Jahre 2013 neu abgeschlossenen Staatsvertrages; zu Radio Bremen § 9 Abs. 1 Nr. 8 des entsprechenden Gesetzes.

41 BVerfGE 41, 29 (49 f.); 41, 65 (78); 52, 223 (237).

42 Zum Schulunterricht *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 149 ff.; zur Seelsorge *Unruh*, ebd., Art. 141 WRV Rn. 13; zu theologischen Fakultäten BVerfGE 122, 89 (108 ff.).

Der Islam verfügt jedoch nicht über eine kirchenähnliche Struktur. Vielmehr gibt es eine Vielzahl von einzelnen Organisationen. Zu nennen sind insbesondere Moscheevereine vor Ort sowie verschiedene Dachverbände. Hinzu kommt, dass auch in den Moscheevereinen jeweils nur ein Bruchteil der betreffenden Muslime Mitglied sind. Viele Muslime sind offiziell nirgends Mitglied. Insoweit unterscheidet sich die Lage von Österreich, wo es bereits seit Langem nicht nur ein Islamgesetz, sondern auch einen auf dieser Grundlage verfassten Islam gibt. Das Fehlen einer solchen Organisation macht den Umgang in verschiedenen Situationen schwierig.

Zunächst hat zu Recht das BVerwG entschieden, dass grundsätzlich auch Dachverbände die Rechte aus Art. 7 Abs. 3 GG in Anspruch nehmen können. Voraussetzung ist allerdings, dass diese in Sachen Religionsunterricht auch für ihre jeweiligen Mitgliedsvereine sprechen können.⁴³ Bei der Konkretisierung dieser Anforderung dürfen schon im Interesse der Religionsfreiheit keine besonders weitgehenden Anforderungen gestellt werden.⁴⁴ Im Einzelnen hat die föderale Vielfalt, die sich gerade im Bildungs- und Medienbereich besonders entfaltet, zu einer Reihe von unterschiedlichen Regelungen geführt. Im Bildungsbereich haben die Kultusverwaltungen in einigen Bundesländern beschlossen, sich auf eine Kooperation mit bestimmten Religionsgemeinschaften einzulassen und mit diesen eine intensivere Zusammenarbeit zu pflegen. In Hessen etwa wurden Vereinbarungen zum Religionsunterricht mit der Ditib und den Aleviten beschlossen.⁴⁵ In anderen Bundesländern spielt der Pluralismus im Islam offenbar eine größere Rolle. Deswegen hat man sich zumindest vorübergehend für Organisationsformen entschieden, die dem Rechnung tragen. Konkret schlägt sich dies in verschiedenen Beiräten nieder, die mit Blick auf die Erteilung des Schulunterrichts, aber auch der Theologie etwa in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen geschaffen wurden. In diesen Beiräten sind Vertreter verschiedener muslimischer Organisationen repräsentiert, außerdem aber auch – auf Vorschlag der entsprechenden Religionsgemeinschaft – Personen, die dem Islam zugehören, aber nicht einer bestimmten Organisation.⁴⁶

Beide Konzeptionen werfen sicherlich Fragen auf. Die Kooperation mit bestimmten Organisationen ist im Lichte von Art. 7 Abs. 3 GG sicher die auf den ersten Blick plausible Variante. Sie hat jedoch zur Konsequenz, dass sich das Angebot zwar formal nur an Angehörige einer bestimmten Organisation richtet, nämlich Ditib. Viele Muslime aber fühlen sich gerade nicht durch die Ditib repräsentiert. Daher hat dieses formal korrekte Modell zur Folge, dass sich bei der Wahl zwischen Ditib-Unterricht und gar keinem Unterricht zahlreiche muslimische Schüler eben doch für den Ditib-Unterricht entscheiden. Im praktischen Ergebnis hat dieses Modell also zur Konsequenz, dass bestimmte, besser organisierte Strömungen innerhalb des Islam gegenüber anderen privilegiert werden.

Die Beiratslösung wiederum hat den Nachteil, dass sie wörtlich verstanden gar nicht mit der verfassungsrechtlichen Grundkonstruktion in Übereinstimmung zu bringen ist. Hier übernimmt de facto ein staatlich organisierter »übergeordneter Dachverband« die Rolle, die nach der Verfassung eigentlich die verschiedenen Religionsgemeinschaften wahrnehmen sollten. Allerdings sind etliche dieser einzelnen

Gemeinschaften zu klein, um die Etablierung eines eigenständigen Religionsunterrichtes nur für ihre Angehörigen zu rechtfertigen, der ja auch entsprechend ausgebildetes qualifiziertes Personal fordert. Zu Recht ist in Nordrhein-Westfalen die gefundene Lösung daher bei der entsprechenden Anhörung im Landtag von fast allen Experten des Verfassungsrechts für möglich erachtet worden.⁴⁷

Ein Wort noch speziell zu Ditib. Diese Organisation sieht sich ja immer wieder wegen ihrer Verbindungen zum türkischen Staat Kritik und Zweifeln ausgesetzt. Tatsächlich muss hier differenziert werden. Verbindungen zu einem ausländischen Staat stehen nicht prinzipiell einer Qualifikation einer Religionsgemeinschaft in Deutschland entgegen. Für Deutschland gilt zwar das Verbot der Staatskirche, aber soweit es um den Umgang mit ausländischen Staatskirchen geht, kann dieses Verbot keine Wirkung entfalten. Aus deutscher Perspektive stellt also etwa auch die anglikanische Kirche Englands oder die dänische protestantische Volkskirche eine Religionsgemeinschaft dar. Anderes gilt hingegen, wenn die Gemeinschaft tatsächlich im Kern politische Ziele verfolgt und der religiöse Zweck allenfalls nebenbei verwirklicht wird.

Insgesamt kann man hier nur hoffen, dass im Laufe der Zeit sich insoweit institutionelle Strukturen herausbilden, die einerseits ermöglichen, dass eine hinreichende Anzahl von Muslimen sich von einer Organisation angesprochen fühlt, und andererseits die staatliche Organisationshilfe »Gesetz« möglichst weit zurückgedrängt wird. In der Zwischenzeit aber sollte ein konstruktiver Umgang mit der Pluralität des Islam versucht werden.

2. Insbesondere: die internationale Einbindung von Religionsgemeinschaften

Das österreichische Recht fordert von Religionsgemeinschaften zudem wirtschaftliche Selbständigkeit (§ 4 Abs. 1) und will damit offenbar nicht zuletzt eine Finanzierung aus dem Ausland unterbinden. Diese Problematik ist auch in Deutschland durchaus virulent. Sie stellt sich praktisch fast nur für den Islam. Andere Religionsgemeinschaften sind zwar international auch stark vernetzt; das gilt insbesondere für die katholische Kirche. Das deutsche Kirchensteuersystem führt allerdings dazu, dass die deutsche katholische Kirche mehr Geld in andere Teile der Welt gibt als umgekehrt. Die Frage, in welche Richtung ein Finanzfluss geht, kann jedoch für die rechtliche Beurteilung nicht entscheidend sein.

Zu Recht kritisiert die Bundesrepublik immer wieder, dass die Betätigung zivilgesellschaftlicher Organisationen in anderen Ländern vom dortigen Heimatstaat beeinträchtigt wird. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn diese Organi-

43 BVerwGE 123, 49 Rn. 31 ff.

44 Zu weitgehend hingegen OVG Münster, Urteil 19 A 997/02 vom 9.11.2017. Nach dessen Vorstellungen (Rn. 32, 35) müsste man wohl auch bezweifeln, dass die evangelische Kirche eine Religionsgemeinschaft bildet.

45 Näher *Classen* (Fn. 5), Rn. 485.

46 Siehe zum islamischen Religionsunterricht in NRW § 132a des dortigen Schulgesetzes.

47 Zur Verfassungsmäßigkeit auch *Oebbecke*, ZevKR 56 (2011), 262 ff.; *Classen* (Fn. 5), Rn. 486.

sationen von einem ausländischen Staat finanziert werden und deswegen etwa in einer Liste ausländischer Agenten einzutragen sind. Zu Recht enthält das Grundgesetz die Garantie religionsgemeinschaftlicher Selbstverwaltung. Das schließt auch die Entscheidung darüber ein, woher man sich die benötigten finanziellen Ressourcen beschafft. Gleiches gilt im Übrigen für den Personaleinsatz: Restriktionen beim Einsatz von Predigern aus dem Ausland wären problematisch, abgesehen davon, dass davon nicht nur der Islam, sondern auch die katholische Kirche substantiell betroffen wäre.

V. Religiös motivierter Terror und religiös motivierte Hasspredigt

Abschließend noch ein Wort zu Terrorismus und Hasspredigten. Insoweit hat das Recht bereits reagiert. Das früher bestehende vereinsrechtliche Religionsprivileg – § 2 Abs. 2 Nr. 3 Vereinsgesetz – wurde bereits im Jahre 2001 aufgehoben. Zwar konnten immer schon Vereine mit verfassungsfeindlichen Tendenzen oder solche, die nach Art. 9 Abs. 2 GG verboten waren, weil sie sich gegen die Völkerverständigung oder gegen Strafgesetze richten, verboten werden. Religionsgemeinschaften waren allerdings früher vom Vereinsgesetz und damit auch von dieser Verbotsmöglichkeit ausgenommen. Diese Beschränkung wurde aufgehoben. Diese einfachgesetzliche Änderung hat natürlich die verfassungsrechtliche Lage nicht verändert. Danach gilt für ein Verbot normaler Vereine Art. 9 Abs. 2 GG mit den erwähnten Voraussetzungen.

Die religiöse Vereinigungsfreiheit hingegen ist in ihrem Kern in Art 4 GG verankert und konkret im heute noch geltenden Art. 137 Abs. 2 WRV ausgeformt. Sie ist damit ebenso wie die Freiheit von religiösem Bekenntnis und Religionsausübung ohne ausdrücklichen Vorbehalt gewährleistet. Für einen Umgang mit religiösen Hasspredigern oder gar zum Terrorismus neigenden Islamisten ergibt sich daraus jedoch kein wirkliches Problem. Die Religionsfreiheit kann anerkanntermaßen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vom Gesetzgeber eingeschränkt werden, wenn andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang beeinträchtigt werden.

Sollen terroristische Attentate verhindert werden, ist das schon deswegen unproblematisch, weil diese gar nicht vom Schutzbereich der Religionsfreiheit erfasst werden. Und soweit es um Hasspredigten geht, steht die dann prinzipiell anwendbare Religionsfreiheit einer Anwendung etwa von § 130 StGB, dem Verbot der Volksverhetzung, nicht entgegen. Die Norm bestraft das Aufstacheln zum Hass und Ähnliches gegen eine nationale, rassische, religiöse oder ethnisch bestimmte Gruppe oder Angriffe gegen die Menschenwürde. Im ersten Fall ist Art. 3 Abs. 3, im zweiten Fall Art. 1 Abs. 1 GG anzuführen.

Sicherlich können mit solchen Regeln nur besonders extreme Predigten verhindert werden. Nur kann und darf ein

freiheitlicher Rechtsstaat eine positive Haltung zu den gesellschaftlichen Spielregeln, die heute für das Zusammenleben als notwendig und selbstverständlich angesehen werden wie die Gleichberechtigung der Geschlechter nicht erzwingen. Daran würde im Übrigen auch ein Gesetzesvorbehalt bei der Religionsfreiheit, wie nach einer Minderheitenauffassung ohnehin schon im geltenden Recht besteht, nämlich aus Art. 136 WRV abzuleiten ist, nichts ändern, denn dann würde der Schutz der Meinungsfreiheit die Verbreitung entsprechend problematischer Äußerungen gestatten. Ein solcher einfacher Gesetzesvorbehalt ist also nicht erforderlich, um irgendetwas besser regeln zu können.

Tatsächlich bedarf es hinsichtlich des Umgangs mit Hasspredigern vor allem eines effektiven Vollzuges der bestehenden Regeln. Dieser ist hier vor allem denkbar in dem Sinne, dass die zuständigen Verfassungsschutzbehörden bei hinreichend konkreten Anhaltspunkten überwachend tätig werden und ggf. geeignete Maßnahmen ergreifen. Ebenso muss, soweit erforderlich, das Strafrecht zum Einsatz kommen. Geht es – wie vielfach der Fall – um Ausländer, kommt auch eine Ausweisung in Betracht. Im Fall von politisch Verfolgten enthält Art. 33 Abs. 2 GFK ausdrücklich eine Ausnahme, soweit Personen aus schwerwiegenden Gründen eine Gefahr für die Sicherheit des Gastlandes oder wegen Verurteilung wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens eine Gefahr für die Allgemeinheit dieses Landes darstellt. Eine Abschiebung scheidet also nur aus, wenn im Abschiebestaat eine Verletzung von Art. 3 EMRK oder Art. 1 GG droht.

VI. Schluss

Insgesamt kann nur ein Teil der derzeit diskutierten Fragen angesprochen werden. Der Islam bringt sicher einige fremde Gewohnheiten mit sich. Der liberale deutsche Staat muss darauf mit Offenheit reagieren, mit Angeboten, die der Integration dienen, aber zugleich den eigenen freiheitlichen Ansprüchen genügen. Das deutsche Verständnis von religiöser Neutralität des Staates ist ein der Ausübung der Religionsfreiheit ebenso wie der Kooperation des Staates mit Religionsgemeinschaften zugewandtes Konzept. Nichts davon sollte aufgegeben werden. Problematisch ist demgegenüber die in der Politik zum Teil geäußerte, zum Teil auch in einigen gesetzlichen Regelungen sich niederschlagende formelle Bekräftigung einer spezifisch christlichen Prägung Deutschlands.

Claus Dieter Classen, Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Greifswald sowie Mitglied des LVerfG und Richter am OVG Mecklenburg-Vorpommern

Wieder topaktuell: der neue Kopp/Schenke.

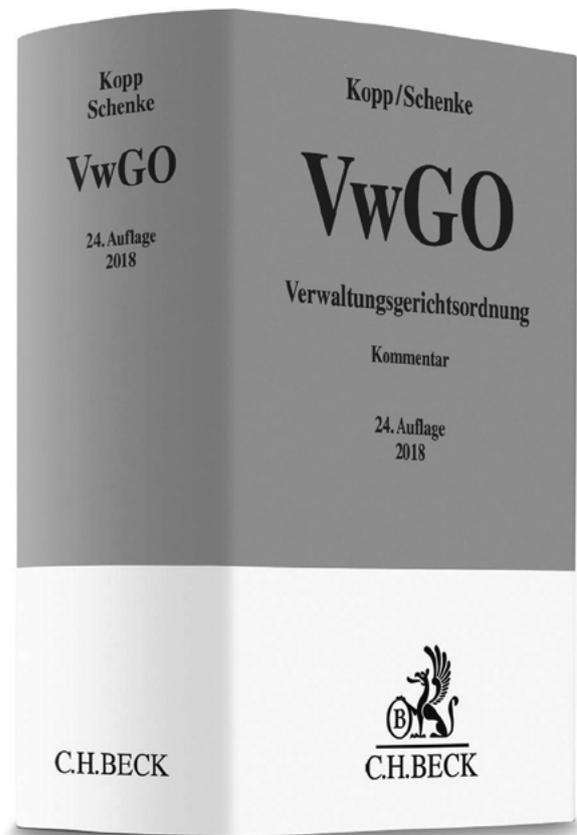
Der kompakte Kommentar

bietet dem Rechtsanwender zuverlässige und wissenschaftlich genaue Antworten auf alle **verwaltungsprozessualen Fragen**. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Entwicklungen des **Europäischen Gemeinschaftsrechts** gelegt. Durch sein jährliches Erscheinen garantiert das Werk eine Darstellung auf neuestem Stand.

Die 24. Auflage

verarbeitet die neueste Rechtsprechung und Literatur in gewohnt hoher Qualität. Berücksichtigt sind zudem folgende aktuelle Gesetzesänderungen:

- Art. 5 Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben v. 29.5.2017
- Art. 4 Hochwasserschutzgesetz II v. 30.6.2017
- Art. 20 und 21 Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs v. 5.7.2017
- Art. 11 Abs. 24 des eIDAS-Durchführungsgesetz v. 18.7.2017
- Art. 5 Abs. 2 Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren v. 8.10.2017.



Kopp/Schenke VwGO

24. Auflage. 2018.
XXX, 2075 Seiten.
In Leinen € 65,-
ISBN 978-3-406-72535-7
Neu im Juli 2018

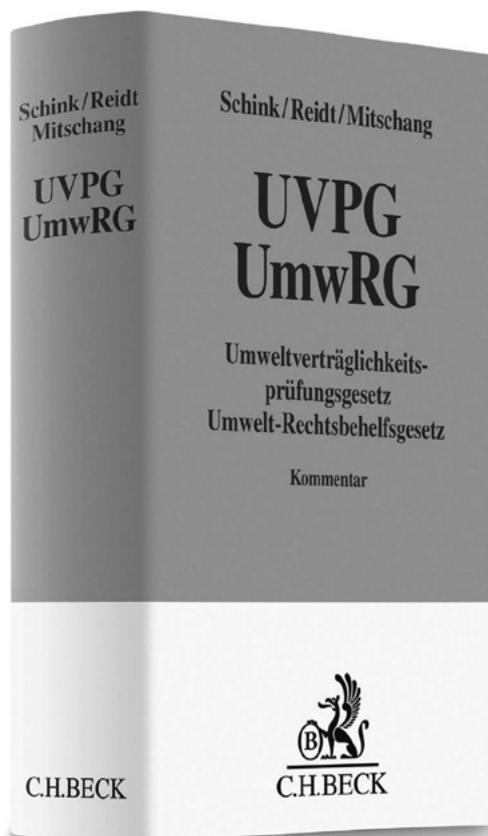
☰ beck-shop.de/caqyas

”

*... gründlich, präzise, prägnant
und überzeugend.*

Dr. Bernd-Rainer Zabré,
in: RVaktuell 09/2017, zur Voraufgabe

Neu: UVPG und UmwRG in einem handlichen Kommentar.



**MIT
UVP-
NOVELLE**

Schink
**UVPG/UmwRG · Umwelt-
verträglichkeitsprüfungsgesetz/
Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz**

2018. XXIV, 465 Seiten.
In Leinen € 129,-
ISBN 978-3-406-71603-4
Neu im Juli 2018

≡ beck-shop.de/buisnu

Der neue Kommentar

bietet eine kompakte und praxisnahe Erläuterung zum **Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz** und zum **Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz**, die beide durch das Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung vom 20. Juli 2017 novelliert wurden.

Die Schwerpunkte

liegen bei den **Verfahrensschritten** zur Umweltverträglichkeitsprüfung, bei der **Strategischen Umweltprüfung** und bei den **besonderen Verfahrensvorschriften** für bestimmte Umweltprüfungen. Ausführlich dargestellt sind auch die damit verbundenen Rechtsschutzfragen.

Vorteile auf einen Blick

- › schneller Zugriff auf die gewünschten Informationen
- › mit einer Einführung zur Rechtsentwicklung im europäischen und nationalen Recht
- › detaillierte Ausführungen zum Rechtsschutz

Von erfahrenen Experten

Herausgegeben von RA Prof. Dr. Alexander **Schink**, RA Prof. Dr. Olaf **Reidt** und Univ.-Prof. Dr.-Ing. habil. Stephan **Mitschang**. Bearbeitet von den Herausgebern und von: RA Dr. Julian **Augustin**, RA Prof. Dr. Martin **Dippel**, RA Dr. Christian **Eckart**, LL.M., Univ.-Prof. Dr. Claudio **Franzius**, RA Dr. Andreas **Hamacher**, Dr. Boas **Kümper**, RAin Dr. Stefanie von **Landwüst**, RiOVG Dr. Joachim **Tepperwien** M. jur. und RA Dr. Christian **Zeissler**.



Blick in die juristische Auseinandersetzung

Der Flüchtlingsstreit und das Recht – eine Nachlese

A. Einleitung

Der im Juni zwischen CDU und CSU entbrannte sog. »Flüchtlingsstreit« hat Deutschland in eine schwere Regierungskrise gestürzt. Bundeskanzlerin *Angela Merkel* brachte ihre Richtlinienkompetenz aus Art. 65 Satz 1 GG in Stellung,¹ was Bundesinnenminister *Horst Seehofer* als »unüblich zwischen zwei Parteivorsitzenden« empfand;² zeitweilig stand der Bruch der Fraktionsgemeinschaft (und damit zugleich der Regierungskoalition) im Raum, zuletzt immerhin noch der Rücktritt des Bundesinnenministers. Der Streit war bisweilen von großer Hysterie gekennzeichnet. Und wurde verbal z.T. mit übersteigter Vehemenz und Härte geführt, bis hin zu persönlichen Angriffen. So erklärte der bayerische Ministerpräsident *Markus Söder* den Streit zum »Endspiel um die Glaubwürdigkeit«,³ die Angriffe des Bundesinnenministers in Richtung der Bundeskanzlerin kulminierten in der Aussage: »Ich lasse mich nicht von einer Kanzlerin entlassen, die nur wegen mir Kanzlerin ist.«⁴ Zweifel an der charakterlichen Eignung des Bundesinnenministers wurden geäußert, Baden-Württembergs Agrarminister *Peter Hauk* (CDU) befand gar: »Dass der CSU-Vorsitzende doch sichtbar einen Sparren weghat, das scheint auch klar zu sein.«⁵ Wie dem auch sei: Nachdem zunächst auch der EU-Gipfel vom 28./29.06.2018 keine Befriedung nach sich gezogen hatte,⁶ einigten sich CDU und CSU Anfang Juli auf einen Kompromiss.⁷ Nach Einbeziehung des dritten Koalitionspartners, der SPD, ging das Papier schließlich ein in das »Asylpaket« der Großen Koalition.⁸

Den sachlichen Kern des Streits bildete die Frage, ob Schutzsuchende, die bereits in einem anderen EU-Mitgliedstaat einen Asylantrag gestellt haben oder dort als Asylsuchende registriert sind, an der deutschen Grenze zurückgewiesen werden sollen. Die CSU wollte eben dies – so, wie es der (zwischenzeitlich im Wortlaut bekannt gewordene) Punkt 27 (»Binnengrenzkontrollen«) des Entwurfs von *Horst Seehofer* (in seiner Eigenschaft als CSU-Vorsitzender!) für einen »Masterplan Integration« (Stand: 22.06.2018) vorsah.⁹ Bundeskanzlerin *Merkel* und die CDU pochten auf eine europäische Lösung (»nicht unilateral, nicht unabgestimmt und nicht zu Lasten Dritter«¹⁰). In rechtlicher Hinsicht verband sich damit die Frage, ob Deutschland zu den von der CSU geforderten Zurückweisungen an der Grenze überhaupt befugt ist.

Wer hatte das Recht in dem Streit auf seiner Seite?

Mit dem vorliegenden Beitrag soll nicht der Versuch unternommen werden, den zahlreichen – manchmal mehr, manchmal weniger überzeugenden – Stellungnahmen zum Thema eine weitere hinzuzufügen. Vielmehr soll die juris-

- 1 Vgl. z. B. »Grenz-Debatte in der Union: Merkel droht Seehofer mit Richtlinienkompetenz«, FAZ.NET v. 18.06.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/merkel-droht-seehofer-in-asylstreit-mit-richtlinienkompetenz-15646276.html>). Zur Diskussion etwa *Klaus Ferdinand Gärditz*, Die Richtlinien der Flüchtlingspolitik, VerfBlog v. 18.6.2018 (<https://verfassungsblog.de/die-richtlinien-der-fluechtlingspolitik/>); *Hasso Suliak*, Asylstreit innerhalb der Bundesregierung: Richtlinienkompetenz vs. Ressortprinzip, LTO v. 16.07.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/streit-regierung-asyl-politik-richtlinienkompetenz-kanzlerin-ressortinnenministerium/>).
- 2 Vgl. z. B. »Quo vadis, Union? Wieso der Asylstreit am 1. Juli nicht vorbei ist«, FAZ.NET v. 18.06.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wieso-der-asylstreit-am-1-juli-nicht-vorbei-ist-15646833.html>).
- 3 Vgl. z. B. »Söder zu Asylstreit mit CDU: »Wir sind im Endspiel um die Glaubwürdigkeit«, FAZ.NET v. 14.06.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/asyl-streit-zwischen-cdu-und-csu-eskaliert-15639172.html>).
- 4 Vgl. z. B. »Seehofer geht Merkel an: »Nur wegen mir Kanzlerin«, FAZ.Net v. 02.07.2018 (<http://www.faz.net/agenturmeldungen/dpa/seehofer-geht-merkel-an-nur-wegen-mir-kanzlerin-15671199.html>).
- 5 Vgl. z. B. »Unmut nach CSU-Chaostagen: Bremens CDU-Chef für Ablösung Seehofers«, FAZ.NET v. 03.07.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/unmut-nach-csu-chaostagen-bremens-cdu-chef-fuer-abloesung-seehofers-15672780.html>).
- 6 Zur Diskussion der Ergebnisse des EU-Gipfels z. B. *Anna Lübke*, Was wurde auf dem EU-Gipfel erreicht, und was bedeutet es für den Asylstreit?, FlüchtlingsforschungsBlog v. 02.07.2018 (<https://fluechtlingsforschung.net/was-wurde-auf-dem-eu-gipfel-erreicht-und-was-bedeutet-es-fur-den-asylstreit/>).
- 7 Vgl. dazu z. B. *Constantin Hruschka*, Kompromiss-Masterplan zur Migration: Das neue Grenzregime, LTO v. 03.07.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/migration-zurueckweisung-eu-gipfelbeschluesse-masterplan-rechtliche-wuerdigung/>).
- 8 Vgl. dazu z. B. *Daniel Thym*, Das Asylpaket der GroKO: Schnellere Dublin-Verfahren jenseits politischer Rhetorik, LTO v. 06.07.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/asyl-kompromiss-fluechtlings-zurueckweisung-transitverfahren-dublin-schnellere-verfahren/>).
- 9 Die Entwurfsfassung vom 22.06.2018 ist abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/downloads/22758796/1/masterplan-migration.pdf>. In der mit Datum vom 04.07.2018 (nunmehr als Dokument des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat) veröffentlichten Endfassung ist der zwischen CDU und CSU erreichte Kompromiss eingearbeitet, nicht aber das Asylpaket der Großen Koalition. Die Endfassung ist abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/media/media-43220.pdf>.
- 10 Vgl. z. B. »Neue Eskalation im Asylstreit? Nicht wirkungsgleich, sondern wirkungslos«, FAZ.NET v. 01.07.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/seehofer-gegen-merkel-eu-asylbeschluesse-wirkungslos-15669335-p3.html>).

tische Auseinandersetzung im Wesentlichen »nur« nachgezeichnet werden. Dies vor allem mit dem Ziel, diejenigen mit den wesentlichen Quellen und Argumentationslinien vertraut(er) zu machen, die die Auseinandersetzung nicht oder nur begrenzt verfolgen konnten. Es geht also in erster Linie um: Information – das Meinungsbild soll möglichst unverfälscht eingefangen werden. Dazu werden die verschiedenen Ansätze zwar gesichtet und die vorgetragene Argumente sortiert, z.T. auch näher eingeordnet; im Übrigen sollen die Meinungen und zentralen Argumentationsbausteine aber im Wesentlichen für sich stehen. Ganz bewusst setzt der Beitrag deshalb im Interesse größtmöglicher Authentizität zu großen Teilen auf eine wörtliche Wiedergabe zentraler Aussagen (oder Wiedergabe in indirekter Rede ohne Verwendung von Paraphrasen). Erst am Ende des Beitrags wird der Blick geweitet.

B. Zur Quellenlage

Einschränkend muss sogleich betont werden, dass der Beitrag keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann – zu unüberschaubar ist mittlerweile die Quellenlage.

Das hat seinen Grund nicht zuletzt darin, dass ein Großteil der (engeren) fachlichen Debatte im Internet auf Foren wie z. B. dem »Verfassungsblog«¹¹ und dem Flüchtlingsforschungsblog¹² oder Digital-Angeboten wie z. B. »Legal Tribune Online«¹³ und »F.A.Z. Einspruch«¹⁴ stattfand. Dies entspricht einem allgemeinen Trend, dass nämlich die mit der Digitalisierung verbundene schnellere Verfügbarkeit von Informationen auch den rechtlichen Diskurs nachhaltig verändert. Im Gegensatz zu dem herkömmlichen Weg einer Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift (z. B. NVwZ) erlaubt die Äußerung »im Netz« eine hohe Reaktionsgeschwindigkeit, einschließlich anschließender (und mitunter durchaus weiterführender) Diskussion »in Echtzeit« mittels Online-Leserkommentaren,¹⁵ und einschließlich der Möglichkeit zu »Repliken«, »Dupliken« etc. in rascher Abfolge.¹⁶ Wie auch schon in der Vergangenheit bei tagespolitischen Themen mit rechtlichen Implikationen, prägten daneben Gastbeiträge von Rechtswissenschaftlern in der Presse die Debatte mit. Ergänzt wird die Quellenlage durch Rechtsgutachten, Ausarbeitungen des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages und Stellungnahmen des Deutschen Instituts für Menschenrechte.

Jedenfalls in einem weiteren Sinne mag man zu den einschlägigen Quellen auch redaktionelle Beiträge und Gastbeiträge von (amtierenden und ehemaligen) Politikern in den Medien rechnen, die sich an einer juristischen Analyse versuchen. Diese Beiträge sind mitunter von fragwürdiger Qualität; mehr noch, müssen sie z.T. sogar als ärgerlich bezeichnet werden, wenn sie mit unterkomplexer Argumentation suggerieren, eigentlich sei doch alles ganz einfach. Einen der negativen Höhepunkte (auch im Stil) bildete in dieser Hinsicht der unter dem Titel »Professor Unfug legitimiert den Rechtsbruch«¹⁷ veröffentlichte Text des ehemaligen Berliner Finanzsenators *Thilo Sarrazin*, mit dem dieser auf einen »Tagesspiegel«-Artikel von *Daniel Thym*¹⁸ erwiderte.¹⁹ Auch Texte wie der im »Tagesspiegel« erschienene Gastbeitrag »Asyl-Masterplan: Juristisch ist Seehofer im Recht«²⁰

des ehemaligen Berliner Finanzsenators *Ehrhart Körting*, der Kommentar »Asyl für die Wahrheit: So kompliziert, wie getan wird, ist die Migrationsfrage nicht«²¹ von »Tagesspiegel«-Redakteur *Christoph von Marshall* oder die Kolumne »Streit über Grenzkontrollen: Wer ist hier der Verfassungsfeind?«²² von *Jan Fleischhauer* auf »Spiegel Online« werden der Sache eher weniger gerecht. Beiträge dieser Art, auch wenn sie durchaus Aufschluss darüber geben, wie die Debatte zumindest in der allgemeinen Öffentlichkeit teilweise geführt wurde, werden im Folgenden daher weitgehend (wenn auch nicht vollständig) ausgeblendet.

Ebenfalls nur begrenzt berücksichtigt werden Interviews mit (Asyl-) Rechtsexperten, da sie in der Regel nicht der Ort für vertiefere juristische Analysen sind. Das bedeutet nicht, dass das eine oder andere Interview, in dem das Thema – zumindest auch – angesprochen worden ist, nicht durchaus lesenswert und erkenntnisbringend ist. Derartige Interviews gibt es etwa mit (in chronologischer Reihenfolge): *Jürgen Bast*,²³ *Daniel Thym*,²⁴ *Robert Seegmüller*²⁵ und *Jan Bergmann*.²⁶

Die Politik selbst hat zur Klärung der Rechtsfrage, die sich mit dem Flüchtlingsstreit verband, demgegenüber eher wenig beigetragen. Man mag dies auch nicht als ihre Aufgabe ansehen. Nicht völlig zu Unrecht wurde in dem Streit aller-

11 <https://verfassungsblog.de/>.

12 <https://fluechtlingsforschung.net/blog/>.

13 <https://www.lto.de/>.

14 <https://fazeinspruch.de/>.

15 Vgl. dazu im Blick auf die politische Meinungsbildung aus der Perspektive der deliberativen Demokratietheorie eingehend *Tobias Zimmermann*, Digitale Diskussionen. Über politische Partizipation mittels Online-Leserkommentaren, 2017.

16 Damit sollen die Probleme von Webforen nicht verkannt werden. Sie bestehen u.a. in einer gesteigerten Selbstreferenzialität und Störungen des sachlichen Diskurses etwa durch sog. »Troll-Kommentare«.

17 Die Achse des Guten v. 23.04.2018 (https://www.achgut.com/artikel/professor_unfug_legitimiert_den_rechtsbruch).

18 Erwidern auf die »Erklärung 2018«: Wider den Mythos des Rechtsbruchs«, *Tagesspiegel* v. 18.04.2018.

19 Nachdem *Thym* seine Überlegungen in Reaktion auf *Sarrazins* Text mit dem Beitrag »Der Rechtsbruch-Mythos und wie man ihn widerlegt« (VerfBlog v. 2.5.2018, <https://verfassungsblog.de/der-rechtsbruch-mythos-und-wie-man-ihn-widerlegt/>) nochmals näher erläuterte, reagierte *Sarrazin* seinerseits mit einem weiteren Text, der unter dem Titel »Die Massen-Zuwanderung war Unrecht. Das ist kein Mythos.« am 7.5.2018 ebenfalls auf dem Blog »Die Achse des Guten« erschien (https://www.achgut.com/artikel/die_massen-zuwanderung_war_unrecht_das_ist_kein_Mythos).

20 *Tagesspiegel* v. 18.06.2018.

21 *Tagesspiegel* v. 21.06.2018.

22 *Spiegel Online* v. 21.06.2018 (<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/asylstreit-wer-ist-hier-der-verfassungsfeind-kolumne-a-1214175.html>).

23 *HuffPost* v. 13.06.2018 (https://www.huffingtonpost.de/entry/grenzen-waren-dicht-eu-rechtler-erklart-die-folgen-von-seehofer-asyl-plan_de_5b212e70e4b0adfb82701e49).

24 *Welt* v. 11.06.2018 u. Gespräch im Deutschlandfunk am 24.6.2018 (verschriftlicht abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/europarechtler-zu-asyldebatte-kluge-migrationspolitik-setzt.868.de.html?dram:article_id=421130).

25 *Welt* v. 28.06.2018.

26 *Spiegel* v. 30.06.2018.

dings verschiedentlich bemängelt, dass insbesondere die CSU eine rechtliche Fundierung ihres Ansatzes weitgehend schuldig geblieben sei.²⁷

Große Teile der CSU reklamieren bereits seit dem »Krisenjahr 2015«, der »Rechtsstaat« bzw. »Recht und Ordnung« müssten endlich »wiederhergestellt« werden,²⁸ was sich schon damals ausdrücklich auch auf die Rechtslage an der deutschen Grenze bezog. *Horst Seehofers* im Februar 2016 geäußertes Wort von der »Herrschaft des Unrechts«²⁹ klingt bis heute nach. Im Flüchtlingsstreit wurde daran angeknüpft. Die geforderten Zurückweisungen von Schutzsuchenden an der Grenze erscheinen aus dieser Perspektive letztlich als eine Selbstverständlichkeit. Zumind. den Ansatz einer weitergehenden juristischen Begründung machte immerhin etwa der Vorsitzende der CSU-Landesgruppe im Deutschen Bundestag *Alexander Dobrindt* in der ZDF-Sendung »Maybrit Illner« am 21.06.2018, in der er auf die Drittstaatenregelung in Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG verwies (gegen die Argumentation von Studiogast *Constantin Hruschka*).³⁰

Auf der Gegenseite führte Bundeskanzlerin *Angela Merkel* in ihrem vielzitierten Interview in der ARD-Sendung »Anne Will« am 10.06.2018 den Vorrang des Unionsrechts ins Feld.³¹ Nicht ganz eindeutig erschien dabei indes, ob dieser Vorrang im *politischen* oder *rechtlichen* Sinne gemeint war.³² In ihrer Regierungserklärung am 28.06.2018 ließ sie sich dann nochmals dahingehend ein, dass inzwischen wieder »genau dieselbe Rechtssituation wie vor dem September 2015« gelte »nämlich das europäische Recht mit Vorrang vor dem deutsche Recht«, und erwähnte in diesem Zusammenhang die EuGH-Judikatur vom Sommer 2017, wonach Deutschland in der »Ausnahmesituation« vom September 2015 im Wege des Selbsteintritts auf die Rücküberstellung im Rahmen des Dublin-Verfahrens habe verzichten dürfen.³³

Dezidiert wurde etwa der Vorsitzende des Auswärtigen Ausschusses des Deutschen Bundestages *Norbert Röttgen* (CDU). In einem Interview mit der »Passauer Neuen Presse« äußerte er, Flüchtlinge, die zu uns kämen, befänden sich in aller Regel auf deutschem Hoheitsgebiet; die Rechtslage sei klar: Jedes Asylbegehren müsse geprüft werden wie in jedem europäischen Land auch. Und, so *Röttgen* weiter:

»Es gibt ein klares rechtliches Verbot der Zurückweisung ohne Prüfung. Für die Ermittlung eines bereits laufenden Asylverfahrens ebenso wie für die Überstellung ist man auf die Kooperation des zuständigen Landes angewiesen. Die prüfungslose Zurückweisung von Flüchtlingen an der Grenze gibt es weder rechtlich noch tatsächlich.«³⁴

Auch diese und weitere Stellungnahmen von Seiten der Politik bleiben in dem nachfolgenden Überblick über die verschiedenen Rechtsstandpunkte, die zur Frage der Zulässigkeit von Zurückweisungen an der Grenze bestehen, weitgehend außer Betracht.³⁵ Soweit sie überhaupt eine hinreichende Tiefe erreichen, knüpfen sie in der Regel an Positionen an, die in der (engeren) Fachdiskussion vertreten werden, oder entsprechen ihnen zumindest.

Schließlich klammert der Beitrag solche Stellungnahmen aus, die sich dazu verhalten, inwiefern Zurückweisungen von Schutzsuchenden an der Grenze unabhängig vom Uni-

onsrecht die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK), die EMRK und/oder das GG entgegenstehen könnten.³⁶

Im Übrigen soll vorab noch darauf hingewiesen werden, dass sich die juristische Auseinandersetzung keineswegs erst im Anschluss an das Aufflammen des Flüchtlingsstreits entspannte. Vielmehr lässt sich eine erste Phase der Auseinandersetzung ausmachen, die sich bereits unmittelbar an das »Krisenjahr 2015« anschloss. Ein Großteil der wesentli-

- 27 So etwa *Ulrich Fastenrath*, Europäische Asylpolitik: Lieber Charterflüge nach Europa als Flüchtlingszentren, FAZ.NET v. 25.6.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/asylpolitik-lieber-charterfluege-nach-europa-15650641.html>) in Reaktion auf den vorherigen Gastbeitrag »Die Lage ist ernst, aber bewältigbar« von *Horst Seehofer* (FAZ.NET v. 17.06.2018, <http://www.faz.net/aktuell/politik/gastbeitrag-horst-seehofer-die-lage-ist-ernst-15644579.html>).
- 28 Vgl. z. B. das von der CSU-Landesleitung veröffentlichte Informationspapier »Seehofer nach dem EU-Gipfel: Recht und Ordnung wiederherstellen« v. 19.02.2016 (https://www.csu.de/common/csu/content/csu/hauptnavigation/aktuell/topaktuell/PDFs/2016/6_Seehofer_nach_dem_EU-Gipfel.pdf).
- 29 Vgl. z. B. »Flüchtlingspolitik: Seehofer unterstellt Merkel »Herrschaft des Unrechts««, FAT.NET v. 09.02.2016 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/fluechtlingspolitik-seehofer-unterstellt-merkel-herrschaft-des-unrechts-14061353.html>).
- 30 Vgl. z. B. »Illner: Jurist spricht von Rechtsbruch – da packt Dobrindt das Grundgesetz aus«, HuffPost v. 22.06.2018 (https://www.huffingtonpost.de/entry/maybritt-illner-jurist-wirft-csu-rechtsbruch-vor-dobrindt-holt-grundgesetz-hervor_de_5b2c7a99e4b0321a01cf974b).
- 31 Vgl. z. B. »Bamf-Affäre: »Ich bin für die Dinge politisch verantwortlich«, Spiegel-Online v. 10.06.2018 (<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/anne-will-angela-merkel-uebernimmt-verantwortung-fuer-bamf-afaere-a-1212205.html>).
- 32 Wörtlich sagte die Bundeskanzlerin: »Ich möchte, dass EU-Recht Vorrang hat vor nationalem Recht.«
- 33 Vgl. *Deutscher Bundestag*, Stenografischer Bericht, 42. Sitzung, Berlin, Donnerstag, den 28.06.2018, Plenarprotokoll 19/42, S. 4112. In der Sache zielte der Hinweis der Kanzlerin auf den EuGH offenbar ab auf das *Jafari-Urteil* (EuGH, Urt. v. 26.07.2017 – Rs. C-646/16 –, ECLI:EU:C:2017:586) und das *A.S.-Urteil* (EuGH, Urt. v. 26.07.2017 – Rs. 490/16 –, ECLI:EU:C:2017:585).
- 34 Passauer Neue Presse v. 25.06.2018 (https://www.pnp.de/nachrichten/politik/2987913_Roettgen-zum-Asylstreit-Seehofers-Plaene-sind-Fiktion.html).
- 35 Das gilt im Übrigen auch für aktuelle oder ältere Antworten der Bundesregierung auf parlamentarische Anfragen zum Thema; vgl. z. B. BT-Drs. 18/7510 v. 12.2.2016, S. 29; dazu näher *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Ausarbeitung: Einreiseverweigerung und Einreisegestattung nach § 18 Asylgesetz, WD 3 – 3000 – 109/17, S. 10 f.
- 36 Vgl. dazu etwa *Mathias Hong*, Warum auch das Grundgesetz bestimmten Zurückweisungen an der Grenze entgegensteht, VerfBlog v. 17.06.2018 (<https://verfassungsblog.de/warum-auch-das-grundgesetz-bestimmten-zurueckweisungen-an-der-grenze-entgegensteht/>); *Dana Schmalz*, Weshalb man Asylsuchende nicht an der Grenze abweisen darf, VerfBlog v. 13.06.2018 (<https://verfassungsblog.de/weshalb-man-asylsuchende-nicht-an-der-grenze-abweisen-kann/>); *Stefan Talmon*, Das Flüchtlingsrecht steht einer Änderung der Asylpolitik nicht entgegen, VerfBlog v. 17.06.2018 (<https://verfassungsblog.de/das-fluechtlingsrecht-steht-einer-aenderung-der-asylpolitik-nicht-entgegen/>).

chen Argumentationslinien stammt schon aus dieser Phase und wurde in dem Flüchtlingsstreit lediglich wieder aufgegriffen und verfeinert.

C. Die Argumentationslinien im Einzelnen

I. Das »Zurückweisungen sind zulässig-Lager«

Die Vertreter der Meinung, wonach Zurückweisungen von Schutzsuchenden an der Grenze zulässig (oder sogar geboten) sein sollen, argumentieren nicht vollständig deckungsgleich. Teilweise ergänzen sich ihre Ansätze. Teilweise weichen die Ansätze auch voneinander ab. Namentlich zur Bedeutung des Unionsrechts finden sich in der Debatte verschiedene Positionen. Im Grundsatz lassen sich zwei grundlegendere Wege der Argumentation ausmachen: Der erste der beiden Wege rückt das nationale (deutsche) Recht in den Vordergrund; erst auf einer nachgelagerten Ebene wird die Aufmerksamkeit auf das Unionsrecht (in Gestalt der Dublin III-VO) gelegt und nach Möglichkeiten gesucht, die deutsche Rechtslage – soweit sich dies als erforderlich erweisen könnte – mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen. Der zweite Weg ist ein genuin unionsrechtlicher: Seine Vertreter suchen die Antwort auf die strittige Rechtsfrage sogleich unmittelbar auf der Ebene der Dublin III-VO (»Dublin-immanente Lösung«).

1. Nationalrechtliche Perspektiven

a. § 18 AsylG als Ausgangspunkt

In der (allgemeinen) öffentlichen Diskussion um die Zulässigkeit von Zurückweisungen an der Grenze wurde vielfach auf Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG und/oder § 26a Abs. 1 Satz 1 AsylG rekurriert.³⁷ Danach kann sich auf das Grundrecht auf Asyl aus Art. 16a Abs. 1 GG nicht berufen, wer aus einem sicheren Drittstaat eingereist ist. Darunter fassen sowohl Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG als auch § 26a Abs. 2 AsylG ausdrücklich auch sämtliche EU-Mitgliedstaaten. *Daniel Thym* hat hierzu bereits im Nachgang zum »Krisenjahr 2015« festgestellt:

»Bei einer unbefangenen Lektüre hinterlässt der Wortlaut des Art. 16a Abs. 2 GG bis heute den Eindruck, dass man Asylbewerber bei einer Einreise aus Österreich einfach an der Grenze zurückschicken könne. Es war dies wohl ein Grund, warum im Winter 2015/16 die damalige deutsche Asylpraxis als rechtswidrig kritisiert wurde ().«³⁸

Soweit in der (engeren) fachlichen Auseinandersetzung das deutsche Recht zum Ausgangspunkt der Argumentation gemacht wird, werden zwar auch dort Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG und § 26a AsylG genannt. Im Vordergrund steht letztlich aber zumeist § 18 AsylG. Diese Regelung knüpft an Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG und § 26a AsylG an, erscheint jedoch in der Tat schon deshalb thematisch einschlägiger, weil ihr Gegenstand ausdrücklich die »Aufgaben der Grenzbehörde« (so die Überschrift von § 18 AsylG) im Zusammenhang mit der »Einleitung des Asylverfahrens« (so die Überschrift von Unterabschnitt 2 des Abschnitts 4 des AsylG) sind.³⁹

Von Bedeutung ist zunächst der zweite Absatz von § 18 AsylG. Danach ist einem Ausländer, der bei einer Grenzbehörde um Asyl nachsucht (vgl. § 18 Abs. 1 AsylG), die Einreise u.a. dann zu verweigern, wenn er aus einem sicheren Drittstaat i.S.d. § 26a AsylG einreist (Nr. 1) oder Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat aufgrund von Rechtsvorschriften der EU oder eines völkerrechtlichen Vertrags für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist und ein Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wird (Nr. 2). Nach Absatz 3 ist der Ausländer 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. Absatz 4 schließlich bestimmt, dass von der Einreiseverweigerung oder Zurückschiebung im Fall der Einreise aus einem sicheren Drittstaat i.S.d. § 26a AsylG abzusehen ist, soweit Deutschland aufgrund von Rechtsvorschriften der EU oder eines völkerrechtlichen Vertrags mit dem sicheren Drittstaat für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig ist (Nr. 1) oder das Bundesinnenministerium es aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen Deutschlands angeordnet hat (Nr. 2).

In seiner während des Flüchtlingsstreits im Auftrag der FDP-Bundestagsfraktion erstellten »Rechtsgutachterlichen Stellungnahme zu Fragen der Einreiseverweigerung«⁴⁰ vom 26.06.2018 hebt der ehemalige Präsident des BVerfG *Hans-Jürgen Papier* zunächst insbesondere auf § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG ab: Da Deutschland ausschließlich an sichere Drittstaaten i.S.d. Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG und § 26a AsylG grenze, falle die Einreise in das Bundesgebiet auf dem Landweg »zweifelsohne« unter die Regelung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG.⁴¹ Ansprüche auf internationalen Schutz (§§ 3 und 4 AsylG) seien zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn der Ausländer aus einem sicheren Drittstaat einreise. In dieser Hinsicht werde aber »die Ausnahmeregelung des

37 Wie bereits oben unter B. erwähnt, argumentierte von Seiten der Politik etwa *Alexander Dobrindt* mit Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG.

Auch in den ebenfalls bereits unter B. genannten Texten von *Thilo Sarazzin*, *Ehrhart Körting*, »Tagesspiegel«-Redakteur *Christoph von Marshall* und »Spiegel-Online«-Kolumnist *Jan Fleischhauer* nimmt Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG (und/oder § 26a AsylG) eine prominente Rolle ein.

38 *Daniel Thym*, Die Flüchtlingskrise vor Gericht – Zum Umgang des EuGH mit der Dublin III-Verordnung, DVBl. 2018, 276 (277).

39 *Thym*, ebd., Fn. 1 weist in diesem Zusammenhang zu Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG auch auf Folgendes hin: »Ob die Norm eine direkte Zurückweisung ohne rudimentäres Verfahren nebst Anhörung und Rechtsschutz in den Grenzen des Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG *lgemeint ist offenbar Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG – d. Verf.* erlauben sollte, ist aus den Materialien sowie Gesprächen mit beteiligten Akteuren nicht ersichtlich; auch BVerfGE 94, 49 (96 f., 105 f.) stellte nicht eindeutig klar, welche prozeduralen Vorgaben von Verfassungs wegen für die heutigen § 18 Abs. 2, § 34a AsylG bestehen.« Vgl. auch *ders.* (o. Fn. 19).

40 Abrufbar unter: <https://podcasts.rp-online.de/chefredakteur/wp-content/uploads/sites/3/2018/06/Einreiseverweigerung-Rechtsgutachtliche-Stellungnahme.pdf>.

41 Ebd., S. 2.

§ 18 Abs. 4 AsylG bedeutsam.«⁴² Diese sei indes aus den unten unter C. I. 1. b. cc. im Einzelnen noch wiederzugebenden Gründen »im Regelfall (...) nicht einschlägig.«⁴³ Papier resümiert,

»dass der § 18 Abs. 2 und 3 AsylG für die zuständigen Behörden keine Ermessensermächtigung, sondern zwingendes Gesetzesrecht enthält. Sowohl die Einreiseverweigerung und Zurückschiebung nach § 18 Abs. 2 und 3 AsylG als auch das Absehen von diesen Maßnahmen gem. § 18 Abs. 4 AsylG sind gesetzlich zwingende Rechtsfolgen, die den zuständigen Behörden keinen Spielraum für Ermessen und für politische Zweckmäßigkeitserwägungen belassen. Die Voraussetzungen des § 18 Abs. 4 AsylG liegen derzeit aber nicht vor.«⁴⁴

Dem haben sich etwa Florian Albrecht und Frank Braun in ihrem auf »Legal Tribune Online« erschienenen Beitrag »Flüchtlinge an deutschen Außengrenzen: Die Bundespolizei muss jetzt die Einreise verweigern«⁴⁵ angeschlossen.

Auch Kay Hailbronner nimmt § 18 AsylG zum Ausgangspunkt seiner Argumentation. In seinem in der »Welt« erschienenen Gastbeitrag »Warum Deutschland das Recht zur Zurückweisung hat«⁴⁶ schreibt er:

»In der Auseinandersetzung um Zurückweisungen von Asylsuchenden an der deutschen Grenze wird verschiedentlich behauptet, diese seien »rechtswidrig«. Dabei verpflichtet das geltende deutsche Recht die Bundespolizei, Asylsuchenden die Einreise ins Bundesgebiet zu verweigern, wenn sie aus einem sicheren Drittstaat einreisen.

Paragraph 18 Asylgesetz () entspricht exakt dem verfassungsrechtlichen Zustand: Asylbewerber, die aus sicheren Drittstaaten einreisen, haben laut Grundgesetz keinen Anspruch auf Asyl und auf eine inhaltliche Prüfung ihres Schutzbegehrens.«

Im Übrigen findet sich der Hinweis auf § 18 AsylG etwa auch schon in dem Gutachten »Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem«,⁴⁷ das der frühere Bundesverfassungsrichter Udo Di Fabio im Auftrag des Freistaates Bayern mit Datum vom 08.01.2016 erstellt hat. Dieses Gutachten stellte eine unmittelbare Reaktion auf das »Krisenjahr 2015« dar. Es lotete in der damaligen Situation die Möglichkeiten Bayerns aus, sich zwecks »Begrenzung des massenhaften und unkontrollierten Zustroms von Flüchtlingen«⁴⁸ – wie es in der Gutachtenanfrage hieß – vor dem BVerfG im Bund-Länder-Streit mit Erfolg gegen den Bund zu wenden. Das erklärt den verhältnismäßig engen Prüfungsansatz des Gutachtens, das vor allem nach Pflichten des Bundes sucht, die »aus dem Grundgesetz stammen und zumindest auch gegenüber den Ländern bestehen.«⁴⁹ In diesem Zusammenhang widmet sich Di Fabio unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Rückfähigkeit des Vorrangs des Gesetzes⁵⁰ auch der Regelung in § 18 AsylG. Hierzu heißt es bei ihm:

»() § 18 Asyl(verfahrens)gesetz verpflichtet die Grenzbehörden ohne Einräumung eines Ermessens Ausländern die Einreise zu verweigern, wenn sie aus einem sicheren Drittstaat einreisen oder Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat

aufgrund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung eines 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. () [S]elbst 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.«⁵¹

b. Verhältnis zum Unionsrecht

Nun steht das Drittstaatskonzept aus Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG, an das § 18 AsylG anknüpft, ausdrücklich unter dem Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge von EU-Mitgliedstaaten untereinander und mit dritten Staaten, die unter Beachtung der Verpflichtungen aus der GFK und der EMRK Zuständigkeitsregelungen für die Prüfung von Asylbegehren einschließlich der gegenseitigen Anerkennung von Asylentscheidungen treffen (Art. 16a Abs. 5 GG). Entsprechend heißt es auch in § 26a Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 AsylG, dass § 26a Abs. 1 Satz 1 AsylG nicht gilt, wenn Deutschland aufgrund von Rechtsvorschriften der EU oder eines völkerrechtlichen Vertrags mit dem sicheren Drittstaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist. Dem trägt § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG Rechnung, der – wie bereits erwähnt (s.o. C. I. 1. a.) – eine Einreiseverweigerung oder Zurückschiebung im Fall der Einreise aus einem sicheren Drittstaat i.S.d. § 26a AsylG ausschließt, soweit Deutschland aufgrund von Rechtsvorschriften der EU oder eines völkerrechtlichen Vertrags mit dem sicheren Drittstaat für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig ist. Mehr noch, hat das BVerwG in einem Vorlagebeschluss an den EuGH vom März 2017 entschieden, dass von dem im nationalen Recht geregelten Konzept sicherer Drittstaaten wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts – das BVerwG bezieht sich hierbei auf die AsylVf-RL – jedenfalls bei der Versagung internationalen Schutzes in Bezug auf die EU-Mitgliedstaaten kein Gebrauch gemacht werden dürfe.⁵² In einem Urteil vom Juni 2017 hat das BVerwG dies bekräftigt. Im 2. Leitsatz dieses Urteils heißt es:

42 Ebd., S. 4.

43 Ebd., S. 5.

44 Ebd., S. 6 f.

45 LTO v. 5.7.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/asyl-unerlaubte-einreise-polizeibeamte-grenzschutz-strafbar-bedenken-remonstrieren/>).

46 Welt v. 25.06.2018.

47 Abrufbar unter: http://www.bayern.de/wp-content/uploads/2016/01/Gutachten_Bay_DiFabio_formatiert.pdf.

48 Ebd., S. 30.

49 Ebd., S. 32.

50 Dazu krit. Wolfgang Ewer/Tobias Thienel, Verletzung grundgesetzlicher Länderrechte durch die Flüchtlingspolitik der Bundesregierung?, NJW 2016, 376 (379).

51 Di Fabio (o. Fn. 47), S. 93 f.

52 BVerwG, Beschl. v. 23.03.2017 – BVerwG 1 C 17.16 –, juris Rn. 13.

»Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht »sichere Drittstaaten« im Sinne von § 29 Abs. 1 Nr. 3 AsylG i.V.m. § 26a Abs. 2 AsylG, Art. 16a Abs. 2 GG (...).«⁵³

Was dies für § 18 AsylG heißt, erscheint nicht gänzlich klar.⁵⁴

Es kommt hinzu, dass die Bedeutung des Asylgrundrechts aus Art. 16a Abs. 1 GG in der Praxis ohnehin erheblich gemindert ist – in der Regel wird um den internationalen Schutz gestritten (Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und subsidiärer Schutz, §§ 3 und 4 AsylG), der wiederum unionsrechtlich vorgeprägt ist.⁵⁵

In jedem Fall kann es bei einem einfachen Verweis auf Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG und § 26a sowie § 18 AsylG nicht verbleiben. Vielmehr muss der Frage nachgegangen werden, wie sich die deutsche Rechtslage zum Unionsrecht verhält. Das betrifft insbesondere die Bedeutung, die der Dublin III-VO in diesem Zusammenhang zukommt. Auf diese Frage werden im »Lager« derjenigen, die Zurückweisungen an der Grenze für zulässig ansehen, verschiedene Antworten gegeben.

aa. Scheitern des Dublin-Systems

Eine erste Antwort lautet, das Dublin-System sei zusammengebrochen. Diese Sichtweise ist vor allem in der (allgemeinen) Öffentlichkeit weit verbreitet.⁵⁶ Doch auch in der (engeren) fachlichen Auseinandersetzung wird diese Einschätzung mitunter geteilt⁵⁷ und für die Argumentation fruchtbar gemacht.

Insbesondere *Di Fabio* geht in seinem Gutachten für die bayerische Staatsregierung von der Prämisse eines »praktischen Scheiterns des europäischen Grenz- und Aufenthaltsregimes«⁵⁸ aus. Insoweit konstatiert er:

»[U]m 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 Konzessionen an die Türkei machen, um das Wohlergehen einer vorverlagerten Grenzsicherung zu erzielen.«⁵⁹

Anknüpfend an diesen Befund postuliert *Di Fabio* vor dem Hintergrund des spezifischen Prüfungsansatzes seines Gutachtens (s.o. C. I. 1. a.) eine den Bund treffende verfas-

sungsrechtliche »Pflicht zu unverzüglichem Handeln«, wobei Letzteres darauf gerichtet sein soll, die Frage einer 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.«⁶⁰ Als normative Anknüpfungspunkte für diese Pflicht nennt *Di Fabio* vor allem den Grundsatz der Bundestreue und die »Staatlichkeit als Verfassungsvoraussetzung«⁶¹ sowie die Integrationsverantwortung des Bundes im Bereich des europäischen Einigungsprozesses.⁶² Wie bereits oben unter C. I. 1. a. ausgeführt, erwähnt er in diesem Zusammenhang ferner auch die (einfachgesetzliche) Regelung in § 18 AsylG, zu deren Beachtung der Bund gegenüber den Ländern aufgrund des Vorrangs des Gesetzes verfassungsrechtlich verpflichtet sei. Letztlich bringt *Di Fabio* damit – wie *Thym* formuliert hat – »die grundgesetzliche Verfassungsidentität gegen das Unionsrecht in Stellung.«⁶³ Oder, wie *Thym*⁶⁴ es an andere Stelle ausdrückt: »(...) Dublin [wird] von außen für unanwendbar erklärt.«

Losgelöst von verfassungsrechtlichen Erwägungen meint auch *Hailbronner*:⁶⁵

53 BVerwG, Urt. v. 01.06.2017 – BVerwG 1 C 9.17 –, NVwZ 2017, 1625.

54 Das Deutsche Institut für Menschenrechte, Stellungnahme: Zurückweisungen von Flüchtlingen an der Grenze? Eine menschen- und europarechtliche Bewertung (14.6.2018), S. 3 f., schreibt hierzu unabhängig von der genannten BVerwG-Rechtsprechung: »Die Regelung [d.i. § 18 AsylG – d. Verf.] wurde als einfachgesetzliche Umsetzung der Einführung der Drittstaatenregelung im Grundgesetz ins Asylgesetz eingefügt. Ebenso wie Art. 16a Abs. 2 GG ist sie angesichts der europäischen Zuständigkeitsregelungen im Dublin-System nicht mehr maßgeblich.«

55 Vgl. auch *Daniel Thym*, Der Rechtsstaat und die deutsche Staatsgrenze, VerBlog v. 22.01.2016 (<https://verfassungsblog.de/der-rechtsstaat-und-die-deutsche-staatsgrenze/>), der ebenfalls folgert: »Wer Grenzen schließen oder Flüchtlinge abweisen will, muss sich diesen Vorgaben [d.s. die Vorgaben des Unionsrechts – d. Verf.] stellen.«

56 »Spiegel Online«-Kolumnist *Fleischhauer* (o. Fn. 22) etwa meint: »Es wird jetzt darauf verwiesen, dass europäisches Recht das nationale Recht überlagere. Aber welches Recht soll das sein? Hören wir nicht ständig, dass das Dublin-Verfahren tot sei? 85.000 Flüchtlinge hat Frankreich im vergangenen Jahr an der Grenze abgewiesen, so eindeutig scheint die europäische Rechtslage also nicht zu sein. Oder Frankreich schert sich nicht um die Vorgaben aus Brüssel, was die Frage aufwerfen würde, warum wir Deutsche an einer Rechtskonstruktion festhalten, die andere längst ad acta gelegt haben.«

57 Vgl. neben den nachfolgend genannten Autoren in einem allgemeineren Zusammenhang z. B. auch *Hans-Jürgen Papier*, Asyl und Migration – Recht und Wirklichkeit, VerBlog v. 18.01.2016 (<https://verfassungsblog.de/asyl-und-migration-recht-und-wirklichkeit/>).

58 *Di Fabio* (o. Fn. 47), S. 82.

59 Ebd.

60 Ebd., S. 83.

61 Ebd., S. 32 ff.

62 Ebd., S. 93 ff.

63 *Thym* (o. Fn. 38).

64 O. Fn. 55.

65 O. Fn. 46.

»Das Dublin-System hat offenkundig versagt. Deshalb kann niemand die Einhaltung der für den Normalfall geltenden Regeln verlangen. Eine illegale Weiterwanderung innerhalb Europas muss verhindert werden.«

Ungeachtet des in der Dublin III-VO geregelten »aufwendigen und zeitlich eng befristeten Verfahrens der Zuständigkeitsüberprüfung und Überstellung an den laut Dublin zuständigen Staat« erachtet Hailbronner Zurückweisungen an den Staatsgrenzen vor diesem Hintergrund als mit EU-Recht vereinbar,

»weil das aktuell gültige Verfahren der Überstellung an die zuständigen Staaten verschwindend selten wirkt: Obwohl in den vergangenen beiden Jahren mehr als 900.000 Asylanträge in Deutschland gestellt wurden, kam es nur zu rund 11.000 Überstellungen. In der Mehrzahl der Fälle wird nicht einmal ein Dublin-Verfahren trotz eines Eurodac-Treffers eingeleitet, weil das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) Überstellungsersuchen oft für zwecklos hält. An dieser Situation hat sich bis heute nichts grundsätzlich geändert. Es steht außer Frage, dass Deutschland bei konsequenter Anwendung der Dubliner Zuständigkeitskriterien allenfalls in einem Bruchteil aller Fälle zur Durchführung des Asylverfahrens verpflichtet gewesen wäre. Stattdessen ist die Durchführung des Asylverfahrens im zuständigen Dublin-Staat die Ausnahme und die unerlaubte Weiterwanderung der Migranten die Regel.«

Weiter schreibt Hailbronner:

»Wie reagiert die Rechtsordnung auf ein derartiges Systemversagen? Hier gilt es zu beachten, dass im EU-Recht der im Völkerrecht geltende Gegenseitigkeitsgrundsatz, wonach ein Staat nicht verpflichtet ist, seine vertraglichen Pflichten zu beachten, wenn ein anderer Vertragsstaat sich nicht mehr an den Vertrag hält, grundsätzlich nicht anwendbar ist. Aber bei einem offenkundigen Systemversagen wie im Falle »Dublins« kann die Einhaltung der für den Normalfall geltenden Regeln nicht eingefordert werden; vor allem wenn diese Einhaltung offensichtlich zu Ergebnissen führt, die mit der Zielsetzung der Regelung im Widerspruch stehen.«

Damit knüpft Hailbronner an Überlegungen an, die er schon im »Krisenjahr 2015« in einem weiteren in der »Welt« erschienenen Beitrag⁶⁶ formuliert hatte. Nach Thym hebt Hailbronner mit diesen Überlegungen »sinngemäß« ab auf eine völkerrechtliche Nichtanwendungspraxis (*desuetudo*).⁶⁷ In einem früheren Beitrag hatte Thym⁶⁸ Hailbronner auch dahingehend interpretiert, dieser argumentiere »unter Verweis auf die völkerrechtliche Reziprozität, dass das Dublin-Regime jedenfalls vorübergehend unbeachtlich sei.«

bb. Aktivierung von Art. 72 AEUV

Hailbronner⁶⁹ belässt es jedoch nicht bei einem Verweis auf die seiner Meinung nach fehlende Wirksamkeit der Dublin-Regelungen. Vielmehr zieht er als normativen Anknüpfungspunkt dafür, dass Zurückweisungen an der Grenze durch geltendes Unionsrecht nicht ausgeschlossen sein sollen, (auch?) Art. 72 AEUV heran.⁷⁰ Dieser lautet:

»Artikel 72 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union stellt ausdrücklich klar, dass die unionsrechtlichen Bestimmungen die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit nicht berühren. Dazu gehört, wie die Kommission in ihren Beschlüssen zur zeitweisen Wiedereinführung von Grenzkontrollen bestätigt hat, auch die Verhinderung illegaler Massenzuwanderung.«

Im Übrigen soll lt. Hailbronner auch das Schengen-System nicht entgegenstehen:

»Aus dem gleichen Grund kann auch die Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen durch die Schengener Übereinkommen nicht dahin ausgelegt werden, dass sie Einreiseverweigerungen im Falle illegaler Weiterwanderung von Asylbewerbern, für deren Asylprüfung Deutschland zweifelsfrei nicht zuständig ist, kategorisch entgegensteht. Die Abschaffung der Grenzkontrollen soll die EU-Freizügigkeit gewährleisten, ist aber kein Einfallstor für anhaltende illegale Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen.

Zwar sieht das Schengenrecht für die zeitweise Wiedereinführung von systematischen Grenzkontrollen ein Genehmigungsverfahren durch die Europäische Kommission vor. Aber erstens sind Einreiseverweigerungen bei Verwendung intelligenter Grenzüberwachungstechniken nicht notwendig mit systematischen Grenzkontrollen für alle Personen an allen Binnengrenzen verbunden.

Und zweitens ist das Schengenrecht mit den elementaren Befugnissen der Mitgliedstaaten, die Zuwanderung zu steuern und illegale Migration zu verhindern, in Einklang zu bringen. Erweist sich das Unionsrecht als offenkundig unzureichend, so sind Lücken durch das nationale Recht zu schließen. So hat denn auch Frankreich schon lange Einreisesperren für Asylsuchende aus Italien verhängt, Schweden gewährt nur Zugang für Asylsuchende mit gültigen Identitätspapieren.«

Damit bezieht sich Hailbronner einerseits der Sache nach auf die in Art. 25 ff. SGK geregelte Möglichkeit der vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen, von der Deutschland im Fall der Grenze zu Österreich Gebrauch gemacht hat, geht darüber andererseits aber deutlich hinaus.⁷¹

66 Europas Grenzkodex, Welt v. 01.11.2015.

67 Thym (o. Fn. 38), 278 m. Fn. 28.

68 O. Fn. 55.

69 O. Fn. 46.

70 Auf Art. 72 AEUV wurde auch schon in Reaktion auf das »Krisenjahr 2015« etwa in einem Gutachten für die österreichische Regierung rekurriert; vgl. Thym (o. Fn. 38), 278 m. Fn. 29; s. im Übrigen auch Kay Hailbronner/Daniel Thym, Grenzenloses Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration, JZ 2016, 758 (761 ff.).

71 Ein expliziter Verweis auf die Ausnahmeregelung des Schengener Grenzkodex findet sich etwa bei Körting (o. Fn. 21). Er sieht die von § 25 Abs. 1 Satz 2 (vormals § 23 Abs. 1 Satz 1) SGK verlangte ernsthafte Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit Deutschlands nach wie vor als erfüllt an: »Bei rund 78.000 Asylanträgen seit Anfang 2018 liegt eine schwerwiegende Bedrohung der öffentlichen Ordnung vor.«

In seinem 2015 in der »Welt« erschienenen Beitrag hatte sich *Hailbronner*⁷² zu der von ihm angenommenen Rechtfertigung alternativer Handlungsmöglichkeiten aufgrund besonderer Umstände u.a. bereits wie folgt geäußert:

»Der Einwand, damit würden das Gemeinsame Europäische Asylsystem, die Personenverkehrsfreiheit und die Solidarität bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise infrage gestellt, ist zwar im Ansatz richtig. Er verfehlt aber, dass die Gefährdung gerade in der Förderung oder zumindest Hin-nahme der irregulären Weiterwanderung innerhalb der EU liegt. Es kann nicht richtig sein, dass eine Verpflichtung, den Zugang zum Asylverfahren zu eröffnen, sich für Deutschland aus der Unmöglichkeit oder Unwilligkeit der EU und der jeweilig zuständigen Mitgliedsstaaten ergibt, die Geltung des Unionsrechts wiederherzustellen.«

cc. Keine vollständige Verdrängung oder Überlagerung von § 18 AsylG

Papier ist der Meinung, § 18 AsylG werde schon deshalb nicht »aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts in jeder Hinsicht von der Dublin III-VO verdrängt oder überlagert«, weil § 18 AsylG dem unionsrechtlichen Regelungssystem zur Bestimmung des für Anträge auf internationalen Schutz zuständigen Mitgliedstaats »durchaus Rechnung« trage.⁷³ Diesbezüglich bezieht er sich auf die »Ausnahmevorschrift« des § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG. Hierzu heißt bei ihm, diese sei

»im Regelfall () nicht einschlägig, weil Deutschland grundsätzlich nach der Dublin III-VO nicht automatisch zuständig ist für alle auf seinem Gebiet oder gar anderswo gestellten Anträge auf internationalen Schutz. Grundsätzlich zuständig ist das sogenannte Erstzutrittsland der Europäischen Union (Art. 13 Abs. 1 Dublin III-VO). Das () Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 Dublin III-VO begründet keine unionsrechtliche Rechtspflicht, es handelt sich vielmehr um eine Ermessensvorschrift. Schon aus unionsrechtlichen Gründen darf die Inanspruchnahme jener Ermessensvorschrift nicht in der Weise erfolgen, dass der Art. 17 Dublin III-VO seinen Charakter als Ausnahmevorschrift verliert, weil etwa eine zeitlich und zahlenmäßig unbegrenzte mitgliedschaftliche Abweichung von der unionsrechtlichen Regelnorm erfolgt. Darüber hinaus dürfen deutsche Behörden das vom Unionsrecht eingeräumte Ermessen aus innerstaatlichen Rechtsgründen nicht entgegen den zwingenden Normen des deutschen Rechts ausüben. Dieses nationale Recht sieht aber in § 18 Abs. 1 AsylG [gemeint ist offenbar § 18 Abs. 2 und 3 AsylG – d. Verf.] grundsätzlich die Einreiseverweigerung beziehungsweise Zurrückschiebung vor. Aus der Ausnahmevorschrift des § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG darf mit anderen Worten nicht unter Berufung auf das unionsrechtlich eingeräumte Ermessen zum Selbsteintritt die Regelnorm werden. Selbst wenn gemäß Art. 17 Abs. 1 Dublin III-VO ein Selbsteintritt unionsrechtlich zulässig wäre und bei Inanspruchnahme dieses Rechts Deutschland zum zuständigen Mitgliedstaat würde (Art. 17 Abs. 1 Dublin III-VO), so darf dies aus Gründen der Rechtsbindung an zwingendes nationales Recht nicht so weit gehen, dass § 18 Abs. 2 AsylG letztlich durch administrative Entscheidungen weitgehend obsolet wird.«⁷⁴

Der zuletzt geäußerte Gedanke findet sich in ähnlicher Weise auch schon bei *Di Fabio*, dort allerdings bezogen auf die Ministeranordnung nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG (s.o. C. I. 1. a.).

Im Übrigen folgt *Papier* der Auffassung, wonach auf der Ebene des Dublin-Rechts Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO als die entscheidende Regelung anzusehen sei (s.u. C. I. 2.).

dd. Kombination von Zurückweisungs- und Überstellungsverfahren

Noch ein weiterer Ansatz, wie § 18 AsylG mit dem Dublin-System in Einklang zu bringen sei, findet sich bei *Sylvia Kaufhold* in ihrem am 27.06.2018 auf »F.A.Z. Einspruch« veröffentlichten Beitrag »EU-Asylrecht: Eine Frage der Kontrolle«.⁷⁵ *Kaufhold* zufolge bedarf es nicht des »umstrittenen Rückgriffs auf Art. 20 Abs. 4 Dublin III (...), der eher für das Botschaftsasyl gedacht ist und hier ersichtlich nicht richtig passt«. Wie der Sache nach letztlich wohl auch *Hailbronner*, geht sie im Übrigen mit der nachfolgend unter C. 2. noch näher dazustellenden Gegenseite davon aus, dass nach den Dublin-Regelungen

»der für die Sachentscheidung zuständige Mitgliedstaat zunächst in einer Art Vorprüfungsverfahren zu ermitteln ist, sobald erstmals ein Antrag auf internationalen Schutz (Asylantrag) in einem Mitgliedstaat gestellt wurde (Art. 3 und 20 Dublin III). Hält sich ein Mitgliedstaat für unzuständig, hat er den von ihm als zuständig ermittelten Mitgliedstaat um Aufnahme beziehungsweise Wiederaufnahme zu ersuchen (Art. 21 ff. Dublin III) und den Antragsteller entsprechend an den ersuchten Mitgliedstaat zu überstellen.«

Indes meint *Kaufhold*, dieses Überstellungsverfahren schließe eine Zurückweisung an der Grenze nicht aus. Die Gegenseite gehe nicht darauf ein,

»ob nicht beide Verfahren miteinander kombiniert werden können und dürfen (). Genau das bezweckt nämlich § 18 AsylG, indem der Grenzbehörde die Zuständigkeitsprüfung nach der Dublin-Verordnung übertragen wird. Die Asylverfahrensrichtlinie erlaubt dies ausdrücklich (Art. 4 Abs. 2 lit. a)), wobei die Erwägungsgründe (38) ausführen, dass »viele Anträge auf internationalen Schutz an der Grenze oder in Transitzonen eines Mitgliedstaates gestellt [werden], bevor eine Entscheidung über die Einreise des Antragstellers vorliegt« und die Mitgliedstaaten daher »Verfahren zur Prüfung der Zulässigkeit und/oder Begründetheit von Anträgen vorsehen können, die es ermöglichen, unter genau festgelegten Umständen an Ort und Stelle über solche Anträge zu entscheiden.« Das europäische Recht erlaubt damit ausdrücklich zumindest eine kursorische Prüfung nicht nur der Zuständigkeit, sondern auch der materiellen Begründetheit

72 O. Fn. 66.

73 *Papier* (o. Fn. 40), S. 4.

74 Ebd., S. 5 f.

75 Abrufbar unter: <http://einspruch.faz.net/einspruch-magazin/2018-06-27/365ce9e5afed366bfe6926230facf26b/?GEPC=s5>.
von Asylanträgen noch vor Gestattung der Einreise. Hier setzt die Regelung des § 18 AsylG an.«

Weiter schreibt *Kaufhold*:

»Aus dem Zusammenspiel von § 18 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 2 AsylG folgt dabei, dass dem Asylsuchenden die Einreise zu gestatten ist, wenn die Zuständigkeitsprüfung ergibt, dass aufgrund der Dublin-Regeln (ausnahmsweise) Deutschland für das Asylverfahren zuständig ist, während ihm die Einreise zu verweigern ist, wenn aufgrund Völker- oder Europarechts ein anderer Staat für die Durchführung des Verfahrens zuständig ist und ein Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wird. Konkret bedeutet dies, dass die Grenzbehörden die Zuständigkeit nach der Dublin-Verordnung ermitteln und ggf. ein Überstellungsverfahren einleiten müssen.«

Als »zentrale Verfahrensvereinfachung« misst *Kaufhold* in diesem Zusammenhang dem Datenabgleich mit den Fingerabdrücken aus der Eurodac-Zentraldatei eine besondere Bedeutung zu, wie u.a. aus der Verweisung des Art. 13 Abs. 1 Dublin III-VO auf die Eurodac-VO hervorgehe. Auch die »Ausnahmezuständigkeit Deutschlands für unbegleitete Minderjährige und die Familienzusammenführung« lasse sich »durch die ohnehin vorgeschriebene Identitätsfeststellung bzw. durch Anfragen beim Ausländerzentralregister in der Regel unschwer innerhalb weniger Tage an der Grenze klären«. Jedenfalls bei Vorliegen eines Eurodac-Treffers sprächen daher »keine zwingenden organisatorischen Gründe gegen eine Zuständigkeitsprüfung und eine damit ggf. einhergehende Einreiseverweigerung durch die Grenzbehörden«.

Zur Durchführung des Überstellungsverfahrens führt *Kaufhold* aus:

»Wie in § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG vorgesehen, muss dann aber parallel zur Zurückweisung ein Überstellungsverfahren eingeleitet werden. Dessen Ausgang muss aber wohl nicht zwingend abgewartet werden, bevor mit der Überstellung begonnen wird. Vielmehr bestimmt Art. 29 Abs. 1 Dublin III hier lediglich eine Höchstfrist von sechs Monaten nach der Annahme des (Wieder-)Aufnahmegesuchs und bestimmt im Übrigen, dass die Überstellung »gemäß den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des ersuchenden Mitgliedstaats nach Abstimmung der beteiligten Mitgliedstaaten [erfolgt], sobald dies praktisch möglich ist.« Erforderlichenfalls stellt der ersuchende Mitgliedstaat dem Antragsteller für den selbständigen Antritt der Rückreise ein sogenanntes »Laissez-passer« aus, während die Überstellung in Form einer kontrollierten Ausreise oder in Begleitung schon aus praktischen Gründen eher die Ausnahme sein dürfte.«

Eine förmliche, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Überstellungsentscheidung hingegen dürfe nach dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 1 Dublin III-VO und der neueren Rechtsprechung des EuGH »nur getroffen werden, wenn der ersuchte Mitgliedstaat der Aufnahme oder Wiederaufnahme des Antragstellers zustimmt, was selten vorkommt.« Insoweit bezieht sich *Kaufhold* auf das *Hassan*-Urteil des EuGH vom Mai 2018,⁷⁶ das auch die Gegenseite z.T. für ihre Position anführt (s.u. C. II. 3.). Dem EuGH wirft sie bei dieser Gelegenheit »übersteigerten Rechtsschutz« vor, der das System »vollends ad absurdum« führe.

2. »Dublin-immanente Lösung«: Verweis auf Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO

Im Gegensatz zu den bislang dargestellten Ansätzen wenden sich *Alexander Peukert*, *Christian Hillgruber*, *Ulrich Foerste* und *Holm Putzke* unmittelbar dem Unionsrecht in Gestalt der Dublin III-VO zu. Wohl nicht zuletzt auch deshalb hat sich ihre Lösung als besonders wirkmächtig erwiesen. Auch Vertreter der Gegenseite bescheinigen diesen Autoren z.T., »einen sehr klugen Gedanken in die Debatte gebracht« zu haben.⁷⁷ Ihre Überlegungen haben die Autoren zunächst in einem Gastbeitrag für die FAZ entfaltet (»Die Flüchtlingskrise kann rechtsstaatlich bewältigt werden«⁷⁸), kurz darauf auch in einem ausführlicheren Aufsatz in der ZAR (»Einreisen lassen oder zurückweisen? Was gebietet das Recht in der Flüchtlingskrise an der deutschen Staatsgrenze?«⁷⁹); in Auseinandersetzung mit *Roman Lehner*⁸⁰ haben sie schließlich noch einen ergänzenden Blogeintrag auf dem »Verfassungsblog« folgen lassen (»Nochmals: Die Politik offener Grenzen ist nicht rechtskonform«⁸¹).

Ausgangspunkt von *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* ist, dass das Schengen- und Dublin-System zwar »nach verbreiteter Einschätzung faktisch zusammengebrochen« sei, rechtlich aber bis auf Weiteres fortgelte.⁸² Wie *Kaufhold* und wohl auch *Hailbronner* (s.o. C. I. 1. b. dd.) legen sie ihrer Analyse ferner mit der Gegenmeinung (s.u. C. II. 1.) zugrunde, dass nach der Dublin III-VO unterschieden werden müsse

»zwischen der Frage, welcher Mitgliedstaat für die Prüfung eines Antrags auf Gewährung internationalen Schutzes sachlich zuständig ist, und der Frage, welcher Mitgliedstaat das dieser Prüfung vorgelagerte Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats einzuleiten hat.

Welcher Mitgliedstaat sachlich zuständig ist, ergibt sich aus Kap. III Dublin III-VO, also den Art. 7 ff. Dublin III-VO, auf die Art. 3 I 2 Dublin III-VO verweist, hilfsweise aus Art. 3 II Dublin III-VO. Deutschland dürfte danach nur ausnahmsweise zuständig sein, namentlich dann, wenn ein naher Familienangehöriger des Antragstellers bereits in Deutsch-

76 EuGH, Ur. v. 31.05.2018 – Rs C 647/16 – ECLI:EU:C:2018:368.

77 So *Roman Lehner*, Grenze zu, dank Art. 20 Abs. 4 Dublin-III-VO? Eine Replik, VerfG v. 26.02.2016 (<https://verfassungsblog.de/grenze-zu-dank-art-20-abs-4-dublin-iii-vo-eine-replik/>); dezidiert a.A. *Anna Lübke*, Ist der deutsche Transit österreichisches Hoheitsgebiet?, VerfBlog v. 04.03.2016 (<https://verfassungsblog.de/ist-der-deutsche-transit-oesterreichisches-hoheitsgebiet/>): »Ich halte (...) diese Argumentation für abwegig. Den Autoren ist nicht einmal zugute zu halten, dass sie Art. 20 IV Dublin III in die Debatte eingeführt haben. Die Bestimmung ist bisher keineswegs übersehen worden, es ist nur noch niemand auf die Idee verfallen, den deutschen Transit als österreichisch zu definieren.«

78 FAZ v. 09.02.2016.

79 ZAR 2016, 131.

80 O. Fn. 77.

81 VerfBlog v. 02.03.2016 (<https://verfassungsblog.de/nochmals-die-politik-offener-grenzen-ist-nicht-rechtskonform/>). Vgl. daneben im Übrigen auch *dies.*, Die Flüchtlingskrise rechtsstaatlich bewältigen, JZ 2016, 347.

82 *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* (o. Fn. 79), 132.

land als Begünstigter internationalen Schutzes aufenthaltsberechtigt ist oder hier einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, der noch nicht beschieden ist (siehe Art. 8-10 Dublin III-VO).

Die Verfahrenszuständigkeit bestimmt sich dagegen nach Art. 20 Dublin III-VO.⁸³

Der »Clou« der Lösung von Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke besteht nun darin, dass die Autoren meinen, für die Verfahrenszuständigkeit eine besondere »zuständigkeitsverlagernde Sondervorschrift«⁸⁴ ausgemacht zu haben. Konkret geht es um die Bestimmung des Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO. Diese hat folgenden Wortlaut:

»Stellt ein Antragsteller bei den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats einen Antrag auf internationalen Schutz, während er sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält, obliegt die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sich der Antragsteller aufhält. Dieser Mitgliedstaat wird unverzüglich von dem mit dem Antrag befassten Mitgliedstaat unterrichtet und gilt dann für die Zwecke dieser Verordnung als der Mitgliedstaat, bei dem der Antrag auf internationalen Schutz gestellt wurde.

Der Antragsteller wird schriftlich von dieser Änderung des die Zuständigkeit prüfenden Mitgliedstaats und dem Zeitpunkt, zu dem sie erfolgt ist, unterrichtet.«

Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke argumentieren, Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO finde nicht nur bei Antragstellung in Botschaften und Konsulaten, sondern auch dann Anwendung, wenn der Antrag auf internationalen Schutz an der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat gestellt werde. Das ergebe sich zunächst aus dem Wortlaut der Vorschrift, entspreche aber auch der historischen Regelungsabsicht des europäischen Gesetzgebers.⁸⁵ Hierfür führen die Autoren die Begründung des Kommissionsvorschlags zur Vorgängerregelung von Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO (Art. 4 Abs. 4 der Dublin II-VO)⁸⁶ ins Feld. Darin heißt es:

»Der Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sich der Asylsuchende befindet, ist verpflichtet, das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats durchzuführen, auch wenn der Asylbewerber seinen Antrag bei einer konsularischen Vertretung oder an der Grenze stellt. Nach diesem Absatz kann der Mitgliedstaat, der infolge der Anwesenheit des Asylbewerbers in seinem Hoheitsgebiet zuständig ist, mit dem Asylantrag befasst werden.«⁸⁷

Des Weiteren beziehen sich Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke auf die Systematik der Dublin-Regelungen. Letztere unterschieden zwischen Schutzanträgen an einer Außen- und solchen an einer Binnengrenze. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Dublin III-VO sei

»ein kollektives Schutzversprechen der am Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS) beteiligten Mitgliedstaaten im Außenverhältnis. Das kommt in Art. 78 I 1 AEUV sowie im folgenden Erwägungsgrund zum Ausdruck, der sich gleichlautend in der Qualifikations-, der Asylverfahrens-

und der Aufnahmerichtlinie findet, jeweils als tragender Erwägungsgrund Nr. 2: »Eine gemeinsame Asylpolitik einschließlich eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems ist wesentlicher Bestandteil des Ziels der Europäischen Union, schrittweise einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts aufzubauen, der allen offensteht, die wegen besonderer Umstände rechtmäßig in der Union um Schutz nachsuchen.«

Es ist also die Union, die allen rechtmäßig Schutzsuchenden offensteht. Der Passus »einschließlich an der Grenze« in Art. 3 I 1 Dublin III-VO signalisiert in diesem Zusammenhang, dass den Verpflichtungen aus dem Refoulement-Verbot des Art. 33 GFK vollumfänglich entsprochen wird, d.h. eine Zurückweisung in einen Staat, in dem Verfolgung herrscht oder kein hinreichender Schutz besteht (was in aller Regel überhaupt nur an der Außengrenze in Betracht kommt), ausgeschlossen sein soll. Art. 3 I 1 Dublin III-VO besagt damit letztlich nur – aber immerhin (!) –, dass jedem Flüchtling die Gewähr geboten wird, dass sein Antrag von einem der Mitgliedstaaten geprüft wird. An einer Außengrenze der Union oder in einem internationalen Transitbereich eines Flughafens (Art. 15 Dublin III-VO) darf ein Antragsteller daher nicht darauf verwiesen werden, in demjenigen Drittstaat Schutz zu suchen, aus dem er eingereist ist – es sei denn, die Zurückweisung erfolgt in einen sicheren Drittstaat (Art. 3 III Dublin III-VO).⁸⁸

Dass die interne Zuständigkeitsverteilung von Art. 3 Abs. 1 Dublin III-VO nicht geregelt werde, so die Autoren weiter,

»mache bereits dessen Satz 2 mehr als deutlich. Demnach wird ein Schutzantrag »von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft, der nach den Kriterien des Kapitels III als zuständiger Staat bestimmt wird. Das vorgelagerte »Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats« (Art. 20 I Dublin III-VO) ist seit der Dublin III-VO systematisch gesondert im Kapitel VI über Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren geregelt. Die dort normierte Spezialregelung des Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO für Anträge an Binnengrenzen verhindert auch eine Auffangzuständigkeit Deutschlands als desjenigen Mitgliedstaats, »in dem der Antrag auf internationalen Schutz« zuerst gestellt wurde (Art. 3 II UAbs. 1 Dublin III-VO), da in dieser Konstellation eben der bisherige EU-Aufenthaltsstaat als Erstantragsstaat gilt.«⁸⁹

Auch die AsylVerf-RL spreche nicht gegen eine Anwendung des Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO auf Antragstellungen an einer Binnengrenze:

83 Ebd.

84 Ebd.

85 Ebd.

86 Die Begründung des Kommissionsvorschlags zur Dublin II-VO ist abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001PC0447&from=DE>.

87 Hervorhebung v. Verf.

88 Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke (o. Fn. 79), 134 f. (Hervorhebungen im Orig.).

89 Ebd., 135.

»Der teilweise als Gegenargument ins Feld geführte Art. 2 lit. p AsylverfRL regelt etwas ganz anderes, nämlich die Frage, wann i.S.d. Richtlinie von einem ›Verbleib im Hoheitsgebiet – einschließlich an der Grenze oder in den Transitzonen – des Mitgliedstaats, in dem der Antrag gestellt wurde oder [sic!] geprüft wird‹ auszugehen ist. Dieses Merkmal ist vor allem für die Frage von Belang, wo die ›Berechtigung zum Verbleib im Mitgliedstaat während der Prüfung des Antrags‹ (Art. 9 RL 2013/32) zu erfüllen ist, nämlich gerade auch ›an der Grenze‹ (oder in Transitzonen).«⁹⁰

Eine wesentliche Erweiterung erfährt das Konzept von *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* dadurch, dass den Autoren zufolge Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO nicht nur dann gelten soll, wenn die Grenzübertrittskontrolle unmittelbar auf der Grenzlinie erfolgt, sondern auch dann,

»wenn die Grenzkontrolle und dabei erfolgende Antragstellung – wie (auch an der Außengrenze) üblich – etwas zurückversetzt auf dem Territorium des betreffenden Staates, hier also Deutschland, stattfindet. Denn nach dem Schengener Grenzkodex hat ein Drittstaatsangehöriger das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats de iure noch nicht betreten, wenn ihm im Zuge von Grenzübertrittskontrollen ›an einer Grenzübergangsstelle‹ die Einreise verweigert wird (siehe Art. 28 i.V.m. Art. 14 IV und Art. 2 Nr. 8-10 und 13 Grenzkodex; entsprechend § 13 II 1 AufenthG in klarer Abgrenzung zur bloßen Grenzüberschreitung nach § 13 II 3 AufenthG). (.) Wenn man das anders sähe, käme es auf die Zufälligkeit an, wo sich die jeweilige Grenzübergangsstelle aus deutscher Perspektive gerade befindet: vorgelagert vor der Grenze (auf österreichischem Staatsgebiet), genau auf der Grenzlinie oder etwas zurückgezogen im Inland.«⁹¹

In jedem Fall könne die Grenzkontrolle aber so organisiert werden, dass ein Verweis nach Art. 20 Abs. 4 der Dublin III-Verordnung möglich wäre, weil sich der Antragsteller noch nicht auf deutschem Hoheitsgebiet aufhalte.⁹²

Im Übrigen erkennen die Autoren an, dass Grenzkontrollen als Voraussetzung für die Realisierung der Zuständigkeitsverlagerung nach Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO im Schengen-System nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen.⁹³ Ihnen zufolge stellt sich das »Zusammenspiel« von SGK und Dublin III-VO wie folgt dar:

»Solange sich irreguläre Sekundärmigration in einem Rahmen hält, die auf dem Wege von Rücküberstellungen bewältigt werden kann, bleiben die Binnengrenzen offen. Die Regelungswirkung des Art. 20 Abs. 4 Dublin III kann dann praktisch nicht realisiert werden, weil Anträge nicht bei der Grenzbehörde an der Grenze, sondern von vornherein im Inland gestellt werden. Nun hat die Bundesregierung aber ›auf Grund des bis dahin ungesteuerten und unkontrollierten immensen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in das Bundesgebiet am 13.09.2015 Grenzkontrollen an den deutschen Binnengrenzen mit dem Schwerpunkt an der deutsch-österreichischen Landgrenze vorübergehend wieder eingeführt‹ (BT-Drucks. 18/7311, S. 2). (.) Weil die öffentliche Ordnung und innere Sicherheit durch den Massen-

zustrom schwerwiegend bedroht ist, darf an Binnengrenzen systematisch kontrolliert werden (Art. 23 Schengener Grenzkodex). Dann muss – und nicht etwa darf – in diesem Zuge auch Art. 20 Abs. 4 Dublin III aktiviert werden. Einer Berufung auf Art. 72 AEUV (.) bedarf es gar nicht. Auch dieses offenbar in der Schublade bereitliegende Exit-Narrativ ist nicht belastbar. Denn die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 72 AEU liegen nach Auffassung der Bundesregierung ja bereits seit mehr als vier Monaten vor. Nur werden die Konsequenzen allenfalls teilweise und widersprüchlich gezogen, nämlich nur für den Schengener Grenzkodex, nicht hingegen für die Dublin III-Verordnung. Diese enthält keine Aussetzungsbefugnis wie die Art. 23 ff. Schengener Grenzkodex. Das ist auch nicht nötig, denn dafür gibt es, richtig: Art. 20 Abs. 4 Dublin III.«⁹⁴

Neben *Papier* (s.o. C. I. 1. b. cc.) folgt etwa auch *Nicola Haderlein* in ihrer Kommentierung von Art. 18 AsylG im »Beck'schen Online-Kommentar Ausländerrecht« der von *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* in die Diskussion eingebrachten Lesart von Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO.⁹⁵

II. Das »Zurückweisungen sind unzulässig-Lager«

Die Vertreter der Gegenmeinung argumentieren demgegenüber im Kern weitgehend einheitlich. Wie *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* richten sie den Blick sogleich auf das Unionsrecht in Gestalt der Dublin III-VO. Anders als *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* entnehmen sie dem Dublin-Recht aber, dass es Zurückweisungen an der Grenze entgegensteht. Auf das deutsche Recht kommt es für sie wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts von vornherein nicht an.

1. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Dublin III-VO als Ausgangspunkt

Die entscheidende Regelung ist nach dieser Ansicht nicht § 18 AsylG, auch nicht Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO (s.u. unter C. II. 2.), sondern Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Dublin III-VO. Die Vorschrift bestimmt:

»Die Mitgliedstaaten prüfen jeden Antrag auf internationalen Schutz, den ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einschließlich an der Grenze oder in den Transitzonen stellt.«

Dass Zurückweisungen von Schutzsuchenden an der Grenze hiermit nicht vereinbar seien, hat bereits im »Krisenjahr 2015« *Roman Lehner* in seinem viel beachteten Beitrag »Grenze auf, Grenze zu? Die transnationale Wirkung von

90 Ebd., 133.

91 Ebd., 133 f.

92 Ebd., 134.

93 Vgl. ebd., 133.

94 *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* (o. Fn. 81).

95 Vgl. *Nicola Haderlein*, in: BeckOK Ausländerrecht, Kluth/Heusch 18. Edition, Stand: 01.05.2018, Art. 18 AsylG Rn. 22.

Rechtsverstößen im Dublin-System«⁹⁶ ausgeführt. Darin schreibt er:

»Soweit ein Flüchtling an der Grenze einen Asylantrag stellt, ist Deutschland verpflichtet, das so genannte Zuständigkeitsfeststellungsverfahren zu betreiben (vgl. Art. 20 Abs. 1 Dublin III-VO). Auch wenn in den allermeisten Fällen der Ersteinreisestaat für die endgültige Prüfung des Asylgesuchs zuständig sein wird (vgl. Art. 13 Abs. 1), kann es Fälle geben, in denen die deutsche Zuständigkeit besteht, z. B. wenn schon Familienangehörigen (Art. 9) bzw. bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen erwachsenen Verwandten (Art. 8) Schutz gewährt wurde.

Die Pflicht zur Zuständigkeitsfeststellung besteht deswegen, weil immer ein bestimmter Dublin-Staat dafür zuständig sein muss zu klären, ob er selbst oder ein anderer für die eigentliche Asylprüfung zuständig ist. Das Dublin-System bezweckt nämlich (im Zusammenspiel v.a. mit der Qualifikations-, der Aufnahme- und der Verfahrensrichtlinie) die Verhinderung dessen, was man als »refugee in orbit« bezeichnet, also das Umherirren von Asylsuchenden, für die sich niemand zuständig fühlt. Genau dies wäre aber möglich, wenn sich schon niemand für die Zuständigkeitsfeststellung zuständig fühlte.

Man muss also unterscheiden: Die Zuständigkeit zur Feststellung der Asylzuständigkeit entsteht nach der Dublin III-VO mit Asylantragstellung auf eigenem Staatsgebiet bzw. an der eigenen Grenze (vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 1). Ergibt die Zuständigkeitsprüfung, dass ein anderer Staat nach den Kriterien der Art. 8 ff. zuständig ist, dann ist dieser um (Wieder-)Aufnahme zu ersuchen und muss auf das Aufnahmegesuch antworten.«

Noch vor dem Flüchtlingsstreit ist dieser Gedanke des Weiteren etwa auch schon von Jürgen Bast und Christoph Möllers in ihrer unter dem Titel »Dem Freistaat zum Gefallen: über Udo Di Fabios Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise«⁹⁷ veröffentlichten Entgegnung auf Di Fabio formuliert worden. Sie führen aus:

»An den Binnengrenzen der EU dürfen zwar nach Maßgabe des Schengener Grenzkodexes vorübergehend Grenzkontrollen durchgeführt werden, für die Einreiseverweigerung gelten aber vorrangig die besonderen Regelungen des Europäischen Asylrechts (Art. 13 Abs. 1 S. 2 VO Nr. 562/2006). Einschlägig ist hier Art. 3 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung, wonach die Mitgliedstaaten jeden Asylantrag prüfen, der im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats gestellt wird, und zwar ausdrücklich einschließlich solcher Anträge, die »an der Grenze« gestellt werden. Anders als die Personenfreizügigkeit an den Binnengrenzen steht dieses Recht auf Zugang zum Asylverfahren nicht unter einem ordre-public-Vorbehalt, der eine temporäre Suspendierung erlaubt.

Soweit der in diesem Zusammenhang genannte § 18 AsylG (Asylantrag bei einer Grenzbehörde) eine andere Aussage trifft, hat dies keine praktische Bedeutung, da die europäische Zuständigkeitsordnung für die Asylverfahren abschließend durch den Unionsgesetzgeber geregelt ist. Bei präziser Lektüre der Norm wird der Vorrang des Europäischen Asylrechts vor dem deutschen Grenzpolizeirecht in § 18

Abs. 4 Nr. 1 AsylG auch anerkannt. Es ist ein wesentlicher Gedanke des Dublin-Systems, der sich wie ein roter Faden durch seine Detailregelungen zieht, dass kein Mitgliedstaat sich damit begnügen kann, eine rein negative Zuständigkeitsentscheidung zu treffen, also davon auszugehen, dass »jedenfalls nicht wir« für die inhaltliche Prüfung eines Asylbegehrens zuständig sind. Will ein Mitgliedstaat einen Asylsuchenden auf die Schutzgewährung durch einen anderen Mitgliedstaat verweisen, muss er die Zuständigkeit des anderen Staates positiv begründen. In diesem Dublin-Verfahren hat der Asylsuchende eigene Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten – und muss zu diesem Zweck zumindest provisorische Aufnahme finden. Die von Di Fabio als Ersatzvornahme und zwischenstaatliches Druckmittel konzipierte Zurückweisung von Asylsuchenden an der deutschen Grenze wäre also ein klarer Verstoß gegen geltendes Recht. Sie würde zu genau der dramatischen Situation führen, die das Dublin-System vermeiden will: dem Hin- und Herschieben von Flüchtlingen zwischen Staaten, von denen sich keiner zur Schutzgewähr bereitfindet (refugees in orbit).«

Kurz bevor der Flüchtlingsstreit entbrannte, hat ferner auch Daniel Thym⁹⁸ den Ansatz Lehnners, ohne Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Dublin III-VO zu erwähnen,⁹⁹ der Sache nach ausdrücklich bekräftigt. Schon in Reaktion auf das »Krisenjahr 2015« hatte er sich zum Grundgedanken des Dublin-Systems unter ausdrücklichem Rückgriff auf die Überlegungen von Lehner wie folgt geäußert:

»Ein zentraler Unterschied zwischen der deutschen Drittstaatenregelung und dem Dublin-System besteht darin, dass letztere eine koordinierte Zurückweisung anstrebt. Ein Staat soll sich nicht einfach negativ für unzuständig erklären, weil dies die Gefahr birgt, dass andere dasselbe tun – mit der Folge, dass Flüchtlinge im Niemandsland zwischen den Staaten stranden. Eben dies wollte das Dublin-Übereinkommen nach den Erwägungsgründen verhindern. Deutschland kann andere Mitgliedstaaten positiv für zuständig erklären und überstellen. Wenn dies jedoch nicht geschieht, hat es, wie Roman Lehner ausführlicher darlegte, den Asylantrag grundsätzlich selbst zu prüfen. Das Konzept der Dublin-Verordnung in einfach: Deutschland muss überstellen oder selbst prüfen.«¹⁰⁰

Während des Flüchtlingsstreits hat Thym seine Position etwa in einem Gastbeitrag für die »FAZ«¹⁰¹ nochmals näher erläut-

97 VerfBlog v. 16.01.2016 (<https://verfassungsblog.de/dem-freistaat-zum-gefallen-ueber-udo-di-fabios-gutachten-zur-staatsrechtlichen-beurteilung-der-fluechtlingskrise/>).

98 O. Fn. 19.

99 Vgl. aber nunmehr auch Thym (o. Fn. 38), 278 f.: »(...) obgleich Art. 3 Abs. 1 Dublin III-Verordnung einen Asylantrag an der Grenze ausdrücklich zulässt (...)«

100 O. Fn. 55.

101 Der neue Geist von Dublin: Die Asylregeln lassen Raum für Gestaltung und weisen einen Ausweg, FAZ v. 21.06.2018. Darin hielt Thym als Prämisse für seine weiterführenden Überlegungen fest: »Eine generelle Zurückweisung von Asylbewerbern wäre meines Erachtens nicht mit den Dublin-Regeln vereinbar, so wie sie der Europäische Gerichtshof (EuGH) auslegt.

tert, des Weiteren in seinen Interviews mit der »Welt« und dem »Deutschlandfunk«.¹⁰²

Lehner¹⁰³ hat seinen Ansatz vor dem Flüchtlingsstreit in Erwiderung auf Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke nochmals wie folgt rekapituliert:

»Wird an der deutschen Staatsgrenze ein Antrag auf Asyl gestellt, muss Deutschland nach Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO ein Verfahren durchführen (Art. 20 Abs. 1 der VO), um festzustellen, ob ein anderer Staat für das Asylverfahren zuständig ist und der Flüchtling in diesen überstellt werden muss. Fällt jedoch der an sich zuständige Staat – zumeist Griechenland als Ersteinreisestaat, Art. 13 I der VO – infolge systemischer Defizite im Asylsystem aus, wird ex lege der zuständigkeitsprüfende Staat zuständig (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 3 der VO).

Allenfalls könnte noch ein weiterer Staat asylzuständig sein (UAbs. 2), zu denken wäre an den Zweiteinreisestaat (Ungarn oder Kroatien), der, hätte er das Feststellungsverfahren ordentlich betrieben, seine eigene Zuständigkeit hätte erkennen müssen. Selbst dann aber müssten die Schutzsuchenden dorthin i.R.d. Wiederaufnahmeverfahren der VO überstellt werden. Wie Daniel Thym kürzlich aus aktuellem Anlass wieder betont hat, geht aber nach Art. 29 Abs. 2 der VO nach einem halben Jahr die Zuständigkeit auf Deutschland über, sofern bis dahin nicht überstellt wurde. Vor diesem Hintergrund erscheint ein deutscher Selbsteintritt (Art. 17 Abs. 1 der VO) auch über Einzelfälle hinaus gar nicht wie ein Fremdkörper im Dublin-System. In jedem Fall führen die so begründeten deutschen Zuständigkeiten nach § 26a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AsylG zur Rücknahme des Drittstaatsausschlusses, weswegen § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG leerläuft, ohne dass es eines Rückgriffes auf Abs. 4, insbesondere auf dessen Nr. 2 (die berühmte Ministeranordnung), bedürfte.«

Zahlreichen weiteren vor oder während des Flüchtlingsstreits veröffentlichten Beiträgen liegt letztlich dieselbe Grundannahme zugrunde.¹⁰⁴

Den entscheidenden Gesichtspunkt dafür, dass nach der an Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Dublin III-VO anknüpfenden Argumentation Zurückweisungen an der Grenze ausgeschlossen sein sollen, formuliert Constantin Hruschka in seinem Beitrag »Dublin ist kein Fünf-Minuten-Verfahren – zu Zurückweisungen an der Grenze«¹⁰⁵ dahingehend,

»dass an einer Binnengrenze immer ein Dublin-Verfahren durchgeführt werden muss, und dass dieses Verfahren nur dann zu einer Zurückweisung nach beispielsweise Österreich (unter Einhaltung des Dublin-Verfahrens inklusive Rechtsschutz) führen kann, wenn Österreich für das Asylverfahren zuständig ist und der Übernahme zustimmt. Dies erfordert die Einhaltung der Verfahrensnormen aus der Verordnung und damit einen gewissen Zeitaufwand (selbst bei extremer Beschleunigung des Verfahrens), der in einem Verfahren an der Grenze nicht zu leisten ist.«

Den in der Dublin III-VO festgelegten Ablauf des Dublin-Verfahrens beschreibt Hruschka dabei wie folgt:

- Prüfung der eigenen Zuständigkeit (inklusive der Frage, ob das Selbsteintrittsrecht ausgeübt wird);

- Übernahmeersuchen, wenn ein anderer Staat für zuständig gehalten wird;
- Antwort des ersuchten Staates (durch Zustimmung oder Schweigen während der Antwortfrist);
- Dublin-Bescheid inklusive Zustellung;
- Überstellung.

2. Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO nicht einschlägig

Die Ansicht von Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke, wonach sich Zurückweisungen an der Grenze nach der »zuständigkeitsverlagernden Sondervorschrift« des Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO richteten, wird im »Lager« derjenigen, die solche Zurückweisungen als unzulässig erachten, abgelehnt. Die Diskussion um den Ansatz von Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke fand dabei weitgehend schon vor dem Flüchtlingsstreit statt. Wesentliche Beiträge stammen etwa von (in chronologischer Reihenfolge): Roman Lehner¹⁰⁶ (mit Entgegnung von Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke¹⁰⁷), Constantin Hruschka,¹⁰⁸ Anna Lübke¹⁰⁹ sowie Tobias Brings, Anuscheh Farahat und Maximilian Oehl.¹¹⁰ Die Diskussion geht sehr tief; nicht alle Ar-

Das gilt auch nach einer Befragung durch die Bundespolizei nahe der Grenze und einem Treffer in der Eurodac-Datenbank für Fingerabdrücke, weil ein solcher Treffer das Überstellungsverfahren beschleunigen und nicht ersetzen soll.«

102 O. Fn. 24.

103 O. Fn. 77.

104 Vgl. z. B. Tobias Brings/Anuscheh Farahat/Maximilian Oehl, Von wegen »Rückkehr zum Recht: Warum die deutsche Grenzpolitik den Maßgaben des Dublin-Systems entspricht, VerfBlog v. 9.3.2016 (<https://verfassungsblog.de/von-wegen-rueckkehr-zum-recht-warum-die-deutsche-grenzpolitik-den-massgaben-des-dublin-systems-entspricht/>); Pauline Endres des Oliveira/Dana Schmalz, Anordnung des (Europa-) Rechtsbruchs, VerfBlog v. 20.06.2018 (<https://verfassungsblog.de/anordnung-des-europa-rechtsbruchs/>); Deutsches Institut für Menschenrechte (o. Fn. 55), S. 7 f.; Fastenrath (o. Fn. 27); Constantin Hruschka, Vorrang von EU-Recht an der Grenze: Kein Raum für deutschen Alleingang, LTO v. 12.06.2018 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/unionsrecht-vorrang-nationales-recht-migrationsrecht/>); ders., Kontrolle oder Chaos? Zur Rechtswidrigkeit der Zurückweisung von Schutzsuchenden an den europäischen Binnengrenzen, FlüchtlingsforschungBlog v. 18.06.2018 (<https://fluechtlingsforschung.net/kontrolle-oder-chaos-zur-rechtswidrigkeit-der-zurueckweisung-von-schutzsuchenden-an-den-europaischen-binnengrenzen/>); Dana Schmalz, Weshalb man Asylsuchende nicht an der Grenze abweisen kann, VerfBlog v. 13.6.2018 (<https://verfassungsblog.de/weshalb-man-asylsuchende-nicht-an-der-grenze-abweisen-kann/>).

105 VerfBlog v. 23.06.2018 (<https://verfassungsblog.de/dublin-ist-kein-5-minuten-verfahren-zu-zurueckweisungen-an-der-grenze/>).

106 O. Fn. 77.

107 O. Fn. 81.

108 »Rückkehr zum Recht« an der deutsch-österreichischen Grenze? Zur Zuständigkeit für an der deutschen Grenze gestellte Asylanträge, FlüchtlingsforschungBlog v. 02.03.2016 (<https://fluechtlingsforschung.net/rueckkehr-zum-recht-an-der-deutsch-osterreichischen-grenze/>).

109 O. Fn. 77.

110 O. Fn. 104.

gumente (z.T. mit Gegenargumenten von *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke*) können im Folgenden dokumentiert werden.

In seiner Replik auf *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* setzt sich *Lehner*¹¹¹ zunächst mit der von *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* für ihren Ansatz u.a. ins Feld geführten Entstehungsgeschichte der Dublin III-VO auseinander. Dabei möchte er den Blick nicht allein auf die Entstehungsgeschichte von Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO bzw. ihrer Vorgängerregelung in Art. 4 Abs. 4 Dublin II-VO richten. Vielmehr müsse diese im Kontext der Entwurfsfassung des Art. 3 Abs. 1 Dublin II-VO (= Art. 3 Abs. 1 Dublin III-VO) gesehen werden. Dann aber stoße man auf einen »Schönheitsfehler« in der Argumentation von *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke*. Entgegen dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission sei in Art. 3 Abs. 1 Dublin II-VO nämlich das Merkmal »an der Grenze« aufgenommen worden. *Lehner* folgert hieraus, dass eine »schematische Übernahme des Kommissionsarguments bezüglich der Auslegung« des späteren Art. 4 Abs. 4 Dublin II-VO (= Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO) »heikel« sei. Ausgeschlossen werden sollten durch Art. 4 Abs. 4 Dublin II-VO und jetzt Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO

»wirksame Antragstellungen bei den Behörden eines Staates (z. B. Deutschland) nur in den Fällen, in denen sich der Betreffende in einem anderen Staat (z. B. Österreich) aufhält, ohne an der Grenze des zum erstgenannten Staat physisch präsent zu sein. Dies ist im Wesentlichen denkbar durch Botschafts-/Konsulatskontakt oder durch Übersendung eines schriftlichen Antrags. Anträge an der Grenze fallen dann aber unter Art. 3 Abs. 1 und nicht unter Art. 20 Abs. 4 Dublin-III-VO, eine lex specialis-Auslegung zugunsten der letzten Vorschrift aus dem diesbezüglich veränderten Kommissionsentwurf bzw. dessen Begründung abzuleiten, überzeugt nicht.

Die Konsequenz wäre denn auch, dass Art. 3 Abs. 1 nur an Außengrenzen gelten könnte, was zum faktischen Zusammenfallen der Asylzuständigkeit nach Art. 13 Abs. 1 Dublin-III-VO und jener zur Zuständigkeitsfeststellung führte. Beriefen sich auch Österreich, Slowenien usf. auf Art. 20 Abs. 4, wäre am Ende Griechenland auch hierfür stets zuständig und dass, obwohl nach Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 Dublin-III-VO (derzeit) hierhin nicht rücküberstellt werden kann und darf.«¹¹²

Lehner resümiert:

»Genau genommen gilt Art. 3 Abs. 1 also stets und Art. 20 Abs. 4 ist im Grenzkontext nur einschlägig, wenn sich ein Grenzbeamter des einen Staates auf dem Gebiet des anderen befindet (so auch Filzwieser/Sprung, Komm. zur Dublin-III-VO, 2014, Art. 20, Rn. K.13), also wenn deutsche und österreichische Grenzer gemeinsame Kontrollen auf österreichischem Gebiet durchführen.«

Darüber hinaus wendet sich *Lehner* auch gegen die Annahme von *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke*, bei Asylantragstellung bei der deutschen Grenzbehörde auf deutschem Staatsgebiet befinde sich der Schutzsuchende noch in österreichischem Hoheitsgebiet (»zweifelhafte Fiktion«, »überaus konstruktivistisch«).

Abschließend führt *Lehner* (unter Verweis auf *Thym*¹¹³ und *Bast/Möllers*¹¹⁴) aus:

»Dass der Geist von Dublin, der nun beschworen wird, vorrangig oder gar allein darin bestünde, Antragsteller stets und strikt abzuweisen, auf dass sie ihren Antrag im zuständigen Staat stellen, widerspricht dem kooperativen Charakter des Systems und legt die unilaterale Drittstaatsfolie einfach darüber, wie es schon mehrfach betont wurde ().«

*Hruschka*¹¹⁵ merkt gegen *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke* u.a. an, die deutsche Grenzkontrollstelle sei jedenfalls nicht österreichisches Hoheitsgebiet. Die rechtliche Fiktion der Nichteinreise vor der Grenzkontrolle, die u.a. auch bei der Durchführung des sog. Flughafenverfahrens (§ 18a AsylG) eine wichtige Rolle spiele, habe keinen Einfluss auf die Frage, auf welchem Hoheitsgebiet sich die Person befinde. Die Grenzkontrollstelle sei vielmehr asylrechtlich als deutsches Hoheitsgebiet anzusehen. Das ergebe sich aus der Definition des Hoheitsgebiets in Art. 2 Buchst. p AsylVf-RL, wonach Grenze und Transitzone asylrechtlich zum Hoheitsgebiet des Staates gehörten, der die Grenzkontrolle durchführe. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Dublin III-VO nehme diese Definition ebenfalls auf (»im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einschließlich an der Grenze oder in den Transitzonen«).

In dieselbe Richtung weist die Kritik von *Lübbe*.¹¹⁶ Sie hält »für nicht nachvollziehbar« v.a. den

»Schluss von dem von den Autoren befürworteten, engen Hoheitsgebetsbegriff auf die Qualifizierung des Transitraumes als insgesamt österreichisch. Selbst wenn im Schengen-Recht der deutsche Transit nicht als deutsch anzusehen wäre: Wo steht denn, dass er deshalb österreichisch wäre? Im Schengen-Recht nicht. Die Schengener Rechtsbegriffe gelten nicht nur für Deutschland, sie gelten für alle Schengen-Mitglieder. Folglich gäbe es dann auch österreichisches »Hoheitsgebiet« nur auf der Nicht-Transit-Seite der österreichischen Grenzkontrollstelle. Hat eine Person die österreichische Grenzkontrollstelle in Richtung Deutschland passiert, ist sie im Sinne des Schengen-Rechts aus Österreich eingereist. Im Sinne des Schengen-Rechts nach Österreich eingereist ist sie erst, wenn sie die österreichische Grenzkontrollstelle wieder in umgekehrter Richtung passiert hat. Dazwischen ist sie im Transit. Wenn der denn nach dem Schengen-Recht weder als deutsches noch als österreichisches Hoheitsgebiet anzusehen ist, so spricht das schlicht dafür, dass die Schengener Redeweise nicht auf den Dublin-Kontext übertragen werden kann. Denn unstrittig ist es der Zweck des Dublin-Rechts und insbesondere des Art. 20 IV VO Dublin III, Zuständigkeiten zu klären. Mit einem solchen Hoheitsgebetsbegriff – anstelle des inhaltlich und systematisch näherliegenden Begriffs in Art. 2 lit. p AsylVf-RL – wäre dieser Zweck verfehlt. Es entstünde der

111 O. Fn. 77.

112 Hervorhebungen im Orig.

113 O. Fn. 55.

114 O. Fn. 97.

115 O. Fn. 108.

116 O. Fn. 77.

refugee im transit-orbit, für dessen im Niemand्सland gestellten Antrag niemand zuständig wäre.«

Weiter führt Lübke aus:

»Wie kommen die Autoren dazu, die europäischen Rechtsbegriffe so asymmetrisch auszulegen? So, dass für Deutschland ein engerer Einreisebegriff gilt, und für Österreich stattdessen ein weiterer Ausreisebegriff. Warum verstehen sie die Begriffe so, dass es letztlich darauf ankäme, aus welcher Richtung der Schutzsuchende ankommt? Ob er die Grenze von Süden aus überqueren will (wo die Flüchtlinge herkommen), dann ist der Transit nach dem Verständnis der Autoren österreichisch, oder von Norden aus, dann wäre der Transit nach dem Verständnis der Autoren wohl deutsch (wäre, denn von dort kommen keine Flüchtlinge). Die Antwort liegt nahe: Weil die Autoren nur so über Art. 20 IV VO Dublin III zu ihrem gewünschten Ergebnis kommen. Ungeachtet der derzeit nun mal Deutschland belastenden Rechtslage, nach der bei untauglichem Ersteintrittsstaat (Griechenland) die Asylverantwortung meist an dem Staat hängen bleibt, auf dessen Gebiet die weitergereisten Schutzsuchenden schließlich ihren Antrag stellen (Art. 3 II VO Dublin III), wollen sie durchsetzen, dass die Verantwortung im Dublin-System in der Reihenfolge des innereuropäischen Reisewegs zugeteilt wird.«

Brings/Farahat/Oehl¹¹⁷ schließlich verweisen v.a. darauf, dass sich die Vorschrift des Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO und ihre Vorgängerregelung in Art. 4 Abs. 4 Dublin II-VO bereits in Art. 12 des Dubliner Übereinkommens von 1990 gefunden habe. Dies erkläre den eigentlichen Regelungszweck der Vorschrift:

»1990 lag der Raum ohne Binnengrenzen noch in weiter Ferne. Damals führten die Mitgliedstaaten an ihren Binnengrenzen gemeinsame Grenzkontrollen ein, um illegale Grenzübertritte innerhalb des Dublin-Raums zu verhindern. Für diese Konstellation vereinbarten die Mitgliedstaaten, dass der Staat, auf dessen Hoheitsgebiet sich eine schutzsuchende Person befindet, für das Verfahren zur Bestimmung der Asylzuständigkeit zuständig ist. Gedacht wurde dabei vor allem an die Konstellation, in der illegal weitergewanderte Schutzsuchende etwa in der Botschaft eines anderen Mitgliedsstaats Asyl beantragen, während sie sich bereits im Dublin-Raum befinden. Die Existenz gemeinsamer Grenzkontrollen führte zugleich zu der seltenen Situation, dass ein Kontakt mit deutschen Grenzbehörden tatsächlich von einem angrenzenden Territorium aus möglich war. Dies ist bei einseitigen und getrennt durchgeführten Grenzkontrollen gerade nicht der Fall (). Man kann die gemeinsamen Grenzkontrollstellen als Einstieg in ein kooperatives System verstehen. Das Ziel war von Beginn an die eindeutige Festlegung von Zuständigkeiten. Genau diese wäre jedoch nicht mehr möglich, wenn bei getrennten Grenzkontrollen jeder Mitgliedstaat auf seine Unzuständigkeit verweisen könnte, sobald die schutzsuchende Person im Transitraum ist.

Vor diesem Hintergrund kann Art. 20 IV Dublin-III-VO »an der Grenze« nur dann Bedeutung erlangen, wenn gemeinsame Grenzkontrollen durchgeführt werden. Im Raum ohne

Binnengrenzen ist dies heute praktisch nur an den Außengrenzen des Schengenraums denkbar, wenn diese nicht zugleich Grenzen des Dublin-Raums sind (z.B. zwischen Slowenien und Kroatien). Dort wo die Mitgliedstaaten vorübergehend wieder Grenzkontrollen eingeführt haben, handelt es sich nicht um gemeinsame Grenzkontrollstellen, sondern um einseitige, sodass jeder Antrag an der deutschen Grenzkontrolle bereits auf deutschem Hoheitsgebiet stattfindet. Bedeutung und Anwendungsbereich des Art. 20 IV Dublin-III-VO sind also erheblich eingeschränkt. Dafür spricht auch, dass die Vorschrift im Zuge der letzten Gesetzesreform in einen hinteren Abschnitt der Dublin-III-VO verschoben wurde.«

Im Übrigen zeige Art. 20 Abs. 5 Dublin III-VO, wie weit die Idee von Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke

»von den zentralen kooperativen und rechtsstaatlichen Prämissen des Dublin-Systems entfernt ist (). Selbst wenn die Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats feststeht, weil dort ein Asylantrag gestellt wurde, sieht Art. 20 V Dublin-III-VO ein förmliches Verfahren vor, in dem dieser Mitgliedstaat zur Wiederaufnahme der schutzsuchenden Person aufgefordert wird. Selbst wenn also Peukert et al. mit ihrer Lesart recht hätten und ein Asylantrag an der deutschen Grenze als Asylantrag in Österreich zu behandeln wäre, wäre eine automatische Zurückweisung ohne Überstellungsverfahren stets unzulässig. Bei allen Unzulänglichkeiten und allen un-solidarischen Folgeeffekten liegt die zentrale Errungenschaft des Dublin-Systems nämlich genau hier: Eine einseitige Zurückweisung der Verantwortung für Schutzsuchende soll um jeden Preis ausgeschlossen werden. Dies gilt auch im verbleibenden Anwendungsbereich des Art. 20 IV Dublin-III-VO. Das Dublin-System enthält Sicherheitsnetze, um zu verhindern, dass das Fehlverhalten einzelner Mitgliedstaaten zu »refugees in orbit« führt; auch wenn sich einer oder mehrere Mitgliedstaaten regelwidrig verweigern, ihrer Verantwortung nachzukommen, soll immer noch ein Mitgliedstaat bestimmbar bleiben, der das Verfahren am Ende durchführen muss.«

Auch Thym¹¹⁸ hat sich schon vor dem Flüchtlingsstreit ablehnend gegenüber einem Rückgriff auf Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO gezeigt. Damals äußerte er, die Norm

»passt für eine Grenzschließung schon deshalb nicht, weil das Asylgesuch regelmäßig nicht vom fremden Staatsgebiet aus gestellt würde. Deutsche Grenzkontrollen finden nämlich in aller Regel auf deutschem Hoheitsgebiet statt, sodass eine Zurückweisung an der Grenze einer Einreise im verwaltungsrechtlichen Sinne vorbeugt, nicht jedoch in tatsächlicher Hinsicht extraterritorial erfolgt, solange Deutschland keine Mauer zu den Nachbarstaaten wie Österreich oder der Schweiz errichtet. Mittelbar bestätigte dies auch das BVerfG im Urteil zum Flughafenverfahren, dass eine verwaltungsrechtliche Einreiseverweigerung auf deutschem Staatsgebiet im Sinn des Völkerrechts stattfindet

117 O. Fn. 104.

118 O. Fn. 19.

(Rn. 119). *Demgemäß spielte die Norm auch in den jüngsten EuGH-Urteilen keine Rolle.*«

Während des Flüchtlingsstreits bekräftigte er dies in seinem Interview in der »Welt«:¹¹⁹

»Meiner Meinung nach passt das nicht, weil sich die meisten Migranten beim Stellen ihres Antrags tatsächlich bereits auf deutschem Staatsgebiet befinden. Allerdings sehen einige das anders und die Politik könnte nunmehr versuchen, diese rechtliche Unsicherheit zu nutzen, um abzuwarten, ob die Gerichte sie korrigieren. Rechtlich wäre das aber sehr riskant.«

3. Verweis auf jüngere EuGH-Rechtsprechung

Für die Sichtweise, dass Zurückweisungen an der Grenze ausgehend von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Dublin III-VO unzulässig seien, wird vielfach auch Bezug genommen auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH. Im Einzelnen werden v.a. als relevant angesehen: die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Ghezelbash*¹²⁰ und *Karim*,¹²¹ *Mengesteab*¹²² und *Shiri*,¹²³ sowie – unlängst – *Hassan*.¹²⁴

Die beiden zuerst genannten Entscheidungen betrafen die Rückfähigkeit und gerichtliche Überprüfbarkeit der Kriterien und Erlöschensregeln zur Zuständigkeit nach der Dublin III-VO. Den Entscheidungen wird entnommen, dass es ein »Recht auf eine richtige Zuständigkeitsbestimmung gibt und dass die Richtigkeit der Zuständigkeitsbestimmung auf Antrag/Klage der betroffenen Person gerichtlich voll überprüfbar ist.« Eine Zurückweisung nach Österreich unter Einhaltung des Dublin-Rechts sei daher »nur zulässig, wenn das Dublin-Verfahren ordnungsgemäß (inklusive Prüfung der Kriterien und Rechtsschutz) durchgeführt wird und Österreich der zuständige Staat ist.«¹²⁵

In *Mengesteab* und *Shiri* ging es um den automatischen Zuständigkeitsübergang nach einem Scheitern des prozeduralen Überstellungsverfahrens infolge eines Ablaufs der Fristen für Übernahmearbeiten (Art. 21 Abs. 1 Dublin III-VO) und Überstellungen (Art. 29 Abs. 1 und 2 Dublin III-VO). Aus diesen Entscheidungen ergebe sich zum einen, dass die Verfahrensregeln der Dublin III-VO »ernst zu nehmen sind.«¹²⁶ Zum anderen könne diese Judikatur

»an der Grenze dann relevant sein, wenn die Person mehrfach registriert wurde. In solchen Fällen hat möglicherweise die Zuständigkeit wegen Nicht-Durchführung des Dublin-Verfahrens oder einer Überstellung gewechselt. Auch das kann und muss von einem mit der Sache befassten Gericht voll überprüft werden.«¹²⁷

In *Hassan* entschied der EuGH, dass nach Art. 26 Abs. 1 Dublin III-VO eine Überstellungsentscheidung erst ergehen darf, wenn der ersuchte Mitgliedstaat dem Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuch ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat. Für die Situation an der Grenze wird hieraus gefolgert,

»dass die Antwort des zuständigen Staates abgewartet werden muss. Eine Zurückweisung an der deutsch-österreichischen Binnengrenze nach Österreich könnte nur dann erfolgen, wenn Österreich zuständig ist und der Übernahme der

Person zugestimmt hat. Ohne Zustimmung wird der ersuchte Staat auch dann nicht zuständig, wenn er die Zustimmung zu Unrecht verweigert. Da Dublin auf dem Konsensprinzip beruht, bleibt dem anfragenden Staat in solchen Einzelfällen nur der Weg über ein sog. Remonstrationsverfahren nach Art. 5 der Dublin-Durchführungsverordnung.«¹²⁸

Das ist etwa auch für *Jan Bergmann* ein entscheidender Punkt, wenn er sich in seinem Interview im »Spiegel«¹²⁹ wie folgt geäußert hat:

»Wenn man sich die bisherige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anschaut, spricht alles dafür, dass die europäischen Regeln nicht so ausgelegt werden können, dass sie ein Zurückweisen an der Grenze erlauben.«

Der EuGH, so *Bergmann* weiter,

»hat zuletzt klar gesagt: Niemand kann in einen anderen Staat zurückgeschickt werden, bevor dieser Staat zugestimmt hat. Zudem muss der Asylsuchende die Möglichkeit haben, sich dagegen rechtlich zu wehren.«

4. Kein Zusammenbruch des Dublin-Systems

Die von *Di Fabio* (und später auch von anderen vertretene) These eines Scheiterns des Dublin-Systems (s.o. C. I. 2. aa.) weisen insbesondere *Bast/Möllers*¹³⁰ dezidiert zurück. *Di Fabios* Skizze der Rechtslage sei

»in ihren Prämissen fragwürdig und führt in ihren Konsequenzen zu scharfen Konflikten mit dem EU-Recht, die nur um den Preis des Austritts aus der Union aufzulösen wären. Zunächst wäre eine differenzierte Analyse der Frage geboten, an welchen Punkten das Gemeinsame Europäische Asylsystem strukturell nicht funktioniert (ergebnisgleiche Asylverfahren in allen Mitgliedstaaten), welche Regelungslücken es aufweist (Solidaritätsmechanismus) und wo geltendes Recht von einzelnen Mitgliedstaaten nicht beachtet wird (Registrierungspflicht). Namentlich bei der Harmonisierung des materiellen Flüchtlingsrechts dagegen erfüllt das europäische Recht seine Funktion leidlich gut. Es verhindert einen ruinösen Wettbewerb zur Senkung von Asylstandards auf einzelstaatlicher Ebene, etwa bei der unionsrechtlich vorgeschriebenen Anerkennung von Bürgerkriegsflüchtlingen. Auch für das Dublin-System ist eine differenzierte Betrachtung geboten. Kein Krisensymptom

119 O. Fn. 24.

120 EuGH, Urt. v. 07.06.2016 – Rs. C-63/15 –, ECLI:EU:C:2016:409.

121 EuGH, Urt. v. 07.06.2016 – Rs. C-155/15 –, ECLI:EU:C:2016:410.

122 EuGH, Urt. v. 26.07.2017 – Rs. C-670/16 –, ECLI:EU:C:2017:587.

123 EuGH, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-201/16 –, ECLI:EU:C:2017:805.

124 EuGH, Urt. v. 31.05.2018 – Rs. C 647/16 –, ECLI:EU:C:2018:368.

125 *Hruschka* (o. Fn. 105).

126 So *Thym* (o. Fn. 19); ähnlich *Hruschka*, Vorrang von EU-Recht an der Grenze (o. Fn. 104); *ders.* (o. Fn. 105).

127 *Hruschka* (o. Fn. 105).

128 Ebd.; vgl. auch *ders.*, Vorrang von EU-Recht an der Grenze (o. Fn. 104).

129 O. Fn. 26.

130 O. Fn. 97.

oder gar einen Rechtsverstoß stellt es dar, dass Deutschland im Jahr 2015 in erheblichem Umfang in die inhaltliche Prüfung von Asylanträgen eingetreten ist, statt sich um die Klärung der Zuständigkeit anderer Mitgliedstaaten zu bemühen. Ein solcher Selbsteintritt aus pragmatischen Gründen ist von der Dublin-III-Verordnung ausdrücklich vorgesehen. Die Priorität des Dublin-Systems liegt darauf, dass ein Asylsuchender überhaupt in einem Staat ein faires Asylverfahren erhält, in dem er oder sie die Fluchtgründe vorbringen kann. Von einem allgemeinen Systemversagen kann keine Rede sein, hier unterschätzt Di Fabio die Komplexität und Vielgliedrigkeit des geltenden Rechts und beteiligt sich an einem Krisendiskurs, der die Normativität dieses Rechts paradoxerweise selbst beschädigt. Im Übrigen werden von ihm die optimistischen Grundannahmen der angedachten Alternative, die einzelstaatliche Bewältigung der gegenwärtigen Flüchtlingsbewegungen, gar nicht erst in die Betrachtung eingestellt.«

Weiter schreiben Bast/Möllers:

»Wenn es so etwas wie eine Verfassungsidentität der EU gibt, dann gehört zu dieser basic structure doctrine des Europarechts gewiss, dass der völkerrechtliche Grundsatz der Gegenseitigkeit in der EU nicht gilt: Kein Mitgliedstaat kann sich zur Rechtfertigung seiner Verstöße gegen das Unionsrecht auf angebliche Verstöße anderer Mitgliedstaaten oder der EU-Organe berufen.«

Thym¹³¹ hält einen Verweis auf die völkerrechtliche Reziprozität zwar »bei einer rein völkerrechtlichen Betrachtung« für »in sich konsistent«, will ihn aber letztlich ebenfalls nicht gelten lassen.¹³²

5. Keine Ausnahmesituation (mehr)

Auch die von Hailbronner angenommene Ausnahmesituation i.S.d. Art. 72 AEUV (s.o. C. I. 2. bb.) soll jedenfalls gegenwärtig nicht mehr angenommen werden können. Thym¹³³ äußert sich hierzu dahingehend,

»dass man durchaus darüber diskutieren kann, ob in akuten Krisen vom Normalfall des Dublin-Regimes abgewichen werden kann. Es beträfe dies freilich nur eine Notsituation, die im Winter 2015/16 geherrscht haben mag, aktuell an der deutschen Binnengrenze jedoch nicht mehr vorliegt. Im gesamten März 2018 wurden in Deutschland »nur« 10.712 Asylersanträge gestellt; ebenso viele Personen reisten im Herbst 2015 teilweise pro Tag ein.«

Er weist in diesem Zusammenhang auch auf das Jafari-Urteil des EuGH vom Juli 2017¹³⁴ hin. Kern dieses Urteils ist im Wesentlichen, dass die Dublin-Regel auch unter den besonderen Bedingungen im »Krisenjahr 2015« uneingeschränkt gegolten haben.¹³⁵ Thym führt zu diesem Urteil aus, der EuGH habe zu Art. 72 AEUV zwar

»keine Stellung bezogen, als er entgegen der Generalanwältin den Vorschlag von Flüchtlingsorganisationen zurückwies, die Dublin-Verordnung insofern auszuhebeln, als das

Grenzübertrittskriterium in Krisensituationen nicht gelten sollte. Stattdessen betonte der Luxemburger Gerichtshof, dass die Dublin-Regeln auch im Winter 2015/16 anzuwenden waren.«

An anderer Stelle schreibt Thym dazu,

»die nüchterne Bekräftigung des einfachgesetzlichen Status quo in Krisenzeiten [ist] () ein Indiz, dass der EuGH die europarechtliche Argumentation, etwa der österreichischen Bundesregierung, wonach Art. 72 AEUV eine Zurückweisung entgegen dem EU-Sekundärrecht bei einem Massenzustrom gestatte, jedenfalls im Nachhinein wohl nicht mitzugehen bereit wäre.«¹³⁶

In seiner Kommentierung von Art. 72 AEUV im »Beck'schen Online-Kommentar Ausländerrecht« geht Thym im Übrigen davon aus, Art. 72 AEUV sei ohnehin nicht dahingehend auszulegen, dass die Klausel den Mitgliedstaaten auf der Rechtsfolgenseite erlaube, das Sekundärrecht ausnahmsweise nicht zu beachten oder von ihm abzuweichen.¹³⁷

Mit der Vorfrage, ob sich nach dem Schengen-Recht deutsche Grenzkontrollen gegenwärtig überhaupt noch rechtfertigen lassen, hat sich insbesondere Michael Schlicker befasst. In seinem Beitrag »Eine Grenze ist eine Grenze ist keine Grenze?«¹³⁸ erinnert er im Ausgangspunkt zunächst nochmals an Art. 22 SGK, der Folgendes bestimmt:

»Die Binnengrenzen dürfen unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Person an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden.«

Vor diesem Hintergrund führt er aus:

»In der Flüchtlingskrise hat sich der Glaubenssatz festgesetzt, Deutschland habe seine Grenzen für Flüchtlinge geöffnet. (...) Der Streit um die Frage, wie geschlossen diese Binnen-Grenze europarechtlich sein darf, setzt aber eine wichtige Prämisse voraus, von der nur wenige reden: Die systematische Grenzkontrollen an der Grenze zu Österreich sind (immer noch) rechtmäßig. Genau diese Prämisse aber ist falsch: Es gibt ein grundrechtsgleiches Recht der Unionsbürger, sich ohne Grenzkontrollen im gemeinsamen Europa

131 O. Fn. 55.

132 Vgl. schon Daniel Thym, Beyond Dublin - Merkel's Vision of EU Asylum Policy, EU Immigration and Asylum Law and Policy v. 26.10.2015 (<http://eumigrationlawblog.eu/beyond-dublin-merkels-vision-of-eu-asylum-policy/>).

133 O. Fn. 19; ähnlich ders. in seinem Interview in der »Welt« (o. Fn. 24).

134 EuGH, Urt. v. 26.07.2017 – Rs. C-646/16 –, ECLI:EU:C:2017:586.

135 Ebenso das parallel ergangene A.S.-Urteil (EuGH, Urt. v. 26.07.2017 – Rs. 490/16 –, ECLI:EU:C:2017:585).

136 Thym (o. Fn. 38), 279.

137 Daniel Thym, in: BeckOK Ausländerrecht, Kluth/Heusch 18. Edition, Stand: 01.11.2016, Art. 72 AEUV Rn. 1 (dort auch m. Hinw. zu abweichenden Ansichten).

138 VerFBlog v. 21.6.2018 (<https://verfassungsblog.de/eine-grenze-ist-eine-grenze-ist-keine-grenze/>).

(»Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts«) bewegen zu können. Und dieses Recht wird durch den Abwehrkampf gegen Flüchtlinge an der EU-Binnengrenze bereits seit längerem rechtswidrig beeinträchtigt.«

Schlikker zufolge ließe sich schon bezweifeln, dass die Voraussetzungen der in Art. 25 ff. SGK geregelten Ausnahmen von Art. 22 SGK vorlagen und noch vorliegen. Insoweit verweist er auf den 26. Erwägungsgrund des SGK. Dieser bestimmt:

»Migration und das Überschreiten der Außengrenzen durch eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen sollte nicht an sich als Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit betrachtet werden.«

Eindeutig sei jedenfalls,

»dass die zeitlichen Restriktionen, die der Schengener Grenzkodex für solche den Raum der Freiheit beschränkende Maßnahmen setzt, bereits seit langem rechtswidrig durchbrochen werden. Nach Art. 25 Abs. 4 Satz 2 GK kann der Gesamtzeitraum solcher Maßnahmen maximal »auf eine Höchstdauer von zwei Jahren verlängert werden«. Deutsche Grenzkontrollen zu Österreich sind aber seit dem 13.09.2015 durchgängig bis heute (letzte Anordnung noch gültig bis 11.11.2018) zugelassen worden (); also insgesamt für einen Zeitraum von circa 38 Monaten und damit für deutlich mehr als die erlaubten maximalen zwei Jahre.«

Auch Hruschka¹³⁹ zufolge sollen »selbst bei sehr extensiver Auslegung der Zweijahresfrist (...) die bisher durchgeführten Grenzkontrollen (...)« mittlerweile »rechtswidrig« sein. Die einzige verbleibende Möglichkeit, diese Kontrollen aufrechtzuerhalten, sei nunmehr ein Beschluss des Europäischen Rates gem. Art. 29 Abs. 2 SGK.

D. Fazit

Zumindest eines verdeutlicht der vorstehende Überblick – auch in seiner Länge, die nicht von ungefähr kommt: Die Rechtslage ist alles andere als klar und eindeutig. In jedem Fall macht sich zu einfach, wer meint, Zurückweisungen von Schutzsuchenden an der Grenze würden lediglich eine »Rückkehr zum Recht« bedeuten. In den Worten von Klaus Ferdinand Gärditz:¹⁴⁰

»Was in aufgeplusterter Rhetorik zur »Herrschaft des Unrechts« erklärt wurde, entpuppt sich () als ein Knäuel diffiziler Rechtsfragen, über die sich ganze Dissertationen schreiben ließen.«

Daniel Thym,¹⁴¹ der die »Rechtsbruch-These« in Bezug auf die Ereignisse aus dem Herbst 2015 als einen »Mythos« bezeichnet hat,¹⁴² hielt schon Anfang 2016 fest:

»Grenzkontrollen sind längst keine Arkansphäre einer souveränen Exekutivgewalt mehr. Der Schengener Grenzkodex und die Dublin-III-Verordnung sind so komplex, dass man auch bei der wiederholten Lektüre immer etwas Neues findet. Dies ist mühsam, auf der Suche nach juristischen Ant-

worten aber unumgänglich. Dies gilt auch für die Frage, ob Asylbewerber an der Grenze abgewiesen werden können.«

Auch dem früheren Bundesinnenminister Thomas de Maizière war die Komplexität der Rechtslage bewusst. In einem in der »Welt am Sonntag« erschienenen Interview entgegnete er am Ende des »Krisenjahrs 2015« auf den Einwand der Fragesteller, das (damalige) AsylVfG sehe doch vor, dass Flüchtlinge an der Grenze zu Österreich abgewiesen werden müssten:

»Darüber kann man rechtlich lange diskutieren. Das deutsche Recht wird in vielerlei Hinsicht vom europäischen überlagert. Politisch haben wir uns bisher jedenfalls dagegen entschieden.«¹⁴³

Wie der Beitrag zeigt, ist die rechtliche Diskussion seither intensiv weitergeführt worden. Und auch die Judikatur des EuGH hat sich in der Zwischenzeit weiterentwickelt. Auch mit Blick darauf spricht im Ergebnis vermutlich mehr dafür, dass im Fall einer Asylantragstellung an der deutschen Grenze Deutschland für die Durchführung des Zuständigkeitsfeststellungsverfahrens zuständig und die Einreise zu diesem Zweck zu gestatten ist:¹⁴⁴

Die These eines (vollständigen) »Scheiterns« oder »Zusammenbruchs« des Dublin-Systems ist empirisch kaum haltbar. Nicht zuletzt werden die Dublin-Regeln von den deutschen Verwaltungsgerichten tagtäglich angewandt; auch das BVerwG und der EuGH sind immer wieder mit ihnen befasst. Jedenfalls ist die Dublin III-VO nach wie vor geltendes Recht;¹⁴⁵ der EuGH hat ihre vorbehaltlose Geltung selbst für das »Krisenjahr 2015« betont. Damit sollen offenkundige – und durchaus schwerwiegende – Missstände nicht geleugnet werden. Sie bestehen sowohl normativ auf der Ebene des Regelwerks selbst als auch in der Praxis ihrer Handhabung durch die Mitgliedstaaten und haben zur Folge, dass ein wesentliches Ziel der Dublin III-VO nur bedingt erreicht wird (Stichwort: Verhinderung von »asylum shopping« / Sekundärmigration). Das ruft indes zuvörderst den EU-Gesetzgeber auf den Plan. Und so steht eine Reform der Dublin III-VO denn auch schon seit Längerem auf der Agenda der europäischen Institutionen.¹⁴⁶ Ein Grund, die Dublin-Regeln (oder einige ausgewählte unter ihnen) schlicht nicht mehr anzuwenden, ist dies alles nicht – nicht verfassungsrechtlich, auch nicht völkerrechtlich, erst Recht nicht unionsrechtlich.

Der Weg einer (vorübergehenden) »Aussetzung« der Dublin-Regeln über Art. 72 AEUV erscheint dogmatisch im Hinblick auf den Regelungsgehalt von Art. 72 AEUV zwei-

139 Kontrolle oder Chaos? (o. Fn. 104).

140 O. Fn. 1.

141 O. Fn. 55.

142 Thym (o. Fn. 18); ders. (o. Fn. 19); vgl. der Sache nach ferner etwa auch ders. in seinem Interview in der »Welt« (o. Fn. 24).

143 Welt am Sonntag v. 13.12.2015.

144 So tendenziell auch Gärditz (o. Fn. 1): »gute Argumente«.

145 So ausdrücklich auch Papier (o. Fn. 40), S. 9.

146 Vgl. dazu etwa den Beitrag von Jaana Temmler im BDVR-Rundschreiben 1/2018, S. 4 ff.

felhaft. Jedenfalls dürften die Voraussetzungen von Art. 72 AEUV im Hinblick auf die Migrationsfrage aktuell nicht (mehr) vorliegen.

Es trifft zu, dass Deutschland in der überwiegenden Zahl der Fälle von Asylanträgen an der Grenze aufgrund der Dublin-Regelungen letztlich nicht i.S.d. § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig sein wird. Das entbindet aber nicht von der sorgfältigen Prüfung, welcher Staat zuständig ist. Nicht zuletzt kann Deutschland, auch wenn es *ursprünglich* nicht zuständig gewesen ist, zuständig *werden*, wenn die Überstellung scheitert.

Dass eine »Kombination von Zurückweisungs- und Überstellungsverfahren« unter Einhaltung der Verfahrens- und Rechtsschutzregeln der Dublin III-VO ohne Weiteres auf der Grundlage der geltenden Rechtslage möglich ist, muss bezweifelt werden. Das bedeutet nicht, dass nicht möglicherweise politische Gestaltungsspielräume bestehen, die Rückführung (u.U. auch deutlich) zu beschleunigen. Das Asylpaket der Großen Koalition von Anfang Juli geht in diese Richtung.¹⁴⁷ Weitergehende Vorschläge kommen z.T. aus der Rechtswissenschaft.¹⁴⁸ Nur ist es eben etwas anderes, das Dublin-Verfahren z. B. durch kooperative Verwaltungsvereinbarungen und Gesetzesänderungen zur Verkürzung des Rechtsschutzes in ein »Expressverfahren«¹⁴⁹ umzuwandeln, als unter (mutmaßlicher) Missachtung der Dublin-Regeln einseitig an der Grenze zurückzuweisen.

Es bleibt die Lösung über Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO. Formal-juristisch erscheint diese durchaus konzise. Und doch verbleibt ein Störgefühl. Dieses speist sich zum einen daraus, dass für die praktische Umsetzung dieser Lösung letztlich wohl doch zentral sein dürfte, ob der deutsche Transitraum insgesamt als österreichisches Hoheitsgebiet im Sinne der Dublin-Regeln angesehen werden kann; eben dagegen bestehen aber erhebliche Bedenken. Zum anderen ist fraglich, ob der Weg des Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO dem auf Kooperation, Verantwortungsteilung und Konsens angelegten Grundgedanken des Dublin-Systems gerecht wird. Und noch ein Weiteres: Wie auch die »Erfinder« der Lösung über Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO konzidieren, lässt sich der von ihnen angenommene Verantwortlichkeitsübergang nur unter der Prämisse realisieren, dass im Einklang mit den diesbezüglichen Regelungen des SGK wieder Grenzkontrollen durchgeführt werden. Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO fungiert bei ihnen gewissermaßen als »funktionales Äquivalent« dafür, dass es in der Dublin III-VO keine Aussetzungsbefugnis gibt, um einer schwerwiegenden Bedrohung für die öffentliche Ordnung und Sicherheit durch einen Massenzustrom zu begegnen. Wertungsmäßig dürfte zwischen einer solchen Situation und dem unstreitigen Standardfall einer Anwendung von Art. 20 Abs. 4 Dublin VO – der (wohl eher vereinzelt vorkommenden) Antragstellung bei Botschaften und Konsulaten – eine Vergleichbarkeit wohl nicht gegeben sein. In jedem Fall ist die Aktivierung von Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO wegen des Konnexes zu den Ausnahmeregelungen des SGK zeitlich begrenzt.

Wie auch immer: Angesichts der hochgradig umstrittenen Rechtslage verstört die Art und Weise, in der der Flüchtlingsstreit z.T. ausgetragen wurde, umso mehr. Wohlgemerkt: Den politischen Akteuren steht es selbstredend frei, sich bei ungeklärten Rechtsfragen einem der vertretenen (und vertretbaren) Standpunkte anzuschließen – wobei es in den Kernbereichen der Migrationspolitik seit dem »Krisenjahr 2015« durchaus um grundlegende und richtungweisende Fragen der Bundespolitik geht, sodass der Flüchtlingsstreit aus rein rechtlicher Sicht wohl einseitig auf der Grundlage von Art. 65 Satz 1 GG hätte beendet werden können.¹⁵⁰ Wer aber Maßnahmen fordert, die mit einem erheblichem Rechtsrisiko behaftet sind, der dürfte gut beraten sein, auf leisere Töne zu setzen und mit sachlichen Argumenten für seine Position zu werben.

Man mag dem Bundesinnenminister zugutehalten, dass es ihm darum bestellt war, weit verbreitete Sorgen in der Bevölkerung aufzugreifen; das ist grundsätzlich ein legitimes Anliegen. Wenige dürften bestreiten, dass Nachholbedarf besteht bei der Bewältigung der Probleme, die mit dem migrationspolitischen Handeln der Bundesregierung seit dem Herbst 2015 verbunden sind. Eher schädlich für die politische und demokratische Kultur dürfte es sein, wenn der Eindruck entsteht, es gehe vor allem um Symbolpolitik. Im Übrigen entspricht jedenfalls eine einseitige Fixierung auf den (mutmaßlichen) »Willen des Volkes« als alleiniger Handlungsmaßstab auch nicht dem Demokratieverständnis des Grundgesetzes. Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG: »Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit.«

Der Präsident des BVerfG *Andreas Voßkuhle* hat vor einigen Monaten in einem Gastbeitrag für die »FAZ«,¹⁵¹ in dem er sich mit dem Phänomen des sog. »Populismus« auseinandersetzt hat, festgehalten:

»Die Demokratie des Grundgesetzes ist keine ›Kuschel-Demokratie‹. Sie lebt von der leidenschaftlichen Auseinandersetzung, zu der auch eine kraftvolle Rhetorik und prägnante Zuspitzungen gehören.«

Und, so *Voßkuhle* in demselben Beitrag: »Wo die Grenze zwischen lebhafter Auseinandersetzung und Verrohung der politischen Sitten verläuft, wird immer umstritten sein.«

147 Vgl. *Thym* (o. Fn. 8).

148 Insbesondere *Daniel Thym* hat sich hierzu verschiedentlich geäußert; vgl. z. B. *Thym* (o. Fn. 101); *ders.* (o. Fn. 8); ferner etwa Interview auf »F.A.Z. Einspruch« v. 06.07.2018 (<http://einspruch.faz.net/die-woche-im-recht/2018-07-06/8383c59a-293688f0ec5bccef4e43fae1/?GEPC=s5>).

149 *Thym* (o. Fn. 8).

150 So jedenfalls *Gärditz* (o. Fn. 1).

151 Diskurs ist unverzichtbar: »Ein Populist ist ein Gegner der Demokratie«, *FAZ* v. 23.11.2017.

Im Flüchtlingsstreit bestand nicht nur vereinzelt der Eindruck, diese Grenze sei überschritten worden.¹⁵² Übrigens auch in der Partei des Bundesinnenministers.¹⁵³

*Klaus Ferdinand Gärditz*¹⁵⁴ hat ebenfalls darauf hingewiesen, dass schon die Komplexität der Rechtslage

»davor bewahren [sollte], das migrationspolitische Handeln der Bundesregierung seit dem Herbst 2015 vereinfachend als fortgesetzten Rechtsbruch zu diffamieren, aber auch (sachlich vorgetragene) rechtliche Kritik pauschal als Rechtspopulismus oder Ausdruck einer inhumanen Gesinnung abzuqualifizieren. Gefordert ist Nüchternheit und ein Quäntchen politische Weitsicht – auch über den 14.10.2018 hinaus.«

Und für den (engeren) migrationsrechtlichen Diskurs hat sich *Daniel Thym*¹⁵⁵ angesichts eines von ihm auch dort ausgemachten zunehmenden »ärgerliche[n] Kontrast[s] zwischen rhetorischer Aufrüstung und argumentativer Entleerung« (in diesem Fall eher von »links«) unlängst für ein »Helsinki« stark gemacht: eine »rhetorische und argumentative Abrüstung (...), die widerstreitende Positionen argumentativ anerkennt«.

Die deutsche Gesellschaft hat sich unter dem Eindruck der »Flüchtlingskrise« seit dem Herbst 2015 in besorgniserregender Weise polarisiert. Die Verwerfungen reichen bekanntlich bis hinein in die Parteienlandschaft – die womöglich auf längere Sicht »umgepflügt« (*Gärditz*¹⁵⁶) wurde. Der Flüchtlingsstreit dürfte eher keinen Beitrag zur Pflege der politischen und demokratischen Kultur geleistet haben. Immerhin: Die jüngsten Umfragen nach dem vorläufigen Ende des Streits deuten darauf hin, dass auch ein Großteil der Bevölkerung die sachliche Auseinandersetzung der Kraftmeie-

rei vorzieht.¹⁵⁷ »Vernunft und Augenmaß in der politischen Debatte« – dazu hat Bundespräsident *Frank-Walter Steinmeier* anlässlich des Streits ermahnt.¹⁵⁸ Und auch von anderer Seite erging vielfach der Ruf: »Kommt zur Vernunft!«¹⁵⁹ Es bleibt zu hoffen, dass dies bei den Protagonisten des Flüchtlingsstreits angekommen ist.

Markus Rau, Richter am VG, Berlin

- 152 Auch Bundeskanzlerin *Merkel* hat dies im Nachgang zum Flüchtlingsstreit zuletzt beklagt und in diesem Zusammenhang ihre Sorge bekundet, der Streit habe zu mehr Politikverdrossenheit geführt; vgl. »Sommer-Presskonferenz: Merkel beklagt »schroffen« Ton im Unionsstreit, Spiegel-Online v. 20.07.2018 (<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/angela-merkel-beklagt-schroffen-ton-im-fluechtlingsstreit-der-union-a-1219381.html>).
- 153 Vgl. z. B. »CSU im Flüchtlingsstreit: Einigkeit? Fehlanzeige«, Spiegel-Online v. 28.06.2018 (<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/csu-uneinig-im-streit-mit-der-kanzlerin-ueber-die-fluechtlingspolitik-a-1215333.html>).
- 154 O. Fn. 1.
- 155 Für ein »Helsinki« im deutschen Migrationsrechtsdiskurs, VerfBlog v. 10.07.2018 (<https://verfassungsblog.de/fuer-ein-helsinki-im-deutschen-migrationsrechtsdiskurs/>).
- 156 O. Fn. 1.
- 157 Vgl. z. B. »Bedenke das Ende«, FAZ v. 21.07.2018.
- 158 Vgl. z. B. »Flüchtlingsstreit in der Union: Der Bundespräsident ermahnt die Regierenden«, Tagesspiegel v. 26.06.2018.
- 159 So ausdrücklich etwa der Titel eines Gastbeitrags des CDU-Landesvorsitzenden von Brandenburg *Ingo Senftleben* im »Tagesspiegel« (»Kommt zur Vernunft! Die Union darf den Ton radikaler Parteien nicht kopieren«, Tagesspiegel v. 06.07.2018).



EUROPA

»Überraschungsbesuch« in Paris beim Conseil d'Etat

Verabschiedung von Jean-Marc Sauvé

Anlässlich des bevorstehenden Ruhestandes des Vizepräsidenten des Conseil d'Etat¹, Jean-Marc Sauvé, hat sich der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Prof. Dr. Dr. Rennert, ein ganz besonderes Abschiedsgeschenk für ihn ausgedacht: eine Sonderausgabe der seit einigen Jahren in der NVwZ und parallel in der französischen Zeitschrift für Verwaltungsrecht (RFDA) erscheinenden »Publications croisées«.

Der »Überraschungsbesuch« (Herr Sauvé war im Vorfeld nur grob eingeweiht worden...) fand auf Wunsch der französischen Kollegen am 7. Mai statt. Die Überreichung des

1 Formal ist der Premierminister der Präsident des Conseil d'Etat. Faktisch ist daher der Vizepräsident der »eigentliche« Präsident. Jean-Marc Sauvé hat dieses Amt seit 2006 ausgeübt.

festlich mit Banderolen in den beiden Nationalfarben verpackten Geschenks (s. Foto) verlief in einem eben solchen Rahmen. Zunächst gab es einen Stehempfang, zu dem trotz des Brückentages – der 8. Mai ist in Frankreich ein Nationalfeiertag (Tag des Sieges – Fête de la Victoire) – zahlreiche Mitglieder des Conseil d'Etat erschienen sind, darunter auch Bruno Lasserre, der wenige Wochen später als Nachfolger von Monsieur Sauvé ernannt wurde. Da uns dies nur hinter vorgehaltener Hand zugeflüstert wurde (»psst – pas encore officiel!«), konnten wir ihn leider nicht darauf ansprechen. Immerhin fiel aber auf, dass er sogleich in bestem Deutsch Heinrich Heine zitierte. Das lässt auf eine Fortsetzung des Projekts auch unter der neuen Leitung hoffen... In seiner Rede würdigte Herr Rennert sodann seinen Amtskollegen und Freund Sauvé, der sich in seiner Anschlussrede sichtlich gerührt und – wie immer optisch stark an General de Gaulle erinnernd – gesterreich bedankte (s. Foto). Anschließend gab es ein Diner in kleinem Kreis.

Das Projekt der »Publications croisées« besteht bereits seit 2015. Die beiden Amtskollegen und Freunde, Rennert und Sauvé, haben es ins Leben gerufen, um auf diese Weise die Rechtsprechung der beiden obersten Verwaltungsgerichte im Nachbarland bekannt zu machen. Die Artikel werden stets zu einem gemeinsam festgelegten Thema verfasst (etwa Beamtenrecht, Asylrecht, Baurecht etc.), auch wenn niemand beide Texte in einer Ausgabe gemeinsam lesen kann. Nach einer allgemeinen Einführung in das Thema werden aktuelle Entscheidungen vorgestellt und kommentiert; ausgewählte Passagen werden im Originalwortlaut wiedergegeben, um so die unterschiedliche Diktion, Argumentationstiefe, Zitierweise usw. zu veranschaulichen. Die Beiträge erscheinen dreimal jährlich.

Die größte Schwierigkeit des Projekts stellt die Übersetzung in die andere Sprache dar. Es hat sich gezeigt, dass man Texte stets durch einen Muttersprachler in die eigene Sprache übersetzen lassen muss. Dies gilt erst recht, wenn man es wie hier mit schwierigen juristischen Texten zu tun hat. Die Entscheidungen des Conseil d'Etat sind zudem in einer für den deutschen Leser völlig ungewohnten Weise verfasst: Nach einer formalisierten Einleitungsformel (»considérant que« oder »attendu que«) folgt eine Aneinanderreihung von Sätzen, die jeweils durch ein Semikolon abgetrennt werden. Darin werden die verschiedenen Aspekte des Falles, die das Gericht bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat, aufgelistet. Auf diese Weise kann eine mehrere Seiten lange Entscheidung formal aus nur einem einzigen Satz bestehen!

Den Herausforderungen des Projekts stehen freilich große Chancen gegenüber. In ihrem gemeinsamen Vorwort zum Erscheinen der beiden ersten Beiträge haben die beiden »Väter« des Projekts unter der Überschrift »Blick über die Grenzen« die Notwendigkeit betont, die nationalen Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten besser kennen zu lernen. Die zunehmende Internationalisierung und Europäisierung des Rechts führt einerseits zu einer wachsenden Bedeutung des Gemeinschaftsrechts und des europäischen Menschenrechtsschutzsystems, zugleich aber auch zu einer



Vizepräsident Jean-Marc Sauvé

zunehmenden Konvergenz der nationalen Rechtsordnungen. Deshalb richten die nationalen Gerichte ihre Aufmerksamkeit verstärkt auf das, was in den anderen Mitgliedstaaten zu vergleichbaren Fragen bereits entschieden wurde. Diesen beiden Zielen – Verbesserung der allgemeinen Kenntnisse über das Rechtssystem im Nachbarland sowie konkrete Darstellung einzelner wichtiger Entscheidungen – lässt sich nach den bisherigen Erfahrungen noch ein drittes Ziel anfügen: Die Befassung mit dem französischen Recht erleichtert – vermutlich wegen dessen französischer Prägung – auch den Zugang zu den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, und zwar nicht nur bezogen auf theoretische Methodensätze (etwa der »acte claire«-Doktrin) und die Argumentationspraxis, sondern auch in Bezug auf verfahrensrechtliche oder materielle Fragen.

Für das nun überreichte Sonderheft wurden vier bereits erschienene Beiträge zu den Themen Religionsfreiheit, Reichweite der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, einstweiliger Rechtsschutz und öffentliches Dienstrecht ausgewählt. Diese Artikel erscheinen nun also erstmals nicht nur in der Übersetzung, sondern auch in ihrer ursprünglichen Sprachfassung und damit komplett bilingual. Vorangestellt wurde zudem ein gemeinsames Vorwort der für das Projekt auf beiden Seiten Verantwortlichen, eine Einführung und natürlich eine Hommage auf den künftigen Ruheständler. Mit tatkräftiger Unterstützung des Verlags C.H.Beck und unter Mithilfe der Übersetzerin Frau Pawlowski, die – dem Zufall sei Dank! – just zum 1. April vom Bundesamt für Justiz an das Bundesverwaltungsgericht abgeordnet worden ist, entstand ein 180 Seiten starker Band mit dem Titel »Blick über die Grenzen – Regards au-delà des frontières«, der sich nicht zuletzt wegen der schönen Bebilderung sehr gut sehen lassen kann.

Prof. Dr. Ulrike Bick, Richterin am BVerwG, Leipzig

Die bulgarische Verwaltungsgerichtsbarkeit am Beispiel des VG Varna

Vom 22. bis 27.04.2018 besuchte eine Gruppe von fünf Verwaltungsrichterinnen und -richtern des Verwaltungsgerichts Aachen das bulgarische Verwaltungsgericht in Varna an der Schwarzmeerküste.

Das European Judicial Training Network (EJTN) hatte ein Programm für einen Gruppenaustausch unter diversen Gerichtsbarkeiten aufgelegt, und beim Verwaltungsgericht in Aachen bemühte man sich um die Teilnahme an diesem Programm. Auch wenn der Besuch in Bulgarien letztendlich nicht aus dem Topf des EJTN finanziert wurde, konnte die Reise angetreten werden. Dankenswerterweise sicherte das Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen die finanzielle Unterstützung zu.

Der Gruppenaustausch war aus Sicht der fünf Aachener Teilnehmer sehr interessant, informativ und verlief erfolgreich. Wir trafen auf engagierte und motivierte bulgarische Kolleginnen und Kollegen, die uns alle herzlich empfingen und für unseren insgesamt dreitägigen Aufenthalt am VG Varna ein abwechslungsreiches und lehrreiches Programm zusammengestellt hatten.

Varna ist die drittgrößte Stadt Bulgariens mit knapp 350.000 Einwohnern und liegt an der Küste des Schwarzen Meeres. Die Stadt machte auf uns einen modernen und »westlichen« Eindruck: Es gab zahlreiche Restaurants, einige Touristen und einen wirklich beeindruckenden Stadtstrand.

Nachdem wir am ersten Tag unseren Gastgeber einen Überblick über das deutsche Rechtssystem und die Arbeit deutscher Verwaltungsgerichte einschließlich der hohen Belastung durch die vielen Asylklageverfahren gegeben hatten, wurde uns die bulgarische Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgestellt.

Das VG Varna weist mit 27 Richterinnen und Richtern sowie vier »legal aids« eine vergleichbare Größe wie das VG Aachen mit 35 Richterinnen und Richtern auf. So konnten

Vor dem Gericht: die Aachener Verwaltungsrichterinnen und -richter (links im Bild) sowie ihre bulgarischen Kolleginnen und Kollegen (vorne rechts und hinten).



wir durch die vielen Gespräche einen direkten Vergleich der jeweiligen Arbeitsweise erhalten. Neben einigen Gemeinsamkeiten gibt es sowohl in der Art der anhängigen Verfahren als auch in der Art und Weise ihrer Bearbeitung deutliche Unterschiede.

Besonders bemerkenswert fanden wir, dass von den etwa 3.500 bis 4.000 Verfahren, die bei dem VG Varna in den letzten Jahren jeweils eingingen, der Großteil (zwischen 1.300 und 1.800) Verfahren betrafen, in denen sich Betroffene gegen die Festsetzung von Bußgeldern wandten. In diesen Verfahren – vergleichbar mit deutschen Bußgeldverfahren nach dem OWiG – entscheiden in Bulgarien die Verwaltungsgerichte in zweiter Instanz, nachdem zuvor die Amtsgerichte in erster Instanz tätig geworden sind. Daher nimmt in den entsprechenden Sitzungen auch ein Staatsanwalt am verwaltungsgerichtlichen Prozess teil.

Weitere Materien mit hohen Eingangszahlen waren am VG Varna in den letzten Jahren Steuerverfahren und Verfahren betreffend Raumordnung und Enteignung von Grundstückseigentümern.

Interessant war auch, dass in einigen Gerichtsverfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit bei einer streitigen Entscheidung nicht gleichzeitig über die Frage entschieden wird, welche Seite die Kosten zu tragen hat. Sofern über die Kostentragung sodann Uneinigkeit entsteht, hat derjenige, der seine Kosten erstattet erhalten möchte, bei den Verwaltungsgerichten eine entsprechende Klage zu erheben. Für diese Streitigkeiten sind die bulgarischen Verwaltungsgerichte auch dann zuständig, wenn der ursprüngliche Rechtsstreit an einem anderen Gericht anhängig war. Auch hier nimmt ein Staatsanwalt an der mündlichen Verhandlung teil.

Wir hatten am zweiten Tag unseres Besuchs die Gelegenheit, an verschiedenen Sitzungen einer bulgarischen Kollegin teilzunehmen. Dadurch bekamen wir einen guten Eindruck von der Prozessführung, die sich von der hiesigen deutlich unterscheidet. Denn die bulgarische Prozessordnung sieht vor, dass Schriftsätze vorwiegend nur in den Sitzungsterminen eingereicht werden können. Da die bulgarischen Richterinnen und Richter zudem vonseiten des Gesetzes gehalten sind, möglichst binnen zwei Monaten nach Klageeingang den ersten Sitzungstermin in einem Verfahren durchzuführen, führt dies dazu, dass in einzelnen Verfahren eine Vielzahl von Verhandlungstagen anstehen. Dass ein Verfahren – wie bei uns – möglichst in nur einem Termin zur mündlichen Verhandlung beendet wird, kommt so gut wie nie vor. Gleichwohl werden durchschnittlich rund 70 % der Klageverfahren innerhalb von drei Monaten nach Klageeingang einer Entscheidung zugeführt.

Das Verwaltungsgericht in Varna hat keine Klagen in Asylverfahren zu entscheiden, da für diese Verfahren ausschließlich die Verwaltungsgerichte an den Landesgrenzen Bulgariens zuständig sind; dort haben sich auch die Asylbewerber aufzuhalten. Da wir den bulgarischen Kolleginnen und Kollegen im Vorhinein mitgeteilt hatten, dass ein Großteil unserer Arbeit auf dem Gebiet des Asylrechts liegt, orga-

nisierte eine bulgarische Kollegin eine Akte eines asylrechtlichen Klageverfahrens, das in zweiter Instanz entschieden worden war. Bei der Durchsicht der Akte ergab sich, dass unsere Asylklageverfahren im Wesentlichen vergleichbar sind. Ein Unterschied besteht darin, dass in Bulgarien das zweitinstanzliche Gericht (Supreme Administrative Court), anders als bei uns, in jedem dort anhängigen Verfahren eine mündliche Verhandlung durchführt und die Kläger noch einmal anhört.

Gemeinsamkeiten zwischen unseren Prozessordnungen gibt es ebenfalls: Auch in Bulgarien kennt man das Widerspruchsverfahren sowie den Amtsermittlungsgrundsatz bei den Verwaltungsgerichten.

Besonders erkenntnisreich war, dass es am VG Varna keine auf bestimmte Materien spezialisierten Kammern gibt, sondern dass jede Richterin und jeder Richter Verfahren aus allen Rechtsgebieten zugeteilt bekommt. Die Verteilung der eingehenden Verfahren erfolgte in der Vergangenheit allein durch Entscheidungen der Gerichtspräsidentinnen und -präsidenten. Seit einigen Jahren gibt es jedoch ein computergestütztes System, das für das ganze Land zentral im Justizministerium entwickelt wurde und von allen Gerichtsbarkeiten genutzt wird. Für alle eingehenden Verfahren wird von diesem Computerprogramm per Zufall entschieden, welche Richterin bzw. welcher Richter es zu bearbeiten hat. Wir konnten vor Ort erleben, wie die Präsidentin des VG Varna mit Hilfe der entsprechenden Software, der Registrierung des Aktenzeichens und dem Start des Zufallschlaufs Verfahren den jeweiligen Kolleginnen und Kollegen zuwies.

Die Präsidentin des VG Varna erläuterte uns zudem, dass ihre Tätigkeit zeitlich befristet ist. Das Präsidentenamt wird per Wahl für die Dauer von fünf Jahren vergeben, eine einmalige Wiederwahl ist zulässig. Danach ist die Präsidentin wieder »normale Richterin«.

Daneben tauschten wir uns mit den bulgarischen Kolleginnen und Kollegen noch über viele weitere Themen aus. So erfuhren wir z. B., dass Studienabgänger nur am Amtsgericht sofort als sog. Junior Judge die Arbeit aufnehmen können. Richter/in am Verwaltungsgericht kann man in Bulgarien erst werden, wenn man zuvor acht Jahre einer anderen juristischen Tätigkeit nachgegangen ist.

Neben diesem intensiven fachlichen Diskurs mit dem Verwaltungsgericht in Varna organisierten die bulgarischen Kolleginnen und Kollegen Besuche beim örtlichen Landgericht und Amtsgericht. Beim Landgericht Varna wurden wir vom Präsidenten und weiteren Kolleginnen und Kollegen herzlich begrüßt. Der Präsident des LG präsentierte uns u.a. die Website des Gerichts, welche auch auf Deutsch die Aufgaben des Landgerichts beschreibt. Die Präsidentin des Amtsgerichts empfing uns in Begleitung ihrer zwei Vizepräsidentinnen und gab uns einen Einblick in ihre Tätigkeit mitsamt einer Besichtigung der Sitzungssäle.

Unsere Erkenntnis: Gerade von dem fachspezifischen europäischen Austausch haben wir sehr profitiert. Der Umstand, dass wir im Schwerpunkt mit Kolleginnen und Kollegen desselben Gerichtszweigs diskutieren konnten, führte zu intensiven und aufschlussreichen Gesprächen, u.a. über die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit und das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in einem Staat, in dem Korruption ein brisantes Thema ist.

Wir hoffen, dass unsere bulgarischen Kolleginnen und Kollegen – wie derzeit geplant – im kommenden Jahr das VG Aachen besuchen werden.

Markus Lehmler, *Vizepräsident des VG, Aachen*

Aktuelle Entscheidungen des EuGH und des EGMR

An dieser Stelle finden Sie eine Auswahl von Entscheidungen des EuGH und des EGMR mit Bezug zum Verwaltungsrecht sowie Hinweise auf eingereichte Vorabentscheidungsersuchen. Die Entscheidungen des EuGH sind im Volltext abrufbar unter www.curia.europa.eu. Dort kann auch der Stand anhängiger Verfahren abgefragt werden. Aus Gründen des Datenschutzes werden die Namen der Beteiligten nicht mehr benannt.

Unter <http://fra.europa.eu/de/charterpedia> ist das von der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte geführte Online-Tool »Charterpedia« zu finden, das eine Informationssammlung und Kommentierung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union einschließlich Entscheidungshinweisen darstellt (auch als App erhältlich).

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat 2017 seine App CVRIA für Smartphones und Tablets gestartet. Die App ist gratis für Android und IOS erhältlich.

Aktuelle EuGH-Vorlagen aus Österreich finden Sie unter https://www.vwgh.gv.at/rechtsprechung/vorabentscheidungsantraege_an_den_eugh/index.html.

I. EuGH/EuG

Urteil vom 17.04.2018, verb. Rs. C-316/16, C-424/16
ECLI:EU:C:2018:256

Der verstärkte Schutz vor Ausweisung ist u. a. an die Voraussetzung geknüpft, dass der Betroffene über ein Recht auf Daueraufenthalt verfügt. Die weitere Voraussetzung des »Aufenthalts in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat« kann erfüllt sein, sofern eine umfassende Beurteilung der Situation des Unionsbürgers zu dem Schluss führt, dass die Integrationsbande, die ihn mit dem Aufnah-

memitgliedstaat verbinden, trotz seiner Inhaftierung nicht abgerissen sind.

Stichworte: Vorabentscheidungsersuchen Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Supreme Court of the United Kingdom; Unionsbürgerschaft; Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten; verstärkter Schutz vor Ausweisung; Voraussetzungen; Recht auf Daueraufenthalt; Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat in den letzten zehn Jahren vor der Entscheidung über die Ausweisung aus dem Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats; Verbüßung einer Freiheitsstrafe; Folgen für die Kontinuität des zehnjährigen Aufenthalts; Verhältnis zur Gesamtbeurteilung eines Bandes der Integration; Zeitpunkt, zu dem diese Beurteilung erfolgt, und dabei zu berücksichtigende Kriterien

Art. 28 Abs. 3 Buchst. a Richtlinie 2004/38/EG

Tenor: Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG ist dahin auszulegen, dass der darin vorgesehene Schutz vor Ausweisung an die Voraussetzung geknüpft ist, dass der Betroffene über ein Recht auf Daueraufenthalt im Sinne von Art. 16 und Art. 28 Abs. 2 dieser Richtlinie verfügt.

Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 ist dahin auszulegen, dass im Fall eines Unionsbürgers, der eine Freiheitsstrafe verbüßt und gegen den eine Ausweisungsverfügung ergeht, die Voraussetzung dieser Bestimmung, den »Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat« gehabt zu haben, erfüllt sein kann, sofern eine umfassende Beurteilung der Situation des Betroffenen unter Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte zu dem Schluss führt, dass die Integrationsbande, die ihn mit dem Aufnahmemitgliedstaat verbinden, trotz der Haft nicht abgerissen sind. Zu diesen Gesichtspunkten gehören insbesondere die Stärke der vor der Inhaftierung des Betroffenen zum Aufnahmemitgliedstaat geknüpften Integrationsbande, die Art der die verhängte Haft begründenden Straftat und die Umstände ihrer Begehung sowie das Verhalten des Betroffenen während des Vollzugs.

Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 ist dahin auszulegen, dass die Frage, ob eine Person die Voraussetzung dieser Bestimmung, den »Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat« gehabt zu haben, erfüllt, zu dem Zeitpunkt zu beurteilen ist, zu dem die ursprüngliche Ausweisungsverfügung ergeht.

Urteil vom 24.04.2018, Rs. C-353/16

ECLI:EU:C:2018:276

Einer Person, die in ihrem Herkunftsland in der Vergangenheit Opfer von Folterungen war, kann »subsidiärer Schutz« gewährt werden, wenn die realistische Gefahr besteht, dass ihr in diesem Land eine angemessene Behandlung ihres physischen oder psychischen Gesundheitszustands absichtlich verweigert wird. Eine Rückführung in dieses Land kann auch gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen.

Stichworte: Vorabentscheidungsersuchen Supreme Court of the United Kingdom; Voraussetzungen für den Anspruch auf subsidiären Schutz; Gefahr eines ernsthaften Schadens für die psychische Gesundheit des Antragstellers bei Rückkehr in sein Herkunftsland; Person, die in ihrem Herkunftsland gefoltert wurde

Art. 4 Charta der Grundrechte der Europäischen Union; Art. 2 Buchst. e und Art. 15 Buchst. b Richtlinie 2004/83/EG

Tenor: Art. 2 Buchst. e und Art. 15 Buchst. b der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.04.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes sind im Licht von Art. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass ein Drittstaatsangehöriger, der in der Vergangenheit von den Behörden seines Herkunftslands gefoltert wurde und bei der Rückkehr in dieses Land nicht mehr der Gefahr einer Folter ausgesetzt ist, aber dessen physischer und psychischer Gesundheitszustand sich in einem solchen Fall erheblich verschlechtern könnte, wobei die Gefahr besteht, dass er aufgrund eines auf den ihm zugefügten Folterhandlungen beruhenden Traumas Suizid begeht, für die Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus in Betracht kommt, sofern eine tatsächliche Gefahr besteht, dass ihm in diesem Land eine angemessene Behandlung der physischen oder psychischen Folgeschäden dieser Folterhandlungen absichtlich vorenthalten wird; dies zu prüfen ist Sache des nationalen Gerichts.

Urteil vom 08.05.2018, Rs. C-82/16

ECLI:EU:C:2018:308

Ein Antrag auf Familienzusammenführung ist auch dann zu bearbeiten, wenn er von einem Drittstaatsangehörigen, gegen den ein Einreiseverbot verhängt wurde, zum Zweck der Familienzusammenführung mit einem Unionsbürger gestellt wird, der nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Ob zwischen dem Drittstaatsangehörigen und dem Unionsbürger ein Abhängigkeitsverhältnis besteht und ob es für das Einreiseverbot Gründe der öffentlichen Ordnung gibt, ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen.

Stichworte: Vorabentscheidungsersuchen Raad voor Vreemdelingenbetwistingen; Grenzkontrolle; Drittstaatsangehöriger, gegen den ein Einreiseverbot verhängt wurde; Antrag auf Aufenthaltsgewährung zum Zweck einer Familienzusammenführung mit einem Unionsbürger, der nie von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat; Weigerung, den Antrag zu prüfen

Art. 20 AEUV; Art. 7 und 24 Charta der Grundrechte der Europäischen Union; Art. 5 und 11 Richtlinie 2008/115/EG

Tenor: Die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, insbesondere deren Art. 5 und 11, ist dahin auszulegen, dass sie einer Praxis eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, die darin besteht, dass ein Antrag auf Aufenthaltsgewährung zum Zweck einer Familienzusammenführung, den ein einem Drittstaat angehörender Familienangehöriger eines Unionsbürgers, der Staatsangehöriger dieses Mitgliedstaats ist und nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, in dessen Hoheitsgebiet stellt, allein deshalb nicht bearbeitet wird, weil gegen den Drittstaatsangehörigen ein Verbot der Einreise in dieses Hoheitsgebiet verhängt wurde.

Art. 20 AEUV ist wie folgt auszulegen:

Er steht einer Praxis eines Mitgliedstaats entgegen, die darin besteht, dass ein solcher Antrag allein aus dem genannten Grund nicht bearbeitet wird, ohne dass geprüft worden wäre, ob ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Unionsbürger und dem Drittstaatsangehörigen besteht, das den Unionsbürger im Fall der Weigerung, dem Drittstaatsangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu gewähren, de facto zwingen würde, das Unionsgebiet als Ganzes zu verlassen, so dass ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm sein Status verleiht, vorenthalten würde.

Bei einem erwachsenen Unionsbürger kommt ein Abhängigkeitsverhältnis, das geeignet ist, die Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts nach dieser Vorschrift gegenüber dem betreffenden Drittstaatsangehörigen zu rechtfertigen, nur in außergewöhnlichen Fällen in Betracht, in denen die betreffende Person in Anbetracht aller relevanten Umstände keinesfalls von dem Familienangehörigen getrennt werden darf, von dem sie abhängig ist,

Bei einem minderjährigen Unionsbürger muss der Beurteilung des Bestehens eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses im Interesse des Kindeswohls die Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zugrunde liegen, insbesondere des Alters des Kindes, seiner körperlichen und emotionalen Entwicklung, des Grades seiner affektiven Bindung an jeden Elternteil und des Risikos, das für sein inneres Gleichgewicht mit der Trennung von dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit verbunden wäre. Zur Feststellung eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses reicht weder das Bestehen einer familiären Bindung an den Drittstaatsange-

hörigen, sei sie biologischer oder rechtlicher Natur, aus, noch ist ein Zusammenleben mit ihm erforderlich.

Es ist unerheblich, dass das Abhängigkeitsverhältnis, das der Drittstaatsangehörige zur Stützung seines Antrags auf Aufenthaltsgewährung zum Zweck einer Familienzusammenführung geltend macht, erst entstanden ist, nachdem gegen ihn ein Einreiseverbot verhängt wurde.

Es ist unerheblich, dass die Entscheidung, mit der gegen den Drittstaatsangehörigen ein Einreiseverbot verhängt wird, bereits bestandskräftig war, als er seinen Antrag auf Aufenthaltsgewährung zum Zweck einer Familienzusammenführung stellte.

Es ist unerheblich, dass die Entscheidung, mit der ein Einreiseverbot gegen einen Drittstaatsangehörigen verhängt wird, der einen Antrag auf Aufenthaltsgewährung zum Zweck einer Familienzusammenführung gestellt hat, damit gerechtfertigt wird, dass einer Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen worden sei. Wurde eine solche Entscheidung mit Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt, können diese nur dann dazu führen, dem Drittstaatsangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach diesem Artikel zu verweigern, wenn sich aus einer konkreten Beurteilung aller Umstände des Einzelfalls im Licht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Wohls etwaiger betroffener Kinder und der Grundrechte ergibt, dass der Betroffene eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellt.

Art. 5 der Richtlinie 2008/115 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Praxis entgegensteht, wonach in Bezug auf einen Drittstaatsangehörigen, gegen den bereits eine mit einem Einreiseverbot einhergehende Rückkehrentscheidung erlassen wurde, die noch in Kraft ist, eine Rückkehrentscheidung ergeht, ohne dass dabei die in einem nach Verhängung eines solchen Einreiseverbots gestellten Antrag auf Aufenthaltsgewährung zum Zweck einer Familienzusammenführung erwähnten Aspekte seines Familienlebens – insbesondere das Wohl seines minderjährigen Kindes – berücksichtigt werden, es sei denn, der Betroffene hätte diese Aspekte schon früher anführen können.

Urteil vom 31.05.2018, Rs. C-647/16

ECLI:EU:C:2018:368

Begibt sich eine Person in einen Mitgliedstaat, nachdem sie in einem anderen Mitgliedstaat internationalen Schutz beantragt hat, darf der erste Mitgliedstaat sie nicht in den zweiten Mitgliedstaat überstellen, bevor der zweite Mitgliedstaat dem Wiederaufnahmegesuch stattgegeben hat.

Stichworte: Vorabentscheidungsersuchen Tribunal administratif de Lille; Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist; Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren;

Erlass und Zustellung der Überstellungsentscheidung, bevor der ersuchte Mitgliedstaat dem Wiederaufnahmegesuch stattgegeben hat

Art. 26 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 604/2013

Tenor: Art. 26 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ist dahin auszulegen, dass er es dem Mitgliedstaat, der bei einem anderen Mitgliedstaat, den er aufgrund der in der Verordnung festgelegten Kriterien dafür zuständig hält, einen Antrag auf internationalen Schutz zu prüfen, ein Gesuch um Aufnahme oder Wiederaufnahme einer Person im Sinne des Art. 18 Abs. 1 der Verordnung gestellt hat, verwehrt, eine Überstellungsentscheidung zu erlassen und dieser Person zuzustellen, bevor der ersuchte Mitgliedstaat dem Gesuch ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat.

Urteil vom 31.05.2018, Rs. C-335/17

ECLI:EU:C:2018:359

Der Begriff »Umgangsrecht« umfasst das Umgangsrecht der Großeltern mit ihren Enkelkindern.

Stichworte: Vorabentscheidungsersuchen Varhoven kasationsionen sad (Oberstes Kassationsgericht, Bulgarien); justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen; Anwendungsbereich; Begriff »Umgangsrecht«; Umgangsrecht der Großeltern

Art. 1 Abs. 2 Buchst. a sowie Art. 2 Nrn. 7 und 10 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003

Tenor: Der Begriff »Umgangsrecht« nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. a sowie nach Art. 2 Nrn. 7 und 10 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 ist dahin auszulegen, dass er das Umgangsrecht der Großeltern mit ihren Enkelkindern umfasst.

Urteil vom 05.06.2018, Rs. C-673/16

ECLI:EU:C:2018:385

Der Begriff »Ehegatte« im Sinne der unionsrechtlichen Bestimmungen über die Aufenthaltsfreiheit von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen umfasst Ehegatten gleichen Geschlechts. Den Mitgliedstaaten steht es zwar frei, die Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts zu erlauben oder nicht zu erlauben; jedoch dürfen sie die Aufenthaltsfreiheit eines Unionsbürgers nicht dadurch beeinträchtigen, dass sie seinem gleichgeschlechtlichen Ehegatten, der Staatsan-

gehöriger eines Nicht-EU-Landes ist, ein abgeleitetes Recht zum Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet verweigern.

Stichworte: Vorabentscheidungsersuchen Curtea Constituțională (Verfassungsgerichtshof, Rumänien); Unionsbürgerschaft; Recht der Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten; Berechtigte; Familienangehörige des Unionsbürgers; Begriff »Ehegatte«; Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts; Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate;

Art. 21 AEUV; Art. 2 Nr. 2 Buchst. a, Art. 3, Art. 7 Richtlinie 2004/38/EG;

Tenor: 1. In einem Fall, in dem ein Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat, indem er sich gemäß den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG in einen anderen Mitgliedstaat als den, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begeben und sich dort tatsächlich aufgehalten hat, und im Zuge dessen ein Familienleben mit einem gleichgeschlechtlichen Drittstaatsangehörigen entwickelt oder gefestigt hat, den er im Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig geheiratet hat, ist Art. 21 Abs. 1 AEUV dahin auszulegen, dass er es den zuständigen Behörden des Mitgliedstaats, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, verwehrt, dem Drittstaatsangehörigen ein Recht zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats mit der Begründung zu verweigern, dass das Recht dieses Mitgliedstaats die Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts nicht vorsieht.

2. Art. 21 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens ein Drittstaatsangehöriger, der dasselbe Geschlecht hat wie der Unionsbürger, den er in einem Mitgliedstaat nach dessen Recht geheiratet hat, über ein Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats verfügt, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt. Dieses abgeleitete Aufenthaltsrecht darf keinen strengeren Voraussetzungen als den in Art. 7 der Richtlinie 2004/38 vorgesehenen unterworfen werden.

Urteil vom 19.06.2018, Rs. C-181/16

ECLI:EU:C:2018:465

Die Mitgliedstaaten dürfen nach der Ablehnung eines Antrags auf internationalen Schutz eine Rückkehrentscheidung erlassen, sofern sie das Rückkehrverfahren aussetzen, bis über den Rechtsbehelf gegen die Ablehnung entschieden wurde.

Stichworte: Vorabentscheidungsersuchen Conseil d'État (Belgien);

Art. 2008/115/EG

Tenor: liegt noch nicht auf Deutsch vor.

II. EGMR

Urteil vom 19.06.2018 – 35252/08 (Centrum för rättvisa ./ Schweden)

Schwedens Massenüberwachung von elektronischer Kommunikation verstößt nicht gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz).

Der Beschwerdeführer, eine gemeinnützige Anwaltskanzlei, machte geltend, die Rechtsvorschriften, die dem Auslandsgeheimdienst das Abhören elektronischer Signale in Schweden erlauben, verstießen gegen ihr Recht auf Achtung der Privatsphäre. Der Gerichtshof berücksichtigte, dass die einschlägigen Regelungen zu einer systematischen, geheimen Überwachung führen können, die potenziell alle Nutzer von Mobiltelefonen und dem Internet betrifft, ohne dass diese davon in Kenntnis gesetzt werden. Einen innerstaatlichen Rechtsbehelf, durch den eine detaillierte Begründung erwirkt werden könnte, wenn ein Bürger den Verdacht hat, dass seine Kommunikation abgefangen wird, gebe es nicht. Auf dieser Grundlage hielt es das Gericht für gerechtfertigt, die Rechtsvorschriften abstrakt zu prüfen. Der Beschwerdeführer könne behaupten, Opfer eines Verstoßes gegen die Konvention zu sein, obwohl kein innerstaatliches Verfahren eingeleitet oder substantiiert vorgetragen werden konnte, dass seine Kommunikation tatsächlich abgehört wurde. Bereits die Existenz der entsprechenden Vorschriften müsse als Eingriff in die Rechte nach Art. 8 Abs. 1 EMRK gewertet werden.

Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass das schwedische System der Massenüberwachung trotz einiger Verbesserungsbedürftiger Bereiche insgesamt angemessene und ausreichende Garantien gegen Willkür und die Gefahr des Missbrauchs böte. Insbesondere seien der Umfang der Überwachungsmaßnahmen und die Behandlung der abgefangenen Daten gesetzlich klar definiert, die Erlaubnis zum Abfangen setze einen Gerichtsbeschluss nach einer eingehenden Prüfung voraus, sei nur für die Kommunikation über die schwedische Grenze hinaus und nicht innerhalb Schwedens selbst möglich, dürfe nur für maximal sechs Monate erteilt werden und jede Erneuerung erfordere eine Überprüfung. Darüber hinaus gebe es mehrere unabhängige Stellen, insbesondere eine Aufsichtsbehörde, die mit der Überwachung und Überprüfung des Systems beauftragt seien. Schließlich

werde das Fehlen einer Benachrichtigung über die Überwachungsmaßnahme dadurch kompensiert, dass es eine Reihe von Beschwerdemechanismen gebe, insbesondere über die Aufsichtsbehörde, die parlamentarischen Bürgerbeauftragten und den Justizkanzler. Das Gericht berücksichtigte bei seiner Entscheidung die Ermessensspielräume des Staates beim Schutz der nationalen Sicherheit, insbesondere angesichts der gegenwärtigen Bedrohungen durch den globalen Terrorismus und schwere grenzüberschreitende Kriminalität.

Urteil vom 26.06.2018 – 691/15 (D.R. ./ Litauen)

Mit einer einjährigen Zwangsunterbringung einer Frau in einer Psychiatrie hat Litauen gegen deren Recht auf Freiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 EMRK verstoßen.

Die Beschwerdeführerin hatte im Jahr 2013 einen Teenager mit Tränengas besprüht. Aufgrund einer dokumentierten psychischen Erkrankung ordnete das innerstaatliche Gericht eine psychiatrische Untersuchung an. Die Beschwerdeführerin wurde daraufhin im April 2014 von der Polizei zwangsweise in eine psychiatrische Einrichtung gebracht, wo sie untersucht wurde. Im Juli 2014 entschied ein Gericht auf Basis dieses Gutachtens und in Abwesenheit der Beschwerdeführerin, dass sie in einer geschlossenen Psychiatrie untergebracht werden müsse. Dagegen legte die Beschwerdeführerin Rechtsmittel ein und machte geltend, das Gericht habe sie nicht persönlich angehört, eine Entscheidung hätte außerdem nur auf der Grundlage eines aktuellen Gutachtens ergehen dürfen und es sei nicht berücksichtigt worden, dass sie sich zwischenzeitlich, seit Juni 2014, einer Behandlung unterzogen habe. Ferner wandte sie sich dagegen, dass sie von der Polizei zwangsweise der psychiatrischen Untersuchung zugeführt worden war. Nach Zurückweisung des Rechtsmittels wurde die Beschwerdeführerin ab November 2014 für ein Jahr in einer Psychiatrie untergebracht.

Der Gerichtshof entschied, dass Litauen dadurch zweifach gegen das Recht auf Freiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 EMRK verstoßen hat. Zum einen sehe das litauische Recht keine Möglichkeit vor, Menschen für eine psychiatrische Untersuchung ihrer Freiheit zu berauben. Zum anderen wäre eine persönliche Anhörung der Beschwerdeführerin erforderlich gewesen und es hätte vor der einjährigen Unterbringung ein aktuelles Gutachten erstellt werden müssen. Der Beschwerdeführerin wurde eine Entschädigung in Höhe von 7.500 € zugesprochen.

Alice Fertig, Richterin am VG, und **Rautgundis Schneider**, Vorsitzende Richterin am VG, jeweils Berlin



Asylkrise, Reformbedarf im Verwaltungsprozessrecht und Datensouveränität Interview mit der Bundesministerin für Justiz und Verbraucherschutz Dr. Katarina Barley

Beherrschendes Thema in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Asylkrise. Ende 2017 waren ca. 350.000 asylrechtliche Verfahren an deutschen Verwaltungsgerichten anhängig. Auch mit den von den Ländern zusätzlich eingestellten Richtern wird es Jahre dauern, bis diese Verfahren alle abgearbeitet sind. Im Bundestag und im Bundesrat wird daher inzwischen auch über Änderungen im Prozessrecht nachgedacht. Die Fähigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Rechts- und Tatsachenfragen von grundsätzlicher Bedeutung schnell ober- und höchstrichterliche Entscheidungen herbeizuführen, soll gestärkt werden. Wie stehen Sie zu diesen Überlegungen? Gibt es darüber hinaus weiteren Reformbedarf beim Asylrecht?

Entsprechend dem Koalitionsvertrag prüfen wir Gesetzesänderungen zur weiteren Verfahrensbeschleunigung, -vereinfachung und -vereinheitlichung, damit Asylverfahren bei den Verwaltungsgerichten künftig zügiger durchgeführt werden können.

Diskutiert werden derzeit vor allem Veränderungen im Rechtsmittelverfahren.

Insgesamt muss sorgfältig geprüft werden, welche dieser Vorschläge tatsächlich erforderlich und sinnvoll wären. Im Interesse der Rechtssicherheit halte ich gerade moderate Anpassungen des Rechtsmittels wie die Berufungszulassung auch durch das Verwaltungsgericht bei grundsätzlicher Bedeutung der Asylsache und bei Divergenz sowie die Einführung der Zulassungsbeschwerde in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bei grundsätzlicher Bedeutung der Asylsache für unterstützenswert. Diskutiert wird auch eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für die Feststellung entscheidungserheblicher Tatsachen von grundsätzlicher Bedeutung. Denn eine stärkere Rechtsvereinheitlichung durch obergerichtliche Entscheidungen führt letztlich zu einer Beschleunigung der asylgerichtlichen Verfahren.

Zu Ihrer Frage nach weiterem Reformbedarf im Asylrecht weise ich darauf hin, dass derzeit auf europäischer Ebene die Rechtsakte des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems neu verhandelt werden, um effizientere Asylverfahren sowie eine stärkere Harmonisierung zu erreichen. Auch ist es wichtig, eine gleichmäßigere Verteilung der Schutzsuchenden auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu erreichen.

Die hohe Zahl an Asylverfahren wirkt sich auch auf Verfahren in anderen Rechtsbereichen aus. Insbesondere bei infrastruktur- und wirtschaftsrelevanten Verfahren kann eine Verzögerung zu Nachteilen für den Wirtschaftsstandort Deutschland führen. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe Verwaltungsprozess schlägt zur Beschleunigung die Bildung spezieller Wirtschafts- und



Thomas Köhler/photothek

Bundesministerin für Justiz und Verbraucherschutz
Dr. Katarina Barley

Planungsspruchkörper und die Erweiterung der Eingangszuständigkeit von OVG und VGH auf Planfeststellungsverfahren vor. Wie stehen Sie zu diesen Vorschlägen?

Die von Ihnen angesprochene Arbeitsgruppe zum Verwaltungsprozessrecht, in der auch mein Haus vertreten ist, bereitet derzeit ihren Abschlussbericht vor. Dieser wird zur Justizministerkonferenz im Herbst 2018 vorliegen. Etwaige Empfehlungen der Arbeitsgruppe bleiben abzuwarten; da kann und möchte ich nicht vorgreifen.

Im Koalitionsvertrag ist die Verabschiedung eines Planungs- und Baubeschleunigungsgesetzes vereinbart. Damit soll die Realisierung von Infrastrukturprojekten erleichtert werden. Für ausgewählte Projekte, an deren Umsetzung ein überragendes öffentliches Interesse besteht, sollen die Planungs- und Genehmigungsverfahren verkürzt und die Verwaltungsgerichtsverfahren auf eine Instanz beschränkt werden. Dazu hat das Bundeskabinett im Juli 2018 den »Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich« beschlossen. Dieser sieht ein ganzes Bündel von Maßnahmen zur Beschleunigung der entsprechenden Verfahren vor.

Zur Verbesserung des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht kann auch über die Einführung eines Adhäsionsverfahrens für

Amtshaftungs- und Enteignungsansprüche nachgedacht werden. Dies erspart den betroffenen Bürgern den Weg vor ein weiteres Gericht. Ist dies aus Ihrer Sicht eine wünschenswerte Veränderung?

Auch dieser Vorschlag ist Gegenstand der noch nicht abgeschlossenen Erörterungen der Arbeitsgruppe zum Verwaltungsprozessrecht. Daher sehe ich zum jetzigen Zeitpunkt von einer Bewertung ab. Der Vorschlag ist allerdings nicht neu und wurde bereits in der länderoffenen Arbeitsgruppe »Bereinigung des Systems der Rechtswegzuweisungen« diskutiert. Die 87. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister hat mit Beschluss vom 17.11.2016 die Länder Schleswig-Holstein, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen damit beauftragt, die Möglichkeit eines solchen Adhäsionsverfahrens zu prüfen und gegebenenfalls einen Regelungsvorschlag zu entwickeln.

Sehen Sie Reformbedarf im Verwaltungsprozessrecht? Ist zum Beispiel die Zulassungsberufung noch zeitgemäß? Wie stehen Sie zur Einfügung einer Zulassungsbeschwerde zum BVerwG im einstweiligen Rechtsschutz?

Ich halte die Verwaltungsgerichtsordnung für eine sehr ausgewogene Prozessordnung. Sie ermöglicht den Gerichten eine straffe Verfahrensführung und gewährleistet gleichzeitig ein hohes Rechtsschutzniveau. Dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf sehe ich im Bereich des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts derzeit nicht.

Dennoch können Überlegungen dazu, wie man ein bewährtes System punktuell noch weiter verbessern kann, lohnenswert sein. In der Fachöffentlichkeit werden verschiedene Vorschläge zur Verbesserung des allgemeinen Verwaltungsrechtsschutzes diskutiert, die auch das Rechtsmittelrecht betreffen.

Die 88. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister hat im November 2017 die bereits erwähnte Arbeitsgruppe zum Verwaltungsprozessrecht eingerichtet und sie damit beauftragt, die verschiedenen Vorschläge ergebnisoffen auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Soweit Änderungen erwägenswert erscheinen, soll die Arbeitsgruppe Regelungsvorschläge formulieren. Ergebnisse sind – wie bereits gesagt – für die Justizministerkonferenz im Herbst 2018 angekündigt. Die fachlichen Diskussionen in der Arbeitsgruppe, die konstruktiv, in einzelnen Punkten – wie etwa dem Berufungszulassungsrecht – aber auch durchaus kontrovers geführt werden, lassen erwarten, dass es auch auf politischer Ebene noch viel Gesprächsbedarf geben wird.

In Ihrer Regierungserklärung vom 23.03.2018 im Bundestag haben Sie davon gesprochen, dass zusätzliche Stellen in der Justiz geschaffen werden sollen. Wie wollen Sie das auf Bundesebene umsetzen, wenn die Stellen doch in den Ländern benötigt werden?

In den Koalitionsverhandlungen haben wir vereinbart, einen Pakt für den Rechtsstaat zwischen den Chefs des Bundes und der Länder zu schließen. Dazu gehören unter anderem 2000 neue Richterstellen. Bei den Verhandlungen waren 14 der insgesamt 16 Ministerpräsidenten dabei.

Der Bund geht mit gutem Beispiel voran: Mit dem Bundeshaushalt 2018 werden die staatsanwaltschaftlichen Stellen beim Generalbundesanwalt um rund 20 Prozent aufgestockt.

Das ist auch mit Blick auf die Zunahme von Verfahren wegen terroristischer Straftaten von besonderer Dringlichkeit. Zudem werden wir eine Qualitätsoffensive starten. Aus meiner eigenen beruflichen Erfahrung weiß ich, dass etwa beim Thema Digitalisierung in der Justiz noch immer eine Menge zu tun ist. Da muss der Bund begleiten.

Sie haben auch von der Notwendigkeit einer Datensouveränität der Bürger gesprochen. Welche weiteren Regelungen planen Sie hier?

Mit der Datenschutz-Grundverordnung, die seit dem 25.05.2018 unmittelbar anwendbar ist, ist ein harmonisiertes Datenschutzregime auf hohem Niveau für Europa und damit auch für die Bürgerinnen und Bürger in Deutschland erreicht worden. Unsere Leitlinie bei den Verhandlungen zur Datenschutz-Grundverordnung war, die geltenden hohen deutschen Standards beim Datenschutz zu bewahren und bei der Modernisierung insbesondere die Freiheits- und Persönlichkeitsrechte der Bürgerinnen und Bürger zu gewährleisten. Ebenso sollten die Verbraucherrechte und die Datensouveränität gestärkt werden. Dies ist gelungen. Jetzt kommt es darauf an, dass das neue europäische Recht konsequent angewandt wird und wir Erfahrungen sammeln, wie gerade die Verbraucher damit zurechtkommen. Bis zum 25. Mai 2020 soll die Kommission dem Europäischen Parlament einen Bericht mit der Bewertung und Überprüfung der Datenschutz-Grundverordnung vorlegen. Im Rahmen dieser Evaluation, die auch im Koalitionsvertrag erwähnt wird, wird erörtert werden, ob weitere Regelungen zur Stärkung der Verbrauchersouveränität notwendig sind.

Was bedeutet das Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung für die Arbeit der Verwaltungsgerichte? Müssen die Vorschriften über das verwaltungsgerichtliche Verfahren angepasst werden?

Mit der Datenschutz-Grundverordnung gibt es endlich ein einheitliches europäisches Regelwerk, das hohe Standards für den Datenschutz in nahezu allen Lebensbereichen setzt. Selbstverständlich müssen auch Gerichte sorgsam mit personenbezogenen Daten umgehen. Aber um die Unabhängigkeit der Justiz zu schützen, gibt es im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeiten Ausnahmen. So unterliegen die Gerichte in diesem Bereich nicht der Aufsicht der allgemeinen Datenschutzaufsichtsbehörden. Sicher sind durch die Datenschutz-Grundverordnung Anforderungen hinzugekommen. In den meisten Fällen allerdings dürften Datenverarbeitungen in gerichtlichen Verfahren unter Ausnahmetatbestände der Datenschutz-Grundverordnung oder des neuen Bundesdatenschutzgesetzes fallen, sodass sich der Mehraufwand für die Justizpraxis insgesamt in Grenzen halten sollte.

Das deutsche Rechts- und Gerichtssystem kann in Zeiten der zunehmenden Globalisierung nicht isoliert betrachtet werden. Vor allem die Entwicklung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union hat Einfluss auch auf die deutsche Justiz. Der irische High Court hat im März dieses Jahres dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Auslieferungen aufgrund des europäischen Haftbefehls nach Polen angesichts der dort vorherrschenden systemischen Verletzungen der Rechtsstaatlichkeit künftig unterbleiben müssen. Auch die Unabhängigkeit der Justiz in

Ungarn ist gefährdet. Hat das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens, das letztlich die Basis für Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene ist, noch eine Chance? Was tut die Bundesregierung, um das Vertrauen wieder zu stärken?

Anerkennungs- und Vollstreckungsinstrumente, nicht nur in der strafrechtlichen Zusammenarbeit, benötigen zweifellos gegenseitiges Vertrauen. Der Europäische Gerichtshof hat daher gegenseitiges Vertrauen als Grundprinzip im Unionsrecht anerkannt und spricht insoweit von einem »Eckstein« der justiziellen Zusammenarbeit. Basis dafür sind inzwischen zahlreiche sekundärrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen, auch im Strafrecht, und vor allem die grundlegenden Werte der Union (Artikel 2 EUV) – einschließlich der Rechtsstaatlichkeit – sowie die Charta der Grundrechte. Hier geht es um die Grundlagen der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft. Aber der EuGH hat auch festgestellt, dass Vertrauen nicht mit blindem Vertrauen gleichzusetzen ist. Bei Anhaltspunkten von bestimmten systemischen Mängeln haben die Gerichte nachzuprüfen, ob einer zu überstellenden Person eine konkrete Gefahr ernied-

rigender oder menschenunwürdiger Behandlung droht oder ob systemische Mängel in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz bestehen, die dem Grundrecht auf ein faires Verfahren entgegenstehen. Darüber hinaus kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten, wenn ein Verstoß gegen das Unionsrecht vorliegt, und es besteht zudem das Instrumentarium des Verfahrens nach Artikel 7 EUV, das die Kommission beispielsweise gegen Polen eingeleitet hat.

Die Bundesregierung – übrigens im engen Schulterschluss insbesondere mit Frankreich – unterstützt die Kommission auch insoweit bei ihrer Aufgabe, die Anwendung des Unionsrechts, letztlich unter der Kontrolle des Europäischen Gerichtshofs, zu überwachen. Und wir überlegen, wie wir die deutsche Ratspräsidentschaft in der zweiten Hälfte des Jahres 2020 gemeinsam mit den anderen Mitgliedstaaten dazu nützen können, den umfassenden Grundrechtsschutz insbesondere in der strafrechtlichen Zusammenarbeit zu verbessern und die Zusammenarbeit so zu gestalten, dass drohende Grundrechtsverletzungen abgewendet werden.



BUCHBESPRECHUNG

Rezension zu Udo Schneider

Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung

Nach 15 Jahren ist die Diskussion über Richterliche Ethik in Deutschland spätestens mit der Veröffentlichung der Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts (November 2017) Anfang des Jahres 2018 auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts ihren Kinderschuhen entwachsen. Drehte sich die Diskussion anfangs vor allem um das »Ob« der Richterlichen Ethik, nämlich ob neben den rechtlichen Amtspflichten des Richters überhaupt noch Raum für Richterliche Ethik ist und sein darf, ob Letztere die Pluralität der Richter bzw. ihre richterliche Unabhängigkeit einschränkt, wird nunmehr vorrangig über das »Wie«, nämlich ihren Inhalt, konkrete Fallbeispiele und wie diese Ethik im Alltag gelebt werden kann, diskutiert.

Wer Antworten auf diese Fragen suchte, fand bisher Aufsätze hierzu, die Ethikerklärungen verschiedener Runden, (Berichte über) Fortbildungen, aber nicht ein Standardwerk, das sich in aller Tiefe mit diesen Fragen beschäftigt und eine umfassende Bestandsaufnahme der Diskussion zur Richterlichen Ethik in Deutschland liefert. Diese Lücke hat Udo Schneider zum großen Teil geschlossen. Er hat ein 622

Seiten starkes Werk vorgelegt, das sich dem Thema Richterliche Ethik wissenschaftlich akribisch und von allen Seiten beleuchtend nähert. Wer Fragen zu dem Begriff und dem philosophischen Unterbau der Ethik, zum Bestehen richterlicher Ethikkodizes außerhalb Deutschlands, zur historischen Entwicklung der Richterlichen Ethik und ihrem aktuellen Stand sowie zum rechtlichen Rahmen für richterliches Handeln hat, wird wissenschaftlich fundierte Antworten in anspruchsvoller Sprache in diesem Werk finden. Der Autor ist in der Manier eines Wissenschaftlers vorgegangen und hat gewissenhaft alle schriftlichen Quellen ausgewertet. Dies ist eindeutig die Stärke dieses Buches.

Weniger überzeugen kann es hingegen bei praktischen Fragen im Alltag. Für alle, die im Alltagsstress und unter dem Druck einer zunehmenden Aktenlast nach einer umsetzbaren Hilfe zur Justierung des inneren Kompasses und eine Antwort auf die Frage suchen, wie sie bei ethischen Konflikten entscheiden können – denn gerade dann, wenn verschiedene ethische Werte miteinander kollidieren, wird Richterliche Ethik so richtig spannend – bleibt das Werk zu allgemein und zu abstrakt, um eine praktische Hilfe im

konkreten Fall zu sein. Aber vielleicht kann dies auch nicht im Rahmen einer wissenschaftlichen Abhandlung geleistet werden, sondern lebt von den unterschiedlichen Beiträgen in lebendigen Diskussionsrunden.

Wichtiger ist die Frage: was macht die Richterliche Ethik des Kollegen Schneider aus? Vollkommen zu Recht propagiert er statt einer Pflichtenethik eine richterliche Tugendethik, die er aus den rechtsethischen Prinzipien der Verfassung sowie aus der Aufgabe des Richters als unabhängigem Entscheider ableitet. Dabei geht es ihm nicht nur um die Beschreibung des »idealen Richters«, sondern um die Erarbeitung von rational begründeten moralischen Haltungen, Normen oder Werten für den Richterberuf. Zentrale Tugenden des Richters sind für ihn Rechtstreue, Fairness und die innere Unabhängigkeit. Die im Richtereid zur Grundlage der richterlichen Selbstverpflichtung gemachten Tugenden der Wahrheit und Gerechtigkeit sowie die richterlichen »Sekundärtugenden« Sorgfalt, Disziplin sowie die zugewandte Distanz sowie schließlich die maßgeblichen richterlichen Tu-

genden Mäßigung und Mut. Aus diesen Tugenden leitet der Autor für die einzelnen Handlungsfelder des (Spruch-) Richters näher bestimmte Haltungen ab, die den notwendigen Raum für angemessenes Verhalten im Einzelfall geben, ohne die Autonomie des Richters über Gebühr einzuschränken.

Der Wert dieses Buches liegt in der umfassenden dogmatischen Aufarbeitung der Thematik. Über den konkreten Inhalt und die Lösung von ethischen Konflikten entscheidet die innere Haltung der Kolleginnen und Kollegen. Hier ist der Beitrag des Werkes überschaubar. Allerdings gilt in Sachen Richterliche Ethik meines Erachtens immer wieder der Grundsatz, dass nicht das Papier entscheidet, sondern dass sie mit Leben gefüllt wird und wie sie im Alltag gelebt wird. Und das entscheidet und verantwortet letztlich jeder einzelne Richter, jede einzelne Richterin selbst.

Lysann Mardorf, *Richterin am LG, Itzehoe*



AUS DEN MITGLIEDSVERBÄNDEN

Stellungnahme des VBV vom 26.06.2018

Planungen zu Betrieb und Ausstattung der sog. ANKER-Zentren

Sehr geehrter Herr Ministerpräsident,
sehr geehrter Herr Staatsminister,

mit wachsender Sorge verfolgt der Verband der Bayerischen Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen die aktuellen Planungen zu Betrieb und Ausstattung der sog. ANKER-Zentren. Dem Vernehmen nach ist daran gedacht, über die in diesen Zentren schon jetzt tätigen Mitarbeiter der Rechtsantragstellen hinaus auch Richter und Richterinnen dort einzusetzen. Zu der damit ersichtlich bezweckten allgemeinen Beschleunigung und Straffung von Asylverfahren wird die Einrichtung derartiger gerichtlicher Außenstellen jedoch nicht beitragen.

In diesem Zusammenhang muss zunächst betont werden, dass die Dauer der gerichtlichen Verfahren gegenwärtig ohnehin kein Kernproblem bei der Bearbeitung von Asylverfahren darstellt; ausgesprochen problematisch ist vielmehr der Umstand, dass tausende in dieser Hinsicht bereits getroffene, verwaltungsgerichtliche Entscheidungen nicht vollzogen und umgesetzt werden, indem Abschiebungen rechtskräftig abgelehnter Asylbewerber nur in geringem Umfang statt-

finden. Angesichts dessen ist die Einrichtung gerichtlicher Außenstellen (die im Übrigen nach geltender Rechtslage gar nicht vorgesehen ist) bereits der falsche Ansatzpunkt, um eine weitere Beschleunigung von Asylverfahren zu erreichen. Wir möchten aber außerdem eindringlich darauf hinweisen, dass ein richterlicher Einsatz »vor Ort« in den ANKER-Zentren sich dafür generell als untauglich, d.h. im Ergebnis verfahrensverlängernd, erweisen wird. Denn soweit eine richterliche Tätigkeit in diesen Einrichtungen nicht angesichts der zahlreichen, ausschließlich schriftlich zu bearbeitenden Verfahren ohnehin überflüssig ist, verursacht sie jedenfalls einen beträchtlichen zusätzlichen Aufwand:

Es bedarf nicht nur entsprechender und sachgerecht ausgestatteter Räumlichkeiten für Richter bzw. Richterinnen sowie für die Unterbringung nichtrichterlichen Personals, sondern auch eines oder mehrerer Sitzungssäle. Aus unserer Sicht ungeklärt sind in diesem Zusammenhang die Fragen, wie in den ansonsten für die Allgemeinheit nicht zugänglichen Zentren die nach dem Gerichtsverfassungsgesetz erforderliche Gerichtsöffentlichkeit hergestellt und die damit mittlerweile (leider) notwendigerweise verbundenen

Sicherheitsmaßnahmen umgesetzt werden sollen. Die im Hinblick auf die sehr unterschiedlichen Herkunftsländer von Asylbewerbern unentbehrliche richterliche Spezialisierung wird sich bei einem Einsatz lediglich einzelner Kollegen und Kolleginnen in den Außenstellen ebenfalls nicht gewährleisten lassen – ebenso wenig wie der vor allem für junge Richter unverzichtbare fachliche Kontakt und Austausch. Dass es auch dem Ansehen einer unabhängigen Gerichtsbarkeit insgesamt abträglich ist, wenn sie – allein schon aufgrund ihrer räumlichen Nähe und Unterbringung – lediglich als Teil der Verwaltung wahrgenommen wird, liegt auf der Hand. Und nicht zuletzt werden in den ANKER-Zentren stattfindende Gerichtsverhandlungen eine Vielzahl weiterer dort untergebrachter Asylbewerber als Zuschauer bzw. Zuhörer anziehen. Abgesehen davon, dass das u. U. – etwa im Fall von Solidaritätskündgaben – zu einer Belastung der Verhandlungsatmosphäre führen kann, bietet die Beobachtung

mündlicher Verhandlungen natürlich auch Gelegenheit, einen taktisch klugen und erfolgversprechenden Klagevortrag zu erlernen, um diesen gegebenenfalls später selbst in eigener Sache vorzubringen.

Sehr geehrter Herr Ministerpräsident, sehr geehrter Herr Staatsminister, vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Idee einer Präsenz der Verwaltungsgerichte in derartigen Einrichtungen bereits in den 1990er Jahren nach vergleichbarer Diskussion als nicht zielführend verworfen wurde. Namens des Verbands der Bayerischen Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen darf ich Sie deshalb dringend bitten, entsprechende Pläne nicht weiter zu verfolgen.

Sabine Lotz-Schimmelpfennig, Richterin am VGH und Vorsitzende des Verbands der Bayerischen Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen, München



PERSONALIA

Bundesrichterwahlen am 05.07.2018

Der Richterwahlausschuss des Deutschen Bundestages hat am 05.07.2018 für den BGH, das BVerwG, den BFH, das BAG und das BSG insgesamt 23 neue Bundesrichterinnen und Bundesrichter gewählt.

Für das BVerwG wurden VR'inOVG Daniela Hampel (vom OVG Thüringen), R'inOVG Rosanna Sieveking (vom OVG Berlin-Brandenburg) und Oberlandesanwältin Elisabeth Steiner

(von der Landesrechtsanwaltschaft Bayern) gewählt. Die Gewählten werden im Lauf der kommenden Monate ihr neues Amt beim BVerwG antreten.

Quelle: Pressemitteilung des BMJV

19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag in Darmstadt vom 15. – 17. Mai 2019

Der 19. Deutsche Verwaltungsgerichtstag vom 15. bis 17. Mai 2019 in der Wissenschaftsstadt Darmstadt wird sich wieder mit den aktuellen Herausforderungen für die Verwaltungsgerichtbarkeit beschäftigen. Dazu gehören in diesem Jahr vor allem das Ausländer- und Asylrecht, aber auch die klassischen Bereiche Baurecht sowie Beamten- und Richterrecht. Weitere Themen werden das Umweltrecht und Digitalisierung, Datenschutz und Rechtsverstöße im Internet sein sowie – passend zum Sitz der European Space Agency in Darmstadt – das Weltraumrecht. Im Januar 2019 wird die konkrete Vorstellung des Programms mit einer Anmeldung zur Einladung erfolgen. Nähere Informationen erhalten Sie vom Ortsausschuss des Verwaltungsgerichts Darmstadt oder unter: www.verwaltungsgerichtstag2019.de.



Mathildenhöhe Darmstadt

Richtungsweisend.



Loseblattwerk, etwa 3100 Seiten,
€ 128,- einschl. 3 Ordnern
ISBN 978-3-415-00574-7

Der Kommentar führt den Nutzer sicher durch die neue Rechtslage: Die umfassenden Erläuterungen stellen den Zusammenhang zwischen Beamtenstatusgesetz und Landesbeamtengesetz praxisnah dar. Ein umfangreicher Vorschriftenenteil mit den relevanten beamtenrechtlichen Regelungen – gegliedert nach den Zuständigkeitsbereichen der Ministerien – vervollständigt das Werk.

Zum Inhalt:

- praxisorientierte umfangreiche Kommentierung des LBG
- alle einschlägigen Gesetze und Verordnungen (aus Bund und Land) zum baden-württembergischen Beamtenrecht (u.a. auch LBeamtVGBW, LBesGBW, LDG, DRG),
- Verwaltungsvorschriften (VV), Richtlinien, Bekanntmachungen und Erlasse zum Beamtenrecht.

WWW.BOORBERG.DE

 BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG FAX 0711/7385-100 TEL 0711/7385-343 BESTELLUNG@BOORBERG.DE



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415005747



**Mehr Klarheit –
weniger Missver-
ständnisse.**



WWW.BOORBERG.DE

**Das Glossar zum öffentlichen
Baurecht**
600 Stichwörter für den Rechtsanwender
von Wolfgang Hanne, Städt. Verwaltungsrat
bei der Stadt Münster, Fachstellenleiter für
Vorhaben im planungsrechtlichen Außen-
bereich

2018, 402 Seiten, € 29,90

ISBN 978-3-415-06334-1



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415063341

Die Mischung aus baurechtlichen und bautechnischen Begriffen in den Rechtsvorschriften führt in der Praxis immer wieder zu Unklarheiten bei den Rechtsanwendern. Aufgrund ihrer unterschiedlichen Vorbildung reden Fachleute aus den Bereichen Bautechnik und Baurecht häufig aneinander vorbei. Dabei sind sie im Rahmen eines Bauprojektes oder eines Rechtsstreits auf ein einheitliches Basiswissen angewiesen.

Die Lösung liefert das neue »Glossar zum öffentlichen Baurecht«:

- schneller Zugriff auf die alphabetische Sammlung der maßgeblichen Begriffe aus dem öffentlichen Baurecht
- ca. 600 Stichwörter aus den Bereichen des Bauplanungs-, Bauordnungs- und Baunebenrechts – verständlich definiert und erklärt
- mit kurzer Einleitung – zur Übersicht und Abgrenzung zum privaten Baurecht

 **BOORBERG**

RICHARD BOORBERG VERLAG FAX 0711/7385-100 · 089/4361564 TEL 0711/7385-343 · 089/436000-20 BESTELLUNG@BOORBERG.DE S20818