

Frank Schorkopf, Göttingen*

Die Dublin III-Verordnung als Sinnbild dysfunktionaler EU-Gesetzgebung

Das Dublin-Recht ist eine unionsrechtliche lex imperfecta, die seit zwei Jahrzehnten in juristischer Konstruktion wie administrativem Vollzug dysfunktional ist und die Mitgliedstaaten asymmetrisch belastet. Der Beitrag unterzieht die normativen Erwartungen an die Dublin III-Verordnung einer kritischen Gegenwartsanalyse und lenkt die Aufmerksamkeit auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der EU. Vor dem Erfahrungshorizont seit dem Dublin-Übereinkommen wird die These begründet, dass Asyl und Migration ein demokratisches Entscheidungsverfahren benötigen, das »besonders vom demokratisch diskursiven Prozess in den Mitgliedstaaten« abhängt. Da es sich bei der Dublin-Zuständigkeitsfrage um eine Entscheidung von »konstitutioneller Qualität« handelt, durch die auch über den Gebietszugang und damit über die langfristigen sozial-, wirtschafts- und verteilungspolitischen Migrationsfolgen mitentschieden wird, sollte in der Reformdebatte als alternative Problemlösung zu einer Dublin IV-Verordnung die Re-Intergouvernementalisierung des Sachbereichs erwogen werden.

I. Normative Erwartungen

1. Eichpunkt »Dublin«

Zur Symbolsprache europäischer Integration gehört die geografische Koordinate. Die Verträge von Paris und Rom, von Maastricht, Amsterdam und Lissabon sind ebenso wie die Kopenhagener Kriterien, das Stockholmer Programm oder der Schengen-Raum vertraute Kennworte für historische Ereignisse, politische Konstellationen und juristische Inhalte. Der Ort markiert den diplomatisch-politischen Erfolg des jeweiligen Gastgebers und schreibt sich bestenfalls in das öffentliche Gedächtnis ein. Ein solches Kennwort der Europäischen Union (EU) ist auch »Dublin«.

Die irische Hauptstadt steht für die vor gut zwei Dekaden begonnene Politik des Raumes ohne Binnengrenzen. Die im Zusammenhang mit der Vollendung des europäischen Binnenmarktes im Schengener Übereinkommen¹ vereinbarten Reiseerleichterungen hatten (und haben) zur Folge, dass auch der Reiseverkehr von asyl-

* Der Verfasser, Dr. Frank Schorkopf, ist Professor am Institut für Völkerrecht und Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen.

1 Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der BR Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen v. 14.6.1985, GMBL 1986 S. 79 ff. Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen [...] v. 19.6.1990 – Schengener Durchführungsübereinkommen, SDÜ, BGBl. II 1993 S. 1010 ff.; 1994 II S. 631.

begehrenden Drittstaatsangehörigen zwischen den Mitgliedstaaten zunächst der Europäischen Gemeinschaften und heute der EU zunahm.² Aus Sicht der Bundesregierung ergaben sich daraus zwei Schwierigkeiten: Zum einen könnten die Drittstaatsangehörigen innerhalb des Unionsgebiets zu schutzlosen Flüchtlingen (»refugees in orbit«) werden, weil sich für deren Asylantrag aus formalen Gründen letztlich kein Mitgliedstaat verantwortlich fühle. Zum anderen könnten Drittstaatsangehörige gleichzeitig oder nacheinander Asylanträge in mehreren Mitgliedstaaten stellen, was die administrativen Ressourcen erheblich belastete.³ Das Schengen-Recht enthielt bereits asylrechtliche Normen für die Vertragsparteien, die diese Schwierigkeiten adressierten. Anfang der 1990er Jahre sollten diese Normen auf alle Mitgliedstaaten ausgeweitet werden. Das im Juni 1990 von den damals zwölf EG-Mitgliedstaaten geschlossene Dubliner Übereinkommen zielte darauf, die genannten Schwierigkeiten zu beheben und »klare Zuständigkeitsregelungen für die Durchführung von Asylverfahren« zwischen den Mitgliedstaaten zu vereinbaren. Dem Asylbewerber wird die Durchführung eines Verfahrens garantiert, das dann aber auch zu einer endgültigen Entscheidung über seinen Status im Unionsgebiet führt.⁴ Mit anderen Worten, »Dublin« koordiniert Verantwortung.

Das Dubliner Übereinkommen enthält bereits die konzeptionellen Grundentscheidungen, auf die die Diskussion der Gegenwart wie auf einen Eichpunkt hin ausgerichtet ist: Zuerst ist derjenige Mitgliedstaat zuständig, über den ein Drittstaatsangehöriger ohne aufenthaltslegitimierende Dokumente – also unrechtmäßig – in das Hoheitsgebiet der Europäischen Gemeinschaft eingereist ist.⁵ Und auch das Problem der Sekundärmigration, die selbstverantwortete Weiterreise von Asylbewerbern innerhalb der EU, ist bereits angesprochen: Der tatsächliche Aufenthaltsstaat wird zuständig, wenn der Ausländer sich mindestens sechs Monate dort aufgehalten hat, bevor er einen Asylantrag gestellt hat.⁶ Parallele oder sukzessive Asylverfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten soll es nicht geben.⁷

Die Ratifikationsdokumente des Dubliner Übereinkommens lassen keinen Zweifel zu über die Motive und Erwartungen der deutschen Verfassungsorgane an »Dublin«. Für die Bundesregierung, den Bundesrat und den Bundestag ist das Übereinkommen der erste Schritt einer »dringend notwendigen Harmonisierung des Asylrechts« in der EU, entweder durch supranationale oder durch intergouvernementale Harmonisierung. Einstweilen gäbe es aber für eine Unionskompetenz keinen Konsens unter den Mitgliedstaaten. Besonders der Bundesrat verweist in seiner Stellungnahme darauf, dass im Interesse einer gerechten und ausgewogenen

2 Geradezu hellsichtig *Schoch*, DVBl. 1992, 525 ff., insb. 528-530.

3 Bundesregierung, Gesetzentwurf zum Dubliner Übereinkommen, Denkschrift, BT-Drs. 12/6485, S. 13.

4 Zu diesem Zweck wurden die asylrechtlichen Normen »Schengens« durch »Dublin« überlagert, siehe dazu das Bonner Protokoll v. 26.4.1994, BGBl. 1995 II S. 738, für Einzelheiten BT-Drs. 13/24.

5 Bundesregierung, Anm. 3, S. 13; das Übereinkommen enthält weitere, besondere Anknüpfungspunkte für die Zuständigkeitsfeststellung, wie etwa die Familienzusammenführung.

6 Art. 6 Dubliner Übereinkommen.

7 Der Gerichtshof hat diese Konzeption im Grundsatz gebilligt, EuGH [GK], Rs. C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813, Rn. 53 – Abdullahi.

Lastenteilung unter den Mitgliedstaaten längerfristig ein verbindlicher Verteilungsschlüssel für Asylbewerber anzustreben sei. Der weitere Hinweis auf gemeinsame europäische Regelungen über »Art und Höhe der Leistungen für den Lebensunterhalt unter Berücksichtigung der Lebenshaltungskosten« des jeweiligen Mitgliedstaates deutet auf einen vermuteten Grund für die ungleiche Verteilung und die Sekundärmigration hin.⁸

2. Dublin I – II – III

Das Dublin-Übereinkommen ist am 1. September 1997 in Kraft getreten. Zuvor hatte der verfassungsändernde Gesetzgeber bei der Neukonzeption des Asylgrundrechts eine Schnittstelle geschaffen, die eine Verzahnung der verfassungsrechtlichen Asylgarantie mit der Zuständigkeitsregelung ermöglichte hat (Art. 16a Abs. 5 GG). Mittlerweile haben sich die zitierten deutschen Erwartungen – zumindest formal – erfüllt. Mit dem Vertrag von Amsterdam übertrugen die Mitgliedstaaten der EU eine supranationale Kompetenz für Visa, Asyl und Einwanderung (Art. 61-69 EGV-Amsterdam).⁹ Vor allem aber dem Europäischen Rat von Tampere (1999) gelang der europapolitische Durchbruch für eine gemeinsame Politik in Sachen Asyl und Migration. Die Mitgliedstaaten verpflichteten sich, auf ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem (GEAS) hinzuwirken. Und weiter: »Auf kurze Sicht sollte dieses System folgendes implizieren: eine klare und praktikable Formel für die Bestimmung des für die Prüfung eines Asylantrags zuständigen Staates, gemeinsame Standards für ein gerechtes und wirksames Asylverfahren, gemeinsame Mindestbedingungen für die Aufnahme von Asylbewerbern und die Annäherung der Bestimmungen über die Zuerkennung und die Merkmale der Flüchtlingeigenschaft.«¹⁰ Die Überleitung des Dublin-Übereinkommens in das supranationale Unionsrecht erfolgte im Jahr 2003 durch eine Ratsverordnung,¹¹ die deshalb auch »Dublin II-Verordnung« genannt wird.

Nach zehn Jahren verabschiedete der Unionsgesetzgeber, nunmehr unter gleichberechtigter Mitwirkung des Europäischen Parlaments, die seit dem 1. Januar 2014 geltende Dublin III-Verordnung.¹² Dass das Gesetzgebungsverfahren fünf Jahre dauerte,¹³ deutet bereits die Konflikthaftigkeit des Vorhabens an, Mängel der Dub-

8 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 12/6485, Anlage 2, S. 16. Der Standpunkt des Bundestages ist dokumentiert in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 12/7381.

9 Näher dazu *Kau*, Rechtsharmonisierung, 2016, S. 598 ff.; speziell zum mehrjährigen Übergangszeitraum für den Wechsel vom Einstimmigkeits- zum Mehrheitsprinzip *Hailbronner*, CMLRev 35 (1998), 1047 (1053 f.).

10 Europäischer Rat von Tampere v. 15./16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Ziff. 14.

11 VO (EG) Nr. 343/2003 des Rates v. 18.2.2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. EU 2003 Nr. L 50/1.

12 VO (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013 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 (Neufassung), ABl. EU 2013, Nr. L180/31.

lin II-Verordnung zu beheben und die Leistungsfähigkeit der Zuständigkeitszuweisung zu erhöhen.¹⁴ Die Neufassung enthält viele detaillierte Regelungen, die das Verfahren vereinheitlichen und Rechtssicherheit schaffen sollen, u.a. Fristverkürzungen¹⁵ und einen Rechtsbehelf gegen Überstellungsentscheidungen,¹⁶ der aber in einem Strukturwiderspruch zum deutschen Asylrechtskonzept der normativen Vergewisserung steht. Zudem wollte der europäische Gesetzgeber den Bedürfnissen der Antragsteller bei der Bestimmung des zuständigen Mitgliedsstaates umfassender Rechnung tragen.¹⁷ Eine wesentliche Änderung ist der ausgeweitete Anwendungsbereich der Dublin III-Verordnung, die nicht mehr nur für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, sondern für die Gewährung internationalen Schutzes insgesamt, d.h. auch auf die Gewährung subsidiären Schutzes anwendbar ist. Die Grundentscheidung des Jahres 1990 ist gleichwohl weiterhin gültig. Es ist grundsätzlich derjenige Mitgliedstaat für das Schutzverfahren zuständig, in dem ein Antragsteller aus einem Drittstaat kommend die Land-, See- oder Luftgrenze dieses Mitgliedstaates illegal überschritten hat (Art. 13 Abs. 1 Dublin III-VO). Die Dublin III-Verordnung ist alleinige Rechtsgrundlage für die Zuständigkeitsfeststellung.

Betrachten wir ein europäisches Asylverfahren auf einer Zeitachse, dann steht »Dublin« nahezu am Anfang, nämlich nach dem Grenzübertritt eines Drittstaatsangehörigen, der Asyl oder eine Form des internationalen Schutzes begehrt. Zahlreiche weitere Schritte folgen, die alle durch unionales Sekundärrecht determiniert werden, um die Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten mit dem Ziel einer möglichst gerechten Lastenverteilung für die Mitgliedstaaten und einem gleichheitsgerecht effektiven administrativen und judikativen Verfahren für die Antragsteller zu harmonisieren. Die Eurodac-Verordnung ist unmittelbarer Maßstab für die Registrierung und Identitätsfeststellung. Für die Durchführung des Schutzverfahrens ist die Asylverfahrens-Richtlinie maßgebend. Während des Asylverfahrens sind die Vorgaben der Richtlinie über Aufnahmebedingungen einzuhalten. Einheitliche Voraussetzungen für die Zuerkennung der verschiedenen Schutzstatus sieht die Qualifikations-Richtlinie vor. Ausreise und Abschiebung regelt die Richtlinie über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger. Anwendbar sind ferner die Richtlinie betreffend das Recht auf Familienzusammenführung und – zumindest theoretisch – die Massenzustrom-Richtlinie. Die Thematik der Grenzkontrollen zwischen den

13 Für den Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission siehe KOM(2008) 320 endg. v. 3.12.2008.

14 Einen zuseh. Überblick über das Gesetzgebungsverfahren gibt *Koehler*, Praxiskommentar zum Europäischen Asylzuständigkeitsystem, 2018, Teil C, Präambel Rn. 9 ff.

15 Art. 21 Abs. 1, 23 Abs. 2, 28 Abs. 3 Dublin III-VO.

16 Art. 27. Dublin-III-VO, näher dazu *Zimmermann/Römer*, Artikel 27 Dublin III-Verordnung: das Ende des Konzepts normativer Vergewisserung, in: *Jochum/Fritzemeyer/Kau* (Hg.), FS Hailbronner, 2013, S. 263 (271 ff.).

17 KOM (2008) 320, Anm. 13, S. 5, passim, die Aufmerksamkeit gilt insbesondere Minderjährigen und Opfern von besonders schweren Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt. Dieser Standpunkt ist überstaatlich rückgebunden und soll politisch außer Streit gestellt werden, siehe Global Compact for Migration, »Objektive 7: Address and reduce vulnerabilities in migration«, Entwurf v. 11.7.2018, BT-Drs. 19/2945, S. 5, 14.

Mitgliedstaaten und an ihren Außengrenzen ist im Schengen-Grenzkodex supranationalisiert.¹⁸

»Dublin« ist Teil eines komplexen normativen Rahmens, der aus unmittelbar anwendbarem Unionsrecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten und vier assoziierter Staaten, überwiegend determiniert durch Richtlinien, besteht. In allen Verfahrensabschnitten kann es zu Schwierigkeiten kommen. Wichtiger aber noch ist, dass die Handlungsoptionen in späteren Verfahrensschritten auf das Dublin-Verfahren der Zuständigkeitsfeststellung zurückwirken können. Aber das sind Praxisprobleme jenseits der Schönwetterbedingungen, unter denen der Unionsgesetzgeber u.a. die Dublin III-Verordnung ausgehandelt hat. Die Idealkonzeption der Verordnung, auf die sich die juristische Debatte über die Migrationskrise zunehmend ausrichtet, hat für Enttäuschungen normativer Erwartungen gesorgt.

II. Enttäuschungen

Die Praxisprobleme mit der Anwendung der Dublin III-Verordnung beginnen mit daer aus unterschiedlichen Gründen folgenden Nichtregistrierung von unrechtmäßig in einen EU-Mitgliedstaat eingereisten Migranten (1.). Die zweite Enttäuschung normativer Erwartungen beruht auf der großzügigen Anwendung des Selbsteintrittsrechts eines Mitgliedstaates bei der Zuständigkeitsfeststellung, durch die die Grundregel des Dublin-Rechts beeinträchtigt wird (2.). Das Phänomen der Sekundärmigration im EU-Binnenraum hat der Unionsgesetzgeber zwar erkannt (3.), jedoch die Instrumente des Wiederaufnahme- und Überstellungsverfahrens unzureichend darauf ausgerichtet (4.).

1. Nichtregistrierung

Die erste Enttäuschung normativer Erwartungen ist das Phänomen der Nichtregistrierung von Migranten. Das Dublin-Recht setzt für die regelhafte Anwendung zwingend voraus, dass schutzsuchende Drittstaatsangehörige im Mitgliedstaat des ersten Aufenthalts in der Eurodac-Datenbank registriert werden. Die Grundentscheidungen von »Dublin« setzen besonders bei hohen Zugangszahlen einen Anreiz, auf diese Registrierung zu verzichten.¹⁹ Dabei kãnn, abgesehen von technischen und administrativen Problemen, eine Interessenkongruenz zwischen Migrant und Aufenthaltsstaat bestehen. Der eine möchte in seinen Wunsch-Mitgliedstaat weiterreisen (Sekundärmigration) und der andere möchte die prinzipielle Zuständigkeit für das Schutzverfahren vermeiden.²⁰ Im Zusammenhang mit der krisenhaften Zuspitzung seit Herbst 2015 und dem Massenzustrom ist auch in der Bundesre-

18 Einen guten Überblick gibt *Bergmann*, ZAR 2015, 81 ff.

19 *Fröhlich*, ZG 2016, 215 (222) m.w.N. in Fn. 58; Europäische Kommission, COM(2016) 197, S. 4: »schwerwiegende Mängel bei der Anwendung.«

20 Der Nachweis nach Art. 13 Abs. 1 Dublin III-VO wird ohne Registrierung erschwert.

publik die Registrierung in zahlreichen Fällen unterblieben, vermutlich aber aus Gründen administrativer Überforderung.²¹

Das sind unangenehme Zusammenhänge, die Praxis und Rechtswissenschaft nicht gerne thematisieren. Eine rechtsstaatliche Ordnung setzt den effektiven Verwaltungsvollzug²² der Gesetze voraus und die Unterstellung kollusiven Verhaltens mitgliedstaatlicher Behörden hinterfragt das Axiom gegenseitigen Vertrauens im europäischen Verwaltungsverbund einer Rechtsgemeinschaft. Die »Politik des Durchwinkens«²³ ist bei einem näheren Blick weniger überraschend und nicht exklusiv mit der Krisenzuspitzung 2015 verknüpft, war dieses Phänomen doch bereits in der Diskussion über die Reform der Dublin II-Verordnung auszumachen.²⁴

Möglicherweise ist die Nicht-Registrierung auch stillschweigend von anderen Mitgliedstaaten seit längerem geduldet worden, um den empfundenen Migrationsdruck an den EU-Außengrenzen, speziell auf die südlichen Mitgliedstaaten abzusinken. Darauf deutet die Asylstatistik hin: Im Vergleich mit Italien, Spanien und Griechenland verzeichnet die Bundesrepublik bereits seit Bestehen des Schengen-Raumes Mitte der 1980er Jahre und dann mit Inkrafttreten des Dublin-Übereinkommens 1997 die meisten Asylanträge. Seit dem Inkrafttreten der Dublin II-Verordnung im Jahr 2003 besteht ein erheblicher Abstand zwischen den deutsch-italienischen Zahlen, ausgenommen im Jahr 2008.²⁵ Gegen die stillschweigende Übernahme von Asylantragstellern aus südlichen Mitgliedstaaten zumindest in den 1990er Jahren spricht allerdings die eingangs zitierte politische Interessenlage. Letzten Endes stehen sich in dieser Problematik aber die Interessen an einem funktionierenden europäischen Binnenraum und einer gerechten Verteilung von Migrationslasten gegenüber. Beide Interessen können politische Legitimität für sich beanspruchen und sind insoweit Motiv politischen Handelns.

2. Zuständigkeitsbegründung durch Selbsteintritt

Der Zuständigkeitskanon der Dublin III-Verordnung enthält eine Ermessensklausel. Art. 17 Dublin III-VO, dessen Vorgängernorm noch als »Souveränitätsklausel« bezeichnet worden war,²⁶ ermöglicht jedem Mitgliedstaat, den Antrag eines Migranten auf internationalen Schutz zu prüfen, losgelöst von den anderen Regelkrite-

21 Bundesregierung, Migrationsbericht 2015, BT-Drs. 18/10700, S. 21 f., siehe den Hinweis in der Ministerrede BT-PIP. 18/156 v. 19.2.2016, S. 15344.

22 Einen dichten Überblick über den Vollzug der Dublin III-Verordnung gibt eine von der Kommission beauftragte Studie, Evaluation of the Implementation of the Dublin III Regulation, DG Migration and Home Affairs, Final report, March 2016, insb. zur personellen Ausstattung Ziff. 2.2, zugänglich unter https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants_en.

23 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen v. 18/19.2.2016, Ziff. 8 Buchst. b., *Hailbronner/Thym*, JZ 2016, 753 (758).

24 Hierzu die Hinweise der Bundesregierung zur italienischen Praxis, BT-Drs. 17/14432, 5 f.; *Lübbe*, Zeitschrift für Menschenrechte 2017, 132 (138) m.w.N.

25 OECD, International Migration Outlook 2017, S. 276, für den Zeitraum 2004 bis 2016, Eurostat, Population and social conditions – Statistics in focus, 110/2007, 3, für den Zeitraum 1985 bis 2006.

26 *Marx*, ZAR 2014, 5 (9 f.); *Hailbronner/Thym*, NVwZ 2012, 406 f.; Europäische Kommission, KOM(2007) 299 endg., S. 7.

rien. Durch den ermessensgeleiteten Selbsteintritt begründet der Mitgliedstaat formal seine Zuständigkeit.

Das Selbsteintrittsrecht ist nach Entstehungszusammenhang, Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Dublin III-Verordnung erkennbar auf Einzelfälle ausgelegt. Würde ein Mitgliedstaat eine große Zahl oder alle Migranten aus einem an sich zuständigen Mitgliedstaat übernehmen, also etwa die Bundesrepublik aus Italien und Griechenland, verlöre die Dublin-Grundregel ihren Sinn – die Ausnahme würde zur Regel.²⁷ Allerdings hat der EuGH im Juli 2017 zur Krisenbewältigung entschieden, dass ein Mitgliedstaat das Selbsteintrittsrecht auch in großen Fallzahlen ausüben kann.²⁸

Die Bundesrepublik hat von dieser Möglichkeit seit Herbst 2015 hunderttausendfach Gebrauch gemacht, nachdem der seinerzeit amtierende Bundesinnenminister mit einer mündlich ergangenen – weiterhin geltenden – Anordnung die Bundespolizei angewiesen hat, Nicht-EU-Bürgern an der deutschen Grenze die Einreise nicht zu verweigern (§ 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG).²⁹ Diese Anordnung wird als fortlaufende Ausübung des Selbsteintrittsrechts verstanden.³⁰

Der entscheidende Punkt dabei ist, dass die Mitgliedstaaten ein Selbsteintrittsrecht, aber keine Selbsteintrittspflicht haben. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion über die Ereignisse seit Herbst 2015 spielt der Maßstab für die Ermessensausübung eine zentrale Rolle.³¹

Es wird dazu argumentiert, die Bundesrepublik unterliege bei der Ausübung des Selbsteintrittsrechts ermessensleitenden Gesichtspunkten des Unionsrechts, namentlich der Unionsgrundrechte und dem in den sekundärrechtlichen Erwägungsgründen dokumentierten Willen des Unionsgesetzgebers.³² Danach sei in der Krisenlage auf deutsche Rücküberstellungen zu verzichten, um die Antragsteller schneller in das Schutzverfahren zu bringen. Der Gerichtshof hat eine solche unio-

27 Heusch, in: *ders./Haderlein/Schönenbroicher*, Das neue Asylrecht, 2016, Rn. 269; dass aus der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) eine migrationspolitische Handlungsschranke für die Mitgliedstaaten folgen kann, *Wendel*, JZ 2016, 332 (339), angenommen auch etwa für eine Entscheidung über Masseneinbürgerungen, *Kadelbach*, in: *Ehlers* (Hg.), EuGR, 4. Aufl. 2014, § 26 Rn. 29, näher auch *Weber*, Staatsangehörigkeit und Status, 2018, S. 225 ff.

28 EuGH [GK], Rs. C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586, Rn. 100 – Jafari: »die Aufnahme einer außergewöhnlich hohen Zahl internationalen Schutz begehrender Drittstaatsangehöriger durch einen Mitgliedstaat [kann] auch dadurch erleichtert werden, dass andere Mitgliedstaaten, einseitig oder in Abstimmung mit dem betreffenden Mitgliedstaat, im Geist der Solidarität, der im Einklang mit Art. 80 AEUV der Dublin-III-Verordnung zugrunde liegt, von der in Art. 17 Abs. 1 dieser Verordnung vorgesehenen Befugnis Gebrauch machen, [...]«

29 BT-Drs. 18/7311, S. 2 f., zu den Ereignissen minutiös *Alexander*, Die Getriebenen, 2017, S. 11 ff.

30 *Wendel*, JZ 2016, 333 (337 f.): »General-Selbsteintritt«. Der Selbsteintritt löst allerdings Informations- und Unterrichtungspflichten aus (Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 und 3 Dublin III-VO).

31 *Becker/Kersten*, NVwZ 2016, 580 (581); *Stumpf*, DöV 2016, 357 (363); *Heusch* (Fn. 27), Rn. 269; *Gärditz*, in: *Maunz/Dürig*, GG-Kommentar, 83. Lfg. April 2018, Art. 16a Rn. 150.

32 In Betracht kommt insb. der 17. Erwägungsgrund Dublin III-VO. Dagegen lassen sich die Aussagen im vierten und fünften Erwägungsgrund anführen, die zur Einhaltung der schnellen Zuständigkeitsbestimmung auffordern, damit die Betroffenen schnell im zuständigen Staat in das Schutzverfahren gelangen.

nale Ermessensbindung nicht angenommen, obwohl er dazu Gelegenheit hatte.³³ Stattdessen spricht alles dafür, dass die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, wenn ihr Rechtsmaßstab unionsrechtlich nicht determiniert ist, in dem von ihrer Verfassung gezogenen Ermessensrahmen handeln.³⁴ Auch das Argument der Solidarität, auf das sich der Gerichtshof ebenfalls bezieht,³⁵ wird genannt. Dabei ist zumeist das moralisch grundierte Vorverständnis leitend, die Bundesrepublik habe sich als Binnen-Mitgliedstaat ohne EU-Außengrenze durch die Dublin-Grundregel des Migrationsdrucks unsolidarisch entledigt. Dieses Argument wird im dritten Abschnitt noch einmal aufgegriffen.

3. Sekundärmigration

Das zentrale Problem des Dublin-Rechts ist die Sekundärmigration. Es handelt sich dabei um die Weiterreise von in die EU unrechtmäßig eingereisten Drittstaatsangehörigen aus dem Mitgliedstaat der Antragstellung in einen anderen Mitgliedstaat, ohne eine endgültige Entscheidung über den Antrag abzuwarten. Eine Variante ist die Weiterreise ohne vorherige, bewusst vermiedene Registrierung im Ankunftsmitgliedstaat. Die Sekundärmigration stellt die erwähnte Grundentscheidung der Dublin-III-Verordnung in Frage, ein einheitliches Verfahren und einheitliche Kriterien zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates zu schaffen.³⁶ Aus Sicht des Europäischen Rates droht sie sogar, die »Integrität des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und des Schengen-Besitzstands zu gefährden.«³⁷ Mit der selbstverantworteten Weiterreise fordert ein Antragsteller zudem die weitere Grundentscheidung des Unionsgesetzgebers heraus, dass sich ein Migrant den Zielmitgliedstaat, in dem sein Antrag geprüft wird und er möglicherweise Aufnahme findet, nicht aussuchen können soll.³⁸ Diese normative Erwartung entspricht in vielen Fällen nicht dem tatsächlichen Verhalten, ist es für Migranten doch geografisch, kulturell und ökonomisch trotz der teilharmonisierten Aufnahmebedin-

33 EuGH [GK], Rs. C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586, Rn. 100 – Jafari; nicht einmal GA *Sharpston* hatte in ihren Schlussanträgen versucht, die Mitgliedstaaten durch eine unionsgrundrechtliche Aufladung des Selbsteintrittsermessens zu binden, d.h. das Dublin-Zuständigkeitssystem mit Grundrechtsargumenten außer Kraft zu setzen, ebd. Rn. 234 ff.; zur Ermessensbindung in der deutscher Verwaltungsrechtsprechung *Koehler* (Fn. 14), Art. 17 Dublin III-VO Rn. 9 ff.

34 Die Frage des Ermessensmaßstabes ist ein zentrale Punkt des *Di Fabio*-Gutachtens für die Bayerische Staatsregierung, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, Januar 2016, eine Zusammenfassung ist abgedruckt in: ZSE 2015, 517 ff.; näher dazu *Möstl*, AöR 142 (2017), 175 (224 ff.).

35 EuGH [GK], Rs. C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586, Rn. 85, 88, 100 – Jafari; und auch verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 231, 251 ff., 291, 304 – Slowakei und Polen/Rat.

36 Dass Sekundärmigration in dieser Ausgestaltung unerwünscht ist, macht explizit, EuGH, Rs. C-695/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:188, Rn. 52 – Mirza.

37 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen v. 28.6.2018, EUCO 9/18, Ziff. 11. Die vorübergehend eingeführten Grenzkontrollen an der deutsch-österreichischen Grenze sind für die Bundesregierung »ein wichtiges Instrument zur Unterbindung der Sekundärmigration«, BT-Drs. 19/3148, S. 76.

38 Ausdrücklich der 35. Erwägungsgrund des Beschlusses (EU) Nr. 2015/1601 des Rates v. 22.9.2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl. EU 2015 Nr. L 248/80, bestätigt in EuGH, Anm. 35, Rn. 339 – Slowakei und Polen/Rat.

gungen keineswegs unerheblich, in welchem EU-Mitgliedstaat das Verfahren durchgeführt wird.³⁹

Die Zahlen sind eindrucksvoll: Im Jahr 2015 hatten 30,32% der 1,25 Mio. in der Eurodac-Datenbank erfassten Asylantragsteller bereits in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem tatsächlichen Aufenthaltsstaat einen ersten Antrag gestellt oder waren dort erfasst worden. 2016 betrug der Anteil 46,12% bei insgesamt 1,64 Mio. und 2017 48,01% bei 1,01 Mio. registrierten Drittstaatsangehörigen.⁴⁰

Im Vergleich der Zahlen der Asylerstanträge hat sich eine unausgewogene Verteilung der Migranten in der EU eingestellt. Von den 3,114 Mio. Asylerstanträgen, die seit Inkrafttreten der Dublin III-Verordnung 2014 bis 2017 in der EU insgesamt gestellt wurden, entfielen auf Deutschland 49,31%,⁴¹ auf Italien 12,66%, auf Frankreich 9,58% und auf Schweden 8,85%. Bezogen auf die jeweilige Bevölkerungszahl ergibt sich eine ungleiche Lastenverteilung: In demselben Vierjahreszeitraum registrierte Deutschland durchschnittlich 4,69 Asylerstanträge pro 1000 Einwohner, in den Niederlanden waren es 1,48, in Frankreich 1,18, in Italien 1,63, in Österreich hingegen 4,44 und in Schweden sogar 7,07. Der Durchschnittswert bildet dabei noch nicht ab, dass Asylerstantragszahlen besonders in den Jahren 2015 und 2016 eine starke Spreizung aufwiesen. Während Italien keinen höheren Wert als 2,09 und Frankreich als 1,37 hatten, registrierte Schweden im Jahr 2015 16,01 und Österreich 9,96 Erstanträge. Deutschland erreichte den Spitzenwert 2016 mit 8,79 Erstanträgen pro 1000 Einwohner.⁴²

Der Massenzustrom u.a. nach Deutschland ab dem Herbst 2015 erfüllt dabei die Kriterien der Sekundärmigration in den meisten Fällen nicht, weil die Bundesrepublik von ihrem Selbsteintrittsrecht (Art. 17 Dublin-III-Verordnung) Gebrauch gemacht hat oder die primäre Zuständigkeit für die Migranten durch einen der anderen, in der Dublin III-Verordnung vorgesehenen Tatbestände begründet wurde.⁴³

39 Vgl. nur die Erkenntnis der migrations- und entwicklungsökonomischen Forschung, dass Migranten häufig Anschluss an bereits existierende Diasporagemeinden suchen, *Collier*, *Exodus*, 2014, S. 80-82, 92-99; *Miller*, *Strangers in Our Midst*, 2016, S. 68; *Koopmans*, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 42 (2016), 197 (212-214). Exemplarisch die Fallstudie für Italien und Norwegen *Brekke/Brochmann*, *Journal of Refugee Studies* 28 (2014), 145 ff.

40 Quelle der Zahlen: European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice (eu-LISA), Eurodac-Statistics 2015, 2016, 2017, eigene Berechnung, die »local hits«, d.h. die Mehrfachregistrierungen in einem Mitgliedstaat sind herausgerechnet.

41 Von Januar bis Ende April 2017 kamen rund 60 000 Asylsuchende nach Deutschland, obwohl im gleichen Zeitraum nur 44 000 Asylsuchende über die europäischen Außengrenzen in die EU gelangten, vgl. *Leubecher*, *Die Welt* v. 5.5.2017, Nr. 104, 5; die Presse berichtet weiter für den Zeitraum Januar bis Juli 2018 von knapp 74 000 Sekundärmigranten, die in einem anderen Mitgliedstaat einen Erstantrag gestellt hatten, *WELT*online v. 23.8.2018.

42 Quelle der Zahlen: Eurostat, *Asylum and first time asylum applicants*, *Population change*, Stand: 10./22.8.2018, eigene Berechnung. *Die WELT* v. 20.10.2018, S. 5, berichtete unter Bezugnahme auf Erkenntnisse des BMI, dass die tatsächliche Migration nach Deutschland vermutlich höher sei, als die offizielle Asylstatistik dies vermuten lasse.

43 Art. 21 Abs. 1 Satz 3: Nichteinhaltung der Frist für Aufnahmegesuch. Art. 3 Abs. 2 Satz 1: fehlende Anhaltspunkte für Zuständigkeit eines weiteren Mitgliedstaates bei systemischen Schwachstellen im erstzuständigen Mitgliedstaat. Bei diesem Tatbestand wird in der Praxis m.E. nicht berücksich-

4. Wiederaufnahme und Rücküberstellung

Sekundärmigration ist eine Tatsache. Sie beruht, neben den persönlichen Präferenzen der Migranten auf den Rahmenbedingungen für die Freizügigkeit im Binnenraum der EU. Das Dublin-Recht trägt dieser Tatsache auch Rechnung, indem es das Instrument der Rücküberstellung (Art. 29 bis 33 Dublin III-VO) vorsieht. Die Rücküberstellung eines Sekundärmigranten, der in einem Mitgliedstaat bereits internationalen Schutz beantragt hat, setzt voraus, dass der um Wiederaufnahme ersuchte Mitgliedstaat zustimmt. Mit anderen Worten, weder eine faktische Verbringung des Betroffenen vom Aufenthaltsstaat in den verfahrenszuständigen Mitgliedstaat noch die Zustellung einer Überstellungsentscheidung an den Migranten⁴⁴ sind vorher zulässig. Die praktische Folge dieser Rechtslage könnte sein, dass der um Wiederaufnahme ersuchte Mitgliedstaat die Rücküberstellung etwa durch Schweigen verzögert. Die Dublin III-Verordnung antizipiert diese Möglichkeit, indem zum einen enge Antwortfristen gesetzt werden und zum anderen bei Schweigen die Zustimmung des auf Übernahme angerufenen Mitgliedstaates normativ vermutet wird (Art. 25 Abs. 2 Dublin III-VO).⁴⁵ Hat der Mitgliedstaat einer Wiederaufnahme zugestimmt, hat die Rücküberstellung binnen sechs Monaten, bei Haft zwölf und bei Flucht 18 Monaten zu erfolgen (Art. 29 Dublin III-VO). Der Gerichtshof hat die Fristenregelung dahin ausgelegt, dass die Zuständigkeit nach Fristablauf von Rechts wegen auf den ersuchenden Mitgliedstaat übergeht.⁴⁶ Der Zielmitgliedstaat von Sekundärmigration wird also *ipso iure* zuständiger Mitgliedstaat, um die Zuständigkeitsfrage abschließend zu klären, wenn diesem die Überstellung innerhalb der grundsätzlichen Sechs-Monats-Frist nicht gelingt.

Die Rückführungsquote, d.h. die tatsächliche Überstellung von Sekundärmigranten in einen anderen Mitgliedstaat, ist gering, die Mehrzahl der Rücküberstellungsversuche bleibt erfolglos.⁴⁷ Die Bundesregierung gibt dafür als Gründe an, dass Gerichte die Überstellung unter Hinweis auf die »erheblichen Mängel in Asylsystemen anderer Mitgliedstaaten« für rechtswidrig erklären,⁴⁸ dass Schutzsu-

tigt, dass ein Migrant auf seinem Weg aus einem Ersteinreise-Mitgliedstaat mit systemischen Schwachstellen nach Deutschland regelmäßig anderer Mitgliedstaaten – ohne entsprechende Mängel – durchquert, in denen nach der ratio des Dublin-Rechts dann ein Asylantrag gestellt werden müsste.

44 EuGH, Rs. C-647/16, ECLI:EU:C:2018:368, Rn. 46 – Hassan; die Überstellungsentscheidung ist zudem rechtsmittelfähig; selbst nach einer zunächst erfolgreichen Überstellung, nach der ein Migrant erneut illegal in den Mitgliedstaat weiterreist, ist ein weiteres Verfahren mit Rechtsschutz durchzuführen, EuGH, Rs. C-360/15, ECLI:EU:C:2018:55 – Hassan.

45 EuGH, Rs. C-670/16, EU:C:2017:587, Rn. 61 – Mengesteab.

46 EuGH [GK], Rs. C-201/06, ECLI:EU:C:2017:805, Rn. 34 – Shiri.

47 Einen statistischen Überblick enthält BAMF, Das Bundesamt in Zahlen 2017 (Asyl), 2018, S. 31: Von den 64.267 deutschen Übernahmeersuchen an Mitgliedstaaten 2017 waren letztlich 7.102 erfolgreich, das Zahlenverhältnis ist in etwa gleichbleibend bis 2013.

48 Siehe Art. 3 Abs. 2 Dublin III-VO, entsprechende systemische Schwachstellen wurden festgestellt 2011 für Griechenland, EuGH [GK], Rs. C-411/10, Slg. 2011 I-13905/11 – N.S., zur Folgerechtsprechung Günther, in: Kluth/Heusch (Hg.), BeckOK Ausländerrecht, Asyl § 29 Rn. 22 ff.; Bergmann, in: ders./Dienelt (Hg.), Ausländerrecht, 12. Aufl. 2018, § 29 AsylG Rn. 29-38; vgl. auch BVerwG, NVwZ 2014, 1039 f. Durch den Begriff des systemischen Mangels hat die Rechtspre-

chende untertauchen⁴⁹ und dass einzelne Mitgliedstaaten nur eine begrenzte Zahl an Überstellungen pro Tag akzeptieren.⁵⁰ Noch einmal sei an die normative Erwartung des Dublin-Rechts erinnert: Da alle EU-Mitgliedstaaten sichere Drittstaaten sind und deren Verfassungsstrukturen gegenseitiges Vertrauen rechtfertigen, sollte die Überstellung eines Sekundärmigranten in den zuständigen Mitgliedstaat mit überschaubarem Verfahrens- und Zeitaufwand möglich sein.⁵¹

Eine Rolle für die Bundesrepublik spielt zudem die Verteilungswirkung der Rücküberstellungen. Den deutschen Wiederaufnahmeersuchen stehen entsprechende Anträge aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber, so dass der Wanderungssaldo ausgeglichen ist, zugleich aber erhebliche personelle Ressourcen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und im Bundesamt gebunden werden.⁵² Was liegt bei dieser Situation näher als die rationale Schlussfolgerung, die Rücküberstellung mit nur begrenztem Aufwand und selektiv für bestimmte (kooperationswillige) Mitgliedstaaten zu betreiben?⁵³

III. Rechtfertigung und Reparaturversuche

Über die Anwendungsprobleme der Dublin III-Verordnung⁵⁴ und die Zahlen, von denen einige im zweiten Abschnitt zitiert sind, besteht weitestgehend Einigkeit. Selbst die Europäische Kommission räumt Reparaturbedarf ein, den sie bereits im Jahr 2016 durch den Vorschlag für eine Dublin IV-Verordnung konkretisiert

chung ihren Beurteilungsspielraum erweitert und entsprechende Überstellungshindernisse angenommen für Ungarn, Bulgarien und Italien, unter Letztentscheidungskompetenz des BVerfG, s. *Neidhardt/Ehrbeck*, NVwZ 2015, 761 (763 f.); das BVerfG hat die Ansicht geäußert, etwaige mit der Überforderung des Asylsystems eines EU-Mitgliedstaats verbundene transnationale Probleme seien vornehmlich auf der Unionsebene zu bewältigen, BVerfGE 128, 224 (226) – Überstellung nach Griechenland (2011).

- 49 In diesen Zusammenhang ist das »Kirchen-Asyl« einzuordnen, das auch dazu eingesetzt wird, einen Schutzsuchenden so lange in Obhut zu nehmen, dass die Überstellungsfrist abgelaufen und der Aufenthaltsstaat zuständig geworden ist, näher *Botta*, ZAR 2017, 434 ff., *Schieder*, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, S. 247 ff.
- 50 BT-Drs. 19/921, 1 f.: »Den insgesamt 55.690 Dublin-Ersuchen im Jahr 2016 standen nur 3.968 tatsächliche Überstellungen gegenüber.« Diese Schwäche gesteht auch die Europäische Kommission ein, KOM(2016) 197, 4 f.
- 51 Dass das Konzept der sicheren Drittstaaten durch »Dublin« nicht komplett aufgegeben worden ist, zeigt auch der 3. Erwägungsgrund der Dublin III-VO: »[...] In dieser Hinsicht gelten unbeschadet der in dieser Verordnung festgelegten Zuständigkeitskriterien die Mitgliedstaaten, die alle den Grundsatz der Nichtzurückweisung achten, als sichere Staaten für Drittstaatsangehörige.«
- 52 BT-Drs. 19/921, 2. Der Saldo verschiebt sich allerdings zu Lasten der Bundesrepublik, wenn der Zeitraum erweitert wird, siehe etwa die Jahre von 1997 bis 2004, BT-Drs. 16/8861, 4.
- 53 Die Kooperationsprobleme zwischen den Mitgliedstaaten sind so erheblich, dass – wie 2018 bekannt wurde –, das deutsche Bundesamt häufig gar nicht erst den Überstellungsantrag stellt.
- 54 Ein weiterer Anwendungsdefekt, der hier nicht weiter thematisiert wird, ist die unzureichende Prüfung des möglichen Widerrufs eines gewährten Schutzstatus durch deutsche Behörden, die zu einer Aufenthaltsverfestigung von Migranten führt; die Kommission hat entsprechende Kritik geäußert und versucht, eine effektive »status review« durch Sekundärrecht einzuführen, vgl. COM (2016) 466 final, 4 f., 7, 14 f., COM (2016) 467, 14, 19 f.

hat.⁵⁵ Es ist aus der hier vertretenen Sicht gerechtfertigt, von systemischen Mängeln des Sekundärrechtsaktes sprechen. Dissens besteht derweil über die Schlüsse, die aus den systemischen Mängeln für die Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten gezogen werden können. Zunächst geht es um die Bedingungen für die Zurückweisung von Migranten an der Binnengrenze (1.). Ein zweiter Ansatzpunkt ist die Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, namentlich die Frage, ob sich die Mitgliedstaaten auf eine Kompetenz für kompensatorisches Handeln berufen können (2.). Ein Reparaturversuch des Dublin-Rechts wird durch bilaterale Verwaltungsabkommen und eine interessengerechtere Anwendungspraxis der Mitgliedstaaten unternommen (3.). Die Diskussion ist eingebettet in Vorverständnisse rechtsnormativer Solidarität und methodischer Supranationalität (4.).

1. Zurückweisung in sichere Mitgliedstaaten

Vor dem Hintergrund der Sekundärmigration entspann sich in Deutschland im Zusammenhang mit einem »Masterplan Migration« eine Diskussion über die Praxis der Zurückweisung von Migranten an der deutschen Grenze. Teilweise war diese Diskussion verknüpft mit der Forderung nach einer quantitativen Obergrenze für unrechtmäßige Einreisen in das Bundesgebiet.⁵⁶

Bei der Forderung nach Zurückweisung an der Grenze geht es darum, die Anweisung zur »Grenzöffnung« vom Herbst 2015 zurückzunehmen. Die »Grenzöffnung« war nämlich rechtstechnisch betrachtet die Entscheidung des damaligen Bundesministers des Innern, bei Schutzsuchenden auf eine Zurückweisung an der Grenze zu verzichten (vgl. § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG).⁵⁷ Dabei wurde nur sehr am Rande beachtet, dass die Bundespolizei unter bestimmten Bedingungen weiterhin ohne ein vorheriges Verwaltungsverfahren zurückweist, nämlich bei einer verhängten Wiedereinreisesperre und bei versuchter Einreise von Drittstaatsangehörigen ohne aufenthaltslegitimierende Dokumente und ohne Vorbringen eines Asylbegehrens.⁵⁸ Das Stichwort »Obergrenze« markiert deshalb im Wesentlichen eine politische Debatte – das Dublin-Recht selbst, wie übrigens auch der Schengen-Grenzkodex, sieht Zurückweisungen vor, die auch der Praxis entsprechen und die demnach nicht per se rechtswidrig sein können. Teilweise ist argumentiert worden, nach der Dublin III-Verordnung sei die Zurückweisung sogar geboten, um das Regelungsziel des Dublin-Rechts zu erreichen. Dazu ist auf Art. 20 Abs. 4 Dublin III-Verordnung verwiesen worden, der eine Zurückweisung vorsieht, wenn ein Migrant sich

55 Europäische Kommission, Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates 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 (Neufassung), COM(2016) 270 final v. 4.5.2016, der Vorschlag wird weiterhin im Rat beraten; zusf. *Fröhlich*, ZG 2016, 215 (227 ff.); *Den Heijer/Rijpmal Spijkerboer*; *Common Market Law Review* 53 (2016), 607 ff.

56 Dazu Deutscher Bundestag, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Ausarbeitung v. 6.12.2015, PE 6-3000-153/15; *Thym*, ZAR 2018, 193 (196 f.).

57 BT-Drs. 19/3629, 4 und 18/7311, 3.

58 BT-Drs. 18/7311, 3.

noch auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhält.⁵⁹ Die Diskussion drehte sich im Folgenden dann darum, ob die Grenzkontrolle durch deutsche Bundesbeamte rechtlich bereits auf deutschem Hoheitsgebiet stattfindet. Grenzkontrollen finden schon lange Zeit nicht mehr auf der geodätisch bestimmten Grenzlinie, sondern stets in unmittelbarer Grenznähe unter eigener Gebietshoheit statt.

Der Forderung nach Zurückweisung ist entgegengehalten worden, dass dafür zumindest ein innerstaatliches Überstellungsverfahren notwendig sei, mit Anhörung und Rechtsschutz.⁶⁰ Ein weiteres Gegenargument verweist auf Zweck und Funktionsfähigkeit des »Dublin-Gesamregelungsregimes.« Wenn der europäische Gesetzgeber gewollt hätte, dass lediglich der erstaufnehmende Mitgliedstaat eine Zuständigkeitsprüfung durchführe, hätte die Dublin III-Verordnung eine solche exklusive Zuständigkeitsprüfung ausdrücklich vorsehen müssen.

Aber genau diese Grundregel der Zuständigkeitsprüfung ist die Ratio der Dublin III-Verordnung: Der Mitgliedstaat mit einer EU-Außengrenze hat die Erstzuständigkeit, sodann kann er bei einem anderen Mitgliedstaat ein Aufnahmegesuch stellen (Art. 21 Dublin III-VO)⁶¹ – worüber offenbar keine Einigkeit besteht. Wenn es richtig ist, dass – wie der Gerichtshof in der Rs. Jafari festgestellt hat – die Mitgliedstaaten ein Selbsteintrittsrecht, nicht aber eine Selbsteintrittspflicht haben (Art. 17 Dublin III-VO), dann muss es die Möglichkeit der Zurückweisung auch ohne innerstaatliches Überstellungsverfahren denknotwendig geben. Denn die Einreise eines Migranten ohne aufenthaltslegitimierende Dokumente, die ein innerstaatliches Prüfverfahren (Anhörung und Rechtsschutz) auslöst, bedeutete in der Praxis, so wie die Dublin III-Verordnung angewendet wird, eine Selbsteintrittspflicht. Wie sollte ein Mitgliedstaat andernfalls seine unstreitig bestehende Handlungsoption, nicht in die Zuständigkeit einzutreten, durchsetzen? Der Gebietszutritt ist das entscheidende Moment.⁶²

Es kommt ein weiteres hinzu: Bei der Zurückweisung an der deutschen Grenze geht es »nur« um das Zurückschieben von Migranten in einen sicheren Mitgliedstaat. Alle EU-Mitgliedstaaten haben den Status eines sicheren Herkunfts- und damit sicheren Drittstaates, den das primäre Unionsrecht ihnen eigenhändig zu-

59 Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke, ZAR 2016, 131 ff.

60 Eine Meinung hält eine verpflichtende Durchführung eines Überstellungsverfahrens für notwendig, was die Zurückweisung per se ausschließe, Thym, ZAR 2018, 193 (197), mit dem Hinweis auf den Änderungsvorschlag der Kommission für eine Dublin IV-Verordnung (siehe Anm. 55), die die Prüfungspflicht nicht mehr vorsehen solle.

61 Siehe auch Art. 3 der DVO zur Dublin III-VO, der die Bearbeitung des Aufnahmegesuchs durch den ersuchten Mitgliedstaat konkretisiert. Der ersuchte Mitgliedstaat prüft aufgrund der ihm übermittelten Beweise und Indizien im schriftlichen Verfahren, nicht durch faktische Übernahme des Migranten und erneute Durchführung eines Prüfverfahrens, siehe VO (EG) Nr. 1560/2003, ABl. EU 2003 Nr. L 222/3, in der Fassung der DVO (EU) Nr. 118/2014, ABl. EU 2014 Nr. L 39/1.

62 Art. 16a Abs. 2 GG und der Verfassungsrechtsprechung sind keine Maßstäbe für diese Frage zu entnehmen, vgl. BVerfGE 94, 49 (96 f., 105 f.), siehe auch den Hinweis von Thym, ZAR 2018, 193 (197, Fn. 39). Diese Schlussfolgerung wird aber getragen von EuGH, Rs. C-360/15, ECLI:EU:C:2018:55, Rn. 27 ff. – Hasan, sogar für den Fall bereits erfolgter Überstellung und illegaler Wiedereinreise.

weist.⁶³ Sicherlich, für einzelne Mitgliedstaaten haben Gerichte systemische Schwachstellen angenommen, die eine Überstellung dorthin zeitweise ausschließen – den Widerspruch zum normativen Status des sicheren Herkunfts- und Drittstaates nehmen wir hin.⁶⁴ Wenn aber Mitgliedstaaten ein ermessensgeleitetes Selbsteintrittsrecht haben, fließt die grundgesetzliche Direktionskraft in das außenbezogene Handlungsermessen der Exekutive ein, d.h. es gibt nicht nur ein Dublin-System mit zuständigen Mitgliedstaaten, sondern die verfassungsrechtliche Wertung sicherer Mitgliedstaaten *in* der Union. Eine unionsrechtliche Norm mit Anwendungsvorrang, die diese Wertung bei Nichtausübung des Selbsteintrittsrechts überlagert, gibt es nicht.

Dass der Schutzbereich eines Grundrechts einer quantitativen Grenze unterliegen soll, ist eine ungewöhnliche dogmatische Konstruktion. Der vergleichende Seitenblick auf die historisch vergleichbare Lage Anfang der 1990er Jahre beim Massenzustrom von Bürgerkriegsflüchtlingen aus dem ehemaligen Jugoslawien zeigt allerdings, dass die starke Inanspruchnahme eines Rechts durchaus in eine normative Begrenzung im Sinne eines engeren Schutzbereichs umschlagen kann.⁶⁵

2. Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten

Ein zweiter Diskussionsstrang, in dem mitgliedstaatliche Handlungsmöglichkeiten ausgelotet werden, stellt die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten in den Mittelpunkt. Wenn das Unionsrecht für Asyl und Migration systemische Mängel hat, dann könnten die Mitgliedstaaten ihr nationales Recht anwenden oder ein normatives Substitut schaffen.

63 Siehe auch das Protokoll Nr. 24 zum Vertrag von Lissabon, ABl. EU 2008 Nr. C 115/305: »In Anbetracht des Niveaus des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union gelten die Mitgliedstaaten füreinander für alle rechtlichen und praktischen Zwecke im Zusammenhang mit Asylangelegenheiten als sichere Herkunftsländer.«

64 Das BVerwG ist der Ansicht, die Kategorie passe auf EU-Mitgliedstaaten nicht, siehe BVerwGE 158, 271 Rn. 12 f.: »Die Voraussetzungen [des Art. 26a AsylG] liegen nicht vor, weil sicherer Drittstaat in diesem Sinne bei der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung nur ein Staat sein kann, der nicht Mitgliedstaat der Europäischen Union ist. Dies hält der Senat für einen »acte clair«, bestätigt in BVerwG, NVwZ 2017, 1625 Rn. 17. Diese Rechtsprechung verhält sich nicht dazu, dass wenn ein Asylbewerber den Wunsch-Mitgliedstaat nicht selbst aussuchen können soll, es nach dem Dublin-Recht zwingend erforderlich ist, die anderen EU-Mitgliedsstaaten als sichere Drittstaaten anzusehen, vgl. auch Anm. 83. Das Verhältnis von Art. 16a Abs. 2 GG/§ 26a AsylG zum Unionsrecht ist alles andere als eindeutig, siehe *Kefler*, in: *Hofmann*, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 26a AsylG Rn. 6; *Günther*, in: *Kluth/Heusch* (Fn. 48) § 26a Rn. 5; *Bergmann*, in: *ders./Dienelt* (Fn. 48), § 29 AsylG Rn. 11. Methodisch nicht überzeugend ist es, wenn *Thym* (<https://verfassungsblog.de/der-rechtsbruch-mythos-und-wie-man-ihn-widerlegt/>) die im Jahr 2017 geäußerte Rechtsansicht des BVerwG, mit der die verfassungsgerichtliche Systematik aus BVerfGE 94, 49 ff. durch unionsrechtskonforme Auslegung außer Kraft gesetzt werden soll, heranzieht, um die Unanwendbarkeit des § 18 Abs. 4 AsylG im Jahr 2015 eindeutig zu belegen.

65 Zum »Vorbehalt des Möglichen« als Rechtsfigur *Depenheuer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. XII, 2014, § 269; BVerfGE 103, 242 (259), 112, 50 (66); im Anwendungsbereich der EMRK aus Anlass von krisenbedingten Pensionskürzungen in Portugal anerkannt, EGMR, Entsch. v. 1.9.2015, Nr. 13341/14, Rn. 44 – Da Silva Carvalho Rico, dt. Übers. in NVwZ 2016, 1307 (1309).

Ein konkreter Ansatzpunkt ist Art. 72 AEUV, der als allgemeine Bestimmung im Kapitel über den »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« feststellt, dass der Vertrag die Wahrnehmung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit unberührt lasse. Die Strukturängel der Dublin III-Verordnung ließen sich durch ein punktuell Abweichen vom Dublin-Recht kompensieren, wobei die Wertungen des erwünschten Gemeinsamen Europäischen Asylsystems insgesamt beachtet werden müssten. Bei einer unionsfreundlichen Leseart des Art. 72 AEUV könnten strukturelle Missstände auf horizontaler Ebene beseitigt werden, bis die supranationalen Organe dem erkannten Problem politisch begegnen.⁶⁶

Eine völkerrechtlich inspirierte Variante ist das Wiederaufleben der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit aufgrund der partiellen Nichtanwendung der Dublin III-Verordnung. Danach hätten die Mitgliedstaaten sich stillschweigend darauf verständigt, die Zuständigkeitsregeln der Verordnung nicht oder nur noch in modifizierter Form anzuwenden.⁶⁷ In diesem Fall der Nicht-mehr-Ausübung der geteilten Kompetenz für den »Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts« (Art. 4 Abs. 2 Buchst. j AEUV) unterlägen die Mitgliedstaaten keiner unionsrechtlichen Sperrwirkung. Immerhin spricht für dieses Argument, dass Teile der Bundesregierung das Dublin-Recht wiederholt für obsolet erklärt haben.⁶⁸

Wer schließlich mit den unionsrechtlichen Wertungen argumentiert, der wird auch Art. 79 Abs. 5 AEUV in die Überlegungen einstellen müssen. Die primärrechtliche Norm ist ein Kompetenzvorbehalt und benennt das Recht der Mitgliedstaaten, weiterhin, d.h. trotz einer gemeinsamen, die Migrationsströme wirksam steuernden Einwanderungspolitik, die Zahl der zuwandernden Arbeitnehmer aus Drittstaaten festzulegen. Eine Dublin III-Verordnung, die den Gebietszutritt nicht effektiv steuert und im Zusammenwirken mit Rückführungs- und Abschiebeproblemen eine Aufenthaltsverfestigung von Migranten bewirkt, fällt jedenfalls faktisch auch in den Anwendungsbereich des Art. 79 AEUV.⁶⁹

Die entscheidende Frage mitgliedstaatlicher Handlungsmöglichkeiten ließe sich schließlich dadurch eindeutig zugunsten der Mitgliedstaaten beantworten, dass der Auslegungsgrundsatz des *effet utile* auf die Verordnung angewendet wird. Das Ziel der Dublin III-Verordnung ist die rasche und eindeutige Zuständigkeitsfeststellung,

66 *Hailbronner/Thym*, JZ 2016, 753 (762 f.); Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung v. 24.5.2017, WD 3-3000-109/17, S. 6. Als ein solcher Versuch zeitlich befristeter Änderung der Dublin III-VO können die Umverteilungsbeschlüsse aus dem Jahr 2015, Anm. 80, eingeordnet werden, die nur teilweise befolgt wurden und die Defizite im Ergebnis nicht haben beheben können.

67 *Hailbronner*, Eine Krise des Rechts?, in: *Uhle* (Hg.), Migration und Integration, 2017, S. 57 (70 f.).

68 Rede der Bundeskanzlerin im Europäischen Parlament v. 7.10.2015: »Seien wir ehrlich: Das Dublin-Verfahren in seiner jetzigen Form ist in der Praxis obsolet. Es war in der Tat gut gemeint; ohne Zweifel. Doch unter dem Strich hat es sich angesichts der Herausforderungen an unseren Außengrenzen als nicht tragfähig erwiesen« (P8_PV(2015)10-07); die zweite Äußerung erfolgte im August 2018 bei einem Besuch in Spanien <https://www.welt.de/politik/deutschland/article/180994032/Angela-Merkel-bei-Pedro-Sanchez-Kanzlerin-erklaert-Dublin-System-fuer-nicht-funktionsfaehig.html>.

69 Kompetenzgrundlage der Dublin III-Verordnung ist Art. 78 Abs. 2 Buchst. e AEUV.

die möglicherweise dadurch erreicht werden kann, dass die Mitgliedstaaten für sich, aber auch in Kooperation zumindest ergänzend tätig werden. Dieser Gedanke lenkt die Aufmerksamkeit auf die Thematik der Verwaltungsabkommen, die im folgenden Abschnitt im Zusammenhang mit der Änderung der Dublin III-Verordnung erörtert wird.

3. Bilaterale Ergänzung und Anwendungsänderung

Eine Reparaturmöglichkeit für das Dublin-Recht, auf der zuletzt große Hoffnungen ruhten, sind Verwaltungsabkommen zwischen den Mitgliedstaaten. Was zunächst nicht in die dogmatische Struktur des autonomen Unionsrechts zu passen scheint, ist in Art. 36 Abs. 1 Dublin III-VO vorgesehen: »Die Mitgliedstaaten können untereinander bilaterale Verwaltungsvereinbarungen bezüglich der praktischen Modalitäten der Durchführung dieser Verordnung treffen, um deren Anwendung zu erleichtern und die Effizienz zu erhöhen.« Das Sekundärrecht knüpft dabei an die völkerrechtliche Praxis der Rückübernahmeabkommen an, die weiterhin in großer Zahl auch zwischen den Mitgliedstaaten gelten.⁷⁰ Der Wortlaut verleitet dazu, den Mitgliedstaaten einen substanziellen Handlungsspielraum kraft Primärrechts zuzuschreiben. Kompetenziell folgt der Handlungsspielraum jedoch aus dem Sekundärrecht und ist im Umfang sehr begrenzt. Die Union hat nämlich ihre geteilte Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 2 Buchst. j AEUV) in diesem Politikbereich abschließend ausgeübt und ein Lücke für mitgliedstaatliches Handeln nur im Rahmen des konkretisierenden Sekundärrechts gelassen. Art. 36 Abs. 3 Dublin III-VO gestattet den Mitgliedstaaten, das Sekundärrecht bei der Verwaltungszusammenarbeit und Fristen zu modifizieren. Für diese Auslegung spricht zunächst die Erklärung Nr. 36 der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon zur völkerrechtlichen Vertragsschlussfreiheit der Mitgliedstaaten. Die Erklärung bestätigt die mitgliedstaatliche Vertragsschlussfreiheit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, nennt aber lediglich die Kapitel 3 bis 5 des Titels V und gerade nicht die Art. 67 bis 80 AEUV (Kapitel 1 und 2).⁷¹ Sodann steht mitgliedstaatliches Vertragshandeln unter einem Genehmigungsvorbehalt der Kommission, der vor Abschluss einer Vereinbarung einzuholen ist (Art. 36 Abs. 3 Dublin III-VO).

Die weiteren sekundärrechtlichen Vorgaben verdeutlichen, dass der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten lediglich Zusatzabsprachen gestatten will, die das Dublin-Recht ertüchtigen; es soll um Fristverkürzungen und Beamtenaustausch gehen. Selbst wenn die Kommission ihr Vetorecht in Bezug auf die Verwaltungs-

⁷⁰ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Sachstand, Rückführungsabkommen und sichere Herkunftsstaaten, WD 3-3000-064/16, einen Überblick über die Abkommen der Bundesrepublik und der EU mit Drittstaaten ist zugänglich unter <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/migration/rueckkehrpolitik/rueckkehrpolitik-international/rueckkehrpolitik-international-node.html> (Stand: April 2017). Immer wieder in der Diskussion ist das Abkommen zwischen Frankreich und Spanien aus dem Jahr 1997.

⁷¹ Erklärung zu Artikel 218 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union über die Aushandlung und den Abschluss internationaler Übereinkünfte betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts durch die Mitgliedstaaten, ABl. EU 2010 Nr. C 83/349.

abkommen aus politischen Gründen zurückhaltend ausübte,⁷² geriete jede inhaltlich weiterreichende Absprache in Konflikt mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Bilaterale Absprachen, wie etwa die Verlängerungen oder Abschaffung der vom Gerichtshof subjektivierten Fristen aus Art. 27 Abs. 3 Dublin III-VO,⁷³ wären an der materiellen Änderungsqualität zu messen, die dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren der Union vorbehalten ist. Die Dublin III-Verordnung ist schließlich nach der Grundkonzeption des Unionsrechts ein von Rat und Parlament demokratisch verantworteter Gesetzgebungsakt.

Mit größerem Abstand zum Verordnungstext und unter Berücksichtigung der Vollzugspraxis lässt sich weitergehend die These formulieren, dass die Mitgliedstaaten die strukturellen Mängel der Dublin III-Verordnung durch einen »stillschweigenden Multilateralismus« zu beheben versuchen – man könnte von einer Anwendungsänderung sprechen. Die Asylstatistik deutet, wie bereits erwähnt, darauf hin, dass die Bundesrepublik die Sekundärmigration seit Inkrafttreten des Dublin-Rechts in einem gewissen Umfang geduldet hat. Was wir derzeit bei der Anwendung der Dublin III-Verordnung, beispielsweise der Einreisegestattung durch Italien gegen vorherige Übernahmeerklärung anderer Mitgliedstaaten, beobachten können, wäre demnach eine Dauerverhandlung zwischen den Mitgliedstaaten über die Bedingungen ihrer Asylkooperation.

4. Solidarität und Supranationalismus

Die juristische Bewertung struktureller Mängel der Dublin III-Verordnung und der ungleichen Verteilung der Migrationslasten zwischen den Mitgliedstaaten wird mit dem Argument der Solidarität verknüpft. Das Argument lautet zugespitzt so: Die Bundesrepublik habe das Dublin-Recht auf ihre Interessen hin, zu Lasten anderer Mitgliedstaaten an der EU-Außengrenze unsolidarisch zugeschnitten. Sie dürfe sich deshalb nicht beschweren und ihrerseits Solidarität einfordern, wenn die Effekte der Massenmigration Deutschland in besonderem Maße betreffen. Weitergehend wird der Massenzustrom nach Deutschland in den Jahren 2015 und 2016 als solidarisches Handeln gegenüber den Erstankunftsstaaten mit ihren teilweise überforderten Asylsystemen, also als gezielter Entlastungsakt gesehen.⁷⁴ Solidarität wird dabei als Rechtsgrundsatz des Unionsrechts behandelt (Art. 80 AEUV), der gerade im Migrationsbereich eine wichtige Rolle spielt.⁷⁵

72 Entsprechende Hinweise gab das zuständige Mitglied der Kommission, *Avramopoulos*, siehe <http://edition.faz.net/faz-edition/politik/2018-06-22/gebaltter-widerstand/167517.html>, und fanden sich in einem Entwurfspapier für das Sondertreffen einzelner Mitgliedstaaten am 24.6.2018, zugänglich unter <https://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2018/06/CommissionMiniSummitDraft.pdf>.

73 EuGH, Rs. C-670/16, EU:C:2017:587, Rn. 48, 55-57 – *Mengesteab*; EuGH, Rs. C-647/16, ECLI:EU:C:2018:368, Rn. 53 – *Hasan*.

74 *Wendel*, JZ 2016, 333 (338).

75 EuGH [GK], Rs. C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586, Rn. 85, 88, 100 – *Jafari*; und auch EuGH, Anm. 35, Rn. 231, 251 ff., 291, 304 – *Slowakei und Polen/Rat*; differenziert dazu *Schwerdtfeger*, DÖV 2018, 725 (730 ff.); mit auch völkerrechtlicher Kontextualisierung *Griesbech*, BayVBl. 2018, 325 ff.

Das Solidaritätsargument ist zuweilen auch mit dem Hinweis auf den Anwendungsvorrang des supranationalen Unionsrechts verknüpft. Der Anwendungsvorrang steht einem pragmatischen Abweichen vom Dublin-Recht oder einer Änderungsanwendung ebenso entgegen, wie eine Nichtanwendung aufgrund fehlender Gegenseitigkeit. Das Unionsrecht schließt prinzipiell das völkerrechtliche Argument aus, wonach der Nichtvollzug einer Rechtspflicht durch ein Rechtssubjekt die eigene Pflichtabweichung rechtfertigen kann. Das Argument des Anwendungsvorranges irritiert vor allem diejenigen, die in das deutsche Gesetz schauen, auch in das Grundgesetz, und vom Widerspruch zur Rechtspraxis überrascht sind. Immerhin klärt der nähere Blick in Art. 16a GG darüber auf, dass das Grundgesetz salvatorisch festlegt, die Regelungen der Absätze 1 bis 4 stünden völkerrechtlichen Verträgen unter den EU-Mitgliedstaaten unter bestimmten Bedingungen nicht entgegen – gemeint ist das Dubliner Übereinkommen.⁷⁶ Die Überraschung für manchen Beobachter, dass der verfassungsrechtliche »Asylkompromiss« durch den Super-Trumpf des Anwendungsvorranges selbst von Ausführungsbestimmungen zur Dublin III-Verordnung⁷⁷ verdrängt werden kann, lindert das Befremden zumeist nicht. Der erwähnte Auslegungsvorschlag zu Art. 20 Abs. 4 Dublin III-Verordnung, der eine Zurückweisung an der Grenze ermöglichen soll, hat in der Diskussion auch deshalb so viel Kraft entfaltet, weil er unionsrechtsimmanent argumentiert und sich nicht mit dem Vorrangargument entkräften lässt.⁷⁸

Der Standpunkt eines methodischen Supranationalismus ist keine versprengte Einzelmeinung, sondern bewegt sich in der Mitte der Rechtswissenschaft. So heißt es einer neuen Kommentierung des Asylgrundrechts: »Wenn eine notwendige Reform am Widerstand einiger Mitgliedstaaten scheitert, bleibt es bei den bestehenden Regeln und deren Defiziten, die Produkte eines demokratischen Entscheidungsverfahrens sind, dessen anderweitige solidarische Unvollkommenheiten (namentlich die Überlastung der Staaten mit Außengrenzen) lange Zeit politisch gebilligt wurden, als man davon noch profitierte.«⁷⁹

Dieses Argument beruht auf hypothetischer Empirie. Wenn das im Jahr 1997 in Kraft getretene Dublin-Recht so funktioniert hätte, wie es vorgesehen war, wären die süd- und südosteuropäischen Erstaufnahmestaaten vermutlich in der Tat stärker belastet worden als andere, fernab oder am Ende der Migrationsrouten liegende Mitgliedstaaten. Abgesehen davon, dass die Bundesrepublik bis zum Beitritt der Transformationsstaaten im Jahr 2004 selbst eine lange EU-Außengrenze nach Osten hatte, zeichnen die zitierten Statistiken ein anderes Bild, als die Abwälzung auf die

76 Randelzhofer, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), HbdStR VII, 3. Aufl, 2009, § 153 Rn. 135; Will, in: *Sachs* (Hg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 16a GG Rn. 106, 108; Gärditz, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 31), Art. 16a Rn. 46 f., 489.

77 Siehe Anm. 61.

78 Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke, ZAR 2016, 131 ff., dies. JZ 2016, 347 ff., dies., VerfBlog v. 2.3.2016. Kritik dazu u.a. von Lehner, VerfBlog v. 26.2.2016 und Brings/Farahat/Oehl, VerfBlog v. 9.3.2016; Farahat/Markard, Flüchtlingssteuerungsrecht: Auf der Suche nach der verlorenen Souveränität, in: *Beichel-Benedetti/Janda* (Hg.), FS Klaus Barwig, 2018, S. 325 (335 f.).

79 Gärditz, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 31), Art. 16a Rn. 446 (Nachweise weggelassen).

Peripherie. Es ist bis in die Gegenwart nicht gelungen, eine faire, regelhafte⁸⁰ Lastenverteilung zwischen den Mitgliedstaaten herbeizuführen.⁸¹ Das Dublin-Recht ist durch strukturelle Vollzugsdefizite gekennzeichnet, die ihren Grund nicht nur in systemischen Schwachstellen ganzer staatlicher Asylsysteme, sondern in Verwaltungspraktiken haben, die auf einen Zuständigkeitswechsel zielen. Sicherlich hat die Bundesrepublik einen hohen konzeptionellen Anteil am Dublin-Recht und vertritt jedenfalls seit Anfang der 1990er Jahre ihr Interesse an einem Gemeinsamen Asyl- und Einwanderungssystem. Das geltende Dublin-Recht ist aber auch für die anderen Mitgliedstaaten in einem demokratischen Entscheidungsverfahren beschlossen worden und hat Geltung mit Anwendungsvorrang. Hinzu kommen die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV)⁸² und ein Grundsatz der Solidarität, die alle Mitgliedstaaten jeweils wechselseitig berechtigen und verpflichten.

Ausdruck einer demokratischen Herrschaftsordnung ist nicht nur die Setzung von neuem Recht, sondern auch die Änderbarkeit von geltendem Recht. Die wechselseitige Unzufriedenheit mit der Dublin III-Verordnung ruft nach einer Änderung des Dublin-Rechts. In den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit rückt deshalb, das wird zu recht angemerkt, die Änderung des Sekundärrechtsaktes. Damit werden der unionale Gesetzgeber und das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der Union aufgerufen.

IV. Bindung an das Obsolete?

1. Integrationsfiktionen als Strukturproblem

Wie kann eine EU-Verordnung, die sich in der Praxis als untauglich erwiesen hat, eine Rechtsbindung entfalten, die sogar das Grundgesetz verdrängt? Die Antwort lautet, dass die Dublin III-Verordnung aufgrund des deutschen General-Selbsteintritts und weiterer Maßnahmen, Auslegungsentscheidungen des Gerichtshofs und

80 Im September nahm der Rat aufgrund von Art. 78 Abs. 3 AEUV zwei Beschlüsse zur Umverteilung von insgesamt 160 000 Migranten aus Italien und Griechenland in andere Mitgliedstaaten an, der erste Beschluss des Rates, Nr. 2015/1523 v. 14.9.2015, ABl. EU 2015 Nr. L 239/146, wurde einstimmig angenommen. Der zweite Beschluss des Rates, Nr. 2015/1601 v. 22.9.2015, ABl. EU 2015 Nr. L 248/90, erfolgte als Mehrheitsentscheid und war zusätzlich auf Art. 80 AEUV als Rechtsgrundlage gestützt. Die Umsiedlungsbeschlüsse sind nicht-legislative Akte und derogieren u.a. Art. 13 Dublin III-VO, sind also Notmaßnahmen, siehe EuGH, Anm. 35, Rn. 66 ff., 77; beachtenswerte Kritik an dem Urteil bei *Nettesheim*, FAZ v. 14.9.2017, 8, wonach die Mitgliedstaaten zu keinem Zeitpunkt einen gemeinsamen, gar konstitutionell klar verankerten Willen hätten erkennen lassen, Umsiedlungsfragen supranational entscheiden zu lassen. Der Vorschlag der österreichischen Ratspräsidentschaft im Herbst 2018, auf eine verpflichtende Quotenverteilung zu verzichten, adressiert die fehlende Akzeptanz des Mehrheitsbeschlusses und der gescheiterten Umverteilung.

81 Die Bundesregierung will dieses Ziel auch dadurch erreichen, dass der politisch-kulturelle Prägeraum entsprechend besetzt wird; deshalb sieht sie im Global Compact for Migration, Endfassung v. 10.12.2018, eine politisch verpflichtende Grundlage, den »politischen Rahmen für eine gerechtere internationale Verantwortungs- und Lastenteilung im Flüchtlingskontext« zu bilden, BT-Drs. 19/2945, S. 8, 11.

82 *Wendel*, JZ 2016, 333 (339), dort bezogen allerdings auf den das Selbsteintrittsrecht ausübenden Mitgliedstaat. Bei einem Perspektivwechsel kommt in den Blick, dass der seit Herbst 2015 fortdauernde Selbsteintritt der Bundesrepublik aus Sicht anderer Mitgliedstaaten ein unsolidarischer Akt sein könnte, weil diese »Grenzöffnung« den Massenzustrom in die Union verstärkt hat, zu Rolle von Fremden und Selbstbildern in der deutschen Politik *Rödter*, *Wer hat Angst vor Deutschland?*, 2018, S. 212 ff.

der befristete Derogation der Umverteilungsbeschlüsse an die Tatsachen angepasst worden ist. Diese Funktionsanpassung ist nur möglich, solange die Wertungen des Grundgesetzes, die der verfassungsändernde Gesetzgeber 1993 insbesondere mit dem Konzept der sicheren Herkunfts- und Drittstaaten ausdrücklich vorgenommen hat, pauschal nachgeordnet werden.⁸³ Das Vorrangargument schirmt die politische Anpassungsentscheidung ab. Die Strukturprobleme des Sekundärrechtsaktes sind dadurch nicht gelöst, das Gesamtziel einer fairen Lastenverteilung bei klar zugeordneten und effektiven Schutzverfahren bleibt einstweilen unerreicht.

Der Unionsgesetzgeber hatte aus der Erfahrung mit dem Dublin-Recht durchaus erkannt, dass die Dublin III-Verordnung möglicherweise nicht in der erwarteten Art und Weise funktionieren würde. In den Erwägungsgründen heißt es hierzu: »Mängel[...] in Asylsystemen oder gar [...] Zusammenbruch von Asylsystemen, die häufig dadurch verschlimmert oder mitverursacht werden, dass die Asylsysteme besonderem Druck ausgesetzt sind, können das reibungslose des mit dieser Verordnung eingeführten Systems beeinträchtigen, was dazu führen könnte, dass die im Asylrecht der Union und in der Grundrechtecharta der Europäischen Union sowie in anderen internationalen Menschenrechts- und Flüchtlingsrechtsverpflichtungen niedergelegten Rechte der Antragsteller verletzt werden könnten.«⁸⁴

Die Antwort auf diese Erkenntnis ist zunächst eine Zuständigkeitsregel. Sind in einem mitgliedstaatlichen Asylsystem systemische Schwachstellen gegeben, wechselt die Zuständigkeit auf den prüfenden Mitgliedstaat, dessen Asylsystem funktioniert und in dem der Schutzsuchende sich aufhält (Art. 3 Abs. 2 Dublin III-VO).

Die zweite Antwort ist zeitlich vorgezogen, als ein »Prozess für Frühwarnung, Vorsorge und Bewältigung von Asylkrisen.« Die Union soll frühzeitig Vorbeugemaßnahmen fördern und derartigen Situationen entsprechende politische Aufmerksamkeit schenken. »Solidarität, die ein Kernelement des G[emeinsamen Europäischen Asylsystems] bildet, geht Hand in Hand mit gegenseitigem Vertrauen.« Die Verordnung sieht zu diesem Zweck einen Krisenmechanismus vor, der sich aber auf Informationsaustausch und Problemlösungspläne beschränkt.⁸⁵ Letztlich wird jeder Mitgliedstaat darauf verpflichtet, »alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die besondere Belastungssituation auf sein Asylsystem zu bewältigen oder um sicherzustellen, dass die festgestellten Mängel behoben werden, bevor sich die Si-

83 Die Dublin III-VO erkennt im 3. Erwägungsgrund die EU-Mitgliedstaaten untereinander ausdrücklich als sichere Staaten für Drittstaatsangehörige (»safe countries for third country nationals«) an, so dass das Argument einer vollständigen Überlagerung von Art. 16a Abs. 2 GG, § 26a AsylG aufgrund des unionalen Anwendungsvorranges nicht trägt. Für das BVerfG sind EU-Mitgliedstaaten ebenfalls sichere Drittstaaten, kraft Verfassungsrechts, BVerfGE 94, 49 (88, 96). Art. 3 Abs. 3 Dublin III-VO spricht terminologisch leicht abweichend von der Zurückweisung in einen »sicheren Drittstaat« (»safe third country«), womit Nicht-EU-Mitgliedstaaten gemeint sind – sie führt aus dem »Dublin-Recht« hinaus zur Anwendung der Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU, ABl. EU 2013 Nr. L 180/60. Die Kommission würde das Konzept der sicheren Drittstaaten gerne für alle Mitgliedstaaten verbindlich machen und die Liste vereinheitlichen, KOM (2016) 197 final, S. 11 f., zum Verhandlungsstand im Rat siehe Council, Dok. Nr. 9520/18 v. 30.5.2018, Ziff. 17 f.

84 21. Erwägungsgrund Dublin III-VO.

85 22. Erwägungsgrund Dublin III-VO.

situation verschlechtert.«⁸⁶ Nichts anderes können Bürger einer freiheitlichen Herrschaftsordnung auch erwarten. Eine politische Körperschaft, die sich durch den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit konstituiert sieht, muss an die Normativität ihres Rechts, an die Fähigkeit und den Willen glauben, entsprechende Mängel prinzipiell beseitigen zu können. Möglicherweise erklärt die Existenz dieses im Grunde politischen Aufmerksamkeits-Mechanismus auch, weshalb die Kommission keine Vertragsverletzungsverfahren wegen mitgliedstaatlicher Verstöße⁸⁷ gegen das Dublin-Recht führt. Die Folgen daraus, das fehlerhafte Zusammenwirken der Mitgliedstaaten, die mangelnde Kooperationsbereitschaft, werden letztendlich akzeptiert.

In der Anerkennung der Möglichkeit eines Vollzugsdefizits liegt jedoch keine Problemlösung, sondern nur eine Problembeschreibung. Denn Vollzugsdefizite wirken sich – je länger der Zeitraum wird – auf die Migrationsströme und auf die Akzeptanz des Dublin-Rechts aus. Wenn ein Mitgliedstaat wegen der systemischen Schwachstellen seines nationalen Asylsystems und seiner Verwaltung nicht Überstellungsempfänger von Sekundärmigranten sein kann, dann setzt dieser Umstand einen Anreiz für Migranten, diesen Mitgliedstaat zu verlassen und in ihren Wunsch-Mitgliedstaat zu reisen. In diesem Fall muss der Schutzsuchende noch nicht einmal die Sechs-Monats-Frist abwarten, damit der Zuständigkeitswechsel eintritt. Im Ergebnis wird die Grundregel des Dublin-Rechts dadurch umgekehrt.

Ein solcher Mitgliedstaat müsste, jedenfalls bei Mängeln im Asylsystem, die sich nicht kurzfristig beheben lassen, vorübergehend aus »Dublin« ausgeschlossen werden. Diese Forderung ist keine europarechtliche Häresie, sondern sie nimmt die normative Grundentscheidung des Dublin-Rechts ernst. Sicherlich würde dadurch die Fiktion des Unionsgesetzgebers in Frage gestellt, dass alle Mitgliedstaaten das rechtsstaatliche Mindestniveau administrativer Leistungsfähigkeit erfüllen (Art. 197 AEUV), dass es für einen Migranten keinen Unterschied macht, in welchem Mitgliedstaat ein Antrag auf internationalen Schutz geprüft wird. Diese Fiktion eines einheitlich leistungsfähigen Binnenraums der Union ist, wie die Erfahrungen auch in anderen Politikbereichen zeigen, eines der ungelösten Grundsatzprobleme europäischer Integration. Die Binnenstruktur der Union ist weniger homogen als angenommen und erhofft, worauf der Unionsgesetzgeber politisch wie juristisch reagieren sollte.

Diesen Zusammenhang zu benennen, ist auch deshalb notwendig, weil die Folgen dem Selbstverständnis der Mitgliedstaaten widersprechen. Die Hauptfolge struktureller Vollzugsdefizite wird mittelfristig nämlich die weitere Zentralisierung des Verwaltungsvollzuges in der EU sein. Bereits unter dem geltenden Dublin-Recht wird die Grenzschutzagentur Frontex in ihren operativen Kapazitäten ausgebaut, werden weitere Agenturen gestärkt und es gibt Vorschläge, das Asylsystem vollständig zu

⁸⁶ Art. 33 Abs. 2 UAbs. 2 Dublin III-VO.

⁸⁷ Art. 258 AEUV; selbstredend bestünde mit Art. 259 AEUV auch die Möglichkeit, dass Mitgliedstaaten die strukturellen Vollzugsdefizite untereinander rügen, zu den politischen Gründen für die sehr geringe Praxisbedeutung *Karpenstein*, in: *Gräbitz/Hilf/Nettesheim* (Hg.), *Recht der EU*, Art. 259 AEUV Rn. 6 f.

harmonisieren⁸⁸ und damit auf die EU zu übertragen. Die Entscheidungen über den Gebietszutritt, den Aufenthalt und letztlich über die Einwanderung würde von den Mitgliedstaaten supranationalisiert, d.h. nur von Kommission, Rat und Parlament und den nachgeordneten Verwaltungseinheiten getroffen, um den asymmetrischen Vollzug des Dublin-Rechts und die »Politik des Durchwinkens« zu beenden.

Wie sollen, wie können wir also damit umgehen, wenn ein Unionsrechtsakt nicht funktioniert? Die Antwort deutet auf eine rasche Änderung des Rechtsaktes und damit auf das europäische Gesetzgebungsverfahren.

2. Option der Re-Intergouvernementalisierung

Die Dublin III-Verordnung ist reformbedürftig. Darüber besteht Einigkeit. Die Kommission hat schon im Jahr 2016 den Vorschlag für eine Neufassung des Sekundärrechtsaktes, für eine Dublin IV-Verordnung vorgelegt. Die Kommission strebt an, die Regeln für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates effizienter und wirksamer zu gestalten, indem (i) die Klausel für die Zuständigkeitsübertragung durch Fristablauf aufgehoben und Fristen allgemein verkürzt werden, (ii) das System um jährliche Neuansiedlungspläne und einen automatischen »Korrekturmechanismus« ergänzt wird, der Migranten aus einem Mitgliedstaat umverteilt, wenn dieser sich einer unverhältnismäßig hohen Asylbewerberzahl gegenüber sieht, sowie (iii) Missbrauch entgegenwirkt und Sekundärmigration verhindert werden, u.a. durch einen exklusiven Sozialhilfeanspruch allein im zuständigen Mitgliedstaat.⁸⁹

Mit dem Verordnungsvorschlag hat die Kommission das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der EU formal angestoßen, das sich in der Praxis zu einem informell geregelten Aushandlungsprozess zwischen Rat und Parlament unter Mitwirkung der Kommission entwickelt hat.⁹⁰

Dieser Trilog findet unter der Rahmenbedingung eines qualifizierten Mehrheitserfordernisses im Rat statt, d.h. es müssen nicht alle Mitgliedstaaten einem Verhandlungskompromiss zustimmen. Gleichwohl dürfte allen Verhandlungsteilnehmern deutlich vor Augen stehen, dass eine Dublin IV-Verordnung nur dann eine erhöhte Vollzugswahrscheinlichkeit haben wird, wenn alle mitgliedstaatlichen Rats-

88 *Dörig/Langenfeld*, NJW 2016, 1 ff.; abgeschwächt (stärkere EU-Rolle bei Asylgewährung) *Becker*, in: *Walter/Burgi* (Hg.), *Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht*, 2017, S. 55 (93 ff.). Die Harmonisierungsbilanz für das Asyl- und Flüchtlingsrecht kartiert *Kau* (Fn. 9), S. 599 ff. Für eine in der EU bereits vorhandene Zentralisierungstendenz spricht der Handlungsformenwechsel von der Richtlinie auf die Verordnung, COM(2016) 197 final, S. 10 Buchst. C, zur Umwandlung der AsylverfahrensRL in eine VO, die ein gemeinsames einheitliches Asylverfahren hervorbringen soll; auch die QualifikationsRL soll in eine VO umgewandelt werden, die AufnahmebedingungenRL soll ihre Handlungsform behalten.

89 Europäische Kommission, VO des Europäischen Parlaments und des Rates 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 (Neufassung), COM(2016) 270 endg. v. 4.5.2016; zuzf. *Groß*, *Zeitschrift für Flüchtlingsforschung* 2018, 72 (79 ff.); *Fröhlich*, ZG 2016, 215 (227 ff.).

90 *Dauner/Sohn*, Gesetzgebung im Trilog, *Centrum für europäische Politik*, cepInput 18/2015; EuG, Rs. T-540/15, ECLI:EU:T:2018:167 – *De Capitani*.

delegationen, zumindest aber die von Primär- und Sekundärmigration am stärksten betroffenen Mitgliedstaaten zustimmen.⁹¹ Im Grunde wiederholt sich die Situation, die zur Novellierung der Dublin II-Verordnung führte. Aus diesem Grund werden die Verhandlungen über die Dublin IV-Verordnung einstweilen so geführt werden, dass möglichst Einvernehmen erzielt werden wird.⁹²

Diese Form der politischen Rücksichtnahme wird auch ein tragender Grund dafür sein, dass der in der Migrationskrise sich aufdrängende einschlägige Sekundärrechtsakt, die Massenzustrom-Richtlinie aus dem Jahr 2001,⁹³ nicht angewendet worden ist. Die Richtlinie sieht eine Verteilung von Schutzsuchenden unter den Mitgliedstaaten vor, die mit qualifizierter Mehrheit im Rat auf Kommissionsvorschlag beschlossen werden kann. Die Rücksichtnahme wiederholte sich im September 2015, als der Rat den ersten Umverteilungsbeschluss einvernehmlich annahm, um wenige Tage später einen zweiten Umverteilungsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit zu verabschieden.⁹⁴ Die Beschlüsse beruhen auf Art. 78 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 16 Abs. 3 EUV, einer primärrechtlichen Notfallkompetenz, mit der ein nicht-legislativer Akt zur befristeten Abweichung von einem Sekundärrechtsakt erlassen werden kann. Obwohl der Gerichtshof den zweiten Beschluss für rechtmäßig erklärt hat, hat insbesondere die Aktivierung des Mehrheitsquorums eine erhebliche politische Verstimmung bewirkt.⁹⁵ Das wiederum verstärkt die Neigung der Mitgliedstaaten und Unionsorgane, informelle Änderungsstrategien einzuschlagen und auf die kreative Auslegung des Gerichtshofs zu vertrauen, jedenfalls für den Zeitraum bis zu einer einvernehmlichen Einigung im Gesetzgebungsverfahren.

Das Gesetzgebungsverfahren zur Dublin IV-Verordnung wird zu einem Kompromiss führen, der die Komplexität des Migrationsrechts weiter steigern wird. Nun ist der Kompromiss das notwendige Substrat einer demokratisch-repräsentativen Herrschaftsordnung, noch dazu einer Verhandlungsdemokratie wie der EU.⁹⁶ Die Bürger wie die Rechtswissenschaft sollten aber bei der Maxime der Politik als der Kunst des Möglichen gedanklich nicht stehenbleiben. Denn in der Gegenwart ist das dogmatische Zusammenwirken von Unionsrecht (AEU-Vertrag und »Dublin«), Völkerrecht (Genfer Flüchtlingskonvention), europäischen Menschenrechten (EMRK) und

91 In der Presse wird berichtet, dass sowohl Bundeskanzlerin *Merkel* als auch Kommissionspräsident *Juncker* entgegen der Möglichkeit eines Mehrheitsentscheids eine Reform mit Einstimmigkeit anstreben, vgl. <https://www.welt.de/politik/ausland/article177672808/Asylstreit-Der-Alb-Traum-von-der-europaeischen-Loesung.html>.

92 *Fröhlich*, ZG 2016, 215 (236): zugleich zeigt der Kommissionsvorschlag, »dass das Vorhaben einer systemimmanenten Korrektur an einem toten Punkt angekommen scheint.«

93 RL 2001/55/EG des Rates v. 20.7.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl. EU 2001 Nr. L 212/12; näher zum Umgang mit diesem Phänomen *Griesbeck*, BayVBl. 2018, 325 (328 ff.).

94 Siehe Anm. 80.

95 *Trauner*, Journal of European Integration 38 (2016), 311 ff.

96 Allerdings ist das damit einhergehende Konzept der Gesamteinigung (»package deals«) auch mit Problemen verbunden, vgl. *Steppacher*, in: *Bergmann* (Hg.), Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015, S. 754; exemplarisch für die Verknüpfung von Euro-Staatsschuldenkrise und Migrationskrise *Alexander* (Fn. 29), S. 97 f.

nationalem Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Art. 16a GG sowie Asyl- und Aufenthaltsrecht) nur noch mit Mühe zu durchdringen und anzuwenden, zumal die Rechtstexte administrativ und richterrechtlich fortentwickelt werden.⁹⁷ Die eindeutige Direktionskraft einer dieser Rechtsordnungen ist nicht auszumachen.⁹⁸

Die Komplexität ist eine nicht zu unterschätzende Mitursache für die strukturellen Vollzugsdefizite des Dublin-Rechts.⁹⁹ Vereinzelt wird sogar mit dem Argument unzureichender Rechtssicherheit und -klarheit die Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit des deutschen Ausländerrechts im Ganzen vertreten.¹⁰⁰ Könnte dieses Argument nicht ebenso auf das Unionsrecht bezogen werden? Warum sollen Mitgliedstaaten und Bürger an Rechtsakte gebunden sein, die ein strukturelles Vollzugsdefizit haben und die von politisch exponierten Vertretern der Mitgliedstaaten als obsolet und überholt bezeichnet werden? Kann es eine mit Anwendungsvorrang gehärtete Bindung an das Obsolete geben? Kann eine unionsrechtliche *lex imperfecta*, die seit zwei Jahrzehnten die Mitgliedstaaten asymmetrisch belastet und dysfunktional ist, verfassungsrechtlich als Ergebnis eines demokratischen Entscheidungsverfahrens in einem Sachbereich akzeptiert werden, der »besonders vom demokratisch diskursiven Prozess in den Mitgliedstaaten«¹⁰¹ abhängt?

Diese Fragen rufen eine institutionelle Perspektive auf, die Gesetzgebung neben der zentralen Grundrechtsbedeutung wieder stärker im Hinblick auf die objektive Ordnungsfunktion und die Legitimität zu betrachten. Die mit der Dublin II-Verordnung einsetzende Subjektivierung des Dublin-Rechts, die durch den Gerichtshof weiter gestärkt worden ist, liegt im Konflikt mit der ursprünglichen Regelungsidee einer objektiven Zuständigkeitsordnung. Die notwendige, unionsinterne Regel für die Umverteilung von Migranten ist wegen fehlenden Konsenses außen vor geblieben. Diese *lex imperfecta*-Schwäche wächst sich, wie bereits in der Wirtschafts- und Währungsunion, zu einem ethischen Problem der europäischen Rechtsgemeinschaft aus.

Das Ergebnis europäischer Dublin-Gesetzgebung sollte nicht die Erkenntnis sein, dass der Politikbereich in der EU zentralisiert werden muss. Dass nichtfunktionierendes Unionsrecht mit noch »mehr EU« geheilt werden soll, ist eine politisch nur schwer zu begründende Strategie, deren Akzeptanz begrenzt ist.¹⁰² Abgesehen von der ungeklärten Frage, ob ein zentral von der Kommission und Agenturen gesteuert-

97 Zur Überkomplexität des Asylsystems *Hailbronner*, Gerechtigkeit bei der Aufnahme von Flüchtlingen im Europäischen Asylsystem, in: FS Thürer, 2015, S. 211 (215 ff.); *Hailbronner/Thym*, JZ 71 (2016), 753 (760); *Luft*, Die Flüchtlingskrise, 2. Aufl. 2017, S. 83 ff.; exemplarisch *Odendahl*, VVDStRL 76 (2017), S. 49 (83 ff.).

98 Aufgrund dieser hemmenden Wirkung für einen Wiedereintritt der Mitgliedstaaten in die Verantwortung *Weber*, JöR n.F. 66 (2018), 237 (287, 294).

99 *Klos*, Aufenthaltsrecht vor dem Infarkt, in: FS Hailbronner, 2013, S. 123 (124 ff.); *Luft*, FAZ v. 11.6.2018, S. 9.

100 *Bergmann*, ZAR 2013, 318 (322, 324).

101 BVerfGE 134, 366 (392) – OMT-Vorlage (2014).

102 Exemplarisch für einen supranationalen Absolutheitsanspruch *Hoffmeister*, Vom Ziel der Europäischen Union, Eine politische Perspektive aus Brüssel, in: *Kirchhof/Kube/Schmidt* (Hg.), Von Ursprung und Ziel der Europäischen Union, 2016, S. 113 (130), der sich gegen einen Formenpluralismus ausspricht und der Integration besser »durch einen – ja orthodoxen – Vorrang der Gemeinschaftsmethode« gedient sieht.

tes Dublin-Recht effektiver im Vollzug sein würde, sollten die weiteren Handlungsoptionen in den Blick genommen werden. Eine weitere Problemlösungsstrategie ist nämlich die Intergouvernementalisierung von »Dublin«.

Es ist zumindest diskussionswürdig, ob eine Rechtsebene durch die Überleitung des Dublin-Rechts in Völkervertragsrecht gestrichen werden kann. Dieser Schritt erhöhte die Flexibilität, weil Völkerrecht strukturell für politischen Pragmatismus offener ist, das Initiativmonopol der Kommission in seiner vorprägenden Gestaltungswirkung gedämpft,¹⁰³ die Jurisdiktion des Gerichtshofs ausgeschlossen werden könnte und ein intergouvernementales Dublin IV-Übereinkommen integrationspolitisch weniger aufgeladene Möglichkeiten böte, eine Vertragspartei von der vollumfänglichen Teilnahme, mit der folgerichtigen Erstreckung auf »Schengen« auszuschließen. Dieser Schritt ermöglichte auch die primärlegitimatorische Einbeziehung der nationalen Parlamente und damit eine eindeutige Zuweisung von Verantwortung. Letztlich würde die Normativität der supranationalen Unionsordnung geschützt,¹⁰⁴ weil die Mitgliedstaaten und die EU-Organe davor bewahrt werden, durch informelle Maßnahmen, Anwendungsänderungen und kreative Auslegung einen Rechtsakt vollzugsfähig zu halten. Der Preis wäre das Eingeständnis, dass – erstens – die EU mehr Differenzierung benötigt und dass – zweitens – die nicht ausgeprägte Bereitschaft der Mitgliedstaaten, bei hochpolitischen Themen Mehrheitsentscheidungen im Rat zu akzeptieren, nicht ignoriert werden sollte. Es gibt weiterhin europäische Politikbereiche, die außerhalb der Supranationalität besser verhandelt werden können.

Bei der Dublin-Zuständigkeitsfrage handelt es sich um eine Entscheidung von »konstitutioneller Qualität«, weil damit in zahlreichen Fällen über den Gebietszugang und damit über die langfristigen sozial-, wirtschafts- und verteilungspolitischen Folgen der Migration mitentschieden wird.¹⁰⁵ Diese Frage sollte nicht der strukturell defizitären Dublin III-Verordnung, ihrer mangelhaften Vollzugspraxis und den Fähnissen qualifizierter Mehrheitsentscheidungen im trilogischen Gesetzgebungsverfahren der EU überlassen werden.¹⁰⁶

103 Art. 225 und Art. 241 Satz 1 AUEV berechtigen Parlament und Rat, die Kommission u.a. zur Vorlage eines Gesetzgebungsvorschlages aufzufordern. Daneben bestehen informelle Einflussmöglichkeiten der Mitgliedstaaten, die aber im öffentlichen Raum kaum sichtbar werden und nicht stets den Eindruck vermitteln, dass die Mitgliedstaaten gegen erkannte, strukturelle Defizite des Unionsrechts effektiv etwas unternehmen können.

104 Für ein Wiedereintreten der Mitgliedstaaten in die Verantwortung auch *Weber*, JöR N.F. 66 (2018), 237 (288, 293 f.).

105 Deutlich die Aussage von Bundestagspräsident *Schäuble*, WELT v. 23.9.2018, S. 3: »Wir sollten uns klarmachen, wie schwer es ist, im Einzelfall abzuschieben. Deswegen sollten wir auch nicht allzu stark die Hoffnung schüren, dass wir die Großzahl dieser Menschen zurückführen können. Eher sollten wir alle Kraft dafür aufbringen, sie in unsere Gesellschaft zu integrieren.« Näheres zum Integrationsrahmen bei *Eichenhofer*, in: *Lehner/Wapler* (Hg.), Die herausgeforderte Rechtsordnung: Aktuelle Probleme der Flüchtlingspolitik, 2018, S. 111 ff. und *Kluth*, in: *Uhle* (Fn. 67), S. 89 ff.

106 *Nettesheim*, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise, 2015, S. 55 (62 ff.), mit dem Hinweis, die konstitutionelle Qualität bereits der Gebietszugangentscheidung lasse sich nicht mit einem Verweis auf den Vorbehalt nachgelagerter Einbürgerungsentscheidungen relativieren, da sich faktische und normative Folgezwänge einstellen; zum »demokratischen over-spill« der Gebietszulassung und der Demokratiesensibilität des Aufenthaltsrechts siehe auch *Gärditz*, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hg.), a.a.O. S. 55 (62 ff.), S. 105 (108 ff.); *Möstl*, AöR 142 (2017), 175 (188, 199 f.).