

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3

76131 Karlsruhe

12. April 2018

Organstreitverfahren

der AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
Platz der Republik 1, 11011 Berlin,

vertreten durch die Fraktionsvorsitzenden Dr. Alexander Gauland und Dr. Alice Weidel,

Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Privatdozent Dr. Ulrich Vosgerau,

- Antragstellerin -

gegen

die Bundesregierung,

vertreten durch Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Bundeskanzleramt, Willy-Brandt-
Straße 1, 10557 Berlin

- Antragsgegnerin -

wegen

der Verletzung der organschaftlichen Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages an der politischen Grundentscheidung über die laufende Einwanderung von Ausländern von außerhalb des Schengen-Raumes in die Bundesrepublik Deutschland sowie an einer alle wesentlichen Fragen der Einwanderung nach Deutschland behandelnden gesetzli-

chen Regelung („Migrationsverantwortungsgesetz“) sowie an der laufenden parlamentarischen Kontrolle aller Einwanderungsbewegungen in die Bundesrepublik Deutschland

durch

die Duldung der Einreise von Asylbewerbern – trotz bestehender Grenzkontrollen – auch ohne gültigen Paß und gültiges Schengen-Visum, sowie von Asylbewerbern, bei denen Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß ein anderer Staat aufgrund von Rechtsvorschriften der Europäischen Union oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist, und von Asylbewerbern, die aus sicheren Drittstaaten in die Bundesrepublik Deutschland einreisen oder einreisen wollen, sowie weiterhin die Eröffnung und Behandlung von Asylverfahren solcher Asylbewerber in der Bundesrepublik Deutschland.

Gliederung:

Antrag.....	7
A. Sachverhalt.....	9
I. Geschichtlicher Hintergrund: 50 Jahre Masseneinwanderung ohne parlamentarische Mitsprache.....	10
1. Vom Gastarbeiter zum Mitbürger – auch ohne den Bundestag.....	10
2. Das subjektive Verständnis des Asylrechts: deutscher Sonderweg und Quelle millionenfacher, völlig ungesteuerter Zuwanderung.....	14
a) Asylrecht eigentlich kein subjektiv-klagbares Recht.....	14
b) Der deutsche Sonderweg.....	15
c) Lösungsversuch: der Asylkompromiß von 1992/93.....	16
II. Die heutige Rechtslage im Überblick: der Asylkompromiß von 1992/93 und die spätere teilweise Überlagerung des deutschen durch das unionale Asylrecht.....	17
1. Rechtslage.....	17
2. Das Problem: nationales Recht effektuiert erst die Dublin-III-Verordnung; seine Anwendung war aber durch sonstiges Unionsrecht verboten.....	18
3. Hintergrund: Systemische Kollision der Dublin-III-Verordnung mit dem Schengen-Regime.....	19
4. Seit Wiedereinführung der Grenzkontrollen muß zurückgewiesen werden.....	22
a) Grundsatz: schon keine Freizügigkeit ohne Schengen-Visum.....	22
b) Die Gegenthese: die spezifisch deutsche Lesart des Europarechts durch deutsche Fachanwälte.....	23
c) Kein Einlaß wegen der Qualifikationsrichtlinie oder wegen des Subsidiären Schutzes.....	23
III. Unmittelbare Vorgeschichte der heutigen Situation:	
Die „Flüchtlingskrise“ 2015/16.....	24
1. Schleichende Auflösung des Dublin-Systems spätestens seit 2011.....	24
2. Die „Große Grenzöffnung“.....	25
3. Folgen der Grenzöffnung.....	30
a) Fast alle Migranten werden dauerhaft bleiben.....	30
b) Substantielle Veränderung der deutschen Bevölkerungsstruktur und -zusammensetzung.....	34
c) Geopolitischer Hintergrund der Wanderungsbewegungen.....	35

IV. Die heutige Situation des 19. Deutschen Bundestages und die Rechtsauffassung der Bundesregierung.....	37
1. Ausgangspunkt: Die Flüchtlingskrise ist nicht vorbei.....	37
2. Rechtsauffassung der Bundesregierung.....	38
a) Primärnarrativ: Asylrecht des Grundgesetzes ohne Obergrenze.....	38
b) Sekundärnarrativ: Ausübung des Selbsteintrittsrechts nach Art. 17 Dublin-III-Verordnung.....	39
c) Tertiärnarrativ: Unionsrechtlich verpflichtende Prüfung, welcher Mitgliedstaat zuständig sei.....	40
aa) Art. 3 Dublin-III-Verordnung, angebliche Einlaßpflicht an Binnengrenzen.....	41
bb) Die Regierung glaubt selbst nicht an einen Rechtszwang.....	42
d) Die offizielle letzte Rechtsauffassung der Bundesregierung: Antwort auf die Kleine Anfrage der Klägerin vom 12. Februar 2018.....	44
3. Ausblick: Mangelnde Eignung der derzeit seitens der Bundesregierung avisierten Maßnahmen zur Beschränkung der Zuwanderung.....	47
a) Gegenwärtige Situation an den Grenzen.....	47
b) Demokratisch nicht mehr steuerbare, weitere Familienzusammenführung.....	50
c) Keine sonstige Abhilfe; keine sinnvolle Sachdiskussion im Deutschen Bundestag.....	51
B. Zulässigkeit.....	53
I. Beteiligtenfähigkeit.....	53
II. Antragsgegenstand.....	53
1. Allgemein.....	53
a) Tun und Unterlassen.....	53
b) Rechtserheblichkeit.....	53
c) Zwischenergebnis.....	54
2. 18. und 19. Deutscher Bundestag, Kontinuitätsproblem.....	54
a) Sachliche Diskontinuität des Deutschen Bundestages.....	54
b) Organkontinuität und Organidentität des Deutschen Bundestages.....	55
c) Ergebnis.....	55
III. Antragsbefugnis.....	56
1. Gesetzliche Prozeßstandschaft.....	56
2. Grundsatz: <i>legitimatorischer Nexus</i> zwischen Demokratieprinzip und Rechtsstaatsgebot.....	57
3. Rechtsprechung des BVerfG.....	57
4. Parlamentsvorbehalt; Wesentlichkeitstheorie.....	57

IV. Frist.....	58
1. Vorgänge seit dem 24. Oktober 2017 (Konstitution des 19. Deutschen Bundestags).....	58
2. Vorgänge während der 18. Legislaturperiode.....	59
a) „Naturalistische“ Betrachtungsweise.....	59
b) Verfassungsrechtliche Betrachtungsweise.....	60
c) Hilfsweise: völlig Informalität des Regierungshandelns; „ <i>moral hazard</i> “.....	60
V. Rechtsschutzbedürfnis.....	62
C. Begründetheit.....	64
I. Objektive Rechts- und Verfassungswidrigkeit der allgemeinen Grenzöffnung für Asylantragsteller.....	64
1. Einlaß von Asylbewerbern über EU-Binnengrenzen trotz Wiedereinführung der Grenzkontrollen ist und bleibt täglicher Rechtsbruch.....	64
2. Die Verfassungsrechtliche Grundentscheidung aus Art. 16a Abs. 2 GG widerspricht nicht dem Unionsrecht.....	67
3. Das europarechtskonforme Grenzregime nach § 18 Abs. 2 bis 4 AsylG.....	69
a) Grundsätze.....	69
b) § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG: keine Ausnahme per Ministererlaubnis.....	70
c) § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG: Ministererlaubnis nur im ausnahmehaften, begründeten Einzelfall; keine Durchführung des Asylverfahrens.....	71
4. Keine Rechtfertigung durch Ausübung des unionalen Selbsteintrittsrechts.....	72
a) Unionsrecht: Selbsteintritt <u>nur</u> in das Asylverfahren, nicht in das Zuständigkeitsprüfungsverfahren.....	73
b) Verfassungsrecht: Selbsteintrittsrecht durch die Bundesrepublik <u>gar nicht</u> auszuüben.....	75
c) Selbsteintrittsrecht jedenfalls nur in begründeten Einzelfällen und aufgrund des formellen Verfahrens.....	75
5. Keine Universalisierung des subsidiären Schutzes.....	76
6. Kein Recht auf Einreise kraft Genfer Flüchtlingskonvention.....	78
7. Keine Einreise zwecks Prüfung der Asylzuständigkeit wegen des Wortlauts von Art. 3 Dublin-III-VO.....	78
8. Sogar Strafbarkeit der Akteure gemäß § 96 Aufenthaltsg.....	80
9. Hilfsweise: Selbst wenn die unbeschränkte Einreise unionsrechtlich geboten sein sollte, verstieße dies gegen Eigenstaatlichkeit und Verfassungsidentität der Bundesrepublik.....	81
a) Eigenstaatlichkeit: <i>BVerfGE 123, 267 ff.</i>	82
b) Verfassungsidentität: <i>BVerfGE 140, 317 ff.</i>	82
c) Faktische Verfassungswidrigkeit.....	83
10. Objektiv-rechtliches Fazit.....	84

II. Verletzung organschaftlicher Rechte des Deutschen Bundestages.....	85
1. Parlamentsvorbehalt aufgrund der <i>Wesentlichkeit</i> der Grenzöffnung.....	86
a) Bevölkerungszusammensetzung als eigentliches Wesen einer staatlichen Gemeinschaft.....	87
b) Finanzielle Wesentlichkeit.....	88
c) Langzeitwesentlichkeit.....	89
d) Grundrechtswesentlichkeit.....	90
e) Ablehnung des Antisemitismus und Existenz Israels als ungeschriebene <i>Verfassungsesentialia</i> des Grundgesetzes.....	91
2. Hilfsweise: Parlamentsrechte im Hinblick auf Staatlichkeit und Verfassungsidentität.....	92
D. Ergebnis.....	94
E. Erstattung der notwendigen Auslagen.....	96

Namens und kraft Vollmacht der Antragstellerin stelle ich den

Antrag,

wie folgt zu entscheiden:

1. Die Bundesregierung verletzt durch die Duldung der Einreise von Asylbewerbern, bei denen Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß ein anderer Staat aufgrund von Rechtsvorschriften der Europäischen Union oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist, und von Asylbewerbern, die aus sicheren Drittstaaten in die Bundesrepublik Deutschland einreisen, sowie die Eröffnung und Durchführung von Asylverfahren auch in Fällen, in denen der Asylbewerber aus einem sicheren Drittstaat in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist, sofern dies nicht nur ausnahmsweise in denjenigen Einzelfällen geschieht, wo dies durch Rechtsvorschriften der Europäischen Union, die ihrerseits die Schranken des durch das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon legitimierten, damals im einzelnen bereits absehbaren Integrationsprogramms wahren und die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland nicht verletzen, zwingend angeordnet und der betreffende Asylbewerber vom Ersteinreisestaat ordnungsgemäß überstellt wird, die verfassungsmäßigen Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages
 - a) an der politischen Grundentscheidung über Art, Ausmaß und Modalitäten der Migration von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland,
 - b) an der Formulierung und dem Beschluß einer gesetzlichen Regelung der Migration in die Bundesrepublik Deutschland, in der alle wesentlichen Fragen dieser Migration vom Deutschen Bundestage unmittelbar und selbst festgelegt werden, etwa in Gestalt eines Gesetzes zur Einführung der parlamentarischen Verantwortung für die Migration von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland („Migrationsverantwortungsgesetz“),
 - c) an der ständigen und unmittelbaren parlamentarischen Kontrolle aller laufenden Migrationsbewegungen in die Bundesrepublik Deutschlandund dadurch zugleich den Gewaltenteilungsgrundsatz sowie Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG).
2. Die Duldung der Migration von Ausländern aus Staaten, die nicht dem Schengen-Raum angehören, in die Bundesrepublik Deutschland durch die Bundesregierung und sonstige Stellen des Bundes oder auch der Länder wäre von Verfassungs wegen nur zulässig aufgrund eines vorab ordnungsgemäß zustande gekommenen parlamentarischen Gesetzes, das alle wesentlichen Aspekte der Art, des Umfangs und aller sonstigen wesentlichen Modalitäten dieser Migration, wie insbesondere die personale Zu-

sammensetzung der Migrationskontingente und die an den einzelnen Migranten jeweils heranzutragenden persönlichen Voraussetzungen, wie v.a. Bildung, Ausbildung, Sprachkenntnisse, Leumund und Privatvermögen, in parlamentarischer Verantwortung hinreichend bestimmt regelt. Der ordnungsgemäße Erlass eines solchen parlamentarischen „Migrationsverantwortungsgesetzes“ wird insbesondere nicht dadurch verzichtbar, daß die Bundesregierung die von ihr ohne gesetzliche Grundlage eingelassenen Migranten sprachlich als „Asylbewerber“, „Flüchtlinge“ usw. bezeichnen läßt.

3. Asylbewerber, bei denen Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß ein anderer Staat aufgrund von Rechtsvorschriften der Europäischen Union oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist oder die aus einem sicheren Drittstaat in die Bundesrepublik Deutschland einreisen wollen, sind an den Grenzen zurückzuweisen; desselbengleichen sind Ausländer, die unabhängig von einem Asylbegehren unerlaubt in die Bundesrepublik Deutschland einreisen, insbesondere weil sie nicht über gültige Ausweis- und Reisedokumente und ein Schengen-Visum verfügen, an den Grenzen zurückzuweisen.¹
4. Die Bundesrepublik Deutschland hat der Antragstellerin die notwendigen Auslagen zu erstatten.

¹ Vergl. § 67 Satz 3 BVerfG; zum Ganzen etwa *Christian Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 2 Rn. 40.

Ich **begründe** diesen Antrag wie folgt:

A. Sachverhalt

Die bisherige Geschichte der Einwanderung von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland, die in der Grenzöffnungspolitik der Bundesregierung ihre Fortsetzung und Steigerung findet, zeigt vor allem, wie man es nicht machen sollte und gilt daher im Ausland – vor allem in asiatischen Ländern – schon länger als abschreckendes Beispiel. Einwanderung kann nur funktionieren aufgrund gut ausgedachter und sorgfältig formulierter Gesetze, die genaue Kriterien aufstellen, wer überhaupt im staatlichen Interesse als potentieller Einwanderer in Betracht käme und welche Vorleistungen er zu erbringen hat. In der Bundesrepublik wäre dies, sofern eben systematische Einwanderung gewünscht wäre, nach der grundgesetzlichen Ordnung Aufgabe des Deutschen Bundestages gewesen.

Aufgrund der vielfältigen europarechtlichen und völkerrechtlichen Überlagerung der nationalen Rechtsordnung durch internationale Menschenrechte werden *subjektive Rechte* potentieller Einwanderer gegen ihren Aufenthaltsstaat – die die staatliche und parlamentarische *Steuerung* von Einwanderungsströmen im staatlichen Interesse tendenziell immer konterkarieren – heute im allgemeinen schon durch das *Überschreiten der Landesgrenze* begründet, da diese eben die völkerrechtliche Zuständigkeit des Aufnahmestaates für die Wahrung der Grund- und Menschenrechte stiftet.²

Gerade wegen dieser starken menschenrechtlichen Überlagerung jedes nationalen Ausländer-, Aufenthalts-, Asyl- und Einwanderungsregimes in Europa ist die entscheidende Weichenstellung heute eben bereits der *Einlaß von Migranten über die nationale Grenze*. Kein Nicht-Schengen-Bürger hat das subjektive Recht auf Einlaß in einen bestimmten EU-Mitgliedstaat, wie etwa die Bundesrepublik Deutschland; wird er aber gleichwohl eingelassen, so begibt sich der Einlaßstaat sehenden Auges weitgehend seiner effektiven Steuerungsfähigkeit. Dies ist aber nach der grundgesetzlichen Ordnung nicht nur ein praktisches, sondern v.a. auch ein verfassungsrechtliches Problem. Denn bereits die Maastricht-³ wie später die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴ haben aufgezeigt, daß die Bundesregierung *de constitutione lata* nicht berechtigt ist, die organschaftlichen Kompetenzen des Deutschen Bundestages durch „pragmatische Europäisierung aller wichtigen Fragen“ im Ergebnis leerlaufen zu lassen.

² Vergl. zum Ganzen Ulrich Vosgerau, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016), S. 167 ff.

³ BVerfGE 89, 155 ff.

⁴ BVerfGE 123, 267 ff.

I. Geschichtlicher Hintergrund: 50 Jahre Masseneinwanderung ohne parlamentarische Mitsprache

Obwohl es in der Bundesrepublik Deutschland noch nie ein explizites Einwanderungsgesetz oder gar ein Einwanderungsförderungsgesetz gegeben hat⁵, sind seit den 1960er Jahren Millionen von Ausländern in die Bundesrepublik eingewandert, haben ihre Familien nachgeholt und bilden heute zum Teil – eine inzwischen wohl nicht mehr auflösbare Problematik⁶, die insbesondere Türken, Kurden, und Araber diverser Nationalität und Herkunft betrifft – stabile Parallelgesellschaften in allen westdeutschen Großstädten⁷.

1. Vom Gastarbeiter zum Mitbürger – auch ohne den Bundestag

Bis in die 1960er Jahre hinein war die Bundesrepublik Deutschland im allgemeinen jedenfalls noch kein Einwanderungsland. Das Verständnis des deutschen Volkes als eine ontologisch positiv existierende, also nicht nur in kontingenter Weise begrifflich wie rechtlich jeweils neu zu konstruierende, sich selbst generationell reproduzierende Abstammungsgemeinschaft lag dem Reichs- und Staatsbürgerschaftsgesetz von 1913 zugrunde, das bei der Schaffung des Grundgesetzes 1948/49 bereits seit Jahrzehnten unangefochten galt, und wird im Grundgesetz begrifflich so vorausgesetzt (Präambel, Art. 20 Abs. 2, Art. 146).⁸ Hieran konnte sich auch *ex post* nichts dadurch ändern, daß der einfache Gesetzgeber seit 1999 das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht Reformen unterzog, durch die er dem als hauptsächlichem Weg der Erlangung der deutschen Staatsbürgerschaft selbstverständlich fortgeltendem Abstammungsrecht alternative Wege der nachträglichen Einbürgerung nach Grundsätzen des Bodenrechts zur Seite stellte, um den inzwischen millionenfach in Deutschland lebenden Ausländern die Einbürgerung zu erleichtern. Die seinerzeitige Reform des Staatsbürgerschaftsrechts unterliegt im übrigen gravierenden verfassungsrechtlichen Zweifeln.⁹

Zu einem Einwanderungsland wurde die Bundesrepublik Deutschland schrittweise durch die Anwerbung ausländischer Arbeitskräfte („Gastarbeiter“) zwischen 1955 und dem „Anwerbestopp“ 1973, die sich rein rechtlich auf völkerrechtliche Anwerbeabkommen der Bundesregierung mit deren jeweiligen Heimatländern, nämlich Italien, Griechenland, Spanien, Portugal,

⁵ Das Gesetz vom 30. Juli 2004 hieß „Gesetz zur Steuerung *und* Begrenzung der Zuwanderung“ (BGBl. 2004, I-1950 ff.); seit 2004 ist es aber weder zu einer merklichen Begrenzung, noch zu einer effektiven „Steuerung“ der Einwanderungsbewegungen in die Bundesrepublik Deutschland gekommen, da diese rechtlich hauptsächlich auf dem Asylrecht wie auf Familienzusammenführung beruhen, nicht aber auf gezielter staatlicher Anwerbung besonders leistungsfähiger und gut beleumundeter Ausländer im wirtschaftlichen Interesse der Bundesrepublik.

⁶ a.A. wohl *Thilo Sarrazin*, Deutschland schafft sich ab (2010). Seine Lösungsvorschläge – u.a. gezielte Geburtenförderung in deutschen Akademikerfamilien sowie weitgehende Kasernierung der muslimischen Unterschichtjugend ab der frühen Kindheit tagsüber in staatlichen Erziehungsanstalten, in denen, u.a. durch das Vorlesen geeigneter Texte, die typische Jugend deutscher Akademikerkinder so weit als möglich simuliert werden soll – sind allerdings in der Politik auf so einhellige wie wütende Ablehnung gestoßen, daß ihre Realisierung, ganz unabhängig von der Erfolgswahrscheinlichkeit solcher Maßnahmen, auf absehbare Zeit völlig unrealistisch erscheint.

⁷ Vergl. statt vieler nun *Alexander Haneke*, Parallelgesellschaft, in: FAZ Nr. 53, 3. März 2018, S. 3.

⁸ *Vosgerau*, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016), S. 160 ff.; 261 ff.

⁹ Vergl. *Christian Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 19; *Vosgerau*, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016), S. 154 f.; *Dietrich Murswiek*, Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung im Nationalstaat des Grundgesetzes (erscheint demnächst im JöR 66 [2018]), MS S. 26 ff.

der Türkei, Jugoslawien, Marokko und Tunesien stützte. Hierbei hat die jüngere geschichtliche Forschung¹⁰ herausgearbeitet, daß die seinerzeitige Anwerbung von „Gastarbeitern“ keineswegs nur oder auch nur in erster Linie eine arbeitspolitische Maßnahme war und den Bedürfnissen der westdeutschen Industrie folgte, sondern mindestens ebenso sehr als „diplomatisches Tauschgeschäft“ die Außenpolitik der Bundesrepublik unterstützen sollte und die Initiative hierzu in aller Regel von den Entsendestaaten und nicht etwa von der Bundesrepublik Deutschland ausging.¹¹

Die bis heute besonders folgenreiche Anwerbung türkischer Staatsbürger als Arbeitsmigranten¹² – bei denen man offenbar jahrzehntelang nur unzureichend realisierte, daß es sich bei ihnen keineswegs durchgehend um „Türken“ handelte, sondern die entsprechenden türkischen Staatsbürger – von sonstigen türkischen Minderheitengruppen wie etwa den Tscherkessen einmal abgesehen – sich etwa zu gleichen Teilen aus Türken und aus Kurden zusammensetzen, also zwei ethnisch, kulturell und sprachlich ganz unterschiedlichen Völkern, die sich vielfach feindselig gegenüberstehen und ihre jahrhundertealten Konflikte bei der Übersiedlung in die Bundesrepublik mitbrachten – ging historisch im wesentlichen wohl darauf zurück, daß die Bundesrepublik Deutschland als NATO-Partner der USA einen diplomatischen Preis für den NATO-Beitritt der Türkei im Jahre 1952 und die nachfolgende Stationierung US-amerikanischer Jupiter-Atomraketen¹³ dort zu erbringen hatte.

Als Gegenleistung für den geopolitisch risikoreichen Schritt der Türkei, sich an der Seite der USA gegen die Sowjetunion zu positionieren, sollten türkische Arbeitskräfte in deutschen Industriebetrieben fachlich ausgebildet werden und dann mit neuen industriellen Fähigkeiten in die Türkei zurückkehren.¹⁴ Allerdings zeigte sich bald, daß diese ursprünglich avisierte Vorgehensweise aus Sicht aller beteiligten Parteien wenig sinnvoll erschien. Aus Sicht der deutschen Industrie war es nicht erstrebenswert, die neu angelernten Arbeiter dann gleich wieder zurückzuschicken¹⁵; und die Gastarbeiter hätten damals in der Türkei ohnehin noch keine Arbeitsplätze vorgefunden, an denen sie ihre neuen industriellen Fähigkeiten hätten einsetzen können, und empfanden weiterhin die Arbeitsbedingungen und den materiellen Lebensstandard in der Heimat als im Vergleich zu Deutschland unattraktiv. Daher verstetigte sich ihr Aufenthalt, Ehepartner und Kinder wurden vielfach nach einigen Jahren nachgeholt¹⁶, die erwachsenen Kinder und Enkel dann wiederum typischerweise im Heimaturlaub mit Ehepartnern aus ihrer ursprünglichen Heimatregion verheiratet, die dann im Rahmen der Famili-

¹⁰ Johannes-Dieter Steinert, Migration und Politik (1995).

¹¹ Heike Knorz, Diplomatische Tauschgeschäfte (2008), S. 7 ff. und passim.

¹² Vergl. etwa Hartmut Esser, Gastarbeiter, in: Benz (Hg.), Die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2 (1989), S. 326 ff.

¹³ Diese wurden dann 1963 – was vor der Öffentlichkeit weitgehend geheimgehalten wurde – in der Folge der Kubakrise im Oktober 1962 wieder abgezogen; dies war eine Gegenleistung der USA für das Einlenken der Sowjetunion in der Kubakrise.

¹⁴ Vergl. Nekla Kelek, Die Kunst des Mißverstehens, FAZ Online, 29. Oktober 2011, http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/integration/gastarbeiter-die-kunst-des-missverstehens-11502703.html?printPagedArticle=true#pageIndex_0

¹⁵ Knorz, Diplomatische Tauschgeschäfte (2008), S. 36 f.

¹⁶ Vergl. etwa Knorz, Diplomatische Tauschgeschäfte (2008), S. 129 f. zu aktiven und systematischen Täuschungshandlungen des türkischen Generalkonsulats in München gegenüber den deutschen Behörden, die dazu dienen sollten, die Zusammenführung türkischer Familien auf deutschem Boden auch schon zu einem Zeitpunkt zu verwirklichen, wo die deutsche Politik dies noch keineswegs vorsah.

enzusammenführung nach Deutschland übersiedelten.¹⁷ In der Folge entstand in der Bundesrepublik Deutschland keine „multikulturelle Gesellschaft“ (ein Begriff, mit dem man seit den 1980er Jahren in den Massenmedien das offensichtliche Scheitern aller Integrationsbemühungen ins Positive zu wenden suchte), sondern türkische und kurdische Parallelgesellschaften, die sich in den westdeutschen Großstädten stadteilspezifisch ausbreiteten.

Als in *rechtlicher* Hinsicht entscheidend für die – sozialrechtlich zunächst alles andere als selbstverständliche – weitgehende arbeits- und sozialpolitischen Gleichstellung türkischer „Gastarbeiter“ mit EU-Bürgern erwies sich das Assoziierungsabkommen zwischen der EWG und der Türkei vom 12. September 1963 (Ankara-Abkommen) sowie in dessen Konkretisierung v.a. die Beschlüsse 2/76 und später 1/80 des Assoziationsrates.¹⁸ Der EuGH maß tragenden Regelungen dieser Beschlüsse später auch unmittelbare Anwendbarkeit, d.h. im Ergebnis subjektiv-rechtliche Qualität zu.¹⁹ Jedenfalls mit dem EuGH-Urteil im Fall *Sevince* war die Transformation der türkischen und kurdischen Gastarbeiter, deren Aufenthalt ursprünglich auf wenige Jahre hatte befristet sein sollen und die arbeits- und sozialpolitisch Deutschen oder EU-Bürgern niemals hatten gleichgestellt werden sollen, zu rechtlich den Einheimischen weithin gleichgestellten *Einwanderern* vollzogen, *ohne* daß der Deutsche Bundestag jemals über ein entsprechendes Einwanderungs-, Gleichstellungs- oder Einbürgerungsgesetz verhandelt oder entschieden hätte.

Die bereits erwähnte, später unter maßgeblicher Beteiligung des Deutschen Bundestages in Werk gesetzte Reform des Staatsbürgerschaftsrechts, die v.a. der (staatspolitisch völlig kontraproduktiven) Ermöglichung zahlreicher „doppelter Staatsbürgerschaften“ diente – die Einbürgerung hier lebender türkischer Staatsbürger nach achtjährigem Aufenthalt und bei Aufgabe der bisherigen türkischen Staatsbürgerschaft war ohnehin kein Problem gewesen – war keine einwanderungspolitische Grundentscheidung des Parlaments mehr, sondern glich nur die Gesetzeslage den ohnehin längst ohne Beteiligung des Deutschen Bundestages geschaffenen politischen Realitäten an. Denn allen Fachleuten war längst bekannt, daß es auch im Hinblick auf die Einführung der doppelten Staatsbürgerschaft auf den Deutschen Bundestag nicht mehr ankam, da türkische Staatsangehörige, die ihre türkische Staatsbürgerschaft zwecks Naturalisation in Deutschland hatten aufgeben müssen, diese nach Vollzug der Einbürgerung in jedem türkischen Konsulat quasi formlos wiedererhielten, wenn sie selber dies nur wollten. Bundestag und Bundesrat waren insofern aufgrund der längst außerparlamentarisch geschaffenen politischen Realitäten in Deutschland schon nicht mehr „der Gesetzgeber“, was durch die spätere formelle Legalisierung der doppelten Staatsbürgerschaft durch parlamentarische Gesetze nur kaschiert werden sollte.

Die ab den frühen 1970er Jahren erkennbar werdende Verselbständigung der laufenden Einwanderung aus fremden Kulturkreisen und die sich allmählich abzeichnende Überfremdung der westdeutschen Großstädte beunruhigte die bundesdeutsche Gesellschaft und führte zu

¹⁷ Vergl. etwa *Edgar Wolfrum*, Die Bundesrepublik Deutschland 1949-1990 (2005; Handbuch der deutschen Geschichte, hrsg. von Gebhardt, Bd. 23), S. 318; *Stefan Keßler*, Ausländerpolitik in Deutschland 1945 bis 2000, in: *Burrichter/Nakath/Stephan* (Hg.), *Deutsche Zeitgeschichte 1945 bis 2000* (2006), S. 1234 (1236).

¹⁸ Vergl. *Thomas Oberhäuser*, in: *Rainer M. Hofmann*, *Ausländerrecht*, 2. Aufl. 2016, 3.1. Rn. 1 ff.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 20. September 1990, Rs. C-192/89 – *Sevince*.

dem am 23. November 1973 seitens der von Willy Brandt (SPD) geführten Bundesregierung verkündeten „Anwerbestopp“. Seither entsprach es der politischen Linie der demokratisch legitimierten, sozialliberalen Bundesregierung, die Zuwanderung nach Deutschland nunmehr radikal zu drosseln. Diese politische Absicht blieb indessen folgenlos, da sich das stetige Anwachsen der türkischen und kurdischen Milieus in Westdeutschland längst nicht mehr auf die ständige Anwerbung neuer „Gastarbeiter“ zurückführte, sondern auf Verheiratung der Kinder und Enkel ursprünglicher Gastarbeiter in der Heimatregion, Familienzusammenführung in Deutschland und anschließende natürliche Fortpflanzung in deutschen Parallelgesellschaften, und mithin schon aus grund- und menschenrechtlichen Gründen sowie aufgrund der international-exekutivischen Festlegungen des Ankara-Abkommens bzw. seiner Auslegung durch den Assoziationsrat keiner politischen Steuerung durch einfachgesetzliche Festlegungen mehr zugänglich war.

Dies ist auch der Grund, warum hier an diese aus heutiger Sicht historischen, freilich auch verfassungsrechtlich nicht mehr anfechtbaren Vorgänge einleitend erinnert wird. Denn bereits anhand des völlig folgenlosen „Anwerbestopps“ der Regierung Brandt zeigt sich die auch heute noch aktuelle Problematik (→ **unten III.3.a** und **IV.3.a+b**): nämlich daß das Ausländerrecht und das Recht der Einwanderung heute in so hohem Maße von den Grundrechten, den internationalen Menschenrechten sowie sonstigen internationalen Vereinbarungen überlagert wird, daß es sich parlamentarischer Steuerung meist weitgehend entzieht, *sobald ein Einwanderer auch nur die nationale Grenze überschritten hat* und nun in die völkerrechtliche Zuständigkeit eines Aufnahmelandes fällt, das insofern mannigfaltigen rechtlichen Bindungen unterliegt, die ihm die Steuerungs-fähigkeit rauben.-

Die damalige Bundesregierung reagierte bereits damals hilflos und allenfalls mit rhetorischen Kraftmeiereien auf eine bereits damals offenkundig nicht mehr steuerbare Einwanderungssituation. „Mir kommt kein Türke mehr über die Grenze!“ soll Bundeskanzler Helmut Schmidt (SPD) 1982 bei einem Treffen mit Wirtschaftsführern und Gewerkschaftern – aus den bereits genannten Gründen völlig folgenlos – ausgerufen haben.²⁰ Bis zu seinem Tod hielt Helmut Schmidt an der Auffassung fest, es sei der größte Fehler der Nachkriegszeit gewesen, die Gastarbeiter überhaupt ins Land geholt zu haben.²¹ Als seine Äußerung 1982 jedoch bekannt wurde, beeilte Helmut Schmidt sich festzustellen, er habe damit aber jedenfalls nicht das individuelle Grundrecht auf Asyl des Grundgesetzes in Frage stellen wollen.²²

²⁰ Vergl. *Nina Grunenberg*, Politiker müssen Farbe bekennen, in: DIE ZEIT, 5. Februar 1982, <http://www.zeit.de/1982/06/die-politiker-muessen-farbe-bekennen>.

²¹ Vergl. auch *Özlem Topçu/Bernd Ulrich*, Zehn Millionen Türken: Die Furcht des Helmut Schmidt, in: DIE ZEIT, 20. Oktober 2011: „Es gab noch etwas, das [Helmut Schmidt] damals Sorge bereitete. Einerseits interessierten Schmidt die Türkei und ihre regionale Bedeutung [...]. Er wollte der türkischen Wirtschaft helfen. ‚Auf der anderen Seite konnten wir sie nicht unbegrenzt aufnehmen. Ich kann mich nicht mehr genau erinnern, welcher türkische Staatsmann es war, der mir mal sagte: ›Wissen Sie, Herr Schmidt, bis zum Ende des Jahrhunderts müssen wir noch zehn Millionen Türken nach BRD exportieren [sic], wir haben zu viele Menschen.‹ Das hat mich erschreckt. Denn ich wusste, wir Deutschen sind nicht in der Lage, sie alle zu integrieren. Wir haben uns der Integration, insbesondere der Türken, nicht gewachsen gezeigt. Wir haben ihnen nicht ausreichend geholfen.‘ Deshalb, sagt er, sei es ein Fehler gewesen, die Gastarbeiter überhaupt nach Deutschland geholt zu haben.“ Vergl. <http://www.zeit.de/2011/43/50-Jahre-Migration-Schmidt>.

²² *Grunenberg*, in: DIE ZEIT, 5. Februar 1982.

2. Das subjektive Verständnis des Asylrechts: deutscher Sonderweg und Quelle millionenfacher, völlig ungesteuerter Einwanderung

Seit den 1970er Jahren ist zum Familiennachzug der Nachkommen der ursprünglichen Gastarbeiter das Asylrecht des Grundgesetzes als weiteres Einfallstor millionenfacher Einwanderung zumal in das Sozialsystem der Bundesrepublik Deutschland hinzugetreten; auch diese Einwanderung ist wiederum einer parlamentarischen Steuerung im Gewande eines allgemeinen Gesetzes, das etwa Festlegungen über die Eigenschaften erwünschter und benötigter Einwanderer treffen würde, seit je her völlig entzogen.²³

a) Asylrecht eigentlich kein subjektiv-klagbares Recht

Von Haus aus und im Völkerrecht ist das Asylrecht niemals ein individuelles, subjektives Recht, durch das ein privater Antragsteller seine Aufnahme in einen Staat gerichtlich und selbst gegen den politischen Willen der berufenen und demokratisch legitimierten Verwaltungsorgane des betreffenden Staates erzwingen könnte, sondern das „Recht des Zufluchtsstaates“ gegen die anderen Staaten. Das völkerrechtliche Asylrecht der Staaten durchbricht die ansonsten bestehende Personalhoheit anderer Staaten im Hinblick auf ihre Staatsbürger; die freiwillige Asylgewährung für einen fremden Staatsbürger, der in der Heimat politisch verfolgt und nicht bloß gemeiner Straftaten angeklagt wird, bildet keine verbotene Einmischung in innere Angelegenheiten.

Das grundgesetzliche Bekenntnis zum Asylrecht²⁴ intendierte ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien zum Grundgesetz²⁵ auch in seiner ursprünglichen, d.h. uneingeschränkten Fassung keine Abweichung von internationalen und völkerrechtlichen Standards, d.h. es war eigentlich gar nicht als individuell-subjektives, privat klagbares Recht gedacht. Zuerst sollte der Asylartikel lauten: „Politisch Verfolgte genießen Asylrecht im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts“. Auch nachdem dieser Nachsatz aus systematischen Gründen wieder gestrichen worden war, hielt Carlo Schmid (SPD) fest: „die Asylgewährung ist eine Frage der Generösität“²⁶. Dies spricht klar gegen die Vorstellung von einem subjektiven Recht, das von „Generösität“ gerade nicht abhängig wäre.

²³ Vergl. bereits die Stellungnahme des Bundesrates (Beschluß) laut BR-Drucks. 100/85, S. 9: „Nach Auffassung des Bundesrates kann es nicht angehen, daß der Bundesrepublik Deutschland bei jeder Krise in einem Staat der Dritten Welt oder durch neue Erfindungen von Schleuser-Organisationen die Gefahr droht, von Asylbewerbern überflutet zu werden, die der schlechten wirtschaftlichen Lage oder einer Bürgerkriegssituation in ihrem Heimatland entkommen wollen“ (zitiert nach *Keßler*, in: *Burrichter/Nakath/Stephan* (Hg.), *Deutsche Zeitgeschichte 1945 bis 2000* [2006], S. 1234 [1249]). Dies blieb selbstverständlich völlig folgenlos.

²⁴ Sachlich-historischer Hintergrund des grundgesetzlichen Bekenntnisses zur Asylgewährung für politisch Verfolgte war übrigens gerade nicht – anders, als es später meist aus politisch-rhetorischen Gründen behauptet worden ist – die Verfolgungssituation in der NS-Zeit und die Schwierigkeiten vieler Deutscher, im Ausland Zuflucht zu finden, sondern vielmehr die aus Sicht der Parlamentarischen Rates viel aktuellere Verfolgungssituation im sowjetischen Machtbereich. Die Aufnahme des Asylartikels ins GG ist historisch viel eher Ausdruck der damaligen Systemkonkurrenz als der Vergangenheitsbewältigung; diese wurde denn auch erst später im großen Stil modern. Vergl. zum Ganzen *Fabian Wittreck*, in: *Dreier, GG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 11 m.w.N.

²⁵ Peter Häberle (Hg.), *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes* (Neuausgabe des Jahrbuch[s] des öffentlichen Rechts der Gegenwart Band 1 [1951]), Tübingen 2010, S. 165 ff.

²⁶ Vergl. bei Häberle (Hg.), *Entstehungsgeschichte*, S. 167.

b) Der deutsche Sonderweg

Das Bundesverfassungsgericht hat das Asylrecht jedoch von Anfang an nicht als objektive Verfassungsentscheidung, sondern als ein subjektives, einklagbares Recht des einzelnen interpretiert.²⁷ Dies ist ein deutscher Sonderweg.²⁸ Die klassischen Einwanderungsländer wären nie auf diesen Gedanken gekommen, weil es für sie die Definition eines „Einwanderungslandes“ ausmacht, sich die Neuzugänge selber auszusuchen. Wer auf dieses Recht nicht verzichten will, kann logischerweise die zahlreichen Bewerber nicht gleichzeitig mit dem Recht ausstatten, sich das künftige Heimatland auszusuchen. Und im übrigen wäre selbst bei noch so kritikloser Zugrundlegung der subjektiv-rechtlichen Asyltheorie des Bundesverfassungsgerichts noch nicht entschieden gewesen, ob Art. 16 Abs. 2 a.F. GG neben dem Recht jedes Nichtdeutschen in Deutschland, einen Asylantrag zu stellen, weiterhin auch das Recht enthalten hätte, zwecks Stellung eines Asylantrages überhaupt erst nach Deutschland einzureisen²⁹; solange nämlich die Zurückweisung an der Grenze nicht mit dem Refoulement-Verbot der Genfer Flüchtlingskonvention kollidiert wäre, wäre dies wohl auch nach altem Recht kaum zwingend der Fall gewesen.³⁰

Das subjektiv verstandene Asylrecht des Grundgesetzes, das materiell-rechtlich eigentlich individuell-persönliche politische Verfolgung aufgrund der Rasse, Religion, Volkszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder politischer Überzeugungen voraussetzt, der sich der Antragsteller nicht durch Ortswechsel in seinem Heimatland entziehen kann, gewährleistete jedem Menschen auf der Welt, der es irgendwie schaffte, legal oder illegal in die Bundesrepublik Deutschland einzureisen und einen Asylantrag zu stellen, einen Anspruch auf Durchführung eines behördlichen Asylverfahrens mit anschließendem Rechtsschutzverfahren durch alle Instanzen plus Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Schon allein wegen der damit verbundenen Verfahrensdauer erwies sich die rechtlich eigentlich gebotene unverzügliche Abschiebung abgelehnter Asylbewerber im Regelfalle als unmöglich, die Asylverfahren endeten regelmäßig – trotz Anerkennungsquoten im niedrigen einstelligen Bereich – mit der *Duldung* des Asylbewerbers. So wurde das Asylrecht des Grundgesetzes zu einem weiteren, dauernden Einfallstor der Zuwanderung, Deutschland wurde zu einem Einwanderungsland, das sich keinen einzigen Einwanderer selber aussucht.

Was diese permanente Einwanderung ohne den Willen des Staates, ohne den Auftrag des Gesetzgebers, ohne den Wunsch des weit überwiegenden Teils der Bevölkerung, allein aufgrund der privatinitiativen Durchsetzung individueller Rechte durch entschlossene Migranten be-

²⁷ BVerfGE 9, 174 (184 f.); st. Rspr.; affirmativ etwa BVerwGE 75, 304 (305); *Albrecht Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 3, Art. 16a Abs. 1 Rn. 27 (Stand: 3/2007); ablehnend *Vosgerau*, Die Herrschaft des Unrechts (2018), S. 33 ff.

²⁸ Vergl. *Heinrich August Winkler*, Es gibt kein deutsches Moralmonopol, in: DIE ZEIT Nr. 18, 21. April 2016, S. 4.

²⁹ Vergl. *Winfried Kluth*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Rn. 19 m.w.N.: „Wenn die Reform des Asylgrundrechts in der Literatur gleichwohl als ‚verfassungsfunktionswidriger Mißgriff‘ oder als ‚Grundrechtsverhinderungsvorschrift‘ kritisiert wird, so wird dabei ein weit gefaßtes rechtspolitisches Verständnis zugrunde gelegt, das bei genauerer Betrachtung auch aus dem Regelungsgehalt der vorherigen Fassung nicht abgeleitet werden konnte.“

³⁰ Vergl. bereits *Murswiek*, Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung (2018), MS (erscheint demnächst im JöR) S. 2 Fn. 3.

wirkt, wurde schlaglichtartig während des Libanon-Krieges im Jahr 2006 deutlich. Hier mußten hunderte von deutschen Staatsbürgern – die zumeist während der 1980er Jahre politisches Asyl in Deutschland erhalten hatten und dann nach acht Jahren regulär eingebürgert worden waren – aus dem Libanon evakuiert werden, die offenbar teils seit geraumer Zeit faktisch gar nicht mehr in Deutschland lebten, sondern ihre zumeist Berliner Wohnungen längst an andere arabische Familien untervermietet hatten und in der alten Heimat, wo die politische Verfolgung inzwischen scheinbar nachgelassen hatte, mit deutschen Sozialleistungen einschließlich Kindergeld und Wohngeld zur finanziellen Oberschicht rechneten.

Hintergrund dieser Mißstände war – für Fachleute seit je her ohne weiteres erkennbar – die Ausgestaltung oder auch nur das Verständnis des grundgesetzlichen Asylgewährungsgrundsatzes als subjektiv-klagbares Recht. Die Kritik hieran konnte sich aber – trotz wachsenden Unmuts in der Bevölkerung etwa seit Ende der 1980er Jahre über den offensichtlichen Mißbrauch des grundgesetzlichen Asylrechts zur Einwanderung in die Sozialsysteme – in der Öffentlichkeit nicht durchsetzen, weil ihr in Politik und Massenmedien so wirksam wie verfassungsgeschichtlich unzutreffend (s.o.) der Einwand entgegengehalten wurde, das Asylrecht des Grundgesetzes bzw. sein subjektiv-rechtliches Verständnis seien eine unmittelbare Reaktion des Verfassungsgebers auf die Vorgänge während der Nazizeit. Ein bereits 1990 seitens der Bayerischen Staatsregierung in den Bundesrat eingebrachter Initiativantrag, der darauf gerichtet war, das Asylrecht (nach Art des später eingeführten Art. 20a GG) vom subjektiven Recht in ein objektives Verfassungsprinzip zu verwandeln³¹, das „nach Maßgabe der Gesetze“ zu gewährleisten ist³², fand praktisch keine Unterstützung. 1992 beantragten 438.191 Menschen politisches Asyl in Deutschland.

c) Lösungsversuch: der Asylkompromiß von 1992/93

In der Folge dessen und in Reaktion auf den vielfachen Gebrauch des Asylrechts als Einwanderungstitel verständigten sich die Bundestagsfraktionen der CDU/CSU, der SPD und der FDP Ende 1992 auf den bis heute geltenden „Asylkompromiß“, der das Asylrecht zwar als subjektiv-klagbares Recht erhält, durch die Regelungskonzepte der „sicheren Drittstaaten“ und der „sicheren Herkunftsländer“ allerdings in der Sache stark einschränkt³³. Seither fand ein kontinuierlicher Rückgang der Asylbewerberzahlen statt, die bis auf 19.164 Asylbewerber im Jahr 2007 sanken³⁴; seit 2008 sind die Asylbewerberzahlen wieder angestiegen.

³¹ Folgt man der hier vertretenen Rechtsauffassung, nach der das Asylrecht trotz seiner systematischen Stellung im Grundrechtskatalog nicht als subjektives Recht zu verstehen ist – ähnlich wie z.B. das Recht auf auskömmliche Arbeit nach Art. 166 II BayVerf – wäre dies eher eine verfassungsrechtliche Klarstellung gewesen als eine materielle Verfassungsänderung; angesichts der st. Rspr. des BVerfG dürften die hiermit verbundenen Fragen allerdings eher akademischer Natur sein.

³² Vergl. BR-Drucks. 175/90 vom 1. März 1990.

³³ Vergl. bereits den Initiativantrag des Landes Baden-Württemberg im Deutschen Bundesrat, BR-Drucks. 684/90 vom 5. Oktober 1990.

³⁴ Wittreck, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 17 m.w.N.

II. Die heutige Rechtslage im Überblick: der Asylkompromiß von 1992/93 und die spätere teilweise Überlagerung des deutschen durch das unionale Asylrecht

1. Rechtslage

Die heutige bundesdeutsche Rechtslage wird durch den seinerzeitigen Asylkompromiß von 1992/93 geprägt. Seither bestimmt Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG:

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

Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung wird durch die Vorschriften aus § 18 AsylG konkretisiert und ergänzt:

„(1) Ein Ausländer, der bei einer mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörde (Grenzbehörde) um Asyl nachsucht, ist unverzüglich an die zuständige oder, sofern diese nicht bekannt ist, an die nächstgelegene Aufnahmeeinrichtung zur Meldung weiterzuleiten.

(2) Dem Ausländer ist die Einreise zu verweigern, wenn

1. er aus einem sicheren Drittstaat [...] einreist,
2. Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat auf Grund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist und ein Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wird, oder
3. er eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er in der Bundesrepublik Deutschland wegen einer besonders schweren Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren rechtskräftig verurteilt worden ist, und seine Ausreise nicht länger als drei Jahre zurückliegt.

(3) Der Ausländer ist zurückzuschieben, wenn er von der Grenzbehörde im grenznahen Raum in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit einer unerlaubten Einreise angeht und die Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen.“

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1996 entschieden, daß die Verweigerung der Einreise für Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten gemäß Art. 16a Abs. 2 GG i.V.m. § 18 AsylG

- deren Grundrechte nicht verletzt

- und daß diese Asylbewerber auch weder Anspruch auf die Durchführung eines Feststellungsverfahrens noch auf ein vorläufiges Bleiberecht haben.³⁵

Freilich wird die bundesdeutsche Rechtslage mittlerweile von unionsrechtlichen Bestimmungen zum Asylrecht und zur Asylzuständigkeit überformt (vergl. Art. 16a Abs. 5 GG, § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG). Die wichtigste Überformung des deutschen Rechts durch Europarecht in Angelegenheiten des Grenzschutzes ist dabei gar nicht asylrechtlicher Natur, sondern liegt in der Anwendung der Vorschriften aus Art. 67 Abs. 2 Satz 1 AEUV, Art. 1 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex). Denn nach diesen Vorschriften dürfen an EU-Binnengrenzen keine systematischen, sondern allenfalls stichprobenartige Grenzkontrollen durchgeführt wurden. D.h., vor der Wiedereinführung der Grenzkontrollen durch die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des Schengen-Notstandes seit dem 13. September 2015 konnte das durch Art. 16a Abs. 2 GG i.V.m. § 18 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AsylG vorgeschriebene *Procedere* regelmäßig gar nicht ausgeführt werden, weil das hierzu erforderliche Instrumentarium, nämlich systematische Grenzkontrollen, nicht angewendet werden durfte (unten → 3.). Das Schengen-Regime dürfte heute infolge der Europäischen Flüchtlingskrise seit 2015 politisch gescheitert sein; mit seiner effektiven Wiederaufrichtung ist in den nächsten Jahren nicht mehr zu rechnen.

2. Das Problem: nationales Recht effektuiert erst die Dublin-III-Verordnung; seine Anwendung war aber durch sonstiges Unionsrecht verboten

Dieser Umstand wirft übrigens ein weiteres europarechtliches Problem auf: nach den eingeführten Grundsätzen des Europarechts sind *nur* nationale Rechtsvorschriften, die dem Unionsrecht widersprechen, im Rahmen des Anwendungsvorrangs nicht anzuwenden; alle nationale Vorschriften hingegen, die dem Unionsrecht *nicht* widersprechen, bleiben anwendbar.³⁶ Hier liegt es offensichtlich so, daß die Vorschrift aus § 18 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AsylG dem einschlägigen Unionsrecht, d.h. vor allem der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und 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 (Dublin-III-Verordnung), *nicht* widerspricht.

Denn nach der Dublin-III-Verordnung ist für die Behandlung eines in der EU gestellten Asyl-antrages grundsätzlich der Ersteinreisestaat zuständig; hiervon gibt es eine Reihe von Aus-

³⁵ BVerfGE 94, 49 (105 f.).

³⁶ Gerade in Kreisen von Autoren, die sich schwerpunktmäßig mit dem europarechtlich überformten Aspekten gerade des Asylrechts beschäftigen, ist zu beobachten, daß der europarechtliche Satz vom Anwendungsvorrang im Sinne der *van Gend en Loos*- und *Costa/ENEL*-Rechtsprechung gar nicht mehr verstanden wird; dort sucht man heute eher den Satz zu Anwendung zu bringen: „*wenn sich das Unionsrecht in irgend einer Weise auch schon mit der Thematik beschäftigt hat, so ist das nationale Recht von vornherein nicht mehr beachtlich*“. Dieser stillschweigende, oft wohl nur halbbewußte Wandel des Rechtsbewußtseins hat dann zu Postulaten geführt wie z.B. dem, Art. 16a GG (!) sei heute aufgrund des unionalen Asylrechts „obsolet“ (kritisch *Wittreck*, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 39 mit FN 204 m.w.N. für diese Rechtsansicht).

nahmen in besonders begründeten Einzelfällen, in denen der Antragsteller jedoch *auch* nicht eigeninitiativ in den ausnahmsweise zuständigen Asylverfahrensstaat einreisen darf oder soll, sondern vom Ersteinreisestaat nach Feststellung der abweichenden Zuständigkeit ordnungsgemäß dorthin überstellt wird. D.h., Die Vorschriften aus § 18 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AsylG widersprechen der Dublin-III-VO gerade *nicht*, sondern dienen gerade ihrer Umsetzung und Effektivierung. Nach nationalem Recht wie auch nach Dublin-III-Verordnung bestehen immer dann, wenn ein Asylbewerber über eine Landgrenze in die Bundesrepublik einreisen will, Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG, so daß der Asylbewerber in voller Übereinstimmung mit der Dublin-III-Verordnung an der Grenze zurückzuweisen wäre.³⁷

Nur, daß dies vor dem 13. September 2015 auf die praktische Schwierigkeit gestoßen wäre, daß *systematische* Grenzkontrollen nach dem Schengen-Kodex verboten waren. D.h., vor dem 13. September 2015 konnten *europarechtskonforme* nationale Vorschriften an der Binnengrenze nicht durchgehend zur Anwendung gebracht werden, weil andere europarechtliche Vorschriften es verboten hätten; vor dem 13. September 2015 schien das Europarecht also zu gebieten: „*Es gilt die asylrechtliche Zuständigkeit nach der Dublin-III-Verordnung. Alle systematischen und umfassenden Maßnahmen, die auch zur effektiven Durchsetzung der Dublin-III-Verordnung geeignet wären, bleiben gleichzeitig jedoch verboten.*“

3. Hintergrund: Systemische Kollision der Dublin-III-Verordnung mit dem Schengen-Regime

Hintergrund dieses rechtlichen Paradoxons ist dabei die Kollision zweier sich eigentlich ausschließender, europäischer Rechtsregime, nämlich der asylrechtlichen Zuständigkeitsordnung der Dublin-III-Verordnung und des Schengen-Systems, das grundsätzlich alle Grenzkontrollen an europäischen Binnengrenzen ausschließen will.³⁸ Denn bei frei zu überquerenden europäischen Binnengrenzen macht die Zuständigkeit eines bestimmten Staates für einen bestimmten Asylbewerber natürlich wenig Sinn, wenn dieser von sich aus woanders hinwill.³⁹

Den Grund für das notwendige Scheitern des „gemeinsamen Raumes ohne Binnengrenzen“ habe ich schon an anderer Stelle⁴⁰ hinlänglich dargelegt:

„In der Asylkrise von 2015/16 wurde und wird also geltendes Recht einfach gar nicht mehr angewendet; dem „Durchwinken“ im Süden entsprach die Duldung der illegalen Einreise im Norden. Hintergrund dieses Verhaltens war u.a. auch die Kollision zweier europäischer Rechtsregime, nämlich der [...] Dublin-III-Verordnung, die die Staatenzuständigkeit für die Durchführung des Asylverfahrens regelt, mit dem Schengen-System,

³⁷ Zutreffend *Nicola Halderlein*, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht (2016), § 18 AsylG Rn. 22.

³⁸ Vergl. bereits *Sarrazin*, Wunschdenken (2016), S. 205 ff. und *ders.*, Eine Atempause für Europa, in: FAZ Nr. 56, 7. März 2016, S. 7.

³⁹ Vergl. *Hofmann*, in: VVDStRL 76 (2017), 102 (103) (Diskussionsbeitrag): von den 22 Asylbewerbern, die im Rahmen des EU-Umverteilungsbeschlusses vom 22. September 2015 Lettland zugewiesen waren, sollen 21 alsbald das Land wieder verlassen haben, und zwar in Richtung Deutschland.

⁴⁰ *Vosgerau*, Die Herrschaft des Unrechts (2018), S. 45 ff.

das grundsätzlich alle Grenzkontrollen an europäischen Binnengrenzen ausschließt. Denn bei offenen, frei zu überquerenden Grenzen macht die Zuständigkeit eines bestimmten Staates für einen bestimmten Asylbewerber natürlich wenig Sinn, wenn dieser ganz woanders hinwill. Denn grundsätzlich stehen in Europa die Grenzen jedem offen, der einmal drin ist, und so ist die Durchführung der Dublin-III-Verordnung letztlich am Schengen-Regime gescheitert.

Um zu verstehen, wie das hochidealistisch, aber stets auch allzu künstliche und quasi stets „nur ausgedachte“ (statt: historisch gewachsene!) Europarecht an sich selber scheitert, lohnt es sich, kurz einen Blick auf die gemeinsame europäische Grenzschutzpolitik zu werfen. Ein wichtiges Ziel der Union ist nach dem Vertrag von Lissabon die Gewährleistung eines ‚Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen‘ (Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 ff. AEUV). Dieser setzt dann natürlich eine gemeinsame Grenzschutzpolitik voraus, und zur Koordination gibt es Europäische Agenturen [...].

Dem Schengen-System, also dem Gedanken eines Raums ohne Binnengrenzen, liegt ursprünglich das Schengen-Abkommen zugrunde, ein völkerrechtlicher Vertrag von 1985. Das Schengen-Abkommen ist daher – ursprünglich – strenggenommen gar nicht Teil des eigentlichen Europarechts gewesen. Es wurde 1985 überraschend und handstreichartig zwischen den Regierungen Deutschlands, Frankreichs und der Benelux-Staaten abgeschlossen und beinhaltete den schrittweisen Abbau aller Grenzkontrollen an europäischen Binnengrenzen. Hintergrund dieses damals zunächst überraschenden Schrittes dürfte gewesen sein, daß seit 1985 in Brüssel eine neue EU-Kommission unter Führung des enorm ehrgeizigen und europabegeisterten Kommissionspräsidenten Jacques Delors amtierte, die sich sofort mit Feuereifer an die ursprünglich für 1992 geplante Verwirklichung des Binnenmarktes machte; offenbar wollten die damaligen Regierungschefs, am allerwenigsten Helmut Kohl, der ja in seiner Jugend in der unmittelbaren Nachkriegszeit in idealistischen paneuropäischen Bewegungen engagiert gewesen war [...], der ehrgeizigen Delors-Kommission die Schaffung eines gemeinsamen Europas nicht allein überlassen.⁴¹ Für das Funktionieren des gemeinsamen oder auch Binnenmarktes ist das Schengen-Abkommen nicht erforderlich gewesen: diesen gab es ja bereits seit 1957 (Römische Verträge), und er funktionierte auch so ganz gut.⁴² Die Funktion des Schengen-Abkommens scheint eher eine symbolische bzw. volkspädagogische zu sein: wir gehören zusammen, und nichts soll uns mehr trennen!

In den folgenden Jahren traten mehr und mehr Staaten dem Schengen-Abkommen (bzw. dessen Neuauflagen) bei, und 1999 schließlich wurde durch den Vertrag von Amsterdam [...] das „Schengen-System“ in das eigentliche Europarecht integriert. [...] Sinn des Schengen-Abkommens ist die Abschaffung aller stationären zwischenstaatlichen Grenzkontrollen. Eine echte Kontrolle der Außengrenzen hat jedoch – abgesehen von

⁴¹ So jedenfalls meine Einschätzung, etwas anders hingegen *Hans-Peter Schwarz*, Die neue Völkerwanderung nach Europa (2017), S. 54: es sei Kohl um die Steigerung der Wahlbeteiligung bei der anstehenden Wahl zum Europaparlament gegangen. [...].

⁴² Vergl. bereits *Sarrazin*, in: FAZ Nr. 56, 7. März 2016, S. 7.

den spanischen Exklaven Ceuta und Melilla sowie nun dem neuen, von Ungarn als Reaktion auf die Flüchtlingskrise errichteten Sperrzaun, dessen Rechtmäßigkeit jedenfalls von Migrationsrechtlern überwiegend verneint werden dürfte⁴³ – nie stattgefunden.

Von der Konzeption des Vertrages von Lissabon her sollten der gemeinsame Raum ohne Binnengrenzen und die gemeinsame Asylpolitik eigentlich Hand in Hand gehen, zwei Seiten derselben Medaille sein. In der Praxis funktioniert das nicht, wenn Asylbewerber sich faktisch frei durch Europa bewegen können. *„Dublin“ und „Schengen“ schließen sich gegenseitig aus; um die Dublin-III-Verordnung und die in ihr geregelte Zuständigkeit des Ersteinreisestaats wirklich durchzusetzen, müsste man eben das Schengen-Regime aufgeben und offenbar massive Grenzbefestigungen und -kontrollen zwischen den Mitgliedsstaaten einrichten („Mauern bauen“). In Gestalt der „Schließung der Balkanroute“, die die Bundesrepublik von ihren größten Problemen einstweilen entlastet hat, ist genau dies geschehen.*

Die allgemeine Öffnung der Binnengrenzen im Rahmen des Schengen-Systems löst indessen kein einziges Problem, sondern sie schafft nur welche, weil der mit ihr verbundene Kontrollverlust eben Schäden nach sich zieht.⁴⁴ Ein transnationaler Raum ohne Binnengrenzen kann nur funktionieren, wenn

- erstens ein strenges und effektives Grenzregime nach außen besteht, das zuverlässig vor jeder unbetenen Einwanderung schützt,
- zweitens in Europa eine völlig einheitliche Einwanderungspolitik betrieben wird, denn wer einmal drin ist, kann sich frei bewegen, wie etwa vor einigen Jahren das Beispiel der ursprünglich illegalen lateinamerikanischen Erntehelfer in Spanien zeigte, die dann von den Spaniern – ohne jede Konsultation anderer EU-Staaten – großzügig mit dauernden Aufenthaltsrechten ausgestattet wurden und sich heute frei durch ganz Europa bewegen können,
- drittens eine völlig einheitliche sozialstaatliche Versorgung besteht,
- viertens eine völlig einheitliche Abschiebepolitik geregelt und ins Werk gesetzt wird, denn ansonsten suchen sich Flüchtlinge bei freier Durchreise immer den günstigsten Staat aus (wie eben Deutschland, Österreich, Schweden).

Dank „Schengen“ haben die Innenminister heute i.d.R. keine Möglichkeit mehr, den Zutritt über nationale Grenzen irgendwie zu regulieren. Zwar können sie rein rechtlich gesehen den Notstand ausrufen und dementsprechend Grenzkontrollen wiedereinführen; dann aber fehlt es an den entsprechenden Grenzanlagen, den Ressourcen und der Übung. Schengen macht also Innenminister in der Regel machtlos gegen die „Weiterlei-

⁴³ Vergl. etwa *Stephan Breitenmoser*, Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, in: *VVDStRL* 76 (2017), S. 9 (38 f. m.w.N.).

⁴⁴ Vergl. zum Folgenden insbesondere *Sarrazin*, a.a.O.

tungspolitik' anderer EU-Staaten. Am Beginn der Flüchtlingskrise wurden bekanntlich Lampedusa-Flüchtlinge in Italien einfach in Züge nach Deutschland gesetzt und auch noch mit gültigen Fahrkarten ausgestattet, damit sei keinesfalls vor Erreichen des Ziels aus dem Zug komplimentiert würden; solange ‚Schengen‘ in Kraft ist, können Innenminister gegen solche Methoden eben wenig ausrichten.

Staaten wie Griechenland, in denen ursprünglich kaum jemand Asyl beantragt hat und in die bereits aus menschenrechtlichen Gründen aus Deutschland auch niemand mehr zurückgeschickt werden kann [...], haben eigentlich gar kein nennenswertes Interesse daran, viel Geld für aufwendige Grenzsicherung bzw. für die lückenlose Überwachung des Mittelmeers mit Seestreitkräften auszugeben. Auch dies wird dann im Ergebnis – wie schon bei der Euro-Rettung – wieder einmal Deutschland machen müssen, und natürlich auch diesmal wieder ‚in seinem ureigenen Interesse‘.“

4. Seit Wiedereinführung der Grenzkontrollen muß zurückgewiesen werden

Nun kann diese Frage in diesem Verfahren jedoch auf sich beruhen, weil die Grenzkontrollen ja seit dem 13. September 2015 wieder eingeführt worden sind; seit diesem Tag wären also die nationalen Vorschriften über die Zurückweisung von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten ohnehin wieder vollumfänglich zur Anwendung zu bringen gewesen. Dies geschieht aber nicht. Stattdessen reisen trotz Grenzkontrollen monatlich mindestens etwa 15.000 Personen illegal nach Deutschland ein, um Asylanträge zu stellen; sie werden zu diesem Zweck von der Bundespolizei auch eingelassen und werden absehbarerweise früher oder später am Ende langwieriger Verwaltungs- und Gerichtsverfahren (einschließlich Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde) größtenteils wenigstens den Duldungsstatus in Deutschland erlangen.

a) Grundsatz: schon keine Freizügigkeit ohne Schengen-Visum

Finden Grenzkontrollen statt – wie eben seit dem 13. September 2015 – so muß man unionsrechtlich noch nicht einmal auf die Kompetenzordnung der Dublin-III-Verordnung rekurrieren, um ein Verbot der Duldung des Überschreitens von EU-Binnengrenzen durch Asylbewerber zu begründen. Denn dieses Verbot folgt bereits unmittelbar aus dem Umstand, daß die Freizügigkeit im Rahmen des Schengen-Raumes von Anfang an nur für Bürger der EU-Staaten sowie für sonstige Personen gilt, die im Besitz eines Schengen-Visums sind. Wer als visumpflichtiger Drittstaatsangehöriger nicht im Besitz eines gültigen Reisedokuments und eines Schengen-Visums ist⁴⁵, darf gemäß Art. 14 i.V.m. Art. 6 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) EU-Binnengrenzen *nicht* überschreiten und muß an einer Binnengrenze also zwingend zurückgewiesen werden,

⁴⁵ Vergl. außerdem die zusätzliche Voraussetzung aus Art. 6 Abs. 1 lit. c Schengener Grenzkodex: „er muß über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts sowohl für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat [...] verfügen [...]“.

und dies gilt unabhängig davon, ob oder wo er einen Asylantrag zu stellen gedenkt, und auch unabhängig vom Stichtag des 13. September 2015. Das Verbot des Überquerens von EU-Binnengrenzen für Personen ohne Schengen-Visum bestand nämlich unabhängig vom deutschen oder europäischen Asylregime auch vorher schon, und seit dem 13. September 2015 kann und muß es an den deutschen Grenzen auch lückenlos durchgesetzt werden.

b) Gegenthese: die spezifisch deutsche Lesart des Europarechts durch deutsche Fachanwälte

Auch im übrigen werden die Gegensätze zwischen dem geltenden bundesdeutschen Asyl- und Ausländerrecht seit dem „Asylkompromiß“ und dem seither entstandenen Unionsrecht teils überschätzt, teils auch – und zwar zum Teil von den eigentlich am besten unterrichteten Autoren, nämlich den hauptberuflichen Fachanwälten für Migrationsrecht – *bewußt* stark überzeichnet. Die deutschen Fachanwälte für Migrationsrecht, die vielfach auch schon aus gewerblichen Gründen in Pro-Asyl-Initiativen engagiert sind, haben den Verfassungskompromiß von 1992/93 von Anfang an als Anschlag auf ihr Geschäftsmodell abgelehnt und seither versucht – wie alle politischen Interessengruppen in Deutschland, die mit der geltenden Rechtslage unzufrieden sind, aber keine Mehrheiten zusammenbekommen, um diese zu ändern – die Mehrheit durch den Verweis auf angeblich längst vorgehendes Europarecht vor vollendete Rechtstatsachen zu stellen, über die dann nicht mehr abgestimmt werden muß.

In der Tat geistert heute eine – ausschließlich auf *deutsche* Fachanwälte zurückgehende – Auslegung des europäischen Asylrechts durch die ausländerrechtlichen Kommentare, die etwa lautet: *„Diejenige Rechtslage, die vor 1993 in der Bundesrepublik Deutschland bestand und die dann seitens der überwiegende Mehrheit im Bundestag wie im Bundesrat als völlig untragbar erkannt und nachhaltig abgeändert wurde, weil ja vorher praktisch jeder Mensch auf der Welt ein individuelles Asylrecht in Deutschland gelten machen konnte – diese Rechtslage besteht jetzt wieder, kraft des EU-Rechts, und Deutschland ist dagegen machtlos!“*. Dabei ist es bezeichnend, daß diese spezifisch deutsche Rechtsanschauung in den anderen EU-Staaten, die niemals einen Art. 16 a.F. GG (als „verlorenes Paradies der Migrationsrechtler“) hatten und keinen Verfassungskompromiß zur Einschränkung des Asylrechts beklagen mußten, weil sie gar kein individuelles Asylrecht kennen, so nicht vertreten wird und eigentlich völlig unbekannt geblieben ist. Schon dies spricht gegen die Richtigkeit gewisser nur in Deutschland proklamierten Maximalideen. Wäre die europarechtliche Auffassung gewisser Ausländer- und Migrationsrechtler hingegen *doch* richtig, dürfte sie in Deutschland nicht zur Anwendung gebracht werden – sie wäre ein Verstoß gegen die Verfassungsidentität (→ **C.I.9**).

c) Kein Einlaß wegen der Qualifikationsrichtlinie oder wegen des Subsidiären Schutzes

Im allgemeinen ist europarechtlich nur die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten, eben in der Dublin-III-Verordnung und dahingehend geregelt, daß eigentlich fast immer der Ersteinreisestaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist; für den Ablauf des Asylverfahrens

rens werden unionsrechtlich außerdem menschenrechtliche und verfahrensmäßige Mindeststandards aufgestellt, die hier nicht weiter interessieren, da sie von Deutschland jedenfalls erfüllt werden und daher das bundesrechtlich geltende Asyl- und Ausländerrecht nicht in Frage stellen.

Richtig ist, daß das deutsche Ausländerrecht in Gemäßheit des Art. 18 i.V.m. Art. 2 lit. f der Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Qualifikationsrichtlinie) materiell und aufgrund des Unionsrechts abgeändert werden mußte durch die Einführung der Vorschrift aus § 4 AsylG. Doch der „subsidiäre Schutz“ ist – wie es eigentlich bereits der Name dieses Rechtsinstituts zum Ausdruck bringt – eben auch nur *nur* Personen zu gewährleisten, die nach Deutschland einreisen und hier ein Asylverfahren nach Art. 16a Abs. 1 GG betreiben durften, das aber – wie zumeist⁴⁶ – mangels individueller politischer Verfolgung im Heimatland erfolglos blieb, wenn diese Personen aus einem Kriegs- oder Bürgerkriegsgebiet stammen oder ihnen bei Rückführung in die Heimat anderweitig Gefahr für Leib und Leben droht.

Diese neuere gesetzliche Möglichkeit der Gewährleistung subsidiären Schutzes anstelle des Asylrechts begründet aber *kein* Recht auf Einreise nach Deutschland aus einem sicheren Drittstaat. Denn für die Gewährleistung des subsidiären Schutzes ist immer dasjenige Land zuständig, das auch für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig gewesen ist (→ C.I.5).

III. Unmittelbare Vorgeschichte der heutigen Situation: Die „Flüchtlingskrise“⁴⁷ von 2015/16

1. Schleichende Auflösung des Dublin-Systems spätestens seit 2011

Die europäische Flüchtlingskrise begann schleichend und bereits mehrere Jahre, bevor sie – wegen der stark ansteigenden Zahl von Migrant*innen, die auch darauf zurückzuführen sein dürfte, daß sich die tatsächliche Asylpraxis in Europa herumzusprechen begann – im Sommer

⁴⁶ Vergl. auch *Sarrazin*, Das Einfallstor schließen, in: FAZ Nr. 195, 22. August 2016, S. 10: „Von 2007 bis Mitte 2016 gab es 1,07 Millionen Entscheidungen über Asylanträge. Lediglich in weniger als 1 Prozent aller Fälle wurde dem Antragsteller das Recht auf politisches Asyl gemäß Artikel 16a GG zugesprochen. Im ersten Halbjahr 2016 waren es sogar nur 0,3 Prozent. Rund 55 Prozent der Antragsteller erhielten ein Bleiberecht als Flüchtling oder einen Aufenthaltsstatus wegen subsidiären Schutzes oder eines Abschiebungsverbots. Bei rund 45 Prozent wurde der Antrag abgelehnt. Nur ein geringer Bruchteil der abgelehnten Bewerber reiste freiwillig wieder aus oder wurde abgeschoben.“

⁴⁷ Vergl. bereits *Murawiek*, Staatsvolk und Einwanderung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise (2016), S. 123 (138 f., Anm. 13): „Ich verzichte im folgenden darauf, ‚Flüchtlinge‘ jeweils in Anführungszeichen zu setzen. Vermutlich sind die allermeisten Menschen, die in dieser ‚Flüchtlingskrise‘ nach Deutschland kommen und von Regierung und Medien fast immer als ‚Flüchtlinge‘ bezeichnet werden, keine Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention und auch nicht subsidiär schutzberechtigt im Sinne der EU-Qualifikationsrichtlinie.“

2015 ins allgemeine Bewußtsein der Öffentlichkeit vordrang. Nach der Dublin-III-Verordnung ist praktisch immer der Ersteinreisestaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig, d.h. in der Regel Spanien, Italien, Griechenland oder Ungarn. Auf diese besondere Verantwortung waren die südlichen und südöstlichen Länder der EU sehr unterschiedlich vorbereitet. Während Italien und Griechenland seit 2014 zunehmend von Asylsuchenden überrollt wurden, verfügt Spanien in seinen nordafrikanischen Exklaven Ceuta und Melilla schon lange über martialisch wirkende Grenzzäune. Speziell Griechenland und Italien hatten bereits seit Jahren auf die Registrierung von Asylbewerbern, die dort ankamen und ohnehin nach Deutschland oder Skandinavien weiterreisen wollten, stillschweigend verzichtet, Deutschland hatte entsprechende Asylverfahren ohne öffentliches Aufsehen (und entgegen der grundgesetzlichen Festlegung des „Asylkompromisses“ von 1992/93) schon seit längerem mitübernommen. Am Beginn der Flüchtlingskrise wurden Lampedusa-Flüchtlinge in Italien einfach in Züge nach Deutschland gesetzt und auch noch mit gültigen Fahrkarten ausgestattet, damit sei keinesfalls vor Erreichen des Ziels aus dem Zug komplimentiert würden; solange es im Rahmen des Schengen-Systems keine systematischen Grenzkontrollen gibt, können Innenminister gegen solche Methoden faktisch wenig ausrichten (s.o. → **A.II.3**).

Bereits im Januar 2011 erklärte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die nach der einschlägigen Dublin-III-Verordnung der Europäischen Union eigentlich (qua Zuständigkeit für die Durchführung des Asylverfahrens) obligatorische Rückführung von Asylbewerbern nach Griechenland für menschenrechtswidrig wegen der dortigen menschenunwürdigen Unterbringung von Asylbewerbern⁴⁸, im Dezember 2011 folgte dem (mit merklichem Unbehagen wegen der damit ja verbundenen, faktischen teilweise Außerkraftsetzung des Dublin-III-Systems) auch der Europäische Gerichtshof⁴⁹. Dadurch wurde jedenfalls einer besonders interessierten Fachöffentlichkeit zum ersten Mal klar, daß die Zuständigkeitsregeln des unionalen Dublin-III-Systems von den Mitgliedsstaaten nicht mehr durchgängig eingehalten wurden, ja daß sich im europäischen Asylsystem gerade eine *faktische Schubumkehr* von „die Asylbewerber bleiben fast alle in der Peripherie“ zu „die Asylbewerber kommen fast alle nach Deutschland“ ankündigte. Eine breitere politische Öffentlichkeit nahm hiervon jedoch keine Notiz.

2. Die „Große Grenzöffnung“

Dies geschah eigentlich erst, als im Sommer 2015 auf der Balkanroute massenhaft vorwiegend junge, männliche Asylbewerber aus dem Nahen Osten, aus Serbien kommend, nach Ungarn einreisten. Anders als zuvor Griechenland und Italien, reagierte Ungarn hierauf mit dem Versuch einer möglichst buchstabengetreuen Anwendung der europäischen Asylrechtsvorschriften aus der Dublin-III-Verordnung und dem Schengen-Recht, das für Asylbewerber ohne Paß und Visum eben gerade *keine* Freizügigkeit in Europa vorsieht: nämlich durch Festhalten der Asylbewerber im Ersteinreiseland, deren Versorgung nur in zuvor angewiesenen Wohnheimen mit Aufenthaltspflicht, Zwang zur unverzüglichen Registrierung und Stellung

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 21. Januar 2011, 30696/09, *M.S.S./Belgien und Griechenland* = NVwZ 2011, 413 ff.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 21. Dezember 2011, C-411/10 und C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

des Asylantrages und Verhinderung der freien Weiterreise in Eigenregie und in ein Asylland nach Wahl.

Dies führte jedoch zu Ausbrüchen und Massenkrawallen einer stetig anwachsenden Zahl von Flüchtlingen in Ungarn, im August 2015 auch zur Gestattung von Weiterreisen nach Deutschland in regulären Zügen, die auf ein Mißverständnis der deutschen Einreisepraxis zurückging und dann wieder gestoppt wurde, was bei Flüchtlingen, die bereits eine Zugfahrkarte nach Deutschland gekauft hatten, zu um so größerer Empörung führte. In der Folge wurde Ungarn, zumal auch von der Bundesregierung, der Inhumanität und des Verrats an den europäischen Werten bezichtigt. Dies endete bekanntlich schließlich damit, daß Ungarn Asylbewerber unter Verzicht auf jede Registrierung in Sonderzügen über Österreich nach Deutschland weiterleitete, wo sie aufgenommen und Asylverfahren eröffnet wurden. Politisch bleibt es bemerkenswert, daß die gewandelte Rechtsprechung des EuGH bereits seit 2011 (!) bislang noch zu keinem Zeitpunkt zu Versuchen einer geographischen Anpassung des Schengen-Raumes geführt hat, obwohl es ja auf der Hand liegt, daß ein Staat, in den Asylbewerber aus menschenrechtlichen Gründen nicht zurückgeführt werden könnten, nicht Mitglied des europäischen Asylsystems oder auch nur des gemeinsamen Raums „der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ i.S.v. Art. 67 Abs. 1 AEUV bleiben kann.

Udo Di Fabio faßt in seinem bekannten Gutachten für die Bayerische Staatsregierung den Beginn der Flüchtlingskrise im Sommer 2015 so zusammen:

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

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

Zu der in der Presse teilweise als historisch bezeichneten Grenzöffnung in Deutschland und Österreich gibt es verschiedene Wiedergaben, indes keine einschlägigen offiziellen

Dokumente. Nach einem Bericht der Tageszeitung ‚Die Welt‘ war die Grenzöffnung eine Reaktion auf eine geplante private Aktion österreichischer Aktivisten, die mit Privatautos Flüchtlinge aus Ungarn nach Österreich bringen wollten. Die ungarische Regierung hatte daraufhin offenbar mit Österreich Kontakt aufgenommen, wie dieser Verstoß gegen die Schengen-Regeln verhindert werden könnte. Daraufhin sei im Benehmen mit der deutschen Bundeskanzlerin die Grenzöffnung beschlossen worden, um eine massenhafte Verhaftung privater Helfer zu vermeiden.⁵⁰

Dabei kam die Flüchtlingskrise alles andere als überraschend:

„Im Frühjahr und Frühsommer 2015 zieht [Dieter] Romann [der Präsident des Bundespolizeipräsidiums in Potsdam] mit einer selbstgebrannten DVD durch das politische Berlin, es gibt persönliche Vorführungen im Innenministerium, im Kanzleramt und bei SPD-Chef Sigmar Gabriel. Es sind Aufnahmen von Flüchtlingen auf der Balkanroute, sie stammen von Bundespolizisten, die zur Amtshilfe nach Serbien entsandt worden waren.

Dramatischer Höhepunkt des kurzen Films ist eine Kamerafahrt, die eine schier endlose Menschenkolonne an der serbisch-mazedonischen Grenze zeigt. Romann berichtet den Politikern von fallenden Schlepperpreisen für die einzelnen Etappen auf der Balkanroute, er beschreibt, wie Kriminelle und staatliche Stellen dort zunehmend Hand in Hand arbeiten. Und er erzählt eine Anekdote, die später die Runde macht: Die mazedonische Staatsbahn habe sich eigens zusätzliche Züge ausgeliehen, um alle Migranten in Richtung Deutschland weiterbefördern zu können – und damit das erste positive Betriebsergebnis ihrer Geschichte erwirtschaftet. Romanns Botschaft: Es sind zu viele Flüchtlinge. Sie werden gezielt zu uns geschickt. Wir müssen sie an der Grenze abweisen.⁵¹

Auch die Notwendigkeit von Grenzkontrollen in Bayern, wo die beiden Hauptmigrationswege in Europa aufeinandertrafen, nämlich die Balkan- und die Mittelmeerroute, hatte sich bereits anlässlich der Grenzkontrollen während des G-7-Gipfels auf Schloß Elmau im Juni 2015 erwiesen, in deren Folge Bundespolizeichef Romann das zur Grenzschießung notwendige Material, wie z.B. Container, Zelte, Lichtmasten, Pionierzeug ohne Wissen der Politik in Bayern hatte einlagern lassen, um auf die von ihm schon länger als alsbald notwendig vorhergesehen Grenzschießung wegen der zu erwartenden Flüchtlingsströme vorbereitet zu sein:

„13.800 Verstöße gegen das Aufenthaltsrecht werden registriert, 1.200 Fahndungserfolge und 151 Vollstreckungen offener Haftbefehle kann Romann wenige Tage später dem Innenausschuß des Deutschen Bundestages präsentieren.⁵² ‚Wir haben nur einmal kurz

⁵⁰ *Udo di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem (o. J.) [2016], S. 16 ff. (= S. 20 ff. Internet-Fassung).

⁵¹ *Robin Alexander*, Die Getriebenen (2017), S. 12 f.

⁵² Hierzu muß man weiter etwas anmerken, was der Verfasser *Alexander* hier gar nicht weiter thematisiert: die Grenzkontrollen anlässlich des G-7-Gipfels auf Schloß Elmau waren weder Vorfeld geheimgehalten worden noch

das Licht angeknipst’, erklärt er in nichtöffentlicher Sitzung. Gemeint ist: Wir haben gezeigt, daß die Zustände an den offenen Grenzen unhaltbar sind. Die wichtigste Zahl aber ist eine andere: 1.030 ‚Zurückweisungen’ hat die Bundespolizei im Umfeld des Gipfels vorgenommen. Für Romann der Beweis: Auch im Jahr 2015 ist Deutschland in der Lage, an seinen Grenzen Menschen abzuweisen. Nach dem Elmauer Gipfel wurden die Grenzkontrollen allerdings wieder eingestellt.“⁵³

„Als dann [...] die Grenze geöffnet wird, erfährt die Führung der Bundespolizei davon erst aus den Medien und fragt im Innenministerium nach: Sind das nicht alles unerlaubte Grenzübertreitte? Machen sich unsere Beamten nicht sogar strafbar, wenn sie diese geschehen lassen?“⁵⁴

Nachdem bereits hunderttausende illegaler Einwanderer in die Bundesrepublik Deutschland vorgedrungen waren, ohne daß staatliche Stellen im Rahmen der „Willkommenskultur“ hiergegen Einwände geltend gemacht hätten, verkündete Bundesinnenminister de Maizière am 13. September 2015 die Wiedereinführung von Grenzkontrollen. Zur späteren Überraschung der Öffentlichkeit handelte es sich dabei jedoch nicht um eine Grenzschießung, sondern jeder, der angab, in Deutschland einen Asylantrag stellen zu wollen, wurde auch ohne Ausweispapiere eingelassen.⁵⁵ Im Jahr 2015 sind 1,1 Millionen Flüchtlinge in die Bundesrepublik gekommen, 440.000 Asylanträge konnten bis Ende des Jahres entgegengenommen werden. Bei knapp 80% davon handelte es sich um junge Männer von 15 bis 30 Jahren (also etwa 800.000 in absoluten Zahlen).⁵⁶ Die Lage entspannte sich erst, als auf österreichische Initiative hin – und gegen den starken Widerstand der Bundesregierung – am 9. März 2016 die Balkanroute gesperrt wurde, als Mazedonien an seiner Grenze keine Flüchtlinge mehr passieren ließ.⁵⁷ Auch 2017 waren noch in Deutschland mehr Asylverfahren anhängig, als in allen übrigen EU-Staaten zusammengenommen.⁵⁸

Die Bundesregierung setzte hingegen – ohne vom Deutschen Bundestag zur Suspension der geltenden Bundesgesetze jemals formell ermächtigt worden zu sein – erfolglos auf die Entwicklung gesamteuropäischer Lösungen im Schatten der Nichtanwendung der Bundesgesetze.⁵⁹ Zu diesen Lösungsversuchen – gewissermaßen: internationaler Aktivismus statt Rück-

überraschend, sondern waren seit Wochen in den Medien angekündigt worden. Daher beziehen sich die hier genannten Zahlen nur auf denjenigen Bruchteil der Grenzstraftäter, die die über die Massenmedien transportierten politischen Nachrichten niemals zu Kenntnis nehmen; alle übrigen, und ihre Zahl bleibt unbekannt, haben es selbstverständlich vermieden, ausgerechnet während der Tage von Bad Elmau an einem bayerischen Grenzübergang auffällig zu werden.

⁵³ Alexander, Die Getriebenen (2017), S. 12.

⁵⁴ Alexander, a.a.O., S. 14 f.

⁵⁵ Vergl. Jörg Diehl, Das passiert bei Grenzkontrollen, SPIEGEL Online vom 15. September 2015, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundespolizei-fluechtlingskrise-einsatzbefehl-der-beamten-a-1053024.html>

⁵⁶ Vergl. Sarrazin, Eine Atempause für Europa, in: FAZ Nr. 56, 7. März 2016, S. 7.

⁵⁷ Alexander, a.a.O., S. 7.

⁵⁸ WELT Online, 5. Dezember 2017, <https://www.welt.de/171224695>.

⁵⁹ Hierin könnte man eine weitere Zuspitzung der oben bereits erwähnten (s.o. → A.II.2), offenbar eher halbbe- wußt um sich greifenden Umdeutung des unionsrechtlichen Anwendungsvorranges erblicken, etwa im Sinne des Satzes: „Wenn irgend eine Rechtsmaterie in Zukunft der Zuständigkeit der Union unterfallen könnte oder sollte, so ist das gegenwärtig insofern geltende Bundesrechts bereits ab sofort nicht mehr anwendbar“.

kehr zur Anwendung geltenden Bundesrechts – zählen vor allem der auf deutsche Initiative zustande gekommene Umverteilungsbeschuß des Rates der EU (Innenminister) vom 22. September 2015 und der sogenannte „Türkei-Deal“ vom 18. März 2016. Was den Umverteilungsbeschuß angeht, so ist dieser in rechtlicher Hinsicht nur provisorischer Natur, sonst hätte er gar nicht in Gemäßheit des Art. 78 Abs. 3 AEUV qua Mehrheitsbeschuß zustande kommen können⁶⁰, und weiterhin in praktischer Hinsicht offenbar nicht durchsetzbar.

Was den sogenannten Türkei-Deal angeht, so wird häufig in der Öffentlichkeit verkannt – wenn nämlich z.B. vom „EU-Türkei-Abkommen“ die Rede ist⁶¹ – daß es sich bei dem Türkei-Deal nicht um einen bindenden völkerrechtlichen Vertrag handelt, sondern um eine *unverbindliche* Absprache zwischen der EU und der Türkei, mit der die beiden Akteure ihre jeweiligen flüchtlingspolitischen Maßnahmen aufeinander abstimmten und die in einer gemeinsamen Presseerklärung am 18. März 2016 bekanntgemacht wurde.⁶² Nach dem Türkei-Deal oder auch „Merkel-Plan“⁶³ sollten und sollen alle neuen „irregulären Migranten“, die ab dem 20. März 2016 auf den griechischen Inseln ankommen und die dort kein Asyl beantragen oder deren Asylantrag abgelehnt wird, auf Kosten der EU (zweimal drei Milliarden Euro bis Ende 2018) in die Türkei zurückgebracht werden. Vor der Abschiebung soll aber zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen, speziell der Genfer Flüchtlingskonvention, in jedem Einzelfall und mit der Möglichkeit des Widerspruches zunächst geprüft werden, ob einem Flüchtling in der Türkei Gefahr drohen würde, dann kann er nicht dorthin zurückgeschoben werden. Nachdem nun seit dem Putschversuch vom Juli 2016 in der Türkei eine massive und massenhafte Verfolgung Andersdenkender begonnen hat, erscheint diese zusätzliche Schutzmaßnahme jedenfalls im Nachhinein und wegen der gewandelten Lage berechtigt. Nach Registrierung der Migranten werden daher deren Asylanträge auf Einzelfallbasis bearbeitet; jegliche Art von Kollektivausweisung ist ausgeschlossen. Für jeden Syrer, der von den griechischen Inseln in die Türkei zurückgebracht wird, soll ein anderer syrischer Flüchtling aus der Türkei in die EU umgesiedelt werden („1:1-Neuansiedlungsregelung“). Insgesamt werden nach dem Plan auf diesem Wege 72.000 Syrer aus der Türkei in die EU kommen. Nach einem Bericht der FAZ bereits vom 27. Juni 2017 wurden seit Inkrafttreten der Vereinbarung mit Ankara am 20. März 2016 insgesamt 1.210 Migranten, die über die Türkei auf die griechischen Inseln gelangt sind, wieder in die Türkei zurückgeschickt. Im gleichen Zeitraum haben die EU-Staaten jedoch 6.254 Syrer aus der Türkei auf bisher 15 EU-Länder verteilt, von denen allein 2.270 davon nach Deutschland kamen. D.h., auf jeden Griechenland-Rückkehrer wurden bis dahin fünf (!) Türkei-Flüchtlinge umgesiedelt – und nicht nur einer, wie es verabredet gewesen war.⁶⁴ Bereits im Mai 2016 hatten Medien berichtet, daß die Türkei prinzipiell keine syri-

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 6. September 2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15.

⁶¹ Vergl. etwa *Alexander*, Die Getriebenen (2017), S. 193.

⁶² Näher *Kerstin Odendahl*, Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, in: *VVDStRL* 76 (2017), S. 49 (82 m.w.N.).

⁶³ Zu dessen Zustandekommen vergl. *Mariam Lau*, Dieser Mann hat für Angela Merkel den Flüchtlingsdeal erfunden. Nun will er die Katastrophe verhindern, in: *DIE ZEIT* Nr. 27, 23. Juni 2016, S. 11 ff.; *Vosgerau*, Die Herrschaft des Unrechts (2018), S. 64 ff.

⁶⁴ EU-Staaten nehmen Türkei fünf Mal mehr Flüchtlinge ab, in: *FAZ Online* vom 27. Juni 2017, <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/eu-staaten-nehmen-tuerkei-fuenf-mal-mehr-fluechtlinge-ab-15079123.html>

schen Akademiker nach Europa ausreisen läßt, dafür aber bevorzugt chronisch Kranke.⁶⁵ Bisher soll auch noch kaum ein Flüchtling aus Griechenland, der dort einen Asylantrag gestellt hat, in die Türkei zurückgeschickt worden sein. Mehrere hundert Fälle sind wohl bearbeitet worden, die Mehrheit der bisher bearbeiteten Fälle bekam in Griechenland Asyl, die übrigen haben Widerspruch eingelegt.

3. Folgen der Grenzöffnung

Diese bereits jetzt durch die massenhaften Einwanderungsbewegungen von 2015/16 eingetretenen demographischen Veränderungen der deutschen Gesellschaft werden sich als substantiell und irreversibel erweisen, und zwar deswegen, weil die große Mehrheit der bei uns angekommenen Flüchtlinge – ohne bislang an mögliche spätere, allein menschenrechtlich begründete Ansprüche auf *Familienzusammenführung* auch nur zu denken – *dauerhaft* in Deutschland bleiben wird.

a) Fast alle Migranten werden dauerhaft bleiben

Denn für den dauernden Aufenthaltsstatus eines Migranten – den wir uns ja eben nicht ausgesucht haben, sondern der sich uns ausgesucht hat – ist der Ausgang des Asylverfahrens heute weithin irrelevant.⁶⁶ Man muß realistischere davon ausgehen, daß fast jeder, den wir seit 2015 über faktisch offene Grenzen ins Land gelassen haben, wohl bleiben wird, und daß zwangsweise Abschiebungen jedenfalls eine Ausnahme bleiben werden.⁶⁷ Im gesamten Jahr 2015 wurden nur 20.000 Abschiebungen durchgeführt, obwohl in diesem Jahr 91.514 Asylanträge abgelehnt worden sind und insgesamt – aufgestaut von früher her – rund 200.000 Personen ausreisepflichtig waren. 2016 sollen insgesamt 745.545 Asylanträge (Erst- und Folgeanträge) neu gestellt worden sein (viele davon natürlich von Personen, die bereits 2015 einge-

⁶⁵ Türkei lässt hochqualifizierte Syrer nicht ausreisen, in: SPIEGEL Online vom 21. Mai 2016, www.spiegel.de/politik/ausland/fluechtlinge-tuerkei-laesst-hochqualifizierte-syrer-nicht-in-eu-ausreisen-a-1093332.html

⁶⁶ Vergl. nochmals *Sarrazin*, in: FAZ Nr. 195, 22. August 2016, S. 10: „Von 2007 bis Mitte 2016 gab es 1,07 Millionen Entscheidungen über Asylanträge. Lediglich in weniger als 1 Prozent aller Fälle wurde dem Antragsteller das Recht auf politisches Asyl gemäß Artikel 16a GG zugesprochen. Im ersten Halbjahr 2016 waren es sogar nur 0,3 Prozent. Rund 55 Prozent der Antragsteller erhielten ein Bleiberecht als Flüchtling oder einen Aufenthaltsstatus wegen subsidiären Schutzes oder eines Abschiebungsverbots. Bei rund 45 Prozent wurde der Antrag abgelehnt. Nur ein geringer Bruchteil der abgelehnten Bewerber reiste freiwillig wieder aus oder wurde abgeschoben.“

⁶⁷ Vergl. *Stefan Aust/Helmar Büchel*, WELT Online 21. Januar 2018: „von den seit 2015 ins Land gekommenen 1,4 Millionen Zuwanderern [haben] weniger als ein Prozent Asyl als „politisch Verfolgte“ entsprechend den Bestimmungen des Grundgesetzes erhalten [...]. Alle anderen wurden und werden nach den Regelungen der Genfer Flüchtlingskonvention oder aus anderen humanitären Gründen aufgenommen, klagen mit vom Staat bezahlten Anwälten und [in] vom Staat bezahlten Gerichtsverfahren durch die Instanzen gegen abgelehnte Asylbescheide, erhalten für die Verfahrensdauer sogenannte Duldungen und werden oft nicht abgeschoben, weil sie ihre Herkunft verschleiern oder die Herkunftsländer die Rücknahme ihrer Bürger verweigern. / Am Ende können sie meist so lange in Deutschland bleiben, wie sie wollen. Aus dem gut gemeinten und im Grundgesetz verankerten Asylrecht wurde so de facto ein Einwanderungsrecht für jeden.“ (<https://www.welt.de/politik/deutschland/article172672565/Deutsche-Fluechtlingspolitik-Ausgeblendete-Realitaeten.html>).

reist waren)⁶⁸, dem standen 25.375 Abschiebungen gegenüber⁶⁹. In 2017 wurden in Deutschland 222.683 neue Asylanträge gestellt⁷⁰, aber auch nur noch 23.966 Personen abgeschoben.⁷¹

Es gibt zahlreiche rechtliche Abschiebehindernisse, so etwa:

- der Duldungsanspruch aufgrund eines verfestigten Aufenthalts allein infolge der Dauer des Asylverfahrens,
- die konkrete Gefahr von Folter oder erniedrigender Behandlung,
- die Gefahr der Todesstrafe im Heimatland,
- erhebliche Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit ebendort,
- Beeinträchtigung des Ehe- oder Familienlebens, d.h., wer als Asylbewerber in Deutschland geheiratet und/oder ein Kind gezeugt hat, darf auf jeden Fall bleiben,
- Reiseunfähigkeit wegen Krankheit⁷²,
- Notwendigkeit einer dringenden medizinischen Behandlung (auch wenn dadurch nicht unmittelbar Reiseunfähigkeit impliziert wird), die im Heimatland nicht möglich wäre,
- der Asylbewerber befindet sich in Ausbildung,
- oder einfach: der Asylbewerber randaliert im Flugzeug, dann muß der Pilot die Beförderung ablehnen (*safety first*) und die Abschiebung ist gescheitert⁷³,
- bei Familien fehlt auf einmal ein minderjähriges Kind.

⁶⁸ Quelle: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/76095/umfrage/asylantraege-insgesamt-in-deutschland-seit-1995/>.

⁶⁹ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Jelpke u.a. (Fraktion *Die Linke*) vom 7. Februar 2017, <https://www.migrationsrecht.net/zahl-der-abschiebungen-2016/dokument-ansehen.html>.

⁷⁰ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/671759/umfrage/asylantraege-in-deutschland-nach-bundeslaendern/>.

⁷¹ Zahl der Abschiebungen 2017 deutlich gesunken, WELT Online vom 28. Januar 2018, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article172934015/Ausreisepflichtige-Migranten-Zahl-der-Abschiebungen-2017-deutlich-gesunken.html>.

⁷² Vergl. *Eckart Lohse/Julian Staib*, Arzt statt Abschiebung, in: FAZ Nr. 162, 14. Juli 2016, S. 3; Regierung: Ärzte verhindern Abschiebungen, in: FAZ Nr. 223, 23. September 2016, S. 1; *Julian Staib*, Bürokratie gegen Menschlichkeit, ebda., S. 2.

⁷³ Vergl. Abschiebungen scheitern oft, FAZ Nr. 193, 19. August 2016, S. 2: „Seit Anfang des Jahres 2015 sind 600 Abschiebungen aus Deutschland per Flugzeug im letzten Moment gestoppt worden, in 330 Fällen allein, weil sich die Betroffenen heftig wehrten. [...] Am häufigsten stoppten den Angaben zufolge Migranten aus den afrikanischen Ländern Eritrea und Gambia durch Widerstand ihre bereits laufenden Abschiebungen. Es folgten Somalia, der Irak, Pakistan und Kamerun.“

Bereits am Ende Juni 2016 hielten sich 549.209 Personen mit dem Status „Asylantrag rechtskräftig abgelehnt“ in der Bundesrepublik Deutschland auf, die große Mehrheit jedoch legal, d.h., sie haben – aus einem der eben aufgezählten Gründe – mindestens Duldungsstatus.⁷⁴

Nach der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte (die sich allerdings an Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des EuGH anlehnen) fanden geraume Zeit keine Abschiebungen nach Griechenland und normalerweise auch nicht nach Ungarn sowie nicht immer nach Italien statt – also alles EU-Staaten, die überdies für fast alle Asylfälle der derzeit in Deutschland sich aufhaltenden Asylbewerber nach der Dublin-III-Verordnung als Ersteinreisestaaten zuständig wären (!) – weil dort nach Ansicht der Gerichte keine im Sinne der Menschenwürdegarantie zumutbaren Unterbringungsbedingungen für die Asylbewerber herrschen.⁷⁵ Im ersten Halbjahr 2016 sollen jetzt aber nach Angaben des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge immerhin 165 Flüchtlinge nach Ungarn überstellt worden sein, seit Mai 2017 ist jedoch kein einziger Asylbewerber mehr nach Ungarn überstellt worden, trotz 3.304 Übernahmersuchen. Für Griechenland hat Deutschland die Asylfälle geraume Zeit auf unklarer Rechtsgrundlage stellvertretend mit übernommen und ließ sich zu diesem Zweck sogar Asylbewerber aus anderen Schengen-Ländern, die ursprünglich über Griechenland eingereist waren, überstellen. Seit August 2017 sollen neue Asylbewerber nun – vom Grundsatz her – aber auch wieder nach Griechenland zurückgeführt werden können.⁷⁶ Indessen weigert sich Griechenland trotz Zuständigkeit nach dem Dublin-III-Regime, Flüchtlinge aus Deutschland zurückzunehmen. Im Jahr 2017 stellte die Bundesregierung 2.312 Rücknahmersuchen an Griechenland, Griechenland erklärte sich aber nur in 81 Fällen für zuständig, und zurückgenommen wurde kein einziger Asylantrag.⁷⁷ Umgekehrt hat die Bundesregierung in 2017 3.189 Familienangehörige von in Deutschland lebenden Asylanträgen aus Griechenland übernommen.

Nach Italien wurden jedenfalls Familien mit Kindern regelmäßig nicht mehr abgeschoben, teils mit der – sehr weitgehenden – Erwägung, daß dies schon deswegen nicht in Frage kommen sollte, weil in Italien die Kinder der Migranten meist nicht unmittelbar staatliche Schulen besuchen durften, was im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit süditalienischer Schulen zur ordnungsgemäßen Beschulung der Landeskinder keine ganz unbegreifliche Einschränkung sein dürfte. Seit Mitte 2017 sollen Rückführungen auch nach Italien, außer bei Familien mit kleinen Kindern, trotz fortbestehender Defizite im italienischen Asylsystem, rechtlich wieder möglich sein. Ob dies jeweils auch geschieht, bleibt aber allemal eine Frage des jeweiligen Einzelfalles. Insgesamt hat sich die Zahl der Dublin-III-

⁷⁴ Vergl. *Julian Staib*, Bürokratie gegen Menschlichkeit, in: FAZ Nr. 223, 23. September 2016, S. 2.

⁷⁵ Vergl. näher *Breitenmoser*, in: VVDStRL 76 (2017), S. 9 (29 f.) sowie *Odendahl*, ebda., S. 88 f., jew. m.w.N.

⁷⁶ *Eckart Lohse*, Wieder Rückführungen nach Griechenland geplant, FAZ Online vom 6. August 2017, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/fluechtlingspolitik-erstmal-wieder-rueckfuehrungen-nach-griechenland-15139682.html>

⁷⁷ Griechenland lehnt Rücknahme von Flüchtlingen ab, Passauer Neue Presse, 1. März 2018, m.w.N., http://www.pnp.de/nachrichten/politik/2853230_Griechenland-lehnt-Ruecknahme-von-Fluechtlingen-ab.html; Griechenland lehnt Rücknahme von Flüchtlingen zu 95,5 Prozent ab, WELT Online, 1. März 2018, <https://www.welt.de/174075374>; beide beziehen sich auf die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion *Die Linke*, nämlich „Bilanz der Krisenpolitik in Griechenland“, BT-Drucks. 18/3971 vom 5. Februar 2018, Antwort der Bundesregierung: BT-Drucks. 18/4169.

Überstellungen aus anderen Mitgliedsstaaten nach Deutschland von 3.968 im Jahr 2016 auf 7.102 im Jahr 2017 fast verdoppelt.⁷⁸

Die meisten Abschiebungen scheitern indessen schon einfach an der Tatsache, daß die abzuschiebenden Asylbewerber keine Ausweispapiere bei sich hatten. Etwa 80% der in Deutschland angekommenen Flüchtlinge haben zwar nie ihr Mobiltelefon, wohl aber ihre Ausweispapiere in den Wirren der Flucht verloren. *Ohne Ausweispapiere kann nämlich schlechterdings keine Abschiebung durchgeführt werden*, notfalls muß der Herkunftsstaat dazu entsprechende Ersatzdokumente ausstellen, und das tun eben nicht alle Herkunftsstaaten, und man kann sie letztlich auch nicht dazu zwingen. Auch muß vor dem Versuch der Abschiebung jedenfalls die Identität erst einmal geklärt sein, und das ist ohne Ausweispapiere eben normalerweise nicht möglich. Das wissen die Asylbewerber natürlich – und können sich über die sozialen Netzwerke darüber informieren – und vernichten ihre Pässe. Dann wird eine Ausschaffung ohne ihren Willen nicht mehr möglich sein, das wiederum hat die Bundesregierung gewußt und auch die Bundespolizei, und trotzdem wurde, offensichtlich rechtswidrig, niemand zurückgewiesen. Selbst bei Vorhandensein sämtlicher Papiere und Dokumente setzt eine Abschiebung aber immer auch die Kooperation des Herkunftsstaates voraus, der eben des Willens sein muß, seine eigenen Staatsbürger überhaupt zurückzunehmen.⁷⁹ Dies ist etwa bei Staaten wie Afghanistan, Pakistan und mehreren nordafrikanischen Staaten vielfach nicht der Fall. Insgesamt 17 Staaten, v.a. in Afrika, verweigern weithin die Zusammenarbeit, bislang gehören dazu auch Marokko und Algerien (die gleichwohl ja jetzt zu „sicheren Herkunftsländern“ erklärt werden sollten).

Seit dem Jahr 2012 und jedenfalls bis zum deutsch-afghanischen Rücknahmeübereinkommen vom 2. Oktober 2016 hat es daher in keinem Jahr mehr als zehn Abschiebungen nach Afghanistan gegeben, obwohl nur die Hälfte der afghanischen Asylbewerber den „subsidiären Schutz“ zuerkannt bekommt (die übrigen stammen aus mehr oder weniger friedlichen, nicht von den Taliban beherrschten Landesteilen). Im Jahre 2014 hatte es 9.673, im Jahr 2015 bereits 31.908 Asylanträge aus Afghanistan gegeben. Das Rücknahmeabkommen schien zunächst ein wichtiger Fortschritt zu sein, seit Juni 2017 galt dann aber geraume Zeit ein vorläufiger Abschiebestopp wegen der angespannten Sicherheitslage. Auch die Afghanen kommen jeweils, um zu bleiben; gewiß hat es seit 2012 keinen Monat gegeben, in dem nicht jeweils zehn mal mehr Afghanen illegal nach Deutschland eingereist wären, als im gleichen Zeitraum abgeschoben worden sind – und das ist sehr zurückhaltend geschätzt.

⁷⁸ PNP, a.a.O.

⁷⁹ Vergl. Gerd Müller, „Gegenteil des Erwünschten“ (Interview mit Wolf Wiedemann-Schmidt [wow]), in: DER SPIEGEL Nr. 34, 20. August 2016, S. 20. In dem Interview berichtet der Bundesminister für Entwicklungshilfe, daß er derzeit mit nicht kooperativen Staaten über das Problem der Rücknahme abgelehnter Asylbewerber Gespräche geführt habe, „um hier voranzukommen, in Marokko und anderswo“. Das „Vorankommen“ bei der Bereitschaft zur Zurücknahme der eigenen Staatsbürger (!) ist hier natürlich nur durch Geldzahlungen von deutscher Seite zu erreichen. Minister Müller: „Deshalb unterstützen wir die Rückkehrer mit Ausbildungs- und Beschäftigungsprogrammen in den Maghreb-Staaten, aber auch in Niger und im Senegal. Sonst gehen sie nämlich nach der Abschiebung die Gangway des Flugzeugs herunter und machen sich gleich wieder auf die Flucht.“ Hier wäre natürlich gleich die Frage zu stellen, ob entsprechende deutsche Gelder denn auch wirklich zur „Ausbildung“ abgelehnter Asylbewerber im Heimatland verwendet werden: bei welchem Lehrherrn, bei welchem Unternehmen denn überhaupt, und aufgrund welcher Vorbildung und welcher Schulabschlüsse?

Bereits zum 30. Juni 2016 hielten sich insgesamt etwa 1,5 Millionen Ausländer in Deutschland auf, die entweder Asyl beantragt haben (bei derzeit offenem Verfahrensausgang) oder die subsidiär schutzberechtigt sind oder aber aus anderen Gründen geduldet werden müssen. Aber auch seit der Schließung der Balkan-Route reisen weiterhin etwa 15.000 Asylbewerber über faktisch offene Grenzen nach Deutschland ein, also knapp 200.000 im Jahr.⁸⁰ Wie viele Personen darüber hinaus in Deutschland einfach untergetaucht sind, ist naturgemäß völlig unbekannt. In 2017 wurden 25.671 Abschiebungen aus Deutschland vorgenommen (2016: 25.373), zugleich sind aber 20.869 Abschiebungen gescheitert⁸¹ (45%). In etwa läßt sich also sagen, daß derzeit Jahr für Jahr etwa zehnmal so viele Personen illegal einreisen, wie abgeschoben werden können.

Rein rechtlich gesehen, kann ein Asylbewerber, für den nach der Dublin-III-Verordnung eigentlich ein anderer EU-Staat zuständig wäre, in den er durch die deutschen Behörden im Zuge des Asylverfahrens unter Umständen zurückgeschoben werden würde, *eine formelle Zuständigkeit der Bundesrepublik Deutschland erzeugen bzw. erzwingen*. Denn nach Artikel 29 Abs. 2 Satz 1 Dublin-III-VO geht die Zuständigkeit für das Asylverfahren regelmäßig bereits nach sechs Monaten auf die Bundesrepublik Deutschland über, gemäß Art. 29 Absatz 2 Satz 2 der Dublin-III-Verordnung selbst im Falle illegalen Untertauchens (!) aber jedenfalls nach 18 Monaten; eine Rückschiebung ist dann ausgeschlossen. Dies dürfte vielfach der Hintergrund des Untertauchens unter einstweiligem Verzicht auf Unterbringung und Versorgungsansprüche sein; jedenfalls solche Migranten, die sich auf Englisch oder Französisch verständigen können, sind ja durch ehrenamtliche Asylantenhilfsorganisationen im Umfeld der linken Szene oft asylrechtlich bestens beraten.

b) Substantielle Veränderung der deutschen Bevölkerungsstruktur und -zusammensetzung

Die Problematik der substantiellen Veränderung der Bevölkerung aufgrund schlichter, gesetzesfreier und noch nicht einmal verschriftlichter (!) Verwaltungsentscheidungen der Bundesregierung (s.u. → **A.IV.2.d**, a.E.) kann nicht durch den Verweis darauf kaschiert werden, es kämen zu knapp 80 Millionen Menschen gut eine Millionen Menschen hinzu. Viel entscheidender ist, daß es in Deutschland nur noch 5-6 Millionen junge Männer bis 30 gibt, worin naturalisierte türkisch-, kurdisch- und arabischstämmige Männer mit entsprechender soziokultureller und religiöser Prägung selbstverständlich schon miteingerechnet sind. Wird diese Gruppe nun durch eine Millionen vorwiegend arabischer Männer ergänzt, so wird die Zusammensetzung der Bevölkerung in Deutschland schon unmittelbar dadurch substantiell verändert.⁸²

⁸⁰ „Zum großen Teil wissen wir nicht, wer sie sind“ – Ex-BND-Chef August Hanning hat zwei Jahre nach der Flüchtlingskrise eine ernüchterte Bilanz gezogen, WELT Online vom 31. Dezember 2017, <https://www.welt.de/172054738>.

⁸¹ Fast 21.000 Abschiebungen gescheitert, JF Online, 10. April 2018, <https://jungefreiheit.de/politik/deutschland/2018/fast-21-000-abschiebungen-gescheitert/>

⁸² Vergl. *Stefan Aust/Helmar Büchel*, WELT Online 21. Januar 2018, über die Asylbewerberstatistik 2017 mit Stand November 2017: „Die größte Gruppe bilden die 18- bis 25-Jährigen mit einem Anteil von 13,7 Prozent aller Zuwanderer. Zum Vergleich: In der Gesamtbevölkerung Deutschlands lag der Anteil junger Männer inklu-

c) Geopolitischer Hintergrund der Wanderungsbewegungen

Hintergrund der weltweiten Wanderungsbewegungen ist v.a. die Überbevölkerung:

„Die Weltbevölkerung wird von 2017 bis 2050, so Projektionen der Vereinten Nationen, um 29 Prozent von 7,55 Milliarden auf 9,77 Milliarden Menschen wachsen. Zu diesem Wachstum tragen vor allem ein Kontinent und eine Region bei: In Afrika werden im Jahr 2050 etwa 2,5 Milliarden Menschen leben, doppelt so viele wie 2017, und die Bevölkerung der 22 Staaten der Arabischen Liga wird von 414 Millionen um 63% auf 676 Millionen Menschen wachsen.“⁸³

Es gibt Entwicklungsländer wie etwa Pakistan, in denen sich die Bevölkerungszahl seit dem Zweiten Weltkrieg verzehnfacht hat, in den arabisch-muslimisch geprägten Staaten des Mittleren Osten hat sich die Bevölkerungszahl im gleichen Zeitraum zumeist verfünf- bis versiebenfacht.

„1950 haben in den 22 Staaten der Arabischen Liga erst 72,9 Millionen Menschen gelebt. In den hundert Jahren bis 2050 wächst die Bevölkerung der arabischen Welt um mehr als das neunfache. Sie nimmt jedes Jahr um acht Millionen Menschen zu, das entspricht der Größe Österreichs. [...] In der arabischen Welt ist [...] der ‚Überhang der Jugend‘ (youth bulge) Ursache für neue Probleme: Was machen die jungen Menschen, wenn sie keine gute Erziehung erhalten, die sie für den Arbeitsmarkt qualifiziert? Was machen sie, wenn sie keine Arbeit finden und nicht genügend Geld haben, um eine Familie zu gründen?“⁸⁴

Es liegt auf der Hand, daß in ohnehin unterentwickelten Ländern mit derartiger Bevölkerungsentwicklung weder Wohlstand, noch Frieden, noch Sicherheit herrschen; vielmehr kämpfen dort ethnische, tribale und religiöse Gruppen gewissermaßen ganz natürlicherweise um die zu knappen Ressourcen und die wenigen attraktiven beruflichen Stellungen.

„Die Bevölkerung der arabischen Welt wächst schneller als die jeder anderen Weltregion, mit Ausnahme von Afrika südlich der Sahara; die heutige Wirtschaftsordnung kann für die Millionen junger Menschen aber keine Arbeitsplätze bereitstellen; überdies beutet bereits die heutige Bevölkerung die natürlichen Lebensgrundlagen der arabischen Welt in einem Maße aus, daß das bloße Leben gefährdet ist, sollte kein radikaler Kurswechsel erfolgen. Denn Jahr für Jahr baut die arabische Welt die großen natürlichen unterirdischen Grundwasservorkommen ab, weil die Menschen 16% mehr Wasser verbrauchen, als ihnen die erneuerbaren Wasserquellen bereitstellen.“⁸⁵

sive bereits länger hier lebender Migranten zwischen 18 und 24 Jahren bei etwa 3,8 Prozent. Da junge Männer bekanntlich die gefährlichste Spezies der Welt sind, ist schon jetzt abzusehen, was das für die Entwicklung der Gesellschaft bedeutet.“ (<https://www.welt.de/politik/deutschland/article172672565/Deutsche-Fluechtlingspolitik-Ausgeblendete-Realitaeten.html>).

⁸³ Rainer Hermann, Die Zeitbombe tickt, in: FAZ Nr. 82, 9. April 2018, S. 6.

⁸⁴ Hermann, a.a.O.

⁸⁵ Ders., ebda.

Der in Deutschland in Politik und Medien und stets mit moralisierendem Unterton vorgetragene Ruf nach einer „Bekämpfung der Fluchtursachen“ durch die entwickelten Länder, der dann zum baldigen Erlöschen des Einwanderungsdruckes auf Europa führen werde, muß auf jeden Bürger, der auch nur grundlegende Kenntnisse von den Dimensionen des globalen Überbevölkerungsproblems hat, lächerlich wirken. Die größten demographischen Zuwächse sind in der näheren Zukunft in der unmittelbaren Nachbarschaft Europas, nämlich in Afrika zu erwarten:

„Die Bevölkerung Afrikas, die zur Zeit noch etwa eine halbe Milliarde beträgt, wächst jährlich um etwa 3%, also um 30 Millionen, von denen sich einige Millionen jährlich auf den Weg in ein besseres Leben machen. Wenn es nur 10% dieses Zuwachses sind, so sind dies bereits 3 Millionen in einem Jahr. Hierzu kommen Migrationen aus den Bürgerkriegsgebieten des Nahen Ostens sowie aus weiteren Teilen Süd- und Westasiens, bis Bangladesch. Teile der Barrieren, die früher diese Wanderungen aufgehalten haben, sind verschwunden. Allein in Libyen sollen etwa eine Millionen Migranten darauf warten, einen Platz in einem der Boote zu finden, die sie auf den gefährlichen Weg über das Mittelmeer bringen.“⁸⁶

„In Afrika [...] wird sich die Bevölkerung bis 2050 verdoppeln, und dieses Wachstum wird sich bis Ende des Jahrhunderts wiederholen. Ihr Anteil an der Weltbevölkerung wird von 16% auf rund 40% ansteigen. Ein Viertel der Bevölkerung Europas ist heute älter als 60, während dies in Afrika nur auf 5% zutrifft. 41% der Afrikaner sind jünger als 15 Jahre. Die muslimische Bevölkerung Nordafrikas wird in den nächsten 35 Jahren um 130 Millionen wachsen. [...] Wir haben hier offenbar eine Entwicklung von prinzipieller Bedeutung vor uns [...]“⁸⁷

Diese Entwicklungen werden in den nächsten Jahrzehnten zu einem permanenten, sich immer weiter verstärkenden Einwanderungsdruck auf die westlichen Länder, vor allem aber auf Europa führen. Die Wanderungsbewegungen von 2015/16 werden schon bald um das Vielfache übertroffen werden:

„Laut Gunnar Heinsohn wollen aus dem ‚Islambogen‘ und aus Afrika zur Zeit rund 240 Millionen Menschen auswandern. Um 2050 sollen es etwa 1,1 Milliarden sein.“⁸⁸

Ein entscheidender Unterschied zwischen Europa und dem nordamerikanischen Kontinent liegt dabei perspektivisch in deren jeweiliger *Erreichbarkeit* durch die neuen Völkerwanderungsbewegungen.⁸⁹ Die USA besitzt nur eine einzige, dabei noch relativ überschaubare entsprechende Grenze, nämlich die nach Mexiko, Kanada hat *überhaupt keine* Grenze, über die Armutsflüchtlinge einrücken könnten. Europa hingegen ist vom Mittleren Osten, vom dahin-

⁸⁶ Vergl. nun aktuell *Hans-Christian Röbler*, Mit dem Herzen in Europa, in: FAZ Nr. 67, 20. März 2018, S. 3 (über die Migrationsbereitschaft tunesischer Männer).

⁸⁷ *Rolf Peter Sieferle*, Das Migrationsproblem (2017), S. 11 f.

⁸⁸ *Sieferle*, Das Migrationsproblem (2017), S. 77 m.w.N.

⁸⁹ Vergl. zum folgenden *Vosgerau*, Die Herrschaft des Unrechts (2018), S. 90.

terliegenden Asien, also etwa Afghanistan und Pakistan, und v.a. von Afrika aus gut zu erreichen.

Von einem gewissen Bewußtsein der hieraus resultierenden Gefährdungen zeugen etwa die martialischen Grenzzäune in Ceuta und Melilla, den spanischen Exklaven in Marokko, gegen die der ständig wachsende Jungmännerüberschuß Schwarzafrikas seit je her (und teils auch mit Erfolg) anrennt, Ungarn hat nun ebenfalls – unter dem Protest der übrigen EU, zu deren Gunsten die Maßnahme durchgeführt wurde, weil ja kaum ein Armutsflüchtling ausgerechnet im rechtlich strengen und ethnisch recht homogenen Ungarn leben will – einen Grenzzaun Richtung Serbien gebaut.

IV. Die heutige Situation des 19. Deutschen Bundestages und die Rechtsauffassung der Bundesregierung

1. Ausgangspunkt: Die Flüchtlingskrise ist nicht vorbei

Obwohl der ständige Zustrom illegaler Einwanderer sich seit der Schließung der Balkanroute im März 2016 merklich verringert hat, ist die Flüchtlingskrise keineswegs beendet. Entgegen einer seitens von Politikern der CDU/CSU systematisch in den Medien verbreiteten Fehlinformation⁹⁰ ist im derzeit zwischen CDU/CSU und SPD als politische Grundlage der Bundesregierung verabredeten Koalitionsvertrag keinerlei „Obergrenze“ für die laufende unregelte Zuwanderung vereinbart. Tatsächlich steht dort nämlich nur, daß „bezogen auf die durchschnittlichen Zuwanderungszahlen, die Erfahrungen der letzten zwanzig Jahre sowie mit Blick auf die vereinbarten Maßnahmen [...] die Zuwanderungszahlen [...] abzüglich Rückführungen und freiwilligen Ausreisen künftiger Flüchtlinge und ohne Erwerbsmigration die Spanne von jährlich 180 000 bis 220 000 nicht übersteigen werden“⁹¹. Also brauche man über eine „Obergrenze“ gar nicht erst nachzudenken – soll dies wohl bedeuten.

Seit dem 24. Oktober 2017 amtiert nunmehr der gegenwärtige, 19. Deutsche Bundestag. *Auch in der laufenden Legislatur läßt die Bundesregierung an den deutschen Außengrenzen jeden ein – auch ohne Ausweispapiere – der angibt, in Deutschland Asyl beantragen zu wollen.* Auf diese Weise gelangen im Monat ca. 15.000 neue Zuwanderer nach Deutschland⁹², pro Jahr also knapp 200.000.⁹³ Dies geschieht nach wie vor ohne jede gesetzliche Grundlage, Rege-

⁹⁰ Beispielhaft *Armin Schuster*, „Deutschland nimmt nicht jeden auf“, Interview mit dem DLF am 16. Januar 2018, Transskript S. 2: „Dann will ich mal daran erinnern, daß dieser Wert, dieser Korridor von 180.000 bis 220.000, unser Maximalwert ist.“

⁹¹ Koalitionsvertrag CDU, CSU und SPD 19. Legislaturperiode (2018), S. 103.

⁹² „Zum großen Teil wissen wir nicht, wer sie sind“, Interview mit Ex-BND-Chef August Hanning, WELT Online, 31. Dezember 2017, www.welt.de/172054738.

⁹³ Vergl. *Stefan Aust/Helmar Büchel*, WELT Online 21. Januar 2018: „2017 kamen daher ‚nur‘ 187.000 Asylsuchende nach Deutschland. Eine Zahl, die Innenminister de Maizière am Dienstag stolz verkündete. [...] Eine Zahl, die jedoch der Einwohnerschaft einer Stadt wie Mainz entspricht. Jedes Jahr. Mit Einwohnern, die überwiegend muslimisch, jung und männlich sind, die die deutsche Sprache und Kultur nicht kennen und in der Mehrzahl über nur geringe Bildung oder berufliche Qualifikation verfügen. 200.000 Menschen, die meist kommen, um zu bleiben, die Wohnungen, Schulplätze und Arbeitsstellen benötigen und die früher oder später das

lung oder auch nur Rechtfertigung und mithin in schroffem Gegensatz zum geltenden Asyl- und Aufenthaltsrecht; auch scheint die Bundesregierung auch in der nun laufenden Legislatur keinerlei Gesetzesinitiative (Art. 76 Abs. 1 1. Alt. GG) zur formalen Legalisierung ihrer laufenden Einwanderungspolitik zu planen.

2. Rechtsauffassung der Bundesregierung

Die Bundesregierung hat sich in den Jahren seit 2015 zu keinem Zeitpunkt öffentlich in halbwegs eindeutiger Form zu einer rechtlichen Erklärung darüber verstanden, welche Rechtsnorm oder welche genaue rechtliche Erwägung sie seither veranlaßt, sich über den klaren Wortlaut des Grundgesetzes, des Asylgesetzes, des Aufenthalts- und des Paßgesetzes sowie der Dublin-III-Verordnung und des Schengen-Kodex hinwegzusetzen.

Die rechtlichen Äußerungen der Bundesregierung blieben meist mehr als vage. Wo ihre Andeutungen immerhin einmal dicht genug waren, daß jedenfalls ein Fachmann für Öffentliches Recht und Europarecht einen gewissen juristischen Sinn in sie hineinbringen und die möglicherweise angedeuteten Rechtsvorschriften aufsuchen konnte, da zeigte sich, daß die Regierung im Laufe der Zeit abwechselnde juristische Narrative zu streuen suchte. Dieser laufende Narrativwechsel indiziert schon, daß die Regierung – entgegen etwa der späteren, bezeichnenderweise nicht anfänglichen Darstellung des (später amtierenden) Bundesinnenministers de Maizière – mitnichten anfänglich geglaubt hat oder immer noch glaubt, durch zwingende Rechtsvorschriften des Unionsrechts zum permanenten Verfassungsbruch gehalten zu sein.

Vielmehr verfolgt die Bundesregierung aus völlig unklaren, nie plausibel kommunizierten Gründen eine rein *politische*, allerdings offensichtlich rechts- und verfassungswidrige Entscheidung, zu deren Rechtfertigung und Plausibilisierung sie sich erst *ex post* juristische Narrative ausgedacht hat, die seither mehrfach ausgewechselt worden sind. Konstant ist immer nur das Ergebnis.

a) Primärnarrativ: Asylrecht des Grundgesetzes ohne Obergrenze

Das erste Narrativ, das den Zeitraum zwischen Sommer 2015 und Anfang 2016 v.a. auch durch die willfährige Verbreitung durch „Willkommenspresse“⁹⁴ und „Willkommensrundfunk“⁹⁵ völlig beherrschte, lautete bekanntlich, daß das *Grundgesetz selbst und unmittelbar* den Einlaß beliebig vieler Asylanten aus dem Landweg zwingend vorschreibe. Da die Wortlautformulierung des Art. 16a Abs. 1 GG keine zahlenmäßige „Obergrenze“ enthalte, sei die Bundesrepublik Deutschland jederzeit zur Aufnahme auch von Millionen und Abermillionen

Recht auf Nachholung ihrer Angehörigen wahrnehmen werden. Jedes Jahr. Zusätzlich zu den 1,4 Millionen Migranten, die seit 2015 gekommen sind.“ (<https://www.welt.de/politik/deutschland/article172672565/Deutsche-Fluechtlingspolitik-Ausgeblendete-Realitaeten.html>).

⁹⁴ Vergl. *Giovanni di Lorenzo*, in: CICERO Nr. 9, September 2016, S. 34; *Michael Haller*, Die „Flüchtlingskrise“ in den Medien (2017); *Vosgerau*, Die Herrschaft des Unrechts (2018), S. 117 ff.

⁹⁵ *Michael Hanfeld*, Willkommens-Rundfunk, in: FAZ vom 6. November 2015, S. 1.

Flüchtlingen über die Landgrenzen verpflichtet.⁹⁶ Dieses Narrativ hat Bundeskanzlerin Merkel wesentlich selbst mit in die Öffentlichkeit getragen.⁹⁷ Wer es anzweifelte oder nach seiner objektiven Vernünftigkeit oder praktischen Verallgemeinerungsfähigkeit fragte, so ergänzten Medien und öffentlich-rechtlicher Rundfunk fast unisono, sei nicht nur rechtsunkundig, sondern auch ein – wohl rechtsextremistisch motivierter – Verfassungsfeind. So wurde in Deutschland schon früh und quasi von Regierungs wegen der gesunde Menschenverstand für rechtsradikal erklärt (Wolfgang Streeck).

b) Sekundärnarrativ: Ausübung des Selbsteintrittsrechts nach Art. 17 Dublin-III-Verordnung

Das Primärnarrativ erwies sich trotz seiner kompromißlosen Verteidigung durch Medien und v.a. öffentlich-rechtliche Rundfunksender wegen seiner offensichtlichen Unrichtigkeit als problematisch. Wie jeder Bürger durch einen kurzen Blick ins Grundgesetz feststellen mußte (und jeder Jurist ohnehin wußte), konnte das Asylrecht des Grundgesetzes bei Einreisen auf dem Landweg – um die es allein ging – niemals einschlägig sein. Dieser Umstand wurde etwa – mit einer gewissen Wirkung auf den politischen Betrieb – in einem Zeitschriftenbeitrag des *Bevollmächtigten* thematisiert.⁹⁸ In unmittelbarer Reaktion darauf wechselte die Bundesregierung, jetzt unter Federführung der Bundesjustizministers, nunmehr die juristischen Pferde und führte das zweite Narrativ ein. Heiko Maas behauptete also namens der Bundesregierung: die millionenfache Einwanderung vorwiegend junger Männer ohne Papiere aus sicheren Drittstaaten sei durch die Ausübung des Selbsteintrittsrechts nach Art. 17 Dublin-III-VO gerechtfertigt.⁹⁹ Dabei ergab sich – erstens – eine interessante Rechtfertigungsvariante. *Anfangs* hatte das unionale Selbsteintrittsrecht nur die auch für Illegale offenen Grenzen im Zeitraum *bis November 2015* rechtfertigen sollen:

„[von dem Selbsteintrittsrecht] hat Deutschland im vergangenen Jahr [2015] in einer humanitären Ausnahmesituation vorübergehend Gebrauch gemacht, *und diese Praxis wurde im November [2015] beendet.*“¹⁰⁰

Später, nämlich in einem *Spiegel*-Interview im März 2016, gab der Bundesjustizminister diese zeitliche Eingrenzung jedoch ohne nähere Erklärung auf; *nunmehr* sollte das unionale Selbsteintrittsrecht zeitlich unumschränkt, also quasi offenbar „bis in alle Ewigkeit“, die rechtliche

⁹⁶ In diesem Sinne noch unlängst – wohl etwas aus der Zeit gefallen – der jedenfalls seitens des Nachrichtenmagazins DER SPIEGEL in den letzten Jahren immer wieder als maßgeblicher Rechtsexperte vorgestellte ehemalige Strafverteidiger *Ferdinand von Schirach* in der Talksendung von Markus Lanz am 7. März 2018.

⁹⁷ *Michael Bröcker/Eva Quadbeck*, „Grundrecht auf Asyl kennt keine Obergrenze“ – Interview mit Bundeskanzlerin Angela Merkel, RP Online, 11. September 2015.

⁹⁸ *Vosgerau*, Herrschaft des Unrechts, in: CICERO 12/2015, 19. November 2015, S. 92 ff.; aufgegriffen von *Horst Seehofer*, Interview mit der Passauer Neuen Presse, 9. Februar 2016, http://www.pnp.de/nachrichten/bayern/1958889_Seehofer-unterstellt-Merkel-Herrschaft-des-Unrechts.html; Neuabdruck nun bei *Vosgerau*, Die Herrschaft des Unrechts (2018), S. 13 ff.

⁹⁹ Erstmals: *Heiko Maas*, Wer das Recht wirklich schwächt, in: FAZ Nr. 25, 30. Januar 2016, S. 10.

¹⁰⁰ Vergl. *ders.*, ebda. (Hervorhebung nur hier).

Grundlage für die massenhafte Aufnahme von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten bilden.¹⁰¹

Wie dem auch sei: ungeachtet ihrer geradezu offensichtlichen rechtlichen Unrichtigkeit (s.u. → C.I.4.) war der Narrativwechsel doch – zweitens – eine veritable juristische Begründungsrevolution, wurde doch immerhin nun mehr klargestellt, daß es *natürlich niemals eine rechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik zur massenhaften Aufnahme unbekannter junger Männer aus sicheren Drittstaaten gegeben hat*, wie man es zuvor der politischen Öffentlichkeit ein halbes Jahr lang hatte suggerieren wollen, sondern daß die ganze Aktion eine rein politische Entscheidung der Bundeskanzlerin gewesen war. Die verfassungsrechtliche Lösung wurde durch eine Rechtfertigungslösung ersetzt. Die Bundesregierung sollte nunmehr nicht mehr zu ihrem Handeln gezwungen gewesen sein, sondern sollte selbständig und eigenverantwortlich entschieden haben – auch wenn man dies vorher ganz anders kommuniziert und behauptet hatte.

c) Tertiärnarrativ: Unionsrechtlich verpflichtende Prüfung, welcher Mitgliedsstaat zuständig sei

Genau in diesen Umständen dürfte aber auch die wesentliche Schwäche des Sekundärnarrativs gelegen haben, da sich die Entscheidung der Bundesregierung zur permanenten Grenzöffnung auch für Illegale mit der Zeit als zu unpopulär erwies, um von einer reinen „Rechtfertigungslösung“ getragen werden zu können. Die angeblich rein rechtlich noch mögliche Rechtfertigung genügte eben politisch nicht mehr, wenn die Regierung selber zugab, daß sie auch ganz anders hätte handeln können und dürfen.

Es mußte also offenbar eine neue und reformierte Theorie vom Rechtszwang her, die allein die Bundesregierung von der *politischen Verantwortung* für die sich inzwischen abzeichnende Einwanderungskatastrophe entlasten konnte. Das in diesem Sinne dann geschaffene Tertiärnarrativ verbindet sich in der Öffentlichkeit mittlerweile mit dem langjährigen Bundesinnenminister Thomas de Maizière, der zwar bereits im Oktober 2015 durch regierungsinterne Umorganisation zugunsten des seinerzeitigen Kanzleramtsministers Altmaier asylpolitisch entmachtet worden war, jedoch weiterhin in der Öffentlichkeit die Politik der Bundesregierung verteidigte, und dies – gewissermaßen „überobligatorisch“ – sogar durch die Erfindung eines eigenen, weiteren Narrativs, über dessen Präsenz bereits anfänglich nicht in Vergessenheit geraten sollte, daß die Bundesregierung *als solche* es sich offenbar niemals zu eigen gemacht hat (sogleich → d).

¹⁰¹ Heiko Maas, „Den Menschen die Wahrheit sagen“ (Interview mit Melanie Amann und Christiane Hoffmann), in: DER SPIEGEL Nr. 11, 12. März 2016, S. 26 ff.

aa) Art. 3 Dublin-III-VO, angebliche Einlaßpflicht an Binnengrenzen

Nach dem Tertiärnarrativ – das offenbar an den mißverständlichen Wortlaut der Vorschrift aus Art. 3 Dublin-III-VO anknüpft, wiewohl die Regierung diese Vorschrift *noch nie explizit* zu ihrer Rechtfertigung herangezogen hat, sondern allenfalls wolkig vom „europäischen Recht“ spricht – ist die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, jeden Asylbewerber aus einem sicheren Drittstaat trotz ihrer völlig offensichtlichen Unzuständigkeit gleichwohl einzulassen, um erstmal zu prüfen, welcher andere Mitgliedsstaat denn für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig sein könnte. *Faktisch* würde dies bedeuten, daß die Bundesrepublik Deutschland auch zur Durchführung des Asylverfahrens *selbst* verpflichtet ist, weil eine Überstellung in den zuständigen Mitgliedsstaat – s.o. – jedenfalls innerhalb der Fristen des Art. 29 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 2 Dublin-III-VO nicht möglich sein wird, so daß sich der Asylbewerber die deutsche Verfahrenszuständigkeit also nachgerade zwingend ersitzen würde, wenn man ihn nur einläßt.

Diese Theorie entfaltete der Bundesinnenminister zwar nicht von selber, aber immerhin auf Nachfrage des *Bevollmächtigten* auf der Schleyer-Gedächtnistagung am 19. Oktober 2017 in Berlin¹⁰², wo sich folgender Dialog entspann:

Vosgerau: Ich möchte auf den rechtlichen Punkt zurückkommen. Vor dem 13. September 2015 durften wir im Schengen-System keine Grenzkontrollen durchführen. Am 13. September 2015 führten wir die Grenzkontrollen wieder ein, sie gelten auch noch fort. Das heißt, seit dem 13. September 2015 muß das deutsche Rechtssystem wieder angewendet werden. Jeder Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten müßte zwingend an der Grenze zurückgewiesen werden, nach Artikel 16a, Absatz 2 des Grundgesetzes und § 18 Asylgesetz. Mir ist bis heute unklar, vielleicht können Sie das begründen, mit welcher Rechtsbegründung das Grundgesetz und das Asylgesetz trotz der Grenzkontrollen nicht angewendet wird. Es widerspricht ja nicht dem Europarecht, denn nach dem Europarecht ist die Bundesrepublik Deutschland ohnehin nicht für die Durchführung der Asylverfahren zuständig. Wir können vielleicht niemanden zurück nach Griechenland abschieben, aber wir müssen und dürfen auch niemanden aus Österreich hineinlassen. Mir ist nicht klar, warum trotz der Grenzkontrollen das einschlägige Recht, das Zurückweisung erfordert, nicht angewendet wird.

de Maizière: Zunächst verlangt das europäische Recht, daß wir ein Verfahren durchführen, darauf wurde in einem anderen Zusammenhang hingewiesen, und es wird festgestellt, wer der zuständige Staat ist.

Vosgerau: Das kann man in Österreich realisieren.

de Maizière: Das europäische Recht verlangt es von jedem Mitgliedsstaat.

¹⁰² Tagungstexte erscheinen demnächst, hrsg. von der Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung, Berlin.

Vosgerau: Aber warum praktizieren nur wir das Verfahren?

de Maizière: Das ist jetzt eine ganz andere Frage. Sie haben mich eben nach einer rechtlichen Begründung gefragt. Es wäre natürlich schöner, andere würden das Verfahren auch durchführen, anstatt Menschen durchzuwinken, vor allem im Südosten, das war ja mein Ärger, von dem ich vorhin berichtet habe. Das ist der entscheidende Punkt. Es gibt dann natürlich auch ein Selbsteintrittsrecht. Wir, der Justizminister und ich, haben trotzdem überlegt, ob wir über die europäischen Hürden hinaus gehen würden, nicht müßten, aber dürften in Fragen der Zurückweisung. Wir haben bejaht und auch öffentlich kommuniziert, daß wir das aus politischen Gründen nicht machen. Aber rechtlich können wir nicht ohne Weiteres nach dem europäischen Recht diejenigen, die Asyl beantragen, zurückweisen, weil das europäische Recht dies überlagert, und das europäische Recht überlagert auch unseren Grundgesetzartikel. Ich will noch einmal sagen, warum wir es politisch nicht durchführten. Wenn über 10.000 Menschen nach Deutschland kommen, ist die Zurückweisung eine ziemlich komplizierte Angelegenheit. Es ist ja nicht so, daß Menschen dann sagen: Ich werde hier zurückgewiesen, also gehe ich halt zurück nach Syrien oder Afghanistan. Was war denn in Griechenland los, im Flüchtlingslager Idomeni usw.? Was ist denn an der Grenze zu Ungarn passiert? Menschen haben ihre Kinder über den Zaun geworfen, ihre oder die sie mitgenommen, sich unterwegs besorgt oder gekauft hatten, in der Hoffnung, daß sie aufgefangen oder nicht aufgefangen werden, damit sie nachkommen können. Das heißt, eine Zurückweisung hätte zu faktischen Situationen an der Grenze geführt, die nach meiner Auffassung die deutsche Öffentlichkeit nicht einen Monat durchgehalten hätte.

Eine ähnliche, stark verkürzte Antwort („das europäische Recht überlagert auch unseren Grundgesetzartikel“) hat der Minister dann übrigens am 13. Dezember 2017 im Deutschen Bundestag auf die Frage der Abgeordneten der Klägerin v. Storch nochmals gegeben.

bb) Die Regierung glaubt selbst nicht an einen Rechtszwang

Eine andere Frage ist es, ob die Regierung selbst (oder auch nur Thomas de Maizière persönlich) *wenigstens subjektiv* der Überzeugung ist, alle Asylbewerber auf dem Landweg einlassen zu müssen, obwohl in den Gesetzen das Gegenteil steht. Hiergegen spricht der Wortlaut eines Interviews bereits vom 13. Dezember 2015 (Veröffentlichungsdatum).¹⁰³ Zu *diesem Zeitpunkt* hatte der Minister noch die Freiwilligkeit des Regierungshandelns in den Vordergrund gestellt:

¹⁰³ Stefan Aust/Manuel Bewarder/Claus Christian Malzahn, „Der Haß kriecht bis in die Mitte der Gesellschaft“, Interview mit Thomas de Maizière, WELT Online, 13. Dezember 2015, <https://www.welt.de/149895074>.

Welt am Sonntag: Das Asylverfahrensgesetz sieht aber doch vor, daß Flüchtlinge an der Grenze zu Österreich abgewiesen werden müssen.

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

Wer sich aber „politisch“ und „bisher [!] jedenfalls“ gegen die Anwendung geltenden Bundesrechts entschieden hat, der könnte sich denkwürdig künftig auch wieder dafür entscheiden. Von einem entgegenstehenden, vorrangigen *unionsrechtlichen Rechtszwang zur Nichtanwendung des gelten Bundesrechts* ist hier daher eindeutig nicht die Rede („darüber kann man lange diskutieren“), sondern von – angeblicher – politischer Entscheidungsfreiheit.

Von einem – angeblichen – unionsrechtlichen Rechtszwang spricht der Minister erst, als die Grenzöffnung auch noch Jahre später und *angesichts ihrer offensichtlichen Nachteile trotzdem immer weiter aufrechterhalten werden soll* – nämlich heute, in der 19. Legislaturperiode, wo der gegenwärtige Bundestag amtiert, der hierfür überhaupt erst rechtliche Grundlagen beraten und beschließen müßte, sollte nicht alles nur Rechtsbruch und permanenter Staatsstreich sein.

Gegen auch nur einen subjektiven Glauben des Ministers oder der Bundesregierung an ein vorrangiges Unionsrecht, daß sie zwänge, in Einwanderungs- und Asylfragen den Deutschen Bundestag als einziges unmittelbar legitimes Verfassungsorgan dauerhaft auszuschalten, spricht *weiterhin* auch der Umstand, daß das Bundesministerium des Innern und das Bundesjustizministerium sich bereits im Herbst 2015 auf eine „gemeinsame Rechtsauffassung“ geeinigt hatten, der zufolge Zurückweisungen an der Grenze zwar rechtlich nicht zwingend, aber jedenfalls möglich seien.¹⁰⁴ Von einem unionalen Rechtszwang zum Einlaß ist also wieder nicht die Rede.

Etwa zum gleichen Zeitpunkt, nämlich am 30. Oktober 2015, war ein Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages zu dem Ergebnis gelangt, daß die „Aufgangzuständigkeit“ aus Art. 3 Dublin-III-VO beim Überschreiten der deutschen Grenzen durch Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten nicht zum Zuge komme, da insofern für die Durchführung des Asylverfahrens *allenfalls der Mitgliedsstaat zuständig sei, aus dem der Asylbewerber einzureisen versuche*.¹⁰⁵ Jedenfalls seit Ende 2015 „glaubt“ die Bundesregierung jedenfalls nicht mehr an einen solchen Rechtszwang, übergeht die Regelungszuständigkeit des Deutschen Bundestages für das Aufenthalts- und Einwanderungsrecht also auch subjektiv, bewußt und planmäßig.

¹⁰⁴ Vergl. Alexander, Die Getriebenen (2017), S. 26.

¹⁰⁵ Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, „Zulässigkeit direkter Zurückweisung von Flüchtlingen an EU-Binnengrenzen der Bundesrepublik“, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 259/15, 30. Oktober 2015, S. 10.

d) Die offizielle letzte Rechtsauffassung der Bundesregierung: Antwort auf die Kleine Anfrage der Klägerin vom 12. Februar 2018

Mittlerweile gibt es nun eine „offizielle“, amtliche Rechtsauffassung der Bundesregierung, die richtigerweise diesem Verfahren zugrunde zu legen wäre. Diese nunmehr authentische Rechtsauffassung der Bundesregierung ergibt sich aus ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Klägerin vom 5. März 2018¹⁰⁶ (→ **Anlage 1**). Die Klägerin hatte wissen wollen, auf welche Rechtsnormen oder rechtliche Erwägungen sich der Einlaß von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten, im allgemeinen, speziell seit der Wiedereinführung von Grenzkontrollen und insbesondere in denjenigen Fällen, in denen die Einreisewilligen weder über gültige Ausweispapiere noch ein Schengen-Visum verfügen, das sie erst zum Passieren von EU-Binnengrenzen berechtigen könnte, stützt. Die Bundesregierung beantwortete die Fragen der Klägerin nicht direkt, sondern verwies

- auf ihre Antwort zur Kleinen Anfrage der Fraktion DIE LINKE, Bundestagsdrucksache 18/7311 vom 20. Januar 2016 (Vorbemerkung der Bundesregierung), sowie
- auf die Antwort des Parlamentarischen Staatssekretär beim Bundesminister des Innern, Schröder, laut Bundestagsdrucksache 18/12640, Nummer 13 vom 2. Juni 2017.

Diese Antworten waren also im Kontext der seinerzeitigen Fragestellungen zu analysieren.

Diese Analyse ergibt, daß die Fraktion DIE LINKE seinerzeit auf ein bestimmtes Ergebnis hinausgewollt hat und dieses Ergebnis von der Bundesregierung bestätigt haben wollte – nämlich: eine angeblich europarechtliche Pflicht zum Einlaß jedes Asylbewerbers über jede Binnengrenze –, daß die Bundesregierung jedoch eine andere Antwort gab als die erwartete, woraus wiederum folgt, daß die Bundesregierung sich entgegen mancher öffentlicher Verlautbarung insbesondere des seinerzeitigen Bundesinnenministers de Maizière *keineswegs für europarechtlich verpflichtet hielt und hält, jeden Asylbewerber über Binnengrenzen einzulassen*. Woraus wiederum folgt, daß die Bundesregierung hier auch subjektiv und nach ihrer eigenen Vorstellung eine Einwanderungspolitik aus eigener Entscheidung und Machtvollkommenheit heraus treibt, und dabei den Deutschen Bundestag als wesentliches Gesetzgebungsorgan übergeht.

Die Fraktion DIE LINKE machte sich nämlich in den „Vorbemerkungen der Fragesteller“ die mitunter im deutschen Ausländerrecht und speziell von deutschen Fachanwälten für Migrationsrecht vertretene Theorie (s.o. → **A.II.4.b**) zu eigen, es seien in der Tat alle Asylbewerber über deutsche Grenzen erst einmal einzulassen, Art. 16a Abs. 2 GG und § 18 AsylG seien völlig bedeutungslos:

„Einerseits sind Zurückschiebungen in „sichere Drittstaaten“ im nationalen Asylgesetz (§ 18 Absatz 2 AsylG) ausdrücklich vorgesehen, andererseits verdrängt das EU-Recht – hier: die Dublin-III-Verordnung zur Feststellung des zuständigen Mitgliedstaats – dieses

¹⁰⁶ BT-Drucks. 19/560.

nationale Recht. Vor einer Zurückschiebung nach Österreich wäre demnach bei Asylsuchenden zunächst zu klären, welcher Mitgliedstaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist (Bruns in: Hofmann/Hoffmann, Handkommentar Ausländerrecht, 1. Auflage 2008, § 18 AsylVfG Rn. 16; Renner in: Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Auflage 2013, § 18 AsylVfG Rn. 23; [...]) – was nach geografischer Lage der Dinge nur im Ausnahmefall Österreich sein dürfte, da ein maßgebliches Kriterium der Zuständigkeit nach der Dublin-Verordnung das Land der Ersteinreise in das Gebiet der EU ist.“¹⁰⁷

Die Bundesregierung machte sich diese Lehre jedoch eindeutig nicht zu eigen, wie aus ihren Antworten folgt:

„Unabhängig von diesen temporären Binnengrenzkontrollen gelten die einreise- und aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen. Drittstaatsangehörige haben danach für die Einreise und den Aufenthalt in das Bundesgebiet insbesondere ein gültiges und anerkanntes Grenzübertrittsdokument und erforderlichenfalls einen Aufenthaltstitel oder ein Visum zu besitzen und beim Grenzübertritt mitzuführen. Bei Drittstaatsangehörigen, die diese Einreisevoraussetzungen nicht erfüllen, sind grundsätzlich einreiseverhindernde bzw. aufenthaltsbeendende Maßnahmen, insbesondere nach Maßgabe von Artikel 13 der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 (Schengener Grenzkodex), §§ 15, 57 und 58 des Aufenthaltsgesetzes und § 18 des Asylgesetzes (AsylG), zu ergreifen. *Maßnahmen der Zurückweisung an der Grenze mit Bezug auf um Schutz nachsuchende Drittstaatsangehörige kommen derzeit nicht zur Anwendung (§ 18 Absatz 2, Absatz 4 AsylG).*“¹⁰⁸

„Die Entscheidung wurde im Rahmen der bestehenden Zuständigkeiten innerhalb der Bundesregierung getroffen“.¹⁰⁹

Damit ist – trotz der juristisch unsauberen Zitierweise der Bundesregierung – in der Sache klargestellt, daß die Bundesregierung sich ausschließlich auf § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG beruft und nicht (auch) auf § 18 Abs. 4 Nr. 1. Dies folgt nicht nur aus dem Umstand, daß in diesem Falle richtigerweise ja „§ 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO“ hätte zitiert werden müssen. Entscheidend ist vor allem, daß es bei einem Einlaßzwang kraft des Unionsrechts keine „Entscheidung“ der Bundesregierung hätte geben können, „derzeit“ irgendwelche Rechtsnormen nicht „zur Anwendung“ zu bringen. Denn der angebliche Rechtszwang aus Art. 3 Abs. 3 Dublin-III-VO würde immer gelten und nicht „derzeit“, und eine „Entscheidung“ über die Befolgung des geltenden Rechts könnte es gar nicht geben.

Weiterhin ist festzuhalten, daß die Regierung bislang noch nie, auch nicht andeutungsweise, erklärt hat, aufgrund welcher Rechtsnorm oder rechtlichen Überlegung sie einen Dispens auch von der Paß- und Visumpflicht für vorstellbar hält (vergl. noch unten, → **B.IV.2.c**). Von einem solchen Dispens ist in § 18 Abs. 4 AsylG jedenfalls nirgends die Rede.-

¹⁰⁷ BT-Drucks. 18/7143, S. 1 f.

¹⁰⁸ BT-Drucks. 18/7311, S. 2; Hervorhebung nur hier.

¹⁰⁹ Ebda., S. 3 unten.

Diese Analyse wird bestätigt durch die weiter seitens der Bundesregierung in Bezug genommene Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Schröder, auf die Frage der Abgeordneten Dağdelen (DIE LINKE) am 30. Mai 2017.¹¹⁰

Dağdelen: Worauf bezieht sich die offenbar im Herbst 2015 getroffene Ausnahmeentscheidung nach § 18 Absatz 4 des Asylgesetzes (Zeitraum, Personenkreis), und wie kam diese Ausnahmeentscheidung zustande (bitte konkretes Datum, Entscheidungsbeteiligte, Zielgruppe und verfahrensrechtliche Form auflisten)?

Schröder: Die Entscheidung beinhaltet, daß Drittstaatsangehörige, die in Deutschland um Schutz nachsuchen, derzeit nicht an der Grenze zurückgewiesen werden (§ 18 Absatz 2, 4 des Asylgesetzes). Sie wurde im Zusammenhang mit der vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den deutschen Binnengrenzen am 13. September 2015 im Rahmen der bestehenden Zuständigkeiten innerhalb der Bundesregierung getroffen.

Dies entspricht auch der Stellungnahme des Innen-Staatssekretärs Krings auf die Frage des Abgeordneten Beck (GRÜNE) in der Bundestagssitzung bereits vom 17. Februar 2017¹¹¹:

Beck: Könnten Sie dann dem Hohen Hause und der deutschen Öffentlichkeit, weil es offensichtlich einen entsprechenden Bedarf gibt, noch einmal die Rechtsgrundlagen für die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung erläutern? Ich glaube, das ist wichtig, weil es sowohl im Hohen Hause Leute gibt, die sie anzweifeln, als auch draußen in der Gesellschaft. Ich finde es gerade in diesen Zeiten, wo Hasardeure auf unseren Straßen Menschen verhetzen, gut, wenn wir erläutern, warum die Entscheidungen der Bundesregierung rechtmäßig sind. Ich bin da ganz bei Ihnen; ich möchte es bloß noch einmal aus berufenerem Munde als aus meinem hier hören.

Krings: In Ihrer Frage hatten Sie konkret danach gefragt, ob es sich um einen Verstoß gegen Artikel 16a des Grundgesetzes handelt.

Beck: Jetzt habe ich nachgefragt, was die Rechtsgrundlagen waren!

Krings: – Ich will das in den Kontext stellen. – Diese Frage war, wenn ich das, mit Verlaub, so sagen darf, ein bißchen neben der Sache, weil ein Grundrecht immer nur einen Mindeststandard vorgibt und natürlich sowohl die Exekutive als auch die Legislative nicht daran gehindert sind, mehr an Rechten und an Schutz zu gewähren, als das Grundrecht vorsieht. Artikel 16a – das stimmt – gewährt diesen Schutz nicht. Es gibt zunächst einmal das Asylgesetz, das hier-

¹¹⁰ BT-Drucks. 18/12640, S. 7 f.

¹¹¹ Plenarprotokoll 18/154, S. 15166.

bei eine Rolle spielt, und das ist mit dem europäischen Recht zusammen zu lesen und wird zum Teil auch dadurch überlagert. Das europäische Recht in Gestalt der Dublin Verordnung zwingt nicht dazu, von Zurückweisungen abzusehen, ermöglicht es aber, von Zurückweisungen abzusehen.

Damit spielt der Staatssekretär offenbar auf das Selbsteintrittsrecht aus Art. 17 Dublin-III-Verordnung an, zu dessen Ausübung wiederum kein Rechtszwang besteht und das nach richtiger Auffassung (s.u. → **C.I.4.b**) ohnehin nicht durch die Bundesregierung ausgeübt werden konnte.

Weiterhin steht heute fest – es ergibt sich u.a. aus der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Klägerin vom 21. Februar 2018 (→ **Anlage 3**) – daß die entsprechende Weisung der Bundesregierung und des Bundesinnenministers, Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten aufgrund von § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG nicht zurückzuweisen, zu keinem Zeitpunkt verschriftlicht worden ist¹¹², und dies, obwohl sie seit September 2015 offenbar fort und fort gilt.¹¹³ Es gibt daher auch keinerlei schriftliche, öffentliche Begründung dafür.

3. Ausblick: Mangelnde Eignung der derzeit seitens der Bundesregierung avisierten Maßnahmen zur Beschränkung der Zuwanderung

a) Gegenwärtige Situation an den Grenzen

Die nunmehr von der Bundesregierung und der jetzigen Großen Koalition in Aussicht gestellten Maßnahmen zur Verringerung der ständigen Zuwanderung bzw. zur Verhinderung der leicht absehbaren Verstetigung und Verewigung des Aufenthaltes der permanent eingelassenen Asylbewerber, wie etwa durch Erleichterung der Abschiebung sind, so lange die Bundesregierung nicht zu Recht und Gesetz zurückkehrt und die Grenzen effektiv schließt, nach dem einhelligen Urteil praktischer Fachleute zum Scheitern verurteilt. Hierüber gab etwa unlängst ein in der *Welt am Sonntag* veröffentlichter Artikel von Stefan Aust und Helmar Büchel Auskunft, der sich hier ausführlicher zu zitieren lohnt¹¹⁴:

„Über 250.000 Migranten sind derzeit in Deutschland eigentlich ausreisepflichtig, weil ihre Asylanträge abgelehnt wurden. Die Mehrzahl von ihnen verfügt über eine ‚Duldung‘, die regelmäßig erneuert wird. Nach Abschluß der noch ausstehenden Asylentscheidungen aus der Zuwanderungswelle seit 2015 werden nach internen Prognosen der Bundespolizei in diesem Jahr voraussichtlich 250.000 weitere Ausreisepflichtige hinzukommen.

¹¹² Antwort des Bundesregierung auf die Kleine Anfrage des Abgeordneten Lars Herrmann u.a. und der Fraktion der AfD (BT-Drucks. 19/559), BMI-Drucks. 19/883, S. 4.

¹¹³ Vergl. bereits *Henning Tabbert/Andreas Wagenseil*, Die seit 2015 geltende mündliche Ministeranordnung zur Grenzöffnung im Lichte der Gewaltenteilung, ZAR 2017, 429 m.w.N.

¹¹⁴ *Aust/Büchel*, WELT Online 21. Januar 2018, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article172672565/Deutsche-Fluechtlingspolitik-Ausgeblendete-Realitaeten.html>

„Das ist eine halbe Million abzuschiebende Ausländer bei derzeit exakt 398 Abschiebehaftplätzen in ganz Deutschland“, klagt ein hoher Beamter der Bundespolizei, der nach zahlreichen Maulkorbanweisungen aus dem Bundesinnenministerium lieber anonym bleiben möchte, im Gespräch mit WELT AM SONNTAG. „Das macht doch den ganzen Irrsinn der derzeitigen Situation deutlich.“

In Berlin und Brandenburg gebe es aus politischen Gründen keinen einzigen Abschiebehaftplatz. „Dabei verlassen uns nur die Wenigsten freiwillig“, weiß der gelernte Grenzschützer aus seiner Praxis. Für das vergangene Jahr weist das Bundesinnenministerium trotz Erhöhungsversprechen der Kanzlerin gerade 26.000 Abschiebungen und 30.000 freiwillige Ausreisen aus. Weniger als im Jahr zuvor.

Auf Wunsch vor allem der CSU hat die Union immerhin den Satz in die Sondierungen geschrieben, daß man nicht mehr als 1000 Menschen pro Monat, also 12.000 im Jahr, den Familiennachzug gewähren wolle. Wie das angesichts einschlägiger, entgegenstehender völkerrechtlicher Verpflichtungen – etwa der UN- Kinderrechtskonvention und der Europäischen Menschenrechtskonvention – auf Dauer umgesetzt werden soll, erläutert das Papier nicht. Auch dazu, daß das Bundesinnenministerium in internen Berechnungen von derzeit bereits 680.000 Zuwanderern in Deutschland ausgeht, die einen solchen Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung besitzen, findet sich in dem Papier kein Wort.

Die triste Realität sieht so aus, daß die Bundespolizei nur an der 800 Kilometer langen Grenze zu Österreich als einziger der insgesamt neun deutschen Landgrenzen regelmäßige Kontrollen durchführen darf. Dazu gibt es Überprüfungen an drei Autobahnübergängen und weitere stichprobenartige Kontrollen von mutmaßlichen Schleuserfahrzeugen an einzelnen weiteren, wechselnden Punkten in einem Bereich bis zu 30 Kilometer landeinwärts der deutschen Grenze. „De facto ist diese Grenze trotz unserer Präsenz völlig offen“, klagt der Polizeiführer.

500 bis 800 illegale Zuwanderer würden dort Tag für Tag dennoch von den Bundespolizisten aufgegriffen. 80 Prozent von ihnen behaupteten, keinerlei Pässe oder andere Identitätsnachweise bei sich zu haben. „Aber sobald sie das Zauberwort Asyl sagen, dürfen wir sie auf Weisung des Bundesinnenministers nicht zurückweisen, obwohl die deutschen Gesetze das verlangen“, berichtet der Beamte frustriert‘.

Die Zuwanderer werden von der Bundespolizei mit den Personalien, die sie angeben, registriert, ihre Fingerabdrücke und Fotos werden genommen, danach werden sie in Erstaufnahmeeinrichtungen gebracht. Nur etwa 20 bis 30 jener 500 bis 800 täglich aufgegriffenen Migranten äußerten gegenüber den Bundespolizisten keinen Wunsch nach Asyl, zitiert der Beamte aus internen Statistiken.

Vermutlich weil sie von ihren Schleusern nicht richtig instruiert worden seien. „Diese 20 bis 30 dürfen wir abweisen und nach Österreich zurückbringen“, sagt der Beamte im Gespräch mit WELT AM SONNTAG. „Danach ziehen die meisten von denen wahrscheinlich nach Westen weiter und kommen einfach über die Schweiz nach Deutsch-

land, dort dürfen wir nicht kontrollieren', fügt der Polizeiführer resigniert hinzu.

Nach den internen Aufstellungen der Bundespolizei, die diese nicht an die Öffentlichkeit geben darf, 'greifen wir bei unseren Kontrollen maximal 25 Prozent der illegalen Zuwanderer ab', rechnet der Beamte vor. 'Wir bekommen an einem einzigen Tag mehr neue Zuwanderer nach Deutschland hinein, als wir im ganzen Monat aus Deutschland hinausbekommen', betont der Polizist, der jeden Tag die Lagemeldungen aus allen Bundespolizeidirektionen auf den Schreibtisch bekommt, 'und diese Entwicklung wird auch nach dem jetzigen Sondierungsstand unverändert bleiben.'

In der Führung der Bundespolizei herrsche die übereinstimmende Erkenntnis, daß die im vorliegenden GroKo-Sondierungspapier und auch schon bei Jamaika anstelle von Zurückweisungen an der Grenze favorisierten Rückführungen aus den 'Anker-Zentren' genannten Sammelstellen für Asylbewerber im Landesinneren in der Praxis nicht funktionieren werden. 'Das ist schon rechnerisch, aber auch rechtlich völliger Schwachsinn', formuliert es der hohe Beamte drastisch, das wisse man sowohl im Innenministerium als auch bei den GroKo-Sondierern ganz genau. Die Bevölkerung werde schlicht für dumm verkauft.

Schon die offiziell derzeit etwa 15.000 Zuwanderer im Monat ließen sich nicht ohne Zwang in diesen vereinbarten zentralen Aufnahmestellen festhalten. Erst recht nicht, wenn sie aus jenen Ländern kämen, deren Bürger kaum Aussicht auf Asyl haben, wie aus Marokko oder Tunesien. 'Sollen diese Zentren umzäunt werden? Werden sie neu gebaut? Wie lange soll das dauern? Was ist mit den bald 500.000 ausreisepflichtigen Altfällen? Sollen die auch in diese Zentren?', fragt der Beamte und schüttelt zornig den Kopf.

'Wenn man die Leute nicht festhält, machen diese Zentren keinen Sinn. Um sie festzuhalten, brauchen Sie nach der Rechtslage ab dem zweiten Tag einen hafrichterlichen Beschluß. In jedem Einzelfall. Es ist völlig ausgeschlossen, daß das jemals umgesetzt werden kann.' Nicht bei 15.000 Neuzugängen im Monat. Erst recht nicht bei 500.000 Altfällen. Ohne Zurückweisungen an der Grenze gehe es schlicht nicht: 'Wer die Grenze aufgibt, kann die innere Sicherheit nicht gewährleisten, der gibt am Ende das Land auf.'¹¹⁵

Hinzu kommt, daß nach neueren Erkenntnissen des Bundesnachrichtendienstes die eigentlich im Frühjahr 2016 geschlossene Balkan-Route heute den Schleusern faktisch wieder offensteht und tausende von Personen Monat für Monat völlig unerkannt über Osteuropa einreisen.¹¹⁵ Illegale Einwanderer etwa aus Nigeria, Somalia, Syrien, Pakistan, Albanien, Ukraine, Gambia, Afghanistan, dem Irak, Serbien, Vietnam, Mazedonien, Marokko oder dem Kosovo rei-

¹¹⁵ FOCUS Nr. 11, 10. März 2018, https://www.focus.de/politik/deutschland/politik-bnd-warnt-balkanroute-wieder-offen_id_8585490.html

sen auch laufend und unkontrolliert per Fernbus nach Deutschland ein.¹¹⁶

b) Demokratisch nicht mehr steuerbare, weitere Familienzusammenführung

Nunmehr eilig ins Werk gesetzte Gesetze oder angekündigte Maßnahmen zur Verminderung der Familienzusammenführung werden sich, wie schon jetzt absehbar ist, nicht als durchgreifend erweisen. Dies liegt einfach daran, daß in Deutschland nicht Parteien oder Koalitionen entscheiden, wer seine Familie nachholen darf – sondern unabhängige Gerichte, und zwar im Lichte der internationalen Menschenrechtsstandards.

So hat der Deutsche Bundestag zur Abmilderung des ständigen Einwanderungsdrucks infolge der unkontrollierten Grenzöffnung unlängst eine Änderung des Aufenthaltsgesetzes beschlossen, wonach die Zahl der nach Deutschland einzulassenden Familienangehörigen von Subsidiär Geschützten (§ 4 AsylG) auf 1.000 pro Monat gedeckelt werden solle. Dabei bleibt völlig unklar, wie sich diese Neuregelung nun zu § 22 Aufenthaltsgesetz verhalten soll, der die Aufnahme von Ausländern aus völkerrechtlichen und humanitären Gründen vorsieht.¹¹⁷

Der anerkannte völkerrechtliche Grundsatz, daß Staaten grundsätzlich allein und frei über die Einreise von Ausländern entscheiden können, läuft heute nämlich wegen der vielfältigen menschenrechtlichen Bindungen etwa aus dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, der EMRK und der UN-Kinderrechtskonvention völlig leer, sobald ein Staat bereits Familienangehörige über die Grenze gelassen hat – da können Koalitionsrunden symbolpolitisch entscheiden, was sie wollen. Für die Situation in der Bundesrepublik Deutschland zeichnet sich bereits konkret folgendes Bild ab:

- der UN-Menschenrechtsausschuß hat bereits im Jahr 2016 entschieden, daß eine dreijährige Karenzzeit für den Familiennachzug bei Geflüchteten als Verstoß gegen den IPbpR zu werten ist;
- in eine ganz ähnliche Richtung weist bereits jetzt die Rechtsprechung des VG Berlin zu GG und EMRK;
- als noch wesentlich großzügiger dürften sich die infolge der Einbeziehung der Wertungen UN-Kinderrechtskonvention bei der Gesetzesauslegung heranzuziehenden Maßstäbe erweisen;
- und: da in Deutschland Flüchtlinge, denen der Status eines Konventionsflüchtlings nach GFK zuerkannt worden ist, keinerlei Einschränkungen bei der Familienzusammenführung unterliegen, die Subsidiär Schutzberechtigten aber schon, zeichnet sich hier ein erhebliches Gleichheitsproblem ab, das für sich allein absehbarerweise schon

¹¹⁶ *Alexander Wallasch*, Nun also doch: Massive illegale Zuwanderung per Fernbus, TICHYs Einblick, 26. Februar 2018, www.tichyseinblick.de/kolumnen/alexander-wallasch-heute/nun-also-doch-massive-illegale-zuwanderung-per-fernbus/

¹¹⁷ Auch zum folgenden *Andreas Zimmermann*, Auf Kante genäht, in: FAZ Nr. 27, 1. Februar 2018, S. 8.

zur Aufhebung der nunmehr beschlossenen Beschränkungen führen dürfte¹¹⁸.

Daher werden nicht nur die knapp 1,5 Millionen Einwanderer, die 2015/16 irregulär eingelassen wurden, zum allergrößten Teil für immer in Deutschland bleiben, und auch nicht nur die knapp 200.000 irregulären Einwanderer, die nach dem Willen der Bundesregierung seit März 2016 Jahr für Jahr ohne jede Auswahl eingelassen werden; sondern beide Gruppen werden auch demnächst ihre Angehörigen und Familien nachholen können, oder wen auch immer sie dafür ausgeben, es wird schließlich kaum zu prüfen sein. Der Deutsche Bundestag wurde nicht gefragt und wird nicht gefragt; und es gibt kein parlamentarisches Gesetz, daß diese Entwicklungen rechtfertigen, steuern oder regulieren würde.

c) Keine sonstige Abhilfe; keine sinnvolle Sachdiskussion im Deutschen Bundestag

Einen Entschließungsantrag der Klägerin „Umfassende Grenzkontrollen sofort einführen – Zurückweisung bei unberechtigtem Grenzübertritt“, durch den die Bundesregierung aufgefordert werden sollte, das geltende Recht bei Grenzkontrollen künftig wieder einzuhalten, hat der Deutsche Bundestag bei drei (!) Enthaltungen (!) aus der CDU/CSU-Fraktion mittlerweile abgelehnt.

Bereits am 13. Dezember 2017 kam es im Rahmen der von der Antragstellerin beantragten Debatte über ihren einfachen Beschlußantrag „Umfassende Grenzkontrollen sofort einführen – Zurückweisung bei unberechtigtem Grenzübertritt“, bei der Rede des SPD-Abgeordneten Dr. Lars Castellucci (also eines berufenen Vertreters der alten und neuen „Großen Koalition“), der in seiner Rede die Abgeordneten der Antragstellerin und überhaupt alle Skeptiker einer Politik der offenen Grenzen zuvor bezichtigt hatte, „ein perfides Spiel [zu] treiben“ und „ausgesprochenen Unsinn“ zu verbreiten sowie einen der Vorsitzenden der Antragstellerin anlaßlos als „Kim Jong Gauland“ bezeichnet hatte, auf den er „verzichten“ könne¹¹⁹, aufgrund einer Zwischenfrage des Abgeordneten der Antragstellerin, Jan Ralf Nolte, zu folgendem Dialog:

Nolte (AfD):

Herr Kollege, 2050 rechnet man mit mehreren Hundert Millionen migrationswilligen Menschen aus Afrika und weltweit mit bis zu 800 Millionen. Wie sieht ihr Konzept aus? Was wollen Sie mit all diesen Menschen machen, wenn Sie sie aufgenommen haben?

¹¹⁸ Zimmermann a.a.O. will dies damit begründen, daß „die vorhandenen rechtlichen Unterschiede der beiden Statusgruppen angesichts der andauernden Lage in den wesentlichen Herkunftsländern weitestgehend ihre Bedeutung verlieren“. Einfacher und einleuchtender dürfte indessen eine andere Erklärung sein: was kann es im Lichte der Menschenrechte aus Sicht der in einer kriegerisch-patriarchalischen Gesellschaft zurückgelassenen Frau oder gar des Kindes, das sich nach seinem Vater sehnt, eigentlich rechtlich für einen Unterschied machen, welchen genauen Flüchtlingsstatus dieser Vater gerade nach deutschem Verwaltungsrecht innehat?

¹¹⁹ Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, 5. Sitzung, 13. Dezember 2017, S. 403.

Dr. Castelucci (SPD): Mein Konzept ist, daß Sie allerspätestens 2050 nicht mehr in diesem Parlament sind.¹²⁰

So sieht also die strategische Hauptlinie der Bundesregierung für den Umgang mit der größten politischen Herausforderung der Gegenwart aus: man hofft, diejenige politische Partei, die neuerdings auf das Migrationsproblem realitätsorientiert aufmerksam macht, irgendwie doch noch ausschalten zu können, und will sich ansonsten offenbar einfach überrennen lassen.

Es scheint also nach wie vor zu sein, wie der Philosoph Rüdiger Safranski bereits 2015 festgestellt hatte:

„Die Politik hat die Entscheidung getroffen, Deutschland zu fluten“, sagt Safranski nicht ohne Empörung. „Wenn die Kanzlerin sagt, Deutschland wird sich verändern, da möchte ich doch bitte gefragt werden.“¹²¹

Nun hätte die Bundeskanzlerin vielleicht nicht Rüdiger Safranski persönlich fragen müssen, wohl aber den Deutschen Bundestag. Die Politik der Bundesregierung jedenfalls seit Mitte 2015 wäre verfassungsrechtlich nur statthaft gewesen aufgrund von Bundesgesetzen, in denen der Deutsche Bundestag gesetzesförmig über den Umgang mit dem Migrationsproblem entschieden hätte, so daß die Abgeordneten des Deutschen Bundestages den Bürgern über ihr Abstimmungsverhalten persönlich Rechenschaft hätten ablegen müssen.

Demnach ist nunmehr Klage geboten.

¹²⁰ Ebda.

¹²¹ Matthias Matussek, Rüdiger Safranski: „Deutschland fluten – da möchte ich gefragt werden“, WELT Online, 28. September 2015, <https://www.welt.de/146941915>.

B. Zulässigkeit

I. Beteiligtenfähigkeit

Die Klägerin ist als Fraktion ein Organteil des Deutschen Bundestages (§ 63 BVerfGG). Sie ist als notwendige Institution des Verfassungslebens durch das Grundgesetz selbst wie auch durch die GOBT mit eigenen Rechten ausgestattet.

II. Antragsgegenstand

1. Allgemein

a) Tun und Unterlassen

Antragsgegenstand ist – je nach Betrachtungsweise – die immer weitere, täglich sich erneuernde Aufrechterhaltung der ursprünglich im September 2015 seitens der Bundesregierung an die Bundespolizei erteilten, niemals verschriftlichten (!) Weisung (s.o. → **A.IV.2.d**, a.E.), Asylbewerber, die an den deutschen Grenzen einen Asylantrag stellen bzw. angeben, nach Deutschland einreisen zu wollen, um dort einen Asylantrag stellen zu können, entgegen dem klaren Wortlaut von § 18 AsylG sowie in den meisten Fällen bereits § 15 AufenthaltsgG die Einreise zu gestatten, bzw. das ebenfalls täglich sich erneuernde Unterlassen der Bundesregierung, diese Weisung zu widerrufen und die Bundespolizei anzuweisen, im Rahmen von Grenzkontrollen wieder nach Gesetz und Recht vorzugehen und § 15 AufenthaltsgG sowie § 18 AsylG zu beachten. Ohne die Weisung der Bundesregierung, § 15 AufenthaltsgG und § 18 AsylG nicht zu beachten, würde die Bundespolizei alle Asylbewerber, die aus sicheren Drittstaaten einreisen wollen oder schon nicht über Paß und Schengen-Visum verfügen, an der Grenze zurückweisen.¹²²

b) Rechtserheblichkeit

Die Rechtserheblichkeit dieser Maßnahme bzw. dieses Unterlassens liegt auf der Hand: es ist keine „rechtserheblichere“ Maßnahme denkbar als die Weisung und die Unterlassung der Aufhebung der Weisung an einen Amtsträger, auf die geltenden Gesetze keine Rücksicht mehr zu nehmen.

Auch hat diese Maßnahme bzw. Unterlassung enorm gravierende, langfristige und zumeist irreversible Rechtsfolgen, da allen Beteiligten täglich neu und anfänglich klar ist, daß die überwiegende Mehrheit der mehr oder minder formlos eingelassenen Asylbewerber im Er-

¹²² Vergl. nur *Tabbert/Wagenseil*, ZAR 2017, 429 (430 f. m.w.N.).

gebnis in Deutschland bleiben wird (s.o. → **A.III.3**), wenigstens mit Duldungsstatus, und in zahlreichen Fällen die Familie nachholen wird (s.o. → **A.IV.3.b**).

c) Zwischenergebnis

Antragsgegenstand ist also zunächst und wenigstens jeder geduldete Grenzübertritt durch Asylbewerber mit oder ohne Paß und Schengen-Visum auf dem Landwege seit dem 24. Oktober 2017, d.h. dem Datum des erstmaligen Zusammentritts des derzeitigen, 19. Deutschen Bundestages. Es unterliegt jedenfalls nach hiesiger Ansicht keinem ernsthaften Zweifel, daß jeder einzelne willentlich geduldete Grenzübertritt seit diesem Datum die jedenfalls parlamentarischen Mitwirkungs- und Kontrollrechte des 19. Deutschen Bundestages verletzt (s.u. → **C.II**) und im übrigen auch bereits objektiv verfassungswidrig ist (s.u. → **C.I**).

2. 18. und 19. Deutscher Bundestag, Kontinuitätsproblem

Darüber hinaus entspricht es dem Willen und dem objektiven Interesse der Klägerin, auch die Vorgänge seit dem 13. September 2015 sowie den „aktive“, also von der Wiedereinführung von Grenzkontrollen unabhängige unstatthafte Übernahme von Asylbewerbern aus Ungarn im August und September 2015 ebenfalls mit zum Antragsgegenstand zu erheben. Dies wirkt neben der Fristenproblematik (unten → **IV.**) v.a. die verfassungsrechtlich bislang ungeklärte Frage auf, ob und unter welchen Umständen eine Bundestagsfraktion in gesetzlicher Prozeßstandschaft (unten → **III.1**) die Rechte des Deutschen Bundestages aus der *vorherigen* Legislaturperiode geltend machen kann.

a) Sachliche Diskontinuität des Deutschen Bundestages

Hiergegen scheint auf den ersten Blick das Prinzip der (sachlichen) Diskontinuität zu sprechen. Fraglich ist, was „Diskontinuität“ überhaupt bedeutet. Wohl überwiegend wird das Prinzip der parlamentarischen Diskontinuität in der Literatur („nominalistisch“) ganz einfach als sprachlich-deskriptive Zusammenfassung derjenigen parlamentarischen Vorhaben gebraucht, die durch das Ende der Legislaturperiode abgebrochen werden.¹²³ Insofern müßte die sachliche Diskontinuität nicht gegen die Geltendmachung von Rechten des 18. Deutschen Bundestages durch eine Fraktion des 19. Deutschen Bundestages sprechen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn man das Prinzip der sachlichen Diskontinuität über die sprachliche Zusammenfassung von vorhabenbezogenen Einzeldiskontinuitäten hinaus („metaphysisch“) zu einem übergreifenden Gesamtprinzip aufladen wollte, etwa des Inhalts, daß der 18. Deutsche Bundestag mit dem 19. Deutschen Bundestag nicht nur nicht identisch sei, sondern eigentlich überhaupt nichts mit ihm zu tun habe.

¹²³ Vergl. *Christoph Degenhart*, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2017, Rn. 235: „Gesetzesvorlagen verfallen, das Gesetzgebungsverfahren ist gescheitert...“; vergl. auch die Aufzählungen bei *Klaus Stern*, Staatsrecht II (1980), S. 77.

b) Organkontinuität und Organidentität des Deutschen Bundestages

Demgegenüber ist aber erstens schon festzuhalten, daß bereits die sachliche Diskontinuität keineswegs „universalen“ Charakter hat. Bereits von der (nur) sachlichen Diskontinuität sind alle Gegenstände ausgenommen, über die kein Beschluß zu fassen wäre (wie etwa Berichte der Bundesregierung), oder die sich an den Bundestag als Institution ohne Rücksicht auf seine konkrete personelle Zusammensetzung richten (wie etwa Petitionen von Bürgern).¹²⁴

Darüber hinaus gilt weiter, daß der Deutsche Bundestag – ungeachtet des Umstandes, daß konkrete Gesetzgebungsvorhaben nicht über das Ende der Legislaturperiode hinaus einfach weiterbetrieben werden dürfen, sondern neu initiiert werden müßten – dennoch ein „ständig bestehendes Verfassungsorgan“ ist, „da die Identität einer gesetzgebenden Körperschaft durch die Neuwahl ihrer Mitglieder nicht berührt wird“¹²⁵. Insofern gilt Organkontinuität bzw. Organidentität, der Deutsche Bundestag ist ein permanentes Verfassungsorgan mit periodisch wechselndem Mitgliederbestand.¹²⁶

c) Ergebnis

Vorliegend macht die Klägerin prozeßstandschaftlich (unten → III.1) Rechte geltend, die dem Deutschen Bundestag *als Staatsorgan* kraft Parlamentsvorbehalt und Gewaltenteilung zustehen und die mithin von der konkreten personellen Zusammensetzung des jeweiligen Bundestages völlig unabhängig sind. Daher sprechen die besseren Gründe dafür, neben der in der 19. Legislaturperiode fortdauernden „kleinen Grenzöffnung“ auch die „Große Grenzöffnung“ bereits während der 18. Legislaturperiode zwischen Juli 2015 und März 2016 als zulässigen Antragsgegenstand miteinzubeziehen (sofern nur die Klagefrist noch nicht abgelaufen ist; → IV).

Hiergegen spricht auch nicht¹²⁷, daß die Klägerin diesem 18. Bundestag als Fraktion noch nicht angehört hat. Die Klägerin muß *zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage* antragsberechtigt sein, jedoch nicht z.B. zum Zeitpunkt der Verhandlung oder des Urteils¹²⁸ und ebensowenig notwendig zu dem Zeitpunkt, in dem die organschaftlichen Rechte des Deutschen Bundestages erstmals verletzt wurden, zumal es sich ja beim Handeln der Bundesregierung um eine permanente, jedenfalls seit Sommer 2015 täglich andauernde Verletzung der Rechte des Bundestages handelt, in der keine wirklichen Brüche oder Wendungen erkennbar sind; dieses Problem, also das der bereits langen Dauer und Permanenz der Verletzungshandlung, betrifft wiederum nur die Klagefrist.

¹²⁴ Stern a.a.O.

¹²⁵ BVerfGE 4, 144 (152).

¹²⁶ Gerald Kretschmer, in: BK, Bd. 8, Art. 39 Rn. 28 m.w.N. (Stand: 6/2009).

¹²⁷ Dieser Punkt mag zwar systematisch eher zur „Klagebefugnis“ gehören, wird aber hier im sachlichen Zusammenhang mitbehandelt.

¹²⁸ BVerfGE 4, 144 (152); st. Rspr.

III. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin macht die Möglichkeit einer Verletzung eines eigenen Rechts desjenigen Organs, dem sie angehört, eben des Deutschen Bundestages, das diesem gerade aus dem Grundgesetz zusteht und das organschaftlichen Charakter hat¹²⁹, plausibel geltend.

1. Gesetzliche Prozeßstandschaft

Die Klägerin macht in gesetzlicher Prozeßstandschaft (§ 64 Abs. 1 2. Alt. BVerfGG) Rechte des Deutschen Bundestages geltend.¹³⁰

2. Grundsatz: *legitimatorischer Nexus* zwischen Demokratieprinzip und Rechtsstaatsgebot

Nach der Konzeption des Grundgesetzes besteht zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratieprinzip ein *legitimatorischer Nexus*. Eine Regierung wird auch und v.a. dadurch legitimiert¹³¹, daß sie sich an die Bestimmungen des Grundgesetzes sowie die demokratisch legitimierten und unter wesentlicher Beteiligung des Deutschen Bundestages als dem einzigen unmittelbar demokratisch legitimierten Bundesorgan zustande gekommenen Bundesgesetze hält. Hält sich hingegen eine Bundesregierung *nicht* an die Verfassung und an die Bundesgesetze, so verletzt sie dadurch den verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsgrundsatz und zugleich die verfassungsmäßigen Rechte des Deutschen Bundestages als wesentlichem Legislativorgan.¹³² Daher hat *Oliver Lepsius* Recht, wenn er feststellt: „Beim Organstreit oder bei der abstrakten Normenkontrolle intendiert das Grundgesetz eine objektive Verfassungskontrolle.“¹³³

¹²⁹ Vergl. *Sachs*, Verfassungsprozeßrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 327; v. *Coelln*, in: Preis/Prütting/Sachs/Weigend, Die Examensklausur, 6. Aufl. 2017, S. 345.

¹³⁰ Vergl. BVerfGE 1, 351 (359); 2, 143 (165); 104, 151 (193); 118, 244 (254 f.); st. Rspr.

¹³¹ Die Bundesrepublik Deutschland ist heute keine „Kanzlerdemokratie“ mehr, sondern eine Koalitionsdemokratie (Peter Graf Kielmansegg). Die Regierungsbildung ist heute nicht mehr das Ergebnis allgemeiner Wahlen, sondern von Koalitionsverhandlungen mit ihren individualpsychologischen, von vorherigen Wahlakten nicht mehr zu steuernden Unwägbarkeiten. Daher muß ein zeitgemäßes Verfassungsverständnis das „abstrakte“ rechtsstaatliche Element der Legitimation des Regierungshandelns – nämlich die Einhaltung von Recht und Gesetz durch die Regierenden – *stärker* in den Vordergrund rücken als bisher, da das „konkrete“, eigentlich „demokratische“ Element der Legitimation – eben: „der Bundeskanzler hat politisch immerhin die klare Mehrheit der Bevölkerung hinter sich!“ – das etwa in den 1980er Jahren oder auch bei den ersten gesamtdeutschen Bundestagswahlen im Dezember 1990 noch klar attestiert werden konnte, *so* heute nicht mehr existiert. Es wird daher angeregt, die die Zulässigkeit der Klage im Organstreitverfahren stark einschränkende Linie seit BVerfGE 68, 1 (69 ff.) nun zu revidieren.

¹³² Die grundsätzliche Richtigkeit dieses Ansatzes zeigt schon die rhetorische Frage von *Wolfgang Durner*, NVwZ-Editorial: Der Rechtsstaat in der Flüchtlingskrise, NVwZ 21/2015, S. III: „Kann Bundesrecht neuerdings durch Kanzlerwort geändert werden?“. Sollte Bundesrecht *nicht* durch Kanzlerwort geändert werden können, dann muß der Bundestag diesen Umstand ja irgendwie verfassungsrechtlich geltend machen können, und wie sollte er dies tun, es sei denn durch das Organstreitverfahren? Daher *muß* die bewußte Nichtachtung bereits der Bundesgesetze – erst recht natürlich der Verfassung! – zulässigerweise im Organstreitverfahren entsprechend geltend gemacht werden können, die dem scheinbar dem entgegenstehende, ältere Rspr. des BVerfG („Bundestag kein Rechtsaufsichtsorgan“) ist entsprechend zu korrigieren.

¹³³ *Lepsius*, Jura 2010, 527 (529); ähnlich bereits *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 5; 43.

3. Rechtsprechung des BVerfG

Nach einer verbreiteten Beobachtung hat demgegenüber jedoch der einfache Gesetzgeber in den Vorschriften aus §§ 63 ff. BVerfGG den *kontradiktorischen* Charakter des Organstreits stark betont¹³⁴; die dem Bundesverfassungsgericht durch § 67 S. 3 BVerfGG eingeräumte Möglichkeit – die auch der hier gestellte Entscheidungsantrag mitberücksichtigt wissen will (→ **Antrag Nr. 3**) – sei eine Art Kompensation¹³⁵ für die Umschaltung vom eigentlich grundgesetzlich vorausgesetzten *prinzipalen Norminterpretationsverfahren*¹³⁶ auf ein kontradiktorisches Verfahren kraft einfachen Rechts¹³⁷.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich diesen – verfassungsrechtlich ja nicht unzweifelhaften¹³⁸ – Perspektivwechsel jedenfalls seit seiner Entscheidung zum NATO-Doppelbeschluss¹³⁹ zu eigen gemacht¹⁴⁰ und betont ebenfalls den rein kontradiktorischen Charakter des Organstreitverfahrens: „das Grundgesetz hat den Bundestag als Gesetzgebungsorgan, nicht aber umfassendes ‚Rechtsaufsichtsorgan‘ über die Bundesregierung eingesetzt“¹⁴¹.

4. Parlamentsvorbehalt; Wesentlichkeitstheorie

Dies mag aber letztlich auf sich beruhen, da die Klägerin vorliegend nicht etwa „abstrakt“ die Rechtswidrigkeit des Handelns der Bundesregierung geltend macht, auch nicht etwa die – zwar erheblichen – Auswirkungen der Asylpolitik der Bundesregierung etwa auf die Grundrechte der Bürger moniert¹⁴², sondern vielmehr eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsgrundsatzes durch Mißachtung der verfassungsmäßigen *Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages* an der Formulierung einer zumal gesetzesförmig zu grundierenden Einwanderungs- und Asylpolitik angreift, und zwar in derjenigen Form, die diese den Gewaltenteilungsgrundsatz konkretisierenden Beteiligungsrechte gerade in Gestalt der *Wesentlichkeitstheorie* des Bundesverfassungsgerichts gefunden haben.

Die Bundesregierung „regelt“ seit Jahren faktisch Angelegenheiten im Ausländer-, Asyl-, Aufenthalts- und Paßrecht, die nach der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts einem Parlamentsvorbehalt unterliegen.

¹³⁴ Vergl. etwa *Christian Hillgruber/Christoph Goos*, Verfassungsprozeßrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 306.

¹³⁵ Vergl. *Herbert Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Bd. 2, § 67 Rn. 50 m.w.N. (Stand: 5/2017).

¹³⁶ *Ludwig Renck*, Prinzipiale Norminterpretation oder Organstreit?, DÖV 2004, 1035 (1038).

¹³⁷ Etwas andere Akzentsetzung interessanterweise bei *Dirk Ehlers*, Jura 2003, 315 (320): gerade in § 67 S. 1 BVerfGG sei von einer gesonderten Feststellung (auch) der Verletzung von Rechten des Antragstellers gar *nicht* die Rede.

¹³⁸ *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 43.

¹³⁹ BVerfGE 68, 1 ff.

¹⁴⁰ Ganz anders noch BVerfGE 2, 79 (86).

¹⁴¹ BVerfGE 68, 1 (72); ähnlich dann E 126, 55 (68) – *Heiligendamm*.

¹⁴² Vergl. BVerfGE 68, 1 (69 f.).

Die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts¹⁴³ bildet heute den eigentlichen Kern des grundgesetzlichen Sachgedankens der „demokratischen Legitimation“ staatlichen Handelns.¹⁴⁴ Zwar wird sie üblicherweise so formuliert, daß das Parlament bestimmte „wesentliche“ Sachmaterien – deren Wesentlichkeit sich aus ihrem Grundrechtsbezug, ihrer Wichtigkeit für das Gemeinwesen überhaupt, ihren finanziellen und haushaltmäßigen Folgen und der Langwierigkeit ihrer Auswirkungen überhaupt herleitet (s.u. → **C.II.1**) – unmittelbar selbst und gesetzesförmig regeln *muß*, und diese keineswegs der nicht unmittelbar demokratisch legitimierten Ausgestaltung durch die Exekutive überlassen *darf*.¹⁴⁵ Die hier interessierende Konstellation, nämlich daß die Regierung – ursprünglich geradezu staatsstreichartig – eine gegenüber der eigentlich vorfindlichen Verfassungs- und Rechtslage völlige Umgestaltung des Einwanderungs-, Ausländer- und Asylrechts in eigener Machtvollkommenheit und auf dem Wege rein mündlicher Anweisungen an die Bundespolizei ins Werk setzt, und die Mehrheit des Deutschen Bundestages sich hieran nicht stört, wird in der Literatur bislang kaum behandelt.

Dies ändert aber jedenfalls nicht daran, daß der deutsche Bundestag, wenn er – für die Zulässigkeit: möglicherweise – die *Pflicht* hat, die wesentlichen Essentialia des Einwanderungs-, Ausländer- und Asylrechts unmittelbar selbst und gesetzesförmig zu regeln, denknotwendig zunächst also auch schon das *Recht* haben muß, dies zu tun. Eine völlig freihändige, nicht mehr gesetzes- oder auch nur verfassungsakzessorische und faktisch irreversible Ausgestaltung dieser Rechtsmaterien durch die Bundesregierung („Nun sind sie halt da!“) aus eigener Machtvollkommenheit heraus verletzt selbstverständlich Beteiligungsrechte und gesetzgeberische Kompetenzen des Deutschen Bundestages.

Es geht hier daher eindeutig nicht um abstrakte oder auch „umfassende“ Rechtsaufsicht des Bundestages über die Bundesregierung, sondern evidentermaßen um die Geltendmachung organschaftlicher Rechte des Deutschen Bundestages.

IV. Frist

1. Vorgänge seit dem 24. Oktober 2017 (Konstitution des 19. Deutschen Bundestages)

Bei strengster Betrachtungsweise würde die sechsmonatige Antragsfrist i.S.v. § 64 Abs. 3 BVerfGG am 24. Oktober 2017 zu laufen beginnen, nämlich am Tag der Konstitutionalisierung des heutigen, 19. Deutschen Bundestages.

Seit diesem Tag ist die Antragstellerin – freilich nur bei einer formal-theoretischen, völlig

¹⁴³ Vergl. BVerfG 40, 237 (249 f.); 47, 46 (78 f.); 49, 89 (126 f.); 58, 257 (277 f.); 76, 1 (74 f.); 77, 170 (230 f.); 83, 130 (142; 152, jew. m.w.N.); 98, 218 (251 f.); 108, 282 (310 ff. m.w.N.); 116, 24 (58). Vergl. auch bereits BVerfGE 1, 14 (60); 7, 282 (301 f.); 23, 62 (72); 19, 354 (361 f. m.w.N.); 41, 251 (265 f.).

¹⁴⁴ Vergl. zum Ganzen bereits *Vosgerau*, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016), S. 231; 291.

¹⁴⁵ Vergl. *Jürgen Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis (1986), S. 23 ff.; 104; 162 m.w.N.; S. 387 These 3; *Albert Janssen*, Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts (1990), S. 26; 42; *Bernhard Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt (1992), S. 23 f.; 34 m.w.N.; 54; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Ausarbeitung: „Reichtweite der Wesentlichkeitslehre“, 23. Februar 2015, WD 3 – 3000 – 043/15, S. 5.

abstrakten Betrachtungsweise – als Fraktion des Deutschen Bundestages effektiv existent und aktionsfähig und somit rein technisch in der Lage, ein täglich sich erneuerndes, bestätigendes und aufrechterhaltenes verfassungswidriges Handeln bzw. ein täglich erneutes verfassungswidriges Unterlassen (der Rücknahme je schon verfassungswidriger Weisungen) der Bundesregierung zum Nachteil des Deutschen Bundestages zu rügen. Bei lebensnaher und realistischer Betrachtungsweise müßte natürlich ein späterer Zeitpunkt gewählt werden, weil die neu konstituierte, erstmals im Parlament anwesende Antragstellerin natürlich am allerersten Sitzungstag organisatorisch noch lange nicht hinreichend organisiert und aufgestellt war, um bereits effektiven verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen Handlungen und Unterlassungen der Bundesregierung informiert und kompetent einleiten zu können.

Rechtlich kommt weiter noch hinzu, daß selbst, wenn man die ungeschmälerte verfassungsprozessuale Aktionsfähigkeit der Klägerin bereits am Tag der konstituierenden Bundestags-sitzung fingieren wollte, die Klägerin jedenfalls am ersten Arbeitstag des neukonstituierten 19. Deutschen Bundestages noch keine positive Kenntnis davon haben konnte, daß die Bundesregierung weiterhin beabsichtigte, die von ihr ins Werk gesetzte, rechts- und verfassungswidrige Asyleinlaßpolitik an den deutschen Grenzen auch nach dem Schock der letzten Bundestagswahl weiterhin einfach aufrechtzuerhalten.

Realistisch würde die Frist des § 64 Abs. 3 BVerfG also wohl etliche Wochen, wenn nicht mehrere Monate nach dem 24. Oktober 2017 zu laufen beginnen. Dies muß aber hier nicht vertieft werden, da eine Verfristung der Klage auch bei strengster denkmöglicher Anschauungsweise jedenfalls nicht vor dem 24. April 2018 eintreten könnte.

2. Vorgänge während der 18. Legislaturperiode

Spätestens seit Juli 2015 beginnt der systematische, massenhafte Einlaß von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten über die deutschen Grenzen – „aktiv“ etwa durch die nicht statthafte „Übernahme“ von ungarischen Asylbewerbern im August und September 2015 –, und jedenfalls seit der Wiedereinführung von Grenzkontrollen am 13. September 2015 (s.o. → **A.II.4**) wäre von Rechts wegen jeder Asylbewerber, der auf dem Landweg einreisen will, an der Grenze zurückzuweisen gewesen. Die Klägerin will auch diese Vorgänge während der 18. Legislaturperiode als Antragsgegenstand miteinbeziehen (→ oben **II.2**). Dies wirft das Problem der Verfristung auf, da gemäß § 63 Abs. 3 BVerfG die Organklage binnen sechs Monaten nach Bekanntwerden der beanstandeten Maßnahme oder Unterlassung beim Antragsteller zu erheben ist.

a) „Naturalistische“ Betrachtungsweise

Auf den ersten Blick scheinen die Maßnahmen und Unterlassungen der Bundesregierung insofern durch die Massenmedien bereits unmittelbar nach ihrem Geschehen bekanntgeworden zu sein; der die Öffentlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland zunächst überraschende

Umstand etwa, daß die Wiedereinführung von Grenzkontrollen am 13. September 2015 keine „Grenzschießung“ bedeutete, sondern nach wie vor jeder Asylbewerber mit oder ohne Papiere einfach eingelassen wurde, wurde der interessierten Öffentlichkeit nach wenigen Tagen allmählich bekannt. Demnach hätte eine Organklage nur etwa bis März 2016 erhoben werden können.

b) Verfassungsrechtliche Betrachtungsweise

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Klägerin als Fraktion des Deutschen Bundestages – und nur gerade als solche kann sie ja die Organklage erheben – erst seit dem 24. Oktober 2017 rechtlich existiert und daher auch erst seit diesem Tag rechtserheblich Dinge „zur Kenntnis nehmen“ kann. Auf die Kenntnisnahme des Regierungshandelns durch sonstige Privatleute, die ohnehin keine Organklagen erheben könnten, kommt es nicht an, ebensowenig auf die Kenntnisnahme durch die Parlamentsfraktionen, die damals im 18. Deutschen Bundestag vertreten waren; denn diese sind hier ja nicht die „Antragsteller“ i.S.v. § 64 Abs. 3 BVerfGG.

Dem kann man auch nicht entgegenhalten, die Klägerin könne eben prozeßstandschaftlich keine Rechte des 18. Deutschen Bundestages geltendmachen, weil der 18. Deutsche Bundestag nicht mehr existiere und/oder weil die Klägerin ihm noch nicht angehört habe. Dies sind keine Probleme der Frist, sondern des zulässigen Antragsgegenstandes bzw. der Antragsbefugnis; und insofern war schon dargelegt worden (oben → **II.2**), daß wegen des Prinzips der Organkontinuität des Deutschen Bundestages in denjenigen Fragen, die von seiner konkreten personellen Zusammensetzung unabhängig sind, und des in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etablierten Prinzips, daß die Klägerin zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage klagebefugt sein muß, nicht aber zu hypothetischen anderen, früheren oder späteren Zeitpunkten, die Klägerin berechtigt ist, entsprechende Maßnahmen der Bundesregierung, die die organschaftlichen Rechte des Deutschen Bundestages als solchem verletzen, auch während der abgelaufenen Legislaturperiode prozeßstandschaftlich zu rügen.

Daher muß auch im Hinblick auf Vorgänge während der 18. Legislaturperiode, d.h. im August 2015 und seit dem 13. September 2015, davon ausgegangen werden, daß die Klägerin als klagebefugte Fraktion des Deutschen Bundestages erst am 24. Oktober 2017 im Rechtssinne Kenntnis nehmen konnte.

c) Hilfsweise: völlige Informalität des Regierungshandelns; „moral hazard“

Im übrigen ist für das Problem der „Kenntnisnahme im Rechtssinne“ im Auge zu behalten, daß es sich in der hier interessierenden Konstellation um ein – bis heute! – völlig irreguläres, nicht nur abstrakt freilich rechts- und verfassungswidriges, sondern v.a. auch „phänomenologisch“ völlig neben der Spur herkömmlichen Regierungshandelns liegendes obrigkeitliches Vorgehen handelt, das von der Vorschrift aus § 63 Abs. 3 BVerfGG so nicht „gemeint“ ist, da

ein Regierungshandeln wie das der Bundesregierung seit Sommer 2015 den Autoren der Vorschrift völlig unvorstellbar gewesen ist. Vielmehr bezieht sich der Wortlaut der Vorschrift auf vielleicht im Ergebnis ja rechtswidriges, aber zugleich „phänomenologisch“ halbwegs reguläres Regierungshandeln, das also – und zwar nicht erst unter dem Grundgesetz, sondern eigentlich bereits seit dem aufgeklärten Absolutismus in Preußen (!) – durch Prinzipien wie Schriftlichkeit, rechtliche Begründung und Publizität gekennzeichnet ist.

Vorliegend hat die Bundesregierung im September 2015 durch eine rein mündliche, niemals verschriftlichte, niemals öffentlich kommunizierte, niemals rechtlich begründete Geheimweisung an die Bundespolizei, deren genauer Wortlaut und Inhalt bis heute selbst dem Deutschen Bundestag unbekannt geblieben ist, obwohl sie weiterhin fortgilt und an den Grenzen angewendet wird, aufgegeben, geltende Bundesgesetze wie § 18 AsylG und § 15 Aufenthaltsgesetz einfach nicht mehr anzuwenden.

Von daher ist es rechtlich zweifelhaft, ob *überhaupt* irgend ein zur Organklage berechtigter Akteur des Verfassungslebens, selbst von der Klägerin einmal abgesehen, bislang in gehöriger Weise von der Grenzöffnungspolitik der Bundesregierung „Kenntnis nehmen“ konnte. Denn hierzu würde es nach den Grundsätzen einer ordentlichen Verwaltung jedenfalls gehören, daß die entsprechende Weisung an die Bundespolizei, das Bundesrecht nicht mehr zu beachten, alsbald schriftlich gefaßt, rechtlich eingehend begründet und wenigstens dem Deutschen Bundestage zur entsprechenden Kenntnisnahme unverzüglich vorgelegt wird. Dies alles ist nie geschehen!

Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß die Bundesregierung – keineswegs eigeninitiativ und „freiwillig“, sondern stets nur auf bohrende Nachfrage von Bundestagsabgeordneten – im Verlaufe des Jahres 2017, also geraume Zeit nach dem Beginn der „Großen Grenzöffnung“ spätestens am 13. September 2015, im Deutschen Bundestag mehrmals Erklärungen zu den – angeblichen – rechtlichen Grundlagen der Grenzöffnung hat abgeben lassen. Denn erstens waren diese bisherigen Erklärungen einschließlich der Antwort auf die Kleine Anfrage der Klägerin vom 12. Februar 2018 (→ **Anlage 1**) dünn, knapp, vage und äußerst interpretationsbedürftig; letztlich erschöpften sie sich in der Wiederholung stereotyper Verweise auf § 18 Abs. 4 AsylG und nebulöser, völlig inkonkreter Hinweise auf angebliches Unionsrecht. Jedenfalls handelte es sich bei diesen, der Bundesregierung durch Bundestagsabgeordnete mühselig „aus der Nase gezogenen“ Auskünften nie um eingehende rechtliche Darlegungen, über die man ein sinnvolles Rechtsgespräch hätte führen können.

Zweitens beziehen sich alle Erklärungen der Regierung – in ihrer Gleichförmigkeit, Knappheit und Stereotypie – *immer* nur auf eine angebliche Berechtigung zum Dispens vom Einreiseverbot nach dem Asylgesetz. Die Regierung hat bisher mit keiner Silbe angedeutet, auf welcher Rechtsgrundlage sie z.B. die Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten auch von der *Paß- und Visumpflicht* nach § 3 ff. Aufenthaltsgesetz befreit haben will (s.o. → **A.IV.2.d**). Jedenfalls im Hinblick auf die Nichtdurchsetzung der Paßpflicht an der Grenze und die Nicht-Zurückweisung schon wegen § 15 Aufenthaltsgesetz kann bisher noch *niemand* regelrecht „Kenntnis vom Regierungshandeln“ genommen haben, da es keinerlei entsprechende Erklärungen der Regierung an den Bundestag gab, auch keine rein mündlichen.

Schon aus diesen Gründen hat bis zum heutigen Zeitpunkt niemand, und am wenigsten eben die Klägerin, rechtlich in gehöriger Weise vom Regierungshandeln seit Sommer 2015 „Kenntnis nehmen“ können, und auch im Hinblick auf die Ereignisse im August 2015 und seit dem 13. September 2015 ist die Organklage *nicht* verfristet.

Wenn das Bundesverfassungsgericht dies aus irgend einem Grund anders sehen wollte, würde sich ja rechts- und verfassungspolitisch außerdem das in der Volkswirtschaftslehre bekannte Problem des „*moral hazard*“ stellen, also den problematischen Folgen der faktischen Belohnung regelwidrigen Verhaltens. Wollte man nämlich, etwa aufgrund irgendwelcher „rein naturalistischen“ statt rechtlichen Betrachtungsweisen eine Organklage gegen die „Große Grenzöffnung“ heute als verfristet ansehen wollen, so würde dies auch für jede künftige Bundesregierung bedeuten: staatliches Handeln, das unter Umständen rechtlichen Zweifeln unterliegt, kann gar nicht informell, kann gar nicht räuberbandenhaft genug sein!

Informelles, heimliches, konspiratives, rein mündliches und rechtsfreies Regierungshandeln entgegen allen anerkannten Grundsätzen einer ordentlichen Verwaltung darf daher nicht durch schnelle Verfristung für unangreifbar erklärt werden. Dadurch würden nämlich – auch mit Wirkung für die Zukunft – ordentliche Verfassungsakteure bestraft, die z.B. zwecks Vorbereitung der verfassungsrechtlichen Klärung vor dem Bundesverfassungsgericht redlich auf den amtlichen Schriftsatz mit der rechtlichen Begründung warten, den noch zu erstellen die Regierung vielleicht gar nicht mehr vorhat. Daher bezieht sich die Frist aus § 63 Abs. 3 BVerfGG von vornherein immer nur auf die *gehörige* Kenntnisnahme von jedenfalls „phänomenologisch“, also wenigstens auf den ersten Blick, *ordentlichem* Regierungshandeln. Wer hingegen Deutschland nach Art einer Räuberbande regiert – auch diese vermeidet schriftliche Beweismittel, die eine Rekonstruktion ihrer Absichten erlauben würden – kann sich später nicht auf die verfassungsprozessuale Verfristung entsprechender Handlungen berufen, denn *diese* meint die Vorschrift aus § 63 Abs. 3 BVerfGG von vornherein nicht.

Nach alledem gilt: unter den hier vorliegenden Umständen ist die Organklage *auch* gegen die Grenzöffnungspolitik der Bundesregierung während der abgelaufenen 18. Legislaturperiode *nicht* verfristet.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Die Klägerin hat erkennbar keine anderen, politischen und zumal parlamentarischen Möglichkeiten, um gegen die von ihr gerügte, faktische einwanderungspolitische Ausschaltung des Deutschen Bundestages durch die Regierung vorzugehen.

Nur höchstvorsorglich und zur Klarstellung sei hier daran erinnert, daß sich die Organklage *nicht* etwa gegen den Deutschen Bundestag¹⁴⁶ richtet, sondern gegen die *Bundesregierung*.

¹⁴⁶ Vergl. zur prozeßstandschaftlichen Organklage „Bundestag gegen Bundestag“ BVerfGE 123, 267 (338 f.); E 132, 195 (238).

Die Klägerin hält den Deutschen Bundestag mitnichten für verpflichtet, irgendwelche Gesetze zu verabschieden, die das bisherige Handeln der Bundesregierung wenigstens mit Wirkung für die Zukunft legalisieren würden. Am allerwenigsten würde sie solche Gesetze im Deutschen Bundestag auch noch selbst initiieren. Daher kann der Klägerin hier auch nicht entgegengehalten werden, sie müsse erst einmal Gesetzesinitiativen in den Deutschen Bundestag einbringen, die ihren eigenen asylpolitischen Vorstellungen entsprechen würden. Denn die Klägerin ist mit den bestehenden Gesetzen – wie Art. 16a Abs. 2 GG, § 15 Aufenthaltsg, § 18 AsylG – zufrieden und verlangt Einhaltung der geltenden Gesetze. Dazu bedarf es keiner Gesetzgebungsinitiativen von Seiten der Klägerin.

C. Begründetheit

Der Antrag im Organstreitverfahren ist begründet, weil die fortdauernde Grenzöffnung für Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten durch die Bundesregierung objektiv rechts- und verfassungswidrig ist (→ I.) und der Deutsche Bundestag dadurch in seinen Rechten verletzt wird (→ II.).

I. Objektive Rechts- und Verfassungswidrigkeit der allgemeinen Grenzöffnung für Asylantragsteller

1. Einlaß von Asylbewerbern über EU-Binnengrenzen trotz Wiedereinführung der Grenzkontrollen ist und bleibt täglicher Rechtsbruch

Seit Sommer 2015 sind millionenfach Menschen aus dem Nahen Osten, Afrika und Asien in die EU eingereist und haben nach der Durchquerung mehrerer sicherer Drittstaaten schließlich in Deutschland ein Asylverfahren angestrengt. Nachdem zwischen Sommer 2015 und März 2016 auf diese Weise etwa 1,5 Millionen Menschen illegal nach Deutschland eingewandert waren, verringerte sich der Zustrom seither; *derzeit und seitdem kommen schätzungsweise 15.000 Einwanderer monatlich als Asylantragsteller über – für sie – faktisch offene Grenzen*. Die Bundesregierung läßt durch die von ihr geführte Bundespolizei jeden einreisen, der an der Grenze einen Asylantrag stellt. Diese rechtswidrige Praxis dauert an, und die Konstituierung des jetzigen, 19. Deutschen Bundestages, dem die Klägerin erstmals angehört, am 24. Oktober 2017 hat hieran nichts geändert.

Die Einlaßpolitik der Bundesregierung bewirkt, daß es heute faktisch – und völlig entgegen der Rechts- und Verfassungslage – ein *Recht auf Einwanderung* in die Bundesrepublik Deutschland gibt, wobei das einzige Kriterium, das die Einwanderer zu erfüllen haben, die *Illegalität* ihrer Einreise (!) ist. Denn würden sich die Einwanderer an Recht und Gesetz halten und also – hypothetisch – zunächst in ihren Heimatländern ein Einreisevisum zwecks Arbeitsaufnahme beantragen, so würden sie es mangels Arbeitsvertrag und Sprachkenntnissen ja nicht bekommen; faktisch schließt die Bundesrepublik derzeit also nur *eine* Gruppe effektiv von der Einwanderung in ihr Staatsgebiet aus, nämlich solche Personen, die sich an die Gesetze halten.

Vor dem 13. September 2015 konnte dieser Zustrom rechtlich und faktisch nur schwer kontrolliert oder gar aufgehalten werden, da bis zu diesem Tag in Gemäßheit des Art. 67 Abs. 2 Satz 1 AEUV, Art. 1 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) keine systematischen¹⁴⁷, sondern allenfalls stichprobenartige Grenzkontrollen etwa an der deutsch-österreichischen Grenze durchgeführt wurden.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Eine *vollständige* Überlagerung der aufenthalts- und asylrechtlichen nationalen Vorschriften durch das Unionsrecht kommt auch für die Zeit vor dem 13. September 2015 nicht in Betracht, da ja – schon in Gemäßheit des Art. 72 AEUV – stets *stichprobenartige* Personenkontrollen durchzuführen waren, die eben nur nicht „die

Bereits am 13. September 2015 wurden die Grenzkontrollen jedoch gemäß Art. 72 AEUV, Art. 25 ff. Schengener Grenzkodex wieder eingeführt, sie wurden seither mehrfach im ordnungsgemäßen Verfahren verlängert (teils mit einem von der EU-Kommission selbst angeregten Begründungswechsel) und werden demgemäß bis heute vollzogen.

Jedenfalls bereits seit dem 13. September 2015 ist daher von Rechts wegen *jeder* Asylbewerber ausnahmslos an der Grenze zurückzuweisen bzw., wenn er erst hinter der Grenze aufgegriffen wird, zurückzuschieben werden, schon weil

- er nicht über einen gültigen Paß und ein gültiges Schengen-Visum verfügt, die ihn überhaupt erst zum Überschreiten von EU-Binnengrenzen berechtigen würden, weswegen er bereits nach § 15 AufenthaltsgG – in vollster Übereinstimmung mit Art. 14 i.V.m. Art. 6 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) – an der Grenze zurückzuweisen ist, ohne daß es insofern darauf ankäme, ob und wo er einen Asylantrag zu stellen gedenkt.
- Gemäß Art. 14 Abs. 3 Schengener Grenzkodex steht Personen, denen die Einreise verweigert wird, zwar ein Rechtsmittel nach nationalem Recht zu. Die Einlegung eines solchen Rechtsmittels hat aber „keine aufschiebende Wirkung im Hinblick auf die Entscheidung über die Einreiseverweigerung“. Man kann daher nicht argumentieren, wer nicht nach Deutschland einreisen dürfe, müsse schon deswegen nach Deutschland einreisen dürfen, um gegen sein Einreiseverbot prozessieren zu können.
- Weiter greift hier auch nicht die Einschränkung aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Schengener Grenzkodex, „Davon unberührt bleibt die Anwendung besonderer Bestimmungen zum Asylrecht“, da ein Asylrecht *jedenfalls in Deutschland* bei der Einreise aus sicheren Drittstaaten von vorherein nicht besteht – weder nach dem Grundgesetz, noch nach dem Asylgesetz, noch nach der Dublin-III-Verordnung (s.o. → **A.II.1, 2 und 4**; s.u. → **C.I**).

Ist er aber doch im Besitz echter Reisedokumente sowie eines gültigen Schengen-Visums, und kann er darüber hinaus nachweisen, daß er

„über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts sowohl für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat“

gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen“ hätten haben durften (EuGH, Rs. C-278/12, – *Adil*, Rn. 53). Die im Rahmen dieser Stichproben angetroffenen Asylbewerber hätten dann auch bereits vor dem 13. September 2015 zurückgewiesen bzw. zurückgeschoben werden müssen.

¹⁴⁸ Vergl. jedoch *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 77 AEUV Rn. 8: „Die Beseitigung der Kontrollen und Formalitäten im Personenverkehr an den Binnengrenzen berührt aber weder die Ausübung polizeilicher Befugnisse der zuständigen Behörden eines Mitgliedstaates noch die im jeweiligen nationalen Recht vorgesehenen Vorschriften über den Besitz oder das Mitführen von Urkunden und Bescheinigungen.“

verfügt (so die zusätzliche, unionsrechtliche Voraussetzung für den Grenzübertritt gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c Schengener Grenzkodex), so ist er, wenn er an der Grenze einen Asylantrag stellt oder erklärt, die Grenze überschreiten zu wollen, um in Deutschland einen Asylantrag zu stellen, gleichwohl zurückzuweisen, weil

- schon aufgrund seiner Anreise auf dem Landweg jedenfalls „Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß ein anderer Staat aufgrund von Rechtsvorschriften der Europäischen Union oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist“ (§ 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG) und
- weiterhin schon aufgrund seiner Anreise auf dem Landweg eindeutig feststeht, daß er aus einem sicheren Drittstaat einreisen will bzw. eingereist ist (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG).

Das Bundesverfassungsgericht (s.o. → **A.II.1**) hat bereits 1996 entschieden, daß die Verweigerung der Einreise für Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten gemäß Art. 16a Abs. 2 GG, § 18 AsylG deren Grundrechte nicht verletzt und daß diese auch weder Anspruch auf die Durchführung eines Feststellungsverfahrens noch auf ein vorläufiges Bleiberecht haben.¹⁴⁹ Die demgegenüber bis heute aufgrund einer Weisung der Bundesregierung an die Bundespolizei täglich zur Anwendung kommende Praxis, jedermann einzulassen, der angibt, in Deutschland Asyl beantragen zu wollen, war und ist ein ständiger Rechtsbruch. So ist in einem der führenden Kommentare zum Ausländerrecht¹⁵⁰ zu lesen:

„Allein im Jahr 2015 haben mehr als eine Millionen Menschen ihre Heimat verlassen und sich auf den Weg nach Europa und vor allem nach Deutschland gemacht. Dieser Massenzustrom hat sich in den beiden ersten Monaten des Jahres 2016 fortgesetzt und ist erst durch die Schließung der Balkanroute vorerst abgeebbt. Bekanntlich reiste die Mehrzahl der Schutzsuchenden nicht über den Luft- oder Seeweg, sondern auf dem Landweg – eben über die Balkanroute oder über die Brenneroute – nach Deutschland ein, nachdem sie in Griechenland oder Italien erstmals europäischen Boden betreten hatten [...]. Nach der sog. Grenzöffnung Anfang September 2015 erwuchs der Zustrom in staatskrisenhafte Dimensionen [...]. Bundeskanzlerin Merkel und weitere Mitglieder der Bundesregierung vermittelten der Bevölkerung, jeder Schutzsuchende dürfe nach Deutschland einreisen. Dies widerspricht § 18, der im Einklang mit europäischem Recht steht. Vielmehr hätte der gesetzlich bestehenden Verpflichtung zur Verweigerung der Einreise aus Staaten, die nach den Dublin-Regeln für die Asylverfahren zuständig waren [...], Rechnung getragen werden müssen; die Ausnahmetatbestände des Abs. 4 waren nicht einschlägig. Selbst wenn man unterstellt, daß die Lage im Herbst 2015 durch eine Art übergesetzlichen Notstand zu Gunsten einer menschenwürdigen Behandlung der Asylsuchenden notwendig gewesen sein sollte, so

¹⁴⁹ BVerfGE 94, 49 (105 f.).

¹⁵⁰ Haderlein, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht (2016), § 18 AsylG Rn. 39 („Fortwährender Verstoß gegen § 18 in der Migrationskrise“).

hätte dies allenfalls eine kurzzeitige Maßnahme gerechtfertigt. Die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) kann nicht als Blankettermächtigung zur Durchbrechung der verfassungsmäßigen Ordnung dienen [...]. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) als eine der tragenden Säulen des Rechtsstaats darf auch durch noch so gesinnungsethisch motiviertes Handeln nicht mißachtet werden. Und dieser Verstoß setzt sich fort: Wenn die Bundesregierung an den deutschen Binnengrenzen wieder Grenzkontrollen eingeführt hat, Maßnahmen der Zurückweisung ‚mit Bezug auf um Schutz nachsuchende Drittstaatsangehörige‘ indes nicht ergreift [...], ist auch dies nicht mit § 18 vereinbar. Die flächendeckende und andauernde Außerkraftsetzung geltenden Rechts in einer solch exceptionellen Krise hat nicht nur die Grundfesten des demokratischen Rechtsstaats erschüttert, sondern vor allem zu einer tiefen Verunsicherung der Bevölkerung geführt. Hätte die Politik endlich den Mut zu einer Rückkehr zur Herrschaft des Rechts, könnte das Vertrauen der Bürger, daß die Regierung zum Schutz der Staatsgrenzen willens und in der Lage ist, zurückgewonnen werden.“

Auch das OLG Koblenz hat vor einiger Zeit in einem Beschluß festgehalten:

„Die rechtsstaatliche Ordnung in der Bundesrepublik ist in diesem Bereich jedoch seit rund eineinhalb Jahren außer Kraft gesetzt und die illegale Einreise ins Bundesgebiet wird momentan de facto nicht mehr strafrechtlich verfolgt.“¹⁵¹

2. Die Verfassungsrechtliche Grundentscheidung aus Art. 16a Abs. 2 GG widerspricht nicht dem Unionsrecht

Asylbewerber, für deren Asylverfahren offenbar andere Mitgliedsstaaten der EU zuständig wären oder die ohnehin aus sicheren Drittstaaten einreisen und die daher *per definitionem* bei ihrer Einreise nach Deutschland nicht mehr schutzbedürftig sind, sind in Deutschland nicht asylberechtigt.

Dies folgt aus der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers von 1993, dem „Asylkompromiß“, und der ihm folgenden Formulierung des Art. 16a Abs. 2 GG. Auf die Richtigkeit der im Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise vielfach öffentlich vorgetragenen (übrigens unzutreffenden) Rechtsbehauptung, das Asylrecht des Grundgesetzes kenne „keine Obergrenze“, kommt es von daher rechtlich gar nicht an.¹⁵²

¹⁵¹ OLG Koblenz, Beschl. v. 14. Februar 2017, 13 UF 32/17, juris, Rn. 58.

¹⁵² Vergl. im übrigen *Vosgerau*, Die Herrschaft des Unrechts (2018). S. 13 f.: „Der Satz stimmt aber nicht. Bei dem Individualgrundrecht auf Asyl handelt es sich nicht um ein *Abwehrrecht* – ein reines Abwehrrecht würde in der Tat keine Obergrenze kennen, z.B.: willkürliche Einkerkern ist immer verboten, unabhängig davon, ob der Staat einen oder tausend Menschen willkürlich einkerkeren will – sondern um ein *Leistungsrecht*. Wer Asyl beantragt, will nicht, daß der Staat ihn in Ruhe läßt, sondern er will etwas vom Staat, was er bisher nicht hatte, wie beispielweise einen Studienplatz. Jedes Leistungsrecht aber unterliegt einem stillschweigenden ‚Vorbehalt des Möglichen‘. Wenn mehr Menschen studieren wollen, als Studienplätze da sind, muß der Staat auch nicht so viele

Die Durchführung eines Asylverfahrens ist in solchen Fällen nicht statthaft. Auch die Ausnahmevorschrift aus § 18 Abs. 4 AsylG – auf die die Bundesregierung sich dauernd und einigermäßen undifferenziert beruft (s.o. → **A.IV.2.d**) erlaubt allenfalls die Aufnahme eines Asylbewerbers aus einem sicheren Drittstaat ins Bundesgebiet, nicht aber auch die Durchführung eines Asylverfahrens, da dies eben durch die normhierarchisch vorgehende Vorschrift aus Art. 16a Abs. 2 GG ausgeschlossen wird.¹⁵³

Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung steht weiter in keinerlei Gegensatz zum Asylrecht der Europäischen Union, insbesondere nicht zur Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und 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 (Dublin-III-Verordnung).

Im Rahmen des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs werden nur nationale Rechtsvorschriften verdrängt, die dem Unionsrecht widersprechen; nationale Rechtsvorschriften, die mit dem Unionsrecht übereinstimmen bzw. dieses überhaupt erst zur Anwendung bringen, bleiben anwendbar.¹⁵⁴ Nach der Dublin-III-Verordnung ist für die Behandlung eines in der EU gestellten Asylantrages grundsätzlich der Ersteinreisestaat zuständig. Schon deswegen ist es Asylbewerbern (ganz abgesehen von den unionsrechtlichen Vorschriften über Paß- und Visumszwang) verboten, eigeninitiativ durch die EU zu reisen, sich einen Erstantragsstaat selbst auszusuchen oder in mehreren Mitgliedsstaaten Asylanträge zu stellen.

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 26. Juli 2017 (C-646/16) ausdrücklich bestätigt, daß die Dublin-III-Verordnung *gilt* und auch in der „Flüchtlingskrise“ immer gegolten hat, also nicht etwa zwischenzeitlich durch ein exekutives Notstandsregime außer Kraft gesetzt werden konnte, und daher stets umzusetzen war und ist. Die deutsche verfassungsrechtliche Grundentscheidung aus Art. 16a Abs. 2 GG und ihre einfachgesetzliche Konkretisierung in § 18 Abs. 2 AsylG stehen nicht im Gegensatz zu den Zuständigkeitsregeln der Dublin-III-Verordnung, sondern dienen im Gegenteil gerade deren Umsetzung und Effektivierung. Der deklaratorische Vorbehalt aus Art. 16a Abs. 5 GG läuft insofern leer.

Wenn dies mitunter in der asylrechtlichen Fachliteratur anders gesehen wird (s.o. → **A.II.4.b**) bis hin zu der Behauptung, die verfassungsrechtliche Grundentscheidung aus Art. 16a Abs. 2

Universitäten neu gründen, bis alle einen Platz haben; sondern er muß nur die vorhandenen Kapazitäten ausschöpfen und darf Bewerber, die alle Voraussetzungen erfüllen, nicht völlig willkürlich abweisen. [...] Wenn also alle Turnhallen voll sind, dann wäre schon von Rechts wegen Schluß auch mit dem individuellen Asylrecht (selbst wenn man unterstellt, daß zum Zweck der Asylgewährleistung die schulischen Turnhallen einfach requiriert werden dürfen – denn selbstverständlich ist das nicht).

¹⁵³ Insofern zutreffend *Gerrit Hellmuth Stumpf*, Der Ruft nach der „Rückkehr zum Recht“ bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise, DÖV 2016, 357 (359 m.w.N.).

¹⁵⁴ EuGH, Rs. 26/62 – van Gend en Loos; Rs. 6/64 – Costa/ENEL; zum Ganzen statt aller nun *Ulrich Haltern*, Europarecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2017, Rn. 996 ff.; zum offenbar schleichend dahinschwindenden richtigen Verständnis der Vorrangs des Unionsrechts vergl. bereits oben, → **A.II.2** o., → **A.III.2**.

GG nebst ihren einfach-gesetzlichen Konkretisierungen im Bundesrecht sei aufgrund der Fortentwicklung des unionalen Asylrechts mittlerweile „obsolet“¹⁵⁵, so beruht dies auf einer methodisch falschen und im geltenden Unionsrecht keinerlei Stütze findenden Umdeutung des seit der *Van-Gend-en-Loos* und *Costa/ENEL-Rechtsprechung* des EuGH etablierten europarechtlichen Anwendungsvorrangs vom Satz „Eine nationale Rechtsnorm, deren Anwendung nach den Umständen des konkreten Einzelfalls den Unionsrecht widerspricht, bleibt insofern unangewendet“ hin zu dem Satz „hat sich die Unionebene bereits umfänglich zu irgend einem Sachverhaltskomplex geäußert, so wird das nationale Recht von vornherein beiseitegelassen“.

Zwar ist es richtig, daß die Dublin-III-Verordnung nicht *ausnahmslos* die Zuständigkeit des Ersteinreisestaates für die Durchführung des Asylverfahrens vorsieht, sondern in bestimmten, begründeten Einzelfällen auch Ausnahmen von diesem Prinzip kennt (Art. 8 ff. Dublin-III-VO), so etwa im Falle unbegleiteter minderjähriger Asylbewerber, die in einem anderen Mitgliedstaat als dem Ersteinreisestaat bereits Verwandte haben, die sich ihrer annehmen möchten. Aus einer solchen humanitären Ausnahmeregelung kann aber jedenfalls nicht auf die allgemeine Unbeachtlichkeit der deutschen verfassungsrechtlichen Grundentscheidung nebst ihrer einfach-gesetzlichen Konkretisierungen geschlossen werden.

Denn auch wenn insofern im Einzelfall kraft der Dublin-III-Verordnung eine abweichende Asylzuständigkeit vorliegt (insofern aktualisiert sich dann der Fall aus Art. 16a Abs. 5 GG), so berechtigt dies freilich nicht den betreffenden Jugendlichen zur *eigeninitiativen* Einreise in die Bundesrepublik Deutschland zumal ohne Papiere und Schengen-Visum, und die Bundesrepublik Deutschland nicht zum „Selbsteintritt in das Zuständigkeitsprüfungsverfahren“, den es schon europarechtlich so nicht gibt ([!] s.u. → **C.I.4.a**). Sondern die betreffenden Jugendlichen würden seitens der Ersteinreisestaaten im Rahmen eines ordnungsgemäßen Übernahmeverfahrens nach Anfrage an die und ordnungsgemäßer Prüfung durch die Bundesrepublik Deutschland dieser amtlich *überstellt*; auf das Grenzregime hat dies allerdings nicht den geringsten Einfluß, und die betroffenen Jugendlichen hätten sich um ihre Einreise in die Bundesrepublik selber gar nicht zu kümmern.

3. Das europarechtkonforme Grenzregime nach § 18 Abs. 2 bis 4 AsylG

a) Grundsätze

Asylbewerber, die ohne gültigen Paß und Schengen-Visum eine EU-Binnengrenze zu überschreiten versuchen, sind, wie gezeigt, bereits *allein aus diesem Grund* und ohne Rücksicht auf ein eventuelles Asylbegehren zurückzuweisen. Die Frage nach dem asylrechtlichen Grenzregime und dessen möglicher unionsrechtlicher Überlagerung würde sich dann gar nicht mehr stellen, da Ausländer von außerhalb des Schengen-Raumes eben in der EU keine Freizügigkeit genießen, sondern dafür eben ein gültiges Schengen-Visum benötigen; und dieser

¹⁵⁵ Vergl. *Wittreck*, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 39 mit FN 204 m.w.N.

Grundsatz gilt völlig unabhängig von der zeitweisen Wiedereinführung von Grenzkontrollen gemäß Schengen-Grenzkodex.

Die Regeln aus § 18 Abs. 2 bis 4 AsylG hingegen sind zwar als solche europarechtskonform, da sie der Überwachung und Durchsetzung der Dublin-III-Regeln dienen, sie laufen aber im Normalfall – nämlich so lange Grenzkontrollen nicht zeitweise wiedereingeführt sind, also vor dem 13. September 2015 – faktisch weitgehend leer, was zu dem soweit erkennbar von der Europarechtswissenschaft noch gar nicht bemerkten Problem der „Nichtanwendung europarechtskonformer Rechtsvorschriften aufgrund sonstigen Europarechts“, bzw. der Frage nach der unionsrechtlichen Legitimität eines „im Normalfall Geltung beanspruchenden Verbots der Überwachung und Sicherstellung der Umsetzung der eigentlich geltenden Dublin-III-Regeln durch die Schengen-Regeln“ führt. Dieses akademische Problem kann allerdings hier auf sich beruhen, da die Grenzkontrollen ja jedenfalls seit dem 13. September 2015 wieder eingeführt sind. Seit diesem Tag ist also § 18 AsylG jedenfalls anwendbar (s.o. → **A.II.4**).

b) § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG: keine Ausnahme per Ministererlaubnis

§ 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG geht Abs. 2 Nr. 1 AsylG als *lex specialis* vor. Während also, wie gesehen, bereits ca. 80% der auf dem Landwege anreisenden Asylbewerber mangels Paß und Schengen-Visum kraft § 15 Aufenthaltsgesetz zurückzuweisen wären, wären die übrigen gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG deswegen zurückzuweisen, weil Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß ein anderer Staat aufgrund von Rechtsvorschriften der Europäischen Union oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist.

In völliger Übereinstimmung von nationalem Recht und Dublin-III-Verordnung bestehen immer dann, wenn ein Asylbewerber über eine Landgrenze in die Bundesrepublik einreisen will, Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG, weswegen der Asylbewerber an der Grenze zurückzuweisen wäre.¹⁵⁶ Hiervon ist auch keine Ausnahme infolge einer besonderen, im begründeten Einzelfall zu erteilenden Ministererlaubnis gemäß § 18 Abs. 4 Nr. 2 möglich, da sich diese Ministererlaubnis nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm allein auf den Fall aus Art. 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG und eindeutig nicht auf den anderen, spezielleren Fall aus Nr. 2 der Vorschrift bezieht.¹⁵⁷ Eine Ministererlaubnis kommt also eindeutig nicht in Betracht – selbst wenn ihre sonstigen Voraussetzungen gegeben wären!

Im Sachverhalt wurde erschöpfend herausgearbeitet (s.o. → **A.IV.2.d**), daß sich die Bundesregierung seit Sommer 2015 zur Rechtfertigung ihrer Grenzöffnungspolitik einzig und allein auf die Ministererlaubnis gerade im Sinne von § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG beruft. Eine Berufung auch auf § 18 Abs. 4 Nr. 1 der Vorschrift in Verbindung mit irgendwelchen zwingenden, also von der Willensbildung der Regierung unabhängig zu beachtenden Vorschriften des Unionsrechts, die die Regierung zur Grenzöffnung *selbst gegen ihren eigenen politischen Willen*

¹⁵⁶ Zutreffend Nicola Halderlein, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht (2016), § 18 AsylG Rn. 22.

¹⁵⁷ Vergl. bereits Tabbert/Wagenseil, ZAR 2017, 429 (432).

zwingen würden, hat die Bundesregierung zwar gelegentlich in der Öffentlichkeit rhetorisch angedeutet, jedoch auf Nachfragen und Kleine Anfragen gegenüber dem Deutschen Bundestag nicht aufrechterhalten. Die Regierung beruft sich eindeutig und nur auf § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG.

Diese Vorschrift kann die Grenzöffnungspolitik jedoch – unabhängig vom Vorliegen ihrer geschriebenen wie ungeschriebenen tatbestandlichen Voraussetzungen – schon deswegen nicht rechtfertigen, weil sie von Anfang an nicht einschlägig ist. Sie könnte nur einschlägig sein gegenüber Zurückweisungen gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG, und zu diesen dürfte es aber ohnehin nicht kommen, da eigentlich alle Asylbewerber an der Grenze wenn nicht wegen § 15 AufenthaltsgG, dann jedenfalls wegen § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG zurückgewiesen werden müßten, so daß für die weitere Anwendung (oder eben Nichtanwendung) von § 18 Abs. 2 Nr. 1 gar kein Raum ist bzw. keine Personen mehr übrig bleiben.

Es bleibt also insofern völlig unerfindlich, welche konkreten Fälle der Einreisegestattung die Bundesregierung auch nur *prima facie* als durch eine Ministererlaubnis gerechtfertigt ausgeben will. Es gibt solche *prima facie* in Frage kommenden Fälle einfach nicht. Die Grenzöffnung ist von Anfang an auf der ganzen Linie rechtswidrig gewesen.

c) § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG: Ministererlaubnis nur im ausnahmehaften, begründeten Einzelfall; keine Durchführung des Asylverfahrens

Im übrigen (und hier hilfsweise) wären sonstige Asylbewerber, die auf dem Landweg einreisen wollen, dann in der Tat gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG zwingend an der Grenze zurückzuweisen. Alle an die Bundesrepublik Deutschland angrenzenden Staaten sind völlig unstrittig sichere Drittstaaten.¹⁵⁸

Von dieser Regel soll dann gemäß Abs. 4 Nr. 2 der Vorschrift im begründeten Einzelfall eine Ausnahme gemacht werden können, wenn „das Bundesministerium des Innern es aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland angeordnet hat“.

Inzwischen steht fest, daß diese mündliche Weisung des damaligen Bundesinnenministers an den Präsidenten des Bundespolizeipräsidiums niemals verschriftlicht worden ist (s.o. → **A.IV.2.d**, a.E.) und mithin auch niemals ordnungsgemäß bekanntgemacht werden konnte; nicht nur die politische Öffentlichkeit, sondern auch die Mitglieder des Deutschen Bundestags (!) rätselten seit Sommer 2015 über den möglichen Inhalt und die denkbare Begründung einer so offensichtlich rechts- und verfassungswidrigen Weisung. Die Wiedereinführung von nicht-schriftlichen, nicht-öffentlichen „Geheimerlassen“, über deren genauen Inhalt sogar der Deutsche Bundestag (!) keine Auskünfte erhält, ist *bereits per se eine offensichtliche Verletzung der organschaftlichen Rechte des Deutschen Bundestages* und würde *bereits für sich allein*

¹⁵⁸ Vergl. etwa *Haderlein*, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht (2016), § 18 AsylG Rn. 19.

eine Organstreitklage rechtfertigen.¹⁵⁹ (Diese wäre übrigens auch nicht verfristet, da der mündliche Geheimerlaß auch heute noch jeden Tag aufrechterhalten wird und die Bundesregierung es jeden Tag aufs neue unterläßt, ihn aufzuheben; s.o. → **B.II**).

Dies kann hier aber insofern auf sich beruhen, als eine „Grenzöffnung“, also auch der heute noch weiterlaufende Einlaß von ca. 15.000 Asylbewerben im Monat, die eigentlich alle an der Grenze zurückgewiesen werden müßten, jedenfalls nicht durch eine „Ministererlaubnis“ gerechtfertigt werden könnte. Denn eine entsprechende Ministererlaubnis käme ohnehin schon aufgrund ihres Ausnahmecharakters nur im Hinblick auf begründete Einzelfälle in Betracht, in denen die Identität und das bisherige Lebens- und Fluchtschicksal des Begünstigten zweifelsfrei feststehen und insofern eine humanitär begründete Ausnahme von der eigentlichen Gesetzesregel einzelfallbezogen begründet werden kann.

Ein massenhafter exekutiver Gesetzesdispens gegenüber völlig unbekanntem (und mangels Paß auch niemals eindeutig zu identifizierender) Personen käme hingegen schon aus rechtsstaatlichen Gründen (Vorrang des Gesetzes) von vornherein nicht in Betracht. Ausnahmeweise Erlaubnisse berechtigen einen Minister nicht zum allgemeinen Gesetzesdispens und machen ihn nicht zum Ober-Gesetzgeber mit entsprechenden allgemeinen Gesetzeskorrekturrechten.

Weiterhin legitimiert eine solche Ministererlaubnis – dies wurde ja bereits dargelegt (s.o. → I.2) – nur die Einlassung eines Asylbewerbers ins Bundesgebiet etwa aus humanitären Gründen, jedoch wegen der übergeordneten Verfassungsentscheidung aus Art. 16a Abs. 2 GG nicht auch die Eröffnung eines Asylverfahrens.

4. Keine Rechtfertigung durch Ausübung des unionalen Selbsteintrittsrechts

Die Duldung der hunderttausendfachen, 2015/16 auch millionenfachen Einreise von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten kann auch nicht durch die Ausübung des „Selbsteintrittsrechts“ gemäß Art. 17 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung gerechtfertigt werden.¹⁶⁰

Es ist – entgegen der so suggestiven wie unkundigen Berichterstattung in etlichen Presse- und Medienorganen im unmittelbaren zeitlichen Vorfeld der letzten Bundestagswahl – denn auch

¹⁵⁹ Kritisch auch *Udo Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem (o. J.) [2016], S. 71 (= S. 94 Internet-Fassung); *Hillgruber*, Ein Geheimerlaß zur Öffnung der Grenze, FAZ Online, 21. Januar 2016, <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/fluechtlinge-ein-geheimerlass-zur-oeffnung-der-grenze-14024916.html>.

¹⁶⁰ s.o., → **A.IV.2.b**: Diese Rechtsmeinung ist seit Anfang 2016 durch den amtierenden Justizminister Maas in mehreren Interviewäußerungen und Zeitungsbeiträgen offenbar vertreten worden, vergl. etwa *Heiko Maas*, Wer das Recht wirklich schwächt, in: FAZ Nr. 25, 30. Januar 2016, S. 10; *ders.*, „Den Menschen die Wahrheit sagen“ (Interview mit Melanie Amann und Christiane Hoffmann), in: DER SPIEGEL Nr. 11, 12. März 2016, S. 26 ff.- Hieran ist v.a. bemerkenswert, daß die Bundesregierung zunächst – d.h. ab Sommer 2015 – nicht unmittelbar zugegeben hatte, daß es sich bei der massenhaften Aufnahme von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten *überhaupt* um eine eigene politische Entscheidung handele; zunächst hatte sie eher den Eindruck erweckt, sie sei hierzu schon verfassungsrechtlich gezwungen, eben durch den Umstand, daß das Asylrecht des Grundgesetzes „keine Obergrenze kenne“.

nicht richtig, daß der EuGH in seiner Entscheidung vom 26. Juli 2017 (C-646/16) die Grenzöffnungspolitik der Bundesregierung unter Verweis auf das Selbsteintrittsrecht der Dublin-III-Verordnung gerechtfertigt habe.

In dieser Entscheidung wird vielmehr dargelegt, daß die europäische Asylzuständigkeitsordnung sich während der Asylkrise *immer und unverbrüchlich in Geltung befunden habe und einzuhalten gewesen sei*. Es wird in der Entscheidung v.a. klargestellt, daß Asylbewerber, die von einem EU-Mitgliedstaat A eingelassen und gleich an die Grenze von Mitgliedstaat B weitertransportiert werden, in diesen Mitgliedstaat B nach wie vor „illegal“ einreisen, auch wenn dieser es duldet¹⁶¹, was schon klar die These der Bundesregierung widerlegt, die Grenzöffnung habe mit „Gesetz und Recht“ in Einklang gestanden. Nur im Rahmen eines *obiter dictums* und in einer einzigen Randnummer (Rn. 100) erwähnt der EuGH im Rahmen einiger allgemeiner Erwägungen zu möglichen Durchbrechungen der unionalen asylrechtlichen Zuständigkeitsordnung im Einzelfall eben auch das Selbsteintrittsrecht. Von einer allgemeinen Rechtfertigung der Politik der Bundesregierung kann in diesem Zusammenhang aber nicht die Rede sein¹⁶².

a) Unionsrecht: Selbsteintritt nur in das Asylverfahren, nicht in das Zuständigkeitsprüfungsverfahren

Was das Selbsteintrittsrecht angeht, so muß man zunächst unterscheiden zwischen (1) der Übernahme des Asylverfahrens im begründeten Einzelfall trotz eigentlicher Unzuständigkeit (Art. 17 Dublin-III-VO) und dem (2) Selbsteintritt in das Verfahren zur Prüfung der *Asylzuständigkeit*, um möglichst später, wenn irgend möglich, das Asylverfahren an den zuständigen Ersteinreisestaat doch noch abgeben zu können (und zwar an Stelle des eigentlich für die Prüfung der Asylzuständigkeit zuständigen Staates).

Verfahren (1) ist jedenfalls nach der Dublin-III-Verordnung, Art. 17, grundsätzlich möglich – es ist aber nicht vorgekommen. Verfahren (2) ist von vornherein rechtlich nicht möglich, aber das hat man versucht.

Zu Beginn der „Flüchtlingskrise“ gab es offenbar von Seiten der Bundesregierung Tendenzen in Richtung Ausübung des Selbsteintrittsrechts, und zwar

- indem die Bundesregierung über sogenannte „soziale Medien“, namentlich den Dienst „Twitter“, am 25. August 2015 sinngemäß ankündigen ließ, sie werde „syrische“ Flüchtlinge (wie auch immer man diese Eigenschaft ohne Pässe hätte feststellen wollen), die es irgendwie in die Bundesrepublik Deutschland schaffen würden, nicht in

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 26. Juli 2017, Rs. C-646/16, Rn. 92.

¹⁶² Unzutreffend daher *Anna Lübke*, Kein judikatives Ventil für dyfunktionale europäische Asylallokation, EuR 52 (2017), 639 (644); weder die Bundesregierung noch die Bundesrepublik Deutschland werden in der Entscheidung auch nur mit einer Silbe erwähnt.

die zuständigen Ersteinreisländer zurückführen, sondern vielmehr in Deutschland Asylverfahren über sie eröffnen¹⁶³;

- indem die Bundesregierung sich am 5. September 2015 damit einverstanden erklärte, tausende von bislang noch nicht registrierten Asylbewerbern aus Ungarn mit Sonderzügen durch Österreich nach Deutschland transportieren zu lassen und hier die Asylverfahren zu übernehmen.¹⁶⁴

In beiden Aktionen lag freilich noch nicht die „Ausübung des Selbsteintrittsrechts“, da dieses ein formell aufwendiges Informations- und Konsultationsprocedere voraussetzt (vergl. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2, Abs. 2 Dublin-III-VO). Das Selbsteintrittsrecht kann hingegen *weder* durch allgemeine Absichtsbekundungen in „sozialen Medien“ ausgeübt werden *noch* im Hinblick auf mehrtausendköpfige Menschenmengen völlig unklarer Identität und Herkunft, sondern immer nun durch Ingangsetzung des formellen Procederes in jedem Einzelfall, was eben nur geht, wenn dieser eindeutig identifiziert ist.

Aber immerhin wird man in den diese Aktionen jeweils begleitenden öffentlichen Erklärungen der Bundesregierung eine Art Bekundung eines allgemeinen politischen Willens zur möglichen späteren Ausübung des Selbsteintrittsrechts im Rahmen der vorhandenen rechtlichen Möglichkeiten erblicken können, wobei es wiederum auffällt, daß solcherlei öffentliche Allgemeinerklärungen einer Regierung weder im europäischen Asylsystem noch im geltenden Bundesrecht nirgendwo vorgesehen sind, was sie wiederum rechtlich sehr zweifelhaft erscheinen läßt.

Solche zwar jeweils auch schon auf große Kollektive bezogene, aber immerhin also solche jedenfalls noch identifizierbare Einzelaktionen sind jedoch zu unterscheiden von der auch weiterhin permanent bestehenden Grenzöffnung, also dem Umstand, daß monatlich auch jetzt noch ca. 15.000 Personen rechtswidrig nach Deutschland eingelassen werden, weil sie an der Grenze einen Wunsch nach politischem Asyl artikulieren. Diesen Einlaß kann man ebenfalls nicht – und umso weniger – mit dem unionsrechtlichen Selbsteintrittsrecht rechtfertigen.

Denn die Bundesregierung macht ja im Hinblick auf die Einreisenden *selbst* nicht geltend, sie wolle das Asylverfahren *anstelle* des Ersteinreisstaates übernehmen (was eben im Hinblick auf bis dato völlig unbekannte Asylanten, zumal ohne Ausweispapiere, mit unbekanntem Reiseweg, ja auch technisch nicht möglich wäre – man wüßte ja gar nicht, *wen* man nun darüber in Kenntnis setzen sollte), sondern sie beruft sich vielmehr darauf, das Asylzuständigkeitsbestimmungsverfahren anstelle des eigentlich hierfür zuständigen Nachbarstaates übernehmen zu wollen.

Ein solcher „Selbsteintritt in das Asylzuständigkeitsbestimmungsverfahren“, wenn schon der eigentliche Selbsteintritt nach Art. 17 Dublin-III-VO technisch unmöglich ist, ist im europäi-

¹⁶³ Vergl. hierzu die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Klägerin (BT-Drucks. 19/559) vom 21. Februar 2018, BMI-Drucks. 19/883, S. 5 (→ **Anlage 3**); Urheber und genauer Grund dieses „Tweets“ lassen sich angeblich nicht mehr ermitteln.

¹⁶⁴ Zum Ganzen *Alexander, Die Getriebenen* (2017), S. 45 ff.

schen Asylrecht nicht vorgesehen. Es gibt ihn gar nicht¹⁶⁵, also kann mit diesem „Selbsteintritt analog“ auch keine Grenzöffnung gerechtfertigt werden.

b) Verfassungsrecht: Selbsteintrittsrecht durch die Bundesrepublik gar nicht auszuüben

Rechtlich ist bereits zweifelhaft – auch dies ist ein bislang weithin noch gar nicht zutreffend erkanntes Problem –, ob die Bundesrepublik Deutschland das Selbsteintrittsrecht *überhaupt* ausüben kann.

Das Selbsteintrittsrecht wird den Mitgliedstaaten durch Art. 17 Dublin-III-VO nicht zwingend vorgeschrieben (dann wäre es ja wohl auch eher eine Selbsteintrittspflicht), sondern als eine reine Option eröffnet, von der kein Mitgliedstaat jemals Gebrauch machen muß. Auf ein echtes *Recht*, von dem man also niemals Gebrauch machen müßte, kann ein Staat auch in formalisierter Form und dauerhaft verzichten.¹⁶⁶ Daher wäre es zumindest erwägenswert, daß die Bundesrepublik Deutschland durch die verfassungsrechtliche Grundentscheidung aus Art. 16a Abs. 2 GG eine mögliche Ausübung des unionsrechtlichen Selbsteintrittsrechts bereits verfassungsrechtlich ausgeschlossen hat. Die *freiwillige* Übernahme fremder Asylverfahren mag unionsrechtlich unter Umständen erlaubt sein, ist aber in Deutschland verfassungsrechtlich nicht statthaft.

c) Selbsteintritt jedenfalls nur in begründeten Einzelfällen und aufgrund des formellen Verfahrens

Unabhängig davon bezieht sich das unionsrechtliche Selbsteintrittsrecht jedoch jedenfalls immer nur auf ausnahmehafte Einzelfälle, in denen die Identität sowie die Lebens- und Fluchtgeschichte eines Asylbewerbers zweifelsfrei geklärt sind, so daß aus diesen Umständen auch die Ausnahme von den eigentlich geltenden Bestimmungen einzelfallbezogen und nachvollziehbar begründet werden kann.

Keinesfalls aber gibt es ein „General-Selbsteintrittsrecht“¹⁶⁷; die Exekutive kann schon aus rechtsstaatlichen Gründen niemals ein Selbsteintrittsrecht zugunsten bereits zahlenmäßig unbekannter, unidentifizierter und häufig mangels Reisedokumenten auch nicht zu identifizierender Menschenmengen unklarer Herkunft aussprechen. Denn dann hätte die Exekutive das

¹⁶⁵ Vergl. bereits *Tabbert/Wagenseil*, ZAR 2017, 429 (431 m.w.N.).

¹⁶⁶ Beispiel: das allgemeine Völkerrecht eröffnet der Bundesrepublik Deutschland jederzeit die Möglichkeit, die Todesstrafe einzuführen, da dies völkerrechtlich nicht verboten ist; die Bundesrepublik hat aber auf diese Option von Verfassungen wegen verzichtet (Art. 102 GG). Oder, etwas weniger formal: nach dem Völkergewohnheitsrecht kann Deutschland die 12-Meilen-Zone als Hoheitsgebiet beanspruchen; in der Ostsee verzichtet sie aber bis auf weiteres darauf.

¹⁶⁷ So aber *Mattias Wendel*, Asylrechtlicher Selbsteintritt und Flüchtlingskrise, JZ 2016, 332 (337) ohne jede nähere juristische Begründung; auch bei *Stumpf*, DÖV 2016, 357 (360) wird die Möglichkeit der Ausübung des Selbsteintrittsrechts „für alle syrischen Antragsteller“ offenbar als selbstverständlich vorausgesetzt; der Autor problematisiert aber nicht, wie man denn mangels Ausweispapieren überhaupt feststellen wollte, wer eigentlich „Syrier“ ist. Auch gehen beide Autoren mit keinem Wort auf die *formalen* Voraussetzungen der Ausübung des Selbsteintrittsrechts nach Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 Dublin-III-VO ein, deren Vorhandensein die Ausübung eines angeblichen „General-Selbsteintrittsrechts“ bereits auf der dieser formellen Ebene ausschließen würde.

Recht, die Anwendung der eigentlich geltenden Gesetze nicht nur im begründeten, atypischen Einzelfall, sondern ganz allgemein zu suspendieren, d.h. es gäbe dann offenbar gar keine allgemeine Gesetzesbindung der Verwaltung und der Regierung mehr.

Und schließlich hat die Ausübung eines möglichen Selbsteintrittsrechts gemäß Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 bestimmte formelle Voraussetzungen und ist mit aufwendigen Informations- und Benachrichtigungspflichten an andere Staaten verbunden; wo diesen nicht einzelfallbezogen genügt worden sein sollte, könnte schon rein formell niemals das Selbsteintrittsrecht ausgeübt worden sein.

5. Keine Universalisierung des subsidiären Schutzes

Der permanente Einlaß von Asylbewerbern, für deren Asylverfahren andere EU-Staaten zuständig wären und die überdies aus sicheren Drittstaaten einreisen, ohne gesetzliche Grundlage und entgegen der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung in Art. 16a Abs. 2, kann auch nicht mit der zeitlich erst *nach* dem deutschen verfassungsrechtlichen Asylkompromiß in Gemäßheit des Art. 18 i.V.m. Art. 2 lit. f der Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Qualifikationsrichtlinie) eingeführte Vorschrift aus § 4 AsylG begründet werden.

Der „subsidiäre Schutz“ ist – wie es eigentlich bereits der Name dieses Rechtsinstituts zum Ausdruck bringt (!) – *nur* Personen zu gewährleisten, die nach Deutschland einreisen und hier ein Asylverfahren nach Art. 16a Abs. 1 GG betreiben durften, das aber – wie zumeist – mangels individueller politischer Verfolgung im Heimatland erfolglos blieb, wenn diese Personen aus einem Kriegs- oder Bürgerkriegsgebiet stammen oder ihnen bei Rückführung in die Heimat anderweitig Gefahr für Leib und Leben droht. Diese neuere gesetzliche Möglichkeit der Gewährleistung subsidiären Schutzes anstelle des Asylrechts begründet aber kein Recht auf Einreise nach Deutschland aus einem sicheren Drittstaat. Denn für die Gewährleistung des subsidiären Schutzes ist immer dasjenige Land zuständig, das auch für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig gewesen ist (Art. 13 Dublin-III-VO).

Neuerdings wird in der ausländerrechtlichen Fachliteratur – und zwar klar vom Ergebnis her¹⁶⁸ – argumentiert, die Drittstaatenregelung aus Art. 16a Abs. 2 GG habe auf die Gewährung Subsidiären Schutzes gemäß § 4 AsylG keine Auswirkungen, da erstere ein „Spezifikum

¹⁶⁸ Vergl. nur *Stumpf*, DÖV 357 (366): „Fraglich ist, ob Asylbewerber, die über die Balkanroute eingereist sind und dabei verschiedene (sichere) Drittstaaten durchquert haben, dadurch nicht möglicherweise ihren Anspruch auf subsidiären Schutz in der Bundesrepublik verloren haben. Wenn dem so wäre, wären die Konsequenzen für die in Deutschland eintreffenden Migranten verheerend [...].“ *Stumpf* a.a.O. argumentiert letztlich: wenn man geltendes Recht anwenden würde, dann müßte man die „Flüchtlinge“, nachdem man sie erst hat einreisen lassen, am Ende doch wieder in Balkanländer abschieben, ihre Einreise wäre also ein „Danaergeschenk“. Folglich müsse man ihnen Subsidiären Schutz gewähren, damit sie bleiben könnten. Dies ist eindeutig keine *rechtliche* Argumentation mehr.

des deutschen Asylrechts“ sei, zweitens hingegen sei „völker- und europarechtlich determiniert“.¹⁶⁹

Bei dieser Argumentation bleibt schon völlig unklar, ob die Bundesrepublik Deutschland nach Ansicht ihrer Befürworter nun den Subsidiären Schutz gewähren „könnte“, „kann“, ihn den Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten „nicht verwehren darf“ oder aber er „nicht ausgeschlossen“ sei.¹⁷⁰ Es wirkt auch etwas uninformativ, die deutsche verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung als „deutsches Spezifikum“ hinzustellen, das vor der menschenrechtlichen Majestät völker- und europarechtlicher Regularien zum Flüchtlingsrecht verblassen müsse.¹⁷¹ Das „deutsche Spezifikum“ ist nicht die Drittstaatenregelung, sondern vielmehr das subjektiv-klagbare Asylrecht überhaupt, das die GFK nicht kennt und das die Qualifikationsrichtlinie nicht voraussetzt; die Drittstaatenregelung ist ein erst relativ spät eingeführter, rechtstechnischer Versuch, die Folgen des subjektiv-verfassungskräftigen deutschen Sonderweges, der ursprünglich jedem Erdenbürger mehrstufige Rechtsansprüche in Deutschland verbrieft, irgendwie wieder in den Griff zu bekommen, ohne formell das Prinzip aufzugeben.

Letztlich liegt diesem Ansatz ein wiederum subjektivierendes wie universalisierendes (also wenn man so will: „sehr deutsches“) Mißverständnis einer neueren Entscheidung des BVerwG zugrunde. In dieser Entscheidung¹⁷² stellt das BVerwG – unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung – klar, die Nichtanerkennung als Asylbewerber schließe rein technisch die Anerkennung als Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention und gemäß § 3 AsylG nicht ein für alle Mal aus, und zwar deswegen nicht, weil der EuGH den Schutzbereich des Art. 15 lit. c der Qualifikationsrichtlinie mittlerweile sehr weit verstehe und insofern keine individuellen Verfolgungsmaßnahmen mehr erforderlich seien, wenn auch ohne diese eine ernsthafte Bedrohung im Heimatland bestehe.

Dies sei, wie es wolle: aber diese Beobachtung begründet keineswegs, warum trotz Grenzkontrollen Asylbewerber, die aus sicheren Drittstaaten einreisen und die auch ihren Antrag auf internationalen Schutz gemäß Art. 13 Dublin-III-VO im *Ersteinreiseland* hätten stellen müssen, entgegen einer klaren gesetzlichen Regelung, die nur der Umsetzung der Dublin-III-Verordnung dient, gleichwohl ins Land gelassen werden sollten. Es ist übrigens bezeichnend, daß die Befürworter dieser Ansicht auf die eigentlich *prioritäre* Frage der Legalität der *Einreise* der Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten mit keiner Silbe eingehen, sondern es einfach als selbstverständlich ansehen, daß jeder Asylbewerber jederzeit trotz Grenzkontrollen nach Deutschland einreisen kann und darf¹⁷³ – die Frage ist dann nur, wie man anschließend ein Bleiberecht begründet, das es eigentlich nicht gibt¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Ders., ebda.

¹⁷⁰ Alle diese Varianten in dieser Reihenfolge a.a.O., S. 366 f.

¹⁷¹ So aber *Stumpf*, a.a.O., S. 366.

¹⁷² BVerwGE, NVwZ-RR 2013, 431 (433 ff.).

¹⁷³ Vergl. nur *Stumpf*, a.a.O.

¹⁷⁴ So dann sogar *Stumpf*, a.a.O., S. 367: „Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, daß man sich den EU-Staat, in dem man internationalen Schutz beantragen möchte, aussuchen könnte. Diesbezüglich gilt innerhalb der EU auch weiterhin, daß nach der Dublin-III-VO grundsätzlich in dem ersten erreichten EU-Staat um internationalen Schutz nachgesucht werden muß.“ *Stumpf* a.a.O. meint dann weiter, die Dublin-III-Verordnung sei „faktisch außer Kraft gesetzt“ – eine Argumentation, die jedenfalls seit dem Urteil des EuGH vom 26. Juli 2017 (Rs. C-646/16) so nicht mehr aufrechterhalten werden kann.

6. Kein Recht auf Einreise kraft Genfer Flüchtlingskonvention

Eine Befugnis zur Gestattung der massenhaften und täglichen Einreise von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten folgt auch nicht aus den Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus der Genfer Flüchtlingskonvention (vergl. nur § 3 AsylG).

Die GFK regelt die Rechtsstellung von *anerkannten* Flüchtlingen, gewährt aber niemandem ein Recht auf Einreise gerade nach Deutschland aus sicheren Drittstaaten und entgegen sonstiger rechtlicher Bestimmungen. Zwar ist es richtig, daß die Gerichte, angefangen mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte¹⁷⁵ bereits seit 2011 (!) das grundlegende Refoulement-Verbot aus Art. 33 GFK – also das Verbot, einen anerkannten Flüchtling in ein Gebiet auszuweisen oder zurückzuweisen, in dem sein Leben oder seine Freiheit aufgrund individueller Verfolgung oder jedenfalls sonstiger erheblicher Gefahren bedroht sind – gegenüber der traditionellen Sichtweise deutlich ausweitend verstehen, indem sie davon ausgehen, daß die Zurückweisung von Asylbewerbern z.B. nach Griechenland, auch wenn Griechenland nach den einschlägigen unionsrechtlichen Regelungen für die Durchführung des Asylverfahrens eigentlich zuständig wäre, wegen mangelhafter Unterbringung und Versorgung von Asylbewerbern dort gegen das Refoulement-Verbot verstoßen kann, und daß weiter auch die Zurückweisung an EU-Binnengrenzen grundsätzlich am Refoulement-Verbot zu messen ist.

Aus dem u.U. bestehenden Verbot, einen Asylbewerber von Deutschland nach Griechenland zu verbringen, folgt jedoch kein Recht dieses Asylbewerbers, aus Österreich oder der Schweiz nach Deutschland einzureisen. Daß Asylbewerber auch etwa in Österreich oder der Schweiz menschenunwürdig behandelt würden und nur durch einen sofortigen Grenzübertritt in die Bundesrepublik Deutschland hiervor bewahrt werden können, hat selbst der EGMR bislang nicht festgestellt.

7. Keine Einreise zwecks Prüfung der Asylzuständigkeit wegen des Wortlauts von Art. 3 Dublin-III-VO

Weiterhin kann die fortlaufende Grenzöffnungspolitik der Bundesregierung auch nicht durch die Erwägung gerechtfertigt werden, daß die Bundesrepublik Deutschland, wenn an ihren Grenzen ein wenn auch offensichtlich unbegründeter Asylantrag gestellt wird, auch bei offensichtlicher Unzuständigkeit für die Durchführung des Asylverfahrens jedenfalls erst einmal zu prüfen hätte, welcher Mitgliedstaat denn statt ihrer für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig sei, und dem Asylbewerber jedenfalls bis zum Abschluß dieser Prüfung Zugang ins Bundesgebiet gewähren müsse.¹⁷⁶

¹⁷⁵ EGMR, Urt. v. 21. Januar 2011, 30696/09, *M.S.S./Belgien und Griechenland* = NVwZ 2011, 413 ff.; hierzu dann auch EuGH, Urt. v. 21. Dezember 2011, C-411/10 und C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

¹⁷⁶ Dieser Theorie hat sich der seinerzeit amtierende Bundesinnenminister de Maizière offenbar auf der Schleyer-Gedächtnistagung am 19. Oktober in Berlin angeschlossen (s.o. → **A.IV.2.c**). Es ist jedenfalls bemerkenswert, daß es offenbar innerhalb der Bundesregierung zeitweilig keine einheitliche juristische Linie gab, wie die Grenzöffnung nun gerechtfertigt werden solle. Konstant war nur der Wille, sie unabhängig von der Rechtslage irgendwie zu rechtfertigen.

Diese Theorie wirft ja schon auf den ersten Blick die Frage auf, warum denn bei Einreise aus einem sicheren Drittstaat die Zuständigkeit nicht auch bereits in diesem sicheren Drittstaat geprüft werden kann und warum dafür die Einreise ins Bundesgebiet erforderlich ist. Weiter ist an dieser Theorie problematisch, daß infolge der Einreise eines Asylbewerbers ins Bundesgebiet die Zuständigkeit für die Durchführung des Asylverfahrens leicht auf die Bundesrepublik Deutschland übergehen kann: nämlich gemäß Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 und 3 Dublin-III-VO in dem Falle, daß der Asylbewerber aus humanitären Gründen nicht in den eigentlich zuständigen Staat überführt werden kann, wie bis vor kurzem – und faktisch eigentlich immer noch, da die Griechen Überstellungsgesuchen ja nicht stattgeben – nach Griechenland, oder auch gemäß Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO, wenn bis zur geplanten Überstellung an den eigentlich zuständigen Staat mehr als sechs Monate verstrichen sind („Ersitzung der deutschen Zuständigkeit“).

Dieser Rechtauffassung liegt letztlich ein Mißverstehen des Wortlauts der Vorschrift aus Art. 3 der Dublin-III-Verordnung zugrunde, der lautet:

„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.“

Dies klingt auf den ersten Blick so, als wenn Deutschland eben prüfen müßte, auch wenn so ein Schutzantrag erstmals an der deutsch-österreichischen Grenze gestellt wird. Aber das ist nicht richtig.

Denn mit dem Wort „Grenze“ ist in der Vorschrift die Unionsgrenze gemeint, nicht aber mitgliedstaatliche Binnengrenzen. Dies folgt schon aus der Zielsetzung in Art. 78 Abs. 1 AEUV, „die Union entwickelt eine gemeinsame Politik im Bereich Asyl...“, und aus dem 2. Erwägungsgrund der Dublin-III-Richtlinie, nach dem wiederum „die Union“ allen offenstehen soll, die rechtmäßig um Schutz nachsuchten – also: „die Union“, aber nicht jeder ihrer Mitgliedsstaaten nach freier Wahl und an jeder Binnengrenze! Die mögliche Überquerung von Binnengrenzen durch Asylbewerber ist nicht in Art. 3, sondern in Art. 20 der Dublin-III-Verordnung geregelt. Dessen Abs. 1 lautet zwar:

„Das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats wird eingeleitet, sobald in einem Mitgliedstaat erstmals ein Antrag auf internationalen Schutz gestellt wird“,

Abs. 4 stellt aber klar:

„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.“

Damit gilt: wer sich in einem sicheren Drittstaat befindet, und an der deutschen Grenze Asyl beantragt, der muß auch zur Prüfung des richtigerweise zuständigen Ersteinreisestaates nicht nach Deutschland eingelassen werden, sondern er ist an der Grenze abzuweisen, und der richtigerweise zuständige Ersteinreisestaat ist in demjenigen sicheren Drittstaat zu ermitteln, in dem er sich bereits befindet.¹⁷⁷

Für die Richtigkeit dieser Auslegung spricht ja auch schon der gesunde Menschenverstand: denn wäre es anders und gäbe es eine Einlaßpflicht zur Zuständigkeitsüberprüfung *an jeder EU-Binnengrenze*, dann würde ja in der Tat das gesamte EU-Asylzuständigkeitsregime wie auch das Schengen-Regime auf den Kopf gestellt, da ja dann wieder von einer allgemeinen Reisefreiheit aller Asylbewerber durch ganz Europa auszugehen wäre und weiter von einer freien Wahl des erstzuständigen Staates. Beides soll es aber nach dem geltenden Recht gerade *nicht* geben (s.o.).

Weiterhin wäre es für beliebte Ersteinreisestaaten wie Griechenland, Italien oder Ungarn dann in der Tat politisch sinnvoll, Asylbewerber gar nicht erst zu registrieren, sondern in Richtung Deutschland durchzuwinken und im übrigen so schlecht zu behandeln, daß man trotz eigentlich bestehender rechtlicher Zuständigkeit keine Asylbewerber mehr in die fraglichen Ersteinreisestaaten zurückführen kann, weil Deutschland dann im Zweifelsfall immer eine Ersatzzuständigkeit im Hinblick auf die Asylbewerber treffen würden, die zwar einreisen dürften, aber nicht wieder zurückgeführt werden können. Dies entspricht aber gerade *nicht* dem *telos* der Dublin-III-Verordnung.

8. Sogar Strafbarkeit der Akteure gemäß § 96 AufenthaltsgG

Gemäß § 3 AufenthaltsgG besteht Paßpflicht. Die Einreise ohne Paß und Aufenthaltstitel (eben das Schengen-Visum) ist gemäß § 14 AufenthaltsgG verboten und gemäß § 95 AufenthaltsgG strafbar. Alle diese Vorschriften sind, wie bereits gezeigt, auch mit dem übergeordneten Unionsrecht, also dem Schengener Grenzkodex vereinbar, da auch das Schengen-Recht allgemeine Freizügigkeit nur für EU-Bürger vorsieht, nicht-EU-Bürger jedoch grundsätzlich paß- und visumpflichtig stellt.

Nach § 96 AufenthaltsgG macht sich strafbar, wer Ausländern ohne Aufenthaltstitel bei der Einreise behilflich ist („Schlepperei“).

Zwar ist es richtig, daß bereits in der Vergangenheit die Staatsanwaltschaft Berlin wie auch die Generalstaatsanwaltschaft Berlin als Beschwerdebehörde Strafanträge von Bürgern, die unmittelbar gegen die Bundeskanzlerin gestellt worden waren, wegen des Verdachts der Schlepperei zurückgewiesen hat.¹⁷⁸ Dies geschah sinngemäß mit der Begründung, daß der erkennbare politische Wille der Bundesregierung, bestimmte Menschengruppen einreisen zu

¹⁷⁷ So auch: Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, „Zulässigkeit direkter Zurückweisung von Flüchtlingen an EU-Binnengrenzen der Bundesrepublik“, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 259/15, 30. Oktober 2015, S. 10.

¹⁷⁸ Vergl. <https://community.beck.de/2017/06/11/die-strafbarkeit-der-bundeskanzlerin-im-herbst-2015-reloaded>.

lassen, den Vorwurf der Illegalität dieser Einreise entfallen lassen müsse. Diese Begründung ist jedoch mehr als zweifelhaft, da *im Rechtsstaat die Entscheidung über rechtmäßig und rechtswidrig allein von den Gesetzen abhängt und nicht vom Willen der Regierung*, die ihren politischen Willen vielmehr nur im Rahmen der geltenden Gesetze zu bilden und zu äußern hat (Vorrang des Gesetzes).

Wenn die Generalstaatsanwaltschaft Berlin a.a.O. zur Begründung der Nichterfüllung des Tatbestandes § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG heranzieht, so fällt auf, daß sie sich schwerlich genauer und im einzelnen mit den geschriebenen wie ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen sowie dem Sinn und Zweck der Norm auseinandergesetzt hat, ebenso wenig wie mit den in ihrem Rahmen u.U. zu beobachtenden Förmlichkeiten (wie z.B. Schriftlichkeit).

Sondern die Generalstaatsanwaltschaft Berlin schließt hier einfach von der reinen Existenz einer Rechtsnorm, die unter geeigneten Umständen in dem einen oder auch anderen Einzelfall für die Rechtfertigung des Regierungshandelns möglicherweise in Frage kommen könnte, auf den pauschalen Ausschluß jeder Strafbarkeit letztlich in 1,5 Millionen zu prüfenden Fällen. Dies ist sicherlich methodisch zweifelhaft.

9. Hilfsweise:

Selbst wenn die unbeschränkte Einreise unionsrechtlich geboten sein sollte, verstieße dies gegen Eigenstaatlichkeit und Verfassungsidentität der Bundesrepublik

Selbst wenn aber – wie immer wieder behauptet worden ist – das geltende Asylrecht der Europäischen Union die Bundesrepublik alternativlos und abwägungsfrei dazu zwingen würde¹⁷⁹, Personen, die in Deutschland Asylanträge stellen möchten, über die Grenzen trotz Grenzkontrollen jederzeit einzulassen, und ihr lückenlos verbieten würde, die im nationalen Verfassungs- und Bundesrecht längst getroffenen Vorkehrungen zur Abwehr übermäßigen Gebrauchs des deutschen Asylrechts durch Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten, die also faktisch nur noch Wirtschaftsasylanten¹⁸⁰ sind, noch zur Anwendung zu bringen, so dürfte die Bundesregierung dieses Europarecht im Geltungsbereich des Grundgesetzes gar nicht zur Anwendung bringen; es würde nämlich offensichtlich den aus Art. 79 Abs. 3 GG folgenden und mithin im Range dem gesamten Unionsrecht *vorgehenden* Verfassungsprinzipien der Eigenstaatlichkeit und der Verfassungsidentität des Bundesrepublik Deutschland widersprechen.

¹⁷⁹ Nur auf diesen alternativlosen Rechtszwang könnte es ankommen. Denn würde das Europarecht die Bundesregierung lediglich berechtigen, beliebig viele Asylbewerber auch entgegen den Bestimmungen des Grundgesetzes und des Bundesrechts einzulassen, diese nicht aber unbedingt verpflichten, dann müßte dieser Klage immer noch stattgegeben werden. Denn wäre die Bundesregierung europarechtlich nur berechtigt, nicht aber unbedingt verpflichtet zu ihrer Flüchtlingspolitik, so hätte sie schon wegen des Gewaltenteilungsgrundsatzes und der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG erst eine gesetzliche Regelung, eben ein „Migrationsverantwortungsgesetz“, durch den Deutschen Bundestag initiieren müssen (→ II.).

¹⁸⁰ Dies räumt selbst *Stumpf*, DÖV 2016, 357 (366 u.) ein, der ja alle aufnehmen will (auch wenn er weiterhin einräumen muß, daß dies außerdem einem „ungeschriebenen Parlamentsvorbehalt“ widersprechen würde, a.a.O., S. 362 f.); zu letzterem Aspekt sogleich, s.u. → II.

a) Eigenstaatlichkeit: BVerfGE 123, 267 ff.

Nach der Lissabon-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet die Anwendung des Europarechts seine Grenze in der hierbei jedenfalls zu wahrenen Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland; *de constitutione lata* darf Deutschland nicht zu einem bloßen Bundesland oder gar zu einer Verwaltungsprovinz eines gesamteuropäischen *De-facto*-Großstaates werden.

Zur eigenen Staatlichkeit gehört aber jedenfalls die effektive Kontrolle über den Zugang über Grenzen, jedenfalls dann, wenn sie aktuell staatlich gewünscht wird. Zumal die Kontrolle des Zugangs zum Staat über die Grenzen heute faktisch mit der Kontrolle der Bevölkerungszusammensetzung in eins fällt: denn wie unter → A. bereits erschöpfend gezeigt wurde, entzieht sich die *Ausschaffung* unerwünschter Ausländer aufgrund der vielfältigen grundrechtlichen, menschenrechtlichen und völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik Deutschland mit- samt der mit ihnen verbundenen Verfahrens- und Rechtsweggarantien inzwischen weithin der staatlichen Kontrolle und der demokratischen Steuerung.

Wer einmal drin ist, wird mit aller Wahrscheinlichkeit bleiben, jedenfalls wird er ohne seinen Willen kaum je mehr zum Verlassen des Landes *gezwungen* werden können, und über kurz oder lang wird er auch seine Familie nachholen können und dürfen. Die Frage nach dem „Ob“ der Einwanderung ist letztlich und meistens in Deutschland mit dem Grenzübertritt bereits entschieden; kontrollieren kann und darf Deutschland derzeit nur diesen Grenzübertritt.

Sollte dieses Verfahren jedoch ergeben, daß letzteres entgegen der hier vertretenen Rechtsauffassung gar nicht mehr der Fall ist, weil Deutschland aufgrund der Anwendung des EU-Asylrechts *selbst die basale Zugangskontrolle* längst entzogen worden ist, und die Steuerung der Zusammensetzung der deutschen Bevölkerung ohne maßgeblichen deutschen Einfluß längst von der EU-Ebene ausgeht, dann ist die Bundesregierung von sich aus rechtlich verpflichtet, das entsprechende Unionsrecht ab sofort nicht mehr anzuwenden, um die verfassungsrechtlich kraft der Selbstbestimmungsgarantie¹⁸¹ aus Art. 79 Abs. 3 GG vorausgesetzte und *de constitutione lata* nicht abzuändernde Prinzip der Eigenstaatlichkeit Deutschlands zu wahren.¹⁸²

b) Verfassungsidentität: BVerfGE 140, 317 ff.

Desselbengleichen würde ein europäischer Rechtszwang, Asylbewerber trotz Grenzkontrollen erst einmal einreisen zu lassen, obwohl längst bekannt ist, daß diese Einreise zur oben beschriebenen „Ersitzung“ der deutschen Asylzuständigkeit gemäß Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO und in der Folge, jedenfalls, so lange der Asylbewerber nicht von sich aus ausreisen möchte, aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer lebenslänglichen Einwanderung in die deut-

¹⁸¹ Nicht: Ewigkeitsgarantie; vergl. *Vosgerau*, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016), S. 223 f., 266 und passim.

¹⁸² Vergl. hierzu BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon sowie ausführlich *Vosgerau*, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016).

schen Sozialsysteme wenigstens im Duldungsstatus führen wird, die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland verletzen und wäre also auch deshalb von der Bundesregierung nicht zur Anwendung zu bringen.

Eine unionsrechtliche Pflicht zum ungehinderten Einlaß von *de-facto*-Einwanderern (mögen sie auch sprachlich als Asylanten, Flüchtlinge, Schutzsuchende usw. bezeichnet werden) würde das Demokratieprinzip verletzen. Das Demokratieprinzip besagt, daß die Gestaltung der inneren Angelegenheiten eines Landes aufgrund von Legitimationsketten, also im Rahmen eines Bottom-to-Top-Verfahrens, auf Wahlentscheidungen des Volkes zurückgeführt werden können muß. Dergestalt läßt sich also sagen, daß in einer Demokratie das Volk letztlich – wenn auch vielfältig vermittelt – das *Wesen der staatlichen Gemeinschaft* prägt. Das Wesen des Wesens mag unbekannt sein (Luhmann) – aber es läßt sich schlechterdings nicht bestreiten, daß *nichts*, gar nichts – also insbesondere auch kein Grundrechtskatalog, kein sonstiges rechtliches oder politisches feierliches Bekenntnis, keine Abstimmungsregel, kein Regionalproporz oder was auch immer – das Wesen einer konkreten staatlichen Gemeinschaft so zwingend und so unverkennbar prägt wie eben gerade die Bevölkerungszusammensetzung. *A country is the people in it*. Wenn also das Wahlvolk selbst auf einen so basalen und so fundamentalen Umstand wie die Bevölkerungszusammensetzung keinen durchgreifenden Einfluß mehr nehmen könnte, und die Auswahl der Personen, mit denen die Deutschen auf eigenem Grund ihr Leben teilen möchten, demokratischen Entscheidungen dieses Volkes für und über sich selbst entzogen wäre, so wäre das im Rahmen von Art. 79 Abs. 3 GG selbst bei unionsrechtlich überlagerten Sachverhalten erforderlich Mindestmaß an demokratischer Legitimation („Legitimationsniveau“¹⁸³) unterschritten und die Verfassungsidentität verletzt.

c) Faktische Verfassungswidrigkeit

Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, daß entsprechende unionsrechtliche Vorschriften ihrem *Wortlaut* nach der Bundesrepublik nicht unbedingt dauernde Einbürgerungspflichten im Hinblick auf alle an der Grenze auftauchenden Asylbewerber auferlegen würden, sondern – wie es eben etliche, soweit erkennbar aber auch nur deutsche, Ausländerrechtler behauptet haben¹⁸⁴ – der Bundesrepublik nur abverlangen würden, die Asylbewerber *einstweilen* aufzunehmen, um sie dann später, jedenfalls falls dies menschenrechtlich möglich sein sollte, in die Ersteinreisestaaten zu überstellen.

Denn *erstens* hätte die Bundesrepublik gar keinen Einfluß darauf, ob sie einen Asylbewerber *überhaupt* jemals in den Ersteinreisestaat zurücküberstellen kann. Ersteinreisestaaten, die keine unkontrollierte Einwanderung bei sich haben wollen, bräuchten nur die Behandlung ihrer Asylbewerber so inhuman zu gestalten, daß EGMR und EuGH eine Rückführung weitergereister Asylbewerber verbieten müßten – und schon würden die illegalen Einwanderer in Deutschland bleiben, was diese ja zumeist auch selber wollen.

¹⁸³ BVerfGE 83, 60 (72); 89, 155 (182); 93, 37 (67); zum Ganzen *Vosgerau*, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016), S. 229.

¹⁸⁴ Vergl. etwa *Holger Winkelmann*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 18 AsylG Rn. 3.

Zweitens kann sich jeder Asylbewerber nach geltendem Unionsrecht – Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO – die „amtliche“ Asylzuständigkeit der Bundesrepublik bereits in sechs Monaten *ersitzen*. Und dies wird ihm schon wegen der in Deutschland bestehenden Verfahrensgarantien und der mittlerweile eingetretenen, völligen Überlastung der Verwaltungsgerichte mit Asylsachen, ohne weiteres gelingen und würde es übrigens auch dann noch, wenn der unionale Gesetzgeber die Zuständigkeitsersitzungsfrist auf mehrere Jahre verlängern würde (was er aber ohnehin nicht vorhat).

Daher kommt es für die Nichtanwendbarkeit der fraglichen europarechtlichen Vorschriften nicht entscheidend auf ihren Wortlaut an, sondern auf ihre *faktischen, aus sonstigen Rechtsgründen aber offensichtlich unvermeidlichen Folgen* (wie bei der „faktischen Verfassungswidrigkeit“)¹⁸⁵. Sollte die Bundesrepublik tatsächlich kraft des Unionsrechts verpflichtet sein, jeden Asylbewerber einfach einreisen zu lassen, so hätte sie faktisch die Kontrolle über ihre Einwanderungspolitik und Bevölkerungszusammensetzung weitestgehend verloren.

Daher läßt sich kaum in Abrede stellen, daß es gegen die Verfassungsidentität Deutschlands verstoßen würde, wenn Deutschland tatsächlich – jedenfalls bei Einwander- oder Flüchtlingswellen, die aber wohl in den nächsten Jahrzehnten realistisch nicht mehr abebben werden (s.o. → **A.III.3.c**) – kraft des Asylrechts der Union zum Einlaß eines jeden Asylbewerbers verpflichtet sein würde. Auch in diesem Falle dürfte die Bundesregierung solches Unionsrecht nicht zur Anwendung bringen.

10. Objektiv-rechtliches Fazit

Nach alledem stellt sich die Duldung der Einreise von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten ins Bundesgebiet jedenfalls seit dem 13. September 2015, die sich im Prinzip auch seit dem Beginn der Amtsperiode des jetzigen, 19. Deutschen Bundestages am 24. Oktober 2017 *in Gestalt des tagtäglichen Einlassens von Asylbewerbern aus sicheren Drittstaaten mit oder ohne Paß und Visum über die deutschen Grenzen weiter fortsetzt*, als Verletzung des Unionsrechts, des Verfassungsrechts und des einfachen Bundesrechts dar.

Auch, wenn sich aus welcher rechtlichen Überlegung auch immer ergeben sollte, daß die Bundesregierung zum laufenden Einlassen von Asylbewerbern zwar nicht verpflichtet, aber am Ende irgendwie berechtigt sein sollte, wäre dieser Klage gleichwohl stattzugeben. Denn selbst dann, wenn die Bundesregierung vielleicht nicht verpflichtet, aber am Ende irgendwie berechtigt sein sollte, laufend Asylbewerber aus sicheren Drittstaaten mit oder ohne Paß einzulassen, so hätte sie aufgrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes und der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts erst eine entsprechende, durch den Deutschen Bundestag zu verantwortende gesetzliche Regelung, eben ein „Migrationsverantwortungsgesetz“, initiieren müssen (→ **II.**).

¹⁸⁵ Zum Ganzen bereits *Vosgerau*, Zur Verfassungswidrigkeit der Allgemeinen Wehrpflicht, ZRP 1998, 84 (87).

II. Verletzung organschaftlicher Rechte des Deutschen Bundestages

Indem die Bundesregierung sich also seit geraumer Zeit als „faktischer Einwanderungs-Gesetzgeber“ geriert und eine gesetzlose Einwanderungspolitik ins Werk setzt, begeht sie einen in der bisherigen politischen Geschichte der Bundesrepublik eigentlich beispiellosen Übergriff auf die verfassungsmäßigen Rechte der *Legislative*, also des Deutschen Bundestages (unter Beteiligung auch des Bundesrates).

Diese Verletzung des Parlamentsvorbehalts und der organschaftlichen Kompetenzen des Deutschen Bundestages zur Gesetzgebung im Bund und in Bezug auf Fragen der Einwanderung (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG) ist zugleich eine Verletzung des grundgesetzlichen Gewaltenteilungsgrundsatzes (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) im Sinne der materiellen Funktionentrennung¹⁸⁶ und gerade in derjenigen Gestalt, die er in der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts gefunden hat, und mithin wiederum eine Verletzung nicht *nur* des objektiven Verfassungsrechts, sondern *gerade* der organschaftlichen Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages.

Denn wiewohl die Wesentlichkeitstheorie häufig von der *Pflicht* des Bundestages her formuliert wird – der Bundestag habe die „Pflicht“, gewisse wesentliche Materien präzise selbst und gesetzlich zu regeln, und „dürfe“ manches nicht an die Exekutive delegieren¹⁸⁷ – so setzt diese Pflicht des Deutschen Bundestages denklogisch zuallererst ein Recht darauf voraus, staatswesentliche Angelegenheiten von irreversiblen Charakter und mit erheblichen und dauerhaften fiskalischen Auswirkungen selbst präzise im Wege eines formellen Gesetzes zu regeln (s.o. → **B.III.4** m.w.N.).¹⁸⁸ Dieses Recht wurde und wird durch die Bundesregierung laufend und gravierend verletzt.

Selbst wenn die Duldung der Einreise von weit über einer Millionen Menschen, bei denen es sich in ihrer großen Mehrheit um Männer unter 30 Jahren handelt, die fast alle aus dem Nahen Osten, aus Afrika oder auch aus sonstigen islamischen Ländern wie Afghanistan oder Pakistan, mithin aus (aus deutscher Sicht) durchaus fremden Kulturkreisen herrühren und die mithin die Bevölkerungszusammensetzung in der Bundesrepublik Deutschland in der fraglichen Altersgruppe erheblich verändern werden, auch ohne daß hier an künftigen Familiennachzug überhaupt gedacht wäre, entgegen der hier vertretenen Rechtsauffassung *als solche* nicht rechtswidrig gewesen wäre, so hätte vor einer derart gravierenden, den Charakter und die weitere Zukunft des ganzen Landes verändernden Entscheidung eine Beratung und ein formeller Beschluß des Deutschen Bundestages herbeigeführt werden müssen. Dies folgt eben aus der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts (s.o. → **a.a.O.**, m.w.N.), nach der in

¹⁸⁶ Michael Sachs, in: ders., GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 82.

¹⁸⁷ Vergl. Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, „Reichweite der Wesentlichkeitslehre“, WD 3 – 3000 – 043/15, 23. Februar 2015, S. 5.

¹⁸⁸ Bei organschaftlichen Kompetenzen fallen ja Recht und Pflicht ohnehin weitgehend zusammen. Es ließe sich also ohne weiteres argumentieren, der Bundestag habe v.a. die *Pflicht*, all diese Dinge zu regeln. Dies muß aber hier nicht weiter verfolgt werden, denn *de lege lata* hat der Bundestag dies alles ja geregelt: nämlich im Sinne der Abweisung der Asylbewerber im Rahmen von Grenzkontrollen (§ 15 AufenthaltsgG, § 18 AsylG). Das Problem ist ja eben, daß die Bundesregierung als Ober- und „situativer Korrektur-Gesetzgeber“ diese Bundesgesetze *faktisch aufgehoben* hat.

grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Fragen vom Parlament *selbst* entschieden werden müssen.¹⁸⁹

Die Entscheidung, ob und wie Staatsgrenzen geschützt werden (nachdem der ursprünglich intendierte Schutz der EU-Außengrenzen offensichtlich nicht hinreichend funktioniert), ist *per se* so wichtig, daß sie nur vom Parlament selber getroffen werden kann.¹⁹⁰ Die Frage nach dem Schutz der Staatsgrenzen gehört *per definitionem* zu den wesentlichen Staatsfundamententscheidungen, denn: „Ein Staat, der seine Grenzen nicht mehr kontrolliert, wird bald gar nichts mehr kontrollieren“¹⁹¹.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurden zunächst solche Bereiche als wesentlich angesehen, die die Verwirklichung der Grundrechte betreffen. Desweiteren gibt es aber auch noch andere, für die Wesentlichkeit einer staatspolitischen Entscheidung heranzuziehende Kriterien, so etwa die Langzeitwirkung der Regelung, gravierende finanzielle Auswirkungen und Auswirkungen auf das Gemeinwesen überhaupt.¹⁹²

Daß die laufende Grenzöffnungspolitik der Bundesregierung für alle Asylbewerber wesentlich sein *muß*, zeigt auf den allerersten Blick schon der Vergleich mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit E 90, 286 ff.:

Denn wenn jeder bewaffnete Auslandseinsatz der Bundeswehr – auch der kleinste, überschaubarste und kürzeste – zu seiner Verfassungslegitimität jedenfalls eines konstitutiven Parlamentsbeschlusses bedarf¹⁹³, obwohl jederzeit der Befehl zu seinem Abbruch gegeben werden kann, zu jeder Stunde die sofortige und vollständige Rückholung der Soldaten eingeleitet werden kann – dann muß jedenfalls ein staatliches Handeln wesentlich sein, dessen Folgen und Konsequenzen offensichtlich *völlig irreversibel* sind.

1. Parlamentsvorbehalt aufgrund der *Wesentlichkeit* der Grenzöffnung

Die Bundesregierung hat mit ihrer bis heute fortgeführten Entscheidung zur Grenzöffnung für illegale Einwanderer eine Richtungsentscheidung getroffen,

„die vielleicht sogar mit Konrad Adenauers Westbindung, der Ostpolitik Willy Brandts oder der entschlossenen Wiedervereinigung unter Helmut Kohl vergleichbar ist. Die bedingungslose Grenzöffnung wird die soziale und ethnische Struktur der deutschen Bevölkerung nachhaltig verändern, [...] das Land in Europa [...] isolieren und zu dramatischen politischen Verwerfungen in den Nachbarstaaten beitragen. [...] Aber keine Bun-

¹⁸⁹ BVerfGE 49, 89 (126 f.).

¹⁹⁰ Vergl. bereits *Nettesheim*, Ein Vakuum darf nicht hingenommen werden, FAZ vom 29. Oktober 2015, S. 8.

¹⁹¹ *Vosgerau*, Die Herrschaft des Unrechts (2018), S. 26.

¹⁹² Vergl. bereits *Tabbert/Wagenseil*, ZAR 2017, 429 (433).

¹⁹³ BVerfGE 90, 286 (381 ff.).

destagsdebatte, kein Kabinettsbeschluß, kein Parteitag und kein Wahlsieg hat legitimiert, was an diesem 4. September [2015] seinen Anfang nimmt.“¹⁹⁴

a) Bevölkerungszusammensetzung als eigentliches Wesen einer staatlichen Gemeinschaft¹⁹⁵

Es war bereits unter → **C.I.9.b** dargelegt worden, daß schlechthin kein Umstand für ein konkretes politisches Gemeinwesen, für eine bestehende staatliche Gemeinschaft so *wesentlich* sein kann wie gerade ihre Bevölkerungszusammensetzung. Das Wesen des Wesens, über das Luhmann abstrahierend glaubte spotten zu sollen: hier ist es, ganz konkret.

Wie gravierend die Bevölkerungszusammensetzung durch den Import v.a. junger Männer perspektivisch verändert wird, selbst wenn die später anstehende Familienzusammenführung ganz außer acht gelassen wird, war bereits unter → **A** dargelegt worden; ebenso, warum die Familienzusammenführung nicht ausbleiben wird.

Die Rechts- und Verfassungsordnung, insbesondere auch gerade die Realverfassung eines Staates im Gegensatz zur Legalverfassung¹⁹⁶ – die ja Schall und Rauch sein mag¹⁹⁷ – kann nur legitim genannt werden, wenn sie Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts gerade des Staatsvolkes ist. Eine der wichtigsten Funktionen des heutigen Staates ist die Steuerung und Komposition der Bevölkerungszusammensetzung¹⁹⁸, die Abwehr untunlicher Zuwanderung und die aktive Wahrnehmung der Verantwortung für Risiken und Chancen von Zuwanderung. Staatsorganisationsrechtlich und nach dem Grundgesetz hat dies selbstverständlich gesetzesförmig zu erfolgen und in Verantwortung des Parlaments.

Übrigens könnten sich die allgemeinen Probleme einer weitreichenden Bevölkerungsumgestaltung in der Gruppe der unter 30jährigen auch konkret staatsrechtlich zuspitzen. Dies deswegen, weil die juristische Welt-Tendenz eine deutliche Neigung zeigt, und zwar in Richtung „Abbau aller ‚Diskriminierungen‘ im Zusammenhang mit Staatsbürgerschaft und Wahlrecht“.¹⁹⁹ Die ursprüngliche völkerrechtliche Freiheit von Staaten, über den Zugang zum Staatsbürgerschaftsrecht nach je eigenen Präferenzen zu entscheiden, ist schon geraume Zeit überlagert von der Forderung des Human Rights Committee der Vereinten Nationen, der Erwerb von Staatsbürgerschaft und Wahlrecht dürfe bei Personen, die ihren gewöhnlichen und rechtmäßigen Aufenthalt in einem bestimmten Land haben, keinerlei „unsachgemäßen“ Beschränkungen oder „Diskriminierungen“ unterliegen – was immer das konkret bedeuten

¹⁹⁴ Alexander, Die Getriebenen (2017), S. 51.

¹⁹⁵ Vergl. zum Ganzen Vosgerau, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016), S. 166 ff.

¹⁹⁶ Die Unterscheidung zwischen Legal- und Realverfassung dürfte auf Ferdinand Lasalle zurückgehen, vergl. ders., Über Verfassungswesen: Ein Vortrag, gehalten am 16. April 1862 in Berlin, Darmstadt 1958.

¹⁹⁷ Man studiere nur den reformierten Wortlaut von Art. 3 GG, nehme dann die zehntausenden von Kopftuchmädchen nur in Berlin in den Blick, deren Jugend darin besteht, ihre Brüder zu bedienen, um sich so auf ihre künftige Rolle als Ehefrau vorzubereiten, und beantworte die Frage: wer genau wirkt hier „auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“? Mit welchen Mitteln? Wann wird sich der Erfolg realisieren?

¹⁹⁸ Vosgerau, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016), S. 174 ff.

¹⁹⁹ Paradigmatisch etwa das ja nicht von ungefähr so stürmisch bejubelte Referat von Christian Walter auf der Kieler Staatsrechtslehrtagung 2012.

mag.²⁰⁰ International zeichnet sich daher seit langem eine Doppeltendenz ab, entweder den Zugang zum Staatsbürgerschaftsrecht für Fremde und Einwanderer zu erleichtern, oder das Wahlrecht von der Staatsbürgerschaft unabhängig zu gewährleisten („Entbündelung“) – oder gleich beides.²⁰¹ Angesichts dieser objektiven Tendenzen ist es keineswegs eine fernliegende „Verschwörungstheorie“, jedenfalls mit einer gewissen Ausgangswahrscheinlichkeit anzunehmen, daß sich die angeblich vorübergehende Aufnahme angeblicher Flüchtlinge erstaunlich rasch als echte, technische Bevölkerungsneuschaffung – die Regierung wählt sich ohne Umweg über die parlamentarische Gesetzgebung ein neues Elektorat²⁰² – erweisen könnte.

b) Finanzielle Wesentlichkeit

Ein strenger Parlamentsvorbehalt aufgrund der Wesentlichkeit der täglich weiterbetriebenen Politik der offenen Grenzen für Asylbewerber der Bundesregierung ergäbe sich auch *allein schon* aus deren finanziellen Implikationen.²⁰³ 1,5 illegale Einwanderer²⁰⁴, zu denen jährlich nun derzeit knapp 200.000 weitere dazukommen, und unter denen sich praktisch niemand findet, der – schon allein aus Gründen des Spracherwerbs – ohne weiteres ins deutsche Arbeitsleben integriert werden könnte, werden den deutschen Steuerzahler in den nächsten Jahrzehnten Abermilliarden kosten – ohne daß der Deutsche Bundestag jemals mit diesen Kosten befaßt worden wäre, bevor ihre Entstehung infolge des Regierungshandelns unausweichlich wurde.

Sachverständige Schätzungen der jährlichen Kosten für eine Millionen Flüchtlingen bewegen sich zwischen 30 Milliarden und 55 Milliarden €²⁰⁵, wobei die Zahl der Flüchtlinge ja eben permanent weiterwächst, nach derzeitigem Tempo kommen knapp eine Millionen neue in jeweils fünf Jahren. Der Wirtschaftswissenschaftler Bernd Raffelhüschen schätzte die langfristigen Kosten der Flüchtlingskrise auf 900 Milliarden € – dies allerdings zu einem Zeitpunkt, als man noch von jährlichen Kosten i.H.v. nur 17 Milliarden € ausging, was heute längst überholt ist.²⁰⁶

Demgegenüber entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, daß die gewählten Abgeordneten des Deutschen Bundestages die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behalten müssen.²⁰⁷ Für die Einhaltung der Grundsätze der Demokratie kommt es darauf an, daß der Deutsche Bundestag der Ort bleibt, in dem ei-

²⁰⁰ Vergl. Human Rights Committee, (1995) UN doc. CCPR/C/79/Add. 59, Nr. 12; zum Ganzen *Sarah Joseph/Jenny Schultz/Melissa Castan*, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 2. Aufl. 2004, S. 651; kritisch *Vosgerau*, *Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft* (2016), S. 102.

²⁰¹ *Walter*, in: *VVDStRL* 72 (2013), 7 (17; 32 f.; 37 ff.).

²⁰² Kritisch *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof, HStR II*, 3. Aufl. 2004, § 32; *Vosgerau*, *Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft* (2016), S. 160 ff.

²⁰³ Vergl. *Stumpf*, *DÖV* 2016, 357 (362 f.).

²⁰⁴ EuGH, Urt. v. 26. Juli 2017, Rs. C-646/16, Rn. 92.

²⁰⁵ *Wolfgang Bok*, *Kosten der Migration*, *TICHYS Einblick*, 15. September 2017, <https://www.tichyseinblick.de/gastbeitrag/kosten-der-migration/>.

²⁰⁶ *Jan Dams*, „Flüchtlingskrise könnte fast eine Billionen Euro kosten“, *WELT Online*, 25. November 2015, <https://www.welt.de/149234485>

²⁰⁷ *BVerfGE* 129, 124 (178).

genverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird.²⁰⁸ Dabei ist die Zustimmung des Deutschen Bundestages konstitutiv für die Begründung neuer Verbindlichkeiten, das Parlament darf nicht in die Rolle des bloßen Nachvollzuges gedrängt werden, da er seine haushaltspolitische Verantwortung im Rahmen seines Budgetrechts dann nicht mehr wahrnehmen könnte.²⁰⁹ Der Deutsche Bundestag muß dem Volk gegenüber verantwortlich über die Summe der Belastungen der Bürger entscheiden.²¹⁰ Entsprechendes gilt für wesentliche Ausgaben des Staates.²¹¹

Daher würden *schon allein die finanziellen Implikationen* der laufenden, gesetzesfreien Zuwanderungspolitik der Bundesregierung eine Verletzung der organschaftlichen Rechte des Deutschen Bundestages, hier also des Haushaltsrechts und der Budgethoheit, begründen.

c) Langzeitwesentlichkeit

Weiter hat eine staatliche Entscheidung dann als „wesentlich“ im Sinne eines gesetzesbezogenen Parlamentsvorbehalts zu gelten, wenn sie mit besonders langfristigen Auswirkungen verbunden ist.

Die Entscheidung der Bundesregierung, die Außengrenzen einfach für Einwanderer zu öffnen, die dann nicht weiter irgendwie ausgewählt werden, sondern alle willkommen sind, ist vermutlich die am langfristigensten wirkende Entscheidung, die überhaupt je eine Bundesregierung getroffen hat.

Allein die finanziellen Folgen werden den Staat auf viele Jahrzehnte hinaus belasten (→ oben **b**). Noch entscheidender ist jedoch die langfristig wirkende, irreversible Abänderung der Bevölkerungszusammensetzung durch die massenhafte Zugesellung junger Männer aus den Stammesgesellschaften des Nahen Ostens zu einer einheimischen Jungmännerkohorte, die einerseits demographisch merklich geschwächt (nur noch fünf bis sechs Millionen) und andererseits durch die oben unter → **A.I 1** und **2** dargestellten Entwicklungen bereits ihrerseits überfremdet ist. „Deutschland kann Kalkutta nicht helfen, indem es selber Kalkutta wird“, haben kluge Einwanderungskritiker bereits in den 1980er Jahren²¹² festgehalten. Nämliches gilt auch für den Nahen Osten; gleichzeitig muß man ins Auge fassen, daß die längst begonnene Entwicklung schon jetzt weitgehend irreversibel sein dürfte.

Irreversibilität ist aber eben zugleich die „absolute Langfristigkeit“; schon allein deshalb hätte der Deutsche Bundestag entscheiden müssen.

²⁰⁸ Ebda.

²⁰⁹ Ebda., S. 178 f.

²¹⁰ BVerfGE 123, 267 (361).

²¹¹ Ebda.

²¹² Dies war übrigens als Replik auf die seinerzeitige („Zunge zeigen“, 1986) Äußerung des späteren Literaturnobelpreisträgers *Günter Grass*, „Kalkutta wird über uns kommen!“, gemeint; diese war durchaus positiv, jedenfalls aber fatalistisch gemeint.

d) Grundrechtswesentlichkeit

Der planlose, ohne jedes Auswahlverfahren durchgeführte Einlaß vorwiegend von jungen Männern hat seit Ende 2015 zu einer erheblichen Zunahme von von Straftaten geführt²¹³, die teils islamistisch-terroristischer Natur waren, teils auch der alltäglichen Kriminalität zurechneten, zumal in denjenigen Begehungsformen, zu denen junge Männer aus islamischen Stammesgesellschaften eine gewissen Affinität aufweisen. Wissenschaftler machen gelegentlich darauf aufmerksam, daß junge Männer, unabhängig von ihrer Ethnizität und Religion, eben immer schon die „gefährlichste Spezies auf der Welt“ gewesen seien. Dies mag richtig sein, rechtfertigt dann aber rein rechtlich gerade *nicht* den permanenten auswahllosen Einlaß solcher junger Männer durch die Bundesregierung, sondern belegt gerade, warum Einwanderung verfassungsrechtlich *nur* aufgrund gesetzlicher Regelungen möglich ist, in denen zur Abwehr von Zuwanderungsgefahren gerade vorher im Parlament zu diskutierende und festzulegende Vorkehrungen getroffen sind.

Daß Einwanderung verfassungsrechtlich nur aufgrund von Gesetzen, die diese Gefahren in den Blick nehmen und nachvollziehbar zu bewältigen suchen erlaubt ist, folgt unmittelbar aus der Grundrechtswesentlichkeit²¹⁴ dieser Gefahren. Menschen, die in Deutschland zum Opfer der durch irreguläre Einwanderer begangenen Straftaten wurden, haben einen *privaten Grundrechtseingriff* erlitten²¹⁵ (der terminologisch herrschend, aber nicht notwendig auch als „Übergriff“²¹⁶ bezeichnet wird). Der Staat wiederum hat aufgrund der grundrechtlichen Schutzpflichten (oder auch *Schutzrechte*)²¹⁷ die Pflicht, den Bürger vor diesen Eingriffen oder Übergriffen zu schützen. Die Summe dieser Schutzpflichten oder auch Schutzrechte kann man zusammenfassend ohne weiteres als das „Grundrecht auf Sicherheit“ bezeichnen²¹⁸, und es darf angesichts des jeder verfassungsrechtlichen Grundrechtsgewährleistung denklogisch *vorausliegenden* Staatszwecks, nämlich der Gewährleistung von äußerer wie innerer Sicherheit, als das erste und wichtigste Grundrecht bezeichnet werden.

Dabei kann die *Konkretisierung* der Grundrechte und Schutzpflichten – also die Beantwortung der Frage, welche Gefahren der Bürger noch hinzunehmen hat, welche nicht, und zu welchem Preis Gefahren jeweils zu vermindern sind – immer nur dem Parlament überlassen bleiben. Der Gesetzgeber ist verpflichtet – und also auch berechtigt! – losgelöst vom Merkmal des „Eingriffs“ im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.²¹⁹

²¹³ Zahl der Straftaten durch Zuwanderer offenbar gestiegen, TAGESSPIEGEL Online, 19. April 2017, <https://www.tagesspiegel.de/politik/kriminalitaet-in-deutschland-zahl-der-gewalttaten-durch-zuwanderer-offenbar-gestiegen/19687568.html>; Julia Schaaf, Frustriert und aggressiv, FAZ Online, 1. Mai 2017, <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/mehr-sexualdelikte-durch-fluechtlinge-14993901.html>

²¹⁴ Vergl. nur BVerfGE 49, 89 (126 f.).

²¹⁵ Murswiek, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 24 ff.

²¹⁶ Josef Isensee, in: ders./Kirchhof, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 3 ff.

²¹⁷ So Martin Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes (2006), S. 608; zum Ganzen Vosgerau, Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes (2007), S. 200.

²¹⁸ Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983).

²¹⁹ BVerfGE 49, 89 (126 f.).

e) Ablehnung des Antisemitismus und Existenz Israels als ungeschriebene *Verfassungsesentialia* des Grundgesetzes

Die Ablehnung des Antisemitismus und die Bejahung der Existenz des Staates Israel dürfen als – zwar ungeschriebene – *Verfassungsesentialia* des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland betrachtet werden.²²⁰ Gerade der Judenhaß der Nationalsozialisten, der eben das eigentliche Zentrum, das „Alpha und das Omega“ ihrer Weltanschauung war, hat „für die verfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung, die einzigartig ist und allein auf der Grundlage allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen nicht eingefangen werden kann.“²²¹

Demgegenüber kann aber kein verständiger Mensch leugnen, auch nicht aufgrund irgendwelcher primär durch die Massenmedien verfochtenen politisch-korrekten Sprachregelungen oder einer verkrampften, unwahrhaftig zur Schau getragenen Fremdenfreundlichkeit,

- daß der politische Antisemitismus, ja der blanke und militante Judenhaß heute und schon seit vielen Jahrzehnten die eigentliche „politische Religion“ der Staaten des Nahen Ostens, v.a. der arabischen Länder, aber auch sonst der meisten islamischen Länder überhaupt, wie etwa Pakistan und Afghanistan ist;
- und daß der überwiegende Großteil derjenigen Menschen, die heute Tag für Tag über offene Grenzen als „Flüchtlinge“ zu uns kommen, ihr ganzes bisheriges Leben lang Tag für Tag von diesem Judenhaß geprägt worden sind, ja daß dieser Judenhaß normalerweise die wesentliche Hauptidee oder überhaupt einzige Idee ihres politischen Welterklärungsmodells bildet.

Es braucht hier gar nicht darüber spekuliert werden, ob und wie solche Prägungen und Vorurteile in den muslimischen Menschen der Gegenwart etwa durch Integrationskurse, Gedenkstättenbesuche oder einfach durch ein Leben als armer Schlucker im freien Westen korrigiert und in ihr Gegenteil verwandelt werden können. Hierüber im einzelnen nachzudenken (oder aber die Konsequenz zu ziehen, daß immer weitere islamische Einwanderung in die Bundesrepublik Deutschland, *rebus sic stantibus*, möglicherweise derzeit kein vernünftiges politisches Ziel sein kann²²²) wäre Aufgabe des Deutschen Bundestages gewesen.

Wer monatlich 15.000 neue Menschen ins Land läßt, die sich zu den 1,5 Millionen seit der großen Grenzöffnung von 2015/16 bereits vorhandenen neuen Menschen hinzuaddieren, und von denen die weit überwiegende Mehrheit bei realistischer Betrachtungsweise in ihrem bisherigen Leben von zutiefst antisemitischen Vorurteilen und blankem Judenhaß geprägt worden ist, muß sich zumindest die Frage stellen, was die innenpolitischen Folgen dieses Handelns sein könnten, wie er die Folgen dieses Handelns wieder in den Griff zu bekommen gedenkt und ob dieses Handeln überhaupt sinnvoll ist, soll Deutschland nicht alsbald (wieder) ein „Kernland des Antisemitismus“ werden. Ob die Bundesregierung sich diese Fragen im

²²⁰ In diese Richtung jedenfalls BVerfGE 124, 300 (328).

²²¹ Ebda.

²²² In diese Richtung jedenfalls *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Der säkularisierte Staat* (2007), S. 39.

Rahmen ihrer außergesetzlichen Einwanderungspolitik überhaupt jemals vorgelegt hat, das wissen wir nicht. Wir wissen aber, wer diese Fragen von Verfassungs wegen zu beantworten gehabt hätte: der Deutsche Bundestag.

2. Hilfsweise: Parlamentsrechte im Hinblick auf Staatlichkeit und Verfassungsidentität

Es war oben bereits hilfsweise dargelegt worden (→ I.9) daß, wenn die Bundesregierung in der Tat einem alternativlosen, abwägungsfreien, nicht weiter ausgestaltbarem, keiner Obergrenze unterliegendem unionsrechtlichen Zwang zur Öffnung der Grenzen für jedermann, der „Asyl!“ sagt, unterliegen sollte, sie dann diesem Rechtszwang von Verfassungs wegen und aufgrund von Art. 79 Abs. 3 GG nicht folgen dürfte, sondern vielmehr feststellen müßte, daß die entsprechenden europarechtlichen Vorschriften als Verletzungen der Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland wie der Verfassungsidentität des Grundgesetzes im Geltungsbereich des Grundgesetzes nicht angewendet werden dürfen.

Wäre dies nun so, dann wäre aber die Anwendung nicht anwendbarer, weil die Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland wie der Verfassungsidentität des Grundgesetzes verletzendere unionaler Rechtsnormen durch die Bundesregierung zugleich auch eine Verletzung organschaftlicher Kompetenzen des Deutschen Bundestages.

Gegen eine Verletzung der Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik und der Verfassungsidentität des Grundgesetzes stünde ohnehin jedem Bürger die Verfassungsbeschwerde zu, da er dann in seinem grundrechtsgleichen Recht auf Teilhabe an einer Verfassungsneuschaffung verletzt wäre (Art. 38, 146 GG)²²³, das ihm wiederum als Emanation des grundlegenden völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrechts zusteht²²⁴.

Das Grundgesetz darf, so lange es eben in Geltung ist (Art. 146), als derzeitige rechtlich-formale Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts des Deutschen Volkes gelten (Präambel). Gerade dieses Grundgesetz sieht aber eine repräsentative Demokratie und eine parlamentarische Regierungsform vor. D.h., im „Normalfall“ – also wenn nicht gerade Bundestagswahl, oder aber Revolution ist – vertritt der Deutsche Bundestag das deutsche Volk in der alltäglich-arbeitsmäßigen Ausübung seines völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrechts. Man könnte sagen, in 99,99% der Fälle ist der Deutsche Bundestag mit der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des deutschen Volkes befaßt, dies ist der absolute Normalfall.²²⁵ Daraus folgt dann aber auch, daß eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des deutschen Volkes durch die Bundesregierung infolge einer Verletzung der Eigenstaatlichkeit und der Verfassungsidentität *auch* organschaftliche Rechte des Bundestages verletzt.

Daß eine Anwendung verfassungsrechtlich wegen eines Verstoßes gegen die Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland und die Verfassungsidentität des Grundgesetzes nicht

²²³ BVerfGE 123, 267 (330 ff.; 340 ff.; 344; 347 ff.; 356 ff.; 359 ff.).

²²⁴ Vosgerau, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft (2016), S. 234.

²²⁵ Vergl. *ders.*, in: Isensee/Kirchhof, HStR XI, 3. Aufl. 2013, § 228 Rn. 34.

anwendbare unionsrechtliche Norm durch die Bundesregierung nicht nur einfach rechts- und verfassungswidrig ist, sondern speziell auch eine Verletzung organschaftlicher Kompetenzen des Bundestages begründet, folgt weiterhin bereits aus dem Grundgedanken der Maastricht-Entscheidung.²²⁶ Ein Übergang aller im Zusammenhang mit der laufenden Einwanderung wesentlichen Fragen auf die europäische Ebene, deren Sekundärrecht also der Bundesrepublik Einlaß eines jeden Asylbewerbers über offene Grenzen vorschreiben würde, so daß also keine nennenswerten Entscheidungsbefugnisse im Zusammenhang mit der „Asyl“ nur genannten faktischen dauerhaften Einwanderung mehr auf der nationalen Ebene verblieben und ohne daß der Einlaß – nämlich wegen umfangreicher verfahrensrechtlicher Garantien und vielfältiger grund- und menschenrechtlicher Bindungen – realistischerweise später revidiert werden könnte, würde nämlich offensichtlich die herkömmlichen ausländer-, asyl-, paß-, aufenthalts- und einwanderungsrechtlichen Regelungsbefugnisse des Deutschen Bundestages völlig leerlaufen lassen, diese zu einer leeren Hülle und verfassungsrechtlichen Fassade werden lassen. Mithin wären solche normativen Entscheidungen der EU auch nicht demokratisch legitimiert. Denn es liegt mit Sicherheit nicht im Rahmen des bei Zustimmung des Deutschen Bundestages und des Bundesrates zum Vertrag von Lissabon absehbaren Integrationsprogramms, daß die Bundesrepublik Deutschland auf die Zusammensetzung ihrer eigenen Bevölkerung und auf ihr eigenes Einwanderungsrecht nie mehr maßgeblichen Einfluß sollte nehmen können und wollen. Mithin wäre derart auszulegendes Europarecht auch stets *ultra vires*.

Jedenfalls würde auch die Anwendung verfassungsrechtlich nicht anwendbarer unionsrechtlicher Normen also *auch* in organschaftliche Rechte des Deutschen Bundestages eingreifen.

²²⁶ BVerfGE 89, 155 (172 ff.).

D. Ergebnis

Im Ergebnis ist also festzuhalten:

- die Bundesregierung verletzt durch den Einlaß von Nicht-Schengen-Ausländern ohne gültige Papiere trotz wiedereingeführter Grenzkontrollen sowie die Aufnahme von Asylbewerbern, die auf dem Landweg anreisen,
 - das Bundesrecht,
 - das Recht der Europäischen Union
 - und die Verfassung;
 - v.a. verletzt die Bundesregierung durch ihr rechts- und verfassungswidriges Handeln auch den Gewaltenteilungsgrundsatz im allgemeinen und die organ-schaftlichen Mitwirkungsrechte des Deutschen Bundestages an der Formulie-rung wesentlicher staatspolitischer Grundentscheidungen, der Gesetzgebung und der jederzeitigen parlamentarischen Kontrolle des Regierungshandelns im besonderen.
- Selbst wenn entgegen der hier vertretenen Auffassung das Handeln der Bundesregie-rung *nicht* per se rechts- und verfassungswidrig wäre, sondern sich dem Bundesrecht oder dem Recht der Europäischen Union *prima facie* eine Erlaubnis oder eine Rechtfertigung des ständigen Einlasses von Asylbewerbern mit oder ohne Papiere aus siche-ren Drittstaaten trotz wiedereingeführter Grenzkontrollen entnehmen ließe, so wäre dieser Klage gleichwohl stattzugeben. Denn auch wenn – wie die Regierung offenbar behauptet – dem Bundesrecht oder dem Unionsrecht eine Gesetzesdispensbefugnis der Bundesregierung gegenüber dem eigentlich geltenden, europäischen wie nationalen Asyl- und Ausländerrecht zu entnehmen wäre, so würden es doch der verfassungs-rechtliche Gewaltenteilungsgrundsatz in Gestalt der Wesentlichkeitstheorie des Bun-desverfassungsgerichts der Bundesregierung verbieten, so fundamentale wie irreversi-ble Entscheidungen über die gesamte Einwanderungspolitik und die künftige Zusam-mensetzung der Bevölkerung über geraume Zeit hinweg und massenhaft „selbstherr-lich“, ohne eine Beteiligung des Deutschen Bundestages und ohne gesetzliche Grund-lagen zu treffen. Auch in diesem Falle wären also verfassungsrechtliche Mitwirkungs-rechte des Deutschen Bundestages verletzt und das Handeln der Regierung allenfalls scheinbar und auf den ersten Blick rechtlich erlaubt, im Ergebnis jedoch verfassungs-widrig und eine Verletzung des Parlamentsvorbehalts.
- Die einzige Möglichkeit, das Handeln der Regierung *prima facie* für verfassungsrecht-lich gerechtfertigt zu halten, läge darin, von einem sich aus dem Unionsrecht ergeben-

den, absoluten und seitens der Bundesregierung nicht weiter abwägbaren Rechtszwang auszugehen, jede Person mit oder ohne Papiere, die sich an deutschen Grenzen auf das Asylrecht beruft, einzulassen und dann mit allen absehbaren Konsequenzen rechtliche Prüfungsverfahren zu eröffnen, ohne daß es übrigens auf die Rechtmäßigkeit des Verhaltens derjenigen EU-Mitgliedsstaaten und sonstigen sicheren Drittstaaten, die der Asylbewerber vor seinem Auftauchen an der deutschen Grenze durchquert haben muß, irgendwie ankäme. Diese Sichtweise entspräche also dem *De-Maizière*-Narrativ (Tertiärnarrativ), das die Bundesregierung mittlerweile aber offenbar aufgegeben hat. Nur in diesem Falle wäre eine gesetzgeberische Mitwirkung des Deutschen Bundestages an der laufenden Einwanderungspolitik auf den ersten Blick überflüssig, da die Regierung den Deutschen Bundestag nicht fragen müßte, ob sie das Unionsrecht befolgen soll.

Jedenfalls auf den zweiten Blick zeigt sich aber bereits vor dem Hintergrund der Maastricht- wie der Lissabon-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, daß eine solche unionsrechtliche Rechtslage, würde sie denn entgegen der hier vertretenen Ansicht tatsächlich so bestehen – was übrigens ohnehin *nur* in der Bundesrepublik Deutschland, und ansonsten in *keinem* anderen EU-Mitgliedstaat (!) vereinzelt angenommen und behauptet wird – von der Bundesregierung im Geltungsbereich des Grundgesetzes gar nicht zu Anwendung gebracht werden dürfte, weil dies auf eine Totalentleerung aller gesetzgeberischen Kompetenzen des Deutschen Bundestages im Asyl-, Ausländer- und Einwanderungsrecht sowie auf eine Totalaufgabe jeglicher Rest-Ingerenz der Bundesrepublik Deutschland auf die Zusammensetzung der eigenen Bevölkerung hinauslaufen würde, wodurch offensichtlich die Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland und die Verfassungsidentität des Grundgesetzes verletzt wären, weswegen entsprechendes EU-Recht, wenn es wirklich bestehen würde, jedenfalls auch als offensichtlicher *Ultra-vires*-Akt nicht angewendet werden dürfte. Auch in diesem Fall würden offensichtlich verfassungsrechtliche Mitwirkungsrechte des Deutschen Bundestages verletzt, da auch in diesem Falle seine Gesetzgebungskompetenzen im Asyl-, Ausländer- und Einwanderungsrecht in der Sache entleert würden.

- Daher ist der Organstreitklage stattzugeben.

E. Erstattung der notwendigen Auslagen

Der Klägerin sind gemäß § 34a Abs. 3 BVerfGG die notwendigen Auslagen zu erstatten. Im Organstreitverfahren findet eine Erstattung von Auslagen zwar nur ausnahmsweise statt, wenn besondere Billigkeitsgründe dies geboten erscheinen lassen.²²⁷ Dies ist jedenfalls in besonderen Fällen angebracht, in denen Billigkeitsgründe es eben erfordern.²²⁸ Diese können sich nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entweder aus der materiellen Prozeßlage beziehungsweise aus der besonderen Situation eines Beteiligten ergeben²²⁹, oder sie wären zu bejahen, wenn die Klägerin durch ihre Klage zur Klärung einer grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Frage beitragen würde, deren verfassungsrechtliche Tragweite weit über den konkreten Anlaß hinausreicht.²³⁰ So liegt es hier.

Der vorgelegte Rechtsfall gibt dem Bundesverfassungsgericht Gelegenheit zur Äußerung über bislang ungeklärte verfassungsrechtliche Fragen, und zwar im Hinblick auf die Zulässigkeit (→ **B.II** und **B.IV**) wie auf die Begründetheit dieses Organstreitverfahrens.

Der hier angestrebte Verfassungsstreit wird, wie immer er auch ausgehen mag, Eingang in die Geschichtsbücher finden. Er kommt aber in jedem Fall in der Sache auch zu spät. Die hier erhobene Organstreitklage hätte bereits 2015 oder jedenfalls im Verlaufe der 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages erhoben werden müssen, und zwar prinzipiell von *allen* bereits im damaligen Deutschen Bundestag vertretenen Fraktionen, zumindest aber von den beiden im 18. Deutschen Bundestag formell existierenden oppositionellen Fraktionen.

Der Deutsche Bundestag einschließlich seiner beiden damaligen Oppositionsfraktionen hat jedoch gegen den millionenfachen Rechts- und Verfassungsbruch der Bundesregierung während der „Großen Grenzöffnung“ von 2015/16, als zeitweise bis zu 150.000 Personen monatlich illegal und ohne Papiere über die Grenzen eingelassen wurden, *nichts* unternommen. Dadurch hat der 18. Deutsche Bundestag als deutsches Parlament versagt und historische Schuld auf sich geladen. Die Folgen der Grenzöffnung werden das deutsche Volk in vielfältiger Hinsicht noch auf Generationen hinaus belasten.

Die Klägerin gehörte dem Deutschen Bundestag vor dem Oktober 2017 noch nicht an. Die Abgeordneten, die sich heute, in der 19. Legislaturperiode, zur klägerischen Fraktion zusammengeschlossen haben, konnten während der 18. Legislaturperiode als rechtstreue Privatleute

²²⁷ BVerfG, Urt. v. 27. Februar 2018, 2 BvE 1/16, Rn. 81 m.w.N.

²²⁸ Vergl. BVerfGE 7, 75 (77).

²²⁹ BVerfGE 110, 407 (409).

²³⁰ Vergl. BVerfGE 44, 125 (167); 82, 322 (351); 96, 66 (67).

keinerlei effektiven Schritte zum Schutz der Verfassungsordnung und des Rechtsstaates einleiten, sie waren damals hilflose Zuschauer eines von ihnen längst als verhängnisvoll erkannten Geschehens. Zugleich waren sie wegen ihres Eintretens für die grundgesetzliche Ordnung und die Wahrung des Rechtsstaatsprinzips durchweg öffentlichen Angriffen und vielfach sogar Straftaten ausgesetzt. Die Mitglieder der damals amtierenden Bundesregierung und des 18. Deutschen Bundestages stellten sich in dieser Situation durchweg aber auch nicht schützend vor sie und verteidigten wenigstens ihr Grundrecht auf politische Kritik am Regierungshandeln, sondern befeuerten solche Taten gegen friedlich Andersdenkende nicht selten auch noch durch groteske Vorwürfe und Anschuldigungen.

Erst mit ihrem Einzug in den Deutschen Bundestag kann die Klägerin nunmehr gegen den ständigen Rechtsbruch und die fortschreitende Aushöhlung des parlamentarischen Systems in der Bundesrepublik Deutschland gerichtlich vorgehen. Dadurch trägt die Klägerin entscheidend zur Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen bei, deren Tragweite über den unmittelbaren Anlaß hinausreicht. Schon von daher gebietet es die Billigkeit, der Klägerin ihre notwendigen Auslagen zu ersetzen.

Hinzu kommt aber eben auch ein weiterer Aspekt, den die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage – die eben noch aus einer anderen, historisch ruhigeren Zeit stammt, eben vor der „Herrschaft des Unrechts“ – noch nicht berücksichtigt konnte. Die Ausurteilung des Ersatzes der notwendigen Auslagen der Klägerin, die eben nur ausnahmsweise erfolgen kann, ist hier weiterhin auch erforderlich als ein verfassungssymbolischer Akt der Genugtuung, durch den das Verfassungssystem auf den Umstand reagiert, daß die klägerischen Abgeordneten teils unter widrigsten Bedingungen und unter Inkaufnahme persönlicher, beruflicher und wirtschaftlicher Nachteile *für* Grundgesetz und Rechtsstaat eingetreten sind, als andere, unter Lobreden unkundiger bis verblendeter Medienvertreter, noch einen allgemeinen „Primat der Gesinnungsethik“ auszurufen versuchten. Die Klägerin hat sich um das deutsche Verfassungsleben verdient gemacht.

Diesen Erwägungen läßt sich auch nicht das Argument entgegenhalten, die Aktivitäten der Klägerin zur Klärung wichtiger Verfassungsfragen, die die übrigen Bundestagsfraktionen wohl lieber auf sich beruhen ließen, seien zwar aller Ehren Wert, nur erhalte sie ja nun Fraktionsmittel, um ihre notwendigen Auslagen zu bestreiten. Die Klägerin erhebt ihre Klage nicht in ihrem eigenen Interesse, sondern in gesetzlicher Prozeßstandschaft für den gesamten Deutschen Bundestag. Der Fall möchte anders zu beurteilen sein, wenn auch noch weitere Bundestagsfraktionen wenigstens im Nachhinein ebenfalls Organstreitklagen mit vergleichbaren Anliegen und Begründungen erhoben haben würden, was aber, soweit erkennbar, nicht der Fall ist.

Diese Klage soll die „Herrschaft des Unrechts“ beenden. Mit diesem Anliegen steht die Klägerin bis auf weiteres offenbar allein; die übrigen Bundestagsfraktionen wollen sie allenfalls

vergessen machen. In dieser historischen Situation erfordert die Billigkeit jedenfalls den Ersatz der notwendigen Aufwendungen.

Im übrigen folgt schon aus der ungewöhnlichen rechtlichen Schwierigkeit des vorliegenden Falles, daß die Klägerin einen möglichst im Öffentlichen Recht habilitierten Prozeßvertreter benötigt, der nicht nur das Zusammenspiel von nationalem und Unionsrecht in Asylfragen aus ihrer Sicht darzustellen vermag, sondern auch in besonderer Weise mit den Problemen aus der Maastricht- wie der Lissabon-Entscheidung vertraut ist.

PD Dr. habil. Vosgerau,
Rechtsanwalt

Anlagen:

1. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Klägerin (BT-Drucks. 19/560) vom 12. Februar 2018, mit weiteren Anlagen
2. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Klägerin (BT-Drucks. 19/791) vom 5. März 2018
3. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Klägerin (BT-Drucks. 19/559) vom 21. Februar 2018 (BMI-Drucks. 19/883)