

Archiv des öffentlichen Rechts

In Verbindung mit

Peter Badura · Rüdiger Breuer
Horst Ehmke † · Jochen Abr. Frowein
Peter Häberle · Gerhard Robbers

Herausgegeben von

Udo Di Fabio · Martin Eifert
Peter M. Huber

142. Band, Heft 2

Juni 2017



Mohr Siebeck

Archiv des öffentlichen Rechts

142. Band (2017), Heft 2

Inhalt

Abhandlung

- Prof. Dr. *Markus Möstl*, Bayreuth
Verfassungsfragen der Flüchtlingskrise 2015/2016 175

Kleine Beiträge

- Prof. Dr. *Martin Kment*, Augsburg
Verwirklichung von Infrastrukturprojekten in Abschnitten
im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 247
- Prof. Dr. *Sebastian Müller-Franken*, Marburg
Beschränkung der Wirksamkeit von Verfassungsgerichten
durch Gesetz 276

Literatur

Besprechungen

- Andreas Engels: Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung.
Eine dogmatische Rekonstruktion
(Prof. Dr. *Johannes Hellermann*, Bielefeld) 296
- Stefan Pilz: Der Europäische Stabilitätsmechanismus.
Eine neue Stufe der europäischen Integration
(Prof. Dr. *Jörn Axel Kämmerer*, Hamburg) 302
- Barbara Sandfuchs: Privatheit wider Willen?
Verhinderung informationeller Preisgabe im Internet nach deutschem
und US-amerikanischem Verfassungsrecht
(Dr. *Johannes Eichenhofer*, Bielefeld) 307

Anzeigen

- Jürgen Bröhmer (Hrsg.): Europa und die Welt. Kolloquium zu aktuellen
europa-, völker- und menschenrechtlichen Themen aus Anlass
des 80. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Georg Ress
(Prof. Dr. *Peter Badura*, München) 313
- Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.): Verhältnismäßigkeit –
Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts
(Prof. Dr. *Johannes Saurer*, Tübingen) 316

Marion Eva Klepzig: Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell? (Prof. Dr. <i>Lerke Osterloh</i> , Frankfurt)	319
Nadine Ruppel: Finanzdienstleistungsaufsicht in der Europäischen Union (Prof. Dr. <i>Elke Gurlit</i> , Mainz)	321

ABHANDLUNG

Verfassungsfragen der Flüchtlingskrise 2015/16

MARKUS MÖSTL

Inhalt

I.	<i>Einführung</i>	176
II.	<i>Rückblick: Die Flüchtlingskrise 2015/16 und die durch sie aufgeworfenen Rechtsfragen</i>	179
III.	<i>Die Verfassungspflicht zu wirksamer Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung</i>	183
	1. <i>Kontrolle der Zuwanderung und effektiver Grenzschutz als notwendige Staatsaufgabe und Verfassungspflicht</i>	183
	a) <i>Grundsätzliche Überlegungen zur Staatlichkeit und zur Territorialität des Staates</i>	183
	b) <i>Enger Bezug zu weiteren Verfassungsaufgaben und Strukturprinzipien der Staatlichkeit</i>	187
	c) <i>Materielle Gehalte von Art. 73 Abs. 1 Nr. 5, 87 Abs. 1 S. 2 GG (Grenzschutz) und Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, 74 Abs. 1 Nr. 4 GG (Kontrolle der Zuwanderung)</i>	188
	d) <i>Zielrichtungen zuwanderungsbezogenen Grenzschutzes, Einreiseverweigerungen als reguläres Mittel der Zielverfolgung und die Frage nach den Grenzen der Aufnahmefähigkeit einer Gesellschaft</i>	190
	2. <i>Bekräftigung der Verfassungspflicht zu wirksamem zuwanderungsbezogenen Grenzschutz durch die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG und die seiner Umsetzung dienende Regelung zu Einreiseverweigerungen nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG</i>	192
	3. <i>Der rechtsstaatliche und gewaltenteilige Auftrag zu einer effektiven Durchsetzung des geltenden Rechts (exekutivische Vollzugspflicht), insbesondere in Bezug auf § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG</i>	195
	4. <i>Der Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt für wesentliche migrationspolitische Entscheidungen</i>	198
	5. <i>Teilergebnis</i>	201
IV.	<i>Das europäische Unionsrecht betreffende Überlegungen</i>	201
	1. <i>Normalerweise greifende unionsrechtliche Überlagerungen</i>	201
	2. <i>Nachhaltige und schwerwiegende Störung der Funktionstüchtigkeit des europäischen Grenzregimes und Asylsystems</i>	205

3. Der unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Vorbehalt zugunsten einer unaufgebbaren Reserveverantwortung des Staates für wirksame Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle	207
a) Der unionsrechtliche Vorbehalt des Art. 72 AEUV (i. V. m. Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV)	211
b) Der nationale Verfassungsvorbehalt	216
4. Unionsrechtskonformität nationaler Maßnahmen der Einreiseverweigerung	220
5. Teilergebnis	223
V. Die Rechtsposition der Länder	224
1. Wirksame Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle als zugunsten der Länder drittschützende Verfassungspflicht des Bundes und der korrespondierende Anspruch der Länder auf hinreichend wirksamen Vollzug von zur Einlösung dieser Pflicht erlassenen, länderschützendem Recht	224
a) Die Staatsqualität der Länder – Wirksame Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle als notwendiger Aspekt des Schutzes der Staatlichkeit und Territorialität der Länder; die Rechtsposition der Länder in Bezug auf den Vollzug von zum Schutze ihrer Staatlichkeit erlassenen Recht	225
b) Aufgabenbezogene Argumentationslinien	231
c) Vereinbarkeit mit Maßstäben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	232
2. Das Gebot länderfreundlichen Verhaltens und das Untermaßverbot als Maßgrößen für die von den Ländern einforderbare Art und Weise der Erfüllung der dem Bund den Ländern gegenüber obliegenden Schutzpflicht (insbesondere in Bezug auf den wirksamen Vollzug länderschützenden Rechts)	235
a) Das Gebot länderfreundlichen Verhaltens (Grundsatz der Bundestreue)	236
b) Das Untermaßverbot	238
c) Fragen der richterlichen Kontrolldichte	242
3. Teilergebnis	244
VI. Schluss	245
Summary	246

I. Einführung

Die Flüchtlingskrise 2015/16 hat bekanntlich zu einer verfassungsrechtlichen Meinungsverschiedenheit zwischen der Bayerischen Staatsregierung und der Bundesregierung geführt. Zur Klärung der durch die Flüchtlingskrise aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Rechtsfragen hatte die Staatsregierung ein Rechtsgutachten von *U. Di Fabio* eingeholt, das am 8. Januar 2016 erstat-

tet wurde.¹ Der Bayerische Ministerpräsident richtete daraufhin am 26. Januar 2016 ein Schreiben an die Bundeskanzlerin, in dem er ausführte, dass nach der Rechtsansicht der Staatsregierung der Bund – angesichts der eingetretenen schwerwiegenden Funktionsstörungen des europäischen Grenzregimes (Schengen) und Asylsystems (Dublin) – verpflichtet sei, bis zur Wiederherstellung eines funktionstüchtigen europäischen Grenzsicherungs- und Asylsystems die im Grundgesetz verankerte Drittstaatenregelung (Art. 16a Abs. 2 GG) zur Anwendung zu bringen und aus sicheren Drittstaaten (z. B. Österreich) einreisende Asylsuchende bereits an der Grenze zurückzuweisen (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG); die Bundesregierung wurde aufgefordert, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen; flankiert wurde diese Forderung durch die Bereitschaft, bis zu 200.000 Flüchtlinge jährlich unmittelbar aus jenen Ländern aufzunehmen, in denen die Flüchtlinge zuerst Schutz gesucht haben.² Die Bundesregierung kam diesen Forderungen nicht nach; das Schreiben wurde vielmehr erst Ende April 2016 beantwortet.³ Der bayerische Ministerrat beschloss daher am 23. Februar 2016, eine mögliche Verfassungsklage Bayerns gegen den Bund wegen der Flüchtlingskrise vorbereiten zu lassen.⁴ Da es in der Folgezeit jedoch zunächst infolge der sog. Schließung der Balkanroute sowie dann zusätzlich flankiert durch das EU-Türkei-Abkommen zu einem deutlichen Rückgang des Flüchtlingszustroms gekommen war, stellte der Ministerrat in seiner Sitzung vom 10. Mai 2016 die Klage zurück und beschloss, diese zunächst nicht weiterzuverfolgen.⁵

Auch wenn sich die verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheit zwischen dem Freistaat Bayern und dem Bund somit bis auf Weiteres erledigt hat, bleiben die durch sie aufgeworfenen Rechtsfragen von Interesse. Denn erstens ist die Frage einer gerechten Verteilung von Flüchtlingen in der EU noch immer in einem Maße ungelöst, dass keineswegs ausgeschlossen werden kann, dass sich eine Situation wie die im Herbst/Winter 2015/16 eingetretene in ähnlicher Form wiederholen könnte (falls sich etwa das derzeit durch den Zustrom aus Nordafrika besonders betroffene Italien entschliesse, zu einer „Politik des Durchwinkens“ nach Norden zurückzukehren). Hinzu kommt zweitens, dass die Meinungsverschiedenheit eine Fülle wichtiger Grundsatzfragen

¹ *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, http://www.bayern.de/wp-content/uploads/2016/01/Gutachten_Bay_DiFabio_formatiert.pdf, Abfrage: 6. 3. 2017.

² Schreiben des Bayerischen Ministerpräsidenten vom 26. 1. 2016, abrufbar unter http://www.bayern.de/wp-content/uploads/2016/01/Schreiben_an_BKM.pdf, Abfrage: 6. 3. 2017.

³ Vgl. <http://www.sueddeutsche.de/politik/brief-der-kanzlerin-merkels-retoure-1.2968014>, Abfrage 6. 3. 2017.

⁴ Der Verfasser dieses Beitrags wurde beauftragt, vorsorglich eine Antragschrift zu entwerfen. Vgl. Bayerische Staatskanzlei, Pressemitteilung Nr. 51 vom 23. 2. 2016.

⁵ Bayerische Staatskanzlei, Pressemitteilung Nr. 144 vom 10. 5. 2016.

verfassungs-, unions- und bundesstaatsrechtlicher Art aufgeworfen hat, die – wie insbesondere auch die höchst heterogenen literarischen Stellungnahmen hierzu⁶ aufzeigen – weiter der Klärung harren. Insbesondere folgende Fragen stehen hierbei – nach hier vertretener Ansicht – im Mittelpunkt:

(1) Inwieweit folgt aus dem Grundgesetz eine Pflicht des Bundes zu wirksamer Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung sowie zu einer wirksamen Durchsetzung des zur Erfüllung dieser Pflicht bestehenden Rechts (hier: Art. 16a Abs. 2 GG i. V. m. § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG)?

(2) Inwieweit ist Deutschland in einer Situation, in der die Funktionstüchtigkeit des europäischen Grenzregimes (Schengen) und Asylsystems (Dublin) nachhaltig und schwerwiegend gestört ist, unionsrechtlich berechtigt und verfassungsrechtlich verpflichtet, sein eigenes zuwanderungsbezogenes Grenzregime in Vollzug zu setzen, bis die Funktionstüchtigkeit des europäischen Rechts wiederhergestellt ist?

⁶ Neben dem Gutachten von *Di Fabio* (Fn. 1) ist insbesondere das von *W. Obwexer* und *B.-C. Funk* im Auftrag der österreichischen Bundesregierung am 29. 3. 2016 erstattete Gutachten „Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge“ zu nennen (<http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=62571>; Abfrage: 6. 3. 2017); außerdem *K. Hailbronner*, Handlungsspielräume zur Beschränkung des unkontrollierten Zugangs von Asylsuchenden, 2015. Frühe Stellungnahmen zu Verfassungsfragen der Flüchtlingskrise fanden sich auf <http://verfassungsblog.de> (darunter Beiträge von *D. Thym* [22. 1. 2016]; *C. Langenfeld* [27. 1. 2016]; *U. Bast/C. Möllers* [16. 1. 2016]). Besonders hervorzuheben ist außerdem der Band *O. Depenheuer/C. Grabenwarter* (Hrsg.), *Der Staat in der Flüchtlingskrise*, 2016 (darin u. a. Beiträge von *M. Nettesheim*, S. 55, *C. Grabenwarter*, S. 88, *K. F. Gärditz*, S. 105, *H.-D. Horn*, S. 140, *E. Klein*, S. 157). Außerdem sind eine Fülle von Aufsätzen erschienen, z. B.: *U. Becker/J. Kersten*, Demokratie als optimistische Staatsform. Zehn Fragen zur Flüchtlingskrise, *NVwZ* 2016, 580; *H. Dörig/C. Langenfeld*, Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts in Europa, *NJW* 2016, 1; *H. Dörig*, Flüchtlingskrise – lässt sich die Einreise begrenzen?, *DRiZ* 2016, 176; *K. Hailbronner/D. Thym*, Grenzenloses Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration, *JZ* 2016, 753; *S. Fontana*, Verfassungsrechtliche Fragen der aktuellen Asyl- und Flüchtlingspolitik im unions- und völkerrechtlichen Kontext, *NVwZ* 2016, 735; *D. Fröblich*, Zuständigkeitsallokation im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem, *ZG* 2016, 215; *A. Peukert/C. Hillgruber/U. Foerster/H. Putzke*, Die Flüchtlingskrise rechtsstaatlich bewältigen, *JZ* 2016, 347; *dies.*, Einreisen lassen oder zurückweisen? Was gebietet das Recht in der Flüchtlingskrise an der deutschen Staatsgrenze?, *ZAR* 2016, 131; *H.-J. Papier*, Asyl und Migration als Herausforderung für Staat und EU, *NJW* 2016, 2391; *K. Ritgen*, Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Möglichkeiten einer Begrenzung der Zuwanderung von Flüchtlingen und Asylsuchenden, *DVBl.* 2016, 137; *G. H. Stumpf*, Der Ruf nach der „Rückkehr zum Recht“ bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise, *DÖV* 2016, 357; *D. Thym*, Universalismus und Flüchtlingsdebatte, *Merkur* 2016, 65; *M. Wendel*, Asylrechtlicher Selbsteintritt und Flüchtlingskrise, *JZ* 2016, 332; *A. Wieckhorst*, Rechtswidriges Regierungshandeln in der „Flüchtlingskrise“, *Publicus* 2016.7, S. 4. Sogar als Klausur/Hausarbeit sind die Rechtsfragen der Flüchtlingskrise bereits behandelt worden: *C. Herrmann/V. Sauter*, *ZJS* 2016, 450; *M. Ruffert/J. Löbel*, *JuS* 2016, 1088.

(3) Inwieweit bestehen die Pflichten des Bundes zu wirksamer Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle auch mit Schutzwirkung zugunsten der Länder (mit der Folge einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Rechtsposition der Länder im Falle gravierender Schlechterfüllung durch den Bund)?

Der folgende Beitrag möchte diese (durch die Meinungsverschiedenheit 2015/16 aufgeworfenen) Grundsatzfragen aufgreifen und in einer abstrakten Weise behandeln. Es soll also darum gehen, grundsätzlich zu klären, welche verfassungsrechtlichen Rechtsmaßstäbe es sind, die in einer Situation wie der im Herbst/Winter 2015/16 eingetretenen zu beachten sind. Nicht hingegen soll die (inzwischen erledigte) Meinungsverschiedenheit 2015/16 zwischen dem Freistaat Bayern und dem Bund als solche im Einzelnen aufgearbeitet und etwa konkret subsumiert werden, durch welche Handlung bzw. Unterlassung die Bundesregierung – damals – das Recht verletzt haben könnte.

II. Rückblick: Die Flüchtlingskrise 2015/16 und die durch sie aufgeworfenen Rechtsfragen

Auch wenn in diesem Sinne die (grundsätzliche) Klärung von Rechtsfragen und nicht die (retrospektive) konkrete Subsumtion in Bezug auf die Situation 2015/16 im Zentrum des hiesigen Beitrags stehen soll, ist es in einem ersten Schritt unerlässlich, sich kurz den faktischen Hintergrund der Flüchtlingskrise 2015/16 vor Augen zu rufen, denn nur vor diesem faktischen Hintergrund wird verständlich, welche Rechtsfragen es überhaupt sind, die durch die damalige Lage aufgeworfen wurden, in einer vergleichbaren Situation jederzeit erneut aufgeworfen werden könnten und daher im Folgenden prinzipiell geklärt werden sollen.

Das Spezifische an der 2015/16 eingetretenen Situation einer über viele Monate verfestigten, von Hunderttausenden genutzten Fluchtroute quer durch Europa ist ein Umstand, der von Beobachtern nahezu einhellig als (temporärer) faktischer „Zusammenbruch“ des europäischen Grenzregimes (Schengen) und Asylsystems (Dublin) gewertet worden ist.⁷ Dass in diesem Sinne das eu-

⁷ *Di Fabio* (Fn. 1), S. 78 („ernsthaft überfordert“), S. 82 („geltendes europäisches Recht ... in nahezu systematischer Weise nicht mehr beachtet“, „anhaltend zusammengebrochen“); *Hailbronner* (Fn. 6), S. 17 („weitgehend faktisch ... außer Kraft gesetzt“); *D. Thym*, in: <http://verfassungsblog.de/der-rechtsstaat-und-die-deutsche-staatsgrenze/>, Abfrage: 6. 3. 2017 (systemisches Versagen des Dublin-Systems in anderen Ländern); *C. Langenfeld*, in: <http://verfassungsblog.de/deutschland-und-die-fluechtlinge-zwischen-en-scylla-und-charybdis/>, Abfrage: 6. 3. 2017 („wenn das System wie jetzt ... kollabiert“); *C. Grabenwarter*, S. 91 f. („Scheitern des Dublin-Regimes“, „an der Wirklichkeit gescheitert“), *E. Klein*, S. 158, 163 („wenn die rechtlichen Vorschriften offenkundig versagen“, „Zusammenbruch der Sicherung und Kontrolle der EU-Außengrenzen“),

ropäische Grenzregime und Asylsystem durch die Flüchtlingskrise „in seinen Grundfesten erschüttert“ worden ist, dass es zu einem zeitweisen „break-down“ der Anwendung seiner Regeln gekommen ist und „dass die erheblichen strukturellen Defizite und Unzulänglichkeiten der Konzeption und Umsetzung der europäischen Asyl- und Migrationspolitik“ in der Krise „deutlich zutage getreten“ sind, hat auch die Europäische Kommission selbst so gesehen.⁸

Dass es zu einer so schwerwiegenden Funktionsstörung des europäischen Grenzregimes und Asylsystems gekommen ist, liegt an einem schwer entwirrbaren Bündel vieler Gründe, von denen die wichtigsten hier nur in aller Kürze angedeutet werden können:

- ein anhaltendes systemisches Versagen des hauptbetroffenen Einreiselands Griechenland, das nicht nur seine Schengen-Verpflichtungen (Außengrenzschutz) „in schwerwiegender Weise“ vernachlässigt hat,⁹ sondern das auch hinsichtlich seiner Verpflichtungen nach dem europäischen Asylrecht seit Jahren als Land mit systemischen Mängeln gilt, in das deswegen keine Rücküberstellungen nach der Dublin-Verordnung mehr stattfinden durften¹⁰;
- dahinterliegend grundsätzliche konzeptionelle Mängel des Dublin-Systems, das den Auftrag des Art. 80 AEUV, eine gerechte Lastenverteilung in der EU zu bewirken, nicht wirklich erfüllt, sondern – bei konsequenter Beachtung – die Außengrenzstaaten (die die primäre Zuständigkeit nach der Dublin-VO trifft) überproportional belastet und für diese daher einen Anreiz schafft, sich dieser Verantwortung zu entziehen und zu einer systemwidrigen Politik des „Durchwinkens“ überzugehen¹¹;

beide in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Fn. 6); *Dörigl/Langensfeld* (Fn. 6), S. 3 („funktioniert das Dublin-System nicht“); *Thym* (Fn. 6), S. 67 („lief das System konzeptionell auf Grund“, „wenn Dublin jemals funktioniert hätte“); *Peukert/Hillgruber/Foerstel/Putzke, ZAR* (Fn. 6) S. 132 („nach weit verbreiteter Ansicht faktisch zusammengebrochen“); *Papier* (Fn. 6), S. 2293 („faktisch zusammengebrochen und wirkungslos geworden“); *Hailbronner/Thym* (Fn. 6), S. 753 ff. („partielles Versagen“, „systemische Strukturdefizite“, „faktischer Kollaps“); *Fröhlich* (Fn. 6), S. 228 („Der vorübergehende Zusammenbruch ...“).

⁸ COM (2016) 85 final, S. 1, 9; COM (2016) 120 final, S. 2; COM (2016) 197 final, siehe auch S. 3 und 4 („zunehmende Missachtung von EU-Vorschriften“).

⁹ So das Ergebnis einer Schengen-Evaluierung, vgl. Pressemitteilung IP/16/174 der Kommission vom 27. 1. 2016; siehe auch COM (2016) 85 final, S. 13; siehe auch Durchführungsbeschluss des Rates vom 12. 2. 2016 (Ratsdokument 5985/16).

¹⁰ Art. 3 Abs. 2 Dublin III-Verordnung; EGMR vom 21. 2. 2011, Beschwerde Nr. 30696/09; EuGH vom 21. 12. 2011, Rs C-411/10, C-493/10; BVerfGE 128, 228. Ab März 2017 sollen Rücküberstellungen schrittweise wieder ermöglicht werden, vgl. <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/fluechtlingskrise-eu-will-zum-dublin-system-zurueckkehren-14564960.html>, Abfrage: 6. 3. 2017.

¹¹ *Hailbronner/Thym* (Fn. 6), S. 759; vgl. auch COM (2016), 197, S. 3 und 4: „Das Dublin-System war nicht dazu bestimmt, EU-weit eine nachhaltige Lastenverteilung zu gewährleisten – ein Mangel, den die gegenwärtige Krise sichtbar gemacht hat“.

- eine speziell von Deutschland ausgehende Sogwirkung, die die Bundesregierung zumindest dadurch verstärkte, dass das seit September 2015 ausgesandte Signal der prinzipiellen Aufnahmebereitschaft bis in das Frühjahr 2016 hinein (als die Bundesregierung z. B. die Schließung der Balkanroute zunächst missbilligte) nie wirklich revidiert wurde („Politik der offenen Grenzen“);
- eine monatelang etablierte, offensichtlich und anerkanntermaßen unionsrechtswidrige (gegen Schengen und Dublin verstoßende) Praxis des „Durchwinkens“ der Flüchtlinge von Griechenland über viele weitere europäische Staaten bis nach Deutschland¹².

Zur Folge hatten diese Faktoren, dass es faktisch geradezu zu einer völligen Umkehrung der Dublin-Zuständigkeitsordnung gekommen ist;¹³ obwohl Deutschland nach dieser (vorbehaltlich besonderer Fallgruppen) rechtlich eigentlich nur für diejenigen – sehr wenigen – Flüchtlinge zuständig ist, die direkt auf dem Luft- oder Seeweg nach Deutschland eingereist sind oder deren illegaler Aufenthalt oder Reiseweg nicht aufgeklärt werden kann,¹⁴ hatte Deutschland faktisch eine Hauptlast des Migrationsdrucks zu tragen.¹⁵ Die „Balkan-Route“ wurde auf diese Weise „zum Inbegriff für den faktischen Kollaps des Dublin-Systems“.¹⁶

Deutschland ist von dem faktischen Kollaps des europäischen Grenz- und Asylsystems in besonderer Weise betroffen worden und – in den Worten der EU-Kommission – als eines der drei begehrtesten Zielländer „unter übermäßigen, untragbaren Druck“ geraten.¹⁷ So wurden im Jahr 2015 fast 1 Mio. Flüchtlinge in Deutschland aufgenommen (ursprünglich war man laut EASY-Registrierung sogar von einer Zahl über einer Million ausgegangen); und auch in den ersten Wochen des Jahres 2016 hielt dieser Trend an; so wurden in Bayern bis Ende Februar 2016 bereits wieder über 110.000 neu ankommende Flüchtlinge gezählt. Erst infolge der von Österreich mit den Balkanstaaten verabredeten sog. Schließung der Balkanroute, die die Bundesregierung zunächst ablehnte, kam es zu einem rapiden Rückgang der Zahlen.¹⁸ Die Auswirkungen des sog. EU-Türkei-Deals traten später unterstützend hinzu.

¹² Zur Begründung der Unionsrechtswidrigkeit siehe *Hailbronner/Thym* (Fn. 6), S. 758; siehe auch die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 18./19. 2. 2016, Punkt 7.e) unter II; COM (2016) 85 final, S. 3 und 8; COM (2016) 120 final, S. 8 f.

¹³ *Stumpf* (Fn. 6), S. 360.

¹⁴ *Hailbronner* (Fn. 6), S. 15; *Dörig/Langefeld* (Fn. 6), S. 3.

¹⁵ Zur Rechtsfrage, inwieweit diese Abweichung vom Regelungsziel der Dublin-Zuständigkeitsordnung mit dem sog. Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 Dublin III-Verordnung erklärt werden kann, siehe unten IV.2.

¹⁶ *Hailbronner/Thym* (Fn. 6), S. 759.

¹⁷ COM (2016) 85 final, S. 9.

¹⁸ SZ vom 12./13. 3. 2016, S. 6: „Plötzlich Luft. Die Zahl der Flüchtlinge in Deutschland sinkt rapide“, siehe auch SZ vom 11. 3. 2016, S. 5: „Angela Merkel lässt nicht locker. Die Kanzlerin hält die Schließung der Balkanroute für falsch“.

Die Flüchtlingszahlen im Jahre 2015 und zum Jahresbeginn 2016 hatten ein in der jüngeren Geschichte der Bundesrepublik nicht gekanntes Ausmaß erreicht. Sie lagen insbesondere weitaus höher als diejenigen der letzten größeren Flüchtlingswelle, die Deutschland erlebt hatte. So waren in den frühen 1990er Jahren die Flüchtlingszahlen bis 1992 auf zuletzt 438.191 pro Jahr gestiegen.¹⁹ Dieser Anstieg hatte damals zur Schaffung eines Normkomplexes geführt, der auch im Rahmen der Meinungsverschiedenheit zwischen der Bayerischen Staatsregierung und der Bundesregierung 2015/16 eine zentrale Rolle gespielt hat: Es wurde nämlich die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG eingeführt, wonach sich, wer aus einem sicheren Drittstaat (das sind insbesondere alle Mitgliedstaaten der EU) einreist, nicht auf das Asylgrundrecht berufen kann. Flankiert wurde diese Regelung durch die – unverändert gültige – Bestimmung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG, wonach ausländischen Asylsuchenden, die aus einem sicheren Drittstaat einreisen wollen, die Einreise zu verweigern ist. Das BVerfG hat die Verfassungskonformität dieser Bestimmungen ausdrücklich bestätigt.²⁰ In der Flüchtlingskrise 2015/16 ist dieser vom deutschen Recht weiter vorgehaltene Normkomplex, obwohl der Flüchtlingszustrom nahezu ausschließlich über sichere Drittstaaten im Sinne von Art. 16a Abs. 2 GG erfolgte, jedoch nicht zur Anwendung gekommen. Die Bundesregierung hat vielmehr bis zuletzt daran festgehalten, dass – offenbar für rechtlich möglich gehaltene – „Maßnahmen der Zurückweisung an der Grenze mit Bezug auf um Schutz nachsuchende Drittstaatsangehörige“ „derzeit nicht zur Anwendung“ kommen.²¹

Dies nun führt zum Kern des Problems: Darf die Bunderegierung aus eigener Macht (d. h. ohne Eingreifen des Gesetzgebers) einen vom geltenden Recht weiter vorgehaltenen Normkomplex wie den des Art. 16a Abs. 2 GG i. V. m. § 18 Abs. 2 Nr. 1 GG tatsächlich dauerhaft und strukturell außer Anwendung lassen? Wäre sie nicht wenigstens in einer Situation wie derjenigen eines temporären faktischen Zusammenbruchs des europäischen Grenz- und Asylsystems unionsrechtlich berechtigt und verfassungsrechtlich verpflichtet, diese (normalerweise unionsrechtlich überlagerten) vom deutschen Recht weiter vorgehaltenen Normen wirksam in Vollzug zu setzen, bis die Funktionstüchtigkeit des europäischen Rechts wiederhergestellt ist? Und wenn das so ist, verletzt sie, wenn sie sich weigert, diesen Pflichten nachzukommen, nicht auch Rechte der Länder, die, was Außengrenzschutz und Zuwanderungskontrolle anbelangt, zum Schutz ihrer Staatlichkeit ganz auf den Bund angewiesen sind?

¹⁹ A. *Randelzhofer*, in Maunz/Dürig, Art. 16a, Rn. 6, Fn. 2.

²⁰ BVerfGE 94, 49.

²¹ BT-Drs. 18/7311, S. 2.

Das sind die Fragen, die sich 2015/16 gestellt haben und die sich erneut stellen würden, wenn es (was keineswegs ausgeschlossen werden kann) erneut zu einer Phase des temporären Zusammenbruchs des europäischen Grenzregimes und Asylsystems kommen würde.

Der folgende Beitrag will diesen Fragen in drei Abschnitten nachgehen: In einem ersten Schritt soll (zunächst unter bewusster Ausklammerung des Unionsrechts) auf der Basis einer Betrachtung allein des nationalen Verfassungsrechts gefragt werden, inwieweit der Bund zur Gewährleistung eines effektiven zuwanderungsbezogenen Grenzschutzes und in diesem Kontext auch zu einem wirksamen Vollzug der Art. 16a Abs. 2 GG, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG verpflichtet ist (III.). Sodann wird nach dem Verhältnis zum Unionsrecht gefragt und untersucht, welche unionsrechtlichen Spielräume (insb. auch auf der Basis des Art. 72 AEUV) zur temporären Invollzugsetzung des eigenen zuwanderungsbezogenen Grenzregimes gerade in Zeiten, in denen das europäische Grenz- und Asylsystem nachhaltig gestört ist, bestehen und von Verfassungs wegen bestehen müssen (IV.). Schließlich wird nach der subjektiven Rechtsstellung der Länder gefragt (V.).

III. Die Verfassungspflicht zu wirksamer Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung

These: Aus dem Grundgesetz folgt eine verfassungsrechtliche Pflicht des Bundes zu wirksamer Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung, die durch die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG konkretisiert und bekräftigt wird; zur Einlösung dieser Verfassungspflicht erlassenes Gesetzesrecht (hier: § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) darf die Bundesregierung ohne gesetzliche Ermächtigung nicht prinzipiell und dauerhaft unangewendet lassen. Vielmehr trifft sie die Pflicht, wirksame Maßnahmen gegen einen unkontrollierten Massenzustrom²² von aus sicheren Drittstaaten nach Deutschland einreisenden Flüchtlingen zu ergreifen.

1. Kontrolle der Zuwanderung und effektiver Grenzschutz als notwendige Staatsaufgabe und Verfassungspflicht

a) Grundsätzliche Überlegungen zur Staatlichkeit und zur Territorialität des Staates

U. Di Fabio kommt in seinem Gutachten zum Schluss: „Das Grundgesetz setzt die Beherrschbarkeit der Staatsgrenzen und die Kontrolle über die auf

²² Die Rede vom „Massenzustrom“ folgt hier der Terminologie der einschlägigen Richtlinie 2001/55/EG.

dem Staatsgebiet befindlichen Personen voraus“.²³ Wenn diese Aussage auch an den Beginn der hiesigen Herleitung der relevanten Verfassungspflichten gestellt wird, so geschieht das im vollen Bewusstsein, dass eine Pflicht zur effektiven Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung freilich nicht wortwörtlich im Grundgesetz verankert ist. Umso stärker und eindeutiger nämlich folgt die hier behauptete Pflicht bereits aus dem Begriff des Staates, und an diesen Begriff des Staates anzuknüpfen ist deswegen legitim, weil das Grundgesetz die Bundesrepublik als Staat konstituiert (Art. 20 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG).²⁴ Wenn nämlich das Grundgesetz die Bundesrepublik als Staat konstituiert, so ist es auch prinzipiell berechtigt, zur Ermittlung wesentlicher Eigenarten dieses Staates an Erkenntnisse der Allgemeinen Staatslehre anzuknüpfen, denn was „Staat“ im substantiellen Sinne bedeutet, sagt die Allgemeine Staatslehre. Freilich erlangen Erkenntnisse der Allgemeinen Staatslehre nicht unmittelbar Verbindlichkeit für das Verfassungsrecht, sie können bei offenen Auslegungsfragen aber als mittelbare Ressource für die Interpretation herangezogen werden, sofern sie im Verfassungstext einen Anknüpfungspunkt finden und auch sonst mit den Strukturen und Einzelregelungen der konkreten Verfassung vereinbar sind.²⁵

²³ *Di Fabio* (Fn. 1), S. 117; zuvor S. 49 ff., 102, 104, auch zum Folgenden. Ähnlich *C. Grabenwarter*, *Der entgrenzte Staat und die Menschenrechte*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Fn. 6), S. 88/96: „Dass ein Staat mit seinen Organen Kontrolle über sein Territorium ausübt und dies auch in Bezug auf Personen tut, die das Gebiet betreten und wieder verlassen wollen, ist nicht nur legitim, sondern auch Merkmal eines effektiven Staates“.

²⁴ Zum Verfassungsstaat und zum Verhältnis von Staat und Verfassung: *P. Badura*, *Staatsrecht*, 6. Aufl. 2015, A 1 ff.; *J. Isensee*, *Staat und Verfassung*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR II*, 3. Aufl. 2004, § 15; dazu, dass das Grundgesetz trotz seiner Europarechtsfreundlichkeit und supranationalen Öffnung die Bundesrepublik als „souveränen“ Staat konstituiert: BVerfGE 123, 267/346 f., 381 ff.

²⁵ So *J. Isensee*, *Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR VI*, 3. Aufl. 2008, § 126, Rn. 71. Siehe auch *M. Möstl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 2002, S. 48 ff. (am Beispiel der Sicherheitsaufgabe). Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur kommen, wenn man den Staatsbegriff als verfassungsrechtliches Argument (dazu *C. Möllers*, *Der Staat als Argument*, 2000) oder die Idee der Staatlichkeit als Verfassungsvoraussetzung von vornherein ablehnt; in diese Richtung: *U. Bast/C. Möllers*, <http://verfassungsblog.de/dem-freistaat-zum-gefallen-ueber-udo-di-fabios-gutachten-zur-staatsrechtlichen-beurteilung-der-fluechtlingskrise/>, Abfrage: 6. 3. 2017. Eine solche Sichtweise liegt aber der Rechtsprechung des BVerfG ersichtlich nicht zugrunde, siehe insbesondere BVerfGE 123, 267/346, 381 ff., wo das Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag ausführlich am klassischen Begriff souveräner Staatlichkeit mit ihren drei Elementen Staatsgewalt, Staatsgebiet, Staatsvolk gemessen und zuvor ausgeführt wird: „Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck, sondern die historisch gewachsene, global anerkannte Organisationsform einer handlungsfähigen politischen Gemeinschaft“. Staatlichkeit als Argument verwendet wird – am Beispiel der staatlichen Sicherheitsaufgabe – auch in BVerfGE 49, 24/56 f.: „Die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind

Die Gebietshoheit des Staates und seine Territorialität werden sowohl in der Allgemeinen Staatslehre wie nach deutschem Verfassungsrecht zu den notwendigen Elementen der Staatlichkeit gerechnet.²⁶ Zur auch völkerrechtlich anerkannten Gebietshoheit des Staates gehört es wiederum, dass dieser grundsätzlich frei darüber befinden kann, ob er Fremden (also Personen, die nicht seine Staatsangehörigkeit besitzen) Zutritt zu seinem Staatsgebiet gewährt.²⁷ In diesem Sinne hat auch das BVerfG bekräftigt: „Die Staatsgrenze ist als Hindernis der freien Bewegung nach der allgemeinen Rechtsordnung vorgegeben. Jeder Staat ist berechtigt, den freien Zutritt zu seinem Gebiet zu begrenzen und für Ausländer die Kriterien festzulegen, die zum Zutritt auf das Staatsgebiet berechtigen“.²⁸ Die Staatsgrenze und die praktische Macht zu ihrer Kontrolle sind, so verstanden, staatskonstituierend.²⁹ Ein allgemeiner grundrechtlicher Anspruch auf Einreise für Nicht-Staatsangehörige ist nach dem Grundgesetz nicht anerkannt,³⁰ vielmehr wird es zum Souveränitätsrecht des Staates gerechnet, grundsätzlich frei über die Zulassung des Grenzübertritts zu entscheiden; und selbst das Asylrecht ist ein klassisches Souveränitätsrecht des Staates.³¹ In der Lage zu sein, die Frage der Einreise zu kontrollieren und die eigenen Staatsgrenzen zu schützen, gehört demnach zum Wesen des Staates und ist Ausdruck seiner – auch verfassungsgewollten – Souveränität. Staaten stellen sich und ihre Legitimität in Frage, wenn sie die Kontrolle über die Elemente der Staatlichkeit verlieren.³² Eine wirksame Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung gewährleisten zu können, ist demnach eine notwendige Staatsaufgabe und Verfassungspflicht.³³

Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet“, ähnlich BVerfGE 115, 320/346; 120, 274/319.

²⁶ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 5. Neudruck der 3. Aufl. 1976, S. 394 ff.; BVerfGE 123, 267/381 ff., 402 ff. (dort auch zu Fragen der Vergemeinschaftung); K. F. Gärditz, Die Ordnungsfunktion der Staatsgrenze, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Fn. 6), S. 105 ff.

²⁷ D. Fröhlich, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, 2011, S. 10, 11 ff. m. w. N.

²⁸ BVerfGE 94, 166/198 f.

²⁹ Wörtlich zitiert nach *Di Fabio* (Fn. 1), S. 64. Zur Kontrolle der Grenzen als staatliche Aufgabe auch E. Klein, Rechtliche Klarstellungen zur Flüchtlingskrise, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Fn. 6), S. 157/163 ff.; H.-D. Horn, Grenzschutz im Migrationsrecht, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Fn. 6), S. 140/146.

³⁰ BVerfGE 76, 1/47, 71; D. Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 68 f.; Isensee, VVDStRL 32, (1974), 49 ff.; zur EMRK: K. Pabel, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Fn. 6), S. 197/199.

³¹ Horn (Fn. 29), S. 147; E. Klein (Fn. 29), S. 162; Fröhlich (Fn. 27), S. 10, 11 ff.

³² Die theoretisch hergeleitete Erkenntnis, dass ein temporärer staatlicher Kontrollverlust über das zuwanderungsbezogene Grenzgeschehen beim Bürger zu Vertrauensverlusten in Bezug auf die Funktionstüchtigkeit des Staates führt, dürfte sich (wie auch die Veränderung des politischen Klimas infolge der Flüchtlingskrise 2015/16 zeigt) geradezu empirisch nachweisen lassen können.

³³ *Di Fabio* (Fn. 1), S. 90; E. Klein (Fn. 29), S. 163 ff.

Dass diese Aufgabe im Text des Grundgesetzes trotz vielerlei Anknüpfungspunkte (auf die sogleich einzugehen wird) keinen bündigeren und ausdrücklicheren Niederschlag gefunden hat, liegt daran, dass der Verfassungsgeber diese Aufgabe traditionell zu den Selbstverständlichkeiten der Staatlichkeit rechnen darf, die nicht gesondert normiert und außer Streit gestellt werden müssen, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Es liegt insoweit eine Strukturähnlichkeit mit der grundlegenden Sicherheitsaufgabe des Staates vor, die im Grundgesetz ebenfalls – trotz vielerlei Anknüpfungspunkte (v.a. in den grundrechtlichen Schutzpflichten, im Schutz von Staat und Verfassung, im Rechtsstaatsprinzip etc.) – nicht bündig und ausdrücklich normiert wurde, und von der dennoch anerkannt ist, dass sie eine notwendige Staatsaufgabe von Verfassungsrang darstellt.³⁴

Dass die Gewährleistung der Kontrollierbarkeit von Zuwanderung sowie der Grenzschutz als Attribute der Staatlichkeit in der Sache notwendige (wenn auch in der Regel als selbstverständlich vorausgesetzte) Gegenstände des Verfassungsrechts darstellen, wird deutlich, wenn diese Aufgaben – wie in der neueren Entwicklung hin zu einem europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 ff. AEUV) – z. T. aus ihrem ursprünglich rein nationalstaatlichen Kontext gelöst werden und sich die Staaten anschicken, diese Aufgaben teilweise im Verbund oder in integrierter Form zu erfüllen (ausführlicher dazu unten IV.). In dem Moment nämlich, in dem nicht mehr jeder Staat für sich allein Zuwanderungskontrolle und Grenzschutz betreibt, sondern diese Aufgaben (zum Teil) gemeinsam wahrgenommen werden sollen, verlieren diese Aufgaben ihre Selbstverständlichkeit und bedürfen ausdrücklicher Normierung und Außerstreitstellung, die im Unionsverfassungsrecht der Verträge dann auch umso eindeutiger und unmissverständlicher ausfällt. So widmet Art. 77 AEUV der „wirksamen Überwachung des Grenzübertritts an den Außengrenzen“ eine eingehende Regelung; ebenso macht es Art. 79 AEUV ausdrücklich zum Ziel der Union, eine „wirksame Steuerung der Migrationsströme“ zu gewährleisten. Bei all dem anerkannt bleibt außerdem eine unaufgebbare Grund- und Reserveverantwortung der die Union tragenden Nationalstaaten. So stellt bereits Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV klar, dass die Union „die grundlegenden Funktionen des Staates“ (engl.: „essential state functions“; franz.: „fonctions essentielles de l'Etat“) achtet, „insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit“. Und Art. 72 AEUV präzisiert speziell für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (einschließlich Asylpolitik), dass dieser Titel nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffent-

³⁴ BVerfGE 49, 24/56 f.; 115, 320/346 f.; 120, 274/319; ausführliche Herleitung dieser als selbstverständlich vorausgesetzten Verfassungspflicht bei Möstl (Fn. 25), S. 42 ff.

lichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit berührt. Gerade das primärrechtliche Unionsverfassungsrecht macht daher durch seine Regelungen deutlich, dass die wesentlichen Staatsfunktionen (einschließlich Schutz seiner Territorialität und Sicherheitsgewährleistung) zu den nach gemeinsamem Verfassungsverständnis unaufgebbaren Selbstverständlichkeiten der Verfassungsstaatlichkeit der Mitgliedstaaten gehören und dass die Mitgliedstaaten eine ursprüngliche und selbst im Integrationsprozess nicht substanziell in Frage gestellte Verantwortung für die Gewährleistung wirksamer Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle trifft.

b) Enger Bezug zu weiteren Verfassungsaufgaben und Strukturprinzipien der Staatlichkeit

Der Verfassungsrang der den Staat treffenden Aufgaben der Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle ergibt sich weiter aus dem unauflöselichen Zusammenhang und Wechselbezug, den diese Aufgaben zu anderen Staatsaufgaben und Staatsstrukturprinzipien von Verfassungsrang aufweisen.

Dies gilt zunächst für die staatliche Aufgabe der Gewährleistung von Sicherheit, Recht und Ordnung im Innern, deren Verfassungsrang allgemein anerkannt ist.³⁵ Zwar ist es zweifelsohne so, dass das Überschreiten der Staatsgrenze durch Asylsuchende nicht per se als Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung angesehen werden darf.³⁶ Dennoch ist unübersehbar, dass jedenfalls ein unkontrollierter Zustrom einer so außergewöhnlich großen Zahl an Flüchtlingen, die über weite Strecken auch nicht oder nur mit Verzögerung registriert und erfasst werden konnten, wie das 2015/16 über viele Monate der Fall war, sehr wohl eine beträchtliche Gefährdung der inneren Sicherheit bedeutet.³⁷

Die Aufnahme einer großen Zahl von Flüchtlingen setzt überdies umfangreiche staatliche und kommunale Pflichten der Unterbringung, Versorgung und Integration dieser Personen in Gang. Durch einen Massenzustrom an Flüchtlingen berührt ist daher auch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG). Dieses verlangt, dass der Flüchtlingszustrom sozialstaatlich beherrschbar bleibt.³⁸

³⁵ BVerfGE 49, 24/56 f.; 115, 320/346 f.; 120, 274/319; Möstl (Fn. 25), S. 37 ff.; V. Götz, *Innere Sicherheit*, in: HdbStR IV, 3. Aufl. 2006, § 85.

³⁶ So z. B. Erwägungsgrund 5 der VO (EU) Nr. 1051/2013.

³⁷ Aus eben diesem Grunde war auch die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen zulässig, vgl. dazu die Stellungnahme der EU-Kommission vom 23. 10. 2015, C (2015) 7100 final unter (34): „... the German decision on the reintroduction of controls at internal borders and its subsequent prolongations provided an adequate response to the identified threat to the internal security and public policy, consisting of the uncontrolled influx of exceptionally large numbers of undocumented/improperly documented persons and the risk related to organised crime and terrorist threats“.

³⁸ *Di Fabio* (Fn. 1), S. 104.

Ein enger Bezug der Aufgaben der Kontrolle der Zuwanderung samt effektiver Grenzsicherung besteht des Weiteren zum Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 2 GG). Die Entscheidung über die Entwicklung der Bevölkerungszusammensetzung infolge von Zuwanderung und – damit zusammenhängend – die Beherrschbarkeit des Gebietszugangs muss als elementarer Ausdruck demokratischer Selbstbestimmung begriffen werden. Eng damit zusammen hängt ein Punkt, auf den noch ausführlicher zurückzukommen sein wird (unter III.4.), dass wesentliche Fragen des Ausmaßes der Öffnung für Zuwanderung als parlamentarisches, nicht als exekutives Hausgut verstanden werden müssen, das heißt vom demokratischen Gesetzgeber parlamentarisch entschieden und verantwortet werden müssen und nicht in die Entscheidungsvollmacht der Exekutive gestellt werden dürfen.³⁹

Massenzuwanderungen aus fremden Kulturkreisen berühren schließlich die sozio-kulturelle Identität der deutschen Wohnbevölkerung und damit die kulturstaatliche Aufgabe des Staates.⁴⁰ In diesem Zusammenhang hat *U. Volkmann* in einer sehr ausgewogenen Betrachtung (im Anschluss an das berühmte Diktum von Ernst-Wolfgang Böckenförde) darauf hingewiesen, dass gerade die Demokratie als riskante Ordnung von allgemeinen sozio-kulturellen Voraussetzungen (insbesondere einem demokratischen Ethos und einem Bestand an Grundwerten) lebt, die sie selbst nicht garantieren, sehr wohl aber gefährden kann, und dass vor diesem Hintergrund die Frage nach den Grenzen der Aufnahmefähigkeit einer Gesellschaft, jenseits derer jede Gemeinschaft überfordert wäre, eine Frage ist, der angesichts der Flüchtlingskrise nicht ausgewichen werden kann.⁴¹

- c) Materielle Gehalte von Art. 73 Abs. 1 Nr. 5, 87 Abs. 1 S. 2 GG (Grenzschutz) und Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, 74 Abs. 1 Nr. 4 GG (Kontrolle der Zuwanderung)

Die verfassungsmäßigen Aufgaben effektiver Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung finden auch im Verfassungstext des Grundgesetzes einen Niederschlag, nämlich in den Kompetenznormen der Art. 73 Abs. 1 Nr. 5, 87 Abs. 1 S. 2 GG (Grenzschutz) sowie der Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, 74 Abs. 1 Nr. 4 GG (Kontrolle der Zuwanderung), denen über den rein zuständigkeitzuweisenden Gehalt hinaus auch ein materieller, den Kompetenzträger in die Pflicht nehmender Aufgabengehalt zukommt.

³⁹ *M. Nettesheim*, Staatsverantwortung durch Verfassungsrecht am Beispiel der Migration, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Fn. 6), S. 55/63 ff., *Gärditz*, (Fn. 26), S. 108 ff., *Horn*, (Fn. 29), S. 147 ff.

⁴⁰ *Horn* (Fn. 29), S. 146; zur Kulturstaatlichkeit allgemein: *U. Steiner*, Kultur, in: *HdbStR IV*, 3. Aufl. 2006, § 86.

⁴¹ *U. Volkmann*, Die Fragen des Flüchtlings, *FAZ* vom 29. 2. 2016, S. 6.

Die verfassungsmäßige Aufgabe des Grenzschutzes findet sich im Grundgesetz an zwei Stellen, nämlich in Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG sowie in Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG angesprochen; sie wird jeweils dem Bund – einmal als ausschließliche Gesetzgebungskompetenz, einmal als Verwaltungskompetenz – zugewiesen. Umfasst ist die polizeiliche Überwachung der Grenzen und des grenzüberschreitenden Verkehrs.⁴² Erfüllt werden die Aufgaben des Grenzschutzes, soweit es um den exekutivischen Vollzug geht, insbesondere durch die Bundespolizei (BPolG). Aber auch im asylrechtlichen Bereich sind wichtige Normen von den Grenzschutzbehörden zu vollziehen, so namentlich § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG.⁴³

Auch der verfassungsrechtliche Auftrag zu einer wirksamen Kontrolle der Zuwanderung findet in den Kompetenzkatalogen des GG einen textlichen Niederschlag, so namentlich in Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG („Einwanderung“) und in Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG („Aufenthalts- und Niederlassungsrecht der Ausländer“), ohne dass es an dieser Stelle auf die im Einzelnen schwierige genaue Abgrenzung dieser beiden Kompetenzmaterien ankäme.⁴⁴ Einen authentischen einfachrechtlichen Ausdruck hat die verfassungsmäßige Aufgabe der Kontrolle der Zuwanderung namentlich in § 1 Abs. 1 AufenthaltsgG gefunden (Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern, Ermöglichung und Gestaltung der Zuwanderung).

Ihrem unmittelbaren Wortlaut nach sind die genannten Normen primär Kompetenzzuweisungsnormen. Es ist jedoch nicht ungewöhnlich, Kompetenzzuweisungsnormen des GG zugleich materielle Aufgabengehalte zuzusprechen; namentlich bei Kompetenznormen, die ausdrücklich bestimmte Schutzaufgaben beschreiben, ist dies verbreitet.⁴⁵

Ob auch den hier in Rede stehenden Kompetenznormen ein solcher materieller Aufgabengehalt zukommt, ist bislang nicht geklärt. Gerade für Art. 87

⁴² R. *Sannwald*, Art. 73, Rn. 72, K. *Ruge*, Art. 87, Rn. 11, 17, beide in: in *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 13. Aufl. 2014; A. *Uhle*, Art. 73, Rn. 123 ff., M. *Ibler*, Art. 87, Rn. 87 ff., beide in: Maunz/Dürig, GG; T. *Spranger*, in: BK, Art. 73, Rn. 54 ff.

⁴³ Vgl. R. *Marx*, AsylVfG, 8. Aufl. 2014, § 18, Rn. 18.

⁴⁴ Siehe dazu: A. *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Art. 73, Rn. 71 f.; A. *Funke*, in: BK, Art. 73, Rn. 25 ff.

⁴⁵ P. *Badura*, Arten der Verfassungsrechtssätze, HdbStR VII, 1. Aufl. 1992, § 159, Rn. 17; zu der in z. B. in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10, 87 Abs. 1 S. 2 GG fundierten Aufgabe des Verfassungsschutzes und der Gewährleistung innerer Sicherheit bzw. der streitbaren Demokratie z. B. BVerfGE 30, 1/19 f.; BVerwG NJW 1990, 2761/2762 f.; BVerwG NVwZ 2011, 161/164; Möstl (Fn. 25), S. 57; Götz (Fn. 35), Rn. 23; *Wertbebach/Drosste*, in: BK, Art. 73, Rn. 52, 165; P. *Badura*, in: Bundesamt für Verfassungsschutz (Hrsg.), Verfassungsschutz in der Demokratie, 1990, S. 27/28, 32 f.; P. *Lerche*, in: Maunz/Dürig (vor Ergänzungslieferung 64), Art. 87, Rn. 119, 140; M. *Ibler*, in: Maunz/Dürig (ab Ergänzungslieferung 64), Art. 87, Rn. 136. Die Ansicht vom materiellen Gehalt des Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG ist freilich nicht unumstritten und wird auch abgelehnt, z. B. von M. *Heintzen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 73, Rn. 109.

Abs. 1 S. 2 GG, dem jedenfalls hinsichtlich der dort ebenfalls normierten (hier aber nicht einschlägigen) Aufgabe des Verfassungsschutzes überwiegend ein materieller Gehalt zugesprochen wird, wird in der Literatur auch in Bezug auf den „Grenzschutz“ ein funktioneller Gehalt erwogen oder ausdrücklich befürwortet.⁴⁶ Dass in Bezug auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG (Einwanderung) vertreten wird, aus ihm lasse sich kein Verfassungsauftrag für die Schaffung eines Einwanderungsgesetzes (im Sinne einer Pflicht zur Förderung der Zuwanderung) ableiten,⁴⁷ steht der Annahme eines Aufgabengehalts in Bezug auf die Kontrolle der Einwanderung nicht entgegen, denn die hier befürwortete Verfassungspflicht zur Kontrolle der Einwanderung richtet sich gegen einen Kontrollverlust des Staates über das Maß der Zuwanderung, trifft aber keine Aussage dazu, welches Maß an kontrollierter Zuwanderung der Staat zulassen darf oder muss.

Nach hier vertretener Auffassung ist es sehr naheliegend, den aus dem Staatsbegriff ableitbaren und auch unionsverfassungsrechtlich anerkannten (siehe oben a.) sowie in vielfältigem Wechselbezug zu weiteren Verfassungsprinzipien stehenden (siehe oben b.) Auftrag zu einer wirksamen Kontrolle der Zuwanderung und Grenzsicherung als materiellen Gehalt in die Kompetenznormen der Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, 5, Art. 74 Abs. 1 Nr. 4, Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG hineinzulesen. Zumindest ist in diesen Normen ein ausreichender textlicher Niederschlag im Grundgesetz vorhanden, um den bereits unmittelbar aus dem Staatsbegriff ableitbaren und der staatlichen Verfassungstradition entsprechenden Verfassungsauftrag als auch unter dem Grundgesetz gültig anzuerkennen.

- d) Zielrichtungen zuwanderungsbezogenen Grenzschutzes, Einreiseverweigerungen als reguläres Mittel der Zielverfolgung und die Frage nach den Grenzen der Aufnahmefähigkeit einer Gesellschaft

Die bis hierher umrissene Verfassungsaufgabe eines auf eine wirksame Kontrolle der Zuwanderung verpflichteten Grenzschutzes lässt sich – seinen notwendigen Zielrichtungen nach – näher präzisieren. Vor allem drei Dimensionen scheinen im hiesigen Kontext besonders relevant:

Ein in diesem Sinne effektiver Grenzschutz muss zum Ersten darauf abzielen, eine möglichst lückenlose Identifizierung der Einreisenden zu gewährleisten (vgl. dazu z. B. § 2 Abs. 2 BPolG).

Er muss zum Zweiten versuchen sicherzustellen, die Einreise auf jene zu beschränken, denen die Einreise nach geltendem Recht zu gestatten ist. Zurückweisungen von nach geltendem Recht nicht Einreiseberechtigten bereits

⁴⁶ M. Ibler, in: Maunz/Dürig, Art. 87 Rn. 90.

⁴⁷ A. Uhle, in: Maunz/Dürig, Art. 73, Rn. 71.

an der Grenze gehören zu den regulären, vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen und zum Teil auch verpflichtend vorgeschriebenen Instrumenten eines wirksamen Grenzschutzes und einer effektiven Einreisekontrolle. Dies gilt sowohl im Allgemeinen (§ 15 AufenthG) wie auch im speziellen – und hier interessierenden – Fall der Einreise von Asylbewerbern über sichere Drittstaaten. Diesbezüglich nämlich schreibt § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG vor, dass einem um Asyl nachsuchenden Ausländer die Einreise zu verweigert ist, wenn er aus einem sicheren Drittstaat im Sinne des § 26a AsylG (der seinerseits auf Art. 16a Abs. 2 GG verweist) einreist. Die Bestimmung räumt der Grenzbehörde kein Ermessen ein, sondern verpflichtet zur Zurückweisung.

Effektiver zuwanderungsbezogener Grenzschutz hat schließlich zum Dritten die Aufgabe, gerade auch in Zeiten eines hohen Migrationsdrucks einen Schutz vor einer unkontrollierbaren und unbegrenzten und in der Konsequenz zur Überforderung jeder Gemeinschaft führenden Zuwanderung sicherzustellen. Auf die Unausweichlichkeit der Frage, welche Grenzen der Aufnahmefähigkeit einer Gemeinschaft und einer riskanten Ordnung wie der Demokratie in Zeiten hohen Migrationsdrucks gesetzt sind, hat *U. Volkmann* hingewiesen.⁴⁸ Auch die EU-Kommission geht in ihren Verlautbarungen selbstverständlich davon aus, dass es Grenzen der Aufnahmefähigkeit (in Bezug auf Flüchtlinge) gibt, jenseits derer jeder Staat überfordert wäre.⁴⁹ Sehr schwierig ist es freilich, von Verfassungen wegen definieren zu wollen, wo genau eine solche Grenze liegen würde. Auch das deutsche Recht beantwortet die Frage nach dieser Grenze nicht in einer numerisch greifbaren Weise. Aber es hat auf die hier relevante Gefährdung einer potentiellen Überforderung durch Inanspruchnahme des Asylgrundrechts seine spezifische Antwort gefunden: die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG nämlich, die von Beginn an gerade den Sinn hat und dafür geschaffen wurde, eine Situation zu vermeiden, in der die Frage nach den Grenzen der Kapazität aktuell wird, denn wird die Drittstaatenregelung im von sicheren Drittstaaten umgebenen Deutschland konsequent angewendet, ist es praktisch kaum vorstellbar, dass die Frage einer (ungeschriebenen) Kapazitätsgrenze des Asylgrundrechts relevant wird.⁵⁰ Umso mehr muss es ein Ziel der Verfassungsaufgabe wirksamen Grenzschutzes sein, gerade diese Drittstaatenregelung – durch Aktivierung der zu seiner Durchsetzung bestehenden rechtlichen Instrumente – in einer effektiven Weise zu vollziehen. Zu diesen Instrumenten der Durchsetzung der Drittstaatenregelung gehört insbesondere die Pflicht zur Einreiseverweigerung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG. Dies ist im Folgenden zu vertiefen:

⁴⁸ *Volkmann* (Fn. 41), S. 6.

⁴⁹ Vgl. z. B. COM (2016) 197 final (engl. Fassung), S. 4: „a situation which would stretch the capacities of any Member State“.

⁵⁰ *A. Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 16a, Rn. 131.

2. Bekräftigung der Verfassungspflicht zu wirksamem zuwanderungsbezogenen Grenzschutz durch die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG und die seiner Umsetzung dienende Regelung zu Einreiseverweigerungen nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG

Bereits durch das bis hierher Gesagte ist deutlich geworden, dass die Verfassungspflicht zu einer effektiven Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle, jedenfalls soweit es um über den Landweg aus sicheren Drittstaaten einreisen wollende Asylbewerber geht, durch das Asylgrundrecht des Art. 16a GG nicht etwa relativiert, sondern durch die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG im Gegenteil bekräftigt und zusätzlich konkretisiert wird.

Zwar hat die Einräumung eines grundrechtlichen Asylanspruchs, mit dem prinzipiell auch das Verbot der Zurückweisung von Asylbewerbern an der Grenze einhergeht,⁵¹ im Ausgangspunkt sehr wohl das Potential, zu einem nicht mehr kontrollier- und begrenzba- ren Zustrom von Asylbewerbern führen zu können. Dies gilt umso mehr, als ein solcher Massenzustrom – aufgrund der damit einhergehenden Überforderung der Asylbehörden – typischerweise zu einer Verlängerung der Verfahrensdauern führt, aufgrund derer selbst letztlich abgelehnte Asylbewerber häufig doch einen permanenten ausländerrechtlichen Status erhalten; hinzu kommen die Fälle, in denen aus humanitären oder sonstigen Gründen nicht mehr abgeschoben werden kann.⁵² Das Ziel einer wirksamen Steuerung der Zuwanderung kann auf diese Weise – aus grundrechtlichen Gründen – unterlaufen werden.

In genau diesem Sinne hat das alte Asylgrundrecht des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a. F. auch bereits einmal zu einer Situation geführt, in der es zu einem Massenzustrom an Asylbewerbern nach Deutschland gekommen ist, der – angesichts seiner massiven Auswirkungen – als in diesem Ausmaß zunehmend nicht mehr tragbar empfunden wurde. Seit Mitte der 1980er Jahre war die Zahl der Asylbewerber bis 1992 auf zuletzt 438.191 pro Jahr gestiegen.⁵³ Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat das Asylrecht daraufhin im Jahre 1993 grundlegend umgestaltet und den neuen Art. 16a GG geschaffen. Ein wesentliches Element dieser Umgestaltung ist die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG, die vom BVerfG am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG geprüft und als verfassungskonform erachtet wurde.⁵⁴ Nach dieser Regelung kann sich auf das Asylrecht nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem sonstigen (hierzu durch Gesetz erklärten) sicheren Drittstaat einreist. Da Deutschland (inzwischen) – mit Ausnahme der gemäß § 26a AsylG i. V. m. Anlage I jedoch als sicherer Drittstaat geltenden

⁵¹ A. Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Art. 16a, Rn. 135; siehe auch § 18 Abs. 1 AsylG.

⁵² A. Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Art. 16a, Rn. 6.

⁵³ A. Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Art. 16a, Rn. 6, Fn. 2.

⁵⁴ BVerfGE 94, 49.

Schweiz – ausschließlich von Mitgliedstaaten der EU umgeben ist, ist damit klargestellt, dass sich alle über den Landweg nach Deutschland einreisen wollenden Schutzsuchenden nicht mehr auf das Asylgrundrecht berufen können. Sie genießen daher auch kein vorläufiges Bleiberecht als Vorwirkung des grundrechtlichen Schutzes mehr und können infolgedessen, wie dies § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG auch vorsieht, bereits an der Grenze zurückgewiesen werden. Rechtsbehelfe gegen solche aufenthaltsbeendende Maßnahmen (zu denen nach Sinn und Zweck der Verfassungsbestimmung auch die Zurückweisung an der Grenze gehört) haben nach der ausdrücklichen Regelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG keine aufschiebende Wirkung, so dass die Verfassungsbestimmung des Art. 16a Abs. 2 GG selbst dafür Sorge trägt, dass der Ausschluss von aus sicheren Drittstaaten Einreisenden vom Asylgrundrecht und einem vorläufigen Bleiberecht bereits an der Grenze effektiv vollzogen werden kann.⁵⁵ Durch die Drittstaatenregelung stellt das Grundgesetz sicher, dass ein unkontrollierbarer Flüchtlingszustrom über Land eigentlich nicht mehr eintreten kann und hingenommen werden muss; hierdurch soll zugleich erreicht werden, dass die Inanspruchnahme des deutschen Asylverfahrens in einem solchen Maße erschwert wird, dass die Wahrscheinlichkeit, dass eine (ggf. ungeschriebene, grundrechtsimmanente) Kapazitätsschranke des Asylgrundrechts aktiviert werden muss, stark herabgesenkt ist.⁵⁶

Die Drittstaatenregelung ist damit *die* zentrale grundgesetzliche Sicherung gegen eine etwaige Überforderung von Staat und Gesellschaft infolge eines unkontrollierbaren Flüchtlingszustroms. Art. 16a Abs. 2 GG stellt in den praktisch relevanten Fallgruppen der Flucht über Land auf diese Weise sicher, dass die unter 1) herausgearbeitete Verfassungsaufgabe der wirksamen Kontrolle der Zuwanderung in vollem Umfang einlösbar bleibt. Gleiches gilt für die Aufgabe eines wirksamen Grenzschatzes, da Art. 16a Abs. 2 GG Zurückweisungen an der Grenze zu sicheren Drittstaaten bewusst ermöglicht.

Drei weitere Aspekte des Art. 16a Abs. 2 GG sind von Bedeutung:

Zum einen ist in Erinnerung zu rufen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die in Art. 16a GG vorgesehenen Einschränkungen des Asylgrundrechts in einer Situation geschaffen hat, in der zuletzt (1992) über 400.000 Asylsuchende pro Jahr nach Deutschland gekommen waren, was als gesellschaftlich und politisch nicht länger haltbar empfunden wurde. Die Genese des Art. 16a GG ist auf diese Weise Indiz dafür, dass es auch in einer Situation wie der die Jahre 2015/16 prägenden, in der noch weitaus mehr Schutzsuchende als im Jahre 1992 Deutschland erreicht haben, verfassungsgewollt ist, die beschränkenden Regelungen des Art. 16a Abs. 2 GG zu aktivieren, soweit dies rechtlich möglich ist.

⁵⁵ Dazu BVerfGE 94, 49/97 f., 100 ff., 105 f.

⁵⁶ A. Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Art. 16a, Rn. 131.

Zum anderen ergibt sich ein Fingerzeig, was das Verhältnis zu europäischem Unionsrecht betrifft, das bis jetzt bewusst ausgeklammert geblieben ist, obwohl es im Normalzustand des heutigen europäischen Asylraums das Regelungsregime des Art. 16a GG freilich vielfach überlagert und verdrängt (dazu ausführlich IV.). Denn Art. 16a GG und insbesondere die sichere Drittstaatenregelung ist vom verfassungsändernden Gesetzgeber, wie auch Art. 16a Abs. 5 GG deutlich macht, von Beginn an so gedacht gewesen, dass damit eine Grundlage geschaffen werden sollte für „eine europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer Lastenverteilung zwischen den an einem solchen System beteiligten Staaten“.⁵⁷ Das Grundgesetz ist also von Beginn an bereit, seine – für die umliegenden Mitgliedstaaten der EU harte – Regelung des Art. 16a Abs. 2 GG hintanzustellen, soweit an seine Stelle ein faires und funktionierendes europäisches Asylsystem tritt. Hieraus allerdings ergibt sich auch ein Hinweis darauf, was von Verfassungen wegen zu erfolgen hat, wenn das europäische Asylsystem in seiner Funktionstüchtigkeit nachhaltig und schwerwiegend gestört ist und gerade keine faire Lastenverteilung mehr gewährleistet (sondern Deutschland faktisch überproportional belastet), wie dies 2015/16 der Fall gewesen ist). Für solche Fälle hält das Grundgesetz nämlich die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG weiterhin vor, um, bis ein funktionstüchtiges europäisches Asylsystem wiederhergestellt ist, an dessen Stelle treten zu können (siehe dazu im Einzelnen IV.)

Von Bedeutung ist die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG schließlich für den Vollzug der seiner Umsetzung und Verwirklichung dienenden Regelung zu Einreiseverweigerungen nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG. Diese Norm schreibt vor, dass einem um Asyl nachsuchenden Ausländer die Einreise zu verweigern ist, wenn er aus einem sicheren Drittstaat im Sinne des § 26a AsylG (der seinerseits auf Art. 16a Abs. 2 GG verweist) einreist. Die Bestimmung räumt der Grenzbehörde kein Ermessen ein, sondern verpflichtet zur Zurückweisung. Sie kann allerdings unionsrechtlich überlagert sein (vgl. § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG; dazu im Einzelnen unten IV.1.); außerdem besteht eine Ausnahme von der Zurückweisungspflicht, soweit eine Anordnung des Bundesinnenministeriums nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG vorliegt (dazu näher unter III.4.). Von diesen Ausnahmen abgesehen bleibt die Zurückweisungspflicht nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG jedoch unberührt.⁵⁸ Die Zurückweisungsregelung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG ist vom BVerfG geprüft und ausdrücklich als verfassungskonform erachtet worden.⁵⁹ Darüber hinaus wird

⁵⁷ So ausdrücklich BVerfGE 94, 49, Leitsatz 1.

⁵⁸ Zur Zurückweisungspflicht des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG siehe: *K. Hailbronner*, Ausländerrecht, Ordner 3, B 2, § 18; *J. Bergmann/K. Dienelt*, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 18 AsylG.

⁵⁹ BVerfGE 94/49/105 f.; *K. Hailbronner*, Ausländerrecht, Ordner 3, B 2, § 18 Rn. 5 sowie Rn. 4 dazu, dass auch keine völkerrechtlichen Bedenken bestehen.

man aber sogar sagen müssen, dass die Zurückweisungsregelung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG als folgerichtige Umsetzung und Vollzugsregelung der im Grundgesetz verankerten Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG erscheint, der – wie gezeigt – in Satz 3 selbst Vorsorge dafür trifft, dass aufenthaltsverhindernde Maßnahmen (unabhängig von etwaigen Rechtsbehelfen) bereits an der Grenze durchgeführt werden können⁶⁰ und eine effektive Durchsetzbarkeit der grundgesetzlichen Drittstaatenregelung auf diese Weise sichergestellt ist.⁶¹ In diesem Sinne kann gesagt werden, dass die Zurückweisungsregelung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG in Art. 16a Abs. 2 GG grundrechtlich fundiert ist und dass auch aus Art. 16a Abs. 2 GG selbst ein verfassungsrechtlicher Auftrag folgt, die seiner Verwirklichung dienende Norm des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG auch tatsächlich zur Anwendung zu bringen.

3. Der rechtsstaatliche und gewaltenteilige Auftrag zu einer effektiven Durchsetzung des geltenden Rechts (exekutivische Vollzugspflicht), insbesondere in Bezug auf § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG

Das soeben erzielte Ergebnis, dass aus Art. 16a Abs. 2 GG ein Verfassungsauftrag dahingehend folgt, den seiner Umsetzung dienenden § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG auch tatsächlich wirksam zu vollziehen, lässt sich auch noch mithilfe einer allgemeineren Überlegung untermauern, die wiederum an die unter 1. herausgearbeitete Verfassungspflicht zu einer effektiven zuwanderungsbezogenen Grenzsicherung anknüpft. Diese allgemeine verfassungsrechtliche Pflicht zu einer wirksamen Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung wird nämlich durch die rechtsstaatliche und gewaltenteilige Pflicht der Exekutive präzisiert, das zum Zwecke der Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle erlassene, geltende Recht (hier: § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) in einer effektiven Weise durchzusetzen und zu vollziehen.

Das Rechtsstaatsprinzip hat nicht nur staatsabwehrenden Charakter (Abwehrfunktion des Rechtsstaatsprinzips), sondern nimmt den Staat auch positiv in die Pflicht, das (als Sollensordnung auf tatsächliche Verwirklichung hin angelegte) geltende Recht wirksam durchzusetzen (Schutzfunktion und Sicherheitsdimension des Rechtsstaatsprinzips). Es wirkt insoweit als ein objektiver Verfassungsauftrag.⁶² Gleiches folgt aus dem Gewaltenteilungsprin-

⁶⁰ BVerfGE 94, 49/101.

⁶¹ BVerfGE 94, 49/97: „Das Asylverfahrensgesetz zieht aus dieser mit Art. 16a Abs. 2 GG geschaffenen Rechtslage Folgerungen: ... § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylVfG“. K. Hailbronner, *Ausländerrecht*, Ordner 3, B 2, § 18, Rn. 12: „Da sich ein Ausländer, der aus einem sicheren Drittstaat einreist, nach Art. 16a Abs. 2 GG nicht auf das Asylrecht berufen kann, ist es nur folgerichtig, dass ihm zwingend die Einreise zu verweigert ist ...“

⁶² Ausführliche Herleitung bei Möstl (Fn. 25), S. 63 ff., 73 ff.

zip. Denn die Exekutive trifft als „vollziehende Gewalt“ ein Vollzugsauftrag in Bezug auf das geltende Recht. Auch dies ist ein notwendiger Bestandteil der in Art. 20 Abs. 3 GG normierten Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht.⁶³ W. *Durner* hat dies wie folgt ausgedrückt: „Im Ausgangspunkt sollten . . . der Grundsatz der Gewaltenteilung und der daraus folgende, in Art. 20 Abs. 3 GG normierte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die erste und eigentliche Gewähr für die Beachtung und den Vollzug des demokratisch erlassenen Rechts bieten. Jede Abweichung vom geltenden Recht ist demnach im Grundsatz unzulässig und ein Verstoß gegen die Gesetzesbindung der Verwaltung.“⁶⁴

Fraglich ist, mit welcher Bindungskraft die so umrissene Verfassungspflicht zu einem effektiven Vollzug geltenden Rechts zu Buche schlägt, insbesondere im Hinblick auf die Bewältigung der Problematik, dass im Ergebnis wohl kaum in jedem denkbaren Einzelverstoß der Exekutive gegen einfaches Recht bereits ein (vor dem Verfassungsgericht justiziable) Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht erblickt werden kann. Diesbezüglich gibt es zwei mögliche Herangehensweisen:

Entweder man hält – wie dies *Durner* tut – daran fest, dass im Ausgangspunkt jede Abweichung der Exekutive von geltendem Recht objektiv gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstößt und unterscheidet hiervon die Frage der subjektiven Einforderbarkeit dieser objektiven Pflicht (Auseinanderfallen von objektivem Recht und subjektiven Klagerechten). Bzgl. letzterer, d. h. der Frage subjektiver Ansprüche auf Vollzug geltenden Rechts, muss dann regelmäßig ein eingeschränkter Maßstab zur Geltung kommen, der anderen Stellen im Staatsaufbau subjektive Rechte nur nach Maßgabe von bestimmten Treuepflichten (Organstreue, Bundestreue o. Ä.) einräumt, was im Ergebnis zu einer Art Prüfung nach Maßgabe eines Untermaßverbots oder einer Vertretbarkeitskontrolle führt.⁶⁵

Alternativ kann man – wie bei positiven Verfassungsaufträgen im Allgemeinen – auch daran denken, von einer bereits von vornherein geminderten objektivrechtlichen Bindungskraft auszugehen und der Pflicht zu einem wirksamen Vollzug geltenden Rechts die Bindungskraft einer Art Verfassungsdi- rektive, Staatszielbestimmung oder eines Optimierungsgebots zuzuweisen.⁶⁶

⁶³ *Möstl* (Fn. 25), S. 372 f.

⁶⁴ W. *Durner*, Der Gesetzesvollzugsanspruch des Gesetzgebers gegenüber der Exekutive, JZ 2015, 157/160.

⁶⁵ So *Durner* (Fn. 64), S. 160 ff.

⁶⁶ In diese Richtung *Möstl* (Fn. 25), S. 63 ff. und 73 ff., dies allerdings in einem anderen Kontext als dem hier gegeben, nämlich (von der polizeilichen Generalklausel – Abwehr von Gefahren für die Unversehrtheit der Rechtsordnung – her gedacht) in Bezug auf die Pflicht der Exekutive, an den Bürger gerichtete gesetzliche Handlungspflichten durchzusetzen und gegen Rechtsverstöße des Bürgers zu schützen, während es hier – bei § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG und der Frage seines Vollzugs – um eine unmittel-

Im Ergebnis würde sich auch unter Zugrundelegung dieser Sichtweise nichts ändern, so dass die – in Lit. und Rspr. noch nicht ins Letzte geklärte – Frage nach der objektiven Reichweite der aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Vollzugspflicht offen bleiben kann. Denn insbesondere die Frage, inwieweit sich ein Dritter (z. B. ein Bundesland, dazu unten V.) auf die Verletzung der exekutivischen Vollzugspflicht berufen kann, würde sich auch nach dieser Sichtweise allein nach der Reichweite der diesem Dritten zukommenden subjektiven Rechtsposition bemessen, so dass die beiden Sichtweisen, was etwaige Klagerechte Dritter anbelangt, im Ergebnis voll und ganz konvergieren.

Vor allem aber ergäbe sich, selbst wenn man der Gesetzesvollzugspflicht aus Art. 20 Abs. 3 GG eine nur eingeschränkte Direktivkraft in der Art einer Staatszielbestimmung zuweisen wollte, auch hieraus eine wichtige äußere, und vor dem BVerfG justiziable Grenze des der Exekutive ggf. zuzubilligenden Handlungsspielraums.⁶⁷ Denn Verfassungsaufträge und Staatszielbestimmungen verpflichten den Staat zwar regelmäßig nicht auf bestimmte Mittel oder ein bestimmtes Niveau der Zielerreichung und Einlösung der Verfassungspflicht. Sie sind aber doch bindendes Recht und verpflichten die staatlichen Organe auf ein bestimmtes Ziel, dessen Verfolgung dem staatlichen Handeln bindend vorgegeben ist.⁶⁸ Verletzt ist ein verfassungsrechtlicher Handlungsauftrag daher zumindest dann, wenn der Staat das Ziel entweder überhaupt nicht oder nicht ernsthaft verfolgt, wenn er zur Zielerreichung also gänzlich untätig bleibt oder das Ziel mit gänzlich ungeeigneten oder völlig unzulänglichen Mitteln verfolgt.⁶⁹ Verletzt ist ein verfassungsrechtlicher Handlungsauftrag auch, wenn das handelnde Organ – so eine Formulierung des BayVerfGH – sein verfassungsrechtliches Gewicht und die sich aus ihm ergebenden Verpflichtungen in krasser Weise verkennt.⁷⁰

Für den rechtsstaatlichen und gewaltenteiligen Verfassungsauftrag zu einem wirksamen Vollzug der Gesetze folgt hieraus, dass dieser – je nach zugrundegelegter Sichtweise – zwar vielleicht noch nicht in jedem Einzelfall verletzt ist, in dem von einem Vollzug bindender Normen abgesehen wird (nicht jeder Gesetzesverstoß ist insoweit bereits ein Verfassungsverstoß). Eine wichtige äußere Grenze exekutivischen Handelns ergibt sich aber doch: Die Exekutive darf

bar an die Exekutive gerichtete Handlungspflicht geht, bei der ein strengerer Maßstab gerechtfertigt erscheint.

⁶⁷ Zur Bindungskraft von Staatszielbestimmungen im Allgemeinen: BMI/BMJ (Hrsg.), Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge. Bericht der Sachverständigenkommission, 1983; *Badura* (Fn. 45), Rn. 15.

⁶⁸ *B. Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 VIII, Rn. 18.

⁶⁹ *Möstl* (Fn. 25), S. 74 ff.; *ders.*, in: *Lindner/Möstl/Wolff*, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 141, Rn. 8; vgl. insoweit auch die vom BVerfG für die Einlösung von Schutzpflichten gebrauchte Formel (z. B. BVerfGE 77, 170/215), die sich auf sonstige Verfassungsaufträge und Staatszielbestimmungen übertragen lässt.

⁷⁰ VerfGH 59, 109, Leitsatz 2 und S. 116.

eine gesetzliche Norm, die ihr verpflichtende Vorgaben macht, nämlich nicht dauerhaft und prinzipiell unangewendet lassen, sie also strukturell außer Vollzug setzen. Tut sie dies, verstößt sie gegen ihre rechtsstaatliche Bindung an Gesetz und Recht (Vorrang des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG) und verletzt damit ihre gewaltenteiligen Pflichten, denn ihre prinzipielle Weigerung der Vollziehung kann nur als völlige „Untätigkeit“ im Blick auf die Erfüllung des rechtsstaatlichen Auftrags zur wirksamen Durchsetzung geltenden Rechts verstanden werden; in gleicher Weise wird das Gewicht des Vollzugauftrags durch eine solche prinzipielle Untätigkeit in krasser Weise verkannt.

Für die Einlösung der verfassungsrechtlichen Pflicht wirksamer Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle folgt hieraus, dass vom Gesetzgeber zur Erfüllung dieser Pflicht erlassenes Gesetzesrecht von der Exekutive nicht prinzipiell unangewendet gelassen und damit strukturell außer Vollzug gesetzt werden darf. Von Bedeutung ist dies insbesondere in Bezug auf § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG, der – wie gezeigt – eine solche Norm darstellt, die der Bundesgesetzgeber zur Einlösung seiner Verfassungspflicht zu einer wirksamen Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle sowie zur Umsetzung der Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG erlassen hat. Diese Norm verpflichtet die Exekutive zur Einreiseverweigerung, ohne ihr diesbezüglich ein prinzipielles Ermessen einzuräumen. Zwar wird – legt man die bis hierher herausgearbeiteten Maßstäbe zugrunde – nicht zwingend jeder Einzelfall des Nichtvollzugs bereits als Verletzung spezifischen Verfassungsrechts qualifiziert werden können. Die äußersten Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen sind aber, wie dargelegt, jedenfalls dann überschritten, wenn die Exekutive kraft eigenmächtiger Entscheidung einem geltenden Gesetz prinzipiell die Anwendung verweigert und es auf diese Weise strukturell außer Vollzug setzt. Die Exekutive verletzt die ihr grundgesetzlich aufgegebene Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), wenn sie sich die Befugnis herausnimmt, geltendes Recht generell nicht zu vollziehen und es auf diese Weise strukturell zu missachten. Für die Einreiseverweigerungsregelung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG gilt dies in noch gesteigertem Maß, da sie, wie gezeigt, in Art. 16a Abs. 2 GG unmittelbar verfassungsrechtlich fundiert ist.

4. Der Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt für wesentliche migrationspolitische Entscheidungen

Die verfassungsrechtliche Pflicht zu effektiver Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle wendet sich gegen einen Kontrollverlust des Staates, verwehrt es einem Staat jedoch nicht schlechthin, aus humanitären Gründen bewusst auch Zuwanderungen größeren Ausmaßes zuzulassen. Auch eine solche politische Entscheidung ist Ausdruck der Souveränität eines Staates und seines demokratischen Selbstbestimmungsrechts.

Politische Entscheidungen zur Zulassung von Migration müssen jedoch den allgemeinen gewaltenteiligen Verfassungsrahmen einhalten, den das Grundgesetz solchen Entscheidungen setzt. Sie dürfen, soweit von der Exekutive getroffen, insbesondere nicht gegen den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) verstoßen, der Parlamentsvorbehalt für wesentliche Entscheidungen darf nicht verletzt werden. Einer vom geltenden Recht abweichenden Großzügigkeit in der Aufnahme von Flüchtlingen werden dadurch Grenzen gesetzt. Soll eine nach geltendem Recht nicht zulässige großzügigere Handhabung ermöglicht werden, muss hierzu das geltende Recht von den zuständigen Organen geändert werden. Soweit es um die Änderung parlamentarischen Gesetzesrechts geht, bedarf es eines Tätigwerdens des Gesetzgebers.

Es ist eine wichtige Errungenschaft der Rechtsprechung des BVerfG, in einer langen Rechtsprechungsreihe die Lehre vom Parlamentsvorbehalt für wesentliche Entscheidungen entfaltet zu haben.⁷¹ Dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss, ist ein Gebot sowohl des Demokratie- wie des Rechtsstaatsprinzips. Dies gilt auch für wesentliche Entscheidungen migrationspolitischer Art, die zum parlamentarischen Hausgut zu rechnen sind. Die Entscheidung, abweichend von den regulären Regeln des Rechts (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) eine Migration über sichere Drittstaaten nach Deutschland in einem Ausmaß zuzulassen, wie dies 2015/16 der Fall war, ist von so grundlegender Bedeutung für Staat und Gesellschaft – im Blick auf die hieraus resultierenden Herausforderungen sozialstaatlicher und integrationspolitischer Art, im Blick auf die hierdurch verursachten Gefahren für die innere Sicherheit, im Blick auf die von Ländern und Kommunen zu tragenden Aufgabenlasten sowie im Blick auf die sich ergebenden politischen, ökonomischen und sozio-kulturellen Folgen für das Gemeinwesen insgesamt –, dass sie nicht allein von der Exekutive getroffen werden kann, sondern eines Tätigwerdens des Gesetzgebers bedarf.⁷² Hieraus ergeben sich zwei wichtige Konsequenzen:

⁷¹ BVerfGE 49, 89/126 f.; 53, 30/56; 88, 103/116; 116, 24/58 u. v. m.

⁷² So auch eine weit verbreitete Einschätzung der Literatur: *Di Fabio* (Fn. 1), S. 92, 94, 95 ff., 101 f.; *W. Durner*, NVwZ 2015, Heft 21, Editorial; *Nettesheim* (Fn. 39), S. 63 f., *Gärditz* (Fn. 26), S. 108 ff., *Horn* (Fn. 29), S. 147 ff. sowie *Depenheuer/Grabener* (Fn. 6), Vorwort; *Papier* (Fn. 6), S. 2395. Soweit vereinzelt erwogen wurde, die abschließende Regelung des Art. 59 Abs. 2 GG könne der Annahme eines weitergehenden Parlamentsvorbehalts entgegenstehen (*Stumpf* [Fn. 6], S. 363; *Ruffert/Löbel* [Fn. 6], S. 1091 f.), bezog sich das ausschließlich auf Handlungen der Bundesregierung im Rahmen ihrer auswärtigen Gewalt (z. B. Ausübung des Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 Dublin III-VO; dazu unten IV.2.), nicht jedoch auf den soglich zu erörternden § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG, der (wie schon allein die Zuständigkeitsregelung deutlich macht: Bundesinnenministerium!) wohl kaum pauschal als Ausübung auswärtiger Gewalt gedeutet werden kann, so dass die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts ungeschmälert zur Geltung kommen.

Erstens: Die Exekutive darf die Entscheidung zugunsten einer so massiven Einwanderung, wie sie 2015/16 stattgefunden hat, nicht in der Gestalt schlichten Nichtvollzugs geltenden Rechts treffen.

Zweitens: Von vornherein ausscheiden muss einer der beiden in Betracht kommenden gesetzlichen Rechtfertigungsgründe für den dauerhaften Nichtvollzug des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG, nämlich die Berufung auf eine theoretisch denkbare Anordnung des BMI nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG (Anordnung des Absehens von Einreiseverweigerungen durch das Bundesinnenministerium aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland)⁷³, da eine solche Anordnung – legt man das zum Parlamentsvorbehalt für wesentliche migrationspolitische Entscheidungen Herausgearbeitete zugrunde – ohnehin nicht auf Dauer, sondern allenfalls zur Bewältigung einer vorübergehenden besonderen Lage Basis für ein Absehen von Einreiseverweigerungen sein könnte. Denn die Entscheidung über eine vom geltenden Recht grundsätzlich abweichende Migrationspolitik muss dem Parlament vorbehalten bleiben und kann folglich nicht auf § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG gestützt werden. Die Rechtfertigung eines fortdauernden (d. h. nicht nur vorübergehenden und auf eine konkrete Einzelfallsituation zugeschnittenen) Nichtvollzugs des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG unter Berufung auf eine ministerielle Anordnung nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG kommt daher aus Gründen vorrangigen Verfassungsrechts nicht in Betracht.⁷⁴

Noch nicht entschieden ist damit freilich über die Frage, ob für ein dauerhaftes Absehen von Einreiseverweigerungen i. S. d. § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG

⁷³ Im Fall der Flüchtlingskrise 2015/16 hat sich die Bundesregierung zur Begründung ihres Vorgehens auf entsprechende parlamentarische Anfragen hin zwar pauschal auf § 18 Abs. 4 AsylG berufen, nicht jedoch deutlich gemacht, ob sie sich hierbei auf eine ministerielle Anordnung nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG bezieht oder aber auf die ganz anders gelagerte (nämlich das unionale Asylrecht betreffende) Fallgruppe des § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG beruft (siehe die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE in BT-Drs. 18/7311, S. 2, 3). *Peukert/Hillgruber/Foerster/Putzke*, ZAR (Fn. 6), S. 136, interpretieren die von der Bundesregierung in BT-Drs. 18/7311, S. 2, getätigte Äußerung, der Bundesinnenminister habe am 13. 9. 2015 entschieden, dass „Maßnahmen der Zurückweisung an der Grenze mit Bezug auf um Schutz nachsuchende Drittstaatsangehörige derzeit nicht zur Anwendung [kommen]“, so, dass hierin tatsächlich eine Anordnung nach § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG zu erblicken sei. Zwingend ist dieses Verständnis jedoch nicht. Denn die Antworten der Bundesregierung könnten auch so zu verstehen sein, dass auf § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG verwiesen wird, d. h. auf die Tatsache, dass weiterhin wegen (allerdings nicht näher spezifizierten) vorrangigen Unionsrechts auf Zurückweisungen verzichtet werden soll.

⁷⁴ *Di Fabio* (Fn. 1), 94 f., 95 ff., 101 f.; so auch *Peukert/Hillgruber/Foerster/Putzke*, JZ (Fn. 6), S. 349: „Sie“ (d. h. die Regelung des § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG) „ist auf Einzelfälle zugeschnitten und deckt daher nicht Einreiseerlaubnisse für eine unbestimmte Vielzahl von Drittstaatsangehörigen über einen längeren, nicht definierten Zeitraum; denn anderenfalls würde praktisch der Gesetzesbefehl des § 18 Abs. 2 Asylgesetz suspendiert, was nur der Gesetzgeber selbst tun kann“.

vielleicht auf den zweiten in Betracht kommenden Rechtfertigungsgrund zurückgegriffen werden kann, der auf den Vorrang des Unionsrechts verweist (vgl. dazu § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG – unionsrechtliche Rechtfertigung). Hierauf ist im Folgenden einzugehen.

5. Teilergebnis

Als Zwischenergebnis der bis hierher angestellten Überlegungen zum nationalen Verfassungsrecht kann festgehalten werden: Den Bund trifft eine verfassungsrechtliche Pflicht zu wirksamer Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung. Dies gilt gerade auch für die Durchsetzung der im Grundgesetz verankerten Drittstaatenregelung (Art. 16a Abs. 2 GG). Zu diesem Zweck erlassenes gültiges Gesetzesrecht darf die Bundesregierung – ohne gesetzliche Ermächtigung – nicht prinzipiell unangewendet lassen. Auch § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG kann daher keine Grundlage für ein dauerhaftes Absehen von einer Invollzugsetzung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG sein.

IV. Das europäische Unionsrecht betreffende Überlegungen

These: In einer Situation, in der die Funktionstüchtigkeit des europäischen Grenzregimes (Schengen) und Asylsystems (Dublin) nachhaltig und schwerwiegend gestört ist, ist der Bund sowohl unionsrechtlich dazu berechtigt als auch verfassungsrechtlich verpflichtet, seiner unter III. herausgearbeiteten Pflicht nachzukommen und – bis zur Wiederherstellung eines funktionierenden europäischen Grenz- und Asylsystems – die erforderlichen Maßnahmen zugewanderungsbezogenen Grenzschutzes an den deutschen Grenzen (einschließlich Einreiseverweigerungen nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) zu ergreifen.

1. Normalerweise greifende unionsrechtliche Überlagerungen

Die Europäische Union hat sich seit dem Maastricht-Vertrag schrittweise von einem bloßen Binnenmarkt zu einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ weiterentwickelt, „in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist“ (Art. 3 Abs. 2 EUV). Ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum durch Binnengrenzkontrollen nicht mehr behinderter grenzüberschreitender Freiheit zu bieten, ist eine der großen Freiheitsverheißungen der Europäischen Union (siehe auch die Präambel der Grundrechtecharta: „Sie stellt den Menschen in den Mittelpunkt ihres Han-

delns, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet“). Freilich war von Beginn an klar, dass diese Freiheitsverheißung (Raum grenzüberschreitender Freiheit) nur würde Wirklichkeit werden können, wenn die Union sich zugleich zu einem funktionstüchtigen Raum auch „der Sicherheit und des Rechts“ entwickelt, der nicht auf Kosten der Einlösbarkeit der klassischen Staatsfunktionen Sicherheitsgewährleistung, Rechtsdurchsetzung, Schutz nach außen (vgl. auch Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV) geht, sondern in dem die Mitgliedstaaten ihre diesbezüglichen Anstrengungen miteinander verklammern und unionsrechtlich verstärken. Eine effiziente gemeinsame Politik in Sachen Sicherheitsgewährleistung, Außengrenzschutz, Asyl und Einwanderung ist daher seit jeher die notwendige Kehrseite des europäischen Raums der Freiheit und der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen (vgl. Art. 67 AEUV).⁷⁵

Die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen ist für den Schengen-Raum ein seit 1985 prägendes Leitbild. Unionsverfassungsrechtlich findet es sich in Art. 77 Abs. 1 lit. a) AEUV verankert. Der Schengener Grenzkodex (VO [EG] Nr. 562/2006 vom 15. 3. 2006, zuletzt geändert durch VO [EU] Nr. 1051/2013 vom 22. 10. 2013) präzisiert in Art. 20 bis 22, dass die Binnengrenzen – vorbehaltlich einer vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen (Art. 23 ff.) – grundsätzlich an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden dürfen, dass somit die Binnengrenzkontrollen prinzipiell abgeschafft sind und dass die Ausübung von unberührt bleibenden polizeilichen Befugnissen nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübergangskontrollen haben darf. Dass von den fortbestehenden nationalen Befugnissen zur Durchführung von Grenzkontrollen im Normalfall kein Gebrauch mehr gemacht wird und die Binnengrenzen in diesem Sinne „offen“ sind, ist eine zentrale Errungenschaft des Unionsrechts. Auch die unter III. herausgearbeitete verfassungsrechtliche Grenzschutzpflicht des Bundes ist insoweit unionsrechtlich überlagert und auf eine – im hiesigen Fall allerdings wichtige und noch im Einzelnen zu untersuchende – Gewährleistungs- und Reserveverantwortung des Nationalstaates reduziert. Kehrseite dieser Errungenschaft ist allerdings die Erwartung an einen wirksamen Außengrenzschutz und ein schrittweise zu entwickelndes integriertes Grenzschutzsystem (Art. 77 Abs. 1 lit. b) und c) AEUV).

Auch Einreiseverweigerungen im Sinne von § 18 Abs. 2 AsylG finden normalerweise zu Recht nicht mehr statt. Dies hat zunächst einen praktischen Grund, denn wo es keine Grenzkontrollen mehr gibt, können in aller Regel schon rein faktisch keine Zurückweisungen an der Grenze mehr ausgesprochen werden. Hinzu kommt aber auch ein rechtlicher Grund, der erneut mit einer möglichen Überlagerung des nationalen Rechts (hier des nationalen

⁷⁵ Vgl. M. Möstl, Vertrag von Lissabon, 2010, S. 125 ff.

Asylrechts) durch das europäische (Asyl-)Recht zu tun hat: Die Regeln des Europäischen Asylsystems (hier VO [EU] Nr. 604/2013 vom 26. 6. 2013 – Dublin III) sehen nämlich vor, dass ein Mitgliedstaat, bei dem ein Antrag auf internationalen Schutz gestellt worden ist, selbst dann, wenn er nach den Dublin-Regeln (Art. 7 ff.) letztlich nicht für die Prüfung dieses Antrags zuständig sein sollte, grundsätzlich zunächst ein Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates – ggf. mit dem Ziel der Aufnahme oder Wiederaufnahme durch den zuständigen Mitgliedstaat – durchzuführen hat (Art. 20 ff.).⁷⁶ Die in § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG getroffene Regelung zur Zurückweisung von aus sicheren Drittstaaten einreisenden Asylbewerbern ist grundsätzlich bereit, hinter diese – anders gelagerte – Funktionsweise der Dublin III-Verordnung zurückzutreten; insoweit gilt für § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG nichts anderes als für die grundgesetzliche Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG (deren Durchsetzung er dient) an sich, denn auch diese Bestimmung hatte, wie gezeigt, von Anfang an zum Ziel, eine Grundlage für ein vom Ziel gerechter Lastenverteilung geprägtes europäisches Gesamtsystem der Schutzgewährung für Flüchtlinge zu schaffen und ggf. hinter dieses zurückzutreten.⁷⁷ Dass § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG im Normalfall ruht, bringt das Gesetz auch dadurch zum Ausdruck, dass es für Dublin-Sachverhalte eigene Tatbestände schafft (§ 18 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 1 AsylG).⁷⁸

Ob hieraus allerdings – selbst im Normalfall eines funktionstüchtigen europäischen Asylsystems – tatsächlich ein pauschales Verbot von Zurückweisungen an der Grenze resultiert, steht auf einem anderen Blatt und ist keineswegs eindeutig. Der deutsche Gesetzgeber geht in der eigens für Dublin-Sachverhalte geschaffenen (und normalerweise an die Stelle von § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG tretenden) Regelung des § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG nämlich ersichtlich davon aus, dass Einreiseverweigerungen sehr wohl auch als Instrument der Durchsetzung der europäischen Zuständigkeitsregeln (Dublin III) eingesetzt werden können, denn dort ist explizit statuiert, dass dem Ausländer die Einreise zu verweigern ist, „wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat auf Grund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft . . . für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist und ein Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wird“.⁷⁹ Zuzugeben ist aller-

⁷⁶ Dörig (Fn. 6), S. 179.

⁷⁷ BVerfGE 94, 49, Leitsatz 1.

⁷⁸ Vgl. dazu BT-Drs. 16/5065, S. 215, wonach eine (ergänzende) Anwendung der Drittstaatenregelung (die vormals auch auf Dublin-Sachverhalte angewandt worden war) durch die ausdrücklich auf Dublin zugeschnittene Regelung des § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG entbehrlich wird.

⁷⁹ Siehe H. Winkelmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 18 AsylVfG, Rn. 2 zum Anliegen der Norm, die frühere Praxis in Bezug Zurückweisungen in sichere Drittstaaten (Nr. 1) bewusst auch auf Dublin-Sachverhalte zu übertragen und insoweit fortzuführen; siehe auch BT-Drs. 16/5065, S. 215.

dings, dass die genaue Reichweite sowie die Unionsrechtskonformität dieser Norm umstritten sind, so dass die seit 2013 geltende Erlasslage, wonach Fälle des § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG nicht mehr von der Bundespolizei durchentschieden, sondern an das BAMF weitergeleitet werden, das dann ggf. für eine Überstellung in den zuständigen Mitgliedstaat nach den Dublin-Regeln zuständig ist, wohl nicht beanstandet werden kann und jedenfalls keinen Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht erkennen lässt.⁸⁰

Einen unionsrechtskonformen eigenständigen Anwendungsbereich könnte § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG jedoch zumindest in der besonderen Konstellation behalten, dass – wie ab September 2015 der Fall – Binnengrenzkontrollen aufgrund einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit wiederingeführt worden sind, welche ihrerseits gerade in einem hohen Migrationsdruck Schutzsuchender begründet liegt. Dann nämlich könnte sich auf der Basis des Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO die Möglichkeit ergeben, Einreiseverweigerungen an der Grenze auszusprechen, um den Dublin-Zuständigkeitsregeln zur Durchsetzung zu verhelfen. Hierauf wird noch gesondert zurückzukommen sein.⁸¹ Nicht unmittelbar einschlägig sein dürfte hingegen § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG, der die Absehung von Einreiseverweigerungen regelt, soweit die Bundesrepublik aufgrund Unionsrechts für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig ist, denn diese Norm setzt ja bereits die Zuständigkeit Deutschlands nach den Dublin-Regeln voraus, die im Zeitpunkt einer möglichen Einreiseverweigerung jedoch noch gar nicht feststeht, ganz abgesehen davon, dass Deutschland (wie bereits unter II. gezeigt) nach den Regeln des Dublin-System für die allermeisten der über andere EU-Mitgliedstaaten nach Deutschland kommenden Schutzsuchenden eigentlich gerade nicht zuständig ist. Für dennoch relevant halten könnte man § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG allenfalls, falls man ihn unabhängig von seinem genauen Wortlaut als einen allgemeinen Hinweis auf den Vorrang des Unionsrechts und die Dublin-Regeln deuten wollte, wobei dann noch immer die Schwierigkeit bestünde, genaue unionsrechtliche Normen benennen zu können, die einer Anwendung des § 18 Abs. 2 AsylG tatsächlich zwingend entgegenstehen.⁸²

⁸⁰ R. Marx, AsylVfG, 8. Aufl. 2014, § 18, Rn. 24 bis 28; anders aber noch K. Hailbronner, Ausländerrecht, Ordner 3, B 2, § 18, Rn. 24 ff.; J. Bergmann, in: Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 18 AsylVfG, Rn. 19.

⁸¹ Siehe unten IV.4.; dazu Peukert/Hillgruber/Foerstel/Putzke, JZ (Fn. 6) S. 347 und ZAR (Fn. 6), S. 131.

⁸² In diese Richtung offenbar K. Hailbronner, Ausländerrecht, Ordner 3, B 2, § 18, Rn. 41 a. E.; Bast/Möllers (Fn. 25).

2. Nachhaltige und schwerwiegende Störung der Funktionstüchtigkeit des europäischen Grenzregimes und Asylsystems

Resümiert man das bis hierher Gesagte, wird deutlich, dass – so sehr es in der logischen Konsequenz eines Europas ohne Binnengrenzkontrollen liegt, dass Zurückweisungen an der Grenze normalerweise nicht mehr stattfinden können – die Frage, ob (nach deutschem Recht mögliche) Einreiseverweigerungen aufgrund vorrangigen Unionsrechts in jedem Falle auch rechtlich zwingend ausgeschlossen sind, selbst in der Normallage eines funktionstüchtigen europäischen Asyl- und Schengenraums keineswegs ohne weiteres und eindeutig zu beantworten ist.

Umso mehr wird im Folgenden allerdings der Frage nachzugehen sein, ob nicht wenigstens in einer Ausnahmelage wie derjenigen der Flüchtlingskrise 2015/16, in der die Funktionstüchtigkeit des Europäischen Grenzregimes und Asylsystems nachhaltig und schwerwiegend gestört war und daher an den deutschen Grenzen mit Blick auf einen unkontrollierten Massenzustrom an Flüchtlingen auch völlig zu Recht Binnengrenzkontrollen wieder eingeführt wurden, in unionsrechtskonformer Weise von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden kann, an der Grenze auch Einreiseverweigerungen auszusprechen. Denn schon unionsverfassungsrechtlich ist das Funktionieren des Europäischen Grenzregimes und Asylsystems an die Erwartung geknüpft, dass ein wirksamer Außengrenzschutz sichergestellt ist (Art. 77 Abs. 1 lit. b) und c) AEUV) und im Asylrecht ein sich auf die Solidarität der Mitgliedstaaten gründender und eine gerechte Verantwortungsteilung bewirkender Mechanismus gefunden wird (Art. 67 Abs. 2, Art. 80 AEUV) – zwei Erwartungen, hinter denen die europäische Realität 2015/16 weit zurückblieb. Erst recht könnte sich auch aus dem Grundgesetz ein entsprechender Vorbehalt ergeben.

Dass die Situation von Herbst 2015 zumindest bis in das Frühjahr 2016 hinein tatsächlich nur als eine Art vorübergehender „Zusammenbruch“ des europäischen Grenz- und Asylsystems betrachtet werden kann und dass dies auch in der Literatur nahezu einhellig so gesehen worden ist, ist bereits unter II. dargelegt worden. Es würde den Rahmen dieses – nicht in erster Linie der Rekapitulierung der damaligen Situation, sondern der Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen dienenden – Beitrags sprengen, im Einzelnen nachzuweisen, in welchen Faktoren sich dieser „Zusammenbruch“ manifestiert hat. Für die Zwecke dieses Beitrags genügt es vielmehr festzuhalten, dass eine Situation, in der von einer schwerwiegenden und nachhaltigen Störung des europäischen Grenz- und Asylsystems gesprochen werden muss, in der Flüchtlingskrise 2015/16 bereits einmal eingetreten ist und dass eine solche Situation, da die Grundfragen einer gerechten Lastenverteilung in Europa noch immer ungelöst sind, auch jederzeit wieder eintreten kann (z. B. falls das derzeit

hauptbetroffene Italien zu einer Politik des Durchwinkens zurückkehren würde). Die Rechtsfrage, zu welchen Maßnahmen ein Mitgliedstaat in einer solchen Situation des vorübergehenden Zusammenbruchs des europäischen Asylsystems berechtigt ist, bleibt daher von Interesse.

Klarzustellen ist in diesem Kontext jedoch ein wichtiger rechtlicher Aspekt: Der Befund einer schwerwiegenden Störung des europäischen Asylsystems kann nicht dadurch hinwegdiskutiert oder zu „heilen“ versucht werden, dass man sich für den Mitgliedstaat, der irregulär zu ihm weitergeleitete Flüchtlinge aufnimmt, schlichtweg auf das sog. „Selbsteintrittsrecht“ des Art. 17 Abs. 1 Dublin III-VO beruft und sozusagen in ihm eine taugliche Rechtfertigung für eine langanhaltende faktische Umkehrung der nach der Dublin III-VO intendierten Zuständigkeitsordnung erblickt (so wie dies im Kontext der Flüchtlingskrise 2015/16 zum Teil versucht wurde⁸³). Denn erstens ist dieses Selbsteintrittsrecht eine Ermessensentscheidung, die prinzipiell nicht unionsrechtlich determiniert wird, so dass die Bundesregierung bei dieser Entscheidung auch die in III. herausgearbeitete Verfassungspflicht wirksamer Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle voll und ganz zu beachten hat und folglich ihr Selbsteintrittsrecht nicht in einer Weise gebrauchen darf, die zum faktischen Kollaps des EU-Asylsystems beiträgt oder diesen perpetuiert und so einen Kontrollverlust hinsichtlich des Flüchtlingsgeschehens geradezu heraufbeschwört. Hinzu kommt – zweitens – vor allem aber noch eine wichtige unionsrechtliche Grenze: Auch das Unionsrecht kann nämlich – um seine praktische Wirksamkeit nicht infrage zu stellen – kein nationales Gebrauchsmachen vom Selbsteintrittsrecht tolerieren, das zu einer nachhaltigen faktischen Ausbelegung der Dublin-Zuständigkeitsordnung führt und anhaltende mitgliedstaatliche Rechtsverstöße (unionsrechtswidrige Politik des Durchwinkens) perpetuiert und belohnt. Art. 17 Abs. 1 Dublin III-VO ermächtigt auf diese Weise zwar zu einer Übernahme der Zuständigkeit im konkreten Einzelfall oder zur vorübergehenden Bewältigung besonderer Si-

⁸³ So z. B. *Becker/Kersten* (Fn. 6), S. 581. Welche Rolle der Selbsteintritt in der Flüchtlingskrise 2015/16 tatsächlich spielte, lässt sich nicht eindeutig sagen. Das Dublin-Verfahren scheint in Bezug auf Syrer ab August 2015 tatsächlich zeitweise ausgesetzt worden zu sein (vom BAMF am 21. 8. 2015 auch per twitter kommuniziert), was auch einen zusätzlichen Fluchtanreiz nach Deutschland geschaffen haben dürfte (vgl. z. B. Bundesjustizminister *H. Maas*, in: <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/gastbeitrag-von-justizminister-heiko-maas-14041595.html>, Abfrage 6. 3. 2017) siehe auch *C. Langenfeld*, <http://verfassungsblog.de/deutschland-und-die-fluechtlinge-zwischen-scylla-und-charybdis/>; *Dörig/Langenfeld* (Fn. 6), S. 3; *Peukert/Hillgruber/Foerstel/Putzke*, ZAR (Fn. 6), S. 135; *Wendel* (Fn. 6), S. 338. Andererseits scheint diese Praxis spätestens seit Ende Oktober/Anfang November 2016 wieder beendet worden zu sein (*Peukert/Hillgruber/Foerstel/Putzke*, ZAR [Fn. 6], S. 135; *Wendel* [Fn. 6], S. 338), so dass jedenfalls das Flüchtlingsgeschehen nach diesem Zeitpunkt nicht mehr mit dem Selbsteintritt erklärt werden kann.

tuationen, nicht aber zu einem längerfristigen generellen Absehen von der Zuständigkeitsordnung in der EU; für einen anhaltenden „General-Selbsteintritt“ (in Gestalt einer exekutiven Generalabweichung vom geltenden EU-Gesetzesrecht) lässt die Norm keinen Raum.⁸⁴ Wäre dies anders, hätte es ein einzelner Mitgliedstaat in der Hand, durch großzügige Handhabung des Selbsteintrittsrechts einen Migrationsdruck zu erzeugen, unter dem die anderen Mitgliedstaaten – seien es die für den Außengrenzschutz zuständigen Staaten oder die Transitstaaten – zu leiden haben und der das unionsrechtliche Asylsystem nachhaltig gefährdet; eine solche Auslegung und Handhabung würde sich damit in einen offenen Widerspruch zum Unionsinteresse und zum Interesse der anderen Mitgliedstaaten setzen.

3. Der unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Vorbehalt zugunsten einer unaufgebaren Reserveverantwortung des Staates für eine wirksame Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle

Eine Situation, in der die Funktionsfähigkeit der europäischen Schutzmechanismen zugunsten einer wirksamen Grenzsicherung und Migrationssteuerung nachhaltig und schwerwiegend gestört erscheint, wirft naturgemäß die Frage auf, wie der Mitgliedstaat hierauf zu reagieren hat, insbesondere ob und inwieweit es ihm gestattet oder sogar geboten ist, nötigenfalls durch nationale Maßnahmen für einen ausreichenden Schutz zu sorgen, solange die Funktionstüchtigkeit der europäischen Schutzmechanismen nicht wiederhergestellt ist. Diese Frage wiederum stellt sich unter zweierlei Gesichtspunkten, nämlich sowohl aus dem Blickwinkel des Unionsrechts als auch aus dem Blickwinkel des nationalen Verfassungsrechts.

Zur Beantwortung muss ein wesentlicher Grundzug des europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 AEUV) in den Blick genommen werden, der ihn von anderen Politikfeldern der Union unterscheidet: Er betrifft durchgängig Materien, die zu den klassischen Herzstücken souveräner Staatlichkeit gerechnet werden. Dies gilt nicht allein für das engere Feld der (insb. polizeilichen) Sicherheits- und Justizge-

⁸⁴ *Peukert/Hillgruber/Foerster/Putzke*, JZ (Fn. 6), S. 349; *dies.*, ZAR (Fn. 6), S. 136; *Wendel* (Fn. 6) S. 337 ff. Wegen dieses unionsrechtsrechtlichen Gesetzesvorbehalts kommt es auch nicht entscheidend darauf an, ob zusätzlich auch noch nach Maßgabe des deutschen Verfassungsrechts ein Parlamentsvorbehalt besteht (im Blick auf den angeblich abschließenden Art. 59 Abs. 2 GG ablehnend: *Stumpf* (Fn. 6), S. 363; *Ruffert/Löbel* (Fn. 6), S. 1091 f., wobei sich natürlich fragt, ob eine so grundlegende migrationspolitische Entscheidung wie das längerfristige Absehen von der Dublin-Zuständigkeitsordnung tatsächlich allein als Ausfluss der außenpolitischen Prerogative der Bundesregierung gedeutet werden kann oder ob nicht tatsächlich auch der in III.4. darlegte grundgesetzliche Gesetzesvorbehalt greifen müsste).

währleistung im Innern (einschließlich der strafrechtlichen Zusammenarbeit),⁸⁵ sondern insbesondere auch für die Materien Grenzsicherung und gemeinsame Asylpolitik/Migrationssteuerung, denn wie sehr gerade auch diese Materien zu den Kernattributen souveräner Staatlichkeit und Territorialität des Staates zählen, ist bereits unter III.1. ausführlich dargelegt worden. Auch das BVerfG hat in seinem Urteil zum Lissabon-Vertrag folgerichtig exemplarische Teilaspekte des europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts unter eben jenem Aspekt ihrer Rückwirkungen auf die unaufgebare Souveränität des deutschen Verfassungsstaates geprüft (ohne allerdings speziell dem Aspekt der Asylpolitik eingehendere Aufmerksamkeit zu widmen).⁸⁶

Das europafreundliche Grundgesetz steht einer (partiellen) Integration auch in für die nationale Souveränität so sensiblen Materien wie denen der inneren Sicherheit, des Grenzschutzes und der Migrationssteuerung nicht entgegen und gestattet es insbesondere, dass Deutschland seine diesbezüglichen Aufgaben dort in einem integrativ verklammerten Verbund mit den anderen Mitgliedstaaten wahrnimmt, wo der einzelne Mitgliedstaat in dem angestrebten gemeinsamen europäischen Raum grenzüberschreitender Freiheit auf sich allein gestellt zu einer wirksamen Aufgabenerfüllung nicht mehr in der Lage ist. Der Grundlogik des europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, dass in dem Maße, in dem die Lebenswirklichkeit (mangels Grenzkontrollen) an den Grenzen keinen Halt mehr macht, auch die öffentliche Gewalt einer grenzüberschreitenden Verklammerung dergestalt bedarf, dass bestimmte Politikfelder (innere Sicherheit, Justizgewährleistung, Grenzschutz, Asyl und Migration) partiell vergemeinschaftet werden und die jeweilige mitgliedstaatliche Aufgabenerfüllung wechselseitig auch in den Dienst der anderen Mitgliedstaaten gestellt (indem z. B. der Außengrenzstaat Grenzschutzaufgaben auch für die anderen Mitgliedstaaten wahrnimmt) und zum Teil durch unionale Aufgabenerfüllung ergänzt wird (indem z. B. bestimmte Grenzschutzaufgaben durch Frontex wahrgenommen werden), stellt sich das Grundgesetz auf diese Weise nicht prinzipiell in den Weg. Es nimmt insoweit auch grundsätzlich in Kauf, dass Teile der mitgliedstaatlichen und unionalen Aufgabenerfüllung – aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts – der Steuerung durch den national-verfassungsrechtlichen Auftrag zu wirksamer Sicherheitsgewährleistung/Grenzsicherung/Migrationssteuerung (siehe oben

⁸⁵ Am Beispiel der (polizeilichen) Sicherheitsgewährleistung ausführlich: *Möstl* (Fn. 25), §§ 11 und 12 sowie Zusammenfassung auf S. 671 ff.; *ders.*, in: *Möstl/Trurnit* (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 65 ff.

⁸⁶ BVerfGE 123, 267/347, 359 ff., 381, 402 f., 406 ff. (dass auf S. 406 ff. „namentlich“ bestimmte besonders problematische Kompetenzbereiche näher geprüft werden, macht deutlich, dass diese Prüfung nicht abschließend ist).

III.) entgleiten und stattdessen durch entsprechende Direktiven des Unionsverfassungsrechts angeleitet werden (vgl. die Aufträge z. B. in Art. 77 Abs. 1 lit. b), Art. 79 AEUV zugunsten eines wirksamen Außengrenzschutzes und einer wirksamen Migrationssteuerung).⁸⁷

Die besondere Souveränitätsrelevanz der vom Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts berührten Materien setzt einer Integration in diesem Bereich jedoch auch Grenzen, denn die souveräne Staatlichkeit steht, wie das BVerfG betont hat,⁸⁸ auch im europäischen Integrationsprozess nicht zur Disposition. Das Politikfeld des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts trägt vor diesem Hintergrund besondere, es von anderen Politikfeldern unterscheidende Züge. Deutlich wird bei einer Gesamtschau insbesondere, dass die ursprüngliche Garantienstellung des Staates für die Gewährleistung von Sicherheit, Recht, Schutz an den Grenzen und Migrationssteuerung durch das Politikfeld nicht als solche in Frage gestellt werden oder in seiner Substanz geschwächt werden soll, sondern vorausgesetzt bleibt und nur insoweit unionsrechtlich ergänzt und verstärkt wird, wo dies zur Verwirklichung des gemeinsamen Raums der Freiheit nötig und der Mitgliedstaat zu einer wirksamen Aufgabenerfüllung auf sich allein gestellt nicht mehr in der Lage ist.⁸⁹ Nicht hingegen kann es Zweck der Union sein, die Mitgliedstaaten dort an einer wirksamen Aufgabenerfüllung zu hindern, wo das Unionsrecht für keinen ausreichenden Schutz zu sorgen vermag.

Den Respekt, den das Unionsrecht der ursprünglichen und als solche nicht in Frage gestellten Garantienstellung des Staates für Sicherheitsgewährleistung im Innern und Schutz der Territorialität nach außen zollt, bringen die Verträge an mehreren Stellen zum Ausdruck. Grundlegend ist Art. 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 EUV, der im Kontext der Achtung der nationalen Identität durch die Union klarstellt: „Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit. Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten“. Ergänzt wird diese Grundbestimmung durch einen speziellen Vorbehalt für das Politikfeld „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“: Art. 72 AEUV schärft ein, dass der diesen Politikbereich regelnde Titel „nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung

⁸⁷ Am Beispiel des Grenzschutzes, der zu wahrenen Territorialität des souveränen Nationalstaates sowie der mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts notwendig einhergehenden Einschränkungen nationaler Gebietshoheit: BVerfGE 123, 267/402 f.

⁸⁸ BVerfGE 123, 267/347.

⁸⁹ Möstl (Fn. 25), S. 589 ff., 632 ff.; ders., Vorbemerkungen (Fn. 85), Rn. 68; ders. (Fn. 75), S. 126 f.

und den Schutz der inneren Sicherheit“ berührt. Auch durch diese Norm, die – wie noch zu zeigen sein wird – als ultima ratio den Mitgliedstaat sogar zu einer Abweichung von Unionsrecht berechtigen kann, ist klargestellt, dass die unionale Aufgabenerfüllung in den Politikfeldern des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht auf Kosten der Einlösbarkeit der staatlichen Garantstellung für Sicherheit im Innern und Schutz nach außen gehen darf (dies insbesondere dann, wenn die Union nicht imstande ist, ihrerseits ein ausreichendes Schutzniveau zu gewährleisten).

Gleiches folgt auch aus nationalem Verfassungsrecht. Denn dieses setzt dem Integrationsprozess äußere Schranken und stellt, wie gezeigt, insbesondere die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht zur Disposition. Hieraus folgt, dass dem Staat, was den Schutz der Kernelemente der Staatlichkeit anbelangt (und hierzu gehören, wie unter III.1./2. gezeigt, die Aufgaben des Grenzschutzes, der Zuwanderungskontrolle und der Sicherheitsgewährleistung im Allgemeinen), zumindest eine unaufgebbare Reserveverantwortung dergestalt verbleiben muss, dass er dort, wo die unionale Aufgabenerfüllung strukturell versagt und ihre unionsverfassungsrechtlich vorgegebenen Ziele nachhaltig verfehlt, in der Lage sein muss, durch eigene Maßnahmen das erforderliche Schutzniveau zu garantieren. Dass eine Situation einträte, in der, obwohl die Union zu einer effektiven Beherrschung der notwendigen Elemente der Staatlichkeit im vergemeinschafteten Bereich nicht mehr imstande ist, auch der Mitgliedstaat an einer Erfüllung seiner originären Schutzpflichten gehindert wäre, darf unter dem Grundgesetz nicht eintreten, da dies genau jenen Verlust souveräner Staatlichkeit bedeuten würden, den die Ewigkeitsgarantie des Grundgesetzes verhindern will. Der Staat darf die Aufgabe des Schutzes von Kernelementen der Staatlichkeit nur nach Maßgabe einer effektiven Kompensation durch die Union aus der Hand geben; sie fällt an ihn zurück, wenn und solange dies nicht mehr der Fall ist.⁹⁰

Auch im Blick auf den speziellen Aspekt der Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung durch ein funktionierendes Asylsystem gilt daher, was das BVerfG bereits in allgemeiner Form für den sowohl unionsrechtlich (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV) als auch verfassungsrechtlich (Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3 GG) vorgegebenen Schutz der Verfassungsidentität Deutschlands festgestellt

⁹⁰ Zur „Reserveverantwortung“ bzw. „Gewährleistungsverantwortung“ des Staates siehe bereits *Di Fabio* (Fn. 1), S. 53, 83 ff., 118; ähnlich: *E. Klein* (Fn. 29), S. 164 (insbesondere zum soeben angesprochenen Kompensationsgedanken); vgl. auch die Art und Weise, in der das BVerfG im Lissabon-Urteil (wenn auch nicht speziell am Beispiel Asylrecht und Grenzschutz) souveränitätsrelevante Kompetenzmaterien der EU geprüft und mit äußeren Grenzlinien versehen hat, die ggf. durch Aktivierung entsprechender im Unionsrecht vorgesehener Vorbehalte durchzusetzen ist (BVerfGE 123, 267/406 ff., z. B. im Bereich des Strafrechts, wo nationale Vorbehalte ggf. durch Aktivierung der „Notbremse“ des Art. 83 Abs. 3 AEUV durchzusetzen wären).

hat: Die jeweiligen Vorbehalte zugunsten einer unaufgebbaren Garantenstellung des Staates für wirksame Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle, die sich gleichgerichtet sowohl aus dem nationalen Verfassungsrecht (Staatlichkeitsgarantie der Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3 GG) wie aus dem Unionsverfassungsrecht (Vorbehalt des Art. 72 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV) ergeben, stehen nicht gegeneinander, sondern gehen „Hand in Hand“.⁹¹ Was dies im Einzelnen bedeutet, ist im Folgenden zunächst aus unionsrechtlichem und sodann aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel näher zu beleuchten.

a) Der unionsrechtliche Vorbehalt des Art. 72 AEUV
(i. V. m. Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV)

Aus Art. 72 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV ergibt sich, dass ein Mitgliedstaat zur Erfüllung seiner wesentlichen Staatsfunktionen (hier: Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung) – im Rahmen des Unionsrechts sowie nötigenfalls in Abweichung vom (normalerweise gültigen) Unionsrecht – in der Lage sein muss, an seiner Staatsgrenze die zum Schutz und zur Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, soweit das unionale Grenzregime und Asylsystem in seiner Funktionstüchtigkeit nachhaltig und schwerwiegend gestört ist und für den Mitgliedstaat keine ausreichende Schutzwirkung mehr zu entfalten vermag.

Dass ein unkontrollierter Massenzustrom von z. T. unzureichend registrierten Flüchtlingen (wie im Herbst 2015 aufgetreten) eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung und die innere Sicherheit darstellt und der Anwendungsbereich des Art. 72 AEUV damit grundsätzlich eröffnet ist, dürfte unstreitig sein. Jedenfalls hat eine ebensolche Bedrohung 2015 auch die europäische Kommission in Bezug auf die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen durch Deutschland ausdrücklich festgestellt.⁹² Ebenso ist allgemein anerkannt, dass die Wiederaufnahme nationaler Binnengrenzkontrollen, wie sie in Art. 23 ff. SGK zum Schutz der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit vorgesehen ist, einen klassischen Anwendungsfall des Art. 72 AEUV darstellt, der exemplarisch zeigt, in welcher Weise diese Norm – zum Schutze staatlicher Kernfunktionen – zu einem ausnahmsweisen Abweichen von den normalerweise geltenden Normen und Zielsetzungen des europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Ziel Wegfall der

⁹¹ So die Formulierung in BVerfGE 123, 267, Leitsatz 4; vgl. auch *V. Röben*, in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 72 AEUV, Rn. 3 (verfassungsgerichtliche Durchsetzung der Wahrung des Art. 72 AEUV im Wege der Ultra-vires-Rüge oder der Identitätsrüge).

⁹² C (2015) 7100 final, insb. unter (34).

Binnengrenzkontrollen, Art. 77 Abs. 1 lit. a) AEUV) berechtigt.⁹³ Auch der oben angesprochene Konnex von staatlicher Grund/Reserveverantwortung und unionaler Kompensation wird deutlich. Denn zu einer vorübergehenden Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen müssen die Mitgliedstaaten nach Sinn und Zweck der Norm insbesondere dann berechtigt sein, wenn es zu einer Störung der notwendigen unionalen Kompensation des Wegfalls von Binnengrenzkontrollen, d. h. der Gewährleistung eines ausreichenden Außengrenzschatzes (Art. 77 Abs. 1 lit. b) und c) AEUV), kommt und die Union nicht für ein ausreichendes Schutzniveau zu sorgen imstande ist.

Die Begriffe „öffentliche Ordnung“ und „innere Sicherheit“ in Art. 72 AEUV dürfen – anders als z. B. die entsprechenden Tatbestandsmerkmale in Art. 36, 45 Abs. 3, 52 AEUV – nicht zu eng ausgelegt werden; vielmehr ist den Mitgliedstaaten ein grundsätzlich weiter Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Denn es geht hier (anders als bei Art. 36, 45 Abs. 3, 52 AEUV) nicht um die Ausnahmetatbestände für unionsverfassungsrechtlich gewährleistete Freiheitsrechte (Grundfreiheiten), sondern um den Schutz grundlegender Staatsfunktionen.⁹⁴ Zu eng wäre es insbesondere, die Schutzklausel allein auf den Bereich etwaiger Kriminalitätsgefahren zu reduzieren. Schon der Begriff „innere Sicherheit“ zielt unionsrechtlich nicht allein auf Kriminalitätsbekämpfung, sondern umfassender auch auf den Schutz des Staates, seiner Einrichtungen und wichtigen Dienste, der durch einen Kontrollverlust hinsichtlich eines wesentlichen Elements der Staatlichkeit sowie eine hieraus drohende Überforderung der staatlichen Einrichtungen sehr wohl berührt sein dürfte. Erst recht bezieht sich die „öffentliche Ordnung“ nicht allein auf den (z. B. im grundfreiheitlichen Kontext des *ordre public*-Vorbehalts relevanten) Bereich einer „hinreichend schweren Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gemeinschaft berührt“ (obwohl selbst dieses Kriterium im Fall einer anhaltenden unkontrollierten Massenzuwanderung erfüllt sein dürfte). Deutlich wird dies, wenn man z. B. die englische Textfassung der Norm ansieht, in der bezeichnenderweise nicht von „public policy“ (wie in Art. 36 AEUV), sondern von „maintenance of law and order“ die Rede ist (ebenso in Art. 4 Abs. 2 EUV). Art. 72 AEUV ist auf diese Weise in der Lage, insbesondere den hier – in einer Flüchtlingskrise – relevanten Fall zu erfassen, dass die Union – aufgrund ernsthafter und nachhaltiger Störungen in der Funktionstüchtigkeit ihres Rechts, d. h. eines krassen Auseinanderklaffens von Recht und Wirk-

⁹³ M. Rossi, in: Callies/Ruffert, EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 72 AEUV, Rn. 8.

⁹⁴ M. Rossi, in: Callies/Ruffert, EUV, AEUV, Art. 72 AEUV, Rn. 7; H.-H. Herrfeld, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 72 AEUV, Rn. 9, auch zum Folgenden. Im Bereich Migration und Grenzschutz unterliegt die Handhabung des Art. 72 AEUV durch die Mitgliedstaaten – anders als im Bereich von Maßnahmen der Polizei und der Strafverfolgungsbehörden (Art. 276 AEUV) – jedoch ggf. der Überprüfung durch den EuGH.

lichkeit – in einem bestimmten Bereich (hier Grenzsicherung und Asylsystem) nicht mehr in der Lage ist, für „Recht und Ordnung“ zu sorgen. In genau einem solchen Fall muss es den Mitgliedstaaten möglich sein, ihrerseits für eine Wiederherstellung von Recht und Ordnung zu sorgen (jedenfalls so lange, bis das Unionsrecht wieder funktioniert und hinreichend beachtet wird), d. h. sicherzustellen, dass kein rechtsfreier Raum eintritt. Für den Fall des temporären Zusammenbruchs des europäischen Grenz- und Asylsystems heißt dies, dass es Deutschland möglich sein muss, – bis zur Wiederherstellung eines funktionierenden europäischen Grenzregimes und Asylsystems – sein nationales Grenzregime in Gang zu setzen sowie die Schutzmechanismen des eigenen Asylrechts (namentlich die Drittstaatenklausel des Art. 16a Abs. 2 GG i. V. m. den Möglichkeiten der Einreiseverweigerung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) zum Vollzug zu bringen.

Die Frage, ob Art. 72 AEUV die Mitgliedstaaten dazu berechtigen kann, durch Maßnahmen an den eigenen Grenzen (namentlich durch Invollzugsetzung einer Art Drittstaatenregelung) zu einer Begrenzung des Flüchtlingszustroms zu gelangen, ist – auf eine gutachterliche Anfrage der österreichischen Bundesregierung hin – auch von *W. Obwexer* untersucht worden.⁹⁵ Auch *Obwexer* kommt dabei zum Ergebnis, dass Art. 72 AEUV in einer Situation wie derjenigen der Flüchtlingskrise 2015/16 einschlägig sein kann, und er stützt damit das auch hier gewonnene Ergebnis. Auch er beruft sich dabei u. a. auf die von der Kommission (im Zuge ihrer Billigung der Wiedereinführung von Grenzkontrollen) selbst geteilte Einschätzung, dass ein massiver Zustrom von Schutzsuchenden, wie er 2015/16 zu verzeichnen war, eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit im Sinne von Art. 23 ff. SGK und Art. 72 AEUV darstellen kann und tatsächlich dargestellt hat. Im Übrigen legt er seiner Prüfung von Art. 72 AEUV ein Verständnis der Begriffe „öffentliche Ordnung“ und „innere Sicherheit“ zugrunde, das nach hier vertretener Ansicht (siehe bereits oben) zu eng ist. Er misst diesen Begriffen nämlich diejenige Bedeutung bei, die ihnen im Rahmen der *ordre public*-Vorbehalte der Grundfreiheiten zugemessen wird. Mit dieser Sichtweise verkennt er, dass dem Vorbehalt des Art. 72 AEUV eine ganz andere Funktion zukommt wie den grundfreiheitlichen *ordre public*-Vorbehalten, geht es doch nicht um (eng auszulegende) Ausnahmen von primärrechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten (den Grundfreiheiten), sondern um den Schutz grundlegender Staatsfunktionen in einem Feld (Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts), der von einem besonderen Respekt vor den überkommenen Souveränitätsrechten des Staates in diesem klassischen Kernbereich staatlicher Funktionswahrnehmung geprägt ist, vgl. Art. 4 Abs. 2 Satz 2

⁹⁵ *Obwexer*, Gutachten (Fn. 6), insbesondere S. 15 ff., 41 ff. (auch zum Folgenden).

EUV). Übersehen wird auch, dass Art. 72 AEUV – schon dem Wortlaut nach (wie in der englischen Sprachfassung deutlich wird) – anders formuliert ist als die klassischen *ordre public*-Vorbehalte, nämlich auf „maintenance of law and order“ statt auf „public policy“ abstellt und so gerade den entscheidenden Aspekt zu erfassen imstande ist, dass der Mitgliedstaat gerade dort zur Ergreifung der erforderlichen Maßnahmen berechtigt sein muss, wo das Unionsrecht versagt, seine Steuerungskraft verloren hat und nicht in ausreichender Weise für „Recht und Ordnung“ zu sorgen vermag. Die Frage der richtigen Auslegung kann freilich letztlich dahingestellt bleiben, denn *Obwexer* zeigt, dass selbst bei der (hier abgelehnten) engen Auslegung, die sich an den *ordre public*-Vorbehalten orientiert, Art. 72 AEUV sehr wohl berührt sein kann – dies insbesondere deswegen, weil ein Massenzustrom an Flüchtlingen die Funktionsfähigkeit der grundlegenden öffentlichen Dienste des Landes gefährden kann (innere Sicherheit); dass auch zentrale Grundinteressen der Gesellschaft berührt sein können (öffentliche Ordnung), wäre zu ergänzen. Bemerkenswert ist des Weiteren, dass *Obwexer* auch den hier für entscheidend erachteten Umstand, dass nämlich ein Agieren nach Art. 72 AEUV nicht erst dann in Betracht kommt, wenn die Funktionstüchtigkeit des Staates infolge eines gegenwärtigen Massenzustroms akut gefährdet ist, sondern bereits dann, wenn das EU-Recht versagt und seine Steuerungskraft und Schutzwirkung verloren hat (um den Staat in die Lage zu versetzen zu verhindern, dass ein rechtsfreier Raum eintritt), in der Sache anerkennt und ihm (wenn auch auf andere Weise als im Rahmen des Art. 72 AEUV) Rechnung zu tragen versucht (*Obwexer* spricht von einem „gefährlichen Vakuum“). Er verweist nämlich auf eine ältere Rechtsprechung des EuGH, wonach die Mitgliedstaaten im Falle anhaltender Untätigkeit der Union als „Sachwalter des gemeinsamen Interesses“ zur Ergreifung der erforderlichen Maßnahmen berechtigt sein können, und er bezieht diese Rechtsprechung ausdrücklich auch auf die gegebene Situation, in der die Union noch nicht imstande gewesen ist, ihr Asylrecht und Grenzregime in einer Weise zu gestalten oder zu ändern, dass es zur Bewältigung der gegenwärtigen Herausforderungen in der Lage ist.⁹⁶ Nach hier vertretener Ansicht ist es vorzugswürdig, diese in der Sache berechnete Überlegung unmittelbar in die Auslegung von Art. 72 AEUV als dem hier maßgeblichen und primärrechtlich vorgesehenen Vorbehalt hineinzulesen. Dies ist auch ohne weiteres möglich, da Art. 72 AEUV, wie gezeigt, gerade dann greift, wenn das Unionsrecht in einem bestimmten Bereich seine Steuerungskraft und Schutzwirkung verloren hat und so nicht mehr in ausreichender Weise für „Recht und Ordnung“ zu sorgen in der Lage ist.

⁹⁶ *Obwexer*, Gutachten (Fn. 6), S. 46 f., unter Bezugnahme auf EuGH vom 5. 5. 1981, Rs. 804/79.

Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 72 AEUV erfüllt sind, so fragt sich, worin seine genauen Rechtsfolgen bestehen. Hierbei müssen verschiedene Wirkungsweisen unterschieden werden. Im Ausgangspunkt ist es sicherlich so, dass Art. 72 AEUV zuallererst als eine Direktive an den Unionsgesetzgeber fungiert, in seinen Normativakten ausreichende Spielräume für nationale Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit vorzusehen (so wie dies z. B. in Art. 23 ff. SGK hinsichtlich der vorübergehend möglichen Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen in vorbildlicher Weise geschehen ist); wo dies der Fall ist, kann der Mitgliedstaat sogar in voll und ganz sekundärrechtskonformer Weise die nötigen Maßnahmen treffen. Es ist jedoch weitgehend unstrittig, dass soweit der Unionsgesetzgeber dem Art. 72 AEUV genügende Öffnungsklauseln nicht in ausreichendem Maße statuiert hat, Art. 72 AEUV nötigenfalls auch zur Abweichung von ansonsten geltendem EU-(Sekundär)Recht berechtigen kann; das Recht zur unionsrechtskonformen Abweichung folgt insoweit aus dem Primärrecht selbst.⁹⁷ Dass dies so ist, ist namentlich auch von *Obwexer* in seiner Untersuchung⁹⁸ angenommen und ausführlich begründet worden. Art. 72 AEUV ist damit zum einen Auslegungsdirektive, die danach drängt, die nötigen Ausnahmen, derer die Mitgliedstaaten zur Aufrechterhaltung von innerer Sicherheit und öffentlicher Ordnung bedürfen, soweit möglich, im Sekundärrecht selbst zu finden, zum anderen ist sie Ermächtigung, vom Sekundärrecht nötigenfalls abzuweichen, wo es an ausreichenden sekundärrechtlichen Ausnahme Klauseln fehlt.

Von Bedeutung ist dies auch für die Dublin III-Verordnung. Einen ausdrücklichen Vorbehalt in der Art der Art. 23 ff. SGK formuliert diese nicht. Dennoch wird zu überprüfen sein, ob sich ihr ausreichende Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten, die Art. 72 AEUV Rechnung tragen, entnehmen lassen. Bereits unter 1. ist gezeigt worden, dass selbst im Normalzustand keineswegs sicher ist, ob aus der Dublin III-Verordnung wirklich ein prinzipielles Verbot der Zurückweisung von Asylsuchenden in sichere Drittstaaten folgt. Erst recht wird zu fragen sein (s. u. 4.), ob es nicht wenigstens in einer Situation, in der ein Mitgliedstaat in unionsrechtskonformer Weise Binnengrenzkontrollen wiederingeführt hat – und zwar weil es gerade ein unkontrollierter Massenzustrom an Flüchtlingen war, der zu der maßgeblichen ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit geführt hat –, möglich sein muss, zur Verteidigung der Dublin-Zuständigkeits-

⁹⁷ M. Rossi, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 72 AEUV, Rn. 5; H.-H. Herrmfeld, in: Schwarze, EUV, AEUV, 3. Aufl. 2012, Art. 72 AEUV, Rn. 10; W. Weiß, in: Streinz, EUV, AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 72 AEUV, Rn. 4. Anders (Kompetenzausübungsschranke) wohl V. Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 72 AEUV, Rn. 13 ff.

⁹⁸ *Obwexer*, Gutachten (Fn. 6), S. 17.

ordnung und Wiederherstellung des Rechts auch zu Maßnahmen der Zurückweisung an der Grenze zu schreiten. Sollte indes auch dies scheitern, müsste sich nach hier vertretener Ansicht jedenfalls aus Art. 72 AEUV die Befugnis ergeben, die nationale Drittstaatenregelung durchzusetzen (einschließlich § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG), solange ein funktionierendes europäisches Asylsystem nicht besteht und nicht wiederhergestellt ist.⁹⁹

b) Der nationale Verfassungsvorbehalt

Die gleiche Rechtsfolge, dass nämlich der Staat in Zeiten einer nachhaltigen und schwerwiegenden Störung des unionalen Grenzregimes und Asylsystems in der Lage sein muss, selbst die erforderlichen Maßnahmen der Grenzsicherung zu ergreifen und zur Kontrolle der Zuwanderung seine eigenen asylrechtlichen Schutzmechanismen in Gang zu setzen, folgt auch aus einem Verfassungsvorbehalt des Grundgesetzes. Denn es würde die Integrationsgrenzen des Art. 23 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG überschreiten, Kernfunktionen der Staatlichkeit in der Weise auf die Union zu übertragen, dass der Staat selbst in Zeiten einer nachhaltigen schwerwiegenden Schlechterfüllung dieser Funktionen durch die Union an einer eigenen wirksamen Aufgabenerfüllung gehindert wäre.¹⁰⁰

Dabei ist zuzugeben, dass die hiesige Fallkonstellation etwas anders gelagert ist, als die klassischen Fallkonstellationen, in denen normalerweise die Frage nach den absoluten Integrationssschranken und entsprechenden Verfassungsvorbehalten aufgeworfen wird. Normalerweise nämlich geht es sowohl bei der Identitätskontrolle¹⁰¹ als auch bei der Ultra-vires-Rüge¹⁰² als auch bei dem älteren Solange-Vorbehalt¹⁰³ um Konstellationen, in denen sich Unionsorgane aus dem Blickwinkel des nationalen Verfassungsrechts gleichsam ein „Zuviel“ an Befugnissen herausnehmen. Hier hingegen liegt eine quasi umgekehrte Situation vor, in der das Unionsrecht im gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein „Zuwenig“ an praktischer Wirksamkeit entfaltet und seine Funktionstüchtigkeit nachhaltig eingebüßt hat. Auch ist es weniger ein Fehlverhalten der Unionsorgane, das in Rede steht, als der Umstand, dass die Einhaltung des Unionsrechts in der Praxis der Mitgliedstaaten (die – auch im Interesse Deutschlands – zur Gewährleistung hinreichenden Außengrenzschutzes, zur Durchsetzung des Schengener Grenz-

⁹⁹ Für eine Anwendbarkeit von Art. 72 AEUV (mit der Folge zulässiger Einreiseverweigerungen) auch *Dörig* (Fn. 6), S. 179 f.; *Hailbronner/Thym* (Fn. 6), S. 762 f.

¹⁰⁰ Siehe bereits die Herleitung unter 3. vor a).

¹⁰¹ BVerfGE 123, 267, Leitsatz 4; zuletzt ausführlich BVerfG vom 15. 12. 2015 – 2 BvR 2375/14, Rn. 40 ff.

¹⁰² BVerfGE 126, 286; 134, 366/382 ff.

¹⁰³ BVerfGE 37, 271; 73, 339; 102, 147.

kodex und zur Verwirklichung der Dubliner Zuständigkeitsordnung berufen wären) in einem Ausmaß außer Funktion gesetzt wird, welches in Deutschland die Einlösung wesentlicher Staatsfunktionen zu gefährden droht. Zum Tragen kommt insoweit ein wesentliches Konstruktionsprinzip des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem nationale Funktionswahrnehmung bislang weniger (vertikal) von unionaler abgelöst wird, als dass die Mitgliedstaaten (horizontal) wechselseitig verklammert und füreinander indienstgenommen werden (dergestalt, dass ein Mitgliedstaat auch für die Sicherheit, den Grenzschutz und asylrechtliche Belange des anderen Mitgliedsstaats zu sorgen hat).¹⁰⁴

Auch und gerade in dieser Konstellation indes muss nötigenfalls ein Verfassungsvorbehalt gegen vorrangiges Unionsrecht in Anschlag gebracht werden können, denn ebenso wenig, wie das Grundgesetz eine Aushöhlung souveräner Staatlichkeit dergestalt duldet, dass Hoheitsrechte jenseits der grundgesetzlichen Integrationssschranken (in der Vertikalen) unmittelbar auf die Union übertragen werden, kann es sie in der Form dulden, dass wesentliche Staatsfunktionen (z. B. im Bereich Grenzschutz und Asyl) – mittels vorrangigen Unionsrechts – (in der Horizontalen) auf andere Staaten übergehen und dabei auch im Falle anhaltender schwerwiegender Schlechterfüllung durch diese Staaten von Deutschland nicht zurückgeholt werden können. Die deutsche Staatsgewalt muss sich in einer solchen Situation von Verfassungen wegen nötigenfalls vom Vorrang des Unionsrechts befreien können, um in der Lage zu bleiben, wesentliche Staatsfunktionen in ausreichendem Maße zu erfüllen.

Deutlich wird dies, wenn man sich vor Augen führt, dass auch die hiesige Konstellation in engstem Zusammenhang mit den klassischen Verfassungsvorbehalten (Identitätskontrolle, Ultra-Vires-Kontrolle, Solange-Vorbehalt) steht, ja die von ihnen jeweils thematisierte Grundproblematik jeweils gleichsam nur unter anderem Vorzeichen durchexerziert:

– Berührt ist zum einen – und ganz zentral – der Identitätsvorbehalt des Grundgesetzes (Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG). Er verlangt, dass die wesentlichen Grundstrukturen souveräner Verfassungsstaatlichkeit auch im Integrationsprozess erhalten bleiben. Hierzu gehört auch, dass die wesentlichen Staatsfunktionen erfüllbar und die notwendigen Elemente der Staatlichkeit (hier: Territorialität) beherrschbar bleiben. Deutschland darf seine Befugnisse im Kernbereich der Staatlichkeit (Sicherheit, Justizgewährleistung, Grenzschutz, Migrationskontrolle) nicht in der Weise auf die Union bzw. über die Union auf andere Mitgliedstaaten übertragen, dass diese wesentlichen Staatsfunktionen auch im Falle anhaltender schwerwiegender Schlechterfüllung durch Union oder andere Mitgliedstaaten nicht zurückge-

¹⁰⁴ Zu diesen Verbundstrukturen: *Möstl*, Vorbemerkungen (Fn. 85), Rn. 66; *ders.* EuR-Beiheft 3/2009, 33/39.

holt werden dürfen, sondern unionsrechtlich gesperrt sind. Eine unaufgebba-
re Reserveverantwortung des Staates muss insoweit verbleiben. Was Art. 72
AEUV gestattet, wird auf diese Weise auch verfassungsrechtlich zwingend
verlangt.¹⁰⁵

– Ein enger Bezug besteht des Weiteren zur Ultra-vires-Kontrolle. Freilich
ist es hier nicht in erster Linie die Union, die durch Kompetenzüberschreitung
aus dem Integrationsprogramm ausbricht¹⁰⁶. Aber auch, wenn – wie im Be-
reich Grenzschutz und Asyl der Fall – durch mitgliedstaatliches Handeln das
gemeinsame Grenzregime und Asylsystem weitgehend und nachhaltig außer
Vollzug geraten ist und das Unionsrecht so seine Steuerungskraft und Schutz-
wirkung verloren hat, ist aus dem Integrationsprogramm ausgebrochen wor-
den. Der gemeinsame Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts kann
nur funktionieren, wenn die in ihrer Aufgabenerfüllung wechselseitig ver-
klammerten und füreinander indienstgenommenen Staaten sich vertrauen
können.¹⁰⁷ Dies ist auch ein Gebot des in Art. 4 Abs. 3 EUV statuierten Grund-
satzes loyaler Zusammenarbeit. Wird hiergegen in anhaltender schwerwie-
gender Weise – d. h. systemisch – verstoßen, kann dies nicht nur dazu führen,
dass im Einzelfall zugunsten des Einzelnen Ausnahmen vom eigentlich gülti-
gen Unionsrecht gemacht werden müssen (z. B. durch Verbot der eigentlich
vorgesehenen Überstellung in diesen Staat, siehe Art. 3 Abs. 2 Dublin III-VO),
sondern es kann es auch notwendig machen, ggf. vom Unionsrecht abweichen
zu müssen, wenn nur so wesentliche Staatsfunktionen bei der Sicherheitsge-
währleistung und der Wiederherstellung von Recht und Ordnung erfüllt wer-
den können. Art. 72 AEUV erlaubt dies – und nur indem es die Union erlaubt
und sich dem zur Erfüllung wesentlicher Staatsfunktionen in Aktion tretenden
Staat nicht in den Weg stellt, handelt sie nicht ultra vires.

– Querbezüge bestehen schließlich zum Solange-Vorbehalt, wengleich
nicht in Bezug auf die Grundrechte, sondern auf andere Strukturserwartungen
des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG. Denn Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG verlangt von der
Union nicht allein einen im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz
(in dieser Konstellation ist der Solange-Vorbehalt entwickelt worden), son-
dern auch, dass die Union den sonstigen, in Art. 20 GG niedergelegten und
in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG dem „Grundsatz“ nach auf die Union erstreckten
Staatsstrukturen funktional entspricht; Art. 23 Abs. 1 GG ist insoweit ein
„bedingtes“ Staatsziel.¹⁰⁸ Für die hier interessierende Fallkonstellation folgt
daraus, dass wenn der Mitgliedstaat wesentliche Staatsfunktionen (im Be-

¹⁰⁵ Vgl. *Di Fabio* (Fn. 1), S. 53, 83 ff., 118; *E. Klein* (Fn. 29), S. 164.

¹⁰⁶ Zum ausbrechenden Hoheitsakt: BVerfGE 89, 155, Leitsatz 5.

¹⁰⁷ Vgl. *K. Hailbronner/D. Thym*, Vertrauen im europäischen Asylsystem, NVwZ
2012, 466; *A.-K. Kaufhold*, Gegenseitiges Vertrauen, EuR 2012, 408.

¹⁰⁸ *Di Fabio* (Fn. 1), S. 84.

reich Grenzschutz, Asyl, Migration) auf die Union bzw. (über die Union) auf andere Mitgliedstaaten überträgt, die Erfüllbarkeit dieser Staatsfunktionen in einer dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Weise gewährleistet bleiben muss. Nur „solange“ dies strukturell der Fall ist, kann sich das Grundgesetz zurücknehmen. Bei nachhaltigen, schwerwiegenden und systemischen Mängeln muss der verfassungsrechtliche Solange-Vorbehalt hingegen zum Tragen kommen.

Zu den bisherigen Überlegungen gesellt sich eine weitere grundgesetzliche Fundierung, die den dargestellten Verfassungsvorbehalt – speziell im Bereich Asyl – zusätzlich untermauert (siehe dazu auch bereits oben III.2.). Art. 16a GG und insbesondere die sichere Drittstaatenregelung (Art. 16a Abs. 2 GG) ist vom verfassungsändernden Gesetzgeber, wie auch Art. 16a Abs. 5 GG deutlich macht, von Beginn an so gedacht gewesen, dass damit eine Grundlage geschaffen werden sollte für „eine europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer Lastenverteilung zwischen den an einem solchen System beteiligten Staaten“.¹⁰⁹ Das Grundgesetz ist also bereit, seine – für die umliegenden Mitgliedstaaten der EU harte – Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG hintanzustellen, soweit an ihre Stelle ein faires und funktionierendes europäisches Asylsystem tritt. Hieraus allerdings ergibt sich auch ein Hinweis darauf, was von Verfassungs wegen zu erfolgen hat, wenn ein solches europäisches Asylsystem in seiner Funktionstüchtigkeit nachhaltig und schwerwiegend gestört ist und gerade keine faire Lastenverteilung mehr gewährleistet (sondern Deutschland faktisch übermäßig belastet). Für solche Fälle hält das Grundgesetz nämlich die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG weiterhin vor, um, bis ein funktionsfähiges europäisches Asylsystem wiederhergestellt ist, an dessen Stelle treten zu können. Der allgemeine, aus Art. 23 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG abgeleitete Verfassungsvorbehalt wird auf diese Weise durch Art. 16a GG selbst zu einem konkreten Verfassungsauftrag verdichtet, im Falle nachhaltiger schwerwiegender Störungen des europäischen Asylsystems die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG wieder in Vollzug zu setzen.

Gegen den bis hierher begründeten Verfassungsvorbehalt kann schließlich nicht eingewendet werden, er verstoße gegen den anerkannten Grundsatz des Unionsrechts, dass Mitgliedstaaten den Vorrang des Unionsrechts nicht allein deswegen in Frage stellen und sich selbst „Recht verschaffen“ dürfen, nur weil (auch) andere Mitgliedstaaten gegen Unionsrecht verstoßen.¹¹⁰ Denn zwar mag dieser Grundsatz im Allgemeinen für die unionale Rechtsgemeinschaft gültig und prägend sein. Er lässt sich jedoch nicht unesehen auf den beson-

¹⁰⁹ So ausdrücklich BVerfGE 94, 49, Leitsatz 1.

¹¹⁰ Zu diesem Einwand: *Hailbronner* (Fn. 6), S. 21; *Bast/Möllers* (Fn. 25) unter Verweis auf EuGH Rs. 90/73 und 91/63.

deren Politikbereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts übertragen. Denn hier geht es nicht allein um individuelle Freiheitsgewährleistung oder gemeinsame Marktorganisation im Binnenmarkt (wo in der Tat kein Grund ersichtlich ist, warum der Rechtsverstoß des einen auch zum Rechtsverstoß des anderen Mitgliedsstaats berechtigen soll), sondern es geht um die Erfüllbarkeit wesentlicher Staatsfunktionen, die die Union gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV zu achten hat. Wenn die Erfüllbarkeit wesentlicher Staatsfunktionen durch das Handeln der Union oder der anderen Mitgliedstaaten systemisch gefährdet ist, muss der betroffene Staat in der Lage bleiben, seine Staatlichkeit schützen zu dürfen. Genau deswegen räumt ihm Art. 72 AEUV auch die Befugnis ein, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Art. 72 AEUV ist auf diese Weise die im Primärrecht selbst verankerte Ermächtigung, abweichend von ansonsten im Unionsrecht gültigen Maßstäben die erforderlichen nationalen Maßnahmen ergreifen zu können; das ansonsten im Unionsrecht geltende Verbot der Selbsthilfe ist insoweit kraft primärrechtlicher Anordnung ein Stück gelockert. Und dass eine Norm wie Art. 72 AEUV existiert, der dem Mitgliedstaat den nötigen Schutz seiner Staatlichkeit im Falle systemischen Versagens des Unionsrechts bzw. der anderen Mitgliedstaaten möglich macht, ist wiederum eine zwingende Anforderung des Grundgesetzes, das die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht zur Disposition stellt. In den souveränitätsrelevanten Bereichen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zumindest gewisse „Selbsthilferechte“ zur Wiederherstellung von Sicherheit, Recht und Ordnung (wie in Art. 72 AEUV statuiert) zu behalten, ist ein unaufgebbares Gebot des Grundgesetzes.

4. Unionsrechtskonformität nationaler Maßnahmen der Einreiseverweigerung

Betrachtet man im Lichte des bis hierher Erarbeiteten abschließend, ob im Falle schwerwiegender und nachhaltiger Störungen des EU-Grenz- und -Asylsystems nationale Maßnahmen der Einreiseverweigerung, wie sie nach nationalem Recht gefordert sind (siehe III.), unionsrechtskonform sind, so ergibt sich folgendes Bild:

Zunächst ergeben sich mehrere mögliche Argumentationslinien, mit denen sich für die Ausnahmelage eines systemisch gestörten unionsrechtlichen Grenzregimes und Asylsystems zeigen lässt, dass Einreiseverweigerungen sogar mit dem EU-Sekundärrecht vereinbar sein können und keine durchgehende Pflicht angenommen werden kann, jeden Schutzsuchenden zumindest in ein Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedsstaats nach den Art. 20 ff. Dublin III-Verordnung zu übernehmen.

So hat *K. Hailbronner* (für die Situation 2015/16) darauf hingewiesen, dass im Falle zulässigerweise wieder eingeführter Binnengrenzkontrollen grund-

sätzlich Einreiseverweigerungen nach Art. 13 SGK in Betracht kommen. Zwar statuiert Art. 13 Abs. 1 Satz 2 SGK, dass die besonderen Bestimmungen zum Asylrecht und zum internationalen Schutz hiervon unberührt bleiben. Dies macht im Normalfall auch Sinn, da, wenn z. B. wegen einer besonderen Gefahrensituation (z. B. ein G8-Gipfel, ein großes Sportereignis), die nichts mit Flüchtlingen zu tun hat, vorübergehende Grenzkontrollen angeordnet werden, keinerlei vernünftiger Grund ersichtlich ist, warum allein deswegen keine Asylanträge an der Grenze mehr entgegengenommen werden sollen. Hier allerdings besteht die Besonderheit, dass die Gefahr für die öffentliche Ordnung und die innere Sicherheit, wegen derer die Binnengrenzkontrollen wiedereingeführt wurden, gerade in dem unkontrollierten Massenzustrom an Flüchtlingen selbst begründet liegt; hinzukommt, dass es zu diesem unkontrollierbaren Massenzustrom gerade infolge einer Politik der systematischen – unionsrechtswidrigen irregulären – Weiterleitung von Flüchtlingen nach Deutschland gekommen ist. In dieser Sondersituation hält *Hailbronner* Zurückweisungen, wenn sich nur durch sie eine geordnete Einreise und Behandlung von Asylsuchenden wiederherstellen lässt, für ein im Sinne des Schengener Grenzkodex erforderliches und verhältnismäßiges Mittel zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. In dem Maße, in dem der irregulär weitergeleitete Flüchtlingszustrom selbst die die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen auslösende Gefahr darstellt, muss es dem Mitgliedstaat möglich sein, die zur Beherrschung der Gefahr erforderlichen Mittel zu ergreifen (einschließlich Maßnahmen, die sich gegen den gefahrauslösenden irregulären Flüchtlingszustrom an sich richten). Dies folgt auch aus der Wertung des Art. 72 AEUV, auf dem die Regeln des SGK zur Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen beruhen.¹¹¹

Erwogen wurde auch, dass sich Deutschland infolge des systemischen Versagens des Schengen- und Dublin-Systems faktisch in einer Außengrenzsituation befindet, so dass es sich auf die Möglichkeit einer Zurückweisung in sichere Drittstaaten nach Art. 3 Abs. 3 Dublin III-Verordnung berufen kann.¹¹²

Eine andere – einen sehr bedenkenswerten Lösungsansatz eröffnende – Argumentationslinie hat schließlich eine Reihe von Rechtswissenschaftlern aufgezeigt.¹¹³ Sie stützen ihre Argumentation insbesondere auf Art. 20 Abs. 4 Dublin III-Verordnung. Dieser bestimmt, dass wenn ein Asylantrag vom Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats (hier Österreich) aus gestellt wird,

¹¹¹ Zum Ganzen: *Hailbronner* (Fn. 6), S. 18 ff.

¹¹² Vgl. *D. Thym*, <http://verfassungsblog.de/der-rechtsstaat-und-die-deutsche-staats-grenze/>, Abfrage: 6. 3. 2017.

¹¹³ *Peukert/Hillgruber/Foerster/Putzke*, <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlings-krise/fluechtlingskrise-in-deutschland-rechtsstaatlich-machbar-14060376.html>, Abfrage: 6. 3. 2017; *dies.*, JZ und ZAR 2016 (Fn. 6).

diesem Mitgliedstaat auch die Prüfung des zuständigen Mitgliedsstaats obliegt, so dass also nicht Deutschland die Pflicht träge, ein Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedsstaates in die Wege zu leiten. Art. 20 Abs. 4 Dublin III-Verordnung gilt nach Ansicht der Autoren insbesondere auch für den praxisrelevanten Fall eines Asylantrags, der an der Grenze gestellt wird, noch bevor dem Asylsuchenden die Einreise gestattet worden ist; denn rechtlich befinde sich ein Einreisewilliger, bevor ihm die Einreise gestattet worden ist, noch im Hoheitsgebiet des anderen Mitgliedsstaates. Dargelegt wird dabei auch, dass es nach Sinn und Zweck der Regelungen zu Grenzübergangsstellen insbesondere im Schengener Grenzkodex nicht darauf ankommen kann, ob die Einreiseverweigerung millimetergenau auf der Grenzlinie oder – wie üblich – etwas zurückgesetzt stattfindet. Für ihre Rechtsansicht können sich die Autoren insbesondere auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift berufen, denn zur Begründung des Entwurfs der entsprechenden Vorgängervorschrift (in Dublin II) hieß es: „Der Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sich der Asylsuchende befindet, ist verpflichtet, das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedsstaates durchzuführen, auch wenn der Asylbewerber seinen Antrag bei einer Behörde eines anderen Mitgliedsstaates, beispielsweise einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung oder an der Grenze stellt“.¹¹⁴ Für diese Auslegung spricht auch die Regelungsintention der Dublin-VO, die Zuständigkeitsordnung des europäischen Asylsystems nicht dadurch zu unterlaufen, dass Anreize für irreguläre Weiterleitungen und Sekundärmigration in wunschgemäße Zielländer gesetzt werden; denn Art. 20 Abs. 4 AsylG (i. V. m. Art. 13 SGK) gibt dem Zielland ein Mittel an die Hand, sich irregulärer Weiterleitungen und Sekundärmigration durch Zurückweisung zu erwehren. Ins Feld geführt werden kann schließlich Art. 72 AEUV, denn in dem Maße, in dem Art. 20 Abs. 4 Dublin III-VO den Mitgliedstaaten ein Instrument an die Hand gibt, sich eines Bruchs der Dublin-Zuständigkeitsregeln zu erwehren, für die Durchsetzung dieser Zuständigkeitsordnung zu sorgen und auf diese Weise „einen ersten Schritt zu einer Wiederherstellung des Dublin- und Schengensystems“ zu leisten¹¹⁵, ist es nicht nötig, auf Art. 72 AEUV zurückzugreifen. Das Zuständigkeitsregime der Dublin III-VO gewinnt auf diese Weise für den Fall einer Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen an Stringenz, wenn die ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit, mit der die Wiedereinführung begründet wurde, gerade durch den hohen Migrationsdruck Schutzsuchender und eine Politik der irregulären Weiterleitung entstanden ist.

¹¹⁴ KOM (2008) 820, S. 3.

¹¹⁵ Peukert/Hillgruber/Foerstel/Putzke, ZAR (Fn. 6), S. 136.

Letztlich kann die Frage einer EU-sekundärrechtlichen Zulässigkeit von Einreiseverweigerungen an der Grenze aber offenbleiben, da, wie in IV.3.a. aufgezeigt, sollte das Sekundärrecht keine ausreichenden Öffnungsklauseln enthalten, jedenfalls auch Art. 72 AEUV eine primärrechtsunmittelbare Ermächtigung bereithält, in der Situation einer nachhaltigen Störung des EU-Grenz- und -Asylsystems die zur Wahrung von Sicherheit, Recht und Ordnung an der Grenze erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Dass diese Möglichkeit besteht – sei es kraft Sekundärrechts oder über Art. 72 AEUV – ist schließlich ein zwingendes Gebot des nationalen Verfassungsrechts, das einer etwaigen anderslautenden Auslegung des Unionsrechts einen entsprechenden Verfassungsvorbehalt entgegen zu setzen vermag (siehe oben IV.3.b.). Deutschland steht also (wenn das Unionsrecht keine hinreichenden Öffnungsklauseln zur Verteidigung des Unionsrechts bereithalten sollte) zumindest mithilfe des Art. 72 AEUV die Möglichkeit offen, seine Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 i. V. m. § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG zur Anwendung zu bringen.¹¹⁶

5. Teilergebnis

Jedenfalls für den Fall einer nachhaltigen und schwerwiegenden Störung der Funktionstüchtigkeit des europäischen Grenzschutz- und Asylsystems stehen unionsrechtliche Hindernisse nach alledem einer Einlösung der unter III. herausgearbeiteten Verfassungspflicht nicht entgegen. Namentlich die An-

¹¹⁶ Richtig ist freilich, dass Maßnahmen der Zurückweisung auch ansonsten mit europäischen Grundrechten (EMRK, GR-Charta) vereinbar sein müssen. Mit dieser Problematik haben sich insbesondere die im Auftrag der österreichischen Bundesregierung erstatteten Gutachten von *Obwexer* und *Funk* (Fn. 6) (dort insbesondere S. 82 ff., Gemeinsame Schlussfolgerungen Nr. 1, 6) ausführlich auseinandergesetzt. Aus dem Verbot von Kollektivausweisungen, dem Recht auf gute Verwaltung und der Rechtsschutzgarantie haben sie dabei bestimmte Mindestanforderungen im Blick auf ein Minimum an Individualprüfung und wirksamem Rechtsbehelf (der jedoch keine auf-schiebende Wirkung haben muss) abgeleitet. All diesen Mindestvorgaben kann im Rahmen der Anwendung der Drittstaatenregelung (Art. 16a Abs. 2 GG, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) ohne weiteres genügt werden (vgl. dazu bereits BVerfGE 94, 49/99 f., 105 f.: mögliche Gründe für ein Absehen von Zurückweisungen im Einzelfall, die ein Schutzsuchender natürlich auch individuell vortragen können muss). Fragwürdig erscheint, in welcher Weise *Obwexer/Funk* die Berücksichtigung familiärer Belange fordern, denn diesen wird bereits im Rahmen des Dublin-Verfahrens ausreichend Rechnung getragen (Art. 8 ff. Dublin III-VO), so dass es nicht menschenrechtswidrig sein kann, Schutzsuchende zunächst auf eine Dublin-Prüfung im EU-Nachbarstaat zu verweisen, die ggf. – bei besonderen familiären Gründen – dann zu einer Überstellung nach Deutschland führt. Richtig ist schließlich, dass jedes Gebrauchmachen von Art. 72 AEUV verhältnismäßig sein muss (dazu *Obwexer/Funk* a. a. O., S. 18); nur soweit und solange es infolge eines temporären Zusammenbruchs des europäischen Grenz- und Asylsystems erforderlich ist, darf der Mitgliedstaat daher von eigenen Schutzmaßnahmen Gebrauch machen. Damit steht das hier Behauptete indes in vollem Einklang.

wendung der Drittstaatenregelung nach Art. 16a Abs. 2 GG, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG ist, soweit und solange die Union über kein zur Krisenbewältigung geeignetes, funktionstüchtiges Grenzregime und Asylsystem verfügt, nicht durch Unionsrecht gesperrt.

V. Die Rechtsposition der Länder

These: Die unter III. im Einzelnen hergeleitete und, wie in IV. gezeigt, unionsrechtlich nicht etwa gesperrte Verfassungspflicht des Bundes zur Gewährleistung wirksamer Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung, aus der namentlich folgt, dass die im Grundgesetz verankerte Drittstaatenregelung (Art. 16a Abs. 2 GG, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) in der Situation einer nachhaltigen und schwerwiegenden Störung des europäischen Grenz- und Asylsystems nicht prinzipiell unangewendet bleiben darf, ist eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht, die dem Bund im gesamtstaatlichen Interesse, d. h. mit Schutzrichtung (auch) zugunsten der Länder obliegt und die er daher nach Maßgabe des Grundsatzes des länderfreundlichen Verhaltens zu erfüllen hat. Kommt der Bund seiner zugunsten der Länder drittschützenden Schutzpflicht nicht in ausreichendem Maße nach, indem er das aus dem Grundsatz des länderfreundlichen Verhaltens (Bundestreue) folgende, verfassungsrechtlich unerlässliche Mindestmaß an Schutz unterschreitet (Untermaßverbot), verletzt er eine verfassungsrechtliche Rechtsposition des Landes. Das Gebot landesfreundlichen Verhaltens verletzt der Bund insbesondere dadurch, dass er die (auch) zum Schutz der Länderstaatlichkeit bestehende Befugnis, zur Durchsetzung der Drittstaatenregelung (Art. 16a Abs. 2 GG) Einreiseverweigerungen auszusprechen (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG), außer Vollzug lässt und strukturell missachtet.

1. Wirksame Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle als zugunsten der Länder drittschützende Verfassungspflicht des Bundes und der korrespondierende Anspruch der Länder auf hinreichend wirksamen Vollzug von zur Einlösung dieser Pflicht erlassenen, länderschützendem Recht

Dass der Auftrag des Bundes zur Gewährleistung wirksamer Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle (einschließlich der Pflicht, zu diesem Zweck erlassenes Gesetzesrecht nicht strukturell unangewendet zu lassen) nicht allein eine objektive Verfassungspflicht ist, sondern eine Pflicht, die dem Bund mit Schutzrichtung zugunsten der Länder obliegt und deren Schlechterfüllung daher zu einer Rechtsverletzung des Landes zu führen vermag, ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

a) Die Staatsqualität der Länder – Wirksame Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle als notwendiger Aspekt des Schutzes der Staatlichkeit und Territorialität der Länder; die Rechtsposition der Länder in Bezug auf den Vollzug von zum Schutze ihrer Staatlichkeit erlassenenem Recht

Ausgangspunkt ist ein entscheidendes Charakteristikum des Bundesstaates: „Das Eigentümliche des Bundesstaates ist, daß der Gesamtstaat Staatsqualität und daß die Gliedstaaten Staatsqualität besitzen“. ¹¹⁷ Dass auch die Länder – trotz ihrer gemäß der Zuständigkeitsordnung des Grundgesetzes beschränkten Kompetenzfülle – Staaten sind und die wesentlichen Attribute der Staatlichkeit für sich in Anspruch nehmen können, ist eine unaufgebbare Prämisse des grundgesetzlichen Bundesstaatsprinzips. Zu diesen wesentlichen Attributen der Staatlichkeit gehört, dass auch die Länder Anteil haben an den notwendigen drei Staatselementen (Staatsgebiet, Staatsvolk, Staatsgewalt), die im Bundesstaat auf den zwei föderativen Staatsebenen verwirklicht sind. Auch den Ländern kommt staatliche Territorialität und Gebietshoheit zu. ¹¹⁸ Der Schutz der Staatlichkeit der Länder gehört zu den nach Art. 79 Abs. 3 GG durch die Ewigkeitsgarantie garantierten, unaufgebbaren bundesstaatlichen Gehalten des Grundgesetzes. Bedingungen und wesentliche Konsequenzen substantieller Staatlichkeit der Länder dürfen nicht in Frage gestellt werden. ¹¹⁹

Aus der den Ländern garantierten Staatlichkeit folgen auch rechtliche Konsequenzen: „Die Bundesverfassung, die auch den Ländern Staatsqualität zuschreibt, muss sich beim Wort nehmen lassen. ‚Staat‘ als Kategorie einer auf normative Wirksamkeit angelegten Verfassung kann sich nicht in Semantik erschöpfen. Sie muß Substanz aufweisen. Was Staat im substantiellen Sinne ist, sagt die Allgemeine Staatslehre. Damit gewinnt diese jedoch nicht unmittelbare Verbindlichkeit für das Verfassungsrecht. Wohl aber bildet sie eine mittelbare Ressource für die Interpretation. Der Interpret kann bei offenen Fragen auf sie zurückgreifen, soweit ihre Gehalte der bundesstaatlichen Grundstruktur und den Einzelregelungen der Verfassung gemäß sind“. ¹²⁰

Dass die Gebietshoheit des Staates und seine Territorialität sowohl in der Allgemeinen Staatslehre wie nach deutschem Verfassungsrecht zu den not-

¹¹⁷ BVerfGE 36, 342/360 f.

¹¹⁸ Zu den drei Staatselementen auf den zwei föderativen Staatsebenen siehe *Isensee* (Fn. 25), Rn. 20 ff.; vgl. auch die bewusst nach den Kategorien Staatsgewalt, Staatsvolk, Staatsgebiet gegliederten Eingangartikel (Art. 4 ff.) der Verfassung des Freistaates Bayern, in denen (durch Inbezugnahme dieser drei Elemente des klassischen Staatsbegriffs) der Anspruch der Verfassung nach – freilich grundgesetzlich überlagerter – Eigenstaatlichkeit des Freistaates Bayern zum Ausdruck kommt (dazu *J. F. Lindner*, in: ders./Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Vor Art. 1).

¹¹⁹ *M. Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 79, Rn. 43.

¹²⁰ Wörtlich zitiert nach *Isensee* (Fn. 25), Rn. 71.

wendigen Elementen der Staatlichkeit gerechnet werden und dass es demnach zum Wesen des Staates gehört, die Frage der Einreise zu kontrollieren und seine Staatsgrenzen zu schützen, ist unter III.1.a. im Einzelnen dargelegt worden. Die Staatsgrenze und die praktische Macht zu ihrer Kontrolle – so wurde gezeigt – sind staatskonstituierend; Staaten stellen sich und ihre Legitimität in Frage, wenn sie die Kontrolle über die Elemente der Staatlichkeit verlieren und nicht imstande sind, ihre Grenzen schützen und Zuwanderung steuern zu können. Eine wirksame Grenzsicherung und Kontrolle der Zuwanderung gewährleisten zu können, ist demnach eine notwendige Staatsaufgabe und Verfassungspflicht.

Diese aus der Allgemeinen Staatslehre herleitbare und – wie in III.1. gezeigt – auch für das Grundgesetz gültige Aussage muss auch für die Länder rechtliche Relevanz entfalten, wenn die ihnen von Verfassungen wegen zugesagte Staatlichkeit Substanz haben und kein leeres Wort bleiben soll. Zum verfassungsrechtlich vorausgesetzten und garantierten Schutz der Staatlichkeit der Länder muss es deswegen gehören, dass der Schutz der Bundesgrenzen, die zugleich Landesgrenzen sind,¹²¹ in ausreichendem Maße gewährleistet ist und die Zuwanderung über diese Grenze beherrschbar bleibt.

Rechtliche Relevanz für die Länder entfaltet die Aussage von der staatskonstituierenden Bedeutung der Kontrollierbarkeit der Grenze nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes allerdings nicht in der Weise, dass die Länder selbst dazu in der Lage wären, die zur Gewährleistung eines ausreichenden Grenzschutzes und zur Kontrollierbarkeit der Zuwanderung über ihre Landesgrenzen ggf. erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Denn die zur Erfüllung der Staatsaufgaben Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle erforderlichen Kompetenzen räumt das Grundgesetz entweder von vornherein ausschließlich dem Bunde oder jedenfalls in der Weise dem Bund ein, dass dieser von seiner Kompetenz abschließend Gebrauch machen kann und Gebrauch gemacht hat, so dass den Ländern kein Spielraum für eine eigenständige Politik hinsichtlich Grenzschutz und Zuwanderungskontrolle verbleibt.

Für den Grenzschutz folgt dies daraus, dass das Grundgesetz dem Bunde sowohl eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG) als auch eine Verwaltungskompetenz (Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG) einräumt. Inwieweit die Länder trotz dieser Kompetenzzuweisungen von Verfassungen wegen zu (ergänzenden) gesetzlichen Regeln in Sachen Grenzschutz oder zu eigenen polizeilichen Beiträgen des Grenzschutzes (mittels ihrer Landespolizei) imstande sind (vgl. z. B. Art. 4 Abs. 3 BayPOG zu grenzpolizeilichen Aufgaben der Bayerischen Landespolizei), mag theoretisch nicht ins

¹²¹ Dazu R. Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 73, Rn. 72.

letzte geklärt sein,¹²² die in § 2 Abs. 1 BPolG getroffene Regelung, wonach die Aufgabe des polizeilichen Grenzschutzes der Bundespolizei obliegt, soweit nicht ein Land „im Einvernehmen mit dem Bund“ Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrnimmt, wird man jedenfalls aber nicht als verfassungswidrig ansehen können. Zu eigenen Beiträgen des Grenzschutzes (ggf. samt ergänzenden gesetzlichen Organisationsregelungen in der Art des Art. 4 Abs. 3 BayPOG) ist das Land demnach allein im Einvernehmen mit dem Bund imstande. Ein Mandat zu einer eigenständigen Grenzschutzpolitik ergibt sich hieraus nicht.¹²³

Ähnliches gilt für den Bereich Zuwanderungskontrolle/Asyl. Gestützt auf die einschlägigen Kompetenztitel des Grundgesetzes, insbesondere Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG,¹²⁴ hat der Bund abschließende gesetzliche Regelungen (insb. im AsylG und im AufenthG) getroffen. Die relevanten Verwaltungsaufgaben werden durch eine Bundesoberbehörde (Art. 87 Abs. 3 GG), das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) wahrgenommen (vgl. § 5 AsylG).

Anders als das Unionsrecht (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV, Art. 72 AEUV unter IV.3.a.) kennt das grundgesetzliche Bundesstaatsrecht – selbst im Falle nachhaltiger und schwerwiegender Schlechterfüllung der dem Bund obliegenden Aufgaben des Grenzschutzes und der Zuwanderungskontrolle – auch kein dem Art. 72 AEUV vergleichbares und ggf. ausnahmsweise greifendes „Selbsthilferecht“ des Landes zur Ergreifung der notwendigen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung. Dies ist auch folgerichtig, denn das Grundgesetz gesteht den Ländern zwar Staatlichkeit im Sinne einer bundesstaatlichen Gliedstaatlichkeit, nicht jedoch eine „souveräne“ Staatlichkeit zu, wie sie für das Verhältnis Bundesrepublik (als souveräner Nationalstaat) und Europäische Union (als supranationaler Staatenverbund) maßgebend ist.¹²⁵

¹²² Vgl. z. B. A. Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 73 Rn. 126 einerseits und R. Samwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 73, Rn. 72 andererseits.

¹²³ An den Grenzen zu Österreich nahm der Freistaat Bayern gemäß dem einschlägigen Verwaltungsabkommen im Zeitraum der Flüchtlingskrise keine grenzpolizeilichen Aufgaben wahr; diese beschränken sich vielmehr auf ein Tätigwerden an den Flughäfen Nürnberg und Memmingen. Dazu W. Schmidbauer/U. Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 4 POG, Rn. 37.

¹²⁴ Ohne dass es an dieser Stelle auf die genaue Abgrenzung zwischen diesen Kompetenztiteln ankäme, dazu A. Uhle, in: Maunz/Dürig, Art. 73, Rn. 71 f.; A. Funke, in: BK, Art. 73, Rn. 25 ff.; M. Heintzen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 6. Aufl. 2010, Art. 73, Rn. 30, Art. 74, Rn. 42 ff.

¹²⁵ Zu diesem Unterschied: M. Möstl, Bundesstaat und Staatenverbund, 2012, S. 56, 79 ff.

Festzuhalten bleibt daher, dass obwohl effektive Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle eine notwendige Dimension der den Ländern vom Grundgesetz garantierten (Glieder-)Staatlichkeit darstellt, die Länder keine relevanten eigenen Kompetenzen zur Erfüllung dieser Aufgabe haben. Zur Erfüllung dieser Aufgaben, die für den Schutz ihrer grundgesetzlich garantierten Staatlichkeit wesentlich und unabdingbar sind, sind sie vielmehr ausschließlich auf den Bund angewiesen.

Hieraus aber folgt – wenn die den Ländern von Verfassungen wegen zugesagte Staatlichkeit Substanz haben und kein leeres Wort bleiben soll –, dass der Bund die ihm verfassungsrechtlich obliegenden Aufgaben der Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle nicht allein im eigenen Interesse und in alleiniger Gemeinwohlverantwortung wahrnehmen kann, sondern dass er diese im gesamtstaatlichen Interesse und mit Schutzwirkung auch zugunsten der Länder und deren Staatlichkeit wahrzunehmen hat. Bundesstaatlicher Grenzschutz ist in der Sache stets zugleich Schutz der Staatlichkeit der Länder, die zum Schutz der ihnen als Staaten wesensmäßig zukommenden Territorialität insoweit ganz vom Bund abhängig sind. Wenn die Gewährleistung effektiver Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle ein notwendiger Bestandteil der den Ländern grundgesetzlich zugesagten Staatlichkeit ist und wenn die Länder andererseits nach der grundgesetzlichen Kompetenzordnung über keinerlei relevante eigene Kompetenzen zur Erfüllung dieser Aufgabe verfügen, sondern ganz vom Bund abhängen, so müssen die dem Bund obliegenden Pflichten zumindest als drittschützende Schutzpflichten zugunsten der Länder ausgelegt werden – dergestalt dass jedenfalls gravierende Pflichtverstöße des Bundes in diesem Bereich (zu den aus dem Gebot länderfreundlichen Verhaltens und dem Untermaßverbot folgenden Mindestgehalten siehe unten V.2.) auch zu einer vom Land verfassungsgerichtlich rügbaren Rechtsverletzung führen. Denn anderenfalls wäre die den Ländern zugesagte Staatlichkeit vollständig substanzlos, die Länder hätten keinerlei Möglichkeit, die zum Schutze ihrer Staatlichkeit erforderlichen Maßnahmen entweder selbst zu ergreifen oder zumindest verfassungsgerichtlich einzufordern. Eine verfassungsgerichtlich rügbare Rechtsposition ist daher das Mindestmaß an Rechtsmacht, das den Ländern als Staaten – gerade weil sie im Bereich Grenzsicherung/Zuwanderungskontrolle zu keinerlei eigener Kompetenzwahrnehmung imstande sind – zugebilligt werden muss, wenn das Wort von der Staatlichkeit der Länder nicht zur leeren Hülse verkommen soll.

Im Sinne der oben dargelegten Methode¹²⁶ ist es auch ohne weiteres und völlig bruchlos möglich, dieses letztlich aus Überlegungen der Allgemeinen Staatslehre hergeleitete Ergebnis – zur Sicherung der Substanzhaftigkeit der den Ländern zugesagten Staatlichkeit – in die Bestimmungen des Grundge-

¹²⁶ Vgl. Zitat *Isensee* (Fn. 25), Rn. 71.

setzes hineinzulesen und im Wege der Auslegung zur Geltung zu bringen, denn es ist mit dem Wortlaut der maßgeblichen Kompetenz- und aufgabennormen des Grundgesetzes (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, 5, Art. 74 Abs. 1 Nr. 4, Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG) völlig vereinbar, diese als drittschützende Pflichtenormen auch zugunsten der Länder zu begreifen (zur Pflichtendimension dieser Normen siehe bereits III.1.d.).

Dass Bundesaufgaben mit unmittelbaren Auswirkungen auf notwendige Elemente der Staatlichkeit der Länder als zugunsten der Länder drittschützend anzusehen sind (mit entsprechenden subjektiven Mindestrechtspositionen der Länder), dürfte in Literatur und Praxis bislang deswegen nicht stärker thematisiert worden sein, weil es den Ländern in den allermeisten denkbaren Fallkonstellationen möglich sein wird, ihr Anliegen im Wege der abstrakten Normenkontrolle gegen entsprechende, sie in ihrer Staatlichkeit tangierende, gesetzliche Regelungen des Bundes oder anderer Länder¹²⁷ geltend zu machen, bei der es auf eine subjektive Rechtsverletzung nicht ankommt. Hier aber besteht die Besonderheit, dass nicht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, sondern der verfassungswidrige Nichtvollzug von Gesetzen (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) gerügt wird, was nur im Bund-Länder-Streit geltend gemacht werden kann, der eine subjektive Rechtsverletzung voraussetzt.

Daraus, dass die verfassungsrechtliche Aufgabe der Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle dem Bund mit Schutzrichtung (auch) zugunsten der Länder obliegt, folgt eine wichtige Konsequenz für die Präzisierung, die diese Aufgabe dadurch erfährt, dass – wie in III.3. hergeleitet – das zu ihrer Einlösung bestehende Recht (hier: § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG i. V. m. Art. 16a Abs. 2 GG) von der Exekutive wirksam vollzogen werden muss und insbesondere nicht in einer gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) verstoßenden Weise außer Vollzug gesetzt werden und unangewendet bleiben darf. Den Ländern muss, soll die ihnen vom Grundgesetz eingeräumte Staatlichkeit kein leeres Wort bleiben, sondern Substanz haben, (wenn die Länder diesbezüglich schon über keine eigenen Vollzugskompetenzen verfügen) gegenüber dem Bund nämlich zumindest eine subjektive Rechtsposition in Bezug auf die Einforderbarkeit eines hinreichend wirksamen Vollzugs solchen Rechts zustehen, das zum Schutz (auch) ihrer Staatlichkeit erlassen wurde (hier § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG i. V. m. Art. 16a Abs. 2 GG), denn wenn der Bund das zum Schutz (auch) der Länderstaatlichkeit erlassene Recht nicht hinreichend wirksam vollzieht, gefährdet er die Staatlichkeit der Länder. Die Länder müssen zur Verteidigung ihrer Eigen-

¹²⁷ Z. B. die auf entsprechenden Antrag der Bayerischen Staatsregierung ergangene Entscheidung BVerfGE 83, 37 zum kommunalen Ausländerwahlrecht und zu Fragen des Staatsvolkes/Legitimationssubjekts.

staatlichkeit imstande sein, den hinreichend wirksamen Vollzug jedenfalls solchen Rechts einzufordern, das zum Schutz (auch) ihrer Länderstaatlichkeit besteht. Bei § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG i. V. m. Art. 16a Abs. 2 GG handelt es sich – wie gezeigt – um solches Recht, das dem Schutz der Staatlichkeit und Territorialität des – föderal in Bund und Ländern konstituierten – deutschen Staates dient und eine Einlösung der (in Bezug auf die Länder drittschützenden) Staatsaufgabe Grenzsicherung/Zuwanderungskontrolle ermöglichen will. Wenn aber § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG i. V. m. Art. 16a Abs. 2 GG in Bezug auf die Länder drittschützend ist, muss den Ländern – in Bezug auf die den Bund betreffende verfassungsrechtliche Vollzugspflicht – auch eine subjektive Rechtsposition zukommen (verfassungsrechtlicher Vollzugsanspruch der Länder in Bezug auf länderschützendes Recht).¹²⁸

Der solchermaßen hergeleitete verfassungsrechtliche Anspruch der Länder auf wirksamen Vollzug von zum Schutze ihrer Länderstaatlichkeit bestehendem Recht reicht (was die subjektive Klageberechtigung anbelangt) sicher nicht so weit, dass ein bestmöglicher und lückenloser Vollzug verlangt werden kann. Vielmehr muss nach Maßgabe wechselseitiger Treuepflichten bemessen werden, wie weit der Anspruch tatsächlich reicht.¹²⁹ Im bundesstaatlichen Verhältnis ist es der Grundsatz der Bundestreue (Gebot länderfreundlichen Verhaltens), der sich insoweit als dogmatischer Anknüpfungspunkt eignet, um die Reichweite des Vollzugsanspruchs zu bemessen. Aus ihm folgt – wie unter V.2. im Einzelnen zu zeigen sein wird –, dass jedenfalls ein Mindestmaß an Vollzug (Untermaßverbot) verlangt werden kann. Verletzt ist das Gebot länderfreundlichen Verhaltens, wie zu zeigen sein wird, jedenfalls

¹²⁸ Eine vergleichbare Argumentation, dass nämlich, soweit Gesetze drittschützend sind, dem Schutzadressaten auch eine subjektive Rechtsposition in Bezug auf die Einforderbarkeit des Vollzugs solchen Rechts einzuräumen ist, ist insbesondere dem Verwaltungsrecht vertraut, z. B. im Kontext des Anspruchs auf (ermessensfehlerfreie Entscheidung über) bauaufsichtliches Einschreiten gegen Bauvorhaben, die gegen drittschützende Normen verstoßen. Anerkannt ist im Baurecht auch, dass Gemeinden gegenüber der staatlichen Bauaufsichtsbehörde einen Anspruch auf (ermessensfehlerfreie Entscheidung) über bauaufsichtliches Einschreiten gegen Bauvorhaben geltend machen können, die gegen Ortsrecht (z. B. örtliche Bauvorschriften) verstoßen, das von der Gemeinde erlassen wurde, von ihr aber nicht selbst durchgesetzt und vollzogen werden kann, so dass die Gemeinde also insoweit für den Vollzug ihres Ortsrechts und die Verwirklichung ihrer Selbstverwaltungsgarantie auf die staatliche Bauaufsichtsbehörde angewiesen ist (vgl. z. B. BayVGH BayVbl. 1998, 81; siehe dazu auch *M. Möstl*, in: *Seidel/Reimer/Möstl*, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 108 f.). Wenn das hier verwendete Argumentationsmuster daher vom Verwaltungsrecht bekannt ist und dort z. B. im Verhältnis kommunale Gebietskörperschaft – Staat (zum Schutz der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie) Anwendung findet, muss es erst recht im Verhältnis Land-Bund (zum Schutze der Staatlichkeitsgarantie der Länder) berechtigt sein.

¹²⁹ Vgl. für die (vergleichbare) Konstellation eines verfassungsrechtlichen Vollzugsanspruchs des Parlaments gegenüber der Exekutive: *Durner* (Fn. 64), S. 161 ff. (dort: Organstreue).

dann, wenn eine zum Schutz der Länder und ihrer Staatlichkeit bestehende Norm ohne rechtlichen Grund gänzlich außer Vollzug gesetzt und dauerhaft unangewendet bleibt.

b) Aufgabenbezogene Argumentationslinien

Zusätzlich abstützen lässt sich das bis hierher gewonnene Ergebnis einer subjektiven Rechtsposition der Länder in Bezug auf die Einhaltung eines Mindestmaßes an Erfüllung der den Bund treffenden zuwanderungsbezogenen Grenzsicherungspflicht durch zwei aufgabenbezogene Argumentationslinien, die an dieser Stelle nur kurz angedeutet seien:

Zum einen durch den engen Bezug, den die Grenzsicherungsaufgabe zur allgemeinen Verfassungspflicht der Sicherheitsgewährleistung aufweist (siehe bereits oben III.1.b.), welche von Bund und Ländern in verbundartiger Weise (mit grundsätzlicher, in ihrer allgemeinen Polizeigewalt begründeter Aufnahmefunktion der Länder) wahrzunehmen ist.¹³⁰ Schlechterfüllungen des Bundes in diesem Bereich führen zwangsläufig zu kompensatorischen Pflichten der Länder und berühren daher ihren Kompetenzraum.

Zum anderen durch die sonstigen massiven Auswirkungen, die ein Flüchtlingszustrom auf die Aufgaben der Länder hat, denn die wesentlichen Folgekosten hinsichtlich Unterbringung, Versorgung und Integration der Flüchtlinge sind nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes von den Ländern und (den Ländern zuzurechnenden) Kommunen zu tragen. Asylrechtliche/grenzschutzrechtliche Entscheidungen des Bundes erweisen sich vor diesem Hintergrund als so unmittelbar und untrennbar verwoben mit dem originär eigenstaatlichen Kompetenzraum der Länder (Art. 30 GG), dass auch deswegen drittschützende Schutzpflichten des Bundes zugunsten der Länder im Rahmen der Ausübung seiner asylrechtlichen und grenzschutzrechtlichen Befugnisse, insbesondere in Bezug auf den Vollzug von § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG, bejaht werden müssen.¹³¹ Die Annahme, dass den Bund bei seiner Erfüllung von Aufgaben der Grenzsicherung und asylrechtlichen Zuwanderungskontrolle und in Bezug auf den Vollzug länderschützenden Rechts drittschützende Schutzpflichten zugunsten der – in ihrer originären Aufgabenerfüllung hierdurch massiv betroffenen – Länder treffen, setzt nach hier vertretener Ansicht dabei nicht voraus, dass die Länder darlegen müssen, bereits gegenwärtig in der Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben so überfordert zu sein, dass ihre staatliche Handlungsfähigkeit insgesamt gefährdet wäre. Vielmehr haben die Länder – wie unter 1.a. dargelegt –, weil ihnen vom Grundgesetz ei-

¹³⁰ Zu all dem in Einzelnen: *Möstl* (Fn. 25), § 9 (S. 447–469, 669 f.) und S. 382 ff. (zur Rolle der Polizei).

¹³¹ *Di Fabio* (Fn. 1), S. 44 f., 110 f.

nerseits Staatsqualität garantiert wird, ihnen andererseits aber kompetenziell keinerlei Möglichkeit eingeräumt wird, im Bereich Grenzschutz und Zuwanderungskontrolle selbst für den notwendigen Schutz ihrer Staatselemente zu sorgen, per se und grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass der Bund seine ihm auch mit Schutzrichtung zugunsten der Länder obliegenden Pflichten (insbesondere auch im Blick auf einen hinreichend effektiven Vollzug von zum Zwecke der Grenzsicherung/Zuwanderungskontrolle erlassenenem Recht) in einer länderfreundlichen Weise ausübt. Die Rechte der Länder und ihre grundgesetzlich garantierte Staatsqualität werden deswegen nicht erst tangiert, wenn ihre staatliche Funktionsfähigkeit konkret gefährdet ist. Liegen die Dinge dagegen so, dass durch einen langanhaltenden unkontrollierten Flüchtlingszustrom die staatliche Funktionsfähigkeit der Länder tatsächlich konkret gefährdet ist und eine Überforderung droht, so gilt freilich erst recht, dass diesen ein Anspruch auf bessere Aufgabenerledigung durch den Bund zuzugestehen ist.¹³²

c) Vereinbarkeit mit Maßstäben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Die bis hierher dargelegte These, dass Pflichten des Bundes zur Gewährleistung einer wirksamen Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle sowie zu einem wirksamen Vollzug von zu diesem Zweck erlassenenem Recht dem Bund mit Schutzwirkung (auch) zugunsten der Länder obliegen und daher in länderfreundlicher Weise zu erfüllen sind, steht schließlich in vollem Einklang mit Maßstäben, die die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung entwickelt hat.

Gegen die hier vertretene These vom länderschützenden Charakter der Bundesaufgaben Grenzsicherung/Zuwanderungskontrolle kann insbesondere nicht eingewandt werden, den Ländern komme nach dem Grundgesetz kein allgemeiner Anspruch auf rechtmäßiges Handeln des Bundes in dessen Kompetenzbereich zu. Denn zwar trifft es sicher zu, dass die Länder mittels des Bund-Länder-Streits keine allgemeine Rechtmäßigkeitsaufsicht gegenüber dem Bunde zu entfalten imstande sind.¹³³ Doch um eine solche allgemeine Rechtmäßigkeitsaufsicht im (seiner alleinigen Gemeinwohlverantwortung unterfallenden, d. h. nicht zum Schutze der Länder bestehenden) Kompetenzbereich des Bundes geht es hier gar nicht, vielmehr besteht die Besonderheit, dass die in Rede stehende Bundesaufgabe – wie dargelegt – von vornherein auch zum Schutze der Staatlichkeit und staatlichen Aufgabenerfüllung der Länder besteht. Sie unterscheidet sich darin (aufgrund ihres

¹³² Vgl. *Di Fabio* (Fn. 1), S. 117, der auf eine drohende Funktionsstörung abstellt.

¹³³ Dazu BVerfGE 81, 310/331 ff.

unmittelbaren Bezugs zur Staatlichkeitsgarantie der Länder) von anderen Kompetenzen des Bundes, die dieser regelmäßig in „alleiniger Gemeinwohlverantwortung“,¹³⁴ d. h. gerade ohne spezifische Schutzrichtung zugunsten der Länder erfüllt und in denen es daher folgerichtig ist, dass die Länder den Bund nicht mittels Rechtsbehelfen zu beaufsichtigen imstande sein sollen. Soweit Verfassungspflichten des Bundes dagegen, wie dargelegt, von Verfassungen wegen drittschützend sind, d. h. mit Schutzrichtung auch zugunsten der Länder bestehen, müssen die Länder in der Lage sein, eine Verletzung dieser drittschützenden Schutzpflicht – nach einem noch näher darzulegenden Maßstab (Gebot länderfreundlichen Verhaltens, Untermaßverbot) – geltend zu machen. Dies wiederum steht in vollem Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG,¹³⁵ denn eine Verletzung von Verfassungsnormen, die die Bundesgewalt „in ihrer Auswirkung auf das Verfassungsleben der Länder“ (hier: die Staatlichkeit der Länder) „beherrschen und damit eine rechtliche Beziehung zwischen Bundesgewalt und Landesgewalten herstellen“, kann vom Land jedoch sehr wohl gegenüber dem Bunde eingefordert werden. Genau ein solcher Fall liegt hier vor.¹³⁶

Hinzuweisen ist schließlich auf Folgendes: Es ist nach dem Grundgesetz keineswegs so, dass die Länder generell von einer Position ausgeschlossen werden, auf die allgemeine Verfassungsmäßigkeit des Bundeshandelns hinwirken zu können. Namentlich im Bereich der abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) gibt es eine wichtige Ausnahme, bei der den Ländern im gesamtstaatlichen Interesse auch ohne eigene Rechtsverletzung die Möglichkeit eingeräumt wird, die Verfassungswidrigkeit von Normen des Bundesrechts (und des Rechts anderer Länder) geltend zu machen. Das BVerfG hat hierzu ausgeführt, „aus der gemeinsamen Verpflichtung von Bund und Ländern auf die Bundesverfassung“ ergebe sich, dass „jedes Bundesland auf deren Einhaltung durch die Gesetzgebung“ des Bundes sowie anderer Bundesländer „bestehen kann“.¹³⁷ Deutlich wird hieraus, dass soweit es um Normativakte

¹³⁴ BVerfGE 81, 310/334.

¹³⁵ BVerfGE 81, 310/333.

¹³⁶ Ein weiteres mögliches Argument ergibt sich ggf. aus der Rspr. des BVerfG (E 81, 310/334), wonach jedenfalls bei „kollektiver Existenzgefährdung“, d. h. bei allgemeinen Gefährdungen bedeutender Rechtsgüter eine Rechtsverletzung des Landes bejaht werden kann (vgl. dazu auch *Di Fabio* [Fn. 1], S. 45 ff.). Zumindest in einer Extremsituation wie derjenigen der Flüchtlingskrise 2015/16, in der das gesamtstaatliche Wohl insgesamt auf dem Spiel steht, muss es den Ländern möglich sein, die ihnen kraft der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes zukommende Mitverantwortung für dieses gesamtstaatliche Wohl dahingehend auszuüben, dass ihnen das Recht zugestanden wird, die Verfassungswidrigkeit der Politik des Bundes zu rügen, wenn diese den Eintritt schwerwiegender Gefährdungen bedeutender Gemeinschaftsrechtsgüter befürchten lässt.

¹³⁷ BVerfGE 83, 27/49.

allgemeiner Geltung, insbesondere um Parlamentsgesetze geht, ein vor der Verfassung anerkennungsfähiges Interesse der Länder an einer allgemeinen Verfassungsmäßigkeitskontrolle keineswegs systemwidrig ist. Um einen Fall vergleichbarer Qualität geht es auch hier. Denn die behauptete Verfassungswidrigkeit der Politik der Bundesregierung manifestiert sich, wie dargelegt (oben III.4.), ggf. gerade auch darin, dass es der Bundesregierung – aufgrund des rechts- und demokratiestaatlichen Vorbehalts des Gesetzes bzw. Parlamentsvorbehalts für wesentliche migrationspolitische Entscheidungen – verwehrt ist, dauerhaft eigenmächtig vom Vollzug geltenden und (auch) zum Schutze der Länder geschaffenen Rechts (hier: § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) abzuweichen, ohne zumindest die Gesetzgebungsorgane zu befragen und sich entsprechend gesetzlich ermächtigen zu lassen. Es geht also auch hier um eine Frage von normativer Qualität, zwar nicht in der der abstrakten Normenkontrolle zugänglichen Gestalt, dass die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes bestritten wird, sondern umgekehrt in der Gestalt, dass geltend gemacht wird, dass ein gültiges Gesetz nicht dauerhaft – ohne korrigierende Entscheidung des Gesetzgebers – außer Vollzug gelassen werden kann (Frage des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts). Das verfassungsrechtliche Gewicht und das gesamtstaatliche Interesse an der Klärung der Frage ist jedoch durchaus mit demjenigen bei der (den Ländern offenstehenden) abstrakten Normenkontrolle vergleichbar. Deutlich wird dies, wenn man sich vor Augen führt, dass es den Ländern, würde tatsächlich ein Bundesgesetz erlassen, das die Bundesregierung von der Einhaltung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG dispensiert, mithilfe der abstrakten Normenkontrolle ohne weiteres möglich wäre, die Verfassungswidrigkeit eines solchen Gesetzes zu rügen. Wenn dies aber so ist, so muss es den Ländern (mittels des hier allein in Betracht kommenden Bund-Länder-Streits) erst recht möglich sein, das verfassungswidrige Fehlen eines solchen die Bundesregierung zur Außerachtlassung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG ermächtigenden Gesetzes zu rügen. Diese Rügemöglichkeit bei einem (verfassungswidrigen) Unterlassen gesetzlicher Regelung ist gleichsam die Kehrseite der auch im Falle des Erlasses gesetzlicher Regeln bestehenden Angreifbarkeit. Eine Rechtsverletzung des Landes ist also auch unter diesem Gesichtspunkt – dem Gesichtspunkt eines dem Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt widersprechenden eigenmächtigen Regierungshandelns – zu bejahen. Zusätzlich untermauert wird dieses Ergebnis durch die Überlegung, dass den Ländern durch das Unterlassen einer von Verfassungs wegen notwendigen gesetzlichen Regelung, auch Mitwirkungsrechte im Bundesrat (Art. 50 GG) vorenthalten werden, wie sie im Rahmen der Bundesgesetzgebung zum Tragen kommen (Art. 77 GG).¹³⁸

¹³⁸ So *Di Fabio* (Fn. 1), S. 96 f.

2. *Das Gebot länderfreundlichen Verhaltens und das Untermaßverbot als Maßgrößen für die von den Ländern einforderbare Art und Weise der Erfüllung der dem Bund den Ländern gegenüber obliegenden Schutzpflicht (insbesondere auch in Bezug auf den wirksamen Vollzug länderschützenden Rechts)*

Nachdem bis hierher dargelegt worden ist, dass den Bund bei der Erfüllung seiner verfassungsmäßigen Aufgaben des Grenzschutzes und der Zuwanderungskontrolle sowie beim Vollzug von zu diesem Zwecke erlassenen Recht (hier: § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) eine den Ländern gegenüber obliegende – drittschützende – Schutzpflicht trifft und dass den Ländern daher in Bezug auf die Art und Weise der Erfüllung dieser Schutzpflicht durch den Bund eine subjektive verfassungsrechtliche Rechtsposition zukommen muss, ist nunmehr in einem letzten Schritt zu prüfen, *wie weit* diese Rechtsposition der Länder reicht und *in welchem Maße* sie vom Bund die Einlösung seiner ihm den Ländern gegenüber obliegenden Schutzpflichten verlangen können.

Berührt ist damit zugleich die allgemeinere Problematik, inwieweit – aus verfassungsrechtlichen Schutzpflichten, aus Staatszielbestimmungen oder sonstigen Verfassungsaufträgen entspringende – positive Handlungspflichten staatlicher Organe vor dem Bundesverfassungsgericht justizierbar sein sollen, eine Problematik, die ihrerseits schwierige Grundsatzfragen nach dem Verhältnis von Normativität der Verfassung und politischer Gestaltungsfreiheit sowie nach den Rollen von Judikative/Verfassungsgerichtsbarkeit einerseits und Exekutive/Legislative andererseits aufwirft und eine Balance verlangt, die zum einen dem Verfassungsrecht hinreichende Wirksamkeit verschafft und zum anderen notwendige Entscheidungsspielräume der Politik achtet.¹³⁹ Es ist vor diesem Hintergrund nicht bestreitbar, dass – trotz ihrer durchaus landläufigen Charakterisierung als „Optimierungsgebote“ – auf der Basis verfassungsrechtlicher Schutzpflichten nicht etwa eine möglichst gute (optimierte) Aufgabenerfüllung verlangt werden kann; eine solche Sichtweise würde die Normativität der Verfassung in der Tat zu weit in das Feld der politischen Entscheidung vorschieben.¹⁴⁰ Vielmehr muss es darum gehen, Maßgrößen für ein justiziables Mindestmaß an vor dem Grundgesetz unabdingbarer und seine Normativität sichernder Pflichterfüllung zu definieren, dessen Einhaltung von dem Adressaten der Schutzpflicht – auch in Respekt vor der ihm zuzubilligenden politischen Gestaltungsfreiheit – eingefordert werden kann. Das geltende Verfassungsrecht hält zwei solche Maßgrößen bereit, die hier einen justiziablen Maßstab abgeben können: Das Gebot länderfreundlichen Verhaltens und das Untermaßverbot.

¹³⁹ Am Beispiel grundrechtlicher Schutzpflichten: *Möstl* (Fn. 25), S. 114 ff., auch zum Folgenden.

¹⁴⁰ *Badura* (Fn. 45), Rn. 33; *Möstl* (Fn. 25), S. 75.

a) Das Gebot länderfreundlichen Verhaltens (Grundsatz der Bundestreue)

Der Grundsatz der Bundestreue – hier in seiner Ausprägung der den Bund treffenden Pflicht zu länderfreundlichem Verhalten – ist ein im Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) wurzelnder, ungeschriebener und allgemein anerkannter Verfassungsrechtssatz des deutschen Bundesstaatsrechts. Er folgt dem Grundgedanken, dass die Bundesglieder untereinander und der Bund und die Länder in ihrem Verhältnis zueinander zusammenwirken sollen, um den Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Staates gerecht zu werden.¹⁴¹

Dieser Grundsatz ist hier auch anwendbar. Denn zwar ist er – wie das BVerfG¹⁴² zu Recht betont hat – akzessorischer Natur und kann daher nur innerhalb eines anderweitig begründeten Verfassungsrechtsverhältnisses zur Geltung kommen; er konstituiert oder begrenzt Rechte innerhalb eines solchen Verfassungsrechtsverhältnisses, begründet aber nicht selbstständig ein (Verfassungs-)Rechtsverhältnis zwischen Bund und Ländern. Diese Anforderung ist hier jedoch in vollem Umfang erfüllt. Denn unter V.1. ist ja im Einzelnen gezeigt worden, dass die verfassungsmäßigen Bundesaufgaben des Grenzschutzes und der asylrechtlichen Zuwanderungskontrolle sowie des wirksamen Vollzugs von zu diesem Zweck erlassenen Recht (hier: § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) dem Bund mit Schutzrichtung zugunsten der Länder und ihrer Staatlichkeit obliegen, also für die Länder drittbeschützende verfassungsrechtliche Schutzpflichten des Bundes darstellen. Durch diese – den Ländern gegenüber obliegenden – verfassungsrechtlichen Schutzpflichten des Bundes ist demnach ein Verfassungsrechtsverhältnis begründet, dessen nähere Konturierung – hinsichtlich der Art und Weise der Aufgabenerfüllung des Bundes und der von ihm hierbei zu beachtenden Grenzen – durch den Grundsatz des länderfreundlichen Verhaltens erfolgen kann. Der (ungeschriebene) Grundsatz des länderfreundlichen Verhaltens vermag auf diese Weise zu determinieren, auf welche Weise der Bund seine ihm den Ländern gegenüber obliegende Aufgabe des Grenzschutzes und der asylrechtlichen Zuwanderungskontrolle (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, 5, Art. 74 Abs. 1 Nr. 4, Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG) zu erfüllen hat.

Hinsichtlich der Art und Weise der Erfüllung von dem Bund den Ländern gegenüber obliegenden Verfassungspflichten hält der Grundsatz länderfreundlichen Verhaltens auch einen justiziablen Maßstab bereit. Er verlangt vom Bund, bei seiner Kompetenzausübung – so die entsprechenden Leitsätze des BVerfG – „die gebotene Rücksicht auf die Interessen der ... Länder“ zu nehmen und seine Rechte nicht in einer Weise wahrzunehmen, „die elementare Interessen eines ... Landes schwerwiegend beeinträchtigen“.¹⁴³ Nach

¹⁴¹ *Badura* (Fn. 24), D 86; *Isensee* (Fn. 25), Rn. 160.

¹⁴² BVerfGE 104, 238/247 f.

¹⁴³ BVerfGE 34, 216/232.

dem Grundsatz des länderfreundlichen Verhaltens darf der Bund von seinen Kompetenzen nur in einer Weise Gebrauch machen, dass er dadurch „die Belange des Gesamtstaates und der ... Länder nicht in unvertretbarer Weise schädigt oder beeinträchtigt“.¹⁴⁴

Von Bedeutung sind diese Maßstäbe insbesondere hinsichtlich der Frage, inwieweit der Bund den Ländern gegenüber (in einer von diesen subjektiv einforderbaren Art und Weise) zu einem wirksamen Vollzug von (auch) zum Schutz der Länder und ihrer Staatlichkeit erlassenen Recht (hier § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG i. V. m. Art. 16a Abs. 2 GG) verpflichtet ist. Denn sie sind ein geeigneter dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Frage, wann die Verletzung einfachen Gesetzesrechts in der Weise in eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts umschlägt, dass diese in einer justiziablen Weise von einem Dritten (hier: dem Land) geltend gemacht werden kann.¹⁴⁵ Legt man diese Maßstäbe zugrunde, kann das Land vom Bund zwar nicht einen optimalen, möglichst lückenlosen Vollzug länderschützenden Rechts verlangen, aber sehr wohl einen Vollzug, der auf die Länderinteressen hinreichend Rücksicht nimmt und diese nicht in schwerwiegender bzw. unvertretbarer Weise beeinträchtigt. Erreicht werden muss insgesamt ein Schutzniveau, das sich noch als „länderfreundlich“ erweist und die Treuepflichten, die dem Bund den Ländern gegenüber obliegen, nicht in unvertretbarer Weise verkennt.

Von diesem Ausgangspunkt aus lassen sich äußere Grenzen benennen, ab denen sich Vollzugsdefizite in Bezug auf länderschützendes Recht (hier: § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) verfassungsrechtlich auf keinen Fall mehr rechtfertigen lassen. Überschritten sein können die Toleranzgrenzen länderfreundlichen Verhaltens zum einen durch die Qualität der Auswirkungen, die ein bundesrechtlicher Schlechtvollzug für die Länder bedeutet. Führt ein mangelhafter Vollzug von länderschützendem Bundesrecht dazu, dass die Länder hierdurch in ihrer staatlichen Aufgabenerfüllung (Art. 30 GG) massiv betroffen oder gar in ihrer staatlichen Funktionstüchtigkeit gefährdet sind, so sind die Grenzen länderfreundlichen Verhaltens überschritten.¹⁴⁶ Unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen kann ein Verstoß gegen das Gebot länderfreundlichen Verhaltens aber zum anderen auch aus der Qualität des Nichtvollzugs eines Gesetzes an sich resultieren. Zurückgegriffen werden kann dabei auf ein Ergebnis, das bereits im Kontext der Herausarbeitung der objektiven Verfassungspflicht für einen wirksamen Vollzug geltenden Rechts erzielt wurde (oben III.3.) und das hier auf den korrespondierenden (subjektivrechtlichen)

¹⁴⁴ BVerfGE 23, 9/44.

¹⁴⁵ Vgl. die parallele Herleitung von *Durner* (Fn. 64), S. 160, 161 ff. in Bezug auf einen vom Parlament nach Maßgabe des Grundsatzes der Organtroune einforderbaren Anspruch auf Gesetzesvollzug durch die Exekutive.

¹⁴⁶ Vgl. dazu die ähnliche Maßstabbildung bei *Di Fabio* (Fn. 1), S. 117, 120 f. (Thesen III, IV, XII).

Anspruch des Landes auf einen wirksamen Vollzug übertragen werden kann: Verletzt ist die Vollzugspflicht – selbst unter Zugrundelegung der großzügigsten Maßstäbe – jedenfalls dann, wenn eine Norm von der Exekutive nicht nur im Einzelfall schlecht vollzogen, sondern auf Dauer und generell außer Vollzug gesetzt wird und damit gänzlich unangewendet bleibt. Ein Recht zur dauerhaften eigenmächtigen Suspendierung geltenden Gesetzesrechts kann der Exekutive unter keinem Gesichtspunkt zukommen, und soweit ein Dritter einen Anspruch auf hinreichend wirksamen Vollzug geltend machen kann, ist dieser jedenfalls dann verletzt, wenn die Norm von der Exekutive strukturell missachtet und dauerhaft verkannt wird. Die gänzliche Außerachtlassung einer länderschützenden Norm muss daher auch unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen als eine vor den Länderinteressen nicht mehr vertretbare – landesunfreundliche – Kompetenzwahrnehmung des Bundes begriffen werden.

§ 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG schützt, wie gezeigt, auch die Staatlichkeit der Länder. Der Bund – so lässt sich das Gesagte resümieren – verletzt das Gebot länderfreundlichen Verhaltens, wenn er die Länderstaatlichkeit dadurch gefährdet, dass er diese (länderschützende) Norm auf Dauer außer Vollzug setzt und strukturell unangewendet lässt.

b) Das Untermaßverbot

Einen weiteren Maßstab zur Bestimmung der Reichweite des Schutzes (hinsichtlich wirksamer Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle sowie eines wirksamen Vollzugs von zu diesem Zweck erlassenenem Recht), den das Land vom Bund einzufordern berechtigt ist, liefert das sog. Untermaßverbot. Für seine Anwendbarkeit sprechen hier vor allem zwei Gründe:

Zum einen ist das Untermaßverbot eine sowohl in der Rechtsprechung des BVerfG wie in der Literatur anerkannte Rechtsfigur zur näheren Konturierung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten.¹⁴⁷ Zwar ist sie am Beispiel grundrechtlicher Schutzpflichten entwickelt worden. Es ist jedoch kein prinzipieller Grund ersichtlich, warum sie nicht auch auf andere verfassungsrechtliche Schutzpflichtdimensionen (hier: im Bund-Länder-Verhältnis) übertragbar sein sollte, das jedenfalls dann, wenn es sich bei der in Rede stehenden Schutzpflicht nicht allein um eine objektiv bestehende Verfassungsdirektive, sondern (ähnlich wie bei den Grundrechten) um eine auch subjektiv einforderbare Rechtsposition (hier: des Landes) handelt.

¹⁴⁷ BVerfGE 88, 203/254; BVerfG-K NJW 1996, 651; Möstl (Fn. 25), S. 99 ff.; J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HdbStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191, Rn. 303 ff.; N. Ullrich, Gefahrenabwehrende Verwaltung und Schutz suchender Bürger, VerwArch 2011, 383/397; W. Cremer, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102.

Zum anderen spricht für seine Anwendbarkeit der Konnex, der in der vorliegenden Konstellation zum Gebot länderfreundlichen Verhaltens gezogen werden kann, das – wie soeben gezeigt – das hier in Rede stehende Verfassungsrechtsverhältnis zwischen Bund und Land beherrscht. Denn *U. Di Fabio* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass das Gebot zu länderfreundlichem Verhalten im Bund-Länder-Verhältnis, was die aus ihm folgenden Maßgaben für die Art und Weise der Erfüllung der dem Bund den Ländern gegenüber obliegenden Schutzpflichten anbelangt, wie ein Untermaßverbot wirkt, dergestalt, dass die Länder vom Bund (kraft des Gebots länderfreundlichen Verhaltens) ein Mindestmaß an effektiver Kompetenzwahrnehmung zur Erfüllung der ihm obliegenden Schutzpflicht verlangen können.¹⁴⁸ Das Untermaßverbot ist auf diese Weise in der Lage, auch das (hier einschlägige) Gebot länderfreundlichen Verhaltens näher zu konturieren.

Was genau aus dem Untermaßverbot folgt, ist noch nicht ins Letzte geklärt. Für seine Prüfung existiert insbesondere noch kein so klar konturiertes – anerkanntes – Prüfprogramm, wie das etwa bei seinem verhältnismäßigkeitsrechtlichen Pendant, dem Übermaßverbot (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit) der Fall ist.

Anerkannt ist jedoch die aus dem Untermaßverbot bei Schutzpflichten folgende Grundanforderung, dass jedenfalls ein „wirksamer“ Schutz bereit gestellt werden muss.¹⁴⁹ Das Untermaßverbot deckt sich insoweit (was seine subjektivrechtliche Einforderbarkeit anbelangt) mit dem Grunderfordernis „wirksamer“ Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle, wie es bereits unter III. als zentrale Maßgröße des objektivrechtlichen Verfassungsauftrags herausgearbeitet wurde.

Näher konturiert wird das Grunderfordernis wirksamen Schutzes durch einen Leitsatz des BVerfG zur Schutzpflichtprüfung, der gleichsam als das unbestrittene Mindestmaß dessen bezeichnet werden kann, was nach Maßgabe des Untermaßverbotes eingefordert werden kann. In ständiger Rechtsprechung judiziert das BVerfG nämlich, es könne eine Verletzung der Schutzpflicht nur feststellen, „wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die ergriffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen“.¹⁵⁰ Aufgerichtet ist insoweit ein relativ großzügiger Maßstab, der einen sehr weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum der politischen Organe akzeptiert. Ob diese Formel, so unbestritten sie das Minimum des nach Maßgabe des Untermaßverbotes Einforderbaren bezeichnet, tat-

¹⁴⁸ *Di Fabio* (Fn. 1), S. 39 m. w. N.

¹⁴⁹ BVerfGE 88, 203/254.

¹⁵⁰ Zuletzt z. B. BVerfG-K vom 23. 1. 2013 – 2 BvR 1645/10, dort unter Verweis auf u. a. BVerfGE 77, 381/405, 79, 174/202 als st. Rspr. bezeichnet.

sächlich das letzte Maß der Dinge bezeichnet, oder ob es nicht möglich sein müsste, dem Untermaßverbot doch noch schärfere Konturen zu verleihen, ist umstritten und nicht ins Letzte geklärt. Denn die vom BVerfG verwendete Formel geht (der objektiven Reichweite nach) letztlich nicht wesentlich über diejenige normative Wirksamkeit hinaus, wie sie auch jeder Staatszielbestimmung zukommt (nur mit dem Unterschied, auch subjektiv einforderbar zu sein).¹⁵¹ In anderem Kontext (bzgl. des Schutzes des Lebens) hat das BVerfG daher auch ausgeführt, der Staat genüge seiner Schutzpflicht nicht bereits dadurch, dass er Maßnahmen ergreift, „die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind“.¹⁵² Wie dem auch sei, ein handhabbares Prüfprogramm für das in jedem Fall unerlässliche Minimum an Schutz ist jedenfalls gegeben. Denn wie bei Staatszielbestimmungen kann auf diese Weise zwar regelmäßig nicht ein ganz bestimmtes Schutzmittel oder Schutzniveau eingeklagt werden. Die Schutzpflicht ist aber zumindest dann verletzt, wenn das in der Zielverfolgung bindend vorgegebene Schutzziel entweder überhaupt nicht oder nicht hinreichend ernsthaft verfolgt wird, weil die ergriffenen Maßnahmen zur Erreichung des Ziels gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind. Erneut wird deutlich, dass die Ergreifung geeigneter, wirksamer Maßnahmen zur Erreichung des Schutzziels das entscheidende Mindestkriterium ist, das aus dem Untermaßverbot folgt. Verletzt ist die Schutzpflicht auch, wenn das handelnde Organ das verfassungsrechtliche Gewicht des Schutzauftrags und die sich aus ihm ergebenden Verpflichtungen bei der Wahrnehmung seiner Kompetenzen „in krasser Weise“ verkennt.¹⁵³

Auch wenn damit ein konsentiertes und handhabbares Mindestprogramm gegeben ist, das mithilfe des Untermaßverbotes eingefordert werden kann, ist es lohnenswert, darüber nachzudenken, ob das Untermaßverbot nicht eigentlich ein größeres Potential und feiner ausdifferenziertes Prüfschema zu entfalten in der Lage sein müsste als dasjenige Mindestprogramm, das bis hierher betrachtet wurde. In der Literatur liegen entsprechende Vorschläge vor. So könnte insbesondere erwogen werden, das Untermaßverbot als im Vergleich zum (bekannten) Übermaßverbot gleichsam spiegelbildliche Thematisierung der Zweck-Mittel-Relation dahin zu konkretisieren, dass es verletzt ist,

- wenn die staatlichen Gewalten bislang keine zur Erreichung des Schutzziels geeigneten Maßnahmen ergriffen haben (Geeignetheit),
- wenn es ein besseres (besseren Schutz gewährendes), ebenso mildes (d. h. Rechte Dritten und öffentliche Interessen nicht stärker beeinträchtigendes) Mittel gibt (Effektivität)

¹⁵¹ Siehe dazu *Möstl* (Fn. 25), S. 74 ff. m. w. N.

¹⁵² BVerfGE 88, 203/263.

¹⁵³ So eine Formulierung des BayVerfGH (z. B. VerfGH, 59, 109/Ls. 2 und 116).

– und wenn die (ohne verbessernde Maßnahmen) verbleibende Gefährdung des Schutzsuchenden – auch angesichts der gegen zusätzliche Schutzmaßnahmen sprechenden Rechte Dritter und öffentlichen Interessen – bei einer Gesamtabwägung nicht zumutbar erscheint (Zumutbarkeit).¹⁵⁴

Kern dieses Vorschlags wäre es, dass auch beim Untermaßverbot zur Konkretisierung subjektiv einforderbarer Schutzpflichten eine Zumutbarkeitsabwägung stattfinden kann, die ein – nach Maßgabe einer Gesamtabwägung zu findendes – Mindestmaß an vor der Verfassung unerlässlichem Schutzniveau ermittelt. Gerade im hiesigen Kontext des vom Grundsatz des länderfreundlichen Verhaltens beherrschten Bund-Länder-Verhältnisses scheint eine solche Zumutbarkeitsbetrachtung (was ist den Ländern bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zumutbar?) durchaus angebracht, denn das Gebot des länderfreundlichen Verhaltens zielt, wie gezeigt, ja gerade darauf ab, dass der Bund bei seiner Kompetenzausübung auf die Interessen der Länder „Rücksicht“ nehmen muss, sie nicht „schwerwiegend beeinträchtigen“ darf und die Belange der Länder „nicht in unvertretbarer Weise“ schädigen oder beeinträchtigen darf.¹⁵⁵ Dies aber sind nichts anderes als Umschreibungen der Zumutbarkeit.

Diese Überlegungen können hier aber letztlich dahingestellt bleiben. Denn selbst unter Zugrundelegung des aus dem Untermaßverbot unbestritten folgenden Mindestmaßes an Schutz kann in der vorliegenden Fallkonstellation ggf. eine Verletzung des Untermaßverbots konstatiert werden. Besonders deutlich wird dies, soweit es um die Frage geht, ob und inwieweit der Bund durch eine fortdauernde Weigerung, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG in Vollzug zu setzen, Rechte des Landes verletzt. Nach der (als konsentiertes Mindestprogramm unbestrittenen) Formel des BVerfG ist das Untermaßverbot jedenfalls dann verletzt, wenn die zuständigen Organe zur Erreichung des ihnen aufgegebenen Schutzziels entweder gänzlich untätig geblieben sind oder aber das Schutzziel mit gänzlich ungeeigneten oder völlig unzulänglichen Mitteln verfolgen. In Bezug auf den durch das Schutzziel gebotenen Vollzug der Drittstaatenregelung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG i. V. m. Art. 16a Abs. 2 GG folgt hieraus, dass das Untermaßverbot jedenfalls dann verletzt ist, wenn geltende Normen gänzlich unangewendet bleiben und von der Exekutive auf Dauer außer Vollzug gesetzt werden, denn dies kann nur als völlige Untätigkeit in Bezug auf eine verfassungsrechtliche Vollzugspflicht interpretiert werden, die vor dem Untermaßverbot auf keinen Fall akzeptabel ist. Auch hier konstatiert die dauerhafte vollständige Nichtbeachtung einer geltenden und an-

¹⁵⁴ Zu diesem Vorschlag eines Prüfprogramms: Möstl (Fn. 25), S. 103 ff.; ders., in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 99, Rn. 10; ders., Vorbemerkungen (Fn. 85), Rn. 23.

¹⁵⁵ BVerfGE 34, 216/232; 34, 9/44.

wendbaren Norm per se (d. h. unabhängig davon, welche konkreten Auswirkungen sie hat) einen Verstoß gegen das Untermaßverbot. Die Länder haben – in anderen Worten – nach Maßgabe des Untermaßverbotes per se einen Anspruch gegen den Bund, dass dieser eine dem Schutz der Länder und ihrer Staatlichkeit dienende Norm nicht gänzlich und strukturell unangewendet lässt und auf diese Weise eine Gefährdung der Länderstaatlichkeit in Kauf nimmt.

c) Fragen der richterlichen Kontrolldichte

Zu klären bleibt, mit welcher Prüfungsdichte das BVerfG die bis hierher herausgearbeiteten Maßstäbe anzuwenden hätte. Relevant wird diese Frage, soweit man der Bundesregierung in den für die hiesige Fallkonstellation relevanten Punkten eine – wie auch immer geartete – Einschätzungsprärogative zuzubilligen hätte.

Zu beachten ist dabei, dass das Gebot länderefreundlichen Verhaltens und das Untermaßverbot bereits an sich eine Antwort auf die Frage darstellen, welche politischen Handlungsspielräume der Bundesregierung zuzubilligen sind und welche Mindestrechtsposition das Land andererseits subjektiv einzufordern berechtigt ist. Gerade in Bezug auf die hier im Zentrum stehende Pflicht, zum Schutz (auch) der Länder und der Länderstaatlichkeit bestehendes Recht (hier § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) hinreichend wirksam zu vollziehen, sind länderefreundliches Verhalten und Untermaßverbot – wie gezeigt – Maßgrößen, mit denen – in Respekt vor dem der Bundesregierung zuzubilligenden Spielraum – ermittelt wird, wann (erst) einfache Gesetzesverletzungen in jenen Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht umschlagen, den ein Dritter (hier: das Land) in einer justiziablen Weise subjektiv anzugreifen berechtigt ist. Es waren deswegen durchgehend nur äußerste Grenzen des dem Bund zuzubilligenden Spielraums, die bis hierher betrachtet wurden. Als entscheidend hat sich insbesondere die Mindestanforderung erwiesen, dass die Bundesexekutive zum Schutz der Länder und ihrer Staatlichkeit erlassenes Recht nicht dauerhaft gänzlich unangewendet lassen und außer Vollzug setzen darf. Diese Mindestanforderung ist demnach bereits ein den notwendigen Spielraum der Bundesexekutive achtender Maßstab, der als solcher nicht verhandelbar oder durch Zubilligung weiterer Spielräume relativierbar wäre.

In der vorliegenden Fallkonstellation kommt jedoch ein weiterer Umstand hinzu, der nunmehr gesondert zu berücksichtigen ist. Anders als normale Gesetzesnormen ist § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG, wie in IV.1. dargestellt, keine ohne weiteres anwendbare Norm, sondern eine Norm, die im Normalzustand des europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts aufgrund vorrangigen Unionsrechts völlig zu Recht „ruht“ und außer Anwendung bleibt. Besondere Umstände liegen indes vor, soweit eine schwerwiegende und

nachhaltige Störung des europäischen Grenzregimes und Asylsystems konstatiert werden muss; dann nämlich muss, wie aufgezeigt, diese normalerweise greifende unionsrechtliche Überlagerung als temporär gelöst gelten und gewinnt § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG seine Anwendbarkeit bis zur Wiederherstellung der Funktionstüchtigkeit des Unionsrechts wieder. Dennoch kann nicht geleugnet werden, dass es auch angesichts dieser Lage erst eines (von der Bundesregierung zu vollziehenden) bewussten Schrittes der positiven Invollzugsetzung einer ansonsten zu Recht ruhenden Norm bedarf, bevor diese greifen und die von ihr intendierten Schutzwirkungen zu entfalten vermag. Die Invollzugsetzung einer ansonsten ruhenden Regel zu Zurückweisungen an der Grenze ist freilich – humanitär und europapolitisch – ein durchaus folgenreicher Schritt, und es ist nicht auszuschließen, dass der Bundesregierung allein deswegen – weil es eines solchen (normalerweise nicht erforderlichen) und in seinen Konsequenzen schwerwiegenden Schrittes der Invollzugsetzung bedarf – doch ein gewisser besonderer Einschätzungsspielraum zuzubilligen ist. Dieser kann freilich nicht so weit gehen, dass die bis hierher herausgearbeitete (vom Land subjektiv einforderbare) Verfassungspflicht, eine anwendbare Norm nicht dauerhaft gänzlich unangewendet zu lassen, als solche relativiert oder in Frage gestellt würde. Denkbar ist indes, dass zumindest hinsichtlich des genauen Zeitpunkts und der genauen Art und Weise der Invollzugsetzung doch eine gewisse Einschätzungsprärogative einzuräumen ist.

Für die Frage, mit welcher Kontrolldichte ein solcher Einschätzungsspielraum zu überprüfen wäre, hält die Rspr. des BVerfG folgende Maßstäbe bereit: Einige Entscheidungen zum Untermaßverbot lassen deutlich erkennen, dass, was staatliche Einschätzungsprärogativen anbelangt, regelmäßig nur ein Evidenzmaßstab angelegt werden soll.¹⁵⁶ Bezugspunkt dieser Evidenzrechtsprechung ist aber üblicherweise der weite Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum, der insbesondere dem parlamentarischen Gesetzgeber einzuräumen ist. Hingegen ist bereits von vornherein fraglich, ob sich dieser Maßstab unbesehen auch auf Maßnahmen und Unterlassungen der Exekutive übertragen lassen, wie sie im hiesigen Fall in Rede stehen; denn es geht im Kern ja um die Rechtsbehauptung, dass die Bundesregierung das vom geltenden Recht – Art. 16a Abs. 2 GG, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG – vorgezeichnete deutsche Grenzregime nicht in ausreichender Weise vollzieht und durchsetzt; es geht also um die Frage, ob das zur Einlösung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten erlassene Recht von der Exekutive – nach Maßgabe von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes – ausreichend beachtet worden ist, und es ist nicht ersichtlich, warum der Exekutive insoweit ein ähnlich großer Ein-

¹⁵⁶ BVerfGE 77, 381/405: „wenn offensichtlich ist, daß die getroffenen Maßnahmen völlig ungeeignet oder unzulänglich sind“; ähnlich BVerfG-K NJW 1996, 651: „evident unzureichend“.

schätzungsspielraum zugebilligt werden müsste wie der Legislative beim Erlass von Gesetzen. Im Übrigen hat auch das BVerfG selbst im Kontext der Prüfung des Untermaßverbotes den Maßstab bloßer Evidenzkontrolle zum Teil verlassen und bisweilen¹⁵⁷ ausdrücklich den strengeren Maßstab der Vertretbarkeitskontrolle zugrunde gelegt. Dies mag mit dem besonderen Gewicht des damals in Rede stehenden Rechtsguts (Schutz des Lebens) zu tun haben. Aber auch soweit es um die Bewältigung einer Flüchtlingskrise in einer Dimension wie 2015/16 geht, stehen Belange in Rede, die für das gesamtstaatliche Wohl von höchster Bedeutung sind, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt, soweit sich die Bundesregierung auf Einschätzungsspielräume beruft, der Maßstab einer Vertretbarkeitskontrolle angebracht erscheint. Für den Maßstab der Vertretbarkeitskontrolle spricht schließlich ein ganz entscheidender Punkt, der erneut mit dem hier bestehenden Konnex von Untermaßverbot und Gebot länderfreundlichen Verhaltens zu tun hat. Für das Gebot länderfreundlichen Verhaltens ist nämlich anerkannt, dass dieses bereits dann verletzt ist, wenn der Bund die Belange der Länder „in unvertretbarer Weise“ beeinträchtigt.¹⁵⁸ Das BVerfG legt im Kontext des Gebots des länderfreundlichen Verhaltens also selbst den Vertretbarkeitsmaßstab an. Dies rechtfertigt es, auch das Untermaßverbot – das hier als Ausprägung des Gebots länderfreundlichen Verhaltens fungiert – nach Maßgabe einer Vertretbarkeitskontrolle zu prüfen. Soweit sich die Bundesregierung im Rahmen der Schutzpflichtprüfung auf Einschätzungsspielräume berufen sollte, was insbesondere die Frage anbelangt, wann und in welcher Weise § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG in Vollzug zu setzen ist bzw. in Vollzug zu setzen gewesen wäre, müssen ihre Einschätzungen demnach zumindest vertretbar erscheinen.

3. Teilergebnis

Der Bund verletzt nach alledem das Gebot länderfreundlichen Verhaltens, wenn er in einer Situation der nachhaltigen schwerwiegenden Störung des europäischen Grenz- und Asylsystems die im Grundgesetz und im AsylG verankerte und auch zum Schutz der Länderstaatlichkeit bestehende Drittstaatenregelung (Art. 16a Abs. 2 GG, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) – trotz unionsrechtlich nicht gesperrter Anwendbarkeit – dauerhaft außer Vollzug lässt. Soweit der Bundesregierung hinsichtlich des Zeitpunkts und der Art und Weise der Invollzugsetzung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG ein Einschätzungsspielraum zuzubilligen ist, müssen ihre Einschätzungen vertretbar sein.

¹⁵⁷ Insbesondere in BVerfGE 88, 203/262 f.

¹⁵⁸ BVerfGE 34, 9/44.

VI. Schluss

Dass sich eine Situation, wie sie in der Flüchtlingskrise des Spätsommers 2015 eingetreten ist und dann bis in das Frühjahr 2016 hinein angehalten hat, nicht wiederholen soll und darf, ist inzwischen eine weithin geteilte und auch von der Bundesregierung vertretene Ansicht.¹⁵⁹ Dieser Beitrag hat gezeigt, dass das deutsche Recht, wenn andere Bemühungen scheitern, auch ein Instrument bereithält, mit dem sich – als ultima ratio – durch (und seien es harte¹⁶⁰) Maßnahmen an den eigenen Grenzen sicherstellen lässt, dass eine solche Situation nicht wieder eintritt oder sich jedenfalls nicht verfestigt: die im Grundgesetz verankerte Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG i. V. m. der Zurückweisungsregelung des § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG, die nicht nur fortgeltendes Recht darstellen, sondern auch anwendbar (und nicht etwa unionsrechtlich gesperrt) sind, sobald und solange eine Situation eingetreten ist, in der die Funktionstüchtigkeit des europäischen Grenzregimes und Asylsystems nachhaltig und schwerwiegend gestört erscheint (wie dies beim temporären Zusammenbruch dieses Systems 2015/16 der Fall war). Eine Bundesregierung, die diese vom nationale Recht vorgehaltene ultima ratio verkennt bzw. nicht ausreichend in Betracht zieht und sich – trotz schwerwiegender Funktionsstörungen des unionalen Grenzregimes und Asylsystems – anhaltend weigert, das im eigenen Recht verankerte zuwanderungsbezogene Grenzregime in Vollzug zu setzen, kann, wie dieser Beitrag darzulegen versucht hat, verfassungswidrig handeln und dadurch auch Rechte eines Bundeslandes verletzen.

¹⁵⁹ Vgl. die Rede der Bundeskanzlerin auf dem CDU-Parteitag im Dezember 2016: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/angela-merkel-bei-cdu-parteitag-fluechtlingskrise-darf-sich-nicht-wiederholen-a-1124599.html>, Abfrage: 6. 3. 2017.

¹⁶⁰ Auch der über Monate verfestigte irreguläre Zustrom über die sog. Balkanroute konnte – wie man bei aller damit verbundenen Härte eingestehen muss – letztlich nach Einschätzung aller maßgeblichen Beteiligten nur durch rigide Maßnahmen an Grenzen gestoppt werden, nämlich entweder (wie tatsächlich geschehen) durch die (durch Österreich und die Balkanstaaten verabredete, von der Bundesregierung jedoch zunächst abgelehnte) sog. Schließung der Balkanroute an der griechisch-mazedonischen Grenze oder (wie von der Bundesregierung beabsichtigt und dann flankierend hinzugetreten) durch das EU-Türkei-Abkommen, das de facto (aufgrund der getroffenen Rückführungsvereinbarungen) auf eine „Schließung“ der türkisch-griechischen Seegrenze hinausläuft. Nur Maßnahmen an denjenigen (nämlich den deutschen) Grenzen, an denen nach deutschem Recht (Art. 16a Abs. 2 GG, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG) eigentlich Maßnahmen zu ergreifen gewesen wären, sind in der Flüchtlingskrise 2015/16 nicht in Betracht gezogen oder jedenfalls nicht ergriffen worden.

Summary

The refugee crisis 2015/16 led to a temporary breakdown of the European border regime (Schengen) and asylum system (Dublin). Hundreds of thousands of refugees were irregularly “waved through” to Germany which – under normal Dublin rules – would not have been responsible for most of those refugees. The German government tolerated this situation and left provisions contained in its domestic law unapplied according to which asylum seekers who have come through safe third countries must be denied entry at its borders (Art. 16a Abs. 2 GG, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG). The Bavarian government asked the federal government to change this practice and even threatened legal proceedings before the constitutional court. Later it dropped that threat after the number of refugees had considerably gone down as a result of the closure of the “West Balkan route” and the EU-Turkey agreement. This article examines the constitutional duties of the federal government in situations like the one which arose during the refugee crisis 2015/16. It develops the following theses:

1. The federal government has a general constitutional duty to provide for effective border and immigration control which – in our case – is underlined and specified by Art. 16a Abs. 2 GG (no right of asylum for refugees who have come through safe third countries). Laws which serve to fulfil this duty, like § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG (denial of entry for asylum seekers who have come through safe third countries), must, as a matter of principle, not be left unapplied in a structural and enduring manner.

2. In a situation in which the functioning of the European border regime and asylum system is severely impaired, the Member State has, under European law (Art. 72 TFEU, Art. 4 [2] TEU), a right and, under constitutional law, a duty to fulfil its obligations as outlined in (1), in particular by temporarily applying the necessary measures at its own borders (including the enforcement of denials of entry), until a sufficient degree of functioning of the European border regime and asylum system has been reestablished.

3. The duty of the federal government to provide for effective border and immigration control is a duty which also serves to protect the interests of the German Länder, which, under German constitutional law, are *states* that, as far as the fulfillment of necessary state functions at their borders is concerned, have no competences of their own, but rely entirely on the federal state. Severe neglect of this duty by the federal government can, as a result, violate constitutional rights of a Land.

KLEINE BEITRÄGE

Verwirklichung von Infrastrukturprojekten in Abschnitten im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*

MARTIN KMENT

Inhalt

A. Anlass und Zielsetzung der Untersuchung	248
B. Grundlagen der Bildung von Abschnitten	248
I. Zweck und systematische Einordnung der Abschnittsbildung	248
II. Anwendungsbereich der Regeln zur Bildung von Abschnitten	250
C. Rechtfertigung der Abschnittsbildung	251
I. Aufspaltung des Gesamtprojekts	251
1. Abschnittsbildung als rechtfertigungsbedürftige Abweichung vom „normalen“ Ablauf des Genehmigungsverfahrens	251
2. Gründe für ein abschnittsweises Vorgehen	253
II. Rechtfertigung der konkreten Abschnittszuschnitte	254
III. Auseinandersetzung mit der Abschnittsbildungsproblematik und Dokumentation der Entscheidung zur Abschnittsbildung	255
D. Modifizierte Planrechtfertigung	256
I. Gebot der Planrechtfertigung	256
1. Rechtliche Verankerung des Gebots der Planrechtfertigung	256
2. Inhaltliche Anforderungen	256
II. Verhältnis des Einzelvorhabens zum Gesamtvorhaben	257
III. Eigenständige Verkehrsfunktion	258
1. Unproblematische Fälle: Lückenschluss	258
2. Verhinderung eines Planungstorsos	258
a) Eigenständige Verkehrsfunktion im Straßenverkehrsrecht	259
b) Verminderte Anforderungen im Eisenbahnrecht	260
3. Sonderproblem: Eigenständige Verkehrsfunktion eines grenzüberschreitenden Vorhabens	261
a) Beispiele aus der Praxis	261
b) Fehlende eigenständige Verkehrsfunktion der einzelnen Vorhabenabschnitte	262

* Der vorliegende Beitrag wurde am 18. 10. 2016 inhaltlich abgeschlossen.

c) <i>Vorausseilende Realisierung des „Folgeabschnitts“</i>	262
d) <i>Sonstige rechtliche Verknüpfung der Vorhabenabschnitte</i> . . .	263
IV. <i>Vorläufig positives Gesamturteil</i>	264
1. <i>Interessenlage: Beachtung der Gesamtperspektive</i>	264
2. <i>Abgeleitete Anforderungen an die Abschnittsbildung</i>	265
a) <i>Ausgangspunkt: positive Prognose</i>	265
b) <i>Prüfungsintensität und Prüfungsradius</i>	265
c) <i>Typische Hindernisse einer Abschnittsbildung; Tabuzonen</i>	267
d) <i>Berücksichtigung vorausgehender behördlicher Entscheidungen und sonstiger Prüfungsleistungen</i>	268
E. <i>Auswirkungen der Abschnittsbildung auf die weitere Prüfung des Vorhabenabschnitts</i>	270
I. <i>Umweltverträglichkeitsprüfung</i>	270
1. <i>Ausgangspunkt: Verfahrensrechtliche Selbstständigkeit</i>	270
2. <i>Modifikationen des Ausgangspunkts: Gesamtvorhabenbezug</i> . . .	272
II. <i>Zwangspunkte und Alternativenprüfung</i>	273
F. <i>Resümee</i>	274
<i>Summary</i>	275

A. Anlass und Zielsetzung der Untersuchung

Mit seinem Urteil vom 28. April 2016 zur Elbquerung der Bundesautobahn A20¹ hat das Bundesverwaltungsgericht zu einem Themengebiet Stellung genommen, das bei der Verwirklichung umfangreicher Infrastrukturprojekte immer größere Bedeutung erlangt: die Aufgliederung eines einheitlichen Vorhabens in mehrere Abschnitte (sog. Abschnittsbildung). Der nachfolgende Beitrag nimmt die aktuelle judikative Entwicklung zum Anlass, um die Rechtsprechung zur Abschnittsbildung umfassend auszuwerten und eine rechtsprechungsbezogene Standortbestimmung zu betreiben. Hierzu soll die Rechtsfigur der Abschnittsbildung in ihrer grundsätzlichen Dimension dargestellt und zu neuen Problemlagen erstmals eine Lösung gesucht werden.

B. Grundlagen der Bildung von Abschnitten

I. Zweck und systematische Einordnung der Abschnittsbildung

Bevor ein Infrastrukturprojekt bautechnisch umgesetzt und später betrieben werden kann, muss der Vorhabenträger zunächst die Rechtmäßigkeit des Projekts in einem Verwaltungsverfahren darlegen. Nur so kann er die not-

¹ BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91.

wendige Genehmigung erhalten. Dabei führt die Auseinandersetzung mit den Belangen Betroffener und den tangierten umweltrechtlichen Interessen regelmäßig zu einer Anhäufung rechtlicher Fragestellungen und beizubringender Unterlagen.²

Um die Ansammlung von Problemfeldern möglichst gering zu halten und damit verursachte Fehlplanungen zu vermeiden,³ hat sich schon vor Jahrzehnten der Wunsch entwickelt, die Komplexität des Verwaltungsverfahrens möglichst zu reduzieren.⁴ Die Simplifizierung sollte jedoch die Anforderungen des materiellen Rechts, insbesondere verbindliche Umweltstandards, nicht tangieren bzw. abschwächen. Daher wurde das Streben nach einer Reduzierung der Komplexität zu einer verfahrensrechtlichen Aufgabenstellung:⁵ Überlegungen wurden unternommen, rechtliche Probleme eines Vorhabens auf getrennte Verwaltungsverfahren – gerade unterschiedlicher Entscheidungsebenen – zu verteilen (sog. Abschtichtung). Außerdem wurde nachgedacht, ob ein Gesamtvorhaben in sachlicher Hinsicht getrennt werden kann und für die jeweiligen Abschnitte abschließende behördliche Entscheidungen herbeigeführt werden können (sog. Abschnittsbildung).⁶

Bei der hier relevanten Abschnittsbildung kommt es zu einer Fragmentierung des Verfahrens bzw. einer Teilung des Vorhabens der Länge nach:⁷ Die einzelnen Teile des Gesamtvorhabens (Abschnitte) werden in mehreren voneinander unabhängigen Verfahren genehmigt, wobei die Verwirklichung eines Gesamtvorhabens so „Schritt für Schritt“ möglich wird.⁸ In der Summe der abschnittswisen Genehmigungen findet das Gesamtvorhaben seine (umfassende) Genehmigung.⁹ Obwohl das Gesamtvorhaben als solches bei der Abschnittsbildung also nicht Gegenstand einer Zulassung ist, sind die einzelnen Abschnitte konzeptionell verknüpft und werden so durch die Gesamtplanung miteinander verbunden.¹⁰ D. h., dass die jeweiligen Abschnitte bei

² M. Kment/T. Pleiner, Abschnittsbildung bei energiewirtschaftlichen Streckenplanungen, 2013, S. 3.

³ BVerwG, Urt. v. 28. 1. 1999, Az. 4 CN 5/98, BVerwGE 108, 248/251.

⁴ BVerwG, Urt. v. 21. 11. 2013, Az. 7 A 28/12, 7 A 28/12 (7 A 22/12), NVwZ 2014, 730 Rn. 39; R. Gegner, Die abschnittsweise Planfeststellung, 1987, S. 1 ff.

⁵ Kment/Pleiner (Fn. 2), S. 4.

⁶ Vgl. hierzu umfassend S. Thulke, Abschnittsbildung im Fachplanungsrecht, BauR 2002, 1177.

⁷ VGH Mannheim, Beschl. v. 23. 9. 2014, Az. 3 S 784/14, NuR 2015, 488/489; C. Degenhart, Vollendete Tatsachen und faktische Rechtslagen im Verwaltungsrecht, AöR 103 (1978), 163/171, 177.

⁸ BVerwG, Urt. v. 26. 2. 1999, Az. 4 A 47/96, NVwZ 2000, 560/561; Kment/Pleiner (Fn. 2), S. 6.

⁹ BVerwG, Urt. v. 10. 4. 1997, Az. 4 C 5/96, BVerwGE 104, 236/250 ff.

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 26. 2. 1999, Az. 4 A 47/96, NVwZ 2000, 560/561; H. Joblen, in: M. Hoppenberg/S. de Witt (Hrsg.), Handbuch des Öffentlichen Baurechts, Stand Febr. 2016, Kap. L. Rn. 137b.

der Abschnittsbildung zwar genehmigungsrechtlich selbstständige Vorhaben sind, gleichwohl aber auf ein Zusammenwirken in einer gemeinsamen Konzeption angelegt sind.¹¹

II. Anwendungsbereich der Regeln zur Bildung von Abschnitten

Aus der konzeptionellen Verbindung der jeweiligen Abschnitte¹² kann man für den Anwendungsbereich der Abschnittsbildung ableiten, dass zwischen den einzelnen Teilabschnitten ein „planerischer und insbesondere konzeptioneller Zusammenhang“¹³ bestehen muss, wenn man von „Abschnittsbildung“ sprechen will.¹⁴ Steht ein fraglicher Abschnitt demgegenüber derart für sich alleine, dass er isoliert betrachtet bereits voll genehmigungsfähig ist, unterliegt er *nicht* den Regeln der Abschnittsbildung.¹⁵ Nur aus dem Faktum, dass ein Vorhaben mit anderen Vorhaben in eine Beziehung gebracht werden kann, vermag man also nicht die Anwendbarkeit der Regeln zur Abschnittsbildung herzuleiten.¹⁶

Anhaltspunkte für die Annahme eines planerischen und insbesondere konzeptionellen Zusammenhangs liefert in der Regel der Anlass eines Vorhabens bzw. das mit dem Vorhaben verfolgte Ziel; etwa die Herstellung einer verkehrlichen Verbindung zwischen zwei größeren Städten mittels einer Bundesautobahn oder einer schnellen Zugverbindung. Sind Anlass bzw. Antrieb für die fraglichen Vorhaben identisch oder sind die in Rede stehenden Vorhaben auf dasselbe Ziel ausgerichtet, dienen sie in der Regel einer gesamt-konzeptionellen Aufgabenbewältigung. Dann erweisen sie sich als Abschnitte eines Gesamtvorhabens.

Mitunter kann die Verknüpfung der jeweiligen Vorhaben auch dadurch ausgelöst werden, dass ein Vorhaben erst die planerische Rechtfertigung für ein weiteres Vorhaben liefert, jedoch das den Bedarf auslösende Vorhaben ohne das hierauf „reagierende“ Vorhaben nicht sinnvoll verwirklicht werden kann. So kann etwa die Errichtung einer Brücke zwischen zwei durch einen Fluss geografisch getrennten großen Städten erst den Anlass liefern, den neu entstehenden Verkehrsfluss durch die Erweiterung bestehender Straßen oder einen Neubau von Zugverbindungen im Anschlussbereich (Hinterland) zu bewältigen.

¹¹ Siehe aber auch *M. Kment/T. Pleiner*, Neues von der Abschnittsbildung – Planerisches Instrument gewinnt weiter an Konturen, DVBl. 2015, 542/547.

¹² Siehe die obigen Ausführungen unter B., I.

¹³ BVerwG, Beschl. v. 21. 1. 1998, Az. 4 VR 3/97, NVwZ 1998, 616/619 f.

¹⁴ BVerwG, Beschl. v. 21. 1. 1998, Az. 4 VR 3/97, NVwZ 1998, 616/619 f.

¹⁵ VGH Mannheim, Beschl. v. 23. 9. 2014, Az. 3 S 784/14, NuR 2015, 488/489; *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 49.

¹⁶ BVerwG, Beschl. v. 1. 7. 2003, Az. 4 VR 1/03 u. a., Rn. 5.

Stets zu beachten ist, dass die Zuordnung bzw. Abgrenzung von Vorhaben sich allein an sachlichen Gesichtspunkten zu orientieren hat. Demgemäß können unterschiedliche Zuständigkeiten oder Projektträgerschaften nicht den Ausschlag geben, um Vorhaben als selbstständige Einheiten zu qualifizieren. Sie liefern vielmehr in der Regel nur Gründe für eine Unterteilung eines einheitlichen Projekts (Abschnittsgestaltung),¹⁷ ohne damit den Gesamtvorhabencharakter grundsätzlich in Frage zu stellen.

C. Rechtfertigung der Abschnittsbildung

I. Aufspaltung des Gesamtprojekts

1. Abschnittsbildung als rechtfertigungsbedürftige Abweichung vom „normalen“ Ablauf des Genehmigungsverfahrens

Die rechtliche Bewältigung *eines* Vorhabens im Rahmen *eines* Genehmigungsverfahrens ist der rechtliche Normalfall. Schließlich bietet ein allumfassendes Verfahren – zumindest theoretisch – die Möglichkeit, alle relevanten Belange in einen gemeinsamen Bezugsrahmen einzustellen. Dort können die Belange dann abschließend behandelt werden.¹⁸ Die einheitliche Planungsentscheidung für das gesamte Vorhaben ist jedoch kein Selbstzweck. Kann die Abhandlung aller Belange auch in mehreren Verfahrensschritten sichergestellt werden, ist die gebündelte Bewältigung der Planungsaufgabe nicht zwingend erforderlich.¹⁹ Die Planfeststellungsbehörde hat vielmehr die Möglichkeit, ihr planerisches Ermessen auszuüben und aufgrund von Zweckmäßigkeitssichtspunkten eine Abschnittsbildung vorzusehen.²⁰

Diese Grundannahmen kommen gerade Vorhabenträgern größerer Projekte zugute. Angesichts der zunehmenden Zahl an verfahrensrechtlichen – insbesondere umweltrechtlichen – und materiell-rechtlichen Vorgaben, denen sich Infrastrukturprojekte allgemein gegenübersehen, ist die rechtmäßige Durchführung groß angelegter Projekte in der Regel effektiv nur noch möglich, wenn die Verfahrensabläufe und/oder Sachfragen aufgeteilt werden. Die

¹⁷ BVerwG, Beschl. v. 24. 5. 2012, Az. 7 VR 4/12, ZUR 2012, 499/502 f.; BVerwG, Beschl. v. 9. 9. 1996, Az. 11 VR 31/95, NVwZ-RR 1997, 210/210; *Kment/Pleiner* (Fn. 2) S. 41.

¹⁸ BVerwG, Urt. v. 9. 3. 1979, Az. IV C 41.75, BVerwGE 57, 297/299 f.; BVerwG, Urt. v. 23. 1. 1981, Az. 4 C 68/78, BVerwGE 61, 307/311.

¹⁹ BVerwG, Urt. v. 23. 1. 1981, Az. 4 C 68/78, BVerwGE 61, 307/311 f.; VGH München, Urt. v. 9. 12. 2015, Az. 22 A 15.40025, Rn. 37; *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 39.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, Az. 4 C 19/94, BVerwGE 100, 370/387 f. Ein subjektiver Anspruch auf eine einheitliche Entscheidung besteht nicht; vgl. VGH München, Urt. v. 13. 10. 2015, Az. 22 A 14.40037, Rn. 41.

Verwirklichung des planerischen Gesamtkonzepts in Teilabschnitten (Abschnittsbildung) ist daher faktisch unverzichtbar geworden.²¹

Dennoch zeigt die kaum wahrnehmbare normative Ausgestaltung der Regeln zur Abschnittsbildung, dass die verfahrenseinheitliche Entscheidung dem gesetzgeberischen Leitbild entspricht und somit zugleich den gesetzlichen Regelfall umschreibt. Daraus kann man ableiten, dass bei einem Abweichen von der Grundprämisse des einheitlichen Verfahrens eine Rechtfertigung geliefert werden muss, weshalb das geplante Gesamtvorhaben in mehrere Teile aufgespalten werden soll.²² Der Vorhabenträger muss folglich innerhalb der durch das Abwägungsgebot gesetzten Grenzen plausibel darlegen können, dass durch die Abschnittsbildung die Realisierung des gesamten Vorhabens praktikabler und das Verfahren dadurch in der Summe effizienter gestaltet wird.²³ Die Abschnittsbildung muss mithin „vernünftigerweise geboten“²⁴ sein.

Eine Verfahrensaufspaltung in Abschnitte kann als vernünftigerweise geboten angesehen werden, wenn sie ein sachgerechtes Mittel zur Problembewältigung ist und deshalb bei einer Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile der Abschnittsbildung das Interesse an der Aufspaltung überwiegt.²⁵ Nicht erforderlich ist, dass die Bildung von Abschnitten unumgänglich oder zwingend erforderlich ist; die Abschnittsbildung muss sich auch nicht aufdrängen.²⁶ Schließlich muss bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Verfahrensaufteilung das frühe Verfahrensstadium berücksichtigt werden. Da zu diesem Zeitpunkt – also im Moment der Entscheidung für oder gegen die Abschnittsbildung – noch nicht alle Facetten eines Vorhabens bekannt sind, dürfen auch die inhaltlichen Anforderungen an die Rechtfertigung der Abschnittsbildung nicht zu hoch gesteckt werden.²⁷

²¹ BVerwG, Beschl. v. 22. 7. 2010, Az. 7 VR 4/10, 7 VR 4/10 (7 A 7/10), NVwZ 2010, 1486 Rn. 27; BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2013, Az. 7 A 4/12, BVerwGE 147, 184 Rn. 50; A. Schink, in: H. J. Knack/H. Henneke (Hrsg.), VwVfG, 10. Aufl. 2014, § 74 Rn. 32.

²² BVerwG, Beschl. v. 5. 12. 2008, Az. 9 B 28/08, NVwZ 2009, 320 Rn. 21.

²³ BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, Az. 4 C 19/94, BVerwGE 100, 370/387 f.

²⁴ VGH München, Beschl. v. 15. 11. 2010, Az. 8 CS 10.2078, Rn. 11; VGH München, Beschl. v. 19. 7. 2013, Az. 8 ZB 12.403, Rn. 14.

²⁵ BVerwG, Beschl. v. 5. 12. 2008, Az. 9 B 28/08, NVwZ 2009, 320 Rn. 21; BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, Az. 4 C 19/94, BVerwGE 100, 370/387 f.; BVerwG, Beschl. v. 26. 6. 1992, Az. 4 B 1–11/92, 4 B 1/92, 4 B 2/92, 4 B 3/92, 4 B 4/92, 4 B 5/92, 4 B 6/92, 4 B 7/92, 4 B 8/92, 4 B 9/92, 4 B 10/92, 4 B 11/92, NVwZ 1993, 572/573.

²⁶ Kment/Pleiner (Fn. 2), S. 40.

²⁷ BVerwG, Urt. v. 21. 11. 2013, Az. 7 A 28/12, 7 A 28/12 (7 A 22/12), NVwZ 2014, 730 Rn. 40; Kment/Pleiner (Fn. 2), S. 40.

2. Gründe für ein abschnittsweises Vorgehen

Die Frage nach einer Abschnittsbildung stellt sich in der Regel bei größeren Vorhaben, bei denen wegen ihres beträchtlichen Umfangs eine Verdichtung von Problemfeldern zu erwarten ist. In diesen Fällen können durch Abschnittsbildungen Erleichterungen antizipiert werden.²⁸ Allerdings kann nicht allein aus der Größe eines Projekts oder seiner Flächeninanspruchnahme auf die Erforderlichkeit einer Vorhabenaufspaltung geschlossen werden. Im Zentrum der Überlegungen sollte die *Konflikträchtigkeit* des Vorhabens stehen, die es mittels der Bildung von Abschnitten zu entzerren und damit effektiver zu bewältigen gilt.²⁹ Insbesondere wenn sich in den unterschiedlichen Abschnitten des Vorhabens verschiedenartige Konflikte erkennen lassen, spricht dem Grunde nach vieles für eine zulässige Abschnittsbildung.³⁰

In der Rechtsprechung und Literatur sind unterschiedliche *Fallgruppen* benannt worden bzw. haben sich Szenarien herauskristallisiert, die als Rechtfertigungsansätze für eine Abschnittsbildung (typischerweise) herangezogen werden können. Dies sind zunächst Fälle, in denen auf Seiten des Vorhabenträgers ein besonderes Bedürfnis für ein schrittweises Vorgehen besteht, etwa weil durch die Aufspaltung des Vorhabens den ausführenden Unternehmen ein besserer Einsatz der Arbeitskräfte ermöglicht wird.³¹ Auch können Schwierigkeiten beim Grunderwerb oder begrenzte finanzielle Mittel des Vorhabenträgers eine Abschnittsbildung sachgerecht erscheinen lassen.³² Wichtige Zäsuren verlaufen aber auch entlang von Zuständigkeitsgrenzen.³³ Gerade bei grenzüberschreitenden Projekten ist dies von besonderer Bedeutung, kommt es mit dem Grenzübertritt doch notwendig zu einer Zerschneidung des Kanons der für das Vorhaben geltenden Zulassungsnormen. Schließlich ist nach überwiegender völkerrechtlicher Auffassung die Genehmigung³⁴ eines (räumlich feststehenden) Vorhabens regelmäßig vom örtlich über Herrschaftsmacht verfügenden Hoheitsträger zu erlassen,³⁵ der auf seine gesetz-

²⁸ OVG Münster, Urt. v. 2. 3. 1983, Az. 9 A 1054/82, Urteilsdruck S. 32.

²⁹ OVG Koblenz, Urt. v. 1. 7. 2015, Az. 8 C 10494/14, Rn. 144; *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 40.

³⁰ BVerwG, Beschl. v. 22. 7. 2010, Az. 7 VR 4/10, 7 VR 4/10 (7 A 7/10), NVwZ 2010, 1486 Rn. 28; BVerwG, Urt. v. 21. 11. 2013, Az. 7 A 28/12, 7 A 28/12 (7 A 22/12), NVwZ 2014, 730 Rn. 39 f.

³¹ S. *Broß*, Zur Teilbarkeit von (fern-)straßenrechtlichen Planungsentscheidungen, DÖV 1985, 253/261.

³² R. *Steinberg/M. Wickell/H. Müller*, Fachplanungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 3 Rn. 89.

³³ BVerwG, Beschl. v. 24. 5. 2012, Az. 7 VR 4/12, ZUR 2012, 499/502 f.; BVerwG, Beschl. v. 9. 9. 1996, Az. 11 VR 31/95, NVwZ-RR 1997, 210/210; BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2013, Az. 7 A 4/12, BVerwGE 147, 184 Rn. 51; BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 44.

³⁴ Dies ist ein völkerrechtlich relevanter Hoheitsakt; vgl. M. *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, S. 87.

³⁵ *Kment* (Fn. 34), S. 69 ff.

lichen Grundlagen zurückgreift. Des Weiteren kommen Abschnittsbildungen in Betracht, um Teile des Projekts in einem vereinfachten Verfahren zu genehmigen.³⁶ Sie können aber auch daraus resultieren, dass einem dringenden Realisierungsinteresse an einem Teilabschnitt – etwa zur Gefahrenabwehr – nachgekommen wird³⁷ oder sich Verzögerungen der Planung an anderer Stelle abzeichnen, die den konkreten Vorhabenabschnitt nicht betreffen.³⁸ Schließlich kann auch die Anwendung besonderer wissenschaftlich-technischer Verfahren ein abschnittsweises Vorgehen erforderlich machen³⁹ und/oder das räumlich begrenzte Auftreten außergewöhnlicher umwelt- wie auch naturschutzrechtlicher Problematiken hierfür sprechen. Letzteres ist etwa denkbar, wenn eine „normale“ Schienen- oder Straßenführung in einen unterirdischen Tunnel übergehen soll, der zur Querung eines breiten Flusses dient, oder ambitionierte Brückenkonstruktionen vor der Küste liegende Inseln infrastrukturell mit dem Festland verbinden sollen. Die Überwindung des Mediums Wasser und die sich hieran anschließende Brücken- bzw. Tunnelkonstruktion weisen in der Regel Besonderheiten auf, die diese Bauwerksabschnitte von den übrigen Etappen des Gesamtprojekts (Hinterlandanbindung) abgrenzen können.

II. Rechtfertigung der konkreten Abschnittszuschnitte

Unabhängig von der generellen Zulässigkeit einer Aufspaltung des Gesamtverfahrens muss auch der *konkrete* Zuschnitt eines Abschnitts rechtmäßig erfolgen. Dies setzt voraus, dass die Zahl der anvisierten Abschnitte in Bezug zum Gesamtvorhaben auf Grundlage einer vorausschauenden Problemanalyse sachlich gerechtfertigt erscheint und nicht willkürlich gewählt wird.⁴⁰ Diese Anforderung gilt nicht nur numerisch für die Summe der Abschnitte, sondern auch für den gewählten inhaltlichen Zuschnitt bzw. die Bemessung der jeweiligen Abschnitte. Zielpunkt der Abschnittsbildung muss – entsprechend ihrer Funktion –⁴¹ die Schaffung eines überschaubaren und verbessert handhabbaren Entscheidungsbereichs sein.⁴² In jedem Fall muss die Gestal-

³⁶ Kment/Pleiner (Fn. 2), S. 41.

³⁷ VGH München, Beschl. v. 15. 11. 2010, Az. 8 CS 10.2078, Rn. 11; OVG Magdeburg, Urt. v. 10. 10. 2013, Az. 2 K 98/12, Rn. 94.

³⁸ BVerwG, Urt. v. 21. 11. 2013, Az. 7 A 28/12, 7 A 28/12 (7 A 22/12), NVwZ 2014, 730 Rn. 40.

³⁹ Vgl. K. Grupp, Teilbarkeit von Planungsentscheidungen – Bericht über ein Forschungsseminar am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, DVBl. 1985, 152.

⁴⁰ OVG Münster, Urt. v. 5. 9. 2014, Az. 16 D 77/13.AK, GewArch 2015, 136/137; Kment/Pleiner (Fn. 2), S. 42.

⁴¹ Siehe hierzu die obige Darstellung unter C., I., 2.

⁴² BVerwG, Beschl. v. 21. 12. 1995, Az. 11 VR 6/95, NVwZ 1996, 896/897.

tung der Abschnitte so angelegt sein, dass sie den gewünschten Effekt, der grundsätzlich für die Unterteilung des Verfahrens streitet (zB. Rücksichtnahme auf unterschiedliche Zuständigkeiten),⁴³ auch tatsächlich zu erzielen geeignet ist.⁴⁴ Wird bei der Abschnittsbildung nicht an Zuständigkeitsgrenzen angeknüpft, liefern häufig geografische Gegebenheiten Anlass, Grenzlinien der einzelnen Abschnitte zu ziehen. Es können aber auch veränderte technische Anforderungen sein, die dem Vorhaben ab einem gewissen Punkt ein anderes Gepräge geben.⁴⁵

Grundlage der Ausgestaltung der Abschnitte muss stets das Gesamtvorhaben bleiben. Dies bedeutet, dass man der Konzeption des Gesamtvorhabens entnehmen können muss, mit welchen Problemen bei der Vorhabenverwirklichung zu rechnen ist.⁴⁶ Das definierte Problemspektrum liefert dann die Basis für die Rechtfertigung des Zuschnitts der Abschnitte.

Schließlich bleibt noch zu beachten, dass die Rechtfertigung der konkreten Abschnittsbildung gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist. Dies hängt unmittelbar damit zusammen, dass die Abschnittsbildung als Ergebnis eines Abwägungsprozesses verstanden wird. Die rechtlich gebotene Zurückhaltung bei der Überprüfung von Abwägungsentscheidungen wirkt sich insofern auch auf die Prüfungsdichte bei Abschnittsbildungen aus.⁴⁷

III. Auseinandersetzung mit der Abschnittsbildungsproblematik und Dokumentation der Entscheidung zur Abschnittsbildung

Da die Abschnittsbildung dogmatisch in der planerischen Abwägung ruht,⁴⁸ ist die Entscheidung zur Abschnittsbildung eine planerische, die den rechtlichen Anforderungen an eine gerechte Abwägung unterliegt.⁴⁹ Die Einhaltung dieser Anforderungen ist gem. § 72 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 69 Abs. 2 S. 1 VwVfG hinreichend zu begründen. Hierzu gehört, dass Vorhabenträger wie auch zuständige Behörde die geplante Abschnittsbildung als solche erkannt und sich mit ihren Anforderungen thematisch auseinandergesetzt haben. Sie müssen insbesondere die Gründe für die Entscheidung zur Abschnittsbildung und ihre konkrete Ausgestaltung hinreichend darlegen.⁵⁰

⁴³ Siehe hierzu bereits die obige Darstellung unter C., I., 2.

⁴⁴ *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 42.

⁴⁵ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 26. 6. 1992, Az. 4 B 1–11/92, 4 B 1/92, 4 B 2/92, 4 B 3/92, 4 B 4/92, 4 B 5/92, 4 B 6/92, 4 B 7/92, 4 B 8/92, 4 B 9/92, 4 B 10/92, 4 B 11/92, NVwZ 1993, 572/573 f.

⁴⁶ *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 43.

⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, Az. 4 C 19/94, BVerwGE 100, 370/387 f.

⁴⁸ Siehe die bisherigen Ausführungen unter C., I., 1.

⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, Az. 4 C 19/94, BVerwGE 100, 370/387 f.

⁵⁰ *W. Neumann*, in: P. Stelkens/J. Bonk/M. Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 74 Rn. 158.

D. Modifizierte Planrechtfertigung

I. Gebot der Planrechtfertigung

1. Rechtliche Verankerung des Gebots der Planrechtfertigung

Wird ein Gesamtvorhaben in Abschnitte unterteilt, darf dies nicht dazu führen, dass das Niveau des materiellen Rechtmäßigkeitsstandards absinkt.⁵¹ Der zur Prüfung gestellte Abschnitt muss vielmehr grundsätzlich alle Anforderungen erfüllen, die an ein einheitliches Vorhaben an seiner Stelle gelegt würden.⁵² Hierzu zählt insbesondere auch das Gebot der Planrechtfertigung.⁵³

Obschon dieses Kriterium nicht ganz unumstritten ist,⁵⁴ wird es in ständiger Rechtsprechung des BVerwG zu einem notwendigen Erfordernis jeder Planfeststellung erhoben.⁵⁵ Jedenfalls in den Fällen, in denen ein Planfeststellungsbeschluss enteignungsrechtliche Vorwirkung hat, ist dies auch sachgerecht.⁵⁶ Hergeleitet wird das Erfordernis der Planrechtfertigung zunächst aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns.⁵⁷ Ergänzend verweist das BVerwG auf das Vorrangverhältnis der Planfeststellung gegenüber der Gesamtplanung.⁵⁸ Dieses Rangverhältnis führe dazu, dass die Planfeststellungsbehörde eine Planungsentscheidung zu treffen habe, welche neben der Zulassung eines Vorhabens auch einen Ausspruch zur Raumnutzung enthalte. Diese Wirkungsfülle bedinge eine notwendige Gestaltungsfreiheit, in deren Rahmen Bedarf und Erforderlichkeit des Vorhabens zu untersuchen seien.⁵⁹

2. Inhaltliche Anforderungen

Inhaltlich verlangt das Gebot der Planrechtfertigung vom Vorhabenträger, das Bedürfnis an der Verwirklichung des Vorhabens hinreichend darzulegen. Er muss aufzeigen, dass das Vorhaben aus Gründen des Wohls der Allgemein-

⁵¹ *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 39.

⁵² *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 44.

⁵³ BVerwG, Urt. v. 19. 5. 1998, Az. 4 A 9/97, BVerwGE 107, 1/8 ff.; VGH München, Urt. v. 9. 12. 2015, Az. 22 A 15.40025, Rn. 27; *Neumann* (Fn. 50), § 74 Rn. 51 f.

⁵⁴ *H. D. Jarass*, Die materiellen Voraussetzungen der Planfeststellung in neuerer Sicht – Dogmatische Grundlagen und praktische Folgen, insbesondere im Verkehrsbereich, DVBl. 1998, 1202/1204 f.; *M. Schmidt-Preuß*, Fachplanung und subjektivrechtliche Konfliktschlichtung, in: Festschrift für Werner Hoppe, 2000, S. 1071/1082.

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1975, Az. IV C 21.74, BVerwGE 48, 56/59.

⁵⁶ *Neumann* (Fn. 50), § 74 Rn. 34.

⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 16. 3. 2006, Az. 4 A 1075/04, BVerwGE 125, 116 Rn. 182; BVerwG, Urt. v. 26. 4. 2007, Az. 4 C 12/05, BVerwGE 128, 358 Rn. 45.

⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 26. 4. 2007, Az. 4 C 12/05, BVerwGE 128, 358 Rn. 47.

⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 26. 4. 2007, Az. 4 C 12/05, BVerwGE 128, 358 Rn. 47.

heit objektiv erforderlich oder – anders formuliert – vernünftigerweise geboten ist.⁶⁰ Welche Gemeinwohlinteressen legitim sind, bestimmt sich regelmäßig nach der Zielrichtung des einschlägigen Fachplanungsrechts. Entspricht das konkrete Vorhaben den dort normierten Zielen, dient es grundsätzlich einem Gemeinwohlinteresse.⁶¹

Die Feststellung der abstrakten Konformität des Vorhabens mit dem Wohl der Allgemeinheit reicht allein aber noch nicht aus, um die Planrechtfertigung zu begründen. Um vernünftigerweise geboten zu sein, muss für das Vorhaben darüber hinaus ein *konkreter* Bedarf bestehen.⁶² Zur Annahme einer Planrechtfertigung muss also eine Übereinstimmung mit den gesetzlichen Planungszielen feststellbar sein und ein spezifischer Bedarf für die Verwirklichung des Vorhabens existieren.⁶³

II. Verhältnis des Einzelvorhabens zum Gesamtvorhaben

Bei der Begründung der Planrechtfertigung für Vorhabenabschnitte spielt die Einbettung des Vorhabenabschnitts in die planerische Konzeption des Gesamtvorhabens eine besondere Rolle. Da Vorhabenabschnitte nur Teilaspekte des Gesamtvorhabens widerspiegeln, kommt ihnen die Planrechtfertigung für das Gesamtvorhaben, insbesondere in Form gesetzlicher Bedarfsfeststellungen (u. a. Bundesschienenwegeausbaugesetz,⁶⁴ Fernstraßenausbaugesetz⁶⁵), die verbindlich zugunsten des Gesamtvorhabens streiten,⁶⁶ nicht zugute. Hierfür spricht bereits, dass die Aufteilung des Gesamtvorhabens – insbesondere die konkrete Abschnittsgestaltung – dem politischen Entscheidungsträger bei seiner Bedarfsfeststellung nicht bekannt sein dürfte. Aus diesem Grund muss für jeden Abschnitt eine eigene Planrechtfertigung gefunden werden.

⁶⁰ BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1975, Az. IV C 21.74, BVerwGE 48, 56/59; BVerwG, Urt. v. 8. 7. 1998, Az. 11 A 53/97, BVerwGE 107, 142/145 f.; BVerwG, Urt. v. 11. 7. 2001, Az. 11 C 14/00, BVerwGE 114, 364/372 f.; BVerwG, Urt. v. 15. 1. 2004, Az. 4 A 11/02, BVerwGE 120, 1/3 f.

⁶¹ BVerwG, Urt. v. 11. 7. 2001, Az. 11 C 14/00, BVerwGE 114, 364/375 ff.; ferner H. D. Jarass, Die Planrechtfertigung bei Planfeststellungen, NuR 2004, 69/71.

⁶² BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2013, Az. 7 A 4/12, BVerwGE 147, 184 Rn. 50; Neumann (Fn. 50), § 74 Rn. 36.

⁶³ BVerwG, Urt. v. 8. 7. 1998, Az. 11 A 53/97, BVerwGE 107, 142/145 ff.; BVerwG, Urt. v. 16. 3. 2006, Az. 4 A 1075/04, BVerwGE 125, 116 Rn. 183 f.; BVerwG, Urt. v. 9. 11. 2006, Az. 4 A 2001/06, BVerwGE 127, 95 Rn. 34.

⁶⁴ Bundesschienenwegeausbaugesetz v. 15. 11. 1993 (BGBl. I S. 1874), geänd. durch Art. 520 der VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

⁶⁵ Fernstraßenausbaugesetz i. d. F. der Bekanntmachung v. 20. 1. 2005 (BGBl. I S. 201), zuletzt geänd. durch Art. 469 der VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

⁶⁶ BVerwG, Beschl. v. 16. 1. 2007, Az. 9 B 14/06, NVwZ 2007, 462 Rn. 6; H. D. Jarass, Die Planfeststellung privater Vorhaben, 2003, S. 22 f.

Da sich der jeweilige Planungsabschnitt jedoch nur als ein Teilaspekt eines größeren Ganzen darstellt, kann es ihm bisweilen an der Ausgewogenheit seiner Konzeption fehlen.⁶⁷ Daher kann es notwendig werden – unbeschadet der genehmigungsrechtlichen Eigenständigkeit des Planungsabschnitts gegenüber der Gesamtkonzeption – die Schwächen des einzelnen Abschnitts unter Bezugnahme auf das Gesamtvorhaben auszugleichen.⁶⁸ Soll eine solche Kompensation erfolgen, ist es notwendig, die Darstellung der Gesamtkonzeption der Genehmigungsbehörde zugänglich zu machen bzw. einzureichen.⁶⁹

III. Eigenständige Verkehrsfunktion

1. Unproblematische Fälle: Lückenschluss

Kann für einen Vorhabenabschnitt die Planrechtfertigung nicht geleistet werden, vermag der Rückgriff auf die Planrechtfertigung des Gesamtvorhabens nicht in jedem Fall die objektive Erforderlichkeit des Vorhabenabschnitts zu begründen. Dies reicht nur dann aus, wenn der fragliche Vorhabenabschnitt in der Vollendung des Gesamtvorhabens mündet, also einen Lückenschluss herbeiführt.⁷⁰ Indizien für diesen Fall können etwa eine fortgeschrittene Planung oder Situationen, in denen nur noch eine besonders kurze Distanz zu überwinden ist oder besondere Problemlagen nicht zu erwarten sind, sein.⁷¹

2. Verhinderung eines Planungstorsos

Abgesehen von diesen unproblematischen Fällen⁷² ist unnützen Vorhaben bereits dadurch vorgebeugt, dass für das Gesamtvorhaben neben einer eigenen Planrechtfertigung zusätzlich eine positive Gesamtprognose bestehen muss.⁷³ Allerdings kann selbst eine positive Gesamtprognose nicht verhindern, dass ein Gesamtvorhaben schließlich doch nicht vollständig verwirklicht wird. Um dieser Gefahr eines Planungstorsos entgegenzuwirken, hat das BVerwG differenzierte Anforderungen für die Verwirklichung von Infrastrukturprojekten herausgearbeitet, die im Folgenden näher betrachtet werden sollen.

⁶⁷ *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 45.

⁶⁸ BVerwG, Beschl. v. 5. 6. 1992, Az. 4 NB 21/92, NVwZ 1992, 1093/1094; OVG Münster, Urt. v. 5. 9. 2014, Az. 16 D 77/13.AK, GewArch 2015, 136/137; *Kment/Pleiner*, Neues von der Abschnittsbildung (Fn. 11), S. 547.

⁶⁹ *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 23.

⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 7. 3. 1997, Az. 4 C 10/96, BVerwGE 104, 144 (152 f.).

⁷¹ BVerwG, Urt. v. 7. 3. 1997, Az. 4 C 10/96, BVerwGE 104, 144 (152 f.).

⁷² Siehe die obigen Ausführungen unter D., III., 1.

⁷³ Zur vorläufigen positiven Gesamtprognose nachfolgend mehr unter D., IV.

a) Eigenständige Verkehrsfunktion im Straßenverkehrsrecht

Im Straßenverkehrsrecht reicht es der Rechtsprechung regelmäßig nicht, wenn allein das Gesamtvorhaben eine positive Prognose genießt. Hier will man vielmehr sichergehen, dass durch die Genehmigung von Vorhabenabschnitten keine Planungstorsos – also Straßenelemente, die im „Nichts“ enden – hervorgerufen werden.⁷⁴ Deshalb muss neben dem Gesamtvorhaben auch für den Vorhabenabschnitt ein konkreter Bedarf abgeleitet werden können.⁷⁵ Gemeint ist damit, dass die einzelnen Vorhabenabschnitte für sich genommen eine eigenständige Verkehrsfunktion wahrnehmen müssen.⁷⁶

Die Anforderungen an diese notwendige eigenständige Verkehrsfunktion sind allerdings im Vergleich zu den Anforderungen, die an die Verkehrsfunktion einer Gesamtplanung gelegt werden, abgeschwächt.⁷⁷ Anderenfalls wäre die Rechtsfigur der Abschnittsbildung überflüssig, da der fragliche Vorhabenabschnitt sonst ohne Einbindung in das Kollektiv der Gesamtplanung als Einzelvorhaben selbstständig genehmigungsfähig wäre.⁷⁸

Die exakten Konturen der eigenständigen Verkehrsfunktion von straßenverkehrsrechtlich relevanten Vorhabenabschnitten sind bislang noch nicht abschließend erarbeitet. Allerdings wird – auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung – als ausreichend anerkannt, wenn aus *Ex-ante*-Sicht der fragliche Abschnitt nur eine solche eigenständige Funktion wahrnehmen kann, die gegenüber der Funktion des Gesamtvorhabens zunächst noch *eingeschränkt* ist.⁷⁹ Unschädlich soll es auch sein, dass der Vorhabenabschnitt vorübergehend eine *andere Funktion* besitzt als das Gesamtvorhaben.⁸⁰ Und ebenfalls anerkannt ist, dass selbst ein entstehendes Provisorium, das zumindest einen gewissen Verkehrsbedarf *vorübergehend* erfüllt, noch die Abschnittsbildung zu rechtfertigen vermag.⁸¹

⁷⁴ BVerwG, Urt. v. 12. 8. 2009, Az. 9 A 64/07, BVerwGE 134, 308 Rn. 113; VGH München, Beschl. v. 19. 7. 2013, Az. 8 ZB 12.403, Rn. 14.

⁷⁵ BVerwG, Urt. v. 19. 5. 1998, Az. 4 A 9/97, BVerwGE 107, 1/8 ff.; BVerwG, Urt. v. 23. 2. 2005, Az. 4 A 4/04, NVwZ 2005, 803/803; BVerwG, Urt. v. 24. 11. 2010, Az. 9 A 13/09, NVwZ 2011, 680 Rn. 69.

⁷⁶ BVerwG, Beschl. v. 5. 6. 1992, Az. 4 NB 21/92, NVwZ 1992, 1093/1094; BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 43; *Neumann* (Fn. 50), § 74 Rn. 52.

⁷⁷ BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, Az. 4 C 19/94, BVerwGE 100, 370/387 f.

⁷⁸ Siehe die bisherigen Ausführungen unter B., II.

⁷⁹ BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, Az. 4 C 19/94, BVerwGE 100, 370/387 f.; BVerwG, Urt. v. 26. 10. 2005, Az. 9 A 33/04, Rn. 33; BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, Az. 4 C 26/94, BVerwGE 100, 388/396; OVG Koblenz, Urt. v. 1. 7. 2015, Az. 8 C 10494/14, Rn. 144; OVG Münster, Urt. v. 17. 11. 2014, Az. 11 D 88/11.AK, Rn. 96.

⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 23. 2. 2005, Az. 4 A 4/04, NVwZ 2005, 803/803.

⁸¹ BVerwG, Urt. v. 26. 10. 2005, Az. 9 A 33/04, Rn. 33; BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, Az. 4 C 19/94, BVerwGE 100, 370/387 f.; OVG Magdeburg, Urt. v. 10. 10. 2013, Az. 2 K 98/12, Rn. 94.

b) Verminderte Anforderungen im Eisenbahnrecht

Die Anforderungen an die eigenständige Verkehrsfunktion wurden von der Rechtsprechung nicht auf das Eisenbahnrecht übertragen.⁸² Der Grund für diese Zurückhaltung liegt in der geringen Dichte des Schienennetzes, der sog. „Weitmaschigkeit“.⁸³ Die technische Struktur des Schienennetzes zeichnet sich nämlich dadurch aus, dass die Streckenverläufe in der Mehrzahl der Fälle weit auseinanderliegen. So besaß das von der Deutschen Bahn AG in Deutschland betriebene Schienennetz im Jahr 2015 „lediglich“ eine Ausdehnung von ca. 33.000 km, obschon es damit das längste Schienennetz in ganz Europa ist.⁸⁴ Dieser technischen Ausdehnung der Schiene steht ein Straßennetz gegenüber, das allein bei den Straßen des überörtlichen Verkehrs zum Vergleichszeitpunkt eine Gesamtlänge von über 230.000 km aufwies.⁸⁵ Stellt man zusätzlich in Rechnung, dass es vielfältige Verbindungsmöglichkeiten auch zwischen Straßen verschiedener Ordnungen (Autobahn, Bundesstraßen usw.) gibt (sog. Interkonnexität), die dem Schienennetz in dieser Flexibilität fehlt, wird deutlich, dass es dem Schienensegment spürbar schwerer fällt, bei der Neuerrichtung von Schienenwegen kürzere Teilabschnitte in bestehende Infrastrukturen einzupassen als bei Straßenverkehrswegen. Aus der Vogelperspektive betrachtet, liegen die Schienen oft in erheblichen Abständen zueinander, während sich das Straßennetz erheblich enger geknüpft, feinmaschiger und verzweigter präsentiert. Dies bedingt, dass beim Bau von Schienenwegen im Regelfall eine Eingliederung eines Vorhabenabschnitts in die bestehende Schieneninfrastruktur kaum möglich ist. Folglich würde die Forderung nach einer eigenständigen Verkehrsfunktion jedes einzelnen Abschnitts eines Schienenausbau- bzw. -änderungsprojekts dazu führen, dass im Bereich des Eisenbahnrechts meist nur ein Gesamtvorhaben als Einheit genehmigungsfähig wäre; die Vorzüge der Abschnittsbildung blieben dem schienenrechtlichen Rechtsraum daher in der Regel verschlossen.⁸⁶ Dieses Ergebnis soll vermieden werden. Daher wird (recht pragmatisch) auf das Kriterium der eigenständigen Verkehrsfunktion im Rahmen der Schienenverkehrsplanung verzichtet.

⁸² BVerwG, Urt. v. 27. 8. 1997, Az. 11 A 18/96, NVwZ-RR 1998, 290/291.

⁸³ BVerwG, Beschl. v. 21. 12. 1995, Az. 11 VR 6/95, NVwZ 1996, 896/897.

⁸⁴ Vgl. die Information der Deutschen Bahn AG unter <http://ib2015.deutschebahn.com/ib2015-de/konzern-lagebericht/der-db-konzern/konzernstruktur/db-konzern-im-ueberblick.html>, Abfrage: 6. 2. 2017.

⁸⁵ Vgl. hierzu <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2990/umfrage/gesamt-laenge-der-strassen-des-ueberoertlichen-verkehrs/>, Abfrage: 6. 2. 2017.

⁸⁶ BVerwG, Beschl. v. 21. 12. 1995, Az. 11 VR 6/95, NVwZ 1996, 896/897; *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 50.

3. Sonderproblem: Eigenständige Verkehrsfunktion eines grenzüberschreitenden Vorhabens

a) Beispiele aus der Praxis

Der Nachweis einer eigenständigen Verkehrsfunktion kann mitunter Probleme bereiten, wenn ein Vorhaben eine Landes- oder sogar eine Bundesgrenze überschreitet. Dass diese Fälle in der Praxis nicht selten sind, zeigt insbesondere die A20-Elbtunnel-Entscheidung des BVerwG vom 28. April 2016.⁸⁷ In dieser Entscheidung ging es um die Bundesautobahn A20 Nord-West-Umfahrung Hamburg im Abschnitt der Landesgrenze zwischen Niedersachsen und Schleswig-Holstein. Im achten Streckenabschnitt des Vorhabens soll zwischen Glückstadt und Drochtersen die Elbe mit einem insgesamt 5,671 km langen Tunnelbauwerk unterquert werden. Um dieses Projekt zu verwirklichen, wurde für die Planfeststellung der achte Streckenabschnitt an der Grenze zwischen Niedersachsen und Schleswig-Holstein in der Mitte der Elbe in zwei selbstständige Planfeststellungsverfahren aufgeteilt.

Ebenso sind Fälle einer die Bundesgrenze überschreitenden Verbindung (z. B. Grenzbrücken) denkbar, die im Wege der Abschnittsbildung verwirklicht werden sollen. Dabei müssen die Vorhaben nicht immer Dimensionen erreichen, wie die zwischen Kopenhagen und Malmö verlaufende Öresundbrücke, die als weltweit längste Schrägseilbrücke für den kombinierten Straßen- und Eisenbahnverkehr im Jahr 2000 eröffnet wurde,⁸⁸ oder der mit drei Röhren konstruierte Eurotunnel, der am östlichen Ende des Ärmelkanals seit dem Jahr 1994 Großbritannien mit dem Festland verbindet,⁸⁹ oder gar der geplante Brennerbasistunnel, der als österreichisch-italienisches Gemeinschaftsprojekt ab dem Jahr 2026 die Alpen unterqueren soll und damit den Gotthard-Basistunnel als bislang längsten Eisenbahntunnel der Welt ablösen würde.⁹⁰ Auch kleinere Infrastrukturprojekte entlang der deutschen Grenzflüsse Rhein, Donau, Inn und Oder, wie etwa die über den Rhein verlaufende 217 m lange Hardtbrücke, die im Jahr 2006 als Projekt des grenzüberschreitenden Zweckverbands Mittelhardt-Oberrhein (GüZ) verwirklicht wurde,⁹¹ können besondere Rechtsfragen der Abschnittsbildung provozieren.

⁸⁷ BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91.

⁸⁸ Siehe hierzu <https://www.oresundsbron.com/de/start>, Abfrage: 6. 2. 2017.

⁸⁹ Zu weiteren Einzelheiten bzgl. der Entstehung des Eurotunnels siehe <https://www.eurotunnel.com/uk/build/>, Abfrage: 6. 2. 2017.

⁹⁰ Siehe hierzu ausführlich <https://www.bbt-se.com>, Abfrage: 6. 2. 2017.

⁹¹ Zu Einzelheiten siehe <http://www.aufildurhin.com/de/mitglieder/glct>, Abfrage: 6. 2. 2017.

b) Fehlende eigenständige Verkehrsfunktion
der einzelnen Vorhabenabschnitte

Die Besonderheit der aufgezeigten Beispielsfälle⁹² liegt darin, dass mit der Verwirklichung eines jeden Vorhabenabschnitts (Brücken- oder Tunnelabschnitt), der in den jeweiligen Zuständigkeitsbereich eines Hoheitsträgers fällt, gerade *keine* vollumfängliche Verbindung zwischen zwei Landstrichen zur Genehmigung gestellt ist. Dies bedeutet, dass die jeweils zur Entscheidung gestellten Projektabschnitte im Fall ihrer Genehmigung und späteren Realisierung (zunächst) ohne ihren Anschluss unter der Elbe bzw. unter dem Grenzfluss, Grenzgewässer oder grenzbildenden Bergmassiv enden würden. Hieraus lässt sich weiter ableiten, dass die jeweiligen Vorhabenabschnitte für sich genommen planerisch sinnlos sein würden, wenn das Gesamtvorhaben bzw. zumindest der zweite Brücken- oder Tunnelabschnitt auf Seiten des Vorhabenspartners nicht zur Realisierung käme. Dem jeweils ersten Brücken- oder Tunnelabschnitt fehlt daher für sich allein die notwendige eigenständige Verkehrsfunktion; für sich allein ist dieser Vorhabenabschnitt somit planerisch nicht zu rechtfertigen.

c) Vorauseilende Realisierung des „Folgeabschnitts“

Das festgestellte Manko⁹³ lässt sich nur dadurch beseitigen, dass eine rechtliche Verknüpfung mit dem jeweiligen Folgeabschnitt hergestellt wird.⁹⁴ In den angesprochenen Beispielsfällen wäre es also nötig, eine rechtliche Verbindung zwischen den beiden partnerschaftlichen Brücken- bzw. der Tunnelhälfte zu erzeugen, die sicherstellt, dass die von der Ausgangsseite ausgehende Projektrealisierung nicht planerisch nutzlos erfolgt. Ein denkbare Instrument, um diese Verknüpfung rechtssicher herbeizuführen, ist eine Verbindung der beiden Infrastrukturmaßnahmenabschnitte im Wege der Bedingung im Sinne des § 36 Abs. 2 VwVfG.⁹⁵ So kann der regelmäßig erforderliche Planfeststellungsbeschluss auf der Ausgangsseite etwa von der Realisierung des Anschlussstücks abhängig gemacht werden. Unterliegt ein ausländischer Vorhabenabschnitt nach ausländischem Recht nicht dem rechtlichen Erfordernis der eigenständigen Verkehrsfunktion, käme der deutsche Teilabschnitt des Vorhabens als Lückenschluss zwischen den Verkehrsräumen der deutschen und ausländischen Seite hinzu und würde dann seinerseits eine eigenständige Verkehrsfunktion ausfüllen können. Dies könnte etwa dazu führen, dass

⁹² Siehe hierzu die obige Darstellung unter D., III., 3., a).

⁹³ Siehe die obigen Ausführungen unter D., III., 3., b).

⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 43.

⁹⁵ Vgl. dazu auch BVerwG, Urt. v. 8. 1. 2014, Az. 9 A 4/13, NVwZ 2014, 1008 Rn. 116.

zunächst der ausländische Teil des Vorhabens gebaut werden müsste. Dann wäre die eigenständige Verkehrsfunktion des deutschen Brücken- oder Tunnelabschnitts sichergestellt, da das auf deutschem Territorium durchgeführte Vorhaben nicht im Nirgendwo enden, sondern im Fall der Vorhabenverwirklichung tatsächlich einen Brücken- oder Tunnelanschluss am Übergangspunkt zum ausländischen Hoheitsgebiet vorfinden würde. In einer innerdeutschen, Landesgrenzen überschreitenden Fallgestaltung käme diese Lösung zu keinem tragfähigen Ergebnis, da beide Bauwerksabschnitte gleichsam dem Erfordernis einer eigenständigen Verkehrsfunktion unterliegen und kein Vorhaben den ersten Schritt unternehmen könnte.

d) Sonstige rechtliche Verknüpfung der Vorhabenabschnitte

(1) Zu überlegen ist, ob es neben der Anknüpfung an die tatsächliche Realisierung eines Tunnelabschnitts andere Optionen gibt, um die eigenständige Verkehrsfunktion eines im deutschen Rechtsraum gelegenen Projektabschnitts (z. B. Brücken- oder Tunnelabschnitt) sicherzustellen. Allein der Abschluss eines typischerweise in solchen Fällen anzutreffenden *völkerrechtlichen Vertrags* zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem kooperierenden ausländischen Staat reicht in der Regel nicht. In der Mehrzahl der Fälle beinhalten die Vertragswerke lediglich Absichtsbekundungen, das geplante Infrastrukturprojekt kooperativ zu verwirklichen. Die geschlossenen Staatsverträge vermitteln üblicherweise aber nicht die notwendige rechtliche Verbindlichkeit und erzeugen damit auch nicht die erforderliche Sicherheit, dass es zur Errichtung des ausländischen Teilabschnitts der Vorhaben tatsächlich kommt. Die Staatsverträge erteilen bzw. ersetzen in der Regel insbesondere nicht die erforderlichen staatlichen Genehmigungen, die einer Vorhabenrealisierung grundsätzlich vorausgehen müssen, sondern verweisen üblicherweise darauf, dass die Vorhabenabschnitte in Übereinstimmung mit dem jeweiligen staatlichen Recht zu beantragen sind. Staatsverträge, die lediglich Absichtsbekundungen enthalten, können somit nicht die Basis bilden, um auf sie gestützt die eigenständige Verkehrsfunktion des auf deutschem Hoheitsgebiet gelegenen Vorhabenabschnitts begründen zu können.

Diese Gedanken lassen sich auf *Verwaltungsvereinbarungen* übertragen, die häufig bei grenzüberschreitenden innerdeutschen Infrastrukturprojekten anzutreffen sind.⁹⁶ Die zwischen den involvierten Ländern abgeschlossenen Verwaltungsvereinbarungen sind in der Regel nicht mit der Rechtskraft aus-

⁹⁶ Eine solche Verwaltungsvereinbarung wurde im Fall der A20-Elbquerung zwischen den Ländern Niedersachsen und Schleswig-Holstein im Jahr 2005 geschlossen. In diesem Vertragswerk werden die Zuständigkeiten und die Kostenverteilung für die Planung geregelt. Gemäß § 2 Abs. 5 S. 2 der Vereinbarung wird die Planfeststellung separat in Eigenverantwortung der beiden Länder durchgeführt.

gestattet, die erforderliche Realisierungssicherheit zu erzeugen, die der vorausseilende Vorhabenabschnitt benötigt, um daraus seine eigenständige Verkehrsfunktion ableiten zu können.

(2) Als Zwischenstadium zwischen dem Abschluss eines Staatsvertrags bzw. einer zwischenstaatlichen Verwaltungsvereinbarung (als in der Regel unzureichende Grundlage für eine Abschnittsbildung) und der vorausseilenden Realisierung des zweiten (ausländischen) Vorhabenabschnitts (als hinreichendem Ansatzpunkt, um die eigenständige Verkehrsfunktion eines deutschen Vorhabenteils rechtfertigen zu können)⁹⁷ könnte die *rechtsbeständige Genehmigung des ergänzenden Vorhabenteils* (zweiter Brücken- oder Tunnelabschnitt) in Betracht kommen.

Das BVerwG hat diese Option in seinem A20-Elbtunnel-Urteil für einen innerdeutschen Fall als ausreichend angesehen. Das Gericht führt aus, dass die eigenständige Verkehrsfunktion von zwei Vorhaben, die sich nur im Zusammenspiel die erforderliche eigenständige Verkehrsfunktion verschaffen können, dann gegeben ist, wenn der Baubeginn eines Teilabschnitts an die Bedingung geknüpft ist, dass der unmittelbar ergänzende Nachbarabschnitt auf einem vollziehbaren Planfeststellungsbeschluss basiert, gegen dessen Vollziehbarkeit keine Anträge auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gestellt oder entsprechende Anträge im gerichtlichen Verfahren zurückgewiesen worden sind.⁹⁸ In der Rechtsprechung ist diese Einschätzung bislang noch nicht auf Fälle übertragen worden, in denen das Infrastrukturprojekt zwischen Deutschland und einem ausländischen Kooperationspartner realisiert werden soll. Jedenfalls ist hierbei auf die jeweiligen rechtlichen Besonderheiten des ausländischen Nachbarstaats Bedacht zu nehmen.⁹⁹

IV. Vorläufig positives Gesamturteil

1. Interessenlage: Beachtung der Gesamtperspektive

Grundgedanke der Abschnittsbildung ist die schrittweise Verwirklichung des Gesamtvorhabens durch Realisierung von Einzelprojekten. Mit der Verwirklichung aller Vorhabenabschnitte wird der gewünschte neue Infrastrukturzustand erzeugt. Dies verdeutlicht, dass die schrittweise Genehmigung der einzelnen Abschnitte nicht perspektivlos ohne Berücksichtigung des Gesamtvorhabens erfolgen darf. Es gilt, unbedingt zu vermeiden, dass das Gesamtvorhaben aus dem Blick gerät und bei der fortgesetzten Genehmigung und Errichtung der Teilabschnitte das Gesamtprojekt in ein Entwicklungsstadium

⁹⁷ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen unter D., III., 3., c).

⁹⁸ BVerwG, Urt. v. 28.4.16, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 43.

⁹⁹ Vgl. dazu J.-P. Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa, Bd. 1, 2007 und Bd. 2, 2009.

kommt, in dem es sich letztlich unüberwindbaren Hindernissen gegenüber-sieht.¹⁰⁰

2. Abgeleitete Anforderungen an die Abschnittsbildung

a) Ausgangspunkt: positive Prognose

Das Bedürfnis, das Gesamtvorhaben durch eine abschnittsweise Genehmigung seiner Teilbereiche nicht letztlich in eine planerische Sackgasse zu leiten, hat dazu geführt, neben der Genehmigung des Vorhabenabschnitts zugleich eine positive Prognose für das Gesamtvorhaben zu fordern.¹⁰¹ Anders gewendet: Der ausgleichende und gestaltende Auftrag der Planung kann nur gewahrt werden, wenn ein sog. „vorläufiges positives Gesamturteil“ bzgl. des Gesamtvorhabens auch zur Grundlage der Entscheidung über den jeweiligen Vorhabenabschnitt gemacht wird;¹⁰² dies alles gilt, obschon das positive Gesamturteil nicht an der Feststellungswirkung des Planfeststellungsbeschlusses bzgl. des Vorhabenabschnitts teilnimmt.¹⁰³

b) Prüfungsintensität und Prüfungsradius

Mit dem Verlangen nach einem positiven Gesamturteil wird ein Beziehungsdreieck erzeugt: Zwar geht es primär um die Bedeutung des zur Prüfung gestellten Vorhabenabschnitts für das Gesamtvorhaben. Dies erfordert aber auch, Folgeabschnitte in die Überlegungen einzubinden, bilden diese doch in der Summe mit den zur Genehmigung gestellten und den gegebenenfalls schon genehmigten Vorhabenabschnitten das angestrebte Gesamtvorhaben. Innerhalb des Beziehungsdreiecks (genehmigungsgegenständlicher Abschnitt, Folgeabschnitt, Gesamtvorhaben) gelten nun unterschiedliche Regeln.

Zunächst darf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Teilabschnitten oder des Gesamtvorhabens nicht dazu führen, dass die verfahrensrechtlichen Vorteile der Abschnittsbildung (Entlastungswirkung)¹⁰⁴ vollständig aufgebraucht werden. Dies bedeutet, dass bei der Betrachtung des Gesamtvorhabens nicht zugleich seine Rechtmäßigkeit vollumfänglich nachgewiesen werden muss;¹⁰⁵ anderenfalls wäre das Gesamtvorhaben zugleich selbst zum

¹⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 23. 2. 2005, Az. 4 A 4/04, NVwZ 2005, 803/806; BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2013, Az. 7 A 4/12, BVerwGE 147, 184 Rn. 50.

¹⁰¹ BVerwG, Urt. v. 23. 2. 2005, Az. 4 A 4/04, NVwZ 2005, 803/806.

¹⁰² BVerwG, Urt. v. 10. 4. 1997, Az. 4 C 5/96, BVerwG 104, 236/242 f.; BVerwG, Urt. v. 12. 8. 2009, Az. 9 A 64/07, BVerwGE 134, 308 Rn. 115; BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 43.

¹⁰³ BVerwG, Urt. v. 10. 4. 1997, Az. 4 C 5/96, BVerwGE 104, 236/242 f.

¹⁰⁴ Siehe die obige Darstellung unter B., I.

¹⁰⁵ OVG Münster, Urt. v. 17. 11. 2014, Az. 11 D 88/11.AK, Rn. 91; OVG Magdeburg, Urt. v. 10. 10. 2013, Az. 2 K 98/12, Rn. 95; *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 55.

Prüfungsgegenstand erhoben und die Abschnittsbildung mithin sinnentleert. Gleiches gilt für die Einbeziehung von anderen Vorhabenabschnitten: Die Prüfung von Folgeabschnitten muss qualitativ hinter einer Genehmigungsprüfung der Folgeabschnitte zurücktreten; ein Folgeabschnitt muss bislang nicht einmal Gegenstand eines Planungsverfahrens sein,¹⁰⁶ anderenfalls würde das Prüfungsverfahren für den in Rede stehenden Vorhabenabschnitt überfrachtet. Erfordert die Rechtmäßigkeitsuntersuchung des in Rede stehenden Vorhabenabschnitts allerdings *zwingend* eine vollumfängliche Einbeziehung eines Folgeabschnitts, dann ist die Abschnittsbildung sachwidrig erfolgt.¹⁰⁷ Im letztgenannten Fall muss der zur Genehmigung gestellte Vorhabenabschnitt erweitert werden; der Folgeabschnitt ist in das laufende Planfeststellungsverfahren einzubeziehen.

Die bisher aufgezeigten Grundlinien zur Prüfung des „vorläufigen positiven Gesamturteils“ erlauben jedoch nicht die Annahme, dass Teilaspekte des Gesamtvorhabens vollständig aus der Betrachtung ausgespart werden könnten. Vielmehr sind alle nachfolgenden Abschnitte und gegebenenfalls schon genehmigte Abschnitte in die Vorausschau mit einzubeziehen. Das Abwägungsgebot erlaubt nicht, die Analyse lediglich auf die nahe folgenden Abschnitte zu reduzieren.¹⁰⁸ Allerdings kann die Intensität der Untersuchungsdichte bei den unterschiedlichen in die Betrachtung einzustellenden Abschnitten differieren. Jedenfalls sinkt in der Regel mit einer fortschreitenden Entfernung vom Genehmigungsgegenstand die Wahrscheinlichkeit, dass unüberwindbare Problemlagen verursacht werden.¹⁰⁹

Soll der Nachweis eines vorläufigen positiven Gesamturteils geführt werden, muss inhaltlich dargelegt werden, dass das Gesamtvorhaben realisierbar erscheint. Hierzu ist – anders als der Wortlaut („positiv“) vermuten lässt – nach gängiger Rechtsprechung ein *negativ* ausgerichteter Prüfungsmaßstab anzulegen. Konkret bedeutet dies, dass von einem vorläufigen positiven Gesamturteil ausgegangen werden darf, wenn dem Gesamtvorhaben „keine unüberwindbaren Hindernisse entgegenstehen“.¹¹⁰

¹⁰⁶ Es müssen keine planerischen Aktivitäten für Folgeabschnitte bestehen; vgl. BVerwG, Beschl. v. 14. 10. 1996, Az. 4 VR 14/96, 4 A 35/96, Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 26. 2. 1999, Az. 4 A 47/96, NVwZ 2000, 560/561; VGH München, Beschl. v. 19. 7. 2013, Az. 8 ZB 12.403, Rn. 14.

¹⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 12. 3. 2008, Az. 9 A 3/06, BVerwG 130, 299 Rn. 95; dies kann auch hinsichtlich einzelner Gesichtspunkte – wie Lärmbelastungen – gelten, vgl. BVerwG, Urt. v. 19. 3. 2014, Az. 7 A 24/12, NVwZ 2014, 1454 Rn. 27.

¹⁰⁸ Schink (Fn. 21), § 74 Rn. 32.

¹⁰⁹ Kment/Pleiner (Fn. 2), S. 55 f.

¹¹⁰ BVerwG, Urt. v. 10. 4. 1997, Az. 4 C 5/96, BVerwG 104, 236/242 f.; BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2013, Az. 7 A 4/12, BVerwGE 147, 184 Rn. 50; BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 43; OVG Münster, Urt. v. 17. 11. 2014, Az. 11 D 88/11.AK, Rn. 91; Kment/Pleiner (Fn. 2), S. 56.

Der Nachweis, dass keine unüberwindbaren Hindernisse entgegenstehen, muss dabei nicht mit letzter Sicherheit gelingen.¹¹¹ Es bedarf vielmehr einer Prognose bzw. summarischen Prüfung.¹¹² Letztgenannte kann mitunter auf einer eingeschränkten Sachverhaltsaufklärung bzgl. einzubeziehender Folgeabschnitte basieren, die sich noch in einem frühen Verfahrensstadium befinden. Dieses Informationsdefizit ist so lange unschädlich, wie die zur Entscheidung berufene Behörde das Verzerrungspotenzial des limitierten Datenbestands in ihre Prognoseentscheidung einstellt. Außerdem muss gewährleistet sein, dass keine grundlegend neuen und schwerwiegenden Problemfelder auftreten. Ist das Verzerrungspotenzial zu hoch, um mit hinreichender Sicherheit die Existenz bislang unerkannter, aber gleichwohl gewichtiger Problemfelder auszuschließen, kann lediglich ein besonderes öffentliches Interesse für die Hinnahme der Verzerrungsrisiken sprechen.¹¹³ Ein besonderes öffentliches Interesse können etwa Infrastrukturdefizite sein, die volkswirtschaftlich oder aus Gründen der Versorgungssicherheit dringend beseitigt werden müssen. Fehlt es an einem besonderen öffentlichen Interesse, muss erst eine notwendige Sachaufklärung eingeleitet werden, um die Prognosebasis zu bilden, auf welche eine Aussage zum vorläufigen positiven Gesamturteil gestützt werden kann.¹¹⁴

Schließlich fällt die Annahme eines vorläufigen positiven Gesamtvorhabens leichter, wenn das Vorhaben über eine hinreichende Anzahl von Alternativverläufen verfügt. Die Wahlmöglichkeit hinsichtlich des konkreten Vorhabenverlaufs schafft Realisierungsräume, die zugunsten der Realisierbarkeit des Vorhabens streiten.¹¹⁵

c) Typische Hindernisse einer Abschnittsbildung; Tabuzonen

Ein vorläufiges positives Gesamturteil kann nicht erteilt werden, wenn sich die Realisierung des Gesamtvorhabens unüberwindbaren Hindernissen gegenübersteht. Eine konkrete Auffächerung, welche Anwendungsfälle die Rechtsprechung mit den „unüberwindbaren Hindernissen“ verbindet, gibt es aktuell nicht. Es erscheint daher angebracht, Anlehnung in anderen Rechtsgebieten zu suchen, um diesen Rechtsbegriff inhaltlich zu präzisieren.

Ein Bezugspunkt könnte das Planungsrecht sein. Dort hat sich im Bauplanungsrecht die Rechtsfigur der absoluten Tabuzonen herausgebildet. Diese

¹¹¹ BVerwG, Beschl. v. 23. 11. 2007, Az. 9 B 38/07, ZUR 2008, 257/258.

¹¹² BVerwG, Beschl. v. 28. 11. 2013, Az. 9 B 14/13, DVBl. 2014, 237 Rn. 13; BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 104; OVG Magdeburg, Urt. v. 10. 10. 2013, Az. 2 K 98/12, Rn. 95.

¹¹³ R. Franke, Die Teilbarkeit von Planfeststellungsbeschlüssen, 1997, S. 226.

¹¹⁴ Vgl. hierzu etwa W. Appold, in: W. Hoppe/M. Beckmann (Hrsg.), UVPg, 4. Aufl. 2012, § 2 Rn. 55.

¹¹⁵ BVerwG, Beschl. v. 8. 1. 1997, Az. 11 VR 30/95, Rn. 21.

bezeichnen Flächen, die der in Rede gestellten Nutzung entzogen sind; die betroffenen Gebiete der Tabuzone kommen „aus welchen Gründen auch immer (für die fragliche Nutzung) nicht in Betracht . . .“.¹¹⁶ Anders ausgedrückt: Die Nutzung bei diesen Flächen ist „aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen . . . Sie (die Tabuzonen) sind einer Abwägung zwischen den Belangen (des geplanten Vorhabens) und widerstreitenden Belangen entzogen.“¹¹⁷

Überträgt man die Rechtsfigur der „Tabuzone“ – zumindest als Anlehnungsgröße – auf die Prüfung unüberwindbarer Hindernisse, kann man feststellen, dass sich ein Gesamtvorhaben einem unüberwindbaren Hindernis gegenüberstellt, wenn es nach dem aktuellen Planungsstand durch eine Tabuzone verlaufen würde.

Typische Hindernisse, die sich einem Gesamtvorhaben – und damit der Abschnittsbildung – in den Weg stellen können, sind besondere Schutzgebiete oder Artenschutzbestimmungen.¹¹⁸ Die unionsrechtlich hinterlegten Schutzgebiete (FFH-Gebiete) bzw. Schutzaufträge stehen grundsätzlich einer Beeinträchtigung recht wehrhaft gegenüber.¹¹⁹ Nur in Ausnahmefällen, sofern überwiegende öffentliche Interessen für eine Beeinträchtigung streiten, können gem. § 34 Abs. 3, 4 BNatSchG bzw. gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG Abweichungen zulässig sein.¹²⁰ Diese Möglichkeiten sind bei der Beurteilung des vorübergehenden positiven Gesamturteils zugunsten des Vorhabenträgers in Rechnung zu stellen; eine Ausnahmemöglichkeit kann somit ein zunächst als unüberwindbar erscheinendes Hindernis überwinden.¹²¹

d) Berücksichtigung vorausgehender behördlicher Entscheidungen und sonstiger Prüfungsleistungen

Da sich die Prüfung des positiven Gesamturteils bei großen Infrastrukturprojekten durchaus aufwendig gestalten kann, ist die zuständige Behörde regelmäßig an einer Prüfungserleichterung interessiert. Diese kann dadurch

¹¹⁶ BVerwG, Beschl. v. 22. 5. 2014, Az. 4 B 56/13, ZfBR 2014, 583 Rn. 16; die Ergänzung erfolgte durch den Verfasser.

¹¹⁷ BVerwG, Urt. v. 11. 4. 2013, Az. 4 CN 2/12, NVwZ 2013, 1017 Rn. 6. Ergänzungen erfolgten durch den Verfasser.

¹¹⁸ BVerwG, Urt. v. 27. 2. 2003, Az. 4 A 59/01, NVwZ 2003, 1253/1258; BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 104; OVG Koblenz, Urt. v. 1. 7. 2015, Az. 8 C 10494/14, DVBl. 2015, 1194 Rn. 64.

¹¹⁹ Vgl. §§ 34, 44 f. BNatSchG.

¹²⁰ W. Ewer, in: S. B. Lütkes/W. Ewer, BNatSchG, 2011, § 34 Rn. 48; S. B. Lütkes, in: S. B. Lütkes/W. Ewer, BNatSchG, 2011, § 44 Rn. 26 ff.

¹²¹ BVerwG, Urt. v. 12. 8. 2008, Az. 9 A 64/07, BVerwGE 134, 308 Rn. 116; BVerwG, Beschl. v. 28. 11. 2013, Az. 9 B 14/13, Rn. 13 f.; BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 43.

entreten, dass die zuständige Behörde auf existierende Genehmigungen zu einzelnen Abschnitten des Gesamtvorhabens zurückgreift. Ebenfalls hat es die Rechtsprechung als zulässig anerkannt,¹²² auch solche behördlichen Entscheidungen zu berücksichtigen, denen keine Genehmigungswirkung zukommt. So endet etwa ein Raumordnungsverfahren nicht mit einer zulassenden Entscheidung, sondern liefert mit der landesplanerischen Beurteilung einzig einen öffentlich-rechtlichen Belang, der in nachfolgenden Genehmigungs- und Planungsverfahren „lediglich“ einbezogen wird.¹²³ Gleichwohl hat das BVerwG in seiner Entscheidung vom 10. April 1997 von einer positiven landesplanerischen Beurteilung auf ein vorläufiges positives Gesamturteil geschlossen, und dies, obschon das konkrete Vorhaben „unter Umweltgesichtspunkten . . . in verschiedener Hinsicht ‚ungünstige Werte‘ auf(wies)“.¹²⁴

Die Rechtsprechung des BVerwG sollte jedoch nicht missverstanden werden. Der Umfang der Entlastungswirkung, die beim Rückgriff auf andere behördliche Entscheidungen hervorgerufen wird, ist davon abhängig, um welche Art von behördlicher Entscheidung es sich handelt. Sind die behördlichen Entscheidungen nicht unangreifbar oder gar ungeeignet, Genehmigungswirkungen zu zeitigen, kann die Planfeststellungsbehörde die Entscheidungsergebnisse nicht ohne eigene Prüfungen übernehmen. In jedem Fall muss untersucht und in die eigene Abwägungsentscheidung eingebracht werden, ob die Entscheidungsgrundlagen weiterhin aktuell sind und ob die Ergebnisse der Entscheidung unmittelbar auf das eigene Prüfungsanliegen übertragen werden können;¹²⁵ möglicherweise ist der Bezugspunkt ein anderer. Schließlich muss untersucht werden, welche Aussagen die in Bezug genommenen Entscheidungen überhaupt treffen. Gerade bei Entscheidungen auf einer hochzonigen Raumordnungsebene bedeutet dies, dass der planfeststellungsrechtliche Anschluss gefunden werden muss, um etwa eine Einschätzung von Umweltauswirkungen oder Raumwiderständen ebenenspezifisch zu ermöglichen. Nur so kann die unerkannte Existenz eines absoluten Planungshindernisses ausgeschlossen werden.

¹²² BVerwG, Urt. v. 10. 4. 1997, Az. 4 C 5/96, BVerwGE 104, 236/244 f.

¹²³ M. Kment, Das Raumordnungsverfahren – Befristung und Fristverlängerung, NVwZ 2010, 542/542.

¹²⁴ BVerwG, Urt. v. 10. 4. 1997, Az. 4 C 5/96, BVerwGE 104, 236/244 f. Diese Rechtsprechung wird bestätigt durch BVerwG, Urt. v. 18. 7. 2013, Az. 7 A 4/12, BVerwGE 147, 184 Rn. 51.

¹²⁵ Vgl. M. Kment, in: W. Hoppe/M. Beckmann (Hrsg.), UVPg, 4. Aufl. 2012, § 14 f. Rn. 37.

*E. Auswirkungen der Abschnittsbildung
auf die weitere Prüfung des Vorhabenabschnitts*

I. Umweltverträglichkeitsprüfung

Die verfahrensrechtliche Selbstständigkeit des Vorhabenabschnitts hatte sich als Merkmal der Abschnittsbildung bereits gezeigt.¹²⁶ Dennoch steht der Vorhabenabschnitt nicht isoliert im Verbund der das Gesamtvorhaben bildenden Teile. Wie schon beim Prüfungsgegenstand des vorläufig positiven Gesamturteils¹²⁷ lassen sich Auswirkungen des Gesamtvorhabenbezugs auf die Prüfungsanforderungen des Vorhabenabschnitts nachweisen. Welche Bedeutung die Einbettung des Vorhabenabschnitts im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) konkret nach sich ziehen kann, soll nachfolgend betrachtet werden.¹²⁸

1. Ausgangspunkt: Verfahrensrechtliche Selbstständigkeit

Die verfahrensrechtliche Selbstständigkeit des Vorhabenabschnitts ist der theoretische Ausgangspunkt der rechtlichen Analyse. Es liegt somit nahe, den Vorhabenabschnitt als Gegenstand der Umweltverträglichkeitsprüfung zu definieren und somit einen Gleichlauf zwischen dem Prüfungsgegenstand des Planfeststellungsverfahrens und dem unselbstständigen umweltrechtlichen Prüfungsverfahren herzustellen.¹²⁹ Für diesen Befund gibt es auch einen Anhaltspunkt in der UVP-RL.¹³⁰ Nach Art. 2 Abs. 1 UVP-RL¹³¹ bezieht sich die Prüfung der Umweltauswirkungen auf die zur Genehmigung stehenden Projekte. Es soll also eine Synchronität zwischen dem Genehmigungsumfang und dem Prüfungsgegenstand erzeugt werden. Da sich die Genehmigungswirkung bei der Abschnittsbildung ausschließlich auf den Vorhabenabschnitt und nicht auf das Gesamtprojekt bezieht,¹³² spricht Art. 2 Abs. 1 UVP-RL für eine Konzentration auf den separierten Vorhabenteil.¹³³

¹²⁶ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter B., I.

¹²⁷ Siehe die obigen Darstellungen unter D., IV.

¹²⁸ Zum ähnlich gelagerten Themenfeld der FFH-Verträglichkeitsprüfung siehe BVerwG, Urt. v. 12. 3. 2008, Az. 9 A 3/06, BVerwGE 130, 299 Rn. 32 ff.

¹²⁹ BVerwG, Urt. v. 28. 2. 1996, Az. 4 A 27/95, NVwZ 1996, 1011/1012 f.; BVerwG, Urt. v. 10. 4. 1997, Az. 4 C 5/96, BVerwG 104, 236/242; BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 43; OVG Koblenz, Urt. v. 1. 7. 2015, Az. 8 C 10494/14, DVBl. 2015, 1194 Rn. 58; *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 32), § 3 Rn. 92.

¹³⁰ *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 26.

¹³¹ Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten vom 27. 6. 1985, ABl. Nr. L 175, S. 40, zuletzt geändert durch Art. 14 Abs. 1 ÄndRL 2011/92/EU vom 13. 12. 2011, ABl. 2012 Nr. L 26, S. 1.

¹³² Siehe hierzu die obigen Ausführungen unter B., I.

¹³³ BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 43.

Andererseits kann man bei der rechtlichen Beurteilung auch die Nähe zu § 13 Abs. 1 UVPG suchen. Dieser bestimmt, dass Vorbescheid und erste Teilgenehmigung oder entsprechende erste Teilzulassungen nur nach Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung erteilt werden dürfen. Die Umweltverträglichkeitsprüfung hat sich in diesen Fällen vorläufig auf die nach dem jeweiligen Planungsstand erkennbaren Umweltauswirkungen des Gesamtvorhabens und abschließend auf die Umweltauswirkungen zu erstrecken, die Gegenstand von Vorbescheid oder Teilzulassung sind.¹³⁴ Gem. § 13 Abs. 1 S. 3 UVPG ist diesem Umfang der Umweltverträglichkeitsprüfung bei der Unterrichtung über voraussichtlich beizubringende Unterlagen nach § 5 UVPG und bei den Unterlagen nach § 6 UVPG Rechnung zu tragen.

Da die Abschnittsbildung Ähnlichkeiten zum Vorbescheid oder zur Teilgenehmigung aufweist, könnte man – an § 13 UVPG angelehnt – eine Erstreckung der Umweltverträglichkeit auf das Gesamtvorhaben verlangen.¹³⁵ Jedoch unterscheidet sich die Abschnittsbildung gerade in ihrer rechtlichen Selbstständigkeit vom Vorbescheid und der Teilgenehmigung;¹³⁶ dieser rechtlichen Selbstständigkeit – und mit ihr der rechtlichen Konfliktentlastung – widerspräche gerade die Anwendung des § 13 Abs. 1 UVPG.¹³⁷ Deshalb muss auch eine analoge Anwendung des § 13 Abs. 1 UVPG ausscheiden. Es gibt also keine „Dach-UVP“.¹³⁸

Entsprechend dieser Grundprämisse ist der Vorhabenträger nur verpflichtet, diejenigen Unterlagen einzureichen, die für die Beurteilung des betroffenen Vorhabenabschnitts relevant sind.¹³⁹ Über den jeweiligen Abschnitt (als Verfahrensgegenstand) hinaus muss eine förmliche Umweltverträglichkeitsprüfung nicht durchgeführt werden;¹⁴⁰ eine solche Extension wäre im Verfahren zum jeweiligen Vorhabenabschnitt wohl auch nicht (ohne Einschränkungen) berücksichtigungsfähig.¹⁴¹

¹³⁴ So § 13 Abs. 1 S. 2 UVPG.

¹³⁵ H.-J. Peters/S. Balla, UVPG, 3. Aufl. 2006, § 13 Rn. 4.

¹³⁶ BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 49; *Kmentl/Pleiner* (Fn. 2), S. 6 f.

¹³⁷ BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 49 f.; OVG Koblenz, Urt. v. 1. 7. 2015, Az. 8 C 10494/14, DVBl. 2015, 1194 Rn. 63; A. Schieferdecker, in: W. Hoppe/M. Beckmann (Hrsg.), UVPG, 4. Aufl. 2012, § 13 Rn. 34 ff.; W. Erbguth/A. Schink, UVPG, 2. Aufl. 1996, § 13 Rn. 9.

¹³⁸ BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 50; OVG Koblenz, Urt. v. 1. 7. 2015, Az. 8 C 10494/14, DVBl. 2015, 1194 Rn. 57 ff.; *Appold* (Fn. 114), § 2 Rn. 73.

¹³⁹ BVerwG, Urt. v. 28. 2. 1996, Az. 4 A 27/95, NVwZ 1996, 1011/1012 f.; BVerwG, Urt. v. 12. 3. 2008, Az. 9 A 3/06, BVerwGE 130, 299 Rn. 32 ff.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 10. 4. 1997, Az. 4 C 5/96, BVerwG 104, 236/242 ff.

¹⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 104.

¹⁴¹ *Erbguth/Schink* (Fn. 137), § 2 Rn. 50.

2. Modifikationen des Ausgangspunkts: Gesamtvorhabenbezug

Ungeachtet der bisherigen Ausführungen zur Fokussierung der UVP auf den Vorhabenabschnitt¹⁴² kann nicht unbeachtlich bleiben, dass kein Vorhabenabschnitt ein für sich vollständig selbstständiges, autarkes Vorhaben darstellt; anderenfalls wären die Regeln der Abschnittsbildung nicht anwendbar.¹⁴³ Auch die – auf einen Vorhabenabschnitt bezogene – Umweltverträglichkeitsprüfung muss daher berücksichtigen, dass trotz einer Aufspaltung des Gesamtvorhabens und trotz der gewünschten Vereinfachung der mit dem Gesamtvorhaben verbundenen Problembewältigung auch bei der Abschnittsbildung ein Gesamtvorhabenbezug bestehen bleibt. So muss auch die Einschätzung der Umweltverträglichkeit eines Vorhabenabschnitts mit Blick auf das Gesamtvorhaben erfolgen.¹⁴⁴ Obschon der Vorhabenabschnitt Gegenstand der Umweltverträglichkeitsprüfung ist, kann seine *Beurteilung* nicht ohne die Betrachtung der Auswirkungen auf das Kollektiv geschehen.¹⁴⁵ Wie schon bei der Untersuchung des vorläufigen positiven Gesamturteils aufgezeigt, erzwingt der Grundsatz der umfassenden planerischen Problembewältigung,¹⁴⁶ einen Mittelweg zwischen isolierter Einzelbetrachtung und ausgedehnter Gesamtbetrachtung einzuschlagen.¹⁴⁷

Der notwendige Kompromiss gelingt durch die Untersuchungstiefe: Demnach wird für den betroffenen Vorhabenabschnitt eine vollumfängliche Umweltverträglichkeitsprüfung eingefordert. Für Folgeabschnitte müssen die Auswirkungen auf die Umwelt nur summarisch bzw. grob geprüft, dargestellt und bewertet werden, um so Auskunft über das „Umweltstörungspotenzial“ des Vorhabenabschnitts zu geben.¹⁴⁸ Dabei orientiert sich der Detailgrad der abgeschwächten Umweltprüfung jeweils am „Problemniveau“ der jeweiligen Folgeabschnitte; die bereits dargestellten Regeln zur Prüfung des vorläufig positiven Gesamturteils gelten hier fort.¹⁴⁹ Dies bedeutet: Sollten keine anderen Erkenntnisse vorliegen, dürfte in der Regel mit zunehmendem Abstand zum fraglichen Vorhabenabschnitt die Prüfungsintensität sinken. Zeigen sich jedoch während der Grobanalyse Anhaltspunkte, dass besonders schwerwiegende Umweltbeeinträchtigungen zu befürchten sind, muss der Untersu-

¹⁴² Siehe bereits die obigen Ausführungen unter E., I., 1.

¹⁴³ Siehe die bisherige Darstellung unter B., II.

¹⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 45; *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 31.

¹⁴⁵ *Erbguth/Schink* (Fn. 137), § 13 Rn. 9.

¹⁴⁶ VGH München, Urt. v. 9. 12. 2015, Az. 22 A 15.40025, Rn. 51.

¹⁴⁷ Siehe bereits die obigen Ausführungen unter D., IV., 2., b.

¹⁴⁸ OVG Koblenz, Urt. v. 1. 7. 2015, Az. 8 C 10494/14, DVBl. 2015, 1194 Rn. 64; *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 31.

¹⁴⁹ Siehe dazu bereits die obige Darstellung unter D., IV., 2.

chungsgrad spürbar erhöht werden.¹⁵⁰ Anderenfalls ist nicht sichergestellt, dass das Gesamtvorhaben nicht auf ein unüberwindbares (umweltrechtliches) Hindernis zusteuert; die Annahme eines vorläufigen positiven Gesamturteils wäre in diesem Fall ausgeschlossen.

II. Zwangspunkte und Alternativenprüfung

Eine Abschnittsbildung hat Auswirkungen auf den Verlauf des gesamten Genehmigungsverfahrens. Dabei gilt die Prämisse, dass die Aufspaltung eines Gesamtvorhabens in Abschnitte nicht zur Absenkung des materiell-rechtlichen Standards führen darf.¹⁵¹ Zu diesen materiell-rechtlichen Anforderungen gehören insbesondere das Abwägungsgebot und das in ihm ruhende Gebot der Alternativenprüfung.¹⁵²

Das Alternativenpotenzial kann durch die Genehmigung eines Vorhabenabschnitts erheblich eingeschränkt werden.¹⁵³ Die Fixierung eines Vorhabenabschnitts prägt nämlich in der Regel die weitere Wegeentscheidung des Gesamtvorhabens erheblich.¹⁵⁴ Zwar ist ein planfestgestellter Vorhabenabschnitt lediglich als Tatsache in späteren Planfeststellungsverfahren zu anderen Vorhabenabschnitten zu berücksichtigen;¹⁵⁵ er entfaltet also keine strikte Bindungswirkung und schließt eine erneute Alternativenprüfung in einem nachfolgenden Verfahren somit nicht aus.¹⁵⁶ Gleichwohl schafft ein vorauslaufender Vorhabenabschnitt hinsichtlich der nachfolgenden Abschnitte Fakten; es entstehen „Zwangspunkte.“¹⁵⁷ Schließlich werden im Regelfall bereits verwirklichte Teile eines Vorhabens später nicht mehr in Frage gestellt.¹⁵⁸

Diese Zwangspunkte schränken die planerische Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der zukünftigen Vorhabenabschnitte mitunter spürbar ein. Dies hat Auswirkungen auf die materiell-rechtlichen Folgen, die sich an eine durch die Abschnittsbildung ausgelöste Zwangspunktebildung knüpfen. Bei der Alternativenprüfung ist beispielsweise der Untersuchungsraum nicht auf den kon-

¹⁵⁰ *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 31.

¹⁵¹ *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 39.

¹⁵² *Steinberg/Wickell/Müller* (Fn. 32), § 3 Rn. 178 ff. Die Alternativenprüfung ist zudem ein wesentlicher Bestandteil der Umweltprüfung; vgl. dazu *Kment*, Suche nach Alternativen in der Strategischen Umweltprüfung, DVBl. 2008, 364.

¹⁵³ BVerwG, Urt. v. 24. 5. 1996, 4 A 16/95, NVwZ 1997, 491/491 f.; BVerwG, Beschl. v. 14. 7. 2005, Az. 9 VR 23/04, Rn. 5.

¹⁵⁴ *Degenhart* (Fn. 7), S. 171.

¹⁵⁵ *Johlen* (Fn. 10), Kap. L. Rn. 137.

¹⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 31. 1. 2002, Az. 4 A 15/01, NVwZ 2002, 1103/1107 f.; BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 178.

¹⁵⁷ *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 32 ff. Ebenso wohl auch BVerwG, Urt. v. 28. 4. 2016, Az. 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 Rn. 178.

¹⁵⁸ Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 12. 12. 1996, Az. 4 C 29/94, BVerwGE 102, 331/345.

kreten Vorhabenabschnitt zu reduzieren, sondern derart weit auszudehnen, dass der vorzeitige Ausschluss von Alternativen des Gesamtverlaufs hinreichend in die Entscheidung über den Vorhabenabschnitt einfließt. Damit müssen nicht alle Probleme nachfolgender Abschnitte vorgezogen werden; dies würde dem Entlastungseffekt der Abschnittsbildung widersprechen.¹⁵⁹ Zu verlangen ist aber, dass das abschbare Abschneiden alternativer Streckenführungen im weiteren Verlauf (so wie es eigentlich erst später geschehen würde) im Voraus in die Entscheidung eingebracht und dort abgewogen wird.¹⁶⁰

F. Resümee

Die Rechtsfigur der Abschnittsbildung ist zu einem lebendigen Bestandteil des Infrastrukturrechts avanciert, teilweise ist die Realisierung größerer Infrastrukturprojekte ohne sie kaum noch denkbar. Die Rechtsprechung hat in einer Vielzahl von Urteilen der Abschnittsbildung Konturen verliehen, um sie für die Praxis zu fertilisieren, aber auch um sicherzustellen, dass das Fragmentieren des Verwaltungsverfahrens nicht zu Lasten des materiellen Rechts oder gar zu Rechtsschutzdefiziten führt. Deshalb bleibt die Abschnittsbildung sowohl hinsichtlich ihrer generellen Anwendung als auch bezüglich der konkreten Abschnittszuschnitte eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme vom „normalen“ Ablauf des Genehmigungsverfahrens. Aus diesem Grund muss sie stets vernünftigerweise geboten sein; Fallgruppen, die diesen Anforderungen gerecht werden, sind durch das Bundesverwaltungsgericht entwickelt worden. Überdies geht die Rechtsprechung behutsam auf die Besonderheiten der Abschnittsbildung ein. Sie erlaubt zu Recht Kompensationswirkungen im Verhältnis der Abschnitte zum Gesamtvorhaben, wenn es um die im Rahmen der Planfeststellung notwendige Planrechtfertigung der einzelnen Vorhabenabschnitte geht, verlangt den Vorhabenträgern jedoch auch zusätzliche Anforderungen ab, um dem Entstehen eines Planungstorsos bzw. einem Orientierungsverlust bezüglich des Gesamtvorhabens vorzubeugen. Letztgenanntes belegen etwa die Forderung nach der eigenständigen Verkehrsfunktion oder die Forderung nach einer vorläufigen positiven Prognose hinsichtlich der Realisierung des Gesamtvorhabens, die beide im Grundsatz an jeden einzelnen Vorhabenabschnitt gerichtet werden. Obschon die Rechtsprechung noch nicht zu allen Verästelungen praxisrelevanter Rechtsprobleme Stellung beziehen konnte, sind die Basislinien durch das Bundesverwaltungsgericht

¹⁵⁹ Siehe hierzu die obigen Ausführungen unter B., I.

¹⁶⁰ Vgl. OVG Berlin, Urt. v. 26. 1. 1979, Az. II A 5.77, NJW 1980, 1121/1123. Siehe auch *Kment/Pleiner* (Fn. 2), S. 35; ähnlich *Kment/Pleiner*, Neues von der Abschnittsbildung (Fn. 11), S. 546.

dennoch zumeist ausgewogen gezogen worden. Dies gilt im Wesentlichen auch für Spezifika, die unionsrechtlich eingeforderte Umweltprüfungen und Umweltstandards im Rahmen der Abschnittsbildung nach sich ziehen, obgleich es auch Abstriche hinsichtlich der judikativen Durchdringungsdichte zu verzeichnen gibt. Dies gilt etwa für sog. Zwangspunkte, die durch die abschnittsweise Determinierung des Gesamtvorhabens entstehen und so schrittweise das Alternativenpotenzial im Rahmen des Genehmigungsverfahrens absenken können. Dieses Phänomen ist primär aus dem Blickwinkel des Rechtsschutzes, nicht aber so intensiv aus der Perspektive des Umweltrechts betrachtet worden. Hinsichtlich der umweltrechtlichen Flanke darf aber – gerade mit Blick auf den Bedeutungszuwachs des unionsrechtlich hinterlegten Umweltrechts – mit Spannung auf eine weitere Konkretisierung der Rechtslage gehofft werden.

Summary

Experiences of the last twenty years have shown, that it has become more and more difficult to realize complex infrastructure projects, because environmental requirements, in particular, have increased. Therefore, the administrative decision process often has been divided in many sections to simplify the administrative procedure, and section building (“Abschnittsbildung”) has evolved into a common and vital procedural tool of infrastructure law. The German Federal Administrative Court has developed manifold rules concerning section building to ensure that a fragmentation of the administrative procedure does not result in legal deficits, especially deficits of legal protection. This article has analysed and systematised this jurisdiction. It has shown, that section building in administrative procedures must keep an exception, which always needs to be justified. Furthermore, section building is not allowed without consideration of the overall project and should not lead into a useless project torso. Thus, in some areas of infrastructure law (for example when public roads or highways are built) each section of the overall project has to fulfill a self-contained function and has to fit into the existing infrastructure. Apart from that section building bears special legal phenomena, for example binding intermediate results (“fixed-points”; “Zwangspunkte”), which arise when one section of the overall project is finished and the next section has to begin where the former one has ended. These binding intermediate results have significant influence on European environmental directives. They reduce the number of main alternatives, which developers have to study, and downsize the focus of the assessment of the effects of the projects on the environment.

Beschränkungen der Wirksamkeit von Verfassungsgerichten durch Gesetze

Lehren aus der „Ausschaltung“ des Wiener Verfassungsgerichtshofs
und deren Aufarbeitung in der österreichischen Rechtswissenschaft

SEBASTIAN MÜLLER-FRANKEN

Inhalt

1. Grundlegung	277
a) Der Urkonflikt: Verfassungsrecht vs. Politik	277
b) Das Muster: die Ausschaltung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs im Jahre 1933	280
2. Konflikte mit Prinzipien materiellen Verfassungsrechts	281
a) Rechtsstaatlichkeit	281
b) Demokratie	285
3. Verfassungswidrige Gesetze im verfassungsgerichtlichen Verfahren	286
a) Fragestellung	286
b) Aufhebbarkeitslehre	286
c) Nichtigkeitsdogma	287
d) Gemeinsames Dilemma	288
4. Wege aus dem Dilemma	289
a) Nichtigkeit wegen Schwere und Evidenz des Normverstoßes	289
b) Teleologische Reduktion des Fehlerkalküls	290
5. Schwächen verfassungsrechtsdogmatischer Lösungen	290
a) Anerkennung einer „Selbstbefreiung“ des Gerichts durch die Regierung?	290
b) Maßnahmen des Europarates sowie der Europäischen Union – Hilfe von außen?	292
6. Verfassungstheorie: die Lehre von den Verfassungsvoraussetzungen	293
a) Verfassungsbewusstsein der politisch Handelnden	293
b) Die Bürgerschaft als Stütze des Verfassungsgerichts	294
7. Ausblick	294
Summary	295

1. Grundlegung

a) *Der Urkonflikt: Verfassungsrecht vs. Politik*

Verfassungsgerichte erfreuen sich in der Öffentlichkeit gemeinhin eines hohen Ansehens,¹ ihre Einrichtung wird als „Krönung des Rechtsstaats“ gefeiert.² Allen Lobpreisungen zum Trotz sind Regierungen regelmäßig gleichwohl verärgert, wenn Verfassungsrichter von ihnen initiierte Gesetze für verfassungswidrig erklären. Denn es sind allem voran Gesetze, in denen Regierungen ihre Politik zum Ausdruck bringen.³

Die handelnden Akteure sind deshalb nicht selten versucht, die sie kontrollierenden Verfassungsgerichte in ihrer Wirksamkeit zu beschränken. Einer solchen Versuchung sind dabei keineswegs nur auf undemokratischem Wege an die Macht gelangte Regierungen ausgesetzt. Gerade auch demokratisch gewählte Regierungen, die mit einer ehrgeizigen politischen Agenda angetreten sind und sich hohen Idealen verpflichtet fühlen, sehen sich durch Verfassungsgerichte in ihrem gestalterischen Elan gebremst.

Bekanntes Beispiel ist etwa der Konflikt der Regierung *Franklin D. Roosevelt* mit dem Supreme Court um ihre Politik des „New Deal“ in den 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten von Amerika.⁴ Nachdem der Supreme Court in den Jahren 1935 und 1936 eine Reihe von Gesetzen des New Deal wegen einer aus seiner Sicht fehlenden Bundeskompetenz für verfassungswidrig erklärt hatte, sollte die dem Programm ablehnend gegenüberstehende Richtermehrheit gebrochen werden. Geschehen sollte dies durch eine Ermächtigung des Präsidenten in einem Gesetz des Bundes, an allen Bundesgerichten und so auch am Supreme Court bei Nichtausscheiden älterer Richter weitere Richter ernennen zu dürfen. In der Folge hätten dann dem New Deal wohl gesonnene neue Richter an den Supreme Court bestellt und so den wirtschafts- und sozialpolitischen Interventionen der Regierung zum Durchbruch verholfen werden können. Der „Court-packing-Plan“, wie das Vorhaben genannt wurde, stieß auf breiten Protest in der Bevölkerung.

¹ *H. Schulze-Fielitz*, Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 385/407 ff.

² *H. Kojá*, Allgemeine Staatslehre, 1993, S. 313; *H. Säcker*, Das Bundesverfassungsgericht. Oberster Hüter der Verfassung, 1981, S. 19; *P. C. Villalón*, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, in: v. Bogdandy/Huber (Hrsg.), IPE, Bd. I, 2007, § 13, Rn. 77 („Schlussstein“).

³ *D. Grimm*, Recht und Politik, JuS 1969, 501/502.

⁴ Dazu: *H. Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 104/381 ff./416 ff.; *K. Löwenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in den Vereinigten Staaten, 1959, S. 416; *W. Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten, 1987, S. 58 ff.

Zu einer Kraftprobe musste *Roosevelt* es indes nicht kommen lassen, da der Sinneswandel eines Richters zu einer für die Reformen günstigen Änderung der Rechtsprechung geführt hatte. Das danach gleichwohl in den Kongress eingebrachte Gesetz fiel dort zwar durch; die kritischen Supreme-Court-Richter schieden jedoch in den folgenden Jahren freiwillig aus dem Gericht aus und ermöglichten so eine Nachbesetzung ihrer Stellen durch dem Programm positiv gegenüberstehende Richter.

Auch die Gegenwart kennt ähnliche Fälle eines Konflikts zwischen Regierung und Verfassungsgericht. So hat in Ungarn die Fidesz-Regierung *Viktor Orbáns* die Kompetenzen des Verfassungsgerichts seit ihrem Amtsantritt im Jahre 2010 immer weiter beschnitten, nachdem dieses einige Gesetzesvorhaben der Regierung verworfen hatte.⁵ In der Türkei drohte Anfang März 2016 deren Staatspräsident *Recep Tayyip Erdoğan* dem Verfassungsgericht damit, dieses aufzulösen, sollte es noch einmal eine für ihn nachteilige Entscheidung treffen.⁶ Ebenso in Deutschland denken Regierung und die sie tragenden Abgeordneten aufgrund einer ihrer Ansicht nach zu weitreichenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der europäischen Integration⁷ immer wieder darüber nach, die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts auf diesem Gebiet durch eine Verfassungsänderung zu beschneiden.⁸

Zuletzt war es in Polen die im Oktober 2015 gewählte Regierung der Partei „Recht und Gerechtigkeit“ (PiS) *Jarosław Kaczyńskis*, welche die gewünschte Abschirmung ihrer Politik vor dem Verfassungsgericht nicht nur angedroht, sondern noch im Jahr ihrer Wahl auch in die Tat umgesetzt hat. Nach

⁵ FAZ Nr. 36 v. 12. 2. 2013, S. 5.

⁶ FAZ.NET v. 11. 3. 2016, <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/europa/tuerkei-erdogan-droht-dem-tuerkischen-verfassungsgericht-14119577.html>, Abfrage: 26. 4. 2017.

⁷ BVerfGE 123, 267/340 ff. – Lissabon (u. a. unverfügbare Verfassungsidentität nach Art. 79 Abs. 3 GG als Grenze der europäischen Integration); 129, 124/179 ff. – EFS (u. a. Entäußerung des Budgetrechts im Zuge der europäischen Integration unzulässig, da andernfalls eine Aushöhlung des Bundestagswahlrechts droht); 132, 195/238 ff. – ESM (u. a. Notwendigkeit einer umfassenden Unterrichtung von Bundestag und Bundesrat im Zuge der Einrichtung des ESM); 134, 366/382 ff. – OMT (u. a. materieller Gehalt des Wahlrechts als Grenze der europäischen Integration).

⁸ Vgl. FAZ Nr. 91 v. 20. 4. 2015, S. 4; FAZ.NET v. 19. 4. 2015, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/kritik-an-urteilen-bundesverfassungsgericht-macht-sich-bei-der-union-unbeliebt-13546410.html>, Abfrage: 26. 4. 2017; siehe auch *N. Lammert*, Dinner Speech anlässlich der 6. Berliner Rechtspolitischen Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung, in: Baus/Borchard u. a. (Hrsg.), 60 Jahre Bundesverfassungsgericht – Grenzüberschreitende Herausforderungen für Karlsruhe. 6. Berliner Rechtspolitische Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011, S. 15/20 ff., insbes. S. 22 f.; *ders.*, Produktive Spannung, FAZ Nr. 109 v. 11. 5. 2017, S. 6; *H.-G. Pöttering*, FAZ Nr. 188 v. 14. 8. 2012, S. 27; zu weiteren Drohgebärden der Regierungen in Deutschland *A. Hopf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG, 13. Aufl., 2014, Art. 93, Rn. 69.

ihrem Gesetz vom 22. Dezember 2015 sollte das Gericht fortan nur noch in voller Besetzung mit fünfzehn Richtern verhandeln und nur bei Anwesenheit von mindestens dreizehn Richtern entscheiden dürfen; fallen also mehr als zwei Richter aus, soll das Gericht überhaupt nicht mehr tätig werden dürfen.⁹ Das Gericht hat sodann Fälle unabhängig von ihrer Bedeutung und Dringlichkeit nach Eingang zu behandeln, wobei eine Wartezeit von sechs Monaten einzuhalten ist. Für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes soll anstelle der einfachen Mehrheit, wie bislang, fortan eine Zweidrittelmehrheit notwendig sein. Eine Analyse dieses Gesetzes ergibt, dass zwar nicht schon jede einzelne seiner Regelungen für sich, wohl aber die Vorschriften in ihrer Kombination das Gericht um seine Handlungsfähigkeit bringen: Die Erhöhung der Zahl der notwendig anwesenden Richter, die Pflicht zur Bearbeitung der Fälle nach Eingang im Verbund mit der Veränderung der Mehrheitsverhältnisse für die Aufhebung eines Gesetzes machen es dem Gericht praktisch unmöglich, seine Funktion verfassungsgerichtlicher Kontrolle von Regierung und Parlament fortan weiter wirksam erfüllen zu können.

Solche gesetzlichen Beschränkungen der Wirksamkeit eines Verfassungsgerichts lassen sich aus verschiedenen Perspektiven betrachten: So stellt sich materiell-rechtlich die Frage, ob das Gesetz inhaltlich mit den Vorgaben höherrangigen Rechts vereinbar ist. Maßstäbe zur Beantwortung dieser Frage ergeben sich aus dem nationalen Verfassungsrecht, in Europa zudem aus gemeineuropäisch gewachsenen Standards von Rechtsstaat und Demokratie.¹⁰ Verfahrensrechtlich ergibt sich das Problem, ob ein angerufenes Verfassungsgericht in die Prüfung eines solchen Gesetzes eintreten und über seine Gültigkeit entscheiden kann, wenn dessen Mechanismen darauf gerichtet sind, es an der Aufnahme seiner Arbeit zu hindern. Schließlich rührt ein solches Vorgehen der Regierung eines Staates an grundsätzlichen Fragen des Verhältnisses von Politik und Verfassungsrecht, deren Antworten in der Verfassungstheorie zu suchen sind.

⁹ Zum Inhalt des Gesetzes: FAZ Nr. 58 v. 9. 3. 2016, S. 5.

¹⁰ So nennt Art. 2 EUV etwa die Achtung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als die allen Mitgliedstaaten gemeinen Werte, auf die sich die Union gründet. Seine normative Reichweite erstreckt sich ebenfalls auf Handeln, welches nicht im Kompetenzbereich der Union liegt und die Einhaltung der genannten Werte lässt sich über das in Art. 7 EUV vorgesehene Sanktionsverfahren sicherstellen, *M. Hilff/E. Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Kommentar zum Recht der Europäischen Union*, 2016, Art. 2 EUV, Rn. 18. Insbesondere zu letzterem siehe ebenfalls *J.-P. Jacqué*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Unionsrecht*, 7. Aufl., 2015, Art. 2 EUV, Rn. 18. Auch in der Präambel der Satzung des Europarates ist die Rede davon, dass die Mitgliedstaaten in einer unerschütterlichen Verbundenheit „mit den geistigen und sittlichen Werten, die das gemeinsame Erbe ihrer Völker sind“, stehen und zu denen auch die „Herrschaft des Rechtes“ zählt, auf denen jede „wahre Demokratie“ beruhe, BGBl. 1950 I S. 263.

*b) Das Muster: die Ausschaltung des österreichischen
Verfassungsgerichtshofs im Jahre 1933*

All diese Fragen sind nicht neu, sondern schon in der Vergangenheit beim Auftreten vergleichbarer Konflikte diskutiert worden. Ein herausragendes Beispiel findet sich in der jüngeren Verfassungsgeschichte Österreichs. Österreich verfügt seit Erlass seiner Bundesverfassung im Jahre 1920 nicht nur über das älteste eigenständige Verfassungsgericht weltweit.¹¹ Es hat vielmehr auch selbst im Jahre 1933 die Erfahrung der Beschränkung der Wirksamkeit seines Verfassungsgerichts durchleben müssen, ja die Technik der damaligen „Ausschaltung“ des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, verstanden als ein listenreiches gesetzliches Außerfunktionstellen des Gerichts, ist geradezu ein Muster, nach dem nun auch das polnische Gesetz konstruiert zu sein scheint. Über diese Vorgänge ist in der österreichischen Verfassungsrechtslehre schon seinerzeit,¹² vor allem aber nach Wiederherstellung verfassungsgemäßer Zustände so gründlich wie in keinem anderen Land nachgedacht worden.¹³ Die hier entwickelten Gedanken betreffen über den genuin österreichischen historischen Anlass hinaus Grundsatzfragen gemeineuropäischen Verfassungsrechts, was deren Reflexion auch heute lohnend erscheinen lässt.

¹¹ T. Öhlinger, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich – Der Wandel von Funktion und Methode in einer neunzigjährigen Geschichte, in: Wrase/Boulanger (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, S. 243 f.; zur Rolle Hans Kelsens: E. Wiederin, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht, in: Simon/Kalwoda (Hrsg.), Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte, Der Staat Beih. 22 (2013), 283/288 ff.

¹² G. Fleischer, Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiener Politische Blätter 1(1933), 81/92 f.; ders., Verfassung 1934, Wiener Politische Blätter 2 (1934), 48/106; A. Merkl, Das neue Verfassungsrecht, JBl 1934, 309 f.

¹³ So etwa von H. Spanner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1951, S. 8 ff./104 ff.; E. Loebenstein, Referat zum Gutachten von Univ. Prof. Dr. Hans Spanner über das Thema „Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“, 1. ÖJT II/2, 1961, S. 25 f.; G. Kafka, Der gesetzgebende Richterspruch, 1967, S. 12 ff.; J. Hengstschläger, Redebeitrag, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (22./23. 3. 1990), 1990, S. 89; Wiederin, März 1938 – staatsrechtlich betrachtet, in: Davy/Fuchs/Hofmeister/Marte/Reiter (Hrsg.), Nationalsozialismus und Recht, 1990, S. 226/257 f.; ders., Münchenhausen in der Praxis des Staatsrechts, in: Jabloner u. a. (Hrsg.), GS Robert Walter (2013), S. 865/873 ff.; R. Walter, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofs im Jahre 1933, in: Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (Hrsg.), Verfassungstag 1997, 1998, S. 17; K. Heller, Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart, 2010, S. 267 f.; M. Vašek, Die Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH und ihr rechtlicher Schutz, JBl. 2015, 213.

Die österreichischen Ereignisse seien kurz in Erinnerung gerufen:¹⁴ Als sich abzeichnete, dass der österreichische Verfassungsgerichtshof eine Reihe von Verordnungen, welche die Regierung *Engelbert Dollfuß* im Anschluss an die „Selbstausschaltung“ des Nationalrats auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz aus dem Jahre 1917 (KWEG)¹⁵ gestützt hatte, als verfassungswidrig aufheben würde,¹⁶ galt es aus Sicht der Regierung, dies zu verhindern. Durch den Erlass der Besetzungsverordnung vom 23. 5. 1933¹⁷ änderte sie dazu die für die Besetzung des Gerichts maßgebliche Bestimmung des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof (§ 6 VfGG 1930). Hiernach sollten die auf Vorschlag des Nationalrates oder des Bundesrates ernannten Mitglieder und Ersatzmitglieder des Verfassungsgerichtshofs an dessen Sitzungen nur teilnehmen und zu diesen geladen werden dürfen, wenn und solange dem Verfassungsgerichtshof sämtliche Mitglieder und Ersatzmitglieder angehören, die aufgrund solcher Vorschläge ernannt worden sind. Durch Rücktritte einiger Mitglieder und Ersatzmitglieder in zeitlicher Nähe waren mehrere Stellen am Gericht unbesetzt, und der Bundesrat als das noch verbliebene vorschlagsberechtigte Verfassungsorgan – ein Tätigwerden des Nationalrats scheiterte nicht an der erwähnten, aus dem Rücktritt seines Präsidenten folgenden „Selbstausschaltung“, sondern an der Drohung mit dem Einsatz von Waffengewalt durch die Wiener Polizei im Auftrage der Regierung *Dollfuß* – übte sein Vorschlagsrecht nicht aus. Der Bundespräsident, der vom Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs um Unterstützung ersucht worden war, half der Not des Gerichts nicht ab. Das Gericht resignierte und stellte seine Tätigkeit ein, der Plan der Regierung war aufgegangen.

2. Konflikte mit Prinzipien materiellen Verfassungsrechts

a) Rechtsstaatlichkeit

Beurteilt man ein solches, in seinen einzelnen Regeln auf den ersten Blick harmlos erscheinendes, in deren Zusammenwirken jedoch hoch effektives Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit Prinzipien gemeineuropäischen Verfassungsrechts, so ist zu vergegenwärtigen, dass Verfassungsgerichte durch das Recht hervorgebracht werden und so dessen Änderungen unterworfen sind.¹⁸ Nicht jede Änderung der Organisation, des Verfahrens oder der Zuständig-

¹⁴ Darstellung: *Heller* (Fn. 13), S. 251 ff.

¹⁵ RGBl. 307/1917.

¹⁶ Zu den Gründen: *Spanner* (Fn. 13), S. 8.

¹⁷ VO der Bundesregierung vom 23. 5. 1933, betreffend Abänderungen des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1930, BGBl. 191/1933.

¹⁸ *Vašek* (Fn. 13), JBl. 2015, 213.

keiten eines Verfassungsgerichts widerspricht deshalb bereits von vornherein rechtsstaatlichen oder demokratischen Grundsätzen, an die hier zu denken wäre. Gleichwohl gibt es Grenzen. Diese folgen zum einen aus der derogatorischen Kraft des Stufenbaus der Rechtsordnung:¹⁹

Bezieht sich die Änderung auf einen das Verfassungsgericht berührenden Gegenstand, der in der Verfassung selbst festgelegt ist, ist eine hiervon abweichende Regelung im einfachen Gesetzesrecht schon wegen der fehlenden „Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe“ rechtsstaatswidrig und damit auch verfassungswidrig.²⁰ Dieses Verdikt trifft etwa im aktuellen polnischen Fall auf die Festsetzung der qualifizierten Mehrheit für Entscheidungen des Verfassungsgerichts durch das erwähnte Änderungsgesetz vom 22. Dezember 2015 zu. Nach der Verfassung trifft das polnische Verfassungsgericht seine Entscheidungen mit der einfachen Mehrheit der Stimmen (Art. 190 Abs. 5), so dass hiervon abweichende Mehrheitserfordernisse im einfachen Recht nicht geregelt werden können.

Zum anderen können aber auch Einwirkungen auf die Organisation von Verfassungsgerichten, die sich nicht auf in der Verfassung, sondern auf im einfachen Recht geregelte Themen beziehen, gegen Verfassungsrecht verstoßen. Ein Beispiel hierfür bildet der in der Verordnung der Regierung *Dollfuß* traktierte Punkt der Besetzung des Verfassungsgerichts, der im Gesetz über den Verfassungsgerichtshof und damit in einer Norm im Rang unterhalb des Verfassungsrechts geregelt war.

Hier gilt: Zwar ist es auch nach europäischen Standards rechtsstaatlich akzeptabel, dass ein Staat überhaupt kein Verfassungsgericht hat; Großbritannien etwa hat weder eine geschriebene Verfassung noch ein Verfassungsgericht, gleichwohl steht die Geltung der das rechtsstaatliche Denken prägenden *rule of law* für die Briten außer Zweifel.²¹ Wenn sich aber ein Volk bewusst dafür entschieden hat, die Erzeugung seines Rechts auf der Grundlage

¹⁹ Dieser aus der österreichischen Rechtssprache stammende Begriff wird auch in der deutschen Terminologie verwandt, *K. F. Röhl/H.-C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 4. Aufl., 2015, S. 274 ff.; verbreitet ist etwa auch Rangstufen der Rechtsnormen, *H. Schneider*, Gesetzgebungslehre, 3. Aufl., 2002, Rn. 640 ff.

²⁰ Zur derogatorischen Kraft des Stufenbaus der Rechtsordnung als Element des Rechtsstaatsprinzips VfGH, VfSlg. 2929/1955; 11.196/1986; 13.223/1992; 13.699/1994, 13.834/1994; *L. Adamovich/B.-C. Funkl/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. I: Grundlagen, 1997, Rn. 14.004; *Wiederin*, Denken vom Recht her, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beih. 7 (2007), 293/306 f.; *A. Gamper*, Staat und Verfassung, 2007, S. 232 f.; *Grimm*, Grenzen der Mehrheitsherrschaft, FAZ Nr. 2 v. 4. 1. 2016, S. 9; für das Grundgesetz unter dem Aspekt des Vorrangs der Verfassung: *T. Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. XII, 3. Aufl., 2014, § 263, Rn. 6 ff./26 ff.

²¹ *J. E. K. Murkens*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich, in: v. Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Hrsg.), IPE, Bd. VI, 2016, § 108, Rn. 119.

einer geschriebenen Verfassung und unter der Kontrolle eines Verfassungsgerichts zu organisieren, wie etwa seinerzeit das österreichische oder heute das polnische, dann kann das Parlament diese Entscheidung des Volkes jedenfalls nicht allein durch seine Gesetze entleeren.²² Es würde mit einer einfach-gesetzlich organisierten Blockade des Verfassungsgerichts seine verfassungsrechtlichen Bindungen gezielt abstreifen und so die von seiner Verfassung gewollte verfassungsstaatliche Form seiner rechtsstaatlichen Ordnung grundlegend verändern.

Schließlich sind auch Änderungen der Verfassung nicht unbegrenzt zulässig. In Österreich würde sich zunächst verfahrensrechtlich die Frage stellen, ob ein solches verfassungsänderndes Gesetz zusätzlich zum Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit der abgegebenen Stimmen bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Nationalrats (Art. 44 Abs. 1 B-VG) unter dem Aspekt der „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ zu seiner Wirksamkeit eines positiven Votums des Bundesvolkes in einer Abstimmung bedürfte (Art. 44 Abs. 3 B-VG). Denn nicht nur die Verfassungsgerichtsbarkeit als solche, sondern auch die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle gehört zu den zentralen Bestandteilen des rechtsstaatlichen Baugesetzes der österreichischen Bundesverfassung,²³ weshalb in deren Abschaffung ein Fall der Gesamtänderung der Bundesverfassung zu sehen ist.²⁴ Den Regeln der Gesamtänderung unterfallen dabei nicht nur Änderungen der Verfassung in einem Akt, sondern auch „schleichende“ Prozesse im Sinne einer Salamtaktik;²⁵ es ist so unerheblich, ob die Änderungen in einem Schritt oder in mehreren Gesetzen nacheinander vorgenommen werden.²⁶ Im Schrifttum halten manche Autoren eine solche Verfassungsänderung wegen eines Verstoßes gegen zentrale Baugesetze der Verfassung darüber hinaus auch bei einer Beteiligung des Volkes für unzulässig.²⁷

²² Grimm (Fn. 20), S. 9.

²³ VfGH, VfSlg 16.327/2001; Öblinger, Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1990, 2.

²⁴ Ohne Kompetenz zur Normenkontrolle kann ein Verfassungsgericht seine Funktion nicht erfüllen, H. Söbhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S. 292/293; W. Heun, Normenkontrolle, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 615.

²⁵ VfGH, VfSlg 9950/1984; 10.394/1985; dazu: Gamper, Verfassungsrevision und „Bewahrung“ der Verfassung, ZöR 60 (2005), 187/199 ff.

²⁶ VfGH, VfSlg. 11.829/1988; 11.916/1988.

²⁷ So etwa P. Pernthaler, Der Verfassungskern, 1998, S. 82 ff.; P. Oberndorfer, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Kommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht, 2000, Art. 1 B-VG, Rn. 10; S. Morscher, Über „unabänderliches“ Verfassungsrecht, in: Weber/Wimmer (Hrsg.), FS Pernthaler, 2005, S. 239, 243 ff.; Öblinger, Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung. Gedanken zu Peter Pernthalers Verfassungstheorie, in: Weber/Wimmer (Hrsg.), FS Pernthaler, 2005, S. 273/283 ff.;

Ähnlich ist die Rechtslage in Polen. In Polen muss zwar nicht obligatorisch, wohl aber fakultativ auf Antrag eines Fünftels der gesetzlichen Abgeordnetenzahl des Sejm, des Senats oder des Präsidenten der Republik eine Volksabstimmung über eine Verfassungsänderung abgehalten werden, wenn diese die Grundsätze der Republik (Kapitel I), die Grundrechte sowie Grundpflichten der Staatsbürger und Ausländer (Kapitel II) oder die Regeln der Verfassungsänderung (Kapitel XII) betrifft (Art. 236 Abs. 6).

Zugriffe auf die verfassungsrechtlichen Bestimmungen über das Bundesverfassungsgericht dürfen in Deutschland die Grenzen der Änderung des Grundgesetzes nicht berühren (Art. 79 Abs. 3 GG). Zu den Grundsätzen des Art. 20, die der verfassungsändernde Gesetzgeber hiernach nicht berühren darf, gehört der Vorrang der Verfassung: Im Verfassungsstaat steht das Recht vor der Macht, das Wirken der staatlichen Organe wird durch das Recht begründet und begrenzt.²⁸ Um dem Vorrang der Verfassung den „Charakter voller Rechtsverbindlichkeit“ zu verleihen, hat es eine gerichtliche Instanz zu geben, welche die Bindung der staatlichen Organe an die Verfassung in einem sachgerechten Verfahren aktualisieren und sicherstellen kann.²⁹ Diese Instanz bedarf dabei nicht sämtlicher Kompetenzen, die das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht zugeordnet hat.³⁰ Auch muss sie nicht in einem eigenen, nur dem Verfassungsrecht gewidmeten Gericht wie dem Bundesverfassungsgericht ihren institutionellen Ausdruck finden, sondern könnte ebenso einem Gericht zugeordnet sein, das neben verfassungsrechtlichen Streitigkeiten desgleichen Konflikte auf der Ebene des einfachen Rechts zu entscheiden hat.³¹ Zu den Kompetenzen, die einem solchen Gericht unabdingbar eröffnet sein müssen, gehört allerdings die Kontrolle von Normen.³² Insbesondere

a. A. die h. M.: *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, 2001, Art. 44 B-VG, Rn. 2; *H. Mayer*, Gibt es unabänderliches Verfassungsrecht?, in: Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner (Hrsg.), FS Schäffer, 2006, S. 473, 477 ff.; *H. Mayer/G. Muzak*, Kurzkomentar zum Bundes-Verfassungsrecht, 5. Aufl., 2015, Art. 44 B-VG, Rn. IV.

²⁸ *A. Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. III, 6. Aufl., 2010, Art. 93, Rn. 17.

²⁹ *H. Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 30/78; *E. Friesenbahn*, Aufgabe und Funktion des Bundesverfassungsgerichts, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zu Das Parlament, B 6/15, S. 3/14; *K. Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99/104; *F. Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 33/34.

³⁰ *B.-O. Bryde*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 6. Aufl., 2012, Art. 79, Rn. 48; *H. Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 48. Lfg., Februar 2016, Bd. I, § 1, Rn. 21.

³¹ *G. Roellecke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. III, § 67, Rn. 35; a. A. *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, 18. Lfg., September 1980, Art. 20 Abschn. VII, Rn. 41.

³² *H.-W. Albers*, Die Änderungsbefugnisse der Legislative im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1972, S. 112 ff.

muss die Einhaltung der Grenzen der Verfassungsänderung durch eine Normenkontrolle überprüft werden können.³³ Der verfassungsändernde Gesetzgeber darf diese Möglichkeit nicht abschaffen.

b) Demokratieprinzip

Durch Wahlen an die Macht gelangte Regierungen, wie etwa die gerade erwähnte Regierung *Kaczyński*, und die sie tragende parlamentarische Mehrheit sehen sich bei ihrem Handeln indes keineswegs im Unrecht. Sie betrachten sich vielmehr, ganz im Gegenteil, vollauf im Recht, nämlich im Einklang mit dem „Willen des Volkes“, juristisch gewendet also gerechtfertigt durch das Prinzip der Demokratie:³⁴ Aufgrund der gewonnenen Parlamentswahl verfügten die Regierung und die sie tragenden Abgeordneten für ihre Vorstellungen von den Erfordernissen des Gemeinwohls über ein demokratisches Mandat. Das Recht sei zwar wichtig, jedoch stünde über dem Recht das Wohl des Volkes. Werde dieses durch das Recht gestört, seien die nicht in gleicher Weise demokratisch legitimierten Verfassungsrichter nicht befugt, Regierung und Parlament an der Verwirklichung des Gemeinwohls zu hindern.

Hinter solchen Aussagen wird eine Vorstellung von Demokratie sichtbar, die den Grundprinzipien des demokratischen Baugesetzes westlicher Verfassungen nicht entspricht. Von einer westlichen Verfassung geformte Demokratie bedeutet gerade die Absage an den Glauben, dass der Wahlsieg der Mehrheit ein umfassendes Mandat verleiht.³⁵ Es ist die Idee der Verfassung westlicher Verfassungsstaaten, die Macht der Mehrheit durch das Recht zu begründen, zugleich aber auch diese Macht zum Schutz der Minderheit zu begrenzen.³⁶ Demokratie bedeutet stets nur Macht auf Zeit, so dass die Möglichkeit zu einer Änderung politischer Entscheidungen durch neue Mehrheiten grundsätzlich immer offengehalten werden muss.³⁷ Aus diesem Grunde kann eine Lähmung des Verfassungsgerichts, das die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Macht der Mehrheit kontrollieren und die Offenheit des politischen Prozesses sichern soll, nicht durch das demokratische Prinzip gerechtfertigt sein, sondern ist, gerade umgekehrt, wegen eines Verstoßes gegen dieses Prinzip mit gemeineuropäischen Vorstellungen von Demokratie nicht vereinbar.

³³ H.-U. Evers, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 180. Lfg., August 2016, Art. 79 Abs. 3, Rn. 197.

³⁴ Wiedergabe der Position der Regierung Polens bei Grimm (Fn. 20), aaO.

³⁵ Grimm (Fn. 20), aaO.

³⁶ L. Adamovich, Der Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich, JRP 1997, 1/2.

³⁷ Vašek (Fn. 13), JBl. 2015, 213, 223; ders., Relativität und Revisibilität. Zur Begrenzung der Mehrheitsregel in der Demokratietheorie Hans Kelsens, Rechtstheorie 41 (2010), 499/512 ff.

3. Verfassungswidrige Gesetze im verfassungsgerichtlichen Verfahren

a) Fragestellung

Ein mit einem solchen Gesetz konfrontiertes Verfassungsgericht steht vor der Frage, wie es mit diesem in einem Verfahren umgehen soll. Es muss entscheiden, ob es schon auf der Grundlage der neuen Vorschriften vorzugehen oder diese zu ignorieren und weiterhin nach Maßgabe der bisher geltenden Bestimmungen zu entscheiden hat.³⁸ Hätte es nach den neuen Regeln zu verfahren, stellt sich das Problem, ob sein Präsident überhaupt noch seine Mitglieder laden (§ 6 Abs. 1 VfGG), es in eine Prüfung des Gesetzes eintreten und über dieses entscheiden darf. Die Antwort auf diese Fragen hängt davon ab, welche Rechtsfolgen sich aus der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ergeben. Hier liegt der kritische Punkt dieser Fälle.

b) Aufhebbarkeitslehre

Die österreichische Verfassungsrechtslehre geht von der grundsätzlichen Gültigkeit auch verfassungswidriger Gesetze aus.³⁹ Ausgangspunkt dieser Lehre ist die formale Fehlertheorie *Hans Kelsens*, wonach fehlerhafte Akte zwar an sich ipso jure nichtig sind, weil die zugrundeliegende menschliche Handlung dem Staat nicht zurechenbar sei.⁴⁰ Die Rechtsordnung könne aber etwas anderes bestimmen und einen fehlerhaften Akt gleichwohl als gültig betrachten. Eine solche Anordnung habe die österreichische Bundesverfassung aus Gründen der Rechtssicherheit in den Art. 89, 139 und 140 getroffen, wonach fehlerhafte Gesetze und Verordnungen bis zu ihrer Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof wirksam sind.⁴¹ Doch hieraus ergibt sich ein Dilemma: Hält sich das Gericht an den Fehlerkalkül der Bundesverfassung, dürfte es etwa im Falle einer Unterbesetzung gar nicht tagen, da das neue

³⁸ P. Lerche, Verfassungsgerichtsbarkeit in besonderen Situationen, 2001, S. 5 ff.

³⁹ H. Stolzlechner, Einführung in das öffentliche Recht, 6. Aufl., 2013, Rn. 114; T. Öhlinger/H. Eberhard, Verfassungsrecht, 9. Aufl., 2012, Rn. 1002; H. Schäffer/B. Kneihls, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Lfg. 2013, Art. 140 B-VG, Rn. 12; C. Grabenwarter, Der österreichische Verfassungsgerichtshof, in: v. Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Hrsg.), IPE, Bd. VI, 2016, § 102, Rn. 41; zur Ausnahmekategorie des absolut nichtigen Gesetzes *Kelsen* (Fn. 29), S. 30/46.

⁴⁰ *Kelsen*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktstfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt (1914), hier zit. nach Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke III, Veröffentlichte Schriften 1911–1917 (2010), S. 439/508.

⁴¹ VfGH, VfSlg. 7607/1975, 598/601; *Hengstschläger*, Kundmachungsmangel und absolute Nichtigkeit von Gesetzen, in: Fischer u. a. (Hrsg.), GS René Marcic II (1974), S. 759/772; *Wiederin*, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's, in: Grillner/Rill (Hrsg.), Rechtslehre. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 2011, S. 81/128 f.

Recht seinem Vorsitzenden verbietet, überhaupt Ladungen an die Richter zu versenden.⁴² Zu einer Prüfung und Verwerfung der neuen Rechtsvorschriften kann es so gar nicht kommen. In einer solchen Lage befand sich der österreichische Verfassungsgerichtshof im Jahre 1933 und befindet sich heute das Verfassungsgericht in Polen.⁴³

c) Nichtigkeitsdogma

Auf den ersten Blick einfacher haben es dagegen Staaten, die in ihrer gerichtlichen Praxis das Dogma der Nichtigkeit verfassungswidriger Normen verfechten. Das Dogma besagt, dass verfassungswidrige Gesetze grundsätzlich von Anfang an nichtig sind.⁴⁴ Auch wenn dieses Dogma in Deutschland aus Gründen der Rechtssicherheit in der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts schon sehr früh durch bloße „Unvereinbarkeitsentscheidungen“ in Verbindung mit „Weiteranwendungsanordnungen“ vielfach relativiert worden ist,⁴⁵ bleibt es hier die Grundlage der Entscheidung über Normenkontrollen. Nimmt man für Deutschland etwa an, dass durch die Über-

⁴² *Spanner* (Fn. 13), S. 14 f.; *Vašek* (Fn. 13), JBl. 2015, 213/214; eingehend *Walter* (Fn. 13), S. 17/18 ff.

⁴³ Art. 190 Nr. 3 Verf. Rep. Polen v. 2. 4. 1997; *B. Banaszkiwicz*, Verwerfungsmonopol des Verfassungsgerichtshofs versus Normenkontrolle durch Fachgerichte am Beispiel des Streits um Richtergehälter, Jahrbuch für Ostrecht 43 (2002), Halbbd. I, 69/71/73/77; *S. M. Pawlowski*, Verfassungsgerichtliche Entscheidungen auf Richtervorlage – eine Form der konkreten Normenkontrolle in Polen, Osteuropa-Recht 53 (2007), 37/38; *P. Tuleja*, Der polnische Verfassungsgerichtshof, in: v. Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Hrsg.), IPE, Bd. VI, 2016, § 103, Rn. 68.

⁴⁴ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 48. Lfg., Februar 2016, Bd. I, § 31, Rn. 139 ff., Bd. II, § 78, Rn. 7; *H. Lechner/R. Zuck*, BVerfGG, 7. Aufl., 2015, § 78, Rn. 4; *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl., 2015, Rn. 379; *Heun*, Normenkontrolle, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 615/632 f.; *H. H. Klein*, Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Burmeister u. a. (Hrsg.), FS Klaus Stern, 1997, S. 1135/1150; *T. Schilling*, Rang und Geltung von Rechtsnormen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, S. 557 ff.; *K. Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 180. Lfg., August 2016, Art. 93, Rn. 271; *K. A. Bettermann*, Richterliche Gesetzesbindung und Normenkontrolle, in: Müller u. a. (Hrsg.), FS Kurt Eichenberger, 1982, S. 593/600; *J. Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 159 ff.; *J. A. Frowein*, Zur vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, DÖV 1970, 591/592 ff.

⁴⁵ *Schlaich/Koriath* (Fn. 44), Rn. 394 ff.; es ist daher nicht übertrieben zu sagen, dass die Rechtslage in Deutschland de facto der in Österreich entspreche, *Spanner*, Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Gutachten für den 1. Österreichischen Juristentag, 1. ÖJT 1/2, 1961, S. 1/35 f.; eine Verfassungsänderung für nötig hält hier *Klein* (Fn. 44), S. 1135/1150; der Sache nach geht es ebenso bei § 78 BVerfGG um eine Aufhebung ex tunc, *A. Jakob*, Die Dogmatik des österreichischen öffentlichen Rechts aus deutschem Blickwinkel – ex contrario fiat lux, Der Staat 46 (2007), 268/287 f.; *T. Maunz*, Das verfassungswidrige Gesetz, BayVBl. 1980, 513/516 f.

tragung substantieller Bereiche politischer Gestaltung auf die europäische Union die Grenze der Unabänderlichkeit (Art. 79 Abs. 3 GG) überschritten werden kann,⁴⁶ lässt sich dort die Auffassung vertreten, dass der erwähnte Vorschlag, dem Bundesverfassungsgericht die Kompetenz zur Kontrolle dieser Grenze bei verfassungsändernden Gesetzen zur weiteren Verdichtung der europäischen Integration zu nehmen, verfassungswidrig und damit nichtig ist; die durch eine Verfassungsänderung nicht aufgebare verfassungsstaatliche Ordnung des Grundgesetzes verlangt, dass die Wahrung der Unabänderlichkeitsgrenze der Verfassung (Art. 79 Abs. 3 GG) gerichtlich wirksam kontrolliert werden kann.⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht könnte in einer solchen Lage unter Berufung auf das Nichtigkeitsdogma die sein Handeln beschränkende Verfassungsänderung unbeachtet lassen und weiter über Integrationsgesetze entscheiden.

d) *Gemeinsames Dilemma*

Allerdings gilt die Aussage, dass es Staaten, die wie Deutschland dem Nichtigkeitsdogma anhängen, in solchen Lagen einfacher haben als Staaten, welche der Aufhebbarkeitslehre folgen, nur auf den ersten Blick. Denn Belege für die Geltung des Nichtigkeitsdogmas in der deutschen Rechtsordnung finden sich nicht im Text des Grundgesetzes, sondern allein in den Vorschriften über den Entscheidungsausspruch des Bundesverfassungsgerichts bei Normenkontrollen auf der Ebene des einfachen Rechts im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (§ 31 Abs. 2 S. 2, § 78 S. 1, § 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG).⁴⁸ Nimmt man an, dass die dort getroffene Regelung dem Gesetzgeber nicht verfassungsrechtlich zwingend vorgegeben, sondern diesem von der Verfassung hier ein Entscheidungsspielraum zugeordnet ist,⁴⁹ könnte

⁴⁶ BVerfGE 123, 267/340 ff.; 129, 124/179 ff.; 132, 195/238 ff.; 134, 366/382 ff.; a. A. I. Pernice, Deutschland in der europäischen Union, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VIII, 2. Aufl., 1995, § 191, Rn. 62 ff.; A. von Bogdandy, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum – Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, NJW 2010, 1/2.

⁴⁷ Siehe oben sub 2.a).

⁴⁸ *Schlaich/Korioth* (Fn. 44), Rn. 379; zur Kritik an dieser nicht zwingenden Deutung des einfachen Rechts: *H. Söhn*, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974, S. 46 f.

⁴⁹ *Söhn* (Fn. 48), S. 12 ff.; *Maunz* (Fn. 45), BayVBl. 1980, 513/516 f.; *C. Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 1991, § 20, Rn. 16; *D. Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 49 ff.; *K. F. Gärditz*, Landesrecht aufhebende Geltungskraft verfassungswidriger Bundesgesetze?, DÖV 2001, 539/540 ff.; *Lerche*, Versuche der Aushebelung von Verfassungsgerichten – ausländische Erfahrungen, inländische Konsequenzen, BayVBl. 2003, 1/5; *E. Benda/E. Klein/O. Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 2012, Rn. 1368 ff.; Nachweise zur Gegenposition in Fn. 44; die Frage wird offengelassen in BVerfGE 98, 265/318.

dieser jene Bestimmung auch anders formulieren und das hier letztlich maßgebende Verfassungsprozessrecht auf die Aufhebbarkeitslehre umstellen.⁵⁰ Käme es dazu, stünde Deutschland vor den gleichen Schwierigkeiten, wie sie in Österreich und Polen aufgetreten sind.

4. Wege aus dem Dilemma

In der österreichischen Verfassungsrechtslehre sind nun, wie erwähnt, Lösungen erdacht worden, wie sich ein Verfassungsgericht aus einer solchen Knebelung befreien kann. De lege lata⁵¹ lassen sich im Wesentlichen zwei Strategien unterscheiden.

a) Nichtigkeit wegen Schwere und Evidenz des Normverstoßes

So ist erwogen worden, ob der Verfassungsgerichtshof berechtigt sei, den ihn lähmenden Rechtsvorschriften wegen der Schwere und Offenkundigkeit des Fehlers ausnahmsweise die Geltung abzusprechen.⁵² Wenn der Gerichtshof in einem „Netz positiver, aber offenkundig verfassungswidriger Normen“ verfangen sei, wurde etwa gefragt, ob er nicht sogar verpflichtet sei, die „Verfassung souverän anzuwenden und das Gespinst, das ihn fesselte, zu zerreißen“.⁵³

⁵⁰ *Lerche* (Fn. 49), BayVBl. 2003, 1/5; aus Sicht der Aufhebbarkeitslehre geht es bei einem Normprüfungsverfahren um ein „Anfechtungsverfahren im Gewande eines Feststellungsverfahrens“, *Lerche*, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, 1953, S. 48, Fn. 147; *ders.*, Ist die Nichtigkeit von Verwaltungsakten durch Anfechtungsklage oder durch Feststellungsklage geltend zu machen?, DVBl. 1952, 396, Fn. 4; *Spanner*, Notstandsrecht und Bundesverfassungsgericht, DÖV 1963, 648/650; *Söhn* (Fn. 48), S. 46 f. mit Fn. 139.

⁵¹ De lege ferenda könnte dem Bundespräsidenten bei der Beurkundung von Gesetzen ein – von ihm in Österreich bislang nicht in Anspruch genommenes, *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 6. Aufl., 2005, Rn. 442 (nur gelegentliche Verzögerungen) und im Schrifttum sehr umstrittenes (dazu: *K. Korinek*, Die Beurkundung der Bundesgesetze durch den Bundespräsidenten, in: *Mock/Schambeck* [Hrsg.], FS Rudolf Kirchschläger, 1990, S. 121/126 [Prüfungsrecht nur bei Evidenz des Fehlers und bei Überzeugtsein]; zum Meinungsstand in Deutschland siehe einerseits *R. Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 76. Lfg., September 2015, Art. 54, Rn. 75 ff., andererseits *H. Meyer*, Das Prüfungsrecht des Bundespräsidenten, JZ 2011, 602/602 ff.) – materielles Prüfungsrecht zugestanden oder für den Verfassungsgerichtshof eine Kompetenz für eine präventive Normenkontrolle geschaffen werden, *Vašek* (Fn. 13), JBl. 2015, 213/223 f.

⁵² *Merkl*, Sein oder Nichtsein, Wiener Neueste Nachrichten vom 9. 3. 1933, wiederabgedruckt in: *Der Staatsbürger* vom 7. 4. 1959; so auch die Position des Richters *F. Engel*, in: *Heller* (Fn. 13), S. 265 f.; *Kafka* (Fn. 13), S. 25 ff.; *M. Welan/H. Neisser*, Der Bundeskanzler im österreichischen Verfassungsgefüge, 1971, S. 44 ff.; *E. Voegelin*, Der autoritäre Staat, 1936, S. 149 ff.

⁵³ Als Frage formuliert bei *H.-U. Evers*, Zur Stellung der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, DVBl. 1980, 779/786, unter af-

Das polnische Verfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom März in einem ähnlich prinzipiellen Sinne argumentiert und dem Gesetz der Regierung *Kaczyński* vom Dezember die Geltung mit der Begründung abgesprochen, es sei „unzulässig und unmoralisch“ zuzulassen, dass einzelne „Machtorgane sich der gerichtlichen Kontrolle entzögen“. ⁵⁴

b) Teleologische Reduktion des Fehlerkalküls

Eine andere Lösung setzt nicht am Inhalt, sondern an den Wirkungen der das Gericht hemmenden Normen an. ⁵⁵ Der Fehlerkalkül der Bundesverfassung basiere auf der Idee, dass die Geltung einer verfassungswidrigen Norm ertragen werden könne, weil es die Möglichkeit ihrer Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof gebe. Falle diese Möglichkeit zwar nicht de jure, wohl aber durch eine Vielzahl hinderlicher Normen de facto weg, sei die Voraussetzung, unter der die vorläufige Geltung von Normen, welche die Bedingungen ihrer Erzeugungsregel nicht erfüllten, hingenommen werde könne, entfallen. Der Verfassungsgerichtshof brauche diese Normen nicht zu beachten. Methodisch lässt sich diese Lösung als eine rechtskonforme Auslegung des Fehlerkalküls in Form einer teleologischen Reduktion qualifizieren. ⁵⁶

5. Schwächen verfassungsrechtsdogmatischer Lösungen

a) Anerkennung einer „Selbstbefreiung“ des Gerichts durch die Regierung?

Nimmt man an, der österreichische Verfassungsgerichtshof hätte seinerzeit in der einen oder anderen Weise argumentiert, bliebe die Frage offen, ob der Konflikt hierdurch befriedet worden wäre. Zweifel drängen sich auf: Der These von der Nichtigkeit evident verfassungswidriger Vorschriften lässt sich entgegenhalten, dass die österreichische Bundesverfassung grundsätzlich da-

firmitivem Hinweis auf *ders.*, Die perfekte Notstandsverfassung, AöR 91 (1966), 1 ff./193 ff./208, Fn. 152.

⁵⁴ Wiedergegeben in FAZ Nr. 59 v. 10. 3. 2016, S. 4.

⁵⁵ *Hengstschläger* (Fn. 13), S. 89; *ders.* auch zum Folgenden; in der Sache ähnlich *Heller* (Fn. 13), S. 267 f. wie auch *J. Aichreiter*, Präjudizialität, in: Holoubek/Lang (Hrsg.), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen, 1988, S. 71/78 f. („institutionell aufschiebend bedingte (Bindungs-)Wirkung gegenüber dem Kontrollorgan“); *ders.*, Österreichisches Verordnungsrecht, Bd. II, 1988, S. 1096 ff.

⁵⁶ Die Qualifikation als verfassungskonforme Auslegung, so *Lerche* (Fn. 49), BayVBl. 2003, 1, 4, passt nur für das deutsche, nicht für das österreichische Recht, da der Fehlerkalkül dort nicht im einfachen Recht, sondern in der Verfassung selbst normiert ist; Kategorie der rechtskonformen Auslegung: *Gamper*, Regeln der Verfassungsinterpretation, 2012, S. 203 ff.

von ausgeht, dass im Interesse der Rechtssicherheit jedes Gesetz und jede Verordnung so lange als gültig anzusehen ist, bis sie von dem hierfür zuständigen Verfassungsgerichtshof aufgehoben wird.⁵⁷ Ausnahmen von der Regel müssen festlegt sein, woran es hier nun gerade fehlt.⁵⁸ Im Übrigen war auch die Fehlerhaftigkeit des Gesetzes nicht unbedingt evident, denn die Lähmung des Gerichts durch seine mögliche Unterbesetzung ergab sich nicht schon aus dem Gesetz, sondern folgte erst aus einem pflichtwidrigen Unterlassen der für die Richterernennung zuständigen Stellen.⁵⁹

Gegenüber der teleologischen Reduktion des Fehlerkalküls liegt der Einwand nahe, dass die Aufhebbarkeit verfassungswidriger Normen durch solche Gesetze gar nicht beseitigt, sondern nur erschwert wird. Bleibt eine Aufhebung aber weiterhin möglich, wenn auch nur nach den neuen, einschränkenden Bedingungen, entspricht es dem Fehlerkalkül der Verfassung, die Regeln dann auch nur für aufhebbar, nicht aber für nichtig zu halten.⁶⁰ Gegenüber der rechtskonformen Auslegung im Wege teleologischer Reduktion erheben sich zudem grundsätzliche methodische Bedenken, da sich die auslegende Instanz hier über den Text der Verfassung hinwegsetzt und so die Kompetenz des verfassungsändernden Gesetzgebers für sich beansprucht.⁶¹

Die Entwicklung in Polen zeigt, dass eine Regierung, die derartige Maßnahmen gegen sein Verfassungsgericht setzt, einen solchen Akt gerichtlicher Selbstbefreiung nicht anerkennt. So lehnt das Zentrum für Gesetzgebung die für ihre Wirksamkeit zwingend notwendige Veröffentlichung der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs ab.⁶² Für den stellvertretenden Justizminister *Patryk Jaki* geht der fragliche Entscheid der Verfassungsrichter schon gar nicht hervor aus der Verhandlung eines Gerichts, sondern aus einer „Versammlung von Leuten“, die sich zu „Espresso und Kuchen“ treffen könnten, wann sie wollten.⁶³ Für den Fall, dass der österreichische Verfassungsgerichtshof seinerzeit den Versuch einer solchen Selbstbefreiung unternommen hätte, wird in der Lehre von einer ähnlichen Entwicklung ausgegangen.⁶⁴

⁵⁷ Siehe Nachweise in Fn. 41.

⁵⁸ *Spanner* (Fn. 13), S. 18.

⁵⁹ *Lerche* (Fn. 38), S. 7.

⁶⁰ *Vašek* (Fn. 13), JBl. 2015, 213/220 f.

⁶¹ *Jakab* (Fn. 45), *Der Staat* 46 (2007), 268/280; *C. Grabenwarter/M. Holoubek*, *Verfassungsrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., 2014, Rn. 25; Zulässigkeit von Analogien nur bei ungeplanten Regelungslücken: *H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer/I. K. Stöger*, *Bundesverfassungsrecht*, 11. Aufl., 2015, Rn. 136; *Gamper* (Fn. 56), S. 168 f.

⁶² VerfGH, K 47/15; wiedergegeben in FAZ Nr. 59 v. 10. 3. 2016, S. 4; zur Notwendigkeit der Veröffentlichung von Entscheidungen des pol. VerfGH Art. 190 Nr. 2, 3 S. 1 Verf. Polen v. 2. 4. 1997.

⁶³ FAZ.NET v. 8. 3. 2016, <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/europa/das-verfassungsgericht-in-polen-verhandelt-ueber-sich-selbst-14113119.html>, Abfrage: 26. 4. 2017.

⁶⁴ *Walter* (Fn. 13), S. 17/25.

Die Erfolglosigkeit eines solchen Unternehmens bedeutet nicht, es als wertlos abzutun; das wäre ein Missverständnis. Das Gericht setzt mit einem solchen Schritt nämlich ein Zeichen, dem jedenfalls eine symbolische Bedeutung zuzumessen ist.⁶⁵ Aber es löst nicht das Problem.

b) Maßnahmen des Europarates sowie der Europäischen Union – Hilfe von außen?

Gegenwärtig richten sich die Blicke auf Hilfe von außen, genauer auf Hilfe von oben, nämlich auf ein Tätigwerden des Europarates sowie der Europäischen Union. Die Venedig-Kommission des Europarates hat in ihrem Zwischenbericht vom Februar des Jahres 2016 zum besagten Gesetz seines Mitgliedstaats Polen festgestellt, dass insbesondere in ihrer Zusammenschau die verschiedenen Maßnahmen der Regierung eine ernsthafte Gefahr für die Gewaltenteilung („checks and balances“), das Funktionieren der Demokratie und die Wahrung der Menschenrechte darstellen und so die drei Grundprinzipien des Europarates unterliefen: Demokratie, Menschenrechte und die Herrschaft des Rechts.⁶⁶ In gleichem Sinne hat die Europäische Kommission in ihrer Empfehlung vom 27. 7. 2016, die sie in dem gegen Polen geführten Rechtsstaatsverfahren der Europäischen Union abgegeben hatte, eine systemimmanente Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit durch die polnischen Behörden moniert und unter Bezugnahme auf die Stellungnahme der Venedig-Kommission binnen einer Frist die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des polnischen Verfassungsgerichts verlangt.⁶⁷

Aber wie bei dem Spruch des Verfassungsgerichts ist auch hier zweifelhaft, ob die Regierung ihren Standpunkt aufgrund von Stellungnahmen des Europarates oder der EU aufgeben wird, und dies ebenso dann, wenn am Ende des Verfahrens der Kommission die Verhängung der in Art. 7 EUV genannten Sanktionen stehen sollte.

⁶⁵ Walter (Fn. 13), S. 17/29 ff.

⁶⁶ S. 16, Rn. 90/S. 24, Rn. 18 („rule of law“); <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282016%29001-e>, Abfrage: 26. 4. 2017; Präambel der Satzung des Europarates v. 5. 5. 1949, BGBl. 1950 I, S. 263.

⁶⁷ Empfehlung der Europäischen Kommission v. 27. 7. 2016, C(2016) 5703 final, http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/recommendation-rule-of-law-poland-20160727_de.pdf, Abfrage: 26. 4. 2017. Auch das Europäische Parlament hat in seiner Resolution vom 14. 9. 2016 die polnische Regierung, wiederum unter Bezugnahme auf den Bericht der Venedig-Kommission, zum Einlenken aufgefordert, Pressemitteilung des Europäischen Parlaments zur Plenartagung v. 14. 9. 2016: Grundrechte in Polen: Regierung soll Empfehlungen respektieren, http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20160909IPR41714/20160909IPR41714_de.pdf, Abfrage: 26. 4. 2017.

6. *Verfassungstheorie: die Lehre von den Verfassungsvoraussetzungen*

a) *Verfassungsbewusstsein der politisch Handelnden*

Die Entwicklung in Polen zeigt, dass sich durch Auslegung des Verfassungsrechts, mit welcher Begründung auch immer, ein solcher Konflikt nicht bereinigen lässt. Denn eine rechtliche Lösung setzt voraus, dass alle beteiligten Seiten bereit sind, sich ihr zu beugen. Es bedarf der Akzeptanz des Rechts und der mit dem Recht verbundenen Möglichkeit von Enttäuschungen und Kränkungen.⁶⁸

Der Fall stellt damit die Frage nach den Wirksamkeitsbedingungen von Verfassungsrecht und betritt so die Ebene der Verfassungstheorie.⁶⁹ Die Wirksamkeit der Verfassung ergibt sich nicht aus ihr selbst, sondern ist abhängig von außerrechtlichen Voraussetzungen.⁷⁰ Es muss bei den Bürgern und ihren politischen Parteien wie auch den Inhabern öffentlicher Ämter die Bereitschaft vorhanden sein, die Verfassung anzuerkennen und sich den Entscheidungen der von ihr geschaffenen Ordnung zu beugen.⁷¹ Bei den Inhabern der Ämter in Regierung und Parlament darf nicht nur der Wille zur Macht, sondern muss vor allem der „Wille zur Verfassung“ (*Hesse*) lebendig sein.⁷²

⁶⁸ *Öhlinger* (Fn. 23), *ÖJZ* 1990, 2/8 f.; *J. Isensee*, Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, *JZ* 1996, 1085/1086; *Grimm* (Fn. 20), aaO.

⁶⁹ Zu dieser Funktion von Verfassungstheorie: *M. Jestaedt*, § 1 Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, Rn. 36 ff.

⁷⁰ Die Erkenntnis, dass die Wirksamkeit der Verfassung abhängig ist von außerrechtlichen Voraussetzungen, die sie nicht garantieren kann, ist dabei nicht erst eine Entdeckung des hier stets zitierten *E.-W. Böckenförde*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien*. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 75/93. Es war *Hans Kelsen* selbst, der in diesen Kategorien gedacht hat. Dies zwar nicht in seiner Rechtslehre – dort hat er die Frage nach der Bedeutung des Seins für das Sollen abgeschirmt durch die Fiktion seiner Grundnorm, *M. Jestaedt*, *Geltung des Systems und Geltung im System*, *JZ* 2013, 1009/1014 f.; *Grabenwarter*, *Verfassungstheorie*, in: *Kube/Mellinghoff u. a.* (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts*, Bd. I, 2013, § 13, Rn. 3 –, wohl aber an einer anderen Stelle, nämlich in seiner Demokratietheorie. *Kelsen* sprach davon, dass „für die gegenseitige Verständigung der an der sozialen Willensbildung Beteiligten“ die „tatsächlichen Voraussetzungen“ im Sinne von näher beschriebenen kulturellen Eigenschaften der Gesellschaft und damit Verfassungsvoraussetzungen gegeben sein müssten, *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 1929, S. 65 f.; *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 324.

⁷¹ *Isensee*, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl., 2014, § 268, Rn. 75; siehe bereits *Spanner* (Fn. 13), S. 107; *Söhm* (Fn. 48), S. 21.

⁷² *K. Hesse*, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, S. 12; im Anschluss *A. Hollerbach*, *Ideologie und Verfassung*, in: *Maihofer* (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, 1969, S. 37/49.

b) Die Bürgerschaft als Stütze des Verfassungsgerichts

Damit läuft alles auf die Frage zu, was bleibt, wenn einer Regierung das notwendige Verfassungsbewusstsein fehlt. Dann kommt es darauf an, dass sich das Verfassungsgericht in einer solchen Lage auf eine sensibilisierte Öffentlichkeit stützen kann, wie dies in den USA bei dem Versuch der Ausschaltung des Supreme Court durch *Roosevelts* „Court-packing-Plan“ der Fall gewesen ist.⁷³ Es war dort die Öffentlichkeit, die in den Plänen *Roosevelts* einen Angriff auf die Verfassung gesehen und diesen gegenüber deshalb ihren Unmut unüberhörbar kundgetan hat. An dem Thema Ausschaltung von Verfassungsgerichten wird sichtbar, dass die Wirksamkeit der Verfassung am Ende in den Händen der unter ihr lebenden Bürger liegt, an deren Identifikation mit ihrer Verfassung und ihrer Bereitschaft, sich für diese einzusetzen, wenn staatliche Stellen die notwendige Loyalität gegenüber der Verfassung verweigern.⁷⁴

7. Ausblick

Diese Einsicht ist bedeutsam. Sie erinnert daran, dass die Akzeptanz der Bürger als Bedingung der Wirksamkeit der Verfassung sich nicht von selbst versteht. Vielmehr muss sie, wie alle Verfassungsvoraussetzungen, von den staatlichen Organen, hier nicht zuletzt vom Verfassungsgericht selbst, immer wieder eingeworben werden.⁷⁵ Eine solche Verfassungspflege ist nötig damit, wenn es einmal darauf ankommt, hinreichend Substanz vorhanden ist, auf die ein Gemeinwesen dann zählen, genauer: nur hoffen kann.

⁷³ *Lerche* (Fn. 49), BayVBl. 2003, 1/3.

⁷⁴ *Schulze-Fielitz* (Fn. 1), S. 385/410; *B. Wieser*, Einführung in das Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 2012, S. 38 f.; zu den Bürgern: *Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 39/41; *E. Melichar*, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur gewerberechtlichen Bedarfsprüfung, in: *Machacek/Kostelka/Martinek* (Hrsg.), FS Wilhelm Rosenzweig, 1988, S. 373/382 f.; zur Krise: *K. Berchtold*, Der Gleichheitssatz in der Krise?, in: *Nowak/Steuer* (Hrsg.), FS Felix Ermacora, 1988, S. 327/344.

⁷⁵ *Isensee* (Fn. 68), JZ 2005, 1085/1091 ff.; *ders.*, Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, S. 100 f. („letzter Geltungsgrund“); zur Pflege der Öffentlichkeit durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof: *Öhlinger* (Fn. 11), S. 243/254 f.

Summary

The article shows that since the 1930s governments around the world have tried to neutralize constitutional courts for the purpose of limiting the constitutional review of their legislation. One of the most discussed examples for suchlike ambitions was the approach of the *Dollfuß*-government in Austria in 1933. A more recent and quite similar example is the situation in Poland, in which the *Kaczyński*-government has passed bills through parliament to incapacitate the work of the court. In regard to these developments, there have been numerous discussions about how to secure the court's ability to work. Meanwhile a consensus has been formed that those laws are contrary to common European standards of constitutional law as they contradict to the supremacy of the constitution as an element of the rule of law. Contrary to the claim made by the acting governments are those laws not justified by the principle of democracy, quite the reverse they object to it. The real problem of these cases is not a matter of substantive law but rather a matter of how to deal with laws that are supposed to be unconstitutional in an ongoing proceeding. Because even if the legal system of a country follows the theory of nullity, there is no certainty whether the government will not change the constitutional process law in conflict with its constitutional court and will switch to the theory of voidability. Therefore, these cases show that the validity of the constitution depends on extralegal circumstances as the willingness of the government to follow the rules of the constitution; but for this willingness no guarantee exists. Finally, the author concludes that the success of laws trying to neutralize constitutional courts rely on the people living under the constitution which preservation by its constitutional court is at stake.

LITERATUR

Besprechungen

Andreas Engels: Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung. Eine dogmatische Rekonstruktion, Jus Publicum, Bd. 234, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, 682 S., EUR 129,-.

I. Die Kommunen können jedenfalls seit der Weimarer Reichsverfassung nicht mehr die Stellung einer außerhalb der Staatsverwaltung stehenden, gegenüber staatlichen Eingriffen abgeschirmten örtlichen Bürgergemeinschaft beanspruchen, sondern sind Teil des demokratisch verfassten, gegliederten Staates. Das macht die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung zu einer schwierigen, in sich spannungsgeladenen Gewährleistung: Sie ist – jedenfalls in Teilen – notwendig auf gesetzliche Ausgestaltung angewiesen und will zugleich dieser gesetzlichen Ausgestaltung Grenzen setzen; sie garantiert den Gemeinden eine Allzuständigkeit für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und sieht sie doch als Bestandteile der Verwaltung des seinerseits nach innen souverän gedachten Landes; sie gewährt den Gemeinden Autonomie und unterwirft sie dabei zugleich dem Rahmen der Gesetze; dabei wird die demokratische Legitimation kommunalen Handelns sowohl auf das die Kommunalorgane wählende Gemeindevolk wie auch auf das (Landes-)Staatsvolk bzw. das Landesparlament zurückgeführt; die Garantie verbürgt im Ansatz kein der einzelnen Kommune zustehendes Recht, sondern ein Recht der kommunalen Ebene und soll doch durch die einzelne Kommune subjektivrechtlich durchsetzbar sein. Für die Bewältigung der hierdurch aufgeworfenen Interpretationsprobleme hat sich in Rechtsprechung und Literatur das Konstrukt der sog. institutionellen Garantie etabliert. Die Arbeit von *Andreas Engels*, eine von *Wolfram Höfling* betreute Kölner Habilitationsschrift, sieht diese dogmatische Grundlage als unzureichend an und strebt eine dogmatische Rekonstruktion der Selbstverwaltungsgarantie an, die eine belastbarere Basis zur Bewältigung der Herausforderungen kommunaler Selbstverwaltung darstellen soll.

II. Das einleitende 1. Kapitel benennt zunächst solche aktuellen Herausforderungen der kommunalen Selbstverwaltung: Hochzonung kommunaler Aufgaben, Gebietsreformen, Kommunalisierung staatlicher Aufgaben, Vergesetzlichung und Verplanung gemeindlicher Aufgaben, Parteipolitisierung und Entmachtung der Vertretungskörperschaften, Europäisierung und Ökonomisierung, Selbstgefährdung durch Aufgabenverzicht und Ausdehnung kommunalwirtschaftlicher Betätigung. Angesichts dieser Situation konstatiert *Engels*, hier zunächst noch recht knapp, einen Mangel an dogmatischer Entfaltung der Selbstverwaltungsgarantie; weder der Rekurs auf die institutionelle Deutung durch das Bundesverfassungs-

gericht noch vereinzelt vorgeschlagene abweichende Konzeptionen seien zureichend. Als Grundlage für die nachfolgende Herleitung der angestrebten Neukonzeption werden drei Gewährleistungselemente unterschieden: das existenziale Gewährleistungselement, das der nach institutioneller Lesart sog. institutionellen Rechtssubjektsgarantie korrespondiert, die – die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassende – Aufgabengarantie sowie das die Eigenverantwortlichkeit meinende modale Gewährleistungselement; die beiden letzteren werden sonst verbreitet unter dem Begriff der objektiven Rechtsinstitutionsgarantie zusammengefasst. Die herkömmlich weiterhin genannte sog. subjektive Rechtsstellungsgarantie, die die Verleihung einer wehrfähigen subjektiven Rechtsstellung der einzelnen Kommune bezeichnen soll, findet bei *Engels* hier keinen Platz; dieser Aspekt spielt auch im Weiteren keine herausgehobene Rolle.

Der 1. Teil der Untersuchung gilt dann der verfassungsdogmatischen Grundlegung. In dessen Eingangskapitel, dem 2. Kapitel, schildert *Engels* zunächst die – durchaus vielgestaltigen und unsicheren – ideengeschichtlichen Grundlagen der Lehre von den institutionellen Garantien und ihre Rezeption für die Garantie kommunaler Selbstverwaltung. Größeren Raum nimmt dabei vor allem die institutionelle Deutung des Art. 28 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein.

Daran anknüpfend will das 3. Kapitel die Unzulänglichkeiten des institutionellen Verständnisses der Selbstverwaltungsgarantie, aber auch der bislang vorgeschlagenen alternativen Konzeptionen darlegen. In letzterer Hinsicht wird nicht nur – zu Recht – ein grundrechtliches, sondern auch ein subjektivrechtliches Verständnis der Selbstverwaltungsgarantie zurückgewiesen, da es dem Kompetenzcharakter der kommunalen Rechtsstellung nicht gerecht werde. Auch ein danach allein angängiges kompetenzrechtliches Verständnis wird kritisiert, weil es die verfassungsunmittelbar gewährleistete Befugnis betone, womit es die Ausgestaltungsbedürftigkeit des existenzialen Elements durch den Gesetzgeber nicht zu erfassen vermöge. Demgegenüber wird der institutionellen Deutung zwar zugutegehalten, dass sie die Ausgestaltungsbedürftigkeit der Verfassungsgarantie thematisiere und auch einen berechtigten, in der Verfassungsbindung des ausgestaltenden Gesetzgebers liegenden Wirkungszusammenhang aufweise. Vorgehalten wird ihr jedoch nicht nur, dass sie bestimmten Garantien, hier derjenigen der kommunalen Selbstverwaltung, einen hervorgehobenen verfassungsrechtlichen Schutz ohne greifbare Kriterien, insbesondere ohne verfassungstextliche Fundierung verschaffe, sondern vor allem, dass sie diese Garantie umfassend als ausgestaltungsbedürftig ansehe und nicht zwischen ausgestaltungsbedürftigen und nicht ausgestaltungsbedürftigen Elementen differenzieren könne.

Das – für das Anliegen von *Engels* zentrale – 4. Kapitel unternimmt dann den Versuch einer dogmatischen Rekonstruktion des Art. 28 Abs. 2 GG auf Grundlage der Prinzipientheorie. Sie soll die partielle Ausgestaltungsbedürftigkeit des Art. 28 Abs. 2 GG mit der verfassungsunmittelbaren Gewährleistung der eigenverantwortlichen Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft durch die Gemeinden in Einklang bringen. Ausgangspunkt dafür ist zunächst eine allgemeine Rechtfertigung der Prinzipientheorie, deren vorrangiger Verdienst in einem Rationalitätsgewinn bei der Abwägung zwischen kollidierenden Prinzipien gesehen

wird, und weiter die Rechtfertigung ihrer Anwendung auch im Staatsorganisationsrecht. Als das entscheidende normstrukturtheoretische Unterscheidungsmerkmal zwischen Rechtsregeln und Rechtsprinzipien gilt *Engels* der Festsetzungsgehalt von Rechtsnormen, nämlich die Abwägungsoffenheit und Ausgestaltungsbedürftigkeit als Erkennungszeichen von Rechtsprinzipien. Die hierauf gegründete Entfaltung der prinzipientheoretischen Rekonstruktion des Art. 28 Abs. 2 GG sieht im existentialen Element einen Verwaltungstyp garantiert, der ausgestaltungsbedürftig ist und dessen Gewährleistung deshalb als Rechtsprinzip gekennzeichnet wird; diese Ausgestaltung soll sich statt am Wesensgehalt an der Abwägungsmethode unter Bindung an ein Untermaßverbot messen lassen. Das Aufgabenelement soll, wesentlich gestützt auf den Charakter als andere Kompetenzträger ausschließende Kompetenzvorschrift, ungeachtet der Unbestimmtheit der verwandten Rechtsbegriffe als Rechtsregel zu verstehen sein; bedeutsam ist insofern, dass der Vorbehalt des Rahmens der Gesetze sich nach *Engels* nicht auf das Aufgabenelement erstrecken soll. Die Aufgabengarantie der Gemeindeverbände wird hingegen wegen ihrer legislativen Ausgestaltungsbedürftigkeit als Rechtsprinzip qualifiziert. Das soll ebenfalls für die Eigenverantwortlichkeit gelten; zwar sei diese – jedenfalls solange sie nicht auf ihre organisatorischen Voraussetzungen erstreckt wird – nicht ausgestaltungsbedürftig, doch begründe insoweit der Vorbehalt des Rahmens der Gesetze den Prinzipiencharakter, da er einen durch das Übermaßverbot begrenzten Abwägungsspielraum des Gesetzgebers eröffne.

Der strukturbezogenen Fundierung in der Prinzipientheorie folgt im 5. Kapitel die inhaltliche Füllung des genuin verfassungsrechtlichen Gewährleistungsinhalts der Selbstverwaltungsgarantie, der die als Rechtsregeln qualifizierten Elemente bestimmen und im Übrigen den ausgestaltenden Gesetzgeber dirigieren soll. Die interpretatorische Bestimmung des Gewährleistungsinhalts soll aus den Funktionen der kommunalen Selbstverwaltung heraus erfolgen. Dabei geht es *Engels* weniger um die eher knapp angesprochene verwaltungsorganisatorische Funktion staatsinterner Dezentralisierung als vielmehr um die – ausführlich dargelegte – staatspolitische Funktion der Partizipation der Bürger, welche *Engels* mit dem Bundesverfassungsgericht nur im Sinne einer demokratischen, auf das kommunale Teilvolk bezogenen Partizipation als Legitimationsgrundlage kommunaler Selbstverwaltung gelten lassen will.

Das bis dahin grundgelegte Konzept wird im Folgenden, beginnend mit dem umfangreichen 2. Teil der Untersuchung, der dem sog. existentialen Gewährleistungselement gilt, inhaltlich entfaltet. Das 6. Kapitel behandelt zunächst die organisationsstrukturellen Vorgaben, womit die äußere Organisationsform, die Untergliederung in Gemeinden, Kreise und Gemeindeverbände gemeint ist. Dabei wird die Charakterisierung der Gemeinden als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften – vielleicht etwas bemüht – prinzipientheoretisch als Voraussetzung der Sicherstellung von Partizipation gerechtfertigt. Nur die unterste gebietskörperschaftliche Organisationseinheit soll Gemeinde sein können. Auf Gemeindeverbandsebene soll angesichts der Pluralität möglicher Organisationsformen keine verfassungsrechtliche Garantie der Kreise gegeben sein, doch soll das Untermaßverbot immerhin für eher kleinräumige Organisationsformen und damit wohl doch für die Kreise streiten.

Das 7. Kapitel sucht eine prinzipientheoretisch angeleitete Deutung der Vorgaben für den territorialen Zuschnitt von Kommunen, insbesondere für Gebietsreformen. Das Merkmal der Örtlichkeit ist *Engels* dabei als Maßstab für den Gemeindezuschnitt nicht zureichend. Vielmehr will er, ausgehend von den leitenden Gesichtspunkten der Dezentralisierung und Partizipation, auf Überschaubarkeit und Bürgernähe abstellen, insbesondere auf die Möglichkeit der Partizipation durch ehrenamtliche Tätigkeit. Als gegenläufiger Aspekt wird die Leistungsfähigkeit von Gemeinden und Gemeindeverbänden ins Feld geführt. Der Verweis auf das Untermaßverbot als Prüfungsmaßstab der gesetzgeberischen Ausgestaltungsentscheidung führt freilich inhaltlich kaum entscheidend weiter; überzeugend wird jedoch die Anhörung nicht als Folge begrenzten individuellen Bestandsinteresses, sondern als prozedurales Erfordernis der Abwägung angesehen.

Das 8. Kapitel stellt die verfassungsrechtlichen Grundlagen der finanziellen Ausstattung der Kommunen dar. Die institutionelle Konzeption soll insoweit – wie recht knapp angenommen wird – unzureichend sein, insbesondere weil sie die Ausstattungsbedürftigkeit der kommunalen Finanzausstattung nicht angemessen erfasse und die Kernbereichs-/Randbereichsunterscheidung nur mit Blick auf die Abwehr von Eingriffen funktioniere. Die Grenzen der gesetzgeberischen Ausgestaltung sollen mit Hilfe der Abwägungsmethode und dabei insbesondere des Untermaßverbots ermittelt werden, wobei wenigstens die Mittel zur Aufgabenwahrnehmung im übertragenen Wirkungskreis zur Verfügung gestellt werden müssten (S. 295, 304). Im Weiteren soll der kommunale Finanzausstattungsanspruch vor allem in der Abwägung mit dem kollidierenden Rechtsprinzip der Leistungsfähigkeit der Länder ermittelt werden, wobei *Engels* sich nachdrücklich für den Grundsatz der Verteilungssymmetrie stark macht. Eher überraschend werden auch die landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregeln als Rechtsprinzipien qualifiziert; freilich wird zugleich die Begrenztheit des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums betont, und die Erörterung erfolgt auch weitgehend ohne prinzipientheoretische Bezüge. In seinem Zusammenspiel mit den Konnexitätsregeln wird sodann das – als Rechtsregel angesehene – Aufgabenübertragungsverbot nach Art. 84 Abs. 1 S. 7, 85 Abs. 1 S. 2 GG behandelt; in der Sache verfolgt *Engels* hier eine tendenziell restriktive Auslegung, indem er etwa annimmt, der Bundesrat könne die Streichung bundesgesetzlicher Aufgabenübertragungen verhindern (S. 357) und die Ersetzung bundesgesetzlicher Aufgabenübertragungen durch Landesrecht lasse die Konnexitätsregeln jedenfalls regelmäßig nicht zur Anwendung kommen (S. 365).

Das 9. Kapitel behandelt die kommunale Binnenorganisation. Dass ihre Zuordnung zu dem als Rechtsprinzip qualifizierten existentialen Gewährleistungselement einleitend – statt auf die inhaltliche Zugehörigkeit – darauf gegründet wird, dass das Kommunalverfassungsrecht nicht schon verfassungsunmittelbar festgeschrieben sei, sondern erst durch gesetzgeberische Ausgestaltung kreierte werde (S. 371), irritiert allerdings. In der Folge werden dann sehr weitreichend ausstattungsbedürftige Aspekte, die der Sache nach eher anders zuzuordnen wären, dem existentialen Gewährleistungselement zugeschrieben. So soll neben der Gebiets-, Kooperations-, Personal- und Finanzhoheit auch die Rechtsetzungs- hoheit, die man der Sache nach wohl eher den kommunalen Handlungsmöglich-

keiten nach außen, der „Regelung“ der eigenen Angelegenheiten und damit der Aufgabengarantie zuweisen möchte, als Bestandteil der Existenzgarantie gelten (S. 400 f.). Auch die – auf eine besondere Nähebeziehung zwischen kommunaler Binnenorganisation und Kommunalwirtschaftsrecht (S. 402) und ihre Ausgestaltungsbedürftigkeit (S. 405) gestützte – Verortung der Kommunalwirtschaft an dieser Stelle überzeugt schwerlich, ist doch auch die wirtschaftliche Betätigung eine Form der kommunalen Aufgabenwahrnehmung, die keineswegs nur eine organisatorische Dimension aufweist; auch *Engels* diskutiert hier – in der Sache restriktiv – etwa das materielle Erfordernis eines rechtfertigenden öffentlichen Zwecks und die räumliche Begrenzung kommunalwirtschaftlichen Engagements.

Der der Aufgabengarantie geltende 3. Teil der Untersuchung widmet sich in seinem ersten, dem 10. Kapitel der gemeindlichen Aufgabengarantie, die in Abgrenzung zum Bundesverfassungsgericht als weder ausgestaltungsbedürftige noch einschränkbare Rechtsregel qualifiziert wird. *Engels* beharrt hier, das sog. funktionale Selbstverwaltungsverständnis *Burmeisters* zurückweisend, auf der Unterscheidung zwischen eigenem und übertragenem Wirkungskreis. Bei der Konkretisierung des eigenen kommunalen Kompetenzraums räumt er einen legislativen Einschätzungsspielraum ein und gelangt so zu Ergebnissen, die denen des Bundesverfassungsgerichts nahekommen (S. 478). Überraschend ist dann, dass in diesem Zusammenhang die mögliche Pflicht zur Wahrnehmung der Aufgaben des eigenen Wirkungskreises thematisiert wird, die doch – wie auch in den Ausführungen von *Engels* selbst deutlich wird (S. 487: „mit dem Merkmal der Eigenverantwortlichkeit korrespondiert die Pflicht der Gemeinden zur grundsätzlichen Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes“) – wohl eher ein Problem der Eigenverantwortlichkeit darstellt; der Rückgriff auf die Idee der Gewährleistungsverantwortung führt ihn hier recht schnellschlüssig zu einer ausgesprochen restriktiven Beurteilung der Zulässigkeit funktionaler und insbesondere materieller Privatisierung durch die Kommunen.

Das 11. Kapitel traktiert den Aufgabenkreis der Gemeindeverbände, der – in der Sache mit dem Bundesverfassungsgericht übereinstimmend – als gesetzlich ausgestaltungsbedürftig und daher folgerichtig als Rechtsprinzip verstanden wird. *Engels* betont hier den Vorrang des gemeindlichen Aufgabenkreises und entfaltet die Kreisaufgaben nach der Unterscheidung von übergemeindlichen, ergänzenden und Ausgleichsaufgaben, wobei letztere im Lichte des Partizipationsgedankens kritisch gesehen werden.

Das den 4. und letzten Teil der Untersuchung bildende, nur noch kurze 12. Kapitel ist der – auf Grund des Vorbehalts des Rahmens der Gesetze als Rechtsprinzip verstandenen – Eigenverantwortlichkeit gewidmet. Diese soll allein auf die inhaltliche Freiheit von staatlicher Reglementierung hinsichtlich der Art und Weise, also des Ob, Wann und Wie der Erledigung von Selbstverwaltungsaufgaben bezogen sein. Die verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzgeberischer Ausgestaltung sollen sich aus der Abwägung mit kollidierenden Rechtsprinzipien, insbesondere mit dem Gebot der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse, und in diesem Rahmen aus dem Übermaßverbot ergeben, wobei *Engels* gerade hier die Vagheit der Abwägungsmethode, eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und eine bloße Vertretbarkeitskontrolle einräumt (S. 557 f.).

III. Die Untersuchung wählt einen mutigen und starken Ansatz, indem sie im Kern auf eine konzeptionelle Idee, nämlich die der prinzipientheoretischen Rekonstruktion der Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung setzt und mit ihr der Auslegung des Art. 28 Abs. 2 GG ein einheitliches dogmatisches Konzept zugrunde legen will. Diese Leitidee verfolgt *Engels*, seine Leser – manchmal schon etwas sehr – intensiv führend, konsequent.

Die seinem Neuansatz zugrunde liegende Kritik an der dogmatischen Unzulänglichkeit insbesondere des institutionellen Verständnisses der Selbstverwaltungsgarantie – namentlich in der durch das Bundesverfassungsgericht weiterentwickelten Gestalt, mit der im Rastede-Beschluss vollzogenen Abkehr von einer an historisch überkommenen Gehalten orientierten Interpretation und der Hinwendung zu einer Betonung der demokratisch-politischen Funktion der Selbstverwaltungsgarantie, damit einhergehend dem Abrücken vom inhaltlich definierten Kernbereichsschutz und der Aufwertung des Schutzes im Randbereich – wird dessen Leistungsfähigkeit vielleicht nicht immer ganz gerecht. Kritisch eingewandt wird vor allem, das institutionelle Verständnis der Selbstverwaltungsgarantie könne nicht zureichend erfassen, dass bestimmte Vorgaben regelhaft verbindlich sind und im Übrigen Ausgestaltungsbedürftigkeit besteht. Insoweit ist zuzugestehen, dass demgegenüber die prinzipientheoretische Rechtsregel/Rechtsprinzipien-Unterscheidung die Differenz zwischen ausgestaltungsbedürftigen und nicht ausgestaltungsbedürftigen Elementen der Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung auf den Begriff bringt. Jedoch relativiert sich der Fortschritt an dogmatischer Stringenz schon, wenn *Engels* hierbei ausdrücklich auch Graustufen anerkennen und die prinzipientheoretische Unterscheidung von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien als zwar kategorial, aber nicht strikt binär codiert verstehen will. Zudem verdankt sich die schöne Klarheit, mit der die gemeindliche Aufgabengarantie als Rechtsregel und die Existenzgarantie, die gemeindeverbandliche Aufgabengarantie und die Eigenverantwortlichkeit als Rechtsprinzipien qualifiziert werden, auch einer nicht durchweg überzeugenden Zuweisung einzelner Aspekte zu diesen Gewährleistungselementen. Diese Zuweisung erscheint mitunter – wie in den Begründungen offenkundig wird (vgl. etwa S. 371, 390, 393, 400) – geleitet durch das Bestreben, ausgestaltungsbedürftige Aspekte konsequent bei den als Rechtsprinzipien qualifizierten Gewährleistungselementen, namentlich bei der Existenzgarantie zu verorten. Die darauf gegründete Zuordnung ist hinsichtlich einzelner Aspekte wie der Satzungshoheit oder der kommunalwirtschaftlichen Betätigung sachlich bestreitbar, erlaubt es *Engels* aber erst, die Gewährleistungselemente „Existenz“, „Aufgaben“ und „Eigenverantwortlichkeit“ so sauber in Rechtsregeln und Rechtsprinzipien zu unterteilen. Schließlich bleiben Zweifel, ob für die bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung zu treffenden Abwägungen wirklich ein erheblicher Rationalitätsgewinn zu verbuchen ist; dass die prinzipientheoretische Abwägungsmethodik und der Verweis auf Unter- bzw. Übermaßverbot insoweit der Argumentation mit Kern- und Randbereich, materiellem Aufgabenteilungsprinzip und Verhältnismäßigkeit überlegen wären, wird in der Erörterung von Einzelproblemen jedenfalls kaum deutlich. Produktiver als die strukturbezogene Neukonstruktion erscheint insoweit die starke inhaltliche Orientierung an einem funktionalen, insbesondere auf die Partizipationsfunktion rekurrieren-

den Ansatz; darin aber steht *Engels* sachlich dem bundesverfassungsgerichtlichen Verständnis von kommunaler Selbstverwaltung, das die demokratisch-politische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung stark macht, im Ausgangspunkt recht nahe. Bezeichnenderweise bleiben die Abweichungen in der Beurteilung von Einzelproblemen dann auch sehr begrenzt.

So hinterlässt die Lektüre des Werks am Ende leicht gemischte Gefühle. Der große, ein ganz neues Verständnis der Garantie kommunaler Selbstverwaltung anleitende Entwurf, der zu sein es seiner Anlage nach versprechen könnte, ist es kaum; dies nimmt es übrigens auch selbst wohl nicht in Anspruch (vgl. S. 2). Die Konsequenz, mit der es die vielfältigen Aspekte der Selbstverwaltungsgarantie einer prinzipientheoretischen Neubetrachtung unterzieht und dabei in ihrem Zusammenwirken erfasst, ist jedoch ungeachtet einzelner verbleibender Zweifelsfragen beeindruckend. *Engels* nimmt eine ganz neue Beobachterposition ein, und die veränderte Perspektive auf die Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung verschafft allemal eine Vielzahl anregender und erhellender Einblicke.

Johannes Hellermann

Stefan Pilz: Der Europäische Stabilitätsmechanismus. Eine neue Stufe der europäischen Integration, Neue Staatswissenschaften, Bd. 17, Mohr Siebeck, Tübingen 2016, 256 S., EUR 64,-.

Wenige der in den letzten Jahren von der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten in Angriff genommenen Reformen sind Sinnbild so großer Hoffnungen – und so großer Befürchtungen – gewesen wie der sogenannte „Euro-Rettungsschirm“, mit offiziellem Namen Europäischer Stabilitätsmechanismus bzw. ESM. Für die einen markiert er einen Sündenfall, nämlich die Abkehr von der im Vertrag beschworenen Tugend fiskalpolitischer Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten, während andere in ihm die logische und notwendige Ergänzung einer unvollständigen Wirtschafts- und Währungsunion sehen. Das juristische Schrifttum, zumal das deutschsprachige, hat mittlerweile eine stattliche Zahl von Abhandlungen über den ESM und seine Wegbereiter ESFS und ESFM hervorgebracht, in denen skeptische oder ablehnende Grundtöne vorherrschen. Das vorliegende Werk wurde an der Erfurter Staatswissenschaftlichen Fakultät als Dissertation angenommen – womit bereits deutlich wird, worin sich sein Untersuchungsansatz von den vorgenannten Arbeiten unterscheidet. Mit der staatswissenschaftlichen Perspektive ist die Chance auf neue Erkenntnisse verbunden, sie bedeutet aber auch, weil der Auseinandersetzung mit den Stimmen aus dem juristischen und teilweise auch politologischen Schrifttum nicht ausgewichen werden kann, eine gewisse Bürde. Sich vom Mainstream freizuschwimmen, gelingt der vorliegenden Arbeit nur zum Teil – auch deshalb, weil eine auf kaum mehr als 200 Druckseiten angelegte überfachliche Darstellung der Vorgänge und Zusammenhänge im Kontext des ESM und ihre Bewertung eine Vertiefung nicht immer gestattet. Das Buch ist – unter Einschluss der Einleitung – in sieben Abschnitte

den Ansatz; darin aber steht *Engels* sachlich dem bundesverfassungsgerichtlichen Verständnis von kommunaler Selbstverwaltung, das die demokratisch-politische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung stark macht, im Ausgangspunkt recht nahe. Bezeichnenderweise bleiben die Abweichungen in der Beurteilung von Einzelproblemen dann auch sehr begrenzt.

So hinterlässt die Lektüre des Werks am Ende leicht gemischte Gefühle. Der große, ein ganz neues Verständnis der Garantie kommunaler Selbstverwaltung anleitende Entwurf, der zu sein es seiner Anlage nach versprechen könnte, ist es kaum; dies nimmt es übrigens auch selbst wohl nicht in Anspruch (vgl. S. 2). Die Konsequenz, mit der es die vielfältigen Aspekte der Selbstverwaltungsgarantie einer prinzipientheoretischen Neubetrachtung unterzieht und dabei in ihrem Zusammenwirken erfasst, ist jedoch ungeachtet einzelner verbleibender Zweifelsfragen beeindruckend. *Engels* nimmt eine ganz neue Beobachterposition ein, und die veränderte Perspektive auf die Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung verschafft allemal eine Vielzahl anregender und erhellender Einblicke.

Johannes Hellermann

Stefan Pilz: Der Europäische Stabilitätsmechanismus. Eine neue Stufe der europäischen Integration, Neue Staatswissenschaften, Bd. 17, Mohr Siebeck, Tübingen 2016, 256 S., EUR 64,-.

Wenige der in den letzten Jahren von der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten in Angriff genommenen Reformen sind Sinnbild so großer Hoffnungen – und so großer Befürchtungen – gewesen wie der sogenannte „Euro-Rettungsschirm“, mit offiziellem Namen Europäischer Stabilitätsmechanismus bzw. ESM. Für die einen markiert er einen Sündenfall, nämlich die Abkehr von der im Vertrag beschworenen Tugend fiskalpolitischer Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten, während andere in ihm die logische und notwendige Ergänzung einer unvollständigen Wirtschafts- und Währungsunion sehen. Das juristische Schrifttum, zumal das deutschsprachige, hat mittlerweile eine stattliche Zahl von Abhandlungen über den ESM und seine Wegbereiter ESFS und ESM hervorgebracht, in denen skeptische oder ablehnende Grundtöne vorherrschen. Das vorliegende Werk wurde an der Erfurter Staatswissenschaftlichen Fakultät als Dissertation angenommen – womit bereits deutlich wird, worin sich sein Untersuchungsansatz von den vorgenannten Arbeiten unterscheidet. Mit der staatswissenschaftlichen Perspektive ist die Chance auf neue Erkenntnisse verbunden, sie bedeutet aber auch, weil der Auseinandersetzung mit den Stimmen aus dem juristischen und teilweise auch politologischen Schrifttum nicht ausgewichen werden kann, eine gewisse Bürde. Sich vom Mainstream freizuschwimmen, gelingt der vorliegenden Arbeit nur zum Teil – auch deshalb, weil eine auf kaum mehr als 200 Druckseiten angelegte überfachliche Darstellung der Vorgänge und Zusammenhänge im Kontext des ESM und ihre Bewertung eine Vertiefung nicht immer gestattet. Das Buch ist – unter Einschluss der Einleitung – in sieben Abschnitte

gegliedert, deren thematischer Bogen von den Ursachen der Fiskalkrise, der Genese des ESM und seiner Merkmale (B) über die demokratische Legitimation im ESM (C), seinen Finanzausgleichscharakter (D) und die mit ihm verbundene Entwicklung einer „Solidarhaftung“ (E) zur Frage hin gespannt ist, ob der ESM „ein neues Paradigma an Solidarität in der EU“ sei (F), woran sich eine kurze Zusammenfassung und ein Ausblick anschließen (G).

Der Weg von der Subprime-Krise bis zum ESM, den der Verfasser als „neue Ordnung“ in der WWU begreift, mag weit gewesen sein; die EU hat ihn dennoch in Rekordzeit zurückgelegt. Pilz skizziert die Ursachen der Finanzkrise, und wie sie sich zur Schuldenkrise entwickelt hat, macht mit der herrschenden Auffassung Konstruktionschwächen der WWU für diese Staatsschuldenkrise verantwortlich, bemängelt vor allem politische Rücksichtnahme anstelle echter Konvergenzkontrolle. Ob eine solche mangels wirtschaftlicher Konvergenz Wirkung zeitigen kann und eine vereinheitlichte Fiskalpolitik überhaupt funktionsfähig gewesen wäre, wird nur angetippt. Im Lichte der Theorie optimaler Wirtschaftsräume wird die einheitliche Geldpolitik der EZB als „Katalysator der Krise“ identifiziert. Da die EZB von Vertrags wegen eine einheitliche Geldpolitik zu betreiben hat (und diesen Ansatz mit Programmen wie OMT schon sehr stark strapaziert), ist dies nicht als Vorwurf an die Bank aufzufassen. Gleichwohl erscheint die Bezeichnung „Katalysator“ etwas überzeichnet, denn letztlich waren ihre Aktionen nur einer von vielen Dominosteinen, zu der neben der Finanzmarktkrise die Griechenland-Vertrauenskrise und nicht zuletzt die fiskal- und investitionspolitischen Reaktionen vormaliger Hochzinsländer auf günstige Zinssätze gehören. Weder die Aufweichung des Stabilitäts- und Wirtschaftspakts durch die von – an ihrer Wirtschaftskraft gemessen – zu hohen Zinsen geplagten Länder Deutschland und Frankreich war unvermeidliches Geschick noch die hiermit zusammenhängende laxer Kontrolle der Verschuldung südeuropäischer Länder. Zügig durchstreift der Verfasser Griechenlandhilfen und EFSF/EFSM. Neue Ansätze der EZB beim Erwerb von Wertpapieren sieht er durchweg kritisch – der Einsatz von Mengentendern schade der Realwirtschaft, Billiganleihen würden durch künstliche Verknappung übermäßig attraktiv gemacht, Programme wie OMT (dessen selektiver Charakter stärker herausgestellt werden müsste) verwischten die Grenze zwischen Fiskal- und Geldpolitik. Statt die Kompetenzfrage zuzuspitzen, wendet sich Pilz Art. 123 und 125 AEUV zu und erklärt die Interventionen der EZB vor dem Hintergrund dieser Bestimmungen kurzerhand für unzulässig. Bei Erscheinen des Buches waren gerade die Schlussanträge des Generalanwalts zu OMT veröffentlicht worden, denen der EuGH später in wesentlichen Punkten folgte und dafür Widerspruch vom Bundesverfassungsgericht erntete, das einem Showdown mit dem Gerichtshof am Ende dann doch mit der Begründung auswich, ein Kompetenzverstoß der EZB (und des EuGH) sei jedenfalls nicht hinreichend qualifiziert. So berechtigt auch die Zweifel an der Vertragskonformität von Programmen wie OMT sind, die hier vorgenommene Reduktion wird der Komplexität der Debatte nicht ganz gerecht und bildet auch das Meinungsspektrum in Europa nicht ab. Breiteren Raum nehmen Ausführungen zur „Europäischen Wirtschaftsregierung“ ein, die sich lesen, als gäbe es sie bereits. In diesem Kontext werden, teils recht anschaulich, die Überformung des Stabilitäts- und Wachstumspakts durch das „Sixpack“ und neue Be-

wertungsmaßstäbe und die Verschärfung haushaltsrechtlicher Prüfung bei Mitgliedstaaten (Europäisches Semester/„Twopack“) beleuchtet. Auch hier sind rechtliche Schlüsse – wie Primärrechtswidrigkeit der Sanktionen, da nicht durch Art. 136 Abs. 1 AEUV gedeckt, schnell bei der Hand. Zur Europäischen Wirtschaftsregierung rechnet Pilz interessanterweise auch die EZB wegen ihrer Fähigkeit zu expansiver Geldpolitik – aber ob dies als Befund, als Desiderat oder als Warnung verstanden sein soll, wird nicht ganz klar. Aus juristischer Sicht jedenfalls darf die EZB weder gubernativ noch genuin wirtschaftspolitisch handeln.

Den ESM selbst verortet der Verfasser gemeinsam mit dem SKS-Vertrag und der entstehenden Bankenunion innerhalb einer im Entstehen begriffenen „Fiskalunion“, über deren Wesen und Eigenart man nur wenig erfährt. Freilich: Kann und darf es aber eine „Fiskalunion“ geben, wenn der Vertrag Fiskalpolitik den Mitgliedstaaten zuweist, und ist sie schon verwirklicht, wenn zur Verfolgung fiskalpolitischer Ziele auf völkerrechtliche Verträge (ESMV, SKSV, IGA) oder kompetenzrechtlich fragwürdige Sekundärrechtsbestimmungen (Bankenunion) ausgewichen wird? Im Anschluss an die Beschreibung aller dieser neuen Instrumente und ihrer Funktionsweise wird die Frage aufgeworfen (und in der Tendenz auch bejaht), ob die Fiskalunion als Element der politischen Union zu verstehen sei. Der positive Befund überrascht insoweit, als man die neuen fiskalpolitischen Elemente ebenso gut als Schritt in die Gegenrichtung verstehen könnte: als Rückwendung hin zu intergouvernementalen Mechanismen und damit als einen durch strengere materielle Standards nur kaschierten Systembruch. Dies scheint immerhin anzuklingen, wenn sich Pilz um Demokratiedefizite bei ESM oder SKSV sorgt, doch bleibt Maßstab hierfür nationales – eigentlich deutsches – Verfassungsrecht; Auswirkungen auf die Mitgesetzgeberschaft des Europäischen Parlaments (das erst im Ausblick am Ende des Buches zur Sprache kommt) geht er nicht nach. Kann Demokratiebedarf aber allein am Verhältnis zwischen der Union (und ihren Satelliten) und den Mitgliedstaaten bestimmt werden, wenn die Union bereits über ein direkt gewähltes Beschlussorgan verfügt?

Für den demokratietheoretischen Ansatz differenziert Pilz zwischen Input- und Output-orientierter Legitimation und ordnet den ESM mit einem von *H.-P. Ipsen* vor rund 45 Jahren zur Beschreibung der damaligen Europäischen Gemeinschaften gefundenen Topos funktional ein: als „Zweckverband funktionaler Integration“. Warum gerade dieser, heute nur noch wenig zitierte, Begriff zur Leitlinie erhoben wird, verrät Pilz nicht, aber er verbindet die Qualifikation (des ESM) als Zweckverband mit reduzierten Anforderungen an die demokratische Legitimation – allerdings ohne die für die EU selbst geltenden Standards nachzuzeichnen. Unter Rückgriff auf *Majone* wird auch erwogen, inwieweit technologischer Sachverstand unmittelbare Legitimation (gemeint sind wohl erstens parlamentarische Legitimation und zweitens ihr Mangel) kompensieren könne. Die EZB – ministerialer Kontrolle enthoben – als Referenzgröße heranzuziehen, wie dies im Buch geschieht, liegt nahe, doch unterscheidet sie sich vom ESM eben darin, dass es sich hier um eine Organisation, dort ein Organ handelt. Am Ende wird man dem Verfasser in seiner Ablehnung einer „Parlamentarisierung um jeden Preis“ zustimmen müssen; aber die zugrunde gelegte Vorstellung von Parlamentarismus ist, wie schon erwähnt, eine genuin nationale.

Solidarität ist, neben Demokratie, der andere zentrale Pfeiler der Betrachtung in diesem Buch. Die Gründungsverträge huldigen ihr mehr als ein Dutzendmal. Pilz setzt trotzdem zunächst induktiv an, lässt allerdings da und dort auch Europarechtler zu Wort kommen, wenn auch unter Verzicht auf normative Bezüge. Inwieweit Solidarität im modernen Verfassungsstaat, insbesondere im Bundesstaat, Verwirklichung findet, wird zunächst allgemein und sodann für ausgewählte föderale und quasi-föderale Systeme ausführlich dargelegt. Von hier aus wird eine Brücke zu ESM geschlagen. Ob er ein europäisches Pendant zu solchen föderalen Umverteilungsmechanismen bildet, fragt der Verfasser. Wenn aber die EU – und Pilz bestätigt dies – schon für sich genommen ein föderales Gebilde ist, darf die Frage eigentlich darüber hinausgehen und lauten, ob der ESM selbst ein föderaler Umverteilungsmechanismus ist. Bundesstaatlichen Vorbildern kommt er nach Ansicht des Verfassers indes nicht gleich; eher präsentiert er sich als „kleiner Bruder“ des Internationalen Währungsfonds. Mit Solidarität als Vertragsbegriff setzt Pilz sich – in Kapitel E über die Entwicklung einer Solidarhaftung – dann doch noch und sogar recht ausführlich auseinander, zeichnet ihre Ausprägungen und Facetten vom allgemeinen Diskriminierungsverbot über Migration bis hin zur Struktur- und Kohäsionspolitik und natürlich auch die solidarischen Einsprengsel innerhalb der Wirtschafts- und Währungsunion (Art. 122, 143 f. AEUV) in Theorie und Praxis nach. Damit ist der Boden für Abschnitt F bereitet, der nach einem möglichen neuen, mit dem ESM einhergehenden Solidaritätsparadigma fragt. Solidarität, hält Pilz fest, markiere in der Union ein gemeinsames Wertverständnis in der „Gesellschaft der Mitgliedstaaten“, unterliege aber ihrerseits dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Mitgliedstaaten aber benötigen, wo sie Solidarität üben sollen, keine Ermächtigung; nur die Union bedarf ihrer, wenn sie Solidarität einfordern soll. Solidarelemente, aber auch ihre Begrenzung durch Subsidiarität, sieht Pilz insbesondere in der Kohäsionspolitik verwirklicht und steht dieser auf bundesstaatlicher Ebene der „Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse“ nach Art. 72 Abs. 2 GG gegenüber.

Was ist der ESM also, wenn er es mit einem bundesstaatlichen Transfermechanismus nicht aufnehmen kann? Der Verfasser stellt als (leicht verqueren) Terminus „ein neues Paradigma an Solidarität in der EU“ in den Raum. Jedenfalls, so Pilz, würden die bestehenden Solidarelemente der Union durch einen politischen Solidarmechanismus mit dem Ziel der Finanzmarktstabilisierung überwölbt, und zwar auf Kosten der Subsidiarität. Für ihn stehen SKS-Vertrag und ESM-Vertrag jeweils emblematisch für das Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Solidarität. Die vielleicht klügste und wichtigste Erkenntnis des Buches zum ESM ist vielleicht diese: Die ESM-Staaten seien „bereit, die haushaltspolitischen Angelegenheiten anderer Staaten als eigene Angelegenheiten anzuerkennen.“ Ob mit dem ESM auch eine „Stabilitätskultur“ einzieht, wird abschließend untersucht. Eine solche – über die politisch-rechtliche Sphäre hinausgreifende – Kultur sieht Pilz als Voraussetzung für eine echte Solidargemeinschaft. Anreizkompatibilität (ein der Spieltheorie entlehnter, im Buch leider nicht weiter erläuteter Begriff) sei ihr zentrales Merkmal und werde durch die mögliche Aussicht auf einen Schuldenschnitt gefördert. Zur Erläuterung präsentiert der Verfasser ein Panoptikum aus Szenarien und Konzepten vom argentinischen Staatsbankrott von 2001/2002

(und, wie man heute weiß, ihre Wirkung doch teilweise verfehlten) über den griechischen Schuldenschnitt von 2011 bis hin zum Sovereign Debt Restructuring Mechanism (SDRM), den der IWF 2002 als finanzpolitische Vision präsentierte. Der ESM sei, verglichen mit dem SDRM, kein klassischer Resolvenzmechanismus, fördere aber die Resolvenz. Dass seine Reformauflagen als „Austeritätsmaßnahmen“ politisch wie juristisch Angriffen ausgesetzt sind und vielfach als sozialpolitisch destabilisierend qualifiziert werden, lässt der Verfasser nicht aus, verweist jedoch darauf, dass die Ursache von den betroffenen Mitgliedstaaten in der Regel selbst gesetzt sei und die Solidargemeinschaft erst zur Kasse gebeten werden solle, wenn auf nationaler Ebene keine Geldquellen mehr zu erschließen seien. Ob dieses „last resort“-Verständnis aber die Ratio des ESM-Vertrags exakt wiedergibt, dessen Stabilitätskultur durch Konditionalität weit mehr geprägt scheint als durch Subsidiarität, ist die Frage.

Ist der ESM nun also, wie der Untertitel des Werks suggeriert, eine „neue Stufe“ der europäischen Integration? „Neue Ordnung“ nennt ihn Pilz, an anderer Stelle „Integrationsverband“ und „Zweckverband funktionaler Integration“; ob er auch das Prädikat „Europäischer Solidaritätsmechanismus“ verdient, bleibt in der Schwebe. Mit Demokratie und Solidarität hat sich Pilz zentrale und in der Sache kontroverse Untersuchungsparameter zu eigen gemacht (in einer genuin juristischen Dissertation würden Grundrechte als dritter Aspekt hinzutreten) und ihre Facetten ausgelotet. Mitunter scheint sich die Betrachtung in der raschen Schnittfolge zu verlieren, nicht alle geöffneten Türen werden durchschritten und nicht alle wieder verschlossen. Das Streben nach vergleichenden Betrachtungen mündet hier und dort in nicht immer überzeugende Dreisatthaftigkeit, manche Parallelen – wie der Vergleich zwischen ESM und Krankenkasse – wirken zugleich pointiert und weit hergeholt. Speziell Letzteres gilt auch für den Vorschlag, Zwangselemente nach dem Muster des Art. 37 GG (Bundeszwang) in eine Fiskalunion einzubauen. Solch totem Recht dieser Art wohnt gewiss keine Anreizkompatibilität mehr inne.

Die Pilz'sche Perspektive auf den ESM ist alles in allem in der Tat eine staatswissenschaftliche, eine europawissenschaftliche ist sie nur zum Teil. Genuin europäische Muster der demokratischen Legitimation scheint der Verfasser nicht gelten lassen zu wollen, was auf Solidaritätskonzepte immerhin nicht in gleichem Maße zutrifft. Viele Aussagen des Buches inspirieren, nicht wenige reizen zum Widerspruch, hier und da wird auch der Nagel auf den Kopf getroffen. Die vollständige Entschlüsselung des ESM-Genoms aber, sie steht noch aus.

Jörn Axel Kämmerer

Barbara Sandfuchs: Privatheit wider Willen? Verhinderung informationeller Preisgabe im Internet nach deutschem und US-amerikanischem Verfassungsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, 287 S., EUR 64,-.

„Ask 100 people if they care (about privacy) and 85 will say yes. Ask those same people if they'll give you a DNA sample just to get a free Big Mac, and 85 will say yes.“ Mit diesen Worten hat der kanadische Privacy-Aktivist *Austin Hill* bereits im Jahre 2002 das sog. „Privacy-Paradox“ umschrieben, das inzwischen von zahlreichen empirischen Untersuchungen bestätigt wurde: „Privatheit“ erscheint den Allermeisten zwar abstrakt als wichtiges Gut, in der Abwägung mit anderen Gütern schlägt die Waage aber so gut wie immer zur anderen Seite aus. Wird Privatheit ausschließlich als individuelles Freiheitsrecht verstanden, deren Ausübung ihr einziges Ziel ist, mag dieser Befund unproblematisch sein. Sieht man Privatheit aber auch als gesellschaftlichen Wert und ihre Ausübung als potentielle Einschränkung der Rechte Dritter an, fragt sich: Ist es wirklich vernünftig, dem Einzelnen die uneingeschränkte Entscheidung darüber zu belassen, welche Informationen er preisgibt? Immerhin verrät der Einzelne in vielen Fällen nicht nur etwas über sich, sondern auch über Dritte und trägt zugleich dazu bei, die Achtung ihrer Privatsphäre als gesellschaftlichen Wert zu unterminieren.

Dieser Befund bildet den Ausgang der unter Betreuung von Prof. Dr. Gerrit Hornung im DFG-Graduiertenkolleg 1681 „Privatheit“ entstandenen und mit dem Wissenschaftspreis der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik ausgezeichneten Passauer Dissertation von *Barbara Sandfuchs*. Die Arbeit erörtert im Kern drei (aufeinander aufbauende) Fragen. *Erstens*: Darf (oder muss) die Freiheit des Einzelnen, Informationen über sich oder Dritte preiszugeben, zum Schutz seiner selbst, aber auch zum Schutz Dritter oder der Allgemeinheit eingeschränkt werden? Sofern von einer solchen Schutzpflicht (oder jedenfalls von einem „Schutzrecht“) des Staates ausgegangen wird, muss – *zweitens* – geklärt werden, wie weit der Staat dabei gehen darf. Hier kommt es erneut darauf an, ob „Privatheit“ lediglich die Autonomie des Einzelnen zum Inhalt hat (dann würden sich die staatlichen Schutzmaßnahmen als Eingriff erweisen) oder ob Privatheit nicht vielmehr – als Ausprägung von Menschenwürde – einen Status begründet, der gesichert, ausgestaltet und betätigt, aber eben auch geschützt werden kann (dann kann staatlicher Schutz Ausgestaltung, Voraussetzungsschutz u. a. sein). Daran schließt sich die *dritte* Frage an, nämlich welche regulatorischen Maßnahmen sich zum Schutz vor informationeller Preisgabe empfehlen.

Die *Verf.* geht diesen Fragen in rechtsvergleichender Perspektive nach. Den Untersuchungsgegenstand bilden dabei das deutsche wie das US-amerikanische Verfassungsrecht. Für den in Deutschland ausgebildeten Leser ist Letzteres schon allein deshalb von größtem Interesse, weil die einflussreichsten Internetdienstanbieter in den USA ansässig und daher an das dortige Recht gebunden sind. Zusätzliche Bedeutung für die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten erlangt das US-amerikanische Recht angesichts der gegenwärtigen Verhandlungen zum EU-US-Privacy-Shield, die in Folge des Safe-Harbor-Urteils des EuGH v. 6. 10. 2015 (Rs. C-362/14 – Schrems) notwendig wurden. Dass die vorliegende Arbeit das US-Recht dabei mit dem deutschen und nicht mit dem EU-Recht ver-

gleich, ist zwar angesichts jüngerer Urteile des EuGH (Vorratsdatenspeicherung, Google Spain, Schrems, Breyer) und der 2018 in Kraft tretenden Datenschutzgrundverordnung VO (EU) 2016/679 v. 29. 4. 2016 zwar zu bedauern. Die Vorgehensweise der *Verf.* erklärt sich aber wohl dadurch, dass es sich bei der Europäisierung des Privathetsschutzes um eine Entwicklung handelt, die bei der Konzeption der vorliegenden Dissertation nur begrenzt abzusehen war.

Verf. gliedert ihre Arbeit in insgesamt acht Kapitel. In der „Einleitung“ (*Kapitel 1*, S. 1–6) werden Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung dargelegt. *Kapitel 2* („Definition informationeller Preisgabe“, S. 7–19) dient primär der Klärung der die Untersuchung tragenden Begriffe. *Verf.* wendet sich dabei zunächst dem Begriff der Privatheit zu und unterscheidet im Anschluss an *Beate Rössler* (Der Wert des Privaten, 2001, S. 144 ff.) zwischen informationeller (d. h. den Zugang zu bestimmten Informationen betreffender), lokaler (d. h. den Zugang zu bestimmten Räumen betreffender) und dezisionaler (d. h. den Zugang zu bestimmten Entscheidungen betreffender) Privatheit. Ohne dies näher zu begründen konzentriert sich die Arbeit allein auf die informationelle Privatheit. *Verf.* versteht hierunter „die tatsächliche Möglichkeit der informationellen Selbstbestimmung“ (S. 10). „Informationelle Preisgabe“ wird sodann als „langfristige Aufgabe der eigenen informationellen Privatheit durch die Privatheitsträger selbst“ definiert. Die Ambivalenz der informationellen Preisgabe umschreibt *Verf.* zutreffend wie folgt (vgl. S. 7): „Jede Privatheitsaufgabe ist kurzfristig gesehen auch eine Privatheitsausübung.“ Sodann unterscheidet *Verf.* zwischen *expliziter* (z. B. Erstellung und Unterhaltung von Facebook-Profilen) und *implizier* informationeller Preisgabe (z. B. Nutzung internetbasierter Angebote und Anwendungen, insbesondere, wenn der Datenverarbeiter folgende Techniken einsetzt: heimliches Infiltrieren von IT-Systemen, Target Advertising, Tracking, Cookies Web-Bugs, Like-Buttons, Data Mining, Anwendung von Big Data-Technologie, Profiling etc.).

Ab seinem 3. *Kapitel* vergleicht die Arbeit das deutsche und US-amerikanische Verfassungsrecht in Bezug auf die eingangs gestellten Forschungsfragen. Gegenstand des mit „Gefährdete Rechtsgüter“ überschriebenen dritten Kapitels (S. 20–97) ist dabei im Wesentlichen die Frage, inwieweit informationelle Privatheit im deutschen (S. 52–70) und US-amerikanischen Verfassungsrecht (S. 70–92) geschützt ist. Diesen Ausführungen vorausgeschickt ist ein Abschnitt zu den faktischen Gefahren informationeller Preisgabe im Internet (S. 20–52), wobei *Verf.* zwischen Gefahren für *die Preisgebenden* (z. B. in Form von zielgerichteter Werbung, Selbstzensur und Chilling Effects bzw. Einschüchterungseffekten, S. 23 ff.) und für *Dritte* und *die Allgemeinheit* (S. 42 ff.) unterscheidet. *Verf.* sieht hier nicht nur die gesellschaftliche Entwicklung, sondern auch das Funktionieren der Demokratie gefährdet. Die Ausführungen zum deutschen Recht, die auch einige Bemerkungen zu den „europarechtlichen Einflüssen“ (Art. 8 EMRK, Art. 7 und 8 GRC) enthalten, ergeben dabei, dass informationelle Privatheit ausschließlich durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt sei. Hiermit schließt *Verf.* jedoch weitere und vor allem: speziellere Grundrechte, die üblicherweise zum Privatheitsschutz gezählt werden, ohne Begründung aus. Hierzu zählen etwa die Informations- und Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) oder das als „Privatheit auf Distanz“ bezeichnete (vgl.

Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 10 Rn. 14 ff.) Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG). Nach einer Zusammenfassung zentraler Urteile von BVerfG und EuGH gelangt *Verf.* zu dem Ergebnis, dass beide Gerichte in weitem Umfang bereit seien, Einschüchterungseffekte anzuerkennen und grundrechtliche Handhabe hiergegen bereitzustellen.

Diametral dazu stelle sich die Lage im US-amerikanischen Verfassungsrecht dar: Hier werde die informationelle Privatheit der Internetnutzer praktisch gar nicht geschützt. Zu diesem Ergebnis gelangt *Verf.* jedenfalls mit Blick auf den Vierten Zusatzartikel der US-amerikanischen Bundesverfassung und das „Recht, alleine gelassen zu werden“, das jedoch – wie *Verf.* zu Recht auf S. 73 feststellt – keinen „direkten verfassungsrechtlichen Niederschlag ... gefunden“ hat. Der gegen „unreasonable search and seizure“ schützende Vierte Zusatzartikel sei schlicht und ergreifend nicht einschlägig (S. 82). Den Internetnutzern stehe im US-amerikanischen Recht keine „Reasonable expectation of privacy“ im Sinne der US Supreme Court-Entscheidung in der Sache *Katz v United States* (1967) zu (vgl. S. 74). Dies folge aus der Anwendung der „Misplaced-Trust-Doktrin“ (S. 76 ff.), der „Plain-View-Doktrin“ (S. 78 ff.) und der „Third-Party-Doktrin“ (S. 78 ff.), deren Inhalt und Unterschiede *Verf.* offensichtlich als bekannt voraussetzt. Vor allem die „Third-Party-Doktrin“ schließe eine „reasonable expectation“ immer dann aus, wenn ein Datum einer dritten Person (z. B. einem Internetdienstanbieter) anvertraut wird (S. 93). *Verf.* wendet sich deshalb den sog. Due-Process-Klauseln des 5. und 14. Zusatzartikels der US-amerikanischen Bundesverfassung zu, die im Ergebnis aber ebenfalls keinen ausreichenden Schutz böten (S. 86 f.). Da bislang noch „in keinem Präzedenzfall festgestellt“ worden sei, „dass ein Recht, im Internet selbst bestimmen zu können, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Sachverhalte offenbart werden, dem Right to Informational Privacy zuzurechnen“ sei und die Third-Party-Doktrin nach herrschender Meinung auf informationelle Privatheit anwendbar sei, genieße diese im US-amerikanischen Verfassungsrecht praktisch keinen Schutz (S. 87, 92 ff.).

In ihrem 4. Kapitel (S. 98–115) widmet sich die Arbeit sodann der Frage, welche „Maßnahmen zur Verhinderung der Preisgabe“ ganz abstrakt möglich wären. Dazu zählt *Verf.* Maßnahmen des erzwungenen Schutzes (d. h. eine Verhinderung informationeller Preisgabe durch Verbot oder Technikgestaltung), der Unterstützung informationellen Selbstschutzes (durch konventionelle Unterrichtung, alternative Unterrichtsmethoden und technischen Selbstschutz), sog. Entscheidungsarchitekturen (wie z. B. Standardvorgaben, Anreize zum informationellen Selbstschutz oder der Erhöhung von Transaktionskosten und Wartezeit). Während die meisten dieser Maßnahmen durch deutsches Recht vorgeschrieben würden (S. 98), fehle es im US-amerikanischen Verfassungsrecht an einer entsprechenden Rückbindung. Leider machen die Ausführungen nicht ganz deutlich, in welchem Verhältnis die einzelnen Maßnahmen zueinander stehen und welche Maßnahme sich ggf. in welcher Rechtsordnung am besten eigne, um informationelle Preisgabe zu verhindern.

Das 5. Kapitel (S. 116–154) geht sodann der Frage nach einer „Pflicht zur Verhinderung der Preisgabe“ im deutschen und US-amerikanischen Verfassungsrecht nach. Dabei behandelt *Verf.* zunächst sehr ausführlich (S. 116–145) die

Schutzpflichten nach dem Grundgesetz. Mit Blick auf das US-amerikanische Verfassungsrecht (S. 145–154) stellt *Verf.* fest: „Anders als in Deutschland fungieren verfassungsmäßige Rechte in den Vereinigten Staaten nur als Abwehrrechte der Bürger gegen den Staat ... (...) Eine dogmatisch tief gehende Debatte um die Einführung von Schutzpflichten wird nicht geführt“ (S. 145). Eine Ausnahme stelle aber die sog. „State Action“ dar, die zwar eine Grundrechtsbindung für Beliehene vorsehe (S. 149 f.), aber erstens nicht auf private Internetdiensteanbieter angewendet werden könne (S. 151 ff.) und zweitens nicht mit den Schutzpflichten des GG vergleichbar sei. Daher sei nüchtern festzustellen (vgl. S. 152): „Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Verhinderung informationeller Preisgabe im Internet existiert in den Vereinigten Staaten nicht.“

Angesichts dieses eindeutigen Ergebnisses fragt die Arbeit in ihrem 6. Kapitel (S. 155–208), ob der US-amerikanische Staat (wenn schon nicht – wie der deutsche Staat – *verpflichtet*, dann doch) wenigstens *berechtigt* sei, informationelle Preisgabe von Internetnutzern zu verhindern und inwiefern die hierbei ergriffenen Schutzmaßnahmen nach Maßgabe des jeweiligen Verfassungsrechts gerechtfertigt seien. Bei der Darstellung des *deutschen* Rechts (S. 155–181) differenziert *Verf.* zwischen der Rechtfertigung des Schutzes „selbstbestimmt“ (S. 155–175) und „nichts selbstbestimmt Preisgebender“ (S. 175–176), sowie der Rechtfertigung aus Allgemeinwohlbelangen (S. 176–180). Eine „selbstbestimmte“ (d. h. eine absichtliche) Preisgabe dürfe vom deutschen Staat nur beschränkt werden, wenn er dabei das Prinzip des „schonensten Paternalismus“ (S. 163 m. w. N.) walten lasse. Danach sei die „Unterstützung informationellen Selbstschutzes ... regelmäßig ein milderes Mittel als Entscheidungsarchitekturen“ und letzte „wiederum ein milderes Mittel als erzwungener Schutz“ (S. 163 f. m. w. N.). Allerdings dienten „Maßnahmen zur Verhinderung selbstbestimmter informationeller Preisgabe ... keinem legitimen Zweck“ und seien „somit nicht gerechtfertigt“ (S. 169). Etwas anderes gelte hingegen „für Maßnahmen, die die Preisgabe nicht gänzlich verbieten, sondern die Selbstbestimmung der Preisgabe sichern, indem sie ihre Rahmenbedingungen regeln“ (S. 169). Der staatlicher Schutz „*nicht* selbstbestimmt Preisgebender“ vor sich selbst begründe hingegen mangels „Fähigkeit zur Selbstbestimmung“ bereits kein Eingriff und müsse folglich auch nicht gerechtfertigt werden (S. 175). Etwas anderes gelte nur, wenn „durch die staatliche Schutzmaßnahme in andere Grundrechte eingegriffen“ werde, was hier jedoch auszuschließen sei (S. 175). Zum Schutz von *Allgemeininteressen* seien staatliche Schutzmaßnahmen zulässig, wenn „das gefährdende Verhalten Interessen der Gesellschaft bedroht“ (S. 178). Die Abwägung der Rechte des Einzelnen und den Interessen der Gesellschaft müsse nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip erfolgen, wonach nur die Unterstützung informationellen Selbstschutzes und – mit Abstrichen – der Einsatz von Entscheidungsarchitekturen, nicht aber Maßnahmen erzwungenen Selbstschutzes zulässig seien (S. 179). Die Rechtfertigung eines etwaigen Rechts des *US-amerikanischen* Staates, (paternalistische) Schutzmaßnahmen zu ergreifen (S. 181–199), leitet *Verf.* aus der *Freedom of Speech* (1. Zusatzartikel der US-amerikanischen Bundesverfassung) her. Die US-amerikanische Rechtsprechung scheint der Einschränkung informationeller Preisgabe jedoch – vor allem mit Blick auf die hierdurch verbundenen Einschnitte in die Rechte der datenverarbeitenden

Stellen – kritisch gegenüberzustehen (S. 194 ff.). Jedenfalls Maßnahmen zur Unterstützung des informationellen Selbstschutzes könnten aber gerechtfertigt werden (S. 195). Auch der Einsatz von Entscheidungsarchitekturen sei in sehr begrenztem Umfang zulässig, während erzwungener Schutz selbstbestimmt Handelnder vor sich selbst nicht gerechtfertigt werden könne (S. 199). Etwas anderes gelte für den Schutz nicht selbstbestimmt Handelnder, wenn der erzwungene Schutz „nicht umfangreicher als erforderlich“ sei (S. 202). Zum Schutze von Allgemeininteressen sei dagegen nur die Unterstützung informationellen Selbstschutzes zulässig (S. 205). Als Ergebnis zu diesem Kapitel hält *Verf.* fest (S. 206): „Sollen selbstbestimmt Preisgebende vor sich selbst geschützt werden, dürfen in beiden Rechtsordnungen keine Maßnahmen ergriffen werden, es sei denn, sie dienen gerade der Herstellung oder Erhaltung der Selbstbestimmung. Zur Sicherung der Selbstbestimmung darf in Deutschland explizite und implizite Preisgabe verhindert werden, indem informationeller Selbstschutz unterstützt wird und, soweit erforderlich, Entscheidungsarchitekturen angewandt werden. (. . .)“ In den USA sei hingegen lediglich eine „Unterstützung informationellen Selbstschutzes und, soweit erforderlich, durch Entscheidungsarchitekturen von impliziter Preisgabe“ denkbar (S. 207). Diese Unterschiede ließen sich laut *Verf.* „auf drei Unterschiede im Grundrechtsverständnis zurückführen“ (S. 208), dass nämlich erstens der informationellen Privatheit und zweitens den Rechten der Betroffenen in Deutschland ein größerer Stellenwert als in den USA zukomme. Dagegen würden, drittens, die Rechte der datenverarbeitenden Stellen in den USA stärker geschützt als in Deutschland.

In dem sich nun anschließenden, mit „Ausblick“ überschriebenen *Kapitel 7* (S. 209–250) beleuchtet die Arbeit ihre Forschungsfragen aus (verhaltens-) ökonomischer Perspektive. Diese äußerst interessanten Ausführungen bilden zugleich den „ethischen Kern“ der Arbeit und hätten daher durchaus schon zu Beginn der Arbeit diskutiert werden können, um den rechtlichen Diskurs vorzustrukturieren und enger zu führen. Besonders anregend ist dabei die eingehende (S. 209–227) Auseinandersetzung mit dem Ansatz des sog. libertären Paternalismus (auch als „*Nudging*“ bekannt). Dabei handelt es sich um eine Form weicher Verhaltenssteuerung, die nicht mit Ge- oder Verboten, sondern der (Nicht-) Platzierung von Informationen arbeitet. Laut Vertretern dieses Ansatzes sollten „die Nutzer durch die Anwendung libertär paternalistischer Maßnahmen zur Beschränkung ihrer informationeller Preisgabe auf das Maß zu bewegen, das ihren rationalen Interessen entspricht“ (S. 209). Allerdings basiere das *Nudging* auf der Prämisse des rationalen Handelns aller Marktteilnehmer und des Versagens des Privatheitmarktes (etwa durch die Bildung von Monopolen oder dem Bestehen schwerwiegender Informationsasymmetrien). Da sich die faktische informationelle Preisgabe der Internetnutzer verhaltensökonomisch nicht immer rational erklären lasse (Stichwort: Privacy Paradox, auf das die Arbeit auf S. 215 ff. eingeht) seien „vorhersehbaren Rationalitätsdefiziten“ im Wege einer „Defizitkorrektur“, d. h. eines staatlichen Eingriffes im Falle eines Versagens des Privatheitmarktes (S. 221) entgegenzuwirken. Allerdings sei der „Übergang zwischen libertär paternalistischen Maßnahmen und einem erzwungenen Schutz . . . fließend“ (S. 223). *Verf.* selbst plädiert daher für einen sog. „partiellen informationellen Selbst-

schutz“ (S. 227 ff.), der „den Nutzern keine oder nur eine geringe Belastung auferlegt und sie zugleich in eine Richtung lenken soll“ (S. 223). Dieser Ansatz umfasse dabei die folgenden, in dieser Reihenfolge zu ergreifenden Maßnahmen (S. 228 ff.): Da ist zunächst die *Verhinderung nicht selbstbestimmter informationeller Preisgabe* (S. 228 ff.), bei welcher der Staat in Konstellationen tätig werden dürfe, die „zumindest den bösen Schein erwecken, dass es sich nicht wirklich um eine autonome Entscheidung handelt und heteronome Motive nicht ausgeschlossen werden können“ (S. 228 m. w. N.). Dazu führt *Verf.* aus (S. 228): „Dabei wäre es mit der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs unvereinbar, vor jeder informationellen Preisgabe individuell festzustellen, ob die jeweiligen Nutzer tatsächlich über Einsichtsfähigkeit und Wahlmöglichkeit verfügen. Ein solches System würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, wäre wirtschaftlich sinnlos und offenkundig nicht praktikabel.“ Ein weiteres Instrument des partiellen Selbstschutzes sei die *Verhinderung von die Allgemeinwohlbelange gefährdenden Preisgaben* (S. 231 ff.). Hier stehe dem Staat eine weite Einschätzungsprärogative zu – wengleich diese in den USA etwas geringer ausfalle als in Deutschland. Schließlich sei vom Konzept des partiellen Selbstschutzes die *Unterstützung informationellen Selbstschutzes* (S. 236 ff.) umfasst, die sich wiederum vor allem in wettbewerbsrechtlichen Formen vollziehe. Es gehe dabei also um die Verhinderung des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, eine regulierte Selbstregulierung und ihre Durchsetzung im Wege des Rechts des unlauteren Wettbewerbs, sowie um die Förderung der gestärkten Eigenverantwortung der Nutzer.

Die Arbeit endet mit einer kurzen „Schlussbetrachtung“, d. h. einer thesenartigen Zusammenfassung der vorherigen Kapitel (S. 251–257). Als Fazit der gesamten Arbeit hält *Verf.* fest: „Sollen die mit informationeller Preisgabe verbundenen Gefahren verhindert werden, ist es sachgerecht, den Bürgern in gewissen Situationen auch ‚Privatheit wider Willen‘ aufzuerlegen“ (S. 258). Hierfür biete sich das im 7. Kapitel entwickelte Konzept des informationellen Selbstschutzes an (S. 258).

Dieses Ergebnis ist angesichts des übersichtlichen Aufbaus und des klaren Stils der *Verf.* ebenso nachvollziehbar wie rechtspolitisch einleuchtend. Gleichwohl müssen an dieser Stelle einige kritische Einwände erhoben werden: So ist die von *Verf.* eingenommene Vergleichsperspektive allzu stark an der deutschen Rechtsdogmatik orientiert, deren Logik sich das US-amerikanische Verfassungsrecht gänzlich unterordnen muss. Doch auch für die deutsche Rechtsdogmatik hält die Arbeit kaum weiterführende Anregungen bereit, da sie sich weitgehend darauf beschränkt, die dogmatischen Konstruktionen zu benennen und zu „prüfen“, ohne die dahinter liegenden Erwägungen zu erklären. Dass etwa die staatliche Schutzpflicht eine spezifisch europäische Kategorie ist und im US-amerikanischen Recht nicht existiert, ist keineswegs überraschend (und hätte deshalb deutlich früher festgestellt werden können). Interessant wäre zu wissen, woran die Zurückhaltung des US-Rechts gegenüber dem Schutzpflicht-Konzept liegt. Auch lässt sich *Verf.* mitunter zu sehr von grundrechtsdogmatischen Einzelfragen ablenken, wodurch sie ihre Forschungsfragen etwas aus dem Blick verliert. Hier hätte sich der Leser eine stärkere Führung und eine deutlichere Darlegung der eigenen Argumentation gewünscht. Vor allem aber hätte die Arbeit enorm an Tiefe gewonnen,

wenn sie (idealerweise gleich zu Beginn) den Anschluss an andere Disziplinen gesucht hätte – und zwar gerade weil ihre Forschungsfragen auch dort bislang kaum diskutiert wurden. Was aber andere Wissenschaften (ganz generell und speziell im Internet-Zeitalter) unter „Privatheit“ verstehen und wie sich diese rechtlich einfangen lässt (gesellschaftliches Prinzip oder Individualrecht, Freiheitsrecht oder Status, Abwehr-, Leistungs- oder Teilhaberecht, etc.), wird von der Arbeit viel zu kurz erörtert. Zugleich verengt sich ihre Perspektive viel zu schnell auf die informationelle Privatheit, wodurch *Verf.* die Komplexität ihres Anliegens voreilig und zu Lasten vieler spannender Fragen reduziert. Diese Einwände sollen indes die Verdienste der Arbeit nicht schmälern: Sie hat wichtige Forschungsfragen aufgeworfen und auf gut nachvollziehbare Weise gezeigt, inwiefern sie von der deutschen und US-amerikanischen Grundrechtsdogmatik (nicht) beantwortet werden. Und sie hat dem Gesetzgeber den Boden für den Erlass geeigneter Maßnahmen bereitet. Eine wichtige Arbeit zur richtigen Zeit.

Johannes Eichenhofer

Anzeigen

Jürgen Bröhmer (Hrsg.): Europa und die Welt. Kolloquium zu aktuellen europa-, völker- und menschenrechtlichen Themen aus Anlass des 80. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Georg Ress, Nomos, Baden-Baden 2016, EUR 68,-.

Das hier publizierte Festkolloquium des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes gemeinsam mit der Law School der Murdoch University in Perth/Western Australia fand am 24. Januar 2015 mit Vorträgen der Schüler des Geehrten statt. Inhaltlich reichen die Vorträge vom allgemeinen Völkerrecht über das Europäische Verfassungsrecht und das Recht der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion bis zum Finanzrecht, dem Medienrecht und dem Klimawandel und bis zum Schutz der Menschenrechte.

In seiner Rede zum Abschluss des Kolloquiums sprach *Georg Ress* über den „Wandel völkerrechtlicher, europarechtlicher und menschenrechtlicher Probleme“. Die *europäische Integration* ist zuerst ein Weg, der uns vor kriegerischen Auseinandersetzungen und Aggressionen bewahrt. Die Europäische Menschenrechtskonvention ist eine epochale, herausragende Erscheinung, ungeachtet ihrer von Georg Ress beklagten begrenzten Durchsetzungskraft. Grundlage ist der „Europäische Konsens“ unter Wahrung eines „Kerns der nationalen Identität, dessen wesentliches Element die „Wahrung des Gemeinschaftsgedankens“ ist und bleiben muss. Notwendig ist eine intensive Ausarbeitung der „unverzichtbaren Strukturelemente“ der Europäischen Union.

Den größeren Teil der Vorträge nehmen Themen des europäischen Wirtschafts-, Finanz- und Medienrechts ein: *Stefan Weber*, Finanzdienstleistungen von

wenn sie (idealerweise gleich zu Beginn) den Anschluss an andere Disziplinen gesucht hätte – und zwar gerade weil ihre Forschungsfragen auch dort bislang kaum diskutiert wurden. Was aber andere Wissenschaften (ganz generell und speziell im Internet-Zeitalter) unter „Privatheit“ verstehen und wie sich diese rechtlich einfangen lässt (gesellschaftliches Prinzip oder Individualrecht, Freiheitsrecht oder Status, Abwehr-, Leistungs- oder Teilhaberecht, etc.), wird von der Arbeit viel zu kurz erörtert. Zugleich verengt sich ihre Perspektive viel zu schnell auf die informationelle Privatheit, wodurch *Verf.* die Komplexität ihres Anliegens voreilig und zu Lasten vieler spannender Fragen reduziert. Diese Einwände sollen indes die Verdienste der Arbeit nicht schmälern: Sie hat wichtige Forschungsfragen aufgeworfen und auf gut nachvollziehbare Weise gezeigt, inwiefern sie von der deutschen und US-amerikanischen Grundrechtsdogmatik (nicht) beantwortet werden. Und sie hat dem Gesetzgeber den Boden für den Erlass geeigneter Maßnahmen bereitet. Eine wichtige Arbeit zur richtigen Zeit.

Johannes Eichenhofer

Anzeigen

Jürgen Bröhmer (Hrsg.): Europa und die Welt. Kolloquium zu aktuellen europa-, völker- und menschenrechtlichen Themen aus Anlass des 80. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Georg Ress, Nomos, Baden-Baden 2016, EUR 68,-.

Das hier publizierte Festkolloquium des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes gemeinsam mit der Law School der Murdoch University in Perth/Western Australia fand am 24. Januar 2015 mit Vorträgen der Schüler des Geehrten statt. Inhaltlich reichen die Vorträge vom allgemeinen Völkerrecht über das Europäische Verfassungsrecht und das Recht der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion bis zum Finanzrecht, dem Medienrecht und dem Klimawandel und bis zum Schutz der Menschenrechte.

In seiner Rede zum Abschluss des Kolloquiums sprach *Georg Ress* über den „Wandel völkerrechtlicher, europarechtlicher und menschenrechtlicher Probleme“. Die *europäische Integration* ist zuerst ein Weg, der uns vor kriegerischen Auseinandersetzungen und Aggressionen bewahrt. Die Europäische Menschenrechtskonvention ist eine epochale, herausragende Erscheinung, ungeachtet ihrer von Georg Ress beklagten begrenzten Durchsetzungskraft. Grundlage ist der „Europäische Konsens“ unter Wahrung eines „Kerns der nationalen Identität, dessen wesentliches Element die „Wahrung des Gemeinschaftsgedankens“ ist und bleiben muss. Notwendig ist eine intensive Ausarbeitung der „unverzichtbaren Strukturelemente“ der Europäischen Union.

Den größeren Teil der Vorträge nehmen Themen des europäischen Wirtschafts-, Finanz- und Medienrechts ein: *Stefan Weber*, Finanzdienstleistungen von

Drittlandbanken in der Europäischen Union; *Sabine Altmeyer*, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht; *Ulrich Nußbaum*, Europäische Fiskalpaktvorgaben und nationale Finanzverfassung; *Jörg Ukrow*, Entwicklung des europäischen Medienrecht: zwischen Verfassungsrecht, Völkerrecht und Europarecht; *Roland Bieber*, Zur Zuständigkeit der Europäischen Union für den Abschluss von Abkommen über das Recht von Sendeunternehmen.

Die von *Georg Röss* lebhaft vor Augen gestellte Essenz und Rechtfertigung der Integration Europas findet in dem Beitrag von *Christian Callies*, Nach der Krise ist vor der Krise: Integrationsstand und Reformperspektiven der Europäischen Union (S. 73–97) eine nachdenkenswerte und weiterführende, auch kritische Betrachtung. Der Mangel der Europäischen Union, die Währungsunion nicht durch eine echte Wirtschafts- und Fiskalunion und schon gar nicht durch eine politische Union zu ergänzen, wird als „Konstruktionsfehler“ kritisiert. Es bedürfe weiterer „Integrationschritte“. Der dafür in Betracht kommende Weg des Rechts stößt – so *Callies* – auf die gewachsene Heterogenität der Mitgliedstaaten, die eine einheitliche Anwendung des Rechts in einer europäischen „Rechtsgemeinschaft“ trotz der geforderten „Unionstreue“ (Art. 4 Abs. 3 EUV) behindert. Über diese von *Callies* diagnostizierten praktischen und realistischen Schwierigkeiten hinaus wird die grundsätzliche verfassungspolitische Grenze in der nationalstaatlichen Volkssouveränität gesehen werden müssen. In der zunehmend zu Tage tretenden Krise im Euroraum kulminieren nach dem Urteil von *Callies* drei Fragen der europäischen Integration: die „Legitimitätsfrage“, die „Sozial-Frage“ und die „Kerneuropafrage“. Die Erfahrungen aus der Krise lehrten, dass die „Flankierung“ der Währungsunion im Wege einer „europäischen Überformung“ der nationalen Wirtschafts-, Fiskal- und Haushaltspolitiken erforderlich sei. Über die bisherigen Reformschritte, u. a. in dem Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung (Fiskalpakt) hinaus, bedürfe es institutioneller Reformen zur Ausgestaltung der europäischen „Stabilitätsgemeinschaft“ insbesondere durch einen Weg zu einer „Europäischen Wirtschaftsregierung“ als Teil der Europäischen Kommission, kontrolliert durch ein Parlament. Hinzu käme eine intensivierte Haushaltskontrolle mit „Durchgriffsrechten“ unter Beachtung des integrationsfesten Kerns des nationalen Budget- und Haushaltsrechts. *Callies* behandelt „neue Formen europäischer Solidarität“ und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen. Hinzutritt im Fortschreiten von der „Gemeinschaftsmethode“ zu einer „neuen Unionsmethode“, wie sie sich im Kontext der Finanz- und Schuldenkrise außerhalb des Vertragsrechts als rein intergouvernementale Form der Koordinierung der Staaten („intergouvernementales Europavölkerrecht“) entwickelt hat. Die politische und normative Kraft der Mitgliedstaaten geht bei diesem Konzept nicht in einer qualitativ neuen föderalen Union Europas auf, sondern wird vielmehr für die Entwicklung und den Erfolg der Staatenverbinding und der Integration Europas nutzbar gemacht.

Aktuelle Fragen des Völkerrechts kommen in den Beiträgen von *Joachim Wolf*, Probleme der Staatenachfolge in die deliktsrechtliche Staatenhaftung für Kriegsverbrechen, und *Pascal Hector*, Zur gerichtlichen Durchsetzung von Staatshaftungsansprüchen für Militäreinsätze nach Völkerrecht und deutschem Recht, zur Sprache. Die wohlfahrtsstaatliche Entgrenzung der Staatsaufgaben und die Gege-

benheiten und Erfordernisse der Entwicklung von Wirtschaft und Technik und die Digitalisierung der publizistischen und sozialen Medien überschreiten die Leistungsfähigkeit der staatlichen Rechtsgemeinschaft und eröffnen notwendig eine überstaatliche Wirkung der rechtsstaatlichen Freiheitsrechte und der demokratischen und sozialen Teilhaberechte im Europarecht und im Völkerrecht.

Die staatsübergreifende Wirkung der Menschenrechte kommt in den Abhandlungen von *Christine Langenfeld*, Staatsbürgerschaft und Bürgerrecht – Doppelte Staatsangehörigkeit (S. 153–174), und *Jürgen Bröhmer*, Klimawandel und Menschenrechte – einige kritische Bemerkungen (S. 175–195), zur Geltung. Ausgangspunkt von *Christine Langenfelds* Referat ist der erste Schritt zur Öffnung des deutschen Staatsangehörigkeitsrecht seit 1990 durch die Etablierung der „Anspruchseinbürgerung“ zugunsten seit langer Zeit hier lebender Einwanderer und junger, dauerhaft in Deutschland ansässiger Ausländer. Dann erfolgte 2000 der „Paradigmenwechsel“ im deutschen Staatsangehörigkeitsrecht dadurch, dass das *ius soli* neben das *ius sanguinis* als Grundlage für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit trat, verbunden mit einer grundsätzlichen Optionspflicht zur Vermeidung doppelter Staatsangehörigkeit. Das Prinzip der Vermeidung doppelter Staatsangehörigkeit gehört seitdem nach Gesetz und Praxis nicht mehr zu den Konstituenten des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts. Schließlich erfolgte 2014 die weitgehende Abschaffung der Optionspflicht für die hier geborenen Kinder von sesshaften Ausländern. *Christine Langenfeld* fragt, welche Bedeutung die Staatsangehörigkeit in einer Welt wachsender Migrationsströme und „mobiler Gesellschaften“ haben soll und wie Doppel- und Mehrfachstaatsangehörigkeiten in dieser neuen Welt zu beurteilen sind. Ist es ein „lebensfremder Purismus“ (Bundespräsident Gauck am 22. Mai 2014)? Das liegt in dem Maße nahe, als die Bindungskraft des *ius sanguinis* im Lebens- und Generationsverlauf nachlässt, sodass die elementare Bedeutung der Staatsangehörigkeit als „umfassender Ausdruck der Zugehörigkeit“ zu einem Staatsvolk nachlässt. Im internationalen Recht ist die Vermeidung von Mehrstaatigkeit im Gegensatz zu früher kein explizites Ziel mehr (siehe nur Art. 15 des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit vom 6. November 1997). Das Referat stößt auf eine grundsätzliche Perspektive. Auf universelle, oder auch nur europaweite Geltung angelegte Menschenrechte stoßen nicht nur auf die staatliche Hoheitsgewalt, sondern auch auf die demokratische Selbstbestimmung der staatlich verfassten Völker. Diese ist ihrerseits von rechtsstaatlicher Freiheit abhängig. Aus welchen Gründen halten wir weiterhin an der Staatsangehörigkeit als dem zentralen Ausdruck der Zugehörigkeit als Voraussetzung für die Zuerkennung voller politischer Rechte fest? Ist *Denizenship* eine Alternative oder Ergänzung zur Staatsangehörigkeit? Ein Mittelweg: Die Bedeutung der Staatsangehörigkeit für die Rechte der demokratischen Mitbestimmung sollte nicht preisgegeben, die Einbürgerung unter sachgerechten Voraussetzungen jedoch erleichtert werden.

Der Beitrag *Jürgen Bröhmers* analysiert die Menschenrechte als „potentiell umweltpolitisch relevante Normbefehle“. Die vielleicht im Entstehen begriffenen, vorerst eher politischen und moralischen „Menschenrechte der dritten Generation“ – „Solidaritätsrechte“ – sollen etwa als Recht auf Entwicklung, auf Frieden oder auf eine gesunde und ökologische Umwelt verstanden werden. Angesichts

des fehlenden Konsenses der internationalen Gemeinschaft sind die bisherigen Instrumente zum Klimaschutz weitgehend dem Bereich des „soft law“ zuzuordnen. Das Hauptproblem der Anwendung der Menschenrechte als Instrument des Klimaschutzes ist das Fehlen eines konkretisierbaren Zusammenhangs zwischen der vermeintlichen Schutzpflichtverletzung und einem dieser Verletzung zurechenbaren Erfolg. Die Unterlassung von hinreichenden Klimaschutzmaßnahmen durch die einzelnen Staaten kann ebenso wenig für menschenrechtlich erhebliche Schäden verantwortlich gemacht werden, wie unterbliebene Schäden ganz bestimmten ergriffenen Maßnahmen zugeordnet werden können.

Die Beiträge des hier besprochenen Kolloquiums sind eine weiterführende nicht zu übergehende Förderung grundsätzlicher und spezieller Themen und Konfliktfragen des europäischen und internationalen Rechts, ohne die elementare Grundlage überstaatlicher Regelungsbedürfnisse und Entwicklungen in der staatlich verfassten demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung aus dem Auge zu verlieren.

Peter Badura

Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.): *Verhältnismäßigkeit – Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, *Recht – Wissenschaft – Theorie*, Bd. 11, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, 311 S., EUR 59,-.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zählt zu den gegenwärtig attraktivsten und meist beachteten Forschungsgegenständen des öffentlichen Rechts. In verwaltungs- und verfassungsvergleichender, europarechtlicher und völkerrechtlicher Perspektive zeigen zahlreiche Aufsätze, Monographien und Sammelbände eine kontinuierliche Expansion der gestuften Zweck-Mittel-Relationierung in den Rechtsordnungen einzelner Staaten, im Recht der Europäischen Union sowie in den regionalen und sektoralen Teilrechtsordnungen des Völkerrechts. Demgegenüber abstrahiert der vorliegende Sammelband von der trans- und internationalen Diskursdifferenzierung und richtet den Blick auf die grundsätzliche Bedeutung für das deutsche (Verfassungs-)Recht. Das Buch denkt den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht in die Breite, sondern in die Tiefe. Ziel ist nicht, immer neue Anwendungsfelder des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erschließen, sondern Grundlegendes zu erforschen.

Der für den Band maßstabsetzende Beitrag stammt von *Oliver Lepsius* (S. 1 ff.). Er verdeutlicht unter anderem, dass der Adaption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Entscheidung zwischen grundrechtsdogmatischen Alternativen zugrunde liegt. Alternativ sei insbesondere an eine stärker schutzbereichsorientierte, fallgruppenbasierte Grundrechtsdogmatik zu denken. Allerdings gehe eine solche (vor allem am Verfassungsrecht der USA orientierte) Sichtweise wiederum mit Nachteilen eigener Art einher. Kehrseite einer genaueren Schutzbereichsbestimmung sei eine „unübersichtliche Kasuistik mit fallgruppenspezifischen Abgrenzungen von grundrechtlich geschütztem und nichtgeschütztem Verhalten“ (S. 4).

des fehlenden Konsenses der internationalen Gemeinschaft sind die bisherigen Instrumente zum Klimaschutz weitgehend dem Bereich des „soft law“ zuzuordnen. Das Hauptproblem der Anwendung der Menschenrechte als Instrument des Klimaschutzes ist das Fehlen eines konkretisierbaren Zusammenhangs zwischen der vermeintlichen Schutzpflichtverletzung und einem dieser Verletzung zurechenbaren Erfolg. Die Unterlassung von hinreichenden Klimaschutzmaßnahmen durch die einzelnen Staaten kann ebenso wenig für menschenrechtlich erhebliche Schäden verantwortlich gemacht werden, wie unterbliebene Schäden ganz bestimmten ergriffenen Maßnahmen zugeordnet werden können.

Die Beiträge des hier besprochenen Kolloquiums sind eine weiterführende nicht zu übergehende Förderung grundsätzlicher und spezieller Themen und Konfliktfragen des europäischen und internationalen Rechts, ohne die elementare Grundlage überstaatlicher Regelungsbedürfnisse und Entwicklungen in der staatlich verfassten demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung aus dem Auge zu verlieren.

Peter Badura

Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.): *Verhältnismäßigkeit – Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Recht – Wissenschaft – Theorie, Bd. 11, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, 311 S., EUR 59,-.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zählt zu den gegenwärtig attraktivsten und meist beachteten Forschungsgegenständen des öffentlichen Rechts. In verwaltungs- und verfassungsvergleichender, europarechtlicher und völkerrechtlicher Perspektive zeigen zahlreiche Aufsätze, Monographien und Sammelbände eine kontinuierliche Expansion der gestuften Zweck-Mittel-Relationierung in den Rechtsordnungen einzelner Staaten, im Recht der Europäischen Union sowie in den regionalen und sektoralen Teilrechtsordnungen des Völkerrechts. Demgegenüber abstrahiert der vorliegende Sammelband von der trans- und internationalen Diskursdifferenzierung und richtet den Blick auf die grundsätzliche Bedeutung für das deutsche (Verfassungs-)Recht. Das Buch denkt den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht in die Breite, sondern in die Tiefe. Ziel ist nicht, immer neue Anwendungsfelder des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erschließen, sondern Grundlegendes zu erforschen.

Der für den Band maßstabsetzende Beitrag stammt von *Oliver Lepsius* (S. 1 ff.). Er verdeutlicht unter anderem, dass der Adaption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Entscheidung zwischen grundrechtsdogmatischen Alternativen zugrunde liegt. Alternativ sei insbesondere an eine stärker schutzbereichsorientierte, fallgruppenbasierte Grundrechtsdogmatik zu denken. Allerdings gehe eine solche (vor allem am Verfassungsrecht der USA orientierte) Sichtweise wiederum mit Nachteilen eigener Art einher. Kehrseite einer genaueren Schutzbereichsbestimmung sei eine „unübersichtliche Kasuistik mit fallgruppenspezifischen Abgrenzungen von grundrechtlich geschütztem und nichtgeschütztem Verhalten“ (S. 4).

Die Überlegungen von *Lothar Michael* zum Verhältnismäßigkeitsprinzip als „Schlüssel(bund)konzept“ (S. 42 ff.) richten den Blick auf Grundfragen des Verhältnismäßigkeitsprinzips und betreffen die Universalität des Geltungsbereichs, den Gegenstand, die Bezugspunkte, die Struktur, die Kontrolldichte und die Rechtsfolgen bei Verneinung der Verhältnismäßigkeit betreffen. Dabei sieht Michael den Grund für den ungeklärten Status dieser Grundfragen in noch bestehenden Defiziten in der theoretischen und dogmatischen Aufarbeitung und Ausdifferenzierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. *Philipp Reimer* kontrastiert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als übergeordneten „Sammelbegriff“ mit den verschiedenen Teilelementen der gestuften Zweck-Mittel-Relation (S. 60 ff.). Er plädiert für eine verstärkte Beachtung der einzelnen Teilstufen um normative und theoretische Gehalte zu sichern, die ansonsten im „Sammelbegriff Verhältnismäßigkeit“ verloren zu gehen drohen. *Johannes Buchheim* analysiert die im Hinblick auf das Spannungsverhältnis von Recht und Politik besonders unter Druck stehende Prüfungsstufe der Angemessenheit und zeigt, dass das Bundesverfassungsgericht hier zu prozeduralen Lösungen tendiert (S. 77 ff.).

Von besonderer methodischer Innovationskraft ist der Beitrag von *Christoph Engel* zur Prüfungsstufe des legitimen Ziels in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts (S. 97 ff.). Engel führt die „quantitative Analyse“ in das Instrumentenarsenal des Verhältnismäßigkeitsdiskurses ein. Er bildet aus den elektronischen Fassungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2011 einen Grundbestand an Datenmaterial. Diesen untersucht er statistisch auf verschiedene Erkenntnisinteressen hin, so auf die Häufigkeit von Aussagen zum legitimen Ziel in Urteilen zu in der Sache erfolgreichen/nicht erfolgreichen Anträgen, im Hinblick auf die Geltendmachung spezifischer Grundrechte und die verfahrensgegenständlichen Kontexte, zur Art des legitimen Ziels und zu den Gründen für die Wahl des legitimen Ziels.

Auch der Beitrag von *Sebastian Seedorf* zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung (S. 129 ff.) erweitert den methodischen Zugriff. Neben interessanten Erwägungen zur Beziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG (S. 136 ff.) zeigt er Vorwirkungen auf das legislative Verfahren. Die Untersuchung der Begründungen von 90 Gesetzentwürfen in der 16. WP des Deutschen Bundestages zeigt, dass die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts bereits hier regelmäßig Beachtung finden (S. 152 ff.).

Hanno Kube bearbeitet sektoral die Problematik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Steuerrecht. Hier ist die praktische Wirksamkeit fraglich, denn der „konkrete Steuerzugriff auf das Vermögen des Einzelnen findet [...] in der Abstraktheit des allgemeinen Finanzierungsziels kein Maß (S. 182).“ Kube sieht jedoch im Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und dem Halbteilungsgrundsatz des Bundesverfassungsgerichts weiterhin strukturell sinnvolle bzw. alternativlose Maßstäbe, die als bereichsspezifische Ausprägungen bzw. funktionale Äquivalente angesehen werden können.

Weitere Beiträge erweitern die öffentlich-rechtliche Grundausrichtung des Bundes in intradisziplinärer Perspektive. *Ingke Goeckenjan* (S. 184 ff.) stellt aus strafrechtlicher Sicht die Frage: „Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Ver-

hältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?“ und beantwortet sie im Sinne der ersten Alternative. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeige sich, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip „... im Bereich des materiellen Strafrechts als Erkenntnisquelle noch überhaupt nicht ausgeschöpft“ sei (S. 209). Die zivilrechtlichen Beiträge beziehen konträre Standpunkte. *Lorenz Kähler* (S. 210 ff.) konstatiert zunächst die Anerkennung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch BGH („für das ganze Zivilrecht beherrschend“) und BAG („übergeordnetes Rechtsprinzip des Privatrechts“). Jedoch kritisiert Kähler den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als grundsätzliche Bedrohung privatrechtskonstituierender individueller Freiheit und folgert, dass „(p)aradoxerweise die Einführung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in das Privatrecht ihrerseits unverhältnismäßig und damit unzulässig wäre“ (S. 232). Demgegenüber betont *Peter Derleder* (S. 234 ff.) die Qualitäten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der sozialen Konturierung der Rechtsbeziehungen. Derleder sieht Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Garanten der sozialen Wirklichkeitsgrundierung des Privatrechts und plädiert demgemäß gegen eine Zurückdrängung der „zivilisatorischen Leistung“, die mit deren Anerkennung im Zivilrecht verbunden sei (S. 260).

Dietmar von der Pfordten stellt rechtsethische Betrachtungen zum Telos, zu den Rechtsgrundlagen und zu den einzelnen tradierten Prüfungsstufen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (legitimes Ziel, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) an. Er konzipiert das Verhältnismäßigkeitsdenken unter besonderer Betonung der Relationalität in handlungsphilosophischer Perspektive. In der Stufenanalyse gelangt von der Pfordten zu einer klaren Differenzierung: Die beiden typischerweise zunächst in den Blick genommenen Kriterien des legitimen Ziels und der Geeignetheit sieht von der Pfordten nach Funktionalität und Wirkungsrichtung als Prinzipien der einstufigen-monostrukturellen Rationalitäts-(Willkür-)kontrolle an (S. 274 f.). Demgegenüber seien erst Erforderlichkeit und Angemessenheit „eigentliche“ Verhältnismäßigkeitskriterien, da erst auf diesen Stufen eine Relationierung auf andere Rechtsgüter hin stattfinde. In der Konsequenz postuliert von der Pfordten, die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch begrifflich auf die beiden letztgenannten Prüfungsstufen zu beschränken (S. 274–275). *Andreas von Arnould* verortet den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der rechtstheoretischen Dichotomie der Herstellung und Darstellung von Entscheidungen (S. 276 ff.). Er rekonstruiert das Verhältnismäßigkeitsdenken als Begründungspraxis und schlägt die Brücke zu den rechtsphilosophischen Diskursen des Rechts auf Rechtfertigung und des Rechts auf Anerkennung.

Abschließend rückt *Matthias Jestaedt* (S. 293 ff.) das institutionelle Hauptproblem des heutigen Verhältnismäßigkeitsdiskurses in den Blickpunkt, das in der Beziehung zwischen verfassungsgerichtlicher Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung und demokratisch-parlamentarischem Gesetzgeber liegt. Er vertritt die These, dass wegen des notwendig kompromissorientierten Charakters der parlamentarischen Demokratie der ehemals „als Instrument der Bewältigung konkret-individueller Rechtsanwendungsfragen im Polizeirecht“ entstandene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „tendenziell oder wenigstens partiell blind für die Eigengesetzlichkeiten parlamentarischer Rechtserzeugung unter den Bedingungen parteipolitischer Konkurrenz“ sei (S. 300).

Mit den umrissenen Beiträgen realisiert der vorliegende Band auf grundlegende Weise den im Vorwort der Herausgeber dargelegten Anspruch, der „theoretischen Unterbilanz der Verhältnismäßigkeit als Rechtsgrundsatz“ zu begegnen. In der Vielzahl und Pluralität der methodischen Ansätze und Fragestellungen bietet der Band zugleich zahlreiche Anregungen für die zukünftige Verhältnismäßigkeitsforschung.

Johannes Saurer

Marion Eva Klepzig: Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell? Rechtswissenschaftliche Analyse der im Grundgesetz normierten Schuldenbremse unter Einbeziehung ökonomischer und polit-ökonomischer Aspekte. Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 1292, Duncker & Humblot, Berlin 2015, 406 S., EUR 89,90.

Die Untersuchung, eine von *Ute Sacksofsky* betreute Dissertation, bietet zunächst Überblicke über die wichtigsten ökonomischen Theorien zur Staatsverschuldung (1. Teil) sowie über Entstehung und Inhalte der als Ergebnis der sog. Föderalismusreform II im Jahr 2009 mit Art. 109, 109a, 115, 143d in das GG eingefügten Veränderungen und Ergänzungen (2. Teil). Um die „rechtliche Untersuchung“ dieser Veränderungen des GG geht es sodann im 3. Teil der Arbeit, insbesondere um deren Verfassungsmäßigkeit und deren Verhältnis zu den Schuldenregelungen der Länder sowie des Unions- und Völkerrechts. Dem folgt im 4. Teil eine ausführliche „kritische Bewertung“ der grundgesetzlichen Neuregelungen, die im 5. Teil durch Reformvorschläge abgerundet wird.

Einleitend übernimmt Verf. die verbreitete politökonomische Diagnose der Staatsverschuldung als „demokratische Krankheit“, um anschließend die im Zeitablauf wechselnden ökonomischen Theorien sowie die in diesem Zusammenhang inhaltlich vielfach variierenden Perspektiven und Ergebnisse zur Bewertung positiver und negativer Aspekte („Funktionen und Gefahren“) darzulegen. Dieser notwendig kursorisch, jedoch stets klar formulierte Durchgang durch die ökonomische sowie rechtswissenschaftliche Literatur zur grundsätzlichen (ökonomischen) Bewertung staatlicher Schuldenpolitik führt zu dem nicht überraschenden Schluss, dass weder zur „idealen“ Staatsschuldenpolitik, noch zur optimalen oder zur noch zulässigen Höhe der Staatsverschuldung allgemein konsentrierte ökonomische Erkenntnisse verfügbar sind. Trotz aller Kontroversen innerhalb der Ökonomik will Verf. jedoch zwei wesentliche, auch für die Rechtswissenschaft maßgebliche ökonomische Erkenntnisse festhalten: Angesichts der weitestgehend anerkannten Ambivalenz potentiell positiver und negativer Wirkungen der Staatsverschuldung sei jedenfalls einerseits ein generelles Verschuldungsverbot abzulehnen, andererseits aber bedürfe es „zwingend einer strikten Begrenzung der Staatsverschuldung auf ein unbedenkliches Ausmaß“ (S. 69).

Nach dieser Formulierung, verstanden als ökonomisch wohlbegründete Vorgabe für (verfassungs-)rechtliche Maßstäbe zulässiger staatlicher Schuldenpolitik, drängen sich schwierige Fragen auf: Wenn sichere Kenntnisse über ein „unbe-

Mit den umrissenen Beiträgen realisiert der vorliegende Band auf grundlegende Weise den im Vorwort der Herausgeber dargelegten Anspruch, der „theoretischen Unterbilanz der Verhältnismäßigkeit als Rechtsgrundsatz“ zu begegnen. In der Vielzahl und Pluralität der methodischen Ansätze und Fragestellungen bietet der Band zugleich zahlreiche Anregungen für die zukünftige Verhältnismäßigkeitsforschung.

Johannes Saurer

Marion Eva Klepzig: Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell? Rechtswissenschaftliche Analyse der im Grundgesetz normierten Schuldenbremse unter Einbeziehung ökonomischer und polit-ökonomischer Aspekte. Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 1292, Duncker & Humblot, Berlin 2015, 406 S., EUR 89,90.

Die Untersuchung, eine von *Ute Sacksofsky* betreute Dissertation, bietet zunächst Überblicke über die wichtigsten ökonomischen Theorien zur Staatsverschuldung (1. Teil) sowie über Entstehung und Inhalte der als Ergebnis der sog. Föderalismusreform II im Jahr 2009 mit Art. 109, 109a, 115, 143d in das GG eingefügten Veränderungen und Ergänzungen (2. Teil). Um die „rechtliche Untersuchung“ dieser Veränderungen des GG geht es sodann im 3. Teil der Arbeit, insbesondere um deren Verfassungsmäßigkeit und deren Verhältnis zu den Schuldenregelungen der Länder sowie des Unions- und Völkerrechts. Dem folgt im 4. Teil eine ausführliche „kritische Bewertung“ der grundgesetzlichen Neuregelungen, die im 5. Teil durch Reformvorschläge abgerundet wird.

Einleitend übernimmt Verf. die verbreitete politökonomische Diagnose der Staatsverschuldung als „demokratische Krankheit“, um anschließend die im Zeitablauf wechselnden ökonomischen Theorien sowie die in diesem Zusammenhang inhaltlich vielfach variierenden Perspektiven und Ergebnisse zur Bewertung positiver und negativer Aspekte („Funktionen und Gefahren“) darzulegen. Dieser notwendig kursorisch, jedoch stets klar formulierte Durchgang durch die ökonomische sowie rechtswissenschaftliche Literatur zur grundsätzlichen (ökonomischen) Bewertung staatlicher Schuldenpolitik führt zu dem nicht überraschenden Schluss, dass weder zur „idealen“ Staatsschuldenpolitik, noch zur optimalen oder zur noch zulässigen Höhe der Staatsverschuldung allgemein konsentrierte ökonomische Erkenntnisse verfügbar sind. Trotz aller Kontroversen innerhalb der Ökonomik will Verf. jedoch zwei wesentliche, auch für die Rechtswissenschaft maßgebliche ökonomische Erkenntnisse festhalten: Angesichts der weitestgehend anerkannten Ambivalenz potentiell positiver und negativer Wirkungen der Staatsverschuldung sei jedenfalls einerseits ein generelles Verschuldungsverbot abzulehnen, andererseits aber bedürfe es „zwingend einer strikten Begrenzung der Staatsverschuldung auf ein unbedenkliches Ausmaß“ (S. 69).

Nach dieser Formulierung, verstanden als ökonomisch wohlbegründete Vorgabe für (verfassungs-)rechtliche Maßstäbe zulässiger staatlicher Schuldenpolitik, drängen sich schwierige Fragen auf: Wenn sichere Kenntnisse über ein „unbe-

denkliches Ausmaß“ fehlen, wo soll dann die „strikte“ Grenze zu ziehen sein? Vor allem aber auch: Kann und soll es „zwingende“ Aufgabe der Verfassung sein, die „Unbedenklichkeit“ staatlicher Politik durch „strikte“ Regeln sicherzustellen? – Derartige Fragen werden allerdings nicht näher erörtert, wohl deshalb, weil die wesentlichen Konsequenzen, die Verf. aus dem Diskussionsstand der Ökonomen ableiten will, in einem weniger anspruchsvollen Sinn gemeint sein dürften: Wie auch die weitere Untersuchung, vor allem im 4. Teil nahelegt, geht es Verf. gerade nicht etwa um das engagierte Eintreten für verfassungsrechtlich möglichst strikte Schuldenbegrenzung, sondern darum, dass vor dem Hintergrund der bisherigen Einbahnstraße dynamisch immer stärker steigender Staatsverschuldung jedenfalls „vernünftige“ (S. 199) verfassungsrechtliche Begrenzungsregeln erforderlich sind, und dass diese Regeln so gestaltet sein müssen, dass sie, anders als das bis 2009 geltende Recht, reale Wirksamkeit entfalten können. Auf der Grundlage dieses Ausgangspunkts ist es dann auch einsichtig, wenn die zentrale „rechtspolitische“ Fragestellung (S. 125) zunächst noch zugunsten einer rechtsdogmatischen Aufbereitung der Rechtsmaterie aufgeschoben wird, um anschließend eine Bewertung der neuen Regeln als Erfolgsmodell nach allgemeinen Kriterien guter – fiskalischer – Gesetzgebung zu entwickeln.

Nach dem 2. Teil der Arbeit, der auf gut 50 Seiten einen kundigen, auch die inzwischen schon reichhaltige Literatur dokumentierenden Überblick über Entwicklung und Inhalte der schuldenrechtlichen Normenkomplexe bietet, begründet Verf. im 3. Teil die mit Blick auf Art. 79 III GG (Demokratie- und Bundesstaatsprinzip) nicht ganz unumstrittene Verfassungsmäßigkeit der grundgesetzlichen Neuregelungen, verneint eine verfassungsrechtliche Anpassungspflicht der Länder trotz Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit potentiell (zukünftig, ab 2020) abweichenden Landesrechts (zur Zulässigkeit struktureller Neuverschuldung) und erläutert schließlich den Komplex der unionsrechtlichen Schuldenbegrenzungsregeln (zum Stand 2014) in ihrem Verhältnis zum nationalen Recht mit dem der h. M. entsprechenden Ergebnis, dass das deutsche Recht insbesondere auch mit Blick auf die im Jahr 2013 (nur) auf der Ebene des Haushaltsgrundsatzgesetzes normierten Anpassungen unionsrechtlich unbedenklich sei.

Mit der Rückkehr zum Hauptthema der Arbeit im 4. Teil der Untersuchung (S. 191 ff.) entwickelt Verf. zunächst die Maßstäbe für eine kritische Bewertung der grundgesetzlichen Schuldenbremse. Nachdem das Modell des Schweizer Rechts als maßgebliches Vorbild mangels unmittelbarer Vergleichbarkeit der jeweiligen Rahmenbedingungen abgelehnt worden ist, greift Verf. zurück auf Kriterien, die im spezielleren finanzwissenschaftlichen und finanzpolitischen Zusammenhang entwickelt worden sind, die methodisch aber auch allgemein im Rahmen der sog. Gesetzgebungslehre oder unter dem Titel Governance thematisiert werden. Auch hierzu verzichtet Verf. auf theoretische Vertiefungen und übernimmt – als in der Literatur weithin anerkannt – den im Jahr 1998 im Rahmen einer vom Internationalen Währungsfonds herausgegebenen Reihe von den Autoren *George Kopits* und *Steven Symanski* publizierten Katalog von Anforderungen. Dabei geht es um die „idealen“ Eigenschaften fiskalischer Normen als „gut definiert“, „transparent“, „adäquat“, „konsistent“, „einfach“, „flexibel“, „durchsetzbar“ und „effizient“, an denen das geltende (Verfassungs-)recht der Schuldenbremse dann gemessen

wird. Verf. betont zwar selbst ausdrücklich, dass es sich bei diesen Anforderungen nicht um einen schlichten Katalog von Kriterien handelt, sondern um ein „komplexes und vielschichtiges Netz von acht zentralen Knotenpunkten“ (S. 203), prüft dann aber doch, in recht nüchterner juristischer Manier, gleichsam Tatbestand für Tatbestand, ob und wieweit die Normen zur Schuldenbremse subsumiert werden können. Die danach im Einzelnen mit sorgfältiger und differenzierter Argumentation begründeten Defizite des geltenden Rechts führen schließlich im 5. Teil der Arbeit zu korrespondierenden Reformvorschlägen.

Insgesamt fügt die Untersuchung von *Marion Eva Klepzig* der vielstimmigen Kritik an den derzeit geltenden grundgesetzlichen Regelungen zur Begrenzung der Staatsverschuldung¹ eine weitere, als präzise Analyse handwerklich fundierte Facette hinzu, die sich durch das dezidierte Bemühen um rechtswissenschaftliche „Objektivität“ auszeichnet. Ob dieses Ziel erreicht worden ist, oder auch nur erreicht werden kann, mag der an Studien im Grenzbereich von Ökonomik und Rechtswissenschaft interessierte Leser entscheiden.

Lerke Osterloh

Nadine Ruppel: Finanzdienstleistungsaufsicht in der Europäischen Union, Jus Internationale et Europaeum, Bd. 100, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, 320 S., EUR 69,-.

Die in der vergangenen Dekade aufziehende Bankenkrise, die sich in einer europäischen Staatsschuldenkrise fortsetzte, offenbarte nicht nur materielle Aufsichtslücken, sondern auch ein institutionelles Aufsichtsversagen. Seither wurden auf internationaler und europäischer Ebene weitere Finanzmarktakteure wie der Schattenbankensektor sukzessive in den Aufsichtsrahmen einbezogen, vor allem aber auch die europäische Aufsichtsarchitektur radikal umgestaltet. In einem ersten Takt wurden drei sektorenspezifische Agenturen für den Wertpapierhandel, den Banken- und den Versicherungsbereich (ESMA, EBA und EIOPA) und ein für die makroprudentielle Aufsicht zuständiger Systemrisikoausschuss (ESRB) errichtet. Die gemeinsam mit den nationalen Aufsichtsbehörden gebildete Netzwerkstruktur namens ESFS erfuhr wenige Jahre später für den Bankensektor eine einschneidende Ergänzung durch den Einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus (SSM), der die Europäische Zentralbank zur unmittelbaren Aufsichtsbehörde für die bedeutenden Kreditinstitute der Eurozone machte.

¹ Vgl. dazu nur in dieser Zeitschrift etwa *F. Ekardt/D. Buscher*, Staatsschuldenrecht, Finanzkrise und Nachhaltigkeit. Eine kritische Analyse der neuen Schuldenbremse und ihres Bezugs zur Eurokrise, AöR 137 (2012), S. 42 ff.; *H. Kube*, Bespr. von *Ch. Ryczewski*, Die Schuldenbremse im Grundgesetz. Untersuchung zur nachhaltigen Begrenzung der Staatsverschuldung unter polit-ökonomischen und bundesstaatlichen Gesichtspunkten, AöR 137 (2012), S. 252 ff.; *L. Osterloh*, Bespr. von *Maxi Koemm*, Eine Bremse für die Staatsverschuldung? Verfassungsmäßigkeit und Justitiabilität des neuen Staatsschuldenrechts, AöR 138 (2013), S. 636 ff.

wird. Verf. betont zwar selbst ausdrücklich, dass es sich bei diesen Anforderungen nicht um einen schlichten Katalog von Kriterien handelt, sondern um ein „komplexes und vielschichtiges Netz von acht zentralen Knotenpunkten“ (S. 203), prüft dann aber doch, in recht nüchterner juristischer Manier, gleichsam Tatbestand für Tatbestand, ob und wieweit die Normen zur Schuldenbremse subsumiert werden können. Die danach im Einzelnen mit sorgfältiger und differenzierter Argumentation begründeten Defizite des geltenden Rechts führen schließlich im 5. Teil der Arbeit zu korrespondierenden Reformvorschlägen.

Insgesamt fügt die Untersuchung von *Marion Eva Klepzig* der vielstimmigen Kritik an den derzeit geltenden grundgesetzlichen Regelungen zur Begrenzung der Staatsverschuldung¹ eine weitere, als präzise Analyse handwerklich fundierte Facette hinzu, die sich durch das dezidierte Bemühen um rechtswissenschaftliche „Objektivität“ auszeichnet. Ob dieses Ziel erreicht worden ist, oder auch nur erreicht werden kann, mag der an Studien im Grenzbereich von Ökonomik und Rechtswissenschaft interessierte Leser entscheiden.

Lerke Osterloh

Nadine Ruppel: Finanzdienstleistungsaufsicht in der Europäischen Union, Jus Internationale et Europaeum, Bd. 100, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, 320 S., EUR 69,-.

Die in der vergangenen Dekade aufziehende Bankenkrise, die sich in einer europäischen Staatsschuldenkrise fortsetzte, offenbarte nicht nur materielle Aufsichtslücken, sondern auch ein institutionelles Aufsichtsversagen. Seither wurden auf internationaler und europäischer Ebene weitere Finanzmarktakteure wie der Schattenbankensektor sukzessive in den Aufsichtsrahmen einbezogen, vor allem aber auch die europäische Aufsichtsarchitektur radikal umgestaltet. In einem ersten Takt wurden drei sektorenspezifische Agenturen für den Wertpapierhandel, den Banken- und den Versicherungsbereich (ESMA, EBA und EIOPA) und ein für die makroprudentielle Aufsicht zuständiger Systemrisikoausschuss (ESRB) errichtet. Die gemeinsam mit den nationalen Aufsichtsbehörden gebildete Netzwerkstruktur namens ESFS erfuhr wenige Jahre später für den Bankensektor eine einschneidende Ergänzung durch den Einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus (SSM), der die Europäische Zentralbank zur unmittelbaren Aufsichtsbehörde für die bedeutenden Kreditinstitute der Eurozone machte.

¹ Vgl. dazu nur in dieser Zeitschrift etwa *F. Ekardt/D. Buscher*, Staatsschuldenrecht, Finanzkrise und Nachhaltigkeit. Eine kritische Analyse der neuen Schuldenbremse und ihres Bezugs zur Eurokrise, AöR 137 (2012), S. 42 ff.; *H. Kube*, Bespr. von *Ch. Ryczewski*, Die Schuldenbremse im Grundgesetz. Untersuchung zur nachhaltigen Begrenzung der Staatsverschuldung unter polit-ökonomischen und bundesstaatlichen Gesichtspunkten, AöR 137 (2012), S. 252 ff.; *L. Osterloh*, Bespr. von *Maxi Koemm*, Eine Bremse für die Staatsverschuldung? Verfassungsmäßigkeit und Justitiabilität des neuen Staatsschuldenrechts, AöR 138 (2013), S. 636 ff.

Die Wirksamkeit und Effizienz der institutionellen Arrangements bilden das Erkenntnisinteresse des anzuzeigenden Werks. Es wurde im Winter 2012/13 von der Universität Gießen als juristische Dissertation angenommen, für die Veröffentlichung im Jahr 2015 indes grundlegend ergänzt und aktualisiert, um der fortschreitenden Entwicklung zu einer Bankenunion Rechnung zu tragen. Ein Schwerpunkt der Arbeit liegt auf der kritischen Analyse des abgestuften *Lamfalussy*-Verfahrens der Rechtsetzung, das schon vor den institutionellen Reformen praktiziert wurde und nunmehr in den Regulierungsarbeiten der drei Aufsichtsagenturen eine modifizierte Fortsetzung findet (S. 45 ff.). Zu Recht beurteilt die Autorin die Rechtsetzung als übermäßig komplex und zeitintensiv (S. 118 ff.), begrüßt aber die in den untergesetzlichen Verfahren verwirklichte Beteiligung von Experten und Interessengruppen (S. 155 ff.). Die nunmehrige unmittelbare Beaufsichtigung der bedeutenden Kreditinstitute durch die EZB wird von der Autorin sehr kritisch gesehen. Ruppel bezweifelt in Übereinstimmung mit nicht wenigen Stimmen im Schrifttum,¹ dass der Union mit Art. 127 Abs. 6 AEUV eine ausreichende Kompetenzgrundlage für die weitgehende Aufgabenübertragung zur Seite stand, die zudem wegen ihrer Beschränkung auf die Beaufsichtigung des Bankensektors eine von ihr präferierte sektorenübergreifende Allfinanzaufsicht verbaut, und weist schließlich auch auf den inhärenten Interessenkonflikt im Hinblick auf das geldpolitische Mandat der EZB hin (S. 268 ff.). Die Autorin schlägt auf der Grundlage ihrer Ergebnisse zur Effektivität und Effizienz des Aufsichtsdesigns vor, im Wege einer Vertragsänderung eine integrierte europäische Finanzaufsichtsbehörde zu schaffen, die allerdings nur gegenüber den grenzüberschreitenden Finanzdienstleistern mit Vollzugsbefugnissen ausgestattet sein soll (S. 288 ff.).

Untersuchungen zum Finanzmarktaufsichtsrecht können regelmäßig nur Momentaufnahmen abbilden. Auch dieses Dissertationsvorhaben wurde in gewisser Weise Opfer der hohen Schlagzahl an europäischen Regulierungsvorhaben im Finanzmarktsektor. Dies zeigt sich zum einen darin, dass die Ausführungen zur Bankenunion „angeflickt“ wirken. So werden die problematischen institutionellen Verschränkungen zwischen dem ESFS und dem SSM, durch die etwa die EZB zur Empfängerin von Weisungen der EBA werden kann, überhaupt nicht angesprochen.² Auch wurde die Literatur, die seit 2013 zu den Rechtsfragen der Bankenunion erschien, nicht ausgewertet. Dies gilt allerdings leider auch für die Passagen, die sich den institutionellen Fragen der schon im Jahr 2011 entstandenen Aufsichtsagenturen widmen, die neben zahlreichen Zeitschriftenbeiträgen auch monographische Arbeiten hervorgebracht hatten.³ Die Lektüre der Arbeit und die

¹ Siehe nur *Herdegen*, WM 2012, 1889/1891 f.; *Kämmerer*, NVwZ 2013, 830/832 ff.; *Sacarcelik*, BKR 2013, 353/355 f.; *Waldboff/Dieterich*, EWS 2013, 72/75; *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2014, 2, 6; *Peters*, WM 2014, 396/399; großzügiger hingegen *Ruthig*, ZHR 178 (2014), 443/452; *Schuster*, EuZW-Beilage 1/2014, 3; *Thiele*, GewArch 2015, 111/116; mit Bedenken auch *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 22.

² Dazu etwa *Gurlit*, ZHR 177 (2013), 862/887; aus jüngerer Zeit *Michel*, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, 2015, S. 249/269.

³ Insbesondere *Kohtamäki*, Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union, Tübingen 2012.

ihr zugrunde gelegten vergleichsweise alten wissenschaftlichen Erkenntnisquellen erwecken den Eindruck, dass der Autorin vor allem die Rekonstruktion der seit der Jahrtausendwende geführten Diskussion um das angemessene Aufsichtsdesign für den Finanzdienstleistungssektor am Herzen lag und sie bei diesem Vorhaben von den aktuelleren Entwicklungen eher gestört wurde. Auch wenn hierdurch der Wert der Schrift beeinträchtigt wird, so ist der Autorin zugute zu halten, dass sie bei ihrem Ringen um die künftige Aufsichtsarchitektur einen Treffer gelandet hat: Jüngste Ideen der Europäischen Union gehen dahin, jedenfalls die EBA und die EIOPA zusammenzulegen und hierdurch einen Beitrag zu einer integrierten Finanzmarktregulierung und -aufsicht zu leisten, wie sie in ähnlicher Weise der Verfasserin vorschwebt.

Elke Gurlit