



Marx_R_2015

Die Krise des europäischen Flüchtlingsrechts

Reinhard Marx

„Die Krise des europäischen Flüchtlingsrechts“, in: *Fromm Forum* (Deutsche Ausgabe – ISBN 1437-0956), 19 / 2015, Tübingen (Selbstverlag), S. 15-26.

Copyright © 2015 by Reinhard Marx, Frankfurt am Main. Abdruck aus Markus Krajewski, Matthias Reuß und Tarik Tabarra (Hg.), *Gesellschaftliche Herausforderungen des Rechts – Gedächtnisschrift für Helmut Rittstieg*, Baden-Baden (Nomos) 2015.

I. Problemaufriss

Das europäische Asyl- und Flüchtlingsrecht steckt in einer tiefgreifenden Krise, deren Beginn bereits mit der Geburt des europäischen Asylsystems zusammenfiel. Selbst die Verteidiger dieses Systems können die hierfür maßgebenden Tatsachen nicht überzeugend bestreiten: Der Weg der Flüchtlinge nach Europa ist lebensgefährlich geworden. In den Grenzstaaten bleiben die Aufnahmebedingungen weit unterhalb der vereinbarten Normen, teilweise brechen die nationalen Asylsysteme zusammen. Allenfalls über das Ausmaß des Zusammenbruchs herrscht Streit, insbesondere ob er „systemisch“ bedingt ist oder ob die Metastasen noch eingedämmt werden können. Die Flüchtlinge werden überwiegend oder doch häufig in entfernten Randzonen Europas weitab von ihren Familien und ethnischen und kulturellen Gemeinschaften festgehalten und sind dort häufig feindseligen Haltungen und gewalttätigen Angriffen aus der Bevölkerung schutzlos ausgesetzt. Die irreguläre Weiterwanderung der dort in Quarantäne gehaltenen Flüchtlinge innerhalb der Union ist die Folge. Kriminalisierung und Inhaftierung der Flüchtlinge in vielen Mitgliedstaaten werden deshalb zur Norm. Rechtsextremistische und nationalistische Bewegungen, die durch die Eurokrise und Asylkrise hochgespült werden, bedrohen Demokratie, Menschenrechte, die Sicherheit der Flüchtlinge und das Konzept des Rechtsstaats. Die Bemühungen der Mitgliedstaaten und der Union, diesen schwerwiegenden und sich stetig verschärfenden Gefahren entgegenzuwirken, bleiben weitgehend erfolglos. Zu unerschütterlich ist die offizielle Gewissheit, dass die überkommenen Methoden und Konzepte richtig sind und bei genügender Anstrengung aller Beteiligten die Störungen behoben werden können, während die Kritiker des europäischen Asylsystems gerade diese Methoden und Konzepte als strukturelle Ursachen der Krise identifizieren.

Dass das europäische Asylrecht in einer schwerwiegenden Krise steckt, kann also kaum bezweifelt werden. Andererseits hat Europa seine Zurückhaltung bei der Bereithaltung von Aufnahmeprogrammen für Flüchtlinge, zunächst für die aus dem Irak und derzeit für Flüchtlinge aus Syrien überwunden. Die Kriege im Irak und in Syrien vor den Toren Europas haben ein Umdenken bewirkt. Insbesondere die Bundesrepublik nimmt gemessen an den Beiträgen anderer europäischer Staaten im überdurchschnittlichen Umfang Flüchtlinge auf. Hierbei handelt es sich um politisch erwünschte humanitäre Zuwanderung, also um eine Zuwanderung, die politisch reguliert werden kann und deshalb nicht die Furcht vor dem Verlust der nationalstaatlichen Einwanderungskon-



trolle durch irreguläre Zuwanderung befeuert. Anders ist dies hingegen bei den spontan und in aller Regel irregulär zuwandernden Flüchtlingen. Hier entwickelte sich mit der Einheitlichen Europäischen Akte 1987 eine Krise, die mittlerweile die Integration der Europäischen Union selbst zu beschädigen droht.

Zwei Überlegungen sollen das Verständnis für diese Entwicklung erleichtern. Die erste Überlegung zielt auf die *europäische Integration*: In den 1970er und 1980er Jahren entschieden die europäischen Staaten allein nach ihren nationalstaatlichen Interessen über die Aufnahme von spontan einreisenden Flüchtlingen. War der Asylsuchende über ein nichteuropäisches Land oder europäisches Nachbarland eingereist, wurde nach Möglichkeit versucht, ihn in eines der Transitländer abzuschieben. So handhabten es alle europäischen Staaten, auch die Bundesrepublik Deutschland, obwohl sie mit Art. 16 Abs. 2 Satz 2 ihres Grundgesetzes politisch Verfolgten Aufnahme versprach. Die Rechtsprechung hatte bereits vor dem Asylkompromiss von 1993 die erforderliche Rechtsdogmatik entwickelt,¹ damit die Bundesrepublik an diesem gesamt-europäischen Abdrängungsprozess der Flüchtlinge teilnehmen konnte. Das Ergebnis war der „*refugee in orbit*“, der Flüchtlinge auf der Umlaufbahn, deren Reise irgendwann im Herkunftsland enden konnte, ohne dass zuvor irgendein Staat seinen Asylantrag geprüft hätte. An diesem Prozess der Verletzung des völkerrechtlichen Refoulementverbotes waren viele Staaten beteiligt, ohne dass ein einzelner Staat hierfür rechtlich verantwortlich gemacht werden konnte. Das Völkerrecht konnte dieser Gefahr nicht wirksam vorbeugen, weil die 1951 verabschiedete Genfer Flüchtlingskonvention auf dem *Prinzip der einzelstaatlichen Verantwortlichkeit* beruht. Art. 33 der Konvention verbietet die zwangsweise Verbringung des Flüchtlings ins Herkunftsland, gewährt jedoch keinen Aufnahmeanspruch und erlaubt deshalb die Verdrängung der Flüchtlinge in andere Staaten, insbesondere in Nachbarstaaten. Mit der Entscheidung für den gemeinsamen Binnenmarkt konnte die Gemeinschaft dieser Entwicklung nicht mehr tatenlos zusehen. Die effektive Kontrolle der nationalstaatlichen Außengrenzen allein konnte die unkontrollierte Zuwanderung in die Gemeinschaft nicht verhindern. Vielmehr standen nunmehr die gemeinsamen Außengrenzen der Gemeinschaft auf der politischen Agenda. Waren Asylsuchende erst einmal innerhalb der Gemeinschaft, konnten sie zwar weiterhin an den nationalstaatlichen Grenzen abgewehrt werden, wenn sie weiterreisten. Das berührte jedoch die Interessen der Nachbarstaaten und damit auch die gemeinsamen Interessen der Gemeinschaft. Die *Kontrolle der gemeinsamen Außengrenzen* und der *Binnenwanderung* der Flüchtlinge wurde also eine gemeinschaftliche Aufgabe. Mit der Entscheidung für die politische Integration war und ist also die Flüchtlingsfrage unabdingbar verbunden.

Die zweite Überlegung knüpft an diese Erkenntnis an: Seit Mitte der 1980er Jahre treiben die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft ein unwürdiges Spiel mit der Flüchtlingsfrage. Für die europäische Öffentlichkeit inszenierten die politisch Verantwortlichen ein Bedrohungsszenario zur Legitimationsbeschaffung. Danach war die Gemeinschaft durch unkontrollierte Zuwanderung in ihrem Bestand bedroht. Seitdem steht die wirk-same *Bekämpfung der illegalen Einreise* ganz oben auf der Agenda der Gemeinschaft. Dass sich unter den „illegal“ Einreisenden schutzbedürftige Personen befanden, wurde nicht kommuniziert. Der Zugang nach Europa kann aufgrund der zunehmend wirksamer werdenden Kontrollen der europäischen Außengrenzen und der Vorverlegung der

¹ BVerwGE 49, S. 202 (204 f.) = EZAR 201 Nr. 2 = NJW 1976, 490.



Grenzkontrollen auf die hohe See und an die nordafrikanischen Transitstaaten heran fast nur noch illegal bewerkstelligt werden. Politischer Diskurs und Abschottung der Union bedingen einander: Je stärker der politische Fokus im Diskurs auf die Bekämpfung der illegalen Einwanderung gelegt wird, desto stärker wächst die Angst in der Öffentlichkeit vor einer nicht mehr kontrollierbaren unregelmäßigen Zuwanderung. Dies wiederum erzeugt letztlich sich ständig selbst schaffenden politischen Handlungsdruck mit dem Ergebnis der weiteren Verschärfung der Außenkontrollen. Die Folgen dieses Prozesses werden im massenhaften Sterben auf dem Mittelmeer offenkundig. Auf der Strecke bleibt nicht nur das Flüchtlingsrecht, sondern der gesamte Wertekanon, der die europäische Entwicklung seit der Aufklärung prägt.

Irreguläre Zuwanderung und Völkerrecht gehören unauflöslich zusammen. Für die Aufnahmeprogramme braucht es keinen völkerrechtlichen Rechtsrahmen zum Schutze der Betroffenen vor Zurückweisung, sondern lediglich der politischen Abstimmung unter den politischen Akteuren. Anders hingegen stellt sich die rechtliche Situation bei den spontan einreisenden Flüchtlingen dar. Für diese regelt Art. 33 der Konvention, dass sie nicht ohne Prüfung ihrer Asylgründe zwangsweise in ihr Herkunftsland verbracht werden dürfen, und Art. 31 schützt sie vor einer Bestrafung wegen illegaler Einreise. Beide Normen zusammen verdeutlichen, dass die Entwicklung des völkerrechtlichen Flüchtlingsrechts nach 1951 auf den Schutz der „illegalen Flüchtlinge“ zielt. Gerade diese Gruppe aber wird im politischen Diskurs stigmatisiert und kriminalisiert, weil sie angeblich allgemein anerkannte Regeln der nationalen Einwanderungskontrolle bewusst missachtet. Dabei schützt das universelle Recht für Flüchtlinge gerade diese Gruppe. Die Flüchtlingskonventionen und -institutionen des Völkerbundes wie auch der Nachkriegszeit bis 1951 regelten nicht den Schutz spontan einreisender Flüchtlinge, sondern die Rechtsstellung zumeist nach nationalen Kriterien bestimmter Flüchtlingsgruppen und befassten sich von 1945 bis 1951 mit den im Krieg zwangsverschleppten und entwurzelten „displaced persons“.

Beide Vorüberlegungen zusammen machen deutlich, dass zwischen der europäischen Integration und der Bekämpfung irregulärer Zuwanderungen ein enger Zusammenhang besteht. Die Art und Weise, wie die nationalstaatlichen Regelungen des Asyl- und Flüchtlingsrechts in der Union integriert werden, schwächt die überkommenen Instrumente des Flüchtlingsrechts zum Schutze spontan Zuflucht suchender Flüchtlinge erheblich in ihrer Wirksamkeit. Der Herausforderung, die für die Union durch die Flüchtlingsfrage aufgeworfen wird, kann auf unterschiedliche Weise begegnet werden. Als ungeeignet, unwirksam und letztlich kontraproduktiv hat sich der vorherrschende Fokus auf die Bekämpfung der irregulären Migration erwiesen. Eine Weiterverfolgung dieses Weges führt nicht aus der Krise, sondern wird wahrscheinlich wegen der bereits jetzt absehbaren Disintegration die europäische Integration insgesamt erheblich beschädigen. Krisen können heilsame Wirkungen erzeugen, wenn sie Erkenntnis fördern und dadurch Wege aus der Krise ermöglicht werden. Dieser Beitrag zielt auf den ersten Schritt. Kontraproduktiv ist ein allgemeines Lähmungsgefühl angesichts gefühlter Ohnmacht politischen „Zwängen“ gegenüber. Erkenntnis kann dieses Gefühl auflösen und dadurch potenzielle Handlungsalternativen freisetzen, die derzeit undenkbar sind. Die erforderliche Erkenntnis kann vielleicht dadurch befördert werden, dass die Entwicklung des europäischen Flüchtlingsrechts in historischen Phasen betrachtet wird. Eine derartige Betrachtung mag dazu beitragen, die derzeitige Krise in einen Zusammenhang einzuordnen, der als politisch gestaltbarer und damit in einer Demokratie



auch beeinflussbarer erfahrbar wird. Eine geeignete Methodik hierzu besteht darin, die Flüchtlingsfrage in den Gesamtkontext der Migration in Europa seit 1945 zu stellen. Dies ist auch deshalb sachgerecht und geboten, weil es aus gesellschaftlicher Sicht um den Gesamtkontext Zuwanderung geht und die Betroffenen in ihrer konkreten Lebenswirklichkeit sich selbst nicht danach unterschieden erfahren, aus welchen Gründen sie eingewandert sind. Und mit den aus den unterschiedlichen Einreisegründen folgenden rechtlichen Differenzierungen werden sie von der sie umgebenden Gesellschaft auch nicht wahrgenommen.

II. Historische Entwicklung des Flüchtlingsrechts nach 1945

1. Migrationspolitische Folgen des Krieges (1945 bis 1951)

Unmittelbar nach 1945 stand die Lösung der Kriegsfolgen auf der politischen Tagesordnung. Im Mai 1945 lebten in Europa schätzungsweise mehr als 40 Millionen Personen, die aus ihrer Heimat vertrieben worden waren.² Hinzu kamen 13 Millionen volksdeutsche Vertriebene sowie 11,3 Millionen Zwangsarbeiter und andere verschleppte Personen, die sich als Folge der nationalsozialistischen Politik im besiegten Deutschen Reich aufhielten. Bereits 1943 war die *United Nations Relief and Rehabilitation Administration* (UNRRA) gegründet worden, die 1947 von der Internationalen Flüchtlingsorganisation (*International Refugee Organization* – IRO) abgelöst wurde. Während die UNRRA sich auf eine Rückführungspolitik konzentrierte, verfolgte die IRO eine Politik der Weiterwanderung aus den Asylländern zur dauerhaften Ansiedlung in Drittländer. Die von vornherein befristet gegründete IRO wurde im Februar 1952 nach Errichtung des Amtes des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (*United Nations High Commissioner for Refugees* – UNHCR) am 1. Januar 1951 aufgelöst. Sie war nicht fähig gewesen, das Flüchtlingsproblem zu lösen. Ende 1951 gab es noch etwa 400.000 Vertriebene in Europa.³

1951 wurde auch die Genfer Flüchtlingskonvention verabschiedet. Sie enthielt erstmals einen generellen völkerrechtlichen Rechtsrahmen für Flüchtlinge und definierte den Kreis der Berechtigten anhand allgemeiner Kriterien. Die Einigung auf die Flüchtlingsdefinition wird als entscheidender Richtungswechsel in der Flüchtlingspolitik gewertet. Denn sie bedeutete, dass die Flüchtlingseigenschaft künftig nicht mehr wie früher anhand der Zugehörigkeit zu einer Kategorie oder Gruppe,⁴ sondern auf einer individuellen Grundlage geprüft werden konnte. Zudem besaß die Definition allgemeine Gültigkeit und war nicht mehr an bestimmte nationale Gruppen gebunden wie in der Zwischenkriegszeit.⁵ Und doch wurde auch 1951 noch wie zuvor anlassbezogen gedacht und entschieden. Die Konvention war ursprünglich auf die Flüchtlinge, die aufgrund der politischen Umwälzungen in Osteuropa ihre Herkunftsländer verließen, gemünzt. Das belegt die Stichtagsregelung in Art. 1 A Nr. 2, die nur den Flüchtlingen eine Berufung auf den Schutz der Konvention ermöglichte, die vor dem 1. Juli 1951 geflohen waren und die erst 1967 beseitigt wurde, sowie die Möglichkeit, die Konvention ausschließlich auf europäische Flüchtlinge anzuwenden. In der öffentlichen Wahrnehmung hatte die

² Hobsbawm, *Das Zeitalter der Extreme*, 1994, S. 74.

³ UNHCR, *Zur Lage der Flüchtlinge in der Welt*. UNHCR-Report 2000/2001, S. 13 ff.

⁴ Zu den Akomen des Völkerbundes von Glahn, *Der Kompetenzwandel internationaler Flüchtlingshilfsorganisationen – vom Völkerbund bis zu den Vereinten Nationen*, 1992, S. 16 ff., 22 ff.

⁵ UNHCR, *Zur Lage der Flüchtlinge in der Welt*. UNHCR-Report 2000/2001, S. 27



Konvention bis in die 1970er Jahre keine Bedeutung gefunden. Dies war auch in der Bundesrepublik nicht anders. Erst als seit Mitte der 1970er Jahre die jährliche Zugangszahl die übliche Bandbreite von bis dahin 2.000 bis 5.000 Personen pro Jahr überschritt und bis 1980 auf 107.818 Personen anstieg, entwickelte sich eine Abwehrpolitik und wurde der Öffentlichkeit überhaupt erst bewusst, dass die Verfassung einen Aufnahmeanspruch für politisch Verfolgte enthielt. Vorher war das Asylrecht nahezu ausschließlich Gegenstand akademischer Debatten, in denen hitzig über die verfassungsunmittelbare Einschränkung der uneingeschränkten Asylrechtsgarantie diskutiert wurde. Die allgemeine Öffentlichkeit war an diesem Diskurs indes nicht beteiligt. Die Flüchtlingsfrage hatte dementsprechend politisch keine Bedeutung. Die „Ostblockflüchtlinge“ wurden bis 1965 nach Maßgabe der Konvention, nicht des Grundgesetzes administrativ behandelt. Merklichen Einfluss auf das gesellschaftliche Gesamtgeschehen hatte in dieser Zeit die Aufnahme von Flüchtlingen weder in der Bundesrepublik noch in anderen europäischen Staaten.

2. Migration vor der ersten Wirtschaftskrise (1955 bis 1973)

Einwanderung nach 1950 wurde in Europa bis in die 1970er Jahre hinein nicht als humanitäre, sondern als Arbeitsmigration wahrgenommen. Durch gezielte Vereinbarungen mit den Herkunftsländern in Südeuropa und Nordafrika sowie der Türkei wurden seit Mitte der 1950er Jahre Wanderarbeiter angeworben, um den Bedürfnissen der Wirtschaft gerecht zu werden, bis diese Politik aufgrund der ersten größeren Wirtschaftskrise der Nachkriegszeit im November 1973 beendet wurde. Bis dahin wurde Arbeitsmigration flexibel gehandhabt, wurde den Migranten nach Rückkehr die erneute Einreise eröffnet und führte deshalb die Migration nicht zur dauerhaften Einwanderung. Der Anwerbestopp, der die Migration beenden sollte, zeitigte den gegenteiligen Effekt und bewirkte dauerhafte Einwanderung. Die Migranten mussten sich nunmehr entscheiden. Mangels zureichender wirtschaftlicher Perspektiven im Herkunftsland entschieden sie sich zumeist für einen dauerhaften Verbleib und holten ihre Familien in die Aufnahmeländer. Europa wurde, soweit es die traditionellen Aufnahmeländer betraf, zum Einwanderungsland. Die Politik in der Bundesrepublik regierte jedoch nach 1973 über zwei Jahrzehnte mit Realitätsverleugnung und verweigerte die Schaffung der gebotenen rechtlichen Rahmenbedingungen für dauerhafte Migration und Familienzusammenführung.⁶ Nicht ganz so drastisch, aber ähnlich verlief die Entwicklung in anderen europäischen Staaten. Der für die Legitimationsbeschaffung erforderliche öffentliche Diskurs über Migration wurde verweigert. Über zwei Jahrzehnte wurde die bereits vollzogene Einwanderung geleugnet und auf die Rückkehr der Migranten gesetzt. Eine der ersten politischen Projekte der als „geistige Wende“ bezeichneten Übernahme der Macht durch die konservativ-liberale Regierung nach 1982 war das Rückkehrhilfegesetz.

Die insbesondere in der Bundesrepublik verdrängte Erkenntnis des Übergangs von Arbeitswanderungen in echte Einwanderungsprozesse führte zum Teil zu erheblichen Konflikten. Dahinter standen Unterschiede in kollektiven Vorstellungen von nationaler und kollektiver Identität.⁷ Seit 1950 waren heftige fremdenfeindliche oder rassistische

⁶ Marx, *Integrationshindernis Nachzugsvorschriften*, in: KJ 2010, 206.

⁷ Bade, *Europa in Bewegung*, 2000, S. 331.



Reaktionen der einheimischen Bevölkerung in Europa ein allgemeines Phänomen.⁸ Die Angst vor Einwanderung wurde also nach November 1973 zunächst im Blick auf Wanderarbeitnehmer politisch mobilisiert. Bis dahin war die humanitäre Zuwanderung gesamtgesellschaftlich und politisch ohne Bedeutung. Der Anwerbestopp weist aber auf einen Zusammenhang zwischen Arbeits- und humanitärer Zuwanderung hin, der bei einer Analyse der Ursachen der Krise des europäischen Asylrechts nicht übersehen werden darf. Dieser Zusammenhang kann insbesondere am Beispiel der türkischen Arbeitnehmer aufgezeigt werden. So entzündete der zweite Ölpreisschock von 1980 hoch emotionalisierte parteipolitische Angst-, Protest- und Grundsatzdebatten, die sich insbesondere gegen die größte Gruppe der angeworbenen ausländischen Arbeitnehmer richteten und zu einer auch von Gewalttaten begleiteten antitürkischen Welle führten.⁹ Seit Ende der 1970er Jahre wurde andererseits zur Abwehr von Flüchtlingen eine politisch emotional aufgeladene Missbrauchsdebatte geführt. 1980 putschte das Militär in der Türkei. In diesem Jahr wurden zugleich auch die höchsten Zugangszahlen seit Kriegsende verzeichnet, von denen die Asylanträge aus der Türkei die größte Gruppe ausmachte.

Es besteht also ein soziologisch bedeutsamer Zusammenhang zwischen Arbeits- und humanitärer Migration. Als 1973 zunehmend Flüchtlinge in Europa Schutz suchten, hatte sich bereits ein Politikmuster etabliert, mit Erzeugung von Angst Legitimation gegen die notwendige Regelung der Einwanderungsfrage zu schaffen. Die Realität der Arbeitsmigration wurde geleugnet und die humanitäre als versteckte Arbeitsmigration denunziert, obwohl gerade angesichts des türkischen Militärputsches gewichtige Indizien für legitime Fluchtgründe evident waren. Die politisch einseitig und hoch emotional geführte Debatte, die der Öffentlichkeit das Bild vermittelte, Flüchtlinge suchten nicht aus politischen, sondern aus wirtschaftlichen Gründen Asyl in der Bundesrepublik, obwohl sich objektiv gesehen eine signifikante Zahl von schutzbedürftigen Personen unter den Asylsuchenden befand, brachte eine flüchtlingsfeindliche gesellschaftliche Stimmung hervor, die nach dem Ende der Blockkonfrontation und der anschließenden Zunahme der Migration 1993 mit der Abschaffung der verfassungsrechtlichen Asylrechtsgarantie ihren Höhepunkt erreichte.

3. Grundlegung der Festung Europa (1973 bis 1997)

Versucht man, die Phasen der Migration zeitlich einzuteilen, kommt dem Anwerbestopp von 1973 eine zentrale Bedeutung zu. Die Migrationsphase in Europa nach 1973 hatte unterschiedliche Facetten. Im Blick auf die Wanderarbeitnehmer setzte die Familienzusammenführung ein, die einen erheblichen Anteil an der Migration hatte. Für die humanitäre Migration entfiel die früher bestehende Alternative, Schutz vor Verfolgung im Wege der Arbeitsmigration zu suchen. Für Verfolgte in den Anwerbeländern war dies vorher immerhin eine realistische Option gewesen. Hinzu kamen nach 1973 die Auswirkungen der beginnenden Globalisierung, die Reisen in ferne Länder erleichterte, und der politischen Konflikte, die in Afrika und Asien mit der Entkolonialisierung einhergingen. Dies führte in Europa zu einer Änderung der Flüchtlingsstruktur und Zunahme der Zuwanderung. Nicht mehr allein Flüchtlinge aus dem Ostblock, sondern vorrangig Flüchtlinge aus nichteuropäischen Staaten suchten seitdem Schutz in Europa.

⁸ Hobsbawm, *Nationen und Nationalismus*, 1996, S. 184.

⁹ Bade, *Europa in Bewegung*, 2000, S. 337.



Nach der Drosselung der Arbeitswanderungen wurde die transnationale Migration in Europa insbesondere durch drei Formen bestimmt. Eine erste Form umschloss die tendenziell gegenläufigen Bewegungen von Familiennachzug und Rückwanderung ein. Eine zweite Form bildeten reguläre Zuwanderungen („Touristen“) vorwiegend nichteuropäischer Herkunft zu irregulärer Beschäftigung besonders in Südeuropa, zum Teil aber auch in Frankreich. Eine dritte Form von Zuwanderungen umfasste Asylsuchende aus der „Dritten Welt“ und später aus Osteuropa. In der öffentlichen und politischen Diskussion der 1980er Jahre trat in Mittel-, West- und Nordeuropa die Beschäftigung mit der aus der Arbeitswanderung hervorgegangenen Bevölkerung hinter das „Asylthema“ zurück. In der euromediterranen Region rückte zugleich das Problem der „Illegalität“ in den Vordergrund, das in Mittel-, West- und Nordeuropa erst in den 1990er Jahren einen Diskussionsschwerpunkt bildete.¹⁰ Insbesondere in der Bundesrepublik gehörte die politische Verdächtigung von Flüchtlingen zum öffentlichen Diskurs. Flüchtlingen aus außereuropäischen Ländern wurden wirtschaftliche und soziale oder nur vorgetäuschte politische Fluchtgründe unterstellt. Mit der systematisch betriebenen und von den Medien betriebenen polemischen Abwertung von Flüchtlingen zu „Asylanten“ wurde ein denunziativer Kampfbegriff geprägt, dessen systematischer Gebrauch ihn schließlich zu einem xenophoben Leitbegriff der politischen Debatte werden ließ. Die seit Ende der 1970er Jahre in vielen europäischen Ländern insbesondere zu Wahlkampfzwecken betriebene Politisierung des Asylthemas führte zu einer Verengung der politischen Handlungsspielräume unter dem Druck einer erregten, zuweilen auch mit demagogischen Mitteln mobilisierten Öffentlichkeit. Die Politik blieb nationalstaatlich orientiert. Die ergriffenen Maßnahmen blieben unkoordiniert und trugen vielfach den Charakter einer Lastenumverteilung auf Kosten benachbarter Staaten.¹¹ Zur Abwehr der Flucht wurde aber auch direkt in die Herkunftsländer hinein gewirkt. Die Staaten in Europa reagierten zunächst auch hier nationalstaatlich und unkoordiniert und setzten ihre Visumpolitik als Instrument zur Verhinderung von Flucht ein. Die Zahl der visumpflichtigen Länder stieg sprunghaft an. Herkunftsländer, aus denen Flüchtlinge nach Europa kamen, wurden mit der Visumpflicht sanktioniert. Die Fluggesellschaften wurden mit Beförderungsverboten und finanziellen Sanktionen zur wirksamen Kontrolle der Einreisedokumente angehalten. Die Ausreise aus den Herkunfts- und Transitländern wurde mit der Kriminalisierung der Fluchthilfe erschwert.

Bis Mitte der 1980er Jahre gab es keinen einheitlichen europäischen Ansatz in der Flüchtlingsfrage. Für die Vertragsstaaten des Europarates bestand aufgrund der Menschenrechtskonvention kein Handlungsdruck, da diese kein Recht auf Asyl verspricht. Erst 1989 verbot der Gerichtshof in Straßburg, inspiriert durch die universelle Entwicklung aufgrund von Art. 3 des Übereinkommens gegen Folter der Vereinten Nationen, bei drohender Folter oder unmenschlicher Behandlung, die Abschiebung zu vollziehen.¹² Die Europäische Gemeinschaft, 1957 als bloße Wirtschaftsgemeinschaft gegründet, hatte keinen Rechtsrahmen für die Flüchtlingsfrage entwickelt. Erst die Einheitliche Europäische Akte, mit der 1987 der gemeinsame Binnenmarkt in Angriff genommen wurde, machte bewusst, dass es gemeinsamer Absprachen im gegenseitigen Rechtsverkehr der Mitgliedstaaten bedurfte. Die seit Mitte der 1980er Jahre eingeleitete praktische Zusammenarbeit der nationalen Regierungen führte aber zunächst nicht

¹⁰ A.a.O., S. 361.

¹¹ A.a.O., S. 370, 374 f.

¹² EGMR, NJW 1990, 2183 = EuGRZ 1989, 319 = EZAR 933 Nr. 1 – *Soering*.



zur Schaffung von gemeinschaftsrechtlichen Regeln in der Flüchtlingsfrage. Vielmehr blieb bis 1997 der jeweilige nationale Rechtsrahmen für die Praxis der Mitgliedstaaten maßgebend. Abgesprochen wurde die Form der Zusammenarbeit und wohl auch in gewissem Umfang die Schaffung nationaler Abwehrinstrumente. Selbst als 1991 mit dem Vertrag von Maastricht die Flüchtlingsfrage erstmals in den Verträgen erwähnt wurde, wurde sie damit nicht Gegenstand des Europarechts. Vielmehr wurde die bis dahin in *ad hoc*-Arbeitsgruppen der Innenverwaltungen abgesprochene Form der Regierungszusammenarbeit auf vertragliche Grundlage gestellt. Teil IV des Vertrages legte Aufgaben „gemeinsamen Interesses“ fest und verpflichtete die Mitgliedstaaten lediglich, dass sie sich im Rat einander „unterrichten und konsultieren, um ihr Vorgehen zu koordinieren.“¹³ Unverbindliche Standpunkte zur Anerkennungspraxis und zum Asylverfahren sollten der Praxis der Mitgliedstaaten Hilfestellung liefern.

Das Fundament des europäischen Asyl- und Flüchtlingsrechts wurde hingegen nicht im Kontext der Gemeinschaft gelegt, sondern in einem kleineren Kreis von Mitgliedstaaten, den *Schengen-Staaten*. Ähnlich wie in der Währungsfrage und bereits vor dieser wurde in der Flüchtlingsfrage mit dem Schengener System ein Pilotprojekt außerhalb der Gemeinschaft für zunächst fünf Mitgliedstaaten geschaffen, das zur Regelung der Flüchtlingsfrage die Regulierung der Binnenwanderung von Flüchtlingen zum Inhalt hatte und später in der Gemeinschaft durch einen multilateralen Vertrag, nämlich das Dubliner Übereinkommen von 1990, durchgesetzt wurde. Das Schengener Durchführungsübereinkommen von 1990 war am 26. März 1996 für die Erstunterzeichnerstaaten *Bundesrepublik, Frankreich* und die *Benelux-Staaten* sowie die später hinzugekommenen Staaten *Spanien* und *Portugal* in Kraft getreten. Im gemeinsamen Territorium der Vertragsstaaten wurden die Binnengrenzen abgeschafft und zugleich eine gemeinsame Außengrenze geschaffen, an der Einreisekontrollen in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des SDÜ durchgeführt wurden. Um die Freizügigkeit von Personen innerhalb des Vertragsgebietes sicherzustellen, sah das Übereinkommen flankierende Maßnahmen im Blick auf Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung vor. Das in diesem Übereinkommen enthaltene Zuständigkeitsverteilungssystem, mit dem die Binnenwanderung reguliert werden sollte, war nur 17 Monate in Kraft. Es wurde am 1. September 1997 durch das Dubliner Übereinkommen abgelöst. Die Zuständigkeitskriterien des SDÜ wurden nahezu identisch übernommen. Dem kleinen Schengenzirkel war es also gelungen, sein System, das allein seine Interessen berücksichtigte, den anderen aufzuzwingen. Die Schengen-Staaten legten einen Schwerpunkt ihrer gemeinsamen Politik auf die Bekämpfung der irregulären Einreise. In diesem Kontext wurden die Politikmuster entwickelt, die später von der Gemeinschaft im Blick auf die Abwehr von Flüchtlingen an den Außengrenzen übernommen wurden. Der Öffentlichkeit wurde durch einseitige Berichte über „illegale Einwanderung“ ein zunehmendes Sicherheitsdefizit vermittelt, sodass die wirksame Bekämpfung dieser Einwanderer als legitim erschien. Dass sich unter diesen schutzbedürftige Personen befanden, wurde nicht kommuniziert. Der legale Zugang zum Schengenraum und später zum Gemeinschaftsgebiet wurde aufgrund einer Vielzahl von Maßnahmen nahezu unmöglich. Den Flüchtlingen blieb in aller Regel nur die irreguläre Einreise, wenn sie Schutz in Europa suchen wollten. Der heute typischerweise irregulär einreisende Flüchtling ist also Folge der Abwehrmaßnahmen der Mitgliedstaaten. Je stärker diese die Notwendigkeit der Bekämpfung

¹³ Taschner, „Asyl und Einwanderungsrecht aus europäischer Perspektive“, in: Hailbronner (Hg.), *Asyl- und Einwanderungsrecht im europäischen Vergleich*, 1992, S. 13, 117.



fung „illegaler Einreise“ betonten und entsprechende Maßnahmen ergriffen, desto größer wurde die Zahl irregulär einreisender Flüchtlinge. Der Grundstein für die „Festung Europa“ wurde in dieser Phase mit diesen Politikmustern zunächst im Schengenraum und später im Gemeinschaftsgebiet gelegt.

Für das Verständnis der Krise des europäischen Asylrechts darf die Vorbildfunktion des Schengenkontextes für das Gemeinschaftsrecht nicht unberücksichtigt bleiben: Ein kleiner Kreis von Mitgliedstaaten schafft für seinen gemeinsamen Hoheitsbereich einen Zuständigkeitsverteilungsmechanismus, der wenig später innerhalb der Gemeinschaft nicht durch Gemeinschaftsrecht, sondern durch einen multilateralen Vertrag der Mitgliedstaaten durchgesetzt und damit zum rechtlich verbindlichen Maßstab für die Mitgliedstaaten wird, ohne dass die nationale Praxis nach den Regelungen und Verfahren des Gemeinschaftsrechts gestaltet und notfalls kontrolliert werden konnte. Noch heute bezieht Art. 16a Abs. 5 GG 1993 sich auf diesen multilateralen Vertrag. 1996 stellte das BVerfG fest, dass hiermit eine Grundlage geschaffen worden sei, um durch völkerrechtliche Vereinbarungen für die Zuständigkeit für die Prüfung von Asylbegehren eine europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel der Lastenverteilung zwischen den an einem solchen System beteiligten Staaten zu erreichen.¹⁴ Das beim Übergang von Schengen zur Gemeinschaft entwickelte Politikmuster wiederholte sich 2004 und 2007, als den zwölf neuen Mitgliedstaaten der gesamte Bestand des Flüchtlingsrechts als nicht mehr veränderbarer vorgelegt wurde, ohne dass sie bei der Entstehung und Entwicklung dieses Rechts mitwirken konnten. Zwei Tage vor dem Beitritt der zehn neuen Mitgliedstaaten am 1. Mai 2004 wurden zentrale Rechtsakte zur Regelung der Flüchtlingsfrage verabschiedet. Andererseits wurde von diesen Staaten verlangt, sofort im selben Umfang wie die traditionellen Mitgliedstaaten Flüchtlinge aufzunehmen und nach den bereits entwickelten Regeln zu behandeln, obwohl diese vormals jahrzehntelang diktatorisch regierten Staaten überhaupt keine Tradition als Aufnahmeländer hatten. Damit wurde eine weitere zentrale Ursache für die derzeitige Krise des Asylrechts politisch geschaffen.

Versucht man eine zusammenfassende Bewertung der Migrationsphase von 1973 bis 1997, kann festgehalten werden, dass sich zwar seit Mitte der 1980er Jahre allmählich ein Bewusstsein dafür herausbildete, dass Flüchtlinge nach einheitlichen Regeln behandelt werden und wegen der politischen Zielvorgabe der Integration des Binnenmarktes die Verantwortlichkeit für Schutz suchende Flüchtlinge nicht vorschnell auf die Nachbarstaaten abgewälzt werden sollte. Dieses Bewusstsein brachte aber noch kein gemeinsames europäisches Asylsystem hervor. Vielmehr beschränkten sich die nationalen Regierungen auf die Regelung der Zuständigkeit für die Aufnahme von Flüchtlingen durch multilaterale Verträge. Die Binnenwanderung der Flüchtlinge innerhalb der Gemeinschaft wurde also durch Vertragsrecht außerhalb des Gemeinschaftsrechts geregelt. Die Kontrolle der Außengrenzen wurde in dieser Phase nicht auf der Grundlage vertraglicher Regelungen, sondern durch gemeinsam abgesprochene nationalstaatliche administrative Maßnahmen vollzogen. Die Festung Europa entstand in der Anfangsphase der europäischen Harmonisierung der nationalstaatlichen Regelungen zum Asyl- und Flüchtlingsrecht durch die Praxis der Mitgliedstaaten und deren gemeinsame Absprachen in Form der Regierungszusammenarbeit. Für den Auf- und Ausbau dieser Festung wurden die Flüchtlinge stigmatisierende politische Propagandakampagnen in-

¹⁴ BVerfGE 94, 49 (85) = NVwZ 1996, 700 (702).



szeniert, die in der Bevölkerung Angst vor einer massenhaften Einwanderung erzeugen und dadurch die erforderliche Legitimation für die Sicherung der Festung beschaffen sollten. Erst nach 1997 wurde eine gemeinsame Visumpolitik (2001) und eine gemeinsame Grenzkontrolle mit der Gründung der Grenzschutzagentur Frontex (2004) geschaffen. Es wurden aber in dieser historischen Phase außerhalb des Gemeinschaftsrechts die Weichen für den Aufbau einer einheitlichen Flüchtlingspolitik gestellt, die erst nach 1997 ins Werk gesetzt, aber mit den Hypotheken und Vorbelastungen beschwert wurde, die sich außerhalb des Gemeinschaftsrechts entwickelt hatten.

3. Gemeinsames Europäisches Asylsystem (seit 1997)

a) Entstehungsgeschichte

Der Beginn der vierten Phase der Migration nach 1945 kann mit dem Amsterdamer Vertrag von 1997 identifiziert werden, der die Hervorbringung eines „Gemeinsamen Europäischen Asylsystems“ (Art. 63 EGV) durch Verabschiedung entsprechender Rechtsakte zur Folge hatte. Auch für die Migration in der Bundesrepublik beginnt deshalb diese Phase 1997. Denn mit der Übertragung der Zuständigkeit für Migration an die Gemeinschaft war der deutsche Sonderweg beendet. Mitgliedstaaten können seit 1997 nicht mehr wie früher ihre Flüchtlingspolitik nach nationalen Regeln gestalten und unter Ausschluss der Öffentlichkeit ihre Verfahren und Formen der Zusammenarbeit absprechen. Bis verbindliches Recht in der Gemeinschaft entwickelt wurde, vergingen aber noch weitere sechs Jahre. Bis dahin konnten die Mitgliedstaaten ihre jeweilige nationalstaatliche Flüchtlingspolitik weiterhin wie vor 1997 praktizieren.

Der Prozess der Hervorbringung verbindlicher Rechtsregeln verlief zäh. Der heftigste Streit entzündete sich an der Familienzusammenführungsrichtlinie von 2003 und an der Asylverfahrensrichtlinie von 2005, die beide jeweils über vier Jahre beraten wurden. Die von der Kommission vorgelegten Vorschläge wurden vom Rat verworfen. Statt dessen entwickelten die zuständigen Arbeitsgruppen des Rates die heute maßgebenden Rechtsakte. Nicht ganz so umstritten waren die Qualifikationsrichtlinie von 2004, welche die Anerkennungskriterien für die Asylpraxis der Mitgliedstaaten vorgibt und den Umfang der Rechtsstellung von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten verbindlich regelt, und die Aufnahmerichtlinie von 2003, die den Aufenthalt der Asylsuchenden während des Verfahrens regelt. Kennzeichnend für sämtliche Rechtsakte war, dass sie nur Mindestnormen festlegten und den Mitgliedstaaten durch Stillstandsklauseln die Möglichkeit eröffneten, ihre traditionellen, unterhalb der Mindestnormen bleibenden Konzepte beizubehalten.¹⁵ Der nach 2008 einsetzende Prozess der Überarbeitung der Rechtsakte hatte zur Folge, dass nicht mehr lediglich Mindestnormen vereinbart, sondern entsprechend den Verpflichtungen aus dem Lissaboner Vertrag einheitliche Regelungen (Art. 78 AEUV) geschaffen wurden. Allerdings enthalten die 2011 und 2013 verabschiedeten Änderungsrichtlinien auch weiterhin zahlreiche Ermessensklauseln, die die Mitgliedstaaten ermächtigen, für ihren Bereich eigene Konzepte zu verfolgen. So hat etwa die Bundesrepublik in beiden Durchgängen darauf gedrungen, dass sie die Residenzpflicht der Asylbewerber einschließlich strafrechtliche Sanktionen für Zuwiderhandlungen weiterhin beibehalten darf, obwohl kein anderer Mitgliedstaat diese

¹⁵ EuGH, NVwZ 2006, 1033 1034 Rn. 72 – *EP gegen Rat*, mit Bezug auf Art. 4 Abs. I letzter UAbs. RL 2003/86/EG.



in der Bundesrepublik seit Ende der 1970er Jahre geübte Praxis übernommen hat. Die Familienzusammenführungsrichtlinie, die ebenfalls eine Vielzahl von Ermessensklauseln enthält, die eine vom unionsrechtlichen Standard abweichende nationale Praxis erlauben, wurde erst gar nicht überarbeitet, obwohl Art. 79 Abs. 2 Buchst. a) AEUV die Festlegung einheitlicher Standards für die Familienzusammenführung vorschreibt.

Das wichtigste Dokument des europäischen Asylsystems ist jedoch die auf dem SDÜ und dem Dubliner Übereinkommen aufbauende Verordnung (EG) Nr. 343/2003, die wegen ihrer Nachfolgefunktion allgemein *Dublin II-Verordnung* genannt und Anfang 2014 von der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III-Verordnung) abgelöst wurde. Dieses im kleinen Kreis der ursprünglichen Schengen-Staaten entwickelte und später durch das Dubliner Übereinkommen übernommene System ist das Fundament des geltenden europäischen Asylrechts. Erst nachdem der zuständige Mitgliedstaat nach Maßgabe dieser Verordnung festgelegt worden ist, wird das Asylverfahren eingeleitet und kommen die anderen Rechtsakte zum Tragen. Fehlkonstruktionen des Dubliner Systems gefährden damit das gesamte „Gemeinsame Europäische Asylsystem“. Damit kommen die Ursachen der derzeitigen Krise des europäischen Asylsystems ins Blickfeld. Denn dies ist eine Krise des Dubliner Systems. Selbst die hartnäckigsten Verfechter dieses Systems, auch die Regierungen der Mitgliedstaaten, räumen inzwischen ein, dass es nicht funktioniert, halten aber unbeirrt an diesem fest, weil es vermeintlich ihren jeweiligen nationalen Interessen am besten gerecht wird. Im nachfolgenden werden deshalb die zentralen Fehler dieses Systems behandelt.

Die Schwächen des Dubliner Systems beruhen auf *drei zentralen Geburtsfehlern*: Der erste besteht darin, dass das Zuständigkeitskriterium der irregulären Einreise in seiner praktischen Auswirkung die grenznahen Mitgliedstaaten übermäßig belastet. Der zweite Geburtsfehler manifestiert sich in dem Defizit, dass es in der Union keine einheitlichen Standards im Verfahren und bei der Statusgewährung gibt und die für die Funktion des europäischen Asylsystems unerlässlichen einheitlichen Standards ungeachtet schwerwiegender Störungen in vielen nationalen Asylsystemen *fiktiv* unterstellt und auf der Grundlage dieser rechtlichen Fiktion Flüchtlinge zwangsweise ins Abseits gedrängt und von ihren familiären, ethnisch-kulturellen Bindungen isoliert werden. Beide Fehler führen zu irregulären Binnenwanderungen. Der dritte Geburtsfehler ist das dem Völkerrecht fremde Verursacherprinzip. Dieses das Recht auf freie Wahl des Asyllandes, wie es in Art. 13 AEMR verankert und in Art. 31 Abs. 2 GFK anerkannt ist, negierende Prinzip führt in seiner praktischen Auswirkung zu vielfältigen Verletzungen des Refoulementverbotes.

b) Übermäßige Belastung der grenznahen Mitgliedstaaten

Das Dubliner System wurde bereits im Schengener Kontext als abstraktes Verfahren der *Zuständigkeitsbestimmung* konzipiert, mit dem im Rahmen des europäischen Asylsystems *ausschließlich* die Frage der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Prüfung eines Asylbegehrens festgelegt wurde. Gleichwohl wurde dieses ausschließlich staatsfixierte Verfahren der Öffentlichkeit damals als europäisches Asylrecht angepriesen. Maßgebend für die derzeitige Aufteilung der Zuständigkeit für Asylsuchende ist das nachrangige Zuständigkeitskriterium der *illegalen Einreise*.¹⁶ Dort wo der Flüchtling

¹⁶ Die nachfolgenden Ausführungen im Abschnitt II beruhen auf dem *Memorandum. Flüchtlingsaufnahme in der Europäischen Union. Für ein gerechtes und solidarisches System der Verantwortlichkeit*, von sieben



erstmalig irregulär in das Unionsgebiet einreist, wird sein Asylantrag bearbeitet, wenn nicht vorrangige Zuständigkeitskriterien – unbegleiteter Minderjähriger, familiäre Bindungen, Besitz eines Aufenthaltstitels eines Mitgliedstaates – zu berücksichtigen sind oder der um Schutz ersuchte Mitgliedstaat von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht. In der Regel entscheidet aber mangels Relevanz vorrangiger Kriterien und mangels Inanspruchnahme des Selbsteintrittsrechts das nachrangige Kriterium der irregulären Einreise über die Zuständigkeit des Mitgliedstaates. Da seit nahezu drei Jahrzehnten als Folge der gemeinsamen Politik der Bekämpfung der irregulären Einreise die ganz überwiegende Mehrzahl der Flüchtlinge in Europa irregulär und ohne Personaldokumente einreist, führt dies in der Praxis dazu, dass die Flüchtlinge über die grenznahen Mitgliedstaaten, derzeit insbesondere über die Mittelmeerstaaten, nach Europa einreisen, mit der Folge, dass diese am stärksten belastet werden. Die Staaten im Zentrum der Union, wie etwa Deutschland, weisen zwar darauf hin, dass auch sie stark belastet werden. Würde das Dubliner System wirksam funktionieren und könnte die irreguläre Einreise stets nachgewiesen werden, würden die grenznahen Staaten jedoch noch stärker belastet als bereits ohnehin und die Staaten im Zentrum weiter entlastet. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass dieses hoch umstrittene und extrem kostspielige, die Bearbeitung von Asylanträgen unangemessen verzögernde und die Flüchtlinge isolierende System der Zuständigkeitsverteilung im Ergebnis nahezu einen Nulleffekt erzielt., das heißt, überwiegend nehmen die Mitgliedstaaten in etwa so viele Flüchtlinge im Rahmen dieses Verfahrens auf wie sie an andere Mitgliedstaaten abgeben.

Die Mitgliedstaaten klammern sich ungeachtet der absehbaren Folgen, die das Festhalten am Kriterium der irregulären Einreise hervorruft, an die Hierarchie der Zuständigkeitskriterien. Das Vertragsrecht enthält aber eine klare Verpflichtung zur Herstellung von Solidarität und gerechter Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten (Art. 80 AEUV). Weder das Schengener noch das Dubliner System wurde jedoch als *System der Solidarität* konzipiert und kann daher auch nicht in diesem Sinne gehandhabt werden. Die Folge ist eine willkürliche Aufteilung der Flüchtlinge in der Union. Die irreguläre Einreise ist Ergebnis der von den Flüchtlingen nicht beeinflussbaren Fluchtrouten. Diese wiederum ändern sich in Abhängigkeit von den jahrzehntelangen, letztlich aber wirkungslosen Anstrengungen der Union zur Verhinderung des Zugangs von Asylsuchenden und Flüchtlingen nach Europa. Das Zuständigkeitssystem der Union macht sich damit von bloßen Zufälligkeiten abhängig. Das Versäumnis der Union, ein solidarisches System der Aufteilung von Verantwortlichkeit aufzubauen, hat also handfeste politische Folgen.

c) Mangel einheitlicher Standards

Da das Dubliner System lediglich als abstraktes *Zuständigkeitsbestimmungsverfahren* konzipiert wurde, setzt seine operative Umsetzung weder ein gemeinsames Asylverfahren noch einen einheitlichen Status in allen Mitgliedstaaten voraus. Der Lissaboner Vertrag verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, einheitliche Standards in allen Mitglied-

Flüchtlings- und Wohlfahrtorganisationen, März 2006, das ich inhaltlich entworfen und bis zur Abstimmung der Endfassung inhaltlich koordiniert habe. Der Text des Memorandums ist unter www.ra.marx.de/Interessantes/Dokumente oder www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/fm_redakteure/STARTSEITE/Memorandum_Dublin_deutsch.pdf abrufbar.



staaten zu schaffen (Art. 78 AEUV). Jedoch macht die Verordnung (EU) Nr. 604/2013 dies nicht zur Voraussetzung für ihre Anwendung. Dieser Prozess begann erst nach dem Inkrafttreten der ersten Verordnung und ist bis heute noch nicht abgeschlossen und teilweise sogar rückläufig. Die Kommission kritisiert, dass die Unterschiede in der Behandlung von Asylanträgen zwischen den Mitgliedstaaten fortbestehen. Grund hierfür seien die mangelhafte Umsetzung der Rechtsakte sowie unterschiedliche Ansätze bei der praktischen Durchführung.¹⁷ Die Änderungsverordnung will zwar das Dubliner System verbessern sowie insbesondere sicherzustellen, dass die individuellen Bedürfnisse der Asylsuchenden vollständig berücksichtigt werden.¹⁸ Die immanenten Strukturängel werden jedoch nicht angegangen, weil insbesondere die Mitgliedstaaten im Zentrum diese nicht beheben wollen und die Kommission den Konflikt mit den mächtigen Playern scheut. Das angestrebte Ziel, für die Mitgliedstaaten und die Betroffenen nachvollziehbare und gerechte Kriterien für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates zu schaffen, wird also dadurch unterlaufen, dass eine Grundvoraussetzung für das Funktionieren des Dubliner Systems nicht erfüllt ist, nämlich, dass Asylsuchende auf Grund einheitlicher gesetzlicher Grundlagen und Praxis in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich in der Lage sind, ein gleichwertiges Schutzniveau in verfahrens-, materiell- wie auch statusrechtlicher Hinsicht zu finden.¹⁹ Das Ziel bleibt eine *Fiktion*, welche die soziale Realität ausblendet.

Die ursprüngliche Verordnung enthielt insbesondere keine ausdrücklichen Regelungen, ob der um Schutz ersuchte Mitgliedstaat den Flüchtling in den zuständigen Mitgliedstaat überstellen darf, wenn dort schwere Störungen des nationalen Asylsystems unter Einschluss schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen festgestellt werden. Der Europäische Gerichtshof hatte deshalb unter Rückgriff auf die Grundrechtscharta die Überstellung an den an sich zuständigen Mitgliedstaat untersagt, wenn dort systemische Mängel im Asylverfahren und bei den Aufnahmebedingungen für Asylsuchende bestehen.²⁰ Inzwischen ist diese Rechtsprechung durch Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 der Änderungsverordnung zum Bestandteil des positiven Rechts geworden. Dies ist ein zwar notwendiger, jedoch nicht hinreichender Schritt, um das Ziel einer gerechten Aufteilung der Flüchtlinge unter menschenwürdigen Bedingungen zu erreichen. Auch der Gerichtshof scheut den Konflikt mit den mächtigen Mitgliedstaaten. In allen drei Verfahren, in denen es um das Zuständigkeitskriterium der irregulären Einreise ging, zog die Große Kammer das Verfahren an sich.²¹ In der letzten Entscheidung betonte sie zwar, dass die Verordnung subjektive Rechte begründen kann, die abstrakten Zuständigkeitskriterien dienen jedoch ausschließlich den Interessen der Mitgliedstaaten, sodass die Überstellung keine subjektiven Rechte der Flüchtlinge verletze, wenn nicht syste-

¹⁷ Kommission der EG, „Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Künftige Asylstrategie – Ein integriertes Konzept für EU-weiten Schutz“, KOM (2008) 360, 17. Juni 2008, S. 3.

¹⁸ Kommission der EG, „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist“ vom 3. Dezember 2008 KOM (2008) 820 endgültig/2008/0243 (COD).

¹⁹ UNHCR, „Analyse der vorgeschlagenen Neufassung für die Dublin-II-Verordnung und die Eurodac-Verordnung“, März 2009, S. 3.

²⁰ EuGH, NVwZ 2012, 417 (419 f.) Rdn. 86 f. – N.S; hierzu *Hailbronner/Thym*, NVwZ 2012, 406; *Marx*, NVwZ 2012, 409.

²¹ EuGH, NVwZ 2012, 417 – N.S; EuGH, NVwZ 2014, 129 – Puid EuGH, NVwZ 2014, 208 – Abdullahi.



mische Mängel im zuständigen Mitgliedstaat vorherrschten.²² Die Verteidiger des Systems befürchten einen Zusammenbruch des Dubliner Systems und heben ausdrücklich den sehr engen Ansatz des Gerichtshofs hervor, der nur bei einer systemisch bedingten schwerwiegenden Verletzung des absoluten Verbots von Folter und unmenschlicher Behandlung für die Praxis relevant werde,²³ nicht aber, wenn es „unterhalb der Schwelle systemischer Mängel *in Einzelfällen* zu einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung“ kommen könne und „ein Antragsteller dem *in der Vergangenheit schon einmal ausgesetzt* war.“²⁴ Weder der Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofes noch dem Text von Art. 3 EMRK kann jedoch entnommen werden, dass die Schutzwirkung des absoluten Folterverbotes nur bei „systemischen Mängeln“ greift.

Gegen die Befürchtungen der Verteidiger des Systems ist darauf hinzuweisen, dass der Mangel einheitlicher Standards sowie das Festhalten der Asylsuchenden im Einreisestaat Folgen zeitigt, die nicht im Interesse der Mitgliedstaaten sind, nämlich die Zunahme irregulärer Binnenwanderungen in der Union. Da die Asylsuchenden häufig im Einreisestaat keine akzeptablen Standards vorfinden, suchen sie Mitgliedstaaten mit besseren Standards auf. Zudem schneidet sie der aufgezwungene Schutz im Einreisestaat von ihren familiären, kulturellen und sozialen Bindungen im Mitgliedstaat ihrer Wahl ab. Beide Faktoren zusammen führen dazu, dass die Flüchtlinge irregulär weiterwandern. Das Dubliner System ist dysfunktional und bringt bei seiner operativen Anwendung kontraproduktive Ergebnisse hervor, die dem politischen Ziel der Verminderung von Binnenwanderung zuwiderlaufen. Da eine Angleichung der Standards auf lange Sicht nicht erkennbar ist, wird die Binnenwanderung entgegen allen Bemühungen und den damit verbundenen negativen Folgen andauern, wenn nicht sogar im Hinblick auf rückläufige Tendenzen bei der Herstellung der erforderlichen Standards zunehmen. Es ist daher eher die derzeitige starre und subjektive Rechte der Flüchtlinge verneinende Anwendung der Zuständigkeitskriterien des Dubliner Systems, die dieses gefährdet, als die Alternative einer Lockerung der Praxis und der Berücksichtigung individueller Wünsche. Eine quotenanteilige Aufteilung der Flüchtlinge innerhalb der Gemeinschaft, wie sie derzeit insbesondere im Europäischen Parlament diskutiert wird, würde zwar eine aus mathematischer Sicht gleichmäßige Aufteilung der Flüchtlinge innerhalb der Union gewährleisten, nicht aber die Abdrängung der Flüchtlinge in Randzonen der Union und ihre Isolierung von ihren familiären und kulturellen Netzwerken abstellen und deshalb die Binnenwanderung nicht wirksam vermindern.

Es ist andererseits zweifelhaft, ob es jemals gelingen wird und dies überhaupt politisch wünschenswert ist, eine für alle Mitgliedstaaten einheitliche Rechtsanwendungspraxis zu schaffen. Das würde zwar Anreize auf Weiterwanderung weitgehend ausschließen. Europa wird jedoch durch die heterogene Vielfalt nationalstaatlicher Traditionen hervorgebracht, die im Integrationsprozess bewahrt werden müssen, solange sie den gemeinsamen Werten nicht zuwiderlaufen. Diese Heterogenität macht Europa erst aus und bringt seine politische Dynamik hervor. Das auf nationaler Ebene verwirklichte Maß an staatlich garantierten Rechten soll als Standard dienen, dem das europäische

²² EuGH, NVwZ 2014, 208 (210) Rn. 60 – Abdullahi; kritisch zu diesem Ansatz Marx, NVwZ 2014, 198.

²³ Hailbronner/Thym, „Vertrauen im europäischen Asylsystem“, in: NVwZ 2012, 406; Dörig, German Courts and their Understanding of the CEAS, in: IJRL 2013, 768 (776 f.).

²⁴ BVerwG, Beschluss vom 6. Juni 2014 – BVerwG 10 B 35.41 Rn. 6, Hervorhebungen nicht im Original; Anm. Berlitz, jurisPR-BVerwG 12/2014.



Recht genügen muss, bevor es auf nationaler Ebene umgesetzt werden darf.²⁵ Dies schließt aus, dass das nationale Recht vollständig im Integrationsprozess aufgeht. Auch das Flüchtlingsrecht in Europa ist durch heterogene nationalstaatliche Traditionen geprägt. Im Lichte dieser europäischen Dynamik war es wohl einer der schwerwiegendsten Fehler, der heute das europäische Asylsystem belastet, dass alle Mitgliedstaaten nach einheitlichen abstrakt generellen Kriterien behandelt werden. Dadurch bleibt unberücksichtigt, dass die südlichen Staaten traditionell Transitstaaten waren und die neuen Mitgliedstaaten im Osten und Südosten während des kommunistischen Systems überhaupt keine Strukturen für den Flüchtlingsschutz aufgebaut hatten. Ungeachtet dessen werden die schwachen von den starken Mitgliedstaaten ermahnt, dass Solidarität die Wahrnehmung von Verantwortung voraussetze und Hand in Hand gehe mit der Erfüllung der jeweiligen Verantwortung durch *jeden* einzelnen Mitgliedstaat. Ein „wirklich gemeinsamer Raum des Asylschutzes“ könne „nur durch wirksame einheitliche Umsetzung und Anwendung des bestehenden Acquis verwirklicht werden.“²⁶ Das Beharren auf der Anwendung abstrakt genereller Prinzipien im Flüchtlingsschutz ohne Berücksichtigung der aufgezeigten historischen Rahmenbedingungen und der dadurch geprägten nationalstaatlichen Traditionen läuft dem angestrebten Ziel der Gerechtigkeit und Solidarität zuwider. Politisches Ziel kann lediglich die Herstellung eines annähernd gleichwertigen Schutzniveaus in verfahrens- wie materiellrechtlicher Hinsicht sein. Die Binnenwanderung kann am wirksamsten dadurch bekämpft werden, dass Asylsuchende nicht länger gegen ihren Willen im Einreisestaat festgehalten und damit dauerhaft von ihren familiären, kulturellen und sozialen Bindungen abgeschnitten werden.

Traditionelle Aufnahmestaaten waren die ursprünglichen Schengen-Staaten und die nordischen Staaten sowie das Vereinigte Königreich. Aufgrund dessen haben sich dort auch die kulturellen und sozialen sowie familiären Bindungen entwickelt, auf die die nach Europa einreisenden Flüchtlinge angewiesen sind. Diese lassen sich nicht in Randzonen der Union isolieren und werden auch weiterhin den bestehenden Regeln zuwider versuchen, in ihre Gemeinschaften zu gelangen. Noch so verbindlich festgelegte Normen können diesen Migrationsprozess nicht aufhalten. Es wäre deshalb ein Akt politischer Ehrlichkeit, wenn die traditionellen Aufnahmeländer diese historisch überkommenen Migrationsbedingungen in der Union anerkennen und in den Gremien der Union Rechtsregeln entwickelt würden, die auf der sozialen Realität aufbauen. Die Union geht demgegenüber den umgekehrten Weg. Die Hybris, durch Rechtsnormen die Wirklichkeit zu verändern, statt die Rechtsnormen der Realität anzupassen, schlägt bereits jetzt auf das System zurück.

d) Rechtliche Verantwortlichkeit und Verursacherprinzip

Die Zuständigkeitskriterien des Dubliner Systems beruhen auf dem Verursacherprinzip.²⁷ Derjenige Mitgliedstaat, der einen Aufenthaltstitel erteilt oder seine Grenzen nicht wirksam kontrolliert, wird mit der Verantwortung für die Aufnahme des Flüchtlings belastet. Dies birgt die Gefahr in sich, dass die betroffenen Grenzstaaten Maßnahmen anwenden, die darauf abzielen, den Zugang zu ihrem Territorium oder zum Asylverfah-

²⁵ Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, 2011, S. 71.

²⁶ Deutsch-französische Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission vom 11. März 2014 „Ein offenes und sicheres Europa: Praktische Umsetzung“, 25. April 2014.

²⁷ Hailbronner, *AuslR B 2 § 27a AsylVfG Rn. 30*; Funke-Kaiser, in: *GK-AsylVfG II – § 27a AsylVfG Rn. 64*.



ren zu verhindern.²⁸ In den vergangenen drei Jahrzehnten hat sich ein Politikmuster herausgebildet, dass auf Defizite bei der Regelung der Einreise der Flüchtlinge in die Union und deren Verteilung innerhalb der Union zuallererst mit Maßnahmen zur Verschärfung der Grenzkontrolle reagiert wird, ohne wirksam sicherzustellen, dass schutzbedürftige Flüchtlinge identifiziert werden und einreisen dürfen. So wurde z.B. bei den langjährigen Verhandlungen über die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 der Widerstand von Italien und Griechenland gegen das Zuständigkeitskriterium der illegalen Einreise dadurch aufgehoben, dass diesen Staaten verstärkte Hilfen bei der Grenzkontrolle versprochen wurde.²⁹ Gleichzeitig wird der Druck auf die grenznahen Mitgliedstaaten verstärkt, wirksame Grenzkontrollen durchzuführen.³⁰ Italien hatte im Rahmen bilateraler Abkommen mit Libyen Flüchtlinge auf dem Mittelmeer abgefangen und nach Libyen ausgeschifft, ohne die Schutzbedürftigkeit der Flüchtlinge im Einzelfall konkret zu prüfen. Diese Praxis wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als schwerwiegender Verstoß gegen das Refoulementverbot von Art. 3 EMRK gerügt.³¹ Darauf hat die Union reagiert und 2014 durch eine Verordnung geregelt, dass auf dem Mittelmeer abgefangene Flüchtlinge in dem Land ausgeschifft werden, von dem aus sie ihre Reise über das Mittelmeer begonnen haben.³² Gleichzeitig wurden mit nordafrikanischen Staaten Partnerschaften zum Aufbau von Asylsystemen geschlossen und mit der Türkei die Verhandlungen über ein Rückübernahmeabkommen abgeschlossen. Dieses wird in drei Jahren umgesetzt werden. Der Traum von Blair und Schily, den europäischen Flüchtlingsschutz in nichteuropäische Staaten auszusourcen, wird für die Flüchtlinge zum Trauma. Bisher sind jedoch alle derartigen Versuche an der mangelnden Bereitschaft und insbesondere an der erforderlichen Fähigkeit nichteuropäischer Transitstaaten, wirksamen Flüchtlingsschutz nach Maßgabe international anerkannter Regeln sicherzustellen, gescheitert. Die individuellen Folgen für die Flüchtlinge, die derartige Versuche mit sich bringen, sind jedoch aus menschenrechtlicher Sicht nicht verantwortbar. Der Flüchtlingsschutzexport der Union exportiert keinen Schutz, sondern Unsicherheit und Verantwortungslosigkeit für Flüchtlinge.

Politische Folge des Verursacherprinzips ist eine nachhaltige Beschädigung des grundlegenden Prinzips des Refoulementschutzes für Flüchtlinge (Art. 33 Abs. 1 GFK), wonach kein Flüchtling zwangsweise in sein Herkunftsland verbracht werden darf, was einschließt, dass er auch in keinen Transitstaat verbracht werden darf, in dem er rechtlicher Unsicherheit und dadurch der Gefahr der Weiterschlebung in sein Herkunftsland ausgesetzt wird. Europa exportiert also nicht den Flüchtlingsschutz in die Transitstaaten, sondern sein Modell der 1970er und 1980er Jahre des „refugee in orbit.“ Für die Berufung auf ein „*Verursacherprinzip*“ bei der Gewährung des Flüchtlingsschutzes

²⁸ European Council on Refugees and Exiles, „Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered“, March 2008, S. 16; Weinzierl, „Flüchtlinge: Schutz und Abwehr in der erweiterten EU“, 2005, S. 160; s. auch Blake, „The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union“, in: Implementing Amsterdam (Guild/Harlow), 2001, S. 94 (108 ff.); Marx, European Journal of Migration and Law 2001, 7 (18 f.); Schröder, ZAR 2003, 126 (130).

²⁹ Weinzierl, *Flüchtlinge: Schutz und Abwehr in der erweiterten EU*, 2005, S. 152.

³⁰ Pelzer, „Unsolidarisches Europa“, in: KJ 2011, 262 (263).

³¹ EGMR, Urteil vom 23. Februar 2012 – Nr. 27765/09 – Hirsi Jamaa.

³² Article 10 Par. 1 lit b of the Proposal for a Regulation establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, PE-CONS No/YY-2013/0016(COD). Das Abstimmungsverfahren ist bereits abgeschlossen.



kann sich die Union weder auf geltendes Völkerrecht noch auf allgemein anerkannte Grundsätze des Flüchtlingsrechts berufen. Diskutiert wird im Völkerrecht eine Verantwortlichkeit der Herkunftsstaaten für fluchtverursachendes Verhalten.³³ Wenn im Flüchtlingsrecht das Prinzip der Verursachung ins Spiel gebracht wird, geht es also um die *Verursachung der Flucht*. Das in der Union praktizierte Verursacherprinzip bezieht sich hingegen auf die Verursachung von Fehlern bei der Durchsetzung *schutzverhindernder Maßnahmen*, wie die Vorverlegung von Grenzkontrollen und die Abdrängung von Flüchtlingen, und kann bereits deshalb kein anerkanntes Rechtsprinzip des Flüchtlingsschutzes werden. Gleichwohl hat es die Union zum grundlegenden Baustein ihres Asylsystems und ihrer Festung gemacht. Dem Verursacherprinzip liegt der stillschweigende europäische Konsens zugrunde, dass Zurückweisung ohne Identifizierung der Flüchtlinge legitim ist. Das seit den 1980er Jahren entwickelte System von Abwehrmaßnahmen gegen die Flüchtlinge und der begleitenden stigmatisierenden politischen Kampagnen kumulieren in einem Prinzip des sekundären Unionsrechts, das in Wirklichkeit Ausdruck einer radikalen Negation des Flüchtlingsrechts ist.

Das Verursacherprinzip bringt darüber hinaus eine flüchtlingsfeindliche Einstellung hervor, die das europäische Asylsystem vergiftet. Haben Fehler bei der Immigrationskontrolle die Verantwortung für die Aufnahme der Asylsuchenden zur Folge, werden Flüchtlinge von der Gesellschaft als Strafe für nationales Versagen wahrgenommen und nationalistische, den Menschenrechten, Demokratie und dem Integrationsprozess zuwiderlaufende Tendenzen hervorgebracht und verfestigt. Der Flüchtlingsschutz darf bereits deshalb nicht nach der Systemlogik der Immigrationskontrolle praktiziert werden. Vielmehr ist er nach Maßgabe der Regeln für völkerrechtlich schutzbedürftige Personen zu verwirklichen. Das Dubliner System hat von Anfang an diese grundlegende Verantwortung nach dem Völkerrecht negiert und ein europäisches Asylsystem hervorgebracht, das in erster Linie den systemlogischen Sachzwängen der Immigrationskontrolle folgte. Rechtlich begründete Verantwortlichkeit und unionsrechtlich geforderte Solidarität lassen sich so nicht hervorbringen.

III. Ausweg aus der Krise?

Der historische Blick auf die europäische Krise des Flüchtlingsrechts kann für die Deutung dieser Krise hilfreich sein. Vom Flüchtlingsrecht im heute maßgebenden völkerrechtlichen Sinne kann eigentlich erst seit dem Ende des Ersten Weltkrieges gesprochen werden. Damals waren als Folge der Auflösung der drei großen Reiche, des Osmanischen, Habsburgischen und Russischen, etwa drei Millionen Menschen in Europa entwurzelt worden. Bis dahin war Flüchtlingshilfe ausschließlich Aufgabe nichtstaatlicher Organisationen. Diese waren angesichts der gewaltigen Herausforderungen des Flüchtlingsproblems nach 1919 mit dieser Aufgabe überfordert. Auf Anregung des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes versammelten sich deshalb im Februar 1921 in Genf nichtstaatliche Organisationen und Regierungen, um Wege aus der Krise zu finden. Sie waren sich einig, dass eine einheitliche Koordinierungsstelle unter dem Dach des Völkerbundes und die Entwicklung eines einheitlichen Rechtsschutzsystems für eine wirksame Flüchtlingshilfe notwendig waren. In der Folge wurde das Amt des

³³ Achermann, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit fluchtverursachender Staaten*, 1997, S. 99 ff.; Epiney, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater*, 1991, S. 98 ff, 135 ff.



„Hohen Kommissars des Völkerbundes für die Heimschaffung der Kriegsgefangenen aus Russland“, das Nansen-Amt, gegründet und das Arrangement für die russischen Flüchtlinge vom 5. Juli 1922 verabschiedet, um die Hilfe für diese Flüchtlinge zu koordinieren und zu regeln.³⁴ Fehlten bei diesem ersten völkerrechtlichen Ansatz des Flüchtlingsschutzes sowie den weiteren Vereinbarungen bis 1951 noch Regelungen zum Schutze der Flüchtlinge gegen Abschiebung und Zurückweisung, weil Ziel der Flüchtlingshilfe die Rückführung der bereits in den Aufnahmeländern lebenden russischen Flüchtlinge war, war es 1951 gerade das Ziel der ersten völkerrechtlichen Konvention zum Schutze der spontan einreisenden Flüchtlinge, diese gegen die zwangsweise Rückführung in ihre Herkunftsländer zu schützen. Seit gut sechzig Jahren kann man deshalb eigentlich erst vom Flüchtlingsrecht im heute verstandenen völkerrechtlichen Sinne sprechen. Deutungen der derzeitigen europäischen Krise dürfen diese aus historischer Sicht relativ kurze Zeitspanne nicht aus den Augen verlieren.

Wie bereits der Name des Nansen-Amtes verdeutlicht, konzentrierte sich die Weltgemeinschaft bei der rechtlichen Regelung des Flüchtlingsschutzes auf die *europäischen* Flüchtlinge. Auch nach 1951 war dies zunächst nicht anders. Standen nach 1919 und nach 1945 die ungeheuren Aufgaben humanitärer Hilfe für Millionen von Entwurzelten und Zwangsverschleppten in Europa im Zentrum internationaler Bemühungen, verschwand nach der Lösung dieser Aufgabe das Flüchtlingsrecht aus dem Fokus der Öffentlichkeit. Die Arbeitswanderungen nach Europa und innerhalb Europas beherrschten in den 1950er bis in die Anfänge der 1970er Jahre hinein in der Migrationsfrage die politische Agenda. Wie gerade diese Migrationsphase erweist, verstanden sich die europäischen Staaten und insbesondere die Bundesrepublik ungeachtet der tatsächlich stattfindenden Arbeitsmigrationen nicht als Aufnahmegesellschaften. Als seit Mitte der 1970er Jahre die Aufnahme von Flüchtlingen wieder auf der europäischen Agenda stand, führte diese Realitätsverleugnung zwangsläufig zu vielfältigen Konflikten und Versuchen, sich der mit der humanitären Zuwanderung verbundenen Aufgabe zu entziehen. Erst seit 1997 stellt sich die Europäische Union dieser Aufgabe, erfährt freilich aufgrund der fortwirkenden Vorgeschichte der Realitätsverleugnung und Abdrängung der Flüchtlinge bei der Erfüllung dieser Aufgabe mannigfaltige Störungen. Und doch hilft die Erkenntnis dieses geschichtlichen Zusammenhangs bei der Deutung der augenblicklichen Krise. Die Zeitphase, die für die Analyse der Fehler, Störungen, aber auch gelungenen Versuche, die gemeinschaftliche Aufgabe des Flüchtlingsschutzes wahrzunehmen, anzusetzen ist, beginnt erst 2003. Erst 2003 trat die Verordnung Dublin II in Kraft und erst ab 2006/2007 musste die Qualifikations- und Verfahrensrichtlinie im nationalen Recht umgesetzt werden. Es handelt sich also gemessen an den historischen Dimensionen der Flüchtlingsfrage um eine Zeitspanne von elf Jahren innerhalb eines Zeitraums von einhundert Jahren. Eine aus historischer Sicht relativ kurze Zeitspanne erlaubt aber ungeachtet der gefühlten Dimensionen der derzeitigen Krise noch auf lange Sicht kein endgültiges Urteil.

Auswege aus der Krise bedürfen gesellschaftlicher Akzeptanz. Grundlegend für eine Überwindung der Krise ist das Eingeständnis, dass die traditionellen Kernstaaten der Europäischen Union seit Mitte der 1950er Jahre *Aufnahmegesellschaften* geworden sind. Für einen entsprechenden Wandel der gesellschaftlichen Auffassungen seit Be-

³⁴ Von Glahn, *Der Kompetenzwandel internationaler Flüchtlingshilfsorganisationen – vom Völkerbund bis zu den Vereinten Nationen*, 1992, S. 10 ff.



ginn dieses Jahrhunderts gibt es eine Reihe von Evidenzen. Die Notwendigkeit der Aufgabe, die hier lebenden Migranten zu integrieren, wird inzwischen nicht mehr ernsthaft bestritten. Die seit diesem Zeitpunkt entwickelten rechtlichen und politischen Konzepte zielen auf eine Eingliederung der Migranten, auch wenn bei der praktischen Umsetzung Streit über die einzelnen Maßnahmen herrscht. Anders als vor 2000 wird nicht mehr geleugnet, dass für den inneren Zusammenhalt der Gesellschaft die gesellschaftliche Akzeptanz der Migranten unabdingbar ist. Die Gesellschaften im Kern der Europäischen Union verstehen sich mit anderen Worten zunehmend als Einwanderungsgesellschaften. Vielfältige Indizien, etwa die zunehmende Übernahme politischer, wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Aufgaben durch die der ersten Generation nachfolgenden Generationen, die mühevolle, widerspruchreiche, aber letztlich das demokratische Projekt des *citoyen* grundlegend verändernde Entwicklung des Staatsangehörigkeitsrechts in Deutschland, die Einsicht, dass andere kulturelle und religiöse Gebräuche und Bekenntnisse als die der Mehrheitsgesellschaft zugelassen und ihrer Verwirklichung Raum gelassen werden muss sowie auch die Diskussion über ein Bleiberecht erfolgloser, insbesondere faktisch integrierter jugendlicher und junger erwachsener Flüchtlinge zeigen ein gewandeltes Verständnis der Gesellschaft an, das vor 2000 kaum vorstellbar gewesen war. Auch die zunächst vorherrschende Ansicht, dass die Integration der bereits hier lebenden Migranten eine klare Abwehr von weiterer Migration erfordert, wird angesichts der Einsicht, dass die Entwicklung der wirtschaftlichen und humanitären Migration unumkehrbar ist, erschüttert. Die Erfüllung der Aufgabe des Flüchtlingsschutzes wird davon abhängen, dass sich die vielfältigen Tendenzen für eine Auflösung dieses Verständnisses durchsetzen können. Die Chancen dafür scheinen nicht schlecht zu stehen. In der Entwicklung eines Bewusstseinswandels stehen die europäischen Gesellschaften erst am Anfang.

Den Gesellschaften in Mittel- und Nordeuropa kommt bei der Aufnahme von Flüchtlingen eine führende Rolle zu. Sie waren und sind es, die das europäische Projekt seit seinem Beginn im Jahre 1957 maßgebend inspiriert und gefördert haben. Ungeachtet derzeit hochgespülter antieuropäischer Ressentiments in vielen Gesellschaften der Europäischen Union ist in diesen Staaten das Verständnis vorherrschend, dass die Weiterverfolgung des europäischen Projekts für die eigene nationale Entwicklung von grundlegender Bedeutung ist. Ob man dies nun mit wirtschaftlichen oder den Erfahrungen aus zwei Weltkriegen begründet, ist zwar nicht ohne Bedeutung. Vorrangig sind aber der bereits erreichte Stand der Hervorbringung dieses Projekts und das allgemeine Verständnis, dass ein Zurückgehen vor 1957 unabsehbare und bedrohliche Auswirkungen für die eigene Entwicklung der Gesellschaft haben dürfte. Was für das Gelingen der Union seit den letzten Jahren, insbesondere seit dem Lissaboner Vertrag von 2009 und dem Beginn der Eurokrise fehlt, ist eine Erzählung der Geschichte der Europäischen Union, in der sich alle wieder erkennen können. Die Hervorbringung dieses Narrativs wird durch die gesellschaftlichen Auswirkungen der Euro- und der Flüchtlingskrise erschwert. Aber der offene und reflektierte Blick auf den gemeinsamen Bestand gesellschaftlicher Überzeugungen kann helfen, an der Hervorbringung einer gemeinsamen Erzählung mitzuwirken. Gerade die Übernahme von Verantwortlichkeit für Flüchtlinge, die seit den 1980er Jahren durch zahllose Flüchtlingsinitiativen offensiv vorgelebt wird, kann ein zentrales Element dieser neuen europäischen Geschichtserzählung werden und dadurch wesentlich zur Legitimation der Europäischen Union beitragen.



Für die Flüchtlingsfrage bedarf es der Erkenntnis, dass der seit 1997 eingeschlagene Weg zwar richtig ist und der Zugang nach sowie die Wanderung innerhalb Europas gemeinsamer Regelungen bedürfen. Die Vorstellungen darüber, wie er weiter fortgeschritten werden kann und darf, bedürfen aber der Überprüfung. In der zusammenwachsenden europäischen Staatenwelt gibt es keinen Weg zurück vor 1997, unabhängig davon, dass die damals vorherrschende Regellosigkeit der Praxis der Mitgliedstaaten und die Schutzlosigkeit der Flüchtlinge inakzeptabel sind. Dass alle Mitgliedstaaten in Europa ihren Beitrag zur Erfüllung der Aufgabe des Flüchtlingsschutzes leisten müssen, kann nicht überzeugend bestritten werden, aber jeder Mitgliedstaat kann dieser Aufgabe nur nach seinem Vermögen und unter Berücksichtigung seiner spezifischen historischen, politischen und wirtschaftlichen Besonderheiten nachkommen. Die Nichtberücksichtigung dieser Selbstverständlichkeit durch die traditionellen Kernstaaten des europäischen Projekts ist der tiefer liegende Grund für die derzeitige Krise des europäischen Asylrechts. Weil weder die wirtschaftlichen noch die sozialen noch die politischen und gesellschaftlichen Voraussetzungen für die Übernahme der Verantwortlichkeit für Flüchtlinge durch alle Mitgliedstaaten nach denselben Regeln vorherrschen, ist das europäische Asylrecht wenige Jahre nach seinem Start in eine tiefgreifende Krise gestürzt. Mit der Einsicht in den traditionellen Kernstaaten, dass die solidarische und gerechte Aufteilung der Verantwortlichkeit für die Flüchtlinge in Europa ihnen aufgrund ihrer historisch und politisch zugewachsenen Privilegien besondere Aufgaben auferlegt, wird auch ein Ausweg aus der derzeitigen Krise aufscheinen.

Der vorstehende Beitrag von Dr. Reinhard Marx, Rechtsanwalt in Frankfurt am Main, kommt zur Veröffentlichung in: Markus Krajewski, Matthias Reuß und Tarik Tabarra (Hg.), *Gesellschaftliche Herausforderungen des Rechts – Gedächtnisschrift für Helmut Rittstieg*, Baden-Baden (Nomos) 2015. Wir danken für die Möglichkeit der Veröffentlichung in *Fromm Forum*.