

Herausgeber:

Nele Allenberg,
Senatsverwaltung Berlin

Prof. Dr. Jürgen Bast,
Universität Gießen

Prof. Dr. Jan Bergmann, LL.M.eur,
Vorsitzender Richter am
VGH, Mannheim

Prof. Dr. Uwe Berlit,
Vorsitzender Richter am
Bundesverwaltungsgericht,
Leipzig

Dr. Katharina Berner,
Evangelische Kirche in Deutsch-
land, Berlin

Dr. Wolfgang Breidenbach,
Rechtsanwalt, Halle

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano,
Universität Bremen

Katrin Gerdsmeyer,
Deutscher Caritasverband e.V.,
Berlin

Dr. Michael Griesbeck,
Ministerialdirigent,
Bundesministerium des Innern,
Berlin

Prof. Dr. Winfried Kluth,
Universität Halle

RiBVerfG Prof. Dr. Christine
Langenfeld,
Karlsruhe/Göttingen

Katrin Lehmann,
Richterin am Hessischen Ver-
waltungsgerichtshof Kassel

Prof. Dr. Anna Lübke,
Hochschule Fulda

Thomas Oberhäuser,
Rechtsanwalt, Ulm

Andreas Pfersich,
Vorsitzender Richter am Ver-
waltungsgericht Halle

Norbert Seitz, Ministerialdirektor,
Bundesministerium des Innern,
Berlin

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.,
Universität Konstanz

Schriftleitung:

Prof. Dr. Winfried Kluth
(V.i.S.d.P.)

Universitätsplatz 10a
06099 Halle

E-Mail:
winfried.kluth@jura.uni-halle.de

Prof. Dr. Jürgen Bast,
Justus-Liebig-Universität Gießen
Licher Str. 64
35394 Gießen

E-Mail:

jürgen.bast@recht.uni-giessen.de

Prof. Dr. Jan Bergmann,
Verwaltungsgerichtshof
Baden-Württemberg
Schubertstraße 11
68165 Mannheim

E-Mail:
Jan.Bergmann@VGHMannheim.
justiz.bwl.de

Jürgen Haberland,
Ministerialrat a. D., Bonn

VRiVG Andreas Pfersich,
Verwaltungsgericht Halle
Thüringer Str. 16
06112 Halle

E-Mail:
an.pfersich@googlemail.com

ABHANDLUNGEN

Dr. Henning Tabbert/Dr. Andreas Wagenseil, München*

Die seit 2015 geltende mündliche Ministeranordnung zur Grenzöffnung im Lichte der Gewaltenteilung

1. Aufrechterhaltung der mündlich angeordneten Grenzöffnung seit 2015

Seit dem Einsatzbefehl des Bundespolizeipräsidiums vom 13.9.2015 im Rahmen der temporär eingeführten Grenzkontrollen an den deutschen Landgrenzen sind die Grenzbehörden angewiesen, dass „Drittstaatsangehörigen ohne aufenthaltslegitimierende Dokumente und mit Vorbringen eines Asylbegehrens die Einreise zu gestatten ist“.¹ Die diesem Befehl zugrundeliegende Anordnung des Bundesministeriums des Innern (BMI) zur Grenzöffnung gemäß § 18 IV Nr. 2 AsylG war nach der Rechtsauffassung der Bundesregierung erforderlich, da der Einreise sonst das Zurückweisungsgebot des § 18 II AsylG entgegenstehen würde.² Dieses greift insbesondere dann, wenn *Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein anderer Staat³ aufgrund der Dublin III-VO für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist*. Mit den jüngsten Urteilen des EuGH⁴ steht zudem fest, dass diese Zuständigkeitsregelungen auch bei einer großen Zahl von Asylbewerbern gelten.

Die *Ministeranordnung* zur Grenzöffnung wurde jedoch nicht nur wenige Tage oder Wochen im Herbst 2015 angewendet, sondern gilt seit fast zwei Jahren ununterbrochen bis heute.⁵ Die ständige Erneuerung der politischen Entscheidung,

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in München.

1 Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der LINKEN, BT-Drs. 18/7311.

2 Ebenda; Mündliche Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Krings, BT-PIPr 18/154, S. 15166 A; Schriftliche Antwort der Staatssekretärin Haber, BT-Drs. 18/7510, S. 29; Schreiben des Bundespolizeipräsidiums vom 1.11.2015, Az. 71-16 14 02-0001-13/2015.

3 Hier zusammenfassend: „Dublin-Staaten“; Verordnung (EU) Nr. 604/2013 („Dublin III-VO“) für die Schweiz anwendbar gem. Dublin-Assoziierungs-Abkommen mit der Schweiz vom 26.10.2014.

4 Urteile vom 26.7.2017 in den Rechtssachen C-490/16, C-646/16.

5 Schreiben des Bundesministeriums des Innern vom 23.6.2017, Az.: Z14-13002/4#1117; dies ergibt sich ebenso etwa aus der im Juni 2017 erhobenen Forderung des MdB Bosbach, die geltenden Vorschriften zur Zurückweisung von Asylbewerbern wieder konsequent anzuwenden (<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wolfgang-bosbach-will-auslaender-ohne-pass-an-grenze-zurueckweisen-15050049.html> (diese sowie alle weiteren zitierten Webseiten wurden zuletzt am 24.9.2017 abgerufen)).

die Grenzöffnung aufrecht zu erhalten, ermöglicht gegenwärtig die Einreise von monatlich ca. 15.000⁶ Asylbewerbern, die sonst im Rahmen der Grenzkontrollen nach dem Willen des Gesetzgebers im Regelfall zurückgewiesen werden müssten. Die *Ministeranordnung* oder deren Aufrechterhaltung sind zu keiner Zeit *schriftlich* festgehalten worden und wurden lediglich *mündlich* durch den Bundesminister des Innern an den Präsidenten des Bundespolizeipräsidiums übermittelt, eine Begründung existiert nicht.⁷

Insbesondere Ende 2015 bis Mitte 2016 wurde eine Debatte darüber geführt, ob die *Exekutive* überhaupt befugt ist, ohne Beteiligung des *Parlaments* über eine lange Dauer und für eine große Zahl von Menschen Einreise gestattungen zu gewähren. Der bayerische Ministerpräsident *Seehofer* sprach insoweit sogar von einer mit einem Rechtsgutachten⁸ untermauerten „*Herrschaft des Unrechts*“.⁹ Aber auch darüber hinaus kritisierten Rechtswissenschaftler „*rechtsfreie Räume*“ bei der Sicherung der Außengrenzen,¹⁰ sprachen von einer „*Krise des Rechts und der parlamentarischen Demokratie in Deutschland*“¹¹ und fürchteten, der Rechtsstaat sei „*im Begriff, sich im Kontext der Flüchtlingswelle zu verflüchtigen*“.¹² Andere meinten, einen „*fortwährenden Rechtsbruch*“,¹³ eine Verletzung „*rechtsstaatlicher Prinzipien*“¹⁴ oder eine „*selbstherrliche Kanzler-Demokratie*“¹⁵ zu erkennen, gingen sogar von einer Strafbarkeit der Bundeskanzlerin wegen Beihilfe zur illegalen Einreise aus¹⁶ und forderten die „*Rückkehr zum Recht*“¹⁷ durch ein „*parlamentarisches*“ Gesetz.¹⁸

Dieser Beitrag erörtert vor dem Hintergrund der wiederaufkeimenden öffentlichen Debatte,¹⁹ ob angesichts der zeitlichen Dauer der Grenzöffnung und des quantitativen Umfangs der Einreisen der Vorwurf des Verstoßes gegen *Mitwirkungsrechte des Bundestages* noch immer berechtigt ist.

2. Pflicht zur Zurückweisung bei der Einreise dauerhaft außer Kraft gesetzt

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die bei Grenzkontrollen zu Nachbarstaaten wie Österreich und der Schweiz eingesetzten Polizisten ohne weitere aktive Maßnahmen des Bundesinnenministers an die Pflicht zur Einreiseverweigerung zu halten hätten, da diese Normen schon ihrem Wortlaut nach keinen Ermessensspielraum zulassen.²⁰ Einem Ausländer ist insoweit, auch wenn er um Asyl nachsucht, gemäß § 18 II Nr. 1 AsylG die Einreise zu verweigern, wenn er *aus einem sicheren Drittstaat* einreist. Das Gleiche gilt gemäß § 18 II Nr. 2 AsylG, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass *ein anderer Dublin-Staat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist* und ein entsprechendes *Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren* eingeleitet wird. In beiden Fällen ist er aufgrund von § 18 III AsylG zurückzuschicken, wenn er von der Grenzbehörde im grenznahen Raum in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit einer unerlaubten Einreise angetroffen wird.

Davon, dass diese Pflicht ohne Anordnung einer Grenzöffnung durchzusetzen und rechtlich durchsetzbar wäre, gehen Bundesregierung²¹ und Bundespolizei²² mit Recht aus. Auch die Ausführungen, die der Parlamentarische Staatssekretär beim Bundesminister des Innern vor dem Bundestag gemacht hat, be-

stätigen dies. Danach sei die Bundesregierung weder durch das AsylG, noch durch das europäische Recht in Gestalt der Dublin III-VO dazu *gezwungen*, an der Grenze auf die Zurückweisung von Asylbewerbern zu verzichten. Diese Regelungen *ermöglichten* es lediglich, von der Zurückweisung von Asylbewerbern abzusehen.²³ Inzwischen ist zudem bekannt geworden, dass der Befehl an die Bundespolizei zur Durchsetzung des gesetzlichen Einreiseverbots bereits entworfen und Polizeibeamte aus ganz Deutschland per Bus und Hubschrauber an die Grenze transportiert worden waren, die Bundeskanzlerin und der Bundesinnenminister davon jedoch aus Furcht vor „öffentlich schwer vermittelbaren Bildern“ absahen und stattdessen die Grenzen per *Ministeranordnung* freiwillig öffneten.²⁴

Die Pflicht zur Zurückweisung von über *sichere Drittstaaten* einreisenden Asylbewerbern stellt das Kernelement des § 18 AsylG dar, der ebenso wie § 26a AsylG der einfachrechtlichen Umsetzung der Asylrechtsreform von 1993 dient. An den Gren-

6 <https://www.welt.de/politik/deutschland/article164238932/Dieser-Vergleich-zeigt-die-Dimension-der-Asylzuwanderung.html>; <https://www.welt.de/politik/deutschland/article168905935/Fluechtlingsbewegung-gestoppt-Die-Statistik-sagt-etwas-anderes.html>.

7 <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/bundespolizeistoest-bei-kontrollen-an-die-grenze-des-machbaren-13967963.html>; https://fragdenstaat.de/files/foi/48592/16_ifg_anfrage_bmi_asylg18.pdf; Schreiben des Bundesministeriums des Innern vom 23.6.2017, Az.: Z14-13002/4#1117.

8 *Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, 2016; kritisch hierzu *Ewer/Thienel*, NJW 2016, 376.

9 http://www.pnp.de/nachrichten/bayern/1958889_Seehofer-unterstellt-Merkel-Herrschaft-des-Unrechts.html; kritisch hierzu *Becker/Kersten*, NVwZ 2016, 580 ff..

10 *Papier*, http://www.focus.de/politik/deutschland/ex-verfassungspraesident-papier-angriff-auf-merkel-fluechtlingskrise-offenbart-ein-eklatantes-politikversagen_id_5203972.html.

11 *Hillgruber*, <http://m.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/fluechtlings-ein-geheimerlass-zur-oeffnung-der-grenze-14024916.html>.

12 *Schumann*, <http://www.bayerische-staatszeitung.de/staatszeitung/politik/detailansicht-politik/artikel/natuerlich-kann-man-das-grundrecht-auf-asyl-beschaerken.html>.

13 *Battis*, http://www.nwzonline.de/interview/ich-verstehe_a_6,0,2862605044.html.

14 *Schily*, Stern vom 15.9.2016, 112.

15 *Bertrams*, <http://www.ksta.de/politik/-merkel-bertrams-sote-kanzlerin-23448180>.

16 *Putzke*, <http://www.jura.uni-passau.de/putzke/aktuelles/>.

17 *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke*, ZAR 2016, 131; dies., <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/fluechtlingskrise-in-deutschland-rechtsstaatlich-machbar-14060376.html>.

18 *Isensee*, http://www.focus.de/politik/deutschland/staatsrechtler-maehnt-die-europaeische-union-ist-funktionsuntaetig-und-ihre-regeln-sind-zerbrochen_id_5213630.html; ähnlich *Kloepfer*, <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/fluechtlingsstrom-begrenzen-wenn-berlin-nichts-tut-will-bayern-klagen-13855023-p2.html>.

19 Vgl. https://www.welt.de/print/die_welt/article168912227/Gutachten-sieht-unklare-rechtliche-Grundlage-fuer-Grenzoeffnung.html; <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/fluechtlingskrise-bundestags-juristen-sehen-offenbar-unklare-rechtslage-fuer-grenzoeffnung-a-1169236.html>.

20 *Haderlein*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK AuslR, 15. Ed. 1.8.2017, AsylG § 18 Rn. 18.

21 Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der LINKEN, BT-Drs. 18/7311; Schriftliche Antwort der Staatssekretärin *Haber*, BT-Drs. 18/7510, S. 29.

22 Schreiben des Bundespolizeipräsidiums vom 1.11.2015, Az. 71 – 16 14 02 – 0001 – 13/2015.

23 Mündliche Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Krings*, BT-PIPr 18/154, S. 15166 A.

24 <https://www.welt.de/politik/deutschland/article162582074/Fast-haette-Merkel-die-Grenze-geschlossen.html>.

zen zu den Nachbarländern Deutschlands verliert die Drittstaatenregelung des vorhergehenden § 18 II Nr. 1 AsylG jedoch ihre Wirkung. Sobald hier *Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates* gegeben sind und dort ein entsprechendes *Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet* wird, richtet sich die Pflicht zur Zurückweisung alleine nach § 18 II Nr. 2 AsylG.²⁵ Dies betrifft vornehmlich die europarechtliche Zuständigkeit von Staaten aufgrund der Dublin III-VO. Eine parallele oder ergänzende Anwendung des Einreiseverbots aus *sicheren Drittstaaten*²⁶ hatte schon der Bundestag anlässlich der Gesetzesänderung 2007 ausdrücklich ausgeschlossen.²⁷ Dies wurde in der Debatte bisher wohl vielfach übersehen.

§ 18 II Nr. 2 AsylG stellt klar, dass die Dublin III-VO schon vor der Gewährung der Einreise angewendet werden soll.²⁸ Einem Asylbewerber ist daher ebenso wie im allgemeinen Fall der Einreise über einen *sicheren Drittstaat* die Einreise zu verweigern, wenn deutlich ist, dass ein *anderer Dublin-Staat für die Behandlung des Asylgesuches zuständig ist*.²⁹ Dies erscheint auch nur konsequent, da ein entsprechendes Asylbegehren in Deutschland gemäß § 29 I Nr. 1 AsylG unzulässig wäre.³⁰ Deutschland ist vollständig von Dublin-Staaten umgeben. Daher „bestehen für die deutschen Grenzbehörden prinzipiell bei jedem Schutzersuchen an einer Landgrenze Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates [...]“.³¹

Aufgrund von Art. 20 I Dublin III-VO ist zwar das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen EU-Mitgliedstaats einzuleiten, wenn in einem Mitgliedstaat erstmals ein Antrag auf internationalen Schutz gestellt wird. Art. 20 IV UAbs. 1 S. 1 Dublin III-VO bestimmt jedoch, dass für die Durchführung des *Zuständigkeitsprüfungsverfahrens* und eines sich daran eventuell anschließenden *Asylverfahrens* der Dublin-Staat zuständig ist, *aus dem die Einreise erfolgen soll*.³² Da der Antrag noch *vor* der Einreise und damit – unabhängig von der örtlichen Lage der Grenzübergangsstelle – rechtlich im Nachbarland Deutschlands gestellt wird, haben dessen zuständige Behörden ein entsprechendes *Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren*³³ gegenüber dem eigentlich zuständigen Dublin-Staat einzuleiten, soweit sie nicht selbst zuständig sind. Ist das *Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren* neben dem Vorliegen der *Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates* sichergestellt – wovon bei den Nachbarländern der Bundesrepublik Deutschland wohl auszugehen ist – hat an der Grenze eine Zurückweisung des Asylbewerbers zu erfolgen. In diesen Fällen ist „die Grenzbehörde daher auch nicht verpflichtet, dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, bei der zugeordneten Außenstelle des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge einen Asylantrag zu stellen.“³⁴ Die Grenzbehörden sind folglich grundsätzlich verpflichtet, die Einreise aus einem Nachbarland Deutschlands zu verweigern.³⁵

Für die Zuständigkeit des Nachbarlandes spricht der vom europäischen Gesetzgeber beabsichtigte Sinn und Zweck, denn Transitländern sollte der Anreiz genommen werden, Sekundärmigration in ihre Nachbarstaaten zu dulden oder gar zu fördern.³⁶ Dass ein die Durchreise gewährendes Land für das Asylverfahren zuständig bleibt, ergibt sich nach der Auffassung des EuGH aus dem Gedanken der *europäischen Solidarität*.³⁷ Dies ist sinngemäß *a maiore ad minus* auf die Zuständigkeit

des Nachbarlandes für das vorgelagerte *Zuständigkeitsprüfungsverfahren* gemäß Art. 20 IV UAbs. 1 S. 1 Dublin III-VO übertragbar. So wie ein Dublin-Staat, trotz Gewährung der massenhaften Durchreise von Asylbewerbern, seine Zuständigkeit für das *Asylverfahren* selbst nicht verliert, gilt dies gleichermaßen für die Pflicht zur Durchführung des vorgelagerten *Zuständigkeitsprüfungsverfahrens*.³⁸

Auch ist ein *freiwilliger Selbsteintritt* der Bundesrepublik Deutschland in das *Asylverfahren* gemäß Art. 17 I Dublin III-VO *direkt an der Grenze und vor der Einreise* zu keiner Zeit erfolgt. Selbst in der Zeit vom 25.8.2015 bis 21.10.2015, während der ausdrücklich *ausnahmsweise* pauschal für syrische Staatsbürger das *Selbsteintrittsrecht* in das *Asylverfahren* ausübt wurde, geschah dies nicht vor der Einreise *an der Grenze* selbst, sondern erst später durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF).³⁹ Das BAMF erklärte den *Selbsteintritt* also ebenso erst *nach erfolgter Einreise*, wie es auch erst dann *Zuständigkeitsprüfungsverfahren* durchgeführt hat, die in zehntausenden Fällen zum dem Ergebnis kamen, dass ein anderer Dublin-Staat für das *Asylverfahren* zuständig ist.⁴⁰ Vielmehr führte die Grenzöffnung gemäß § 18 IV Nr. 2 AsylG zum faktischen „*Selbsteintritt*“ in das vorgelagerte *Zuständigkeitsprüfungsverfahren* entgegen dem Wortlaut des § 18 II Nr. 2 AsylG und des Art. 20 IV UAbs. 1 S. 1 Dublin III-VO.

3. Durch die Bundesregierung für die Grenzöffnung gewählte Rechtsgrundlage

Die Exekutive beruft sich für die Grenzöffnung ohne Verweis auf eine der beiden dort geregelten Tatbestandsalternativen pauschal auf § 18 IV AsylG⁴¹. Gemäß § 18 IV Nr. 1 AsylG wäre durch

25 Schmidt-Sommerfeld, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), MÜKOSTGB, 2. Aufl. 2013, AsylVfG § 18 Rn. 1.

26 § 18 II Nr. 1 AsylG.

27 BT Drs. 16/5065 S. 215; vgl. auch Schmidt-Sommerfeld, in: MÜKOSTGB (o. Fn. 25), AsylVfG § 18 Rn. 2; Bruns, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 18 Rn. 21; Schott-Mehring, ZAR 2014, 142 (147).

28 Schmidt-Sommerfeld, in: MÜKOSTGB (o. Fn. 25), AsylVfG § 18 Rn. 1.

29 BGH, NVwZ 2010, 726 (727) Rn. 18; Bruns, in: Hofmann (o. Fn. 27), § 18 Rn. 21.

30 Schmidt-Sommerfeld, in: MÜKOSTGB (o. Fn. 25), AsylVfG § 18 Rn. 1.

31 Haderlein, in: BeckOK AuslR (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 22.

32 Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke, ZAR 2016, 131 (132); Haderlein, in: BeckOK AuslR (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 22; dies übersieht etwa Fontana, NVwZ 2016, 735.

33 Vgl. Art. 22 ff. Dublin III-VO.

34 VG Frankfurt a. M. Beschl. v. 10.6.2013 – 7 L 2261/13, BeckRS 2013, 55864.

35 Haderlein, in: BeckOK AuslR (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 22.

36 Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke, ZAR 2016, 131 (132).

37 Urteil vom 26.7.2017 in der Rechtssache C-646/16 Rn. 88 ff.

38 Art. 20 IV UAbs. 1 S. 1 Dublin III-VO.

39 <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2015/11/2015-11-11-regpk.html>; vgl. auch: Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der LINKEN, BT-Drs. 18/7323, S. 11; <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-11/fluechtlingskrise-deutschland-dublin-verfahren-syrier>.

40 <http://www.handelsblatt.com/politik/international/nur-jeder-13-migrant-aus-deutschland-zurueckgefuehrt-eu-laender-halten-sich-nicht-an-dublin-verfahren/19920488.html>.

41 Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der LINKEN, BT-Drs. 18/7311; Mündliche Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Krings, BT-PIPr 18/154, S. 15166 A; Schriftliche Antwort der Staatssekretärin Haber, BT-Drs. 18/7510, S. 29; Schreiben des Bundespolizeipräsidiums vom 1.11.2015, Az. 71 – 16 14 02 – 0001 – 13/2015.

die Grenzbehörden jedoch bereits ohne Zutun der Bundesregierung oder des BMI von der Einreiseverweigerung eines Asylbewerbers abzuweichen, wenn die Bundesrepublik Deutschland auf Grund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages mit dem sicheren Drittstaat für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig wäre. Eine Berufung der Exekutive hierauf scheidet gleichwohl bereits deshalb aus, weil diese zutreffend davon ausgeht, dass es keine zwingende Vorschrift zur Grenzöffnung gibt.⁴²

Die dann denklogisch einzig verbleibende Alternative des § 18 IV Nr. 2 AsylG sieht eine freiwillige Anordnung des Bundesministeriums des Innern aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland vor und durchbricht mit dieser Möglichkeit die Verpflichtung zur Einreiseverweigerung.⁴³ Die Möglichkeit des BMI, von der Zurückweisung an der Grenze abzuweichen, greift jedoch nach dem Wortlaut des § 18 IV 1. HS AsylG nicht, wenn ein Asylbewerber wegen Anhaltspunkten für die Zuständigkeit eines anderen Dublin-Staates an der Grenze zurückgewiesen werden müsste. Diese enge Auslegung⁴⁴ ist zumindest für § 18 IV Nr. 2 AsylG schon deshalb zutreffend, weil kaum anzunehmen ist, dass der Bundestag mit den Möglichkeiten zur Abweichung vom Grundsatz des Zurückweisungsgebots besonders freigiebig sein wollte.

Trotz des offensichtlichen Verstoßes gegen den Wortlaut verbleibt für die Grenzöffnung insofern nur die Berufung auf eine freiwillige Ministeranordnung aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland gemäß § 18 IV Nr. 2 AsylG.⁴⁵ Die Bundesregierung bzw. das BMI haben jedenfalls gegenüber der Presse auf die in dieser Vorschrift enthaltenen Tatbestandsmerkmale der humanitären Gründe⁴⁶ bzw. der Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland⁴⁷ verwiesen. Dies hat zudem auch die Generalstaatsanwaltschaft Berlin im Juni 2016 als Tatsache bei einer Entscheidung zugrunde gelegt, mit der eine Beschwerde gegen die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens gegen Bundeskanzlerin Merkel begründet wurde und die dabei – selbst, wenn die Entscheidung hinsichtlich der fehlenden Strafbarkeit im Ergebnis zutreffend sein mag – die Berufung der Bundesregierung auf die Ministeranordnung gemäß § 18 IV Nr. 2 AsylG irrigerweise für zulässig erachtete.⁴⁸

Die Ministeranordnung oder die Entscheidungen über ihre Aufrechterhaltung sind anders als Entscheidungen zur Aufnahme von Kontingentflüchtlingen gemäß § 23 II AufenthG⁴⁹ nicht schriftlich festgehalten worden und es liegen damit auch keine nachprüfaren Begründungen vor.⁵⁰ Schon früh wurde von Hillgruber kritisiert, dass das Fehlen einer öffentlichen Bekanntmachung eines so wesentlichen Beschlusses die Bürger darüber trotz der rechtlichen und tatsächlichen Tragweite dieser Anordnung im Unklaren lässt.⁵¹ Dass die Exekutive nicht einmal konkrete Anfragen von Bundestagsabgeordneten zur genauen Rechtsgrundlage beantwortet hat, wird etwa von den Wissenschaftlichen Diensten des Bundestages mit Erstaunen zur Antwort der Bundesregierung auf die Schriftliche Fragen des MdB Stracke⁵² festgestellt.⁵³ Die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages konnten daher im Januar 2016 keine Aussage darüber

treffen, welche Rechtsgrundlagen für die Einreisegestattungen seit September 2015 zur Anwendung gekommen sind.⁵⁴ Noch im August 2016 kritisieren sie, dass „in tatsächlicher Hinsicht Unklarheit darüber besteht, welche Rechtsgrundlagen für Einreisegestattungen konkret herangezogen wurden und werden“.⁵⁵ Obschon sich die gewählte Rechtsgrundlage, wie dargestellt, erschließen lässt, sind die Literatur hierüber jedoch auch Anfang 2017⁵⁶ und die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages selbst noch Mitte 2017⁵⁷ aufgrund der fehlenden Veröffentlichung der Entscheidung zur Grenzöffnung seitens der Exekutive im Unklaren.

4. Verfassungswidrige Überschreitung der für die Grenzöffnung gewählten Rechtsgrundlage

Die Anordnung der Einreise durch das BMI ist zwar als politische Entscheidung grundsätzlich nicht überprüfbar.⁵⁸ Allerdings bezieht sich der Ausschluss der verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit lediglich auf die Frage, ob z. B. humanitäre Gründe wirklich vorliegen oder ob etwa die Einreise tatsächlich der Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland dient. Ob hingegen die seit fast zwei Jahren andauernde Grenzöffnung für eine Vielzahl von Asylbewerbern von dieser Rechtsgrundlage noch gedeckt sein kann, ist davon unabhängig. Hier geht es darum, ob derjenige, der diese Entscheidungen getroffen hat und aufrechterhält, im System der Gewaltenteilung überhaupt in diesem quantitativen Umfang

42 Ebenda.

43 Haderlein, in: BeckOK AuslR (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 36; Zulässigkeit direkter Zurückweisung von Flüchtlingen an EU-Binnengrenzen der Bundesrepublik, WD 3 - 3000 - 259/15, S. 12.

44 Erbs/Kohlhaas/Hadamitzky/Senge, 213. EL März 2017, AsylG § 18 Rn. 9; Winkelmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 18 Rn. 30; a. A. Haderlein, in: BeckOK AuslR (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 31.

45 Haderlein, in: BeckOK AuslR (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 36.

46 <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/fluechtlinge-ein-geheimerlass-zur-oeffnung-der-grenze-14024916.html>.

47 <https://www.welt.de/politik/deutschland/article155160897/Kontroverse-ueber-Umgang-mit-jungen-Fluechtlingen.html>.

48 Entscheidung der GenStA Berlin vom 29.6.2016 zu 276 Js 2087/15, in Auszügen veröffentlicht unter <https://community.beck.de/2017/06/11/die-strafbarkeit-der-bundeskanzlerin-im-herbst-2015-reloaded>.

49 http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Migration-Integration/Asyl-Fluechtlingsschutz/Humanitaere-aufnahmeprogramme/humanitaere-aufnahmeprogramme_node.html.

50 https://fragdenstaat.de/files/foi/48592/16_ifg_anfrage_bmi_asylg18.pdf; inhaltlich identisch auch: Schreiben des Bundesministeriums des Innern vom 23.6.2017, Az.: Z14-13002/4#1117.

51 <http://m.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/fluechtlinge-ein-geheimerlass-zur-oeffnung-der-grenze-14024916.html>.

52 BT-Drs. 18/7510, S. 29.

53 Einreiseverweigerung und Einreisegestattung nach § 18 Asylgesetz WD 3 - 3000 - 109/17, S. 10 f.

54 Fragen zur Einschränkung des Asylgrundrechts und zur Einreise von Asylsuchenden aus sicheren Drittstaaten WD 3 - 3000 - 006/16, S. 10.

55 Zurückweisungen von Ausländern an der Grenze zu Österreich WD 3 - 3000 - 192/16, S. 3.

56 Haderlein, in: BeckOK AuslR (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 37.

57 Einreiseverweigerung und Einreisegestattung nach § 18 Asylgesetz WD 3 - 3000 - 109/17, S. 10 f.

58 Winkelmann, in: Bergmann/Dienelt (o. Fn. 44), § 18 Rn. 30; Zulässigkeit direkter Zurückweisung von Flüchtlingen an EU-Binnengrenzen der Bundesrepublik, WD 3 - 3000 - 259/15, S. 12.

und zeitlichen Ausmaß ohne formelle Beteiligung des Bundesrates dazu berechtigt ist.

In großen Teilen der Literatur wird die Anordnungsbefugnis des § 18 IV Nr. 2 AsylG als Ausnahmenvorschrift für *Einzelfälle* betrachtet, die nicht zu einer länger andauernden Grenzöffnung für eine größere Anzahl von Menschen herangezogen werden kann.⁵⁹ Andere Kommentierungen und die Gesetzesbegründung selbst liefern hierzu keine Anhaltspunkte.⁶⁰ Dies wird jedoch daran liegen, dass sich niemand die Absicht der Exekutive vorstellen konnte, die Einreise so vieler Menschen über einen so langen Zeitraum auf dieser Rechtsgrundlage anordnen zu wollen. Dass die Reichweite der Inanspruchnahme der Rechtsgrundlage überprüfbar sein muss, ergibt sich schon daraus, dass die Anordnung der Einreise für eine Vielzahl von Asylbewerbern über einen längeren, nicht definierten Zeitraum praktisch den Gesetzesbefehl des § 18 II AsylG suspendieren würde.⁶¹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die gesetzlichen Grundsätze für die Einreise und den Aufenthalt von Menschen, die *keinen Rechtsanspruch* auf eine Einreisegewährung haben, durch die gegenwärtige ungesteuerte Praxis konterkariert werden. § 1 I AufenthG nennt insoweit die *Steuerung und Begrenzung* des Zuzugs von Ausländern sowie die Ermöglichung und Gestaltung der Zuwanderung *unter Berücksichtigung der Aufnahme- und Integrationsfähigkeit, der wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interessen* und der *humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland*.

Der Überprüfbarkeit einer seit fast zwei Jahren andauernden Grenzöffnung steht auch nicht der Aspekt der Einschränkung der schnellen Handlungsfähigkeit der Regierung entgegen, die durch die Ermächtigung zu einer kurzfristigen politischen Ermessensentscheidung der *Ministeranordnung* sichergestellt werden soll.⁶² Wie schnell Exekutive und Legislative eine grundlegende Entscheidung herbeiführen können, zeigt etwa der Syrien-Einsatz der Bundeswehr. Dieser wurde am 1.12.2015 von der Bundesregierung und nur drei Tage später am 4.12.2015 vom Bundestag beschlossen.⁶³

Der genaue Rechtscharakter der *Ministeranordnung* wird in der einschlägigen Literatur offengelassen.⁶⁴ Unabhängig davon, ob man von einer Rechtsverordnung ausgeht,⁶⁵ bzw. zumindest deren Rechtsgrundsätze entsprechend anwendet oder ob es sich um ein Rechtsinstitut anderer Art handelt: die zeitlich und quantitativ unbeschränkte Grenzöffnung verletzt den Grundsatz der Gewaltenteilung sowie das Demokratieprinzip und missachtet den Vorrang bzw. den Vorbehalt des Gesetzes.

Im Rahmen der Gewaltenteilung⁶⁶ wird das Verhältnis der Exekutive zur Legislative vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes maßgeblich geprägt. Danach dürfen Regierung und Verwaltung in keinem Fall von bestehenden Gesetzen abweichen oder Ermächtigungsgrundlagen überschreiten und sind insofern in ihren Entscheidungen gebunden. Die *Legislative* kann zwar grundsätzlich die *Exekutive* zum Erlass „materieller“ Gesetze in Form von Rechtsverordnungen und autonomen Satzungen ermächtigen. Diese Möglichkeit zur Delegation erfährt jedoch ihre Begrenzung durch den Parlamentsvorbehalt. Diese Begrenzung für die Anordnungsbefugnis gilt natürlich erst recht, wenn man den Rechtscharakter der Ministererlaubnis des § 18 IV

Nr. 2 AsylG unterhalb der Ebene einer Rechtsverordnung oder Satzung sähe. Nach der Rechtsprechung des BVerfG hat das Parlament die nicht übertragbare Verpflichtung, in „*grundlegenden normativen Bereichen*“ und insbesondere – aber nicht ausschließlich – im Bereich der Grundrechtsausübung die „*wesentlichen Entscheidungen*“ selbst zu treffen. Danach werden solche Bereiche als wesentlich angesehen, die für die Verwirklichung der Grundrechte essentiell sind. Daneben werden weitere Kriterien herangezogen, zu denen auch die *Langzeitwirkung* der Regelung,⁶⁷ *gravierende finanzielle Auswirkungen*⁶⁸ und *Auswirkungen auf das Gemeinwesen*⁶⁹ gehören.

Die zeitlich und quantitativ unbeschränkte Aufrechterhaltung der Grenzöffnung durch den Bundesinnenminister kann ohne Zweifel als wesentliche Entscheidung angesehen werden, die von der Anordnungsbefugnis des § 18 IV Nr. 2 AsylG nicht mehr gedeckt ist.⁷⁰ Hierfür sprechen die massiven und nicht nur zeitlich vorübergehenden Auswirkungen der Aufnahme von weit über 1 Mio. Asylbewerbern – die de facto eine Zuwanderung darstellen dürfte⁷¹ – auf das Gemeinwesen der Bundesrepublik. Am eindeutigsten messbar sind hierbei die jährlichen *finanziellen Auswirkungen* im zweistelligen Milliardenbereich für die Steuer- und Beitragszahler etwa durch den erheblichen Verwaltungsaufwand, deutlich gesteigerte Sozialausgaben z. B. für Lebenshaltungskosten und Gesundheitsleistungen sowie die Integration in die hiesige Gesellschaft mitteleuropäischer Prägung und in den Arbeitsmarkt.⁷² Die Dimension der aufgrund der andauernden Grenzöffnung benötigten Unterkünfte und weiteren Infrastruktur wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass theoretisch für 1,5 Mio. Menschen innerhalb der

59 Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke, ZAR 2016, 131 (136); Haderlein, in: BeckOK AuslR (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 3; Murswiek, in: Depenheuer/Grabenwarter, Der Staat in der Flüchtlingskrise, 2016, S. 135; Di Fabio (o. Fn. 8), S. 94; Zulässigkeit direkter Zurückweisung von Flüchtlingen an EU-Binnengrenzen der Bundesrepublik, WD 3 - 3000 - 259/15, S. 12.

60 BT-Drs. 12/4450, S. 19.

61 Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke, <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/fluechtlingskrise-in-deutschland-rechtsstaatlich-machbar-14060376.html>.

62 Winkelmann, in: Bergmann/Dienelt (o. Fn. 44), § 18 Rn. 30.

63 BT-Drucksache 18/6866; <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw49-de-bundeswehreinsetzung-isis-freitag/397884>.

64 Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, AsylG 214. EL Mai 2017, § 18 Rn. 11; Bruns, in: Hofmann (o. Fn. 27), § 18, Rn. 32; Schönenbroicher, in: Heusch/Haderlein/Schönenbroicher, Das neue Asylrecht, 1. Aufl. 2016; Rn. 148.

65 Vgl. Di Fabio (o. Fn. 8), S. 95.

66 Art. 79 III Alt. 3 i. V. m. Art. 20 II 2 GG.

67 BVerfGE 49, 89 (126 f.).

68 BVerfGE 98, 218 (251).

69 BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, Rn. 57.

70 Vgl. FN 8-20; Di Fabio (o. Fn. 8), S. 96 f.; Murswiek, in: Depenheuer/Grabenwarter (o. Fn. 59), S. 134; Haderlein, in: BeckOK AuslR (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 39.

71 <https://www.welt.de/politik/deutschland/article170082939/Wie-der-Staat-aus-den-meisten-Fluechtlingen-Einwanderer-macht.html>.

72 <https://www.welt.de/politik/deutschland/article161565378/Fluechtlingskrise-kostet-Deutschland-jaehrlich-22-Milliarden-Euro.html>; <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/fluechtlingskosten-deutschland-bis-2017-rund-50-mrd-euro-14045355.html>; <http://www.sueddeutsche.de/news/politik/migration-bundesagentur-arbeitsmarkt-integration-von-fluechtlingen-dauert-jahre-dpa-urn-newsml-dpa-com-20090101-160201-99-375964>; <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/frank-walter-steinmeier-integration-von-fluechtlingen-koennte-jahrzehnte-beanspruchen-a-1159309.html>.

letzten beiden Jahre zehn Städte etwa der Größe von Heidelberg hätten errichtet werden müssen.

Zudem liegt mit der mehr als nur kurzfristigen Aufrechterhaltung der *Ministeranordnung* zur Grenzöffnung auch ein Verstoß gegen das *Demokratieprinzip* vor,⁷³ das insbesondere den Schutz von parlamentarischen Minderheiten und damit der Opposition gewährleisten soll.⁷⁴ Indem die Bundesregierung auf die Regelung des weit über den Wortlaut und die Grenzen der Anordnungsbefugnis hinausgehenden Vorgehens durch ein materiell-formelles Gesetz verzichtet, und stattdessen mithilfe einer Exekutivanordnung handelt, verliert die Opposition im Parlament jede Einwirkungsmöglichkeit auf den Gang der Gesetzgebung. Zudem wird zutreffend angeführt, dass wegen der unmittelbaren engen Beziehung der zeitlich und quantitativ unbeschränkten Grenzöffnung zur *Eigenstaatlichkeit der Länder* und im Blick auf die Wahrung des in Art. 30 GG verankerten Funktionsschutzes landesrechtlicher Kompetenzen und übertragener Rechtspflichten auch das bundesstaatliche Gefüge betroffen ist.⁷⁵

5. Schlussfolgerungen

Eine Entscheidung dieser Dauer und Tragweite darf im Gegensatz zu einer lediglich kurzfristig geltenden Ministeranordnung für eine überschaubare Personenzahl nicht ohne Beteiligung der Legislative ergehen. Insbesondere dann, wenn es sich bei der Einreise und Aufnahme so vieler Asylbewerber um eine Aufgabe handelt, die der damalige Bundespräsident *Gauß* als eine *schwierigere als die deutsche Einheit* ansah.⁷⁶

Vor dem Hintergrund, dass gemäß Art. 13 I Dublin III-VO meist Griechenland oder Italien als Länder mit EU-Außengrenze für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig sein dürften,⁷⁷ mag man zwar *politisch* kritisieren, dass sich Deutschland in einer *rechtlich* komfortablen Position befindet, die ein „*unsoziales*“ Verhalten gegenüber diesen Ländern ermöglichen

würde.⁷⁸ Andererseits müsste dann, sofern es sich bei dieser Auffassung um eine mehrheitliche Ansicht in den zuständigen Gremien der EU handelt, die wohl auch von der Bundesrepublik Deutschland unterstützt würde, das geltende europäische bzw. internationale Recht *geändert* werden, um eine „*gerechte*“ Verteilung von Asylbewerbern sicherzustellen.⁷⁹

Zur Wiederherstellung wenigstens der formellen Verfassungsgemäßheit der fortdauernden Grenzöffnung in Deutschland sollte der Bundestag zudem dringend alle Aspekte, welche die Grenzöffnung für Asylbewerber, deren *Asylverfahren eigentlich von einem anderen Dublin-Staat bearbeitet werden müssten*, und die Abweichung von den Zielen des § 1 I AufenthG zu einer *wesentlichen* Entscheidung machen, in einer ausführlichen Debatte abwägen. Soweit das Parlament ein Fortdauern der Grenzöffnung für erforderlich hält, müsste § 18 II Nr. 2 AsylG entsprechend – zumindest temporär – für nicht mehr anwendbar erklärt werden. So ist der Bundestag ja bereits mit der zweijährigen Aussetzung des Familiennachzugs für international subsidiär Schutzberechtigte verfahren,⁸⁰ wenn auch mit umgekehrten, einreiseverhindernden Vorzeichen.

73 Vgl. Art. 79 III Alt. 3 i. V. m. Art. 20 I, II 2 GG.

74 Vgl. z. B. BVerfG, Urf. v. 3.5.2016, 2 BvE 4/14, Rn. 1 ff., 34 f.

75 *Di Fabio* (o. Fn. 8), S. 96.

76 <http://www.faz.net/aktuell/politik/bundespraesident-gauß-integration-der-fluechtlinge-schwieriger-als-deutsche-einheit-13836857.html>; vgl. auch *Murswiek*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (o. Fn. 59), S. 134.

77 *Haderlein*, in: *BeckOK AuslR* (o. Fn. 20), AsylG § 18 Rn. 32.

78 *Papier*, NJW 2016, 2391 (2393); wobei anzumerken ist, dass die Bundesrepublik im Gegenteil mehr als die Hälfte aller Flüchtlinge in der EU aufgenommen hat (<https://www.tagesschau.de/inland/fluechtlinge-eu-131.html>) und andere Dublin-Staaten trotz eigener Zuständigkeit Rückführungen dorthin erschweren (<http://www.handelsblatt.com/politik/international/nur-jeder-13-migrant-aus-deutschland-zurueckgefuert-eu-laender-halten-sich-nicht-an-dublin-verfahren/19920488.html>).

79 Vgl. *Henkel*, ZRP 2017, 2; *Nußberger*, NVwZ 2016, 815 (817 ff.); *Dörig/Langenfeld*, NJW 2016, 1.

80 Übergangsvorschrift des § 104 XIII AufenthG, BT-Drs. 18/7538.

Jonas Botta, Berlin*

Das Kirchenasyl als rechtsfreier Raum? Zum Rechtsschutzbedürfnis von Kirchenasylflüchtlingen

Kann es im modernen Verfassungsstaat noch rechtsfreie Räume geben? Diese Frage ist bis heute unweigerlich mit der Debatte über das Für und Wider der Praxis des Kirchenasyls verbunden. Eine Debatte, die in Folge gestiegener Fallzahlen in Zeiten der sogenannten europäischen Flüchtlingskrise wieder an Aktualität gewonnen hat. Von besonderer Brisanz ist eine neue Tendenz in der Verwaltungsrechtsprechung, Kirchenasylflüchtlingen grundsätzlich das Rechtsschutzbedürfnis zu versagen. Der vorliegende Beitrag soll der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidungen nachgehen und einen Ausblick auf die zukünftige Relevanz des Kirchenasyls bieten.

1. Die Renaissance des Kirchenasyls

Derzeit befinden sich gemäß den Angaben der „Ökumenischen Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche e. V.“¹ 558 Menschen in Deutschland im Kirchenasyl, das zumeist

* Jonas Botta ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Mario Martini an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer. Für wertvolle Anregungen gilt der Dank Prof. Dr. Hans Hofmann.

1 Dachverband der christlichen Gemeinden in Deutschland, die Kirchenasyl gewähren.