

V Ausblick: institutionelle Legitimität

Es liegt im Wesen von Sollbruchstellen, strukturelle Schwachpunkte zu bezeichnen, die einem Gegenstand konstruktiv eingelassen sind. Das Flüchtlingsrecht kennt keinen problemfreien Urzustand, sondern bleibt in seiner Entwicklung prekär, weil sich Problemlagen, die immer schon existierten, kontextabhängig fortentwickeln. Hierbei entsteht für die drei Sollbruchstellen des Flüchtlingsrechts ein asymmetrisches Gesamtbild. Während der frühere Konflikt über die Reichweite der Flüchtlingsdefinition in der europäischen Gegenwart seine Bedeutung verloren hat, erstarkten die Drittstaatskooperation sowie die Vorgaben über die Reiseroute zu den aktuellen Streitpunkten – und aktualisieren damit strukturelle Unklarheiten, die dem Flüchtlingsrecht von Anfang an eingeschrieben waren.

Ein Gesamtfazit muss daher lauten, dass ein problemlösungsorientierter Ansatz die aufgezeigten Problemlagen nicht als vorübergehende Pathologie abtut, die von einem scheinbar perfekten Design abweichen. Stattdessen muss man mit den Strukturdefiziten pragmatisch umzugehen lernen. Der ethische Anspruch des Flüchtlingsschutzes und das staatliche Steuerungsinteresse sind miteinander zu verbinden, anstatt gegeneinander auszuspielen – ganz konkret etwa bei der Ausgestaltung sicherer Drittstaatsklauseln. Ebenso zeigt das fehlende Menschenrecht auf ein humanitäres Visum, dass der Flüchtlingsschutz nicht einseitig auf individuelle Rechte setzen, sondern zwischenstaatlich kooperativ realisiert werden sollte. Es geht darum, das Flüchtlingsrecht dauerhaft als politische Gestaltungsaufgabe anzunehmen, die rechtliche Vorgaben beachtet und auf dieser Grundlage sachdienliche Lösungen entlang der Sollbruchstellen anstrebt, die die widerstreitenden Werte und Interessen verbinden.

Nun wird niemand behaupten, dass eine solche Lösungssuche leicht sei oder immer gut funktionierte. Anschaulich zeigen dies die aktuellen Debatten über die Situation im zentralen Mittelmeer und in Nordafrika. Eine Erklärung hierfür ist nicht nur, dass ein Interessenausgleich in Situationen gemischter Wanderungen schon immer schwer zu realisieren war. Zugleich verschieben sich in Europa aktuell einige Parameter, weil Akteure, die in den letzten dreißig Jahren die Rechtsentwicklung maßgeblich mittrugen, an Einfluss einzubüßen scheinen. Eine Reform des europäischen Asylsystems kommt nicht voran und auch die Gerichte scheinen vorsichtiger zu agieren. Beides dürfte kein Zufall sein. Aus einer verfassungstheoretischen Perspektive war es nie selbstverständlich, dass überstaatliche Einrichtungen und unabhängige Gerichte einen prägenden Einfluss entfalten. Eine dynamische Gesetzgebung und progressive Grundrechtsauslegung beruhen auf Voraussetzungen, die derzeit erodieren.

Besonders deutlich wird dies am Beispiel der Europäischen Union, die als supranationaler Verband – ganz ähnlich wie jede Form der Rechtsprechung – nur indirekt an den demokratischen Diskurs rückgebunden ist. Sie verbindet eine quasi-föderale Rechtsintegration mit einer konsensbasierten Entscheidungsfindung.²¹¹ Eine Grundannahme der Europaforschung besagt, dass die EU über lange Jahre durchaus erfolgreich auf einen „permissiven Konsens“ aufbaute. Die Bürger stimmten der EU grundsätzlich zu, ohne sich näher für diese zu interessieren. Man gewann oder verlor keine Wahlen mit Europa.²¹² Die Organstruktur spiegelt bis heute den permissiven Konsens. Seine Stärke ist der zwischenstaatliche Interessenausgleich im Modus der permanenten Großen Koalition. Politische Debatten werden – ganz ähnlich wie Gerichtsverfahren – mit technokratischen Argumenten geführt und man umgeht öffentlichkeitswirksame Kontroversen.²¹³

Damit sind wir bei einem Grunddilemma der Gegenwart: Die Flüchtlingskrise bewirkt, dass der „permissive Konsens“ nicht mehr trägt.²¹⁴ Migration erstarkte zu einem salienten Thema, das öffentliche Debatten prägt. Bürger sorgen sich um die Folgen für den Arbeitsmarkt, den Sozialstaat und den gesellschaftlichen Zusammenhalt.²¹⁵ Außerdem dient Migration immer auch als Projektionsfläche für eine allgemeine Unzufriedenheit mit der Globalisierung.²¹⁶ In einer solchen Situation reichen eine technokratische Sprache und ein zwischenstaatlicher Interessenausgleich nicht mehr aus. Stattdessen braucht es politische Führungsstärke und eine öffentliche Debattenkultur – zwei Eigenschaften, die die europäischen

211 Klassisch zum dualen Charakter der Supranationalität *Joseph H.H. Weiler* The Transformation of Europe, *Yale Law Journal* 100 (1990/91) 2403 (2410–2431); formale Mehrheitsbeschlüsse ändern nichts an der inhaltlichen Konsensorientierung, deren Mehrwert deutlich wurde, als die Mehrheitsbeschlüsse zur Flüchtlingsrelokation im September 2015 von Ungarn und einigen anderen Ländern schlicht missachtet wurden.

212 Grundlegend *Stuart Scheingold/Leon N. Lindberg* Europe's Would-Be Polity. Patterns of Change in the European Community (Prentice-Hall, 1970).

213 Näher *Marco Dani* Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law, *European Law Journal* 18 (2012) 621 (628–632); und *Mark Dawson/Floris de Witte* Constitutional Balance in the European Union after the Euro Crisis, *Modern Law Review* 76 (2013) 817 (828–835).

214 Allgemein *Liesbet Hooghe/Gary Marks* A Postfunctionalist Theory of European Integration, *British Journal of Political Science* 39 (2009) 1–23.

215 Siehe *Philipp Genschel/Markus Jachtenfuchs* From Market Integration to Core State Powers, *Journal of Common Market Studies* 56 (2018) 178 (179–182); und *Frank Schorkopf* Die Dublin III-Verordnung als Sinnbild dysfunktionaler EU-Gesetzgebung, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2019, 1 (23–25).

216 Das Element der Projektion beseitigt nicht die politischen Folgen; siehe *Stephen Castles u. a.* The Age of Migration, 5. Aufl. (Palgrave, 2013) S. 307–312; und Mercator Forum Migration und Demokratie (MIDEM), Migration und Populismus, Jahresbericht 2018.

Institutionen ebenso wenig auszeichnen wie gerichtliche Verfahren und deren Fehlen zuletzt auch den UN-Migrationspakt unterminierten.

Speziell für die europäische Asylpolitik sind die Folgen durchaus dramatisch. Zu Beginn der Flüchtlingskrise konnte man noch optimistisch sein, dass die Europäische Union früher oder später zu einem ruhigen Modus der Beschlussfassung zurückkehren könnte, soweit der Kontrollverlust entlang der Balkanroute überwunden würde. Der „permissive Konsens“ kehrte zurück und erlaubte den europäischen Organen eine schrittweise Reform, die die verschiedenen Interessen und Werte ausgleicht.²¹⁷

Allerdings scheint dies nicht einzutreten. Die Zugangszahlen gehen zurück, aber dennoch kommen die Reformen nicht voran. Das europäische Asylsystem droht in einen Strudel aus Output-Defiziten und politischer Kontestation zu geraten, die sich wechselseitig verstärken, weil unterlassene Reformen die Steuerungsdefizite perpetuieren, die ihrerseits die Legitimationsbasis weiter schwächen, die für wirksame Reformen notwendig wäre. Für die EU wäre ein solcher Teufelskreis toxisch.²¹⁸ Ein Grund hierfür ist der Aufstieg populistischer Parteien, die die europäische Integration und das Migrationsgeschehen nutzen, um unter Verweis auf vermeintliche Steuerungsdefizite die politische Mobilisierung zu fördern.²¹⁹ Es ist dies ein Grund, warum Brüssel derzeit die politische Energie auf den Außengrenzschutz konzentriert. Es fällt leichter, über eine solidarische innereuropäische Verteilung der Flüchtlinge zu verhandeln, wenn deutlich weniger Asylbewerber nach Europa kommen.

Die politische Brisanz beeinflusst nicht nur die politische Kompromissuche. Vielmehr kann die erhöhte Salienz sich auch auf die Rechtsentwicklung auswirken. Gerichte sind (ebenso wie die Wissenschaft) in einem expertisebasierten Regierungssystem stark, das die EU lange Jahre darstellte, besitzen in hochpolitischen Angelegenheiten jedoch geringeren Einfluss. Es ist dies ein weiterer Grund, warum nicht zu erwarten steht, dass EGMR und EuGH sich in den Folgejahren als institutionelle Vorhut gerieren, die das Flüchtlingsrecht dynamisch

217 Hierzu *Thym* (Fn. 177) S. 1566 f.; mit *Stephen Castles* *The Factors that Make and Unmake Migration Policies*, *International Migration Review* 38 (2004) 852 (856 f.) zeigen vergleichende Studien, dass reale oder imaginierte Steuerungsdefizite den Verlauf migrationspolitischer Debatten maßgeblich beeinflussen.

218 Näher *Thym* (Fn. 177) S. 1571 f. unter Rückgriff auf *Jürgen Habermas* *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* (Suhrkamp, 1973), Teil II; und *Franz W. Scharpf* *Regieren in Europa: effektiv und demokratisch?* (Campus, 1999).

219 Hierzu *Thym* (Fn. 177) S. 1569 f.; siehe auch *Marc Morjé Howard* *The Politics of Citizenship in Europe* (CUP, 2009) Kap. 3; und *Ruud Koopmans/Paul Statham* *An Opportunity Structure Approach*, in: dies. (Hrsg.): *Challenging Migration and Ethnic Relations Politics. Comparative European Perspectives* (OUP, 2000) S. 13 (29–39).

fortentwickeln. Nationale und überstaatliche Gerichte bleiben auch künftig wichtige Akteure, um den Status quo durchzusetzen und damit zugleich einer Negativspirale immer tieferer Schutzstandards vorzubeugen. Es überforderte jedoch ihre Legitimität, eine revolutionäre Trendwende einzuläuten, indem sie etwa ein Menschenrecht auf ein humanitäres Visum etablierten.

Es ist auch dies ein allgemeines Fazit. Die Sollbruchstellen des Flüchtlingsrechts verweisen in materieller und institutioneller auf die prekäre Grundlagen eines Rechtsgebiets, das eine Balance immer nur punktuell finden kann, weil von Anfang an strukturelle Defizite bestanden, die nie abschließend geschlossen werden können, sondern kontextabhängig immer wieder von Neuem aufbrechen. Ein kooperatives Schutzregime, das auch auf gemischte Wanderungen reagiert, bedarf der institutionellen und politischen Einbettung, die die widerstreitenden Interessen zusammenführt. Rechtliche Verpflichtungen, die von Gerichten durchgesetzt werden, unterwerfen die staatliche Handlungsfreiheit bedeutsamen Grenzen, können die politische Gestaltung jedoch nicht ersetzen. Nur in der Kombination von Schutz und Kontrolle werden wir verhindern können, dass die Flüchtlingspolitik sich radikalisiert.