



Walter Hallstein-Institut
für Europäisches Verfassungsrecht

Humboldt-Universität zu Berlin

WHI - Paper 4/08

Die Zukunft europäischer Migrationspolitik

Claudio Franzius

Die Zukunft europäischer Migrationspolitik

I. Der Bericht der Zukunftsgruppe

Am 7. Juli 2008 hat die maßgeblich auf deutsche Initiative zurückgehende „Informelle Hochrangige Beratende Gruppe zur Zukunft der Europäischen Innenpolitik“ ihren Bericht unter dem Titel „Freiheit, Sicherheit, Privatheit – Europäische Innenpolitik in einer offenen Welt“ vorgelegt.¹ Der Bericht wirft die Frage auf, worin seine eigentliche Bedeutung liegt. Ist es der bemerkenswerte Umstand, daß wir in der „Zukunftsgruppe“ einen neuen Modus der Politikgestaltung zu erkennen meinen² oder ist es die Ernüchterung, die sich mit Blick auf die konzeptionelle Agenda für das Post-Haager-Programm zur Migrationspolitik einstellt?

Wir kommen jedenfalls in die Nähe der verbotenen Wörter, wenn im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit von *Gravitationszentrum*³ die Rede ist. Wo soll das aber besser erprobt werden als im Bereich der Innenpolitik? Hier verfügen wir mit dem Schengen-Aquis über einen europäischen Traditionsbestand. Allerdings wird Politik in der erweiterten Union immer unübersichtlicher. Und diese Unübersichtlichkeit kann eine rechtliche Qualität bekommen. Um es verfassungsrechtlich zu formulieren: Es ist politisch nicht alles erlaubt, was rechtlich keine oder noch keine Verbindlichkeit erzeugt. Die rechtliche Relevanz wird dem Bemü-

* Dr. iur., Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin, im Wintersemester 2008/09 Vertretung der Professur für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Staatsrecht an der Universität Konstanz. Der Beitrag ist die überarbeitete Fassung eines Kommentars für die Studiengruppe zur Europäischen Innenpolitik am 8.9.2008 im BMI.

¹ Abrufbar unter www.bmi.bund.de.

² Zur Zusammensetzung der Zukunftsgruppe *Matthias Oel/Juliane Rapp-Lücke*, Politische Entscheidungsvorbereitung in der EU-27 plus am Beispiel der europäischen Innenpolitik, *integration* 3/2008, 281 (285 ff.).

³ Zukunftsbericht, Rn. 7.

hen um Koordinierung nicht dadurch genommen, dass auf den Verbleib mitgliedstaatlicher Kompetenzen hingewiesen wird.

Häufig werden Probleme durch Sogwirkungen verursacht, weil man sich zur Bewältigung entstehender Asymmetrien nicht anders als durch die Hochzongung von Politikfeldern auf die europäische Ebene zu helfen weiß. Gewiß: Der Binnenmarkt verlangt eine europäische Innenpolitik. Aber die neofunktionale Logik stülpt die Rezepte des Binnenmarkts nicht einfach auf die Innenpolitik.⁴ Dennoch werden Parallelen deutlich. Sie liegen – hier wie dort – in der *Ermöglichung transnationaler Öffnungen*. Europäische Migrationspolitik reagiert auf transnationale Phänomene und erhält selbst einen transnationalen Anstrich.

II. Dynamik der Migrations- und Asylpolitik

Wir können drei Phasen unterscheiden. Den maßgeblichen Sprung erhielt die Migrations- und Asylpolitik mit dem Programm von Tampere, das 1999 auf der Grundlage der Art. 61 ff. EG erarbeitet werden konnte und es rechtfertigt, von einem europäischen Modell zu sprechen. Mit dem Haager Programm kommen seit 2004 operative Aufgaben hinzu, vor allem mit der Grenzschutzagentur FRONTEX.⁵ Die Zukunftsgruppe leitet nunmehr die dritte Phase ein, die verbesserte Koordinierung im Sinne eines vage bleibenden *Konvergenzprinzips* verspricht.⁶ Dieses Prinzip wirft ihrerseits neue Abgrenzungs- und Koordinierungsfragen auf, etwa zu den im Juni 2008 vorgelegten Mitteilungen der Kommission, aber auch zu dem von der französischen Ratspräsidentschaft forcierten Migrationspakt. Um meine Einschätzung vorwegzunehmen. Es sieht so aus, als ob die Zukunftsgruppe den politischen Primat in den Händen der Mitgliedstaaten bewahren und inhaltlich an erster

⁴ Andere Erwartungen: *Christian Calliess*, The Constitutional Framework of a Common European Immigration Policy, in: v. Hoffmann (Hrsg.), *Towards a Common European Immigration Policy*, 2003, S. 89 (130).

⁵ Zur Entwicklung *Andreas Fischer-Lescano/Timo Tohidipur*, Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX, *ZaöRV* 67 (2007), 1219; allg. *Andreas v. Arnould*, Die Europäisierung des Rechts der inneren Sicherheit, *JA* 2008, 327.

⁶ So in der Zusammenfassung des Berichts, Rn. 53. Ob es sich hier um den Ansatz für ein neues Integrationsparadigma handelt, ist unsicher. Das umso mehr, als es für die Migrations- und Asylpolitik nicht näher spezifiziert wird. Soweit ein Plädoyer für mehr Politikkohärenz gemeint ist, dürfte es für ein Leitbild nicht ausreichen.

Stelle das Problem illegaler Zuwanderung lösen will. Der Zusammenhang von Freiheit und Sicherheit⁷ bleibt undeutlich.

III. Europäisches Modell für Migration und Asyl

Wenn von einem europäischen Modell die Rede ist, sollte auf den Begriff der Steuerung verzichtet werden. Das betrifft weniger den Wechsel von Steuerung zu Governance⁸ als die semantische Anmaßung, durch Politik und Recht soziale Phänomene steuern zu wollen. So ist das kürzlich von der Bundesregierung beschlossene Arbeitsmigrationssteuerungsgesetz⁹ ein begriffliches Ungetüm und soweit die europäische Migrationspolitik die legale Zuwanderung auf die Nachfrage auf Arbeitsmärkten bezieht, erweist sie sich als zu eng. Jedenfalls tut eine „gut gesteuerte legale Zuwanderung“¹⁰ gut daran, nicht allein nach ökonomischen Kriterien ausgerichtet zu werden. Humanitäre Aspekte spielen aber nur am Rande eine Rolle und auch das Recht steht nicht im Vordergrund. Wenn beispielsweise auf allgemeine Legalisierungen verzichtet werden soll, dann beißt sich das nicht nur mit dem propagierten Erhalt mitgliedstaatlicher Kompetenzen, sondern dann wird auch ein unsicherer Status für Millionen von Drittstaatsangehörigen innerhalb der Union hingenommen. Das ist nicht nur für diese Personengruppe ein Problem. Und der als Allheilmittel propagierte Ansatz über *best practices*¹¹ an Stelle einer legislativen Harmonisierungspolitik gerät schnell in einen Widerspruch zum erklärten Ziel der Entflechtung von Zuständigkeiten, um Verantwortlichkeiten klarer abzuschichten und die Union – wie es so schön heißt – den Bürgern näher zu bringen.

⁷ Statt vieler *Christoph Gusy*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63 (2004), 151; *Dirk Heckmann*, Das Paradoxon von individueller Freiheit und öffentlicher Sicherheit, in: Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, ARSP Beiheft 104 (2005), 183.

⁸ Vgl. *Claudio Franzius*, Governance und Regelungsstrukturen, VerwArch 97 (2006), 186 im Anschluß an *Renate Mayntz*, Governance als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, 2. Aufl. 2006, S. 11 ff.

⁹ Gesetz zur arbeitsmarktadäquaten Steuerung der Zuwanderung Hochqualifizierter und zur Änderung weiterer aufenthaltsrechtlicher Regelungen (Arbeitsmigrationssteuerungsgesetz) v. 27.8.2008, abrufbar unter www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Gesetze.

¹⁰ Zukunftsbericht, Rn. 85.

¹¹ Zukunftsbericht, Rn. 88.

Eine Distanz zum Recht läßt der Bericht auch im Bereich der gemeinsamen Asylpolitik erkennen. Hier kann die Fertigstellung des gemeinsamen europäischen Asylsystems ohne weitere Harmonisierung der Rechtsvorschriften – wie im Bericht zutreffend hervorgehoben wird¹² – nicht erreicht werden. Grundlage ist das Dublin-System, das effizienter werden soll. Ein neuer Schwerpunkt wird in der externen Dimension der Asylpolitik gesehen. Hier wie auch anderswo nimmt sich die Zukunftsgruppe vieles gleichzeitig vor. Ist es schon schwer, gemeinsame Kriterien zu entwickeln und die transnationale Dimension der mitgliedstaatlichen Entscheidung für die übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zu schärfen, so lautet das juristisch verdächtige Zauberwort nunmehr *Ganzheitlichkeit*. Innenpolitik ist vermehrt auch Außenpolitik, was die Frage provoziert, ob an die Stelle territorialer Grenzen nicht längst funktionale Grenzen getreten sind, die neue Verkopplungsmechanismen für das Verhältnis von Politik und Recht erfordern.¹³ Jedenfalls sollen regionale Schutzprogramme ausgebaut und die Rückführung in und durch die Herkunftsländer mit Angeboten zirkulärer Migration im Rahmen von Mobilitätspartnerschaften erleichtert werden. Generell wird nach Anreizen zu fragen sein, um Drittstaaten zur verbesserten Mitwirkung an der Implementierung regionaler Schutzprogramme zu bewegen. Gelockerte territoriale Bindungen sind aber kein Grund zur Absenkung rechtsstaatlicher Standards, wobei es hier nicht auf Völkerrecht, sondern auf Europarecht ankommt.

In diesem Zusammenhang ist der Ausbau einer integrierten Grenzverwaltungsstrategie¹⁴ problematisch. Das läuft bisher ja doch im weitgehend verborgenen ab und es scheint den beteiligten Kräften nicht immer klar zu sein, daß sie hier im grundrechtssensiblen Bereich tätig sind. Das betrifft etwa die Verwendung biometrischer Daten. Und so notwendig die Errichtung eines Europäischen Grenzüberwachungssystems sein mag, die Union nimmt zu Gunsten einzelner Mitgliedstaaten seit Jahren außerhalb der Union verminte Grenzen hin. Statt Flüchtlinge effek-

¹² Zukunftsbericht, Rn. 89 ff.

¹³ Vgl. *Michael Stolleis*, Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?, in: Hèritier/Stolleis/Scharpf (Hrsg.), *European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels*, 2004, S. 17 ff.

¹⁴ Zukunftsbericht, Rn. 104 ff.

tiver mit Unterstützung durch FRONTEX auf offener See zu verfolgen, wären beispielsweise viele Grenzprobleme durch eine gemeinsame Strategie in der unendlichen Geschichte der offenen Westsahara-Frage einer Lösung zuführbar. Der erwünschte Ausbau von Agenturen wirft jedenfalls noch nicht zufriedenstellend beantwortete Fragen der politischen Kontrolle auf. Und in dem Maße, wie auf eine solche Kontrolle verzichtet wird, rückt die Rechtskontrolle in den Vordergrund. Dass der Rechtsschutz auch in der dritten Säule nicht durch die Maschen der Vernetzung fallen darf, hat der Europäische Gerichtshof jüngst in der Rechtssache *Kadi* und *Al Barakaat* deutlich gemacht.¹⁵ Für die Überwachung der europäischen Grenzen gilt nichts anderes. In diesem Zusammenhang verursacht das Plädoyer für eine Vereinheitlichung der Kontrollen erhebliche Probleme. Insbesondere droht der propagierte *one stop* Ansatz die Kompetenzordnung zu überspielen. Nicht immer ist das technologisch machbare auch kompetenzrechtlich zulässig.¹⁶

IV. Wissenschaftliche Herausforderungen

Worin liegen aber die wissenschaftlichen Herausforderungen, was kommt auf die wissenschaftliche Begleitung des neuen Politikgestaltungsprozesses zu? Ich will mich auf drei Aspekte beschränken.

a) Verantwortung und Vertrauen

Der Bericht der Zukunftsgruppe formuliert mit den Grundsätzen der Solidarität, Verantwortung und gegenseitigem Vertrauen wichtige Voraussetzungen für die Gestaltung einer gemeinsamen Migrationspolitik.¹⁷ Das Solidaritätsprinzip ist längst zu einem Verfassungsprinzip der Union¹⁸ avanciert, wenngleich die Basis

¹⁵ EuGH verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Urteil v. 3.9.2008, Slg. 2008, I-0000 Rn. 278 ff.

¹⁶ Der EuGH ist traditionell um den Schutz der horizontalen Kompetenzverteilung, also der Beachtung der Organkompetenzen bemüht, steckt aber erst in jüngerer Zeit die Grenzen der Binnenmarktkompetenz nach Art. 95 EG schärfer ab, vgl. EuGH Rs. C-317/04 *Fluggastdatenaustausch*, Slg. 2006, I-4721 Rn. 57. Mit Spannung wird die Entscheidung zur Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung im Bereich der Telekommunikation erwartet, vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 543.

¹⁷ Zukunftsbericht, Rn. 25, 83.

¹⁸ Vgl. *Armin v. Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 149 (182 f.).

ungleich schmaler als in den Mitgliedstaaten ist.¹⁹ Wir wollen es an dieser Stelle nicht weiter behandeln.

Bei den Topoi der Verantwortung und des Vertrauens handelt es sich um Legitimationskategorien, welche der Bericht nicht im Sinne einer Ersetzung, sondern einer wechselseitigen Ergänzung verstanden wissen will. Gleichwohl wird erkennbar, daß für die Union der Begriff der Verantwortung an Leistungsgrenzen stößt.²⁰ Über den Nachvollzug hierarchischer Ableitungszusammenhänge kann und muß nur eine Basislegitimation vermittelt werden. Diese darf nicht einfach durch effizienzbezogene Kategorien ersetzt werden, bedarf aber der Ergänzung durch die Institutionalisierung von Vertrauen, einem sozialen Vertrauen in die Rechtspraxis anderer Rechtsordnungen, die in ihren Prägungen für das Handeln der Akteure durch das Unionsrecht nicht verdrängt, sondern verklammert werden.²¹

So gesehen, changiert der Bericht zwischen *input* und *output* Argumenten, spricht mit dem gegenseitigen Vertrauen aber zutreffend das Verbindungsstück einer sozialen Legitimation *of the people* an. Dieses Vertrauen, das im Loyalitätsprinzip des Art. 10 EG vorausgesetzt wird, hat das Potential einer Schlüsselkategorie für die Union, wird von der Zukunftsgruppe allerdings nur mit dem Hinweis auf den interkulturellen Austausch spezifiziert und dürfte erst im Alltag der institutionellen Praxis wirksam werden. Das Maß des normativ erwarteten Vertrauens in Entscheidungen anderer Rechtsordnungen bestimmt die Ausformung der gegenseitigen Anerkennung. Was danach in den Formen des Produktsicherheitsrechts funktionieren mag, muß in der Justiz- und Innenpolitik noch nicht erfolgreich sein. Meine These ist, daß institutionelle Antworten – etwa im Sinne des umstrittenen Agenturmodells – auch als differenzierte Antworten auf die Vertrauensfrage zu begreifen sind, indem der Herausbildung wechselseitigen Vertrauens ein Ort gege-

¹⁹ Vgl. *Stefan Kadelbach*, *Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen*, VVDStRL 66 (2007), 7 (39).

²⁰ Vgl. *Hans Christian Röhl*, *Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung*, DVBl. 2006, 1070 (1079). Zur Verschränkung der Kooderationsmodi von Administrativorganen auch *Gerd Winter*, *Kompetenzverteilung und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung*, EuR 2005, 255.

²¹ Für den Binnenmarkt *Claudio Franzius*, *Gewährleistung im Recht*, 2008, § 5. Horizontales Vertrauen ist eine Bedingung dafür, daß das Phänomen vertikaler Herrschaft entsteht und Bestand haben kann. Zur horizontalen Legitimität *Kalevi Holsti*, *The State, War, and the State of War*, 1996, S. 87 f.

ben wird.²² Wir können dann über Details der Aufgabenzuweisung an FRONTEX streiten, eine Alternative zu diesem Ort der Vertrauensbildung für die Verwaltung der Außengrenzen des europäischen Migrationsraums gibt es m.E. nicht.

b) Transnationale Verwaltung europäischer Migrationsphänomene

Worauf bezieht sich aber dieses Vertrauen, das sich anschießt, begrifflich an die Stelle des Homogenitätsdiskurses²³ zu treten? Europäische Innenpolitik findet transnationale Regelungsstrukturen in einer variablen Mischung von Hierarchie und Kooperation vor und gestaltet diese um. Transnationalität ist ein Gegenstand überstaatlichen oder staatlichen Rechts, aber auch als eigene Kategorie von Politik und Recht zu begreifen.²⁴

So scheint der Begriff des Transnationalen die Dichotomie von Supranationalität und Intergouvernementalität zu überwinden und auf diese Weise die Relativierung der in die Verträge hineingelesenen Säulenstruktur zu spiegeln. Die angemessene Antwort liegt nicht stets in der Vergemeinschaftung, die neben der vertikalen immer auch eine erstaunlich wenig beachtete horizontale Dimension hatte.²⁵ Was aber im Warenverkehr durch primärrechtliche Pflichten abgesichert wird, fehlt in der Migrationspolitik. Diese wird dadurch noch nicht dem intergouvernementalen Regime ausgesetzt, wengleich richtig ist, daß mitgliedstaatliche Entscheidungen hier transnationale Wirkungen nicht kraft Verfassungsrecht, sondern kraft gesetzgeberischer Entscheidung erzielen. Statusbezogene Entscheidungen eines Mitgliedstaates sollen Wirkungen in anderen Mitgliedstaaten entfalten, etwa im Hin-

²² Näher *Claudio Franzius*, Horizontalisierung als Governance-Struktur, in: Botzem u.a. (Hrsg.), *Governance als Prozess* (i.E.). Die Institutionalisierung von Vertrauen soll deutlich machen, daß es nicht allein um zentrale Steuerung geht, also nicht alles vom Gesetzgeber zu erwarten ist.

²³ Dazu *Felix Hanschmann*, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft*, 2008.

²⁴ Enger *Jürgen Bast*, *Transnationale Verwaltung des Europäischen Migrationsraums*, *Der Staat* 46 (2007), 1 (10 ff.). Wie hier *Andreas Fischer-Lescano*, *Transnationales Verwaltungsrecht*, *JZ* 2008, 373.

²⁵ Als neue Dimension hervorgehoben von *Ingolf Pernice*, *Die horizontale Dimension des Europäischen Verfassungsverbundes*, in: FS *Jürgen Meyer*, 2006, S. 359 mit dem Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Verwickelt ist auch der Zusammenhang von Internationalisierung und Europäisierung der Migrationspolitik, dazu *Jürgen Bast*, *Internationalisierung und De-Internationalisierung der Migrationsverwaltung*, in: *Möllers/Voßkuhle/Walter* (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, S. 279 mit der Beschreibung einer gegenläufigen Dynamik.

blick auf den Asylstatus, der für die Union durch einen Mitgliedstaat nach Maßgabe des *Dublin-Systems* festgestellt wird. Hier stößt das abverlangte Vertrauen durch den Wegfall eigener Verfahren schnell an Grenzen, die in Folgeentscheidungen des zweiten Mitgliedstaates, gegebenenfalls unter dem Erhalt von aufenthaltsrechtlichen Ermessensspielräumen aber überwunden werden können.²⁶

Transnationalität, so ließe sich formulieren, untergräbt das Territorialitätsprinzip des souveränen Nationalstaates, gibt es aber nicht auf.²⁷ An die Stelle des souveränen Vetos rücken Konsultationen und Informationen als zentrale Bauformen des europäischen Verwaltungsverbundes.²⁸ Im Zuge dieser *De-Territorialisierung* büßt auch das Instrument des Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen an Bedeutung ein. Warum dieser Prozeß der Europäisierung nicht stets mit einer Delegitimierung der sich herausbildenden Governance-Struktur einhergehen muß, ist *ex ante* betrachtet eine offene Frage.²⁹ Ob sich eine Annäherung des Flüchtlingsstatus an den Status des Unionsbürgers unter der Aktivierung der Freizügigkeitsrechte anbietet, um die ungleiche Lastenverteilung in der europäischen Bewältigung der großen Flüchtlingsbewegungen abzumildern, ist aus verschiedenen Gründen zweifelhaft. Mit finanziellen Hilfen allein ist es aber nicht getan.

c) Politik und Recht

Kommen wir zum dritten Punkt. Es geht im Bereich der europäischen Migrationspolitik nicht nur um die Vermeidung von Widersprüchen in der Zuwanderungs- und Asylpolitik. Es geht auch nicht allein um das Verhältnis von vertikaler Determinierung und horizontaler Öffnung. Vor allem hängt die Intensität transnationaler Wirkungen nicht von der Vorformulierung von Mindeststandards auf eu-

²⁶ Vgl. *Bast*, *Der Staat* 46 (2007), 1 (21 ff.).

²⁷ Zu eng *Karl-Heinz Ladeur/Lars Viellechner*, *Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte*, *AVR* 46 (2008), 42.

²⁸ Vgl. *Armin v. Bogdandy*, *Die Informationsbeziehungen im europäischen Verwaltungsverbund*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 2008, § 25.

²⁹ Zur strukturellen Europäisierung für die Legitimation der Verwaltung *Hans-Heinrich Trute*, *Die demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 6 Rn. 114 f.

ropäischer Ebene ab.³⁰ Vielmehr wird transnationales Recht als eine Chance zu begreifen sein, den Hochkonzonungszwängen europäischer Integration zu begegnen. Davon könnte auch der Grundrechtsschutz im Sinne des Erhalts einer Maßstabsvielfalt profitieren.³¹

Worum es wirklich geht, ist eine Neuverkoppelung von Politik und Recht.³² Ist die politische Gemeinschaft³³ nur unter Einbußen der Rechtsgemeinschaft zu erreichen? Führt die Lissabon-Strategie, deren Gestaltungsformen für die Innenpolitik übernommen werden, nicht zu einer schleichenden Entrechtlichung? Auf der einen Seite ist im Bericht der Zukunftsgruppe von Entflechtungen die Rede. Doch europäische Innenpolitik, die nicht zu Lasten der mitgliedstaatlichen Kompetenzen gehen soll, verlangt eine Stärkung horizontaler Verwaltungskooperationen. Das beginnt nicht selten mit Vernetzungen und endet mit der Gründung einer Agentur. So symbolisiert die europäische Innenpolitik wechselseitig aufeinander bezogene Prozesse der De-Institutionalisierung und *Re-Institutionalisierung*. Das Handeln der Kommission, aber wohl auch des Europäischen Parlaments droht zugunsten neuer Institutionen entwertet zu werden. Ein Beispiel ist FRONTEX, womit das horizontale Informationsvernetzungsregime um eine vertikale institutionelle Komponente erweitert wurde.³⁴

Vertrauen entsteht in Netzwerken, die Fragen nach dem Rechtsschutz aufwerfen. Das ist die dunkle Seite der Herausbildung von Netzwerken.³⁵ Zugespitzt: Kann es politische Gemeinschaftsbildung nur jenseits des Rechts geben? Mit der

³⁰ So auch *Bast*, *Der Staat* 46 (2007), 1 (26 f.).

³¹ Vgl. *Claudio Franzius*, *Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag. Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?*, ZERP-Diskussionspapier 4/2008, 7 ff.; *Stefanie Schmahl*, *Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht*, *EuR Beiheft* 1/2008, 7.

³² Siehe auch *Christian Joerges*, *Integration durch Entrechtlichung?*, in: *Schuppert/Zürn* (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, *PVS Sonderheft* 41/2008, 213.

³³ Unter der Kategorie des Vertrauens *Ulrich K. Preuß*, *Europa als politische Gemeinschaft*, in: *Schuppert/Pernice/Halter* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 489 (521 ff.); zur Dimension des Vertrauens: *Valerie Braithwaite/Margaret Levi* (Hrsg.), *Trust and Governance*, 1998.

³⁴ *Fischer-Lescano/Tohidipur*, *ZaöRV* 67 (2007), 1219 (1229 ff.) mit dem Hinweis auf den extritorialen Anwendungsbereich von Grund- und Menschenrechten.

³⁵ Überblick: *Sigrid Boysen u.a.* (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007.

Zusammenfassung der europäischen Rechtsvorschriften in *Kodizes*³⁶ ist es allein kaum getan. Die Union soll operative Kraft gewinnen, wobei die Grenze zwischen Politik und Recht verschwimmt. Bisher ist es nicht gelungen, dem Prozeß transnationaler Vernetzungen passende Rechtsschutzregime zur Seite zu stellen.³⁷ Immerhin sieht der Vertrag von Lissabon in Art. 263 Abs. 5 AEU verbesserte Klagemöglichkeiten gegenüber individualwirksamen Handlungen von Agenturen vor. Im übrigen gilt das Territorialitätsprinzip, d.h. in der Regel wird der Betroffene auf den Rechtsschutz im Staat der Ausgangsentscheidung verwiesen. Anders gesagt: Grenzüberschreitungen werden nur unzureichend im Rechtsschutz nachvollzogen.³⁸ Es liegt auf der Hand, das vom Europäischen Gerichtshof für die Europäische Union nicht zwingend dasselbe erwartet werden kann, was unter den historischen Bedingungen eines postfaschistischen Staates vom Bundesverfassungsgericht für die Bundesrepublik Deutschland geleistet wurde.³⁹ Vertrauensbildung setzt jedoch eine rechtliche Infrastruktur voraus, die von europäischer Politik bereitzustellen ist, mag den Bewährungstest auch erst die Praxis der Rechtsakteure liefern.⁴⁰

³⁶ Mißverständlich der Zukunftsbericht mit dem richtigen Anliegen einer Systematisierung der Rechtsvorschriften, vgl. in der Zusammenfassung Rn. 54 mit der unausgesprochenen Einebnung der Differenz von (harter) Rechtsverbindlichkeit und (weicher) Selbstverpflichtung.

³⁷ Zum Erfordernis einer ebenenübergreifender Verschränkung gerichtlicher Verwaltungskontrollen *Friedrich Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2008, § 50.

³⁸ Die h.M., welche die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auf die Ausübung deutscher Staatsgewalt beschränkt, bröckelt: *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 47 f. im Anschluß an BVerfGE 89, 155; *Bardo Faßbender*, Art. 19 Abs. 4 GG als Garantie innerstaatlichen Rechtsschutzes gegen Individualsanktionen des UN-Sicherheitsrates, AöR 132 (2007), 257 (261 ff.). Das mag die Entschlossenheit erklären, mit der EuGH verb Rs. C-402/05 P und C-415/05 P *Kadi und Al Barakaat*, Urteil v. 3.9.2008, Slg. 2008, I-0000 Rn. 281 ff. als Rechtsmittelinstanz die Unionsgrundrechte ernst nimmt und ist zu begrüßen, vgl. *Claudio Franzius*, Wer macht in Europa Menschenrechtspolitik? Politik und Recht im Zeichen des Terrors, in: Rudolf (Hrsg.), Europa und die Menschenrechte. Zwischen Anspruch und Wirklichkeit (i.E.).

³⁹ Zur Erträglichkeit justizieller Vielfalt *Stefan Oeter*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361. Die Polemik von *Roman Herzog/Lüder Gerken*, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ v. 8.9.2008, S. 8 lenkt von der Europarechtswidrigkeit der Nicht-Vorlagepraxis des BVerfG ab. Würde das BVerfG dem EuGH vorlegen und nicht nur fehlende Vorlagen der Fachgerichte sanktionieren, müßte sich der EuGH mit Grundrechten beschäftigen.

⁴⁰ Instrukтив *Hans-Heinrich Trute u.a.*, Der Governance-Ansatz als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analyse-Konzept, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 41/2008, 173 (184 f.).

V. Migrationspolitik als Beitrag zur Identitätsbildung

Abschließend noch ein Wort zum Titel des Berichts. Wenn es richtig ist, daß wir die europäische Innenpolitik in einer offenen Welt zu konzipieren haben und das Regime als transnational ausweisen müssen, dann muß Migrationspolitik nicht nur auf das Verschwimmen von Innen- und Außenpolitik reagieren, sondern auch eine Antwort auf die Mobilität der Drittstaatsangehörigen innerhalb der Union finden. Ob hier eine scharfe Grenze zwischen Zuwanderung und Asyl gezogen werden kann, mag man bezweifeln. Doch die Unterscheidung zwischen erwünschter und unerwünschter Sekundärmigration bleibt sinnvoll. Die Union will legale Zuwanderung ermöglichen und diese Personengruppe dem Status des Unionsbürgers annähern. Demgegenüber bleibt der Asylbewerber innerhalb der Union ein Drittstaatsangehöriger, dessen Aufenthaltsstatus keine umfassende Freizügigkeit gewährt. Der Erhalt einer kategorialen Differenz von *anderem* Unionsbürger und *fremdem* Drittstaatsangehörigen ist nicht gleichbedeutend mit einem Festungsdenken, sondern für die europäische Identitätsbildung⁴¹ konstitutiv.

⁴¹ Vgl. *Martin Nettesheim*, Die politische Gemeinschaft der Unionsbürger, in: LA Peter Häberle, 2004, S. 193 ff. Zum Erhalt der Kategorie des Anderen *Chantal Mouffe*, Über das Politische, 2007, S. 23 u. passim.