

Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter (Hg.)

Der Staat in der Flüchtlingskrise



Schönburger Schriften zu Recht und Staat

herausgegeben von
Otto Depenheuer

Bd. 5

2016

Ferdinand Schöningh

Otto Depenheuer,
Christoph Grabenwarter (Hg.)

Der Staat in der Flüchtlingskrise

Zwischen gutem Willen
und geltendem Recht

2016

Ferdinand Schöningh

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet
über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Einbandgestaltung: Evelyn Ziegler, München

Gedruckt auf umweltfreundlichem, chlorfrei gebleichtem
und alterungsbeständigem Papier © ISO 9706

© 2016 Ferdinand Schöningh, Paderborn
(Verlag Ferdinand Schöningh GmbH, Jühenplatz 1, D-33098 Paderborn)

Internet: www.schoeningh.de

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk sowie einzelne Teile
desselben sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
in anderen als den gesetzlich zulässigen Fällen ist ohne vorherige
Zustimmung des Verlages nicht zulässig.

Printed in Germany

Satz: Martin Mellen, Bielefeld

Herstellung: Ferdinand Schöningh, Paderborn

ISBN 978-3-506-78536-7

Übersicht

Vorwort	7
A. Flüchtliges Verfassungsrecht	9
I. Das Romantische und die Notwendigkeit eines normativen Realismus (<i>Frank Schorkopf</i>)	11
II. Flüchtlingskrise als Ernstfall des menschen- rechtlichen Universalismus (<i>Otto Depenheuer</i>)	18
III. Der Rechtsstaat unter Druck (<i>Peter M. Huber</i>)	40
B. Staatsverantwortung und Staatsrecht	53
I. Staatsverantwortung durch Verfassungs- recht am Beispiel von Migration (<i>Martin Nettesheim</i>)	55
II. Gefährdung der Souveränität? Das Verfassungsrecht und der Vorbehalt des Möglichen unter dem Eindruck der »Flüchtlingskrise« (<i>Kyrill-A. Schwarz</i>) ...	71
III. Der entgrenzte Staat und die Menschenrechte (<i>Christoph Grabenwarter</i>)	88

ÜBERSICHT

C. Staat und Grenze	103
I. Die Ordnungsfunktion der Staatsgrenze: Demokratizität, Liberalität und Territorialität im Kontext (<i>Klaus F. Gärditz</i>)	105
II. Nationalstaatlichkeit, Staatsvolk und Einwanderung (<i>Dietrich Murswiek</i>)	123
III. Grenzschutz im Migrationsrecht. Es geht nicht nur um innere Sicherheit (<i>Hans-Detlef Horn</i>)	140
D. Migration und Menschenrechte	155
I. Rechtliche Klarstellungen zur Flüchtlingskrise (<i>Eckart Klein</i>)	157
II. Das Konzept der sicheren Dritt- und Herkunftsstaaten (<i>Helge Sodan</i>)	172
III. Flüchtlingsschutz oder Arbeitsmigration. Über die Notwendigkeit und die Konsequenzen einer Unterscheidung (<i>Christian Hillgruber</i>)	185
IV. Flüchtlingsschutz und europäische Menschen- rechtskonvention (<i>Katharina Pabel</i>)	197
V. Abschiebung (<i>Bernhard Kempfen</i>)	216
E. Verfassung und Integration	229
I. Menschenwürde: Rettungsinsel in der Flüchtlingsflut? (<i>Josef Isensee</i>)	231
II. Integration als Staatsaufgabe. Die verfas- sungsrechtlichen Grundlagen (<i>Arnd Uhle</i>)	250
Autoren	269

Vorwort

Die Sache des Politischen steht in Deutschland wieder auf der Tagesordnung. Die säkulare Flüchtlingswelle des Jahres 2015 wirft Grundfragen des Staatsrechts in seltener Prägnanz auf: Die Staatsgrenzen stehen offen und zehntausende von Menschen erreichen Woche für Woche ungesteuert und weitgehend unkontrolliert das Land. Die Staatsgewalt erscheint ratlos, Verfassungsprinzipien wie das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip geraten durch die Wucht der Ereignisse unter Druck. Der Rechtsstaat ist im Begriff, sich im Kontext der Flüchtlingswelle zu verflüchtigen, indem das geltende Recht faktisch außer Kraft gesetzt wird. Regierung und Exekutive treffen ihre Entscheidungen am demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbei, staatsfinanzierte Medien üben sich in Hofberichtserstattung, das Volk wird stummer Zeuge der Erosion seiner kollektiven Identität. Was bleibt, ist Verunsicherung; was droht, ist wachsende Radikalisierung; was Not tut, ist das Aufzeigen Orientierung stiftender Perspektiven. Da diese Flüchtlingswelle nur ein erster Vorgeschmack auf künftige globale Wanderungsbewegungen sein dürfte, empfiehlt es sich für die Politik ebenso wie für das Staatsrecht, beizeiten und in einer Phase noch relativer Ruhe, verfassungsrechtliche Parameter zur Bewältigung künftiger Migrationswellen

VORWORT

herauszuarbeiten und verfassungspolitische Handlungsoptionen zu formulieren.

Vorliegender Sammelband vereint die Überlegungen, die 16 Staatsrechtslehrer in Sorge über diese Entwicklungen im Dezember 2015 in Bonn vorgestellt und diskutiert haben. Ihnen allen sei für die Spontaneität des Engagements und die Mühen einer zeitnahen Manuskripterstellung herzlich gedankt. Dieser Dank gilt insbesondere auch dem Ferdinand Schöningh-Verlag und seinem Lektor Dr. Hans J. Jacobs für ihre höchst engagierte Betreuung und außergewöhnlich rasche Realisierung des Projekts. Der Band ist nicht auf systematische Geschlossenheit angelegt, sondern dokumentiert in der Vielfalt seiner Perspektiven die individuelle Sichtweise eines jeden Mitwirkenden auf die Flüchtlingskrise. Allen Beiträgen ist die Absicht gemeinsam, Grundlagen für eine rationale Diskussion zu schaffen, die sich wieder der verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Grundlagen des Staates besinnt.

Bonn und Wien, im Januar 2016

Otto Depenheuer

Christoph Grabenwarter

A.

Flüchtiges Verfassungsrecht

I.

Frank Schorkopf

Das Romantische und die Notwendigkeit eines normativen Realismus

Der Kontrollverlust über die Zusammensetzung der Bevölkerung in Deutschland beruht vordergründig auf den außenpolitischen Rahmenbedingungen, auf schwacher Staatlichkeit an der europäischen Peripherie und dem belastungsschwachen Schengen-Raum. Eine andere Deutung der Gegenwartskrise, soll mit einer These versucht werden, die ins Geistige ausgreift: Die tiefere Ursache liegt in einer intellektuellen Fehlleistung gesellschaftlicher Eliten, die sich auf einen romantischen Überschuss in deren politischer Haltung gründet.

Wir sprechen viel über die Verteidigung der »Werte des Grundgesetzes« oder unserer Wertordnung. Die Nationalhymne und die deutsche Sprache sollen in das Grundgesetz aufgenommen werden. Vorsichtig wird gefordert, Ausländer, die sich nicht an diese Werte halten, abzuschieben oder ihnen Sozialleistungen zu kürzen. Ein schriftliches Gelöbnis der Einwanderer zu den Werten soll als individueller Annex zum bestehenden Gesellschaftsvertrag gegenseitige Verbindlichkeit schaffen.

Aus den Vorschlägen spricht der Wille der Gesellschaft, sich als verfasste Gemeinschaft zu behaupten. Doch wie lauten diese Werte? Sicherlich gehören dazu die parlamentarische Demokratie, der soziale Rechtsstaat, die Freiheit, die Gleichheit, speziell von Frauen und Männern, und vor allem die Menschenwürde. Wie steht es aber um den neuen Wert der Diversität, der dazu anleitet, von der nicht strafbewehrten Norm abzuweichen? Die Bundeskanzlerin wird mit dem Satz zitiert, zur Integration gehöre auch, dass die Gesellschaft eine gewisse Sehnsucht danach habe, dass sie vielfältiger werde, dass sie andere Eindrücke aufnehme und dies als Bereicherung empfinde.¹ Integration als wechselseitiges Aushandeln. Es wäre dann aber umso mehr zu begründen, weshalb der verweigerte Handschlag nicht Ausdruck einer diversen Gesellschaft ist.

Die Wertesicherung hat eine andere Stoßrichtung als die vertraute Kategorie der wehrhaften Demokratie. Dessen Schutzgut ist die freiheitlich demokratische Grundordnung, von der totalitäres Binnengedankengut mit Durchsetzungschance ferngehalten werden soll. Interessanterweise wird zwischen beiden Ansätzen noch keine Verbindungslinie gezogen. Möglicherweise wird die anstehende Hauptsache² im NPD-Verbotsverfahren dieses scharfe Instrument nicht nur in die Zeit stellen, sondern auch Hinweise auf zukünftige Herausforderungen institutioneller Wertesicherung geben.

Bereits vor dem Massenzustrom³ von Menschen aus außereuropäischen Ländern seit dem Spätsommer 2015 waren erhebliche Anstrengungen politischer Parteien festzustellen, über den Zusammenhalt der Gesellschaft nachzudenken.⁴ Es fand eine Selbstvergewisserung

über die Grundlagen des Zusammenhalts statt. In der empfundenen Verunsicherung über diese Grundlagen könnte auch eine Erklärung für die repressive Zurückweisung von Äußerungen und Standpunkten liegen, die von Sprachregelungen abweichen. Allgemeiner formuliert: Der Versuch, die öffentliche Debatte über Krisen der Gegenwart zu begrenzen, könnte der Hinweis auf eine Furcht der Eliten sein, dass die gesellschaftlichen Bindekräfte ob der Konflikte nicht ausreichen könnten.

Die Suche nach einer Wertgrundlage ist der Grund, weshalb die Politik und ihr mediales Umfeld das Exekutivhandeln moralisieren und damit auch einen Korpus des Guten, des Denk- und Sagbaren definieren. An dieser Stelle kommt das Romantische ins Spiel: Aus einer zerfallenden Gesellschaft soll eine gefühlsstarke Gemeinschaft werden. Die tatsächlichen Zusammenhänge werden überhöht, Irrationales tritt an die Stelle des normativen Realismus. Abweichendes wird als amoralisch ausgegrenzt.

Exemplarisch ist die Debatte über Obergrenzen oder Kontingente zu nennen. Einem realpolitischen Vorschlag quantitativer Grenzen wird die idealisierte Position eines schrankenlosen Asylgrundrechts gegenüber gestellt. Das Grundgesetz soll normativer Ausdruck des Willens sein, Deutschland zum sicheren Hafen für Menschen zu machen, die dem fraglos bestehenden, weltweiten Leid entkommen wollen. Wäre die Konzeption eines schrankenlosen Migrationsgrundrechts richtig, dann wäre es aber auch in der Vergangenheit stets nur eine Frage gewesen, wie Menschen nach Deutschland tatsächlich hätten gelangen können. Dem Endlichen wird ein unendlicher Schein gegeben.

Die gesinnungsethisch einnehmende Geisteshaltung hat einen überraschend autoritären Zug. Deutschland nimmt die ihm in Europa seit Längerem angetragene Führungsrolle ein Stück weit an, verlangt jedoch von den anderen europäischen Staaten, die deutsche Sondermoral zu übernehmen. Aktuelles Beispiel für diese Verknüpfung ist das offen ausgesprochene Junktim zwischen der fortgesetzten Finanzierung aus EU-Fonds und die Akzeptanz von Verteilungsquoten für Flüchtlinge.⁵ Der Historiker Heinrich August Winkler warnt vor einer »neuen deutschen Sendung«.⁶ Möglicherweise kommt hier aber auch der religiöse Kern des Romantischen zum Tragen. Denn zuweilen wirkt das deutsche Handeln wie die Sehnsucht nach Erlösung von der historischen Schuld und vom schlechten Gewissen wegen des relativen Wohlstands in der wachstumsschwachen europäischen Staatengemeinschaft.

Dass das Zweckrationale mit dem empfundenen Richtigen, das Tatsächliche mit seiner höheren Interpretation nur schwer konkurrieren kann, zeigen die fortgesetzten Vorschläge, weitere Kompetenzen auf die Europäische Union zu übertragen. Die Staatsgrenzen könnten durch Nationen nicht mehr geschützt werden, heißt es, und deshalb sei der Grenzschutz durch das organisierte Europa erforderlich. Die Kommission hat Mitte Dezember 2015 ein »Maßnahmenpaket zum Management der EU-Außengrenzen und zum Schutz unseres Schengen-Raums ohne Binnengrenzen« vorgelegt.⁷ Die Verordnungsentwürfe sehen u.a. die Einrichtung einer operativen Grenz- und Küstenschutzagentur mit Recht zum autonomen Tätigwerden vor.

Der Standpunkt beruht auf dem Vorverständnis, dass die tatsächlichen Bedingungen eine Dynamik und Kraft

haben, die wir nicht bewältigen können, denen wir uns nur gemeinsam, nämlich europäisch gewachsen fühlen können. Nur gemeinsam könnten wir die Teile zum Ganzen wieder fügen.⁸ Das »mehr Europa« ruft Schutz und höhere Erwartungssicherheit auf. Dabei hat es in der Vergangenheit auch Volatilität und Unsicherheit gebracht. Zusätzlich zum »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts«, wie die Politik des europäischen Migrationsraums amtlich firmiert, ist an die Wirtschafts- und Währungsunion zu erinnern, deren Krise ebenfalls nicht überwunden ist.

Die politische Überzeugung des nationalen Nichtkönnens ist bereits dadurch widerlegt, dass die geänderte Grenzregulierung durch die Türkei, nach den Verhandlungen mit der EU und ihrer diplomatischen Aufwertung, die Flüchtlingszahlen auf der Balkan-Route hat deutlich sinken lassen. Die Praxis befristeter Grenzkontrollen und der Schleierfahndung im Grenzraum bestätigen die administrative Fähigkeit.⁹ Und weshalb sollte einem europäischen Grenz- und Küstenschutz gelingen, was den nationalen Behörden unmöglich sein soll? Das Problem liegt in der Heterogenität der EU-Mitgliedstaaten und deren polarer Verwaltungsstärke. So bestimmt der schwächste Staat die Integrationstiefe für alle.

Im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts mit seinen Schengen-Grenzen und seinem Dublin-Asyl tritt uns der Typus des Romantischen in der Politik gegenüber. Das Politische ist aber der Ort rationaler Gestaltung im normativen Rahmen der Verfassung. Ob die Politik der Staatsentgrenzung in einem Zusammenhang mit der gesellschaftlichen Entgrenzung des Vielfaltwertes steht, wäre nachzuspüren. Die pluralen Gesell-

schaften der Gegenwart jedenfalls sind entstanden in den begrenzten, von ihren nationalen Verfassungen – in Deutschland durch das Grundgesetz – geordneten selbstbestimmten Politikräumen.

- 1 Äußerung auf dem 8. Integrationsgipfel im Bundeskanzleramt, zitiert nach Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 18.11.2015, S. 6.
- 2 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 2.12.2015, 2 BvB 1/13, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/bvg15-090.html>, wonach das Bundesverfassungsgericht vom 1. bis 3.3.2016 über den Verbotsantrag des Bundesrates mündlich verhandeln wird.
- 3 Vgl. Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20.7.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl. EU 2001 Nr. L 212/12; näher zu dem Sekundärrechtsakt Schmidt, Die vergessene Richtlinie 2001/55/EG für den Fall eines Massenzustroms von Vertriebenen als Lösung der aktuellen Flüchtlingskrise, ZAR 2015, 205 ff.
- 4 de Maizière, Was hält die demokratische Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland zusammen?, in: Festschrift für Vorländer, 2014, 105 ff.; Kronenberg, Was hält die Gesellschaft zusammen? Drei Akzente, APuZ 13–14/2013 3 ff.; auf europäischer Ebene gibt es einen vergleichbaren Prozess Kühnhardt, Die zweite Begründung der europäischen Integration, APuZ 18/2010, 3 ff. und das bis 2014 verfolgte Kommissionsprojekt »Ein neues Leitmotiv für Europa«. Ein neu im BKI eingerichteter Stab heißt bewußt: »Gesellschaftlicher Zusammenhalt und Integration«, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9.1.2016, S. 2.
- 5 Zum Hintergrund Hesse, Staatsversagen? Bankrotterklärung Europas?, ZSE 13 (2015), 336 (343 ff.). Die Bundesrepublik will zusammen mit den Niederlanden, Belgien, Luxemburg, Österreich, Schweden, Finnland, Griechenland und Frankreich der Türkei die geordnete Übernahme von bis zu 400.000 Flüchtlin-

- gen anbieten, diese Initiative erfolgte im Vorfeld des Europäischen Rates vom 17./18.12.2015 zur Migration, auf dem keine Einigung über Verteilungsquoten erzielt worden ist, siehe Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 28.12.2015, EUCO 28/15, S. 1 f.
- 6 Heinrich August Winkler, Das Undenkbare denken, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28.11.2015, S. 6.
 - 7 Europäische Kommission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a European travel document for the return of illegally staying third-country nationals, COM(2015) 668 vom 15.12.2015; Proposal of a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation No 562/2006 (EC) as regards the reinforcement of checks against relevant databases at external borders, KOM(2015) 307; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard and repealing Regulation (EC) No 2007/2004, Regulation (EC) No 863/2007 and Council Decision 2005/267/EC, KOM(2015) 671.
 - 8 Zur romantischen Ganzheitsidee deutscher Eliten vgl. bereits Bohrer, Die europäische Differenz, Merkur Nr. 617/618, 2000, 991 ff., aus Anlass der Humboldt-Rede des damaligen deutschen Außenministers, dazu näher Schorkopf, Der Europäische Weg, 2. Aufl., 2015, 202 f.
 - 9 Weitere Möglichkeiten im geltenden Recht lotet aus Hailbronner, Handlungsspielräume zur Beschränkung des unkontrollierten Zuzugs von Asylsuchenden, Gutachten im Auftrag der Freiherr vom Stein Akademie für Europäische Kommunalwissenschaften, 2015.

II.

Otto Depenheuer

Flüchtlingskrise als Ernstfall des menschenrechtlichen Universalismus

I. »Offene Staatlichkeit« als Wirklichkeit gewordener Universalismus

Die »offene Staatlichkeit« Deutschlands bildete lange Zeit eine beliebte Thematik staatsrechtlicher Abhandlungen¹ – jetzt ist sie Wirklichkeit geworden, wenn auch etwas anders als gedacht. Theoretisches Raisonement sieht sich unvermittelt politischen wie rechtspraktischen Herausforderungen gegenüber. Seit Monaten stehen die Grenzen des deutschen Staates wirklich offen: Im Jahr 2015 soll die Flüchtlingswelle ca. 1,3 Millionen Menschen nach Deutschland gespült haben. Tagtäglich passierten Tausende von Flüchtlingen die offenen Grenzen – zwar ohne Kontrolle ihrer Identität, aber dafür umso herzlicher willkommen. Die Hoffnung des menschenrechtlichen Universalismus scheint ihrer ultimativen Erfüllung nahe. Vor 250 Jahren dichtete *Friedrich Schiller* mit Emphase »Alle Menschen werden Brüder« (1785). Auf diese Prophezeiung setzte zehn Jahre später kein geringerer als der 25jährige *Ludwig van Beethoven* ebenfalls seine Zu-

kunftshoffnungen:² »Wann wird der Zeitpunkt kommen, wo es nur Menschen geben wird (?). [...] Das werden wir nicht sehen, da werden wohl noch Jahrhunderte vorübergehen.« Mit seiner Diagnose lag das musikalische Genie ebenso richtig wie mit dem geschätzten Zeitraum, den wir heute präzisieren können. Genau 220 Jahre später scheint Wirklichkeit zu werden, wovon *Schiller* und *Beethoven* nur zu träumen wagten: nämlich dass die Unterschiede des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat, Herkunft und Staatsangehörigkeit, des Glaubens und der Weltanschauungen keine Rolle mehr spielen werden, sondern es »nur noch Menschen geben wird«.

Im 18. Jahrhundert entfaltete sich der menschenrechtliche Universalismus allerdings vor allem im »Reich der Träume« (*Heinrich Heine*), weithin unbeschwert von der Vorstellung, ihm auch in seinen realpolitischen Konsequenzen begegnen zu müssen. Das menschenrechtliche Verallgemeinerungspathos wurzelte nämlich ganz und gar in der Erfahrungs- und Vorstellungswelt partikular geordneter und eher statisch-provinzieller Gesellschaften.³ Im Zuge von Industrialisierung und Modernisierung, Globalisierung und Digitalisierung haben sich die politischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen indes massiv gewandelt: Ubiquität und Simultaneität haben die Welt zum »Global Village« schrumpfen, den Staats- zum Weltenbürger werden, staatliche Grenzen in ihrer Relativität und die Bewältigung der großen politischen Probleme als Aufgabe aller deutlich werden lassen. Die realpolitischen Voraussetzungen scheinen damit erfüllt, unter denen die *idée directrice* eines weltumfassenden Menschenrechtsuniversalismus heute reale und damit politisch relevante Wirklichkeit werden kann.

Zutreffend apostrophierte daher *Wolfgang Schäuble* die gegenwärtige, vor allem Deutschland treffende Flüchtlingswelle als ein erstes »Rendezvous mit der Globalisierung«. Vorbei die Zeiten, zwischen Inländern und Ausländern, Einheimischen und Fremden unterscheiden zu müssen, zu können oder zu dürfen: Es gibt nur noch Menschen auf diesem Erdenrund, und Solidarität aller mit allen sowie Inklusion aller und überall stehen daher auf der welthistorischen Tagesordnung. »Der Universalismus kennt keine Differenz von Nähe und Ferne; er ist unbeding und abstrakt. Die Idee der Menschenrechte erlegt jedermann eine Verpflichtung auf, die prinzipiell grenzenlos ist«. ⁴ Ausgrenzende Grenzen erscheinen vor diesem Hintergrund als rückständig, entsprechend differenzierende Rechtsnormen als repressiv, exklusive Staatsangehörigkeiten überholt: ⁵ In einer globalisierten Welt gehört die Erde allen Menschen.

Doch der Wirklichkeit gewordene menschenrechtliche Universalismus trifft auf eine politisch immer noch in Staaten gegliederte, d.h. partikular geordnete Welt. Staaten sind auch menschenrechtlich keine *quantité négligeable*: Als freiheitliche Demokratien sind sie Aggregatformen politischer Kultur, Garanten von Menschenrechten, Freiheit und Recht, Demokratie und Frieden. Es sind daher auch immer die freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaaten, in denen Flüchtlinge Schutz vor Krieg, Hunger, Verfolgung und Repression suchen. Allerdings erwächst dadurch in den Zufluchtsstaaten die Gefahr politischer, rechtlicher und administrativer Überforderung: Wenn Flüchtlingswellen mit ungehinderter Wucht andere Staaten überfluten, dann werden nicht nur deren überkommene normative Regelwerke zur Disposition gestellt,

sondern dann könnten diese buchstäblich lawinenartig mitgerissen werden. Daher besteht die politische wie staatsrechtliche Herausforderung der gegenwärtigen Flüchtlingskrise darin, die Zivilisationsleistung des modernen Staates auch unter den Bedingungen menschenrechtlicher Universalität zu wahren. Dies gilt umso mehr, als die gegenwärtige Migrationswelle nur als kleines Vorspiel künftiger Völkerwanderungen gelten darf, deren »dickes Ende erst noch kommen wird« (*Rupert Neudeck*). Soll auch dann noch etwas von rationaler politischer Steuerungsfähigkeit und freiheitlicher Rechtsstaatlichkeit, von demokratischer Selbstbestimmung und sozialstaatlicher Fürsorge übrig bleiben, dann muss das Staatsrecht dieses Szenario zeitig bedenken und die Kraft zur vorsorglichen Entscheidungsfindung aufbringen. Doch dies ist einfacher postuliert als unter den Bedingungen der gegebenen politischen Kultur in der Praxis realisiert.

II. Rechtsvergessenheit: Verlust von Unterscheidungs- und Urteilskraft

1. Die Logik des universalistischen Denkens

Das Denken in den Kategorien der Verallgemeinerung, der Universalisierung, der Menschenrechte und Menschenwürde hat nachhaltige Spuren in der Umgangsebene ebenso wie in der politischen, aber auch in der staatsrechtlichen Sprache und Kultur hinterlassen, die unter Ernstfallbedingungen politisch wie rechtlich Wirkung zeitigen. So sind die gegenwärtigen Zeiten in Deutschland geprägt von einer politischen Schönrednerei und

Hypermoral, die der sachbezogenen und offenen politischen Diskussion staatsrechtlicher Grundfragen nur noch enge, moralisch überwachte Korridore zulässiger Argumentation bereitstellen. Damit werden politische Probleme buchstäblich unsagbar.

So widerspricht das universalistische Weltbild seiner Logik nach jeder gesellschaftlichen Partikularität, jeder Differenzierung zwischen Menschen, jeder territorialen Grenzziehung, d.h. allen historisch-kontingently geprägten Realitäten. Tatsächlich sind beispielsweise keine rationalen Gründe erkennbar, warum nur die Deutschen ein Recht auf das Territorium Deutschlands haben sollten. Konsequenterweise löst das universalistische Denken nicht nur den partikularen Bürger in den universalen Menschen auf, sondern fordert auch die Überwindung und Öffnung aller bestehenden Grenzen, damit alle »Menschen Brüder werden« können. Die Rede von der »offenen Staatlichkeit« offenbart insoweit mehr als nur die Analyse politischer Entwicklungen: Sie ist Ausdruck des Programms zur Überwindung von immer mehr, letztlich allen Grenzen. Diese Forderungen kleiden sich in die Tugend der Toleranz, zielen auf die Inklusion aller Menschen und finden in der Freundlichkeit der Willkommenskultur ihren signifikanten Ausdruck – Höhepunkt der im Ausland eher zwiespältig beobachteten jüngsten deutschen Sondermoral.

Doch die grenzenlose Toleranz und Willkommenskultur ist ambivalent. Sie lässt sich auch als Flucht beschreiben vor der Unfähigkeit und Unwilligkeit zu entscheiden, zu unterscheiden, abzugrenzen. Der geistig vorherrschende menschenrechtliche Universalismus sucht ja gerade, »ausgrenzende« Unterscheidungen, wenn irgend

möglich, zu vermeiden: Die politischen Weichen stehen auf Inklusion von allem und jedem, nicht auf Exklusion, d.h. Unterscheidung. Die obwaltende »Friede, Freude, Eierkuchen«-Mentalität einer saturierten, weithin entpolitisierten und von ihrer moralischen Werteorientierung selbst am meisten begeisterten Wellness- und Spaßgesellschaft sucht sich derart unangenehm differenzierenden Entscheidungen und den daraus möglicherweise folgenden »hässlichen Bildern« möglichst zu entziehen. Daher fragt man qua Regierungsweisung gar nicht erst nach der Identität der Flüchtlinge, warum, woher und vor wem sie flüchten. Das geltende Recht wird einfach außer Kraft gesetzt, um harte Entscheidungen erst gar nicht treffen zu müssen. Doch verbirgt sich hinter der »werteorientierten« und politisch allseits korrekten Sprache möglicherweise nichts anderes als die Abwesenheit von als verpflichtend empfundenen politischen Werten und ethischen Überzeugungen, für die man im Ernstfall auch eintreten würde: ein uneingestandener Nihilismus, der sich als Moral geriert?

2. Partikularität westlicher Universalität

Ein Widerspruch begleitet das universalistische Denken bei jedem Wirklichkeitskontakt mit der realen Welt. Das Denken in den Kategorien und Begriffen des menschenrechtlichen Universalismus ist nämlich – politisch und im Weltmaßstab gesehen – eine ziemlich partikuläre Veranstaltung des »Westens«. Das Denken in der Kategorie der Verallgemeinerungsfähigkeit wurzelt nicht nur in der christlich-europäischen Aufklärung, es findet zuverlässig seine Grenzen in eben jenem Kulturraum,

jenseits dessen »westliche Werte« eher skeptisch, wenn nicht feindlich zur Kenntnis genommen werden. So ist denn auch »der Westen« auf nichts so stolz wie auf seine Werte der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit mit ihren universalistischen Implikationen. Das Selbstbewusstsein des Westens von seiner moralischen und politischen, intellektuellen, kulturellen und technischen Überlegenheit war über Jahrhunderte Leitschnur seines Selbstverständnisses. Der menschenrechtliche Universalismus zielte daher von Anfang an – im Bewusstsein seiner geschichtlichen Teleologie resp. seines rationalen Wahrheitsanspruchs – auf die Umgestaltung der ganzen Welt nach europäischem Vorbild: Staatsbegriff und Säkularität, Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat.⁶ Wenn sich jedoch die vortrefflichsten Ideen von der Wirklichkeit abkoppeln und sie zu einem »Kult der Werte« erstarren, dann kann sehr schnell »Vernunft Unsinn und Wohltat Plage« werden. So ist denn auch der kulturelle Siegeszug der westlichen Missionierung der restlichen Welt seit Jahrzehnten deutlich ins Stocken geraten. Die zahlreichen »humanitären Interventionen« gerieten zum strategischen und moralischen Fiasko. Kontinente (Asien) und Religionen (Islam) propagieren demgegenüber ihre eigenen Werte und stellen diese westlicher Bevormundung immer selbstbewusster entgegen. Das Programm des menschenrechtlichen Universalismus sieht sich folglich zur Frontbegradigung gezwungen, wird kaum mehr nach außen exportiert, sondern als Willkommenskultur allen Menschen hierzulande angeboten: Mission mit umgekehrten Vorzeichen. Deutschland geht bei dieser Politik in erster Linie voran, steht aber damit ziemlich allein da in der Welt – ein neuer deutscher Sonderweg

im Bewusstsein moralischer Überlegenheit. Bleibt die noch offene Frage, ob Deutschland seine universalen Werte im Ernstfall ihrer Negierung auch zu verteidigen bereit wäre, um seine politische Identität zu bewahren, oder ob es sich im Bewusstsein und in der Konsequenz seines moralischen Selbstverständnisses eher aufgabe: Selbstaufgabe aus Selbstachtung.⁷

3. Selbstbehauptung westlicher Kultur

Die universalistische Kultur der westlichen Welt ist eine derzeit noch ziemlich partikuläre Veranstaltung. Sie muss sich eingestehen, dass sie Grenzen hat und begrenzt ist. Aber auch für kontingente Kulturleistungen gilt: will man sie gegen Anfeindungen behaupten, müssen auch ihre Grenzen verteidigt werden. Wie alle anderen Grenzen »grenzen« auch die Räume der staatlich garantierten Menschenrechte ab, schließen aus, enttäuschen Hoffnungen, und können dabei auch »traurige«, mitunter »hässliche Bilder generieren«. Dieser Logik kann auch der vernunftgeleitete Universalismus des Westens mit seiner Grenzen auflösenden Logik nicht entgehen. Auch dieser muss Unterscheidungen treffen, zur Selbstbehauptung seiner partikularen Existenz fähig sein, insbesondere seinen Universalismus gegenüber allfälligen politischen Alternativen, zu denen alle Formen des Fundamentalismus und Totalitarismus zählen, verteidigen.

Diese Logik gilt auch für die Idee des Rechtsstaates, in der politische Herrschaft auf Recht und nicht auf Willkür gegründet ist. Denn gerade Recht bedeutet Unterscheidung. Fortlaufend realisiert sich Recht in und durch Entscheidungen: zwischen Rechtmäßigkeit und

Rechtswidrigkeit, zwischen Erlaubtem und Verbotenem, zwischen Zugehörigen und Fremden. Recht kann seiner Natur nach nicht anders, als die einen im Ergebnis zu erfreuen und die anderen zu enttäuschen, gibt aber gerade deswegen – im Guten wie im Bösen – auch Orientierung. Politische und rechtliche Entscheidungen zu treffen ist eine anspruchsvolle Aufgabe: Denn politische Grund- und Ordnungsentscheidungen müssen immer auch die unwägbareren, unangenehmeren Seiten des Lebens in Rechnung stellen, sie zur Sprache bringen, zu ihrer rechtlichen Bewältigung vorsorglich Entscheidungen treffen und diese politisch verantworten. Das Bekenntnis zur moralisch korrekten, universal verallgemeinerungsfähigen Aussage, dass »alle Menschen Brüder werden«, hilft bei konkreten Problemlösungen nicht weiter, führt im Gegenteil gar zur Unfähigkeit wie Unwilligkeit, überhaupt noch rechtliche Entscheidungen treffen zu können, weil doch »alle Menschen gleich« sind. Schließlich muss gesetztes Recht auch durchgesetzt werden. Insoweit ist das nicht nur in Ansehung der Flüchtlingskrise frappante Leerlaufen und Nichtanwenden von Rechtsnormen ein erstaunliches Indiz rechtsstaatlicher Dekadenz. Sollte dies der Preis sein, den der Westen im Interesse des menschenrechtlichen Universalismus zu erbringen bereit ist?

III. Politische Selbstbehauptung in universalistischer Verantwortung

Der freiheitliche Verfassungsstaat erfreut sich weiterhin weltweit größter Attraktivität. Die Hunderttausenden von Flüchtlingen beglaubigen diesen Befund mit ihrer

physischen Präsenz. Der »Staat des Grundgesetzes« kann seine universalistische Verantwortung also nur auf der Basis seiner konkret partikularen politischen Existenz gerecht werden: Seine Partikularität ist Bedingung der Möglichkeit seines universalistischen Ausgreifens. Daher stößt auch die hochmoralisch motivierte Grenzöffnung und freundlichste Willkommenskultur irgendwann an die letzte Grenze des »Vorbehalts des Möglichen«. ⁸ Wenn das universalistische Denken mit den Konsequenzen seiner selbst erzeugten »Lagen« konfrontiert wird, dann muss nicht nur knappheitsbedingt entschieden werden, dann müssen Dilemmata bewältigt werden. Ein Beispiel dafür bildet das Merkelsche Dilemma: Der Aussage »das Asylrecht (resp. das Flüchtlingsrecht) kennt keine Obergrenze« (11. 9. 2015) steht die Erkenntnis gegenüber: »Es kann nicht jeder bei uns bleiben und es werden die Schutz bekommen, die Schutz brauchen. Aber die, die aus anderen Gründen zu uns kommen, die müssen wir auch wieder nach Hause schicken. Das ist nicht ganz einfach, aber es muss so sein« (16. 7. 2015). Alle Flüchtlinge sollen also einerseits ohne Obergrenze freundlich aufgenommen werden, andererseits gibt es eine (sehr unfreundliche) Grenze der Aufnahmefähigkeit, der Aufnahmebereitschaft, der Integrationsfähigkeit mit der Folge der Abweisung resp. Abschiebung. Dieses Dilemma erweist die postulierte Universalität der Werte und Menschenrechte in Zeiten ungesteuerter Massenmigration praktisch als brüchig, weil sich die universale und allgemeine Idee knappheitsbedingt notwendigen Unterscheidungen gerade entzieht. Es lässt sich nun einmal vor der Idee universaler Gleichheit und Solidarität aller Menschen nicht begründen, warum es den einen Brüdern