

Die Herrschaft des Rechts in der Flüchtlingskrise

von Joachim Wieland

„Wir haben im Moment keinen Zustand von Recht und Ordnung. Es ist eine Herrschaft des Unrechts.“ Mit dieser Aussage hat der bayerische Ministerpräsident *Horst Seehofer* in einem Interview in der Passauer Neuen Presse am Aschermittwoch 2016 die Politik der Bundesregierung in der Flüchtlingskrise scharf verurteilt. Die nahe liegende Frage, wie es die von ihm geführte CSU unter diesen Umständen noch rechtfertigen kann, sich an der Bundesregierung zu beteiligen, beantwortete er nicht. Es ist eine deutsche Eigenart, politische Kontroversen als rechtliche Streitigkeiten auszutragen. Seit dem Scheitern der Revolution von 1848/49 setzt das Bürgertum in Deutschland sein Vertrauen vorrangig in den Rechtsstaat und führt politische Debatten gern mit rechtlichen Argumenten. Das ist ein wesentlicher Grund für die außerordentlich starke Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Ihm werden immer wieder Probleme zur Entscheidung überantwortet, die politisch umstritten sind und dann rechtlich eingekleidet von der als neutral wahrgenommenen Instanz in Karlsruhe einer rechtlichen Lösung zugeführt werden. Das gilt für die Wiederbewaffnung der Bundesrepublik Deutschland über die Ostpolitik und die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs bis hin zur Bankenkrise. Dem Bundesverfassungsgericht ist es durch seine kluge Rechtsprechung regelmäßig gelungen, auch heftige politische Auseinandersetzungen mit seinen Entscheidungen zu befrieden. Selbst der Kampf gegen den Rechtsradikalismus ist im Gefolge des NSU-Skandals mit dem Verbotsverfahren gegen die in der politischen Realität kaum noch wahrnehmbare NPD dem Bundesverfassungsgericht überantwortet worden. Das Gericht verkörpert als Institution den Rechtsstaat und damit die Herrschaft des Rechts in Deutschland.

Wenn nun ein Ministerpräsident eines großen Bundeslandes, der zugleich Vorsitzender einer Regierungspartei ist, den Vorwurf erhebt, die von seiner Partei mitgetragene Bundesregierung übe eine Herrschaft des Unrechts aus, ist diese Behauptung an Schärfe kaum zu überbieten. Politisch und demokratietheoretisch gesprochen ist die Aussage ein Zeichen der Schwäche. Eine politische Partei, die

das, was sie als Regierungshandeln für richtig hält, in ihrer eigenen Regierung nicht durchsetzen kann, aber auch nicht die Kraft aufbringt, aus der Regierung auszuschcheiden, braucht sich nicht zu wundern, wenn ihre Wählerinnen und Wähler sich anderweitig orientieren. Mit ihrer Wahlentscheidung legitimieren Bürgerinnen und Bürger ihre Repräsentanten in Parlament und Regierung zum politischen Handeln. Die Vergabe von Rechtsgutachten und die Drohung mit dem Gang nach Karlsruhe erfüllen diese Erwartungen nicht, sondern enttäuschen sie. Die Konsequenz ist längst mehr als deutlich: das Erstarken nicht der vom Verbot bedrohten NPD, sondern der Alternative für Deutschland (AfD). Die neue politische Partei kann sich auch deshalb als *Alternative* gerieren, weil zunächst in der Bankenkrise und dann in der Flüchtlingskrise von Mitgliedern einer Regierungspartei die Verfassungsgemäßheit des Regierungshandelns immer wieder in Zweifel gezogen wurde, ohne dass dem politische Konsequenzen gefolgt wären.

Das Bestreiten der Legalität der Regierungspolitik durch Politiker in hohen Staatsämtern schwächt deren Legitimität. Wenn der Regierung aus den eigenen politischen Reihen heraus permanent vorgeworfen wird, sie handele rechts- oder verfassungswidrig, stärkt das nicht das Vertrauen in den Rechtsstaat, sondern kann im Gegenteil dazu führen, dass Bürgerinnen oder Bürger sich berechtigt fühlen, zur Durchsetzung vermeintlich legitimer Ziele das Recht zu brechen. Wer von einem Ministerpräsidenten hört, dass in Deutschland in der Flüchtlingskrise das Unrecht herrscht, kann auf die Idee kommen, das Recht in die eigenen Hände zu nehmen. Dieser Fehlentwicklung kann nur durch eine Rückbesinnung auf die Notwendigkeit begegnet werden, politische Entscheidungen in den demokratisch legitimierten Organen zu treffen. Wer die Flüchtlingspolitik der Bundesregierung für falsch hält, kann sich für eine andere Politik einsetzen. Er kann seine Unzufriedenheit auch in einer Wahl oder Abstimmung zum Ausdruck bringen. Die Kommunalwahlen in Hessen und die Landtagswahlen in Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt haben mit dem Erfolg der AfD gezeigt, dass die Reaktion der Bundesregierung auf den Zustrom von Flüchtlingen politisch umstritten ist. Sie haben aber keineswegs zu einer Mehrheit derjenigen politischen Kräfte geführt, die sich gegen die Regierungspolitik wenden. Die Bundesregierung ist also nicht nur durch die letzte Bundestagswahl demokratisch für vier Jahre legitimiert. Sie kann auch darauf vertrauen, dass die sich abzeichnende europäische Lösung der Flüchtlingskrise das Vertrauen der Wählerinnen und Wähler in die Handlungsfähigkeit der Regierung wieder stärken wird.

Hätte es in der Flüchtlingskrise aber überhaupt eine realistische Alternative zur Politik der Bundesregierung gegeben? Und hätte diese Alternative – nämlich die

sofortige Schließung der deutschen Grenze gegen den Ansturm der Flüchtlinge oder die Festlegung einer Obergrenze für die Aufnahme von Flüchtlingen im Herbst 2015 – mit Aussicht auf Erfolg und im Rahmen des Rechts umgesetzt werden können? Wenden wir uns zunächst der Frage zu, ob eine Alternative zum Handeln der Bundesregierung seit dem Sommer 2015 überhaupt Aussicht auf Erfolg versprochen hätte. Die Not in Afrika, die *failing states* Afghanistan und Irak sowie der unerbittliche und blutige Krieg in Syrien treiben die Menschen seit Jahren in die Flucht nach Europa. Dieser Migrationsbewegung ist in Deutschland wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden, solange die Flüchtlinge vor allem auf dem Seeweg über das Mittelmeer nach Italien gekommen sind. Durch das Konzept der sicheren Drittstaaten, das Deutschland schon 1993 in Art. 16a Abs. 2 GG aufgenommen hat, und durch das System von Dublin wurde das Problem auf die Staaten an der südlichen Peripherie der Europäischen Union verlagert. Dieser Belastungstransfer auf andere Mitgliedstaaten der Union hat erstaunlich lange funktioniert. Im Spätsommer 2015 ist das System aber zusammengebrochen.

Die zwar wahrheitsgemäße, aber auch folgenreiche elektronische Kurzmitteilung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge, dass zukünftig Flüchtlingen aus Syrien in Deutschland ohne Einzelfallprüfung Schutz gewährt werden würde, hat die Flüchtlingsbewegungen verstärkt und beschleunigt, war aber keineswegs deren Ursache. Als Tausende von Menschen Anfang September 2015 kurz vor der österreichischen Grenze angekommen waren, konnte Bundeskanzlerin *Angela Merkel* – die Vorsitzende einer politischen Partei, die sich nicht nur auf christliche Werte beruft, sondern sich auch in ihrem Namen als *christlich* bezeichnet und der Nächstenliebe verpflichtet fühlt – kaum anders, als gemeinsam mit dem österreichischen Bundeskanzler darauf zu verzichten, die Grenzen zu schließen. Zu dieser Entscheidung war sie nicht nur auf der Grundlage der letzten Bundestagswahl durch ihre Wahl zur Kanzlerin mit Richtlinienkompetenz im Bundestag demokratisch legitimiert. Das Selbsteintrittsrecht jedes Mitgliedstaats ist auch ausdrücklich in den Dublin-Verordnungen vorgesehen und in Deutschland geltendes Recht. Das Gemeinsame Europäische Asylsystem verpflichtet Deutschland, ein Verfahren durchzuführen, wenn an der deutschen Staatsgrenze ein Antrag auf Asyl gestellt wird (Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO). Es schließt eine Zurückweisung von Flüchtlingen an der Grenze ohne Prüfung aus.

Deutschland konnte nicht länger auf die südlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union verweisen. Das galt und gilt insbesondere für Griechenland, dessen Überforderung durch die große Zahl von Flüchtlingen längst gerichtlich anerkannt ist: So stellte die große Kammer des Europäischen Gerichtshofes bereits am

14. November 2013 fest, dass Flüchtlinge nicht aus einem Mitgliedstaat der EU nach Griechenland überstellt werden dürfen, weil in dem Land schon zu diesem Zeitpunkt systemische Mängel des Asylverfahrens und unzumutbare Bedingungen für die Aufnahme von Flüchtlingen zu konstatieren waren.¹ Auch die Berufung auf das Konzept sicherer Drittstaaten hat in dem Moment seine Berechtigung verloren, in dem die vermeintlich sicheren Drittstaaten ihre Grenzen gegen Flüchtlinge sperren oder diese nur noch durchleiten, ihnen aber keinen Schutz bieten. Die Genfer Flüchtlingskonvention, das Flüchtlingsrecht der Europäischen Union und Art. 16a GG gewährleisten Flüchtlingen Schutz. Sie schließen es aus, Flüchtlinge einfach nur weiterzuleiten. Es darf keine *refugees in orbit* mehr geben, deren Schicksal gerade der Anstoß zur Entwicklung des modernen Flüchtlingsrechts war.

Gleichzeitig ist die Aufnahmekapazität Deutschlands begrenzt. Das nicht von Anfang an deutlich gemacht zu haben, war ein schwerwiegender Kommunikationsfehler der Bundesregierung. Vertrauen in die Regierung setzt nicht nur voraus, dass deren Handeln verlässlich und planvoll ist. Diese Verlässlichkeit und die Orientierung an einem Plan müssen auch sichtbar sein und in der Öffentlichkeit vermittelt werden. Das hat die Bundesregierung mittlerweile erkannt. Die Einigung der Staats- und Regierungschefs der EU mit dem Ministerpräsidenten der Türkei am 18. März 2016² zeigt nicht nur, dass es auf europäischer Ebene einen Plan gibt, sondern dass dieser Plan vor allem auf Drängen der Bundesregierung auch umgesetzt werden wird. Das Versprechen einer europäischen Lösung durch die Bundeskanzlerin hat so an Glaubwürdigkeit gewonnen.

Die große Hilfsbereitschaft in der deutschen Bevölkerung für die Flüchtlinge hat gezeigt, dass die *Willkommenskultur* dem Willen der meisten Deutschen entsprach. Auch Kritiker der Politik der Bundesregierung müssen rückblickend einräumen, dass der Verzicht auf eine Schließung der Grenzen Anfang September 2015 „alternativlos“ war. Niemand konnte von der Bundesregierung erwarten, dass die auf der Grundlage des Schengen-Systems seit langem beseitigten Grenzsicherungen und Grenzkontrollen von heute auf morgen wieder eingeführt werden könnten. Anders als das in manchen gutachterlichen und publizistischen Stellungnahmen anklingt, hat der Flüchtlingsansturm auch nicht zu elementaren Gefährdungen für den Bestand der Bundesrepublik geführt. Die enorme Einsatzbereitschaft sowohl der zuständigen Kräfte der Polizei, der Feuerwehr, des Technischen

1 *EuGH (Große Kammer)*: Überstellung von Asylsuchenden nach Griechenland, Urt. v. 14.11.2013, mit Anmerkung *Thym, D.*, in: NVwZ, 33/3 (2014), 129–132.

2 <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18-european-council-conclusions/>

Hilfswerks und der inneren Verwaltung als auch das kaum vorstellbare ehrenamtliche Engagement innerhalb und außerhalb der Sozialverbände haben dazu beigetragen, dass die große Zahl der Flüchtlinge erstaunlich gut versorgt werden konnte. Von einem Staatsversagen kann nicht die Rede sein. Vielmehr hat Deutschland gezeigt, dass seine oft geschmähte öffentliche Verwaltung und die vielen Ehrenamtlichen auch großen Herausforderungen gewachsen sind.

Dabei ist niemand davon ausgegangen, dass Deutschland in jedem Jahr eine Million Flüchtlinge würde aufnehmen können. Vielmehr musste die Bundesregierung darauf hinarbeiten, dass es in Europa zu einer gemeinschaftlichen Lösung kommen würde. Das Flüchtlingsproblem ist ein europäisches. Die Flüchtlinge aus Afrika und dem Nahen und Mittleren Osten sehen für sich in Europa die Chance für ein menschenwürdiges und sicheres Leben. Dass ein Leben in Deutschland für viele Migranten besonders attraktiv erscheint, vermag angesichts der guten wirtschaftlichen Situation des Landes kaum zu überraschen. Das Flüchtlingsproblem muss deshalb auf europäischer Ebene unter besonderer Beteiligung Deutschlands gelöst werden. Einfache Lösungen können zwar politisch versprochen werden, werden sich aber nicht realisieren lassen. Wenn schon die USA es nicht schaffen, ihre Grenze zu Mexiko für Zuwanderer unüberwindbar zu machen, liegt es auf der Hand, dass die Küsten der Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Mittelmeer nicht vollständig vor Flüchtlingen geschlossen werden können. Zur politischen Ehrlichkeit und zur Vertrauensbildung gehört es, diese Tatsache nicht zu verschweigen. Der Gipfel vom 18. März 2016 und die Einigung mit der Türkei sind ein wichtiger Schritt, dem aber noch viele weitere folgen müssen. Die Menschen, die vor menschenwürdigen Verhältnissen fliehen, brauchen Hilfe. Diese Hilfe wird aber nicht für alle in der Aufnahme in Europa bestehen können.

Grenzsicherungen auf dem Balkan sperren zwar einen Zugangsweg nach Mitteleuropa. Es gehört aber keine prophetische Gabe dazu, sich neue Flüchtlingsrouten über das Mittelmeer vorzustellen. Der Zuwanderungsdruck wird nur nachlassen, wenn vor allem syrischen Flüchtlingen Alternativen zur Flucht nach Europa in der Umgebung ihres Landes eröffnet werden, und wenn der Krieg in Syrien wenigstens so weit zurückgedrängt werden kann, dass die Menschen jedenfalls in Teile ihres Landes zurückkehren können. Der Waffenstillstand gibt Hoffnung. Nicht nur Griechenland wäre überfordert, wenn die Einigung zwischen der EU und der Türkei nicht funktionieren würde. Das bereits durch die Finanzkrise geschwächte Land ist nicht in der Lage, die Hauptlast der Flüchtlingsbewegungen nach Europa zu tragen. Die europäische Übereinkunft vom 18. März 2016 ist geeignet, den Zu-

sammenbruch des griechischen Staates und ein daraus resultierendes Machtvakuum, das auch für die Europäische Union ein großes Problem darstellen würde, wirksam zu verhindern, wenn sie schnell und vollständig umgesetzt wird. Auch Italien würde vor große Herausforderungen gestellt werden, wenn es nicht gelänge, das Flüchtlingsproblem durch gemeinsame Anstrengung der Union zumindest abzumildern.

Bei den Bemühungen der Europäischen Union wird dem Verhältnis zur Türkei eine besondere Bedeutung zukommen, wie die Einigung vom 18. März 2016 zeigt. Nunmehr rächt es sich, dass die Beitrittsverhandlungen zwischen der EU und der Türkei seit vielen Jahren nur schleppend geführt werden. Hätte man rechtzeitig die entsprechenden Kapitel der Beitrittsverhandlungen eröffnet, hätte man Verschlechterungen der Menschenrechtssituation in der Türkei entgegenwirken können. Nun ist die Lage so problematisch, dass man im Interesse einer Lösung des Migrationsproblems manche Kompromisse schließen muss, die man lieber vermeiden würde. Die Türkei wird sich jedes Entgegenkommen teuer bezahlen lassen. Da an ihr kein Weg vorbei führt, wenn man Flüchtlingen aus Syrien ein Verbleiben in der Region unter erträglichen Bedingungen ermöglichen will, wird es auch zukünftig großen Geschicks bedürfen, um auf diesem Feld zu diplomatischen Lösungen zu kommen. Die geplante Massenrückführung von Flüchtlingen aus Griechenland in die Türkei muss verfahrensmäßig so ausgestaltet werden, dass die rechtlichen Vorgaben beachtet werden. Möglicherweise wird sich dabei zeigen, dass das Flüchtlingsrecht in der EU gegenwärtig zu stark auf den Individualrechtsschutz ausgerichtet ist, um eine Massenflucht bewältigen zu können. Wenn das der Fall ist, wird man über Lösungen nachdenken müssen, mit denen die Steuerungsfähigkeit des Migrations- und Flüchtlingsrechts erhalten bleibt. Keine Lösung kann es in der Union sein, sich einfach über das Recht hinwegzusetzen. „Not kennt kein Gebot“ kann keine Maxime für die Europäische Union sein, die ihre Legitimität ganz wesentlich dem Umstand verdankt, dass sie sich als Rechtsgemeinschaft versteht.

Innerstaatlich bleibt die Lösung der Flüchtlingskrise vorrangig die politische Aufgabe des Bundes. Die Migrationskrise schafft kein föderales Verfassungsproblem. Vielmehr sind in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes die Verantwortlichkeiten klar geregelt. Der Bund ist für die Sicherung der Grenzen zuständig. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge ist verantwortlich dafür, dass die nach Deutschland kommenden Menschen so schnell wie möglich Klarheit darüber erhalten, ob sie in Deutschland bleiben dürfen oder zurückgeschickt werden. Der Vorschlag von Altkanzler *Gerhard Schröder*, zum Abbau der Rückstände in den

Anerkennungsverfahren eine einmalige großzügige Aufnahme bereits in Deutschland lebender Flüchtlinge zu erlauben, weist in die richtige Richtung. Die Flüchtlinge müssen möglichst schnell zunächst eine Unterkunft und dann einen Arbeitsplatz finden. Angebote zur Integration, vor allem Sprachkurse, sind dringlich. Die Länder und Kommunen müssen im Rahmen ihrer Zuständigkeit an der Aufgabenerfüllung mitwirken. Der Vorrang der Verfassung sowie der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes weisen in der grundgesetzlichen Ordnung dem Bund und nicht einem einzelnen Land die Verantwortung für die Flüchtlingspolitik zu.

Fehl geht das Argument, die Wesentlichkeitslehre verlange als Grundlage dafür, dass die deutsche Staatsgrenze nicht gegen Flüchtlinge geschlossen werde, ein Parlamentsgesetz. Die unionsrechtlichen und die deutschen Rechtsnormen regeln die einschlägigen Fragen detailliert. Das Parlament hat vor der Flüchtlingskrise die erforderlichen Rechtsnormen beschlossen und bislang nicht geändert. Die Wesentlichkeitslehre ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht geeignet, die Zuständigkeitsverteilung zwischen Legislative und Exekutive zu überspielen: „Die konkrete Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs staatlicher Macht, die das Grundgesetz gewahrt wissen will, darf nicht durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden“.³ Staatsleitung ist im Rahmen der Gesetze ganz wesentlich Regierungsaufgabe. Der Regierung kommt es nach der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes auch zu, auf den Gesetzesvollzug richtungsweisend einzuwirken. *Roman Herzog* hat in diesem Zusammenhang nicht ohne Grund vor der verfassungsrechtlichen Keule der Wesentlichkeitstheorie gewarnt. Die Entscheidung, die deutschen Grenzen offen zu halten, war nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes der Regierung und nicht dem Parlament zugewiesen.

Die bayerische Drohung mit dem Gang nach Karlsruhe geht deshalb ins Leere. Der frühere Verfassungsrichter *Udo Di Fabio* weist in seinem Gutachten für die Bayerische Staatsregierung ausdrücklich darauf hin, dass die Integrationsverantwortung des Bundes gegenüber den Ländern ihn zunächst verpflichtet, nach europäischen Lösungen zu suchen. Er gesteht der Bundesregierung zu, sie könne sich darauf berufen, dass bestimmte Maßnahmen erst nach einem gewissen Zeitraum wirken könnten und insofern die Entwicklung noch beobachtet werden dürfe. Nur wenn solche Maßnahmen nicht ausreichen, um die nach seiner Auffassung bestehende exzeptionelle Situation wieder kontrollierbar zu machen, werde der Bund

3 BVerfGE 68, 1 (87).

verfassungsrechtlich verpflichtet sein, eine wirksame eigene Grenzsicherung an der Bundesgrenze zu betreiben. Es liege innerhalb eines nur begrenzt justiziablen politischen Gestaltungsmessens des Bundes, was getan werden müsse, um ein gemeinsames europäisches Einwanderungs- und Asylrecht wiederherzustellen oder neu zu justieren.

Die Bundesregierung war also nicht nur politisch, sondern auch verfassungsrechtlich gut beraten, nach europäischen Lösungen zu suchen. Sie brauchte und braucht nicht zu befürchten, dass das Bundesverfassungsgericht ihr politisches Handeln beanstandet und ihr auf eine bayerische Klage hin eine Änderung ihrer Politik vorschreibt. Die am 18. März 2016 erreichte Einigung in der EU und mit der Türkei hat gezeigt, dass der europäische Weg zum Erfolg führen kann. Die Bundesregierung muss allerdings stärker als bislang ihr Handeln nach innen und außen erklären. Den Flüchtlingen muss sie deutlich machen, dass auch die deutschen Möglichkeiten begrenzt sind, wie es Bundespräsident *Joachim Gauck* schon vor längerer Zeit betont hat. Den Wählerinnen und Wählern muss sie zeigen, dass sie einen Plan hat und diesem Plan folgt. Nur dann wird das Vertrauen in die Regierungspolitik wieder steigen und die Verunsicherung der Bevölkerung, die in den letzten Wahlen mehr als deutlich zum Ausdruck gekommen ist, zurückgehen. Die Flüchtlingskrise ist eine große politische Herausforderung, der sich Deutschland als Teil Europas stellen muss und der sich Deutschland bislang erfolgreich gestellt hat. Der Rechtsstaat bildet den Rahmen für die politische Krisenbewältigung, schreibt aber nicht einen bestimmten Weg zur Lösung vor. Wer in dieser Situation von einer Herrschaft des Unrechts redet, schwächt das Vertrauen, auf das der Rechtsstaat zwingend angewiesen ist. Er rückt die Bundesrepublik Deutschland zu Unrecht in die Nähe von Regimen, die tatsächlich rechtsstaatliche Anforderungen mit Füßen treten. Die Quittung dafür geben die Wählerinnen und Wähler.