

Ulrich K. Preuß

## Die Krise der Europäischen Union als Ausnahmezustand?

### Einleitung

Die Nachrichten über Europas Krisen reißen nicht ab. Hier eine nicht vollständige Liste: die nach wie vor unbewältigte Finanz- und Bankenkrise; die damit zusammenhängende Staatsschuldenkrise mit der besonders in Griechenland, aber keineswegs nur dort, ausgelösten sozialen Krise, welche elementare soziale Dienste wie das staatliche Gesundheitswesen und die Alterssicherung an den Rand des Zusammenbruchs getrieben hat; die dramatisch hohe Arbeitslosigkeit unter Jugendlichen und jungen Erwachsenen in den südlichen Mitgliedstaaten mit Quoten von jeweils über 40% in Griechenland und Spanien, 38% in Italien, 28% in Portugal und 25% in Frankreich;<sup>1</sup> die selbst durch den Europäischen Rettungsfonds nicht mehr behebbare Verschuldung der italienischen Banken; so dann die durch Massenflucht nach Europa ausgelöste Flüchtlingsschutzkrise, die bei vielen EU-Bürgerinnen und -bürgern das Gefühl, in sicheren Grenzen zu leben, erschüttert hat;<sup>2</sup> die weitgehende Handlungsunfähigkeit der EU wegen tiefergehender Uneinigkeit der Mitgliedstaaten über eine angemessene Reaktion; das Aufkommen rechtspopulistischer Bewegungen in einer wachsenden Zahl von Mitgliedstaaten, die der EU nicht zutrauen, ihren Bürgern Schutz vor den Zumutungen der Globalisierung zu bieten, ja die EU selbst als Agenten der Globalisierung wahrnehmen; als sichtbarster Ausdruck dieses Misstrauens das britische Referendum für den Brexit vom Juni 2016; schließlich die Hilflosigkeit der EU gegenüber der Erosion der in Art. 2 EUV niedergelegten grundlegenden Werte der EU in ihren Mitgliedstaaten Ungarn und Polen sowie der Verwandlung des Beitrittskandidaten Türkei in eine Diktatur, ganz zu schweigen von ihrer Rat- und Kraftlosigkeit gegenüber den sie unmittelbar berührenden blutigen internationalen Konflikten in der Ukraine und in Syrien. Die Heimsuchung durch den in europäischen Metropolen aufgewachsenen islamistischen Terrorismus ist eine weitere auf Europa lastende Bürde. Befindet sich EU-Europa in einem Ausnahmezustand?

1 Alle Zahlen eurostat [http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&language=de&pcode=teil\\_m021](http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&language=de&pcode=teil_m021) (alle Links zuletzt besucht am 26.10.2016); vgl. auch die z.T. leicht abweichenden Zahlen Stand Mai 2016 bei Bundesagentur für Arbeit. Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung: Arbeitsmarkt in Kürze: Arbeitsmarktstatistik im europäischen Vergleich, Nürnberg 2016, 6.

2 Vgl. die Beiträge von Gärditz, Murswiek und Horn in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht, Paderborn 2016, 105 ff., 123 ff., 140 ff.

DOI: 10.5771/0023-4834-2017-1-51

## I. Ausnahmezustand im europäischen Verfassungsverbund

Im Rahmen rechtswissenschaftlicher Erörterungen bezeichnet der Begriff des Ausnahmezustandes einen rechtlicher Status; er umschreibt nicht eine außergewöhnliche *faktische* Situation. Daher können die oben aufgezählten Krisensymptome der EU als solche begriffsnotwendig keinen Ausnahmezustand darstellen. Allenfalls könnten sie Grundlage für die Transformation des politischen und rechtlichen Status der EU in den Ausnahmezustand bilden.

Wir kennen den Begriff des Ausnahmezustandes bezeichnenderweise bereits aus der römischen Republik,<sup>3</sup> in der Neuzeit dann seit der Mitte des 19. Jahrhunderts, als sich die Idee einer rechtlichen Verfassung politischer Herrschaft durchzusetzen begann.<sup>4</sup> Clinton Rossiter bezeichnete ihn in seiner kurz nach dem Zweiten Weltkrieg verfassten Studie als „Constitutional Dictatorship“ und verband damit zwei Begriffe, die im üblichen Verständnis einen scharfen Gegensatz bilden. Diese paradoxe Etikettierung sollte ausdrücken, dass es für Zeiten, in denen der Normalbetrieb einer verfassungsmäßigen Ordnung den Herausforderungen einer existenzgefährdenden Notlage nicht gewachsen ist, eine Art temporärer Notverfassung geben müsse, unter der die Gefahr effektiver als mit den Instrumenten der Normalverfassung abgewendet werden kann, namentlich durch eine Stärkung der Macht der exekutiven Gewalt zu Lasten der Freiheit der Bürger.<sup>5</sup> Mit anderen Worten, ein Ausnahmezustand ist dadurch gekennzeichnet, dass zur Bewältigung einer das Gemeinwesen bedrohenden Notlage einige der im rechtlichen Normalzustand der politischen Ordnung bestehenden Rechte, Befugnisse und Kompetenzen – kraft seines exzeptionellen Charakters vorübergehend – suspendiert sind. Das bedeutet, dass die Rückkehr zum Zustand der Regelmäßigkeit, d.h. zum *status quo ante* des Ausnahmezustandes, nicht nur beabsichtigt, sondern auch möglich ist.

Die zeitgenössische Kategorie des Ausnahmezustandes ist allerdings bislang fast ausschließlich im Zusammenhang mit dem modernen Staat und seiner rechtlich verfassten Ordnung erörtert worden<sup>6</sup>. Dabei ging und geht es auch heute noch um die Frage, ob die für das Funktionieren einer wohlgeordneten und friedlichen Gesellschaft geschaffenen institutionellen Instrumente einer liberalen Verfassung in der Lage sind, gravierende Krisen und Notsituationen zu bewältigen, ob innerhalb der Verfassung ein Sonderrecht für diese Fälle bereitgestellt werden sollte, oder ob man nicht zur Überwindung solcher Ausnahmezustände sogar auch extrakonstitutionelle Wege beschreiten müsse.<sup>7</sup> Aber auch diese Fragen erscheinen im Zusammenhang mit der EU als einer Verbindung souveräner Staaten fernliegend, ja geradezu abwegig. Diese sind für ihre Sicherheit und die Integrität ihrer verfassungsmäßigen Ordnung jeweils selbst verantwortlich. Art. 4 Abs. 2 EUV stellt ausdrücklich fest, dass die Union die grundlegenden Funktionen des überkomme-

3 Mommsen, Römisches Staatsrecht, Bd. 2.1, Darmstadt 1971 [Nachdr. der 3. Aufl., 1887], 135.

4 Boldt, Rechtsstaat und Ausnahmezustand. Eine Studie über den Belagerungszustand als Ausnahmezustand des bürgerlichen Rechtsstaates im 19. Jahrhundert. Berlin 1967, 30 ff.; vgl. auch Rossiter, Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies, Princeton/NJ 1948, 79 ff.

5 Rossiter (Fn. 4 ), 7 f.

6 Vgl. aber White "Emergency Europe", in Political Studies 63/2 (2015), 300-318; ders. "Authority after Emergency Rule", in The Modern Law Review 78/4 (2015), 585-610, jeweils m.w.N.

7 Vgl. zu den Optionen Dyzenhaus, States of Emergency, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, 442 (442 f.).

nen Verfassungsstaates, insbesondere seine Verantwortung für seine „inneren Angelegenheiten“, achtet.

Andererseits gibt es aber im EUV durchaus auch Hinweise auf eine Zuständigkeit der Union für die inneren Verfassungszustände ihrer Mitgliedstaaten. So zählt Art. 2 Satz 1 EUV die Werte auf, auf die sich die Union gründet, an deren Spitze die Achtung der Menschenwürde steht, verbunden mit „Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören“. Wenn dies die normativen Prinzipien der Gründung sind, dann sind sie nicht nur für die gegründete Institution, sondern auch für die Gründer verbindlich, wie Art. 2 Satz 1 EUV feststellt.

Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EUV zeigt darüber hinaus, dass Art. 2 nicht lediglich deklaratorische Bedeutung hat oder gar in der Rubrik Verfassungslyrik verbucht werden kann, sondern rechtlich und politisch bedeutsame Konsequenzen hat. Unter bestimmten Voraussetzungen kann nämlich der Rat feststellen, dass „die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 genannten Werte durch einen Mitgliedstaat besteht“, und damit ein Verfahren in Gang setzen, an dessen Ende die Suspendierung mitgliederschaftlicher Rechte des betroffenen Staates stehen kann. Es handelt sich dabei nicht um altruistische Hilfe, sondern um ein Mittel des Selbstschutzes der Union gegen Gefährdungen ihrer sozial-moralischen Grundlagen von Seiten eines Mitgliedstaates. Denn die Staaten haften gewissermaßen als Gründer der Union für die konstitutionelle Integrität ihrer Schöpfung und müssen daher ihrerseits die Gründungsprinzipien erfüllen. Zugleich zeigt aber die detaillierte Verfahrensregelung des Art. 7 EUV auch, dass ihr Gegenstand kein Ausnahmezustand ist. Zwar könnte man den Ausschluss vom Stimmrecht im Rat und im Europäischen Rat gem. Art. 7 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 354 Abs. 1 AEUV politisch durchaus als eine Ausnahmesituation ansehen; im Rechtssinne liegt ein Ausnahmezustand jedoch nur vor, wenn zur Bewältigung außergewöhnlicher Notfälle die für den Regelbetrieb einer rechtlich verfassten Institution geltenden Kompetenzen, Befugnisse und Rechte zeitlich begrenzt verändert werden. Das ist bei Art. 7 EUV offenkundig nicht der Fall. Es würde lediglich von einer für bestimmte Situationen bereitstehenden regulären Befugnis Gebrauch gemacht.

Damit ist das Thema Ausnahmezustand der EU aber noch nicht erledigt. Denn wenn wir vom Verfassungsverbund von Union und ihren Mitgliedstaaten sprechen, dann müssen auch die Auswirkungen eines in einem Mitgliedstaat verhängten Ausnahmezustandes auf den Verfassungsstatus der EU betrachtet werden. Man stelle sich vor, dass ein Mitgliedstaat – z.B. Frankreichs Präsident nach Art. 16 der Verfassung der Fünften Republik – den Ausnahmezustand verhängt, weil „die Institutionen der Republik, die Unabhängigkeit der Nation, die Integrität ihres Staatsgebietes oder die Erfüllung ihrer internationalen Verpflichtungen ernsthaft und unmittelbar bedroht sind und gleichzeitig die ordnungsgemäße Arbeit der Verfassungsorgane unterbrochen ist“. Dieser Zustand erstreckt sich, weil von der Verfassung zeitlich nicht begrenzt, über einen längeren Zeitraum und befugt den Präsidenten zu allen „diesen Umständen nach erforderlichen Maßnahmen“, z.B. die Begründung der Zuständigkeit von Militärtribunalen für Handlungen von Zivilpersonen oder die Einführung der Pressezensur.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Vgl. die Hinweise auf die Inanspruchnahme der Ermächtigung des Art. 16 durch den ersten Präsidenten der Fünften Republik de Gaulle im Jahre 1961 bei Feldman, *Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege*, Cornell

Würden diese Maßnahmen den materiellen Verfassungsstatus der Union berühren? Kann man diese Frage mit Hinweis auf Art. 4 Abs. 1 und 2 EUV ohne Weiteres verneinen? Könnte es der Union z.B. gleichgültig sein, ob ihre Bürger z.B. einer Militärjustiz unterliegen und ihnen damit für einen unbestimmten Zeitraum ihre in der Grundrechte-Charta garantierten justiziellen Rechte vorenthalten werden? Allgemein gefragt: Welchen Einfluss hat die Verhängung des Ausnahmezustandes in einem Mitgliedstaat auf den materiellen Verfassungsstatus der EU und welche Reaktionen sind darauf möglich und zulässig? Offenbar liegt die Antwort irgendwo in dem Spannungsfeld zwischen dem in Art. 4 EUV niedergelegten Gebot der Union, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten und ihre grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zu achten, und ihrer in Art. 7 und 2 EUV übernommenen Verantwortlichkeit für die Wahrung bestimmter grundlegender Verfassungswerte in den Mitgliedstaaten. Sie führt uns m.a.W. in den Bereich, in dem sich die Verfassungsräume der EU-Mitgliedstaaten und der Union wechselseitig durchdringen. Im Anschluss an Ingolf Pernice bezeichne ich diese Beziehung als einen Verfassungsverbund, durch den die Union und ihre Mitgliedstaaten ineinander verschränkt sind.<sup>9</sup>

Eine allgemeine Aussage über die konstitutionellen Wirkungen eines mitgliedstaatlichen Ausnahmezustandes auf die EU ist unmöglich, solange man nicht dessen Eigenheiten genauer kennt.

Rossiter, dessen Abhandlung auch nach fast sieben Jahrzehnten immer noch wertvolle Einsichten über den Ausnahmezustand in Verfassungsstaaten vermittelt, sprach von drei typischen Krisen, auf die liberale Demokratien mit „constitutional dictatorship“ reagieren: Krieg, Rebellion und ökonomische Depression. Rebellion werde in erster Linie mit exekutiven Mitteln bekämpft und verlange irgendeine Art von Militärdiktatur; auf ökonomische Depression werde in erster Linie mit von der Exekutive zu erlassenden Notstandsgesetzen reagiert, und schließlich gehe man mit der Krise des Krieges in einer Kombination beider Instrumente um. „Wenn man eine Situation justiziell bewältigen kann, dann ist sie wahrscheinlich keine Krise.“<sup>10</sup> Man sieht hier, wie auch an vielen anderen Stellen, dass Rossiter seine Überlegungen zum Ausnahmezustand streng am Maßstab der Verfassung und ihrer Gewaltenteilung orientierte. Dennoch musste auch er resigniert feststellen, dass eine Demokratie niemals eine konstitutionelle Diktatur durchlebt habe, ohne dass daraus nicht irgendwelche dauerhaften negativen Effekte auf die wiederhergestellte Normalverfassung entstanden wären.<sup>11</sup>

Diese kritische Beobachtung ist auch mit Blick auf die wechselseitige Durchdringung der Verfassungsräume von Mitgliedstaaten und Europäischer Union von Bedeutung. Es liegt nahe, dass eine Umformung der Verfassung eines Mitgliedstaates nicht notwendig die formellen Vertragstexte verändert, aber doch auf den materiellen Verfassungszustand der EU einwirkt. Der im Innern eines Staates herrschende Ausnahmezustand setzt Kräfte frei, die nicht ohne Weiteres durch das bloße *fiat* eines konstitutionellen Organs wieder

International Law Journal 38/3 (2005), 1021 (1029); Ackerman, The emergency constitution, Yale Law Journal 113/5 (2004), 1029 (1038, Fn. 19). Eingehend Wißl in diesem Heft.

<sup>9</sup> Zum Konzept des europäischen Verfassungsverbundes vgl. Pernice, Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866; ders., Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVdStRL 60 (2001), 148 (163 ff.), jeweils m.w.N.

<sup>10</sup> Rossiter (Fn.4), 9.

<sup>11</sup> Ebd., 13.

eingefangen und gezähmt werden können<sup>12</sup>. Diese Feststellung gilt auch dann, wenn, wie meist, ein konstitutionelles Organ – typischerweise ein gewählter Präsident – den Ausnahmezustand verhängt und kraft Verfassung selbst über die zur Bewältigung der Notlage erforderlichen exekutiven Befugnisse und Ressourcen verfügt.<sup>13</sup> Lassen sich in einem Zustand suspendierten Verfassungsrechts Art und Dauer der im Ausnahmezustand zugelassenen exekutiven Befugnisse begrenzen? In anderen Worten: Kann im Ausnahmezustand das Prinzip der Legalität wirksam werden?<sup>14</sup> Wenn z.B. die Verfassung, die keine zeitliche Limitierung eines verhängten Ausnahmezustandes festlegt, suspendiert ist, dann kann dessen Beendigung nur von dem Inhaber der exekutiven Befugnisse des Ausnahmezustandes selbst bestimmt werden. Selbstbindung ist nun aber bekanntlich kein Merkmal entgrenzter Macht.

All diese Fragen sind mittelbar auch Verfassungsfragen der Europäischen Union. So betrifft sie auch das konstitutionelle Rätsel, ob unter dem Ausnahmezustand eines Mitgliedstaates ergangene Akte Rechtsakte, Nicht-Recht-Akte oder vom Recht autorisierte Nicht-Recht-Akte sind.<sup>15</sup> Man kann diese Frage auch allgemeiner formulieren: Welchen Status hat ein politisches Gemeinwesen, in dem der Ausnahmezustand herrscht? Wenn die Verfassungsordnung suspendiert und damit die Legalität außer Geltung gesetzt ist, so kann das zweierlei bedeuten: entweder Rechtlosigkeit im Sinne von Naturzustand oder Rechtlosigkeit im Sinne von Tyrannei, d.h. Ordnung kraft despotischer Herrschaft. Offenkundig trifft keine dieser beiden Möglichkeiten den Charakter des Ausnahmezustandes. Er ist kein Naturzustand, weil er eine Ordnung ist, aber diese Ordnung ist nicht despotisch, denn sie dient der Wiederherstellung der durch eine außergewöhnliche Notsituation unterbrochenen Verfassungsordnung. Gibt es etwas Drittes? Die Antwort auf diese Frage würde uns in eine Auseinandersetzung mit den Theorien von Carl Schmitt und Giorgio Agamben führen, die hier aus Raumgründen nicht möglich ist. Für das Weitere ist sie auch entbehrlich.

## II. Mitgliedstaatlicher Notstand und Europäische Union

Die von Rossiter genannten drei außergewöhnlichen Lagen, die typischerweise den Ausnahmezustand der *constitutional dictatorship* in Verfassungsstaaten auslösen, erscheinen auf den ersten Blick nicht geeignet, die Frage eines Ausnahmezustandes auf der Ebene der EU aufzuwerfen. Das soll nicht heißen, dass die EU von solchen Ereignissen und Zuständen nicht etwa betroffen werden könnte; aber diese Lagen betreffen sie nur mittelbar als Auswirkungen von Ereignissen in den Mitgliedstaaten, die ganz unmittelbar deren für die Union unantastbaren Kernzuständigkeiten als souveräne Staaten herausfordern: ihre

12 Ausführlich erörtert in Bezug auf die ökonomischen Ausnahmeregelungen der EU von White „Authority after Emergency Rule“ (Fn. 6).

13 Zu den Nachwirkungen eines beendeten Ausnahmezustandes auf die wieder in Geltung gesetzte Verfassung die zutreffenden Bemerkungen von Frankenberg, Staatstechnik, Frankfurt/M. 2010, 148 f. mit Hinweis auf Augsberg, Denken vom Ausnahmezustand her. Über die Unzulässigkeit der anormalen Konstruktion und Destruktion des Normativen, in: Arndt et al. (Hrsg.), Freiheit - Sicherheit - Öffentlichkeit, Baden-Baden 2009, 17 (29).

14 Vgl. hierzu die Beiträge in: Ramraj (Hrsg.), Emergencies and the Limits of Legality, Cambridge 2008.

15 Dazu Dyzenhaus (Fn. 7), 447, u. ders., The Puzzle of Martial Law, University of Toronto Law Journal 59/1 (2009), 1.

territoriale Integrität und staatliche Selbstbestimmung (Krieg), ihr Gewaltmonopol (Rebellion) und ihre demokratische Selbstbestimmung über das bevorzugte Gesellschaftsmodell (ökonomische Depression). Dennoch können auch die zum *domaine réservé* der Mitgliedstaaten gehörenden rechtlichen, politischen und materiellen Verhältnisse die Union nicht gleichgültig lassen. Und so finden sich in den Verträgen konsequenterweise wechselseitige Solidaritätspflichten von Union und Mitgliedstaaten.

Von Bedeutung sind hier der unter der eigenen Titelüberschrift „Solidaritätsklausel“ platzierte Art. 222 AEUV sowie Art. 42 Abs. 7 EUV. Ersterer statuiert eine Solidaritätspflicht der Union und der Mitgliedstaaten, „wenn ein Mitgliedstaat von einem Terroranschlag, einer Naturkatastrophe oder einer vom Menschen verursachten Katastrophe betroffen ist“.<sup>16</sup> Die Vorschrift sieht vor, dass diese solidarische Unterstützung keinem Mitgliedstaat aufgenötigt, sondern nur auf Ersuchen seiner (vertragsgemäß als demokratisch legitimiert vorausgesetzten) politischen Organe geleistet werden darf. Umgekehrt entscheiden die zur Solidarität verpflichteten Mitgliedstaaten, in welcher Weise sie ihre Unterstützung leisten.<sup>17</sup>

Es fällt auf, dass in Art. 222 AEUV keiner der von Rossiter genannten typischen Notstandsfälle erwähnt wird. Für den Fall des Krieges allerdings – genau genommen: „eines bewaffneten Angriffs auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats“ – gibt es die spezielle Regelung des Art. 42 Abs. 7 EUV. Danach schulden die anderen Mitgliedstaaten dem angegriffenen Staat „alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung im Einklang mit Art. 51 Charta der Vereinten Nationen“.<sup>18</sup>

Gänzlich unerwähnt bleibt die „Rebellion“, d.h. innere Unruhen mit der Folge einer erheblichen Störung der staatlichen Ordnung. Wie erwähnt, ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung auch für die EU-Mitgliedstaaten eine genuin eigene Angelegenheit. Diese staatliche Kernkompetenz findet daher auch keinen Widerhall in den Verträgen, obwohl innere Unruhen mit einiger Sicherheit auch die institutionelle Stabilität der Union beeinträchtigen dürften.

Schließlich die „ökonomische Depression“: Auch sie wird in der Solidaritätsklausel des Art. 222 AEUV nicht erwähnt. Zwar könnte man sie durchaus als eine „vom Menschen verursachte Katastrophe“ betrachten, doch sind hier in Abgrenzung zu Naturkatastrophen Schäden wie Umweltzerstörungen durch den Klimawandel, Nuklearunfälle, Seuchen, Epidemien und dergleichen gemeint.<sup>19</sup> Doch wie bei „Kriegen“ gibt es in den Verträgen auch für einen ökonomischen Notstand eine Solidaritätsklausel, die in einem weiten Sinne für den Sammelbegriff der „ökonomischen Depression“ passt. Art. 122 Abs. 1 AEUV bestimmt, dass der Rat bei Versorgungsengpässen insbesondere im Energiebereich „im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten über die der Wirt-

16 Art. 222 Abs. 1 u. 2 AEUV.

17 Vgl. die gem. Art. 222 Abs. 3 beschlossene Erklärung des Rates.

18 Betrachtet man einen terroristischen Angriff – wie etwa die terroristischen Attentate in Paris im November 2015 und in Brüssel im März 2016 – als bewaffnete Angriffe auf das Hoheitsgebiet Frankreichs bzw. Belgiens, so folgten daraus konkurrierende Solidaritätspflichten der anderen Mitgliedstaaten gegenüber diesen beiden Ländern gemäß Art. 42 Abs. 7 EUV und 222 Abs. 1 u. 2 AEUV, vgl. hierzu Zeitmann, Die Terrorakte von Paris: Anwendung des Art. 42 Abs. 7 EUV gerechtfertigt? – Update <http://jean-monnet-saar.eu/?p=1043>.

19 Ablehnend auch C. Calliess jedenfalls für Finanzhilfen, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms. ZEuS 14/2 (2011), 213 (237 f.), m.w.N.

schaftslage angemessenen Maßnahmen beschließen“ kann – eine Befugnis, die allerdings wohl noch nicht als Notstandshilfe, sondern eher als ein zusätzliches Instrument der Marktregulierung zu qualifizieren sein dürfte. Das Gleiche gilt für den „gegenseitigen Beistand“, den Art. 143 AEUV im Falle von Zahlungsbilanzschwierigkeiten eines Mitgliedstaates vorsieht und der daher hier nicht weiter betrachtet wird. Die Befugnis des Rates, für einen Mitgliedstaat Nothilfe zu leisten, der „aufgrund von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Ereignissen, die sich seiner Kontrolle entziehen, von Schwierigkeiten betroffen oder von gravierenden Schwierigkeiten ernstlich bedroht [ist]“, wird im Absatz 2 des Art. 122 festgelegt. Es handelt sich um eine Befugnis, nicht um eine Pflicht, und auch die Solidaritätsklausel fehlt hier im Gegensatz zu Abs. 1. Auch wenn man Absatz 2 als *lex specialis* zu Absatz 1 ansieht<sup>20</sup> und damit die Solidaritätsklausel des Absatz 1 als Bestandteil auch des Absatzes 2 betrachtet, ist nichts gewonnen, weil der „Geist der Solidarität zwischen Mitgliedstaaten“ auch hier keine rechtliche Verpflichtung der Union zur Hilfe auslöst. Überhaupt bleibt unklar, welche rechtliche Bedeutung der „Geist der Solidarität zwischen Mitgliedstaaten“ in einem Artikel hat, in dem ausschließlich Befugnisse von Organen der Union stipuliert werden.

Die in Art. 122 und auch in den folgenden Art. 123 bis 125 AEUV zum Ausdruck kommende restriktive Haltung des Vertrages gegenüber einem ökonomischen Notstand in einem Mitgliedstaat erscheint paradox, denn gerade auf dem Gebiet von Wirtschaft und Währung besteht die engste Verflechtung zwischen den Mitgliedstaaten; man sollte daher ein wechselseitiges Interesse am gemeinsamen Wohlergehen erwarten. Doch die innere Logik der vertraglich festgelegten Wirtschafts- und Währungsordnung bietet nur wenig Spielraum für Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten, weil sie darauf gerichtet ist, dem wirtschaftlichen, monetären und fiskalischen Handeln der Mitgliedstaaten das Maß an Disziplin aufzuerlegen, das für den Schutz des Euro, d.h. vor allem für die Erhaltung des Euroraumes als Hartwährungsgebiet erforderlich ist. Christian Callies stellt zutreffend fest, dass die Vorschriften der Art. 123-125 AEUV primär darauf zielen, „die Mitgliedstaaten bei der Kreditfinanzierung ihrer Haushalte den Gesetzmäßigkeiten der Finanzmärkte [...] zu unterwerfen“.<sup>21</sup> Aus diesem Grunde verbieten die Unionsverträge nach vorherrschender Meinung nicht nur Finanzhilfen der Union an die Mitgliedstaaten, sondern auch freiwillige – aus Kalkül oder mitgliedstaatlicher Solidarität geleistete – Finanzhilfen von Mitgliedstaaten an ein in einen drohenden Staatsbankrott geratenes Mitglied der Union.<sup>22</sup> Die sich seit annähernd zehn Jahren hinschleppende Staatsschuldenkrise Griechenlands, die sich in eine ernste soziale Krise des Landes entwickelt hat, ist das drastischste Beispiel für die Folgen des unbeirrten Festhaltens an der politischen Dominanz des Zieles der Eurostabilität.<sup>23</sup>

Bisher war ausschließlich von Notlagen in den Mitgliedstaaten die Rede und davon, welche Möglichkeiten die Unionsverträge vorsehen, darauf zu reagieren. Dabei spielte es keine Rolle, welche rechtliche Bedeutung diese Notlagen in den Verfassungsordnungen

20 So Häde in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar. 4. Aufl. 2011, Art. 122 AEUV Rn. 6.

21 Vgl. ausführlich Callies (Fn. 19), 252, vgl. auch 264.

22 Ebd., 263 m.w.N.

23 Krit. dazu Scharpf, Monetary union, fiscal crisis and the pre-emption of democracy, ZEuS 9/2 (2011), 163; ders., The Costs of Non-Disintegration: the Case of the European Monetary Union, in: Chalmers/Jachtenfuchs/Joerges (Hrsg.), The End of the Eurocrats' Dream. Adjusting to European Diversity, Cambridge 2016, 29.

der Mitgliedstaaten haben, ob sie z.B. bei ihrem Eintreten eine Transformation der Verfassung in den konstitutionellen Sonderstatus des Ausnahmezustandes auslösen. Denn an keiner Stelle machen die unionsrechtlichen Regelungen einen derartigen konstitutionellen Statuswechsel zur Voraussetzung für die Erfüllung der kodifizierten Solidarpflichten oder betrachten ihn, im Gegenteil, als Hindernis für deren Erfüllung. Die unionsrechtliche Indifferenz gegenüber dieser Frage ist erstaunlich. Die oben bereits erörterten Regelungen der Art. 4 und 7 EUV belegen ja durchaus die große Bedeutung, die die Union der Achtung der in Art. 2 EUV niedergelegten Werte und konstitutionellen Strukturprinzipien in den Mitgliedstaaten beimisst. Und zweifellos gehört zu den nach Art. 7 Abs. 3 EUV möglichen Sanktionen wegen schwerwiegender Verletzungen der in Art. 2 AEUV genannten Werte auch die Versagung der der Union und den Mitgliedstaaten nach den Verträgen obliegenden Solidarpflichten. Gilt dies auch in den Fällen, in denen in einem Mitgliedstaat im Einklang mit dessen Verfassung wegen eines Notstandes der Ausnahmezustand erklärt und wesentliche Verfassungsrechte suspendiert werden? Und gibt es Hinweise darauf, dass die Kommission oder auch der Europäische Rat genauer betrachten, welche Wirkung der nach dem terroristischen Anschlag in Paris im November 2015 von Präsident Hollande erklärte und inzwischen mehrmals verlängerte Ausnahmezustand auf den Rechtsstatus der sich in Frankreich aufhaltenden Unionsbürger hat? Schaut man nach Polen, Ungarn, vielleicht auch demnächst Österreich und Holland, so werden sich die verantwortlichen Organe der Union darüber Gedanken machen müssen. Die Regelungen z.B. der polnischen Verfassung von 1997 über „Ausnahmezustände“ (Art. 228 ff.) könnten bei einer gewissen Entschlossenheit des Staatspräsidenten und einer ihm ergebenden Parlamentsmehrheit durchaus den Weg zu Situationen bahnen, die ein Handeln der EU erfordern. Auch die Türkei im Jahre 2016 – immerhin ein Beitrittskandidat – bietet drastischen Anschauungsunterricht.

Diese Beispiele führen uns von dem Thema der Bedeutung von Notständen in den Mitgliedstaaten für den Verfassungsstatus der Union zu dem brisanteren Problem möglicher Notstände der EU, die aus ihr selbst heraus erzeugt werden und die Frage eines supranationalen Ausnahmezustandes aufwerfen. Brisanter ist diese Möglichkeit, weil Staaten bislang jeden Notstand überlebt haben; nicht so Staatenverbindungen. Kann es also einen Ausnahmezustand für die Europäische Union geben? Angesichts ihrer beispiellos krisenhaften Lage wird man dies nicht *a limine* abweisen können.

### III. Die EU – Raum ohne Volk?

Wenn wir uns die eingangs dieses Artikels aufgezählten Krisen der Europäischen Union genauer betrachten, so drängt sich der Eindruck auf, dass ihre Quellen überwiegend gar nicht in einzelnen Mitgliedstaaten liegen, sondern in der Union selbst. Nehmen wir nur die drei wohl schwerstwiegenden Krisen – die Finanz- und Bankenkrise und die damit zusammenhängende Staatsschuldenkrise insbesondere in Griechenland, die durch Masseneinwanderung nach Europa ausgelöste sog. Migrationskrise und den im Juni 2016 in Großbritannien beschlossenen Brexit – so handelt es sich in diesen drei Fällen um Symptome dessen, was der deutsche Finanzminister Wolfgang Schäuble einmal als Europas Rendezvous mit der Globalisierung gekennzeichnet haben soll. Im Fall der Finanzkrise wurde Europa aufgrund der desaströsen Wirkungen der Schaffung einer einheitlichen Währung für einen extrem heterogenen Währungsraum zum Opfer einer selbst ange-

lockten, global agierenden Finanzspekulation. Im Fall der massenhaften Einwanderung nach Europa fehlten und fehlen weiterhin die institutionellen und mentalen Voraussetzungen für die Einsicht, dass sich Europa diesem weltweiten Phänomen nicht entziehen kann. Und schließlich ist der Brexit – der möglicherweise nur ein Anfang ist – die deutlichste Botschaft eines sich von der EU als „vergessen“ fühlenden Volkes, dass es nur in einem geschlossenen Nationalstaat wieder „die Kontrolle“ über seine Lebensform „zurückgewinnen“ kann. In allen drei Fällen geht es um die Erfahrung der Entgrenzung von Lebenswelten. Es ist diese in Europa weit verbreitete Erfahrung, die uns wichtige Einsichten in dessen gegenwärtige Krise vermitteln kann und die wir als Europas genuine Krise bezeichnen können.

„Entgrenzung“ ist nicht lediglich eine Metapher. Nur wo Grenzen bestanden, wird ihre Öffnung oder gänzliche Beseitigung für bisher durch sie Beengte und Eingeschlossene zum Glück, für durch sie Geborgene zum Schrecken. Die Europäische Union ist weltweit der einzige Kontinent, auf dem die z.T. Jahrhunderte bestehenden Grenzen zwischen nicht weniger als 25 souveränen Staaten für den Personenverkehr geöffnet wurden.<sup>24</sup> Macht man sich klar, welche tiefgreifende Bedeutung die Territorialität eines Staates – und damit die physische Begrenzung seiner staatlichen Hoheitsgewalt – für seine Souveränität und seine darauf gestützte Identität in der europäischen Geschichte der vergangenen 300 Jahre hatte, dann wird verständlich, warum dieser Schengener Acquis von der EU und vielen Zeitgenossen als eine der wichtigsten Errungenschaften der Europäischen Union angesehen wird.<sup>25</sup> Denn dadurch wird ein Raum geschaffen, der, in den Unionsverträgen als „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ qualifiziert,<sup>26</sup> gleichsam das physische Komplement zum Status der Unionsbürgerschaft darstellt: Die Bürger der Union sind in ihrer Bewegungs- und Handlungsfreiheit nicht mehr an die Grenzen ihrer nationalen Heimatländer gebunden, sondern können sich in einem diesem supranationalen Status entsprechenden supranationalen Raum bewegen.

Zwei Einschränkungen sind hier allerdings anzumerken. Zum einen begründet die Unionsbürgerschaft bekanntlich keinen originären Status, sondern ergänzt die nationale Staatsbürgerschaft.<sup>27</sup> Denn es werden die Grenzen zwischen den Staaten nicht abgeschafft, sondern durchlässig gemacht; auch können unter außerordentlichen Umständen die Kontrollen an den Binnengrenzen für begrenzte Zeiträume wieder eingeführt werden.<sup>28</sup>

Die andere Einschränkung betrifft die enge Verbindung dieses Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts mit dem Ziel der Union, den Binnenmarkt zu verwirklichen und dessen Funktionieren zu gewährleisten.<sup>29</sup> Dazu gehört notwendig das Recht

24 Am Schengener Abkommen nehmen mit Ausnahme von Großbritannien, Irland und Zypern alle Mitgliedstaaten der EU teil, vgl. die Mitteilung des Auswärtigen Amtes auf <https://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/FAQ/VisumFuerD/17-Schengenstaaten.html?nn=350374>.

25 Vgl. den neuesten Stand des Schengener Abkommens in der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 (ABl. L 77/1 v. 23.3.2016); die unionsvertraglichen Grundlagen dieses „Schengener Grenzkodex“ finden sich in den Art. 26, 67 Abs. 2 und 77 AEUV. Im Erwägungsgrund 22 der VO wird der Wegfall der Kontrollen an den Binnengrenzen als „eine der größten Errungenschaften der Union“ bezeichnet.

26 Art. 3 Abs. 2 EUV; Art. 67 ff. AEUV.

27 Art. 20 Abs. 1 AEUV.

28 Art. 25 ff. VO (EU) 2016/399.

29 Art. 26 Abs. 1 u. 2 AEUV.

der Freizügigkeit, einschließlich der Niederlassungsfreiheit und der Freiheit, „sich an beliebigem Orte [*der Union*] aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungsweig zu betreiben“, wie man in der Tradition der Paulskirchenverfassung von 1849 und der Weimarer Verfassung von 1919 altfränkisch formulieren könnte.<sup>30</sup> Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist m.a.W. vor allem ein Wirtschaftsraum, die räumliche Entsprechung zum Binnenmarkt.

Jede dieser beiden Einschränkungen einer vollständigen Komplementarität von Unionsbürgerstatus und „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ erzeugt eine spezifische Unsicherheit. Im ersten Fall bestehen die staatlichen Grenzen fort, aber sie sind – im Normalfall – offen und erfüllen damit nicht die Container-Funktion der sicheren Abschließung von Land und Leuten vor einer potentiell feindlichen Außenwelt.<sup>31</sup> Denn, wie wir sogleich sehen werden, die als Ausgleich für die Öffnung der Binnengrenzen in der EU vorgesehene Abschließung ihrer Außengrenzen<sup>32</sup> taugt nicht als vollwertiger Ersatz, weil an die Stelle eines (gefühl) dichten Staatscontainers ein löchriger EU-Container getreten ist.

Auch im zweiten Fall, der institutionellen Verkoppelung des „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ mit den funktionalen Erfordernissen des Binnenmarktes wandelt sich das Glück der Öffnung der Binnengrenzen in die Unsicherheit über die damit ausgelöste bzw. beförderte Dynamik einer Öffnung des „eigenen“ Territoriums für das Einströmen nicht nur von Gütern, sondern auch von Menschen mit kulturellen Prägungen, deren Anwesenheit mehr und schnellere Veränderungen der Lebensform der eingesessenen Menschen zur Folge hat, als diese häufig gutheißen wollen. Die Freizügigkeit in dem supranationalen Raum ist nicht (mehr) lediglich ein Recht für „Playboys, Pensionäre, Rentner und Touristen“,<sup>33</sup> sondern ein Schlüssel für Marktöffnung, Innovation, Modernisierung, kulturellen Wandel und die Umwälzung überkommener Lebensgewohnheiten.

So hat die Schaffung eines supranationalen Binnenraumes durch die Europäische Union also durchaus ambivalente Wirkungen. Es sieht so aus, als werde die EU mit der Öffnung ihrer Binnengrenzen ohne genaue Prüfung der Folgen für ihre eigene politische Gestalt vor die Frage ihrer „Finalität“ gestellt. Hierzu im Folgenden einige Bemerkungen.

1. Zunächst zu der Frage, warum die Außengrenze der Europäischen Union keine Kompensation für den Wegfall der Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten darstellt. Außengrenzen haben einen doppelten Charakter: Sie sind nationale Grenzen von Mitgliedstaaten der EU, deren Territorium teilweise an das Territorium eines Nicht-Mitgliedstaates, d.h. eines Drittstaates, grenzt,<sup>34</sup> zugleich fungieren sie aber auch „im Interesse sämtlicher Mitgliedstaaten, die die Grenzkontrollen an den Binnengrenzen abgeschafft

30 Verweis auf § 133 Abs. 1 Paulskirchenverfassung u. Art. 111 WRV; die kursiv von mir eingefügten Worte ersetzen die im authentischen Text des Art. 111 WRV statt dessen stehenden Worte „des Reiches“.

31 Ich übernehme die Container-Metapher von Taylor, *The State as Container: Territoriality in the Modern World-System, Progress in Human Geography* 18/2 (1994), 151.

32 Vgl. Art. 67 Abs. 2, Art. 77 Abs. 1b AEUV; Art. 5 ff. VO (EU) 2016/399.

33 Zit. nach AK-GG/Rittstieg, 2. Aufl. Art. 11 Rn. 3 (hier bezogen auf Art. 11 GG).

34 Die in Art. 2 Nr. 2 VO (EU) 2016/399 verwendete Definition lautet: „Außengrenzen“ die Landgrenzen der Mitgliedstaaten, einschließlich der Fluss- und Binnenseegrenzen, der Seegrenzen und der Flughäfen sowie der Flussschiffahrts-, See- und Binnenseehäfen, soweit sie nicht Binnengrenzen sind.

haben“.<sup>35</sup> In einem gewissen Sinne sind sie damit auch Grenzen der übrigen Mitgliedstaaten, deren Kontrolle freilich in jedem Fall der Souveränität des jeweiligen Mitgliedstaates mit Außengrenze unterliegt. Die europäische Grenzschutzagentur Frontex hat nur Aufgaben in Bezug auf die Außengrenzen, und diese beschränken sich jedenfalls gegenwärtig noch auf die Koordination mitgliedstaatlicher Maßnahmen.<sup>36</sup> Sie ist dabei auf die aktive Mitwirkung des betreffenden Mitgliedstaates mit Außengrenze angewiesen.<sup>37</sup> Die nationalen Interessen des Frontstaates und die der anderen Mitgliedstaaten sind jedoch nicht notwendigerweise kongruent.

Das Hauptinteresse der Europäischen Union besteht darin, „den wachsenden Strom von Migranten und Flüchtlingen besser steuern zu können“,<sup>38</sup> was wohl vor allem bedeutet: abwehren zu können. Bei den Staaten mit Außengrenze ist diese Interessenlage nicht ebenso eindeutig. Bei ihnen kann das Interesse an der Kooperation mit dem benachbarten Drittstaat generell oder in Einzelfällen stärker sein als der Interessenschutz der anderen Mitgliedstaaten. Dies gilt z.B. dann, wenn der benachbarte Drittstaat ökonomische, politische oder militärische Druckmittel gegenüber dem EU-Mitgliedstaat besitzt (z.B. nationale Minderheiten). Den eigenen nationalen Interessen den Vorrang vor dem Unionsinteresse an der Abschließung der EU-Außengrenze einzuräumen, liegt für einen Mitgliedstaat insbesondere dann nahe, wenn die an seinen Außengrenzen ankommenden Flüchtlinge mehrheitlich ohnehin in andere Mitgliedstaaten weiterreisen wollen. Gegebenfalls kann er durch fördernde Maßnahmen die Weiterreise sogar erleichtern.

Umgekehrt gilt, dass die völkerrechtlichen Grenzen der Zurückweisung von Flüchtlingen – vor allem das Verbot des *refoulement* nach Art. 33 der Genfer Flüchtlingskonvention und das Gebot der Seenotrettung<sup>39</sup> – die Außengrenzstaaten stärker belasten als die Binnenstaaten, die sich vor eintrittswilligen Flüchtlingen an ihren Grenzen in der Regel durch den Verweis darauf schützen, dass diese bereits durch einen sicheren Drittstaat angereist sind. Mit anderen Worten, die Vorstellung, man könne die nationalen staatlichen Grenzen ohne Änderung ihres Charakters und ihrer Funktion gewissermaßen an den Außenrand der EU verschieben, ist wirklichkeitsfremd.<sup>40</sup>

Aus dieser Konstellation der EU-Staatenwelt – „entgrenzt und verflochten“<sup>41</sup> – ist zu schließen, dass die Mitgliedstaaten wechselseitig darauf vertrauen müssen, dass die erforderlichen Vorkehrungen zum Schutze ihrer Territorien *bona fide*, d.h. unter Beachtung der Unterschiedlichkeit der Interessenlagen im oben bereits zitierten „Geiste der Solidarität“, erfolgt. Das ist natürlich eine viel anspruchsvollere und fragilere Grundlage als die

35 Erwägungsgrund Nr. 6 der vorgenannten VO.

36 Vgl. VO (EU) 2016/1624 (Abl. L 251/1); Ziel ist u.a. die „Entwicklung und Einführung einer integrierten Grenzverwaltung auf nationaler Ebene und auf Ebene der Union“, vgl. Erwägung (2) u. ö.

37 Dass das keineswegs als selbstverständlich unterstellt, wird zeigt Erwägungsgrund 28 der vorgenannten VO.

38 VO (EU) 2016/1624, Erwägung (1).

39 Art. 98 des Internationalen Seerechtsabkommens der Vereinten Nationen.

40 Mau, Die Politik der Grenze, Berliner Journal für Soziologie 16/1 (2006), 115 (122 ff.), spricht hingegen von einer „Aufwertung der Außengrenzen der Europäischen Union“; vgl. auch Laube *Post-souveräne Räume: Makrotterritorien und die Exterritorialisierung der europäischen Grenzpolitik*, in Jureit/Tietze (Hrsg.) *Postsouveräne Territorialität. Die Europäische Union und ihr Raum.* Hamburg 2015, S. 169 - 190.

41 Baer, Rechtsvergleichung und postnationaler Konstitutionalismus, Vortrag auf dem Abschlusscolloquium, DFG Graduiertenkolleg der HU Berlin „Verfassung jenseits des Staates“, Berlin 30. Okt. 2015 (soweit ersichtlich nicht veröffentlicht).

klassische bewachte nationale Staatsgrenze. Viele Unionsbürger betrachten daher dieses auf Verflochtenheit beruhende Vertrauen nicht als einen vollwertigen Ausgleich für die Öffnung der nationalen Staatsgrenzen. Vertrauen und Solidarität erscheinen ihnen nicht sicher genug.

2. Damit ist meist die Durchlässigkeit von Staatsgrenzen gemeint, übrigens nicht nur im Europa der EU, wie z.B. der Fall USA-Mexiko zeigt. Doch nicht zu Unrecht wird die Europäische Union in der sozial- und politikwissenschaftlichen Literatur zur Frage der Bedeutung von Grenzen immer wieder als Beispiel für eine besonders weitgehende Verabschiedung des klassischen Modells der Staatsgrenze angeführt. Nach diesem Modell war die Staatsgrenze ein konstituierendes Merkmal der territorialen Definition des geschlossenen souveränen Anstaltsstaates. Auf diesem Konzept der Staatsgrenze basierte und basiert vielfach auch heute noch die Vorstellung der Grenze als Garant von Sicherheit<sup>42</sup> und Selbstbestimmung.<sup>43</sup> Genauer betrachtet ist es allerdings wenig plausibel, dass eine z.T. vom Landesinnern weit entfernte, bewachte Staatsgrenze ein Gefühl der Sicherheit und der Kontrolle über das eigene Leben sollte vermitteln können.

Wie lässt sich das erklären? In unserem seit über 300 Jahren durch das Konzept der Gebietsherrschaft geprägten politischen Denken und Fühlen bedeutet die Staatsgrenze mehr als lediglich eine geographische Demarkation des Staatsgebietes. Grenzen markieren in diesem traditionellen Staatsverständnis die Territorialisierung der Gesellschaft, d.h. die physische Einschließung und Konzentration der für die Existenz einer Gesellschaft notwendigen Funktionen in einen geschlossenen Raum – der politische Geograph Peter Taylor spricht bildhaft vom „state as a container“.<sup>44</sup> Die Staatsgrenze ist nach diesem Modell zugleich ökonomische, kulturelle, sprachliche und religiöse Grenze. Das in dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 festgelegte Prinzip des *cuius regio, eius religio* wurde 1648 in die Verträge des Westfälischen Friedens aufgenommen, Gründungsdokumente des modernen Staates. Münkler bezeichnet diese Konzentration der verschiedenen Grenzfunktionen als „Grenzbündelung“.<sup>45</sup> Der Historiker Charles Maier spricht von der Kongruenz von Identitätsraum (*identity space*) und Entscheidungsraum (*decision space*), wobei ersterer die Dimension der Zugehörigkeit, letzterer die der physischen, ökonomischen und kulturellen Sicherheit zum Ausdruck bringe.<sup>46</sup> In anderen Worten, im Idealtypus des territorial geschlossenen Anstaltsstaates – Taylors *container state* – fusionieren geographischer Raum, politisches Herrschaftsgebiet, ökonomischer Binnenmarkt und kulturelle Heimat zu einem geschlossenen Gehäuse.

Wohlgemerkt, in der Wirklichkeit der europäischen Staatsentwicklung hat es diese vollständige Kongruenz kaum jemals vollständig gegeben. Doch dass sich dort, wo sie nicht hergestellt werden konnte, heftige Konflikte entwickelten, ist ein Indiz dafür, dass

42 Blake, *Borderlands under stress. Some global perspectives*, in: Pratt/Brown (Hrsg.), *Borderlands Under Stress*, Den Haag u.a. 2000, 1 (2).

43 Murphy, *Territory's continuing allure*, *Annals of the Association of American Geographers* 103/5 (2013), 1212 (1214 f.); Di Fabio *Verschiebung oder Auflösung von Grenzen. Zur Bedeutung der Staatsgrenzen für das sich ausweitende Europa*, in: W. Brugger/ G. Haverkate (Hrsg.) *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*. Stuttgart 2002, 153 – 166 [162]

44 Taylor (Fn. 31).

45 Münkler, *Grenzziehung und Ordnungsbildung. Ein europäisches Problem*, *Internationale Zeitschrift für Philosophie* 16/2 (2007), 127 (132).

46 Maier, *Consigning the twentieth century to history: Alternative narratives for the modern era*, *American Historical Review* 105 (2000), 807-831 (816).

jedenfalls seit der französischen Revolution die vollständige „Grenzbündelung“ als Maßstab für den politischen Normalzustand der Gesellschaft galt. So bestand (und besteht?) das französisch inspirierte politische Ideal in einem einheitlich beherrschten und administrierten Territorium, einer einheitlichen Sprache und einem einheitlichen Staatsbürgerstatus einschließlich eines die Vielfalt religiöser Glaubensüberzeugungen abweisenden homogenen öffentlich-republikanischen kulturellen Raumes.<sup>47</sup> In Deutschland, aber auch in anderen europäischen Staaten gehört der Streit über die Diskrepanz zwischen der politisch-territorialen und der ethnisch-kulturellen Grenze – fremde ethnische Minderheiten innerhalb des Staates, Angehörige der eigenen Ethnie als Minderheit in benachbarten Staaten – zur Geschichte der von Nationalismen getriebenen Konflikte und Kriege dieses Kontinents. Der Staat ist, um die berühmte Jellinek'sche Definition aufzugreifen, nicht nur Staatsgebiet und Staatsgewalt, sondern auch Staatsvolk – und wenn es auch nur unter totalitären Verhältnissen möglich ist, die chaotische Vielfalt der auf einem Gebiet lebenden Menschen in die illusionäre Einheit eines homogenen „Volkskörpers“ zu pressen, so hat doch die seit dem 19. Jahrhundert massiv betriebene „Verstaatung“ der europäischen Gesellschaften den vielerorts gehegten Glauben hervorgebracht, dass Staatsgrenzen nicht nur geographische und politische Markierungen darstellen, sondern zugleich auch Grenzen der Zugehörigkeit ziehen. Dies gilt jedenfalls, seitdem die europäischen Staaten demokratisch organisiert sind. Zugehörigkeit erschöpft sich nicht in bloßer physischer Anwesenheit; sie drückt eine innere Bindung an das auf dem Staatsterritorium errichtete politische System und an die anderen Mitglieder des Verbandes der Zugehörigen aus.<sup>48</sup> Die wachsende Inkongruenz von politisch-territorialer Grenze und der Grenze der Zugehörigkeit ist insbesondere mit Blick auf nationale Minderheiten von Anbeginn der „Nationalisierung“ des Anstaltsstaates seit dem Ende des 18. Jahrhunderts ein Konfliktfall gewesen. Mit der zunehmenden Dichte der Verflechtung der Mitgliedstaaten der EU ist nun ein neues Problemfeld hinzugekommen.

Die bei vielen Menschen tief sitzende Angst vor „Kontrollverlust“ gründet sich auf den Zerfall dieser „Grenzbündelung“. Territorium, politischer Herrschaftsraum und damit demokratische Selbstbestimmung, ökonomische Handlungssphäre und kulturelle Heimat fallen im Zuge der Globalisierung zunehmend auseinander. Die Europäische Union spielt dabei eine Vorreiterrolle. Die seit der bahnbrechenden Entscheidung des EuGH in Sachen *van Gend & Loos* im Jahre 1963 geltende unmittelbare Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht ohne Vermittlung der Mitgliedstaaten führt zu einer Inkongruenz von politischem und juridischem Raum.<sup>49</sup> Der Binnenmarkt der EU ist nichts anderes als die Lösung der Ökonomie aus den geographischen und rechtlichen Begrenzungen des Nationalstaates und damit Ausdruck der Diskrepanz zwischen politisch-geographischer und ökonomischer Grenze. Die durch das europarechtliche Diskriminierungsverbot<sup>50</sup> be-

47 Bendix, *Nation-building & Citizenship: Studies of our Changing Social Order*, New Brunswick, NJ 1996; Weber, *Peasants into Frenchmen. The Modernization of Rural France 1870-1914*, Stanford 2001.

48 Bei Kirchhof, *Der demokratische Rechtsstaat – die Staatsform der Zugehörigen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 9: Die Einheit Deutschlands. Festigung und Übergang, Heidelberg 1997, 957 (968 ff.), wird Zugehörigkeit mit Staatsvolk identifiziert, ohne dass klar wird, wie Zugehörigkeit z.B. von Staatsangehörigen, die nationalen Minderheiten angehören, zu verstehen ist.

49 Rs. 26/62, EuGHE 1963, 1 ff.

50 Art. 18 AEUV.

schleunigte Denationalisierung der Güter-, Dienstleistungs- und Finanzmärkte hat mittlerweile längst globale Dimensionen angenommen und beschränkt sich in ihren Wirkungen auch keineswegs auf den Bereich ökonomischer Transaktionen. Sie ist, wie erwähnt, zugleich auch eine treibende Kraft für weitreichende kulturelle Transformationen.

Um diese Erfahrung zu verstehen muss, man sich klar machen, dass sie in der Europäischen Union auf Wechselseitigkeit beruht. Jeder Unionsbürger hat in jedem Mitgliedstaat das Recht der Niederlassung und persönlichen Entfaltung, so dass theoretisch die Erfahrung als Eindringling und als „Opfer“ eines Eindringlings unter allen Bürgerinnen und Bürgern der Union gleichverteilt ist. Aber diese rein statistische Aussage verdeckt das Grundproblem der Europäischen Union, nämlich die Asymmetrie von Entgrenzung und Verflechtung. Die Offenheit des Territoriums erzeugt unmittelbar den Raum für wirtschaftliche und andere Transaktionen unabhängig von der „Zugehörigkeit“ zu der diesen Raum besiedelnden einheimischen Bevölkerung. Das bedeutete eine Steigerung wirtschaftlicher Effizienz und hat, wie man liest, erhebliche Wohlfahrtsgewinne in allen Mitgliedstaaten erbracht. Doch eine die Entgrenzung kompensierende Verflechtung setzt Austausch, Streit, wechselseitiges Verstehen und Verständnis über viele Gegenstände der Lebenswelt voraus, insbesondere über die jeweiligen Verwurzelungen mit dem Land, das nun zu einem Produktionsfaktor zur Steigerung der Effizienz des Binnenmarktes – zum Standort – geworden ist. Diese Art von Verflechtung erfordert anspruchsvollere Bedingungen als eine bloße Marktöffnung. Vor allem hat sie einen viel weiteren Zeithorizont. Und so ist es nicht überraschend, dass in vielen EU-Mitgliedstaaten die Diskrepanz zwischen der Öffnung des Territoriums und den Bindungen an die weiterlebenden Sinnverständnisse über das Territorium als Inbegriff von Gemeinschaft und politischer Selbstbestimmung vielfach in anti-europäisches Ressentiment umgeschlagen ist.

Doch es gibt auch eine andere Ursache für die Durchlässigkeit von Staatsgrenzen. Sie ist nicht auf Europa beschränkt, aber hier werden ihre Wirkungen von vielen als Ursache einer besonders schweren Krise angesehen – der „Migrationskrise“. Damit sind nicht die Nöte von Flüchtlingen und Migranten gemeint, sondern die Herausforderungen der europäischen Staaten, einen seit einigen Jahren stark angewachsenen Massenzustrom von Flüchtlingen und Vertriebenen zu bewältigen. Grundlage der Zulassung von hunderttausenden von Schutzsuchenden bilden die von den EU-Mitgliedstaaten angenommenen internationalen,<sup>51</sup> spezifisch europäischen<sup>52</sup> sowie nationalen Normen,<sup>53</sup> die Flüchtlingen und Migranten aus humanitären Gründen Schutz und Aufnahme zusagen. Es handelt sich dabei um Selbstbindungen, die gleichbedeutend mit einer Grenzöffnung für Menschen sind, denen unabhängig von Herkunft oder Zugehörigkeit das Recht auf Zugang zum Staatsterritorium gewährt wird.

Was dabei als Krise wahrgenommen wird, ist nicht die reine Zahl von aufgenommenen Flüchtlingen – in Deutschland, einer Gesellschaft von 80 Millionen Menschen, dürften eine Million zusätzliche Menschen mit einigem sozialtechnischen Geschick ohne größere Schwierigkeit absorbiert werden –, sondern deren Fremdheit und die durch Fremdheit

51 Vor allem die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951.

52 Hier insbes. RL 2001/55/EG vom 20.7.2001 (ABl. L 212/12) [Massenzustrom von Vertriebenen]; RL 2003/86/EG vom 22.9.2003 (ABl. EU Nr. L 251, 12) [Familienzusammenführung]; RL 2011/95/EU vom 29.4.2004 (ABl. EU Nr. L 337/9) [Qualifikationsrichtlinie; Neufassung].

53 Damit sind primär verfassungsrechtliche oder gesetzliche Asylgewährungen gemeint, doch umfassen sie z.T. auch darüber hinausgehende Zuwanderungstatbestände, vor allem den Familiennachzug, aber auch Abschiebeverbote aus humanitären Gründen.

ausgelöste Angst.<sup>54</sup> Diese Angst vor den Fremden haben Millionen Menschen nicht, wenn sie als Touristen in jene Länder fahren, aus denen häufig die Flüchtlinge kommen, deren Fremdheit ihnen hier Angst macht. Was dort exotisch und aufregend ist, ist hier angsteinflößend. Im „eigenen“ Land lebt man frei von dieser Angst, wenn dieses „Eigene“ das Vertraute und die Zugehörigen einschließt, denen wir vertrauen, weil und soweit wir sie kennen. Dieses Gefühl spiegelt die oben dargestellte Idee, dass das „eigene Land“ als grenzbewehrtes Territorium neben der territorialen alle anderen Grenzen in sich konzentriert. Doch mit der Öffnung ihrer Grenze durch die genannten rechtlichen Selbstverpflichtungen haben die Staaten nicht zugleich auch die kulturellen, sprachlichen, ethnischen und sozio-ökonomischen Grenzen zwischen den Menschen geöffnet oder gar beseitigt. Sie haben bewusst das Tor zum Eintritt von Fremdheit in ihr Territorium und die dort ansässige Gesellschaft geöffnet. Mit anderen Worten, sie haben in Kauf genommen und akzeptiert, dass ihre Gesellschaften heterogener werden – nicht aus einem normativen Impuls oder romantischem Gefühl heraus, sondern aus Selbstinteresse.

Die Grenze ist in erster Linie ein Instrument der Mobilitätskontrolle, das selektiv zur Öffnung und Schließung für erwünschte bzw. unerwünschte Zivilpersonen benutzt wird.<sup>55</sup> In viel intensiverem Maße als die klassischen, rein geographisch-territorialen Grenzen ist diese Schließungsfunktion der Grenze Gegenstand von Verhandlungen und Abkommen mit anderen Staaten (über Visa, Arbeitserlaubnisse, Datenaustausch etc.). Ein Kennzeichen der „postnationalen“ Grenzfunktion ist ihre Beweglichkeit, die mit ihrer Deterritorialisierung einhergeht. Die Grenzkontrolle löst sich zunehmend von der Linie der territorialen Staatsgrenze; die „kartographische“ Grenze und die durch Migrationsrecht geschaffene Grenze werden zunehmend inkongruent.<sup>56</sup> Das äußert sich in verschiedenen Grenzpolitiken: z.B. in der Vorverlagerung der Grenzkontrolle auf ausländische Flughäfen und Häfen, von denen aus das Zielland erreicht werden soll, einschließlich der Sammlung und Anforderung biometrischer Daten der Reisenden; in einer Differenzierung der Eintrittswilligen nach dem Status ihrer Erwünschtheit bei der vom Ausland zu beantragenden Einreiseerlaubnis; oder in internationalen Vereinbarungen mit Drittstaaten, Migranten für entsprechende Gegenleistungen an der Weiterreise in den Vertragsstaat zu hindern.<sup>57</sup> Es sind auch Absichten im Gespräch, mit afrikanischen Staaten zu vereinbaren, dort von der EU zu finanzierende Auffanglager zu errichten, um Migranten bereits weit vor den EU-Außengrenzen aufzuhalten. In all diesen Fällen wird, wie Vo-

54 Bauman, Die Angst vor den anderen. Ein Essay über Migration und Panikmache, Berlin 2016.

55 Torpey, The invention of the passport: surveillance, citizenship and the state, Cambridge 2000; ders., States and the Regulation of Migration in the Twentieth-Century North Atlantic World, in: Andreas/Snyder (Hrsg.), The Wall around the West: State borders and immigration controls in North America and Europe, Lanham, Md 2000, 31; Mau/Laube/Roos/Wrobel, Grenzen in der globalisierten Welt. Selektivität, Internationalisierung, Exterritorialisierung, Leviathan 36/1 (2008), 123; Vobruba, Die postnationale Grenzkonstellation, Zeitschrift für Politik 57/4 (2010), 434; grundlegend aus globalisierungstheoretischer Sicht Sassen, Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages, Princeton, N.J., 2006, 379 ff., 415 ff.

56 Shachar, The Shifting Border of Immigration Regulation, Stanford Journal of Civic Rights & Civil Liberties 3 (2007), 165 (166, 189); vgl. auch Lahav, Immigration and politics in the new Europe: Reinventing borders, Cambridge 2004; Mau et al. (Fn. 55), 127 ff.; Laube (Fn. 40), S. 181 ff.

57 Jüngst das EU-Türkei-Abkommen vom 18. März 2016, vgl. die Pressemitteilung des Europäischen Rates Nr. 144/16 - <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>; s. dazu Rohländer in diesem Heft.

bruba zu Recht feststellt, „ein Kernbereich staatlicher Souveränität zum Gegenstand von Verhandlungen und transnationaler Kooperation“.<sup>58</sup>

Diesen deterritorialisierten Formen der Grenzkontrolle steht eine weltweite Häufung der Errichtung von Grenzzäunen, -mauern und anderen Grenzbefestigungsanlagen gegenüber, auch in Europa.<sup>59</sup> Es besteht Uneinigkeit darüber, warum Regierungen dies tun.<sup>60</sup> Allein die Tatsache, dass die Abwehr von Eindringlingen durch physische Hindernisse von Experten und Expertinnen überwiegend als die am wenigsten plausible Begründung angesehen wird, spricht für die Vermutung, dass angesichts der immensen Kosten der Errichtung und Bewachung von Grenzbefestigungen mehr auf dem Spiel steht als die Verhinderung eines unerlaubten Grenzübertritts. Denn im Vergleich dazu erweisen sich die oben genannten vorverlagerten „deterritorialisierten“ Grenzkontrollprozesse als wirkungsvoller. Dagegen ist der Betrieb der martialischen und aufwändigen Grenzbefestigung das sichtbare Zeichen dafür, dass das Land noch eine Grenze hat und die Regierung sie ernst nimmt. Je unüberwindbarer eine solche Grenzbefestigung erscheint, desto stärker wird der wirkliche Grund für die Unsicherheit vieler Menschen überdeckt: die Ohnmacht gegenüber der Entflechtung des traditionellen „Grenzbündels“ des klassischen souveränen Staates und damit einhergehend die Erfahrung des Zerfalls des Staates und seines Territoriums als Ort der Einheit von Schutz, Selbstbestimmung, Zugehörigkeit und Identität.

#### IV. *Conclusio*

Was hat das mit der Europäischen Union zu tun? Wenn der Wegfall der Grenzkontrolle zwischen den Mitgliedstaaten der EU – m.E. zu Recht – als eine der wesentlichen Errungenschaften der Union angesehen wird, zugleich aber die EU-Außengrenze keinen vollwertigen Ersatz für die von den staatlichen Grenzen erwartete Abwehrfähigkeit gegen unerwünschte Personen bietet, dann hat die EU ein Problem. Denn dann wird sie von einer zunehmenden Zahl von Unionsbürgern und Unionsbürgerinnen – die diesen Status ja nur als Ergänzung zu ihrer primären nationalen Staatsangehörigkeit besitzen – nicht als ein Gemeinwesen anerkannt, das ihnen Schutz gegen die Herausforderungen und Zumutungen einer globalisierten Weltgesellschaft und ihrer sich rasant beschleunigenden Dynamik sozialer Umwälzungen bietet.

Sie empfinden nur die Unsicherheit der Entgrenzung, ohne die Sicherheit durch Verflechtung zu erleben. Dann erscheint ihnen die Union als Teil des Problems, nicht als Teil der Lösung der Probleme, die durch die Globalisierung über sie gekommen sind. Die sinnliche Wahrnehmbarkeit von befestigten Grenzanlagen gaukelt ihnen vor, durch eine Wendung zur nationalen Souveränität könnten sie die Kontrolle über ihr Leben zurückgewinnen, die sie in der gesellschaftlichen Wirklichkeit freilich niemals besaßen. Die von populistischen Führern in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU ausgelöste Erwartung, der Austritt aus der EU und deren Auflösung würden die Lebensbedingungen der

58 Vobruba (Fn. 555), 445.

59 Zahlen bei Hassner/Wittenberg, *Barriers to Entry: Who Builds Fortified Boundaries and Why?*, *International Security* 40/1 (2015), 157 (158 mit Fn. 6, 166 f.); darin sind die neueren europäischen Fälle Ungarn/Serbien und Österreich/Slowenien noch nicht enthalten.

60 Vgl. hierzu die kursorische Übersicht ebd., 162 ff.

europäischen Völker verbessern, ist eine grandiose Täuschung, die unweigerlich zur schmerzhaften Enttäuschung führen muss.

*Darin* besteht die Herausforderung der Europäischen Union. Sie muss entgegen starken Tendenzen zu angst- und instinktgetriebenen regressiven Orientierungen und Hoffnungen das Vertrauen und die Anerkennung der europäischen Völker (zurück-)gewinnen, dass sie die für die heutige Zeit angemessene politische Form für das Zusammenleben einer Pluralität von Gesellschaften mit unterschiedlichem wirtschaftlichen Entwicklungsstand, politischen Traditionen und kulturellen Prägungen darstellt, in der die europäischen Völker ihre Selbstbestimmung und Identität in rechtlich geordneter Freiheit auch gegen mächtige entgegenlaufende ökonomische und politische Kräfte verteidigen und erhalten können. Der Entgrenzung als einer globalen Tendenz kann Europa nicht entgehen. Das Versprechen der Kompensation durch Verflechtung harrt noch der Einlösung.

Das ist eine kaum zu bewältigende Aufgabe. Sie kann gewiss nicht mit Rufen nach mehr von demselben Europa gelöst werden, das wir schon haben. Aber sie ruft auch nicht nach der Ausrufung eines Ausnahmezustandes und den dafür in der Regel bereitgestellten Instrumenten kraftvollen politischen, meist rein exekutiven Handelns. Ein Ausnahmezustand impliziert die Möglichkeit einer Wiedergewinnung des vorausgegangenen Normalzustandes. Der ist für die EU unwiderruflich dahin. Europa befindet sich in einer säkularen Krise seiner Politik. Um sie zu überwinden braucht es politische Inspiration; das ist das Gegenteil von Ausnahmebefugnissen. Diese orientieren sich an der Vergangenheit; jene an der Zukunft.