

KOMMENTARE

Astrid Wallrabenstein

„Ich sehe was, was du nicht siehst“

Wahrnehmungsunterschiede in der Flüchtlingsdebatte

Replik auf Volkmann „Der Flüchtling vor den Toren der Gemeinschaft“

I. Sorgen und Verunsicherung ob der Flüchtlinge ...

1. ... in der Politik

„Ende gut – Alles gut“ bewertete Innenminister *de Maizière* die Situation Anfang April 2016.¹ Er bezog sich darauf, dass aufgrund des „Flüchtlingsdeals“ mit der Türkei die sogenannte Balkanroute „geschlossen“ sei, auf der 2015 viele Flüchtlinge nach Deutschland und in andere EU-Staaten kamen. Wie lange dieser „Deal“² mit der Türkei hält und ob die Migrationsströme dadurch nachhaltig beeinflusst werden, bleibt abzuwarten. Als Beschwichtigungspolitik hat die Aussage aber jedenfalls funktioniert. Sogar so gut, dass gerade einen Monat später der Innenminister das Gegenteil dessen tat, was er mit seiner Beruhigungsbotschaft angekündigt hatte: Die nach Schengenrecht nur befristet zulässigen Grenzkontrollen liefen keineswegs aus, vielmehr erreichte *de Maizière* ihre Verlängerung.³ Das Ende Europas ohne Binnengrenzen beginnt ohne großes Aufheben Realität zu werden. Zeitgleich erklärte der Bundestag kraft seiner Gesetzgebungsmacht die Maghreb-Staaten zu sicheren Herkunftsstaaten.⁴ Zwar ist nur sicher, dass sie für die Menschen, die aus ihnen herkommen, keineswegs sicher sind. Aber darauf kommt es gar nicht an: Auch Politiker der Grünen, die über den Bundesrat Einfluss auf die Regelung haben, sehen darin wohl eher einen politischen Verhandlungsposten. Eine wahrnehmbare Menschenrechtspolitik scheint ebenfalls am Ende.

„Ende gut – Alles gut“ ist dennoch weder ein höhnisches noch ein zynisches Statement. Es kam *de Maizière* erkennbar von Herzen, er war ehrlich erleichtert. Dem dürfte eine völlig andere als die soeben skizzierte Wahrnehmung der Situation zugrunde liegen:

1 Vgl. z.B. <https://www.tagesschau.de/inland/grenzkontrollen-183.html> oder <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-04/thomas-de-maiziere-will-grenzkontrollen-nach-oesterreich-aufheben>.

2 Zu seiner rechtlichen Einordnung vgl. *Hofmann/Schmidt*, NVwZ-Extra 11/2016.

3 Vgl. z.B. <https://www.tagesschau.de/inland/grenzkontrollen-191.html>.

4 Vgl. z.B. <https://www.tagesschau.de/inland/bundestag-sichere-herkunftslaender-105.html>.

DOI: 10.5771/0023-4834-2016-3-407

Die „Flüchtlingspolitik *Merkels*“ hatte von September 2015 bis März 2016 die öffentliche Debatte beherrscht wie seit langem kein anderes Thema. Schon seit Jahren steigt die Zahl der Flüchtlinge, die über das Mittelmeer nach Europa kommen. Seit Jahren tobt in Syrien ein zerstörerischer Bürgerkrieg. Aber erst im Sommer 2015 erreichte das Thema in der deutschen Politik den Status Chefsache. Nachdem *Merkel* über Monate hinweg die EU-Finanzpolitik gegenüber Griechenland als Chefsache betrieben hatte und dabei als hart, unnachgiebig und zunehmend als stur wahrgenommen worden war,⁵ änderte sich ihr Image schlagartig, als sie sich persönlich der Flüchtlingspolitik annahm. Ihr wurde eine offene, aufnahmeorientierte Haltung zugeschrieben, die als Einladung für Menschen aus aller Welt fehlinterpretiert wurde, nach Deutschland zu kommen. Das konkrete politische Ereignis hierzu war die Reaktion der deutschen Kanzlerin auf den Hilferuf ihres österreichischen Amtskollegen, der fürchtete, von Flüchtlingen überrollt zu werden, die zu diesem Zeitpunkt in Budapest vor den Bahnhöfen ausharrten.⁶ Womöglich standen historische Vorbilder Pate, als *Merkel* die Durchleitung von Zügen aus Budapest nach Deutschland anbot: wohl weniger 1946/47, sicherlich aber 1989. Zudem galt es Bilder wie die des toten *Aylan*, der als Kleinkind ohne Schwimmweste ertrank und vom Meer wieder an die türkische Küste zurückgeschwemmt wurde,⁷ durch andere zu verdrängen – die Selfies von Flüchtlingen mit *Merkel* erfüllten diese Mission.⁸

Aber die mit diesen Bildern verbundene Politik *Merkels* hatte innenpolitisch einen hohen Preis. Das Verhältnis zur bayerischen CSU scheint zerrüttet, die Erfolge der AfD bei den Landtagswahlen im März 2016 werden auch als Protestreaktion auf *Merkels* Flüchtlingspolitik interpretiert. Die politische Herausforderung bestand in einem Kurswechsel um 180 Grad. Dass dies geglückt sei – darauf bezog sich *de Maizières* Kommentar. Es war gelungen, das Boot, das im Kontext von Migrationsdebatten immer schon voll ist, zu wenden und an seinen angestammten Anlegeplatz hinter den Wellenbrechern zurückzubringen.

2. ... in der Rechtswissenschaft

Aus der Perspektive dieses Anlegeplatzes waren durch das Manöver Flüchtlingspolitik alle Koordinaten, Gewissheiten und Übungen, auf die Politik und Gesellschaft in Deutschland vertrauten, durcheinander geraten. Wie groß die Verunsicherung war, lässt sich auch an bemerkenswerten Aspekten der rechtswissenschaftlichen Debatte ablesen, die um die Berechtigung, Notwendigkeit und Schutzwürdigkeit von staatlichen Außengrenzen geführt wurde. In Rekordzeit erschien ein Band,⁹ in dem 16 Staatsrechtler innen über das „Recht in der Flüchtlingskrise“ nachdenken und dabei Staat, Recht und Verfassung in einer mehr oder weniger deutlichen Gegenüberstellung zu Menschenrechten und Migration sehen. Die Verhinderung ungesteuerter Migration an den Staatsgrenzen er-

5 S. nur z.B. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/jakob-augstein-ueber-angela-merkel-und-griechenland-show-a-1049000.html>.

6 Vgl. z.B. <https://www.tagesschau.de/ausland/ungarn-fluechtlinge-123.html>.

7 Sieh <https://www.youtube.com/watch?v=286cPY8BwI>.

8 S. z.B. – im Jahresrückblick – <http://www.morgenpost.de/politik/article206860975/Drei-Tage-im-September-Wie-Merkel-die-CDU-neu-erfand.html>.

9 *Depenhauer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Recht in der Flüchtlingskrise*, 2016; vgl. auch die Rezension von *Schmalz*, KJ 2016, 260.

scheint einigen Autoren als Gradmesser staatlicher Souveränität.¹⁰ Die bayerische Staatsregierung ließ sich gutachterlich darlegen, wie der Freistaat die Bundesregierung auf eine „gesetzmäßige Sicherung der Bundesgrenze“ verklagen könnte.¹¹ Autoren, die hierauf replizierten,¹² wurden als reine Rechtslehrer tituliert.¹³ Weil sie die staatsrechtliche Konstruktion einer verfassungsrechtlichen Pflicht des Bundes gegenüber den Ländern auf wirksame Einreisekontrollen nicht für überzeugend hielten und auch bei Annahme einer staatlichen Pflicht zum Grenzschutz deren Tatbestand nicht als erfüllt ansahen, wurde ihnen im politischen Feuilleton Sorglosigkeit gegenüber Gefährdungen der staatlichen Ordnung durch staatliches Handeln vorgeworfen. Die provokante Reaktion „Wir hätten da ein paar historische Beispiele“ hob die Debatte endgültig auf ein Niveau, das die Migrationssituation als Rechtsbruch und Rechtsbruch als existenzielle Gefährdung deutscher Staatlichkeit insinuiert. In der Tat gibt es für diese Art der Diskussionsführung historische Beispiele. Dass schließlich eine kreative Interpretation einer Bestimmung der Dublin II-Verordnung als Lösung des Problems – freilich nur des deutschen, da danach für alle in Deutschland beantragten Asylgesuche Österreich zuständig wäre – von einer Autorengruppe vorgeschlagen wurde, die sich dadurch auszeichnet, dass bis dato keiner als Experte für das Unions- und/oder Aufenthaltsrecht galt,¹⁴ ergänzt den Eindruck des Ungewöhnlichen.

3. ... des Rechtsphilosophen

Auch der Beitrag von *Volkman* „Der Flüchtling vor den Toren der Gemeinschaft“¹⁵ wird erst als Dokument der staatsrechtlichen Flüchtlingskrise verständlich. Er bringt die Ratlosigkeit des Rechtsphilosophen angesichts der „Fragen des Flüchtlings“ zum Ausdruck. Sein Fazit ist, dass die Rechtsphilosophie keine klaren, eindeutigen oder einsichtigen Antworten bereit halte. Stattdessen zeige die aktuelle Debatte gerade mit ihren Irrationalitäten und ihrer Heftigkeit, dass es um die Frage des Selbstverständnisses der Gesellschaft geht (oder der politischen Gemeinschaft, die *Volkman* irritierender Weise wohl synonym setzt).

Im Kern beruht *Volkman*s Ratlosigkeit auf der von ihm als Dilemma wahrgenommenen migrationssoziologischen Analyse, dass Staaten mit breiter Zuwanderung weniger und Staaten mit beschränkter Zuwanderung mehr (soziale) Rechte für Zuwanderer beireithalten. Nach *Volkman* „kann man offenbar nicht beides haben“.¹⁶ Deshalb macht ihn die gegenwärtige Situation ratlos, da doch beides gleichzeitig besteht: hohe Zuwande-

10 Vgl. insb. die Beiträge von *Gärditz*, *Horn*, *Klein*.

11 Gutachten abrufbar unter <http://www.bayern.de/politik/politikthemen/bayerische-fluechtlings-und-integrationspolitik/>.

12 *Bast/Möllers*: <http://verfassungsblog.de/dem-freistaat-zum-gefallen-ueber-udo-di-fabios-gutachten-zur-staatsrechtlichen-beurteilung-der-fluechtlingskrise/>; s. aktuell auch im Ergebnis ähnlich *U. Becker/Kersten*, NVwZ 2016 580.

13 *Kaube*, FAZ vom 18.01.2016: „Rechtsbruch oder gar nichts Besonderes?“

14 *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke*, ZAR 2016, 131 (zuvor FAZ 9.2.2016); hierzu vgl. *Lübbe*, <http://verfassungsblog.de/ist-der-deutsche-transit-oesterreichisches-hoheitsgebiet/> und *Hruschka*, <http://fluechtlingsforschung.net/ruckkehr-zum-recht-an-der-deutsch-osterreichischen-grenze/>.

15 KJ 2016, 180, zuvor bereits FAZ vom 3.3.2016, http://www.faz.net/aktuell/politik/die-gegenwart/fluechtlingskrise-die-fragen-des-fluechtlings-14095644.html?printPage&Article=true#pageIndex_2.

16 *Volkman* (Fn. 15), 182.

rungszahlen aufgrund der Flüchtlingskrise und hohe Sozialstandards, die nicht zuletzt vom Bundesverfassungsgericht eingefordert wurden. Dass auch die Rechtsphilosophie keine Antworten gebe, liest sich vor allem als Angebot, Verständnis für die allgemeine Verunsicherung und Ratlosigkeit zu haben. Verständnis entwickelt *Volkman* daher mit denjenigen, die zu der politischen Gemeinschaft gehören, von deren Aus- und Abgrenzungsinteressen *Volkman* spricht. Damit trifft *Volkman* einen ganz ähnlichen Ton wie der bereits erwähnte Sammelband zum Recht in der Flüchtlingskrise – bei genauerer Analyse ähneln sich Argumente, Bezugnahmen (wie etwa auf *Kants* Gastrecht im Unterschied zum Recht der Hausgenossen)¹⁷ und Beschreibungen der Sach- und Rechtslage an sehr vielen Stellen.

II. Perspektivenwechsel

Dass sich die Situation auch ganz anders verstehen und wahrnehmen lässt, zeigen die anderen Beiträge des Heftes. *Frankenberg* bringt es auf den Punkt, wenn er schreibt, dass es in der Flüchtlingsfrage kein Wir gibt.¹⁸ Dass sich das gesellschaftliche und politische Spektrum in unterschiedliche Lager spaltet, ist das eine. Dass aber auch der rechtswissenschaftliche Diskurs auf der Ebene „Ich sehe es aber anders“ stecken bleibt, gibt Anlass nachzuspüren, an welchen Stellen der Argumentation die diskursiven Schließungen erfolgen. *Volkman*s Beitrag zeigt auf, dass sie auf drei Ebenen liegen.

1. Das geltende Recht – weit weg von perfekt, aber mehr als nichts

Die erste Ebene ist die eigenwillig selektive Wahrnehmung der geltenden Rechtslage. In *Volkman*s Beitrag ist augenfällig, dass die geltende Rechtslage ausschließlich als gescheiterte dargestellt wird: Die Verfassung sei bei der Steuerung des Flüchtlingsrechts außen vor, die Regelungen fänden sich (nur) im einfachen Recht, das maßgeblich von internationalem, vor allem europäischem Recht beeinflusst sei – allerdings sei von Europa in der aktuellen Lage nur wenig zu erwarten.¹⁹ Die faktische Öffnung der Außengrenzen, die zu einer weitgehend ungesteuerten Zuwanderung führe, sei aus Sicht einer politischen Gemeinschaft vor dem Anspruch demokratischer Selbstbestimmung nur schwer erträglich, weil sie in der Sache Ersatz für ein Einwanderungsgesetz sei, das ohne vorherige politische Debatte von allen hingenommen werden müsse und gegen das ein Widerspruch gar nicht möglich sei. Die Verkoppelung der Aufnahme als Flüchtling mit einer langfristigen Bleibeperspektive – *Volkman* spielt wohl auf die Möglichkeiten der Aufenthaltsverfestigung nach § 26 AufenthG an – kann womöglich unter dem aktuellen Massenandrang nicht mehr aufrecht erhalten werden.²⁰ Damit tut *Volkman* das geltende Recht doch etwas einseitig ab.

17 Hierzu vgl. *Keil*, Freizügigkeit, Gerechtigkeit, demokratische Autonomie: Das Weltbürgerrecht nach Immanuel Kant als Maßstab der Gerechtigkeit geltenden Aufenthalts-, Einwanderungs- und Flüchtlingsrechts, 2009.

18 *Frankenberg*, KJ 2016, 145 (Editorial).

19 Beides *Volkman* (Fn. 15), 181.

20 Beides *Volkman* (Fn. 15), 191.

a. Das Dublin-System – und woran es wirklich scheitert

Das Europäische Asylsystem – und weiter die Europäische Migrationspolitik – sowie das europäische Grenzregime ist sich der Problematik großer Flüchtlingszahlen gewahr. Große Migrationsbewegungen über das Mittelmeer nach Europa sind keine plötzliche Überraschung im Sommer 2015. Deshalb ist die Zuständigkeitsregelung des Dublin-Systems, das den Ersteinreisestaaten die Durchführung des Asylverfahrens zuweist, nicht die Lösung, sondern das Problem.²¹ Die Dublin III-Verordnung versucht, mit einer vorsichtigen Ausdifferenzierung der Zuständigkeit für Asylverfahren, ein klein wenig Belastung der Mittelmeeranrainerstaaten abzunehmen.²² Die Rechtsprechung der vergangenen Jahre hat das Selbsteintrittsrecht der Aufenthaltsstaaten anstelle einer Überstellung in den Ersteinreisestaat stärker in den Blick gerückt.²³ Das alles genügt nicht. Aber aus dieser Perspektive ist die Durchführung von Asylverfahren in Deutschland keine Ungeheuerlichkeit und kein Rechtsbruch, sondern der vielleicht pragmatischste Ansatz zur Problemlösung. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge mag viele Mängel haben, aber sehr wahrscheinlich arbeitet es um ein vielfaches effektiver als die Erstaufnahmeeinrichtung auf Lesbos – trotz der neuen Hotspots, die vor Ort auf Entlastung der strukturell überlasteten Grenzstaaten zielen.²⁴ Ökonomisch betrachtet, ist die Entscheidung der Flüchtlinge, in Deutschland das Asylverfahren durchführen zu wollen, richtig und konsequent. Nichts davon muss so bleiben, Kritik lässt sich auf vielen Ebenen anbringen. Aber wenn das europäische Flüchtlings- und Migrationsrecht mit großer Geste als gescheitert oder untauglich abgetan wird, dann geht es um etwas anderes, nämlich darum, dass eine rein nationale Lösung oder zumindest nationale Debatte darüber gewollt ist. Des europäischen Ballastes entledigt man sich derart leicht.

b. Deutsches Asyl- und Aufenthaltsrecht – vorausschauender als Manchem recht ist

Ähnliches gilt für das geltende deutsche Recht. Die von *Volkmann* in Frage gestellte langfristige Bleibeperspektive ist nicht als wirklichkeitsfremde Gutmenschenidee am grünen Tisch fernab von allen Migrationsrealitäten entstanden. Das deutsche Aufenthaltsrecht in seiner heutigen Gestalt ist erst gut zehn Jahre alt. Es wurde zu Beginn der 2000er Jahre erarbeitet und griff die Erfahrungen auf, die nach dem Zusammenbruch des Ostblocks und insbesondere den Bürgerkriegen in Ex-Jugoslawien gemacht wurden. Der Asylkompromiss von 1993 hatte als Reaktion auf Flüchtlingsmigration in einer Größenordnung, die der heutigen in nichts nachsteht, eine Situation geschaffen, in der Menschen in großer Zahl mit „minderem“ Aufenthaltsstatus und daraus folgend mangelnder rechtlicher Integration in Deutschland lebten. Übrigens wurde eben auch 1993 die Ermächtigung des Bundesinnenministeriums geschaffen, aus völkerrechtlichen, humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik anzuordnen, dass Menschen nicht an der Grenze zurückgewiesen werden. Der Wille des auch damals de-

21 *Lübbe*, <http://verfassungsblog.de/dublin-ist-gescheitert-thesen-zum-umbau-des-europaeischen-asylsystems/>; *Marx*, KJ 2016, 150 (156 ff.), spricht von Geburtsfehlern und ihren Folgen.

22 Vgl. *Marx*, ZAR 2014, 5.

23 EuGH vom 21.12.2011 – C-411/10, C-493/10 (*N.S.*); EuGH vom 14.11.2013 – Rs. C-4/11 (*Puid*); EuGH vom 10.12.2013, Rs. C-394/12 (*Abdullabi*); vgl. *Marx*, NVwZ 2012, 409; *ders.*, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Hrsg.), Solidarität. Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2012, 323; *Lübbe*, ZAR 2014, 105.

24 Vgl. bei *Marx*, KJ 2016, 150 (162 f.).

mokratisch konstituierten Gesetzgebers war es gerade, der Exekutive die Möglichkeit zu geben, auf massenhafte Zuwanderung von Asylbewerbern – gedacht war vor allem aus den (ehemaligen) Staaten der Sowjetunion – rasch zu reagieren.²⁵ Genau dies hat *Merkel* Anfang September 2015 getan und hiermit zwar das Ressortprinzip verletzt, aber daran hat bisher niemand Anstoß genommen. Das Zuwanderungsgesetz von 2005 sah dann als Reaktion auf die Folgen der Entwicklung Anfang der 1990er Jahre genau das vor, was *Volkmann* als neue Anfrage vorschlägt: Integrationspfade für Arbeitsmigration und ein humanitäres Aufenthaltsrecht für diejenigen, die „trotzdem“ da sind. Weil die dauerhafte Nicht-Integration dieser Menschen ein gesellschaftliches Problem darstellt, sieht das Aufenthaltsgesetz auch für sie Integrationspfade vor. Das aktuell geplante Integrationsgesetz will genau diese rechtliche Integration von Flüchtlingen erschweren. Befürworter meinen, dass die tatsächliche Integration besser gelinge, wenn vor der rechtlichen Integration weitere materielle Hürden wie erfolgreich absolvierte Integrationskurse, Sprachkenntnisse, bestehende Beschäftigungsverhältnisse etc. errichtet werden. Es erstaunt zwar immer wieder, woher die optimistische Vorstellung von der Steuerungskraft des Aufenthaltsrechts gewonnen wird, wenn doch gerade die mangelnde Steuerungskraft des bisherigen Rechts als Problem gesehen wird. Aber jedenfalls darf man nicht übersehen, dass das geltende Recht nicht ohne Antworten auf die aktuelle Situation ist, sondern im Gegenteil zahlreiche einschlägige Erfahrungen und intensive kontroverse Debatten in den geltenden Rechtsbestand eingeflossen sind.

Warum nimmt *Volkmann* – und nicht nur er – die bestehenden Gesetze so anders wahr? Allein die Unzulänglichkeiten und Defizite der Normen können nicht der Grund dafür sein. Dann sähe die Debatte anders aus. Sie würde an den Defiziten ansetzen, um Rechtsänderungen zu fordern, und sich damit in etablierten Bahnen bewegen. Durch die Wahrnehmung nicht nur als unzureichendes, sondern als gescheitertes Recht entsteht demgegenüber mehr Raum. Er könnte für einen ganz neuen Wurf genutzt werden, zuvor aber – und dies beschreibt die bisherige Diskussion besser – für eine Umkehrung des Rechts-Arguments. Rhetorisch ist nun die Befolgung des geltenden Rechts nicht mehr einfach legitim. Politisches Handeln erscheint trotz der bestehenden Normen, denen der Rechtscharakter abgesprochen wird, nicht mehr rechtlich gebunden, sondern frei, willkürlich und erratisch. Dem, der es bewertet, steht dann Raum zur Verfügung, die Maßstäbe neu zu setzen. Wenn *Di Fabio* und andere aus der Verfassung Grenzsicherungspflichten ableiten, dann werden diese zum Bewertungsmaßstab und die Nicht-Grenzsicherung zum Rechtsbruch.

2. Das Grundgesetz – beredtes Schweigen zu Souveränität und Grenze

Volkmann sieht demgegenüber auch die Verfassung ohne Antworten – dies ist die zweite Ebene beachtlicher Wahrnehmungsdifferenzen. Er bezieht sich dabei auf die Frage des Zuzugs. Das Asylrecht in Art. 16a GG sei kupiert, und Pflichten zur Begrenzung des Zuzugs seien nur aus politischem Kalkül hineininterpretiert.²⁶ Innerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes schütze die Verfassung aber „nach wie vor ihr Füllhorn aus“.²⁷

25 Vgl. *Giesler/Wasser*, Das neue Asylrecht, 1993, 29 f.: Zweck der Norm sei es, ein Überlaufventil zu schaffen.

26 *Volkmann* (Fn. 15), 181.

27 *Volkmann* (Fn. 15), 182.

Genau dies hält *Volkman* für „fatal“, weil es die Möglichkeit versperre, „aufs Ganze gesehen doch humaner“ zu sein, indem man „durch Kürzungen von Sozialleistungen Fluchtanreize in die Bundesrepublik“ reduziert.²⁸ Rechtstatsächlich trifft *Volkman*s Vorstellung nicht zu, dass die Verfassung in diesem Punkt rigide ist. Das Sozialrecht kennt schon traditionell unterschiedliche Ausschlüsse von Migrantinnen und Migranten, und bereits im Oktober 2015 führte der Gesetzgeber mit dem Asylpaket I ein neues Minimalniveau für ausreisepflichtige und -fähige Ausländerinnen und Ausländer ein, das zwischenzeitlich in den nächsten Reformrunden etwa im Integrationsgesetz Schule macht. Nicht alles, was der Gesetzgeber ersinnt, muss verfassungskonform sein.²⁹ Dass die Verfassung ihn am Experimentieren hindere, lässt sich aber jedenfalls nicht erkennen. Warum suggeriert *Volkman* dann ein Denkverbot?

Aber auch für den Zuzug kann man die Situation anders wahrnehmen denn als Schweigen der Verfassung. Ihr Füllhorn schüttet sie über jeden aus, der der deutschen Staatsgewalt ausgesetzt ist, eben auch an der Grenze und eben deshalb mit Recht zum Aufenthalt bis zur Klärung des Flüchtlingsschutzes. Dies kann auch gar nicht anders sein, weil die deutsche Staatsgewalt an Grundrechte gebunden ist und Grundrechte – die meisten jedenfalls – allen Menschen zustehen. Das Grundgesetz schweigt hierzu nicht. Es sind die Antworten, die aus der Idee universeller Menschenrechte folgen; die Antworten einer Verfassung, die für eine politische Ordnung ohne staatliche Souveränität und ohne klare Grenzen erdacht wurde und die daher eine politische Ordnung auch ohne staatliche Souveränität und ohne klare Grenzen denken kann. Deshalb schweigt sie zu den Ideen von Souveränität und Grenze, wie sie nun diskutiert werden, aber dieses Schweigen ist berechtigt.

Man mag dies als Lücke ansehen und daher mit staatstheoretischen Überlegungen schließen wollen. Dann wäre aber eine Auseinandersetzung mit denjenigen erforderlich, die die gegenwärtige Verfassung ausreichend und angemessen finden. Einfacher ist es, die Aussagen der Verfassung auszublenden. Jedenfalls trägt es als rhetorische Begründung dafür, in den „höheren“³⁰ Sphären der Rechtsphilosophie die vermissten Antworten zu suchen.

3. Aus der Rechtsphilosophie

Damit ist die dritte Ebene unterschiedlicher Problem- und Lösungswahrnehmungen erreicht. *Volkman*s Beitrag will auf dieser rechtsphilosophischen Ebene argumentieren. Daher mag man ihm die bisherigen Ausblendungen auch als der Rhetorik geschuldet ansehen. Allerdings bleibt auch bei der rechtsphilosophischen Betrachtung *Volkman*s Wahrnehmung einseitig.

Zwar stellt er zwei Positionen einander gegenüber. Auf der einen Seite universalistische Konzepte, die mehr oder weniger radikal ein (Menschen-)Recht zum Aufenthalt oder auch zur Aufnahme überall auf der Welt begründen sollen, und auf der anderen Seite ein kommunitaristisches Konzept, das das Selbstbestimmungsrecht der politischen Ge-

28 *Volkman* (Fn. 15), 192.

29 Skeptisch zu den Leistungsreduktionen und -ausschlüssen etwa *Kanalan*, ZESAR 2016 (im Erscheinen).

30 *Volkman* baut eine solche dreistufige Hierarchie auf, die freilich nur bei naturrechtlichen Konzepten, nicht bei anderen rechtsphilosophischen Ansätzen trägt.

meinschaft zum Ausgangspunkt hat und daher grundsätzlich keine Gerechtigkeitskriterien für ein Recht auf Zugang kennt.³¹

a. Michael Walzers politische Gemeinschaft und die Fragen des Flüchtlings

Dass *Volkmann* sich hierbei maßgeblich auf *Walzer* als Stimme für die Position beruft, die Flüchtlingen die Versagung von dauerhafter Aufnahme und voller Mitgliedschaft in der Gemeinschaft als Ausdruck demokratischer Selbstbestimmung erlaubt, ist allerdings mindestens irreführend.

Zum einen sieht *Walzer*³² die Beschränkung von Einwanderung nicht als grundsätzlich frei (so *Volkmann*) an. Vielmehr ist sie für ihn rechtfertigungsbedürftig und daher sowohl bedingt als auch beschränkt. Seine rechtsphilosophische Basis hierfür ist *Hobbes*³³ und damit die Rechtfertigungsbedürftigkeit der staatlichen Macht. Rechtfertigungsgrund für den Ausschluss Fremder vom Staatsgebiet ist für *Walzer* neben der „Lebensweise“ der Gemeinschaft auch der Respekt des Staates vor den „Lebensplänen“ der Individuen – insofern passt *Volkmanns* Bezugnahme auf ihn. Allerdings leitet *Walzer* diesen Rechtfertigungsgrund eben aus Hobbes Wertung ab, dass jeder Mensch „nicht nur mit Recht, sondern auch mit Naturnotwendigkeit [...] mit aller Kraft das zu seiner Selbsterhaltung Notwendige zu erlangen sucht“ so dass „derjenige, welcher sich wegen überflüssiger Dinge dem widersetzt, an dem Krieg schuld [ist], der daraufhin folgen muss.“³⁴ Daraus folgt für *Walzer* die Bedingung, dass der Ausschluss einwanderungswilliger Fremder eine Politik verlangt, die Land oder Ressourcen abgibt, die sich als „überflüssig“ verstehen lassen.³⁵ Vor allem aber sieht *Walzer* das Recht, Fremden die Einwanderung zu verwehren, auch eingeschränkt aufgrund des von ihm als moralischem Prinzip bezeichneten Grundsatzes gegenseitiger Hilfe.³⁶ Dies gilt nach *Walzer* auch für Staaten, die er als „riesige nationale Vereine oder Familien“ mit einem definierten Territorium versteht.³⁷ Deshalb müsse ein Staat Flüchtlinge, verstanden als Menschen in Not, aufnehmen.³⁸ Die darin liegende Willkür, die den Zuzug nicht nach Not und Bedürftigkeit gewährt, sondern diejenigen begünstigt, die es irgendwie bis zur Grenze oder ins Land geschafft haben, veranlasst *Walzer* – gerade anders als *Volkmann*³⁹ – nicht dazu, die Pflicht zur Aufnahme aufzugeben. Vielmehr verweist *Walzer* darauf, dass Gewalt gegen hilflose und verzweifelte Menschen nicht tragbar und die Zahl derer, um die es geht, regelmäßig klein und daher leicht assimilierbar (sic!) sei.⁴⁰ Nur mit diesen Einschränkungen betrachtet *Walzer* „das

31 So *Volkmann* (Fn. 15), 189.

32 *Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit, Neuauf. 2006, Kapitel 2 Mitgliedschaft und Zugehörigkeit (65-107).

33 *Walzer* (Fn. 32), 81 und 85 f.

34 Zitiert nach *Walzer*, (Fn. 32), 85 f.

35 Für *Walzers* Ziel – die Entwicklung einer Gerechtigkeitstheorie – kommt es im Weiteren nur darauf an zu begründen, dass die Pflicht eines Staates zur Abgabe von Land oder Ressourcen diesseits einfacher Gleichheit liegt; denn damit kann er die Ungleichheit zwischen Mitgliedern und Fremden erklären, ohne sie gerechtigkeits-theoretisch begründen zu müssen ([Fn. 32], 86 ff.).

36 *Walzer* (Fn. 32), 67 f.

37 *Walzer* (Fn. 32), 83 f.

38 *Walzer* (Fn. 32), 88.

39 *Volkmann* (Fn. 15), 192, Fn. 39 und im Text.

40 *Walzer* (Fn. 32), 92-107.

Recht, dem Strom Einhalt zu gebieten [...] als Konstituens von gemeinschaftlicher Selbstbestimmung“⁴¹.

Zum anderen ist *Walzer* auch ein ganz ungeeigneter Bezugspunkt, wenn man – wie es *Volkman* wohl vorschwebt – ein kurzfristiges Gastrecht⁴² mit minderem Rechtsstatus⁴³ vorschlagen will. Denn *Walzer* trennt scharf zwischen Einwanderung im Sinne von Einreise und Einbürgerung im Sinne von Mitgliedschaft. Letztere und damit volle Teilhabe hält *Walzer* für zwingend. Ausführlich wendet er sich gegen das Metökentum und kritisiert die Gastarbeiterpolitik. Für ihn ist daher die Einbürgerung bzw. volle, auch politische, Teilhabe aller Eingewanderten unabweisbar.⁴⁴

Walzer kann also nur als Gewährsmann für das Lager der politischen Gemeinschaft herhalten, wenn man die Bedingtheit, Grenzen und Konsequenzen ausblendet, die damit verbunden sind, dass ein Territorialstaat als politische Gemeinschaft verstanden wird. Vor allem kann danach die politische Gemeinschaft zwar generelle Zuzugsregeln aufstellen, aber gerade nicht den einzelnen Flüchtling abweisen. Dies verschiebt zum einen die Gewichte der beiden Lager, die *Volkman* als einander gleichwertig gegenüberstellt. Gegen universalistische Argumente stehen die partikularistischen Forderungen auf schwächerem Fundament, wenn die Selbstbestimmung der Gemeinschaft entweder ohne das Argument der Demokratie auskommen muss oder mit Aufnahme- und Integrationspflichten eingeschränkt ist.

b. Zum Dilemma der Staaten angesichts der Menschenrechte – innen und außen

Zum anderen – und wichtiger – stellt sich das Dilemma, das *Volkman* thematisiert und das seine anfangs beschriebene Ratlosigkeit erklären soll, anders dar. Denn dadurch, dass er die Bedingungen und Einschränkungen weglässt, die *Walzer* in diesem zweiten Kapitel seiner Gerechtigkeitstheorie thematisiert, beschränkt *Volkman* sich auf die Binnenperspektive der politischen Gemeinschaft (gewissermaßen *Walzer* ab Kapitel 3). Für *Volkman* besteht das Dilemma nicht darin, dass eine politische Gemeinschaft ein Territorium exklusiv für sich in Anspruch nimmt und andere mit staatlicher Macht davon fern hält – obwohl dies die Frage des Flüchtlings an der Grenze ist. Stattdessen beschäftigt ihn das Dilemma einer politischen Gemeinschaft, die sich der Idee der Menschenrechte verpflichtet und diese Verpflichtung nur innerhalb des territorial beschränkten Herrschaftsgebietes einlösen kann – was ein anderes, aber durchaus auch ein Dilemma ist. Wesentlich hierfür ist die Wendung der universalistischen Idee der Menschenrechte nach innen zu einem individuellen Anspruch des einzelnen Menschen innerhalb eines konzeptionell geschlossenen Systems. Für die Demokratietheorie ist dieses Dilemma breit diskutiert.⁴⁵ Im Grundsatz besteht es auch für das Grundrechtssystem,⁴⁶ was sich vor allem in den Teil-

41 Diese Passage zitiert *Volkman*, (Fn. 15), 189, Fn. 31.

42 *Volkman* (Fn. 15), 183 f., beruft sich auf Kant.

43 *Volkman* (Fn. 15), 192, schlägt Kürzung von Sozialleistungen vor.

44 *Walzer* (Fn. 32), 92 ff.

45 Etwa *Habermas*, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: *ders.*, Die postnationale Konstellation, 1998, S. 91 ff.; *Bryde*, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1994, 305; *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik, 1996; *Wallrabenstein*, Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, 138-163; *Redaktion KJ* (Hrsg.), Sonderheft: Demokratie und Grundgesetz: Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, 2000.

46 *Wallrabenstein* (Fn. 45), 73-85.

habe- und Schutzdimensionen der Grundrechte, aber eben auch bei dem Konzept der Grundrechte als Werteordnung zeigt.

Als Beschreibung des Status quo ist das nicht falsch. *Volkman* mahnt an, dass man sich innerhalb des Systems dieses Dilemmas bewusst sein und, so klingt es an, gelassen bleiben solle – auch das ist gewiss nicht falsch. Nur schade, dass der Beitrag hier endet. Was fehlt, ist die Betrachtung des Dilemmas aus der anderen, aus der menschenrechtlichen Perspektive. Nimmt man sie ein, dann geht es nicht um Gelassenheit im Umgang mit einem Dilemma, sondern um das existenzielle Recht des Menschen, aufgenommen zu werden. *Arendt* hat dies mit der Beschreibung der Aporie der Menschenrechte auf den Punkt gebracht. Gerade dann, wenn das Menschsein die einzige Legitimationsressource für Rechte ist, weil kein Bürgerstatus, keine Zugehörigkeit mehr besteht, aus der Rechte abgeleitet werden könnten, dann sind Menschenrechte zugleich wertlos, weil sie an niemanden, an keinen Staat adressiert werden können.⁴⁷ Dieser philosophischen Beschreibung, dass ein Recht ein Gegenüber braucht, hat das moderne Völkerrecht gerade mit dem Flüchtlingsrecht Rechnung getragen. Es lässt sich als rechtlich geronnene Einsicht in die Unzulänglichkeit der in Territorialstaaten gegliederten Welt angesichts des universalistischen Anspruchs der Menschenrechte interpretieren. Deshalb beginnen hier, mit den Praxen der Genfer Flüchtlingskonvention, mit der Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs und mit den europäischen Vereinbarungen zur gemeinsamen Umsetzung dieser Einsichten in einem unionsweiten Asylsystem die Antworten auf die Fragen, die *Volkman* stellt. Wie bei jedem echten Dilemma, bestehen diese Antworten nicht in Lösungen. Sie sind daher notwendig unzulänglich. Das muss aber weder ratlos noch mutlos machen, vielmehr aufmerksam und hellhörig für die besseren und schlechteren Möglichkeiten, die eine Rechtsordnung, die sich um das Leben mit Dilemmata bemüht, bereithält.

47 *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, aus dem Englischen von der Verfasserin, 1986, 422 ff.