

# Krise der Politik – Krise der Verfassung?

von Uwe Volkmann

*Nachdem es um die Verfassung in der Flüchtlingskrise zunächst still geworden schien, ist sie in deren Zusammenhang nun selbst in die Diskussion geraten. Der inzwischen verbreitete Eindruck ist, dass ihr Steuerungsanspruch nur noch begrenzt wirksam ist und sich die politischen Akteure bestehenden verfassungsrechtlichen Bindungen ganz oder teilweise entzogen haben; vereinzelt wurde sogar von einer neuen „Herrschaft des Unrechts“ gesprochen. Der Beitrag spürt den Vorwürfen nach und fragt zugleich nach der Rolle der Verfassung für den politischen Prozess in der Bundesrepublik insgesamt.*

*The refugee crisis has by now triggered a new debate on the German Constitution, following the widely communicated impression that its steering and control devices are at least partly impaired, as political actors tend to escape some of their binding rules and regulations; some commentators even seem to detect a “rule of injustice”. This contribution tries to unravel the according debate by revisiting the role of the constitution for and within the broader political process in Germany.*

## I. Verfassung und Politik in der Bundesrepublik

Man hat verschiedentlich bemerkt, dass in kaum einem Land der Erde politische Debatten so häufig Verfassungsdebatten sind oder als solche geführt werden, wie es in der Bundesrepublik der Fall ist.<sup>1</sup> Ob es um Fragen der Genforschung, der Organtransplantation oder der Sterbehilfe geht, die bei uns als solche der Menschenwürde verhandelt werden, um die Verwirklichung von Demokratie in Europa, die an einem aus dem Grundgesetz entwickelten Anforderungsprofil gemessen wird, oder um den endlosen Streit, ob Lehrerinnen an öffentlichen Schulen mit dem islamischen Kopftuch unterrichten dürfen – die Verfassung ist immer in dieser oder jener Weise dabei. Fragt man, wie es dazu gekommen ist, stößt man im Wesentlichen auf drei Gründe, die einander aber nicht ausschließen, sondern sich wechselseitig ergänzen und stützen. Der erste verweist darauf, dass das Grundgesetz im internationalen Vergleich eine Verfassung von außerordentlich hoher Rechtswirksamkeit ist. Diese wird ihrerseits begünstigt durch eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit, die im Laufe ihrer

1 Siehe statt vieler nur *Jestaedt, M.*: Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Schönberger, C./Jestaedt, M./Lepsius, O./Möllers, C. (Hg.): Das entgrenzte Gericht, Berlin, 2011, 77–158, hier 85 f.

Entwicklung die Grundlagen für die prinzipielle Justiziabilität der Verfassung geschaffen hat. Justiziabilität ist allerdings ihrerseits keine dichotome Kategorie mit dem einfachen Gegensatz zwischen justiziablen und nichtjustiziablen Verfassungen, sondern ein graduelles Konzept, bei dem die Bundesrepublik – und durchaus noch mit Vorsprung gegenüber den USA – einen Spitzenplatz einnimmt.<sup>2</sup> Für die Verfassung bedeutet dies, dass sie in politischen Debatten automatisch wichtiger wird; sie ist jetzt ein Argument, mit dem sich politische Positionen durchsetzen oder andere Positionen zurückweisen lassen.

Der zweite Grund liegt darin, dass im Laufe der Zeit – und wiederum maßgeblich befördert durch das Bundesverfassungsgericht – die Verfassungsbindungen auf immer weitere Bereiche des politischen und gesellschaftlichen Lebens ausgedehnt wurden: durch die Erstreckung des Gleichheitssatzes von der Verwaltung auf den Gesetzgeber, durch die interpretatorische Verdichtung des Sozialstaatsprinzips, durch die Erfindung neuer Grundrechte wie etwa desjenigen auf informationelle Selbstbestimmung oder die schrittweise Unterstellung der gesamten Privatrechtsordnung unter die Grundrechte insgesamt, um nur einige Punkte zu nennen. Die Verfassung ist dadurch, wie man gesagt hat, eine „allbezügliche“ Ordnung geworden, die in alle Lebensbereiche hinein „ausstrahlt“<sup>3</sup>. Unter diesen Bedingungen ist es möglich, prinzipiell jedes politische, gesellschaftliche oder moralische Problem als Verfassungsproblem zu reformulieren und als solches zu thematisieren.

Der dritte und letzte Grund liegt schließlich in der grundsätzlich veränderten Wahrnehmung der Verfassung selbst, die auf all dem aufsetzt. Von dem bloßen Provisorium eines übergangsweisen Staatswesens, als das sie ursprünglich nur gedacht war, ist sie mittlerweile aufgestiegen zur integrierenden Wertgrundlage des Gemeinwesens überhaupt, einer materialen, inhaltlich erfüllten Ordnung und einem Grundgerüst des sozialen Zusammenlebens insgesamt.<sup>4</sup> Aus der Außenbeobachtung durch die Politikwissenschaften ist sie deshalb als ein Medium charakterisiert worden, in dem sich eine Gesellschaft selbst beschreibt und in das sie ihre

2 So *Bryde, B.-O.*: Integration durch Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Grenzen, in: Vorländer, H. (Hg.): Integration durch Verfassung, Wiesbaden, 2001, 329–342, hier 335.

3 Die Formulierung von der „Ausstrahlung“ stammt vom Bundesverfassungsgericht selbst, grundlegend *BVerfGE* 7, 198 (207). Die „Allbezüglichkeit“ etwa bei *Hollerbach, A.*: Verfassung und Ideologie, in: Maihofer, W. (Hg.): Ideologie und Recht, Frankfurt a. M., 1969, 37–61, hier 51; ähnlich etwa *Schuppert, G.F./Bunke, C.*: Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, Baden-Baden, 2001, 58: die Verfassung als „allmaßstäbliche Grundordnung“.

4 Die entsprechenden Charakterisierungen etwa bei *Böckenförde, E.-W.*: Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a. M., 1991, 46 f.; *Hesse, K.*: Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, in: *Juristenzeitung*, 50/6 (1995), 265–273, 266; s. auch *Frankenberg, G.*: Die Verfassung der Republik, Frankfurt a. M., 1998, 19 ff.

zentralen Gerechtigkeits- und Ordnungsvorstellungen hineinprojiziert.<sup>5</sup> Zusammengefasst hat all dies dazu geführt, dass die Verfassung das politische Leben hierzulande in einer Weise ergreift und durchdringt, der weltweit wenig Vergleichbares an die Seite zu stellen ist.

## II. Die Verfassung und die Flüchtlingsfrage

Man kann es deshalb durchaus erstaunlich nennen, dass ausgerechnet in der Flüchtlingskrise, die die Bundesrepublik derzeit durcheinanderrüttelt wie kaum eine andere Krise zuvor, die Verfassung erst vergleichsweise spät ins Spiel gekommen ist und über ihre Rolle bis heute wenig Klarheit herrscht. Der Gegensatz tritt besonders hervor, wenn man auf die andere große Krise der letzten Jahre blickt, die Krise des Euro und der Währungsunion: Deren Bewältigung erfolgte immer mit engem Blick auf mögliche verfassungsrechtliche Bindungen; in einer Art Massenpetition riefen mehr als 37.000 Beschwerdeführer das Bundesverfassungsgericht an, das verfassungsgerichtliche Verfahren selbst fungierte weitgehend als Ersatz für eine parlamentarische Debatte, und bis heute werden die entsprechenden juristischen Fragen zwischen den beteiligten Höchstgerichten, dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof, hin- und hergeschoben. Auch die Flüchtlingskrise berührt, wie es in einer neueren Veröffentlichung heißt, an sich nun wieder Grundfragen des Staatsrechts: die Entscheidungs- und Durchsetzungsfähigkeit der Staatsgewalt, die Geltung des verfassungsrechtlichen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips, zuletzt eine Vorstellung von kollektiver Identität.<sup>6</sup> Aber die Verfassung hat, wie in derselben Veröffentlichung beklagt wird, dazu an normativer Orientierung bislang wenig zu bieten und scheint auf eine geradezu schmerzliche Weise sprachlos geworden.<sup>7</sup> Und wo von ihr doch die Rede ist, geschieht das nun selbst in den Begriffen der Krise: unter Druck, sich verflüchtigt, wesentliche Prinzipien faktisch außer Kraft gesetzt.<sup>8</sup> Die Krise der Flüchtlinge erscheint so zugleich als eine Krise der Verfassung selbst, was ihre Dimension nun endgültig ins Schicksalhafte erhöht. Aber trifft der Befund auch

5 *Vorländer, H.*: Integration durch Verfassung?, in: ders. (Hg.), a.a.O., 9–40, hier 22f. Für die weitere Erläuterung dieses Verfassungsverständnisses und seiner praktischen Folgen muss ich an dieser Stelle auf frühere Veröffentlichungen verweisen, s. vor allem *Volkman, U.*: Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen, 2013.

6 Siehe *Depenheuer, O./Grabenwarter, C.* (Hg.): Der Staat in der Flüchtlingskrise, Paderborn, 2016, Vorwort, 6.

7 *Nettesheim, M.*: Staatsverantwortung durch Verfassungsrecht am Beispiel von Migration, in: *Depenheuer, O./Grabenwarter, C.* (Hg.), a.a.O., 55 f.: „beklagenswerte und schmerzliche Sprachlosigkeit des Verfassungsrechts“ im öffentlichen Raum.

8 *Depenheuer, O./Grabenwarter, C.* (Hg.), a.a.O., 6; s. dort ferner die Überschrift des ersten Abschnitts: „Flüchtiges Verfassungsrecht“, 9 ff.

zu? Dazu müsste man sich erst einmal an eine Bestandsaufnahme machen, die die einzelnen Vorwürfe Punkt für Punkt abarbeitet und von hier aus fragt, was eine Verfassung in der Krise leisten und was sie nicht leisten kann. Begeben wir uns also auf die Suche.

## 1. Die Bedeutungslosigkeit des Asylrechts

Unter den Gründen für die vermeintliche Sprachlosigkeit wird gleich einer der wichtigsten heute nur selten genannt, obwohl er sich aufdrängen müsste. Er liegt in der Asylgarantie als solcher, und zwar gerade mit dem Inhalt, mit dem sie heute noch im Grundgesetz enthalten ist. Mit ihrem früheren Inhalt bildete sie bei der letzten großen Flüchtlingswelle Anfang der 1990er Jahre – mit Asylbewerberzahlen von bis zu einer halben Million – noch den Fixpunkt aller politischen Debatten: Sie war damals noch als ein schlichtes und feierliches Versprechen („Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“) formuliert, von ihrem Text her war sie keinerlei Einschränkungen zugänglich, und es schwang darin noch die Erinnerung an eine Zeit mit, in der viele Deutsche selbst auf der Flucht vor einem verbrecherischen Regime waren. Von hier aus erschien sie den einen als eine beständige Mahnung an ein Grundprinzip der Humanität, während sie von den anderen angesichts immer weiter steigender Zahlen nicht als Richtschnur zur Lösung des Problems angesehen wurde, sondern stattdessen selbst als dessen eigentliche Ursache. In der Folge konzentrierte sich nahezu die gesamte Diskussion auf die Frage, ob man an dem unbeschränkten Versprechen weiter festhalten solle, wie es die einen, oder ob man die Verfassung in diesem Punkt entscheidend ändern müsse, wie es die anderen forderten. Diese setzten sich schließlich im Asylkompromiss des Jahres 1993 mit ihrer Position weitgehend durch.<sup>9</sup> Seitdem ist das Asylrecht in einem neuen, dem bisherigen Art. 16 nun nur noch angehängten Artikel zusammengefasst und durch eine Reihe zusätzlicher Bestimmungen stark eingeschränkt.

Die wichtigste dieser Einschränkungen wurde nun auch ins Feld geführt, als sich die Ausmaße des jetzigen Flüchtlingsstroms zum ersten Mal abzuzeichnen begannen, also etwa im Spätsommer und Herbst letzten Jahres. Es handelt sich um die Regelung, dass Asyl nicht gewährt bekommt, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen sicheren Drittstaat in die Bundesrepublik eingereist ist. Abgeleitet wurde daraus die Forderung, die Grenzen wieder zu schließen und auf diese Weise verfassungsgemäße Zustände wieder herzustellen.<sup>10</sup>

9 Nachgezeichnet in *BVerfGE* 94, 49 ff., dort auch die endgültige verfassungsrechtliche Billigung dieses Kompromisses.

10 So namentlich der ehemalige CSU-Vizevorsitzende *Peter Gauweiler*, etwa auf [www.epochtimes.de](http://www.epochtimes.de) v. 17.10.2015, <http://www.epochtimes.de/politik/deutschland/ex-csu-vize-gauweiler-regierung-verstoestst>

Bei isolierter Lektüre der Vorschrift mochte sich das in der Tat aufdrängen, und fast fühlte man sich wieder in eine Zeit versetzt, in der die Verfassung in dieser Frage noch etwas zu sagen hatte. Übersehen wurde allerdings, dass gerade die Asylgewährleistung selbst dafür nichts mehr hergibt, und zwar gerade weil von ihr nicht mehr viel übrig geblieben ist. Dies hat im praktischen Ergebnis vor allem dazu geführt, dass der Status der allermeisten Flüchtlinge heute weitgehend außerhalb und unabhängig von der Verfassung geregelt ist. Die wesentlichen Regelungen finden sich stattdessen im europäischen wie im einfachen Recht, das mit dem „internationalen“ und dem „subsidiären Schutz“ längst eigene Kategorien ausgebildet hat, deren Rechtsfolgen denen des Asyls nach Art. 16a GG weitgehend angeglichen sind, die in ihren Voraussetzungen aber weiter gefasst und deshalb auch leichter zu erlangen sind. Im Asylverfahrensgesetz taucht das Asyl nach Art. 16a GG deshalb zwar durchaus noch als eigener Status auf, spielt dort aber faktisch schon lange keine Rolle mehr.<sup>11</sup> Und auch Art. 16a GG selbst lässt sich zu alledem nichts mehr entnehmen, weder im Sinne einer möglichen Aufnahmepflicht für alle Flüchtlinge noch im Sinne irgendeiner Obergrenze; wo heute noch gesagt wird, das Asylrecht des Grundgesetzes kenne keine solche Obergrenze, ist das juristisch zwar richtig, in der Sache aber auch irgendwie egal. Wo einst die Verfassung Orientierung und Richtungsweisung bot, ist deshalb heute in der Tat nur noch eine Leerstelle.

## 2. Die Herrschaft des Rechts

Üblicherweise setzt die These von der Verflüchtigung des Verfassungsrechts in der Krise deshalb heute auch an anderer Stelle an. Seit dem Beginn der Flüchtlingskrise gehört es zu den Standardvorwürfen gegen die Bundesregierung wie auch gegen andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union, sie hätten mit ihrer Entscheidung zugunsten einer Öffnung der Grenzen bewusst das Recht gebrochen oder sich offen über geltendes Recht hinweggesetzt<sup>12</sup>; der bayerische Ministerpräsident hat unlängst sogar von einer „Herrschaft des Unrechts“<sup>13</sup> gesprochen. Damit ist unmittelbar eine der Grundideen des Verfassungsstaats überhaupt angesprochen und zugleich

systematisch-gegen-asylparagrafen-artikel-16a-grundgesetz-al277056.html: „Regierung verstößt systematisch gegen Asylparagrafen“.

11 S. zusammenfassend *Tiedemann, P.*: Flüchtlingsrecht, Berlin/Heidelberg, 2015, 27 ff.

12 Vgl. – insoweit im Ton noch zurückhaltend – *Hesse, J.J.*: Staatsversagen? Bankrotterklärung Europas? Anmerkungen zur Flüchtlingskrise, in: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften, 13/3 (2015), 336–355, 341: „situative Aufgabe rechtsstaatlicher Sicherungen“.

13 Nach *Süddeutsche Zeitung* v. 09.02.2016, [www.sueddeutsche.de/bayern/fluechtlings-seehofer-es-ist-eine-herrschaft-des-unrechts-1.2856699](http://www.sueddeutsche.de/bayern/fluechtlings-seehofer-es-ist-eine-herrschaft-des-unrechts-1.2856699). Ebenso zuvor aus staatsrechtlicher Perspektive und ebenfalls ohne jede Mäßigung *Vosgerau, U.*: Herrschaft des Unrechts, in: Cicero, 12 (2015), 92 ff.

seine wesentliche Geltungsvoraussetzung in Frage gestellt: die Vorstellung nämlich, dass politische Herrschaft keine beliebige und willkürliche, sondern eine in allen Belangen rechtlich gebundene Herrschaft sein soll, dass immer und überall das Recht herrscht, so wie es für das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 3 ausdrücklich angeordnet und im Rechtsstaatsprinzip auf einer allgemeineren Ebene aufgehoben ist. Man kann diese Vorstellung deshalb durchaus zu einem Gradmesser erheben, an dem abgelesen werden kann, ob Verfassungsbindungen noch respektiert werden und was sie im politischen Raum heute noch wert sind.

Auch hier wäre allerdings zunächst zu sehen, dass das Problem mittlerweile weitgehend europäisiert ist, weil die rechtlichen Maßstäbe, um deren Einhaltung oder Nichteinhaltung es geht, heute nahezu sämtlich im europäischen Recht liegen oder hier ihren Grund haben. Auch die verfassungsrechtlichen Prämissen müssen deshalb überwiegend dem europäischen Recht entnommen werden; das Grundgesetz kommt hier wie alle nationalen Verfassungen nur ergänzend oder in unterstützender Funktion ins Spiel, worin man ebenfalls ein Symptom für einen ständig fortschreitenden Bedeutungsverlust sehen mag. Immerhin begreift sich aber auch die Europäische Union in ihrem Kern als Gemeinschaft unter der Herrschaft des Rechts: Die Rechtsstaatlichkeit zählt sie ausdrücklich zu ihren tragenden Werten, sie will selbst einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bilden, und der Europäische Gerichtshof sieht darin sogar einen, wenn nicht den „Daseinsgrund der Union“ überhaupt.<sup>14</sup> Auch aus dieser Perspektive spitzt sich dann alles auf die Frage zu, ob die Regelungen des Unionsrechts für die administrative Bewältigung der Krise nun eingehalten oder großflächig gebrochen worden sind, wie es die Kritik geltend macht. Entscheidender Maßstab ist hier vor allem die sog. Dublin-III-Verordnung, nach deren Grundregelung das Asylverfahren hauptsächlich von und in den Staaten durchgeführt werden soll, in die der Flüchtling zum ersten Mal eingereist ist.<sup>15</sup> Das ist ganz offensichtlich nicht geschehen; stattdessen herrschte dort, wie es von offizieller Seite selbst bezeichnet worden ist, eine „Politik des Durchwinkens“ vor.<sup>16</sup> Insofern ist also Recht auf europäischer Ebene in der Tat sehenden Auges verletzt worden, und zwar ohne dass das auf dieser Ebene groß ein Thema zu sein scheint. Rechtfertigt das aber schon den Schluss auf eine

14 *EuGH*, Rs. C-411/10 und C-493/10 Rn. 83; in der Sache entspricht dem die geläufige Beschreibung der Union als „Rechtsgemeinschaft“; die Grundlegung bei *Hallstein, W.*: Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft, in: ders., Europäische Reden, Stuttgart, 1979, 341 ff.

15 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013, Abl. L 180/31.

16 So die *Europäische Kommission* selbst in der von ihr vorbereiteten 17-Punkte-Erklärung der „Staats- und Regierungschefs der am stärksten von der Krise auf der Westbalkanroute betroffenen Länder“ v. 25.10.2015 („policy of waving through“), [http://ec.europa.eu/news/2015/docs/leader\\_statement\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/news/2015/docs/leader_statement_final.pdf).

generelle Abkehr der Union vom Recht oder gar auf das heraufziehende Ende der Union als Rechtsgemeinschaft überhaupt? Auch hier wäre vielleicht aus einer Reihe von Gründen Zurückhaltung angebracht: Das Dublin-System galt schon vorher in mehrfacher Hinsicht als dysfunktional, es verteilte die Lasten einseitig auf diejenigen Mitgliedstaaten der Union, die dafür von ihrer Wirtschaftskraft wie von ihrer Verwaltungskapazität am wenigsten gerüstet waren, und es war in alledem von Anfang an zugeschnitten auf eine Situation, in der sich die Zahl der Flüchtlinge in überschaubaren Grenzen hielt.<sup>17</sup> Unter den Bedingungen des gegenwärtigen Massenansturms musste es daher zusammenbrechen.<sup>18</sup> Auf eine Erosion der Rechtsidee als solche lässt sich daraus nicht zwingend schließen; entscheidend wird hier letztlich der Wille der politisch Verantwortlichen sein, langfristig zu rechtlich geordneten Zuständen – eventuell auch mit neuen rechtlichen Regelungen – zurückzukehren.

Unklar ist zudem, was der vorübergehende Zusammenbruch des Systems gerade für die rechtliche Beurteilung der Entscheidung der Bundesregierung bedeutet, die Einreise von Flüchtlingen prinzipiell zuzulassen und das Asylverfahren in der Bundesrepublik durchzuführen. Während Teile der Rechtswissenschaft dies von der Auffangzuständigkeit des Art. 3 Abs. 2 der Dublin-III-Verordnung nach wie vor für gedeckt halten<sup>19</sup>, hat eine Gruppe von Rechtswissenschaftlern um den Frankfurter Urheberrechtler *Alexander Peukert* dazu unter Berufung auf die in diesem Zusammenhang bislang meist übersehene Vorschrift des Art. 20 Abs. 4 der Verordnung die Auffassung vertreten, die Bundesrepublik müsse die Flüchtlinge an der Grenze zwingend zurückweisen; nur auf diese Weise könne die Regierung letztlich wieder zu rechtsstaatlichen Zuständen zurückkehren.<sup>20</sup> Wer hier die besseren juristischen Argumente hat, kann an dieser Stelle nicht entschieden werden. Im vorliegenden Zusammenhang genügt die Feststellung, dass beide Seiten jedenfalls Argumente haben und allesamt nur solche verwenden, die im Fachdiskurs zugelassen sind; man muss sehr tief in die Feinheiten hineinsteigen, um sich hier

17 S. etwa *Marx, R.*: Ist die Verordnung (EG) Nr. 343/2003, (Dublin-II-VO) noch reformfähig?, in: ZAR, 32/6 (2012), 188 ff.; knapp zusammenfassend *Hesse, J.J.*, a.a.O., Kap. II.

18 Es gibt eben, lässt sich dazu schon bei *Carl Schmitt* nachlesen, keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre, vgl. ders.: Politische Theologie, Berlin, 8. Aufl., 2004, 19: „Die Ordnung muss hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat.“ Eine andere Frage ist es, ob die Entwicklung politisch nicht vorhersehbar war und man ihr dementsprechend vorher hätte gegensteuern können, s. dazu erneut *Hesse, J.J.*, a.a.O.

19 Vgl. *Bast, J./Möllers, C.*: Dem Freistaat zum Gefallen: Über Udo Di Fabio's Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise, [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) v. 16.01.2016.

20 *Peukert, A./Hillgruber, C./Foerste, U./Putzke, H.*: Die Flüchtlingskrise kann rechtsstaatlich bewältigt werden, FAZ v. 09.02.2016. Von einem der Mitautoren, *Holm Putzke*, stammt der Versuch, die Strafbarkeit der Bundeskanzlerin als Schleuserin zu untersuchen, s. [www.jura.uni-passau.de/putzke/aktuelles/](http://www.jura.uni-passau.de/putzke/aktuelles/).

ein Urteil bilden zu können. Die Rechtslage, soviel lässt sich einstweilen nur sagen, ist kompliziert.<sup>21</sup> Unter diesen Umständen wird man aber durchaus die Frage stellen können, ob der dramatische Vorwurf, die Bundesregierung habe alle rechtlichen Bindungen von sich abgestreift, zuletzt nicht einen größeren Schaden anrichtet, als er Nutzen zu stiften vermag. Positiv gewendet ließe sich darin immerhin die beständige Mahnung erkennen, am Prinzip einer strikten Herrschaft des Rechts unbedingt festzuhalten, die ursprüngliche Idee des Rechtsstaats also auch unter widrigen Bedingungen lebendig zu halten. Aber wenn diese bemüht wird, wo es vielleicht nur um unterschiedliche Auslegungen von Recht geht, könnte am Ende auch die Idee selbst beschädigt werden. Diese lebt eben von einem grundsätzlichen Vertrauen, dass sich alle Beteiligten an das Recht halten und dies auch wollen. Wer davon redet, dass wir in einer „Herrschaft des Unrechts“ leben, untergräbt dieses Vertrauen selbst. Oder anders gewendet: Wer ein hohes Ideal nur deshalb beschwört, um nachzuweisen, dass davon in der Realität nichts übrig bleibt, delegitimiert am Ende möglicherweise auch das Ideal.

### 3. Der Bund und die Länder

Möglicherweise hängt es mit diesen Schwierigkeiten der Begründung zusammen, dass neuerdings versucht wird, zusätzlich zum rechtsstaatlichen auch das bundesstaatliche Prinzip für die Bewältigung der Flüchtlingskrise zu aktivieren. Die Verfassung betritt hier gleichsam durch einen Seiteneingang die Szene, der zu den eigentlich zu lösenden Sachfragen nur in einer mittelbaren Beziehung steht. Dass gerade darüber seit einiger Zeit nun verstärkt diskutiert wird, verdankt sich dem Versuch der bayerischen Staatsregierung, die „Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem“ zu identifizieren, wie das von ihr in Auftrag gegebene Gutachten des ehemaligen Verfassungsrichters *Udo Di Fabio* überschrieben ist.<sup>22</sup> *Di Fabio* vertritt darin im Wesentlichen die These, dass der Bund durch seine un-

21 So auch das Ergebnis der abwägenden Betrachtung von *Thym, D.*: Der Rechtsstaat und die deutsche Staatsgrenze, [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) v. 22.01.2016. Als Beispiel für eines der zahlreichen Detailprobleme, die sich hier stellen, mag man etwa die Kontroverse um die Regelung des § 18 AsylG nennen, die häufig als Grundlage einer Pflicht zur generellen Zurückweisung von Flüchtlingen in der gegenwärtigen Situation genannt wird, vgl. etwa *Di Fabio, U.*: Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, München 2016, [www.bayern.de/wp-content/uploads/2016/01gutachten\\_Bay\\_DiFabio\\_formatiert.pdf](http://www.bayern.de/wp-content/uploads/2016/01gutachten_Bay_DiFabio_formatiert.pdf), 92 f.; *Peukert, A. et al.*, a.a.O. Dies gilt aber nach § 26a AsylG eben dann nicht, wenn das Asylverfahren nach europäischem Recht in der Bundesrepublik durchgeführt werden muss, vgl. *Thym, D.*, a.a.O., was wiederum erneut streitig ist. Zu weiteren solcher Detailprobleme *Brings, T./Farahat, A./Oehl, M.*: Von wegen „Rückkehr zum Recht“: Warum die deutsche Grenzpolitik den Maßgaben des Dublin-Systems entspricht, ebenfalls auf [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) v. 09.03.2016.

22 Das Gutachten auszugsweise abgedruckt in dieser Zeitschrift, s. *Di Fabio, U.*: Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, in: *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, 13/4 (2015), 517–541.

begrenzte und kriterienlose Aufnahme von Flüchtlingen, wie sie durch die Willkommensbotschaft der Kanzlerin („Wir schaffen das“) angestoßen worden sei, die Länder mitsamt der Kommunen an die Grenze ihrer Leistungsfähigkeit gebracht habe; diese könnten dadurch langfristig ihre Kernaufgaben jenseits der Flüchtlingshilfe nicht mehr erfüllen und seien in ihrer Eigenstaatlichkeit gefährdet. Der Bund sei daher aus dem Grundsatz der Bundestreue zu wirksamen Kontrollen der Außengrenzen der Bundesrepublik und gegebenenfalls auch zur Abweisung von Flüchtlingen an der Grenze verpflichtet, wenn das europäische Grenzsicherungsregime, wie es derzeit der Fall ist, gestört sei.<sup>23</sup> Auch dem ist von juristischer Seite alsbald und mit einiger Polemik widersprochen worden: Schon die Prämissen, hieß es von dort, stimmten nicht; die Staatlichkeit der Bundesrepublik oder ihrer einzelnen Länder sei gar kein Gut, das vom Staat selbst zu schützen sei.<sup>24</sup> Das ist freilich selbst wieder anfechtbar, weil Staatlichkeit hier vielleicht doch nur eine Sammelbezeichnung für all das ist, was die langfristige Stabilität einer bestehenden politischen Ordnung ausmacht: ein Mindestmaß an öffentlicher Infrastruktur, eine funktionierende Verwaltung, Basisleistungen der Daseinsvorsorge, die Integrität der Rechtspflege und anderes mehr.

Das Problem des Gutachtens dürfte dementsprechend weniger in der Prämisse – Staatlichkeit ist grundsätzlich zu schützen – liegen als vielmehr in der Annahme, dass diese bereits in einer Weise gefährdet ist, die eine verfassungsrechtliche Gegenreaktion erforderlich macht. In der Tat hält sich das Gutachten, wenn man es genauer liest, an dieser Stelle merklich bedeckt; einer der Begriffe, der zum Ende hin mit am häufigsten fällt, ist der Begriff des politischen Gestaltungsspielraums, auf den es zuletzt doch zulaufen dürfte.<sup>25</sup> Auch hier könnte das eigentliche Problem dementsprechend tiefer liegen, nämlich nicht in diesem oder jenem Argument, über das man streiten kann, sondern im Einsatz der Verfassung für ein offensichtliches politisches Manöver, das von allen Beteiligten sofort als solches durchschaut wird und möglicherweise schon von vornherein darauf angelegt ist: Letztlich dürfte jedem klar sein, dass es die Klage, zu der das Gutachten die Grundlage liefern sollte, nie geben wird. Es ist eine Inszenierung für das breite Publikum, die hier aufgeführt wird, und ob man der Verfassung damit einen guten Dienst erweist, wäre eine Frage, die man durchaus stellen kann. Aber letzten Endes entspricht ihr Einsatz zu diesem Zweck auch wieder nur einer politischen Kultur, in der die Drohung mit dem Gang nach Karlsruhe, wenn schon nicht zum guten Ton, so doch

23 *Di Fabio, U.*, a.a.O., 32 ff., 77 ff.

24 *Bast, J./Möllers, C.*, a.a.O.

25 *Di Fabio, U.*, a.a.O., 101, 105, 117.

zum täglichen Geschäft gehört. Dass es in der betreffenden Inszenierung wesentlich um einen Machtkampf innerhalb desselben politischen Lagers geht, ist immerhin eine Novität.

#### 4. Wahrung der kollektiven Identität

Lässt sich also auf diesen Wegen eine verfassungsunmittelbare Pflicht zur Begrenzung des Zustroms objektiv nur schwer begründen, könnte man weiter darüber nachdenken, ob sie sich nicht aus seinen möglichen Folgen ergibt. In diesem Sinne wird seit einiger Zeit aus der Verfassungsrechtswissenschaft der Versuch unternommen, die kollektive oder kulturelle Identität des Volkes, genauer: des „deutschen“ Volkes, so wie es – teils groß-, teils kleingeschrieben – in der Präambel, in Art. 1 Abs. 2 GG oder der Schlussbestimmung des Grundgesetzes angesprochen ist, gegen die derzeitige Politik in Stellung zu bringen.<sup>26</sup> Dafür lässt sich lose an frühere Aussagen des Bundesverfassungsgerichts anknüpfen, nach denen der Parlamentarische Rat das Grundgesetz als Reorganisation des früheren Deutschen Reiches begriffen habe und es dieses Verständnis der politischen und geschichtlichen Identität sei, das dem Grundgesetz zugrunde liege.<sup>27</sup> Die Folgerungen, die daraus gezogen werden, sehen dann etwa so aus: Das Grundgesetz verbürge ein allgemeines Prinzip der Nationalstaatlichkeit, diese sei die Staatlichkeit eines „konkreten, durch seine Kultur und Sprache geprägten Volkes“, keine Politik dürfe deshalb die „Überwindung des Nationalstaats durch eine multikulturelle Gesellschaft oder gar einen Vielvölkerstaat anstreben“ und das Staatsvolk müsse weiter „in seiner großen Mehrheit aus ethnisch Deutschen“ bestehen.<sup>28</sup> Daran ist intuitiv richtig gesehen, dass die Aufnahme von Flüchtlingen nicht nur eine zeitlich begrenzte Nothilfe darstellt, sondern am Ende durchaus auf Zuwanderung hinausläuft und insofern Folgen für die langfristige Zusammensetzung der Bevölkerung haben wird. Es stimmt deshalb nicht, wenn die Situation gelegentlich so dargestellt wird, als würde oder müsste die Mehrzahl der Flüchtlinge wieder in ihre Heimatländer zurückkehren, wenn erst einmal der Grund ihrer Flucht weggefallen ist. Abgesehen davon, dass irgendein Zeitpunkt dafür angesichts der Lage im Nahen

26 Die Formulierungen lauten dann etwa: „Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen (...) hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben“; „Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (...)“; „Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt (...)“.

27 *BVerfGE* 77, 137 (150); die Grundlagen bereits in *BVerfGE* 36, 1 (16 ff.).

28 So *Murswiek, D.*: Nationalstaatlichkeit, Staatsvolk und Einwanderung, in: Depenheuer, O./Grabenwarter, C. (Hg.), a.a.O., 123–139, 124 ff.; die Grundlagen schon bei *ders.*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand 2016, Präambel Rn. 217 ff.

Osten überhaupt nicht abzusehen ist, geht das derzeit maßgebliche Flüchtlingsrecht, das insoweit ebenfalls maßgeblich europäisch induziert ist, ersichtlich einen anderen Weg. Flüchtlingen wird danach nach bestimmter Aufenthaltsdauer ein Bleiberecht zuerkannt, das sich nach weiterem Zeitablauf zu einer praktisch nicht mehr entziehbaren Niederlassungserlaubnis verfestigen kann.<sup>29</sup> Flüchtlinge sind deshalb immer auch „Einwanderer im Wartestand“ und müssen als solche gesehen werden.<sup>30</sup> Dass dies in der gegenwärtigen Debatte nicht immer hinreichend reflektiert wird, verweist durchaus auf ein Problem, für das man – gegebenenfalls durch Änderung der rechtlichen Grundlagen – langfristig eine Lösung suchen müsste.<sup>31</sup>

Aber dass die These von der Verpflichtung zum Identitätsschutz an zutreffende Grundannahmen anknüpft, besagt noch nicht, dass sie auch in einem rechtlichen Sinne tragfähig wäre. Was dies anbelangt, ist leicht zu sehen, dass der Verfassung hier doch mehr an Substanzontologie aufgebürdet wird, als sie am Ende tragen kann. Schon historisch dürfte die Suche nach einer ethnischen Substanz des *Deutschen* oder der *Deutschen* ebenso wenig Erfolg versprechend sein wie die Suche nach dem *deutschen Wesen* überhaupt, und mit dem menschenrechtlichen Universalismus, für den sich das Grundgesetz schon in seiner Eingangsbestimmung öffnet, ist es erst recht nicht vereinbar. Den „Deutschen“ als solchen wiederum beschreibt das Grundgesetz nicht material oder substanzhaft, sondern formal, nämlich – sieht man vom historisch zu erklärenden Sonderfall der sog. Statusdeutschen ab – als denjenigen, der die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt (Art. 116 GG). Wer dies künftig sein soll und nach welchen Kriterien sich die Zugehörigkeit zum Staatsvolk bestimmt, überlässt das Grundgesetz demgegenüber weitgehend dem Gesetzgeber, der deshalb, wie das Bundesverfassungsgericht ebenfalls ausgesprochen hat, gerade auch im Staatsangehörigkeitsrecht „Veränderungen in der Zusammensetzung der Einwohnerschaft der Bundesrepublik“ Rechnung tragen

29 S. § 26 Abs. 1 und 3 AufenthG; zu fortbestehenden Differenzierungen nach dem jeweiligen Status des Flüchtlings und den Gründen dafür *Tiedemann, P.*, a.a.O., 104 f.; zu den auch hier bestehenden europarechtlichen Grundlagen noch unten II 4.

30 *Bast, J.*: Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, Tübingen, 2011, 222 ff., dort in Anknüpfung an *Motomura, H.*: *Americans in Waiting*, Oxford, 2006, 140 („citizens in waiting“). *Bast* selbst will mit Blick auf das neuere und auch von ihm favorisierte Konzept einer „denizenship“ als Vorstufe/Minderform gegenüber der vollen Staatsbürgerschaft aber eher von „denizens in waiting“ sprechen.

31 Die Alternativen sind zumindest theoretisch klar: entweder zumindest vorübergehende Entkoppelung von Flüchtlingsaufnahme und rechtlicher Bleibeperspektive in der gegenwärtigen Situation oder umgekehrt Verkopplung der Aufnahme mit den Kriterien, die an eine gesteuerte Einwanderung mit den entsprechenden Erwartungen an die Aufzunehmenden zu stellen wären. In diesem Sinne wird man der Einschätzung von *Hillgruber, C.*: Flüchtlingschutz oder Arbeitsmigration, in: *Deppenheuer, O./Grabenwarter, C.* (Hg.), a.a.O., 185–196, 187 ff. kaum widersprechen können. Auch hier könnte aber die entsprechende Neuregelung nur auf europäischer Ebene getroffen werden, auf der die derzeitigen Bleiberechte für Flüchtlinge ihren rechtlichen Grund haben.

kann.<sup>32</sup> Verfassungsrechtlich gibt es deshalb, wie heute selbst ein Doyen der konservativen Staatsrechtslehre feststellt, keine Schranken gegenüber irgendwelchen Vorstellungen von „Überfremdung“; der Begriff der „Nation“, lautet das Fazit, habe heute keine rechtliche Relevanz mehr.<sup>33</sup> Härter formuliert: In den fünfziger oder sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts mochte man mit solchen Thesen noch Zuspruch finden, in einer Zeit also, als etwa das Bundesverfassungsgericht unter weitgehender öffentlicher Zustimmung homosexuelle Betätigung noch als Verstoß gegen das in Art. 2 Abs. 1 ausdrücklich genannte „Sittengesetz“ einordnen und ihre Pönalisierung ausdrücklich billigen konnte.<sup>34</sup> Heute dürfen sie auf keinen Konsens innerhalb der Verfassungsgemeinschaft mehr rechnen.

## 5. Demokratie und politische Steuerung

Es trifft deshalb die Sache wesentlich besser, wenn gesagt wird, das Grundgesetz überantworte die Selbstbeschreibung der Wesensmerkmale der politischen Gemeinschaft in reflexiver Weise dem politischen Prozess.<sup>35</sup> Damit ist allerdings die weitere Frage aufgeworfen, ob dieser hier in einer Weise aktiviert worden ist, die seiner obersten Maxime entspricht: dass es nämlich bei allem, was sich sonst darüber sagen lässt, demokratisch zugehen muss. Damit ist auch hier ein Prinzip ins Spiel gebracht, dessen Anforderungsprofil im Wesentlichen von der Verfassung her bestimmt wird. Gerade hier setzt dementsprechend eine weitere Breitseite der Kritik an, die dieses Prinzip in der Flüchtlingskrise erneut weitgehend ausgehebelt sieht. Regierung und Exekutive, heißt es dann, handelten am demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbei, die Grundentscheidung über das Ausmaß der Zuwanderung und damit auch über die künftige Zusammensetzung der Bevölkerung müsse durch ein entsprechendes Gesetz vom Parlament selbst getroffen werden, in keinem Fall könne die Bundeskanzlerin dies „aus einem moralischen Bauchgefühl heraus“ spontan und im Alleingang tun.<sup>36</sup> Aber auch insoweit lässt sich über alles mit guten Gründen streiten: Nahezu sämtliche Fragen, um die es hier geht, sind bereits rechtlich geregelt, nur eben weitgehend nicht im nationalen, sondern

32 *BVerfGE* 83, 37 (52) – Ausländerwahlrecht.

33 So *Leisner, W.*: „Nation“ und Verfassungsrecht, in: *Der Staat*, 55/2 (2016) (i. E.).

34 S. *BVerfGE* 6, 389 ff. Daran mag man übrigens als ein weiteres Charakteristikum heutigen Verfassungsdenkens ablesen, dass der Inhalt einer Verfassung keineswegs statisch und unwandelbar ist, wie es von einem schematischen Normativismus oft behauptet wird. Ebenso wenig steht er *a priori*, d. h. vor seiner Interpretation, bereits gültig fest, sondern er wird ihm in der Interpretation erst gegeben.

35 So *Nettesheim, M.*, a.a.O., 60.

36 So ein durchgängiger Tenor der Beiträge in: *Deppenheuer, O./Grabenwarter, C.* (Hg.), a.a.O., s. Vorwort, 7; *Nettesheim, M.*, a.a.O., 63 f.; *Murswiek, D.*, a.a.O., 134 f., daraus auch das zuletzt angeführte Zitat. In diesem Sinne zudem *Hesse, J.J.*, a.a.O., 339 f.

im europäischen Recht, das in der sog. Qualifikationsrichtlinie sowohl die verschiedenen Flüchtlingsstatus näher ausformt als auch die entsprechenden Aufenthaltstitel und längerfristigen Bleiberechte begründet<sup>37</sup>, während die davon zu unterscheidende Frage des Erwerbs der Staatsangehörigkeit ihre gesetzliche Grundlage seit vielen Jahren bereits im Staatsangehörigkeitsgesetz gefunden hat.<sup>38</sup> Insofern sind die entsprechenden Vorstellungen von Demokratie einerseits zu integrieren, andererseits auch zu schlicht. Und wie sollte ein Gesetz, das die verlangte Grundentscheidung enthält, auch aussehen? Die Kritiker der gegenwärtigen Politik stellen sich darunter offenbar eine Regelung vor, die an oberster Stelle noch einmal die drei oder vier obersten Grundprinzipien gesteuerter Zuwanderung benennt und am besten gleich noch die sich ohnehin aus dem Grundgesetz ergebende Obergrenze festschreibt, die man mit einer Million von Deutschland im Jahr 2015 aufgenommenen Flüchtlingen schon „evident überschritten“ sieht.<sup>39</sup> Aber so einfach funktioniert Politik nicht. Sie arbeitet typischerweise pragmatisch und in kurzfristigen Zusammenhängen, es müssen die institutionellen Interessen unterschiedlichster Akteure und Veto-Spieler austariert werden, und das Ergebnis selbst trägt dann regelmäßig kompromisshafte Züge, die sich in der Komplexität und Kleinteiligkeit der dazu erlassenen Regelungen spiegeln.

Am ehesten wird sich der vom Demokratieprinzip ausgehende Impuls daher so formulieren lassen, dass es darum geht, einen Steuerungsanspruch über die Entwicklung zurückzugewinnen und sich davon nicht einfach überrollen zu lassen. Aber bei allem, was sich an der konkreten Art und Weise kritisieren lässt, ist es eben gerade dies, was die Politik auch versucht: in den verschiedenen Asylpaketen, an deren Zustandekommen eben auch der Bundestag beteiligt worden ist, in Abstimmungen mit den europäischen Partnern und in dem jüngsten Abkommen mit der Türkei. Undemokratisch wird man das alles nicht nennen können. Erst recht geht dies nicht von einem verfassungsrechtlichen Anforderungsprofil aus, das – entsprechend dem gewandelten Verständnis der Verfassung insgesamt – das Demokratieprinzip ein Stück weit entformalisiert hat und das Herzstück von De-

37 Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011, Abl. L 337, 9 ff., dort Art. 4 ff. (Internationaler Schutz), Art. 15 ff. (Subsidiärer Schutz), Art. 20 ff. (Aufenthalts- und Bleiberechte), hierzulande jeweils umgesetzt durch das Asylverfahren- und das Aufenthaltsgesetz.

38 Und zwar mit den entsprechenden Anforderungen, s. §§ 8 bis 10 StAG (längerfristiger Aufenthalt, Bekenntnis zur Verfassung, ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache sowie der Rechts- und Geschäftsordnung der Bundesrepublik etc.).

39 So in der Tat *Murawiek, D.*, a.a.O., 130 f. Die Frage, warum die Obergrenze dann noch gesetzlich festgeschrieben werden muss, wenn sie und auch ihre Kriterien sich ohnehin bereits aus der Verfassung ergeben, wird hier indessen vorsorglich gar nicht gestellt.

mokratie mittlerweile wesentlich in den Vorgängen kommunikativer Rückkopplung zwischen Repräsentanten und Repräsentierten sieht. Demokratie, hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Sinne im Lissabon-Urteil ausgesprochen, bedeute „nicht nur die Wahrung formaler Organisationsprinzipien“; stattdessen lebe sie „*zuerst* von und in einer funktionsfähigen öffentlichen Meinung“, die sich auf die zentralen politischen Richtungsentscheidungen konzentriert und diese zu ihrem Gegenstand macht.<sup>40</sup> Und was immer man zur Art und Weise der Bewältigung der Flüchtlingskrise sagen mag: So lebendig wie in diesem Fall war die öffentliche Meinung noch nie; fast wünschte man sich, sie würde etwas weniger lebendig sein.

## 6. Die Flüchtlinge und die Menschenwürde

Am Ende aber richten sich alle Blicke, wo man Wegweisung aus der Verfassung sucht, ohnehin immer auf die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG. Auch ihre Rolle ist allerdings im vorliegenden Zusammenhang mindestens schillernd, und zwar in mehrfacher Hinsicht. In einem unmittelbar juristischen Sinne ist die Menschenwürde für die Frage, ob – und wenn ja, in welchem Umfang – die Bundesrepublik zur Aufnahme von Flüchtlingen verpflichtet ist, zunächst gar nicht relevant: Das Asylrecht, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Asylkompromiss ausgesprochen, gehöre nicht zum Gewährleistungsinhalt von Art. 1 Abs. 1 GG, der verfassungsändernde Gesetzgeber hätte es deshalb auch ganz abschaffen können, und die Frage, wem in der Bundesrepublik Zuflucht zu gewähren ist, richte sich von der Verfassung her allein nach Art. 16a GG<sup>41</sup> – der aber aus den oben dargelegten Gründen hier keine Rolle mehr spielt.<sup>42</sup> Aber es ist vor allem ihr moralischer Überschuss, mit dem die Menschenwürde in die Debatten hineinwirkt. Mit ihm steht sie nicht nur an der Spitze des Grundgesetzes, als Norm aller Normen, sondern enthält zugleich das Gründungsversprechen einer politischen Gemeinschaft, und wenn es einen Wert gibt, in dem heute alle einig sind oder einig sein wollen, dann ist es die Menschenwürde.<sup>43</sup> Man könnte dementsprechend hier durchaus den tieferen Grund dafür sehen, dass gerade die Bundesrepublik ihre Tore vor den Flüchtlingen nicht ganz verschlossen hat, wie es viele andere Staaten mittlerweile getan haben: Wie glaubwürdig wäre eine politische Gemeinschaft zu nennen, die sich selbst auf das Prinzip der Menschenwürde als ihren obersten Wert feierlich verpflichtet, Menschen auf der Flucht vor Krieg,

40 *BVerfGE* 123, 267 (358), Hervorhebung nur hier.

41 *BVerfGE* 94, 49 (102 ff.).

42 S. oben II 1.

43 Zu diesem Versprechenscharakter der Menschenwürde immer noch gültig: *Hofmann, H.*: Die versprochene Menschenwürde, Berlin, 1993.

Verfolgung oder Zerstörung aber ganz von sich abweist? Oder die an ihren Grenzen, um diese zu verteidigen, Gewalt gegen Hilfesuchende anwendet?<sup>44</sup>

Auf der anderen Seite ist es dann gerade dieser moralische Überschuss, der selbst zum Problem werden kann. Gerade diejenigen, die angesichts des Umgangs mit der Flüchtlingswelle das Ende des Rechtsstaats heraufdämmern sehen, machen dafür meist eine allgemeine Romantik der Menschenwürde verantwortlich: Diese dürfe, heißt es dann etwa warnend, nicht zu einer allgemeinen „Ermächtigung zur Durchbrechung der verfassungsmäßigen Ordnung“ umgedeutet werden.<sup>45</sup> Bei nüchterner Betrachtung ist indessen nicht zu sehen, dass sie bislang als solche missbraucht worden wäre. Die Menschenwürde fungiert, wie sie ins Spiel gebracht wird, doch eher als ein symbolischer Fluchtpunkt der Debatte, auf den sie immer wieder einmal zurückkommt, aber nicht einmal als ausschließliche Leitlinie der Politik. Und ob die verfassungsmäßige Ordnung oder überhaupt die Herrschaft des Rechts in der Breite durchbrochen ist, bedürfte doch einer differenzierteren Analyse der Rechtslage, die sich an den kleinteiligen Regelungen des nationalen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts und ihrem Zusammenspiel erst einmal abarbeitet.<sup>46</sup> Ein reales Problem – auch für die Politik – entsteht letztlich erst dann, wenn die Menschenwürde vom hohen Sockel reiner Moral heruntergeholt und in unmittelbar rechtswirksame Handlungsanweisungen für den konkreten Umgang mit jedem einzelnen Flüchtling übersetzt wird. Diesen Fehler hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz gemacht, als es den Versuch des Gesetzgebers, Zuwendungen an Asylbewerber zu kürzen, mit dem ganzen Pathos der Entrüstung zurückwies: Das Grundgesetz gewährleiste das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum als ein Menschenrecht, bei seiner Bemessung dürfe der Staat nicht zwischen der Wohnbevölkerung und Flüchtlingen differenzieren, und schon gar nicht dürfe es von „migrationspolitischen Überlegungen“ abhängig gemacht werden.<sup>47</sup> Von hier aus hat man die Menschenwürde unlängst nicht nur als „Einladungskarte der Willkommenskultur“ bezeichnet, sondern zugleich auch als ihre „Kreditkarte“<sup>48</sup>. Das ist eine zugegebener-

44 In der Abneigung gegen diese Vorstellung sieht *Walzer, M.*: Spheres of Justice, New York, 1983, dt. Sphären der Gerechtigkeit, Frankfurt a. M., 1992, 88 ff., eines der wichtigsten Motive für die Aufnahme von Flüchtlingen überhaupt – dort allerdings auch unter der charakteristischen Einschränkung, dass ihre Zahl klein bleibt.

45 *Di Fabio, U.*, a.a.O., 92.

46 S. oben II 2.

47 *BVerfGE* 132, 134 (159 ff., 173).

48 *Isensee, J.*: Menschenwürde: Rettungsinsel in der Flüchtlingsflut?, in: *Deppenheuer, O./Grabenwarter, C.* (Hg.), a.a.O., 236.

maßen böse Formulierung. Aber sie trifft eben auch einen Punkt, weil diese Rechtsprechung auch Möglichkeiten versperrt, Fluchtanreize in die Bundesrepublik zu reduzieren oder Vorkehrungen dagegen zu treffen, dass ein Asylverfahren für Flüchtlinge aus bestimmten Ländern schon aus sich heraus monetär lukrativ ist.<sup>49</sup> Und weil das Bundesverfassungsgericht die entsprechenden Ausführungen unmittelbar in der Menschenwürdegarantie und damit in dem änderungsfesten Kern des Grundgesetzes angesiedelt hat, treten sie nun auch noch mit dem Anspruch auf ewige Geltung auf.

### III. Von der Krise zur Normalität

Blendet man von hieraus noch einmal zurück auf die Ausgangsfrage, ob sich die Krise der Politik mittlerweile zu einer Krise der Verfassung ausgewachsen hat, ergibt sich aus alledem doch ein differenzierteres Bild, als es die geläufige Krisenrhetorik suggeriert. Nachdem es um die Verfassung unter der Wucht der Bilder und der Zahlen zunächst still geworden schien, ist sie nun im politischen Diskurs wieder durchaus präsent. Und wo sie präsent ist, ist im Grunde alles wie immer: Die Verfassung wird von interessierter Seite ins Spiel gebracht, um den eigenen Argumenten Nachdruck zu verleihen, sie soll mithelfen, Gegenrede möglichst auszuschließen oder zu erschweren, und sie wird dabei oft in einer Weise mit weiteren Inhalten aufgeladen, die sich juristisch nur schwer begründen lässt und manchmal von Beliebigkeit nicht weit entfernt ist. Aber das ist keine Krise, sondern der Normalfall einer Verfassung, die von einer Gesellschaft als Inbegriff einer guten und gerechten Ordnung und Geschäftsgrundlage ihres Zusammenlebens angesehen wird. Politische Standpunkte müssen dann grundsätzlich vor der Verfassung rechtfertigungsfähig sein und werden umgekehrt oft im Gewand der Verfassung präsentiert. Die Befürworter einer großzügigeren Asylpraxis argumentieren deshalb mit der Menschenwürde, die Gegner mit dem Rechtsstaats- oder Demokratieprinzip, worin immerhin die grundsätzliche Spannung sichtbar wird, um die es hier geht.<sup>50</sup> Die grundlegenden Prinzipien unserer politischen Ordnung werden darin aber zugleich auch symbolisch bestätigt und lebendig gehalten.

49 Sinnvolle Überlegungen dazu bei *Ott, K.: Zuwanderung und Moral*, Stuttgart, 2016, 75 ff., 81 f., dort auch mit den in diesem Zusammenhang gebotenen Klarstellungen, etwa dass es nicht darum geht, Flüchtlingen einen selbstverständlichen Mindeststandard (Ernährung, Unterbringung, Heizung, Gesundheitsversorgung etc.) vorzuenthalten, sondern auch hier eher um Abstufungen und vermittelnde Lösungen.

50 Es ist dies eben die Spannung zwischen dem Universalismus der Menschenrechte, der auch den Fremden nicht *hors la loi* stellt, und dem Selbstbestimmungsrecht einer politischen Gemeinschaft, die für sich über die Frage der Aufnahme der Fremden entscheiden will; gerade darum kreisen dementsprechend die meisten Veröffentlichungen zum Thema, s. etwa *Benhabib, S.: The Rights of Others*, Cambridge u. a., 2004, dt. Die Rechte der Anderen, Frankfurt a. M., 2008, insbes. 13 ff., 56 ff.

Zum Problem wird das erst, wenn die einander auf diese Weise gegenübergestellten Argumente nicht mehr als Elemente in einem Spiel des Gebens und Nehmens von Gründen betrachtet werden, sondern eine der beiden Seiten ihre Auslegung zu verabsolutieren versucht und bei Nichtanerkennung durch die andere dann eine Verfassungskrise ausruft. Verbindlich können solche Auslegungen letztlich immer nur durch die Entscheidung eines Verfassungsgerichts werden, und erst wo diese nicht befolgt wird, ist die Rede von der Krise am Platz. In diesem Sinne erlebt derzeit Polen eine Verfassungskrise, aber nicht die Bundesrepublik. In deren gefestigter Rechts- und Verfassungsordnung entstehen die Probleme eher umgekehrt dadurch, dass es das Verfassungsgericht selbst ist, das aus den abstrakten und inhaltsarmen Grundaussagen der Verfassung immer kleinteiligere Folgerungen ableitet, die dann einer genuin politischen Bewältigung der Lage entgegenstehen. Die Festschreibung eines sozialrechtlichen Mindestniveaus für Asylbewerber durch das Bundesverfassungsgericht ist dafür ein anschauliches Beispiel, von dem man nur hoffen kann, dass es vereinzelt bleibt.<sup>51</sup> Das ist der Nachteil von Verfassungen mit einem außerordentlich hohen Grad der Justiziabilität. Für die Verfassung als Ganzes dürfte die eigentliche Herausforderung demgegenüber eher darin bestehen, dass ihr Steuerungsanspruch zu Gunsten des europäischen Rechts in weiten Bereichen zurückgenommen ist, so wie es sich im Falle des derzeitigen Flüchtlingsandrangs ebenfalls an verschiedenen Stellen zeigen ließ. Insofern erfasst sie den politischen Prozess hierzulande eben nicht mehr vollständig, sondern nur noch ausschnittsweise mit der Folge, dass auch ihr Steuerungsanspruch schwächer ausfällt als in anderen Fragen. Ob man das dann Krise nennt oder europäische Normalität, ist zuletzt ebenfalls wieder nur eine Frage des Standpunktes.

51 Theoretisch sind hier unbegrenzte Ausweitungen denkbar, insoweit zutreffend *Isensee, J.*, a.a.O., 238: auf Gesundheit, Arbeit, Wohnung, freie Einreise, gesicherten Aufenthalt, Familiennachzug etc.