

PREFAZIONE

Il gruppo italo-tedesco di diritto pubblico si riunisce sin dal 1977, con cadenza biennale o triennale, alternativamente in Germania e in Italia. Il suo scopo è quello di approfondire temi centrali del diritto pubblico, non solo in un'ottica comparata, ma molto spesso anche nella prospettiva del diritto dell'Unione europea.

Il presente volume raccoglie gli atti del XVIII incontro del gruppo che si è svolto a Padova dal 10 al 12 maggio 2018 con la partecipazione di oltre quaranta studiosi dei due Paesi.

La prima sessione del colloquio è stata dedicata alla crisi migratoria dell'Unione europea nella prospettiva tedesca e italiana (relazioni di Martin Netteknecht e Fulvio Cortese e commenti di Matthias Rossi ed Edoardo Chiti). Nella seconda parte dell'incontro si è invece discusso delle sfide e delle innovazioni del procedimento amministrativo (relazioni di Elena Buoso, Ino Augsberg e Giacinto della Cananea). Entrambe le sessioni sono state seguite da un ampio dibattito (in parte documentato nel volume).

Come di consuetudine, nella seconda giornata si è prestata attenzione agli sviluppi del diritto pubblico dei due Paesi, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale (Peter M. Huber e Daria de Pretis) e alle riforme amministrative in Italia (Bernardo Mattarella). L'incontro si è concluso con una comunicazione su Santi Romano (Dian Schefold).

Gli atti del convegno vengono ora pubblicati congiuntamente dagli editori Giappichelli di Torino e Nomos di Baden-Baden. Questa soluzione intende assicurare una più ampia circolazione, in Germania e in Italia, delle idee emerse nel corso delle due giornate. A tal fine, nel tentativo di attenuare gli inevitabili ostacoli linguistici, le relazioni sono corredate da una sintesi in inglese. La coedizione italo-tedesca ha inoltre la finalità di rendere più visibile, a partire dalla veste editoriale, lo spirito di amicizia che anima gli incontri del gruppo italo-tedesco di diritto pubblico.

Anche questa volta, l'incontro ha rappresentato una preziosa occasione di confronto culturale, agevolato da un clima di sincera cordialità. Tutto questo non sarebbe stato possibile senza il generoso sostegno dell'istituzione ospitante.

Per questa ragione, i coordinatori del gruppo, e curatori del volume, desiderano ringraziare vivamente l'Università di Padova, e in particolare Patrizia Marzaro, direttrice del Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario per avere accolto con entusiasmo la proposta di ospitare il convegno. Un grazie di cuore anche a Elena Buoso che si è fatta carico, con molta pazienza, dell'organizzazione dell'evento.

Nel consegnare il volume alla stampa, auspichiamo che esso incontri l'interesse di studiosi e dei pratici dei due Paesi e che possa contribuire a una migliore reciproca conoscenza.

Luca De Lucia e Ferdinand Wollenschläger

VORWORT

Das Deutsch-Italienische Verfassungskolloquium versammelt seit dem Jahre 1977 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus Deutschland und Italien, um im zwei- bis dreijährigen Turnus zentrale Fragen des Öffentlichen Rechts vergleichend – und zunehmend auch in europäischer Perspektive – zu erörtern. Der vorliegende Band präsentiert die Beiträge des letztjährigen XVIII. Deutsch-Italienischen Verfassungskolloquiums, das vom 10. bis 12. Mai 2018 in Padua stattfand.

Die erste Sitzung befasste sich mit der Migrationskrise in der Europäischen Union aus deutscher und italienischer Perspektive (Beiträge von Martin Nettesheim und Fulvio Cortese sowie Kommentare von Matthias Rossi und Edoardo Chiti). Die zweite Sitzung thematisierte Herausforderungen und Innovationen im Verwaltungsverfahrenrecht (Beiträge von Elena Buoso, Ino Augsberg und Giacinto della Cananea). An beide Sitzungen schloss sich eine rege Diskussion an, die der vorliegende Band in Ausschnitten dokumentiert. Der zweite Tag stand im Zeichen aktueller Entwicklungen im Öffentlichen Recht der beiden Länder: Bernardo Mattarella stellte die Verwaltungsreform in Italien vor; Daria de Pretis und Peter M. Huber widmeten sich der jüngeren Rechtsprechung der Corte Costituzionale bzw. des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zu Santi Romano (Dian Schefold) schloss die Tagung ab.

Die Beratungen des Kolloquiums werden gemeinsam von der Verlagen Giappichelli (Turin) und Nomos (Baden-Baden) publiziert, um eine Verbreitung der Überlegungen in beiden Ländern und den deutsch-italienischen Austausch zu befördern sowie die Verbundenheit der deutschen und italienischen Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Kolloquiums zu dokumentieren. Zum besseren Verständnis ist den Beiträgen ein Abstract in englischer Sprache beigelegt.

Auch das letztjährige Kolloquium bot die wertvolle Gelegenheit, Fragen des Öffentlichen Rechts in herzlicher Atmosphäre zu diskutieren. Dies wäre ohne die großzügige Unterstützung der gastgebenden Institution nicht möglich gewesen. Daher möchten die beiden Sprecher des Deutsch-Italienischen Verfassungskolloquiums und Herausgeber dieses Bandes in besonderer Weise der Universi-

tät Padua und namentlich Frau Kollegin Patrizia Marzaro, Direktorin des Instituts für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht, danken, dass sie das Kolloquium nach Padua eingeladen hat. Ein herzlicher Dank gilt ferner Elena Buoso, die sich um die Organisation des Kolloquiums sehr verdient gemacht und wesentlich zum Erfolg der Veranstaltung beigetragen hat.

Wir hoffen, dass der Band auf ein reges Interesse in der Wissenschaft und Praxis des Öffentlichen Rechts in beiden Ländern stößt und so einen Beitrag zum besseren gegenseitigen Verständnis leistet.

Luca De Lucia und Ferdinand Wollenschläger

UN FILO CONDUTTORE: LA COMPLESSITÀ

Patrizia Marzaro

1. Nonostante i temi oggi in discussione appaiano distanti per le questioni di cui trattano, essi risultano però accomunati da un elemento che li lega su un piano di forte interesse; non vi è dubbio infatti che si presentino come tipiche manifestazioni di quella complessità che sempre più caratterizza i nostri ordinamenti: quello «spazio giuridico comune nel quale si mescolano diversi ordini giuridici»¹ entro cui ci muoviamo e operiamo.

Una complessità che li attraversa e li anima sin dal rapporto tra fonti, ormai stabilmente collocate su piani diversi: interni, nazionali, sovranazionali, transnazionali; e le cui relazioni sono complesse anche per la loro diversa genesi, che le porta ad esprimere un'efficacia capace di penetrare nel tessuto ordinamentale attraverso vie diverse. Si pensi all'operatività delle tradizionali fonti di *hard law* e alla loro sempre maggiore 'vulnerabilità' di fronte alla 'forza' della *soft law*, frutto di quel «dialogo privilegiato» con i saperi esperti², in grado di soppiantare «dall'esterno» le manifestazioni di volontà espressione della democrazia rappresentativa; al punto che in dottrina si osserva che «la fonte, quale criterio determinativo del modello di comportamento umano non si legittima più in funzione esclusiva del procedimento di posizione dell'enunciato, ma nasce dal modo di determinazione dell'effetto all'interno di un tessuto sociale consolidato»³.

Ma particolarmente complesse sono anche le relazioni tra amministrazioni, all'interno di un ordinamento multilivello che pone in modo sempre più ineludibile i temi della cooperazione tra amministrazioni e dei principi su cui essa deve poggiare, molto più saldamente rispetto al passato⁴.

¹ Così S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, p. 305.

² Su cui molto efficacemente R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 661.

³ Così N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013.

⁴ Su questi aspetti sia consentito rinviare a P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle 'riforme Madia'*, in *Federalismi.it*.

Naturalmente questa complessità non può che radicare, a monte, nelle relazioni tra interessi da tutelare.

2. Non vi è dubbio che il filo rosso della complessità leghi l'analisi del fenomeno migratorio nell'ordinamento europeo.

Esso porta a ragionare sulle forme attraverso cui la garanzia dei diritti fondamentali può operare come limite alle scelte politiche di governo dei flussi migratori, e dare così corpo alla tutela della dignità umana – anzitutto nel suo nucleo minimo della tutela della vita e dell'integrità fisica – in un quadro caratterizzato da un'«eccessiva preponderanza della dimensione politica e populistica, rispetto a quella giuridica»⁵, e che però, dopo la Carta di Nizza, vede l'Unione fondarsi sui valori indivisibili della dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà. E dunque ci si deve chiedere anche se alla dignità della persona debba riconoscersi quella “*supremitas*”, sostenuta dalla dottrina⁶, che le impedisca di essere oggetto di bilanciamento con altri beni della vita, anche in tempi di crisi economica, sociale e culturale come l'attuale, in cui l'idea stessa di coesione sociale è messa profondamente in discussione, sia a livello interno che transnazionale.

3. Naturalmente la complessità è ormai il tratto caratteristico che domina il dibattito scientifico sull'azione della pubblica amministrazione, denominatore comune che lega il tema delle riforme e delle innovazioni della disciplina del procedimento amministrativo.

L'ordinamento è ormai stretto entro una complessità nelle relazioni tra interessi pubblici, e tra questi e quelli privati, che negli ultimi decenni ha visto il legislatore dapprima occupato in un'incessante opera di semplificazione, ma spesso miope ed affannosa e per ciò foriera di complicazioni e incertezze ulteriori, e ora – con le ultime riforme del 2015 e 2016 – impegnato nel cercare di dipanare la matassa che ne è derivata, al fine primo di offrire un quadro più chiaro possibile del rapporto pubblico-privato al mercato, ormai interlocutore privilegiato della p.a., se non attore del sistema amministrativo.

Al tempo stesso, però, questa politica l'ha portato a posizionarsi progressivamente in quella prospettiva di «valutazione sistemica e non isolata» degli interessi costituzionalmente rilevanti – al cui interno non possono (più) configurarsi gerarchie, e dunque “diritti tiranni” – sancita dalla giurisprudenza

⁵ Così C. BERTOLINO, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza degli Stati*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

⁶ Vedi G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 85.

costituzionale⁷ e condivisa dal giudice amministrativo.

Muovendosi in questa angolazione, negli ultimi anni il legislatore è dunque gradualmente arretrato, “scegliendo di non scegliere”, di non selezionare a monte gli interessi ritenuti degni di tutela (o comunque di farlo in misura ridotta), e rinunciando a disporli in un ordine di valore che agisse da limite alla facoltà di scelta della p.a. Ciò ha quindi finito per liberare un ampio spazio – certamente più ampio, ma anche meno regolato e indagato rispetto al passato – entro il quale la p.a. dispone di altrettanto ampia facoltà di apprezzamento discrezionale. Non a caso oggi la dottrina parla di «crisi di identità e di ruolo della funzione ordinatrice della legge»⁸.

Peraltro questo fenomeno non può che aprire ad ulteriori scenari, passibili di ulteriore complessità se non efficacemente governati.

Esso pone in modo ineludibile il tema dell'adeguatezza del corpo burocratico, portatore di una cultura dell'amministrare capace di affrontare un quadro normativo più flessibile, ma anche foriero di incertezza, e di agire secondo il principio di efficienza dell'amministrazione, assicurando imparzialità e buon andamento. Ma una siffatta organizzazione necessita anche di una maggiore indipendenza rispetto al potere politico e, d'altra parte, qualsiasi innovazione nella disciplina dell'azione dell'Amministrazione richiede pregiudizialmente l'esistenza di una struttura efficiente e professionale: non a caso a ciò si sono accinte anche le più recenti riforme nel nostro Paese.

In questo scenario si affaccia inoltre anche il pericolo del c.d. proceduralismo, frutto di una politica in cui ormai l'attività amministrativa è “prestazione diretta a soddisfare i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117 Cost.” come sancito dalla Corte costituzionale; la quale se in tal modo ha sicuramente conferito autonomia a procedimento e semplificazione amministrativa, elevandoli a bene in sé, “valore dell'ordinamento”, ne ha determinato anche un progressivo “isolamento” rispetto alla garanzia sostanziale degli interessi che comunque l'azione della p.a., anche se semplificata, deve assicurare. Quasi che la forza propulsiva del procedimento venga ormai “compressa” in sede istruttoria, e l'esigenza di tutela sia ritenuta soddisfatta dalla considerazione in sé, meramente interna, degli interessi, mentre la decisione finale appare sempre

⁷ Cfr. sul punto Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui alla Corte «non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». «Se così non fosse – secondo Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, sempre in www.cortecostituzionale.it – si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionali riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

⁸ Così R. FERRARA, *L'incertezza delle regole*, cit., p. 654.

meno frutto delle valutazioni effettuate lungo la via e sempre più legata a scelte ultime di indirizzo politico amministrativo.

Una siffatta politica finisce però per determinare anche una sorta di “standardizzazione” degli interessi c.d. sensibili in corrispondenza dell’estensione della discrezionalità della p.a., che un legislatore “della crisi”, sempre più dominato dalle spinte contingenti del mercato, non pare sempre capace di governare in modo soddisfacente attraverso quegli strumenti procedurali “semplificati” di cui ha dotato la p.a.

4. Di fronte a questo quadro, e anche solo al futuro prossimo che si prospetta, non possiamo non chiederci come sia possibile tenere in equilibrio questa sempre maggiore complessità e fare fronte alle incertezze che ne derivano a tutti i livelli dell’ordinamento.

Ancora una volta pare che la risposta debba essere rinvenuta in primo luogo nei principi che reggono l’azione della p.a. Elaborati attraverso un’incessante opera dottrinale e giurisprudenziale nell’ordinamento interno e nella dimensione sovranazionale – oggi il rapporto di circolarità che li caratterizza è sempre più fisiologico, se solo si pensa al dibattito sul procedimento amministrativo europeo, e all’«inevitabile ravvicinamento tra i diritti amministrativi nazionali»⁹ che si registra – giocoforza essi finiscono per fungere da baricentro nelle scelte di cura degli interessi in gioco. Non può essere anzitutto che la loro capacità espansiva a contatto col caso concreto a poter governare la sempre maggiore equiordinazione degli interessi costituzionalmente protetti, andando a “presidiare” in modo adeguato gli spazi liberati dalla odierna “liquidità” delle fonti. Ancora una volta, però, torneranno a porsi i problemi della capacità della p.a. di gestire questi spazi e del suo grado di indipendenza rispetto al potere di indirizzo politico.

⁹Così D.-U. GALETTA, *Attualità e procedimento nel diritto amministrativo europeo, anche alla luce della risoluzione del parlamento europeo sulla disciplina del procedimento per istituzioni, organi e organismi dell’Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, p. 397.

A.

LA CRISI MIGRATORIA DELL'UNIONE EUROPEA
NELLA PROSPETTIVA TEDESCA E ITALIANA

*DIE MIGRATIONSKRISE IN DER
EUROPÄISCHE UNION*

MIGRATION: ZWISCHEN MENSCHENRECHT UND „COMMUNITY“

Martin Nettesheim

ABSTRACT: Migration awakens ambivalent feelings. Extremely different positions and points of view meet in the normative evaluation of migration. The range of normative standards for assessing migration is enormous. Some approach transnational migration in the light of the idea of global human rights (freedom of movement); others look at migration against the background of the freedom of association of the political community into which migration takes place. The following article examines the question of how these different perspectives are enshrined in current law – at the international level, in EU law and in German constitutional law. This shows that the respective perspectives on the three levels examined differ greatly from one another. Only a context-specific analysis, which shows sensitivity to the respective situation, will make it possible to deal appropriately with migration.

INHALTSVERZEICHNIS: I. Migration in einer fragmentierten juristischen Welt. – II. Notwendiger Konnex von „community“ und (Menschen-)Recht. – 1. Kommunitäre Grundstruktur konstitutionellen Denkens. – 2. Konkurrenz möglicher „frames“. – 3. Beobachtung eines Phänomens. – III. Das Nebeneinander konkurrierender Imaginationen. – 1. Globale Ordnung: Die Imagination der Weltgemeinschaft der Menschenrechtsträger. – 2. EU-Ebene: Imaginationen einer Verwaltung des EU-Raums. – 3. Verfassungsebene: Diffuse Bilder einer liberalen, aber dichten Gemeinschaftlichkeit. – IV. Kontextspezifische Sensibilität der verschiedenen „frames“.

I. MIGRATION IN EINER FRAGMENTIERTEN JURIDISCHEN WELT.

Internationale Mobilität ist ein herausforderndes Phänomen. Sie weckt zwiespältige Gefühle; Beobachter sind häufig innerlich zerrissen. Die gegenwärtigen und künftigen Migrationsbewegungen stellen die politischen Gemeinwesen vor enorme Herausforderungen. Viele Menschen zeigen genuines Mitgefühl für Menschen in Not. Manche geben sich einem gesinnungsethischen Wohlgefühl hin und pflegen – möglicherweise unter Zurückstellung politischer Klugheit – eine offene „Willkommenskultur“.¹ Wieder andere

¹ STRECK, *Billige Tugend*, FAZ vom 14.10.2018.

Menschen reagieren ängstlich – indem sie sich im Angesichte der überstürzenden Ereignisse an Ideologien klammern, indem sie sich am traditionellen Bild der funktionierenden nationalen Gemeinschaft orientieren, indem sie ihre Vorurteile pflegen. Nüchterne Distanz ist eher selten zu beobachten. In der häufig eher glaubens-, affekt-, und moralgetragenen Diskussion werden Wahrheiten verkündet (und juridifiziert).

Herausforderungen ergeben sich auch für die konstitutionell-normative Einordnung und Bewertung von Migration. Juridisches Denken bewegt sich grundsätzlich im Rahmen einer Rechtsordnung. Migration liegt zu diesem Denken quer, sprengt es auf. Migration ist ein – im echten Sinne des Wortes – grenzüberschreitendes Phänomen. Damit geht es nicht (oder doch nur sekundär) um die Frage, wie offen oder geschlossen sich das verfassungsrechtlich konstituierte Gemeinwesen darstellen soll.² Zuerst und vor allem geht es darum, die jeweiligen Blickrichtungen zu identifizieren, aus denen auf Migration geschaut werden kann. Es geht darum, den jeweiligen normativen „frame“ festzulegen, in dem über Migration diskutiert wird. In der klassischen Welt der geschlossenen Nationalstaaten war dies ein klar definierter Kontext. Heute ist die Lage diffus geworden. Schon in der Grundanlage kann man sich Migration vor dem Hintergrund verschiedener Imaginationen der Person des Migranten nähern. Je nachdem, welchen Standpunkt man einnimmt, ergeben sich gänzlich unterschiedliche Schlussfolgerungen. Wenn man die Stellungnahmen näher analysiert, die im Rahmen der aufgeheizten Diskussionen der letzten drei Jahre gemacht worden sind, machen sich zunächst und vor allem Differenzen im Grundansatz – der Wahl des „frames“ – bemerkbar.

II. NOTWENDIGER KONNEX VON „COMMUNITY“ UND (MENSCHEN-) RECHT.

1. *Kommunitäre Grundstruktur konstitutionellen Denkens.*

Für das juristische Konzept einer Rechtsperson und ihrer Rechte ist überhaupt nur dort Platz, wo „community“ bereits besteht. Dieser Satz gilt, ohne dass es darauf ankommt, ob es um den Schutz der Menschenwürde, um liberale Freizügigkeitsrechte oder soziale Solidaritätsansprüche geht. Nicht das Subjekt konstituiert die Rechte, sondern die Verleihung von Rechten konsti-

²VOLKMANN, *Die Fragen des Flüchtlings*, FAZ vom 3.3.2016.

tuiert erst das Subjekt. Rechte sind eine Lebensform, und Rechtssubjektivität ist eine Zuschreibung. Der Begriff der Rechtsperson kann immer nur in einem bestimmten Kontext verwendet werden. Grund- und Menschenrechte sind damit Produkt und Ausdruck einer – immer partikularen – Ordnung, in der Fragen verhandelt werden können, die der (im besten Fall: demokratisch verantwortlichen) Politik (und den Unwägbarkeiten des Nebeneinanders von Staaten) entzogen sein sollen. Über sie muss politisch verhandelt werden, und diese Verhandlungen können nur durch einen Akt der Rechtspositivierung (zeitweilig) abgeschlossen werden.

Konstitutionell-juridische Antworten auf die Herausforderungen, die sich mit internationaler Migration verbinden, setzen einen gehaltvollen, verfassungsrechtlich eingebetteten Begriff von „community“ voraus. Nur vor dessen Hintergrund kann sinnvoll entschieden werden, wo (Menschen- bzw. Grund-)Rechte ihren Platz haben.³ Die Zuerkennung von Rechten erhebt den Menschen zum Subjekt; wer Rechte ausübt, lässt sich bereits auf einen Diskurs sein, erkennt die symbolische Repräsentanz an, die im Recht angelegt ist, macht sich die darin liegende Imagination zu eigen. Der Mensch wird durch Rechte zum Mitglied der juridischen „community“, er lebt „durch Rechte“. Rechtlosigkeit ist (mit Hannah Arendt) der soziale Tod.

2. Konkurrenz möglicher „frames“.

In einer juridischen Diskussion gibt es keinen perspektivenlosen Blick „aus dem Nirgendwo“. Wer Stellung bezieht, bedient sich mehr oder weniger implizit eines „frames“, auf den sich die axiomatischen Grundannahmen stützen. Wer die Diskussion über Migration verfolgt, weiß, dass hierüber häufig nicht diskutiert wird – zu Recht, weil andernfalls ein infinites Rekurs drohte. Nur zu häufig wird der jeweils für maßgeblich erachtete „frame“ versteckt und nur implizit in eine Stellungnahme eingeführt. Migration weist Eigenarten auf, die dies nicht zulassen. Sie zwingt dazu, sich unmittelbar mit dem Rahmen zu beschäftigen, innerhalb dessen über (private und öffentliche) Selbstbestimmung diskutiert wird. Ein einfaches Beispiel macht dies deutlich: Im menschenrechtlichen Diskurs wird man darauf bestehen, dass *jeder Mensch* jederzeit einen Anspruch auf Schutz der Menschenwürde hat. Über den juridischen Gehalt der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG lässt sich hingegen nicht

³ DOUZINAS, *The End of Human Rights*, 2000, S. 274: „... rights, whether civil, economic or cultural, are deeply political: they presuppose logically and construct politically a community.“

sinnvoll dadurch diskutieren, dass sie einfach zum Recht aller Menschen überall auf der Welt erklärt wird. Man ist sich einig, dass es aus Art. 1 Abs. 1 GG keine weltweite Schutzpflicht gibt, ebenso wenig aus Art. 2 Abs. 2 GG mit Blick auf Gesundheitsgefahren – und dies, obgleich es sich nicht um „Deutschen“-Rechte handelt. In transnationalen Kontexten wird die Grundrechtsinterpretation damit dazu gezwungen, sich mit der Frage zu beschäftigen, wie sich „community“ in der Ordnung des Grundgesetzes versteht. Ist es die Weltgemeinschaft aller Menschen, deren Würde und Gesundheit geschützt werden soll? Auch die Freiheitsrechte des Grundgesetzes werden durch einen „frame“ gelesen, der von einer grundsätzlichen Parzellierung der Welt (und der Beschränkung des Freiheitsversprechens auf das deutsche Staatsgebiet) ausgeht.

3. Beobachtung eines Phänomens.

Es ist nicht Anspruch dieses kurzen Beitrags, zu inhaltlichen Fragen richtigen Umgangs mit Migration Stellung zu beziehen. Von Interesse ist vielmehr, welcher Personenbegriff dem migrierenden Menschen in den verschiedenen rechtlichen „frames“ zugeschrieben wird. Aus einer Beobachtungsperspektive sollen Überlegungen dazu angestellt werden, wie dieser Mensch jeweils imaginiert wird (nachfolgend III.). Die Gegenüberstellung dieser Imaginationen lässt deutlich hervortreten, dass es im Gesamtsystem zu Spannungen kommt. Der Versuch, diese Spannungen einfach durch normhierarchische Regeln aufzulösen, ist normativ wenig ergiebig. Gefordert ist vielmehr, dass sich die jeweiligen Teilordnungen argumentativ öffnen und sich auf die jeweils andere Imagination einlassen (nachfolgend IV.). In der Sache geht es damit – an einem konkreten Beispiel – um den Umgang mit Fragmentierungen des öffentlichen Rechts.⁴

III. DAS NEBENEINANDER KONKURRIERENDER IMAGINATIONEN.

Migration weist die Eigenart auf, dass sie sich in verschiedenen „frames“ bewegt. Wenn im Folgenden (aus der Perspektive eines in Deutschland lebenden Beobachters) die Parallelität dreier „frames“ geschildert werden soll, ist dies natürlich nur ein möglicher Blickwinkel. Ein grober Strich ist aus

⁴Überblick bei: SPIECKER GEN. DÖHMANN, MAGEN, KLEY, KIRSTE, GRILLER, KISCHEL, JOUANJAN, REIMER, *Fragmentierungen*, VVDStRL 77 (2018).

Platzgründen notwendig; manche Vereinfachung bedürfte im Rahmen einer ausführlicheren Studie noch der Feinzeichnung.

1. Globale Ordnung: Die Imagination der Weltgemeinschaft der Menschenrechtsträger.

Menschenrechtsdenken macht den Migranten zur Rechtsperson und schreibt ihm Menschenrechte zu. In ethisch-kontraktualistischen Konzeptionen liegt dem eine gegenseitige Vereinbarung (Anerkennung oder Tausch) zugrunde. In theologischen, naturrechtlichen oder vernunftsrechtlichen Konzeptionen verdankt der Mensch seine Personalität seinem besonderen, in der jeweiligen Ordnung besonders wertgeschätzten Wesen. In diesem Vorgehen ist immer die Vorstellung von der Menschheit als Einheit angelegt (Einheit der vernunftbegabten Wesen, Einheit der am Diskurs Teilnehmenden etc.). Auch in Völkerrechtstexten ist die Idee der „globalen Familie“ tief eingeschrieben. So spricht die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 schon im ersten Satz der Präambel von der „Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen“ (im Englischen: „all members of the human family“). Völkerrechtliches Menschenrechtsdenken schreibt dem Menschen gewohnheitsrechtliche, jedenfalls teilweise in *ius cogens* erwachsene Rechte zu. Ungeachtet erheblicher Unterschiede hinsichtlich der Reichweite des Schutzes ist diesen Positionen gemeinsam, dass sie Migration zuerst und vor allem als ein Problem individueller Rechte ansehen. Migration stellt sich dann als eine Herausforderung für den Schutz der Würde sowie für die Freiheits- oder Gleichheitsrechte dar, ggf. auch für ein Recht auf Gerechtigkeit.

Wer die Welt als einheitlichen Raum begreift, in dem jeder Mensch das grundsätzliche Recht auf Freiheit hat, wird Migranten ein Recht zuschreiben, sich frei bewegen zu können.⁵ Aus dieser Warte stellen sich Grenzkontrollen als illegitimes Hindernis dar, erst recht dann Regelungen, die den Zuzug beschränken. Nicht nur radikal libertäre Ansätze betonen denn auch die gleiche Freiheit jedes Menschen und heben sein Recht hervor, weltweite Freizügigkeit genießen zu können. Wer aus „den Menschenrechten“ die Pflicht *jedes Einzelnen* konstruiert, alle am Wohlstand teilhaben zu lassen, wird die Einlösung dieser Pflicht (wenn schon nicht in einer Pflicht zu Fiskaltransfers) in einem „Menschenrecht auf Freizügigkeit“ erblicken. Kosmopolitisch-

⁵ Vgl. CASSEE/GOPPEL (Hrsg.), *Migration und Ethik*, 2. Aufl. 2012; BRUNKHORST/KÖHLER/LUTZ-BACHMANN (Hrsg.), *Recht auf Menschenrechte*, 1999.

egalitäre Positionen machen geltend, dass es lediglich Zufall (und individuelles Glück oder Pech) sei, der darüber bestimme, ob jemand in einem reichen oder armen Land, in Wohlstand und Überfluss oder in prekären Verhältnissen aufwachse. Wenn jeder Mensch ein Recht auf gleiche Beachtung habe, sei es jenen, die in Wohlstand lebten, verwehrt, sich dem Migrationswunsch weniger begünstigter Menschen entgegenzustellen.

Ein häufiges Kennzeichen der beschriebenen Perspektive ist ein globalistisches Raumverständnis (kontextindifferenter Globalismus). Anhänger des Menschenrechtsuniversalismus kennen regelmäßig keine bestehenden Gemeinschaftsstrukturen, haben keinen Raum für traditionelle und eingespielte Formen des Zusammenlebens, sehen in der Wertschätzung von kulturellen und sozialen Routinen und Beständen nur rückwärtsgewandte Brauchtümelei. Wenn sie die Notwendigkeit anerkennen, universale Menschenrechte in partikulare Zusammenhänge einzubinden, kommt es zu inhaltlichen Brüchen. Vielen Ansätzen liegt eine Tendenz zur Verdrängung des Politischen zugrunde – etwa, wenn behauptet wird, dass die moralische Rechtfertigung den „Kern politischer Rechtfertigung“ bilde, wenn es letztlich darum gehe, öffentliche Vernunft zu gebrauchen.⁶ Gerade weil Migration im Kern als Problem der Moral betrachtet wird, bleibt für genuin politische Entscheidungen kein Raum. Die „Menschenrechte“ überlagern danach die demokratisch organisierte und verantwortliche Politik; allenfalls kann in „den Menschenrechten“ eine Pflicht enthalten sein, das moralisch Geforderte in geltendes Recht zu überführen. Insbesondere ist für eine utilitaristisch geprägte Politik kein Raum, die nach dem konkreten volkswirtschaftlichen Nutzen von Migration fragt und danach Migration zu steuern versucht.

Die Hintergrundperspektive dieser Imagination bildet nicht die individuelle Person und deren Schutzbedürftigkeit, sondern die abstrakte Idee der „einen Welt“ aller Menschen. Sie bildet den Rahmen, innerhalb dessen moralische Verantwortlichkeit begründet wird. Auch wenn in menschenrechtlicher Terminologie diskutiert wird, geht es recht eigentlich doch um eine entindividualisierende, jedenfalls aber atomisierende Betrachtung globaler Migranten. Wer sich auf den Weg macht, ist nicht Angehöriger einer (nunmehr zurückgelassenen) Gemeinschaft, bringt nicht seine Geschichte, Erziehung und Sozialisation mit sich. Große Schwierigkeiten bestehen auch bei der Formulierung, welche Folgen die Ankunft eines Migranten für die „community“ des Aufnahmestaats auslöst. Nur zu häufig wird Migration aufgrund ihrer bunten Vielfalt schlicht als „Bereicherung“ multi-kultureller Vielfalt geschätzt. Letztlich ist es dann aber eine Haltung, in der Fragen der Identität, der Bedeutung und des Zwecks in einer Beliebigkeit verfließen können.

⁶ FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung*, in: BRUNKHORST U.A. (Fn. 5), S. 90.

Die Bemühungen, Migration menschenrechtlich zu „framen“, leiden an den Grundschwächen menschenrechtlichen Denkens. Der durch die Welt wandernde Mensch wird nicht als Person begriffen, die sich in einem bestimmten sozialen Kontext befindet. Er wird vielmehr ent-individualisiert, im übrigen auch, wenn heute zunehmend Gender-Sensibilität verlangt wird. Der Anspruch, ihm universale, unabänderliche und unverzichtbare Rechte zuerkennen zu wollen, lässt sich nur dadurch einlösen, dass man sich über das Spezifische der Lage und die Besonderheit der Person hinwegsetzt. Dem Anspruch nach geht es dem menschenrechtlichen Denken über Migration um die ultimative Formulierung von Moralität im Recht. Letztlich aber reißt dieses Denken den Menschen aus seinen sozialen Zusammenhängen, und nur zu häufig erweist es sich als formal und leer.⁷ Vielen Positionen liegt ein verarmter Begriff der Person zugrunde, die außerhalb jedes sozialen Kontextes gedacht wird.

2. EU-Ebene: Imaginationen einer Verwaltung des EU-Raums.

Die EU hat sich zu einem zentralen Akteur der Migrationspolitik in Europa entwickelt. Sie ist dabei, einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu errichten. Im migrationsrechtlichen Schrifttum ist davon die Rede, dass Migrationsverwaltungsrecht heute zu wesentlichen Teilen EU-Recht sei.⁸ Gleichwohl ist das Bild der Person im EU-Migrationsverwaltungsrecht unscharf, vage und unterentwickelt. Das EU-Recht verwaltet Migration in den Raum, auf dessen Geltungsgebiet es sich erstreckt; einen substanziellen Begriff der Rechtsperson des Migranten hat es bislang nicht entwickeln können.

Die Regelungen des Dublin-Systems sind ein verwaltungstechnisches „top-down“-System, das den Flüchtlingsstatus verleiht und die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bei der Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz regelt. Nur an wenigen Stellen schlägt ein individualisiertes Konzept der Person des Migranten durch – etwa, wenn die Person bereits Angehörige in einem Mitgliedstaat hat. Im übrigen geht es um die Ordnung mitgliedstaatlicher Verwaltung, um die Strukturierung von Massenprozessen, in der die individuelle Persönlichkeit des Migranten nicht reflektiert wird.⁹ Hieraus folgen rechtlich vorgeformte Folgepflichten, etwa die Gewährung von Aufenthalt und sozialer Unterstützung während des Anerkennungsverfahrens, letztlich

⁷ DOUZINAS (Fn. 3), S. 240 ff.

⁸ THYM, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, S. 1 ff.; BAST, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, 2011, S. 4 ff.

⁹ Aufarbeitung bei: BREITENMOSE/ODENDAHL, *Migrationssteuerung im Mehrebenensystem*, VVDStL 76 (2017), 9 (49) m.w.N.

aber (mangels unionaler Freizügigkeit für anerkannte Schutzsuchende) auch die Expektanz einer Aufnahme jener Flüchtlinge, die nicht in Drittstaaten überführt werden können. Über die Stellung des Flüchtlings in der jeweiligen staatlichen Gemeinschaft sagt das EU-Recht aber wenig.

Die Unsicherheiten machen sich etwa in der Frage bemerkbar, ob einem anerkannten Flüchtling Freizügigkeit zu gewähren ist. In der funktionalen Logik eines offenen Raums wäre es eigentlich angelegt, den Schutzsuchenden Freizügigkeit zu gewähren.¹⁰ In einem Raum, in dem die Mitgliedstaaten hinsichtlich ihres „pull“-Faktors enorme Unterschiede aufweisen, würde dies allerdings zu erheblichen Lastenunterschieden führen, insbesondere in einer Situation, in der die sozialstaatlichen Mindestgewährleistungen am faktischen Aufenthalt anknüpfen. Aufgrund dieser funktionalen Erwägungen ist das System nicht darauf angelegt, Sekundärmigration zu erlauben. Allerdings sieht das EU-Recht seinerseits auch keine Wohnsitzauflagen vor; es bekämpft Sekundärmigration, jedenfalls bislang, auch nicht effektiv. Sowohl der EuGH als auch die deutschen Verwaltungsgerichte betonen – in Auslegung von Art. 23 GFK –, dass Einschränkungen der Freizügigkeit von Flüchtlingen nicht damit gerechtfertigt werden könnten, die sozialstaatliche Lastenverteilung zu steuern. Wohnsitzauflagen könnten allenfalls integrationspolitisch gerechtfertigt werden.¹¹ Der Aufnahmestaat wird danach vor eine paradoxe Alternative gestellt. Bemüht er sich um effektive Integration (und unterläuft damit das Temporäre des Anerkennungsstatus), kann er Wohnsitzauflagen wie § 12a AufenthG (2015) erlassen. Orientiert er sich demgegenüber am Leitbild der Rückkehr, hat er Freizügigkeit zu gewähren und Kontrollverluste hinzunehmen.

Der unionsrechtliche Blick auf Migration ist damit von funktional-systemischen Überlegungen bestimmt. Um zwei Beispiele zu nennen: Die Entscheidung des EuGH zur EU-Primärrechtskonformität der Umverteilungsbeschlüsse vom 6. September 2017¹² legt ein technokratisches Verwaltungsverständnis an den Tag, das schon von der Grundanlage gar nicht danach fragt, inwieweit der Person des Umzuverteilenden ethische Gerechtigkeit widerfährt. Und zwar in doppelter Hinsicht. Denn weder thematisiert der EuGH die Frage, ob es nicht Mitbestimmungsrechte der Betroffenen ge-

¹⁰ Recht auf freie Wahl des Aufnahmestaats/-orts und Wahl des für die Anerkennung zuständigen Staats.

¹¹ EuGH, Urteil vom 1.3.2016, Rs. C-443/14, C-444/14, ECLI:EU:C:2016:127, Rn. 63 – Alo und Osso. Vgl. auch BVerwGE 130, 148 (153 Rn. 20). Aus der Literatur: PFERSICH, *Grenzen für Wohnsitzauflagen gegenüber anerkannten Flüchtlingen*, ZAR, 2008, 272; THYM, *Integration kraft Gesetzes?*, ZAR 2016, 241.

¹² EuGH, Urteil vom 6.9.2017, Rs. C-643/15, C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631 – Slowakei/Rat.

ben sollte, deren Missachtung den rechtlichen Status der Umverteilungsbeschlüsse berühren könnte. Noch fragt der EuGH, ob man dem Selbstbestimmungsrecht der „communities“ gerecht wird, in die hinein verteilt wird. Diesbezüglich findet sich lediglich ein nichtssagender Hinweis auf die Menschenrechte. Zudem: Der EuGH hat sich schon seit längerem einer Rechtsprechung des EGMR angeschlossen, wonach eine Rückführung im Dublin-System unzulässig ist, wenn der Person im Aufnahmestaat eine menschenunwürdige Behandlung droht.¹³ Während der EGMR eine genuin menschenrechtliche Perspektive einnimmt, deutet manches darauf hin, dass es dem EuGH um die Sicherung der systemischen Integrität des Dublin-Systems geht. Natürlich profitieren die einzelnen Migranten hiervon mittelbar.

Für die hier interessierende Fragestellung überaus aufschlussreich ist auch eine Entscheidung des EuGH vom 7. März 2017.¹⁴ In der Entscheidung ging es um die Frage, ob das EU-Recht eine rechtliche Verantwortung der Mitgliedstaaten für den Fall begründet, dass Schutzsuchende in einer Auslandsvertretung ein Visum beantragen, um in das Schengengebiet einreisen zu können und dort dann einen Asylantrag zu stellen. Der EuGH verweigerte diesem Personenkreis unionsrechtlichen Schutz, indem er die Position bezog, dass für Fälle, in denen Schutzsuchende ein humanitäres Visum nach Art. 25 VO Nr. 810/2009 (Visa-Kodex) beantragen, um dies als Sprungbrett für die Asylantragstellung zu nutzen, allein die Mitgliedstaaten zuständig seien. Der EuGH nahm dabei eine teleologische Reduktion des Wortlauts des Visa-Kodex vor, die für ein Gericht, das sich eigentlich als „Motor der Integration“ betreibt und die Zuständigkeiten der EU beständig ausweitet, in dieser Form einzigartig war. Obgleich sich die Antragstellung im Anwendungsbereich des EU-Rechts bewegte und daher nach der „Åkerberg Fransson“-Rechtsprechung EU-grundrechtsrelevant war, sollten nach Auffassung des EuGH auch keine EU-Grundrechte zum Tragen kommen. Es ist rechts- und integrationspolitisch gut nachvollziehbar, dass der EuGH in dieser integrationspolitisch hochsensiblen Frage den Kopf einzog. Das Bild einer EU, die ein technokratisches System ohne Verständnis für die einzelne Person verwaltet, wird dadurch aber gefördert.

Immer wieder wird etwa der EU vorgeworfen, dass eine „Umverteilungspolitik“, die allein auf Quoten und Zahlen beruht, Ausdruck eines administrativen Nihilismus sei. Ganz falsch ist der Vorwurf nicht.

¹³ LOMAKINA, *The Human Rights Limits of the EU's Dublin System of Refugee Transfers*, 2016.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 7.3.2017, Rs. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173 – X und X.

3. *Verfassungsebene: Diffuse Bilder einer liberalen, aber dichten Gemeinschaftlichkeit.*

Eine wieder andere Imagination von der Person des Migranten ist in das Verfassungsrecht (hier: des Grundgesetzes) eingeschrieben. Das verfassungsrechtliche Denken wird von der Idee der (demokratisch konstituierten) politischen Gemeinschaft getragen. In der konkreten Konzeption unterscheiden sich die Bilder allerdings enorm.¹⁵ Teilweise werden in das Grundgesetz Bilder einer ethisch eng verbundenen, über gemeinsame Traditionen, Kulturen und Praktiken dicht integrierten Gemeinschaft der Bürger eingeschrieben. Andere entwerfen ein offeneres, liberales Bild eines Zusammenlebens in Differenz. Teilweise wird der Versuch unternommen, die dichte und ethisch homogene Anlage als verfassungsnormativ abgesichert anzusehen, etwa dadurch, dass ihre Kultur, ihre Sprache oder ihre Traditionen als unverhandelbare normativ maßgebliche Orientierungspfeiler begriffen werden. Es sind dies Positionen, die das Problem von der Imagination einer partikularen Gemeinschaft angehen, in der die Frage, wie man zusammenleben will, immer schon entschieden ist. Andere deuten das Grundgesetz als Ordnung, in der über diese Fragen zunächst und vor allem politisch verhandelt und entschieden werden muss.¹⁶ Ungeachtet dieser Differenzen bildet den „frame“ das normative Leitbild einer Gemeinschaft, die auf einem Territorium in relativer Stabilität und relativer Abgeschlossenheit lebt.

Das Grundgesetz ist damit eine territorial radizierte Ordnung, die nicht allen Menschen auf der Welt Rechte verleiht und sie dadurch zu Rechtspersonen macht. Der Anwendungsbereich der Grundrechte des Grundgesetzes beschränkt sich grundsätzlich auf den in Deutschland lebenden Menschen. Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes gewähren keine grenzüberschreitende Freizügigkeit in den Geltungsbereich des Grundgesetzes hinein; und selbst das Asylrecht berechtigt nur Personen, die schon die Grenze überschritten haben. Personen außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes haben auch keinen Anspruch auf Gleichbehandlung. Soweit deutsche Hoheitsgewalt außerhalb des Grundgesetzes ausgeübt wird, bindet die Verfassungsord-

¹⁵Die Vielfalt der Bilder spiegelt sich wieder, wenn man die Beiträge vergleicht in: DEPENHEUER/GRABENWARTER (Hrsg.), *Der Staat in der Flüchtlingskrise*, 2016, und WALTER/BURGI (Hrsg.), *Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht*, 2017.

¹⁶Zu befürchten ist hier eine Entsubstantiierung, die auf eine entleerte Form demokratischer Selbstbestimmung („Demokratie als Realisierung des Volkswillens“) hinausläuft. Jüngst hat man hierauf mit der Konstruktion von „Rechten der Mehrheit“ reagiert, ohne zu erkennen, dass damit Inkompatibles zusammengeführt wird.

nung sicherlich objektiv; inwieweit subjektive Rechte bestehen, ist unklar.

Dem grundgesetzlichen Denken ist ein Raumkonzept eingeschrieben, das die Welt als parzellierte Fläche begreift. Grenzen sind für diese Sichtweise von elementarer Bedeutung. Grenzen sind Mechanismen, mit denen die gewachsene ethische Identität geschützt wird, ökonomische und soziale Errungenschaften gesichert und den Einheimischen vorbehalten werden, Freiheit der Anwesenden gewährleistet wird. Sie dienen dem Schutz des gelingenden Zusammenlebens der politischen Gemeinschaft, sind insofern Vorbedingung und Ausdruck von Freiheit. Das Grenzregime stabilisiert. Es muss Vorkehrungen treffen, um die Inklusions- bzw. Exklusionsentscheidungen durchzusetzen.

Bei allen Streitigkeiten, die in den Jahren 2015 und 2016 zu Tage traten, war man sich doch einig: Die Staatsorgane der Bundesrepublik Deutschland trifft die grundsätzliche Pflicht, Aufsicht über den Zugang und Aufenthalt zu üben.¹⁷ Zulässig ist es danach aber auch, die Grenzkontrollen in einem Verbund wie der EU an die Außengrenzen zu verlagern und im Gegenzug auf Binnengrenzkontrollen zu verzichten. Man lebt mit dem Paradox, dass die EU-Organen zwar nicht in der Lage sind, unmittelbar oder auch nur mittelbar eine effektive Sicherung der EU-Außengrenzen sicherzustellen, dass sie aber das Recht in Anspruch nehmen, darüber zu entscheiden, ob die Bundesrepublik ihrerseits Grenzkontrollen betreiben darf. Streitigkeiten bestanden dann aber in der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Gebot von Grenzkontrollen an der deutschen Staatsgrenze wieder auflebt, wie eine verfassungsangemessene „Kontrolle“ auszusehen hat und welche konkreten Maßnahmen geboten sind, wenn das unionale Kooperationssystem zusammenbricht. Autoren wie *Udo Di Fabio*¹⁸ und *Markus Möstl*¹⁹ bemühten sich in großen Gutachten um Klärung, welches Verfassungsrechtsgut eigentlich beeinträchtigt ist, wenn Grenzen übermäßig porös werden und sich ein unkontrollierter Massenzustrom einstellt. Beide haben versucht darzulegen, dass die Eigenstaatlichkeit Deutschlands (oder auch eines Landes) in Gefahr geraten könne, wenn keine effektive Grenzkontrolle stattfindet. So problematisch die Ereignisse des Herbsts 2015 auch gewesen sein mögen: Die Staatsqualität berührten sie nicht, und Deutschland war auch nicht in der Gefahr, zum „failed state“ zu werden. Letztlich geht es hier aber um normale juristische Arbeit: Auch wenn der Staatsbegriff und die Idee der Eigenstaatlichkeit keine klaren Kriterien an die

¹⁷ DI FABIO, *Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem*, Gutachten im Auftrag des Freistaats Bayern, 8.1.2016, S. 49–53.

¹⁸ Vorstehend Fn. 17.

¹⁹ MÖSTL, *Verfassungsfragen zur Flüchtlingskrise*, in: AöR 142 (2017), 175.

Hand geben, in welcher Form, Dichte und Tiefe die Kontrolle über Zugang und Aufenthalt (sowohl an der Grenze als auch mit Blick auf die Überwachung der Fläche) zu erfolgen hat, kann dies juristisch entschieden werden. In der Vergangenheit wurde dieser Zugriff allein aus freiheitsrechtlicher Sicht thematisiert (Bekämpfung des „Überwachungsstaats“). Es erschien schlechterdings unvorstellbar, dass die Verfassung einmal daraufhin durchleuchtet würde, wo verstärkte Kontrollpflichten hergeleitet werden könnten. Aber die Zeiten ändern sich – und das BVerfG wird hierzu ggf. Stellung nehmen können.

Migration wirft die Frage auf, wie eine rechtlich verfasste politische Gemeinschaft leben will. Eine liberale Verfassungsordnung wie jene des Grundgesetzes gibt hierauf keine eindeutige Antwort. Wie auch sonst setzt sie dem politischen Entscheidungsprozess einen Rahmen, der aus der Perspektive der Grundentscheidung für eine bestimmte Lebensform zu lesen und zu verstehen ist. Dem Grundgesetz liegt mehr oder weniger offen die normative Vorstellung von der integrierten und legitimen politischen Gemeinschaft zugrunde, in der die einzelnen Menschen ihr (ethisches) „Zuhause“ gefunden haben. Darüber hinaus wird das Bild unscharf, und zwar sowohl mit Blick auf Zugehörigkeitsfragen wie mit Blick auf Lebensstilfragen. Inzwischen ist ein politischer Entscheidungsprozess darüber in Gang gekommen, wie wir leben wollen. Mehrere Länder haben Integrationsgesetze erlassen, in denen die Erwartungen formuliert werden, die an Migranten gestellt werden, zugleich aber auch die Angebote ausformuliert werden, mit denen man ihnen entgegentritt. Es ist auffällig, wie unterschiedlich das jeweilige Grundverständnis ist. Im „unitarischen Bundesstaat“ des Grundgesetzes treten hier deutlichere Unterschiede zu Tage als in vielen anderen Bereichen. Auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ringt man darum, ob „Integration“ überhaupt ein normatives Ziel sein soll und was der Begriff bedeutet.²⁰ In der inzwischen aufgebrochenen Migrationsfolgendiskussion machen sich überaus unterschiedliche Imaginationen bemerkbar.²¹ Bislang ist unklar, ob und inwieweit hier die Grundrechte (als Gegenrechte gegen die hier formulierten Erwartungen) in Anschlag gebracht werden können. Ein juridischer Klärungsprozess steht hier noch am Anfang. Sicher ist jedenfalls: Liberale Freiheitsrechte gewinnen ihren Sinn nicht aus sich heraus, sondern vor dem Hintergrund einer bestimmten Vorstellung von Sozialität.²² Gerade weil Verfassungsinterpretation nicht

²⁰ Vgl. etwa KUNZ, *Was meint eigentlich „Integration“?*, ZAR 2018, 107.

²¹ Siehe etwa: KRAJEWSKI/THYM, *Status als Instrument des Migrationsrechts/ Migrationsfolgenrechts*, VVDStRL 76 (2017), 123 (169); JANDA, *Migration und ihre Folgen*, JZ 2018, 816; DEINERT/FONTANA, *Migration und ihre Folgen*, NJW 2018, 2767.

²² Für Rechte wie Art. 14 GG und Art. 12 GG, deren Funktion nur aus der Grundent-

darin bestehen kann, die je eigenen Vorstellungen darüber, wie man gut leben will, zum allgemeinen konstitutionellen Maßstab zu erheben, muss vor voreiligen Festlegungen und Verengung gewarnt werden. Umso wichtiger ist es, geeignete institutionelle und prozedurale Vorkehrungen zu schaffen, um eine freie Entscheidung zu ermöglichen.

Das Grundgesetz stützt sich nicht nur legitimatorisch auf ein als Gemeinschaft konzipiertes Staatsvolk. Es soll auch eine politische Gemeinschaft verfassen, die sich entsprechender Zugehörigkeitsmerkmale bedient. Migration rückt in diesem Zusammenhang die Inklusions- bzw. Exklusionsmechanismen der Gemeinschaftskonzeption in den Blick, über die sich bestimmt, wie diese Gemeinschaft strukturiert ist. Vor allem wird inzwischen darüber diskutiert, ob es normatives Ziel sein sollte, dass Zuwanderer die Staatsangehörigkeit erwerben. Auch hier geht es um politische Entscheidungen darüber, wie man zusammenleben will; und auch hier besteht keine Einigkeit.

IV. KONTEXTSPEZIFISCHE SENSIBILITÄT DER VERSCHIEDENEN „FRAMES“

Die vorstehenden Überlegungen haben deutlich gemacht, dass es den „einen“ und „richtigen“ Blick auf Migration und den migrierenden Menschen heute nicht mehr gibt. Je nach Perspektive verdankt der Migrant seine Rechtspersönlichkeit einem je eigenen „frame“. Und je nach Perspektive sind die damit verbundenen Rechte unterschiedlich ausgestaltet.

In dieser Situation bedarf es der Entwicklung kontextspezifischer Sensibilität, die ein Verständnis für das Nebeneinander unterschiedlicher normativer Konzeptionen entwickelt.²³ Spannungen und Konflikte sollen nicht über normhierarchische Vorrangansprüche gelöst werden, die von einer sich introvertiert auf sich selbst ausgerichteten Ordnung gegen die andere Ordnung formuliert werden. Vielmehr müssen die normativen Ansprüche der jeweils anderen Ordnung internalisiert und dort zum Ausgleich gebracht werden. Bislang gelingt dies in unterschiedlich gutem Maß. Wenn in dem UN-Migrationspakt²⁴ von der Notwendigkeit die Rede ist, Migranten im Aufnahmestaat als Men-

scheidung für einen Markt erschlossen werden kann (auch wenn sie ihrerseits dann wiederum die Struktur des Marktes prägen), steht dies außer Frage. Es gibt keinen Grund dafür, dass dies bei anderen Rechten anders sein sollte.

²³ Ähnlich: *Peoples and Borders, The Way Forward on Immigration to the West*, The Economist vom 23.8.2018; Gegenbeispiel bei: MARKWARDT, *Festungen aus Illusionen*, Die Zeit vom 20.7.2018.

²⁴ UN *Global Compact for Migration*, Juli 2018, insb. Ziel 16.

schen in die jeweilige Gemeinschaft aufzunehmen, ist dies in der Grundanlage richtig. Unterentwickelt ist dort aber das Bewusstsein für das gleichgewichtige Gegenrecht einer bestehenden Gemeinschaft, über ihre Identität bestimmen zu können.²⁵ Oder ein anderes Beispiel: Auch wenn die Grundentscheidung des Grundgesetzes, Menschen zu grundrechtlichen Rechtspersonen nur dann zu machen, wenn sie sich auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland bewegen, im Ausgangspunkt richtig ist, wird man doch fragen müssen, ob nicht auch eine Schutzverantwortung in Räumen unmittelbar jenseits der Grenze besteht.²⁶ Weitere Beispiele ließen sich ohne weiteres aufzählen.

Die Herausforderungen sind für jede Ebene unterschiedlich: Der Menschenrechtsidealismus globaler Kosmopoliten hat wenig Raum für die Vermittlung in partikularen „communities“. Der EU fehlt es bislang einfach an institutionellem Kapital und politischer Einigkeit, in der hochpolitischen Entscheidung über die substantielle Personalität von Migranten überhaupt eine eigene Handschrift zu entwickeln. Das Grundgesetz wiederum erkennt die Notwendigkeit, „community“ im „offenen“ Verfassungsstaat mehrdimensional zu denken, explizit an.²⁷ Hier scheint es eher eine institutionelle (blickverengende) Selbstbeschränkung zu sein, die die Öffnung erschwert: Man verweist auf Völker- und Europarecht, anstatt eine eigene vertiefende konstitutionelle Konzeption zu entwickeln.²⁸ Immerhin: Auf gesetzgeberischer Ebene findet – wie schon gesagt – eine Beschäftigung mit diesen Fragen statt.

Wie sich die geforderte Sensibilität in den einzelnen „frames“ herstellen lässt, lässt sich nur kontextspezifisch und mit Blick auf einzelne Problemlagen entscheiden. Hier fehlt der Raum, in die Behandlung von Einzelfragen einzutreten. Das Forschungsprogramm ist damit aber abgezeichnet.

²⁵ Anschaulich: TOMUSCHAT, *Individual and Collective Identity*, in: FS Skubiszewski, 2018 (im Erscheinen).

²⁶ NETTESHEIM, in: DEPENHEUER/GRABENWARTER (Fn. 15), S. 55.

²⁷ Die Präambel, Art. 1 Abs. 2 GG und andere Verfassungsbestimmungen machen deutlich, dass in den Tiefenschichten des Grundgesetzes die Spuren der Idee einer Weltgemeinschaft der Menschen eingeschrieben sind – ohne allerdings wirklich ausgearbeitet zu sein. Das Grundgesetz erkennt im übrigen an, dass sich die Länder ebenfalls auf ein Konzept der Gemeinschaftlichkeit stützen (müssen) (Art. 28 Abs. 1 GG).

²⁸ Ich bin skeptisch, ob das Konzept des Verfassungspatriotismus hier Antworten geben kann (hoffnungsvoll etwa THYM, Freiheit, Vielfalt und Gemeinsinn, FAZ vom 15.1.2018).