

Prof. Dr. Martin Nettesheim  
 Universität Tübingen  
 Juristische Fakultät  
 Geschwister-Scholl-Platz  
 72074 Tübingen

## Migration im Spannungsfeld von Freizügigkeit und Demokratie\*

<b>A. Kontrastierende rechtliche Bilder des migrierenden Menschen.....</b>	<b>3</b>
<b>I. Migration: Freiheitsgebrauch in bestehende Gemeinschaften hinein.....</b>	<b>3</b>
<b>II. Ethos des Zusammenlebens oder Realisation eines (demokratischen)</b>	
<b>Willens? .....</b>	<b>4</b>
<b>III. Fragmentiertheit des juristischen Beurteilungsrahmens.....</b>	<b>6</b>
<b>IV. Das Untersuchungsprogramm .....</b>	<b>8</b>
<b>B. Imagination des (migrierenden) Menschen: Person, Rechte und</b>	
<b>„community“ .....</b>	<b>9</b>
<b>C. Das Nebeneinander konkurrierender Imaginationen .....</b>	<b>10</b>
<b>I. Globale Ordnung: Entkontextualisierung des Menschen in einer</b>	
<b>Weltgemeinschaft? .....</b>	<b>11</b>
1. Menschenrechtspraxis als Arbeit an einer politischen Utopie.....	13
a) Menschenrechtspraxis: Ent-ethisiert und ent-moralisiert.....	13
b) Menschenrechtspraxis ist mehr und anderes als die Spiegelung moralisch begründeter	
Positionen.....	14
c) Politisches Menschenrechtsdenken und Migration.....	16
aa) Idee der globalen Freizügigkeit.....	17
bb) Globale Freizügigkeit und „community“ .....	18
2. Rechtspositiver Diskussionsstand: Etatischer Blick auf die Menschenrechte .....	20
a) Schutzverantwortlichkeiten.....	20
b) Reichweite der Schutzpflicht.....	21
c) Schutzverantwortung und „community“ .....	23
3. Völkerrechtliches Migrationsverwaltungsrecht (UN-Migrationspakt): Reziprozität	
des Verhältnisses von Aufnahmestaat und Migranten .....	24
4. Fazit: Imbalancen in der Abbildung möglicherweise widerstreitender Interessen	26
<b>II. EU-Ebene: Raumverwaltung ohne Begriff der politischen Gemeinschaft .....</b>	<b>27</b>
1. Sprachlosigkeit des EU-Rechts .....	29

a) Imagination der Rechtsperson der Migranten.....	29
aa) Zwischen GFK, EMRK und staatlichem Recht.....	29
bb) Grundrechtliche Entwicklung eines eigenständigen Rechtsstatus? .....	30
b) Migration in die politische Gemeinschaft der EU-Bürger? .....	31
c) Der straffällige Migrant: Mitgliedstaatliche Souveränität und menschenrechtlicher Auffangschutz .....	32
2. Der technokratisch-administrative Grundzug der EU-Migrationspolitik.....	32
a) Raumordnung ohne eigene Schutzverantwortung.....	32
b) EU-Migrationspolitik als Zuständigkeitsordnung- und Verteilungsverwaltung.....	33
c) Geringe Reichweite der sekundärrechtlichen Integrationsvorgaben.....	37
aa) Schutz vor Zurückweisung .....	37
bb) Gleichstellung .....	38
cc) Richterliche Bemühungen zur Überwachung mitgliedstaatlicher Integrationspolitik.....	40
3. Fazit: EU-Migrationspolitik in einer Schieflage.....	41
<b>III. Verfassungsebene: Diffuse Bilder einer liberalen, aber dichten</b>	
<b>Gemeinschaftlichkeit.....</b>	<b>41</b>
1. Denken von der politischen Gemeinschaft her .....	42
a) Selbstbestimmungsrecht als kollektives öffentliches Gut.....	43
b) Die Prägung der politischen Gemeinschaft .....	43
c) Verantwortlichkeit für Migranten .....	45
2. Migration im positiven Verfassungsrecht des Grundgesetzes .....	46
a) Selbstverständnis der politischen Gemeinschaft.....	47
b) Migrationsrecht.....	49
aa) Gebietszutritt von Migranten .....	49
bb) Inklusion und Integration von Migranten.....	50
c) Konzept der Ein- und Ausgrenzung .....	53
<b>D. Kontextspezifische Sensibilität der verschiedenen „frames“ .....</b>	<b>54</b>

\* Der Beitrag ist während meiner Zeit am Forschungskolleg normative Gesellschaftsgrundlagen (FnG) an der Universität Bonn entstanden. Ich danke Herrn Di Fabio für die freundliche Aufnahme. Teile des Beitrags wurden auf einem Symposium von Leopoldina und Berlin-Brandenburgischer Akademie der Wissenschaften vorgetragen, das von *R. Merkel* und *J. Nida-Rümelin* am 31. Januar 2019 ausgerichtet wurde.

## A. Kontrastierende rechtliche Bilder des migrierenden Menschen

### *I. Migration: Freiheitsgebrauch in bestehende Gemeinschaften hinein*

Transstaatliche Migration<sup>1</sup> ist ein herausforderndes Phänomen. Sie weckt zwiespältige Gefühle. Beobachterinnen und Beobachter sind häufig innerlich zerrissen.<sup>2</sup> Die unübersichtliche Diskussion ist vielschichtig, von unterschiedlichen Interessen, Werten und Standpunkten getragen. Debatten sind hochgradig emotionalisiert, häufig werden sie einseitig geführt. Viele Menschen erkennen das Interesse an, sich in einen anderen Staat zu begeben, wenn dort bessere Lebenschancen bestehen; jedenfalls zeigen sie genuines Mitgefühl für Menschen in Not. In manchen Fällen geht man auch weiter – bis hin zu Phänomenen einer gedankenlosen Hingabe an gesinnungsethische Wohlgefühle und der Zurückstellung politischer Klugheit.<sup>3</sup> Wieder andere Menschen reagieren ängstlich – indem sie sich im Angesichte der überstürzenden Ereignisse an Ideologien klammern, indem sie sich nativistisch am traditionellen Bild der funktionierenden nationalen Gemeinschaft orientieren, indem sie ihre Vorurteile pflegen. Nüchterne Distanz ist eher selten zu beobachten, und Stellungnahmen gleich welcher Richtung sind immer in der Gefahr, in politische Schablonen eines Lagerdenkens in Rechts-Links-Kategorien eingeordnet zu werden. In der häufig eher glaubens-, affekt-, und moralgetragenen Diskussion werden Wahrheiten verkündet und (teils rechthaberisch) verteidigt. (Schein-)Moral wird zum Instrument politischen Wettstreits. Eine nüchterne Diskussion, die den Umgang mit Migration als Problem des Umgangs mit kollidierenden, je in sich nicht sofort zurückzuweisenden Geltungsansprüchen begreift, fällt jedenfalls in Deutschland schwer.

Eine Konfliktsituation sticht in dem vielschichtigen Gemenge widerstreitender Interessen, Werte und Belange heraus. *Einerseits* ist Migration Ausdruck von Freiheit, von Mobilitätswillen, ja auch Ausdruck der Anerkennung des Werts, den ein Leben im aufnehmenden Staat verspricht. Wer wollte dies zurückweisen? *Andererseits* stellen die gegenwärtigen (und die absehbaren künftigen) Migrationsbewegungen die politischen Gemeinwesen vor enorme Herausforderungen. Transstaatliche Migration erfolgt heute nicht mehr in unbewohntes Gebiet (*terra nullius*). Sie erfolgt immer auf das Gebiet eines Staats, dessen Territorialhoheit berührt wird; und sie erfolgt regelmäßig in eine bestehende politische Gemeinschaft<sup>4</sup> hinein, die dadurch in ihrer Zusammensetzung und in ihren Prägungen verändert wird. Der Fall, dass Migration in die leeren Weiten eines

---

<sup>1</sup> Überblick etwa bei: N. Esipova/J. Ray/R. Srinivasan, *The World's Potential Migrants*, 2010; P. Collier, *Exodus: Immigration and Multiculturalism in the 21st Century*, 2013.

<sup>2</sup> Anschauliche Dokumentation des Ringens um ein angemessenes Verständnis etwa in: O. Deppenheuer/Chr. Grabenwarter (Hrsg.), *Der Staat in der Flüchtlingskrise*, 2016; Chr. Walter/M. Burgi (Hrsg.), *Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht*, 2017.

<sup>3</sup> W. Streeck, *Billige Tugend*, FAS v. 14.10.2018, S. 44.

<sup>4</sup> Die Diskussionsbemerkung eines hochgeschätzten Kollegen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Marburg im Oktober 2019 gibt Anlass zu dem Hinweis, dass nicht jeder, der Freiheit in Bezug zu politischer Gemeinschaftlichkeit setzt, kommunitaristisch denken muss. Die meisten Spielarten des politischen Liberalismus – von Rawls bis Kymlicka – kommen ohne das Konzept der politischen Gemeinschaft nicht aus. Es ist eine eher unbefriedigende Eigenart des deutschen Staatsrechts, Freiheitsrechte ohne die dahinterstehenden Bezüge denken zu wollen.

Staats hinein erfolgte, ohne dass zugleich die Aufnahme in eine bestehende Gemeinschaft beansprucht würde, ist jedenfalls in Europa heute hypothetischer Natur. Wer in den US-amerikanischen Westen des 19. Jahrhunderts einwanderte, war schlicht auf sich selbst gestellt – aber wo gibt es das heute noch? Migration in Europa findet immer in eine staatliche Gemeinschaft hinein statt.

In beinahe jedem Beitrag, der sich mit dem Phänomen der transstaatlichen Migration befasst, wird betont, dass Migration immer schon Teil der menschlichen Lebensform gewesen sei. Das ist richtig – andernfalls hätte sich das Wesen Homo Sapiens nicht von Ostafrika aus über die ganze Welt verbreitet. Migration bedeutet allerdings für einen Staat, dessen Wohlstandsversprechen auf dem reibungslosen Funktionieren einer eng vernetzten und hocheffizienten Volkswirtschaft beruht und der eine umfassende soziale Absicherung verspricht, etwas qualitativ Anderes als für einen Staat, auf dessen Territorium sich Menschen ohne Einbindung und Absicherung ansiedeln konnten. Wer den Willen hat, jedenfalls grundsätzlich allen ansässigen Menschen politische Autonomie zu gewähren, muss sich mit den Rück- und Folgewirkungen von Migration auf die Zusammensetzung der politischen Gemeinschaft befassen. Und umfassende sozialstaatliche Verantwortlichkeit schließt es aus, sich Menschen gleichgültig gegenüber zu zeigen, die in das Staatsgebiet eingereist sind. Die analytisch zu trennenden Fragen, ob ein Einreiserecht auf das Staatsgebiet eines Staats besteht (Territorialgewalt) und ob ein Anspruch auf Aufnahme in die politische Gemeinschaft besteht (Bürgerrechte), fallen damit in der Praxis in eins.

Eine Diskussion der Herausforderungen transnationaler Migration, die nicht die spezifischen Eigenarten und Gegebenheiten moderner Wirtschafts-, Sozial- und Bürgerstaatlichkeit im Blick hat, ist damit unterkomplex und wenig ergiebig.<sup>5</sup> Ein Liberaler wie *Dahrendorf* hat schon vor Jahrzehnten angemahnt, sich mit der Frage zu befassen, „wie viel Zuwanderung Gemeinden ertragen können, ohne eben jene Qualitäten zu verlieren, die sie für Zuwanderer attraktiv gemacht haben“.<sup>6</sup> Letztlich stellt sich hier die Grundfrage jedes politischen Denkens – jene nach dem Verhältnis der freien Person zur politischen Gemeinschaft.<sup>7</sup>

## *II. Ethos des Zusammenlebens oder Realisation eines (demokratischen) Willens?*

Die vorstehende Beschreibung des Phänomens der Migration verweist auf die Existenz tiefergehender konstitutioneller Spannungslagen.<sup>8</sup> Und in der Tat: Wer über Migration nachdenkt, stößt auf tiefergehende Prinzipien- und Wertdifferenzen. Zwei sind rechtlich

---

<sup>5</sup> *F. Weber*, Staatsangehörigkeit und Status, 2018, S. 377 ff. („Balance zwischen Offenheit und Stabilität“).

<sup>6</sup> *R. Dahrendorf*, Über Populismus (2003), in: *ders.*, Der Wiederbeginn der Geschichte, 2004, S. 314/316. Fragen der Zugehörigkeit spielen auch für den liberalen Philosophen *M. Walzer* immer eine Rolle (vgl. etwa *M. Walzer*, Mitgliedschaft und Zugehörigkeit, in: Dietrich (Hrsg.), Ethik der Migration, 2017, S. 29).

<sup>7</sup> Ausführlich: *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 50 ff.

<sup>8</sup> In der Einseitigkeit, mit der die politische Diskussion geführt wird, wird das allerdings häufig überdeckt (*D. Thym*, Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten, ZAR 2018, 193).

von besonderer Bedeutung. Geht es zunächst um die Verwirklichung eines vorfindlichen Ethos des Zusammenlebens, oder muss dem demokratischen Willen Raum gegeben werden, darüber zu entscheiden, wie man zusammenleben will?<sup>9</sup> Und geht es um eine universalistisch-freiheitsbezogene Bewertung der *Rechte des Migrant*<sup>10</sup> oder eher darum, im Rahmen eines partikular-gemeinschaftlichen Denkens über die *Lage des Migrant* nachzudenken?<sup>11</sup> Apriorisch-richtige Lösungen gibt es hier nicht. Anthropologische Gegebenheiten und kulturelle Entwicklungslinien haben stärkere Prägekraft, als dies manchmal zugestanden wird. Häufig ist zu beobachten, dass versucht wird, die Spannungslagen einseitig aufzulösen. Auf der einen Seite sind Bemühungen zu beobachten, das Element des Partikularen einfach auszublenden. So schreibt etwa *Nancy*:<sup>12</sup> „Die Leugnung der Typen, sowohl der individuellen als auch der kollektiven, ist eine Folge des antirassistischen Imperativs, den wir notwendigerweise eingehen mussten.“ Auf der anderen Seite stehen Ansätze, die einseitig den Eigenarten des jeweiligen „constitutional subject“<sup>13</sup> nachgehen und zu beschreiben versuchen, wie sich die politische Gemeinschaft im Aufnahmestaat konstituiert. Derartige Beschreibungen rufen in Erinnerung, dass sich überaus unterschiedliche Konzeptionen entwickeln lassen – von einer liberal-offenen bis hin zu einer kultur-nationalistischen oder gar xenophob-rassistischen (Selbst-)Beschreibung der demokratischen „community“. Letztlich muss es aber darum gehen, die widerstreitenden Werte und Interessen so zum Ausgleich zu bringen, dass Freiheit respektiert wird, ohne dass das Ethos einer funktionierenden Gemeinschaft beschädigt wird; dass die individuelle Suche nach Glück gefördert wird, ohne dass die Wahl eines kollektiven Lebensstils damit für unbeachtlich erklärt wird.

In einer liberalen Rechtsordnung kann es als Subjekte in letzter Konsequenz nur die einzelnen Menschen geben – und doch kann die Institution einer Rechtsordnung nur von einer politischen Gemeinschaft getragen werden. Im Konstitutionalismus wird von einer ewigen Dynamik von Bildern des Selbst und Projektionen des Miteinanders gesprochen.<sup>14</sup> „Self“ and „sameness“ sind die notwendig aufeinander bezogenen, aber immer in einem Spannungsfeld stehenden Pole des Konstitutionalismus.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Das Thema „Migration und Demokratie“ wird nur vereinzelt diskutiert (Nachweise bei *J. Carens*, *The Ethics of Immigration*, 2013; *D. Miller*, *Strangers in Our Midst. The Political Philosophy of Immigration*, 2016; *S. Song*, *Immigration and Democracy*, 2018; *L. Ferracioli*, *International Migration and Human Rights*, in: Brown/Eckersley (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Political Theory*, 2018, S. 520), dann vor allem mit Blick auf den Schutz vor Diskriminierungen (vgl. beispielsweise *M. Blake*, *Immigration and Political Equality*, *San Diego Law Review* 45 (2008), 963; *ders.*, *Immigration, Association, and Antidiscrimination*, *Ethics* 122 (2012), 748).

<sup>10</sup> Beispielhaft für diesen Ansatz: *R. Uerpmann-Witzack*, *Ordnung und Gestaltung von Migrationsbewegungen durch Völkerrecht*, *BDGIR* 49 (2018), 215 ff.

<sup>11</sup> *J. Isensee*, *Menschenwürde: Rettungsinsel in der Flüchtlingsflut*, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Fn. 2), S. 231; *O. Depenheuer*, *Flüchtlingskrise als Ernstfall des menschenrechtlichen Universalismus*, *ebda.*, S. 18.

<sup>12</sup> *J.-L. Nancy*, *Ausdehnung der Seele. Texte zu Körper, Kunst und Tanz*, 2015, S. 27.

<sup>13</sup> *M. Rosenfeld*, *The Identity of the Constitutional Subject*, 2010, S. 149 ff.

<sup>14</sup> *Rosenfeld* (Fn. 13), S. 18 ff.

<sup>15</sup> Ähnliche Spannungslagen gibt es auch bei anderen grenzüberschreitenden Phänomenen, etwa dem internationalen Handel (hier zwischen der Idee liberaler Offenheit und dem demokratischen Anspruch auf substanzielle Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Verhältnisse „hinter der Grenze“ (*M. Nettesheim*, *Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz*, 2017).

### III. Fragmentiertheit des juristischen Beurteilungsrahmens

Die konstitutionell-normative Einordnung und Bewertung von Migration ist danach voraussetzungsvoll. Die juristische Befriedigung dieser Konfliktlage wird dadurch erschwert, dass die rechtliche Steuerung und Begrenzung von Migration heute nicht mehr nur im Kontext des staatlichen Rechts erfolgt. In einer juristischen 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 (müssen). Juristisches Denken bewegt sich grundsätzlich im Rahmen einer Rechtsordnung. In der klassischen Welt der geschlossenen Nationalstaaten bildete das staatliche Recht den letztlich *maßgebenden Orientierungs- und Steuerungsrahmen* für den Umgang mit Migration – es war ein klar definierter Kontext. Heute ist die Lage diffus geworden. Transstaatliche Migration hat sich zu einem – auch aus der Binnenperspektive des Rechts – grenzüberschreitenden Phänomen entwickelt. Im Umgang mit Migration treffen heute die Vorgaben dreier Regelungsebenen aufeinander – und zwar keinesfalls spannungsfrei und wohlgeordnet. Die Europäer leben heute in einem quasi-föderalen System („Mehrebenensystem“), in dem sich über das Phänomen der Migration nur sinnvoll diskutieren lässt, wenn das Neben- und Gegeneinander von *globalen, regionalen und staatlichen Regelungskontexten* in den Blick genommen wird.<sup>16</sup> Den Regelungskontexten liegen, wie im Folgenden gezeigt werden soll, verschiedene Imaginationen der Person des Migranten zugrunde. Eine kosmopolitisch-globale Perspektive,<sup>17</sup> ein Blick aus dem Integrationsverbund der EU und der überkommene staatliche Blickwinkel unterscheiden sich wesentlich.

Die Unterschiedlichkeit der verschiedenen Frames lässt sich mit einem einfachen Beispiel illustrieren: Im menschenrechtlichen Diskurs wird man darauf bestehen, dass *jeder Mensch* jederzeit einen Anspruch auf *Schutz der Menschenwürde* hat. Im Universalitätsanspruch der Menschenrechte ist es angelegt, in diesem Punkt keinerlei Differenzierung zuzulassen; und für das menschenrechtliche Verantwortungsdenken liegt es nahe, jedem Staat eine „duty to protect“ aufzuerlegen. Über den juristischen Gehalt der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG lässt sich hingegen nicht sinnvoll dadurch diskutieren, dass sie einfach zum Recht aller Menschen überall auf der Welt erklärt wird, sei es gegenüber jedem beliebigen Staat, sei es auch nur gegenüber dem deutschen Staat. 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. 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. Gerade unter dem Grundgesetz hat man sich viel zu wenig mit der Frage befasst, was Grundrechtsgeltung in transnationalen Kontexten bedeutet.

---

<sup>16</sup> Eine allgemeine Betrachtung findet sich in den Referaten von *St. Breitenmoser* und *K. Odendahl* (Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 9 und 49).

<sup>17</sup> Hierzu etwa *S. Scheffler*, *Conceptions of Cosmopolitanism*, in: *ders.*, *Boundaries and Allegiances*, 2001, Chap. 7; *J. Waldron*, *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative* (1991), in: *Kymlicka* (Hrsg.), *The Rights of Minority Cultures*, 1995, S. 93.

Natürlich ist es vernünftig und richtig, dass auf den drei Rechtsetzungsebenen eine Art funktionale Spezialisierung erfolgt – in dem Sinne, dass sich die globale Ordnung mehr dem menschenrechtlichen Schutzanliegen und die staatliche Ordnung mehr dem Anliegen der Sicherung des Zusammenlebens im Staat widmet.<sup>18</sup> Rechtsanwendung bedeutet auch in einer solchen Situation, dass schon bei der Beschäftigung mit den verschiedenen Teilregimen reflexiv vorgegangen werden sollte, dass es letztlich um die angemessene und ausgewogene Bewältigung konkreter Problemlagen gehen muss. Gelungene rechtsnormative Praxis muss auf die Formulierung von Lösungsansätzen hinauslaufen, in denen die verschiedenen Teilordnungen miteinander in Einklang und Ausgleich gebracht worden sind.<sup>19</sup> Ein *wohlgeordneter, umfassender und ausgleichender Umgang mit Migration* setzt einen umfassenden Zugriff voraus, der sich nicht auf die Extrapolation eines Prinzips (sei es nun menschenrechtlicher, sei es utilitaristischer, sei es ethnisch-kommunitärer Art) beschränkt. Verabsolutierungen, insbesondere über normhierarchische Vorrangansprüche,<sup>20</sup> sind unzulässig. Wenn es auf einer Ebene nicht gelingt, die verschiedenen gegenläufigen Prinzipien, Werte und Interessen internalisiert zu einer gelungenen Ordnung zusammenzuführen, muss dies im Zusammenspiel der normativen Ebenen erfolgen. Es geht um Antworten auf spezifische Lagen, die gleichzeitig von Humanität und angemessenem Interessenausgleich gekennzeichnet werden.

Wer die Diskussion über Migration verfolgt, weiß, dass (selbstaufgelegte) Blickverengungen nicht ungewöhnlich sind.<sup>21</sup> Nur zu häufig wird der jeweils für maßgeblich erachtete „frame“ begründungslos und nur implizit in eine Stellungnahme eingeführt; häufig wird er dann auch verabsolutiert. Die gegenwärtige (Rechts-)diskussion über Migration leidet vor allem daran, dass sie die genuinen Spannungslagen nur selten bezeichnet – und dann die verschiedenen „frames“ nicht so aufeinander bezieht, dass deren Wechselwirkung zur Geltung gebracht wird. Im Umgang mit dem Phänomen der transstaatlichen Migration lassen sich in Politik, Philosophie und Recht häufig reduktionistische und fundamentalistische Tendenzen beobachten. Vielfach besteht die Neigung, einen „frame“, eine Teil-Perspektive oder auch ein normatives Prinzip als allein maßgeblich zu verabsolutieren. In allen Lagern besteht die Tendenz zur Blickverengung. Nur zu häufig finden sich ganz einseitige Betrachtungen – sei es, dass das Freizügigkeits- und Schutzinteresse des Migranten verabsolutiert wird, sei es, dass ein Bild von einer homogenen und geschlossenen Gemeinschaftlichkeit gezeichnet wird, in der Migration keinen Platz hat.

Die Frage, wie offen oder geschlossen sich das verfassungsrechtlich konstituierte Gemeinwesen darstellen soll, ist damit nur sekundärer Natur.<sup>22</sup> Für den Beobachter der

---

<sup>18</sup> Die EU-Ebene bleibt, wie zu zeigen sein wird (unten C. II.), raumorientiert und zuständigkeitsfixiert.

<sup>19</sup> Der gelegentlich zu beobachtende Versuch, mit normhierarchischen Argumenten eine Problembewältigung zu betreiben, greift insofern zu kurz.

<sup>20</sup> Formal stehen die Rechtsnormen der verschiedenen Teilordnungen miteinander in Konkurrenz-, Kollisions-, Hierarchie- und Einwirkungsbeziehungen; material muss es um Lösungen gehen, die sachangemessen sind.

<sup>21</sup> Ähnlich in der politischen Debatte: *P. Graf Kielmansegg*, Über Migration reden, FAZ v. 4.2.2019, S. 6.

<sup>22</sup> *U. Volkmann*, Die Fragen des Flüchtlings, FAZ v. 29.2.2016, S. 6.

wissenschaftlichen Diskussion geht es zuerst und vor allem darum, die jeweiligen „frames“ zu identifizieren und zu beschreiben, in deren Rahmen auf Migration geschaut wird. Es geht darum, den jeweiligen normativen Kontext zu erfassen, zu analysieren und gegebenenfalls zu kritisieren, in dem über Migration diskutiert wird. Die eigentliche Herausforderung – und Verantwortung – besteht dann darin, Entscheidungen zu treffen und Praktiken zu entwickeln, die in unsere begründeten kollektiven Handlungsmuster (sozial, kulturell, politisch) eingebettet sind, dabei auf einer angemessenen und ausgleichenden Abwägung kollidierender Interessen beruhen und gut, vor allem kohärent begründet sind. Dieses Eingebettetsein schließt es aus, quasi mit Scheuklappen nur einzelne Interessen in den Blick zu nehmen und zu verabsolutieren, nur einzelne Rechtsansprüche aufzugreifen und abzuhandeln etc.

Nicht um einen Ausgleich von „Menschenrechten“ und staatlichem „Steuerungsinteresse“ geht es, sondern darum, wie das staatliche Steuerungsinteresse in einer spannungsgeladenen Situation möglicherweise kollidierender Ziele und Werte wahrgenommen werden soll. Die Diskussion von Migration kann (beschreibend und normativ) nur sinnvoll erfolgen, wenn der jeweilige Kontext, die jeweilige Lage, die jeweilige Handlungsstruktur als Hintergrund gewählt wird. Damit wird noch keine Eindeutigkeit hergestellt, aber eine bestimmte Rechtfertigungsstruktur vorgegeben, und bestimmte Entscheidungen werden ausgeschlossen. Die sich eröffnenden Entscheidungsspielräume sind vom demokratisch verantwortlichen Normgeber wahrzunehmen.

#### *IV. Das Untersuchungsprogramm*

Das Untersuchungsprogramm dieses Beitrags ist damit bezeichnet. Es ist nicht Anspruch dieses Beitrags, zu inhaltlichen Fragen richtigen Umgangs mit Migration normativ Stellung zu beziehen. Anliegen ist es vielmehr, den Versuch der Beschreibung des *Personenbegriffs* zu unternehmen, der dem migrierenden Menschen in den verschiedenen rechtlichen „frames“ zugeschrieben wird. Es geht um die Beschreibung und Analyse, wie auf den drei Regulierungsebenen der Umgang mit einer Konfliktlage gesucht wird – jener zwischen dem Freizügigkeitsinteresse migrierender Menschen und dem politischen Selbstbestimmungsinteresse der Gemeinschaften, in die Aufnahme gesucht wird. Letztlich geht es dabei immer um das Verhältnis von Mensch und Gemeinschaft, von Individuum und „community“. Wer Rechte in Anspruch nimmt, macht immer zugleich geltend, Mitglied einer Gemeinschaft zu sein. Menschen- und Bürgerrechte haften dem Menschen nicht einfach an, sind nicht Ausdruck eines in seiner Natur angelegten Status (nachfolgend B.). Allerdings lässt sich darstellen, dass das Verhältnis von Individualrecht und Gemeinschaft in den drei hier untersuchten Regelungsebenen gänzlich unterschiedlich konzipiert wird (nachfolgend C.). Im Zusammenspiel der verschiedenen Ebenen ergeben sich Spannungen und Inkohärenzen, die lagenspezifisch aufgelöst werden müssen (nachfolgend D.). Die Gegenüberstellung der Imaginationen der Rechtsstellung des Migranten lässt deutlich hervortreten, dass es im Gesamtsystem zu Spannungen kommt. Der Versuch, diese Spannungen einfach durch normhierarchische Regeln aufzulösen, ist normativ wenig ertragreich. Gefordert ist vielmehr, dass sich die jeweiligen Teilordnungen argumentativ öffnen und sich auf



die jeweils andere Imagination einlassen. In der Sache geht es damit – an einem konkreten Beispiel – um den Umgang mit Fragmentierungen des öffentlichen Rechts.<sup>23</sup>

## **B. Imagination des (migrierenden) Menschen: Person, Rechte und „community“**

Rechte sind eine Lebensform, und Rechtssubjektivität ist das Ergebnis einer Zuschreibung. Die Menschenrechte, ebenso wie die Grundrechte, sind nicht überzeitliche Entitäten, die dem Menschen immer schon angeheftet sind. Als Rechtsperson kann der Mensch nur innerhalb eines Rechtssystems in Erscheinung treten, das seinerseits wiederum von einer Gruppe getragen wird. Für das juristische Konzept einer Rechtsperson und ihrer Rechte ist überhaupt nur dort Platz, wo „community“ bereits besteht.<sup>24</sup> Rechte müssen begründet und gewährt werden; und sie richten sich gegen einen Pflichtenträger. Vor allem aber lässt sich die Sachangemessenheit und der Umfang des „claims“, auf den die Ausübung eines Rechts hinausläuft, immer nur im Kontext einer konkreten (politischen) Gemeinschaft beurteilen. Um dies an einem Beispiel deutlich zu machen: Offenkundig beinhaltet der Anspruch auf Achtung der Menschenwürde in einem wirtschaftlich hochentwickelten, auf sozialstaatlichen Prinzipien beruhendem Staat wie Deutschland andere Garantiegehalte wie in einem „least developed country“.

In jedem Recht liegt damit eine soziale Imagination. Der Mensch wird durch Rechte zum Mitglied der juristischen „community“, er lebt „durch Rechte“. Rechtlosigkeit ist (mit *Hannah Arendt*<sup>25</sup>) der soziale Tod. Wer Rechte ausübt, lässt sich bereits auf einen Diskurs ein, erkennt die symbolische Repräsentanz an, die im Recht angelegt ist, macht sich die darin liegende Imagination zu eigen. 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 konstituiert erst das Subjekt. Menschen- und Grundrechte haben damit eine institutionell-funktionale Bedeutung: Sie zeichnen jene Interessen und Belange des Menschen nach, die der Entscheidung der (im besten Fall: demokratisch verantwortlichen) Politik jedenfalls partiell entzogen sein sollen. Sie haben auch eine soziale Bedeutung: Sie umschreiben die Stellung des Menschen in einer politischen Gemeinschaft. Daraus ergibt sich zugleich: Über den Bereich der Rechte muss wiederum politisch verhandelt werden, und diese Verhandlungen können durch einen Akt der Rechtspositivierung immer nur zeitweilig abgeschlossen werden.

Die *rechtliche Ordnung* der Herausforderungen, die sich mit internationaler Migration verbinden, kann damit nur auf der Grundlage eines gehaltvollen, konstitutionalistisch eingebetteten Begriffs von „community“ betrieben werden. Nur vor dessen Hintergrund kann sinnvoll entschieden werden, wo (Menschen- bzw. Grund-)Rechte auf Migration ihren Platz haben.<sup>26</sup> Dieses Begriffsverständnis allein lässt die Formulierung vernünfti-

<sup>23</sup> Überblick bei: *I. Spiecker gen. Döhmman/St. Magen, A. Kley/St. Kirste, St. Griller/U. Kischel, O. Jouanjan/F. Reimer*, Fragmentierungen, VVDStRL 77 (2018).

<sup>24</sup> *C. 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“.

<sup>25</sup> *H. Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1951), 1986, S. 601 ff.

<sup>26</sup> Dass Rechte, ihre Angemessenheit und ihre Legitimität nur aus einem bestimmten Kontext heraus gedeutet werden können, spielt aus der Binnen(operations)perspektive eines Rechtssys-