

# Zauberlehrlinge und Winkeladvokaten

von Siegfried Gerlich

In ihrem Buch *Die Zauberlehrlinge* erinnern die Journalisten Maximilian Steinbeis und Stephan Detjen an jenen verhängnisvollen Tag, der »Deutschland verändert hat«, da an ihm die Spaltung des Staatsvolkes in zwei potentielle Bürgerkriegsparteien ihren Anfang nahm. Dabei haben die Autoren jedoch nicht den 4. September 2015 im Sinn, an dem die Bundeskanzlerin Angela Merkel Massen von illegal einströmenden Zuwanderern die deutschen Grenzen offenhielt, sondern den 10. Februar 2016, an dem Horst Seehofer in Anbetracht einer verstetigten und weiterhin unkontrolliert fortlaufenden Massenzuwanderung die »Herrschaft des Unrechts« anprangerte. Damit nämlich habe der Bundesinnenminister einen »Kampf um das Verständnis von Staat, Recht und die innere Verfassung des Landes« eröffnet, der alle »Brücken zur Verständigung« abbrechen und »Wege zu Kompromissen« zwischen Gutmenschen und Wutbürgern verbauen sollte. Erst das Schlagwort vom »Rechtsbruch« sei es gewesen, was die lediglich »von September 2015 bis zum März 2016« virulente Flüchtlingskrise »auf Dauer gestellt« habe. Allerdings habe Seehofer nur die lauteste Stimme, seine Botschaft hingegen »viele Väter« gehabt. Ihnen allen, die gleichsam den Geist aus der Flasche gelassen hätten, ist der Buchtitel zudedacht, denn vorsätzlich oder fahrlässig spülten sie nur »Wasser auf die Mühlen der AfD und der nationalpopulistischen Rechten« und fügten so der »Herrschaft des Rechts« allemal selber Schaden zu.

Diesen politischen Anwürfen verleihen Steinbeis und Detjen in ihrem Buch weniger moralischen als vielmehr juristischen Nachdruck, indem sie die These, die Bundesregierung habe mit der Grenzöffnung einen Rechtsbruch begangen, mit der Antithese zu parieren suchen, sie habe lediglich bereits offene Grenzen nicht geschlossen, weil gerade die Grenzschließung einen Rechtsbruch bedeutet hätte. Im Unterschied zu Humanitaristen, die Angela Merkel dafür loben, daß sie Gnade vor Recht ergehen ließ (und damit nur das streitige Unrecht einräumen), aber auch zu Skeptikern, die in der Offenhaltung der Grenzen eine nicht unbedingt zustimmungswürdige, aber zumindest rechtlich gedeckte Entscheidung sehen, werben die Autoren für die Auffassung, es habe sich hierbei um eine rechtlich geradezu gebotene und somit alternativlose Entscheidungsvermeidung gehandelt. Insbesondere gegen Robin Alexander, der die Regierenden als unverantwortlich taktierende und lavierende »Getriebene« vorführte, die nicht zuletzt aus Angst vor »häßlichen Bildern« die bereits beschlossene Grenzschließung umzusetzen sich nicht getraut hätten, bestehen Steinbeis und Detjen auf deren besserer juristischer Einsicht. Nur folgerichtig rügen sie die Bundesregierung einzig dafür, sich vor einer juristischen Rechtfertigung ihrer offenen Grenzpolitik zu lange »gedrückt« und durch solche »Leisetretei« den »Mythos des Rechtsbruchs« noch genährt zu haben, obschon sie in gar keiner rechtlichen Verlegenheit gewesen sei.

Aber bereits der Autoren eigene Schilderung der ersten Krisenkonferenz in jenen chaotischen Septembertagen macht deutlich, daß die Staats-

»Ein offener Staat, der die Disposition über seine Grenzen aufgibt, mag offen sein, wird aber kein Staat bleiben können. (...) Damit die Universalität der Menschenrechte sich im grundgesetzlichen Raum entfalten kann, bedarf es der Partikularität eines prinzipiell abschließbaren Staatsgebietes.«

Udo Di Fabio: »Welt aus den Fugen«, in: faz.net vom 14. September 2015.

»Der Gesinnungsethiker sieht im Massenphänomen des Menschenzustroms das Gesicht des einzelnen Flüchtlings, das Mitleid heischt. (...) Der Verantwortungsethiker sieht die Massen mit ihrem Bedarf, mit den Chancen und Risiken, die sie dem Land bringen. Er prüft, ob und wie weit der Staat mit seinen begrenzten Ressourcen ihnen auf Dauer gewachsen ist, und zieht die praktischen Konsequenzen.«

Josef Isensee: »Menschenwürde: Rettungsinsel in der Flüchtlingsflut«, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.): *Der Staat in der Flüchtlingskrise*, Paderborn 2016.

führung sich über die Rechtslage vollkommen im Unklaren war: Während der Chef der Bundespolizei Dieter Romann als bewährter Verwaltungsjurist eine Schließung der Grenze als rechtmäßig befürwortete, um eine »Schubumkehr« der Migrationsbewegung zu bewirken, hielten dagegen die Juristen des Auswärtigen Amtes Zurückweisungen an der Grenze für rechtswidrig. Das Justiz- und das Innenministerium wiederum gelangten erst, nachdem die Entscheidung zur Offenhaltung der Grenze längst gefallen war, zu der »gemeinsamen Rechtsauffassung«, daß eine Grenzschließung durchaus zulässig gewesen wäre. Und die weiterhin ratlos wirkende Bundesregierung selbst sollte in der Folge gleich mehrere Rechtfertigungsversuche für ihren unabänderlichen Entschluß anbieten, welche indessen nicht alle Zeitgenossen so gründlich zu überzeugen vermochten wie die juristisch geschulten Autoren Steinbeis und Detjen.

Schon die unablässig wiederholte Behauptung, das Grundrecht auf Asyl kenne keine Obergrenze, konnte keine absolute Geltung beanspruchen, da das Asylrecht wie jedes Leistungsrecht unter dem »Vorbehalt des Möglichen« steht. Das eigentliche Problem aber, von dem die fragliche Obergrenze nur abgelenkt hat, bestand in der ungeklärten Frage der völkerrechtlichen Zuständigkeit der Bundesrepublik für Asylgesuche überhaupt, denn nach einer die aus dem »Asylkompromiß« von 1992 hervorgegangenen »Drittstaatenregelung« betreffenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist jeder »auf dem Landweg in die Bundesrepublik Deutschland einreisende Ausländer« von der Berufung auf das Asylrecht »ausgeschlossen«. Um gleichwohl eine deutsche Fürsorgepflicht reklamieren zu können, nahm die Bundesregierung sodann das »Selbsteintrittsrecht« gemäß Art. 17 der Dublin-III-Verordnung in Anspruch, obwohl dieses nur auf atypische Einzelfälle bei geklärter Identität des Antragstellers, keineswegs aber auf Massen von angeblichen oder tatsächlichen Syrern anwendbar ist. In diesen rechtlichen Sackgassen gelandet, schlug die Bundesregierung schließlich den bis dahin juristisch ungepflasterten Weg ein, ihre »Politik der offenen Grenzen« unter Berufung auf die unantastbare »Würde des Menschen« zu verteidigen. Zwar läßt dieses höchste ethische Achtungsgebot kaum konkrete rechtliche Nutzenwendungen zu, aber gerade in seiner semantischen Unbestimmtheit verführt es zu Grundrechtsneuschöpfungen nach Laienart. Als sich selbst das Bundesverfassungsgericht bei seiner Entscheidung zur Anhebung der Sozialleistungen für Flüchtlinge auf Hartz-IV-Niveau auf diesen Art. 1 Abs. 1 GG berief, stellte es damit jedenfalls klar, daß die »Menschenwürde« nunmehr auch für die obersten deutschen Richter zu einem Mädchen für alles geworden war.

Insgeheim räumen auch Steinbeis und Detjen ein, daß die derzeitige Asylrechtslage sich angesichts eines immer undurchdringlicher gewordenen Paragraphendickichts kaum mehr eindeutig klären läßt. Sie glauben jedoch, die größten juristischen Konfusionen auf Normenkollisionen zwischen dem deutschen und dem europäischen Recht zurückführen und nach Maßgabe der Vorrangsstellung des Unionsrechts auflösen zu können. Allerdings handelt es sich hierbei um keinen »Geltungsvorrang«, sondern um einen bloßen »Anwendungsvorrang«; und sobald sich die zuweilen selbstwidersprüchlichen europäischen Rechtsnormen als unanwendbar erweisen, fällt schwer ins Gewicht, daß die deutschen Rechtsnormen durch ihre Nichtanwendung keineswegs ungültig oder »nichtig« geworden sind. So wurde das die Zuständigkeit der Ersteinreisestaaten für Asylverfahren festlegende Dublin-III-Abkommen durch die mangelhafte Umsetzung des Schengener Abkommens faktisch sabotiert, da die offenen Binnengrenzen eine Sekundärmigration bis zum Letzteinreisestaat Deutschland beförderten, dem seinerseits Rückschiebungen wegen der in vielen Erstaufnahmelagern desolaten Menschenrechtslage verwehrt sind. Und nachdem »Dublin« und »Schengen« als Ecksteine des europäischen Regelwerks gefallen sind, werfen die Autoren selbst die Frage auf, ob nicht »die Substanz dieses Rechts« im Zuge der Überbelastung Deutschlands »pulverisiert« worden sei.

Dies bleibt indessen eine rein rhetorische Frage, denn mit den von ihnen aufgerufenen Rechtswissenschaftlern Christoph Möllers und Daniel Thym haben sich Steinbeis und Detjen Gewährsmänner gesucht, die diese Frage migrationsfreundlich verneinen, um gegen all jene Staats- und Verfassungsrechtler, die sich mit einer bejahenden Antwort zu Wort ge-

»Der Rechtsstaat ist im Begriff, sich im Kontext der Flüchtlingswelle zu verflüchtigen, indem das geltende Recht faktisch außer Kraft gesetzt wird. Regierung und Exekutive treffen ihre Entscheidungen auf demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbei, staatsfinanzierte Medien üben sich in Hofberichterstattung, das Volk wird stummer Zeuge der Erosion seiner kollektiven Identität. (...) Wenn Flüchtlingswellen mit ungehinderter Wucht andere Staaten überfluten, dann werden nicht nur deren überkommene normative Regelwerke zur Disposition gestellt, dann könnten diese buchstäblich lawinenartig mitgerissen werden. (...) Inwieweit ist das nicht nur in Ansehung der Flüchtlingskrise frappante Leerlaufen und Nichtanwenden von Rechtsnormen ein erstaunliches Indiz rechtsstaatlicher Dekadenz.«

Otto Depenheuer: »Vorwort« u. »Flüchtlingskrise als Ernstfall des menschenrechtlichen Universalismus«, in: *Der Staat in der Flüchtlingskrise*.

»Nation und Volk werden oft als gleichbedeutende Begriffe behandelt, doch ist das Wort ›Nation‹ prägnanter und weniger mißverständlich. Es bezeichnet nämlich das Volk als politisch-aktionsfähige Einheit mit dem Bewußtsein seiner politischen Besonderheit und dem Willen zur politischen Existenz, während das nicht als Nation existierende Volk nur eine irgendetwas ethnisch oder kulturell zusammengehörige, aber nicht notwendig politisch existierende Verbindung von Menschen ist. Die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes setzt den bewußten Willen zur politischen Existenz, also eine Nation voraus.«

Carl Schmitt: *Verfassungslehre*, Berlin 1928.

meldet haben, besser gerüstet zu sein. Zu den prominenteren zählen der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts Hans-Jürgen Papier, der angesichts des »eklatanten Politikversagens« in der Flüchtlingskrise die »Herrschaft des Rechts« auf dem Spiel sah; sowie Udo Di Fabio, der als vormaliger Richter des Bundesverfassungsgerichts anmahnte, daß die »Staatlichkeit als Voraussetzung der demokratischen Selbstbestimmung des Volkes« nicht »verletzt oder gefährdet werden« dürfe. Zu den argumentativ gefährlichsten Staatsrechtlern gehört freilich Ulrich Vosgerau, der den von Seehofer bloß popularisierten Topos der »Herrschaft des Unrechts« recht eigentlich geprägt hat. In einem unter diesem Titel veröffentlichten *Cicero*-Artikel vom Herbst 2015 ging Vosgerau noch härter als die zuvor Genannten mit der offenen Grenzpolitik der Bundesregierung ins Gericht, wobei er neben dem »staatlich initiierten Rechtsbruch« auch die »Veränderung des Rechtsgefühls« durch Politik und Medien ins Spiel brachte. Es ist bezeichnend, daß Steinbeis und Detjen den interessantesten Teil ihrer Auseinandersetzung mit diesem zumal europarechtlich versierten Juristen in die Fußnoten verbannen und im Haupttext vornehmlich biographische Anekdoten zum besten geben sowie üble Nachrede weiterverbreiten, um Vosgerau leichter als »exzentrischen und ideologisch überdrehten Außenseiter« erledigen zu können.

Zum Mittel der persönlichen Ridikülisierung greifen die der Überzeugungskraft ihrer juristischen Argumente offenbar selber nicht immer trauenden Autoren aber auch noch gegen andere konservative Staatsrechtswissenschaftler. Dietrich Murswiek etwa, der sich über das »totale Staatsversagen« in der Asylkrise bestürzt gezeigt hatte, wird schon wegen seines nicht nur der Verfassung, sondern auch dem Vaterland geltenden Patriotismus als »Einzelgänger und Sonderling« abgestempelt; und sogar renommierte Vertreter des Staatsrechts alter Schule wie Josef Isensee und Otto Depenheuer werden dafür belächelt, die Grenzöffnung mit »fiebrig glänzenden Augen« zum »Ernstfall« emporstilisiert zu haben. Von einer »Infizierung der westlichen Demokratien mit einem latenten Ausnahmezustand« hatte letzterer tatsächlich bereits nach den präzedenzlosen Terroranschlägen vom 11. September gesprochen, und damit war Depenheuer noch nicht einmal so weit gegangen wie Giorgio Agamben, dem sich angesichts der Permanenz der terroristischen Gefahrenlage »der Ausnahmezustand in der Politik der Gegenwart immer mehr als das beherrschende Paradigma des Regierens« aufdrängte. Wie realitätsblind Steinbeis und Detjen sind, wenn sie die traditionsreiche deutsche Staatsrechtslehre insgesamt als eine »deutsche Marotte« abtun und insbesondere den Topos des Ausnahmezustands als ein obsoletes Stück deutscher Schauerromantik verabschieden, hätte sie freilich schon ein Seitenblick nach Frankreich lehren können, das sich nach den Anschlägen in Paris vom 13. November 2015 für zwei Jahre offiziell im Ausnahmezustand befand.

Aber auch in den seither nach Deutschland eingereisten islamischen Terroristen wollen die Autoren partout keine politischen »Feinde«, sondern lediglich gewöhnliche »Kriminelle« sehen, obschon allein der Anschlag am Berliner Breitscheidplatz in einem Augenblick mehr Menschen in den Tod befördert hat als der NSU in einem ganzen Jahrzehnt. Und vollkommen unerwähnt lassen sie, daß es auch unter den zivilen Schutzsuchenden zunehmend solche gibt, vor denen Einheimische ihrerseits Schutz suchen müssen. Dabei hat gerade die Ernüchterung darüber, wie wenig der Staat seiner Schutzpflicht faktisch noch nachkommen kann, viele Bürger an ihrer Gehorsamspflicht zweifeln lassen. Zur Ehrenrettung jener vielgeschmähten »besorgten Bürger«, die noch nicht einmal zivilen Ungehorsam leisten mußten, um gleichwohl die volle Wucht des »Kampfes gegen Rechts« zu spüren zu bekommen, bietet sich eine nüchterne Gegenüberstellung aus dem aktuellen »Lagebild zur Kriminalität im Kontext von Zuwanderung« des Bundeskriminalamts an: 2018 fielen insgesamt 8455 Zuwanderer einer von (mindestens) einem Deutschen begangenen Straftat zum Opfer, aber 46336 Deutsche wurden in diesem Jahr zum Opfer einer von (mindestens) einem Zuwanderer verübten Straftat. Dabei wurde ein einziger Zuwanderer zum Opfer eines von einem Deutschen vollendeten Tötungsdelikts, wohingegen 102 Deutsche von Zuwanderern gewaltsam zu Tode gebracht wurden. Und bei Sexualstraftaten stehen den 89 Zuwanderern, die zum Opfer von deutschen Tätern wurden, 3261 Deutsche gegenüber, die Zuwanderern zum Opfer fielen.

Den Realitätsschock, der von diesen Zahlen ausgehen kann, wollen Steinbeis und Detjen dem Leser freilich nicht zumuten; sie sorgen sich lieber um das »Recht« der Bundesregierung, diese von ihnen vornehm ausgeblendeten Realitäten heraufbeschworen und unbewältigt gelassen zu haben. Dabei halten sich die Autoren methodisch an den vorherrschenden Rechtspositivismus, dem Carl Schmitt bekanntlich eine »normativistische Beschlagnahme des Rechtsbegriffs« zum Vorwurf machte: die Reduzierung von Recht auf Gesetz sowie die Dispensierung der Politik von allen Gestaltungsaufgaben, die über bloße Normenanwendung hinausgehen. Nicht umsonst legen die Autoren größten Wert darauf, daß die Bundeskanzlerin mit der Offenhaltung der Grenze nur der Gesetzeslage entsprochen und keine eigentlich politische Entscheidung getroffen habe. Wie wenig ein solches positivistisch halbiertes Rechtsdenken der Rede von der »Herrschaft des Unrechts« beikommt, gab allerdings Seehofer selbst zu verstehen, als er auf eine journalistische Nachfrage, worin der von ihm



Szene aus *Der Prozeß*  
(Orson Welles, 1962).

behauptete »Rechtsbruch« denn genau bestanden habe, nicht umständlich aus dem von ihm in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten Udo Di Fabio zitierte, sondern schlicht und einfach zur Antwort gab: »Kontrollverlust«. Steinbeis und Detjen aber, die diesen sehenden Auges zugelassenen Kontrollverlust als »rechtens« auszuweisen suchen, legen damit eine »Verfassungsinvertiertheit« an den Tag, vor der Ernst Forsthoff schon frühzeitig warnte, und die nach Depenheuer längst in einen staatspolitisch desaströsen »Verfassungsautismus« umgeschlagen ist. Den Niederungen der Erde und ihres Nomos abgewandt, halten es die nur in den höchsten Sphären residierenden Rechtsnormativisten noch immer mit dem klassischen Spruch: »Fiat iustitia, pereat mundus.«

Die absehbar irreversiblen demographischen Auswirkungen dieser im Namen der »Menschenwürde« begrüßten Massenzuwanderung sollten wiederum Josef Isensee dazu veranlassen, diesen alten Spruch ironisch zu aktualisieren: »Fiat dignitas, pereat populus.« Schließlich würde selbst eine »verfassungspatriotische Stimme im Chor der Willkommenskultur« heute vermelden, »das deutsche Volk könne getrost in der Migrationsflut ertrinken, wenn nur die Demokratie des Grundgesetzes überlebe«. Hier spitzen Steinbeis und Detjen ungläubig ihre Ohren, denn von einem etatistischen Rechtsphilosophen wie Isensee hätten sie solche volkshervorhebenden Töne gewiß nicht erwartet. Ihre Erwiderung aber, daß das Grundgesetz nirgends auf eine »natürliche, ethnisch-kulturelle Volkszugehörigkeit« verweise, widerlegen sie selber mit dem beiläufigen Hinweis auf Art. 116, welcher den ostdeutschen »Flüchtlingen und Vertriebenen« ausdrücklich ihre »deutsche Volkszugehörigkeit« bescheinigt.

In der Tat bestimmte der 1948 mit der Schaffung des Grundgesetzes beauftragte Parlamentarische Rat nicht die »deutschen Länder« und keine »westdeutsche Nation«, sondern das »gesamte deutsche Volk«

»Als *pouvoir constituant*, der der rechtlichen Verfassung vorausliegt, ist die verfassungsgebende Gewalt des Volkes nicht durch die Verfassung selbst rechtlich normierbar und in ihren Äußerungsformen festlegbar. Sie hat und behält einen originären, unmittelbaren, auch elementaren Charakter. (...) Ist die verfassungsgebende Gewalt des Volkes als (auch) reale politische Größe und Kraft notwendig, um die Verfassung und ihren Geltungsanspruch zu legitimieren, so kann sie nicht, wenn sie dies getan hat, juristisch in ein Nichts verabschiedet werden; sie ist und bleibt dann als diese Größe und Kraft weiterhin vorhanden.«

Ernst-Wolfgang Böckenförde: »Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbezug des Verfassungsrechts«, in: (ders.): *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin 2011.

zur »verfassungsgebenden Gewalt«. Und sofern das in der Präambel des Grundgesetzes sogar großgeschriebene »Deutsche Volk« als rechtsidentisch mit dem Staatsvolk des völkerrechtlich fortbestehenden Deutschen Reiches aufgefaßt wurde, blieb das nach Maßgabe eines ethnographischen Volksbegriffs definierte Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz von 1913 auch in der Bundesrepublik in Geltung. Vor allem aber bedeutete das Grundgesetz eine klare Entscheidung für einen Nationalstaat, mit dem eine ethnisch grundierte, aber nicht zu einer bloßen Ethnie natura-

Szene aus Der Prozeß  
(Orson Welles, 1962).



»Demokratie im Sinne des Grundgesetzes bedeutet deshalb zunächst: Legitimation der staatlichen Herrschaft durch das Volk. Damit ist zwar noch nicht viel gesagt, aber die Konzeption des *rule of law* ausgeschlossen: Sie mag zwar zur Erklärung bestimmter Institutionen des Grundgesetzes beitragen; der Demokratiebegriff des Grundgesetzes jedenfalls beruht auf dem Volkswillen und nicht auf einer – wie immer gedachten – Herrschaft des Rechts«. (...) Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, verstanden als Kompetenznorm der Verfassungsgebung, steht im Range über dem Verfassungsrecht. Eine verfassungsrechtliche Normierung, die dieser Norm widerspricht, ist insoweit unwirksam. Die Kompetenz zur Verfassungsgebung kann rechtlich nicht eingeschränkt werden, weil sie die höchste Norm innerhalb der Rechtsordnung ist.«

Dietrich Murswiek: *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1978.

lisierte, sondern maßgeblich durch Sprache, Kultur und Geschichte geprägte Nation sich wieder eine politische Existenzform gab. In diesem Sinne entschied das Bundesverfassungsgericht in seinem Teso-Urteil vom 21. Oktober 1987, daß es »die verfassungsrechtliche Pflicht« der Staatsorgane der Bundesrepublik sei, »die Identität des deutschen Staatsvolkes« sowie »die Einheit des deutschen Volkes als des Trägers des völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrechts nach Möglichkeit zukunftsgerichtet auf Dauer zu bewahren«. Anders als Steinbeis und Detjen meinen, hat sich diese noch in der Nachkriegslage der deutschen Teilung formulierte Verpflichtung mit der deutschen Wiedervereinigung aber keineswegs erledigt, denn angesichts der prekären Lage, in welche Deutschland im Zuge der europäischen Integration und einer auch außereuropäischen Immigration geraten ist, hat der Staat seine »verfassungsrechtliche Pflicht« zur Einheits- und Identitätssicherung nunmehr in der Weise zu erfüllen, daß er einer multikulturellen Identitätsdiffusion des Staatsvolkes und dessen ethnopluralistischer Desintegration in tribalistische Volksgruppen entschieden entgegenwirkt.

Tribalistische Züge trüge allerdings auch ein rein ethnizistischer Volksstaat, dessen Idee das Karlsruher NPD-Urteil vom 17. Januar 2017 für verfassungswidrig erklärt hat. In der merkwürdig zweideutigen Urteilsbegründung heißt es aber nicht nur, daß das Grundgesetz einen »ausschließlich« an ethnischen Kategorien orientierten Begriff des Volkes nicht kenne und darum der Gesetzgeber bei seiner Konzeption des Staatsangehörigkeitsrechts nicht »streng« an den Abstammungsgrundsatz gebunden sei; es findet sich hier auch die weit darüber hinausgehende Belehrung, das ältere Teso-Urteil bedeute nicht, daß sich der Volksbegriff des Grundgesetzes »vor allem oder auch nur überwiegend« nach ethnischen Zuordnungen richte. Nicht von ungefähr hat Thor v. Waldstein diese Entscheidung als einen »Verfassungsdammbruch« beurteilt, der in seiner Fatalität der »Grenzauflösung« vom 4. September 2015 kaum nachstehe. Weniger verzweifelt zeigte sich Murswiek, der schon wegen des grundgesetzlich garantierten Kompetenzvorrangs der verfassungsgebenden Gewalt vor dem Verfassungsrecht die Bundesregierung für »nicht berechtigt« hält, »die Identität des Volkes, das sie repräsentiert und dessen Wohl zu wahren sie geschworen hat, einwanderungspolitisch aufzulösen«. Und nach Vosgerau steht einer solchen migrationspolitischen Auflösung des deutschen

Nationalstaates in einen Vielvölkerstaat nicht zuletzt das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009 entgegen, demzufolge »eine solche Verfassungsneuschaffung nur durch eine Volksabstimmung zustandekommen« könne.

Umso eifriger arbeiten sich Steinbeis und Detjen daran ab, die »verfassungsgebende Gewalt« juristisch zu eskamotieren und zu einem »Mythos« für »Dichter und Erzähler« zu fiktionalisieren. Ist der demokratische Souverän als letzte Appellationsinstanz erst einmal ausgeschaltet, lassen sich die deutschen Grundrechte leichter zu europäischen Werten oder universalen Menschenrechten uminterpretieren und zugleich die staatlichen Geltungsvoraussetzungen des Grundgesetzes selbst kassieren. Unter genüßlicher Berufung auf Andreas Voßkuhle, den amtierenden Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, verweisen die Autoren die historisch-konkrete Lehre des aus Staatsvolk, Staatsgewalt und Staatsgebiet bestehenden Nationalstaates zurück ins 19. Jahrhundert, um die universalistisch-abstrakte Idee des Staatsvertrages an dessen Stelle zu setzen, die wiederum aus dem 18. Jahrhundert stammt. Wer danach zum »Volk« gehöre, entscheide »nicht die Natur, nicht die Kultur und nicht die Tradition, sondern einzig die Verantwortung des Demos für sich selbst«. Und da auch das Volk der Bundesrepublik allein »mit der Bindung an universelle Menschenrechte« über sich selbst bestimme, halten die Autoren die »Abgrenzung von Nichtzugehörigen«, die ihre primäre Bindung an Land und Leute nicht aufgeben wollen, für demokratisch geboten.

Solche Moralisierung des Politischen kann wohl Volksfeinde erschaffen, aber erst die Juridifizierung der Politik erlaubt es, das demokratische Volk selbst zum Verfassungsfeind eines nomokratischen Staates zu erklären. Daß damit »nicht etwa die Politik juridifiziert, sondern die Justiz politisiert« werde, hatte allerdings schon Carl Schmitt angemerkt. Und wirklich nimmt sich der gegenwärtige politische Kampf gegen den Populismus nicht zuletzt dank seiner juristischen Verschärfung wie eine farcenhafte Wiederkehr der Metternichschen Demagogenverfolgungen aus. Während aber das damalige Ancien régime wenigstens für eine gewisse Zeit eine alt-europäische Ordnung zu stabilisieren vermochte, gerät die vor der Zeit gealterte Europäische Union nur immer mehr aus den Fugen. In ihrem Bemühen, sie zumindest juristisch wieder einzurenken, kamen Steinbeis und Detjen freilich nicht umhin, die Rolle des »Zauberlehrlings« grandios fehlzubesetzen. In Goethes klassischer Ballade heißt es: »Die ich rief, die Geister werd ich nun nicht los.« In neudeutscher Prosa klingt das so: »Ist mir egal, ob ich schuld am Zustrom der Flüchtlinge bin, nun sind sie halt da.«

Indem die Autoren dieser Gleichgültigkeit kaum den Anschein von Humanität, wohl aber den Schein des Rechts verleihen wollen, beziehen sie im übrigen nicht nur zur Flüchtlingskrise, sondern zur Legitimationskrise deutscher und europäischer Staatlichkeit überhaupt Stellung. In der Bundesrepublik nahm Ernst-Wolfgang Böckenförde bereits vor der Jahrhundertwende einen »gleitenden Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat« wahr, der auf Kosten von Demokratie und Gewaltenteilung zu einem »Durchbruch des Primats des Rechts gegenüber der Politik« führen werde. Für den jüngeren Staatsrechtler Christian Hillgruber aber hat sich dieses »gouvernement des juges« im Zuge der Europäisierung des Rechts längst »ubiquitär« ausgebreitet. Steinbeis und Detjen jedenfalls begrüßen diese Entwicklung, weshalb sie über das kleine »Karlsruher Kontrollhäuschen« nur noch müde lächeln können. In dem großen Haus Europa mit seinen drei höchsten Gerichtshöfen kann sich eine postdemokratische Justizstaatlichkeit nämlich weit effektiver entfalten und beinahe wie eine verfassungsgebende Gewalt »von oben« wirken. In der letzten, dystopischen Konsequenz würde der deutsche Nationalstaat zur Vasalleneinheit eines europäischen Zentralstaates verkümmern und die depotenzierte Demokratie in einer souveränen Nomokratie aufgehen, in der dann wuselnde Winkeladvokaten ihre kafkaesken Prozesse führen und heroische Himmelsbürokraten peremptorische Urteile fällen. Aber nur überspannte Verschwörungstheoretiker kämen wohl auf die Idee, es könnte manchem, der weiterhin treuherzig auf die Präambel des Grundgesetzes pocht, schon bald so ergehen wie Josef K., der, ohne daß er etwas Böses getan hätte, eines Morgens verhaftet wurde. ■

Literaturhinweise:

Stephan Detjen/Maximilian Steinbeis: *Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch*, Stuttgart 2019;

Giorgio Agamben: *Ausnahmezustand. Homo sacer II.1*, Frankfurt a.M. 2004;

Ernst-Wolfgang Böckenförde: »Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenz begriff des Verfassungsrechts«, in: (ders.): *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin 2011;

Otto Depenheuer: *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn 2007;

Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.): *Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht*, Paderborn 2017;

Christian Hillgruber (Hrsg.): *Gouvernement de juges – Fluch oder Segen*, Paderborn 2014;

Josef Isensee: »Die Verfassung als Vaterland. Zur Staatsverdrängung der Deutschen«, in: Armin Mohler (Hrsg.): *Wirklichkeit als Tabu*, München 1986;

Dietrich Murswiek: *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1978;

Carl Schmitt: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin 1934; *Verfassungslehre*, Berlin 1928; »Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung«, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*;

Ulrich Vosgerau: *Die Herrschaft des Unrechts. Die Asylkrise, die Krise des Verfassungsstaates und die Rolle der Massenmedien*, Rottenburg 2018;

Thor v. Waldstein: »Untenwegs zur Karlsruher Republik. Die Folge eines Urteils«, in: *Neue Ordnung I/17*.