

# ZWEIERLEI RECHT

## *Kontrollverzicht im Doppelstaat*

---

### Zweierlei Recht

Im Herbst 2017 wurde ein zunächst nach Bulgarien abgeschobener und von dort nach Afghanistan weitergereister Asylbewerber auf Staatskosten wieder in die Bundesrepublik zurückgeholt. Das Verwaltungsgericht Sigmaringen hatte diese Rückholung angeordnet, weil dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge ein Verfahrensfehler unterlaufen war.<sup>1</sup> Als Triumph des Rechtsstaats wurde diese Rückholung gefeiert, als Beweis dafür, dass der lange Arm der baden-württembergischen Verwaltungsgerichtsbarkeit bis an den Hindukusch reicht. Das Gericht schloss in seinem Beschluss übrigens nicht aus, dass der Asylbewerber freiwillig von Bulgarien nach Afghanistan weitergereist sei, weil das sichere Drittland auf dem Balkan nicht attraktiv genug war.

Ungefähr zur selben Zeit entschied das Verwaltungsgericht München, dass die von einer staatlichen »Hochschule für angewandte Wissenschaften« verfügte Zwangsexmatrikulation einer schwerbehinderten Studentin rechtskräftig sei.<sup>2</sup> Die seriellen und nicht bestrittenen Verfahrensfehler der oberbayerischen Hochschule, einer staatlichen Behörde, zum Nachteil der Studentin hat das Gericht zur Kenntnis genommen und – »im Namen des Volkes« – als »unbeachtlich« erklärt. Am Ende des Jahres hatte die Hochschule einen weiteren Grund zum Feiern: Die Hochschule wurde für ihre »gelebte und in der Organisation fest verankerte Chancengleichheit und Vielfalt« mit einem »Total E-Quality-Prädikat« ausgezeichnet.

Der Asylbewerber hatte seine Klage im September 2017 erhoben, der Beschluss des Gerichts erging vier

Wochen später. Der Fall der schwerbehinderten Studentin wurde vom VG München zweieinhalb Jahre nach Klageerhebung entschieden, ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz wurde wegen Arbeitsüberlastung gar nicht erst bearbeitet. Warum das so ist, weiß man inzwischen: Auf eine Anfrage der Linksfraktion im Bundestag im November 2017 hin legte das Bundesinnenministerium die Zahl der anhängigen Asylgerichtsverfahren offen: Es waren 283.342. Beim VG Sigmaringen sind 4.555 Fälle anhängig, beim VG München 17.476, und das VG Berlin hält mit 23.896 Fällen die Spitzenposition.<sup>3</sup>

Verwaltungsgerichte standen vor wenigen Jahren noch im Schatten der öffentlichen Aufmerksamkeit; seit 2015 nehmen sie eine Schlüsselposition in der Asylpolitik ein. Das bekommt ihnen nicht gut, denn dafür sind sie weder personell noch institutionell, noch intellektuell ausgerüstet. Wer in anderen als Asylangelegenheiten sein Recht gegen den Staat einklagen will, muss warten. Denn wenn ein Richter täglich damit rechnen muss, dass der nächste schutzsuchende Attentäter gerade auf seiner Prozesswarteliste stand, wird er die Klagen wegen Baugenehmigungen liegen lassen. Die Briten wissen, was das bedeutet: *Justice delayed is justice denied*.

Dass die zweite Instanz den Fall der Studentin zur Verhandlung annimmt, ist zweifelhaft – zu unbedeutend ist er, und zur Revision zugelassen werden nur Fälle von besonderer Bedeutung, bei Verfahrensmängeln der Vorinstanz oder bei abweichender Rechtsprechung höherer

1 Beschluss des VG Sigmaringen, Az. A 2 K 6174/17.

2 Urteile des VG München, Az. M 3 K 15.2696 und M 3 K 15.1032.

3 Deutscher Bundestag, Drucksache 18/13551 vom 11.09.2017, S. 32.

Gerichte. Bei Asylverfahren ist das anders: 4.658 sind in der zweiten Instanz und 93 vor dem Bundesverwaltungsgericht anhängig. Möglich werden diese Verfahren erst wegen der vom deutschen Staat großzügig gewährten Prozesskostenhilfe. Deren Voraussetzungen werden grundsätzlich geprüft; die persönlichen Verhältnisse nicht nur der Kläger, sondern auch der Verwandten in gerader Linie müssen offengelegt, Vermögensverhältnisse dokumentiert werden. Es ist schwer vorstellbar, dass dieses *Procedere* in gleicher Weise bei Asylbewerbern praktiziert wird, von denen die überwiegende Mehrheit nicht einmal Ausweispapiere bei sich führt. So entsteht zweierlei Recht.

### Kontrollverlust

Nicht ohne Grund. Denn das Recht muss einer politischen und sozialen Wirklichkeit folgen, die außer Kontrolle geraten ist. In der Flüchtlingskrise vom Herbst 2015 war der Kontrollverlust offensichtlich. Grenzen wurden überannt, auf den Bahnhöfen herrschte Chaos, und an eine sachgerechte Erfassung und Registrierung der neu Hinzukommenden war nicht zu denken, und es gibt Hinweise darauf, dass sie auch gar nicht gewollt war. Missachtet wird offenbar mehr und mehr, dass die staatliche Verwaltung die staatliche Verwaltung nicht nur Wohlfahrts- und Versorgungsaufgaben, sondern auch Schutzfunktionen für die Bürger hat.<sup>4</sup>

Den Kontrollverlust gab – und gibt<sup>5</sup> – es nicht nur an der Grenze. Er schiebt mit leicht auszurechnender zeitlicher Verzögerung eine Bugwelle vor sich her und verdichtet sich in vielen neuralgischen Bereichen. Dass sich in den Flüchtlingsunterkünften kriminelle Konfliktherde höchster Brisanz bilden würden, war leicht vorherzusagen, ebenso wie die Überforderung der Polizei mit dieser Situation. Die Kriminalität ist längst in die Innenstädte vorgedrungen. Cottbus, Delmenhorst, Freiberg, Salzgitter und Wilhelmshaven verweigern inzwischen die Zuweisung weiterer Flüchtlinge. In charakteristischen Segmenten der Delinquenz, insbesondere bei Gewaltdelikten inklusive Mord, Drogendelikten und Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung sind die Zuwanderer aus der jüngsten Zeit überproportional vertreten.<sup>6</sup> Kaum beachtet und wegen »geringen Verschuldens« und »mangelnden öffentlichen Interesses« von den Staatsanwaltschaften faktisch nicht mehr verfolgt wird das Massendelikt

Ladendiebstahl,<sup>7</sup> bei dem die Asylzuwanderer zu den dominierenden Tätergruppen gehören.<sup>8</sup> Auf solche Zustände sind die staatlichen Institutionen nicht eingestellt. Der Staat ist nicht darauf eingerichtet, dass die Gesetzestreue einer großen und wachsenden Gruppe in der Bevölkerung aufgekündigt wird, so dass er nicht nur ausnahmsweise, sondern permanent eingreifen, regeln und steuern, überwachen und strafen muss.

Im Zuge der Flüchtlingskrise hat sich der Befund des Kontrollverlustes verdichtet in der Kritik am Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Auch diese Behörde war auf die explosive Zunahme der Flüchtlingszahlen seit 2015 nicht vorbereitet, weder personell noch strukturell. Jeder Verwaltungsakt einer Behörde ruht auf der Prüfung seiner rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen. Wenn aber mindestens 60 Prozent der neu Hinzukommenden zwar ein Smartphone, aber keine oder gefälschte Personalpapiere bei sich führen,<sup>9</sup> dann fehlen die Grundlagen für ein geordnetes Verwaltungsverfahren, das zudem noch auf Dolmetscher mit oft zweifelhafter Qualifikation und Interessenlage angewiesen ist.<sup>10</sup> Die einfachsten Dinge des zivilisierten Rechtsstaats werden fraglich, Name und Alter, Herkunftsland und Familienstand, und schließlich die Gründe für das Verlassen dieses Herkunftslandes. Ein System, das hohe Prämien für erfolgreiches Lügen aussetzt, muss sich mit der Wahrheitsfindung schwer tun.

Diese Verhältnisse sind ein unfassbarer Einbruch der Irrationalität in den Rechtsstaat. Sie stellen die Rationalität, Sachlichkeit und Legalität des Verwaltungshandelns zur Disposition. In der Flüchtlingskrise zeigt sich der Rechtsstaat als ein Koloss auf tönernen Füßen.

### Kontrollverzicht

»Die rechtsstaatliche Ordnung in der Bundesrepublik ist in diesem Bereich jedoch seit rund eineinhalb Jahren außer Kraft gesetzt und die illegale Einreise ins Bundesgebiet wird momentan de facto nicht mehr strafrechtlich verfolgt.«<sup>11</sup> Mit dieser Feststellung hat das Oberlandesgericht Koblenz am 14. Februar 2017 das Gesetz des Schweigens gebrochen. Es hat festgestellt, dass das illegale Überschreiten der deutschen Grenze nach wie vor eine hunderttausendfach begangene, aber nicht mehr geahndete Straftat ist.<sup>12</sup>

Eigentlich wäre es ja ganz einfach: »Was wirklich hilft, sind die klassischen Mittel: mehr Polizei auf den

Straßen, eine konsequente Strafverfolgung und ein strikt angewandtes Ausländerrecht.«<sup>13</sup> Aber so einfach ist es eben doch nicht. Im Zusammenspiel von Gesetzgeber und Rechtsprechung haben sich im Asylrecht umfangreiche Grauzonen entwickelt, in deren Zwielflicht Unrecht auch einmal als Recht erscheinen kann.

Das Grundgesetz ist von vorbildlicher Klarheit: »Politisch Verfolgte genießen Asylrecht«, heißt es in Art. 16a GG. Nicht minder eindeutig ist die folgende Einschränkung, die dieses Recht Personen nicht zugesteht, die aus sicheren Drittstaaten kommen. Aber nach wie vor beruht nur ein winziger Bruchteil der positiven Asylentscheidungen – in den ersten Quartalen des Jahres 2017 waren es weniger als 1% – auf dieser verfassungsrechtlichen Grundlage. Denn unterhalb des Grundrechts auf Asyl hat sich ein Wildwuchs von – je nach Zählung – acht bis zehn weiteren asylähnlichen Bleiberechtsregelungen entwickelt. Die Genfer Flüchtlingskonvention definiert Bleiberechte jenseits politischer Verfolgung; seit 2011 gibt es die freischwebende Erfindung des »subsidiären Schutzes«, der eine fast beliebige Auslegung ermöglicht und der keineswegs ein Grundrecht ist, sondern auf der EU-Richtlinie 2011/95/EU beruht. Sodann folgt eine Fülle von Sonder- und Ausnahmeregelungen – es gibt den Verfahrensaufenthalt gem. § 55 AsylVerfG, Kontingentflüchtlinge gem. § 23 und § 24 AufenthG, Flüchtlinge mit Abschiebungsschutz durch Anordnung der obersten Landesbehörde gem. § 23 AufenthG, »Duldung« aufgrund unverschuldeter, aber auch aufgrund verschuldeter Abschiebungshindernisse und dies oder das mehr – vom Familiennachzug ganz zu schweigen. Am Ende gilt: Wer da ist, kann da bleiben. Das Dickicht von Flucht- und Verbleibsgründen bietet unbegrenzte Spielräume, um umzusetzen, was politisch-medial gerade erwünscht ist, denn in Deutschland steht die Justiz »mit einem Bein im Lager der Politik«.<sup>14</sup>

Mit dem Aufenthaltsgesetz von 2005 wurden »Härtefallkommissionen« eingeführt, Laiengremien, welche die bestandskräftigen Urteile ordentlicher Gerichte aufheben können<sup>15</sup> – allerdings nur im Flüchtlingsrecht. Das Sozialgesetzbuch, das die Rechte Behinderter regelt, sieht solche Kommissionen nicht vor. Auch im Rechtsstaat gibt es eine gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit. Die ganze Ohnmacht des Rechtsstaats zeigt sich schließlich in der Verzweiflungstat der Bundesregierung, jedem

Flüchtling, der seiner gerichtlich verfügten Ausreisepflicht nachkommt, 6.000 Euro zu zahlen<sup>16</sup> – sicher ein in der Rechtsgeschichte moderner Staaten singuläres Angebot.

Auf dem Höhepunkt der Flüchtlingskrise gab es die Idee eines »Standardabweichungsgesetzes«:<sup>17</sup> »Das Ganze wird dann in eine Gesetzesinitiative münden müssen, in der wir solche Standards, die uns daran hindern, das Notwendige zu tun, dann auch zeitweise aufheben und Abweichungen möglich machen, damit wir schnell reagieren können«<sup>18</sup> – eine Traumvorstellung für alle Regierenden. Früher hieß das mal anders. Aber die jubelnden Medien blickten nicht zurück, sondern nach vorn: Die Deutschen müssten »lockerer« werden, die Kanzlerin habe es selbst gesagt,<sup>19</sup> und alles werde gut, wenn die Behörden nicht immer die »buchstabentreue Anwendung der Gesetze« praktizieren würden.<sup>20</sup> Die neue Lockerheit dauerte ein

4 Vgl. Lutz Raphael: *Recht und Ordnung. Herrschaft und Verwaltung im 19. Jahrhundert*. Frankfurt/Main 2000, S. 213.

5 Im Januar 2018 berichtet ein Grenzpolizist einem Journalisten, dass allein an der deutsch-österreichischen Grenze – bei unbekannter Dunkelziffer – täglich 500 bis 800 illegale Zuwanderer aufgegriffen würden, davon 80 Prozent ohne Pass. Vgl. Stefan Aust/Helmar Büchel: »Die Sondierung der Grenze«, in: *Welt am Sonntag* vom 21.01.2018.

6 Bundesminister des Innern: Bericht zur Polizeilichen Kriminalstatistik 2016. Berlin 2017, S. 75–77.

7 Vgl. »Diebesbanden plündern den Einzelhandel«, in: *FAZ* vom 27.04.2017.

8 2016 waren in 44.035 von 261.922 ermittelten Fällen Zuwanderer die Tatverdächtigen. Vgl. Martin Lutz/Marcel Leubecher: »Vor allem Taschendiebstahl«, in: *Welt am Sonntag* vom 23.04.2017.

9 Die Angaben schwanken, da die Bundesregierung die statistische Erfassung dieses Sachverhalts als »nicht zielführend« betrachtet. Vgl. Jochen Bittner: »60 Prozent aller Asylbewerber haben keine Ausweispapiere«, in: *Die Zeit* vom 30.03.2017. Die Zahl ist wahrscheinlich deutlich untertrieben; bereits vor 2015 verfügten 73 Prozent aller Betroffenen in Asylverfahren über keine Ausweispapiere. Vgl. Stefan Luft: *Die Flüchtlingskrise. Ursachen, Konflikte, Folgen*. München 2016, S. 100. Vgl. auch Manuel Bewarder: »Falscher Name, falscher Pass? Egal«, in: *Welt am Sonntag* vom 09.10.2016.

10 Vgl. Jörn Wenge: »Schmiermittel der Gerichtsbarkeit«, in: *FAZ* vom 25.10.2017.

11 OLG Koblenz, Az. 13 UF 32/17.

12 Aufenthaltsgesetz § 95. Vgl. Jens Gnisa: *Das Ende der Gerechtigkeit. Ein Richter schlägt Alarm*. Freiburg/Basel/Wien 2017, S. 189 f.

13 Ebenda, S. 42.

14 Ebenda, S. 17.

15 Luft, a.a.O., S. 102.

16 »6000 Euro bei freiwilliger Rückkehr«, in: *FAZ* vom 04.12.2017.

17 Robin Alexander: *Die Getriebenen. Merkel und die Flüchtlingspolitik*. Report aus dem Innern der Macht. 3. Aufl. München, 2017, S. 73.

18 Bundeskanzlerin Merkel bei der Sommerpressekonferenz vom 31.08.2015.

19 Nämlich in der Rede von Bundeskanzlerin Merkel bei der Veranstaltung »60 Jahre Gastarbeiter in Deutschland« am 7. Dezember 2015, auf der Website der Bundesregierung zugänglich.

20 Alexander Neubacher/Ralf Neukirch: »Zum Verrücktwerden«, in: *Der Spiegel* vom 10.10.2015, S. 30 f.

Jahr. Als sich herausstellte, dass der Massenmörder des Weihnachtsattentats von 2016 mit 14 Identitäten in Europa unterwegs gewesen, mehrfach des Sozialbetrugs überführt und auch als »Gefährder« identifiziert worden war, wurde aus der einst gefeierten »Lockerheit« über Nacht ein von den gleichen Medien scharf gezeißeltes eklatantes Behördenversagen.<sup>21</sup>

Ein ganz besonderer, erst im Gefolge spektakulärer Tötungsdelikte ans Licht gekommener Fall sind die Altersbestimmungen von Personen, die den Status eines »minderjährigen unbegleiteten Flüchtlings« genießen. Dieser Status sichert große Privilegien – das weiß man inzwischen weltweit. Ein Asylantrag muss nicht gestellt, kann also auch nicht abgelehnt werden. Eine privilegierte Unterbringung und eine aufwendige Betreuung sind gewährleistet. Die kostspieligen materiellen und sozialen Leistungen werden, wie man inzwischen weiß, fast durchgehend ohne ernsthafte Prüfung des Minderjährigkeitsstatus vergeben. Der Präsident der Bundesärztekammer erklärt Anfang 2018 unter Beifall von Politik und Medien, Altersbestimmungen durch Röntgenuntersuchungen seien ein Eingriff in das »Menschenwohl« und damit ein Verstoß gegen die Menschenwürde. Für Schwerbehinderte, die für behördliche Zuwendungen und Dokumente immer wieder neue ärztliche Bescheinigungen – auf eigene Kosten – beibringen müssen, für Pflegebedürftige, die von Pflegegrad 1 zu 2 aufgestuft werden wollen, gibt es diese Art von Menschenwürde nicht.

Dem abgründigen Misstrauen, das der deutsche Staat seinen einheimischen Bürgern gegenüber hegt, steht das grenzenlose Vertrauen gegenüber, das er den Selbstauskünften der Flüchtlinge entgegenbringt – hier schwingt wohl noch das alte Elitennarrativ des »Edlen Wilden« aus dem 18. Jahrhundert nach.<sup>22</sup>

## Der Doppelstaat

Zum Verständnis des sonderbaren Verhaltens nicht nur der deutschen Regierung, sondern auch großer Teile der deutschen Bevölkerung während der Flüchtlingskrise hat man Arnold Gehlens halb vergessenen Begriff der »Hypermoral« wieder entdeckt.<sup>23</sup> Mit ihm lässt sich erklären, warum die rechtswidrig Handelnden glaubten im Recht zu sein. Wer es gut meint, entscheidet selbst, was Recht und Unrecht ist. Das lästige »positive Recht« erscheint in dieser

Perspektive als »Blockade eines guten oder gelingenden menschlichen Lebens«<sup>24</sup> – Recht ist, was den Minoritäten nützt, freilich nur den diskurspolitisch privilegierten.

Im US-amerikanischen Exil hat der spätere Berliner Ordinarius für Politikwissenschaft Ernst Fraenkel sein berühmtes Buch über den »Doppelstaat« – *The Dual State* – geschrieben. Seine Unterscheidung von »Normenstaat« und »Maßnahmenstaat« hilft weiter, wenn man die aktuelle Situation in der Migrationsgesellschaft verstehen will. Der »Normenstaat« ist der Rechtsstaat, wie er sich in der westlichen Welt über Jahrhunderte hinweg herausgebildet hat. Der »Maßnahmenstaat« hingegen erhebt den Anspruch, jenseits der abstrakten Regeln des Normenstaates »eine »materielle« Gerechtigkeit zu repräsentieren« und »auf eine an die Form gebundene Gerechtigkeit verzichten zu können«.<sup>25</sup> Normenstaat und Maßnahmenstaat stehen sich konträr gegenüber, aber sie sind komplementär aufeinander verwiesen. Der Maßnahmenstaat tritt nur dort in Kraft, wo er gebraucht wird; ansonsten »regelt sich das private und öffentliche Leben nach den Normen des überkommenen oder neugeschaffenen Rechts«.<sup>26</sup> Und umgekehrt bedient er sich der »Ideologie des Normenstaates, um seine politischen Ziele rechtsstaatlich zu tarnen«.<sup>27</sup>

Es ist denkbar, dass das Arrangement von Normen- und Maßnahmenstaat sich einpendelt zu einem labilen Gleichgewicht, das ein oder zwei Generationen Bestand haben mag. Die junge Generation, die seit fünfzig Jahren in Schulen und Medien nichts anderes gelernt hat, als dass die Moral über dem Recht stehe, wird sich damit abfinden, solange es funktioniert und ihre Versorgung gesichert ist. Aber der Doppelstaat ist labil, seine Versprechungen von Wohlstand und Sicherheit sind trügerisch. Er wird sie irgendwann nicht mehr erfüllen können, das zeigt die Geschichte. Was dann kommt, weiß niemand.

21 Vgl. Maik Baumgärtner u.a.: »Ich bin ein Terrorist, haha!«, in: *Der Spiegel* vom 01.07.2017, S. 50–56.

22 Vgl. Urs Bitterli: Die »Wilden« und die »Zivilisierten«. Grundzüge einer Geistes- und Kulturgeschichte der europäisch-überseeischen Begegnung. München 1982, S. 367–392.

23 Vgl. Arnold Gehlen: *Moral und Hypermoral. Eine pluralistische Ethik*. 5. Aufl. Wiesbaden, 1986, S. 142 f.; S. 148 f.

24 Daniel Loick: *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*. Berlin 2017, S. 330.

25 Ernst Fraenkel: *Der Doppelstaat*. Frankfurt/Main – Köln 1974, S. 76.

26 Ebenda, S. 88.

27 Ebenda, S. 70.

– 5 Jahre TUMULT –  
Jubiläumsausgabe, 128 Seiten

Frühjahr 2018

# TUMULT

*Vierteljahresschrift für Konsensstörung*

---

## DAS FEMINISTISCHE PATRIARCHAT

*Vom Verschwinden der Liebe in der Selbstherrlichkeit*

## ACH, DEMOKRATIE

*Stümperei, Kontrollverlust, Infantilisierung*

## NEUE WELTORDNUNG

*Amerikanische Hybris und Paralyse*

## GOTT, DER NIE FORT WAR

*Ohne kulturelle Rückbesinnung kein Überleben*

---

