

Zur rhetorischen Verschiebung von Staatsgrenzen

Lise Känner

A. EINLEITUNG

Staatsgrenzen regeln territoriale Markierungen zur Absicherung von Macht, an denen der Hoheitsbereich des einen Staates endet und der eines anderen beginnt.¹ Die Grenze befindet sich im Spannungsfeld des Bedürfnisses nach (vermeintlicher) Sicherheit einerseits und der Gewährung von Schutz vor Krieg und Verfolgung andererseits. Sie ist somit Mittelpunkt der politischen Auseinandersetzungen im aktuellen öffentlichen Diskurs um Sicherheit und Verantwortung: Gegenstand dieser Auseinandersetzungen sind die seitens der EU gegenüber einigen Mitgliedstaaten sogar geforderte, partielle Durchsetzung der Wiedereinführung von Grenzkontrollen im Schengenraum,² der Bau von Grenzzäunen an den EU-Außengrenzen und der Einsatz von militärischen Mitteln zur Abwehr von irregulärer Migration.³

Dem tatsächlichen Grenzverlauf kommt dabei für die Bewertung von Amtshandlungen von Grenzschutzbeamten und –beamtinnen mit asyl- und

1 Kleinschmidt, Semantik der Grenze, in: APuZ 4-5/2014, S. 3.

2 Council of the EU, Implementing Decision (EU) 2017/818 of 11 May 2017, setting out a Recommendation for prolonging temporary internal border control in exceptional circumstances putting the overall functioning of the Schengen area at risk, Amtsblatt EU, L 122/73.

3 Council of the EU, Decision (CFSP) 2016/993 of June 2016 zur Militäroperation EUNAVFOR MED Operation Sophia, ABl. L 162/18.

migrationsrechtlichem Bezug elementare Bedeutung zu. Nur wenn der Grenzverlauf eindeutig zugeordnet werden kann, können wichtige Anschlussfragen wie die nach der rechtlichen Zuständigkeit aneinandergrenzender Staaten für das Entgegennehmen des Gesuchs nach Asyl beantwortet werden. Die Versteifung auf eine rechtliche Beschreibung des Grenzverlaufs allein wird allerdings der Realität nicht mehr gerecht. Dieser Beitrag wird zeigen, dass in mehreren Fällen aufgrund von zeitlich vor- oder nachgelagerten Aussagen und Anweisungen von politischen Entscheidungsträgern in der Praxis von dem rechtlichen Verlauf der Grenze abgewichen wurde, um bestimmte rechtswidrige Vorgehensweisen zu legitimieren.

Es ist außerdem These dieses Beitrages, dass diese Vorkommnisse keine Einzelfälle sind. Vielmehr handelt es sich um eine systematische Entleerung des rechtlichen Begriffs der Staatsgrenze, welche zu einem zunehmenden Bedeutungs- und Geltungskraftverlust der rechtlichen Beschreibung des Grenzverlaufs sowie zu erheblichen asyl- und migrationsrechtlichen Folgeproblemen führt.

B. DIE RECHTLICHE BESCHREIBUNG DER GRENZE

Zunächst ist für die Untersuchung des Phänomens der rhetorischen Grenzverschiebung eine genaue rechtliche Beschreibung der Staatsgrenze notwendig. Nur dann kann die Diskrepanz zwischen in der Praxis gelebter und rechtlicher Grenzziehung akkurat beschrieben werden. Außerdem begrenzt sich dieser Beitrag begrifflich aufgrund seines Formates auf Landgrenzen.⁴

I. Rechtspraxis der Grenzziehung und -änderung

Ausgangspunkt der Überlegung, wie Grenzen gezogen werden, ist die Souveränität der Staaten. Dieses System geht zurück auf den Westfälischen Frieden 1648, der das Staatssystem nicht auf Grundlage von Macht, sondern auf der Basis rechtlicher Gleichordnung festschrieb. Dies umfasste auch das Recht der Grenzziehung: Nur der souveräne Staat sollte seine Grenzen und damit sein Territorium und den Zugang zu selbigem festlegen

4 Zu der spezifischen Problematik im Zusammenhang mit Seegrenzen siehe den Beitrag von Maximilian Pichl und Timo Tohidipur in diesem Band.

können.⁵ Unzweifelhaft kann dieses Vorgehen bei benachbarten Staaten zu Konflikten führen, soweit sich diese über den Grenzverlauf nicht einig sind. Solche Konflikte werden im Regelfall durch bi- oder multilaterale Verträge beigelegt. Ihnen werden Koordinatenbeschreibungen sowie Karten angehängt, die den genauen Grenzverlauf verbindlich festlegen.⁶ Darüber hinaus werden die Grenzverläufe eines Staates dann auch faktisch international verfestigt, wenn die anderen Staaten ihn bei der UN offiziell anerkennen. Durch die Anerkennung als souveräner Staat werden auch dessen hinterlegte Grenzverläufe anerkannt.

Nachträgliche Änderungen des Grenzverlaufes werden regelmäßig ebenfalls durch bi- oder multilaterale Verträge von den beteiligten Staaten festgelegt. Fraglich ist, ob eine Änderung der Staatsgrenzen auch durch Gewohnheitsrecht möglich ist. Voraussetzungen für die Annahme von Gewohnheitsrecht ist völkerrechtlich mindestens eine unwidersprochene Staatenpraxis. Ob dies in den hier besprochenen Fällen zum Tragen kommen kann, erscheint bereits auf den ersten Blick zweifelhaft, eine nähere Betrachtung soll unter Kapitel D.I. (Auswirkungen der rhetorischen Verschiebung für die juristische Beschreibung) vorgenommen werden.⁷

II. Funktionen der rechtlichen Beschreibung der Grenze

Den oben beschriebenen Landgrenzen kommen verschiedene Funktionen im Staatsgefüge zu. Die erste und wichtigste Funktion der Staatsgrenze ist,

-
- 5 Vgl. eingehend *Kahn*, Territory and Boundaries, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), The Oxford Handbook of The History of International Law, 2012, S. 225 (233 ff.).
 - 6 Vgl. zum Beispiel den Vertrag über den Verlauf eines Abschnittes der deutsch-österreichischen Grenze von 1974: BGBl. Nr. 388/1979; s. ausführlich *Krajewski*, Völkerrecht, 2017, § 7 Rn. 17 ff.
 - 7 Letztlich darf Gewohnheitsrecht im Völkerrecht auch nicht sog. „ius cogens“, also zwingendes Recht in Frage stellen. Es erscheint allerdings möglich, dass zu den Grundsätzen des ius cogens auch die Souveränität der Staaten liegt. Wie oben bereits gezeigt ist Ausfluss dieses Prinzips auch das Recht, die eigenen Grenzen alleinig zu bestimmen. Ob dieses tatsächlich lediglich durch eine von der Rechtslage abweichenden Staatenpraxis angetastet werden darf, erscheint äußerst fraglich.

festzulegen, auf welchem Gebiet welche Hoheitsmacht herrscht. Sie legt fest, wo der politische Körper A regiert und wo Körper B. Damit legt die Staatsgrenze primär die Zuständigkeiten der beteiligten Akteure und Akteuren fest.

Zudem kommt der Staatsgrenze in konkreten Fällen – in Fortführung der Überlegungen zur Zuständigkeit – die Funktion zu, den Zugang zum Recht zu regeln. Allgemein bedeutet dies, dass sie bestimmt, auf welchem Gebiet welche Rechtsnormen für wen gelten. In den für diesen Beitrag relevanten Fällen geht es im Speziellen um den Zugang zu rechtsstaatlichen Asylverfahren sowie zu innerstaatlichem gerichtlichen Rechtsschutz. Gem. Art. 18, 19 GrCh, Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK und Art. 3 I Dublin-III-VO sind (europäische) Staaten verpflichtet, jeder Person, die ihr Staatsgebiet betritt, die Möglichkeit zu geben, um Asyl zu ersuchen. Hiervon ausgehend ist der Grenzverlauf für Geflüchtete von elementarer Bedeutung: So lange sie die Grenze noch nicht überquert haben, können sie kein Asylgesuch stellen. Ganz konkret kann Schutz vor Verfolgung und Krieg überhaupt nur durch Staaten und damit nur dann geleistet werden, wenn die Grenze aus Sicht des oder der Schutzsuchenden überhaupt übertretbar ist.⁸ Daran anschließend ist auch die Möglichkeit, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, davon abhängig, ob bestimmte Handlungen auf dem inländischen Staatsgebiet vorgenommen wurden oder nicht.

III. Offenheit der rechtlichen Beschreibung für den rechtspolitischen Diskurs

Die rechtliche Beschreibung von Sachverhalten ist kein starres, unveränderliches Gefüge. Rechtsbegriffe sind offen für Interpretation und stets im Kontext gesellschaftlicher Aushandlungsprozesse zu verstehen.⁹ Grundsätzlich bedeutet dies, dass das, was einmal mit der Setzung einer Rechtsnorm bezweckt wurde, nicht zwangsläufig 20 Jahre später in der gleichen Form so auch noch gelten muss. Dies ist allerdings nur bedingt auf die Rechtskraft der (Staats-)Grenze übertragbar. So bleibt bei der rechtlichen Beschreibung einer Linie wenig bis gar kein Raum für alternative Auslegun-

8 Siehe hierzu auch den Beitrag von Thea Kirsch.

9 Statt vieler s. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Auflage 2018, S. 101 ff., insb. S. 109 ff. m.w.N.

gen. Selbst eine Veränderung der gesellschaftlichen Wahrnehmung einer Grenze kann nicht dazu führen, dass sich die im Grenzvertrag festgelegten Koordinaten für den Grenzverlauf ändern. Insofern ist der Grenzverlauf an sich für keine anderweitige Interpretation offen, die sog. Wortlautgrenze ist absolut.

C. DIE POLITISCHE BESCHREIBUNG DER GRENZE

Im Gegensatz zur rechtlich eindeutigen Beschreibung des Grenzverlaufs tragen politische Entscheidungsträger*innen zur öffentlichen Wahrnehmung der Grenze bei, indem sie das Verhalten von Grenzbeamten anweisen oder die Ausgestaltung von Handlungsspielräumen nachträglich bewerten. Sie machen durch den Ausspruch selbst und die daraus abgeleiteten Handlungen der Grenzschutzbeamten die Grenze erst sichtbar.¹⁰

I. Beschreibung durch politische Entscheidungsträger*innen

Rechtstreue Entscheidungsträger*innen sollten sich bei der politisch-rhetorischen Beschreibung uneingeschränkt an der rechtlichen Beschreibung des Grenzverlaufs orientieren. Sie müsste es öffentlich verurteilen, wenn die ihnen unterstellten Beamten auf ihrem Hoheitsgebiet Geflüchtete in den Nachbarstaat zurückdrängen, ohne ihnen die Möglichkeit zu geben, ein Asylgesuch zu stellen.

In der Praxis sieht das anders aus. Es häufen sich Fälle, in denen in offiziellen Anweisungen an die handelnden Beamten vor Ort oder bei nachträglichen Bewertungen von Vorgängen die politisch Verantwortlichen einen Grenzverlauf darstellen, der mit dem rechtlichen nicht übereinstimmt. Dieser behauptete Verlauf legitimiert dann ein unter Umständen rechtswidriges Verhalten der Beamten. Im Folgenden soll auf einige Beispiele eingegangen werden.

10 Vgl. grundsätzlich zur Bedeutung von Rhetorik im rechtswissenschaftlichen Diskurs um Sicherheitspolitik sowie verschiedene Methoden der Diskursanalyse Röhner, Sicherheit als rechtswissenschaftliche Praxis, in: *KritV* 98 (2015), S. 153 ff.

1. Melilla

Die spanische Exklave Melilla liegt auf afrikanischem Festland und grenzt an Marokko. Dort wurden drei hintereinanderstehende, mehrere Meter hohe Zäune gebaut, um Geflüchtete vom Betreten des spanischen Staatsgebietes abzuhalten. Die Zaunanlage steht jedenfalls teilweise auf spanischem Staatsgebiet,¹¹ wird jedoch insgesamt von spanischen Beamt*innen verwaltet.¹² Von 2005 bis 2015 wurde die Guardia Civil administrativ und ohne gesetzliche Grundlage angewiesen, Geflüchtete, die versuchten, die Zaunanlage zu überwinden, direkt zurück auf marokkanisches Staatsgebiet zu verbringen.¹³ Dabei war die offizielle Aussage der spanischen Regierung, dass zusätzlich zur Staatsgrenze noch eine sog. operative Grenze (die Zaunanlage) überwunden werden müsse, um einen Antrag auf Asyl stellen zu können. Seit 2015 wurde diese Praxis mit einer gesetzlichen Grundlage

-
- 11 Die spanische Regierung bestreitet dies entgegen der den Grenzverlauf festlegenden internationalen Verträge, vgl. *N.D and N.T.. v. Spain*, EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15 und 8697/15, Rn. 17 und 44 f., während das *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) sowie einige Third Party Interveniers davon ausgehen, dass der Zaun in seiner Gesamtheit auf spanischem Territorium steht: ECCHR, Fallbeschreibung: Die spanisch-marokkanische Grenze bei Melilla – Push-Backs im rechtsfreien Raum, abrufbar: https://www.ecchr.eu/de/unsere-themen/voelkerstraftaten-und-rechtliche-verantwortung/migration-und-flucht/melilla.html?file=tl_files/Dokumente/Universelle%20Justiz/Fallbeschreibung_Melilla_EGMR_20171003.pdf (Entnahme: 02.11.2018); *N.D and N.T.. v. Spain*, EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15 und 8697/15, Rn. 45 ff.
- 12 ECCHR, Fallbeschreibung, S. 2, abrufbar: https://www.ecchr.eu/de/unsere-themen/voelkerstraftaten-und-rechtliche-verantwortung/migration-und-flucht/melilla.html?file=tl_files/Dokumente/Universelle%20Justiz/Fallbeschreibung_Melilla_EGMR_20171003.pdf (Entnahme: 02.11.2018).
- 13 Dabei lassen die spanischen Beamten regelmäßig marokkanische Sicherheitsbeamte die Geflüchteten aus der Zaunanlage holen. Es wird berichtet, dass die marokkanischen Beamten die betreffenden Personen bei diesem Vorgehen und danach massiv misshandeln, vgl. ebd. S. 1; ebenfalls dokumentiert im Fall *N.D. v. Spain*, EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15, Rn. 12.

versehen, die die unterschiedslosen Abschiebungen aus der Zaunanlage zurück auf marokkanisches Staatsgebiet formal legalisiert haben.¹⁴

Bei der von den spanischen Behörden postulierten „operativen“ Grenze handelt es sich nicht um eine Staatsgrenze in dem oben beschriebenen Sinne. Vielmehr stellt sie eine funktionale Grenze dar. Die Verwender dieser Bezeichnung spielen hier bewusst mit dem Vokabular. Dadurch, dass sie den Begriff der Grenze verwenden, suggerieren sie, es handele sich auch um eine klare rechtliche Grenzsituation. Im öffentlichen Bewusstsein wird ein Zaun, eine Mauer oder ein Grenzposten aber regelmäßig mit der Staatsgrenze gleichgesetzt; optische Erkennungszeichen visualisieren eine Grenze erst. Gleichzeitig suggerieren solche Erkennungszeichen ebenfalls, es handele sich um eine rechtlich korrekte Beschreibung.

Zudem kommt es ebenfalls immer wieder zu der Situation, dass Geflüchtete, die weit in die Zaunanlage vorgedrungen sind, von den spanischen Behörden in Melilla inhaftiert werden und anschließend unterschiedslos abgeschoben werden.¹⁵ Auch hier zeigt sich, wie widersprüchlich das Verhalten der spanischen Behörden ist. Verhaften kann man nämlich jemanden nur, wenn es hierfür eine Rechtsgrundlage, also in den meisten Fällen einen Rechtsverstoß seitens des Verhafteten gegeben hat. Dies ist aber nur denkbar, wenn überhaupt Recht gilt, gegen das verstoßen werden könnte. Gerade das bestreiten die Behörden aber ja für den Bereich der Grenzzaunanlage. Es ist daher davon auszugehen, dass die spanischen Behörden selektiv von einer Geltung des Rechts innerhalb der Zaunanlage nur

14 ECCHR, Fallbeschreibung, S. 2 ff., abrufbar: https://www.ecchr.eu/de/unsere-themen/voelkerstraftaten-und-rechtliche-verantwortung/migration-und-flucht/melilla.html?file=tl_files/Dokumente/Universelle%20Justiz/Fallbeschreibung_Melilla_EGMR_20171003.pdf (Entnahme: 02.11.2018).

15 So auch im Fall *N.D. v. Spain*, EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15, Rn. 12.

dann ausgehen, wenn es für sie einen Vorteil bringt. Insgesamt handelt es sich schlicht um Willkür.¹⁶

2. Ungarn/Serbien

Die ungarische Regierung begann 2015 mit dem Bau eines Zaunes an der ungarisch-serbischen Grenze. Diese EU-Außengrenze lag insbesondere in den Jahren 2014 und 2015 auf einer der Hauptrouten von Geflüchteten auf dem Weg nach Mittel- und Westeuropa. Die Regierung unter Viktor Orbán bezweckte mit dem Bau des Zaunes die deutliche Reduzierung der Zahl der Geflüchteten, die in Ungarn und der EU insgesamt ankamen. Der Grenzzaun wurde ebenfalls auf ungarischem Staatsgebiet errichtet und mit zwei baulichen Transitanlagen (Transitzonen) versehen, die pro Werktag nur jeweils einen Mensch durchlassen.¹⁷ Komplementär hierzu wurden die Grenzbeamten*innen angewiesen, innerhalb eines Abstandes von acht Kilometern hinter dem Grenzzaun auf ungarischer Seite aufgefasste Geflüchtete

16 Diese ist auch bereits für sich betrachtet rechtswidrig. Das Willkürverbot wird zumeist rezipiert in gleichheitsrechtlichen Vorschriften sowie in Diskriminierungsverboten. Letztlich kann auch die Verpflichtung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausfluss mindestens des Willkürverbots verstanden werden. Im deutschen Recht leitet sich der allgemeine Grundsatz des Willkürverbots aus Art. 3 I GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip insgesamt ab, vgl. BVerfGE 86, 148 (251); E 69, 161 (168 f.). Dabei wird eine Entscheidung als willkürlich verstanden, die nicht mehr verständlich ist und auf sachfremden Erwägungen beruht, st. Rspr. des BVerfG seit BVerfG 4, 1 (7). In der EMRK sei insbesondere auf Art. 1 Abs. 2 des 12. Zusatzprotokolls verwiesen, der jegliche Diskriminierung von Bürgern durch Behörden untersagt. Grundlegend zur Bedeutung des Willkürverbots im Völkerrecht siehe bereits *Leibholz*, Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten, ZaöRV 1929, S. 77 ff.

17 *Kolb, Matthias*, Ein Land schottet sich ab, 16.06.2018, <https://www.sueddeutsche.de/politik/fluechtlinge-in-ungarn-ein-land-schottet-sich-ab-1.4014923> (Entnahme: 02.11.2018); zum Vergleich: 2017 waren es noch ca. 15 Menschen pro Tag, *Helsinki Committee Hungary* (Hrsg.), Pushed Back at the Door: Denial of Access to Asylum in Eastern EU Member States, 2017, S. 12 ff., abrufbar: https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2015/12/pushed_back.pdf (Entnahme: 02.11.2018).

wieder auf die andere Seite des Zaunes in Richtung Serbien zu verbringen.¹⁸ Hierdurch sollte sichergestellt werden, dass Geflüchtete Ungarn ausschließlich durch die Transitzone betreten können. Anfang 2017 verabschiedete die Regierung gemeinsam mit dem Parlament ein Gesetz, welches es den Behörden erlaubt, Geflüchtete, deren Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist, unabhängig von ihrem Aufenthaltsort in Ungarn auf die andere Seite des Zauns bzw. in die nun deutlich vergrößerten Transitzonen zu verbringen und dort zeitlich unbegrenzt zu inhaftieren.¹⁹ Dabei traten Orbán sowie andere Angehörige seiner Regierung in den vergangenen Monaten und Jahren immer wieder mit Äußerungen in Erscheinung, die die Bedeutung des effektiven Grenzschutzes für die „völkische Reinheit der Magyaren“²⁰ betonen.²¹ Rechtlich stellt sich die Regierung auf den Standpunkt, dass hinter dem Grenzzaun noch einige Meter ungarisches Staatsgebiet sei und die Abschiebungen auf die andere Seite des Zaunes somit keine illegalen Push-Backs darstellten.²²

18 Ebd.

19 Vgl. PRO ASYL, Inhaftierung aller Flüchtlinge – Ungarns Abschied vom Asylrecht, 08.03.2017, <https://www.proasyl.de/news/inhaftierung-aller-fluechtlinge-ungarns-abschied-vom-asylrecht/> (Entnahme: 02.11.2018).

20 Unter dem „Volk der Magyaren“ wird gemeinhin eine „homogene“ ethnische Gruppe verstanden, nicht etwa eine rechtliche Zuschreibung wie die ungarische Staatsbürgerschaft. Gegenüber dieser ethnischen Gruppe erfahren in Ungarn Minderheiten wie z.B. Roma oder Juden erhebliche Diskriminierung und Entrechtung. Siehe zum Ganzen: *Marsovszky*, Verfolger und Verfolgte. Antiziganismus in Ungarn, Rosa-Luxemburg-Stiftung Sachsen (Hrsg.), Leipzig, 2015; *Marcks/Koob/Marsovszky*, Mit Pfeil, Kreuz und Krone, Nationalismus und autoritäre Krisenbewältigung in Ungarn, 2013.

21 Vgl. anstatt vieler nur die Rede von Viktor Orbán vor dem europäischen Parlament am 26.04.2017, abrufbar: <http://www.minizterelnok.hu/rede-von-viktor-orban-in-der-plenarsitzung-des-europaischen-parlaments/> (Entnahme: 02.11.2018) und *Roser*, Flüchtlingsfurcht ohne Flüchtlinge, ZEIT ONLINE, 18.03.2017, abrufbar: <http://www.zeit.de/politik/ausland/2017-03/ungarn-grenze-fluechtlinge-viktor-orban-internierung> (Entnahme: 02.11.2018).

22 Vgl. Die Ausführungen vom *Helsinki Committee Hungary*, Changes in the Hungarian asylum system since 2015, abrufbar: <https://www.helsinki.hu/wp->

3. Deutschland/Österreich

Bevor Mitte 2015 die deutsche Bundeskanzlerin Angela Merkel entschied, dass die Bundesrepublik von ihrem in Art. 17 Dublin-III-VO gesetzlich vorgesehenen Selbsteintrittsrecht Gebrauch machen sollte und somit den Weg nach Deutschland für die vorwiegend aus Ungarn anreisenden Geflüchteten rechtlich freimachte,²³ überquerten bereits über den gesamten Sommer 2015 hinweg immer mehr Geflüchtete die deutsch-österreichische Grenze. Dies veranlasste die deutschen und österreichischen Behörden, wieder verstärkte Grenzkontrollen einzuführen. Die deutschen Grenzbeam*innen wurden in Absprache mit Österreich angewiesen, kurz vor, aber auch jenseits der deutschen Grenze, also auf österreichischem Hoheitsgebiet, Personenkontrollen durchzuführen und den Zutritt zu deutschem Staatsgebiet ggf. zu verwehren. Politisch begründet wurde dieses ungewöhnliche Vorgehen damit, es gebe eine sog. Transitzone zwischen dem deutschen und dem österreichischen Staatsgebiet, in dem u.a. das Recht auf Stellung eines Asylgesuchs nicht gelte. Hierbei wurde die sog. Transitzone als rechtlich-fiktiver räumlicher Bereich verstanden, es handelte sich hier nicht um eine erbaute Transitanlage wie im ungarischen Fall (s.o.). Aus diesem Grund ist auch diese Transitzone als funktionale Grenze zu verstehen. Diese Position wurde zudem vereinzelt auch von Rechtsgelehrten verteidigt.²⁴

content/uploads/Key-asylum-related-HHC-publications-2015-2018.pdf (Entnahme: 06.11.2018).

- 23 Die Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens seitens Deutschlands bestätigte der EuGH in seinem Urteil vom 26.07.2017, Az.: C-646/16, Rn. 100.
- 24 *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke*, Nochmals: Die Politik offener Grenzen ist nicht rechtskonform, *VerfBlog*, 2016/3/02, <http://verfassungsblog.de/nochmals-die-politik-offener-grenzen-ist-nicht-rechtskonform/> (Entnahme: 02.11.2018). Dabei soll hier nicht auf die intensiv geführte Diskussion eingegangen werden, welche Bestimmung der Dublin-III-VO für die Zuständigkeitszuteilung genau einschlägig ist. Dies ändert nämlich auch nichts an der Feststellung, dass *Peukert* u.a. jedenfalls von der Existenz eines sog. Transitbereichs zwischen der deutschen und der österreichischen Grenze ausgehen; ist doch die Frage der Zuständigkeit eines Staates nach der Dublin-III-VO der Frage nach dem Grenzverlauf nachgelagert.

Die eigentlich nur ausnahmsweise, vorübergehend und für maximal zwei Jahre zulässigen Grenzkontrollen an der Binnengrenze zu Österreich (vgl. Art. 25, 29 Schengener Grenzkodex) wurden im Oktober 2018 durch das Bundesinnenministerium nochmals bis zum 11.05.2019 verlängert.²⁵ Zudem wurde ein Verwaltungsabkommen mit Griechenland abgeschlossen, das die Möglichkeit der Rückführung einer Geflüchteten Person nach Griechenland vorsieht, sofern ein EURODAC-Treffer der Kategorie 1 festgestellt wurde (die geflüchtete Person also ihren Fingerabdruck bei den griechischen Behörden abgegeben hat), eine Einreise-Verweigerung auf deutscher Seite an der deutsch-österreichischen Grenze erfolgt ist und die griechischen Behörden der Rücknahme der Person nicht binnen sechs Stunden widerspricht.²⁶ Ein Asylgesuch können die betroffenen Personen dann in Deutschland nicht mehr stellen, auch eine Prüfung der Zuständigkeit zur Entgegennahme von Asylanträgen nach der Dublin-III-VO wird dann von Deutschland nicht mehr vorgenommen.²⁷ Vorausgegangen war diesen Entscheidungen ein lang andauernder Streit über die Behandlung von in Deutschland ankommenden Geflüchteten zwischen Bundeskanzlerin Angela Merkel und Bundesinnenminister Horst Seehofer im Frühjahr und Sommer 2018.²⁸

25 Pressemitteilung des BMI vom 12.10.2018, abrufbar: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2018/10/grenzkontrollen-zu-oesterreich.html> (Entnahme: 06.11.2018); zur Rechtswidrigkeit der Grenzkontrollen insgesamt s. *Hruschka*, Gewolltes Recht, Verfassungsblog 02.11.2018, <https://verfassungsblog.de/gewolltes-recht/> (Entnahme: 06.11.2018); *ders.*, Kontrolle oder Chaos? Zur Rechtswidrigkeit der Zurückweisung von Schutzsuchenden an den europäischen Binnengrenzen, Flüchtlingsforschungsblog 18.06.2018, <https://fluechtlingsforschung.net/kontrolle-oder-chaos-zur-rechtswidrigkeit-der-zurueckweisung-von-schutzsuchenden-an-den-europaischen-binnengrenzen/> (Entnahme: 06.11.2018).

26 Die englische Version des Abkommens ist hier einsehbar: <http://rsa.egean.org/the-administrative-arrangement-between-greece-and-germany/> (Entnahme: 06.11.2018); s. außerdem *Hruschka*, Gewolltes Recht, Verfassungsblog 02.11.2018, <https://verfassungsblog.de/gewolltes-recht/> (Entnahme: 06.11.2018).

27 Ebd.

28 Eine chronologische Dokumentation des Streits findet sich auf ZDF.de: Chronik eines Streits, Merkel, Seehofer und die Flüchtlingspolitik, ZDF.de 02.07.2018,

II. Rechtliche Beurteilung und rhetorische Verschiebung

1. Begrifflichkeit

Rechtlich betrachtet sind alle drei oben genannten Fälle äußerst problematisch. Die Beispiele haben gemeinsam, dass jeweils davon ausgegangen wird, es gebe einen räumlichen Bereich vor oder hinter der tatsächlichen Staatsgrenze, in dem die Behörden eines Staates zwar handeln dürfen, aber rechtlich für dieses Handeln nicht verantwortlich gemacht werden können. Während die spanische Regierung von einer operativen Grenze spricht, wird in der ungarischen und teilweise der deutschen Debatte der Begriff der Transitzone verwendet. Hierbei muss aber deutlich von den regulierten Transitzonen bspw. an Flughäfen abgegrenzt werden. Im Gegensatz zu dem Transitbereich im Flughafenverfahren, der sich jedenfalls im Grundsatz durch Verrechtlichung und überprüfbare Verfahren auszeichnet, handelt es sich bei den sog. Transitzonen der deutschen Debatte vor dem Verwaltungsabkommen mit Griechenland sowie in der ungarischen Debatte um einen nicht regulierten Raum.²⁹ Ihr lag die Annahme zugrunde, ein solcher nicht regulierter Raum bestehe natürlicherweise.³⁰ Letztlich macht die be-

<https://www.zdf.de/nachrichten/heute/chronologie-merkel-seehofer-fluechtlings-politik-102.html> (Entnahme 06.11.2018).

29 Siehe zum Unterschied sowie zur Kritik auch am Flughafenverfahren eingehend *Kleist*, Versionen fiktiver Migrationspolitik und was sie unterscheidet: Transitzentren, Flughafenverfahren und die australische non-Migration Zone, *Verfassungsblog* 05.07.2018, <https://verfassungsblog.de/versionen-fiktiver-migrations-politik-und-was-sie-unterscheidet-transitzentren-flughafenverfahren-und-die-australische-non-migration-zone/> (Entnahme: 06.11.2018); ferner *Salter* (Hrsg.), *Politics at the Airport*, Minneapolis/London 2008.

30 Auch das BVerfG hat festgestellt, dass das Flughafenverfahren sich vom regulären Verfahren deutlich unterscheidet. Dabei betont es die Wichtigkeit von gesetzlichen Regularien für diesen Bereich, die die Gewährung eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens sowie Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht erschweren, oder vereiteln, BVerfG, Beschluss vom 14.05.1996, Az.: 2 BvR 1516/93. Siehe zur gesamten Debatte um Transitzonen auch *Tohidipur*, Transitzonen für Schutzsuchende – Neue Vokabel für eine alte Idee, LTO 28.10.2015, abrufbar: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/transitzone-fluechtlings-asyl-fluechtlingskonvention-dublin-ii-non-refoulement/> (Entnahme: 02.11.2018).

griffliche Unterscheidung zwischen operativer Grenze und Transitzone auch keinen Unterschied. Es geht in jedem Fall um die Schaffung eines rechtsfreien Raumes, der im Folgenden als funktionale Grenze bezeichnet werden soll. Die Lage an der deutsch-österreichischen Grenze ist seit dem Verwaltungsabkommen mit Griechenland zwar auf dem Papier reguliert, materiell betrachtet handelt es sich aber bei dem Bereich an der deutschen Grenze, in dem Beamt*innen Geflüchteten die Einreise verweigern dürfen sollen, ebenfalls um einen räumlichen Bereich, in dem für Geflüchtete bestimmte Rechte nicht gelten sollen. Insofern kann auch hier von einer funktionalen Grenze gesprochen werden.

2. Funktionale Grenze im Völker- und Unionsrecht

Völkerrechtlich kann Territorium, für das gar kein Recht gilt, nur sog. terra nullius sein, also Gebiet, das unbesiedelt ist und zu keinem Hoheitsgebiet eines Staates gehört oder unter internationaler Verwaltung steht.³¹ Genau das liegt aber in den hier besprochenen Beispielen nicht vor. Vielmehr bestehen die beteiligten Staaten darauf, dass der Bereich der funktionalen Grenze auch zu ihrem Hoheitsgebiet gehört. Völkerrechtlich ist dieses Konzept also nicht zu erklären.

Auch in den bi- oder multilateralen Verträgen über den konkreten Grenzverlauf ist eine funktionale Grenze im Unterschied zur rechtlich festgelegten Staatsgrenze gerade nicht vorgesehen. Schließlich widerspricht die Annahme einer funktionalen Grenze auch dem Grundkonzept des gemeinsamen europäischen Asyl- und Migrationsrechts sowie der Genfer Flüchtlingskonvention. In beiden Fällen geht es darum, effektiven Schutz vor Verfolgung und Krieg zu gewährleisten. Wie oben gezeigt, kann dies allerdings nur realisiert werden, wenn Geflüchtete die Grenze eines Staates überhaupt überqueren können und sich der faktische Grenzverlauf nicht willkürlich je nach Betrachtungsweise und politischer Entscheidung verschiebt. Zusätzlich verfolgen die Dublin-III-VO sowie weitere europarechtliche Normen ausdrücklich das Ziel, „refugees in orbit“ zu verhindern.

31 Zum Konzept des terra nullius siehe ICJ, Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 ICJ 12, 38 Abs. 79 f.; kritisch zu diesem Konzept Connor, *The Invention of Terra Nullius: Historical and Legal Fictions on the Foundations of Australia*, 2005.

Der Terminus „refugees in orbit“ bezeichnet solche Fälle, in denen sich Asylsuchende zwar auf dem Gebiet der EU aufhalten, sich aber aufgrund von widersprüchlichen nationalen Rechtsnormen kein Mitgliedsstaat für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig sieht. Insofern geht es bei dieser Doktrin der Dublin-III-VO genau genommen um eine nachgelagerte Frage der Zuständigkeit, und nicht darum, ob der Zugang zu einem schützenden System überhaupt gewährt wird. Dennoch ist insbesondere unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO, welcher vorsieht, dass die Mitgliedsstaaten auch solche Asylgesuche prüfen, die *an* ihren Grenzen gestellt werden, ein gewisser Außenbezug des Schutzzweckes der Dublin-III-VO nicht von der Hand zu weisen.

3. Rhetorische Verschiebung

Das Vorgehen der spanischen, ungarischen und deutschen Regierung sowie Beamt*innen wird somit zurecht als europa- und völkerrechtswidrig kritisiert.³² Dass dies aufgrund der Tatsache, dass es sich bei der Grenze zwischen Deutschland und Österreich um eine EU-Binnengrenze handelt, an-

32 *ECCHR*, Fallbeschreibung Melilla, S.1 f., abrufbar: https://www.ecchr.eu/de/unsere-themen/voelkerstrafaten-und-rechtliche-verantwortung/migration-und-flucht/melilla.html?file=tl_files/Dokumente/Universelle%20Justiz/Fallbeschreibung_Melilla_EGMR_20171003.pdf (Entnahme: 02.11.2018); *Hong*, Die „Fiktion der Nichteinreise“ als Grundrechtseingriff durch normativen Tatsachenausschluss, *Verfassungsblog* 04.07.2018, <https://verfassungsblog.de/die-fiktion-der-nichteinreise-als-grundrechtseingriff-durch-normativen-tatsachenausschluss/> (Entnahme: 06.11.2018); *Hruschka*, Gewolltes Recht, *Verfassungsblog* 02.11.2018, <https://verfassungsblog.de/gewolltes-recht/> (Entnahme: 06.11.2018); *ders.*, Kontrolle oder Chaos? Zur Rechtswidrigkeit der Zurückweisung von Schutzsuchenden an den europäischen Binnengrenzen, *Flüchtlingsforschungsblog* 18.06.2018, <https://fluechtlingsforschung.net/kontrolle-oder-chaos-zur-rechtswidrigkeit-der-zurueckweisung-von-schutzsuchenden-an-den-europaischen-binnengrenzen/> (Entnahme: 06.11.2018); *Schmalz*, Die Fiktion der Nichteinreise ist ein Instrument der Entrechtung, *Verfassungsblog* 04.07.2018, <https://verfassungsblog.de/die-fiktion-der-nichteinreise-ist-ein-instrument-der-entrechtung/> (Entnahme 06.11.2018).

ders zu bewerten sei,³³ erscheint nicht plausibel. Insgesamt ist die Schaffung eines solchen faktisch rechtsfreien Raums schlicht rechtswidrig.³⁴ Insgesamt werden hier also zur Legitimation einer rechtswidrigen Praxis an den Staatsgrenzen rhetorisch selbige verschoben.

D. AUSWIRKUNGEN DER RHETORISCHEN VERSCHIEBUNG

I. Für die juristische Beschreibung der Grenze

Es stellt sich nun die Frage, ob und wenn ja welche unmittelbaren rechtlichen Veränderungen des Grenzverlaufs sich aus den abweichenden politischen Beschreibungen ergeben. Die zehn Jahre andauernde Abschiebepaxis an den Grenzen von Melilla hat 2015 zu einer formalen Legalisierung ebenjener auf nationaler Ebene geführt.³⁵ Dennoch bestreitet die spanische Regierung auch weiterhin nicht den in völkerrechtlichen Verträgen festgelegten Grenzverlauf.³⁶ Auch Ungarn hält daran fest, dass der Zaun sowie einige Meter dahinter ungarisches Staatsgebiet sind. Den eigentlichen Grenzverlauf hält die Regierung also nicht für tangiert. Schließlich stellt auch in der deutsch-österreichischen Debatte niemand den tatsächlichen Grenzverlauf auf dem Papier in Frage.

33 So aber wohl *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke*, Nochmals: Die Politik offener Grenzen ist nicht rechtskonform, *VerfBlog*, 2016/3/02, <https://verfassungsblog.de/nochmals-die-politik-offener-grenzen-ist-nicht-rechtskonform/> (Entnahme: 02.11.2018); vgl. auch Fn. 24.

34 Zu diesem Ergebnis gelangt im Fall *N.D. and N.T. v. Spain* auch der EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15 und 8697/15, Rn. 52 ff.; s. auch Fn. 32.

35 Zu dem Phänomen der Verrechtlichung des Ausnahmezustandes siehe weiterführend *Frankenberg*, Ausnahmezustand, in: *KJ* 2017, S. 3 ff.

36 Zu den internationalen Verträgen vgl. EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15 und 8697/15, Rn. 53.

Dieser Befund ist auch wichtig für die Frage, ob hier möglicherweise eine Rechtsänderung durch Gewohnheitsrecht³⁷ oder nach dem Grundsatz des unbestrittenen Besitzstandes (*uti possidetis*)³⁸ erfolgen kann. Dadurch, dass alle beteiligten Staaten offiziell verlauten lassen, an ihrer Staatsgrenze habe sich nichts geändert, wird man bereits an einer übereinstimmenden Staatenpraxis zweifeln können.

Bestätigt wird der Befund, dass sich die rechtliche Beschreibung durch eine abweichende politische Rhetorik nicht verändert, auch vom EGMR. Dessen kleine Kammer hat 2017 in zwei Urteilen die Völkerrechtswidrigkeit der spanischen Abschiebepaxis in Melilla und der Gesetzesänderungen in Ungarn festgestellt (eine Entscheidung der großen Kammer steht noch aus).³⁹

Der EGMR attestierte Ungarn, dass die Abschiebung von Flüchtlingen auf die andere Seite des Zaunes sowie die zeitlich unbegrenzte Inhaftierung gegen Art. 3 (Verbot von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung), Art. 5 Abs. 1 und 4 (Recht auf Fortbewegungsfreiheit) und Art. 13 i.V.m. Art. 3 (Recht auf wirksame Beschwerde) EMRK verstößt.⁴⁰ Die spanische Abschiebepaxis in Melilla verstößt laut EGMR gegen das Verbot der Kollektivausweisung (Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK) sowie das Gebot eines rechtsstaatlichen Verfahrens (Art. 13 EMRK).⁴¹ Das Verbot der Kollektivausweisung soll davor schützen, dass Gruppen von Geflüchteten ohne Einzelfallprüfung abgeschoben werden, das Gebot eines rechtsstaatlichen Verfahrens sicherstellen, dass staatliche Handlungen justiziabel sind und Verantwortlichkeit geschaffen wird. Das Verbot der Kollektivausweisung ist dabei elementarer Bestandteil eines Rechtssystems zum Schutz von Menschenrechten an der Staatsgrenze während dem Gebot des

37 Zur Rechtsänderung durch Gewohnheitsrecht im Völkerrecht siehe v. *Arnauld*, Völkerrecht, 3. Auflage 2016, Rn. 249 ff.

38 Siehe hierzu *Krajewski*, Völkerrecht, 2017, § 7 Rn. 23 ff.

39 *N.D. and N.T. v. Spain*, EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15 und 8697/15 (Melilla); *Ilias and Ahmed v. Hungary*, EGMR, Urteil vom 14.03.2017, Az.: 47287/15 (Ungarn).

40 *Ilias and Ahmed v. Hungary*, EGMR, Urteil vom 14.03.2017, Az.: 47287/15, Rn. 70 ff., 91 ff., 112 ff.

41 *N.D. and N.T. v. Spain*, EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15 und 8697/15, Rn. 102 ff., 116 ff.

rechtsstaatlichen Verfahrens fundamentale Bedeutung für Rechtsstaatlichkeit überhaupt zukommt. Gegen beide Grundsätze verstößt laut EGMR die spanische Abschiebepaxis in Melilla. Die Kammer betont dabei, dass es auf die Frage, ob die Grenze tatsächlich überschritten wurde, dann nicht ankommt, wenn sich die Geflüchteten auf dem Gebiet befinden, über das die spanischen Behörden ausschließliche Hoheitsbefugnisse haben bzw. ausüben.⁴² Dort wo Staatsgewalt effektiv ausgeübt wird, müssen auch Rechte für Geflüchtete gelten.⁴³ Insgesamt erfolgt also eine Änderung der Lage *de jure* nicht.

II. Für das exekutive Handeln

Während sich die rechtliche Lage auf dem Papier nicht ändert, hat die abweichende politische Beschreibung große Auswirkungen auf das tatsächliche exekutive Handeln an der Grenze. Im Fall von Melilla wurde bereits im Vorfeld durch die behördeninterne Anweisung systematisch ein Rechtsbruch vorgegeben und über zehn Jahre lang rhetorisch legitimiert. Auch das Gesetz, welches die Abschiebepaxis 2015 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt hat, wird von der spanischen Regierung damit gerechtfertigt, es gebe zusätzlich zur tatsächlichen eine sog. operative Grenze. Der gleiche Mechanismus lässt sich in der Diskussion um das ungarische Vorgehen und die deutsch-österreichische Grenze beobachten. In beiden Fällen wurde sowohl im Vorfeld als auch nachträglich der Rechtsbruch zunächst politisch-rhetorisch und später gesetzlich bzw. durch ein Verwaltungsabkommen legitimiert. Dies ändert allerdings nichts an der Rechtswidrigkeit des Vorgehens (s.o.).

Ironischerweise wird häufig die Figur des Ausnahmezustandes herangezogen, um die Aussetzung von geltendem Recht zu rechtfertigen.⁴⁴ Dass es sich bei diesem Recht zumeist um solches handelt, das explizit für Krisensituationen im Sinne von außergewöhnlichen Umständen geschaffen wurde, wird dabei oftmals verschwiegen. Zu solchen, die Wiedereinfüh-

42 Ebd., Rn. 52 ff.

43 Ebd., auch in Fortführung der Hirsi-Rechtsprechung (EGMR, Urteil vom 23.02.2012, Az. 27765/09).

44 Siehe hierzu umfassend *Röhner*, Sicherheit als rechtswissenschaftliche Praxis, in: KritV 98 (2015), S. 153 ff.;

rung von vorübergehenden Kontrollen an den Binnengrenzen rechtfertigenden außergewöhnlichen Umständen gehören Migration und das Überschreiten der Außengrenzen durch eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen an sich allerdings nicht.⁴⁵ Insgesamt ist anzunehmen, dass die handelnden Behörden durch die nachträgliche politische (wie formale) Rechtfertigung ihres rechtswidrigen Handelns dazu verleitet werden, sich auch in Zukunft rechtsbrüchig zu verhalten, da sie keine unmittelbaren Konsequenzen zu befürchten haben.⁴⁶

III. Für den öffentlichen Diskurs

Schließlich ist die Auswirkung solcher Aussagen für den öffentlichen Diskurs nicht zu unterschätzen. Einerseits macht die Verrohung des öffentlichen Diskurses über geflüchtete Personen Rechtsbrüche dieser Art erst möglich. Gleichzeitig führen institutionalisierte Rechtsbrüche auch dazu, dass der öffentliche Diskurs weiter eskaliert. Es handelt sich also um eine gefährliche Legitimationsspirale, welche im schlimmsten Fall dazu führt, dass Maßnahmen ergriffen werden, die nach Sach- und Rechtslage nicht geboten wären.

45 Erwägungsgründe 1 und 5 zur „Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 zwecks Festlegung einer gemeinsamen Regelung für die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen“: *„In einem Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen bedarf es einer gemeinsamen Antwort auf Situationen, die eine ernsthafte Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit dieses Raums, Teilen dieses Raums oder eines oder mehrerer ihrer Mitgliedstaaten darstellen, indem die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen gestattet wird, ohne dass der Grundsatz des freien Personenverkehrs berührt wird.[...] Migration und das Überschreiten der Außengrenzen durch eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen sollte nicht an sich als Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit betrachtet werden.“*

46 Die Frage nach mittelbaren Konsequenzen wie rechtsstaatlichen Verfahren vor supranationalen Gerichten beispielsweise gegen Ungarn vor dem EuGH ist indes eine andere. Hier soll es um die unmittelbaren Auswirkungen für die ausführenden Behörden gehen.

IV. Konsequenz: Bedeutungsverlust der rechtlichen Beschreibung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die rechtliche Lage aufgrund der oben beschriebenen Mechanismen nicht unmittelbar ändert. Sie erhält zwar Bestätigung durch judikative Entscheidungen – sowohl das Urteil des EGMR gegen Ungarn als auch das gegen Spanien beweisen, dass gewisse Grundwerte juristisch nicht verhandelbar sein dürfen – verliert aber dennoch erheblich an Bedeutung.

Dies wird einerseits hinsichtlich der mangelnden Vollstreckbarkeit von völkerrechtlichen Gerichtsurteilen gegenüber Staaten deutlich. Solche leben nämlich letztlich von der Akzeptanz der beteiligten Parteien. Zwar werden den jeweiligen Staaten signifikante Rechtsbrüche attestiert, allerdings ist zumindest in Ungarn bereits zu beobachten, dass die Bereitschaft, die Rechtspraxis zu ändern, gering ist.⁴⁷ Insbesondere bei dem Verfahren gegen Spanien bleibt daher abzuwarten, inwieweit sich die gesetzliche Lage sowie die Abschiebep Praxis am Zaun Melillas ändern werden. Entscheidungen des EGMR sind zwar auch von allen anderen Konventionsstaaten zu beachten, allerdings ist das Verfahren auf Schadensersatz ausgerichtet und bewirkt keine unmittelbare Rechtsänderung: Das jüngste Urteil mag zwar Symbolkraft haben, tatsächlich kostet es den spanischen Staat nun aber lediglich 10.000 €. ⁴⁸ Schließlich zeigen auch die Anwendung des Verwaltungsabkommens mit Griechenland sowie die nun schon über drei Jahre andauernden Binnengrenzkontrollen an der deutsch-österreichischen Grenze, dass eine Rückkehr zum aktuell geltenden Recht nicht absehbar ist.⁴⁹

47 Im Gegenteil: Auch in 2018 hat Ungarn die Rechte von Geflüchteten weiter massiv eingeschränkt und kollektive Pushbacks legalisiert, siehe für eine ausführliche Übersicht der Einschränkungen seit 2015 mit weiteren Nachweisen die nachfolgende Auflistung des *Helsinki Committee Hungary*, Changes in the Hungarian asylum system since 2015, <https://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/Key-asylum-related-HHC-publications-2015-2018.pdf> (Entnahme: 02.11.2018).

48 *N.D. and N.T. v. Spain*, EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15 und 8697/15, Rn. 126.

49 Dabei vermutet *Hruschka*, dass das Verwaltungsabkommen mit Griechenland vielmehr den von deutscher Seite aus erhofften Änderungen der Dublin-III-VO

Andererseits führt die Etablierung einer von der geltenden Rechtslage abweichenden Praxis in der Administrative und Exekutive (s.o.) dazu, dass Rechtsbrüche institutionalisiert werden. Hier findet auch in Wechselwirkung mit dem öffentlichen Diskurs ein Prozess der Gewöhnung an die „neuen Verhältnisse“ statt. Dies sowie die Verrohung des öffentlichen Diskurses, nämlich die systematische und populistische Umdeutung rechtlicher Vorgaben je nach tagespolitischem Gutdünken, führen dazu, dass der rechtliche Grenzverlauf im exekutiven Handeln an der Grenze sowie der öffentlichen (rechts-)politischen Debatte verhandelbar wird. Die juristische Beschreibung verliert mithin erheblich an Bedeutung und Geltungskraft. Zwar darf zurecht eingewendet werden, dass ein gewisses Auseinanderfallen von Recht und Realität unvermeidbar ist. Insofern ist Recht kontrafaktisch.⁵⁰ Das ist kein neuer Befund, in den hier besprochenen Fällen hat die rechtliche Beschreibung des Grenzverlaufs aber eine besondere Bedeutung, da es beim Zugang zum Asylrecht um Fragen von hoher Grundrechtsrelevanz geht. Letztlich kann es für die Betroffenen im schlechtesten Fall um ihre körperliche Unversehrtheit und ihr Leben gehen.

E. AUSWIRKUNGEN DES BEDEUTUNGSVERLUSTES FÜR GEFLÜCHTETE

Der oben beschriebene Bedeutungsverlust der juristischen Beschreibung der Staatsgrenze hat verschiedene weitere Konsequenzen, insbesondere für die Geflüchteten selbst. Durch die Annahme einer funktionalen Grenze wird ein rechtsfreier Raum geschaffen. Nach Auffassung der politischen Entscheidungsträger*innen sind die Beamt*innen dort zwar befugt zu handeln, allerdings sollen umgekehrt für die Betroffenen keine Rechte gelten. Dies führt dazu, dass Geflüchteten systematisch der Zugang zum Recht

zuvorkommen und entsprechen soll. Dies ändert allerdings an der Rechtswidrigkeit nach geltender Rechtslage nichts, vgl. *Hruschka*, Gewolltes Recht, Verfassungsblog 02.11.2018, <https://verfassungsblog.de/gewolltes-recht/> (Entnahme: 06.11.2018).

50 Siehe hierzu etwa *Goldmann*, Dogmatik als rationale Rekonstruktion: Versuch einer Metatheorie am Beispiel völkerrechtlicher Prinzipien, in: *Der Staat* 53 (2014), S. 373 ff.

verwehrt wird. Die illegalen Abschiebungen verhindern zum einen, dass den Geflüchteten rechtliches Gehör auf der administrativen Seite gewährt wird, nämlich die Stellung eines Asylantrags. Zum anderen führt diese Praxis auch dazu, dass eine nachträgliche innerstaatliche rechtliche Überprüfung des Vorgehens der Beamt*innen nicht möglich ist.

Dabei ist die Frage, ob es sich um eine illegale Abschiebung oder einen illegalen Push-Back handelt, eine Frage der Perspektive. Aus Sicht der Geflüchteten, welche die Staatsgrenze im rechtlichen Sinne überschritten haben, werden sie nach hier vertretener Ansicht abgeschoben. Aus Sicht der handelnden Behörden hat eine Einreise im rechtlichen Sinne noch nicht stattgefunden, sodass es sich nicht um eine Abschiebung, sondern nur einen Push-Back handeln kann. Letztlich ist dies aber nur eine Frage der Terminologie. Illegal bleibt das Vorgehen in jedem Fall. So hat der EGMR in seinen beiden Urteilen gegenüber Ungarn und Spanien eindrucksvoll Verstöße gegen Art. 3 (Verbot von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung), Art. 5 Abs. 1 (Recht auf Fortbewegungsfreiheit) und Art. 13 i.V.m. Art. 3 (Recht auf wirksame Beschwerde) EMRK (Ungarn)⁵¹ sowie Verstöße gegen Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Art. 13 EMRK (das Gebot eines rechtsstaatlichen Verfahrens)⁵² festgestellt (s.o.). Wichtigste Feststellung war hierbei, dass dort wo Staatsgewalt effektiv ausgeübt wird, auch Rechte für Geflüchtete gelten müssten.⁵³ Dies müsste in der Form auch an der österreichisch-deutschen Grenze gelten. Hier wird allerdings Geflüchteten ihr subjektives Recht auf Prüfung des zuständigen Mitgliedsstaates⁵⁴ sowie das Recht zur Asylantragstellung rechtswidrig genommen (s.o.).

51 *Ilias and Ahmed v. Hungary*, EGMR, Urteil vom 14.03.2017, Az.: 47287/15, Rn. 70 ff., 91 ff., 112 ff.

52 *N.D. and N.T. v. Spain*, EGMR, Urteil vom 03.10.2017, Az.: 8675/15 und 8697/15, Rn. 102 ff., 116 ff.

53 Ebd., auch in Fortführung der Hirsi-Rechtsprechung (EGMR, Urteil vom 23.02.2012, Az. 27765/09).

54 Zu dem Befund, dass es sich bei den entsprechenden Normen aus der Dublin-III-VO um subjektive Rechte handelt s. EuGH, Urteile vom 07.06.2016, Az.: C-63/15 und C-115/15.

Es kann letztlich nicht oft und eindringlich genug wiederholt werden: Der Bedeutungsverlust der rechtlichen Beschreibung der Staatsgrenze führt dazu, dass sich schutzsuchende Menschen faktisch in einem rechtsfreien Raum befinden.

F. FAZIT

Dieser Beitrag hat gezeigt, dass Schutzsuchende an den EU-Außen- wie Innengrenzen zunehmend in faktisch rechtsfreie Räume gedrängt werden. Diese rechtsfreien Räume entstehen dabei primär durch die Rhetorik und Handlungen politischer Entscheidungsträger*innen. Sekundär wurden einige dieser rechtsfreien Räume in der Zwischenzeit formal legalisiert oder mit einer gesetzlichen Grundlage versehen. Die Signifikanz dieses Problems ergibt sich daraus, dass es sich bei den hier behandelten Fällen um solche im hochsensiblen Grundrechtsbereich der Betroffenen handelt. Dies unterscheidet sie auch von sonstigem rechtsbrüchigem Verhalten seitens Behörden: Zwar mag die willentlich unrechtmäßige Verweigerung einer Baugenehmigung für die Betroffenen äußerst ärgerlich sein, um Überleben von Krieg und staatlicher Verfolgung geht es dort jedoch nicht.

Dass es nach den Erfahrungen des Zweiten Weltkrieges offenbar wieder öffentlich vertretbar ist, Geflüchteten systematisch den Zugang zu einem schützenden System zu verwehren, ist in letzter Konsequenz nicht nur schockierend, sondern lässt die aufmerksamen Beobachter*innen auch ernsthaft an dem historischen Gedächtnis der handelnden Personen sowie der stummen Öffentlichkeit zweifeln.

In diesem Sinne muss die rechtliche sowie gesellschaftliche Öffentlichkeit der rhetorischen Verschiebung von Staatsgrenzen und der damit verbundenen Schaffung eines faktisch rechtsleeren Raums vehement widersprechen. Sie muss sich auf die humanitären Grundwerte des modernen und aufgeklärten Zusammenlebens besinnen und rechtsbrüchigem Verhalten und dem daraus folgenden Bedeutungsverlust von auf Schutzgewährung ausgelegtem Recht lautstark entgegenreten.

LITERATUR

- European Center for Constitutional Rights* (Hrsg.), Fallbeschreibung: Die spanisch-marokkanische Grenze bei Melilla – Push-Backs im rechtsfreien Raum, abrufbar: https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/Fallbeschreibung_Melilla_ECtHR_ECCHR_DE.pdf (Entnahme 02.11.2018).
- Frankenberg, Günter*, Ausnahmezustand, in: KJ 2017, S. 3 ff.
- Goldmann, Matthias*, Dogmatik als rationale Rekonstruktion: Versuch einer Metatheorie am Beispiel völkerrechtlicher Prinzipien, in: Der Staat 53 (2014), S. 373 ff.
- Helsinki Committee Hungary* (Hrsg.), Pushed Back at the Door: Denial of Access to Asylum in Eastern EU Member States, 2017, S. 12 ff., abrufbar: https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2015/12/pushed_back.pdf (Entnahme: 02.11.2018).
- Dies.* (Hrsg.), Changes in the Hungarian asylum system since 2015, abrufbar: <https://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/Key-asylum-related-HHC-publications-2015-2018.pdf> (Entnahme: 02.11.2018).
- Hong, Mathias*, Die „Fiktion der Nichteinreise“ als Grundrechtseingriff durch normativen Tatsachenausschluss, Verfassungsblog 04.07.2018, <https://verfassungsblog.de/die-fiktion-der-nichteinreise-als-grundrechts-eingriff-durch-normativen-tatsachenausschluss/> (Entnahme: 06.11.2018).
- Hruschka, Constantin*, Gewolltes Recht, Verfassungsblog 02.11.2018, <https://verfassungsblog.de/gewolltes-recht/> (Entnahme: 06.11.2018).
- Ders.*, Kontrolle oder Chaos? Zur Rechtswidrigkeit der Zurückweisung von Schutzsuchenden an den europäischen Binnengrenzen, Flüchtlingsforschungsblog 18.06.2018, <https://fluechtlingsforschung.net/kontrolle-oder-chaos-zur-rechtswidrigkeit-der-zurueckweisung-von-schutzsuchenden-an-den-europaischen-binnengrenzen/> (Entnahme: 06.11.2018).
- Kleinschmidt, Christoph*, Semantik der Grenze, in: APuZ 4-5/2014, S. 3.
- Kleist, Olaf J.*, Versionen fiktiver Migrationspolitik und was sie unterscheidet: Transitzentren, Flughafenverfahren und die australische non-Migration Zone, Verfassungsblog 05.07.2018, <https://verfassungsblog.de/versionen-fiktiver-migrationspolitik-und-was-sie-unterscheidet-transitzentren-flughafenverfahren-und-die-australische-non-migration-zone/> (Entnahme: 06.11.2018)

- Leibholz, Gerhard*, Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten, in: ZaöRV 1929, S. 77 ff.
- Marsovszky, Magdalena*, Verfolger und Verfolgte. Antiziganismus in Ungarn, Rosa-Luxemburg-Stiftung Sachsen (Hrsg.), Leipzig, 2015.
- Marcks, Holger/Koob, Andreas/Marsovszky, Magdalenay*, Mit Pfeil, Kreuz und Krone, Nationalismus und autoritäre Krisenbewältigung in Ungarn, 2013.
- PRO ASYL* (Hrsg.), Inhaftierung aller Flüchtlinge – Ungarns Abschied vom Asylrecht, 08.03.2017, <https://www.proasyl.de/news/inhaftierung-aller-fluechtlinge-ungarns-abschied-vom-asylrecht/> (Entnahme: 02.11.2018).
- Röhner, Cara*, Sicherheit als rechtswissenschaftliche Praxis, in: KritV 98 (2015), S. 153 ff.
- Salter, Mark B.* (Hrsg.), Politics at the Airport, Minneapolis/London 2008
- Schmalz, Dana*, Die Fiktion der Nichteinreise ist ein Instrument der Entrechtung, Verfassungsblog 04.07.2018, <https://verfassungsblog.de/die-fiktion-der-nichteinreise-ist-ein-instrument-der-entrechtung/> (Entnahme 06.11.2018).
- Tohidipur, Timo*, Transitzonen für Schutzsuchende – Neue Vokabel für eine alte Idee, LTO 28.10.2015, abrufbar: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/transitzone-fluechtlinge-asyl-fluechtlingskonvention-dublin-ii-non-refoulement/>