

Dana Schmalz<sup>1</sup>

# Der Flüchtlingsbegriff zwischen kosmopolitischer Brisanz und nationalstaatlicher Ordnung

## 1. Einleitung

Die Frage, wer ein Flüchtling ist, stellt sich nicht nur als rechtswissenschaftliche Frage. Sie stellt sich nicht nur den Entscheidern des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF), die in erster Instanz über die Anerkennung oder Ablehnung eines Asylantrags entscheiden,<sup>2</sup> oder den Richtern der Verwaltungsgerichte, welche diese Entscheidungen zu überprüfen haben.<sup>3</sup> Die Frage, wer ein Flüchtling ist, stellt sich auch in der breiten öffentlichen Diskussion, und besonders in den letzten Monaten in großem Maße. Mit einer stark umstrittenen Entscheidung wurden im Oktober 2014 drei Staaten des westlichen Balkans in Deutschland als sichere Herkunftsstaaten eingestuft.<sup>4</sup> Im Bezug auf die Grenzpolitik der Europäischen Union im Mittelmeer wird über die Unterscheidung von „schutzbedürftigen Personen“ und „irregulären Migranten“ gestritten.<sup>5</sup> Und in den Medien ist eine Diskussion entbrannt, wie in angemessener Weise von den Menschen, die in Europa Schutz suchen, gesprochen werden kann.<sup>6</sup>

Dabei können wir zunächst die Frage, wer rechtlich als Flüchtling zu qualifizieren ist, von einem allgemeineren Begriff des Flüchtlings unterscheiden.<sup>7</sup> Die rechtlichen Bezeichnungen variieren von Staat zu Staat, in Deutschland wie in vielen anderen Staaten erhalten viele Personen formal nicht als Flüchtlinge, sondern unter anderen Kategorien Schutz. Des Weiteren ist zum Beispiel von Klima- oder Katastrophenflüchtlingen die Rede, auch wenn diese Personen nur in wenigen Fällen der rechtlichen Definition des

1 Die Autorin dankt Prof. Dr. Nora Markard und Sabiha Beg für hilfreiche Kommentare.

2 Vgl. §§ 23 ff. AsylVerfG.

3 Vgl. §§ 74 ff. AsylVerfG.

4 Gesetz vom 31. Oktober 2014 zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten und zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber und geduldete Ausländer, BGBl. 2014 I, 1649. Bei Verfassen des Beitrags war die Einstufung drei weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten für den Oktober 2015 geplant.

5 Vgl. die Formulierungen in der Pressemitteilung der Europäischen Kommission, Zehn-Punkte-Plan zur Migration, 20. April 2015. Abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4813\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4813_de.htm).

6 Vgl. die Erklärung von Al Jazeera, künftig nicht mehr von Migranten, sondern von Flüchtlingen zu sprechen: <http://www.aljazeera.com/blogs/editors-blog/2015/08/al-jazeera-mediterranean-migrants-150820082226309.html>.

7 *Patricia Tuitt*, Rethinking the Refugee Concept, in: Frances Nicholson/Patrick Twomey (Hrsg.), *Refugee Rights and Realities*, 1999, 106 ff. (108).

Flüchtlings entsprechen.<sup>8</sup> Es besteht also ein breiterer Begriff des Flüchtlings jenseits der rechtlichen Definitionen. Zugleich wird aber in der öffentlichen Diskussion über Asylpolitik erstaunlich oft auf die Definition der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) verwiesen.<sup>9</sup> In der verunsichernden Frage, wie Grenzen und Schutz geregelt werden sollen, dient die rechtliche Definition des Flüchtlings als Anhaltspunkt. Problematisch ist dies dann, wenn dieser Verweis als Argument für restriktive Regelungen des Zugangs und des Schutzes verwendet wird. So verwendet, läuft der Flüchtlingsbegriff Gefahr, Gegenstand eines Zirkelschlusses zu werden. Das ist umso bedenklicher, weil die Frage, wer als Flüchtling gelten soll, ohnehin unter außergewöhnlichen Bedingungen der politischen Entscheidungen und Impulse steht: Die Änderungsbedürftigkeit von Regelungen kann sehr viel schwieriger von den Betroffenen selbst zur Sprache gebracht werden als das für andere Rechtsgebiete der Fall ist. So stellt sich mit der Frage, wer ein Flüchtling ist, letztlich auch die Frage, wer darüber entscheiden kann, wer ein Flüchtling ist.

Im Folgenden soll es darum gehen, den Begriff des Flüchtlings in seinem Verhältnis zum Recht genauer zu untersuchen. Dabei werde ich zum einen die positivrechtlichen Definitionen vor dem Hintergrund ihrer historischen Entwicklung und im internationalen Vergleich betrachten. Wir können hier, so die These, eine Politik der Bezeichnung beobachten, welche auf die dem Flüchtlingsbegriff innewohnende Brisanz für staatliche Souveränität verweist. Der Flüchtlingsbegriff kam einerseits gerade als Folge der nationalstaatlichen Ordnung auf, bildete dabei aber zugleich die Ausnahme von der Regel willkürlich regulierbarer Grenzen, die dann näher zu bestimmen ist.

Diese rechtliche Bestimmung wiederum findet vorrangig nach den Regeln der nationalstaatlichen Ordnung statt. Die Kriterien, wer als Flüchtling gelten kann, werden in Rechtssetzungsverfahren innerhalb des jeweiligen Staates festgelegt oder auf inter- oder supranationaler Ebene aus seiner Legitimation abgeleitet, die konkreten Entscheidungen über Zugang oder Ablehnung von Organen getroffen, die innerhalb des entsprechenden Staates rechtfertigungspflichtig sind. All diese Entscheidungen begleitet ein demokratisches Paradox, denn sie finden unter asymmetrischen Bedingungen statt: Für die Betroffenen sind die auf sie angewandten Kategorien kaum anfechtbar. Gerade weil aber formale Entscheidungswege den Betroffenen selbst kaum offenstehen, sind es gesellschaftliche Auseinandersetzungen wie die um den Flüchtlingsbegriff, die wir als widerstreitendes Moment in der nationalstaatlichen Ordnung und als demokratische Iterationen im Bereich des Flüchtlingsrechts verstehen können.

## 2. Flüchtlingsdefinitionen im Recht. Oder: Politik der Bezeichnungen

### a) Historische Entwicklung der Flüchtlingsdefinitionen

Rechtliche Definitionen des Flüchtlings sind ein relativ neues Phänomen.<sup>10</sup> Bis zu Beginn des 20. Jh. handhabten die meisten Staaten sowohl Einwanderung als auch Asyl ohne klare rechtliche Regelungen. Die „Neue Welt“ bot vielen die Möglichkeit, sich niederzulas-

8 *Nora Markard*, Ein neues Schutzkonzept? Der Einfluss der Menschenrechte auf den internationalen Schutz, ZAR 2015, 56 ff.

9 Art. 1 A Abs. 2 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, kurz: Genfer Flüchtlingskonvention (GFK). Ausführlich dazu unter 2 a.

10 *James Hathaway*, The Law of Refugee Status, 1991, 1.

sen, ohne hierfür Gründe anführen zu müssen. Aber auch in Europa gewährten Staaten oftmals auf freiwilliger Basis Zugang. So fanden beispielsweise die rund 200.000 Hugenotten, welche im späten 17. Jh. aus Frankreich flohen, in Preußen und anderen protestantischen Staaten bereitwillig Aufnahme.<sup>11</sup> Anderswo Verfolgten Schutz zu gewähren, galt den meisten Staaten als willkommener Ausdruck ihrer Macht.<sup>12</sup>

Das änderte sich allmählich in den ersten Jahrzehnten des 20. Jh., als europäische Staaten Einwanderung zunehmend restriktiver handhaben und zugleich die Auflösung des Osmanischen Reichs, der Erste Weltkrieg und zahlreiche regionale Konflikte zu massenhaften Ausbürgerungen und Vertreibungen führten. Bis 1924 wurden über 900.000 russische und armenische Flüchtlinge registriert, es entstanden erste Institutionen des internationalen Flüchtlingsschutzes.<sup>13</sup> Als Flüchtlinge galten dabei diejenigen Personen, die formal des Schutzes durch ihren Herkunftsstaat beraubt waren, sei es durch Entziehung der Staatsbürgerschaft oder durch Vorenthaltung des diplomatischen Schutzes.<sup>14</sup> Zudem waren die Regelungen stets auf konkrete Situationen und Personengruppen ausgerichtet. So bezieht sich das Abkommen zur Rechtsstellung der Flüchtlinge vom Jahr 1933 ausdrücklich auf russische und armenische Flüchtlinge.<sup>15</sup> In den darauffolgenden Jahren wiederum konzentrierten sich die internationalen Bemühungen auf Flüchtlinge aus dem nationalsozialistischen Deutschland und besetzten europäischen Ländern. Eher als die Frage, wer als Flüchtling gelten konnte, stand dabei die Frage im Mittelpunkt, wie Lösungen und Aufnahme für die vielen hunderttausenden Fliehenden gefunden werden konnten. Ein spezifisches Abkommen betreffend die Rechtsstellung von Flüchtlingen aus Deutschland 1938 verzichtete in diesem Sinne ebenfalls zugunsten einer gruppenbezogenen auf eine abstrakte Definition des Flüchtlings, nahm aber ausdrücklich Personen aus, die Deutschland „lediglich aus Gründen persönlicher Annehmlichkeit“ verließen.<sup>16</sup>

## b) Die Flüchtlingsdefinition der Genfer Konvention

Mit der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 entstand erstmals ein universelles Abkommen, welches auch den Flüchtlingsbegriff in abstrakterer Weise definierte. Mit Blick auf die Erfahrungen des Zweiten Weltkriegs berief der Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen (VN) 1949 ein Komitee, um die Möglichkeiten eines neuen internationalen Abkommens zum Flüchtlingsschutz zu erörtern.<sup>17</sup> Der Definition des Flüchtlings und damit dem Anwendungsbereich des Abkommens kam dabei zentrale Bedeutung zu. Anfangs stand offen, ob die Konvention selbst eine Definition enthalten oder

11 Kay Hailbronner/Jana Gogolin, Territorial Asylum, Territorial Asylum, in Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, Rn. 7.

12 Hathaway (Fn. 10), 1.

13 Gilbert Jaeger, On the History of the International Protection of Refugees, International Review of the Red Cross (Heft 83, 843) 2001, 727 ff. Vgl. für die Zahlen von Flüchtlingen: United Nations, A Study of Statelessness, 1949, UN Doc. E/1112, 4.

14 Hathaway (Fn. 10), 3.

15 Vgl. Art. 1 des Abkommens zur Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Oktober 1933.

16 Art. 1 Abs. 2 des Abkommens betreffend die Rechtsstellung von Flüchtlingen aus Deutschland vom 10. Februar 1938.

17 UN Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Status of Refugees and Stateless Persons - Memorandum by the Secretary-General, 3 January 1950, E/AC.32/2, <http://www.refworld.org/docid/3ae68c280.html>.

aber der Generalversammlung der VN die Kompetenz zukommen sollte, Personengruppen in Einzelsituationen als Flüchtlinge zu deklarieren.<sup>18</sup> Für die Flüchtlingsdefinition wiederum standen verschiedene Modelle zur Auswahl, die sich zwischen der Bezugnahme auf konkrete Personengruppen und abstrakteren Bestimmungen bewegten.<sup>19</sup>

Schließlich entschied man sich für eine gemischte Lösung: Einerseits findet die Konvention auf alle Personen Anwendung, die bis dahin als Flüchtlinge nach internationalen Abkommen galten.<sup>20</sup> Zugleich formuliert die GFK eine allgemeine Bestimmung des Flüchtlings als einer Person,

„die [...] aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will [...]“.<sup>21</sup>

Die zeitliche Beschränkung auf Personen, die „infolge von Ereignissen, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind,“<sup>22</sup> ihre Heimat verlassen haben, wurde mit dem Protokoll von 1967 aufgehoben, dem fast alle Vertragsstaaten der GFK ebenfalls angehören.<sup>23</sup> An die Flüchtlingseigenschaft sind alle weiteren Rechte der GFK geknüpft, vor allem aber das Verbot, entsprechende Personen auszuweisen oder an der Grenze zurückzuweisen.<sup>24</sup>

Es wurde immer wieder angeführt, dass die GFK den Flüchtling aus einer spezifisch europäischen Perspektive definiert, und die Frage aufgeworfen, inwieweit diese Definition als Grundlage für den Flüchtlingsschutz weltweit dienen kann.<sup>25</sup> Dabei ist es einerseits richtig, dass die Kriterien der Flüchtlingseigenschaft in der GFK nach spezifischen historischen Erfahrungen entworfen sind, insbesondere der Verfolgung von Juden im Nationalsozialismus und dem beginnenden Kalten Krieg.<sup>26</sup> Andererseits erfuhren insbe-

18 UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, First Session: Summary Record of the Fourth Meeting, 16 January 1950, E/AC.32/SR.4, <http://www.refworld.org/docid/40aa19ab4.html>.

19 Vgl. insbesondere UN Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Fifth Meeting, 18 January 1950, E/AC.32/SR.5, <http://www.refworld.org/docid/40aa1a4f4.html> und UN Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Sixth Meeting, 19 January 1950, E/AC.32/SR.6, <http://www.refworld.org/docid/40aa1abd4.html>.

20 Art. 1 A Abs. 1 GFK. Art. 1 C-F GFK enthalten zusätzliche Beendigungs- und Ausschlusskriterien.

21 Art. 1 A Abs. 2 GFK.

22 Art. 1 A Abs. 2 GFK; erste Auslassung im vorangehenden Zitat. Es bestand für die Vertragsstaaten zudem die Möglichkeit, eine geographische Beschränkung auf Ereignisse in Europa zu erklären, vgl. Art. 1 B GFK.

23 Mit Ausnahme von Madagaskar und Saint Kitts and Nevis, welche lediglich die GFK, nicht aber das Protokoll ratifiziert haben, vgl. <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>. Das Protokoll beseitigte auch die Möglichkeit der geographischen Beschränkung, erlaubte aber deren Beibehaltung (Fn. 22).

24 Art. 33 Abs. 1 GFK.

25 Patricia Tuitt, False Images: Law's Construction of the Refugee, 1996, 6.; James C. Hathaway, A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law, Harvard International Law Journal (Heft 31, 1) 1990, 181.

26 Itamar Mann, Refugees, Maft'e'akh (Heft 1, 1) 2011, 93.

sondere die Begriffe der „Verfolgung“ sowie der „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ eine dynamische Auslegung durch Gerichte, die das Flüchtlingsrecht zunehmend mit menschenrechtlichen Erwägungen verband.<sup>27</sup>

### c) Flüchtlingsdefinitionen in regionalen Abkommen

Einige regionale Abkommen enthalten gegenüber der GFK weiterreichende Definitionen des Flüchtlings. Eine erste solche alternative Definition wurde von der Flüchtlingskonvention der Organisation für Afrikanische Einheit (OAU-Konvention) 1969 eingeführt. Diese definiert den Flüchtling zunächst im Einklang mit der GFK;<sup>28</sup> weiter hält die OAU-Konvention dann fest, dass der Begriff Flüchtling auch jede Person umfasst, die

*„aufgrund von äußerer Aggression, Okkupation, ausländischer Vorherrschaft oder Ereignissen, die ernsthaft die öffentliche Ordnung stören, sei es in ihrem gesamten Herkunftsland oder einem Teil davon oder in dem Land, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, gezwungen ist, den Ort, an dem sie für gewöhnlich ihren Wohnsitz hatte, zu verlassen, um an einem anderen Ort außerhalb ihres Herkunftslandes oder des Landes, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, Zuflucht zu nehmen.“<sup>29</sup>*

Der Flüchtlingsbegriff umfasst hier also Personen, die vor unterschiedslos wirkender Gewalt, beispielsweise in Bürgerkriegssituationen, fliehen. Aus diesem Grund wurde die OAU-Definition auch zur Vorlage für sonstige Bemühungen, den Flüchtlingsbegriff an die Herausforderungen außerhalb Europas anzupassen. So verweist die Cartagena-Erklärung der lateinamerikanischen Staaten von 1984 auf die OAU-Konvention,<sup>30</sup> geht aber noch über diese hinaus, indem sie als Flüchtlinge auch solche Personen versteht, die

*„aus ihrem Herkunftsland geflohen sind, weil sie dort an Leben, Sicherheit oder Freiheit bedroht waren, sei es durch generelle Gewalt, äußere Aggression, interne Konflikte, massive Menschenrechtsverletzungen oder sonstige Umstände, die ernsthaft die öffentliche Ordnung gestört haben.“<sup>31</sup>*

Die Cartagena-Erklärung ist rechtlich nicht verbindlich. Sie wurde aber durch die Generalversammlung der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) anerkannt, welche die Mitgliedstaaten auffordert, sie in ihren jeweiligen Rechtsordnungen umzusetzen.<sup>32</sup> Dementsprechend fand die Flüchtlingsdefinition in die Rechtsordnungen der meisten lateinamerikanischen Staaten Eingang.

Ein verbindliches regionales Abkommen zum Flüchtlingsschutz in Asien besteht nicht, einen Anhaltspunkt bieten aber die von der Asian-African Legal Consultative Or-

27 James C. Hathaway, *Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection*, *Journal of Refugee Studies* (Heft 4, 2) 1991, 113 ff.

28 Art. 1 Abs. 1 der Konvention der Organisation für Afrikanische Einheit zur Regelung der Probleme von Flüchtlingen in Afrika, 10. September 1969.

29 Art. 1 Abs. 2 OAU-Konvention (Fn. 28).

30 Cartagena Declaration on Refugees, *Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama*, 22. November 1984, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html>.

31 Section III Conclusion 3 Cartagena Declaration (Fn. 30).

32 Hathaway (Fn. 10), 20.

ganization (AALCO) erstellten Bangkok-Prinzipien. Diese enthalten eine der OAU-Konvention entsprechende Flüchtlingsdefinition.<sup>33</sup>

Europäische Instrumente hingegen verwenden den Flüchtlingsbegriff fast ausschließlich im Sinne der GFK. So bezieht sich die Qualifikationsrichtlinie auf die Formulierung der GFK,<sup>34</sup> ermöglicht es zugleich aber den Mitgliedstaaten, bei der Umsetzung eine weitere Definition zu wählen.<sup>35</sup> Ebenso bezieht sich der Europarat auf die Flüchtlingsdefinition der GFK,<sup>36</sup> seine Parlamentarische Versammlung erinnert jedoch an die Notwendigkeit ergänzenden Schutzes für *De-facto*-Flüchtlinge.<sup>37</sup> Diesbezüglich fordert das Ministerkomitee des Europarats die Vertragsstaaten auf, in Fällen Schutz zu gewähren, in denen Personen der Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, oder der Bedrohung an Leben, Sicherheit oder Freiheit durch unterschiedslos wirkende Gewalt im Rahmen von bewaffneten Konflikten ausgesetzt sind.<sup>38</sup> Nach der Qualifikationsrichtlinie sind Personen, die andernfalls Gefahr laufen, „einen ernsthaften Schaden [...] zu erleiden“, subsidiär schutzberechtigt.<sup>39</sup> Unter „ernsthaften Schaden“ fällt insbesondere die Gefahr unmenschlicher oder entwürdigender Behandlung, die Gefahr der Todesstrafe, sowie die Bedrohung des Lebens durch unterschiedslose Gewalt im Rahmen bewaffneter Konflikte.<sup>40</sup>

Auch das US-amerikanische, das kanadische und das australische Recht begrenzen den Flüchtlingsbegriff auf die Definition der Genfer Konvention und sehen zugleich ergänzende Schutzkategorien vor. Der US-amerikanische *1980 Refugee Act* etwa gewährt zusätzlichen Schutz auf Grundlage der Anti-Folter-Konvention.<sup>41</sup> Der kanadische *Immigration and Refugee Protection Act* unterscheidet zwischen Konventionsflüchtlingen und anderen „schutzbedürftigen Personen“.<sup>42</sup> In ähnlicher Weise sieht der *Australian Migration Act* Schutzvisa entweder für Konventionsflüchtlinge oder aber für Personen vor, deren Zurückweisung sie dem Risiko aussetzen würde, erheblichen Schaden zu erleiden.<sup>43</sup>

#### d) Zusammenfassung

Der Flüchtlingsbegriff im internationalen Recht ist wesentlich durch die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 geprägt, deren Artikel 1 A Abs.2 GFK als erste allgemeine

33 Cf. Art. 1 Abs. 1 und 2 der Bangkok Principles, Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), 24. Juni 2001.

34 Art. 2 d, 9 ff. der Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Qualifikationsrichtlinie, QRL).

35 Art. 3 QRL.

36 Vgl. z.B. Art. 1a des Europäischen Übereinkommen über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge vom 16. Oktober 1980.

37 Europarat, Parlamentarische Versammlung, Resolution 773 (1976).

38 Europarat, Ministerrat, Empfehlung (2001)18. Das entspricht den Verpflichtungen, die sich aus Art. 3 EMRK ergeben.

39 Art. 2 f QRL.

40 Art. 15 QRL.

41 US Immigration and Nationality Act § 101 (a) (42) 8 U.S.C.

42 Canadian Immigration and Refugee Protection Act (S.C. 2001, c. 27).

43 Section 36, Art. 2b Australian Migration Act 1958.

Formulierung einer rechtlichen Definition die Ausrichtung des Flüchtlingssschutzes grundlegend bestimmt hat. An der Interpretation, aber auch der Kritik dieser Formulierung spiegeln sich in den darauffolgenden Jahrzehnten die Entwicklungen des Flüchtlingsrechts, insbesondere bei der Frage, inwieweit die GFK ein auf europäischen Erfahrungen und Perspektiven beruhendes Instrument ist.<sup>44</sup>

Regionale Instrumente afrikanischer, lateinamerikanischer und asiatischer Staaten haben weiterreichende Definitionen des Flüchtlings vorgenommen, welche die Flucht vor unterschiedslos wirkender Gewalt unter bestimmten Umständen einschließen. Auch der Hochkommissar für Flüchtlinge der Vereinten Nationen (UNHCR) schließt in seine Arbeit weitaus mehr Personen als Flüchtlinge im Sinne der Genfer Konvention ein.<sup>45</sup> Staaten des Globalen Nordens hingegen beschränken den rechtlichen Flüchtlingsbegriff weitgehend auf die Formulierung der GFK. Diese Identifikation des Flüchtlingsbegriffs mit der Definition der GFK wird vertieft, indem zwar Regelungen zu ergänzendem Schutz bestehen,<sup>46</sup> die dadurch berechtigten Personen aber unter anderen Bezeichnungen gefasst werden.

Insgesamt finden wir international eine Ansammlung verschiedener Regelungen, die sich nicht nur in Voraussetzungen und Umfang des Schutzes, sondern auch in den Modellen der Bezeichnung unterscheiden. Was sind die Gründe, um den Flüchtling eng oder weit zu definieren – und was die Folgen? Um diesen Fragen nachzugehen, scheint es angebracht, die Struktur des Flüchtlingsbegriffs und seine historische Entwicklung genauer zu untersuchen.

### 3. Der Flüchtling als Ausnahme I: das Recht des Flüchtlings als weltbürgerliches Recht

#### a) Das Aufkommen des Flüchtlingsbegriffs in der nationalstaatlichen Ordnung

Treten wir nach dieser Analyse der verschiedenen Verwendungen des Flüchtlingsbegriffs im Recht also einen Schritt zurück und fragen uns, wie wir den Begriff des Flüchtlings vor jeder rechtlichen Definition verstehen können. Der deutsche Ausdruck „Flüchtling“ verweist zunächst darauf, dass eine Person flieht oder geflohen ist.<sup>47</sup> Die Entsprechung in vielen Sprachen nimmt auf den Ort der Zuflucht, das Refugium, Bezug.<sup>48</sup> Der Flüchtling ist also eine Person, die den Ort, an dem sie zuvor war, verlassen muss und anderswo Zuflucht findet. Vorläufer des Flüchtlingssschutzes finden wir in der Antike, in den Flucht-

44 *Tuitt* (Fn. 25), 6.

45 UNHCR Executive Committee, Complementary Forms of Protection: their nature and relationship to the international refugee protection regime, 9 June 2000, EC/50/SC/CRP.18, para. 6.

46 Für einen Überblick über ergänzende Schutzformen *Ruma Mandal*, Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”), UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, 2005.

47 So auch schon *Thomas Hayme*, Allgemeines teutsches juristisches Lexicon, 1738, der als Flüchtling fasst, „wer aus seiner jeweiligen Umgebung geflohen ist“. Vgl. *Gerhard Köbler*, Deutsches Etymologisches Wörterbuch, 1995, 131.

48 So beispielsweise im Englischen, Italienischen, Französischen und Spanischen. Der deutsche Begriff setzt demgegenüber den Fokus auf den Akt des Fliehens, ebenso beispielsweise im Hebräischen und im Russischen.

städten Israels (*ir miklat*) ebenso wie in den Asylstätten im antiken Griechenland.<sup>49</sup> Diese Orte sollten Verfolgte vor unverhältnismäßigen Strafen beschützen und waren vom staatlichen Zugriff ausgenommen.<sup>50</sup> Eine Fortsetzung dieses Konzeptes findet sich heute im Institut des Kirchenasyls.<sup>51</sup>

Der Begriff des Flüchtlings kam demgegenüber erst im 17. Jh. auf.<sup>52</sup> Die bereits erwähnte Flucht von rund 200.000 Hugenotten aus Frankreich wird regelmäßig als das erste Ereignis von Flüchtlingen im modernen Sinne des Wortes bezeichnet.<sup>53</sup> Mit den Westfälischen Friedensverträgen von 1648 begann in Europa die Entstehung einer Ordnung von souveränen Nationalstaaten.<sup>54</sup> Dieser Ordnung lag die Idee zugrunde, dass klar begrenzte Territorialstaaten mit ihrer jeweils zugehörigen Bevölkerung die blutigen Auseinandersetzungen zwischen Konfessionen und ethnischen Gruppen beenden würden. Nach dem Prinzip der Nation sollten die Bürger des Staates gleich an Rechten und durch eine – teilweise metaphysisch aufgeladene – Idee der Gemeinschaft verbunden sein.<sup>55</sup> Je gewichtiger der Status des Bürgers in der nationalstaatlichen Ordnung wurde, umso stärker entwickelte sich auch die Abgrenzung nach außen.<sup>56</sup>

Während der Flüchtlingsbegriff also zunächst rein deskriptiv verstanden werden kann, erhielt er unter den Bedingungen des Nationalstaats eine normative Dimension: Zunächst verstärkt die nationalstaatliche Ordnung die Not des Flüchtlings und bringt so die Notwendigkeit der normativen Kategorie hervor. Nicht die Flucht allein, sondern auch die Schwierigkeit, an einem anderen Ort Zuflucht zu finden, erzeugt gewissermaßen den Flüchtling. Diese Schwierigkeit steigerte sich mit verstärkter Grenzsicherung und mit Veränderung des Passwesens zu Anfang des 20. Jahrhunderts.<sup>57</sup>

Zugleich wird es unter diesen Bedingungen notwendig, die Gründe zu unterscheiden, aus denen eine Person ein Land verlässt und sich in einem anderen niederlassen will. Indem der Begriff des Flüchtlings benennt, dass eine Person nicht freiwillig ihre Heimat verlässt, eröffnet er eine Kategorie für einen besonderen Umgang mit diesen Fällen des Grenzübertretts und wird von der Beschreibung zur Begründung. Der Flüchtlingsbegriff ist also nicht notwendig mit der nationalstaatlichen Ordnung verbunden, er wird aber unter diesen Bedingungen relevant und bekommt eine normative Dimension.

49 *Ignatius Bau*, This Ground is Holy: Church Sanctuary and Central American Refugees, in: Karen Musalo/Jennifer Moore/Richard A. Boswell (Hrsg.), *Refugee Law and Policy – A Comparative and International Approach*, 2007, 8.

50 So die Bedeutung des Wortes *a-sylon*, *Hailbronner/Gogolin* (Fn. 11), Rn. 1.

51 *Christoph Görisch*, *Kirchenasyl und staatliches Recht*, 2000.

52 *Tuitt* (Fn. 7), 110.

53 *Laura Barnett*, Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime, *International Journal of Refugee Law* (Heft 14, 2/3) 2002, 239. *Philip Marfleet*, Refugees and History: Why we must address the past, *Refugee Survey Quarterly* (Heft 26, 3) 2007, 136 (140).

54 Das ist natürlich eine extrem verkürzte Darstellung, bei der es hier aus Platzgründen bleiben muss. Eine angemessene Beschreibung müsste auf verschiedene Etappen in der Entstehung des Nationalstaats eingehen. Zumindest scheint es noch notwendig festzuhalten, dass ich den Nationalstaat nicht im Sinne einer ethnischen Nation, sondern lediglich im Sinne einer statischen Zugehörigkeitsregelung verstehe. Vgl. dazu *Anuscheb Farabat*, *Progressive Inklusion*, 2014, 79 ff.

55 Vgl. *Ernest Renan*, *Qu'est-ce qu'une nation?*, 1882.

56 *Catherine Colliot-Thélène*, *La démocratie sans demos*, 2011, 101.

57 Zu der diesbezüglichen Entwicklung *Farabat* (Fn. 54), 88 f.

## b) Das weltbürgerliche Recht bei Kant

In diesem Sinne ist auch die prägende Passage von Immanuel Kant zu lesen, die sich mit dem weltbürgerlichen Recht von Flüchtlingen beschäftigt, nicht an der Grenze abgewiesen zu werden:

*„Das Weltbürgerrecht soll auf Bedingungen allgemeiner Hospitalität eingeschränkt sein. Es ist hier, wie in den vorigen Artikeln, nicht von Philanthropie, sondern vom Recht die Rede, und da bedeutet Hospitalität (Wirtbarkeit) das Recht eines Fremdlings, seiner Ankunft auf dem Boden eines andern wegen, von diesem nicht feindselig behandelt zu werden. Dieser kann ihn abweisen, wenn es ohne seinen Untergang geschehen kann; so lange er aber auf seinem Platz sich friedlich verhält, ihm nicht feindlich begegnen.“<sup>58</sup>*

Die hier aufgestellte Forderung entspricht dem heutigen Refoulement-Verbot.<sup>59</sup> Eine Person, die andernfalls an Leib, Leben oder Freiheit bedroht ist (deren „Untergang“ droht), darf nicht an der Grenze abgewiesen werden, sondern muss den notwendigen Schutz erhalten. Diese Formulierung Kants ist interessant, insofern sie einerseits von der Legitimität der Abweisung an der Grenze ausgeht und andererseits den Flüchtling als Ausnahme zu dieser Regel beschreibt. Kant bezeichnet das Recht des Flüchtlings, nicht abgewiesen zu werden, nicht nur als weltbürgerliches Recht, sondern als das eine weltbürgerliche Recht.

Das Weltbürgerrecht als dritte Ebene des Rechts neben dem Staats- und dem Völkerrecht verkörpert dabei die Idee, dass Individuen nicht nur in ihren Staaten, sondern auch gegenüber anderen Staaten Rechte haben, und zwar nicht nur als Konsequenz der Akte ihrer Staaten, sondern unabhängig von diesen. Grundsätzlich geht Kant – im Einklang mit dem Grundsatz der territorialen Souveränität – davon aus, dass Recht innerhalb der jeweiligen Staaten entsteht und eine Gemeinschaft legitimerweise frei über den Zugang von außen entscheidet. Die Rede vom weltbürgerlichen Recht wiederum zeigt an, dass das Recht des Flüchtlings der Vorstellung einer absoluten staatlichen Souveränität im Grundsatz zuwiderläuft.

## c) Die Ambivalenz des Flüchtlingsbegriffs

Das Verhältnis des Flüchtlingsbegriffs zur nationalstaatlichen Ordnung ist also durch eine Ambivalenz gekennzeichnet. Einerseits entspricht der Begriff des Flüchtlings der Logik, dass die staatliche Souveränität auch die freie Regulierung von Grenzen und Zugehörigkeit umfasst. So erlaubt der Begriff eine Unterscheidung zwischen Flüchtlingen und sonstigen MigrantInnen einerseits, und zwischen Flüchtlingen und BürgerInnen andererseits. Ohne regulierte Grenzen, beschränkten Zugang zum Territorium und zur Mitgliedschaft im Staat wäre es nicht notwendig, überhaupt von Flüchtlingen zu sprechen.<sup>60</sup>

58 Immanuel Kant, *Zum Ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*, 1795, BA 41, 42.

59 Art. 33 GFK.

60 In diesem Sinne verwies bei den Vorarbeiten zur GFK der amerikanische Vertreter, Louis Henkin, darauf, dass er stolz sagen könne, dass in seinem Land kein Flüchtlingsproblem existiere, weil Flüchtlinge zum Einen allen sonstigen Einwanderern gleichgestellt seien und zum Anderen nach

Zugleich ermöglicht es der Flüchtlingsbegriff, einen Anspruch auf Zugang zu formulieren und die Frage nach Zugang als politische Frage zu stellen. Indem der Begriff des Flüchtlings als Ausnahme zu der nationalstaatlichen Ordnung entsteht, bildet er zugleich eine Kategorie, welche es erlaubt, diese Ordnung zu hinterfragen. Formuliert als weltbürgerliches Recht, steht das Prinzip der Nichtzurückweisung für ein Recht, das nicht aus der Gemeinschaft erwächst, sondern ihr von außen entgegentritt. Insofern dient der Flüchtlingsbegriff in seiner Verwendung jenseits rechtlicher Definitionen gerade auch dazu, bestehende Abgrenzungen in Frage zu stellen. Als Ausdruck der Begrenzung nationalstaatlicher Souveränität repräsentiert die Figur des Flüchtlings den Referenzpunkt, um die Möglichkeit einer grundlegend anderen politischen Ordnung zu denken.<sup>61</sup>

#### 4. Der Flüchtling als Ausnahme II: Bedingungen der rechtlichen Konkretisierung des Flüchtlingsbegriffs

##### a) Der Flüchtling als Rechtssubjekt

Mit der Entstehung rechtlicher Definitionen des Flüchtlings entsteht auch die Notwendigkeit, Anerkennung in den Kategorien des Rechts suchen zu müssen. Aus der dem Flüchtlingsbegriff innewohnenden Ambivalenz wird dabei eine Asymmetrie zugunsten der nationalstaatlichen Ordnung: Während der allgemeine Begriff des Flüchtlings anzeigt, dass eine Person aus ihrer Heimat geflohen ist und anderswo Schutz erhalten soll, erfordert das Recht eine genaue Abgrenzung, wann Schutz zu gewähren ist. Eine verbindliche Definition des Flüchtlings muss also Kriterien aufstellen, wann von einer Notlage und von unfreiwilliger Migration ausgegangen wird.<sup>62</sup> Ein Flüchtling steht in der Pflicht darzulegen, dass er tatsächlich keine andere Wahl hatte als zu fliehen.<sup>63</sup> Diese Notwendigkeit, seine eigene Not glaubhaft zu machen, bringt den Flüchtling in eine Position der Abhängigkeit.<sup>64</sup> Aus der Idee eines weltbürgerlichen Rechts, welches der absoluten territorialen Souveränität von Staaten entgegensteht, wird so in der Praxis ein von der staatlichen Entscheidungsmacht gewährter oder verwehrt Status.

Dass Staaten die Macht haben, den Anwendungsbereich der „kosmopolitischen Ausnahme“ einzuschränken, finden wir in der oben skizzierten Politik der Bezeichnungen gespiegelt. Indem die rechtliche Definition des Flüchtlings eng gefasst wird, betonen Staaten auch ihre Souveränität darüber, wem und in welchem Maße Zugang und Rechte gewährt werden. Während das „kosmopolitische Recht des Flüchtlings“ bereits als Ausnahme auftritt, wird der subsidiäre Schutz als zusätzliche Ausnahme, sozusagen doppelte Ausnahme konstruiert. Eine solche Stellung ist geeignet, eine geringere Rechtfertigungs-

wenigen Jahren die amerikanische Staatsbürgerschaft erhielten, vgl. Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Twenty-Sixth Meeting Held at Lake Success, New York, 10 February 1950, para. 54.

61 Giorgio Agamben, "We Refugees", Symposium (Heft 49, 2) 1995, 114 ff. (119). Mann (Fn. 26), 107.

62 Vgl. den Aspekt der Verfolgung in der Flüchtlingsdefinition der GFK Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 2007, 90 ff. Vgl. für eine alternative Definition Andrew E. Shacknove, *Who Is a Refugee?*, Ethics (Heft 95, 2) 1985, 274 ff.

63 Vgl. für Deutschland § 25 Abs. 1 AsylVerfG. Insbesondere darf keine innerstaatliche Schutzalternative bestehen.

64 Tuitt (Fn. 25), 155 ff., Behrman, *Legal Subjectivity and the Refugee*, International Journal of Refugee Law 26 (2014), 1 ff.

last zu suggerieren: Da schon mehr Personen als den so bezeichneten Flüchtlingen Schutz gewährt wird, darf dieser Schutz im Umfang geringer sein.<sup>65</sup> Und da schon mehr Personen als die so bezeichneten Flüchtlinge geschützt werden, dürfen weitere Personengruppen vom Schutz gänzlich ausgeschlossen bleiben.

Patricia Tuitt und Simon Behrman haben dieses Verhältnis des Flüchtlings zum Recht unter Rückgriff auf Eugen Paschukanis' Theorie der Warenform des Rechts analysiert, und das internationale Flüchtlingsrecht als durch eine Logik der „Kostenverteilung“ geprägt beschrieben.<sup>66</sup> Ein solcher kritischer Blick auf die Rechtsform im Zusammenhang mit Flüchtlingen kann wichtige Perspektiven eröffnen. Vor allem macht er deutlich, wie die rechtliche Festschreibung des Flüchtlingsbegriffs Gefahr läuft, zu einer Entpolitisierung der Flüchtlingserfahrung selbst zu führen.<sup>67</sup> Andererseits haben rechtliche Vorschriften auch immer wieder dazu beigetragen, die Problemlagen von Flüchtlingen als allgemeine zu formulieren und so der politischen Diskussion erst zugänglich zu machen. Das Recht wirkt auch im Zusammenhang mit Flüchtlingen nicht nur als Reflektion der bestehenden Machtverhältnisse, sondern ermöglicht es auch, Forderungen unter Berufung auf gemeinsame Prinzipien zu formulieren. In Urteilen wie im Fall *Hirsi Jamaa* vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wurde nicht nur der Position von Asylsuchenden gegenüber staatlicher Politik zum Recht verholten, sondern auch den spezifischen Umständen des Ausgeliefertseins und den daraus erwachsenden moralischen Fragen Sichtbarkeit verliehen.<sup>68</sup>

## b) Das demokratische Paradox des Flüchtlingsrechts

Dennoch erzeugt die rechtliche Konkretisierung des Flüchtlingsbegriffs eine Asymmetrie, die sich als demokratisches Paradox beschreiben lässt. Rechtliche Definitionen des Flüchtlings entspringen nicht einer logischen Deduktion, sondern sind Ergebnisse politischer Prozesse, in denen die Kriterien des Flüchtlingsstatus und die damit verliehenen Rechte festgelegt werden. Es sind wesentlich staatliche Verfahren, in welchen über das nationale und zum großen Teil das supra- und internationale Flüchtlingsrecht entschieden wird. Für diejenigen, die Anerkennung als Flüchtling suchen, ist dieses Recht regelmäßig also das von anderen definierte Recht.<sup>69</sup>

Die Situation eines Individuums an der Grenze spiegelt so das Paradox demokratischer Legitimation oder das so genannte „boundary problem“.<sup>70</sup> Eine Gemeinschaft, die beansprucht eine demokratische zu sein, steht vor dem Dilemma, dass sie ihre eigenen Gren-

65 Vgl. z.B. Art. 24 und Art. 29 Abs. 2 QRL.

66 Tuitt (Fn. 25), 155 ff., Behrman (Fn. 64), 9. Die gegenwärtigen Diskussionen um das Dublin-System bzw. eine Quotenregelung für die Aufnahme von Flüchtlingen in der EU bilden fraglos ein Beispiel dafür, wie sich die Bemühungen von Staaten, die Verantwortung für Flüchtlinge in ihrem Interesse zu verteilen, für die Betroffenen äußerst nachteilig auswirken.

67 Behrman (Fn. 64), 6.

68 EGMR (Gr. Kammer), *Hirsi Jamaa et al. gg. Italien*, 23. Februar 2012 (27765/09).

69 Zu dem demokratischen Potential internationaler Regelungen unter diesen Bedingungen Dana Schmalz, Grenzen als Herausforderung für die Demokratie, in: Matthias Kettemann (Hrsg.), Grenzen im Völkerrecht, 2013, 177 ff.

70 Frederick G. Whelan, Prologue: Democratic Theory and the Boundary Problem, in: J. Ronald Pennock/John W. Chapman (Hrsg.), *Liberal Democracy*, 1983, 13 ff. Gustaf Arrhenius, The Boundary Problem in Democratic Theory, in: Folke Tersman (Hrsg.), *Democracy Unbound: Basic Ex-*

zen nicht demokratisch bestimmen kann. Die Frage, wer in einem demokratischen Verfahren zur Mitbestimmung berechtigt ist, kann selbst nicht demokratisch entschieden werden, weil sie immer auf eine vorangehende Grenzziehung aufbaut. Ein entsprechendes Paradox wohnt den Regeln über Grenzen und Zugehörigkeit inne.<sup>71</sup>

Gesetze, die den Flüchtlingsbegriff definieren oder die den zuständigen Staat, die rechtlichen Verfahren und die Rechte der AntragstellerInnen bestimmen, werden von Parlamenten verabschiedet, zu deren Wählerschaft die davon betroffenen Flüchtlinge nicht gehören. Das ist zunächst eine Selbstverständlichkeit; es liegt im Wesen der Regeln über Zugehörigkeit, dass die davon Ausgeschlossenen nicht an ihrer Erstellung teilhaben.<sup>72</sup> Zugleich aber verweist der normative Kern von Demokratie auf die Vorstellung, dass die AdressatInnen des Rechts auch seine AutorInnen sein sollen.<sup>73</sup>

Die rechtliche Konkretisierung des Flüchtlingsbegriffs ist also Gegenstand eines demokratischen Paradoxes. Zugleich ist es notwendig, dieses Paradox in komplexerer Weise zu formulieren, wenn wir Demokratie nicht als auf formalisierte Verfahren beschränkt betrachten. Sowohl aus diskurstheoretischer wie auch aus radikaldemokratischer Perspektive lässt sich die Asymmetrie bei der Rechtsetzung im Flüchtlingsrecht beschreiben, ohne dabei auf die Vorstellung zurückzufallen, dass lediglich Staatsbürger im positivrechtlichen Sinne Subjekte von Demokratie sein können.

Nach einem diskurstheoretischen Zugang werden Normen nicht nur in formalen Rechtsetzungsverfahren, sondern auch in den begleitenden öffentlichen Prozessen von Austausch und Meinungsbildung geformt. Während erstere relativ statische Kriterien zur Teilnahme anlegen, erlauben letztere eine flexiblere Einbeziehung und eröffnen so Möglichkeiten, die Kriterien von Zugang und Zugehörigkeit selbst neu zu verhandeln.<sup>74</sup> Zugleich besteht die Asymmetrie in der rechtlichen Konkretisierung des Flüchtlingsbegriffs fort, insofern auch die Bedingungen an einem öffentlichen Diskurs teilzuhaben, gehört und verstanden zu werden, zwischen Ankommenden oder Aufnahmesuchenden und anerkannten StaatsbürgerInnen ungleich verteilt sind.

Gleichermaßen besteht das demokratische Paradox des Flüchtlingsbegriffs auch aus einer radikaldemokratischen Perspektive fort, die nicht-institutionalisierte Prozesse des kollektiven, politischen Handelns in den Blick nimmt. Um an diesen Prozessen teilhaben zu können, ist zunächst die physische Anwesenheit erforderlich, die wiederum durch Recht bedingt ist. Die Regeln des Flüchtlingsrechts und insbesondere die Bestimmung des Flüchtlingsbegriffs sind auch insoweit sie den physischen Zugang von Personen betreffen politische Fragen. Bei diesen Fragen besteht aber kaum die Möglichkeit zu sichtbarem, politischem Handeln der Betroffenen, welches die verantwortlichen Stellen erreicht.<sup>75</sup>

Das demokratische Paradox im Flüchtlingsrecht stellt sich also nicht nur mit Blick auf die formalen Rechtsetzungsprozesse, sondern auch im Bezug auf die Möglichkeit, die

plorations, 2005, 14 ff. Sofia Näsström, *The Legitimacy of the People*, Political Theory (Heft 35, 5) 2007, 624 ff.

71 Cf. A. Abizadeh, *Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders*, Political Theory (Heft 36, 1) 2008, 37 ff.

72 Vgl. auch Seyla Benhabib, *Die Rechte der Anderen*, 2008, 53 f.

73 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, 135.

74 Nancy Fraser, *Scales of Justice*, 2009, 45.

75 Mit Hinweis auf die dennoch stattfindenden politischen Kämpfe Heather L. Johnson, *Borders, Asylum and Global Non-Citizenship*, 2014, 164 ff.

Kriterien der Anerkennung überhaupt als politische Frage aufzuwerfen.<sup>76</sup> Das Urteil des EGMR im Fall *Hirsi Jamaa*<sup>77</sup> war auch deshalb so aussagekräftig für die gegenwärtigen Herausforderungen des Flüchtlingsrechts, weil es das Maß an Asymmetrie zwischen den handelnden Staaten und den davon Betroffenen deutlich machte. Der Fall zeigte zunächst, wie unwahrscheinlich es ist, dass diejenigen, die Opfer einer widerrechtlichen Praxis der Zurückweisung im Mittelmeer werden, diese Praxis auch vor Gericht angreifen können.<sup>78</sup> Gleiches gilt nicht nur für den Zugang zu Gerichten, sondern auch für die Möglichkeit, politisch gegen vergleichbare Praktiken zu protestieren. Das demokratische Paradox des Flüchtlingsrechts erscheint dort am gravierendsten, wo die von den Kriterien des Schutzes als Flüchtling Ausgeschlossenen für die verantwortlichen Öffentlichkeiten gänzlich unsichtbar bleiben.

### c) Der Flüchtlingsbegriff und demokratische Iterationen

Die rechtliche Konkretisierung des Flüchtlingsbegriffs verändert also das Gleichgewicht zwischen der darin enthalten kosmopolitischen Forderung und der ebenfalls enthaltenen Einordnung in die Legitimitätsordnung von Territorialstaaten. Darüber, ob eine Person als Flüchtling anerkannt wird, wird in staatlichen Verfahren und von staatlichen Organen entschieden. Auch dort, wo es sich um transnationales Recht handelt, lassen die Verfahren demokratischer Legitimation im Fall von Flüchtlingen schwerlich eine Mitsprache der Betroffenen zu.<sup>79</sup> Den Flüchtling kennzeichnet die unvorhergesehene ebenso wie die in der Zuschreibung vorübergehende Natur seines Status, die eine institutionalisierte Vertretung erschwert.

Das demokratische Paradox des Flüchtlingsrechts besteht aber auch dann fort, wenn wir Demokratie nicht als auf die Teilhabe an institutionalisierten Rechtsetzungsprozessen beschränkt begreifen. Zugleich erlaubt diese Perspektive einen differenzierteren Blick auf die Möglichkeit demokratischer Beteiligung über die Grenzen formaler Zugehörigkeit hinaus. Die Anerkennung als Flüchtling ist zwar einerseits Gegenstand spezifischer rechtlicher Bestimmungen, findet aber nicht abgetrennt von allgemeinen gesellschaftlichen Diskursen über die Angemessenheit derselben statt. Auf dieser Grundlage ist es mein Vorschlag, die Auseinandersetzungen um den Flüchtlingsbegriff als demokratische Iterationen zu verstehen.

76 Wenn ich hier und im Folgenden von Paradox spreche, so meint das nicht, dass die demokratische Asymmetrie nicht bearbeitbar (so auch unten) wäre, sondern lediglich, dass sie sich nicht gänzlich beseitigen lässt.

77 Siehe Fn. 68.

78 Das konkrete Verfahren kam letztlich durch die Aktivität des Italienischen Flüchtlingsrats zustande, welcher die 24 Betroffenen und späteren Antragsteller in Lagern in Libyen aufgefunden, ihre Behandlung vor Ort untersucht und sich um die entsprechenden Anwälte gekümmert hatte. Vgl. <https://www.opensocietyfoundations.org/voices/italy-s-migrant-interception-faces-european-court-scrutiny>. Diesen 24 letztlich vor Gericht vertretenen Personen stehen tausende von vergleichbaren Aktionen Betroffene gegenüber. Eine ausführliche Analyse außerdem in *Sonja Buckel*, "Welcome to Europe". Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts, 2013, 289 ff.

79 Zu der im Gegenteil für Asylsuchende problematischen „Disaggregation“ von Souveränität in transnationalen Konstellationen *Itamar Mann*, Dialectic of Transnationalism: Unauthorized Migration and Human Rights, 1993-2013, Harvard International Law Journal (Heft 54, 2) 2013, 315 ff.

Seyla Benhabib bezeichnet mit dem Ausdruck der demokratischen Iterationen die „komplexen öffentlichen Debatten, Beratungen und Auseinandersetzungen, in denen universalistische Rechte und Prinzipien von Institutionen des Rechts und der Politik wie von zivilgesellschaftlichen Organisationen diskutiert und kontextualisiert, angegriffen und verteidigt, reformiert und reformuliert werden“.<sup>80</sup> In Anlehnung an das Derrida'sche Konzept der Iteration entwirft Benhabib so die Vorstellung, dass einem Begriff, wie in diesem Fall dem des Flüchtlings, keine eigentliche oder originäre Bedeutung zukommt, sondern dass er mit jeder Verwendung in unterschiedlichem Kontext eine Veränderung und Ergänzung erfährt. Nicht nur kann der Flüchtlingsbegriff neben einer bestehenden Bedeutung abweichend verwendet werden, sondern die jeweilige Verwendung und Kontextualisierung bildet einen Baustein in der Bedeutung des Begriffs als solchem. Demokratisch sind diese Iterationen nach Benhabib deshalb, weil sie in Prozessen öffentlichen Austauschs und kollektiver Meinungsbildung erfolgen.<sup>81</sup>

Die Auseinandersetzungen über den Flüchtlingsbegriff können wir als solche demokratische Iterationen verstehen, in welchen die Idee eines kosmopolitischen Rechts auf Zugang den politischen und rechtlichen Realitäten entgegengehalten und ihre aktuelle Bedeutung diskutiert wird. In diesen Auseinandersetzungen spiegelt sich die beschriebene Ambivalenz des Flüchtlingsbegriffs, der die Ordnung von Nationalstaaten einerseits bestätigt und andererseits unterbricht. Diese Zwiespältigkeit finden wir auch in der Verwendung des Begriffs in Protesten und Bewegungen von AsylbewerberInnen selbst. Dabei bezeichnen sich die Protestierenden überwiegend als Flüchtlinge, daneben kam aber auch eine kritische Haltung zu dieser Bezeichnung auf.<sup>82</sup> Alternativ wählen sie in der Selbstbeschreibung den Begriff der „Non-citizens“ oder verzichten ausdrücklich auf die abgrenzende Bezeichnung.<sup>83</sup>

Diese Auseinandersetzungen über die angemessene Bezeichnung bringen zum Ausdruck, dass der Flüchtlingsbegriff auch neben der rechtlichen Festlegung weiterhin Kristallisationspunkt zentraler normativer Fragen bleibt. Anhand dieser Begrifflichkeiten wird das Interesse souveräner Nationalstaaten mit universalistischen Forderungen ins Verhältnis gesetzt, und anhand dieser Begrifflichkeiten werden auch die den Regeln über Grenzen und Zugehörigkeit innewohnenden Widersprüche diskutiert. Diese Diskussionen prägen aber nicht nur Normen außerhalb des positiven Rechts, sondern wirken auch auf die staatlichen Regelungen zurück. Bei öffentlichen Debatten um Gesetzgebungsvor-

80 Benhabib (Fn. 72), 175.

81 Seyla Benhabib, *Claiming Rights across Borders: International Human Rights and Democratic Sovereignty*, *American Political Science Review* (Heft 103, 4) 2009, 691 ff. (699). Benhabib rekurriert auf die diskurstheoretischen Voraussetzungen dieser Prozesse, um ihre Legitimität zu bewerten. Eine Diskussion dieser Kriterien scheint hier erlässlich, da das Konzept als solches nicht von dieser Unterscheidung abhängt.

82 Als Referenz mögen zwei Webseiten der Flüchtlingsbewegung in Deutschland seit 2012 dienen: Die Seite <http://refugeestuggle.org> entstand im Rahmen der Aktionen in Würzburg und anderen bayrischen Städten, bei denen gegen langwierige Asylverfahren und die Lebensbedingungen der Asylbewerber protestiert wurde. Die Seite <http://oplatz.net> entstand nach dem Protestmarsch von Flüchtlingen aus Bayern und anderen Teilen Deutschlands nach Berlin, wo sich auf dem dortigen Oranienplatz ein offenes Zeltlager bildete, das in den darauffolgenden Monaten Zentrum der Proteste insbesondere gegen Residenzpflicht und Arbeitsverbot von Asylbewerbern war.

83 Vgl. auch den im Juli 2015 entstandenen Aufruf „Stop calling Freedom Fighters Refugees“, der die Frage der Bezeichnung ausdrücklich zum Gegenstand hat, <http://oplatz.net/2015/07/03/stop-calling-freedom-fighters-refugees/>.

haben ebenso wie im Zuge der gerichtlichen Auslegung bildet das (zivil)gesellschaftliche Verständnis, wer denn „ein Flüchtling sei“, einen wichtigen Bezugspunkt.

#### d) Zusammenfassung

Das Verhältnis des Flüchtlingsbegriffs zum Recht ist ein komplexes. Bereits die Regulierung territorialer Grenzen steht in Verbindung zum Begriff des Flüchtlings, insofern sie die Bezeichnung als normativ relevante hervorbringt. Dabei steht der Flüchtling für die Ausnahme von der willkürlichen staatlichen Entscheidung über Zugang zum Territorium. Zugleich folgt die rechtliche Festlegung von Kriterien, wer als Flüchtling gelten kann, wiederum der nationalstaatlichen Logik. Das daraus resultierende demokratische Paradox zeigt sich in zahlreichen Konstellationen, in denen die von staatlichen Entscheidungen Betroffenen keine Möglichkeit besitzen, die Prinzipien und Kriterien dieser Entscheidungen in Frage zu stellen.

Der Flüchtlingsbegriff wirkt also in beide Richtungen: Einerseits zeigt er die Notwendigkeit an, einer Kategorie der Ausnahme zu genügen, um Grenzen zu passieren. Andererseits schafft er eben mit dieser Ausnahme eine der Logik des Nationalstaates zuwiderlaufende Kategorie. Diese beiden Seiten sehen wir in den Forderungen, ob und wie der Flüchtlingsbegriff verwendet werden solle, gespiegelt: Teilweise wird unter Hinweis auf die affirmative Seite des Begriffs gefordert, diesen zu vermeiden.<sup>84</sup> Andererseits wird auf seine kosmopolitische Dimension und auf die Notwendigkeit verwiesen, diese im Lichte konkreter Herausforderungen zu aktualisieren.<sup>85</sup> Ohne dabei einer Seite zuzustimmen, können wir diese Auseinandersetzungen über den Flüchtlingsbegriff als demokratische Iterationen verstehen.

Für das Recht bedeuten diese demokratischen Iterationen vor allem, dass sie das Dilemma des Flüchtlingsschutzes sichtbar machen und so die Diskussion in wichtiger Weise verunsichern. Die Frage nach der Bedeutung des Flüchtlings für die nationalstaatliche Ordnung zeigt die historische Kontingenz rechtlicher Definitionen auf und stellt ihre Festlegung und Auslegung in ein anderes Licht der Rechtfertigungsbedürftigkeit. Neben der Frage nach den Rechten von Asylsuchenden und Flüchtlingen auf dem Territorium, die leichter Gegenstand von politischen Impulsen werden können, erlaubt es der Begriff des Flüchtlings es auch, den Zugang zum Territorium überhaupt als politische Frage zu formulieren.

84 Siehe Fn. 85. Vgl. auch für eine kritische Analyse der Begriffsverwendung *Liisa H. Malkki*, Refugees and Exile: From "Refugee Studies" to the National Order of Things, *Annual Review of Anthropology* (Heft 24) 1995, 495 ff.

85 *Jacques Derrida*, *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort!*, 1997.