Für ein ‚Helsinki' im deutschen Migrationsrechtsdiskurs

Daniel Thym

10.07.2018 doi: 10.17176/20180711-090415-0

Es sind stürmische Zeiten, in denen nicht nur in Berlin und München sich Rhetorik und Emotionen bisweilen überschlagen. Der bedächtige Politikdiskurs der späten Bonner Republik ist heute ebenso wild wie manche Berliner Clubnacht. Dies gilt auch für wissenschaftliche Positionierungen mit gesellschaftlicher Breitenwirkung, die angestoßen zu haben ein Verdienst von Max Steinbeis und dem Verfassungsblog ist. Dennoch ließen mich einige jüngere Beiträge zum Migrationsrecht kopfschüttelnd zurück.

Dana Schmalz sah Asylbewerber durch den Kompromiss von CDU und CSU in vermeintlich grundrechtsfreien Transitzonen im juristischen Niemandsland stranden – und Maximilian Pichl wähnte die Bundesregierung auf dem Weg, „eine illiberale und anti-europäische Form des Rechtsstaats in Deutschland zu implementieren." Wenn dies zutrifft, verdient das Trio von Merkel, Seehofer und Nahles den Ehrentitel als die neuen Orbáns und Trumps, denn die drei zentralen Forderungen der CDU/CSU wurden vom Koalitionsausschuss rhetorisch abgeschwächt, in der Sache aber nahezu unverändert fortgeführt.

Nun habe ich kein Problem mit griffiger Rhetorik und benutze diese nachfolgend bewusst auch selbst. Allein einige jüngere Beiträge prägte ein ärgerlicher Kontrast zwischen rhetorischer Aufrüstung und argumentativer Entleerung. Rechtliche Argumente wurden durch floskelhafte Beschwörungen des Refoulementverbots oder des Anwendungsvorrangs ersetzt, ohne zu sagen, worin konkret der Verstoß liegen soll. Oder es wurde so einseitig argumentiert, dass der Eindruck zurückbleibt, EuGH und EGMR entschieden immer für Migranten und Flüchtlinge.

Dies ist gefährlich. Wenn von linker Seite der regierungsamtliche Versuch, „Ordnung und Steuerung" zu etablieren, pauschal als menschenrechts- oder rechtsstaatswidrig präsentiert wird, passiert in der Sache nichts anderes, als wenn deutschnationale und rechtspopulistische Kreise den Mythos eines fortwährenden Rechtsbruchs pflegen. Auch eine undifferenzierte Berufung auf EU-Recht und EMRK kann den Sachdiskurs unterminieren. Es ist wie im Kalten Krieg: Ohne Abrüstung droht dem Diskurs ein nuklearer Winter. Doch dazu später mehr.

Die eingebildete Fiktion der Rechtlosigkeit

Es ist kein Zufall, dass die CDU/CSU-Verständigung rhetorische Überreaktionen hervorrief, denn die knappen 15 Zeilen setzten in Twitter-Manier auf drei kurze Meldungen voller Schlagwörter wie „neues Grenzregime", „Transitzentren" und „Fiktion der Nichteinreise". Deren operativer Gehalt wurde nicht erklärt, aber sie weckten Assoziationen (und sollten das wohl auch). Entsprechend groß war die Entrüstung neben Schmalz auch bei Joachim Wieland und, deutlich abgeschwächt, Mathias Hong. Eindeutig grundgesetz- und europarechtswidrig lautete der Befund.

Gerade von Dana Schmalz, die offiziell als „Associate Editor" des Verfassungsblogs für Asyl, Migration und Sozialstaat verantwortlich zeichnet, hätte man sich gewünscht, dass sie die Floskeln hinterfragt, was eine „Fiktion der Nichteinreise" migrationsrechtlich bedeutet. Der verbreitete Verweis auf das Flughafenverfahren hätte sie auf die Spur bringen können, dass es nicht darum geht, die Grundrechtsgeltung dogmatisch auszuhebeln, sondern um eine verwaltungsrechtliche Fiktion. Die Bundeskanzlerin und der Innenminister verstanden dies besser, als sie im Bundestag und in Interviews erklärten, dass von Verfassungs wegen eine 48 Stunden-Frist einzuhalten sei. Das überzeugt zwar in der Sache nicht, geht aber richtigerweise davon aus, dass selbstverständlich die Grundrechte gelten.

Geregelt wird eine solche Fiktion heutzutage für das Flughafenverfahren in § 18a AsylG sowie für eventuelle Binnengrenzkontrollen in § 13 Abs. 2 S. 2 AufenthG. Florian von Alemann machte dankenswerterweise in einem Kommentar darauf aufmerksam, dass das positive Recht anders aussieht als der erste Beitrag hierzu auf dem Verfassungsblog suggerierte.

Auch Schmalz relativierte schließlich ihre Kritik am Morgen des 6. Juli, also nach dem Kompromiss der Großen Koalition: „Wenn wir es am Ende mit viel Gelärme um wenig Veränderungen zu tun haben, ist das ärgerlich… Ich spreche mich mit so viel Nachdruck gegen … eine fingierte Nichteinreise aus, weil sie statt Gründe zu diskutieren die Tatsachen umdeute(t), auf die wir uns beziehen.“ Selbstkritik sieht anders aus, denn in der Sache war sie es, die sich nicht weiter um migrationsrechtliche Regelungsinhalte kümmerte und rhetorisch dennoch viel Gelärme machte.

Ein Grund für den Schnellschuss mag gewesen sein, dass Dana Schmalz interdisziplinär bewandert ist. Ihre Beiträge hierzu kann ich empfehlen. Aus dieser Perspektive hätte sie sehr gut auf die diskurstheoretischen Gefahren und politiktheoretischen Fallstricke einer Semantik der Transitzonen hinweisen können. Auch kann man praxisbezogen argumentieren, dass Transitverfahren die Rechtsberatung faktisch erschweren. Dies klang auch bei Schmalz an, aber letztlich präsentierte sie eine rechtsdogmatische Kritik, obgleich diese von Anfang an unhaltbar war, wenn man mit den bestehenden deutschen und europäischen Regeln zu Einreisefiktionen, Grenzverfahren und Transitzonen halbwegs vertraut ist.

Es ist dies durchaus eine allgemeine Lehre. In einem hochkomplexen Rechtsgebiet wie dem Migrationsrecht ersetzen interdisziplinäre Fertigkeiten nicht die Auseinandersetzung mit dem positiven Recht auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Diese dogmatische Kärrnerarbeit ist mühsam, kostet auch mich viel Zeit und ist nicht so sexy wie kritische Theorie, aber sie ist unentbehrlich, wenn man im öffentlichen Diskurs konkrete Maßnahmen rechtswissenschaftlich bewerten will.

Transitverfahren im Einklang mit den Menschenrechten

Maximilian Pichl zeigt eine größere Begeisterung für migrationsrechtliche Details, ist dafür aber umso einseitiger. Ich habe wohlgemerkt kein Problem damit, dass er eine politische Agenda verfolgt und sprachlich zuspitzt, aber ein öffentlicher Diskursbeitrag sollte kein Anwaltsschriftsatz sein, der argumentative Schwächen bewusst kaschiert. Zutreffend führt er aus, dass der EGMR in erster Instanz die ungarischen Transitzonen als menschenrechtswidrig einstufte, wobei die Berufung derzeit verhandelt wird. Doch was möchte er uns damit kurz nach dem CDU/CSU-Kompromiss sagen? Dass in Passau und Rosenheim bald ungarische Verhältnisse herrschen?

Dies ist bei allem Respekt ebenso absurd wie manch erbärmliche Merkel-Metapher der AfD. Schließlich waren es die bayerischen Behörden, die mit großem Engagement die administrative Basis der Willkommenskultur bildeten. Das berüchtigte LAGESO lag im damals großkoalitionären Berlin, nicht im schwarzen Bayern. Transitzentren sind auch in Deutschland kein angenehmer Raum, aber ungarische oder griechische Verhältnisse bei Unterbringung und Verfahren wird es nicht geben. Dies merkt auch Pichl, wenn er eine mögliche „humanitäre“ deutsche Variante erwägt, nur um den Gedanken sogleich mit der Orbán-Keule niederzumachen.

Es ist dies nicht nur eine diskursive Schwäche. Rechtlich betrifft die EGMR-Kritik nämlich vorrangig das Wie der Ausgestaltung und nicht das Ob der Einrichtung. Man muss nur die Pressemitteilungen gründlich lesen, um festzustellen, dass die Urteile nicht so eindeutig sind wie Pichl suggeriert. Die Lebensbedingungen in Ungarn waren für den EGMR noch in Ordnung (Rn. 84-90) und dasselbe gilt – entgegen der ausführlich rezipierten NGO-Kritik – auch für den griechischen Hotspot auf Chios (Rn. 136-147). Vor allem jedoch verschweigt Pichl, dass der EGMR den Freiheitsentzug als solchen nicht als rechtswidrig einstufte, sondern sich „nur“ an der unklaren Rechtsgrundlage und Behördenpraxis rieb (Rn. 86-88), in

Bezug auf Malta ebenso wie für die griechischen Inseln (Rn. 108-124).

Diese verfahrensbezogene Kritik ist kein Zufall, denn der EGMR ist im Einreisekontext großzügiger, seit die Große Kammer entgegen UNHCR befand, dass Asylbewerber prinzipiell in geschlossenen Transitbereichen untergebracht werden dürfen, freilich nicht zu lange. Dies wurde zuletzt mit Blick auf Malta ebenso bestätigt. Dies zeigt, dass man ein Transitverfahren also menschenrechtskonform ausgestalten kann – so wie es Artikel 43 der Asyl-Verfahrensrichtlinie vorsieht. Man kann darüber diskutieren, ob diese Bestimmung auch für die Binnengrenzkontrollen gilt und wie sich die Verfahrensrichtlinie zu den Haftregeln der Aufnahmerichtlinie verhält. Aber diese Mühe macht sich Herr Pichl nicht. Er verweist pauschal auf den EGMR, um ein Fazit zu rechtfertigen, das dessen Urteile nicht tragen.

Ganz ähnlich kann man darüber streiten, ob die von Markus Söder geforderte Einschränkung des Rechtsschutzes gegen Dublin-Überstellungen europarechtskonform ist oder nicht. Allein Pichls Behauptung, ein abgeschaffter Dublin-Rechtsschutz bewirke eine Orbánisierung, verkennt, dass es diesen in Deutschland bis zum Jahr 2013 nicht gab und auch der EuGH bis zum Sommer 2016 eine restriktive Linie verfolgte. Wer den Orbánisierungsvorwurf mit der Gießkanne streut, läuft Gefahr, dass die öffentliche Meinung dieser Fremdbeschreibung irgendwann folgt und diese dann auch umsetzt. Dazu gleich mehr.

Steuerung von Fluchtbewegungen durch Verwaltungsrecht

Als Associate Editor äußert sich Schmalz häufig als erste zu Themen. So auch zwei Tage nachdem Horst Seehofer am 18. Juni die sofortige Zurückweisung bei einer Einreisesperre angeordnet hatte. Das Fazit von Pauline Endres de Oliveira und Dana Schmalz war eindeutig: europarechtswidrig. Ganz ähnlich eine Woche zuvor die erste Reaktion zum plötzlich eskalierenden Streit zwischen CDU und CSU: generelle Zurückweisungen von Asylbewerbern verstoßen nicht nur gegen die Dublin-Vorschriften, was von vielen anderen zuvor ausführlich begründet worden war, sondern auch gegen das Refoulementverbot der Genfer Flüchtlingskonvention.

Ich kann gut nachvollziehen, wenn einige der seriösen Kommentatoren fehlende Rechtsnormen oder Verweise vermissten. Tatsächlich gehören zum EU-Recht auch die Rückführungsrichtlinie oder die Verordnung über das Schengener Informationssystem (SIS), die beide das Einreiseverbot regeln und normhierarchisch dieselbe Stellung wie die Dublin-Regeln besitzen. Leider sind auf EU-Ebene verschiedene Rechtsakte nicht immer aufeinander abgestimmt, sodass es Spannungslagen und Unklarheiten geben kann. Daher ist das genaue Verhältnis von Artikel 11 der Rückführungsrichtlinie sowie vor allem auch von Artikel 24 der SIS-Verordnung i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Buchst. d, Art. 14 des Schengener Grenzkodex zu den Dublin-Vorschriften ein rechtliches Dickicht, das meines Wissens bisher niemand zu durchqueren versucht hat.

Es wäre ein lohnenswertes Unterfangen gewesen, dies zu tun. Aber dies erfordert mehr als einen pauschalen Verweis auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Europarecht ist nicht Aladins Wunderlampe, die einem alle Wünsche erfüllt, die man gerade hat. Dies gilt für Schmalz und Endres de Oliveira ebenso wie für den ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Hans-Jürgen Papier, der kürzlich in einem Gutachten generelle Zurückweisungen nach den Dublin-Regeln zu rechtfertigen versuchte, ohne die detaillierten Normen zu Überstellungsverfahren und die einschlägige EuGH-Judikatur überhaupt zu diskutieren, die inzwischen sogar die Bundeskanzlerin in einer Regierungserklärung erwähnte.

Ebenso ist es mit dem Refoulementverbot der Genfer Flüchtlingskonvention, das in der Tat vor Kettenzurückweisungen schützt, hierbei freilich nur vor Verfolgung im Sinn der GFK. Der Vorwurf, dass eine Dublin-Rückführung bzw. eine einseitige Zurückweisung dazu führten, dass ein Syrer zwangsweise wieder in Syrien lande, bleibt spekulativ und wurde selbst vom wegweisenden M.S.S.-Urteil nicht angenommen. Stattdessen geht es bei innereuropäischen Überstellungen in erster Linie um die Lebensbedingungen in

anderen EU-Ländern, die die jüngere EGMR-Judikatur gar nicht mehr so kritisch beurteilt (siehe oben zu griechischen Hotspots und ungarischen Transitzonen). Vielleicht meinte Dana Schmalz eben diese menschenrechtlichen Refoulementverbote, aber sie verwies nur auf die GFK.

Es ist dies nicht nur ein dogmatischer Unterschied. Der andere Prüfungsmaßstab macht deutlich, dass es innerhalb des Dublin-Systems zum Glück nicht um Verfolgung oder gar Leben und Tod geht, sondern um angemessene Lebensbedingungen. Dies betrifft wichtige Güter, aber man kann und muss im Lichte der Rechtsprechung darüber diskutieren, welche Standards man hier anlegen sollte – und es ist legitim, wenn jemand hierbei einen flüchtlingsfreundlichen Ansatz verfolgt. Eine formelhafte Beschwörung von GFK und EMRK ersetzt dies jedoch nicht.

Es ist bezeichnend, dass Stefan Talmon in seiner Reaktion auf Schmalz nicht etwa die Rechtsfolgen auszudifferenzieren suchte, sondern den individualrechtlichen Charakter des Refoulementverbots nach der GFK bzw. Völkergewohnheitsrecht gänzlich hinterfragte. Dies mag historisch zutreffen, lässt sich aber für die Gegenwart kaum halten – und gilt jedenfalls nicht für die parallel anwendbaren Menschenrechte, auf die auch UNHCR sich heute häufig stützt. Es ist dies ein paradigmatisches Beispiel für meine letzte Überlegung: Wenn jegliche staatliche Migrationssteuerung als illegitim dargestellt wird, stärkt dies mittelbar diejenigen, die die Rechtsbindung zu relativieren oder aufzugeben suchen. Dies gilt für die Wissenschaft ebenso wie für den öffentlichen Diskurs. Anerkennen wir endlich, dass es nicht nur Schwarz und Weiss gibt, weil die Fluchtmigration im Einklang mit den Menschenrechten gesteuert werden kann und darf.

Für ein „Helsinki“ im deutschen Migrationsrechtsdiskurs

Für die deutsche Migrationspolitik mag der Streit um die Zurückweisungen in ungefähr dasselbe sein wie die Kubakrise für den Kalten Krieg: der mediale Höhepunkt eines schwelenden Konflikts, in dem sich die Feindbilder verfestigen. Im Kalten Krieg etablierte sich ein „Gleichgewicht des Schreckens“, als sich zwei Blöcke konfrontativ gegenüberstanden und der nukleare Winter jederzeit möglich schien. Die Entspannung begann erst, als man in Helsinki 1975 wieder miteinander zu reden begann. Es liegt an uns allen, ob dies im deutschen Migrationsrecht schneller geht.

Gegenwärtig stehen die Zeichen auf konfrontative Verhärtung. Dies zeigt sich beim Streit um die Zurückweisungen ebenso wie zuvor in den Wahlkampf-Kontroversen über die Obergrenze. Schon damals gab es nur Schwarz und Weiß. Gewiss lebt die politische Kommunikation von Vereinfachung und Symbolen, aber davon gab und gibt es derzeit zu viel. Im öffentlichen Diskurs konkurrieren geschlossene Grenzen immer häufiger mit einem unbedingten Einreiserecht.

Dies ist eine diskursive Sackgasse. Vereinfachte Lösungsalternativen geben Orientierung, verlangen jedoch zugleich ein Bekenntnis. Man muss sich scheinbar zwischen Menschenrechten und Migrationssteuerung entscheiden, wenn erstere Flüchtlingen nahezu immer die Einreise zu garantieren und letztere scheinbar einfache Grenzschließungen zu erlauben scheinen. Es gibt, wie ich im anstehenden Doppelheft Mai/Juni der Zeitschrift für Ausländerrecht darlege, keinen Raum für ein argumentatives und rechtliches Dazwischen und damit auch keinen Raum für eine gestaltende Politik, die die vielfältigen Interessen auszugleichen sucht.

Die verbreitete Berufung auf das Recht erscheint hierbei auch als eine argumentative Ausweichstrategie, die Sachargumente zu umgehen sucht. Dies gilt für pauschale Verweise auf das Refoulement-Verbot oder das Europarecht, die sich nicht die Mühe machen, verschiedene Konstellationen dogmatisch abzuschichten, ebenso wie für die noch viel simplere Erklärung 2018, die mit dem Verweis auf das neutrale Recht noch dazu rassistische Motive bei einzelnen Akteuren zu verdecken sucht.

Die Crux ist nun, dass sich beide Positionen auf eine diffuse und speziell von linken Akteuren keineswegs beabsichtigte Weise gegenseitig stabilisieren können. Unter einer solchen binären Konfrontation leidet nicht zuletzt das Recht selbst, wenn dieses aufgrund pauschaler Anrufungen als Ausdruck poli-

tisch motivierter Auslegungen erscheint. Dies gilt für den Gegenstand meiner Kritik ebenso wie für Hans-Jürgen Papier, der aufgrund seiner prominenten früheren Position eine besondere Verantwortung trägt.

Eine zunehmende Polarisierung der Rechtsdeutung stärkt diejenigen, die rechtliche Bindungen in einem Akt souveräner Selbstbehauptungen abzuschütteln wünschen, indem sie etwa das Unionsrecht offen missachten. Wer das überstaatliche Recht vor Erosionserscheinungen bewahren will, ist also gut beraten, gerade in Grenzsituationen differenziert zu argumentieren, um den Verdacht politisch motivierter Auslegungen vorzubeugen. Auch mag es helfen, das supranationale Recht nicht nur als fremdbestimmte Vorgaben zu präsentieren, sondern politische Handlungsspielräume zu betonen, die die innerstaatliche Umsetzung ebenso betreffen wie die anstehende Dublin-Reform und bilaterale Vereinbarungen.

Mein Plädoyer für eine gestaltende Migrationspolitik, die die widerstreitenden Interessen auszugleichen versucht, anstatt sich faktisch und normativ zwischen offenen und geschlossenen Grenzen entscheiden zu müssen, reagiert vor allem auf die verschärften Fronten in der aktuellen Situation. Man kann die jüngere deutsche Debatte ganz im Sinn eines konstitutionellen Moments als einen Wendepunkt des Migrationsrechts beschreiben, in dem konzeptuelle Grundannahmen herausgefordert und neu justiert werden. Die Sozialpsychologie spricht insofern von einer „kognitiven Dissonanz“, wenn mehrere kognitive Empfindungen, Wünsche und Absichten sich widersprechen. Der Mensch strebt danach, diese Spannung aufzulösen, indem er Handlungen und Überzeugungen neu justiert.

In einer solchen Situation ist es hilfreich, wenn von der öffentlichen Debatte keine binäre Entscheidung verlangt wird, ob sie nun für die Menschenrechte oder die Staatensouveränität in Form offener oder geschlossener Grenzen optiert. Dies setzt freilich eine rhetorische und argumentative Abrüstung voraus, die – ganz im Sinn des „Geists von Helsinki“ – die widerstreitenden Positionen argumentativ anerkennt. Am diesbezüglichen öffentlichen Diskurs als rechtswissenschaftliches Forum teilzuhaben, ist ein Verdienst des Verfassungsblogs, der auch darauf gründet, dass politische Bewertungen immer auf einer nüchternen Sachanalyse beruhen. Die Chancen, dass dies auch im Migrationsrecht so bleibt, stehen sicher gut, nun wo sich auch in Berlin und München die Wogen wieder zu glätten scheinen.

AUTOR*IN

Daniel Thym

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M., ist Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Konstanz.

EMPFOHLENE ZITATION

Thym, Daniel: Für ein ‚Helsinki’ im deutschen Migrationsrechtsdiskurs, Verfassungsblog, 10.07.2018, doi: 10.17176/20180711-090415-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20180711-090415-0.