

# Der Brexit als radikales Experiment

Die Grenze im Brexit als Bedingung von Exklusion, Inklusion  
und offener Staatlichkeit

von

Prof. Dr. Volker Röben (Durham)

## Inhalt

<i>I. Exklusion anderer Hoheitsgewalt und Demokratiemodelle</i> . . . . .	683
<i>II. Inklusion der Staatsbürger</i> . . . . .	686
<i>III. Neue Grenzen – Die Öffnung der Staatlichkeit für die Zukunftsgestaltung</i> . . . . .	687
<i>IV. Schlussfolgerungen</i> . . . . .	689

Zweifellos erfährt die Grenze als Rechtsinstitut eine Renaissance. In den Zeiten der Pandemie(n) dient sie der Kontrolle, der Durchsetzung von Gesundheits- und Quarantäneregeln, ist also Mittel zu einem bestimmten, letztlich sachlich und zeitlich begrenzten Zweck. Im Kontext des Brexit ist die Renaissance der Grenze von anderer, extremer Qualität. Sie dient der allgemeinen, scharfen Abgrenzung einer politischen Gemeinschaft gegenüber anderen Hoheitsträgern, staatlichen und überstaatlichen.

Staatlichkeit in seiner ursprünglichen Konzeption ist Exklusion anderer Hoheitsgewalt gebündelt mit Inklusion des Staatsvolkes in diese Staatsgewalt. Die physische Demarkation ist dazu notwendige Bedingung. Diese Funktion der Grenze kommt im Brexit zum Vorschein. Der Ansatz der nachstehenden Überlegungen dazu ist positiv-analytisch. Er ist nicht normativ, unterlässt also eine Bewertung dieses historisch radikalen Experiments.

## I. Exklusion anderer Hoheitsgewalt und Demokratiemodelle

Staatlichkeit ist konzeptionell die Exklusion aller anderen Hoheitsgewalt, intern oder extern. Solche Exklusion ist territorial definiert, sie ist auf ein bestimmtes durch Grenzen markiertes Gebiet bezogen. Das Recht oder genauer die Autonomie über

die Rechtsetzung ist das zweite Attribut der Staatlichkeit, das sich in der Grenze manifestieren soll. Die Grenze markiert den geographischen ausschließlichen Anwendungsbereich einer staatlichen Rechtsordnung.

Dieser Ausschließlichkeitsanspruch findet Ausdruck in dem Referendumslogan der Brexit-Befürworter von 2016 „take back control of our borders, money and laws“.<sup>1</sup> Diesem Slogan unterliegt der Gedanke der allein vom Parlament in Westminster und zu einem bestimmten Grad in den Parlamenten der „devolved jurisdictions“, also Wales, Schottland und Nordirland, kontrollierten Hoheitsgewalt im Vereinigten Königreich. Grundsätzlich spiegelt die Vorstellung einer solchen ausschließlichen Anwendbarkeit das Demokratieprinzip in einer sehr spezifischen Ausprägung des britischen Verfassungsrechts wider. Diese beruht auf dem einen Grundsatz, *parliament is sovereign*, das Parlament kann also allein und alles entscheiden. Das fundamentale Konstruktionsprinzip der britischen Verfassung ist *parliament is sovereign*. Wirklich wirksame Schranken dieses Primats der Ersten Gewalt im Sinne im Sinne des deutschen oder etwa US-amerikanischen Verfassungsrechts gibt es bisher trotz verschiedener Ansätze nicht. Diese Parlamentssouveränität ist nicht nur ein materiell-verfassungsrechtliches, sondern ein politisches Konzept. Dies ist noch verstärkt durch das Westminster Modell des Mehrheitswahlrechts. In der Tendenz schützt dies ein Zwei-Parteien-System mit klaren parlamentarischen Mehrheiten. Die Bürger sind daher an Richtungsentscheidungen gewöhnt, für die der Premierminister verantwortlich ist.

Dieser Anspruch wird eben durch die Europäische Union in Frage gestellt. Das Ausschließlichkeitskonzept ist mit einer geteilten oder gemeinsam ausgeübten Souveränität, wie sie die EU verkörpert, schwer vereinbar. Sie ist kompetent, Recht zu erlassen, das unmittelbar und mit Vorrang gilt. Sie hat Hoheitsgewalt, die nicht exkludierbar ist. Europa baut zudem auf dem Verhältniswahlrecht und damit den Koalitionen und dem Kompromiss auf.

Konsequent umfasst die Parlamentssouveränität daher auch den Austritt aus der EU selber. Dies ist eine Konstitutionalisierung, im Sinne der Erstreckung der parlamentarischen Rechte auf ein traditionell exekutives auswärtiges Handeln. Dies hat sich darin niedergeschlagen, dass der Supreme Court im *Miller-Urteil*<sup>2</sup> die Austrittserklärung der konstitutiven Zustimmung des Parlaments unterworfen hat und das Parlament erstmals in der Geschichte die Regierung in den sogenannten *contempt* gesetzt hat, um die Herausgabe von internen Dokumenten zu erzwingen. Das nach Art. 50 EUV erforderliche Austrittsabkommen wurde als ein ratifizierungsbedürftiger Vertrag qualifiziert.

Dieser Gedanke der souveränen Kontrolle durch den Austritt und damit der Beendigung des EU-Rechts hat ironischerweise gerade in der Rechtsprechung des

---

<sup>1</sup> Why Vote Leave – Vote Leave ([voteleavetakecontrol.org](http://voteleavetakecontrol.org)). Das ist auch der Titel des Regierungsprogramms zum EU-Austritt von 2018, EU Exit: Taking back control of our borders, money and laws while protecting our economy, security and Union ([publishing.service.gov.uk](http://publishing.service.gov.uk)).

<sup>2</sup> R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland – In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review, 24 January 2017, [2017] UKSC 5.

EuGH zu Art. 50 EUV Ausdruck gefunden. Art. 50 EUV, der den Austritt regelt, ist bereits nach seiner äußeren Gestalt stark überrahmt durch die Vorschriften der Wiener Vertragsrechtskonvention, also des allgemeinen Völkerrechts zwischen souveränen Staaten. Allerdings hätte der EuGH bei der Interpretation auch einen konstitutionellen Ansatz wählen können, wie er es in vielen anderen Bereichen tut. Tatsächlich hat er aber Art. 50 ganz im völkerrechtlichen Sinne interpretiert. In seinem Urteil *Wightman* hat er das deutlich gemacht.<sup>3</sup> Dort hat er eine Lücke im Wortlaut des Art. 50 geschlossen, betreffend die Frage, ob ein Rücktritt vom Rücktritt möglich ist. Der EuGH betont, dass das Austrittsrecht Ausdruck der Souveränität eines jeden Mitgliedstaats ist, der daher den Austritt nach Ermessen einseitig zurücknehmen kann. Dieses Ergebnis leitet der EuGH zwar primär aus dem EUV, aber sekundär auch aus der Wiener Vertragsrechtskonvention ab (Art. 67).

Auch die Abwicklung des Austritts ist letztlich über das Völkerrecht und nicht das EU-Verfassungsrecht erfolgt. Art. 70 WVRK, der in Art. 50 hinzulesen ist,<sup>4</sup> schreibt allgemein vor, dass beim Rücktritt einer Vertragspartei von einem Vertrag – einschließlich der Gründungsverträge internationaler Organisationen – aus Gründen der Rechtssicherheit bestimmte fortwirkende Pflichten bestehen, weil der Rücktritt einen Fall der unechten Rückwirkung auf bereits eingeleitete, aber nicht abgeschlossene Sachverhalte darstellt. Diese umfassen vor allem die Erfüllung bereits eingegangener Beitragszahlungspflichten, die erst nach dem Austritt fällig werden; ferner die Erfüllung von Dauerverwaltungsakten, insbesondere von Aufenthaltsgenehmigungen. Damit stand ein Großteil des Austrittsabkommen zwischen der EU und GB<sup>5</sup> bereits fest. Das gilt für die finanziellen Pflichten und für die ausgeübten Freizügigkeitsrechte der EU-Bürger in GB sowie der Briten in den verbleibenden Mitgliedstaaten. Es geht um die Fortgeltung bereits gesetzten und nicht um die Setzung neuen europäischen Rechts.

Die sich für die Zukunft stellenden Fragen betreffen wiederum zentral die Grenzen und damit die Geltung europäischen Rechts auf britischem Boden. Das ist viru-

<sup>3</sup> Rs C-621/18 – *Wightman u.a.*, Urteil des Gerichtshofs (Plenum) vom 10. Dezember 2018. Vorabentscheidungsersuchen des Court of Session, Inner House, First Division (Scotland).

<sup>4</sup> Der Wortlaut ist wie folgt:

„Artikel 70 Folgen der Beendigung eines Vertrags

(1) Sofern der Vertrag nichts anderes vorsieht oder die Vertragsparteien nichts anderes vereinbaren, hat die nach den Bestimmungen des Vertrags oder nach diesem Übereinkommen eingetretene Beendigung des Vertrags folgende Wirkungen:

a) sie befreit die Vertragsparteien von der Verpflichtung, den Vertrag weiterhin zu erfüllen;

b) sie berührt nicht die vor Beendigung des Vertrags durch dessen Durchführung begründeten Rechte und Pflichten der Vertragsparteien und ihre dadurch geschaffene Rechtslage.

(2) Kündigt ein Staat einen mehrseitigen Vertrag oder tritt er von ihm zurück, so gilt Absatz 1 in den Beziehungen zwischen diesem Staat und jeder anderen Vertragspartei vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung oder des Rücktritts an.“

<sup>5</sup> Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl 2019/C 66 I/01 (Instrument relating to the agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, 11 March 2019); Communication on the endorsement by the Commission of the results of the discussions with the United Kingdom on Interpretative Declarations related to the Agreement on the withdrawal of the UK from the EU and Euratom, 11 March 2019, C(2019) 3000.

lent bei der EU-Außengrenze auf der irischen Insel, die zwischen Nordirland, das mit dem Rest des Vereinigten Königreichs die EU verlassen hat, und der Republik Irland, die der EU weiter angehört, verläuft. Das Austrittsabkommen behandelt dies in einem Protokoll, das ausgesprochen umstritten ist. Das Protokoll ordnet letztlich die partielle Fortgeltung des materiellen Unionsrechts – einschließlich der Zollunion – an, und zwar zwischen Nordirland und dem Rest des Vereinigten Königreichs, mit Zuständigkeit des EuGH.

Es schafft also eine neue Grenze innerhalb des britischen Gesamtstaats, die *Border down the Irish Sea*. Dieser außergewöhnliche Zustand wird andauern bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Parteien gemeinsam eine andere Regelung für die Zukunft schaffen werden. Eine Änderung bedarf also der Zustimmung der EU. Das Protokoll enthält auch eine besondere Ausprägung der *rebus sic stantibus* Klausel, die es jedem Partner ermöglicht, sich einseitig von dem Protokoll zu lösen. Die britische Seite unter dem inzwischen zurückgetretenen Europaminister Lord Frost hatte dies ins Spiel gebracht, aber letztlich nicht ausgeübt. Die Kündigung des Protokolls hätte die rein nationalen Staatsgrenzen reaktiviert und damit auch die sog. harte Grenze mit physischen Kontrollen zwischen Nordirland und Irland. Diese, so war und ist zu vermuten, würden wie in der Vergangenheit wieder Anschlägen ausgesetzt sein.

Diese Souveränität über das post-Brexit Recht ist allerdings bisher mehr formeller als materieller Art. Weite Bereiche des bisher als EU-Recht wirksamen Normenbestandes gelten in der Sache fort. Sie sind durch Gesetz en bloc ins britische Recht inkorporiert worden. Die spätere Interpretation und Anwendung kann natürlich auch zu einer materiellen Divergenz führen, weil die Vorlagemöglichkeit zum EuGH wegfällt. Das bleibt abzuwarten. Die Implikationen einer echten Abkopplung vom EU-Recht sind wohl auch zu komplex, um sie an dieser Stelle zu wagen. Sie reichen von der Energieunion und dem Emissionshandel bis zu existentiellen Fragen wie Flugtransport und Arzneimittelpolitik.

Eine materielle Divergenz von Gewicht gibt es bisher im Grunde nur bei der legalen Immigration. Die Freizügigkeit für EU-Bürger hat geendet und an ihre Stelle tritt das allgemeine Ausländerrecht, das zu einer Steuerung der Zuwanderung, nicht notwendig zu einer absolut niedrigeren Zuwanderung führt.<sup>6</sup> In anderen Bereichen sind Ansätze einer eigenen Entwicklung zu sehen. Die EU-Agrarpolitik war traditionell besonders umstritten und der *UK Agriculture Act* ist ein Versuch eigenständiger Prioritätensetzungen in diese Richtung.<sup>7</sup> Bei den Industriestandards folgt man dem EU-Recht.

## II. Inklusion der Staatsbürger

Inklusion der Einzelnen auf dem Staatsgebiet in die Staatsgewalt ist die andere Seite von Staatlichkeit. Sie wird oft mit der Demokratie als Regierungsform gleichgesetzt, bei der es um Repräsentation geht. Dieses formelle Verständnis kann um ein materi-

<sup>6</sup> Die außereuropäische Zuwanderung hat zugenommen und den Rückgang der Zuwanderung aus EU-Mitgliedstaaten ausgeglichen, Office for National Statistics, 2022.

<sup>7</sup> *Petetin/Dobbs*, Brexit and Agriculture, 2022.

elles ergänzt werden. Dieses betont die sozio-ökonomische Situation der Einzelnen. Sieht man das Referendum 2016 im Kontext anderer Referenden in den Mitgliedstaaten,<sup>8</sup> so ergibt sich, dass es eine, wenn nicht die wichtigste, Funktion der Grenze im Brexit ist, die rechtmäßige Immigration zu kontrollieren, wie es ja auch in dem genannten Brexit-Slogan zum Ausdruck kommt. Kontrolle über Einwanderung soll kontrollieren, wer durch staatliches Handeln bessergestellt wird. Sie soll die distributiven Konsequenzen, die sich aus einem langen Prozess der Deindustrialisierung ergeben, ändern. Die Regierung Johnson hat das auch unverblümt so vertreten. Es sei willkommen, dass Löhne stark steigen, weil die Konkurrenz von EU-Migranten wegfällt. Die sog. *Levelling-up Agenda*, die den betroffenen Regionen zugutekommen soll, ist eine weitere Politik, die diesen Gedanken sozialer Inklusion verfolgt. Die Grenze ist das physische Mittel der Immigrationskontrolle. Im Falle eines Inselstaates ist das plastisch.

Der Brexit setzt dieses Modell sozialer Inklusion ausschließlich innerhalb der eigenen Grenzen dem grenzüberschreitenden Modell der EU entgegen. Diese treibt sozio-ökonomische Entwicklungen voran, die grenzüberschreitend sind. Das richtet sich gegen die Freizügigkeit der europäischen Union, die ja gerade diese legale Immigration für alle Unionsbürger garantieren soll, und dem Mitgliedstaat jede Kontrolle darüber entzieht. Die Verträge haben dies immer in den Vordergrund gestellt. Auch wenn in der Realität nur ein geringer Prozentsatz der gesamten Unionsbürger von diesem Recht Gebrauch macht, so markiert es doch den Kerngehalt der Unionsbürgerschaft. Freizügigkeit aber schützt den wirtschaftlich Aktiven, setzt es doch grundsätzlich Grenzübertritt zum Zwecke der Arbeitsaufnahme voraus. Auch wenn die sog. *lump of labour*-These längst widerlegt ist, ist die Konkurrenz um eine begrenzte Zahl an Arbeitsplätzen doch gefühlte Realität.

Die Grenze ist auch ein Mittel der Kontrolle *illegaler* Immigration. Dies manifestiert sich darin, dass die Überwindung der physischen Barriere des Ärmelkanals und das Erreichen britischen Bodens Voraussetzung dafür ist, ein Asylverfahren einleiten zu können. Diesen Hintergrund beleuchtet die sog. *small boat crisis*. Migrantinnen, die sich in Großbritannien ein besseres Leben erhoffen, riskieren Ihr Leben bei der Überfahrt in kleinen Schlauchbooten. Sobald die britische Seite erreicht ist, entstehen Pflichten zur Rettung aus Seenot gegenüber diesen Personen unabhängig von Ihrer Staatsangehörigkeit.

### III. Neue Grenzen – Die Öffnung der Staatlichkeit für die Zukunftsgestaltung

Vielleicht am überraschendsten ist die dritte Funktion der Grenze im Brexit. Diese liegt in der Öffnung der Staatlichkeit. Die Position ist also gleichsam die eines weißen Blattes gleicher Grenzen für Personen und Güter gegenüber allen anderen Staaten. Auf diesem Blatt können jetzt die Grenzen zu anderen nach neuen Parametern definiert werden.

---

<sup>8</sup> Snell, *European Business Law Review* 28 (2018), 767–784.

Entgrenzung in diesem Sinne soll aus der Sicht des Brexit vor allem durch neue Freihandelsabkommen stattfinden. Der Erfolg mit dieser Strategie ist bisher begrenzt. Die bisher abgeschlossenen vollziehen im Grunde nur die bereits bestehenden Verträge nach, die diese Staaten bereits mit der EU haben. Das Abkommen mit Japan ist ein Beispiel. Der Austritt aus der EU ist entscheidend damit begründet, dass dies erst den Zugang zu neuen Märkten in der Form von Freihandelsabkommen mit nicht-europäischen englischsprachigen Partnern, also vor allem USA, Australien und Kanada, eröffnen würde. Ein Abkommen mit den USA ist in die Ferne gerückt, vor allem wegen amerikanischer Sorgen in Bezug auf Irland.

Die Gestaltung der Zukunft mit der EU ist weiterhin offen. Das Verfahrensziel aus der Sicht der EU besteht in einer möglichst engen Anbindung, nicht so sehr im Zollbereich, sondern vor allem im Bereich der regulatorischen Standards, für die sich die EU in einem globalen Wettbewerb befindet. Einige Anhaltspunkte finden sich in der Politischen Erklärung, die die Kommission und die britische Regierung im Zusammenhang mit dem Entwurf des Austrittsabkommens angenommen haben.<sup>9</sup> Die Frage ist, ob eine Harmonisierung mit dem Binnenmarktrecht mit Zuständigkeit des EuGH ganz oder in Teilen erfolgt oder aber eine bloße Koordinierung. Harmonisierung erfolgt in der Sache auch im Wege des autonomen Nachvollzugs des EU-Rechts samt seiner dynamischen Auslegung durch den EuGH. Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) entspricht diesem Modell für den gesamten Binnenmarkt, aber etwa auch die weniger bekannte Energiegemeinschaft, eine supranationale Organisation südosteuropäischer Staaten, die das Energierecht und das Energiebinnenmarktrecht der EU autonom nachvollziehen. Eine Koordinierung unterliegt dem Assoziierungsabkommen mit der Ukraine, das aber auch die Zuständigkeit des EuGH vorsieht. In der entfernteren Peripherie liegen die Freihandelsabkommen, etwa das Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) mit Kanada. Eine „maßgeschneiderte“ Beziehung ist demgegenüber nur sehr eingeschränkt möglich.

Gemeinsame Projekte der EU und GB sind vielleicht der wichtigste Bestandteil dieser neuen Architektur. Zu diesen gehört vornehmlich der Kampf gegen den Klimawandel, der einen europäischen Konsens artikuliert. Hier geht es rechtlich um die Erfüllung der gemeinsamen Pflichten unter dem Pariser Abkommen, die sich auf die Erreichung des Klimaziels von 1,5 Celsius beziehen. Das Abkommen ist ein sog. Gemischtes Abkommen, das sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten völkerrechtlich bindet, nach richtiger Auffassung auch untereinander. Der Austritt aus der EU berührt diese fortdauernden, gleichgerichteten Pflichten nicht. Aber das Interessante ist eben, dass das Pariser Abkommen strategischer Natur ist. Es greift tief in die innere Wirtschafts- und Energiepolitik aller Vertragspartien ein. Daraus ein gemeinsames, verbindendes, Solidarität und Wertegemeinschaft zu schaffen, setzt voraus, dass sich auch nach dem Brexit die EU und GB auf konvergenten und in der Tat integrierenden Pfaden bewegen. Das gemeinsame Ziel der CO<sub>2</sub>-Neutralität bis 2050 erfüllt diese Voraussetzung.

---

<sup>9</sup> Politische Erklärung zur Festlegung des Rahmens für die künftigen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich, ABL 2019/C 66/185.

#### IV. Schlussfolgerungen

Brexit ist die radikale Renaissance der Grenze als Institut und Instrument souveräner Staatlichkeit. Motiviert durch Überlegungen nationalstaatlicher Kontrolle über Politik, Recht und Wirtschaft, geht es um die Exclusion anderer, vor allem der europäischen Hoheitsgewalt, und die sozio-ökonomische Inklusion der eigenen Bürger, und drittens um die voluntaristische Öffnung zu neuen Partnern. Dies findet in der physischen Grenze seinen Ausdruck. Ob dieser radikale Ansatz auch praktisch erfolgreich sein kann, wird nur die Geschichte zeigen.