

Beitrag aus dem Asylmagazin 12/2020, S. 411–417

Carsten Gericke

Zwischen effektivem Menschenrechtsschutz und Realpolitik

Die jüngere Rechtsprechung des EGMR zum Rechtsschutz an den EU-Außengrenzen

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., Dezember 2020. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung des Autors sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 65 € für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.



In Kooperation mit



Zwischen effektivem Menschenrechtsschutz und Realpolitik

Die jüngere Rechtsprechung des EGMR zum Rechtsschutz an den EU-Außengrenzen

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Grundsatzentscheidungen zum Rechtsschutz an EU-Außengrenzen
 - 2.1. Khlaifia u. a. gegen Italien
 - 2.2. Ilias und Ahmed gegen Ungarn
 - 2.3. N. D. und N. T. gegen Spanien
- III. Schlussfolgerung

1. Einleitung

Aus migrations- und flüchtlingsrechtlicher Perspektive kommen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) fraglos große Verdienste zu: Entscheidungen der Großen Kammer wie *M. S. S. gegen Belgien und Griechenland* zum Dublin-System,¹ *Hirsi Jamaa u. a. gegen Italien* zu sogenannten Push-Backs nach Libyen² oder *J. K. u. a. gegen Schweden* zu Art. 3 EMRK und den Beweisstandards³ haben nicht nur den Individualrechtsschutz gestärkt. Die Rechtsprechung führte auch zu einer Stärkung menschenrechtlicher Standards im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS).

Entsprechend selbstbewusst nahm der griechische Richter am EGMR, Linos-Alexandre Sicilianos, in einer Rede mit dem Titel »The European Court of Human Rights at a time of crisis in Europe« im Oktober 2015 unter dem Eindruck hoher Ankunftsahlen von Schutzsuchenden zu der krisenhaften Situation in Europa Stellung und hob unter Bezug auf zahlreiche Entscheidungen die klare Positionierung des Gerichtshofs in flüchtlings- und migrationsrechtlichen Grundsatzfragen hervor.⁴ Zwar stehe das Recht der Staaten, ihre eigene Einwanderungspolitik fest-

zulegen, außer Frage. Aber Probleme bei der Steuerung der Migrationsströme könnten es nicht rechtfertigen, dass ein Staat auf Praktiken zurückgreife, die mit seinen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) nicht vereinbar seien. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs stärke die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und zeige die Grenzen der Dublin-Verordnung auf, während sie gleichzeitig eine Orientierungshilfe für die Migrationspolitik der Staaten darstelle. Explizit widmete sich Richter Sicilianos dabei auch dem Thema der »Push-Backs« bzw. Kollektivausweisungen. Mit Verweis auf Verfahren wie *Čonka gegen Belgien*, *Hirsi Jamaa u. a. gegen Italien* sowie *Sharifi u. a. gegen Italien und Griechenland* stellte er heraus, dass bei Ausweisungsentscheidungen stets der individuellen Situation der Betroffenen Rechnung getragen werden müsse. Um festzustellen, ob es sich um eine Kollektivausweisung handelt, berücksichtige der Gerichtshof eine Reihe von Faktoren, u. a. das Vorhandensein von Ausweisungsverfügungen mit identischen Bedingungen, das Fehlen von Einzelbefragungen; die Schwierigkeit, eine*n Anwalt*in zu kontaktieren oder die Tatsache, dass eine große Zahl von Personen gleicher Herkunft zur selben Zeit die gleiche Behandlung erhalten hat. Eine bloße Identitätsfeststellung allein reiche nicht aus, um das Vorliegen einer Kollektivausweisung auszuschließen. Insgesamt, so erklärte Richter Sicilianos, habe der Gerichtshof klare Positionen entwickelt, die die Politik der Staaten in Bezug auf die Migrations- und Flüchtlingskrise erheblich einschränken.⁵

Einen ähnlichen, wenngleich etwas vorsichtigeren Ton schlug die damalige deutsche EGMR-Richterin Angelika Nußberger nur wenige Monate später auf dem Deutschen Juristentag an.⁶ Wenn Europa, so resümierte sie unter Bezugnahme auf den Träger des Deutschen Buchpreises, Navid Kermani, mit dem »Einbruch von Wirklichkeit« konfrontiert sei, müsse es sich auf seine bewährten Methoden zur Lösung von Konflikten besinnen. Die Politik trage die Verantwortung und habe ein gewisses Ge-

* Carsten Gericke ist Rechtsanwalt in Hamburg und rechtlicher Berater des European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR). Der Artikel ist eine überarbeitete und ergänzte Fassung eines Beitrags zum 20. Symposium zum Flüchtlingsschutz in Berlin. Besonderer Dank gilt Lea Rösner für die wertvolle Unterstützung.

¹ EGMR (GK), Urteil vom 21.1.2011 – 30696/09, M. S. S. gg. Belgien und Griechenland – asyl.net: M18077.

² EGMR (GK), Urteil vom 23.2.2012 – 27765/09, Hirsi Jamaa u. a. gg. Italien – asyl.net: M19429.

³ EGMR (GK), Urteil vom 23.8.2016 – 59166/12, J. K. u. a. gg. Schweden.

⁴ Sicilianos, »The European Court of Human Rights at a Time of Crisis in Europe«, SEDI/ESIL Lecture, 16.10.2015, <https://bit.ly/2ISnYNF> (zuletzt abgerufen am 12.11.2020).

⁵ Ebd.

⁶ Nußberger, »Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik. Zur Rechtsprechung des EGMR zu Fragen der Staatenverantwortung in Migrationsfällen«, NVwZ 2016, S. 815 ff.

staltungspotenzial. Das Recht stecke dazu allerdings den Rahmen ab.⁷

In der Tat entsprachen die Kammer-Entscheidungen zu zentralen Fragen des EU-Grenzregimes auch in der Folgezeit dieser Linie. Nachdem der Gerichtshof bereits im September 2015 in *Khlaifia u. a. gegen Italien* vielfältige Menschenrechtsverletzungen sowohl im Hinblick auf die zwangsweise Unterbringung in bestimmten Erstaufnahmeeinrichtungen wie auch die Kollektivausweisung der Beschwerdeführer nach Italien festgestellt hatte,⁸ urteilte er im Oktober 2017 zu den sogenannten »devoluciones en caliente«, den »heißen Abschiebungen« an den Zäunen der marokkanisch-spanischen Grenze in Ceuta und Melilla. Einstimmig stellte er fest, dass auch diese Abschiebungen, die ohne jedes Verfahren und ohne jede Rechtsschutzmöglichkeit durchgeführt wurden, gegen das Verbot von Kollektivausweisungen aus Art. 4 ZP 4 EMRK verstießen.⁹ Wenige Monate zuvor hatte eine andere Kammer des Gerichtshofs in dem Verfahren *Ilias und Ahmed gegen Ungarn* – ebenfalls einstimmig – zum ungarischen Grenzregime nicht nur entschieden, dass die erzwungene Rückführung der Beschwerdeführer nach Serbien gegen Art. 3 EMRK verstoßen habe, sondern auch, dass der Aufenthalt in der berüchtigten Transitzone in Röszke nicht bloß eine Freiheitsbeschränkung, sondern rechtswidrigen Freiheitsentzug unter Verletzung von Art. 5 Abs. 1 und 4 EMRK darstelle.¹⁰

Alle drei Fälle wurden auf Antrag der verurteilten Staaten in der Folgezeit an die Große Kammer des Gerichtshofs verwiesen. Die daraufhin ergangenen, gegenteiligen Entscheidungen führten zu einem erheblichen Abbau von Schutzrechten an den Außengrenzen, insbesondere hinsichtlich des Zugangs zum Recht, und lassen eine deutlich an ordnungspolitischen Vorstellungen orientierte neue Rechtsprechungslinie des EGMR erkennen.

II. Grundsatzentscheidungen zum Rechtsschutz an EU-Außengrenzen

1. Khlaifia u. a. gegen Italien

Den Ausgangspunkt dieser Entwicklung bildete die Entscheidung der Großen Kammer in dem Verfahren *Khlaifia u. a. gegen Italien*. Sie betraf drei tunesische Staatsangehörige, die im September 2011 Tunesien verlassen hatten und von der italienischen Küstenwache aufgegriffen worden waren. Sie wurden zunächst in einer Erstaufnahmeeinrichtung auf Lampedusa und anschließend auf Schiffen im Hafen von Palermo untergebracht. Im Zuge ihrer Abschiebung wurden sie beim tunesischen Konsulat zur Identitätsfeststellung vorgeführt und anschließend auf Grundlage eines italienisch-tunesischen Abkommens von 2011 nach Tunesien abgeschoben.

Die Kammer hatte in ihrer Entscheidung vom September 2015 Verletzungen von Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 EMRK hinsichtlich des Freiheitsentzugs in den Flüchtlingsunterkünften und von Art. 13 EMRK im Hinblick auf die fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten festgestellt. Daneben urteilte sie, dass die Rückschiebung nach Tunesien gegen das Verbot von Kollektivausweisungen verstoßen habe, da keine individuellen Interviews durchgeführt worden seien und die ergangenen Einreiseverweigerungen sich nicht mit der individuellen Situation der Beschwerdeführer befassen hätten.¹¹

Die Frage der Kollektivausweisung wurde zum Gegenstand der Diskussion vor der Großen Kammer, die sich anschließend mit dem Fall beschäftigte. Dabei entsprach die Linie der Kammer-Entscheidung durchaus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs. Die Große Kammer des EGMR hatte bereits 2012 in *Hirsi Jamaa* das Erfordernis einer individualisierten Prüfung hervorgehoben und darauf abgestellt, dass keine Identifizierung der Beschwerdeführer stattgefunden hatte, das Personal an Bord der Marineschiffe nicht für die Durchführung individueller Anhörungen ausgebildet war und weder durch Übersetzer*innen noch durch Jurist*innen unterstützt wurde. Dies war für die Kammer hinreichend, um festzustellen, dass ausreichende Garantien für die Prüfung der individuellen Umstände der Betroffenen fehlten.¹²

Ohne Auseinandersetzung mit diesen Vorgaben verschob die Große Kammer 2016 im Fall *Khlaifia u. a.* die rechtlichen Anforderungen und befand, dass nicht zwingend und »unter allen Umständen« eine individuelle Anhörung durchgeführt werden müsse.¹³ Vielmehr genüge es, dass die Betroffenen die bloße Möglichkeit gehabt hätten, Argumente gegen ihre Abschiebung vorzubringen, und die Behörde diese anschließend hinrei-

⁷ Ebd., S. 822.

⁸ EGMR, Urteil vom 1.9.2015 – 16483/12, *Khlaifia u. a. gg. Italien*.

⁹ EGMR, Urteil vom 3.10.2017 – 8675/15; 8697/15, N. D. und N. T. gg. Spanien.

¹⁰ EGMR, Urteil vom 14.3.2017 – 47287/15, *Ilias und Ahmed gg. Ungarn* – asyl.net: M24824.

¹¹ EGMR, Urteil vom 1.9.2015, a. a. O. (Fn. 8).

¹² EGMR (GK), Urteil vom 23.2.2012, a. a. O. (Fn. 2) § 185.

¹³ EGMR (GK), Urteil vom 15.12.2016 – 16483/12, *Khlaifia u. a. gg. Italien* – § 248.

chend berücksichtigt hätte. Diese auf den ersten Blick nur geringfügige Modifizierung hat praktisch erhebliche Konsequenzen. Sinn und Zweck des Verbots von Kollektivausweisungen, so formulierte es der Gerichtshof noch in *Hirsi Jamaa*, besteht darin, zu verhindern, dass Staaten bestimmte Personen ohne Prüfung ihrer persönlichen Umstände abschieben können.¹⁴ Die Ermöglichung einer individuellen Anhörung stellt hierfür eine notwendige, wengleich auch noch keine hinreichende Bedingung dar. Ihre Durchführung ist ein zentraler Baustein, um willkürliche oder diskriminierende Abschiebungen auszuschließen. Durch den Verzicht auf das zwingende Erfordernis einer Anhörung stellte die Große Kammer deren Durchführung demgegenüber faktisch ins Ermessen von Polizei und Ausländerbehörden. Hinzu kommt, dass mit den modifizierten Anforderungen eine Beweislastumkehr einhergeht. Bislang oblag es dem belangten Staat, darzulegen und zu beweisen, dass ein individuelles Verfahren tatsächlich durchgeführt wurde. Nun ist es an den Betroffenen, das Gericht zu überzeugen, dass und warum sie tatsächlich keine Möglichkeit hatten, zu ihren persönlichen Umständen vorzutragen.¹⁵ Schon das strukturelle Machtgefälle, die zumeist fehlenden Kenntnisse über Rechte und Verfahrensabläufe sowie Verständigungsschwierigkeiten lassen es freilich meist illusorisch erscheinen, dass Schutzsuchende, etwa im Rahmen eines Termins zur Abnahme von Fingerabdrücken oder der Anfertigung von Fotos, nicht nur proaktiv die Gelegenheit ergreifen und relevante Sachverhalte schildern, sondern darüber hinaus auch in der Lage sind, deren ordnungsgemäße Niederschrift gegenüber den verantwortlichen Behörden durchzusetzen.¹⁶

Konkret befand der Gerichtshof im Fall *Khlaifia*, dass nach diesen nunmehr reduzierten Maßstäben keine Kollektivausweisung festzustellen sei. Zwar konnte Italien keine Unterlagen vorlegen, die belegten, dass Anhörungen durchgeführt worden waren. Es genügte der Großen Kammer aber, dass sich die Beschwerdeführer neun bis zwölf Tage in einer Erstaufnahmeeinrichtung befunden hatten. Sie hätten dort – trotz der unstrittig schwierigen Bedingungen – die Möglichkeit gehabt, die Behörden über etwaige Schutz- oder Aufenthaltsansprüche zu informieren.¹⁷ Zum Zweiten stellte die Große Kammer – und insofern nicht minder bedenklich – darauf ab, dass unmittelbar vor der Abschiebung der Beschwerdeführer ihre Identität durch tunesische Konsularbeamte festgestellt worden war.¹⁸ Hierbei handelt es sich allerdings lediglich um eine Maßnahme im Rahmen des italienisch-tu-

nesischen Rückführungsabkommens, das ebenfalls keine zwingende Anhörung vorsieht, sondern im Wesentlichen der Klärung der tunesischen Staatsangehörigkeit der abzuschiebenden Person dienen soll. Dass die tunesischen Konsularbeamten weder funktional zuständig noch praktisch dazu berufen waren, die persönliche Situation der Betroffenen im Hinblick auf ihre gegenüber Italien bestehende Rechtsposition zu erheben und zu bewerten, liegt auf der Hand, wurde von der Kammer aber gleichwohl ohne nähere Begründung gegenteilig bewertet.¹⁹

2. Ilias und Ahmed gegen Ungarn

Im Fall *Ilias und Ahmed gegen Ungarn* ging es um zwei bangladeschische Staatsangehörige, die 2015 via Serbien die ungarische Transitzone erreicht und dort Asylanträge gestellt hatten. Diese wurden als unzulässig abgelehnt, da Serbien durch ein ungarisches Regierungsdekret als sicherer Drittstaat eingestuft worden war. Die Ausweisung der Beschwerdeführer nach Serbien wurde angeordnet. Zur Prüfung der Asylanträge sowie der sich anschließenden Eilverfahren mussten die Beschwerdeführer für 23 Tage in der Transitzone Röszke ausharren, einem umzäunten Containercamp, das nur nach Serbien hin offen ist. Nachdem die Eilanträge erfolglos geblieben waren, wurden die Beschwerdeführer unter Androhung von Gewalt dazu gebracht, die Transitzone in Richtung Serbien zu verlassen. Ihnen wurde hierfür aufgegeben, irregulär über die »grüne Grenze« nach Serbien zurückzukehren, da serbische Grenzbeamten den ungarischen Behörden zuvor mitgeteilt hatten, sie dürften mangels gültiger Papiere nicht offiziell über den serbisch-ungarischen Grenzübergang einreisen.

Der EGMR stellte in der Kammerentscheidung vom März 2017 Verletzungen von Art. 3 EMRK (auch in Verbindung mit Art. 13 EMRK) hinsichtlich der erzwungenen Rückkehr nach Serbien und fehlender Rechtsschutzmöglichkeiten fest und befand, dass der Aufenthalt in der Transitzone als Freiheitsentzug zu qualifizieren sei und unter Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 und 4 EMRK vollzogen wurde.²⁰

Ausgangspunkt für die Abgrenzung der nur graduell differierenden Eingriffe in die Freiheit der Person (im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK) von bloßen Freiheitsbeschränkungen (im Sinne von Art. 2 ZP 4 EMRK) ist nach ständiger Rechtsprechung des EGMR die konkrete Situa-

¹⁴ EGMR (GK), Urteil vom 23. 2.2012, a. a. O. (Fn. 2), § 177.

¹⁵ Siehe hierzu das teilweise abweichende Sondervotum von Richter Serghides, EGMR (GK), Urteil vom 15.12.2016, a. a. O. (Fn. 13), § 12.

¹⁶ Vgl. anschaulich zu dieser Problematik die Situation der Beschwerdeführer in den Entscheidungen EGMR, Urteil vom 11.12.2018 – 59793/17, M. A. gg. Litauen – sowie EGMR, Urteil vom 23.7.2020 – 40503/17; 42902/17; 43643/17, M. K. u. a. gg. Polen.

¹⁷ EGMR (GK), Urteil vom 15.12.2016, a. a. O. (Fn. 13), § 249.

¹⁸ Ebd., § 250.

¹⁹ Der Gerichtshof stellt darauf ab, dass es anderen Betroffenen nach der Identitätsfeststellung durch die Konsularbeamten gelungen sei, ihre Rückschiebung abzuwenden. Es ist aber naheliegend, dass in derartigen Fällen zwischenstaatliche Erwägungen ausschlaggebend waren und Italien fälschlich Personen nach Tunesien abschieben wollte, obwohl nicht einmal deren Staatsangehörigkeit sicher feststand, mit der Folge, dass Tunesien eine Ausstellung von Laissez-passer-Papieren und die Auf- bzw. Rücknahme der Personen verweigerte.

²⁰ EGMR, Urteil vom 14.3.2017, a. a. O. (Fn. 10).

tion der Betroffenen, wobei in der vorzunehmenden Gesamtschau Kriterien wie Art, Dauer, Wirkungen und Art und Weise der Durchführung der Maßnahme zu berücksichtigen sind.²¹

Unter Berufung auf die Entscheidung des EGMR in *Amuur gegen Frankreich*²² zur Transitzone am französischen Flughafen Paris-Orly wies die Kammer das Vorbringen der ungarischen Regierung zurück, wonach sich die Beschwerdeführer freiwillig in die Transitzone begeben hätten und diese jederzeit in Richtung Serbien verlassen könnten. Im Fall *Amuur* hatte sich der Gerichtshof in der Tat mit nahezu gleichlautenden Argumenten der französischen Regierung auseinandergesetzt und festgehalten, dass »die bloße Tatsache, dass es Asylsuchenden möglich ist, das Land, in dem sie Zuflucht suchen, freiwillig zu verlassen, eine Freiheitsbeschränkung nicht ausschließen [kann].« Darüber hinaus sei diese Möglichkeit bloß theoretischer Natur, wenn kein anderes Land, das einen vergleichbaren Schutz bietet, zur Aufnahme bereit sei.²³

In der Entscheidung vom Dezember 2019 wich die Große Kammer von dieser bisherigen Rechtsprechung ab und befand, dass der Aufenthalt der Beschwerdeführer in der Röszke-Transitzone – anders als ein Aufenthalt in einer Flughafen-Transitzone – keine Freiheitsentziehung i. S. v. Art. 5 EMRK darstellt.²⁴ Für die Abgrenzung von Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug zieht die große Kammer vier – teilweise neue – Kriterien heran²⁵ und betont ohne nähere Herleitung dabei insbesondere die Entscheidungsfreiheit und Wahlmöglichkeiten der um Schutz nachsuchenden Beschwerdeführer. Sie hätten sich auf eigene Initiative in die ungarische Transitzone begeben und seien auch nicht wegen einer unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben aus Serbien nach Ungarn gekommen.²⁶

In ihrem teilweise abweichenden Sondervotum haben die Richter Bianku und Vučinić diese Herangehensweise kritisiert und darauf verwiesen, dass sich die Mehrheitsmeinung nicht auf die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs stützen könne. Sie bezöge sich vielmehr auf

Entscheidungen aus gänzlich anderen Sachzusammenhängen, die sich auf die Situation von Asylsuchenden nicht übertragen ließen. Insofern falle es schwer, »die Tatsache, dass Asylsuchende eine Grenze überqueren, als eine ›Wahl‹ zu begreifen.«²⁷ Dies gelte umso mehr, als die Große Kammer an anderer Stelle im Urteil festgestellt habe, dass die letztlich erzwungene Rückführung der Beschwerdeführer nach Serbien unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erfolgt sei. Insofern erweist sich die Rechtsanwendung der Großen Kammer in einem entscheidenden Punkt als inkonsistent und widersprüchlich.

Darüber hinaus hat die Große Kammer in dem erkennbaren Ansinnen, den Aufenthalt in Transitzonen an Landgrenzen aus dem Schutzbereich von Art. 5 EMRK auszunehmen, auch in einem weiteren Punkt die Uhr um viele Jahre zurückgedreht, wie auch die Richter Bianku und Vučinić betonen.²⁸ Als weiteres Abgrenzungskriterium stützt sich die Mehrheitsmeinung auf den Sinn und Zweck der staatlichen Maßnahme. Die ungarischen Behörden hätten insofern nicht beabsichtigt, den Beschwerdeführern die Freiheit zu entziehen, sondern diese vom ersten Tag an aufgefordert, das Land zu verlassen. Der Aufenthalt in der Transitzone Röszke sei lediglich eine Folge des legitimen staatlichen Interesses, die rechtlichen Einreisemodalitäten vor der Einreise zu prüfen. Dies ist jedoch dogmatisch verfehlt. Derartige Erwägungen waren bis dato nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR nicht der Prüfung zugeordnet, ob eine Maßnahme als Freiheitsentzug zu qualifizieren ist. Sie erlangten Bedeutung erst bei der Frage, ob eine freiheitentziehende Maßnahme in Einklang mit einer der in Art. 5 Abs. 1 EMRK aufgeführten Fallgruppen steht und sich insoweit rechtfertigen lässt.²⁹

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Große Kammer des EuGH nur sechs Monate nach der hier kommentierten Entscheidung des EGMR zu dem Ergebnis kam, dass der Aufenthalt in der Transitzone Röszke als Haft zu definieren ist. Haft im Sinne von Art. 2h der EU-Aufnahmerichtlinie (RL 2013/33) ist dem

²¹ Vgl. statt vieler EGMR (GK), Urteil vom 15.12.2016, a. a. O. (Fn. 13), § 64 m. w. N.

²² EGMR, Urteil vom 25.6.1996 – 19776/92, *Amuur* gg. Frankreich.

²³ Ebd., § 48.

²⁴ EGMR (GK), Urteil vom 21.11.2019 – 47287/15, *Ilias und Ahmed* gg. Ungarn. Vgl. Stoyanova, »The Grand Chamber Judgement in *Ilias and Ahmed v Hungary*: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode«, *Strasbourg Observers*, 23.12.2019, <https://bit.ly/2IXm0LW> (zuletzt abgerufen am 12.11.2020).

²⁵ Diese umfassen i) die individuelle Situation und Entscheidungen des Antragstellers, ii) den anwendbaren Rechtsrahmen im entsprechenden Land sowie seinen Zweck, iii) die Dauer, insbesondere im Lichte des Zwecks der freiheitsbeschränkenden/-entziehenden Maßnahme sowie Verfahrensgarantien und iv) die Natur und das Ausmaß der tatsächlichen Restriktionen. Vgl. EGMR (GK), Urteil vom 21.11.2019, a. a. O. (Fn. 24), § 217.

²⁶ Ebd., § 220–223.

²⁷ EGMR (GK), Urteil vom 21.11.2019, a. a. O. (Fn. 24), teilweise abweichendes Sondervotum von Richter Bianku, zusammen mit Richter Vučinić, S. 76 ff.; siehe zu diesem Aspekt ebenso Pichl, »Alles eine Frage der eigenen ›Wahl‹?«, *VerfBlog*, 22.11.2019, <https://bit.ly/3fcTz98> (zuletzt abrufen am 12.11.2020).

²⁸ EGMR (GK), Urteil vom 21.11.2019, a. a. O. (Fn. 24), teilweise abweichendes Sondervotum von Richter Bianku, zusammen mit Richter Vučinić, S. 77.

²⁹ Vgl. auch Lehnert, »Menschenrechtliche Vorgaben an das Migrationsrecht in der jüngeren Rechtsprechung des EGMR«, *NVwZ* 2020, 766, 767. Bezeichnenderweise hatte die Große Kammer noch in *Khlaifia* zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 5 EMGR hervorgehoben, dass diese selbst dann nicht ausgeschlossen wird, wenn die Behörden bloß die Sicherheit des Betroffenen gewährleisten wollen. Denn selbst Schutzmaßnahmen im wohlverstandenen Interesse können als Freiheitsentzug zu qualifizieren sein. EGMR (GK), Urteil vom 15.12.2016, a. a. O. (Fn. 13) § 71. Siehe auch EGMR (GK), Urteil vom 21.11.2019, a. a. O. (Fn. 24), teilweise abweichendes Sondervotum von Richter Bianku, zusammen mit Richter Vučinić, S. 77.

nach jede Maßnahme, durch die einer asylsuchenden Person die Bewegungsfreiheit entzogen wird und mit der sie vom Rest der Bevölkerung isoliert wird, indem sie dazu gezwungen wird, sich ständig in einem eingegrenzten, geschlossenen Bereich aufzuhalten.³⁰

3. N. D. und N. T. gegen Spanien

Nur wenige Monate nach Ilias und Ahmed, im Februar 2020, erging das Urteil der Großen Kammer in *N. D. und N. T. gegen Spanien*.³¹ Der Fall betraf zwei Staatsangehörige aus Mali und aus Côte d'Ivoire. Ihnen war es Oktober 2014 zusammen mit weiteren 75 von ursprünglich ca. 600 Geflüchteten und Migrant*innen gelungen, die mehrteilige Grenzanlage zwischen Marokko und der spanischen Enklave Melilla zu erklettern und bis zum inneren Zaun vorzudringen. Nach mehreren Stunden stiegen sie mit Hilfe von Leitern, die die spanische Guardia Civil zur Verfügung gestellt hatte, auf der spanischen Seite hinab. Anschließend wurden sie gefesselt und ohne jegliches Verfahren zur Identifikation, ohne Möglichkeit, individuelle Umstände vorzutragen, sowie ohne Zugang zu rechtlichem Beistand oder zu Rechtsmitteln umgehend durch ein Tor im Grenzzaun nach Marokko zurückgeschoben. Beide gelangten zu einem späteren Zeitpunkt erneut nach Spanien. N. D. stellte einen Asylantrag, der letztlich von den spanischen Behörden abgelehnt wurde. Nach Ausschöpfung von Rechtsmitteln wurde er nach Mali abgeschoben. N. T. lebt weiterhin in Spanien.

In ihrer im Februar 2015 eingereichten Beschwerde rügten die Beschwerdeführer Verletzungen von Art. 3 EMRK (im Hinblick auf die Verfahrensgarantien und die versagte Prüfung der ihnen drohenden Risiken für Leib und Leben in Marokko³²), des Verbots von Kollektivausweisungen (Art. 4 ZP 4 EMRK) sowie des Rechts auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK i. V. m. Art. 3 EMRK und Art. 4 ZP EMRK).

Die Kammer hatte zunächst, im Juli 2015, in einer Zwischenentscheidung die Beschwerde wegen des Verstoßes gegen Art. 3 EMRK als offensichtlich unbegründet verworfen und sie im Hinblick auf die verbleibenden Beschwerdepunkte an Spanien zugestellt. Mit Urteil vom

Oktober 2017 stellte sie einstimmig Verletzungen von Art. 4 ZP 4 EMRK und Art. 13 i. V. m. Art. 4 ZP 4 EMRK fest und knüpfte dazu an die bisherige Rechtsprechung zum Verbot von Kollektivausweisungen an.³³

Erneut kam die Große Kammer zu einer gegenteiligen Entscheidung. Zwar bestätigte sie die bisherige Rechtsprechung z. B. hinsichtlich der Anwendbarkeit der Konventionsrechte an Grenzanlagen³⁴ und der weiten Auslegung des Merkmals »Ausweisung«, die insbesondere auch Einreiseverweigerungen mit umfasst. Ebenso hielt sie an der bisherigen Definition des Merkmals »Kollektiv« fest, welches keine zahlenmäßige Begrenzung enthält, sondern im Kern durch das Fehlen einer angemessenen und objektiven Prüfung jedes Einzelfalls der jeweiligen Gruppenmitglieder gekennzeichnet ist.³⁵ Entscheidend dafür, dass die Beschwerde dennoch verworfen wurde, war ein anderer Anknüpfungspunkt: Die Große Kammer verwies hier auf frühere Urteile, in denen der Gerichtshof entschieden hatte, dass ein Beschwerdeführer sich dann nicht mehr auf das Fehlen einer individuellen Ausweisungsentscheidung berufen kann, wenn dies auf sein eigenes schuldhaftes Verhalten (»own culpable conduct«) zurückzuführen ist. Dies betraf allerdings Konstellationen, in denen die staatlichen Behörden ein individualisiertes Verfahren eingeleitet hatten, aber die Beschwerdeführer ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen waren. Mithin handelte es sich nicht ansatzweise um vergleichbare Sachverhalte.³⁶ Trotzdem weiterte die Große Kammer ohne nähere Herleitung und letztlich auch im direkten Widerspruch zum Wortlaut der Konvention die Konstruktion einer »quasi-Verwirkung« des Konventionsrechts auf spezifische Situationen an Landgrenzen aus – im vorliegenden Fall sogar vor dem Hintergrund, dass der belangte Staat Spanien hier unstreitig niemals beabsichtigt hatte, ein individuelles Verfahren durchzuführen.³⁷

Nach dem Urteil der Großen Kammer gilt der Verwirkungstatbestand nun auch, wenn Personen

- eine Landgrenze irregulär auf rechtswidrige Weise überqueren,
- dabei bewusst ihre große Zahl ausnutzen und Gewalt anwenden,

³⁰ EuGH, Urteil vom 14.5.2020 – C-924/19 PPU und C-925 PPU – asyl.net: M28528, § 223. Vgl. hierzu und zur Reaktion der ungarischen Regierung, die Transitzone Röszke zu schließen und die Stellung von Asylanträgen nur noch außerhalb Ungarns in Botschaften zuzulassen, Nagy, »A – pyrrhic? – victory concerning detention in transit zones and procedural rights: FMS & FMZ and the legislation adopted by Hungary in its wake«, *Odysseus Blog*, 15.6.2020, <https://bit.ly/2IR4VUt> (zuletzt abgerufen am 13.11.2020).

³¹ EGMR (GK), Urteil vom 13.2.2020 – 8675/15; 8697/15, N. D. und N. T. gg. Spanien – asyl.net: M28138,

³² Zur seinerzeitigen Situation subsaharischer Migrant*innen in Marokko vgl. u. a., Human Rights Watch, *Abused and Expelled – Ill-Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco*, 2014, <https://bit.ly/2ISmEep> (zuletzt abgerufen am 11.11.2020).

³³ EGMR, Urteil vom 3.10.2017, a. a. O. (Fn. 9).

³⁴ EGMR (GK), Urteil vom 13.2.2020, a. a. O. (Fn. 31), § 102–111.

³⁵ Ebd., § 195 und § 203.

³⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 16.6.2005 – 18670/03, Berisha und Haljiti gg. die ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien; EGMR, Urteil vom 1.2.2011 – 2344/02, Dritsas u. a. gg. Italien. Dana Schmalz bezeichnet in ihrer ausführlichen Urteilsbesprechung den Verweis auf eine »gefestigte Rechtsprechung« daher zu Recht als Attrappe, vgl. Schmalz, »Gruppen, Massen, Kollektive: Perspektiven des Flüchtlingsrechts auf »Migration im Plural««, *KJ* 2020, 348, 352.

³⁷ Es entspricht der jahrzehntelangen spanischen Praxis, bei Zaunüberquerungen per se kein Verfahren durchzuführen, vgl. nur Amnesty International, *Fears and Fences – Europe's Approach to Keeping Refugees at Bay*, 2015, S. 30 ff., <https://bit.ly/2UTRUMq> (zuletzt abgerufen am 11.11.2020).

- sodass sie eine »eindeutig störende Situation« (»a clearly disruptive situation«) hervorrufen, die schwer zu kontrollieren ist und die die öffentliche Sicherheit gefährdet.

In solchen Situationen sei allerdings auch zu berücksichtigen, ob der belangte Staat im konkreten Fall wirkliche und wirksame (»genuine and effective«) legale Einreisemöglichkeiten vorgehalten hat, insbesondere durch Grenzverfahren. Ist dies der Fall, und hat ein Beschwerdeführer hiervon dennoch keinen Gebrauch gemacht, werde der Gerichtshof schließlich – als Rückausschluss vom Ausschlussstatbestand »vorwerfbares Verhalten« – prüfen, ob es triftige Gründe dafür gab, dies nicht zu tun, und ob diese Gründe wiederum auf objektiven Tatsachen beruhen, für die der belangte Staat verantwortlich war.³⁸

Der Inhalt dieser – ersichtlich auf den Fall zugeschnittenen, aber allgemein formulierten – neuen komplexen rechtlichen Anforderungen ist, wie vielfach kritisiert wurde, weitgehend unbestimmt.³⁹ Schon die Eingangsvoraussetzungen für die erforderliche Prüfung (»große Anzahl«, »Gewalt«, »schwierig zu kontrollierende Situation«) lassen sich mit beliebigem Inhalt füllen. Nichts anderes gilt für die Kriterien »wirklicher und wirksamer« legaler Einreisemöglichkeiten oder etwaige »zwingende Gründe«, hiervon keinen Gebrauch zu machen. Insgesamt bringt dieser neue Ausschlussgrund für die Rechtssituation an den Außengrenzen in erheblichem Maße neue Unsicherheiten. Sie laden überdies zur politischen bzw. publizistischen Rechtfertigung drastischer Maßnahmen gegen Geflüchtete und Migrant*innen ein, wie die Entwicklung in Griechenland seit März 2020 belegt. Obwohl das Verbot von Kollektivausweisung für Griechenland mangels Ratifizierung des 4. Zusatzprotokolls ohnehin keine Anwendung findet und sich das Urteil in *N. D. und N. T.* zum Non-Refoulement-Schutz aus Art. 3 EMRK gar nicht verhält, macht vielfach die Behauptung die Runde, die Entscheidung der Großen Kammer sei sowohl auf die gewaltsamen Push-Backs an der türkisch-griechischen

Landgrenze entlang des Evros, wie auch auf Konstellationen auf See in der Ägäis übertragbar.⁴⁰

Für die rechtlichen Verpflichtungen von Grenzbehörden an Außengrenzen ergibt sich nach der Entscheidung der Kammer dagegen eine paradoxe Situation: Wollen sie sich auf die Entscheidung berufen und Personen entsprechend der spanischen Praxis ohne Identitätsfeststellung und individuelles Verfahren zurückschieben, obliegt ihnen nicht nur die Prüfung, ob überhaupt eine vergleichbare Situation vorliegt. Sie müssen ebenfalls aufklären, ob der betroffenen Person konkrete legale Einreisemöglichkeiten offengestanden haben, und ermitteln, warum diese nicht genutzt wurden. Sofern diese Anforderungen aufgrund ihrer weitreichenden Rechtsfolgen ernst genommen werden und nicht bloße Lippenbekenntnisse darstellen, lassen sich diese Fragen wiederum ohne eine vorherige Anhörung der Betroffenen nicht sachgerecht klären.

Schließlich kann bei der Bewertung dieser Entscheidung – neben den dogmatischen Ungereimtheiten und den damit einhergehenden politischen Folgen – auch die konkrete Rechtsanwendung nicht außer Acht bleiben. So bezeichneten nicht zuletzt spanische Richter*innen- und Anwalt*innen-Organisationen die Annahme der Großen Kammer, es habe einen effektiven Zugang zu einem Verfahren an der Grenze in Melilla gegeben, als bloße Chimäre.⁴¹ Und in der Tat sind, wie Kommentator*innen gezeigt haben, auch die Entscheidungsgründe nicht geeignet, diese Annahme zu belegen, war es doch im maßgeblichen Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2014 und dem 31. August 2014 selbst nach den Angaben Spaniens gerade mal sechs Personen gelungen, an der Grenze um Schutz nachzusuchen.⁴²

³⁸ EGMR (GK), Urteil vom 13.2.2020, a. a. O. (Fn. 31) § 201. Warum nur solche Gründe das »schuldhafte Verhalten« einer Person begründen können, die dem belangten Staat zuzurechnen sind, ist nicht nachvollziehbar. Es lässt sich wohl nur mit dem Willen der Großen Kammer erklären, diskriminierende oder sonstwie rechtswidrige Handlungen in einem Transitstaat als legitimen Grund von Beginn an auszuschließen. Vgl. hierzu Schmalz, a. a. O. (Fn. 36) S. 351.

³⁹ Vgl. hierzu Hakiki, »N. D. and N. T. v. Spain: defining Strasbourg's position on push backs at land borders?«, Strasbourg Observers, 26.3.2020, <https://bit.ly/3nPQ1MY>; Thym, »A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N. D. & N. T. Judgment on ›Hot Expulsions‹ at the Spanish-Moroccan Border«, VerfBlog, 2020/2/17, <https://bit.ly/3frT8YM>, sowie die Urteilsanalyse von Carrera, »The Strasbourg Court Judgement N. D. and N. T. v. Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?«, EUI Working Paper RSCAS 2020/21, <https://bit.ly/2J4IYkK> (jeweils zuletzt abgerufen am 13.11.2020).

⁴⁰ Vgl. u. a. die Äußerungen des EVP-Vorsitzenden im Europaparlament Manfred Weber, in einem Interview für den Deutschlandfunk: »An der Außengrenze muss Recht und Ordnung durchgesetzt werden«, Deutschlandfunk, 2.3.2020, <https://bit.ly/2J45dH8> (zuletzt abgerufen am 13.11.2020). Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die Erläuterungen von Richter Sicilianos anlässlich einer Rede, die er am 17.2.2020 im griechischen Parlament in Athen vor Abgeordneten gehalten hatte. Die Rede ist abrufbar unter <https://bit.ly/3pSZo09> (zuletzt aufgerufen am 14.11.2020).

⁴¹ Siehe hierzu auch Schmalz, a. a. O. (Fn. 36), S. 351 m. w. N.

⁴² EGMR (GK), Urteil vom 13.2.2020, a. a. O. (Fn. 31), § 213–216. Siehe zur gerichtlichen Argumentation ausführlich Hakiki, a. a. O. (Fn. 39), sowie Carrera, a. a. O. (Fn. 39) S. 10 ff.

III. Schlussfolgerung

Die Entscheidung der Großen Kammer in *N. D. und N. T.* markiert den vorläufigen Höhepunkt einer sich bereits seit 2016 abzeichnenden Tendenz, Schutzrechte von Geflüchteten und Migrant*innen an den EU-Außengrenzen einzuschränken und Staaten zusätzliche Handlungsspielräume in der Migrationskontrolle einzuräumen.⁴³ Die noch 2015 akklamierten »klaren Positionen« und »roten Linien« sind fünf Jahre später kaum noch zu erkennen. Der Gerichtshof hat hierbei nicht nur im Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung neue Grundsätze entwickelt, ohne dass diese nachvollziehbar hergeleitet wurden – er hat auch mit dem Verwirkungstatbestand des »eigenen vorwerfbaren Verhaltens« ein höchst gefährliches und zudem unbestimmtes neues Rechtsinstitut geschaffen, dessen Inhalt und Grenzen derzeit noch kaum auslotbar sind. Auch die konkrete Rechtsanwendung und Subsumtion in den diskutierten Entscheidungen ist hochproblematisch. In dem im März 2020 entschiedenen Fall *Asady gegen Slowakei* zur Zurückweisung afghanischer Schutzsuchender an der slowakisch-ukrainischen Grenze setzt sich die restriktive Entwicklung gerade auf der Ebene der Beweiswürdigung fort.⁴⁴ Zugleich ist bemerkenswert, dass drei der sieben Richter*innen diesem Urteil ein abweichendes Sondervotum beigelegt haben. Darin nehmen sie – obgleich gar nicht entscheidungserheblich – unter anderem auch dezidiert zum Fall von *N. D. und N. T. gegen Spanien* Stellung und plädieren für eine eingeschränkte Anwendbarkeit des Ausschlussgrundes »vorwerfbaren Verhaltens«.⁴⁵ Dies deutet darauf hin, dass die Entwicklung der eigenen Rechtsprechung auch am Gerichtshof selbst mit einigem Unbehagen verfolgt wird. Ob sich der Abbau von Schutzrechten fortsetzt oder die Entwicklung eine andere Richtung nimmt, werden die in näherer Zukunft anstehenden zahlreichen Entscheidungen sowohl zur Haft in Transitzone, wie auch zu Kollektivausweisungen, u. a. gegen Spanien, Ungarn und Nord-Mazedonien erweisen.

⁴³ Schmalz, a. a. O. (Fn. 36), S. 353. Siehe zu dieser Entwicklung auch das wohl als letzten Warnruf zu verstehende zustimmende Sondervotum des Richters Pinto de Albuquerque zu *M. A. u. a. gegen Litauen*, EGMR, Urteil vom 11.12.2018 – 59793/17, 42902/17. Insoweit scheint es auch eher fernliegend anzunehmen, eine »strategische Prozessführung« seitens einzelner Beschwerdeführer sei ursächlich für das zu konstataierende Rollback.

⁴⁴ EGMR, Urteil vom 24.3.2020 – 24917/15 *Asady u. a. gg. Slowakei* – asyl.net: M28254.

⁴⁵ Gemeinsames abweichendes Sondervotum der Richter*innen Lemmens, Keller und Schembri Orland, ebd., S. 25 ff.

Ländermaterialien

Afghanistan

Entscheidungen

• **VG München:** Flüchtlingsschutz wegen Desertion von den Taliban

1. Es ist gängige Praxis der Taliban, im Internet Drohvideos zu veröffentlichen, um Personen, die sich ihnen nicht anschließen oder die sich von der Gruppe abgewandt haben, zur (erneuten) Mitarbeit zu bewegen.

2. Für die Taliban kommt aufgrund der religiösen Legitimierung ihres Herrschaftsanspruches eine Desertion dem Abfall vom Islam gleich. Daher ist auch dann von einer fortwährenden Verfolgungsgefahr auszugehen, wenn die Abkehr von den Taliban bereits länger zurückliegt.

3. In Afghanistan existiert kein staatlicher Schutz vor den Taliban gemäß § 3d AsylG.

4. Eine Person, der Verfolgung durch die Taliban droht, kann nicht auf eine inländische Fluchtalternative verwiesen werden, da die Taliban dazu in der Lage sind, Personen in ganz Afghanistan aufzuspüren. (Leitsätze der Redaktion)

Urteil vom 7.8.2020 – M 18 K 17.43616 – asyl.net: M28744

• **VG Arnsberg:** Abschiebungsverbot für jungen, gesunden Mann wegen Corona-Pandemie

1. Auch aufgrund der Auswirkungen der Corona-Pandemie hat sich die humanitäre Lage in Afghanistan deutlich verschlechtert. Insbesondere ist eine Zunahme der Arbeitslosigkeit, eine Erhöhung der Lebenshaltungskosten und ein verstärktes Risiko der Obdachlosigkeit zu beobachten, während zugleich Unterstützungsprogramme für Rückkehrende ausfallen.

2. Angesichts der prekären wirtschaftlichen Lage kann ohne nähere Anhaltspunkte nicht mehr davon ausgegangen werden, dass Familienangehörige bereit und dazu in der Lage sind, zurückkehrende Angehörige zu unterstützen. (Leitsätze der Redaktion)

Urteil vom 2.7.2020 – 6 K 2576/17.A – asyl.net: M28960

Länderberichte

• **Thomas Ruttig:** Analyse jüngster Entwicklungen im bewaffneten Konflikt: Weniger Kampfhandlungen in den von den Taliban kontrollierten Gebieten, da Regierungstruppen dort ohne US-Unterstützung nicht mehr vollständig handlungsfähig sind; dagegen deutliche Zunahme von Kampfhandlungen in Gebieten, die schon zuvor umkämpft waren; Hinweise auf deutliche Zunahme von Verlusten bei Regierungstreitkräften.

Bericht vom 27.10.2020: Afghanistan weiter »unfriedlichstes« Land der Welt: ein Überblick über die Sicherheitslage (ecoi.net 2039880)

Asylmagazin - Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht



- Beiträge aus der Beratungspraxis und zu Rechtsfragen
- Themenschwerpunkte und Beilagen
- Rechtsprechung
- Länderinformationen
- Nachrichten, Literaturhinweise

Bestellung bei menschenrechte.ariadne.de



www.asyl.net

- Rechtsprechungsdatenbank und »Dublin-Entscheidungen«
- Themenseiten
- Auswahl von Länderinformationen
- Beiträge aus dem Asylmagazin
- Publikationen und Stellungnahmen
- Newsletter



familie.asyl.net

Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und Schutzberechtigten.

- Nachzug von außerhalb Europas
- »Dublin-Familienzusammenführung«
- Laufend aktualisierte Fachinformationen



www.fluechtlingshelfer.info

Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen:

- Arbeitshilfen
- Themenübersichten
- Projekte
- Links und Adressen



adressen.asyl.net

Adressdatenbank mit

- Beratungsstellen im Bereich Flucht und Migration sowie weiteren Rechtsgebieten (dt./engl.)
- Weitere Adressen und Links



Aktuelle Publikationen

Arbeitshilfen und Übersichten zu Themen der Beratungspraxis. Abrufbar bei asyl.net unter »Publikationen«



www.ecoi.net

Die Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern und Drittstaaten.

Der Informationsverbund Asyl und Migration ist Partner von ecoi.net, das von der Forschungsstelle ACCORD beim Österreichischen Roten Kreuz koordiniert wird.