

**Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)**

Von Anna Lübbe, Fulda\*

*Die Große Kammer revidiert hier eine Entscheidung, mit der der EGMR 2017 die spanische Praxis der prüfungslosen Rückführung von über den Grenzzaun in Melilla gestiegenen Migranten für menschenrechtswidrig erklärt hatte. Verbreitet wurde das Urteil so aufgenommen, als seien pushbacks illegal zugewandener Personen unter der EMRK nicht mehr zu beanstanden. Das lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Die Interpretation des EGMR betrifft das Kollektivausweisungsverbot, die aus dem refoulement-Verbot folgenden Prüfungspflichten bleiben unangetastet. In das Kollektivausweisungsverbot führt der EGMR eine Ausnahme (mindestens) bei illegalem „Massengrenzsturm“ ein – eine Interpretation, die weder nach Wortlaut noch Teleologie überzeugt.*

**I. Einleitung**

Es gehört zum menschenrechtlichen Grundkonsens, dass Staaten ihrer Verantwortung, das refoulement-Verbot einzuhalten, nachkommen, indem Menschen vor Abschiebung Gelegenheit gegeben wird, ein Schutzbegehren anzubringen und die individuelle Gefährdungslage substantiell geprüft wird. <sup>1</sup> Das Recht, nicht in eine unmenschliche oder erniedrigende Situation verbracht zu werden, ist eine notstandsfeste<sup>2</sup> Garantie und muss effektiv gewährleistet werden. <sup>3</sup> Als absolute Garantie<sup>4</sup> ist es nicht relativierbar, auch nicht durch Sicherheits- oder Schutzunwürdigkeitserwägungen. <sup>5</sup> Die Betroffenen müssen zudem die Möglichkeit haben, die

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

451

Abschiebungsentscheidung in einem mindestens vorläufigen Rechtsschutzverfahren vor der Abschiebung überprüfen zu lassen. <sup>6</sup>

In Zeiten, in denen es bei weltweit hohem Migrations- und Fluchtaufkommen innereuropäisch wie global an einer funktionierenden Lastenteilung fehlt, tut Europa sich zunehmend schwer, an dieser Fundamentalgarantie festzuhalten. <sup>7</sup> Der EGMR musste wiederholt Umgehungsversuchen menschenrechtliche Riegel vorschieben, so bei der Strategie, das refoulement auf die hohe See vorzuverlagern, <sup>8</sup> oder beim Ansatz, innerhalb des Dublin-Raumes einander Schutzsuchende ohne effektiven Rechtsschutz zu überstellen. <sup>9</sup> Unter der Krise 2015/16 hat die europäische Asylpolitik die Option aktiviert, Schutzsuchende ohne *inhaltliche* Prüfung ihres *Asylantrags* in aufnahmebereite<sup>10</sup> außereuropäische Drittstaaten zurückzuführen (protection-elsewhere-Strategie). Auch das setzt aber eine individualisierte Prüfung nebst Rechtsschutz voraus. <sup>11</sup> Folglich versuchen Staaten, es erst gar nicht zum Jurisdiktionskontakt kommen zu lassen. <sup>12</sup> Entsprechend verbreitet sind sog. non-arrival-Strategien wie etwa Carrier-Sanktionen, Absprachen mit Transitstaaten, die die Ankunft an den europäischen Außengrenzen verhindern sollen, oder mechanische Zugangsbarrieren. <sup>13</sup>

In der Folge stoßen Menschen, die es bis zur europäischen Grenze schaffen, vielfach an Zäune statt an Stellen, bei denen sie Schutzgesuche anbringen können. In den spanischen Enklaven auf dem afrikanischen Kontinent gibt es solche Barrieren schon länger, in Reaktion auf die Krise 2015/16 ist auch an südost- und osteuropäischen Grenzen aufgerüstet worden. Veränderte

Abgrenzungsstrategien bringen verändertes Migrations- und Fluchtverhalten mit sich: Die Menschen versuchen, die Barrieren zu überwinden. Gelingt das, setzt die Rückführung nach der o.g.

Rechtslage voraus, dass zuvor Gelegenheit zu einem Asyl- oder auch nur

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

452

Abschiebeschutzgesuch gegeben und die Gefährdungslage substantiell, auf Antrag auch gerichtlich, geprüft wird.

Angesichts dessen wird mittlerweile verbreitet auf eine weitere Strategie zugegriffen, die unaufwendige Rückführungen ermöglicht: das schlichte Ignorieren der Rechtslage. Zumal seit der Krise 2015/16 an den südlichen und östlichen Außengrenzen Europas unverhohlen rechtswidrige und gewalttätige pushback-Praktiken zunehmen. <sup>14</sup> Und auch an europäischen Binnengrenzen wird teilweise, neben den Schengen-rechtlichen Limitierungen von Binnengrenzkontrollen, das Gebot des effektiven Rechtsschutzes gegen Abschiebungen missachtet. <sup>15</sup>

Es bestünde also Anlass, gerichtlich klarzustellen, dass pushback-Praktiken gegen die fundamentale Garantie des *refoulement*-Verbots verstoßen. Solche Fälle kommen allerdings nicht leicht vor die Gerichte. Der Rechtsschutz *vor* Abschiebung wird ja versagt, zumal die wirklich Schutzbedürftigen es aus ihrer prekären Lage *nach* Abschiebung heraus regelmäßig nicht schaffen, noch Rechtsschutz zu erlangen. Soweit EGMR und EuGH bisher Gelegenheit hatten, haben sie die o.g. Grundsätze zum *refoulement*-Verbot bekräftigt. <sup>16</sup> Im Jahr 2017 hatte der EGMR – unter erheblichem politischem Druck, anders zu entscheiden<sup>17</sup> – die pushback-Praktiken am Grenzzaun von Melilla für menschenrechtswidrig erklärt. <sup>18</sup> Der Fall wurde an die Große Kammer verwiesen. Man kann annehmen, dass der Druck auf den EGMR seither nicht abgenommen hat. Jetzt hat die Große Kammer entschieden. <sup>19</sup>

## II. Ausgangsverfahren

Die beiden Beschwerdeführer, Staatsangehörige Malis bzw. der Elfenbeinküste, hatten im August 2014 zusammen mit Hunderten weiterer Migranten versucht,

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

453

die Grenzschutzanlagen in Melilla zu übersteigen, waren auf dem innersten von drei Zäunen hängengeblieben, nach Stunden mit Hilfe von spanischen Grenzschutzkräften herabgeklettert und umgehend nach Marokko zurückgeführt worden. Entsprechend dem in solchen Fällen üblichen Vorgehen Spaniens wurde weder ihre Identität festgestellt noch wurde ihnen Gelegenheit gegeben, sich zu ihrer Situation zu erklären oder Rechtsschutz zu beantragen.

Monate später gelang ihnen die irreguläre Einreise. Der malische Beschwerdeführer stellte einen erfolglosen Asylantrag und wurde nach Mali abgeschoben, der andere Beschwerdeführer hielt sich in der Folge illegal in Spanien auf. Im Jahr 2015 legten beide beim EGMR Beschwerde gegen die prüfungslose Abschiebung von August 2014 ein. Sie rügten eine Verletzung von Art. 3 EMRK nebst Rechtsschutz und Art. 4 ZP 4 nebst Rechtsschutz. Die Beschwerde wurde hinsichtlich Art. 3 EMRK nebst Rechtsschutz für unzulässig befunden, im Übrigen entschied der EGMR, das spanische Prozedere habe die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art. 4 ZP 4 sowie Art. 13 EMRK i. V. m. Art. 4 ZP 4 verletzt. Dem Antrag Spaniens auf Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer wurde entsprochen.

## III. Entscheidung der Großen Kammer

## 1. Jurisdiktion

Vorab war u. a. zu klären, ob die Angelegenheit der spanischen Jurisdiktion und damit dem Anwendungsbereich der EMRK unterlag. 20 Zwar befinden sich die Zäune, und befanden sich damit auch die Beschwerdeführer, unstreitig auf spanischem Territorium. Die spanische Regierung wollte aber den Bereich der Zaunanlagen von der Jurisdiktion ausnehmen und die Anwendbarkeit der EMRK erst beginnen lassen, wenn jemand die hinter den Zäunen auf spanischer Seite gelegene Polizeilinie durchschritten habe. Der EGMR knüpft jedoch die Anwendbarkeit der EMRK an die effektive Herrschaftsausübung. Die sah er anlässlich des Aufgreifens und der Rückführung der Beschwerdeführer gegeben und bejahte die Anwendbarkeit der EMRK.

## 2. Ausweisung

Ausführlich widmet sich der EGMR der Frage, ob sich die unmittelbare Rückführung an der Grenze als Ausweisung (expulsion) im Sinne des Kollektivausweisungsverbots einordnen lässt. 21 Spanien war der Auffassung, sein Verhalten unterfalle dem Begriff nicht, es habe lediglich einen Zugangsversuch verhindert (non-admission).

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

454

Der EGMR betont zunächst das Recht der Staaten, den Zugang zu ihrem Territorium, den Aufenthalt und dessen Beendigung zu kontrollieren und dazu Grenzschutzmaßnahmen zu ergreifen. Das entbinde aber, ungeachtet des Migrationsdrucks an den Außengrenzen Europas, nicht von der Einhaltung der EMRK nebst Protokollen. Die darin garantierten Rechte, besonders das refoulement-Verbot und auch das Kollektivausweisungsverbot, müssten in einer praktisch effektiven Weise gewährleistet werden. 22

Der EGMR interpretiert dann den Begriff der Ausweisung auch im Kontext relevanter inter- und supranationaler Bestimmungen und Dokumente, insbes. der *International Law Commission's Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, des refoulement-Verbots der Genfer Flüchtlingskonvention und des unionalen Asyl- und Rückführungsrechts. Er kommt zu dem Ergebnis, dass es, auch wegen der unterschiedslos gravierenden Folgen für tatsächlich schutzbedürftige Personen, weder für das refoulement-Verbot des Art. 3 EMRK noch für den Begriff der Ausweisung in Art. 4 ZP 4 darauf ankommen kann, ob jemand legal oder illegal zugegangen ist und wo er sich wie lange aufgehalten hat. 23 Auch komme es nicht darauf an, wie das nationale Recht den Vorgang einordnet. 24 In Anwendung dieser Grundsätze stelle die zwangsweise Rückführung der Beschwerdeführer nach Marokko eine Ausweisung im Sinne des Kollektivausweisungsverbots dar.

## 3. kollektiv

Der EGMR geht dann zur Auslegung des Merkmals „kollektiv“ über. 25 Nach seiner ständigen Rechtsprechung diene das Kollektivausweisungsverbot dazu, eine Prüfung der individuellen Umstände jedes Betroffenen vor der Ausweisung sicherzustellen. Das erfordere nicht unbedingt ein persönliches Interview mit jedem Einzelnen, es müsse aber jeder Gelegenheit haben vorzutragen, dass die Ausweisung ihn in eine den Konventionsrechten – besonders, aber nicht nur Art. 3 EMRK – widersprechende Situation bringen würde. 26 Unerheblich sei, wie viele Personen insgesamt von der Maßnahme betroffen seien. 27

Die Bejahung eines Kollektivausweisungsverbotsverstoßes könne aber daran scheitern, dass das Fehlen einer individualisierten Abschiebungsentscheidung auf eigenem Verhalten des Betroffenen beruhe und deshalb ihm selbst zuzuschreiben sei. 28 Eine solche Ausnahme müsse auch eingreifen,

wenn massenhaft und unter Gewaltanwendung Landgrenzen irregulär überschritten werden, so dass die öffentliche Sicherheit bedroht sei. 29 Das setze allerdings voraus, dass der

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)	455
---	-----

angegangene Staat legale Zugangsoptionen verfügbar hält. Die effektive Gewährleistung der Konventionsrechte erfordere insbes. eine ausreichende Zahl von Grenzübergangsstellen für Menschen, die an der Grenze angekommen sind, damit schutzbedürftige Personen einen Schutzantrag stellen und ein adäquates Verfahren bekommen können. 30 Halte ein Staat legale Zugangswege vor, sei es ihm unter der Konvention erlaubt, Personen, die solche Optionen ohne zwingenden Grund nicht nutzen, den Zugang an anderen Stellen zu verweigern. 31 Eine nicht individualisierte Abschiebung im Anschluss an ein illegales Überwinden der Grenze sei dann dem Verhalten der Betroffenen selbst zuzuschreiben und nicht als Kollektivausweisung anzusehen. 32 Zwingende Gründe, die legalen Zugangsoptionen nicht zu nutzen, müssten ggf. auf Umständen beruhen, für die der rückführende Staat verantwortlich sei. 33

In Anwendung dessen kommt der EGMR zu dem Ergebnis, dass die Ausweisung der Beschwerdeführer keine Kollektivausweisung war. Zwar seien die Beschwerdeführer ohne individuelle Prüfung abgeschoben worden. Spanien halte jedoch legale Zugangsoptionen über Botschaften und Konsulate sowie – das war für den EGMR letztlich entscheidend<sup>34</sup> – an der Grenzübergangsstelle Beni Anzar vor, dort könnten Anträge gestellt werden. 35 Es seien im fraglichen Zeitraum auch einige gestellt worden. 36 Die Beschwerdeführer hätten diese Option nicht genutzt, 37 ohne zwingende Gründe dafür anzugeben, für die Spanien verantwortlich sei. Soweit die Beschwerdeführer vortrügen, man komme insbes. als sub-Sahara-Afrikaner an den Grenzübergang gar nicht heran, marokkanische Kräfte würden den Zugang verhindern, sei das Spanien unter der EMRK nicht zuzurechnen. 38

Obwohl der Fall damit aus Sicht des EGMR geklärt war, befasst er sich noch mit der Frage, ob ein legaler Zugang auch über Anträge in Botschaften und Konsulaten möglich gewesen wäre – was er bejaht – und ob solche Optionen für schutzsuchende Personen wegen der dabei nicht gegebenen, unmittelbaren Aufnahme nutzbar wären – was er dahinstehen lässt, da die Beschwerdeführer nicht erfolgreich hatten rügen können, dass ihnen der Aufenthalt in Marokko unter Art. 3 EMRK unzumutbar war. 39

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)	456
---	-----

Abschließend stellt der EGMR nochmals klar, dass durch all dies nicht in Frage gestellt werde, dass die Konventionsstaaten bei Grenzschutzmaßnahmen die Konventionsgarantien, insbes. das refoulement-Verbot, zu wahren haben. 40

#### 4. Rechtsschutz

Zur Rüge einer Verletzung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes gegen Kollektivausweisungen, Art. 13 EMRK i. V. m. Art. 4 ZP 4, führt der EGMR aus, Art. 13 EMRK verlange für den Fall eines *arguable complaints* eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit. Da die Beschwerdeführer sich durch ihr Verhalten selbst in Unrecht gesetzt hätten und Spanien infolgedessen für das prüfungslose Abschiebungsverfahren nicht verantwortlich gemacht werden könne, könne es auch nicht dafür verantwortlich gemacht werden, dass der sonst gegebene Rechtsschutz weggefallen sei. 41

#### IV. Kommentar

## 1. Keine Einschränkung der sich aus dem refoulement-Verbot ergebenden Prüfungspflichten

Das Urteil ist je nach Einstellung teils schockiert, <sup>42</sup> teils mit Genugtuung<sup>43</sup> aufgenommen worden. Jedenfalls wird es verbreitet so verstanden, als habe der EGMR pushbacks nach illegalem Zugang für menschenrechtlich unbedenklich erklärt. <sup>44</sup> Das lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. <sup>45</sup> Allerdings ist der EGMR an diesbezüglichen Missverständnissen nicht unschuldig.

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

457

Der EGMR entscheidet in dem Urteil nur über die Kompatibilität prüfungsloser Abschiebungen *mit dem Kollektivausweisungsverbot* nebst Rechtsschutz, Art. 4 ZP 4, Art. 13 EMRK, nicht über die Kompatibilität mit dem refoulement-Verbot nebst Rechtsschutz, Art. 3, 13 EMRK. Die in der Einleitung dieses Beitrags ausgeführten Maßgaben für die effektive Gewährleistung des refoulement-Verbots, welche prüfungslose Abschiebungen ganz unabhängig von der Art und Weise des Zugangs verbieten, bleiben durch das Urteil unberührt. Es kann nicht angenommen werden, der EGMR habe, indem er eine Ausnahme in das Kollektivausweisungsverbot eingeführt hat, implizit von seiner fest etablierten Rechtsprechung abrücken wollen, dass Art. 3 EMRK absolut, effektiv und notstandfest zu gewährleisten ist. <sup>46</sup> Nicht einmal Terroristen dürfen in eine unmenschliche oder erniedrigende Situation abgeschoben werden, <sup>47</sup> erst recht nicht ein Migrant, der sich nicht um legalen Zugang bemüht hat. Dass die Pflicht der Staaten zur effektiven Gewährleistung des refoulement-Verbots nicht relativiert werden darf und durch dieses Urteil auch nicht relativiert wird, spricht der EGMR wiederholt aus. <sup>48</sup>

Missverständlich ist die Entscheidung, weil sie die spanischen pushbacks für (unter dem Kollektivausweisungsverbot) unbedenklich erklärt, ohne aus der Pflicht zur effektiven Gewährleistung des refoulement-Verbots den Schluss zu ziehen, dass sie unter Art. 3 EMRK stets unvertretbar sind, weil sich unter den betroffenen Personen abschiebeschutzbedürftige befinden können. Die Konventionsstaaten *können* Art. 3 EMRK ohne individualisierte Abschiebungsentscheidungen nicht effektiv gewährleisten. Legale Zugangsmöglichkeiten für Schutzbedürftige ändern daran nichts. Die Abschiebung einer unter Art. 3 EMRK schutzbedürftigen Person ist unabhängig davon ein refoulement-Verstoß, auf welche Weise sie zugegangen ist. <sup>49</sup> Die betreffenden Individuen müssen also durch Prüfung identifiziert werden. Es hätte nahegelegen, das unter *general principles* explizit zu machen.

Wenn die pushbacks also unter Art. 3 EMRK verboten sind, muss man sich freilich fragen, warum der EGMR im Fall der Beschwerdeführer keine Verletzung des Art. 3 EMRK festgestellt hat. Die Beschwerdeführer hatten Art. 3 EMRK gerügt, insoweit wurde ihre Beschwerde aber schon 2015 für unzulässig befunden. <sup>50</sup> Der Grund für die Erfolglosigkeit der Rüge ist, dass der EGMR eine Verletzung der aus Art. 3 EMRK sich ergebenden Prüfungspflichten ex post für Beschwerdeführer, die in der Beschwerde nicht plausibel machen können, dass bei ihnen das Risiko einer unmenschlichen oder erniedrigenden Situation tatsächlich bestand,

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

458

nicht feststellt. <sup>51</sup> Die aus Art. 3 EMRK folgende Pflicht, vor Abschiebung individuell zu prüfen, ist in dem Sinne akzessorisch zur Hauptpflicht des Art. 3 EMRK, ggf. Abschiebeschutz zu gewähren, dass ihre Nichtbeachtung bei Personen, die sich später als nicht abschiebeschutzbedürftig herausstellen, unbeachtlich ist. Selbstverständlich betrifft die Prüfungspflicht ex ante alle Personen, dies aber im Interesse der Schutzbedürftigen unter ihnen. Für die nicht Schutzbedürftigen handelt es sich um einen Rechtsreflex, weshalb sie eine Verletzung ex post nicht geltend machen können. Da die

beiden Beschwerdeführer nicht substantiiert vortragen konnten, die damalige Abschiebung habe sie in eine Art. 3 EMRK widersprechende Situation gebracht, 52 war ihre diesbezügliche Rüge aussichtslos. Die Rüge eines Kollektivausweisungsverstoßes konnten sie hingegen weiterverfolgen. Die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 4 ZP 4 ist unabhängig davon möglich, ob ein Abschiebeschutzbedarf geltend gemacht wird. 53

## 2. Zur Auslegung des Kollektivausweisungsverbots

Bei der Auslegung des Merkmals „Ausweisung“ in Art. 4 ZP 4, und auch bereits bei der Jurisdiktionsfrage, widersetzt sich der EGMR unter Verweis auf die Pflicht zur effektiven Gewährleistung der Konventionsrechte mit erfreulicher Klarheit Versuchen, für Grenzschutzmaßnahmen menschenrechtsfreie Herrschaftsausübungsräume zu konstruieren. Die Irritationen beginnen bei der Auslegung des Merkmals „kollektiv“. Letztlich konstruiert der EGMR eine Art Schutzunwürdigkeitsausnahme wegen illegalen Zugangs in die sich aus Art. 4 ZP 4 ergebende Pflicht zur individuellen Prüfung hinein und erstreckt diese Ausnahme auch auf die i. V. m. Art. 13 EMRK bestehende Pflicht zur effektiven Rechtsschutzgewährung. Nicht ganz klar wird, ob das nur für illegale „Massenansturm“-Zugänge gelten oder illegale Zugänge in weiterem Umfang erfassen soll. Der EGMR stellt zumeist, aber nicht durchgängig, auf Masse, Gewaltanwendung und Sicherheitsgefährdung ab. 54

### a) Fortführung einer etablierten Rechtsprechung?

Der EGMR stellt die Ausnahme als Fortführung einer etablierten Rechtsprechung dar, nach der es für die Frage, ob ein Kollektivausweisungsverstoß zu bejahen sei, auf das Verhalten der Betroffenen ankommen könne. 55 In den Fällen, auf die er sich dabei bezieht, war eine personalisierte Abschiebungsentscheidung

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

459

daran gescheitert, dass die Betroffenen die dafür nötigen Angaben zu ihrer Person verweigert<sup>56</sup> bzw. eine einheitliche Abschiebungsentscheidung lediglich deshalb erhalten, weil sie einen einheitlichen Antrag gestellt und einheitlich vorgetragen hatten. 57 Es ist nun etwas völlig anderes, einen Staat, wie im vorliegenden Fall, vom Kollektivausweisungsverbot nebst Rechtsschutz komplett freizustellen, obwohl ihm die Einhaltung möglich gewesen wäre, oder wie in den vom EGMR in Bezug genommenen Fällen klarzustellen, dass es für die Wahrung der Pflicht genügt, wenn der Staat das von seiner Seite aus Mögliche getan hat. Der jetzt vom EGMR entwickelte Ansatz schließt also nicht an frühere Rechtsprechung an, sondern ist völlig neu und überraschend.

### b) Zur illegal-access-Ausnahme

Und er ist nicht überzeugend. Einmal abgesehen von der Frage, wie sich die vom EGMR konstruierte illegal-access-Ausnahme mit dem Wortlaut des Art. 4 ZP 4 vereinbaren lässt – Art. 4 ZP 4 enthält keine Einschränkungen, und obwohl die Überlegungen des EGMR an das Wort „kollektiv“ nicht anschlussfähig sind, entwickelt er sie unter diesem Merkmal<sup>58</sup> –, überzeugt sie auch teleologisch nicht.

Wie der EGMR selbst feststellt, soll die aus dem Kollektivausweisungsverbot sich ergebende Pflicht zu individualisierten Abschiebungsentscheidungen sicherstellen, dass die Staaten Abschiebehindernisse beachten, die sich aus der Konvention, insbes. aus Art. 3 EMRK ergeben können. 59 Die Schutzwürdigkeit folgt also aus dem Umstand, dass solche Hindernisse bestehen

können, und das hängt vom legalen oder illegalen Zugang nun mal nicht ab. Bei der Auslegung des Merkmals „Ausweisung“ hatte der EGMR das, unter Verweis auf die unterschiedslos gravierenden Folgen für die schutzbedürftigen unter den abzuschiebenden Personen, auch so festgestellt und zum Anlass genommen, sein Begriffsverständnis von der Art und Weise des Zugangs unabhängig zu machen. <sup>60</sup> Warum sollte für das Merkmal „kollektiv“ etwas Anderes gelten? Der EGMR konstruiert unter „kollektiv“ den rechtsfreien Raum, den er bei der Jurisdiktionsprüfung und unter „Ausweisung“ wohlbegründet abgelehnt hatte. Und er koppelt damit die Reichweite des Kollektivausweisungsverbots von der Reichweite der Abschiebungshindernisse, insbes. des refoulement-Verbots ab, deren Sicherung das Kollektivausweisungsverbot dient.

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

460

### c) Zur Verfügbarkeit legaler Zugangswege

Als Voraussetzung für die illegal-access-Ausnahme legt der EGMR immerhin fest, dass der rückführende Staat legale Zugangsoptionen verfügbar halten muss und es bei den Betroffenen keine zwingenden Gründe geben darf, diese Optionen nicht zu nutzen. Hier findet sich eine interessante Aussage, die man in dieser Klarheit beim EGMR noch nicht lesen konnte: Die effektive Gewährleistung „der Konventionsrechte“ erfordere insbes. eine ausreichende Zahl von Grenzübergangsstellen für Menschen, die an der Grenze angekommen sind, damit schutzbedürftige Personen einen Schutzantrag stellen und ein adäquates Verfahren bekommen können. <sup>61</sup> Die Festung Europa muss demnach Türen haben, Türen, die sich für ankommende Personen öffnen. <sup>62</sup> Bei der Prüfung, ob Spanien diese Pflicht erfüllt, befasst sich der EGMR einseitig mit den von spanischer Seite zur Verfügung gestellten Statistiken und kaum mit den Darlegungen der Drittparteien. <sup>63</sup> Auch dass die Antragszahlen derart niedrig sind, <sup>64</sup> wirft angesichts der anthropologischen Unwahrscheinlichkeit, dass Menschen zu Hunderten Nato-Draht-bewehrte Zäune überklettern, obwohl sie sich auch einfach an Grenzübergängen anstellen oder in Botschaften melden könnten, Fragen auf, denen der EGMR sich nicht stellt.

### d) Zu zwingenden Gründen, die legalen Zugangswege nicht zu nutzen

Wenn es zwingende Gründe gab, die legalen Zugangswege nicht zu nutzen, begründet das nach Auffassung des EGMR nur dann eine Rückausnahme von der illegal-access-Ausnahme, wenn diese Gründe auf Umständen beruhen, für die der rückführende Staat unter der EMRK verantwortlich gemacht werden kann. Das sei nicht der Fall, wenn die legalen Zugangswege durch den Staat versperrt werden, aus dem der Betroffene ausreisen will. <sup>65</sup>

Wer noch im Auge hat, dass es um Menschen geht, die wirklich in einer Abschiebungshindernisse begründenden Weise in Not sein können, fragt sich spätestens an dieser Stelle, was den EGMR reitet. Selbst wenn Spanien unter der EMRK für marokkanisches Verhalten nicht verantwortlich gemacht werden kann: <sup>66</sup> Das war

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

461

nicht die Frage. Die Frage war, ob Spanien für sein eigenes, Zwang anwendendes, prüfungsloses Ausweisungsverhalten zur Verantwortung gezogen werden kann. Und das soll bei illegalem Zugang sogar dann zu verneinen sein, wenn legale Zugangsoptionen gar nicht bestanden, weil es Europa nichts angeht, wenn außereuropäische Staaten die legalen Zugangswege versperrt halten? Wäre

anzunehmen, dass der EGMR das nicht nur unter dem Kollektivausweisungsverbot, sondern auch unter dem refoulement-Verbot vertreten will, müsste man sich fragen, was für eine Vorstellung von internationalem Schutz und von der Rolle Europas dabei der EGMR hat. Dass Staaten für das Verhalten anderer Staaten nicht verantwortlich sind, lässt ihre eigenen Schutzpflichten nicht entfallen.

Wie bereits festgestellt<sup>67</sup> lässt sich aber nicht annehmen, der EGMR wolle auch das refoulement-Verbot durch eine illegal-access-Ausnahme relativieren, und deshalb muss die Frage lauten: Warum interpretiert der EGMR mit solchem Aufwand und in einer nach Wortlaut und Teleologie fragwürdigen Weise eine Ausnahme in das Kollektivausweisungsverbot hinein, wenn die dann unter Art. 4 ZP 4 erlaubten pushbacks unter Art. 3 EMRK sowieso verboten sind? Offenbar wollte er im gegenwärtigen asylpolitischen Klima die spanische Praxis ungeachtet ihrer Unvertretbarkeit unter dem refoulement-Verbot nicht für menschenrechtswidrig erklären – nicht aus Anlass eines Falles, der Personen betraf, die sich im Nachhinein als nicht abschiebeschutzbedürftig herausgestellt hatten. <sup>68</sup> Das erklärt auch, warum der EGMR die naheliegende Klarstellung vermieden hat, dass prüfungslose Abschiebungen, wie die spanischen, unter dem refoulement-Verbot stets unvertretbar sind und bleiben. Für die daraus resultierenden Missverständnisse und ihre Folgen ist der EGMR mit verantwortlich. <sup>69</sup>

### e) Verbleibende Prüfungspflichten unter dem Kollektivausweisungsverbot

Die nach allem nicht überzeugende Konstruktion einer illegal-access-Ausnahme im Kollektivausweisungsverbot bringt auch noch eine Schwierigkeit mit sich, die sie praktisch ad absurdum führt. Die Ausnahme ist ja voraussetzungsreich, und die Voraussetzungen können fehlen. Ein illegal über den Grenzzaun angekommener Migrant müsste mindestens geltend machen können, dass seine prüfungslose Abschiebung doch eine verbotene Kollektivausweisung wäre, weil es in der Verantwortungssphäre *des rückführenden Staates* liegende Hindernisse für den

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)

462

legalen Zugang gab. Die kann es geben. <sup>70</sup> Ein Rechtsstaat müsste also ein Prozedere vorhalten, um die Ausnahmen (in denen unter Art. 4 ZP 4 prüfungslos abgeschoben werden darf) von den Ausnahmen der Ausnahmen (in denen die Betroffenen das Recht auf ein individualisiertes Prüfverfahren haben) zu unterscheiden. Und aus Art. 13 EMRK i. V. m. Art. 4 ZP 4 müsste es zwecks Korrektur fehlerhafter Einordnungen Gelegenheit zu einem Rechtsschutzverfahren geben. Ganz prüfungslos geht es also auch unter dem Kollektivausweisungsverbot in seiner neuen Auslegung nicht – nicht unter dem Anspruch der Rechtsstaatlichkeit ohne menschenrechtsfreie Räume.

### 3. Konsequenzen

Angesichts des asylpolitischen Klimas und der Missverständlichkeit des Urteils ist zu befürchten, dass pushbacks illegal zugangener, darunter schutzbedürftiger Personen an den europäischen Außengrenzen nicht nur fortgesetzt, sondern ausgeweitet werden. Dabei mag es in den Außengrenzschutzanlagen Europas Türen geben. Solange außereuropäische Nachbarstaaten in Absprache mit Europa den Zugang dazu verhindern, öffnen sich die Türen nicht, weil niemand anklopft. Verhindern die Nachbarstaaten den Zugang nicht mehr, öffnen sich die Türen auch nicht, dann wird, so jedenfalls derzeit<sup>71</sup> in Griechenland, das Asylrecht ausgesetzt. Europa hat sich mit seiner lastenteilungsrücksichtslos auf Abwehr konzentrierten Asyl- und Grenzschutzpolitik in eine



Lage gebracht, in der man die Augen nicht mehr davor verschließen kann, dass Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte über Bord gehen, wenn nicht eine andere Richtung eingeschlagen wird. 72

Solange der EGMR nicht aus Anlass eines weiteren Falles – dabei müsste es sich um eine illegal angekommene, prüfungslos abgeschobene Person handeln, die substantiiert geltend machen kann, dass ein Abschiebungshindernis aus Art. 3 EMRK bestand<sup>73</sup> – klarstellt, dass prüfungslose Abschiebungen wegen der Pflicht zur effektiven Gewährleistung des Art. 3 EMRK ohne illegal-access-Ausnahme verboten sind, fällt die Rolle, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit hochzuhalten, den nationalen Gerichten und dem EuGH zu.

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)	463
---	-----

Selbst wenn der EuGH sich bei Gelegenheit in der Auslegung des Art. 19 Abs. 1 GRC dem EGMR anschließen sollte: pushbacks kann er nicht unbeanstandet lassen, auch nicht in Fällen, in denen die fehlende Schutzbedürftigkeit der Betroffenen ex post feststeht. Denn für die Rechtsschutzgarantie des Art. 47 GRC genügt anders als für Art. 13 EMRK, dass einfaches Recht es verbietet, Menschen ohne die eingangs dieses Beitrags genannten, prozeduralen Maßgaben abzuschieben. Die diesbezüglichen unionalen Vorschriften<sup>74</sup> gelten selbstverständlich auch für Personen, bei denen sich im Nachhinein herausstellt, dass es keine Abschiebungshindernisse gab, denn genau das muss erst rechtsschutzbewehrt geprüft werden. Nur in Fällen, in denen trotz Gelegenheit dazu kein Asylantrag gestellt (oder einer geprüft und abgelehnt) wurde, findet die Rückführungslinie Anwendung. An deren Stelle kann an den Außengrenzen<sup>75</sup> unter Umständen auch nach nationalem Recht vorgegangen werden. <sup>76</sup> Auch dabei ist aber das refoulement-Verbot einzuhalten, <sup>77</sup> und das muss das nationale Recht durch geeignete prozedurale Maßgaben effektiv gewährleisten. Die Rechtsschutzgarantien der nationalen Verfassungen pflegen wie Art. 47 GRC zu funktionieren, nicht wie Art. 13 EMRK, es genügt also auch dort ein Verstoß gegen die prozeduralen Maßgaben.

Lübbe: Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen – Anmerkung zum Urteil des EGMR (Große Kammer) v. 13.2.2020, Nrn. 8675/15 und 8697/15 (N.D. und N.T.)(EuR 2020, 450)	464
---	-----

\* Prof. Dr. Anna Lübbe ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und ADR sowie Co-Direktorin des Centrums für europäische und interkulturelle Studien (CINTEUS) an der Hochschule Fulda. Links wurden zuletzt am 12. März 2020 aufgerufen.

<sup>1</sup> Z.B. EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 21.1.2011 – 39606/09 (M.S.S.), NVwZ 2011, S. 413; EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 23.2.2012 – 27765/09 (Hirsi), NVwZ 2012, S. 809; EGMR, Entsch. v. 21.10.2014 – 16643/09 (Sharifi); EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 21.11.2019 – 47287/15 (Ilias und Ahmed); EuGH, Rs. C-181/16 (Gnandi), ECLI:EU:C:2018:465.

<sup>2</sup> Art. 15 Abs. 2 EMRK.

<sup>3</sup> Std. Rspr., zuletzt EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), NVwZ, 2020, S. 697, Rn. 171, 221.

<sup>4</sup> Std. Rspr., im Kontext von Aufenthaltsbeendigungen seit EGMR, Entsch. v. 7.7.1989 – 14038/88 (Söring), NJW 1990, S. 2183.

<sup>5</sup> Beim refoulement-Verbot der GFK ist das anders, Art. 33 Abs. 2 GFK, auch dort ist aber die Illegalität des Zugangs nichts, was schutzunwürdig machen würde, vgl. im Gegenteil das Bestrafungsverbot in Art. 31 Abs. 1 GFK.

<sup>6</sup> EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 21.1.2011 – 39606/09 (M.S.S.), NVwZ 2011, S. 413; EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 23.2.2012 – 27765/09 (Hirsi), NVwZ 2012, S. 809; EGMR, Entsch. v. 21.10.2014 – 16643/09 (Sharifi); EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 21.11.2019 – 47287/15 (Ilias und Ahmed); EuGH, Rs. C-181/16 (Gnandi), ECLI:EU:C:2018:465.

- 7 Die fehlende Lastenteilungsverständigung ist *das* Grundproblem des Asyl- und Flüchtlingsrechts, sie bewirkt prekäre Abgrenzungspraktiken weit vor dem wirklichen Überlastungsfall, vgl. *A. Lübke*, Ist der Flüchtlingsschutz zeitgemäß? Herausforderungen und Weiterentwicklungsansätze, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates deutscher Stiftungen für Integration und Migration, 2016 ([https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user\\_upload/FB\\_SK/Professor/Luebbe/SVRGutachtLuebbe816\\_1.pdf](https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user_upload/FB_SK/Professor/Luebbe/SVRGutachtLuebbe816_1.pdf)) m.w.Nw..
- 8 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 23.2.2012 – 27765/09 (Hirsi), NVwZ 2012, S. 809.
- 9 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 21.1.2011 – 39606/09 (M.S.S.), NVwZ 2011, S. 413.
- 10 Vgl. Art. 35 S. 1 letzt. Hs., Art. 38 Abs. 4, Art. 39 Abs. 4 RL 2013/32/EU des EP und des Rates vom 26.6.2013.
- 11 Zur Debatte um die (nicht nur die Sicherheit des Drittstaates betreffenden) Voraussetzungen von Überstellungen an Drittstaaten *A. Lübke*, Stellungnahme für die Sachverständigenanhörung zur GEAS-Reform (Anträge BT-Drucksache 19/244 von Bündnis90/DIE GRÜNEN, BT-Drucksache 19/577 von DIE LINKE), April 2018 ([https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user\\_upload/FB\\_SK/Professor/Luebbe/19\\_4\\_26\\_D\\_-\\_Stellungnahme\\_Prof.\\_Dr.\\_Anna\\_Luebbe\\_Hochschule\\_Fulda\\_-\\_19-577\\_\\_19-244\\_-\\_GEAS.pdf](https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user_upload/FB_SK/Professor/Luebbe/19_4_26_D_-_Stellungnahme_Prof._Dr._Anna_Luebbe_Hochschule_Fulda_-_19-577__19-244_-_GEAS.pdf)), m. w. N.
- 12 Auch diese Strategie kann rechtlich angreifbar sein, zur Debatte *V. Moreno-Lax/M. Giuffrè*, The raise of consensual containment: From contactless control to contactless responsibility for migratory flows, in: Juss (Hrsg.), Research Handbook on International Refugee Law, 2019, S. 82; *N. Markard*, Das Recht auf Ausreise zur See, Archiv des Völkerrechts 2014, S. 449.
- 13 Zu Strategien der Vermeidung von Flüchtlingsverantwortung *J. C. Hathaway/T. Gammeltoft-Hansen*, Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence, Transnat'l L. 2015, S. 235.
- 14 BVNM, Illegal Pushbacks and Border Violence Reports. Balkan Region, July 2019 (<https://www.borderviolence.eu/wp-content/uploads/July-2019-Final-Report.pdf>); AIDA, Country Report: Croatia, 2018 Update ([http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida\\_hr\\_2018update.pdf](http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_hr_2018update.pdf)); AIDA, Country Report: Hungary, 2019 Update, ([https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida\\_hu\\_2019update.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_hu_2019update.pdf)); zur aktuellen (März 2020) Lage an der griechisch/türkischen Grenze UNHCR, Statement on the situation at the Turkey-EU border, 2.3.2020 (<https://www.unhcr.org/news/press/2020/3/5e5d08ad4/unhcr-statement-situation-turkey-eu-border.html>).
- 15 Zu den sog. Seehofer-pushbacks *A. Lübke*, Vereinbarkeit der Zurückweisungspraxis unter dem deutsch-griechischen 'Seehofer-Abkommen' mit unionsrechtlichen Vorgaben zum effektiven Rechtsschutz, Expertise im Auftrag von PROASYL, Dezember 2018 ([https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user\\_upload/FB\\_SK/Professor/Luebbe/LuebbeGutAPASylfinal.pdf](https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user_upload/FB_SK/Professor/Luebbe/LuebbeGutAPASylfinal.pdf)); *B. Bartolucci*, Zum Beschluss des VG München zur Einreiseverweigerung nach „Seehofer-Deal“, Asylmagazin 2019, S. 334.
- 16 S. die Nachweise in Fn. 1; zur zuletzt zurückhaltenderen Linie des EGMR *unter dem Kollektivausweisungsverbot S. Papageorgopoulos*, N.D. and N.T. v. Spain: do hot returns require cold decision-making?, 28.2.2020 (<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/nd-and-nt-v-spain-do-hot-returns-require-cold-decision-making>); *L. Riemer*, The ECtHR as a drowning 'Island of Hope'? Its impending reversal of the interpretation of collective expulsion is a warning signal, Verfassungsblog vom 19.2.2019 (<https://verfassungsblog.de/the-ecthr-as-a-drowning-island-of-hope-its-impending-reversal-of-the-interpretation-of-collective-expulsion-is-a-warning-signal/>).
- 17 Vgl. Rn. 16 des Sondervotums des Richters Pinto de Albuquerque zu EGMR, Entsch. v. 11.12.2018 – 59793/17 (M.A. u. a./Litauen).
- 18 EGMR, Entsch. v. 3.10.2017 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.).
- 19 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.).
- 20 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 102.
- 21 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 166 ff.

- 22 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 170 f.
- 23 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 184 ff.
- 24 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 190.
- 25 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 192 ff.
- 26 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 198 f.
- 27 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 194, 203.
- 28 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 220.
- 29 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 201.
- 30 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 209.
- 31 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 210.
- 32 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 211.
- 33 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 201, 218.
- 34 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 222, 229.
- 35 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 212 ff.
- 36 Sechs Anträge von Januar bis August 2014 am Grenzübergangspunkt Beni Anzar (EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 213), danach und in 2015 keine Anträge von sub-Sahara-Afrikanern, zwei in 2016, keine in 2017 (Rn. 216); zu Anträgen in Botschaften und Konsulaten Rn. 225.
- 37 Ob sie es versucht hatten, war streitig, vgl. EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 220.
- 38 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 220 f.
- 39 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 222 ff.
- 40 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 232.
- 41 EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 240 ff.
- 42 *M. Pichl/D. Schmalz*, 'Unlawful' may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T., Verfassungsblog vom 14.2.2020 (<https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/>); *C. Oviedo Moreno*, A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain, Verfassungsblog vom 14.2.2020 (<https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/>).
- 43 *R. Uerpmann-Wittzack*, EGMR billigt Festung Europa mit Toren - Das Urteil der Großen Kammer in der Sache N.D. und N.T. gegen Spanien, völkerrechtsblog 14.2.2020 (<https://voelkerrechtsblog.org/egmr-billigt-festung-europa-mit-toren/>).
- 44 *S. Lüdke*, „Das Urteil macht die Festung Europa dicht“, SPIEGEL, 14.2.2020 (<https://www.spiegel.de/politik/ausland/abschiebung-ohne-asylantrag-das-urteil-macht-die-festung-europa-dicht-a-7f1ffff7-a646-4fbb-a892-13ff9dc66ef5>); *D. Weber* in: „An der Außengrenze muss Recht und Ordnung durchgesetzt werden“, Deutschlandfunk 2.3.2020 ([https://www.deutschlandfunk.de/europaeische-fluechtlingspolitik-an-der-aussengrenze-muss.694.de.html?dram:article\\_id=471420](https://www.deutschlandfunk.de/europaeische-fluechtlingspolitik-an-der-aussengrenze-muss.694.de.html?dram:article_id=471420)); *R. Uerpmann-Wittzack*, EGMR billigt Festung Europa mit Toren, völkerrechtsblog 14.2.2020 (<https://voelkerrechtsblog.org/egmr-billigt-festung-europa-mit-toren/>); ECCHR, Pushbacks an EU-Grenzen: Menschenrechte außer Kraft, 13.2.2020 (<https://www.ecchr.eu/nc/pressemitteilung/push-backs-an-eu-grenzen-menschenrechte-ausser-kraft/>).
- 45 *C. Hruschka*, Hot returns bleiben in der Praxis EMRK-widrig, Verfassungsblog vom 21.2.2020 (<https://verfassungsblog.de/hot-returns-bleiben-in-der-praxis-emrk-widrig/>); *A. Lübke*, Der Elefant

im Raum – Effektive Gewährleistung des non-refoulements nach EGMR N.D. und N.T.?,  
Verfassungsblog vom 18.2.2020 (<https://verfassungsblog.de/der-elefant-im-raum/>).

<sup>46</sup> So auch *D. 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, Verfassungsblog vom 17.2.2020 (<https://verfassungsblog.de/a-restrictionist-revolution/>); s. aber ders. in: Was ist erlaubt an der Grenze zur Türkei?, tagesschau 5.2.2020 (<https://www.tagesschau.de/ausland/asylpolitik-eu-faq-101.html>).

<sup>47</sup> EGMR, Entsch. v. 15.11.1996 – 22414/93 (Chahal), NVwZ 1997, S. 1078; EGMR, Entsch. v. 28.2.2008 – 37201/06 (Saadi), NVwZ 2008, S. 1330.

<sup>48</sup> Vgl. EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 170 f, 184, 232.

<sup>49</sup> Vgl. EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 184 ff.

<sup>50</sup> EGMR, Entsch. v. 7.7.2015 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 15.

<sup>51</sup> EGMR, Entsch. v. 7.7.2015 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 15.

<sup>52</sup> Vgl. EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 206, 226, und Fn. 50.

<sup>53</sup> Der EGMR würde sonst bei isoliert gerügtem Kollektivausweisungsverbot, wie z. B. in EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 15.12.2016 – 16483/12 (Khlaifia), gar nicht erst in eine inhaltliche Prüfung einsteigen.

<sup>54</sup> EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 201, 206, 210 f., 231, 242, uneindeutig insbes. Rn. 211.

<sup>55</sup> EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 201, 231.

<sup>56</sup> EGMR, Entsch. v. 1.2.2011 – 2344/02 (Dritsas).

<sup>57</sup> EGMR, Entsch. v. 10.04.2007 – 18670/03 (Berisha und Haljiti). In weiteren vom EGMR in Bezug genommenen Entscheidungen werden lediglich die beiden genannten Anwendungsfälle unter *general principles* zitiert.

<sup>58</sup> Vgl. EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 192.

<sup>59</sup> EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 198.

<sup>60</sup> EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 184 ff.

<sup>61</sup> EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 209.

<sup>62</sup> Zur Debatte *P. Endres de Oliveira*, Legaler Zugang zu internationalem Schutz - zur Gretchenfrage im Flüchtlingsrecht, KJ 2016, S. 167, 169 ff.; V. *Moreno Lax*, Must EU borders have doors for refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees, EJML 2008, S. 315.

<sup>63</sup> Vgl. Council of Europe, Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights Applications No. 8675/15 and No. 8697/15 N.D. v. Spain and N.T. v. Spain, 22.3.2018 (<https://rm.coe.int/third-party-intervention-n-d-and-n-t-v-spain-by-nils-muiznieks-council/1680796bfc>); UNHCR, UNHCR's oral intervention before the European Court of Human Rights Grand Chamber hearing in the case of N.D. and N.T. v. Spain (Application Nos. 8675/15 and 8697/15), 26.9.2018 (<https://www.refworld.org/type,AMICUS,,ESP,5e2b15684,0.html>).

<sup>64</sup> Siehe Fn. 36.

<sup>65</sup> EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 13.2.2020 – 8675/15, 8697/15 (N.D. und N.T.), Rn. 220 f.

<sup>66</sup> S. aber Fn. 12.

<sup>67</sup> Unter IV.1.

<sup>68</sup> Dazu unter IV.1. letzter Absatz.

<sup>69</sup> Die Folgen zeigen sich bereits in der Debatte um das aktuelle (März 2020) griechische Verhalten an der Grenze zur Türkei, vgl. *D. Weber* in: „An der Außengrenze muss Recht und Ordnung durchgesetzt werden“, Deutschlandfunk 2.3.2020 ([https://www.deutschlandfunk.de/europaeische-fluechtlingspolitik-an-der-aussengrenze-muss.694.de.html?dram:article\\_id=471420](https://www.deutschlandfunk.de/europaeische-fluechtlingspolitik-an-der-aussengrenze-muss.694.de.html?dram:article_id=471420)); UNHCR, UNHCR-statement on the situation at the Turkey-EU border, 2.3.2020 (<https://www.unhcr.org/news/press/2020/3/5e5d08ad4/unhcr-statement-situation-turkey-eu-border.html>); *M. Lehnert*, Die Herrschaft des Rechts an der EU-Außengrenze?, Verfassungsblog vom 4.3.2020 (<https://verfassungsblog.de/die-herrschaft-des-rechts-an-der-eu-aussengrenze/>).

<sup>70</sup> Die an der türkisch/griechischen Grenze stehenden Migranten und Flüchtlinge sind derzeit (März 2020) in dieser Situation.

<sup>71</sup> März 2020.

<sup>72</sup> Zur Debatte *T. A. Aleinikoff/L. Zamore*, The arc of protection. Reforming the international refugee regime, 2019; *J. Hathaway/R. A. Neve*, Making international refugee law relevant again: A proposal for collectivized and solution oriented protection, Harv. Hum. Rts. J. 1997, S. 115; UNHCR, Better protecting refugees in the EU and globally, Dec. 2016 (<https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/114503/unhcr-better-protect.pdf>); Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, Chancen in der Krise: Zur Zukunft der Flüchtlingspolitik in Deutschland und Europa, Jahresgutachten 2017; *A. Lübke*, Ist der Flüchtlingsschutz zeitgemäß? Herausforderungen und Weiterentwicklungsansätze, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates deutscher Stiftungen für Integration und Migration, 2016 ([https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user\\_upload/FB\\_SK/Professor/Luebke/SVRGutachtLuebke816\\_1.pdf](https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user_upload/FB_SK/Professor/Luebke/SVRGutachtLuebke816_1.pdf)).

<sup>73</sup> Siehe dazu Abschnitt IV.1., letzter Absatz.

<sup>74</sup> Siehe etwa Art. 6 ff., 43, 46 RL 2013/32/EU des EP und des Rates vom 26.6.2013; Art. 9, 12 f. RL 2008/115/EG des EP und des Rates vom 16.12.2008; Art. 5, 26 f. VO (EU) Nr. 604/2013 des EP und des Rates vom 26.06.2013.

<sup>75</sup> EuGH, Rs. C-444/17 (Arib), ECLI:EU:C:2019:220.

<sup>76</sup> Art. 2 Abs. 2 Buchst. a RL 2008/115/EG des EP und des Rates vom 16.12.2008.

<sup>77</sup> Art. 4 Abs. 4 Buchst. b RL 2008/115/EG des EP und des Rates vom 16.12.2008; EuGH, Rs. C-47/15 (Affum), ECLI:EU:C:2016:408.