

Vor- und Nachname:

Studennummer:

Postadresse:

Telefonnummer:

E-Mail:

Semesterzahl:

**Wichtiger Hinweis und Dank**

Die ausgewählten Beispiele sollen einen Eindruck von Aufbau sowie formaler und inhaltlicher Gestaltung einer Proseminararbeit im Europarecht bzw. Europäischen Migrationsrecht vermitteln. Wir haben Arbeiten gewählt, welche am Lehrstuhl von Prof. Progin-Theuerkauf verfasst und für gut befunden wurden.

**Die Arbeiten sind gleichwohl nicht frei von Fehlern. Sie sind daher nicht als massgebende Modelle zu verstehen, sondern als das, was sie sind – gute Beispiele!**

Wir danken herzlich den Studierenden, die ihre Arbeit zum Nutzen anderer Studierender, welche eine Proseminararbeit verfassen möchten, zur Verfügung gestellt haben.

## *EGMR-Rechtsprechung zur Pushback-Praxis in Spanien – Ein Kommentar*

Proseminararbeit im Europäischen Migrationsrecht

bei Prof. Sarah Progin-Theuerkauf  
Lehrstuhl für Europarecht und Europäisches Migrationsrecht  
Rechtswissenschaftliche Fakultät

Themenvergabe: 22.09.2021  
Abgab der Arbeit: 22.12.2021

## Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>II</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>III</b>
<b>Rechtsprechungsverzeichnis .....</b>	<b>V</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>VIII</b>
<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Pushback-Praxis in Spanien - Hintergrund .....</b>	<b>2</b>
<b>III. N.D. und N.T. – Das neue Leiturteil des EGMR .....</b>	<b>3</b>
A. Sachverhaltsschilderung.....	3
B. Verfahrensvorgang .....	5
C. Urteil der Großen Kammer des EGMR.....	6
<b>IV. Analyse des Urteils .....</b>	<b>7</b>
A. Anwendungsbereich der Konvention .....	8
B. Weites Verständnis der Ausweisung i.S.v. Art. 4 ZP 4 EMRK .....	10
C. Rückausnahme aus dem Verbot der Kollektivausweisung .....	11
1. Bisherige Rechtsprechung des EGMR .....	11
2. Wortlaut von Art. 4 ZP 4 EMRK .....	12
3. Systematik und Telos von Art. 4 ZP 4 EMRK .....	12
4. Anwendung der Formel auf die Beschwerdeführer .....	14
D. Zusammenführung dieser Analysestränge .....	16
<b>V. Auswirkungen des Urteils .....</b>	<b>16</b>
A. Urteil des Spanischen Verfassungsgerichts vom 19. November 2020 .	17
B. Neuere Urteile des EGMR zur Pushback-Praxis .....	17
C. Die Festung Europa rüstet auf.....	19
D. Gleichbehandlung der Kläger .....	21
<b>VI. Fazit .....</b>	<b>22</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Art.	Artikel
ECCHR	European Center for Constitutional and Human Rights
ECLI	European Case Law Identifier
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EJML	European Journal of Migration and Law
EMRK/ECHR	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten) / European Convention on Human Rights
EuConst	European Constitutional Law Review
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitung
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EVP	Europäische Volkspartei
f./ff.	folgend/folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Freiburg i.Üe.	Freiburg im Üechtland
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz
HLRL	Human Rights Law Review
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IJRL	International Journal of Refugee Law
NGO	Non-Governmental Organisation
NLMR	Newsletter Menschenrechte
Nr.	Nummer
PPU	Procédure préliminaire d'urgence (Eilverfahren vor dem EuGH)

Prof.	Professor
Rn	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
s.a.	siehe auch
taz	Die Tageszeitung
u.a.	unter anderen/unter anderem
vgl.	vergleiche
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
Ziff.	Ziffer
ZP 4	Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind (16. September 1963)

## Rechtsprechungsverzeichnis

### Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EGMR, Urteil vom 7. Juli 1989, *Soering/Vereinigtes Königreich*, Nr. 14038/88.

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 12. Dezember 2001, *Bancovic u.a./Belgien*, Nr. 52207/99.

EGMR, Urteil vom 17. Juni 2003, *Berisha und Haljiti/Makedonien*, Nr. 18670/03.

EGMR, Urteil vom 16. November 2004, *Issa u.a./Türkei*, Nr. 31821/96.

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 29. März 2010, *Medvedyev u.a./Frankreich*, Nr. 3394/03.

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 21. Januar 2011, *M.S.S./Belgien und Griechenland*, Nr. 30696/09.

EGMR, Urteil vom 1. Februar 2011, *Dritsas/Italien*, Nr. 2344/02.

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. Februar 2012, *Hirsi Jamaa u.a./Belgien*, Nr. 27765/09.

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. Juli 2013, *M.A./Zypern*, Nr. 41872/10.

EGMR (Kammer), Beschluss vom 7. Juli 2015, *N.D. und N.T./Spanien*, Nr. 8575/15 und 8697/15.

EGMR, Urteil vom 8. November 2016, *Magyar Helsinki Bizottsag/Ungarn*, Nr. 18030/11.

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. Dezember 2016, *Khlaifia u.a./Italien*, Nr. 16483/12.

EGMR (Kammer), Urteil vom 3. Oktober 2017, *N.D. und N.T./Spanien*, Nr. 8675/15 und 8697/15.

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Februar 2020, *N.D. und N.T./Spanien*, Nr. 8675/15 und 8697/15.

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 5. März 2020, *M.N. u.a./Belgien*, Nr. 3599/18.

EGMR, Urteil vom 23. Juli 2020, *M.K. u.a./Polen*, Nr. 40503/17 und 42902/17 und 43643/17.

EGMR, Urteil vom 8. Juli 2021, *Shahzad/Ungarn*, Nr. 12625/17.

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. Oktober 2020, *Muhammad und Muhammad/Rumänien*, Nr. 80982/12.

EGMR, Beschluss vom 25. August 2021, *H.M.M. u.a./Polen*, Nr. 42120/21.

EGMR, Beschluss vom 25. August 2021, *Ahmed u.a./Lettland*, Nr. 42165/21.

EGMR, Urteil vom 18. November 2021, *M.H. u.a./Kroatien*, Nr. 15670/18 und 43115.

**Europäischer Gerichtshof (EuGH)**

EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, Rs. C-556/17, *Torubarov*,  
ECLI:EU:C:2019:626.

EuGH, Urteil vom 19. März 2020, Rs. C-564/18, *Bevándorlási és  
Menekültügyi Hivatal (Tomba)*, ECLI:EU:C: 2020:218.

EuGH, Urteil vom 19. März 2020, Rs. C-406/18, *PG*, ECLI:EU:C:2020:216.

EuGH, Urteil vom 14. Mai 2020, Rs. C-924/19 PPU und C- 925/19 PPU,  
*Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális  
Igazgatóság*, ECLI:EU:C:2020:367.

EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020, Rs. C-808/18, *Kommission/Ungarn*,  
ECLI:EU:C:2020:1029.

**Tribunal Constitucional (Spanisches Verfassungsgericht)**

Tribunal Constitucional, Urteil vom 19.11.2020, Recurso de  
inconstitucionalidad STC 2015-2896.

## Literaturverzeichnis

*Baranowska, Grazyna*, The Deadly Woods, Verfassungsblog vom 29.10.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/the-deadly-woods/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Cilberto, Giulia*, A Brand-New Exclusionary Clause to the Prohibition of Collective Expulsion of Aliens: The Applicant's Own Conduct in *N.D. and N.T. v Spain*, HRLR 2021, S. 203.

*Dopplinger, Lorenz*, An den Grenzen der Grundrechte – Zur extraterritorialen Grundrechtsbindung des Staates nach der EMRK, EuGRZ 2021, S. 359.

*Fischer-Lescano, Andreas*, Pushbacks: Ausnahmezustand an der Grenze, ZAR 2021, S. 137.

*Fuchs, Gesine*, Was ist strategische Prozessführung?, in: Graser, Alexander/Helmrich, Christian (Hrsg.), Strategic Litigation, S. 42.

*Grabenwarter, Christoph*, Kommentar zu Art. 4 ZP 4 EMRK, in: Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), European Convention on Human Rights – Commentary, München/Oxford/Baden-Baden/Basel 2014.

*Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage, München 2021.

*Graser, Alexander*, Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch, in: Graser, Alexander/Helmrich, Christian (Hrsg.), Strategic Litigation, S. 37.

*Greenman, Kathryn*, A Castle Built on Sand? Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations in International Law, IJRL 27 (2015), S. 264.



*Haefeli, Fulvio*, Steuerung der Migrationsströme und Non-refoulement-Prinzip gemäss GFK und EMRK, ZAR 2020, S. 25.

*Jakob, Christian*, Freibrief für Entrechtung, taz am 14.2.2020, abrufbar unter: <https://taz.de/Gerichtshof-fuer-Menschenrechte!/5663709/> (zuletzt besucht am 12.12.2020).

*Jones, Sam*, European court under fire for backing Spain's express deportations, The Guardian, 13.02.2020, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/world/2020/feb/13/european-court-under-fire-backing-spain-express-deportations> (zuletzt besucht am 10.12.2021).

*Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla*, Law of the European Convention on Human Rights, 4. Auflage, Oxford 2018.

*Hruschka, Constantin*, Hot Returns bleiben in der Praxis EMRK-widrig, Verfassungsblog vom 21.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/hot-returns-bleiben-in-der-praxis-emrk-widrig/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Johann, Christian*, Kommentar zu Art. 1 EMRK, in: Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage, München 2022.

*Keady-Tabbal, Niamh/Mann, Itamar*, Pushbacks as Euphemism, EJIL:Talk!, 14.04.2021, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/pushbacks-as-euphemism/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Kieber, Stefan*, Verstoß Ungarns gegen unionsrechtliche Bestimmungen über die Zuerkennung von internationalem Schutz und die Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, NLMR 2020, S. 520.

*Krieger, Heike*, Kapitel 8: Notstand (Art. 15 EMRK), in: Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.), EMRK/GG – Konkordanzkommentar, Band 1: Art. 1 -19, 2. Auflage, Tübingen 2013.

*Lehnert, Mathias*, Pushbacks sind illegal – und zwar immer, Verfassungsblog vom 13.05.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/pushbacks/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Lehnert, Matthias*, Die Herrschaft des Rechts an den EU-Außengrenzen, Verfassungsblog vom 04.03.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-herrschaft-des-rechts-an-der-eu-aussengrenze/> (zuletzt besucht am 17.12.2021)

*Lixi, Luca*, Beyond Transactional Deals: Building Lasting Migration Partnerships in the Mediterranean, November 2017, abrufbar unter: <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/TCM-Partnerships-Mediterranean-FINAL.pdf> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Lübbe, Anna*, 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, S. 450.

*Meyer, Frank*, Kommentar zu Art. 6 EMRK, in: Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage, München 2022.

*Meyer-Ladewig, Jens/Harrendorf, Stefan/König, Stefan*, Kommentar zu Art. 4 ZP 4 EMRK, in: Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan von (Hrsg.), EMRK, 4. Auflage, Baden-Baden 2017.

*Oettingen, Anna von*, Kommentar zu Art. 4 ZP 4 EMRK, in: Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage, München 2022.

*Oviedo Moreno, Carlos*, A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain, Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/> (zuletzt besucht am 17.12.2020).

*Pichl, Maximilian/Schmalz, Dana*, “Unlawful” may not mean rightless., *Verfassungsblog* vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Polzin, Monika*, Der verrechtlichte Ausnahmezustand. Art. 15 EMRK und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *ZaöRV* 78 (2018), S. 635.

*Progin-Theuerkauf, Sarah*, Defining the Boundaries of the Future Common European Asylum System with the Help of Hungary?, *European Papers* 6 (2021), S. 7.

*Progin-Theuerkauf, Sarah*, Grenzen des Verbots von Kollektivausweisungen, *sui generis* 2020, S. 309.

*Riemer, Lena*, The ECtHR as a drowning ‘Island of Hope’? Its impending reversal of the interpretation of collective expulsion is a warning signal, *Verfassungsblog* vom 19.02.2019, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/the-ecthr-as-a-drowning-island-of-hope-its-impending-reversal-of-the-interpretation-of-collective-expulsion-is-a-warning-signal/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Sanz, Lucía Alonso*, Deconstructing Hirsi: The Return of Hot Returns, *EuConst* 17 (2021), S. 335.

*Sardo, Alessio*, Border Walls, Pushbacks, and the Prohibition of Collective Expulsions: The Case of N.D. and N.T. v. Spain, *EJML* 23 (2021), S. 308.

*Schmalz, Dana*, Die andere Rechtsstaatlichkeitskrise, *Verfassungsblog* vom 28.10.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-andere-rechtsstaatlichkeitskrise/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Schmalz, Dana*, Rights that are not illusionary, Verfassungsblog vom 09.07.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/rights-that-are-not-illusory/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Sinner, Stefan*, Kommentar zu Art. 3 EMRK in: Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage, München 2022.

*Smith, Helena*, Greece accused of 'biggest pushback in years' of stricken refugee ship, The Guardian, 05.11.2021, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/global-development/2021/nov/05/greece-accused-of-biggest-pushback-in-years-of-stricken-refugee-ship> (zuletzt besucht am 16.12.2021).

*Taggart, Paul/Szczerbiak, Aleks*, Putting Brexit into perspective: the effect of the Eurozone and migration crises and Brexit on Euroscepticism in European states, Journal of European Public Policy 25 (2018), S. 1194.

*Thym, Daniel*, A Restrictionist Revolution?, Verfassungsblog vom 17.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/a-restrictionist-revolution/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Thym, Daniel*, A Restrictionist Revolution?, EU Migration Law Blog vom 17.02.2020, abrufbar unter: <https://eumigrationlawblog.eu/a-restrictionist-revolution-a-counter-intuitive-reading-of-the-ecthrs-n-d-n-t-judgment-on-hot-expulsions/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Thym, Daniel*, Menschenrechtliche Trendwende? Zu den EGMR-Entscheidungen über "heiße Zurückweisungen" an den EU-Außengrenzen und humanitäre Visa für Flüchtlinge, ZaöRV 80 (2020), S. 989.

*Uerpmann-Witzack, Robert*, EGMR billigt Festung Europa mit Toren, Völkerrechtsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://voelkerrechtsblog.org/de/egmr-billigt-festung-europa-mit-toren/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

*Verseck, Keno*, Flüchtlingspolitik: Wie Ungarn EU-Recht missachtet, Deutsche Welle, 08.02.2021, abrufbar unter: <https://www.dw.com/de/flüchtlingspolitik-wie-ungarn-eu-recht-missachtet/a-56493701> (zuletzt besucht am 16.12.2021).

*Wehner, Markus*, Lukaschenko setzt Flüchtlinge als Waffe ein, FAZ vom 15.10.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/lukaschenko-setzt-eu-mit-fluechtlingen-aus-belarus-unter-druck-17587424.html?premium> (zuletzt besucht am 16.12.2021).

## I. Einleitung

Die Migrations- und Flüchtlingskrise ist ein definierendes Moment des Europas der vergangenen 10 Jahre. Sie prägte den politischen Diskurs und hatte einen bedeutsamen Einfluss auf Wahlergebnisse, mit dem „Brexit“ 2016 als herausstechendes Beispiel.<sup>1</sup> Die politische, aber auch rechtliche Debatte kreiste dabei um zwei gegensätzliche Pole: der rechtlichen (und moralischen) Verantwortung zum Schutz von Migranten und Flüchtlingen auf der einen Seite und dem Bedürfnis der Staaten nach Regulierung der Einreiseströme und Kontrolle ihrer Grenzen auf der anderen.<sup>2</sup> Dieser grundsätzlicher Spannungslage sah sich auch der EGMR in dieser Zeit ausgesetzt: Auch er musste zwischen den legitimen Interessen der Konventionsstaaten im Bereich Migration und den Menschenrechten von Migranten und Flüchtlingen entscheiden.<sup>3</sup>

Von wegweisender Bedeutung ist dabei das Urteil des EGMR für die Beschwerden *N.D.* und *N.T.*<sup>4</sup> In diesem Urteil erklärte die Große Kammer des EGMR gewisse Rückführungspraktiken von illegalen Migranten an der Grenze zwischen Melilla (Spanien) und Marokko durch spanische Beamte für konventionsgemäß. Das Urteil löste sowohl bei NGOs<sup>5</sup> als auch in der juristischen Literatur<sup>6</sup> große Empörung aus. Zum Teil wurde sogar gefragt, ob nun das Ende der migrantenfreundlichen Rechtsprechung des EGMR droht.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. Zum Einfluss von Migration auf die Politik in der EU *Taggart/Szczerbiak*, *Journal of European Public Policy* 25 (2018), S. 1194 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Die Analyse der Spannungslage bei *Sardo*, *EJML* 23 (2021), S. 329 f.

<sup>3</sup> *Thym*, *ZaöRV* 80 (2020), S. 1007 f.; s.a. *Thym*, *A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR N.D.&N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions' at the Spanish-Moroccan Border*, *Verfassungsblog* vom 17.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/a-restrictionist-revolution/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>4</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*.

<sup>5</sup> Einschätzung des ECCHR, abrufbar unter:

[https://www.ecchr.eu/fileadmin/Sondernewsletter\\_Dossiers/Dossier\\_Migration\\_June2020.pdf](https://www.ecchr.eu/fileadmin/Sondernewsletter_Dossiers/Dossier_Migration_June2020.pdf) (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>6</sup> Statt vieler *Sanz*, *EuConst* 17 (2021), S. 335 ff.; *Sardo*, *EJML* 23 (2021), S. 308 ff.

<sup>7</sup> *Progin-Theuerkauf*, *sui generis* 2020, S. 315; *Riemer*, *The ECtHR as a drowning 'Island of Hope'?* Its impending reversal of the interpretation of collective expulsion is a warning signal, *Verfassungsblog* vom 19.02.2019, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/the-ecthr-as-a-drowning-island-of-hope-its-impending-reversal-of-the-interpretation-of-collective-expulsion-is-a-warning-signal/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

Die vorliegende Untersuchung widmet sich nun diesem Urteil durch eine ausführliche Analyse von dessen Hintergründen, den Leitplanken der Entscheidung sowie deren Auswirkungen auf die darauffolgende Rechtsprechung des EGMR und die weitere Praxis der europäischen Staaten. Dafür wird zunächst kurz der Hintergrund der sogenannten *Pushback-Praxis* erläutert (II.), bevor das Urteil zusammenfassend dargestellt wird (III.). Im nächsten Schritt wird das Urteil einer kritischen Analyse unterzogen (IV.) und danach dessen Auswirkungen auf die Migrationspolitik in Europa diskutiert (V.). Die Untersuchung schließt mit einem kurzen Fazit der wichtigsten Ergebnisse (VI.).

## II. Pushback-Praxis in Spanien – Hintergrund

Im Zuge der Flüchtlings- und Migrationskrise der 2010er Jahre kamen mehr als zwei Millionen Personen nach Europa, viele von ihnen aus dem bürgerkriegsgeplagten Syrien und Irak, aber auch aus Afghanistan und afrikanischen Staaten.<sup>8</sup> Angesichts der hohen Zahlen an Migranten und dem politischen Widerhall dieser Entwicklungen beschlossen viele europäische Staaten, eine restriktivere Migrations- und Grenzpolitik zu betreiben.<sup>9</sup> Insbesondere die Staaten Südeuropas, darunter Spanien, waren von Krise besonders betroffen und betrieben daher eine umfangreiche Abschottungsstrategie.<sup>10</sup>

Ein Teil dieser Strategie sind sogenannte *pushbacks*<sup>11</sup>, ein Bündel an Maßnahmen, die zu automatischen Abweisungen an der Grenze ohne Berücksichtigung der individuellen Umstände der Migranten führen.<sup>12</sup> Dazu gehören unter anderem die Hinderung am Grenzübertritt mithilfe von Grenzzäunen sowie die Kooperation mit Drittstaaten bei der Rückführung von

---

<sup>8</sup> Siehe Statistiken von Eurostat, Newsrelease vom 20.03.2018, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8754388/3-20032018-AP-EN.pdf/50c2b5a5-3e6a-4732-82d0-1caf244549e3> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>9</sup> Vgl. *Fischer-Lescano*, ZAR 2021, S. 137 ff.; *Sardo*, EJML 23 (2021), S. 312 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *Lübbe*, EuR 2020, S. 451 ff.

<sup>11</sup> Auch *push-backs*. Siehe Kritik am Begriff von *Keady-Tabbal/Mann*, Pushbacks as Euphemism, EJIL:Talk! vom 14.04.2021, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/pushbacks-as-euphemism/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>12</sup> Siehe Definition vom ECCHR, abrufbar unter: <https://www.ecchr.eu/en/glossary/push-back/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

sogenannten „irregulären Migranten“.<sup>13</sup> Diese Maßnahmen sind rechtlich und politisch umstritten<sup>14</sup> und werden insbesondere als unvereinbar mit der EMRK und sonstigen menschenrechtlichen Regelwerken angesehen<sup>15</sup>.

In Frage steht insbesondere auch die Vereinbarkeit dieser *pushbacks* mit dem *non-refoulement* – Grundsatz aus Art. 3 EMRK, sowie mit Art. 4 ZP 4 EMRK, dem Verbot der Kollektivausweisungen.

Das *non-refoulement* – Prinzip verbietet Rückführungen von Migranten in Staaten, wo diesen eine unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK droht.<sup>16</sup>

Kollektivausweisungen sind solche, bei denen keine Einzelfallprüfung stattfindet und Personengruppen nach generellen Kriterien, wie Staatsangehörigkeit, Rasse oder Hautfarbe, ausgewiesen werden.<sup>17</sup> Sie sind gemäß Art. 4 ZP 4 EMRK verboten.

### III. N.D. und N.T. – Das neue Leiturteil des EGMR

#### A. Sachverhaltsschilderung

Die Umstände dieses Falls, obgleich im Einzelnen nicht ganz eindeutig,<sup>18</sup> sind schnell zusammengefasst:<sup>19</sup> Die Kläger N.D. (aus Mali) und N.T. (von der Elfenbeinküste) sind Teil einer Gruppe Migranten, die am 13. August

---

<sup>13</sup> Siehe *Pichl/Schmalz*, „Unlawful“ may not mean rightless., Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>14</sup> Siehe Bericht des ECCHR, Report for the UN on push-backs and their impact on human rights (Februar 2021), abrufbar unter: [https://www.ecchr.eu/fileadmin/Juristische\\_Dokumente/ECCHR\\_REPORT\\_UN\\_SR\\_PUSHBACKS.pdf](https://www.ecchr.eu/fileadmin/Juristische_Dokumente/ECCHR_REPORT_UN_SR_PUSHBACKS.pdf) (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>15</sup> Siehe *Lehner*, Pushbacks sind illegal – und zwar immer, Verfassungsblog vom 13.05.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/pushbacks/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>16</sup> *Sinner*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 3 EMRK, Rn. 24 ff. Siehe zum Prinzip des *non-refoulement* allgemein *Haefeli*, ZAR 2020, S. 25 ff. Siehe zur Rechtsprechung des EGMR *Greenman*, IJRL 27 (2015), S. 266 ff.

<sup>17</sup> *Grabenwarter/Pabel*, S. 291.

<sup>18</sup> Siehe EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 80 ff.

<sup>19</sup> Siehe EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 15 ff.



gemeinsam versuchten, die Landgrenze zwischen Spanien und Marokko bei Melilla illegal zu überqueren. Diese spanische Enklave in Nordafrika ist ein beliebtes Anlaufziel für Migranten mit dem Endziel Europa. Die Landgrenze von Melilla wird durch drei, unterschiedlich hohe, Grenzzäune auf spanischem Hoheitsgebiet, sowie regelmäßigen Patrouillen der *Guardia Civil*, einer spanischen Polizeieinheit, gesichert. Am Grenzzaun befinden sich auch vier offizielle Grenzübergänge zwischen Marokko und Spanien.

Die Grenzzäune werden regelmäßig von Hunderten von Personen, oft nachts, illegal überwunden. Wurden Migranten bei solchen Übertritten von der *Guardia Civil* erfasst, wurden sie unmittelbar zurück nach Marokko gebracht und den dortigen Behörden übergeben, sofern sie keine medizinische Behandlung benötigten. Diese Praxis der *Guardia Civil* hatte zum streitigen Zeitpunkt nur eine Grundlage im Grenzübergangsprotokoll und einem *Service Order*, aber keine formelle Rechtsgrundlage. Erst im März 2015 wurden diese Maßnahmen durch eine Reform des spanischen Einwanderungsrechts legalisiert.

In der Nacht vom 13. August 2014 versuchte eine Gruppe von mehreren Hundert Migranten, die Grenze zu überqueren. Etwa 75 Migranten, darunter auch N.D. und N.T. schafften es den inneren der drei Grenzzäune zu erreichen, auf welchem sie für mehrere Stunden ausharrten. Beim Herunterklettern von diesem Zaun wurden die Beschwerdeführer von Beamten der *Guardia Civil* in Handschellen gelegt, bevor sie zurück nach Marokko gebracht wurden und, der gängigen Praxis folgend, den marokkanischen Behörden übergeben wurden. Die Kläger wurden dabei nicht individuell identifiziert und ihnen wurde auch nicht die Möglichkeit gegeben, ihre persönlichen Umstände zu erklären oder einen Asylantrag zu stellen. Es waren ebenfalls keine Anwälte oder Übersetzer anwesend.

Die Kläger gelangten beide dennoch später nach Spanien, von wo sie im Jahr 2015 ausgewiesen wurden. N.D. wurde im März 2015 zurück nach Mali gebracht, N.T. hält sich nach Angaben seiner Anwälte weiterhin (illegal) in Spanien auf.

Die Kläger sahen in den sofortigen Rückführungen nach Marokko eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 3 EMRK, und Art. 4 ZP Nr. 4 EMRK, jeweils einzeln sowie in Verbindung mit Art. 13 EMRK.

## B. Verfahrensvorgang

Nach Einlegung der Beschwerde durch die beiden Kläger erklärte der EGMR die Beschwerde im Juli 2015 in Bezug auf Art. 3 EMRK sowie in Verknüpfung mit Art. 13 EMRK für unzulässig.<sup>20</sup>

Zwei Jahre später erfolgte das Urteil der 3. Kammer des Gerichtshofs.<sup>21</sup> Die Kammer entschied, dass Spanien durch die Rückführung nach Marokko ohne vorherige Prüfung sowohl gegen das Verbot der Kollektivausweisung als auch gegen Art. 4 ZP 4 i.V.m. Art. 13 EMRK verstoßen hatte. Nach Ansicht der Kammer stellte die sofortige Ausweisung ohne individuelle Prüfung des Status der Kläger eine illegale Kollektivausweisung dar,<sup>22</sup> welche die Kläger zudem ihres Recht auf einen effektiven Rechtsbehelf beraubte (Art. 13 EMRK), indem die Kläger ohne Möglichkeit einer Beschwerde gegen ihre Rückführung nach Marokko zurückgebracht wurden<sup>23</sup>.

Spanien beantragte als Reaktion auf dieses Urteil eine Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer des EGMR i.S.v. Art. 43 EMRK, welche im Januar 2018 angenommen wurde.<sup>24</sup> Am 13. Februar entschied die Große Kammer unter großem Medienecho<sup>25</sup> den Fall neu.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> EGMR (Beschluss), Nr. 8575/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*

<sup>21</sup> EGMR (Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*.

<sup>22</sup> EGMR (Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 103-108.

<sup>23</sup> EGMR (Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 117-122.

<sup>24</sup> Siehe EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 9.

<sup>25</sup> Siehe nur: Spanien darf Migranten ohne Verfahren abschieben, SPIEGEL ONLINE, 13.02.2020, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/ausland/push-backs-spanien-darf-laut-egmr-weiter-sofort-nach-marokko-abschieben-a-c88c8677-97da-492b-bb5f-eb3057aa09f2> (zuletzt besucht am 10.12.2021); Jones, European court under fire for backing Spain's express deportations, The Guardian, 13.02.2020, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/world/2020/feb/13/european-court-under-fire-backing-spain-express-deportations> (zuletzt besucht am 10.12.2021).

<sup>26</sup> Siehe EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*.

### C. Urteil der Großen Kammer des EGMR

In seinem umstrittenen Urteil rollte der EGMR den Fall neu auf, um sich ausführlich mit den Argumenten der beiden Seiten auseinanderzusetzen. Nachdem der Gerichtshof in kurzen Ausführungen die Frage nach der Streichung der Beschwerde wegen fehlendem Interesse der Beschwerdeführer verneinte,<sup>27</sup> widmete sich der Gerichtshof zunächst der Frage nach dem Anwendungsbereich der EMRK zu<sup>28</sup>. Hierzu stellte die Große Kammer, anders noch als die Kammerentscheidung, fest, dass sich die Geschehnisse am 13. Februar auf spanischem Hoheitsgebiet abspielten und somit in den Anwendungsbereich der Konvention nach Art. 1 EMRK fielen. Insbesondere stellte der EGMR erneut fest, dass die besonderen Bedingungen an der Landesgrenze keineswegs einen selektiven Ausschluss der Jurisdiktion eines Konventionsstaats rechtfertigen.<sup>29</sup>

Zentraler Gegenstand des Urteils war aber die Frage der Verletzung von Art. 4 ZP 4 EMRK. Zunächst wies der EGMR die Darstellung Spaniens zurück, dass Art. 4 ZP EMRK nur die kollektive Ausweisung, aber nicht die Abweisung an der Grenze verbiete.<sup>30</sup> Somit lag nach Ansicht der Großen Kammer auch im vorliegenden Fall eine Ausweisung vor.<sup>31</sup>

Dann widmete sich der EGMR der Frage, ob die Ausweisung auch einen „kollektiven“ Charakter i.S.v. Art. 4 ZP 4 EMRK hatte. Diesbezüglich wiederholte der EGMR zunächst seine bestehende Rechtsprechung und wies insbesondere auch darauf hin, dass sich Beschwerdeführer dann nicht auf eine Verletzung von Art. 4 ZP 4 EMRK berufen können, wenn das Fehlen einer individuellen Entscheidung ihrem eigenen Verhalten (*own conduct*) zuzurechnen ist.<sup>32</sup> Genau dies prüfte der EGMR daraufhin. Zur Beantwortung der Frage nach der Zuordnung dieses *own conduct* im Falle von illegalen Einreisen stellte der EGMR einen zweistufigen Test auf:<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 69-79.

<sup>28</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 89 ff.

<sup>29</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 110.

<sup>30</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 185-191.

<sup>31</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 191.

<sup>32</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 200 ff.

<sup>33</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 201, 211.

1. Stufe: Hat, unter Zugrundelegung der spezifischen Umstände des jeweiligen Falles, der betroffene Staat reelle und effektive (*genuine and effective*) legale Einreisemöglichkeiten geschaffen, welche insbesondere das Recht aus Art. 3 EMRK schützen?

2. Stufe: Wurden solche legale Einreisemöglichkeiten bereitgestellt, so ist im zweiten Schritt zu prüfen, ob es legitime Gründe (*cogent reasons*) für eine illegale Einreise gab, die dem betroffenen Staat zuzurechnen sind.

Bei der Anwendung dieses Tests auf den konkreten Sachverhalt kam der EGMR zum Schluss, dass Spanien zum Zeitpunkt der illegalen Einreise verschiedene legale und effektive Einreisemöglichkeiten bereitgestellt hatte.<sup>34</sup> Dabei wies die Große Kammer insbesondere auf den naheliegenden Grenzübergang Beni Enzar hin.<sup>35</sup> Außerdem lägen keine – Spanien zurechenbare – legitime Gründe für eine Nichtnutzung dieser Wege und einer stattdessen illegalen Einreise vor. Somit lag nach Ansicht des EGMR keine Verletzung von Art. 4 ZP 4 EMRK vor.<sup>36</sup>

Gleichermaßen sah die Große Kammer auch keine Verletzung von Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 4 ZP 4 EMRK. Nach Ansicht des EGMR sind Staaten nicht dazu verpflichtet, effektive Rechtsbehelfe gegen solche Maßnahmen zu garantieren, wenn sich die Kläger selbst in eine illegale Situation brachten und nicht die einschlägigen spanischen und unionsrechtlichen Regelungen beachtetten, als sie die Grenze überquerten.<sup>37</sup>

#### **IV. Analyse des Urteils**

Das Urteil enthält drei Punkte, die eine ausführlichere Betrachtung rechtfertigen: Zum einen die Ausführungen der Großen Kammer zum

---

<sup>34</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 213-221.

<sup>35</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 215 ff.

<sup>36</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 222.

<sup>37</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 233-244.

Anwendungsbereich der Konvention (A.), zum anderen die Bestätigung des weiten Verständnisses einer Ausweisung i.S.v. Art. 4 ZP 4 EMRK (B.) und letztlich die Rückausnahme vom Verbot der Kollektivausweisung im Fall der illegalen Einreise bei Zurechnung des *own conduct* (C.). Diese drei Punkte sollen im Folgenden einer ausführlicheren Analyse und Kritik unterworfen werden.

## A. Anwendungsbereich der Konvention

Entgegen dem Urteil der Kammer des EGMR,<sup>38</sup> aber auch des Vorbringens von Spanien,<sup>39</sup> unterfiel das Geschehen an den marokkanisch-spanischen Grenze dem Anwendungsbereich der EMRK i.S.v. Art. 1 EMRK<sup>40</sup>. Damit stärkt und bestätigt der EGMR seine Rechtsprechung zu Art. 1 EMRK. Dieser sieht eine umfassende Bindung der Konventionsstaaten vor, soweit deren Hoheitsgewalt reicht.<sup>41</sup> Die spanischen Grenzzäune befanden sich auf spanischem Territorium, über das Spanien territoriale Hoheitsgewalt ausübt.

Damit stärkt der EGMR seine bisherige Rechtsprechung, dass ein Staat seine Jurisdiktion nicht selektiv einschränken kann.<sup>42</sup> Überzeugend ist ebenfalls, dass die Große Kammer nicht auf die Einwände Spaniens bezüglich der speziellen Situation in der Grenze in Bezug auf Migrationskontrolle eingeht, sondern klarstellt, dass es keine konventionsfreie Räume an der Grenze geben kann.<sup>43</sup>

Aus humanitärer Perspektive ist hingegen zu kritisieren, dass die Große Kammer auf eine mögliche Anwendung der EMRK auf das Verhalten der marokkanischen Behörden, die Migranten an der Nutzung legaler Einreisemöglichkeiten zu hindern, überhaupt nicht eingeht.<sup>44</sup> Spanien und die EU haben eine enge Kooperation mit dem Königreich Marokko im Bereich

---

<sup>38</sup> EGMR (Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 44-55.

<sup>39</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 91-93.

<sup>40</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 102-110.

<sup>41</sup> *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, Art. 1 EMRK, Rn. 10.

<sup>42</sup> *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 208.

<sup>43</sup> *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 208.

<sup>44</sup> Ähnlich *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 208 f.

Migration.<sup>45</sup> Insbesondere auch zur Reduzierung illegaler Einwanderung besteht seit Jahren eine enge Zusammenarbeit der beiden Staaten.<sup>46</sup> Somit geht auch das Handeln der marokkanischen Behörden weitreichend auf Betreiben von Spanien zurück.

Daher könnte man die Überlegung anstellen, ob die Konvention für Spanien extraterritorial auf das Verhalten der marokkanischen Behörden anzuwenden ist. Diesem, mit Blick auf die Grundrechtseffektivität zunächst sympathischen,<sup>47</sup> Gedanken steht aber klar der Wortlaut von Art. 1 EMRK und die ständige Rechtsprechung des EGMR entgegen.

Art. 1 EMRK setzt den Anwendungsbereich der EMRK mit der Hoheitsgewalt der Vertragsparteien gleich, die grundsätzlich auf ihr Territorium begrenzt ist.<sup>48</sup> Marokko ist kein Konventionsstaat, sodass die EMRK grundsätzlich dort nicht anzuwenden ist.<sup>49</sup> Außerhalb des Territoriums (von Spanien) besteht ausnahmsweise eine konventionsrechtliche Verantwortlichkeit, wenn die Organe des Konventionsstaats eine „wirksame Gesamtkontrolle“ („*effective overall control*“) ausüben.<sup>50</sup> Entscheidend ist eine Einzelfallbeobachtung.<sup>51</sup> Hier fehlt es aber ersichtlich an einer effektiven Kontrolle der marokkanischen Behörden durch Spanien.

Schon die bloße Betroffenheit eines Einzelnen von einer, auf Ursache und Wirkung aufbauenden, extraterritorialen Handlung einer Vertragspartei reicht

---

<sup>45</sup> Siehe nur die Übersicht auf der Website der Kommission vom 20.12.2019, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_6810](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6810) (zuletzt besucht am 12.12.2021).

<sup>46</sup> *Lixi*, Beyond Transactional Deals: Building Lasting Migration Partnerships in the Mediterranean, November 2017, abrufbar unter: <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/TCM-Partnerships-Mediterranean-FINAL.pdf> (zuletzt besucht am 12.12.2021).

<sup>47</sup> Die Grundrechtseffektivität als Interpretationsansatz der EMRK in EGMR, Nr.18030/11, *Magyar Helsinki Bizottsag/Ungarn*, Ziff. 121; EGMR (Große Kammer), Nr. 80982/12, *Muhammad und Muhammad/Rumänien*, Ziff. 122; EGMR, Nr. 14038/88, *Soering/Vereinigtes Königreich*, Ziff. 87.

<sup>48</sup> *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 26; *Dopplinger*, EuGRZ 2021, S. 360 ff.

<sup>49</sup> Siehe *Grabenwarter/Pabel*, S. 135 ff.

<sup>50</sup> Siehe EGMR, Nr. 31821/96, *Issa u.a./Türkei*; s.a. *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 31.

<sup>51</sup> *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 31; *Johann*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 20.

nicht aus zur Begründung von Jurisdiktion i.S.v. Art. 1 EMRK.<sup>52</sup> In diesem Fall kann schon gar nicht das Verhalten der marokkanischen Behörden, dass auch auf völkerrechtlichen und politischen Absprachen beruht, Spanien zuzurechnen sein.

## **B. Weites Verständnis der Ausweisung i.S.v. Art. 4 ZP 4**

Als weitere wichtige Botschaft des Urteils können die Ausführungen zum Begriff der Ausweisung i.S.v. Art. 4 ZP 4 EMRK verstanden werden. Hier weist der EGMR das Bestreben von Spanien zurück, bezüglich des Verständnisses des Ausweisungsbegriff auf die Linie vor *Hirsi Jamaa*<sup>53</sup> zurückzukehren, dass nur Rückführungen, aber nicht Abweisungen an der Grenze umfasst.<sup>54</sup>

Der EGMR bestätigt seine Rechtsprechung aus *Hirsi Jamaa*, dass auch die Abweisung an der Grenze eine kollektive Ausweisung i.S.v. Art. 4 ZP 4 darstellen kann.<sup>55</sup> Durch dieses dynamische Verständnis von „Ausweisung“ verhindert der EGMR, dass sich Staaten durch ein abgeschottetes Grenzregime dem Verbot in Art. 4 ZP 4 entziehen können.<sup>56</sup>

Dies bedeutet implizit, dass Art. 4 ZP 4 EMRK eine zumindest grundlegende prozessuale Schutzgarantie für Migranten an der Grenze darstellt, unabhängig von der Schutzbedürftigkeit.<sup>57</sup> *Daniel Thym* geht sogar noch weiter und sieht hierin eine grundlegende Anerkennung eines *de facto* Rechts auf Migration für die an der Grenze abgewiesenen Personen.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 52207/99, *Bancovic u.a./Belgien*, Ziff. 75 ff.; EGMR (Große Kammer), Nr. 3394/03, *Medvedyev u.a./Frankreich*; EGMR (Große Kammer), Nr. 3599/18, *M.N. u.a./Belgien*.

<sup>53</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, Ziff. 173 ff., siehe dazu von Oettingen, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 3. Art. 4 ZP 4, Rn. 3.

<sup>54</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 185 ff., positive Einschätzung bei *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 314; *Thym*, A Restrictionist Revolution, Verfassungsblog am 17.02.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/a-restrictionist-revolution/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>55</sup> *Thym*, Menschenrechtliche Trendwende?, ZaöRV 80 (2020), S. 996.

<sup>56</sup> Vgl. *Thym*, A Restrictionist Revolution, Verfassungsblog vom 17.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/a-restrictionist-revolution/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>57</sup> Vgl. *Thym*, A Restrictionist Revolution?, Verfassungsblog am 17.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/a-restrictionist-revolution/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>58</sup> *Thym*, A Restrictionist Revolution?, EU Migration Law Blog vom 17.02.2021, abrufbar unter: <https://eumigrationlawblog.eu/a-restrictionist-revolution-a-counter-intuitive-reading-of-the-ecthrs-n-d-n-t-judgment-on-hot-expulsions/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

## C. Rückausnahme aus dem Verbot der Kollektivausweisung

Die große Neuerung des Urteils war allerdings die Rückausnahme zum Verbot der Kollektivausweisung bei illegalen Grenzübertritten, die für weitreichende Kritik bei Stimmen in der Literatur<sup>59</sup> und in der Presse<sup>60</sup> sorgte. Dabei ist auch spekuliert worden, inwieweit sich der EGMR dem politischen Druck in der andauernden Migrationskrise gebeugt hat.<sup>61</sup>

Im Folgenden soll zunächst dargestellt werden, wie weder die bisherige Rechtsprechung des EGMR (1.) noch der Wortlaut (2.) diese Ausnahme des Verbots der Kollektivausweisung stützen. Zudem überzeugt die Formel auch aus systematischen und teleologischen Gründen (3.) nicht. Gravierend ist zudem auch die vollkommen verfehlte Anwendung im konkreten Fall (4.), die zu einem vernichtenden Gesamteindruck der neuen Formel beiträgt.

### 1. Bisherige Rechtsprechung des EGMR

Zur Begründung der Etablierung des neuen Zweistufen-Tests, ob das Verhalten des Beschwerdeführers eine Ausnahme zu Art. 4 ZP 4 EMRK rechtfertigt, führt die Große Kammer auch bestehende Rechtsprechung an, in der eine Verletzung von Art. 4 ZP 4 EMRK aufgrund des Beschwerdeführers zurechenbaren Verhaltens abgelehnt wurde.<sup>62</sup>

Dabei führt eine ausführliche Analyse dieser Urteile zu einem vollkommen anderen Bild: Insbesondere die zitierten Fälle *Berisha* und *Dristas* haben Sachverhalte zum Gegenstand, wo das Fehlen einer individuellen

---

<sup>59</sup> Siehe statt vieler *Lübbe*, EuR 2020, S. 450 ff.; *Oviedo Moreno*, A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain, Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>60</sup> Siehe nur *Jakob*, Freibrief für Entrechtung, taz am 14.2.2020, abrufbar unter: <https://taz.de/Gerichtshof-fuer-Menschenrechte!/5663709/> (zuletzt besucht am 17.12.2020).

<sup>61</sup> *Pichl/Schmalz*, "Unlawful" may not mean rightless., Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>62</sup> EGMR (Große Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*, Ziff. 200 ff. Verweise auf EGMR (Große Kammer), Nr. 16483/12, *Khlaifia u.a./Italien*, Ziff. 240; EGMR (Große Kammer), Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, Ziff. 184; EGMR (Kammer), Nr. 41872/10, *M.A./Zypern*; EGMR (Kammer), Nr. 18670/03, *Berisha und Haljiti/Makedonien*; EGMR (Kammer), Nr. 2344/02 *Dristas/Italien*.



Entscheidung eine direkte Konsequenz des Verhaltens der Beschwerdeführer war.<sup>63</sup> Dies ist bei *N.D.* und *N.T.* gerade nicht der Fall.<sup>64</sup> In den zitierten Fällen war es den Behörden unmöglich, die Anträge individualisiert zu prüfen, im vorliegenden Fall bestand hingegen diese Möglichkeit.<sup>65</sup>

Somit handelt es sich bei der neuen Formel um eine signifikante Abweichung der - bis dahin - eher progressiven Rechtsprechung zu Art. 4 ZP 4 EMRK.<sup>66</sup>

## 2. Wortlaut von Art. 4 ZP 4 EMRK

Bereits der Wortlaut von Art. 4 ZP 4 EMRK gibt eine solche Ausnahme aus dem Verbot der Kollektivausweisung nicht her, da er eine individualisierte Prüfung vorbehaltlos gewährleistet.<sup>67</sup> Auch die Kommentarliteratur sieht keine Beschränkung der Gewährleistungen in Art. 4 ZP 4 EMRK.<sup>68</sup> Der Wortlaut von Art. 4 ZP suggeriert somit, dass das Verbot der Kollektivausweisung lediglich in Zeiten des Notstandes (Art. 15 EMRK)<sup>69</sup> eingeschränkt werden kann.<sup>70</sup>

## 3. Systematik und Telos von Art. 4 ZP 4 EMRK

Auch eine systematische und teleologische Auslegung von Art. 4 ZP 4 EMRK lässt das Auslegungsergebnis des EGMR nicht zu.

Zunächst ist auf den engen Zusammenhang zwischen Art. 4 ZP 4 EMRK und dem *non-refoulement* – Gebot in Art. 3 EMRK hinzuweisen.<sup>71</sup> Nur wenn Personen nicht kollektiv ausgewiesen werden, kann ein Staat die Rückkehr

---

<sup>63</sup> *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 210.

<sup>64</sup> *Pichl/Schmalz*, "Unlawful" may not mean rightless., Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (zuletzt besucht am 17.12.2021); *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 210 f.

<sup>65</sup> *Lübbe*, EuR 2020, S. 458 f.

<sup>66</sup> Ähnliche Einschätzung der bisherigen Rechtsprechung bei *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 311 ff.; *Sanz*, EuConst 17 (2021), S. 344.

<sup>67</sup> *Lübbe*, EuR 2020, S. 459.

<sup>68</sup> *Grabenwarter*, in: *Grabenwarter*, EMRK, Art. 4 ZP 4 EMRK, Rn. 4; *Harrendorf/König*, in: *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 4 ZP 4 EMRK, Rn. 2; *Grabenwarter/Pabel*, S. 2929

<sup>69</sup> Siehe hierzu *Polzin*, ZaöRV 78 (2018), S. 635 ff.; *Krieger*, in: *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG, Art. 15 EMRK, Rn. 1 ff.

<sup>70</sup> *Grabenwarter*, in: *Grabenwarter*, EMRK, Art. 4 ZP 4 EMRK, Rn. 4; *Grabenwarter/Pabel*, S. 292.

<sup>71</sup> *Sanz*, EuConst 17 (2021), S. 341.

von Flüchtlingen in für sie gefährliche Staaten verhindern. Art. 4 ZP 4 ist daher auf kollektive Ausweisungen anwendbar, egal ob die Person später als Flüchtling anerkannt wird.<sup>72</sup> Dass der EGMR diesen Zusammenhang ausblenden kann, ist nur auf die besonderen Umstände des Falles zurückzuführen, wo eine Verletzung von Art. 3 EMRK bereits vorher ausgeschlossen wurde.<sup>73</sup> Ansonsten ist es aber zum Schutz von Art. 3 EMRK unerlässlich, dass jegliche Kollektivausweisungen verboten sind, damit der weitreichende Schutz vor illegalen *refoulements* i.S.v. Art. 3 EMRK<sup>74</sup> gewährleistet werden kann.<sup>75</sup>

Darüber hinaus steht einem solchen Verständnis von Art. 4 ZP 4 auch das Rechtsstaatsprinzip entgegen.<sup>76</sup> Art. 4 ZP 4 enthält zuvörderst eine prozedurale Garantie.<sup>77</sup> Solche prozessuale Garantien, Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips,<sup>78</sup> zeichnen sich gerade auch dadurch aus, dass sie Personen unabhängig von ihrem vorherigen Verhalten schützen. *Alessio Sardo* spricht überzeugenderweise in diesem Kontext von einer Vorenthaltung des fundamentalen Menschenrechts Rechte zu haben („*the right to have rights*“).<sup>79</sup> Dieses wird durch die Ausnahme zu Art. 4 ZP 4 EMRK untergraben.

Gleichermaßen eröffnet eine solche Ausnahme die Tür für weitere Ausnahmen von prozessualen Garantien wegen dem Vorverhalten der Betroffenen, was den effektiven Gehalt der Menschenrechte untergräbt.<sup>80</sup>

---

<sup>72</sup> *Pichl/Schmalz*, “Unlawful” may not mean rightless., Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>73</sup> *Lübbe*, EuR 2020, S. 457; *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 314.

<sup>74</sup> *Grabenwarter*, in: *Grabenwarter*, Art. 3 EMRK, Rn. 17; *Lennert*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Art. 3 EMRK, Rn. 66 ff.

<sup>75</sup> *Pichl/Schmalz*, “Unlawful” may not mean rightless., Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>76</sup> *Pichl/Schmalz*, “Unlawful” may not mean rightless., Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>77</sup> *Grabenwarter/Pabel*, S. 291.

<sup>78</sup> Vgl. *Meyer*, in: *Karpenstein/Mayer*, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 1 ff.

<sup>79</sup> *Sardo*, EJML 23 (2021), S.328.

<sup>80</sup> Vgl. *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 217.

Mit noch weitreichender Wirkung lädt die zweite Hälfte der *own conduct* – Prüfung der Großen Kammer zudem zur Externalisierung des Grenzschutzes ein, da so die Garantie der individuellen Prüfung gegenüber „illegalen“ Migranten umgangen werden kann.<sup>81</sup> Dadurch wird gleichermaßen der effektive Gehalt<sup>82</sup> von Art. 4 ZP 4 EMRK ausgehöhlt.

Außerdem setzt der Gerichtshof mit seinem Verwirkungsargument am falschen Akteur an: Bei der Ausnahme vom Kollektivausweisungsverbot muss es um das Verhalten vom Königreich Spanien gehen, das in dieser Situation Hoheitsgewalt ausübt und nicht um das Verhalten der Beschwerdeführer.<sup>83</sup>

Letztlich überzeugt auch der Verweis auf die berechtigten Interessen von Spanien bezüglich seiner Grenzsicherung nicht.<sup>84</sup> Zwar ist richtig, dass die Sicherung seines Grenz- und Migrationsregimes ein legitimes Anliegen eines Konventionsstaates ist.<sup>85</sup> Dafür ist aber keine breite Ausnahme des Verbots der Kollektivausweisung notwendig. Ein Staat kann auch so autonom sein Asyl- und Einwanderungsrecht durchsetzen, er muss nur jedem Grenzübergänger die Minimalprüfung zugestehen, die Art. 4 ZP 4 EMRK garantiert.<sup>86</sup>

#### 4. Anwendung der Formel auf die Beschwerdeführer

Erschreckend sind an diesem Urteil zudem die weitreichenden Fehlannahmen der Großen Kammer bezüglich der Faktenlage in Marokko.

---

<sup>81</sup> Vgl. *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 217

<sup>82</sup> Siehe zur Grundrechtseffektivität als Interpretationsansatz für die EMRK: EGMR, Nr. 18030/11, *Magyar Helsinki Bizottsag/Ungarn*, Ziff. 121; EGMR (Große Kammer), Nr. 80982/12, *Muhammad und Muhammad/Rumänien*, Ziff. 122; EGMR, Nr. 14038/88, *Soering/Vereinigtes Königreich*, Ziff. 87.

<sup>83</sup> *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 314.

<sup>84</sup> Siehe EGMR, Nr. 8675/15 und 8697/15, *ND und NT/Spanien*, Ziff. 168 ff.

<sup>85</sup> Siehe EGMR, Nr. 8675/15 und 8697/15, *ND und NT/Spanien*, Ziff. 168 ff. Verweise auf folgende Urteile: EGMR (Große Kammer), Nr. 30696/09, *M.S.S./Belgien und Griechenland*, Ziff. 223; EGMR (Große Kammer), Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, Ziff. 122, 176; EGMR (Große Kammer), Nr. 16483/12, *Khlaifia u.a./Italien*, Ziff. 241.

<sup>86</sup> Vgl. Argumentation bei EGMR (Kammer), Nr. 8675/15 und 8697/15, *ND und NT/Spanien*, Ziff. 198-208.

Hierzu sei vorangestellt, dass die Prüfung der Kriterien *reeller und effektiver Zugang* bereits schwierig ist,<sup>87</sup> da die faktischen Zugangsmöglichkeiten dieser Mittel für jeden einzelnen Migranten aufgrund von Qualifizierung, Einkommen und weiteren persönlichen Faktoren unterschiedlich sind. Hierauf geht der EGMR, trotz des *racial profiling*<sup>88</sup> von Migranten durch die marokkanischen Behörden, nicht ein<sup>89</sup>.

Darüber hinaus irrt der EGMR bezüglich der effektiven und realen legalen Einwanderungswege.<sup>90</sup> Die spanische Regierung wies sowohl auf die Möglichkeit des Asylschutzes in Beni Enzar (nahe der Grenze), als auch die Möglichkeit der Asyl- und Visumbeantragung in den Botschaften und Konsulaten von Spanien hin.<sup>91</sup> Bereits die niedrige Zahl von tatsächlichen Asylgesuchen von Asylsuchenden aus Subsaharastaaten an diesen Stellen stellt diese Feststellungen in Frage.<sup>92</sup> Gleichmaßen existierte zum Zeitpunkt des Grenzübertritts kein Asylbüro bei der Anlaufstelle in Beni Enzar.<sup>93</sup> Darüber hinaus bestand auch keine hinreichende rechtliche Basis im spanischen Recht für Asylgesuche in spanischen Botschaften und Konsulaten.<sup>94</sup> All dies lässt stark anzweifeln, wie realistisch diese Einreisemöglichkeiten tatsächlich sind.

Weitergehend missversteht die Große Kammer zudem auch die Rolle vom Königreich Spanien, das durch Kooperation mit Marokko und dessen Polizeibehörden gerade zur Erschwerung einer legalen Einreise beiträgt.<sup>95</sup>

---

<sup>87</sup> *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 314.

<sup>88</sup> Vgl. Berichterstattung der Deutschen Welle vom 16.11.2017, abrufbar unter: <https://www.dw.com/en/melilla-no-asylum-for-black-men/a-41404179> (zuletzt besucht am 13.12.2021).

<sup>89</sup> Vgl. *Pichl/Schmalz*, "Unlawful" may not mean rightless., Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>90</sup> Zustimmend *Thym*, ZaöRV 80 (2020), S. 1005; *Carlos Oviedo Moreno*, A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain, Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/> (zuletzt besucht am 17.12.2020).

<sup>91</sup> *Sardo*, EJML 23 (2021), S. 320 ff.

<sup>92</sup> *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 314; *Sanz*, EuConst 17 (2021), S. 346.

<sup>93</sup> *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 213.

<sup>94</sup> *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 214.

<sup>95</sup> *Ciliberto*, HRLR 2021, S. 215.

#### 4. Zusammenführung dieser Analysestränge

Letztlich ist festzuhalten, dass sich das vorliegende Urteil durch seine Janusköpfigkeit auszeichnet.<sup>96</sup> Einerseits festigt der EGMR seine Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Konvention und zum Begriff der Ausweisung i.S.v. Art. 4 ZP 4 EMRK und schiebt damit den Bestrebungen der Mitgliedsstaaten, diesen einzuschränken, einen Riegel vor. Gleichzeitig ist die neue Ausnahme von der „kollektiven“ Ausweisung i.S.v. Art. 4 ZP 4 EMRK ein herber Rückschlag, die weder mit der bisherigen Rechtsprechung des EGMR noch mit einer grammatischen, systematischen und teleologischen Auslegung von Art. 4 ZP 4 EMRK zu vereinbaren ist. Weitergehend trifft die Große Kammer auch falsche Feststellungen bezüglich der tatsächlichen Möglichkeiten der legalen Einreise nach Spanien sowie der Rolle von Spanien für die Verhinderung dieser legalen Einreisemöglichkeiten.

Auch weil das Verhältnis dieser Rechtsprechung zum *non-refoulement*-Prinzip in Art. 3 EMRK noch ungeklärt ist,<sup>97</sup> erscheint es aber unklar, ob hiermit ein umfassendes „Ende der migrantenfreundlichen Rechtsprechung des EGMR“ eingeläutet worden ist<sup>98</sup>. Sicher ist jedoch, dass der EGMR mit diesem Urteil Teile der Festung Europas legitimiert und die Möglichkeiten für Migranten, Bleibe in Europa zu finden, einschränkt.<sup>99</sup>

#### V. Auswirkungen des Urteils

Die 20 Monate seit Verkündung des Urteils im Februar 2020 sahen sowohl in rechtlicher, als auch tatsächlicher Hinsicht erhebliche Nachwirkungen der

---

<sup>96</sup> Gemischtes Gesamtanalyse auch bei *Thym*, ZaöRV 80 (2020), S. 989 ff.

<sup>97</sup> *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 314; *Hruschka*, Hot Returns bleiben in der Praxis EMRK-widrig, Verfassungsblog vom 21.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/hot-returns-bleiben-in-der-praxis-emrk-widrig/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>98</sup> So aber *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 315; *Riemer*, The ECtHR as a drowning 'Island of Hope'? Its impending reversal of the interpretation of collective expulsion is a warning signal, Verfassungsblog vom 19.02.2019, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/the-ecthr-as-a-drowning-island-of-hope-its-impending-reversal-of-the-interpretation-of-collective-expulsion-is-a-warning-signal/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>99</sup> Vgl. *Uerpmann-Witzack*, EGMR billigt Festung Europa mit Toren, Völkerrechtsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://voelkerrechtsblog.org/de/egmr-billigt-festung-europa-mit-toren/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

Entscheidung. Im folgenden Abschnitt soll kurz auf die darauffolgende Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts (A.) und die Folgeurteile des EGMR zur *pushback*-Praxis eingegangen werden (B.), bevor auch auf die fortgeführte Tendenz zur Abschottung der Außengrenzen und Abweisung von Migranten betrachtet wird (C.). Zuletzt soll noch kurz auf die prozesstaktische Einschätzung der Kläger eingegangen werden (D.).

### **A. Urteil des spanischen Verfassungsgerichts vom 19. November 2020**

Der erste große Paukenschlag nach dem Urteil erfolgte nur wenige Monate später durch das spanische Verfassungsgericht. Zuvor hatten einzelne Kommentatoren noch darüber spekuliert, ob das Verfassungsgericht zu einer (aus verfassungsrechtlicher Perspektive) anderen Entscheidung als die Große Kammer kommen würde.<sup>100</sup> Am 19. November entschied dann das Verfassungsgericht und erklärte weitreichend die Praktiken der spanischen Behörden in Ceuta und Melilla weitreichend für rechtmäßig.<sup>101</sup>

Dabei griff es ausführlich auf die Rechtsprechung des EGMR in *N.D.* und *N.T.* zurück.<sup>102</sup> Zurecht wurde dabei kritisiert, dass das Verfassungsgericht damit auf dem gleichen formalistischen und unrealistischen Verständnis von Grundrechten aufbaut, wie die Entscheidung der Großen Kammer, womit gleichermaßen ein effektiver Schutz dieser Rechte verwehrt wird.<sup>103</sup>

### **B. Neuere Urteile des EGMR zur *Pushback*-Praxis**

Die neuere Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 ZP 4 und der rechtlichen Betrachtung der *pushbacks* seit dem *N.D.* und *N.T.* Urteil hinterlässt hingegen einen gemischten Eindruck.

---

<sup>100</sup> Vgl. *Oviedo Moreno*, A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain, Verfassungsblog vom 14.02.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/> (zuletzt besucht am 17.12.2020).

<sup>101</sup> Tribunal Constitucional, Recurso de inconstitucionalidad STC 2015-2896.

<sup>102</sup> Tribunal Constitucional, Recurso de inconstitucionalidad STC 2015-2896.

<sup>103</sup> *Sanz*, EuConst 17 (2021), S. 349 ff.

Im Urteil *M.K. u.a./Polen*<sup>104</sup> wurde die Kammer mit einer Verweigerung des Zugangs zum Asylschutz durch polnische Beamte an der Grenze zu Belarus konfrontiert.<sup>105</sup> Hier bestätigte schien der EGMR zwar einerseits seine *own conduct* – Formel für Rückausnahmen aus Art. 4 ZP 4 EMRK im Urteil *M.K. u.a./Polen* zu bestätigen,<sup>106</sup> andererseits stellte die Kammer aber auch mit klaren Worten eine Verletzung von Art. 4 ZP 4 EMRK fest<sup>107</sup>.

Unter Beibehaltung dieser grundsätzlichen Position entschied der EGMR auch, dass die Praktiken im Fall *M.H. u.a./Kroatien*<sup>108</sup> an der kroatisch-bosnischen Grenze, als auch in den Fällen *Ahmed u.a./Lettland*<sup>109</sup> und *R.A. u.a./Polen*<sup>110</sup> bezüglich der Situation an der Grenze zu Belarus, gegen die EMRK verstoßen.

Im Fall *Shahzad*<sup>111</sup> bestätigte der EGMR erneut die Rechtsprechung zu *N.D.* und *N.T.*, präzisiert sie und kam zum Schluss, dass es sich bei der Verweigerung eines Asylprozederes durch ungarische Behörden um eine verbotene Kollektivausweisung handele.<sup>112</sup>

Diese Urteile und Anordnungen zeigen die Bestätigung einer etwas ambivalenten Position des EGMR,<sup>113</sup> dass Kollektivausweisungen zwar grundsätzlich verboten sind, aber in (bestimmten) Fällen der illegalen Grenzüberquerung (*own conduct* – Fällen) rechtmäßig sein können. Angesichts der Bestätigung der grundsätzlichen Leitlinien der *N.D.* und *N.T.*

---

<sup>104</sup> EGMR, Nr. 40503/17 und 42902/17 und 43643/17, *M.K. u.a./Polen*, Ziff. 207-209.

<sup>105</sup> EGMR, Nr. 40503/17 und 42902/17 und 43643/17, *M.K. u.a./Polen*, Ziff. 9-14.

<sup>106</sup> EGMR, Nr. 40503/17 und 42902/17 und 43643/17, *M.K. u.a./Polen*, Ziff. 207-209.

<sup>107</sup> EGMR, Nr. 40503/17 und 42902/17 und 43643/17, *M.K. u.a./Polen*, Ziff. 211.

<sup>108</sup> EGMR, Nr. 15670/18 und 43115/18, *M.H. u.a./Kroatien*, Ziff. 295 ff.

<sup>109</sup> EGMR, Nr. 42165/21, *R.a. u.a./Polen*.

<sup>110</sup> EGMR, Nr. 42120/21, *H.M.M. u.a./Polen*.

<sup>111</sup> EGMR, Nr. 12625/17, *Shahzad/Ungarn*.

<sup>112</sup> EGMR, Nr. 12625/17, *Shahzad/Ungarn*, Ziff. 61 ff. Siehe auch Analyse bei Schmalz, Rights that are not illusory, Verfassungsblog vom 09.07.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/rights-that-are-not-illusory/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>113</sup> Anders *Reyhani*., [The Court] currently tends to prioritise the immigration control powers of States over the rights of refugees". *Reyhani*, Expelled from Humanity, Verfassungsblog vom 06.05.2020. abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/expelled-from-humanity/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

Rechtsprechung in diesen Entscheidungen erscheint ein Kurswechsel des EGMR eher unwahrscheinlich.<sup>114</sup>

### C. Die Festung Europa rüstet auf

Eine klarere Stoßrichtung lässt sich hingegen der Europäischen Grenz- und Migrationspolitik seitdem *N.D.* und *N.T.*-Urteil entnehmen. Die EU und die Mitgliedsstaaten scheinen sich durch das Urteil in ihrer Abschottungspolitik („Festung Europa“) bestätigt fühlen, denn sie führten in vielen Staaten trotz der menschen- und europarechtlich<sup>115</sup> problematischen Beurteilung ihre Abweisungspraktiken weiter oder bauten diese gar aus.<sup>116</sup> Dabei wurde das *N.D.* und *N.T.* Urteil teils bewusst als Legitimierungsargument für die Externalisierung des Grenzschutzes herbeigezogen.<sup>117</sup>

Insbesondere scheint sich die Befürchtung<sup>118</sup> einer Ausweitung der illegalen Rückführungen in der Ägäis bewahrheitet haben. An der Grenze zur Türkei hindert die griechische Küstenwache systematisch an der Weiterfahrt von Migranten nach Griechenland. Griechenland setzte im März 2020 sogar das Asylrecht außer Kraft.<sup>119</sup> Trotz der erheblichen menschenrechtlichen und europarechtlichen Problematik<sup>120</sup> scheint sich dieser Abschottungskurs unter der konservativen Regierung *Mitsotakis* verschärft haben.<sup>121</sup>

---

<sup>114</sup> Siehe aber die hohe Zahl an anhängigen Verfahren vor dem EGMR. Übersicht bei: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law-search> (zuletzt besucht am 15.12.2021).

<sup>115</sup> *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 314.

<sup>116</sup> Ähnlich *Sanz*, EuConst 17 (2021), S. 351.

<sup>117</sup> So Manfred Weber, Fraktionsvorsitzender der EVP im Europäischen Parlament, in einem Interview mit dem *Deutschlandfunk*, 02.03.2020, abrufbar unter:

<https://www.deutschlandfunk.de/europaeische-fluechtlingspolitik-an-der-aussengrenze-muss-100.html> (zuletzt besucht am 15.12.2021). Auf diese Gefahr hinweisend *Schmalz*, Die andere Rechtsstaatlichkeitskrise, Verfassungsblog vom 28.10.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-andere-rechtsstaatlichkeitskrise/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>118</sup> *Progin-Theuerkauf*, sui generis 2020, S. 314.

<sup>119</sup> *Lehnert*, Die Herrschaft des Rechts an den EU-Außengrenzen, Verfassungsblog vom 04.03.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-herrschaft-des-rechts-an-der-eu-aussengrenze/> (zuletzt besucht am 17.12.2021)

<sup>120</sup> Siehe *Lehnert*, Die Herrschaft des Rechts an den EU-Außengrenzen, Verfassungsblog vom 04.03.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-herrschaft-des-rechts-an-der-eu-aussengrenze/> (zuletzt besucht am 17.12.2021)

<sup>121</sup> Vgl. Berichterstattung von *Smith*, Greece accused of 'biggest pushback in years' of stricken refugee ship, *The Guardian*, 05.11.2021, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/global-development/2021/nov/05/greece-accused-of-biggest-pushback-in-years-of-stricken-refugee-ship> (zuletzt besucht am 16.12.2021).



Eine parallele Entwicklung lässt sich auch in Ungarn feststellen. Dort hat die Regierung Orban ihren stark kritisierten – und auch europarechtswidrigen –<sup>122</sup> Kurs der Abschottung und Rückweisung von Flüchtlingen fortgesetzt,<sup>123</sup> trotz der Entscheidung des EGMR in *Shahzad/Ungarn*<sup>124</sup>.

Von besonderer Aktualität gezeichnet ist zudem die Situation an der Grenze von Litauen und Polen zu Belarus. Nach dem Erlass von EU-Sanktionen im Zusammenhang mit den Präsidentschaftswahlen 2020<sup>125</sup> ließ Präsident Lukaschenko ab dem Sommer 2021 tausende Migranten und Flüchtlinge nach Belarus kommen, um von dort in die EU zu gelangen.<sup>126</sup> Mit diesem Zug erhoffte Lukaschenko, Druck auf die EU ausüben zu können, um deren Sanktionsregime zu lockern.<sup>127</sup> Als Reaktion darauf riegelten die Nachbarstaaten Polen und Litauen ihre Grenzen ab. Dort kam es seit August 2021 erneut zu *pushbacks* durch die polnischen Behörden.<sup>128</sup> Trotz der Anordnungen des EGMR scheint die Haltung der polnischen und litauischen Regierung, bestärkt durch Unterstützung europäischer Politiker,<sup>129</sup> weiterhin

---

<sup>122</sup> EuGH, Rs. C-808/18, *Kommission/Ungarn*, ECLI:EU:C:2020:1029. Besprechung bei *Kieber*, NLMR 2020, S. 520 ff; *Progin-Theuerkauf*, European Papers 6 (2021), S. 7 ff.; s.a. EuGH, Rs. C-556/17, *Torubarov* ECLI:EU:C:2019:626; EuGH, Rs. C-564/18, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*, ECLI:EU:C:2020:218; EuGH, Rs. C-406/18, *PG*, ECLI:EU:C:2020:216; EuGH, Rs. C-924/19 *PPU* und C-925/19 *PPU*, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, ECLI:EU:C:2020:367.

<sup>123</sup> Siehe Berichterstattung von *Verseck*, Flüchtlingspolitik: Wie Ungarn EU-Recht missachtet, Deutsche Welle, 08.02.2021, abrufbar unter: <https://www.dw.com/de/flüchtlingspolitik-wie-ungarn-eu-recht-missachtet/a-56493701> (zuletzt besucht am 16.12.2021).

<sup>124</sup> EGMR, Nr. 12625/17, *Shahzad/Ungarn*.

<sup>125</sup> Siehe eine Übersicht der bisher ergriffenen Schritte auf der Website des Europäischen Rats, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/restrictive-measures-against-belarus/> (zuletzt besucht am 16.12.2021).

<sup>126</sup> Siehe Berichterstattung von *Wehner*, Lukaschenko setzt Flüchtlinge als Waffe ein, FAZ vom 15.10.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/lukaschenko-setzt-eu-mit-fluechtlingen-aus-belarus-unter-druck-17587424.html?premium> (zuletzt besucht am 16.12.2021).

<sup>127</sup> Siehe Berichterstattung von *Wehner*, Lukaschenko setzt Flüchtlinge als Waffe ein, FAZ vom 15.10.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/lukaschenko-setzt-eu-mit-fluechtlingen-aus-belarus-unter-druck-17587424.html?premium> (zuletzt besucht am 16.12.2021).

<sup>128</sup> *Baranowska*, The Deadly Woods, Verfassungsblog vom 29.10.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/the-deadly-woods/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>129</sup> Siehe nur Bericht von Präsident des Europäischen Rats Charles Michel vor dem Europäischen Parlament am 23.11.2021, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/11/23/report-by-president-charles-michel-to-the-european-parliament-plenary-session/> (zuletzt besucht am 16.12.2021). Michel spricht sogar von einem hybriden Angriff („hybrid attacks“) auf die gemeinsame europäische Grenze.

Menschen an der Grenze den Zugang zu einem Asylverfahren zu verweigern, zuzunehmen<sup>130</sup>.

Es lässt sich somit feststellen, dass das Urteil des EGMR bezüglich der *pushbacks* in Melilla die Staaten Europas in ihrem harten und teils rechtswidrigen Abschottungs- und Abweisungskurs bestätigt hat. Die letzten 20 Monate sahen in dieser Hinsicht vor allem ein (auch rhetorisches<sup>131</sup>) Aufrüsten der Festung Europas – zum Leidwesen der betroffenen Migranten. Gleichzeitig sind keine Anzeichen eines politischen Kurswechsels ersichtlich.

#### D. Gleichbehandlung der Kläger

Nach dem Urteil wurde zum Teil von Kommentatoren auf das aus prozesstaktischen Gründen (Stichwort: *strategic litigation*)<sup>132</sup> ungünstige Verhalten der Kläger hingewiesen. So wies *Thym* darauf hin, dass die Beschwerdeführer *N.D.* und *N.T.* nicht nur in einer großen Gruppe die Grenze überquerten, sondern sich auch später als nicht asylberechtigt herausstellten und sich teils der Abschiebung entzogen, was wohl im Gesamtblick kein positives Bild von ihnen zeichnete.<sup>133</sup> Insbesondere der Vergleich mit der syrischen Familie als Beschwerdeführer im Urteil *M.N. u.a.*<sup>134</sup> wirft die Frage auf, ob die „Auswahl“ der Beschwerdeführer hier in ungünstiger Weise das Urteil prägte.<sup>135</sup> Solche Überlegungen könnten zwar aus Sicht mancher Betrachter zutreffend sein und einen gewissen prozesstaktischen Wert haben,<sup>136</sup> sind aber aus der Perspektive der EMRK zurückzuweisen: Die

---

<sup>130</sup> Vgl. *Schmalz*, Die andere Rechtsstaatlichkeitskrise, Verfassungsblog vom 28.10.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-andere-rechtsstaatlichkeitskrise/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>131</sup> So Manfred Weber, Fraktionsvorsitzender der EVP in einem Interview mit dem *Deutschlandfunk*, 02.03.2020, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/europaeische-fluechtlingspolitik-an-der-aussengrenze-muss-100.html> (zuletzt besucht am 15.12.2021). Auf diese Gefahr hinweisend *Schmalz*, Verfassungsblog am 28.10.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-andere-rechtsstaatlichkeitskrise/> (zuletzt besucht am 17.12.2021).

<sup>132</sup> Siehe zu diesem Konzept: *Graser*, Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch in: *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation*, S. 37 ff.; *Fuchs*, Was ist strategische Prozessführung, in: *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation*, S. 42 ff.

<sup>133</sup> *Thym*, *ZaöRV* 80 (2020), S. 1013 f.

<sup>134</sup> EGMR, Nr. 3599/18, *M.N. u.a./Belgien*.

<sup>135</sup> *Thym*, *ZaöRV* 80 (2020), S. 1013 f.

<sup>136</sup> *Thym*, *ZaöRV* 80 (2020), S. 1013 f.

Rechte aus der EMRK, und insbesondere die Rechte zum Schutz von Migranten, zeichnen sich grundsätzlich durch ihre Universalität aus, sie sind nicht auf die „guten“ Migranten beschränkt.<sup>137</sup>

## VI. Fazit

Im Ergebnis enthält das Urteil zwar einige Lichtblicke, ist aber überwiegend negativ zu bewerten. Zwar überzeugt die Festigung der Rechtsprechung des EGMR bezüglich der Ausweisung als Ausweisung i.S.v. Art. 4 ZP 4 EMRK. Allerdings ist die neue Ausnahmeformel des EGMR für Kollektivausweisungen im Falle von illegalen Grenzüberschritten weder mit der bisherigen Rechtsprechung des EGMR noch einer umfassenden Auslegung der EMRK vereinbar. Die konkrete Entscheidung des EGMR steht zudem auf einem brüchigen Tatsachenfundament, das zahllose Lücken aufweist.

Letztlich ist wohl die schwerwiegendste Konsequenz des Urteils seine Auswirkung auf die folgende Asyl- und Grenzpolitik der europäischen Staaten. Das Urteil hat die restriktive Abschottungspolitik der EU-Staaten in Teilen für rechtmäßig erklärt und somit (auch rhetorische) Rückendeckung für eine restriktive Grenzpolitik geschaffen, was sich aktuell an den Positionen der EU-Mitgliedsstaaten zur Krise an der Grenze mit Belarus zeigt. Hauptbetroffene und Leidträger der Entscheidung sind dabei die Migranten, die sich auf dem Weg nach Europa befinden: Ihre Stellung hat durch dieses Urteil eine herbe Schwächung erhalten.

---

<sup>137</sup> Vgl. *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 22.

## Erklärung

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die Arbeit persönlich erstellt und dabei nur die aufgeführten Quellen und Hilfsmittel verwendet sowie wörtliche Zitate und Paraphrasen als solche gekennzeichnet habe.

Ich habe zur Kenntnis genommen, dass ein wissenschaftliches Fehlverhalten (insbesondere Plagiat und Ghostwriting) als Misserfolg sanktioniert und dem Rektorat mitgeteilt wird, das für die Verhängung von Disziplinarstrafen zuständig ist (*Richtlinien vom 13. Mai 2008 über das Verfahren für die Verhängung von Disziplinarstrafen nach Art. 101 der Statuten der Universität Freiburg vom 31. März 2000 im Falle des Verstosses gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis beim Verfassen schriftlicher Arbeiten während der Ausbildung*).

Ort:

Datum:

Name der/des Studierenden:

Unterschrift: