

Menschenrechtliche Trendwende?

Zu den EGMR-Entscheidungen über “heiße Zurückweisungen” an den EU-Außengrenzen und humanitäre Visa für Flüchtlinge

*Daniel Thym**

Abstract	989
I. “Heiße Zurückweisungen” an der Schengener Außengrenze	990
II. Asylgrundrecht durch die Hintertüre – und deren partielle Schließung	993
1. Begründung zwischen Restriktion und Dynamik	994
2. Unklare Rechtsfolgen des Verfahrensausschlusses	996
a) Reichweite des Ausschlusses	997
b) Geltung auch für das Refoulementverbot?	998
3. Lösung durch abgestufte Verfahrensstandards	999
a) Drei unterschiedliche Konstellationen	1000
b) Praktische Handhabung	1001
III. Gebietszugang: zaudernder Abschied vom individuellen Asylgrundrecht	1003
1. Territoriales Jurisdiktionskonzept	1003
2. (Un-)Erreichbarkeit legaler Zugangswege	1006
3. Humanitäre Visa: die ausgebremste Zugangsrevolution	1007
IV. Ein Ende der Menschenrechtsdekaden?	1010
1. Diskursive Plattentektonik	1011
2. Menschenrechtliche Entpolitisierung	1012
3. Erfolge und Grenzen der strategischen Prozessführung	1013
4. Legitimation internationaler Rechtsprechung	1015
5. Kontexte der Menschenrechtsjudikatur	1017
V. Fazit	1019
Summary: Judicial About-Turn? On the ECHR Rulings on “Hot Returns” at the External Borders of the European Union and Humanitarian Visa for Refugees	1020

Abstract

Zwei bemerkenswerte Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zeigen wie unter dem Brennglas strukturelle Probleme des europäischen Asylrechts. Mit Kompromissformeln versuchte die Große Kammer hinsichtlich der spanischen Zurückweisungspraxis, die

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht und Leiter des Forschungszentrums Ausländer- und Asylrecht an der Universität Konstanz.

Grenzsicherung und das Refoulementverbot unter einen Hut zu bringen, schuf hierbei jedoch mehr rechtsdogmatische Probleme, als das Urteil zu lösen vermochte. Wenige Wochen später entschied die Große Kammer, dass Flüchtlinge keine legale Einreise mittels humanitärer Visa beanspruchen können. Dieser Beitrag analysiert Inhalt und Folgewirkungen insbesondere des Urteils zu “heißen” Zurückweisungen und zeigt, dass dessen Unwägbarkeiten auf Spannungslagen reagieren, die dem internationalen Flüchtlingsrecht zugrunde liegen. Zugleich lenken beide Grundsatzurteile den Blick auf die Rolle der überstaatlichen Grundrechtsjudikatur. Verfassungstheoretische und rechtssoziologische Studien helfen erklären, warum diese in der Gegenwart gerade im Migrationsrecht zunehmend in einem soziopolitischen Umfeld agiert, das eine dynamische Auslegung erschwert.

I. “Heiße Zurückweisungen” an der Schengener Außengrenze

Vier Jahre nach der Flüchtlingskrise hat sich der innenpolitische Diskurs beruhigt. Europaweit gingen die Zugangszahlen deutlich zurück, noch bevor infolge der Coronavirus-Epidemie der Reiseverkehr zeitweise zum Erliegen kam. Dennoch bleiben viele Fragen in rechtlicher und politischer Hinsicht ungelöst, die der Brand des Lagers Moria eklatant in Erinnerung rief. Im zentralen Mittelmeer schloss Italien im Jahr 2019 die Häfen vollständig für private Schiffe, die seit Jahren behindert werden.¹ Ungarn, Spanien und teilweise Bulgarien errichteten Grenzzäune gegenüber Marokko, Serbien und der Türkei, sodass weniger Asylsuchende überhaupt einen Antrag in der Europäischen Union stellen können. Anfang 2020 schloss Griechenland die Landgrenzen und verhinderte mit Tränengas, dass Tausende einreisen, nachdem die Türkei eine freie Ausreise versprochen hatte.² Kroatien wird seit Jahren dafür kritisiert, ohne Asylverfahren nach Bosnien-Herzegowina zurückzuschicken, wer über die bewaldete grüne Grenze einzureisen versucht.³ Im September 2020 bekräftigte die Kommission, dass Nachbarländer wie Marokko, Libyen und die Türkei verstärkt unterstützt

¹ Zur rechtlichen Aufbereitung siehe *K. Oellers-Frahm*, Italien und die Rettung von Migranten. Anmerkung zur Entscheidung des Gerichts von Agrigent über Festnahme und Anklage der Kapitänin der *Sea Watch 3*, AVR 57 (2019), 345 ff.

² Zur rechtlichen Situation siehe *A. Skordas*, The Twenty-Day Greek-Turkish Border Crisis (Part I & II), EU Immigration and Asylum Law Blog v. 5.-8.5.2020.

³ Vgl. die Kritik und Dokumentation von Human Rights Watch, online <<https://www.hrw.org>> (letzter Zugriff 18.9.2020).

werden sollen,⁴ um mittels einer externalisierten Migrationskontrolle zu erreichen, “dass sich eine Situation wie 2015 nicht wiederholt”.⁵

Gemeinsam ist diesen Maßnahmen, dass sie den Zugang zum europäischen Asylrecht faktisch erschweren. Diese vielgestaltige Entwicklung betrifft unterschiedliche Situationen, die auf rechtlich komplexen Detailregelungen beruhen, und eignet sich dennoch, strukturelle Verschiebungen sichtbar zu machen.⁶ Dies verdeutlichen exemplarisch die internationalen Menschenrechte, die nach dem Mauerfall den Zugriff der Rechtswissenschaft auf grenzüberschreitende Sachverhalte grundlegend verändert hatten. Ein Ausdruck dieses Wandels ist die dynamische EGMR-Judikatur, die der Konvention flüchtlingsrechtliche Vorgaben entnommen und die Rechtsstellung von Migranten scheinbar immer weiter ausgeweitet hatte.⁷ In zwei bemerkenswerten Entscheidungen der Großen Kammer vom Februar und Mai 2020 fand diese Dynamik ein vorläufiges Ende. Die Straßburger Richterschaft billigte wichtige Facetten der restriktiven Asylzugangspraxis.

Anlass des *N.D. & N.T.*-Urteils⁸ war die Beschwerde zweier Westafrikaner, die von der spanischen Grenzpolizei nach Marokko zurückgeführt worden waren, nachdem sie im Rahmen eines Massenansturms von mehr als hundert Personen die mit Stacheldraht verstärkten Grenzzäune zur spanischen Exklave Melilla zu überwinden versucht hatten. Einige Personen schafften es über die erste Befestigungsreihe ins Niemandsland, scheiterten sodann jedoch am bis zu sechs Meter hohen dritten Zaun, von dem sie mithilfe der Grenzpolizei hinabstiegen. Auf spanischem Territorium durften sie keinen Asylantrag stellen, sondern wurden im Wege der “heißen Zurückweisung” (*devolución en caliente*) ohne jegliches Verfahren von der spanischen Polizei nach Marokko zurückeskortiert. Es passierte, was manche im Winter 2015/16 gerne auch an den deutschen Grenzen gesehen hätten und was Griechenland im März 2020 gegenüber der Türkei realisierte – und der Straßburger Gerichtshof billigte das Vorgehen als menschenrechtskonform.

Wenige Wochen danach verwarf der EGMR im Verfahren *M.N. und andere*⁹ kurzerhand die Beschwerde einer syrischen Familie aus Aleppo als

⁴ Siehe Kommission, Migrations- und Asylpaket, COM(2020) 609 v. 23.9.2020.

⁵ CDU, CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa, Koalitionsvertrag v. 7.2.2018, 103.

⁶ Für eine komprimierte Gesamtschau der Maßnahmen einer “Externalisierung” siehe *D. Scott FitzGerald*, *Refuge beyond Reach*, 2019, Kap. 8 f.

⁷ Zur Dynamik im Überblick *T. Groß*, Grund- und menschenrechtliche Grenzen der Migrationssteuerung, *JZ* 74 (2019), 327 ff.

⁸ EGMR, Urt. v. 13.2.2020 [GK], Nr. 8675/15 und Nr. 8697/15, *N.D. & N.T. gegen Spanien*.

⁹ Siehe EGMR, Beschl. v. 5.5.2020 [GK], Nr. 3599/18, *M.N. u.a. gegen Belgien*.

unzulässig, die vorübergehend in den Libanon gereist war, um dort bei der belgischen Botschaft ein sogenanntes "humanitäres Visum" zu beantragen, mit dem die Familie legal in die Europäische Union hätte einreisen können. Dass in Aleppo damals der Bürgerkrieg tobte, einige Belgier finanziell die Aufenthaltskosten zu übernehmen bereitstanden und die Sachentscheidung von einer belgischen Ausländerbehörde getroffen wurde, änderte nicht den EGMR-Befund, dass das Verfahren mangels Jurisdiktion nicht der Konvention unterfalle. Die Rechtsbeistände und Nichtregierungsorganisationen (NGOs) waren in beiden Verfahren damit gescheitert, die europäische Grenzpolitik im Wege der strategischen Prozessführung zu verändern.¹⁰ Frustriert reagierte einer der Anwälte: "Das Urteil macht die Festung Europa dicht."¹¹

In dreifacher Hinsicht eignen sich die Beschlüsse, um anlässlich konkreter Fragestellungen migrations- und menschenrechtliche Grundsatzfragen zu thematisieren. Erstens akzentuierten beide Sachverhalte die flüchtlingsrechtliche Gretchenfrage nach einem globalen Individualrecht auf Asyl, das allen Antragstellenden einen Gebietszugang ermöglicht. Die Abwesenheit eines derartigen Individualrechts hilft zu erklären, warum das *N.D. & N.T.*-Urteil in einer scheinbaren ziellosen Suchbewegung restriktive Elemente mit dynamischen Aussagen kombinierte, deren rechtspraktische Auswirkungen noch viele Diskussionen auslösen werden. Zweitens unterstreicht der Beschluss *M.N. und andere* die territoriale Radizierung des geltenden Asylrechts, wenn die Vertragsstaaten auch künftig keiner Rechtspflicht unterliegen, legale Zugangswege für Flüchtlinge und Migranten bereitzustellen. Damit enttäuschte die Große Kammer nach wenigen Wochen diejenigen, die infolge unklarer Aussagen im Urteil zu den spanischen Zurückweisungen auf eine asylrechtliche Zugangsrevolution gehofft hatten.

Jenseits der rechtlichen Details lenken die Entscheidungen den Blick auf die Rolle der Straßburger Menschenrechtsjudikatur, die im Migrationsrecht nach Jahrzehnten der expansiven Auslegung in zwei Grundsatzurteilen vorerst zum Stillstand gekommen zu sein scheint. Naturgemäß können zwei Entscheidungen für sich genommen keine Trendumkehr ausdrücken. Dennoch dienen sie dem vorliegenden Beitrag als Anlass, um theoretische Erklärungsansätze und soziopolitische Kontextfaktoren zu erörtern, die un-

¹⁰ Zum strategischen Hintergrund siehe die Drittinterventionen gemäß EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 12 und EGMR, *M.N. u.a.* (Anm. 9), Rn. 5; sowie aus Sicht der Beteiligten *C. Gericke/V. Wriedt*, (Un-)Recht an der Grenze, *Bürgerrechte & Polizei* Nr. 118/119 (2019), 79 ff.; *T. Wibault*, Making the Case X & X for the Humanitarian Visa, in: M. Foblets/L. Leboeuf (Hrsg.), *Humanitarian Admission to Europe. The Law between Promises and Constraints*, 2020, 271 ff.

¹¹ Interview mit *W. Kaleck*, Spiegel Online am 14.2.2020.

abhängig vom Inhalt und Ergebnis der beiden Verfahren eine restriktivere Gangart erklären helfen. Das aktuelle Umfeld bewirkt, dass drei Jahrzehnte nach dem Fall des Eisernen Vorhangs die Annahme einer linearen Fortschrittsgeschichte nicht mehr trägt, die die jüngere Generation der deutschen Staatsrechtslehre und der internationalen Völkerrechtswissenschaft geprägt hatte: dass internationale Rechtsprechung grenzüberschreitende Menschenrechte progressiv immer weiter ausweiten würde.

II. Asylgrundrecht durch die Hintertüre – und deren partielle Schließung

Ein Grundproblem der EGMR-Judikatur zur Fluchtmigration ist die fehlende Passgenauigkeit der Konventionsrechte. So betonte die Große Kammer im *N.D. & N.T.*-Urteil erneut, dass die EMRK kein individuelles Asylrecht umfasse,¹² sondern sich auf ein menschenrechtliches Refoulementverbot begrenze.¹³ Während letzteres eine Person davor schützt, in eine Verfolgungssituation abgeschoben zu werden, garantiert ein individuelles Asylrecht unabhängig vom Schutzbedarf einen vorläufigen Gebiets- und Verfahrenszugang, der im Erfolgsfall zu soziökonomischen Statusrechten führt, die über ein Refoulementverbot hinausgehen.¹⁴ Die Abgrenzung fällt insbesondere schwer, wenn jemand an der Grenze einzureisen begehrt. Die rechtspolitisch virulente Frage ist sodann, ob alle Personen unabhängig vom Schutzbedarf vorerst einreisen dürfen, was in der Praxis zumeist dazu führt, dass sich der Gebietsaufenthalt unabhängig vom Ausgang des Asylverfahrens in der Mehrzahl der Fälle zur faktischen Einwanderung verstetigt.¹⁵

In der EGMR-Rechtsprechung war die Annahme eines fehlenden Asylgrundrechts zunehmend irrelevant geworden. Der Gerichtshof entnahm dem Verbot von Folter sowie unmenschlicher und erniedrigender Behandlung in Art. 3 EMRK ein menschenrechtliches Refoulementverbot, das großzügig gehandhabt und prozedural abgefedert wurde, sodass die Konvention schrittweise zum Goldstandard des materiellen deutschen und eu-

¹² Zur eindeutigen Entstehungsgeschichte *H.-J. Uibopuu*, Der Schutz des Flüchtlings im Rahmen des Europarats, AVR 21 (1983), 60 (61 ff.); siehe auch *A. Nußberger*, Flüchtlingschicksale zwischen Völkerrecht und Politik, NVwZ 35 (2016), 815 (816 f.).

¹³ EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 188.

¹⁴ Anders als das Refoulementverbot nach Art. 33 GFK müssen die Vertragsstaaten die Statusrechte aufgrund von Art. 17 ff. GFK nicht allen Flüchtlingen garantieren; vgl. *J. Hathaway/M. Foster*, The Law of Refugee Status, 2014, Kap. 1.

¹⁵ Siehe *K. Hailbronner/D. Thym*, Grenzenloses Asylrecht?, JZ 71 (2016), 753 (756 f.).

ropäischen Flüchtlingsrechts erstarkte.¹⁶ Im *N.D. & N.T.*-Urteil erlebte das Spannungsverhältnis zwischen dem fehlenden Asylgrundrecht und dem anerkannten Refoulementverbot eine überraschende Renaissance, die die konzeptuellen und rechtspraktischen Unwägbarkeiten zu erklären hilft, die das Urteil als roter Faden durchziehen.

1. Begründung zwischen Restriktion und Dynamik

Die Kernaussagen des Urteils sind schnell zusammengefasst. Der Gerichtshof aktivierte das scheinbar nebensächliche Kollektivausweisungsverbot aufgrund des Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), um die "heißen Zurückweisungen" zu überprüfen. Hierbei bestätigte der Gerichtshof zuerst die weite Deutung des Kollektivausweisungsverbots, das er in den Jahren zuvor zu einem faktischen Asylgrundrecht ausgebaut hatte, um sodann eine erstaunliche Ausnahme einzuführen: Auf das Grundrecht kann sich nicht berufen, wer illegal und noch dazu gewaltsam einzureisen versucht, obwohl anderweitig legale Zugangswege in den betroffenen Staat für Migranten oder Flüchtlinge bereitgestanden hätten. Dieses scheinbar klare Ergebnis gründet letztlich auf dem Grundproblem, dass der EGMR einerseits daran festhält, dass die Konvention kein Asylrecht umfasst, andererseits jedoch ein menschenrechtliches Refoulementverbot garantiert.¹⁷

Die jüngste Entscheidung ist nur aus der Pfadabhängigkeit früherer Urteile heraus verständlich, die das Kollektivausweisungsverbot zur einer einzelfallbezogenen Verfahrensgarantie ausgebaut hatten,¹⁸ die im Wege der dynamischen Auslegung die historische Zielrichtung fortentwickelte, wonach die Norm in erster Linie vor Massenausweisungen aus religiösen, ethnischen oder vergleichbaren Gründen schützt, die in der Hochzeit des Nationalismus verbreitet gewesen waren.¹⁹ Im Jahr 2012 erweiterte das *Hirsi*-Urteil das Verbot auf Zurückweisungen an der Grenze (unter Einschluss

¹⁶ Zusammenfassend V. *Chetail*, Are Refugee Rights Human Rights?, in: R. Rubio-Marín (Hrsg.), *Human Rights and Immigration*, 2014, 19 ff.

¹⁷ So ausdrücklich EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 188.

¹⁸ So die knappe 4:3-Entscheidung vom EGMR, Urt. v. 5.2.2002, Nr. 51564/99, *Čonka gegen Belgien*, Rn. 59-63; zur Einordnung *M. Bossuyt*, *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, 2010, 117 ff.

¹⁹ Siehe *K. Doehring*, Die Rechtsnatur der Massenausweisung unter besonderer Berücksichtigung der indirekten Ausweisung, *ZaöRV* 45 (1985), 372 ff. und *J. Leßmann*, Menschenrechtliches Verbot der Kollektivausweisung, in: D. Thym/T. Klarmann (Hrsg.), *Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht*, 2017, 187 (188 ff.).

der Hohen See).²⁰ Damit war faktisch ein Asylverfahrensgrundrecht geboren, weil das Kollektivausweisungsverbot auch Personen ohne Schutzbedarf eine prozedurale Einzelfallentscheidung zusicherte,²¹ die die Begrenzung des Art. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7 auf den "rechtmäßigem Aufenthalt" umging und letztlich ein "Asylverfahren light" darstellt. All dies ließ "heiße Zurückweisungen" als rechtswidrig erscheinen.

Eine kontextsensible Analyse des jüngsten Urteils verdeutlicht, warum diese Prognose im Ergebnis falsch lag. Mehrere Vertragsstaaten hatten offen gegen die expansive Deutung des Kollektivausweisungsverbots protestiert und das *N.D. & N.T.*-Verfahren genutzt, um die diesbezüglich vergleichsweise pauschale Begründung des *Hirsi*-Urteils herauszufordern, was der EGMR nach dem Völkervertragsrecht durchaus ernst nehmen muss.²² Die Regierungen verwiesen vor allem darauf, dass eine Ausweisung (*expulsion*) begrifflich anders als eine Abweisung (*refoulement*) einen vorherigen Gebietsaufenthalt voraussetze und damit eine Zurückweisung an der Grenze nicht umfasse.²³ Der EGMR anerkannte dies durchaus,²⁴ akzentuierte sodann jedoch die Wechselwirkung mit dem Refoulementverbot, um einen Verfahrenszugangsanspruch an der Grenze zu erneuern.²⁵

Diese expansive Deutung des Kollektivausweisungsverbots ist ein erster Grund, warum das *N.D. & N.T.*-Urteil nicht so restriktiv ausfiel, wie die anfängliche Kritik behauptete. Der EGMR wies das Ansinnen der Vertragsstaaten zurück, zum Status *quo ante* vor dem *Hirsi*-Urteil des Jahres 2012 zurückzukehren, als das Kollektivausweisungsverbot noch nicht auf Zurückweisungen an der Grenze angewandt worden war. Dies ist ein "Sieg" für diejenigen, die eine dynamische Auslegung befürworteten. Dass viele erste Reaktionen dennoch negativ ausfielen, lag an einem alternativen Lösungsansatz: Anstatt den Schutzstandard generell einzuschränken, indem das Kol-

²⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 23.2.2012 [GK], Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien*; zur Einordnung *E. Guild*, Article 19, in: S. Peers/T. Hervey/J. Kenner/A. Ward (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, 543 (554 ff.).

²¹ Siehe *M. den Heijer*, Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the *Hirsi* Case, IJRL 25 (2013), 265 (277 f., 283 ff.); *M. Lehnert/N. Markard*, Mittelmeerroulette. Das *Hirsi*-Urteil des EGMR und die europäische Grenzschutzpolitik auf See, ZAR 32 (2012), 194 (197 f.).

²² Der EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 182 bekräftigt die EMRK-Auslegung nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK), aufgrund derer die spätere Meinung der Vertragsstaaten nach Art. 31 Abs. 3 bei der Auslegung zu berücksichtigen ist, jedoch durch andere Gesichtspunkte überlagert werden kann.

²³ Vgl. Art. 2 Buchst. a International Law Commission, Draft Articles: Expulsion of Aliens, UN-Dok. A/CN.4/L.832 v. 30.5.2014.

²⁴ Siehe EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 173-175.

²⁵ EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 177-183.

lektivausweisungsverbot an der Grenze nicht gilt, entwickelte die Große Kammer einen neuartigen Grundrechtsausschluss von Personen, die illegal einreisen. Soweit diese Ausnahme nicht greift, bleibt es bei der dynamischen Auslegung des Kollektivausweisungsverbots. Pushbacks wurden also nicht generell für menschenrechtskonform erklärt.

2. Unklare Rechtsfolgen des Verfahrensausschlusses

Als überstaatliches Gericht ist der EGMR darauf angewiesen, neben der Einzelfallgerechtigkeit zugleich verfassungsrechtliche Standards vorzugeben, die von den nationalen Gerichten in zahlreichen Folgeverfahren effektiv angewandt werden – eine Zielrichtung, die jüngst durch die Kopenhagener Erklärung sowie die Zusatzprotokolle Nr. 15 und 16 gestärkt wurde.²⁶ Für die Standardsetzung besitzt die Große Kammer naturgemäß eine besondere Verantwortung, die diese in Urteilen zum Migrationsrecht zuletzt auch aktiv wahrnahm. In einer für die deutsche Rechtswissenschaft vertrauten Weise unterscheidet der EGMR zwischen allgemeinen Maßstäben (*general principles*) und der einzelfallbezogenen Subsumtion (*application to the present case*).²⁷ Auf diesem Wege sichert der EGMR eine einheitliche Linie und fördert eine nationale Praxis, die der Konvention dezentral zum Durchbruch verhilft.

Dagegen verfolgte das *N.D. & N.T.*-Urteil in zentralen Passagen den umgekehrten Weg: Es begrenzte potenziell weitreichende Aussagen auf die einzelfallbezogene Anwendung und bewirkte damit eine beachtliche Rechtsunsicherheit. Dies gilt insbesondere für die zentrale Innovation des *N.D. & N.T.*-Urteils: Personen, die illegal und noch dazu gewaltsam einreisen, können sich nicht auf das faktische Asylverfahrensgrundrecht in Form des Kollektivausweisungsverbots berufen. Den Neuigkeitswert dieser verblüffenden Annahme kaschierte der EGMR mit der Behauptung, dies folgte aus der ständigen Rechtsprechung.²⁸ Tatsächlich gilt dies nur für die Annahme, dass das grundrechtlich geschuldete Zurückweisungsverfahren vom “eigenen Verhalten” (*own conduct*) einer Person beeinflusst werde. So hatte der EGMR früher etwa unterlassene Einzelfallentscheidungen als gerecht-

²⁶ Protokoll Nr. 15 v. 24.6.2013 (BGBl. 2014 II, 1034), noch nicht in Kraft und Protokoll Nr. 16 v. 2.10.2013, CETS Nr. 214, in Kraft seit 1.8.2018 für zwischenzeitlich 14 Vertragsstaaten unter Ausschluss der Bundesrepublik.

²⁷ Vgl. J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, 2019, Kap. 2; siehe auch A. Nußberger, “Schmelztiegel Europa”. Wie europäische Richter mit einer Stimme sprechen (oder auch nicht), *JöR* 66 (2018), 1 (14 ff.).

²⁸ EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 231 i. V. m. 200.

fertigt angesehen, wenn jemand Mitwirkungspflichten verletzt hatte.²⁹ Ein genereller Verfahrensausschluss infolge illegaler Einreise geht deutlich über die frühere Rechtsprechung hinaus und begegnet praxisrelevanten Abgrenzungsproblemen.

a) Reichweite des Ausschlusses

Ein zentrales Defizit des Urteils ist die diffuse und noch dazu einzelfallbezogene Darstellung, wann Staaten aufgrund des abstrakten Kriteriums des “eigenen Verhaltens” einer Person künftig einen Verfahrensausschluss rechtfertigen können. Unklar bleibt im *N.D. & N.T.*-Urteil bereits, inwiefern der Ausschluss alle betrifft, die “in nichtautorisierter Weise” einreisen, anstatt legale Zugangsoptionen zu nutzen, oder ob der Gerichtshof nur diejenigen vom Kollektivausweisungsverbot ausnimmt, die “ihre größere Personenzahl ausnutzen und Gewalt anwenden”.³⁰ Beide Lesarten kann man den mehrdeutigen und knappen Ausführungen entnehmen.

Diese Ungewissheit besteht, weil die Große Kammer leider nicht klarstellte, ob der Verweis auf den gewaltsamen Massenansturm nur den streitgegenständlichen Sachverhalt wiedergibt oder eine verallgemeinerungsfähige Voraussetzung darstellt. Die Antwort fällt unterschiedlich aus je nachdem, welche Zielrichtung man zugrunde legt: Erscheint das Verhalten als missbräuchlich, weil Gewalt angewendet und eine “disruptive Situation” geschaffen wurde, die die öffentliche Sicherheit gefährdete?³¹ Oder geht es allgemein um das Staatenrecht, die Migration zu steuern und die Grenzen zu schützen, weshalb sich missbräuchlich verhält, wer “schuldhaft legale Zugangswege umgeht”?³² Diese Unterscheidung hat rechtspraktische Folgewirkungen, die auch durch Folgeurteile bisher nicht geklärt wurden.³³

²⁹ Vgl. EGMR, Beschl. v. 1.2.2011, Nr. 2344/02, *Dritsas gegen Italien*, Rn. 7.

³⁰ Zitate nach EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 201 sowie Rn. 231.

³¹ Der Wortlaut von EGMR (Anm. 8), Rn. 231 deutet in diese Richtung.

³² EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 209, Rn. 167 f. und der Verweis auf legale Zugangswege in Rn. 201, 232; siehe auch die unverbindliche Deutung durch EU Agency for Fundamental Rights/Council of Europe, *Fundamental Rights of Refugees, Asylum Applicants and Migrants at the European Borders*, 27.3.2020, 7.

³³ EGMR, Urte. v. 23.7.2020, Nr. 40503/17, 42902/17 und 43643/17, *M.K. u.a. gegen Polen*, Rn. 203 blieb im Obersatz sehr kurz und betonte bei der Subsumtion in Rn. 207-209 neben der individuellen Situation die staatliche Gesamtstrategie, was als mittelbare Unterstützung der zweiten Lesart gedeutet werden kann; EGMR, Urte. v. 24.3.2020, Nr. 24917/15, *Asady u.a. gegen die Slowakei*, Rn. 57-59 umging Ausführungen zur Thematik und die abweichende Meinung lehnte das Kriterium des “eigenen Verhaltens” mit diversen Argumenten ab, die verschiedene Gesichtspunkte aufgreifen.

Soweit man der zweiten Lesart folgte, wäre das Kollektivausweisungsverbot exemplarisch nicht anzuwenden, wenn die kroatische Polizei in den Wäldern der Grenzregion mit Bosnien-Herzegowina kleinere Personengruppen zurückweist, die heimlich und gewaltfrei illegal einzureisen versuchen.³⁴

Man könnte nach der ersten Lesart sogar argumentieren, dass selbst schiffbrüchige Personen erfasst werden, die sich wissentlich auf hochseetaugliche Boote begaben. Es geht dabei wohlgerne nicht darum, die Pflicht zur Seenotrettung zu relativieren, denn eine seerechtliche "Notlage" (*distress*) besteht auch bei Selbstgefährdung.³⁵ Warum soll jedoch etwas anderes als im Ergebnis des jüngsten Urteils gelten, wenn sich *N.D.* und *N.T.* mit einem Holzboot auf den Weg nach Spanien gemacht hätten, anstatt die Grenzzäune bei Melilla zu überwinden? Das *Hirsi*-Urteil müsste dieser Annahme nicht entgegenstehen, weil damals in Libyen, anders als Marokko, eine Verfolgung drohte und wohl auch keine legalen Zugangswege bereitstanden. Die Große Kammer deutete vorliegend zwar an, dass sie zwischen Land- und Seegrenzen unterscheiden möchte,³⁶ doch beantwortet ist die Frage bisher nicht. Klare Vorgaben sehen anders aus.

b) Geltung auch für das Refoulementverbot?

Eine zweite Unklarheit betrifft das Verhältnis zum Refoulementverbot, das der EGMR in inzwischen ständiger Rechtsprechung dem dynamisch fortentwickelten Folterverbot nach Art. 3 EMRK entnimmt. Das *N.D.* & *N.T.*-Urteil deutet an, diese Rechtsprechungslinie nicht zu berühren,³⁷ was im vorliegenden Fall bereits geklärt worden war, weil eine Sektion die Individualbeschwerden insofern als unzulässig verworfen hatte.³⁸ Prozedural musste die Große Kammer bei der Urteilsfindung also davon ausgehen, dass die beiden Bürger Malis und der Côte d'Ivoire keine schutzbedürftigen Flüchtlinge, sondern Migranten waren, die ein besseres Leben suchten. In

³⁴ Hierzu bereits Anm. 3.

³⁵ Siehe *V. Moreno-Lax*, *Seeking Asylum in the Mediterranean*, IJRL 23 (2011), 174 (194 ff.).

³⁶ Vgl. EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 167; ähnlich zur Inhaftierung an Außen- und Seegrenzen EGMR, Urt. v. 21.11.2019 [GK], Nr. 47287/15, *Ilias & Ahmed gegen Ungarn*, Rn. 214-216.

³⁷ Siehe insb. EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 232 mit dem Zusatz, dass "in dieser Hinsicht" legale Zugangswege wichtig seien, deren Umgehung also weiterhin missbräuchlich sein könnte.

³⁸ Siehe EGMR, Beschl. v. 7.7.2015, Nr. 8675/15 und Nr. 8697/15.

der Rechtspraxis steht dies freilich selten fest, zumal wenn heiße Abschiebungen ohne jegliches Verfahren schnell realisiert werden.³⁹

In der Sache sprechen sehr gute Argumente dafür, dass das *N.D. & N.T.*-Urteil das Refoulementverbot nicht einschränkt.⁴⁰ So hatte der EGMR wiederholt Forderungen zurückgewiesen, dessen “absoluten Charakter” aufzuweichen, weil die EMRK – anders als die Genfer Flüchtlingskonvention – auch Terroristen schützt,⁴¹ deren “eigenes Verhalten” insofern nicht zu berücksichtigen sei.⁴² Tatbestandlich wurde bei Art. 3 EMRK also genau dasjenige Kriterium für irrelevant erklärt, auf das nun der Ausschluss vom Kollektivausweisungsverbot gestützt wird. Damit erreichte die Große Kammer auf Umwegen ein ähnliches Ergebnis, wie es die spanische Regierung durch die vorsichtige Lesart des Ausweisungsbegriffs angestrebt hatte, weil auch diese das Refoulementverbot unberührt gelassen hätte.⁴³

Wenn dies stimmt, wirft das Urteil praktisch genau diejenige Frage auf, die die Große Kammer zu umgehen versucht hatte, indem sie das Kollektivausweisungsverbot weiterhin auf alle Zurückweisungen anwendete: Wie soll die Grenzpolizei unterschieden, ob ein Flüchtling oder Migrant illegal einreist? Ein jedenfalls kursorisches Verfahren, das diese Frage beantworten könnte, verweigerte die Große Kammer den beiden Beschwerdeführern vorliegend gerade. Es ist ein großer Schwachpunkt der Entscheidung, auf diese Folgefragen keine Antwort zu geben.

3. Lösung durch abgestufte Verfahrensstandards

Einen möglichen Ausweg aus der Spannungslage zwischen dem Refoulementverbot und wirksamen Grenzkontrollen bieten abgestufte Verfahrensstandards. Diese wurden in der Rechtsprechung bisher in dieser Form nicht ausgesprochen, lassen sich jedoch der Judikatur im Wege der dogmati-

³⁹ Der EGMR untersucht das Behördenhandeln grundsätzlich aus der Handlungsperspektive, wo typischerweise gerade keine Klarheit besteht; vgl. A. Zimmermann/B. Elberling, Ausweisungsschutz, in: O. Dörr/R. Grote/T. Maruhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Rn. 45 f.

⁴⁰ Ebenso A. Lübke, Unklares zu pushbacks an den Außengrenzen, EuR 2020, 450 (456 ff.) mit der weitergehenden Annahme eines generellen Verfahrenszugangs.

⁴¹ Vgl. EGMR, Ur. v. 15.11.1996 [GK], Nr. 22414/93, *Chahal gegen das Vereinigte Königreich*, Rn. 79-82; EGMR, Ur. v. 28.2.2008 [GK], Nr. 37201/06, *Saadi gegen Italien*, Rn. 124-127.

⁴² EGMR, *Saadi gegen Italien* (Anm. 41), Rn. 127.

⁴³ Hierzu bereits Abschn. II. 1.

schen Rekonstruktion entnehmen.⁴⁴ Die nachfolgenden Überlegungen zeigen einen möglichen Lösungsansatz, der die widerstreitenden EGMR-Urteile aufeinander bezieht, ohne die rechtspraktischen Abgrenzungsprobleme aufheben zu können, die der Abstufung immanent sind.

a) Drei unterschiedliche Konstellationen

Erstens muss immer eine umfassende Prüfung erfolgen, wenn aufgrund einschlägiger Lageberichte oder individueller Gegebenheiten die reale Gefahr einer Verletzung des Art. 3 EMRK besteht.⁴⁵ In diesen Fällen müssen sich die Behörden ausführlich mit dem Einzelfall und den Umständen im Zielstaat einer Rückführung beschäftigen, wobei ggf. zwischen mehr oder weniger schutzbedürftigen Personengruppen unterschieden werden kann.⁴⁶ Die menschenrechtlich geschuldeten Verfahrensstandards ähneln insofern einem typischen Asylverfahren nach Maßgabe des deutschen und europäischen Gesetzesrechts mit Anhörungen sowie Rechtsschutz mit aufschiebender Wirkung, der in der Terminologie des deutschen Verwaltungsprozessrechts freilich nur eine einstweilige Rechtsschutzoption umfassen muss.⁴⁷ Ganz in diesem Sinn hatte die Große Kammer kurz vor dem *N.D. & N.T.*-Urteil generalisierte und strenge Vorgaben für beschleunigte Asylverfahren in Transitzone niedergelegt.⁴⁸

Zweitens wird die tatsächliche Situation häufig unübersichtlich sein, wenn ein Nachbarland, in das eine Zurückweisung stattfinden soll, nur für bestimmte Personen(-gruppen) unsicher ist. Hier können aus Sicht der Menschenrechte rudimentäre Verfahren ausreichen, die das Gefahrenmaß

⁴⁴ Eine dogmatische Systembildung jenseits der EGMR-Urteilspraxis hätte wegen der geringeren Wissenschaftsaffinität des EGMR eine geringere Chance, gehört zu werden; vgl. G. Nolte, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008), 129 (153 f.); A. Nußberger (Anm. 27), 17 f.; positiver M. Jestaedt, Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs, JZ 67 (2012), 1 (9).

⁴⁵ Zusammenfassend zu Informationsquellen und Darlegungslasten EGMR, Urt. v. 23.8.2016 [GK], Nr. 59166/12, *J.K. gegen Schweden*, Rn. 77-105; sowie R. Lorz/H. Sauer, Wann genau steht Art. 3 EMRK einer Auslieferung oder Ausweisung entgegen?, EuGRZ 37 (2010), 389 (393 ff.).

⁴⁶ Siehe M. Wendel, Die Pflicht zur Berücksichtigung der Lebensumstände von anerkannt Schutzberechtigten im EU-Ausland, JZ 74 (2019), 983 (985 ff.); A. Lübke, "Systemische Mängel" in Dublin-Verfahren, ZAR 34 (2014), 105 (109 f.).

⁴⁷ Näher die sachverständige Stellungnahme für den Innenausschuss des Bundestags von D. Thym, Ausschuss-Drs. 19(4)26 F v. 16.4.2018, 18 f.; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 10.10.2019, 2 BvR 1380/19, Rn. 15 f.

⁴⁸ Vgl. EGMR, *Ilias & Ahmed* (Anm. 36), Rn. 128 ff. auch ohne Schutzbedarf (Rn. 135-137); näher Anm. 53.

erkunden, um sodann entweder ein reguläres Verfahren einzuleiten oder die Rückführung durchzuführen. Ganz in diesem Sinn hatte die Große Kammer das Kollektivausweisungsverbot gehandhabt, als die italienischen Behörden nach dem arabischen Frühling ungefähr 50 000 Tunesier auf Lampedusa und andernorts zurückgewiesen und beschleunigt zurückgeführt hatten. Anstatt einer förmlichen Anhörung vor speziell ausgebildetem Personal akzeptierte der EGMR damals eine allgemeine Äußerungsmöglichkeit gegenüber der Grenzpolizei, billigte gleichlautende Behördenentscheidungen und verlangte keinen generell aufschiebenden Rechtsschutz.⁴⁹

Drittens wird es immer Konstellationen geben, in denen vergleichsweise eindeutig feststeht, dass kein Refoulement droht, was häufig bei “gesunden und arbeitsfähigen Flüchtlingen”⁵⁰ männlichen Geschlechts der Fall sein wird, die in Transit- und Zielstaaten mit nicht generell verdächtigen Standards zurückgeschickt werden. Soweit die Voraussetzungen des *N.D. & N.T.*-Urteils vorliegen, kann man diese Personen aus Sicht der Menschenrechtskonvention künftig wohl gänzlich ohne Verfahren zurückweisen, wenn sie illegal einzureisen versuchen. Man könnte auf dieser Grundlage sogar die griechische Grenzschießung im März 2020 für konventionskonform erachten, soweit man die Situation von Syrern, Irakern und Afghanen in der Türkei als prinzipiell menschenrechtskonform einstufte und legale Zugangswege abstrakt verfügbar waren. Weitergehende Einschränkungen können sich aus der Asylgesetzgebung der Europäischen Union (EU) ergeben, die über die Menschenrechte hinausgehende Verfahrenszugangsrechte etablieren kann.

b) Praktische Handhabung

Die vorgeschlagene Abstufung bezweckt eine dogmatische Systematisierung der Menschenrechtsjudikatur, kann für sich genommen jedoch keine kohärente Rechtsanwendung gewährleisten. Der Grund hierfür ist die zentrale Bedeutung der Tatsachenfeststellung für jede asylrechtliche Entschei-

⁴⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 12.12.2016 [GK], Nr. 16483/12, *Khlaifia u.a. gegen Italien*, Rn. 237-242, 276 f.; jüngst bekräftigt von EGMR, *Asady u.a.* (Anm. 33), Rn. 57-71; sowie EGMR, *M.K. u.a.* (Anm. 33), Rn. 201 f. mit einer sodann jedoch großzügigen Subsumtion in Rn. 206; zu simpel, weil Ambivalenzen verschweigend *A. Farabat/N. Markard*, Recht an der Grenze. Flüchtlingssteuerung und Schutzkooperation in Europa, JZ 72 (2017), 1088 (1092); siehe auch *I. Majcher*, The European Union Returns Directive and Its Compatibility with International Human Rights Law, 2020, 152 f.

⁵⁰ So für innereuropäische Überstellungen nach Bulgarien im Anschluss an ein strenges EuGH-Urteil sprachlich zugespitzt VGH BW, Beschl. v. 27.5.2019, A 4 S 1329/19, LS 3.

dung.⁵¹ Auch eine rechtsdogmatisch überzeugende Abstufung begegnet häufig praktischen Anwendungsproblemen, weil im Asylrecht in tatsächlicher Hinsicht typischerweise nicht feststeht, welche der drei Handlungsvarianten einschlägig ist. Erschwert wird diese Beurteilung im Fall der EGMR-Judikatur dadurch, dass die dogmatischen Konturen des Refoulementverbots gerade dann unsicher werden, wenn es um Zurückweisungen in Drittstaaten geht, wo die Menschenrechte nicht evident verletzt werden.

Es steht bisher nicht fest, ob für Zurückweisungen in einen Transitstaat dieselben Standards gelten wie für die Rückführung in den Heimatstaat. Zum einen bleibt unklar, ob die weitreichenden sozioökonomischen Abschiebungsverbote aufgrund schlechter Lebensbedingungen, die der EGMR für innerunionale Dublin-Überstellungen entwickelte, auch auf die Zurückweisung in Drittstaaten wie Marokko, Serbien oder die Türkei übertragbar sind.⁵² Zum anderen kann ein jüngeres Urteil der Großen Kammer so gelesen werden, dass menschenrechtlich sichere Drittstaaten immer ein jedenfalls rudimentäres Asylverfahren bereitstellen müssen,⁵³ obgleich die Konvention selbst ein solches von den Staaten nicht einfordert. Es überrascht und frustriert, dass so viele Grundsatzfragen offenbleiben.

In der Rechtspraxis führen diese dogmatischen und rechtstatsächlichen Unwägbarkeiten häufig dazu, dass die Staaten sich im Zweifel für die aus ihrer Sicht großzügigere Lesart entscheiden und restriktiv handeln.⁵⁴ So bot das *N.D. & N.T.*-Urteil eine argumentative Verteidigungsmauer für die griechische Grenzschießung, wenn prominente Politiker das Vorgehen als rechtmäßig verteidigten (freilich unter Ausblendung des EU-Sekundärrechts)⁵⁵ – während umgekehrt speziell der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen (UNHCR) und der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen (UN) für die Menschenrechte von Migranten das griechische Vorgehen pauschal als Verstoß gegen das Refoulementverbot bzw. ein nicht

⁵¹ Allgemein *L. Mitsch*, Wissen im Asylprozess, 2020, Kap. 2.

⁵² Offengelassen bzw. nicht behandelt von EGMR, *Ilias & Ahmed* (Anm. 36), Rn. 165 und EGMR (Anm. 38); restriktiv EGMR, Urt. v. 13.12.2016 [GK], Nr. 41738/10, *Paposhvili gegen Belgien*, Rn. 176-178; ausführlicher *D. Thym*, Gutachterliche Stellungnahme, 19.1.2017, 23-27, online unter <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3163015>>.

⁵³ Vgl. EGMR, *Ilias & Ahmed* (Anm. 36), Rn. 128 ff., wobei die strengen Vorgaben sich auf die generelle Sicherheitseinstufung bezogen und daher nicht notwendig jede Einzelfallbeurteilung betreffen mussten; so jedoch nunmehr bekräftigt von EGMR, *Asady u.a.* (Anm. 33), Rn. 172.

⁵⁴ Siehe *M. Baumgärtel*, Demanding Rights. Europe's Supranational Courts and the Dilemma of Migrant Vulnerability, 2019, 105 f.

⁵⁵ Exemplarisch *M. Weber*, Interview, Deutschlandfunk am 2.3.2020.

näher konturiertes völkerrechtliches Asylrecht kritisierten,⁵⁶ ohne zu differenzieren, dass das Völkerrecht nach der herkömmlichen Lesart gerade kein generelles Asylverfahrenszugangsrecht jenseits des Refoulementverbots beinhaltet. Die vorgestellte Abstufung verschiedener Verfahrensstandards kann helfen, die widerstreitenden Aspekte zusammenzuführen.

III. Gebietszugang: zaudernder Abschied vom individuellen Asylgrundrecht

In der deutschen Asyldiskussion der 1990er Jahre war gefordert worden, das Individualgrundrecht durch eine institutionelle Garantie zu ersetzen, damit weniger Personen über einen Asylantrag faktisch einwandern, obwohl kein Schutzbedarf besteht.⁵⁷ Diese Personen sollten ohne oder nach einem nur rudimentären Verfahren zurückgewiesen werden, während man weiterhin Menschen aufnimmt, denen Verfolgung droht. In der modernen Lesart umfasst eine solche aktive Aufnahme legale Zugangswege aus dem Ausland, etwa im Wege des Resettlement, humanitärer Visa oder sonstiger Aufnahmeprogramme, die in der aktuellen Debatte häufig gefordert werden.⁵⁸ Erstaunlicherweise konnte gerade das *N.D. & N.T.*-Urteil als Schritt in eine Richtung gelesen werden, die eine solche Reform menschenrechtlich absichert, weil der Gerichtshof den Grundrechtsausschluss von legalen Zugangswegen abhängig machte. Zwischenzeitliche Hoffnungen auf eine judikative Zugangsrevolution wurden jedoch enttäuscht, als der EGMR wenig später bekräftigte, dass selbst Personen mit einem Schutzbedarf aufgrund der EMRK kein generalisiertes Zugangsrecht beanspruchen können.

1. Territoriales Jurisdiktionskonzept

Erneut zeigt sich in der Judikatur eine Spannungslage, die dem internationalen Flüchtlingsrecht zugrunde liegt. Westliche Staaten entwickelten verschiedene Strategien, um zu verhindern, dass zu viele Personen über das Asylverfahren faktisch einwandern. Eine erste und genetisch ältere Reakti-

⁵⁶ Vgl. UNHCR Statement on the Situation at the Turkey-EU Border v. 2.3.2020 und *M. Stevis-Gridneff/P. Kingsley/H. Willis/S. Almuehtar/M. Browne*, Inside Greece's Secret Site for Migrants, New York Times v. 10.3.2020.

⁵⁷ So etwa der bayrische Vorschlag gem. BR-Drs. 175/90 v. 1.3.1990.

⁵⁸ Im Überblick die EU-Grundrechteagentur, Legal Entry Channels to the EU for Persons in Need of International Protection: A Toolbox, FRA Focus 02/2015.

on sind spezielle Vorgaben für Transitzone und Flughäfen, die die Gerichte nicht als gleichsam extraterritoriale Zonen akzeptierten, wo keine Grundrechte gelten.⁵⁹ Vielmehr besitzt die Formel von der "Fiktion der Nichteinreise" einen verwaltungsrechtlichen Gehalt und lässt verschärfte Verfahrensregeln eingreifen.⁶⁰ Im *Hirsi*-Urteil erstreckte der EGMR diese Rechtsprechungslinie auf vorgelagerte Grenzkontrollen staatlicher Küstenwachtschiffe auf der Hohen See, die als Ausfluss staatlicher Jurisdiktion gedeutet wurden.⁶¹ Eine zweite und zuletzt forcierte Gegenbewegung sind Maßnahmen, die im Sinn einer "Nicht-Ankunft" (*non arrival*) den Reiseweg rechtlich oder tatsächlich erschweren. Hierzu gehören Visavorschriften und Sanktionen für Transportunternehmen ebenso wie die finanzielle, logistische und politische Unterstützung von Migrationskontrollkapazitäten der Transitstaaten.⁶² Derartige staatliche Maßnahmen einer externalisierten Kontrolle unter Einbindung von Drittstaaten lassen sich weitaus schwerer vom Jurisdiktionskonzept nach Art. 1 EMRK erfassen.

Im Frühjahr 2020 konsolidierte die Große Kammer die bisherige Judikatur durch einen argumentativen Zweischritt. Erstens wies das *N.D. & N.T.*-Urteil das Argument der spanischen Regierung zurück, wonach das Verhalten der Grenzpolizei im Umfeld des Grenzzauns generell nicht der EMRK unterfalle, weil in der konkreten Situation keine Jurisdiktion gemäß Art. 1 EMRK bestanden habe. Das Urteil betonte, dass Spanien auch im Chaos eines Massenansturms sowie unabhängig von der genauen Lage des Grenzzauns vor oder nach der völkerrechtlich vereinbarten Grenzlinie die praktische Gebietsgewalt über das betroffene Gebiet ausübte und dort die Menschenrechte beachten musste.⁶³ Grenzkontrollen unterliegen also ebenso wie Transitzone in Flughäfen oder an den Landgrenzen weiterhin den Menschenrechten und stellen nicht gleichsam einen menschenrechtsfreien Hoheitsraum dar, der der Konvention entzogen wäre.

Im streitgegenständlichen Sachverhalt war die Situation vergleichsweise eindeutig, weil die Beschwerdeführer mithilfe der spanischen Polizei vom Grenzzaun herabgestiegen waren. Sie befanden sich territorial also "hinter" der Grenzbefestigung und hatten nicht nur "an" der Grenze um Asyl nach-

⁵⁹ Jüngst bekräftigt von EGMR, *Ilias & Ahmed* (Anm. 36), Rn. 98 ff.

⁶⁰ Siehe D. Thym, "Zurückweisungen" von Asylbewerbern nach der Dublin III-Verordnung, NJW 71 (2018), 2353 (2354).

⁶¹ Die genaue Reichweite zwischen dem Flaggenstaatsprinzip, staatlichen Booten oder effektiven hoheitlichen Kontrollmaßstäben blieb hierbei unklar und ist es bis heute; vgl. M. den Heijer (Anm. 21), 271 ff.; V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe*, 2017, 580 ff.

⁶² Im Überblick G. Goodwin-Gill/J. McAdam, *The Refugee in International Law*, 2007, 374 ff.

⁶³ EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 102-110; die Sektion hatte dies offengelassen.

gesucht. Tatsächlich dürfte ein Zaun an sich nicht menschenrechtswidrig sein. Auch wenn jemand an diesem rüttelt und um Einlass begehrt, dürfte typischerweise keine spanische Jurisdiktion bestehen, die umgekehrt vorliegt, sobald jemand physisch die Räumlichkeiten der Grenzpolizei betritt.⁶⁴ Ob hingegen die verweigerte Einreise der EMRK unterfällt, wenn jemand – vereinfacht gesprochen – am Schlagbaum zurückgewiesen wird, dürfte nicht abschließend feststehen. Die Geltung der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) in diesen Fällen ist bis heute nicht geklärt,⁶⁵ was den Gesetzgeber freilich nicht daran hindert, (supra-)national großzügigere Standards niederzulegen.⁶⁶

Zweitens bekräftigt der Beschluss im Verfahren *M.N. und andere* einige Wochen später, dass der territoriale Jurisdiktionsbegriff eine Kehrseite besitzt, wenn die Vertragsstaaten nicht verpflichtet sind, verfolgten Personen einen effektiven Gebietszugang proaktiv zu ermöglichen, indem sie etwa ein humanitäres Visum gewähren. Inhaltlich wurde dieses Ergebnis durch das *N.D. & N.T.*-Urteil ergänzt, wenn die Große Kammer vergleichsweise apodiktisch ausführte, dass Spanien nicht für das Verhalten der marokkanischen Polizei verantwortlich zeichne, die aufgrund eines Racial Profiling viele Schwarzafrikaner daran gehindert hatte, bis zum spanischen Grenzübergang vorzustoßen.⁶⁷ Es mag zutreffen, dass Spanien und die Europäische Union diese Vorgänge nicht selbst gefördert hatten oder indirekt kontrollierten. Dennoch erfolgten sie in einem bilateralen Kooperationsumfeld, das in den vergangenen Jahren über 100 Millionen Euro an Marokko geleistet hatte, um den dortigen Grenzschutz sowie die Migrationsverwaltung zu verbessern.⁶⁸ Der EGMR verdeutlicht insofern, dass die Drittstaatskooperation regelmäßig nicht an der EMRK zu messen ist.⁶⁹ Das gilt wohl auch für die Zusammenarbeit der EU mit der libyschen Küstenwache sowie der Türkei.

⁶⁴ Jüngst bekräftigt von EGMR, *Asady u.a.* (Anm. 33), Rn. 126-132.

⁶⁵ Näher etwa O. Diggelmann /N. Hadorn, Das Refoulement-Verbot als Brandmauer für das Unverhandelbare, in: M. Anderheiden/H. Brzózka/U. Hufeld/S. Kirste (Hrsg.), Asylrecht und Asylpolitik in der Europäischen Union, 2018, 75 (90 ff.).

⁶⁶ Exemplarisch Art. 3 Abs. 1 Asylverfahrensrichtlinie 2013/32/EU.

⁶⁷ EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 218; allgemeiner F. McNamara, Member State Responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited, *European Journal of Migration and Law* 15 (2013), 319 ff.

⁶⁸ Vgl. Commission, EU Support on Migration in Morocco, Factsheet, 12/2019 auf Grundlage des EU-Treuhandfonds für Afrika.

⁶⁹ Ein solcher Schritt hätte dazu geführt, dass neben der Migrationsaußenpolitik auch andere Politikfelder wie die Entwicklungshilfe und die Sicherheitspolitik menschenrechtlich herausgefordert werden könnten, was den EGMR strukturell überfordern dürfte.

2. (Un-)Erreichbarkeit legaler Zugangswege

Eines der erstaunlichsten Elemente des *N.D. & N.T.*-Urteils ist die konditionale Grundierung der Urteilsbegründung: Das Kollektivausweisungsverbot soll bei einer illegalen Einreise nur dann keinen individuellen Verfahrenszugang gewährleisten, wenn die “Staaten tatsächliche und wirksame (*genuine and effective*) legale Zugangswege bereitstellen”,⁷⁰ deren Erreichbarkeit die Gerichte zu überprüfen haben. Dies passt zum Missbrauchsvorwurf, der das Urteil unterschwellig durchzieht: Kein Verfahren kann beanspruchen, wer illegal einreist, anstelle an den Grenzübergängen während deren Öffnungszeiten um Einlass zu bitten.⁷¹ Dies klingt zuerst einmal plausibel, mündete in der Urteilsbegründung jedoch in einer rätselhaft unbeständigen Beurteilung der tatsächlichen Situation.

So folgte die Große Kammer dem generellen Verweis der spanischen Regierung auf die abstrakte Möglichkeit, bei der spanischen Grenzpolizei einen Asylantrag zu stellen, in Botschaften ein humanitäres Visum zu beantragen oder ein Arbeitsvisum zu erhalten – und referiert zugleich die ernüchternde Statistik von einigen Hundert Grenzverfahren, die freilich vorrangig arabische Syrer betrafen, die die Marokkaner bis zur Grenze vorließen. Hinzu kamen 1 348 Anträge auf humanitäre Visa für Antragstellende weltweit sowie 65 Arbeitsvisa für Menschen aus Mali und der Côte d’Ivoire in einem Drei- bzw. Vierjahreszeitraum.⁷²

In der Urteilsbegründung verwandelte sich die Forderung nach “tatsächlichen und wirksamen” Zugangswegen in eine pauschalisierende Gesamtbeurteilung. Berichte vom UNHCR sowie des Menschenrechtskommissars des Europarats, denen der EGMR ansonsten eine hohe Glaubwürdigkeit beizumessen pflegt, wurden nonchalant beiseite gewischt, wenn diese darlegten, dass die Zugangsmöglichkeiten vielfach nur auf dem Papier bestanden.⁷³ Vielmehr reichte die abstrakt-generelle Verfügbarkeit aus, um den Beschwerdeführern die Darlegungslast aufzuerlegen, warum sie diese nicht genutzt hatten.⁷⁴ Der Verweis auf legale Zugangswege präsentierte sich in

⁷⁰ Vgl. EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 209.

⁷¹ EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 209 verweist insofern auf die Modalitäten des Schengener Grenzkodex.

⁷² Siehe EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 212-228, 115; dogmatisch basiert das Urteil auf der Verfügbarkeit von Grenzverfahren, während die sonstigen legalen Zugangswege nur ergänzend berücksichtigt wurden; vgl. Rn. 222; zur tatsächlichen Situation *S. Carrera*, *The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v. Spain: A “Carte Blanche” to Push Backs at EU External Borders?*, EUI Working Paper RSCAS 2020/21, 11 ff.

⁷³ Vgl. EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 143, 155.

⁷⁴ Vgl. EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 220, 230.

der Urteilsbegründung letztlich als humanitäres Feigenblatt, das den höchstrichterlichen Rückzug kaschierte. Solange abstrakt-generell Einreisemöglichkeiten bestehen, die einigen Personen offenstehen, dürfen illegal Eingereiste "heiß" und ohne Verfahren zurückgeschoben werden. Das Asylrecht mutierte gleichsam zur institutionellen Garantie. Es muss für einige eine Zugangsoption geben, während anderen die illegale Einreise verweigert werden darf.

Nun steht keineswegs fest, wie sich diese argumentative Diskrepanz in Folgeverfahren auflöst. Mit Blick auf das Kollektivausweisungsverbot könnte es durchaus sein, dass der EGMR künftig die tatsächliche Verfügbarkeit legaler Zugangswege strenger prüft, wie dies einige Kommentare zur griechischen Grenzschießung vorschnell als feststehende Leitlinie annahmen, die das Urteil so nicht deckt.⁷⁵ Ein Sektionsurteil deutet in diese Richtung, betraf allerdings eine Konstellation, in der die Beschwerdeführer im Einklang mit dem nationalen Recht einen Asylantrag an der Grenze stellten und dennoch zurückgewiesen wurden.⁷⁶ Wenn der Gerichtshof generell strenger prüfte, würde die Reichweite des Ausschlusskriteriums zurückgedrängt, nicht jedoch generell aufgegeben.

Man konnte zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung sogar darüber spekulieren, dass die Große Kammer den Gedankengang zu einer vollwertigen Theorie eines wirksamen Gebietszugangs ausbauen würde. Das Urteilsergebnis in *N.D. & N.T.* wäre gleichsam eine taktische Ablenkung seitens der Großen Kammer, die die Kritik der Vertragsstaaten abwehrt, zugleich jedoch einen dogmatischen "Samen" auswirft, der später fortentwickelt werden kann.⁷⁷ Ihren radikalsten Abschluss hätte diese Entwicklung gefunden, wenn der EGMR ein Menschenrecht auf ein humanitäres Visum eingeführt hätte.

3. Humanitäre Visa: die ausgebreitete Zugangsrevolution

Die argumentative Ambivalenz des *N.D. & N.T.*-Urteils gründete letztlich auf einer dogmatischen und konzeptuellen Unentschiedenheit, die ei-

⁷⁵ Siehe *M. Lehnert*, Die Herrschaft des Rechts an der EU-Außengrenze?, VerBlog am 4.3.2020.

⁷⁶ Siehe EGMR, *M.K. u.a.* (Anm. 33), Rn. 207-209.

⁷⁷ Zur richterlichen Taktik, konzeptuelle Neuerungen einzuführen, die anfangs keine praktischen Auswirkungen zeitigen, siehe *A. Stone Sweet*, The European Court of Justice, in: P. Craig/G. de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2011, 121 (128 ff.); zum Kontext speziell des Art. 3 EMRK siehe *M. Dembour*, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, 2015, Kap. 7.

nerseits Flüchtlinge effektiv schützen will und andererseits die Grenzen nicht unbegrenzt öffnen möchte. Vergleichsweise offen formulierte der EGMR die Spannungslage in der Urteilsbegründung selbst: Zwar sollten die Konventionsrechte “praxisnah und wirksam” anstatt “theoretisch und illusorisch” gewährleistet werden, dies beinhaltet jedoch keine generelle Verpflichtung, die Einreise zu fördern.⁷⁸ Beides zugleich geht nicht – ebenso wie die Spannungslage zwischen einem wirksamen Refoulementverbot und einem abwesenden Individualasylrecht konzeptuell und dogmatisch nicht sauber aufgelöst werden kann. Dass die legale Zugangsrevolution ausblieb, bekräftigte die zweite Grundsatzentscheidung der Großen Kammer aus dem Frühjahr 2020: Im Verfahren *M.N. und andere* wurden die Beschwerden einer syrischen Familie aus dem seinerzeit umkämpften Aleppo wegen abgelehnter humanitärer Visa als unzulässig verworfen.

Für die Migrationsforschung war die Entscheidung eine Enttäuschung.⁷⁹ Mit grundlegenden Aussagen verdeutlichte der EGMR, dass externalisierte Kontrollmaßnahmen unter Einbindung dritter Staaten sowie im Ausland nicht generell der EMRK unterfallen. Mehrheitlich betonte die Große Kammer, dass eine staatliche Jurisdiktion “eine *conditio sine qua non*” darstellt, ohne die die Vertragsstaaten nicht für ihr Handeln oder Unterlassen vor dem Gerichtshof verantwortlich zeichnen, und dass das Jurisdiktionskonzept “primär territorial” zu verstehen sei.⁸⁰ Abgelehnte Visaanträge unterfallen nicht der EMRK, auch wenn in “außergewöhnlichen Umständen” etwas Anderes gelten mag, etwa wenn eigene Staatsangehörige diplomatischen Schutz begehren oder es um einen Familiennachzug geht.⁸¹ Die Einbindung innerstaatlicher Ausländerbehörden sowie die Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung begründeten freilich keine solche Ausnahme.⁸² Unmissverständlich stellte die Große Kammer klar, dass sie eine Grundsatzentscheidung traf:

“The Court considers that to find otherwise would amount to enshrining a near-universal application of the Convention [...] and therefore to create an unlimited obligation on the Contracting States to allow entry to an individual who might be at risk of ill-treatment contrary to the Convention outside their jurisdiction. If the fact that a State Party[’s visa procedures are] sufficient to bring the individual making the application under its jurisdiction, precisely such an obliga-

⁷⁸ EGMR, *N.D. & N.T.* (Anm. 8), Rn. 221.

⁷⁹ Exemplarisch *A. Reyhani*, Expelled from Humanity, VerfBlog am 6.5.2020.

⁸⁰ EGMR, *M.N. u.a.* (Anm. 9), Rn. 97 f.; die Entscheidung wurde mit Mehrheit getroffen, auch wenn der EGMR das Stimmenverhältnis nicht mitteilt; auch Sondervoten gab es keine.

⁸¹ Siehe EGMR, *M.N. u.a.* (Anm. 9), Rn. 101-106.

⁸² Hierzu EGMR, *M.N. u.a.* (Anm. 9), Rn. 110-123.

tion would be created. The individual in question could create a jurisdictional link by submitting an application and thus give rise, in certain scenarios, to an obligation under Article 3 which would not otherwise exist.”⁸³

Für unsere Zwecke verdeutlicht der Beschluss im Verfahren *M.N. und andere* dreierlei. Erstens fand eine menschenrechtliche Zugangsrevolution nicht statt. Die Vertragsstaaten sind an die Menschenrechte gebunden, wenn sie die Grenzen auf eigenem Staatsgebiet oder der Hohen See kontrollieren, aber es besteht keine generelle Verpflichtung, legale Zugangswege für Flüchtlinge oder sonstige Migranten bereitzustellen. Belgien handelte menschenrechtskonform, als es den Visumsantrag einer syrischen Familie aus dem damals umkämpften Aleppo zurückwies. Damit bestätigte die Große Kammer binnen weniger Wochen im zweiten prominenten Verfahren, dass die Menschenrechtskonvention nicht im Wege der dynamischen Auslegung die aktuelle europäische Asylpolitik judikativ umformt.

Zweitens enttäuschte der Gerichtshof die Hoffnung derjenigen wissenschaftlichen Vorschläge, die mittels eines kollektiven oder funktionalen Jurisdiktionsverständnisses auch externalisierte Kontrollmaßnahmen der Konvention zu unterstellen versucht hatten, indem die Drittstaatskooperation mittelbar doch der staatlichen Jurisdiktion nach Art. 1 EMRK unterstellt wird.⁸⁴ Der Gerichtshof bekräftigte eindeutig, dass die EMRK einem “vorrangig territorialen” Jurisdiktionsbegriff folgt.⁸⁵ Gewiss wird es auch künftig Grenzfälle geben, in denen diese Hürde überwunden wird, ganz eventuell sogar in einem anhängigen Verfahren über eine Seenotrettungsmission der libyschen Küstenwache, an der italienische Behörden mittelbar beteiligt waren.⁸⁶ Doch selbst wenn derartige Situationen der Konvention unterstellt würden, änderte dies nicht die prinzipielle Aussage, dass das Bekenntnis zu “universellen” Menschenrechten nicht die territoriale Radizierung der staatlichen Schutzverantwortung aufhebt.⁸⁷

Drittens zeigte die Entscheidung zu humanitären Visa, dass die argumentativen Unwägbarkeiten des *N.D. & N.T.*-Urteils keinen kategorialen Um-

⁸³ EGMR, *M.N. u.a.* (Anm. 9), Rn. 124 (ohne Verweise).

⁸⁴ Siehe *T. Gammeltoft-Hansen/J. Hathaway*, Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence, *Colum. J. Transnat'l L.* 53 (2015), 235 ff.; *V. Moreno-Lax*, The Architecture of Functional Jurisdiction, *GLJ* 21 (2020), 385 (396 ff.); vorsichtiger *A. Skordas*, A “Blind Spot” in the Migration Debate?, *EU Immigration and Asylum Law Blog* v. 30.1.2018.

⁸⁵ Vgl. *T. Gammeltoft-Hansen*, Adjudicating Old Questions in Refugee Law, *EU Immigration and Asylum Law Blog* v. 26.5.2020.

⁸⁶ Siehe das anhängige Verfahren EGMR, Nr. 21660/18, *S.S. und andere gegen Italien*; sowie *V. Moreno-Lax* (Anm. 84), 405 ff.

⁸⁷ Näher *D. Thym*, Sollbruchstellen des deutschen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts, 2019, 14 ff.

schwung vorbereiteten. Der “Samen” entwickelte sich nicht zu einer umfangreichen Dogmatik für tatsächliche und wirksame Zugangswege. Im *M.N. und andere*-Beschluss ergänzte die Große Kammer ihre restriktive Deutung der Staatensouveränität um den abschließenden Hinweis, dass das Urteil “nicht die Bemühungen (*endeavours*) der Vertragsstaaten beeinträchtigte”, legale Zugangswege bereitzustellen.⁸⁸ Einer rechtlichen Verpflichtung entspringen diese “Bemühungen” jedoch nicht. Kontextuelle Faktoren helfen uns zu verstehen, warum der Gerichtshof den Geist der legalen Zugangswege nicht aus der sprichwörtlichen Flasche ließ.

IV. Ein Ende der Menschenrechtsdekaden?

Auf einer mittleren Abstraktionsebene lenken die Grundsatzentscheidungen des EGMR den Blick auf ein Phänomen, das im Bereich des Migrationsrechts vielfach als selbstverständlich unterstellt wird: eine dynamische Grundrechtsjudikatur, der die Große Kammer in den Verfahren *N.D. & N.T.* sowie *M.N. und andere* nicht folgte. Damit markierte der EGMR in zwei symbolisch wichtigen Verfahren, dass er nicht bereitsteht, die Gretchenfragen der europäischen Asylpolitik menschenrechtlich zu überlagern, nämlich die zunehmend restriktive Ausgestaltung des Gebietszugangs, auch wenn die Vorgaben der bisherigen Judikatur weiterhin die staatliche Handlungsfreiheit einschränken. Die beiden Verfahren können speziell der Migrationsforschung als Anlass dienen, die Rahmenbedingungen einer überstaatlichen Grundrechtsjudikatur in den Blick zu nehmen, die in den letzten Jahren wiederholt einer politischen und gerichtlichen Opposition seitens der Vertragsstaaten ausgesetzt worden war, welche abhängig vom Kontext und Land eine unterschiedliche Intensität entfaltete.⁸⁹

Auf einer mittleren Abstraktionsebene verdeutlicht allein die Möglichkeit einer partiellen Trendwende, die durch die beiden Grundsatzentscheidungen eventuell ausgesprochen wurde, dass der vielfach beschworene Charakter der EMRK als “lebendes Instrument”⁹⁰ keine Einbahnstraße für beständig ausgeweitete Schutzrechte darstellt. Die nachfolgenden Überlegungen kombinieren aus diesem Grund verfassungstheoretische Überlegungen zur

⁸⁸ EGMR, *M.N. u.a.* (Anm. 9), Rn. 124.

⁸⁹ Für politische Gegenbewegungen siehe *M. Madsen/M. Cebulak/M. Wiebusch*, Backlash against International Courts, *International Journal of Law in Context* 14 (2018), 197 ff.; für nationale Höchstgerichte siehe *M. Breuer* (Hrsg.), *Principled Resistance to ECtHR Judgments. A New Paradigm?*, 2019.

⁹⁰ Prägnant EGMR, Urt. v. 25.4.1978, Nr. 5856/72, *Tyrer gegen das Vereinigte Königreich*, Rn. 31: “living instrument”.

Rolle überstaatlicher Gerichte mit sozialwissenschaftlichen Einsichten speziell zur Migrationsjudikatur, die der anwendungsbezogenen Migrationsforschung helfen, die institutionelle Rolle des EGMR besser einzuschätzen. Hierbei wird deutlich, warum sich die bisherige Dynamik im gegenwärtigen soziopolitischen Umfeld gerade im Migrationsbereich abschwächt und teilweise umkehrt. Methodisch beruhen diese Darlegungen auf der Annahme, dass die Verfassungsauslegung an gesellschaftliche Entwicklungen rückgekoppelt ist,⁹¹ auch wenn dieser Vorgang theoretisch und in der operativen Umsetzung in vielerlei Hinsicht umstritten bleibt.⁹²

1. Diskursive Plattentektonik

Eine dynamische Judikatur zum Migrationsrecht entfaltete sich ab den frühen 1990er Jahren in einer zeitlichen Parallelität zu einer Epoche, die treffend als “Ende der Geschichte” beschrieben wurde, um die ideologische Vorherrschaft des liberalen Verfassungsstaats westlicher Prägung auszudrücken.⁹³ Ein Ausdruck dieser Entwicklung war die keineswegs selbstverständliche Universalisierung des Menschenrechtsgedankens,⁹⁴ der auch grenzüberschreitende Sachverhalte erfasste und durch die Rechte von Migranten die staatliche Souveränität in gleichsam idealtypischer Weise zu überwinden schien.⁹⁵ Es erfolgte eine konzeptuelle Umpolung, die den Menschenrechtsschutz zum zentralen Inhalt der Souveränität erklärte⁹⁶ und die staatliche Migrationskontrollbefugnis immer stärker unter Rechtfertigungsdruck setzte.⁹⁷ Während es früher selbstverständlich gewesen war, dass Staaten die Migration kontrollieren, mussten sie sich hierfür nunmehr im Lichte der Menschenrechte rechtfertigen.

⁹¹ Grundlegend *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre, 2013; siehe auch *M. Hailbronner*, Rethinking the Rise of the German Constitutional Court, *ICON* 12 (2014), 626 (641 ff.).

⁹² Exemplarisch *C. Hillgruber*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, *VVDStRL* 67 (2008), 7 (14 ff.).

⁹³ Vgl. *F. Fukuyama*, The End of History and the Last Man, 1992, wobei das englische “end” einen Zielpunkt meint, keinen zeitlichen Abschluss.

⁹⁴ Lesenswert *S. Moyn*, The Last Utopia. Human Rights in History, 2010.

⁹⁵ Siehe *Y. Soysal*, Limits of Citizenship, 1994; *S. Benhabib*, Claiming Rights across Borders, *Am. Polit. Sci. Rev.* 103 (2009), 691 ff.

⁹⁶ Exemplarisch *A. Peters*, Humanity as the A and Ω of Sovereignty, *EJIL* 20 (2009), 513 ff.; *B. Fassbender*, Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, *EuGRZ* 30 (2003), 1 ff.

⁹⁷ Exemplarisch *T. Groß* (Anm. 7), 327 f.; *A. Farahat*, Progressive Inklusion, 2014, Kap. 2.

Diese analytisch-diskursive Plattentektonik war in der bisweilen selbstreferentiellen internationalen Migrationsforschung ausgeprägter als in der strukturkonservativen deutschen Verfassungslehre – und zeigte sich exemplarisch beim Umgang mit prominenten EGMR-Urteilen. Während vor zwanzig Jahren das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) und die Rechtswissenschaft gegen ein menschenrechtliches “Ersatzasylrecht” aufgrund erfindungsreicher EGMR-Urteile opponierten, die die Menschenrechte “umformen”,⁹⁸ präsentierte sich das *N.D. & N.T.*-Urteil für die Migrationsforschung als “Schock”, der eine “eindeutige Garantie verzerrt”, indem die Richterschaft neue Kriterien “erfindet” und eine “subjektive Auslegung” vollziehe.⁹⁹ Spiegelverkehrt entsprechen sich die Argumentationsmuster damals wie heute und bekräftigen, wie wichtig es ist, die Grundlagen und Grenzen der überstaatlichen Menschenrechtsjudikatur verfassungstheoretisch zu erörtern.

2. Menschenrechtliche Entpolitisierung

Im Migrationsrecht zeigen sich insofern Charakteristika, welche sich die Befürworter einer dynamischen Auslegung im wohlverstandenen Eigeninteresse bewusst machen sollten. So tendiert der Menschenrechtsdiskurs dazu, politische Fragen zu moralischen Grundsatzfragen zu erheben, die gegenläufige Interessen im Dienste einer wirkungsvollen Mobilisierung und der argumentativen Überzeugungskraft als generell illegitim darstellen.¹⁰⁰ Menschenrechtshetorik kann eine mythologisch-ideologische Struktur besitzen,¹⁰¹ die sich gerade dann entpolitisiert präsentiert, wenn Gerichte als nichtmajoritäre Institutionen eine dynamische Entwicklung vorantreiben. Diese Politikferne wird freilich zur selbstgestellten Falle, wenn die Befürworter einer migrationsfreundlichen Auslegung vergessen, dass es legitime Gegenargumente gibt und ein Erfolg von begünstigenden Kontextfaktoren jenseits der Rechtsprechung abhängt.

⁹⁸ Zitate nach *K. Hailbronner*, Art. 3 EMRK – ein neues europäisches Konzept der Schutzgewährung?, DÖV 52 (1999), 617 (618); BVerwGE 104, 265 (270 ff.).

⁹⁹ Zitate nach *M. Pichl/D. Schmalz*, “Unlawful” May not Mean Rightless, VerfBlog v. 14.2.2020 in einem Forum, wo zugespitzte Formulierungen legitim sind; *S. Carrera* (Anm. 72), 8 ff.

¹⁰⁰ Anschaulich *D. Kennedy*, *The Dark Sides of Virtue*, 2004, insbes. 13-24; *B. Clifford*, *Rights as Weapons*, 2019, insbes. Kap. 2, 4.

¹⁰¹ Näher *G. Frankenberg*, *Human Rights and the Belief in a Just World*, ICON 12 (2014), 35 (45 ff.).

3. Erfolge und Grenzen der strategischen Prozessführung

Exemplarisch verdeutlicht die sozialwissenschaftliche Forschung zur strategischen Prozessführung die Voraussetzungen und Grenzen einer dynamischen Menschenrechtsjudikatur jenseits des Staates.¹⁰² Tatsächlich gründen viele EGMR-Grundsatzurteile zum Migrationsrecht auf einer strategischen Klagepraxis. Diese initiierte das *Hirsi*-Urteil zur Grundrechtsbindung extraterritorialer Grenzkontrollen ebenso wie die Entscheidungen zu den menschenrechtlichen Grenzen von Dublin-Überstellungen, ein aktuelles Urteil zu ungarischen Transitzonen sowie zuletzt das *N.D. & N.T.*-Urteil und den *M.N. und andere*-Beschluss.¹⁰³ Damit nutzten NGOs eine Methode, die vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) bisher vor allem Unternehmen und andere Interessenvertretungen gebraucht hatten.¹⁰⁴

Bei den "heißen Zurückweisungen" sowie den humanitären Visa erlebte dieser Ansatz einen Rückschlag, der exemplarisch dabei hilft, die Grenzen der strategischen Litigation und damit zugleich den Handlungskontext der überstaatlichen Grundrechtsjudikatur aufzuzeigen. So war der Sachverhalt im Verfahren *M.N. und andere* durchaus schlau gewählt, weil es um eine syrische Familie im damals umkämpften Aleppo ging und einige Belgier bereitstanden, den Aufenthalt teilweise zu finanzieren. Man kann sich schwerlich eine Konstellation vorstellen, die besser geeignet gewesen wäre, an das moralische Bewusstsein der breiteren Öffentlichkeit im Nachgang zur Flüchtlingskrise zu appellieren. Dagegen mag der Sachverhalt im *N.D. & N.T.*-Verfahren zwar ehrlich gewesen sein, weil auch Migranten ohne Schutzbedarf, die irregulär über Zäune klettern, einen Verfahrenszugangsanspruch erhalten sollten. Das narrative Framing eines gewaltsamen Vorgehens prägte die Urteilsbegründung dennoch negativ.¹⁰⁵

¹⁰² Vgl. F. Schüller, Strategien und Risiken zur Durchsetzung migrationsrelevanter Menschenrechte vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, ZAR 35 (2015), 64 ff.; S. Carrera/B. Petkova, The Potential of Civil Society and Human Rights Organizations through Third-Party Interventions before the European Courts, in: M. Dawson/B. de Witte/E. Muir (Hrsg.), Judicial Activism at the European Court of Justice, 2013, 233 ff.

¹⁰³ Instruktiv *M. Baumgärtel* (Anm. 54), Kap. 3 f.; für die besprochenen Entscheidungen *T. Wibault* (Anm. 10), 271 ff.; und *C. Gericke/V. Wriedt* (Anm. 10), 79 ff.

¹⁰⁴ Siehe J. Hoevenaars, A People's Court. A Bottom-Up Approach to Litigation Before the European Court of Justice, 2018; P. Bouwen/M. McCown, Lobbying versus Litigation. Political and Legal Strategies of Interest Representation in the European Union, Journal of European Public Policy 14 (2007), 422 ff.

¹⁰⁵ Für eine linguistische Analyse früherer EGMR-Urteile siehe J. Livingston Slosser, Components of Legal Concepts. Quality of Law, Evaluative Judgement, and Metaphorical Framing of Article 8 ECHR, ELJ 25 (2019), 593 ff.

Rechtsdogmatisch dürften zahlreiche Beobachter den Neuigkeitswert speziell des *Hirsi*-Urteils überschätzt haben, das ein spektakuläres Ergebnis mit vergleichsweise konventionellen Überlegungen verband.¹⁰⁶ So muss man das Urteil in der Rückschau als prinzipielle Bekräftigung eines territorialen Jurisdiktionsverständnisses lesen, das zwar auf vorgelagerte Grenzkontrollen erweitert wurde, nicht aber generell die Migrationsaußenpolitik der EMRK unterstellen sollte. Auch hinsichtlich des Kollektivausweisungsverbots waren viele Detailfragen offen geblieben, die ein Urteil der Großen Kammer später relativierte.¹⁰⁷ Die wissenschaftlich-publizistische Neigung, vorrangig spannende Ergebnisse zu diskutieren, kann den täuschenden Gesamteindruck einer richterlichen Dynamik vermitteln, die speziell die EMRK- und EuGH-Judikatur nie ausgezeichnet haben mag. Zudem wurden die überstaatlichen Urteile speziell in den Außengrenzstaaten des Schengen-Raums nicht niedrigschwellig umgesetzt, obgleich speziell die Leitentscheidungen überstaatlicher Gerichtshöfe darauf angewiesen sind, durch nationale Urteile und das Behördenhandeln verstetigt zu werden.¹⁰⁸

Auch jenseits der Institutionen blieb die strategische Prozessführung weitgehend isoliert. Es gelang nicht, andere gesellschaftliche und politische Arenen und Akteure im größeren Umfang zu mobilisieren, die – ungeachtet der entpolitisierten und vielfach moralisierenden Selbstdarstellung – die dynamischen Urteile kontextuell im öffentlichen Diskurs verankern,¹⁰⁹ was in der US-Forschung als Erfolgsvoraussetzung der strategischen Prozessführung etabliert ist.¹¹⁰ Dies gilt umso mehr, als auch die “Gegenseite” aufrüstete, wenn in den Verfahren *N.D. & N.T.* sowie *M.G. und andere* mehrere prominente Regierungen den Gerichtshof ebenso bedrängten wie NGOs. Diese Politisierung mag für sich genommen ein Grund sein, warum der EGMR zurückruderte, um sich nicht “als politisches Vehikel benutzen (zu) lassen”.¹¹¹ Gerade weil eine politikferne, unabhängige und rechtsbasierte

¹⁰⁶ Näher *M. Baumgärtel* (Anm. 54), 87 ff.

¹⁰⁷ Siehe Anm. 49 und begleitender Text.

¹⁰⁸ Instruktiv *M. Baumgärtel* (Anm. 54), 125 ff.; speziell dem EuGH gelang dies traditionell gut, vgl. *K. J. Alter*, *The European Court’s Political Power*, *Western European Politics* 19 (1996), 458 (466 ff.).

¹⁰⁹ Siehe *N. Markard*, *Die Bedeutung der Menschenrechte für Migrant*innen in Europa*, *ZAR* 39 (2019), 236 (239 f.); *A. Alemanno*, *Lobbying for Change*, 2017.

¹¹⁰ Vgl. *A. Sarat/S. Scheingold*, *The Dynamics of Cause Lawyering*, in: *A. Sarat/S. Scheingold* (Hrsg.), *The World’s Cause Lawyers Make*, 2005, 1 (5 ff.); *D. A. Johnson/K. Sikkink*, *Strategizing for Human Rights*, in: *B. Fassbender/K. Traisbach* (Hrsg.), *The Limits of Human Rights 2020*, 357 ff.

¹¹¹ So *C. Hruschka*, *Hot Returns bleiben in der Praxis EMRK-widrig*, *VerfBlog* am 21.2.2020.

Entscheidungsfindung das Selbstverständnis europäischer Richter prägt,¹¹² hemmt hierzulande eine Politisierung die dynamische Auslegung nachhaltiger als jenseits des Atlantiks.

4. Legitimation internationaler Rechtsprechung

Verfassungstheoretisch zeigten die ersten Reaktionen auf das *N.D. & N.T.*-Urteil exemplarisch, dass speziell in der Migrationsforschung eine Deutung verbreitet ist, wonach die überstaatlichen Gerichtshöfe ein "individuenzentriertes Mandat" besitzen,¹¹³ also gleichsam einem Primat der migrantischen Freiheit verpflichtet seien. Gewiss hinterfragten EuGH und EGMR wiederholt staatliche Praktiken aus einem unbefangenen externen Blickwinkel, ohne migrantischen Interessen einen dogmatischen Vorrang einzuräumen. So eröffnet der EGMR seine Urteile bis zum heutigen Tag mit der Formel, wonach die Vertragsstaaten "nach den Grundregeln des Völkerrechts und nach Maßgabe ihrer vertraglichen Verpflichtungen das Recht haben, die Einreise von Fremden in ihr Staatsgebiet zu kontrollieren".¹¹⁴ Spätere Urteile relativierten diese Annahme tiefgreifend, ohne sie freilich aufzuheben, weshalb Gesamtbetrachtungen vielfach ein gemischtes Bild von der EGMR-Praxis zeichnen.¹¹⁵ Im *M.N. und andere*-Beschluss betonte die Große Kammer ausdrücklich, dass ein Menschenrecht auf ein humanitäres Visum "bewirkt hätte, den etablierten Grundsatz [von der staatlichen Migrationskontrollbefugnis] zu negieren (*effect of negating*)".¹¹⁶

Die verfassungstheoretische Überzeugung vom Vorrang individueller Rechte sollte nicht von der Existenz alternativer Deutungsansätze sowie dem höchstrichterlichen Streben nach ausgleichenden Lösungen ablenken. So verfolgte der EuGH bei den Grundfreiheiten auch deshalb eine individuenzentrierte Linie, weil dies mit den EU-Zielen übereinstimmte, was im Migrationsrecht nicht in gleicher Weise gilt, weil hier ein offenes Ziel-

¹¹² Siehe C. Harlow, Public Law and Popular Justice, M.L.R. 65 (2002), 1 (2); A. Nußberger (Anm. 27), 1 (1 ff.).

¹¹³ S. Carrera (Anm. 72), 8; sinngemäß M. Picbl/D. Schmalz (Anm. 99): "confuses the whole idea of individual rights guarantees".

¹¹⁴ So die Standardformel seit EGMR, Urt. v. 28.5.1985, Nr. 9214/80, 9473/81 und 9474/81, *Abdulaziz u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Rn. 67.

¹¹⁵ Zu wenig Migrationsfreundlichkeit sehen M. Dembour (Anm. 77), Kap. 4; C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, 2016, 10 f.; entgegengesetzt M. Bossuyt (Anm. 18), 105 ff.

¹¹⁶ EGMR, *M.N. u.a.* (Anm. 9), Rn. 124.

konglomerat besteht,¹¹⁷ weshalb sich der Gerichtshof zurückhält, wenn es um die Stärkung individueller Rechte geht.¹¹⁸ Sozialwissenschaftliche Studien zeigen, dass der EuGH den Staaten sowie vor allem den politischen EU-Organen auch dann häufig folgt, wenn diese dessen Urteile faktisch schwer korrigieren können.¹¹⁹ Der EGMR ist bereits völkervertragsrechtlich verpflichtet, die Meinung der Vertragsstaaten zu berücksichtigen,¹²⁰ die in der Kopenhagener Erklärung nicht zuletzt im Migrationsbereich mehr Zurückhaltung forderten.¹²¹

Damit ist nicht gesagt, dass den Staateninteressen ein genereller Vorrang gebührte,¹²² wohl jedoch, dass die Judikatur dogmatisch, theoretisch und strukturell auf einen Ausgleich abzielt, deren verfassungstheoretische Grundlage umstritten bleibt und deren dogmatische Balance beständig neujustiert werden muss. Ein Menschenrechtsdiskurs, der im Sinn eines “Ende der Geschichte” eine lineare Fortschrittsgeschichte einer beständigen Rechtausweitung schreibt, übersieht, dass Dynamik immer auch Rückschritte, Verwerfungen und Richtungswechsel bedeuten kann.¹²³ Insofern sind die Entscheidungen *N.D. & N.T.* sowie *M.N. und andere* für die Migrationsforschung ein Weckruf, die Voraussetzungen überstaatlicher Judikatur in ihre Überlegungen einzubeziehen, die die Europarechts- und Völkerrechtswissenschaft hinsichtlich EuGH und EGMR zuletzt intensiver diskutierten. Die besprochenen Urteile erinnern uns eindrücklich an das beständige Ringen von Utopie und Realismus, die das Völkerrechtsdenken sowie die Rechtspraxis seit Jahrzehnten prägen.¹²⁴ Wenn dem so ist, bleibt die Frage, in welche Richtung der Kontext die Rechtsprechung aktuell drängt.

¹¹⁷ Siehe *D. Thym*, Ambiguities of Personhood, Citizenship, Migration and Fundamental Rights in EU Law, in: L. Azoulay/S. Barbou des Places/E. Pataut (Hrsg.), *Constructing the Person*, 2016, 111 (118 ff.).

¹¹⁸ In der Gesamtschau *D. Thym*, Rolle des EuGH in der Migrationspolitik: zwischen “Verwaltungsethos” und “Verfassungsimagination”, *EuR* 53 (2018), 672 ff.

¹¹⁹ Siehe *D. Sindbjerg Martinsen*, An Ever More Powerful Court?, 2016; *C. Carrubba/M. Gabel*, *International Courts and the Performance of International Agreements*, 2014.

¹²⁰ Hierzu bereits Anm. 22.

¹²¹ Siehe *A. von Bogdandy/L. Hering*, Im Namen des Europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien, *JZ* 75 (2020), 53 ff.; *A. Nußberger*, Wenn Selbstverständliches nicht mehr selbstverständlich ist, *JZ* 73 (2018), 845 ff.

¹²² So *J. Isensee*, *Grenzen. Zur Territorialität des Staates*, 2018.

¹²³ Dies entspricht der postkolonialen Kritik an der westlichen Moderne; vgl. *D. Chakrabarty*, *Provincializing Europe*, 2007; *J. Ferguson*, *Decomposing Modernity*, in: *J. Ferguson* (Hrsg.), *Global Shadows*, 2006, 176 ff.

¹²⁴ Klassisch *M. Koskeniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, insbes. Kap. 4, 8; *C. Tomuschat*, *Human Rights*, 2014, 1 ff.

5. Kontexte der Menschenrechtsjudikatur

Ein gemeinsames Kennzeichen des Aufstiegs populistischer Parteien,¹²⁵ der Rechtsstaatskrise in Osteuropa,¹²⁶ der Flüchtlingspolitik¹²⁷ sowie der Coronavirus-Pandemie ist die Erinnerung an die Einsicht, dass die normative Kraft der Verfassung jenseits des Rechts und von Gerichtsurteilen im gesellschaftlichen Leben verankert sein muss.¹²⁸ Für die Verfassungsauslegung ist dies insofern bedeutsam, als deren Wandel auf den soziopolitischen Kontext reagiert. Speziell das Migrationsgeschehen erstarkte in Europa in den letzten Jahren zu einem salienten Thema, das öffentliche Debatten prägt und Wahlen mitentscheidet. In einer solchen Situation weicht der “permissive Konsens”,¹²⁹ der die entpolitisierte EU-Integration und EGMR-Judikatur getragen hatte, einem “beschränkenden Dissens”,¹³⁰ der eine dynamische Rechtsprechungsentwicklung strukturell erschwert.¹³¹

Hierbei geht es nicht darum, die politische Instrumentalisierung des Migrationsthemas durch populistische Akteure dahingehend zu missdeuten, dass vorsichtigeren Gerichtsurteile dem Druck durch *Victor Orbán*, *Matteo Salvini* oder *Bernd Höcke* nachgeben. Stattdessen geht es um die allgemeine Einsicht, dass Gerichte wie der EuGH und der EGMR in einem expertisebasierten Regierungsumfeld stark sind, in hochpolitischen Angelegenheiten jedoch einen geringeren Einfluss haben.¹³² Damit schwindet allein aufgrund der politischen Saliens der Möglichkeitsraum für eine migrationsfreundliche Dynamik, die unabhängig von der populistischen Instrumentalisierung

¹²⁵ Siehe *P. Blokker*, *Populist Governments and International Law. A Reply to Heike Krieger*, *EJIL* 30 (2019), 1009 ff.

¹²⁶ Vgl. *M. Nettesheim*, “Gegründet auf Werten ...”: Das Narrativ der Wertegemeinschaft und der Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV, in: C. Franzius/F. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas*, 2019, 91 ff.; *A. von Bogdandy*, *Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies*, *MPIL Research Paper No. 2019-14*, 1 ff.

¹²⁷ Näher *D. Thym*, “The ‘Refugee Crisis’ as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy”, *CML Rev.* 53 (2016), 1545 (1567 ff.); *N. Markard* (Anm. 109), 236 (237 f.).

¹²⁸ Vgl. *U. Di Fabio*, *Normativitätsdiskurse im Vergleich der Verfassungswissenschaften*, in: J. Krüper/M. Payandeh/H. Sauer (Hrsg.), *Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung*, 2019, 105 ff.; *C. Möllers*, *Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung*, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 227 ff.

¹²⁹ Grundlegend *S. Scheingold/L. N. Lindberg*, *Europe’s Would-Be Polity. Patterns of Change in the European Community*, 1970.

¹³⁰ Allgemein *L. Hooghe/G. Marks*, *A Postfunctionalist Theory of European Integration*, *B. J. Pol. S.* 39 (2009), 1 ff.

¹³¹ Hierzu bereits *D. Thym* (Anm. 87), 47 ff.

¹³² Siehe *M. Morjé Howard*, *The Politics of Citizenship in Europe*, 2009, Kap. 3; *R. Koopmans/P. Statham*, *An Opportunity Structure Approach*, in: R. Koopmans/P. Statham (Hrsg.), *Challenging Migration and Ethnic Relations Politics*, 2000, 13 (29 ff.).

dogmatisch und theoretisch nicht selbstverständlich war.¹³³ Hinzu kommt im Fall der Grenzpolitik noch das gewandelte außenpolitische Umfeld, das mit der Rückkehr der Geopolitik zugleich auch die früher als “normative Macht” auftretende Europäische Union interessengeleiteter agieren lässt.¹³⁴ Sozialwissenschaftliche Studien zeigen, dass eine dynamische Verfassungsjudikatur in politische Prozesse und soziale Praktiken eingebettet sein muss, wenn sie keine “leere Hoffnung”¹³⁵ bleiben soll. Grundrechte und Gerichtsurteile alleine werden das Migrationsrecht weder innerstaatlich noch grenzüberschreitend umgestalten können.¹³⁶

Hierbei reagiert das Recht nicht nur auf Kontextfaktoren, sondern kann Debatten mitprägen, wenn etwa die Menschenrechtssprache im öffentlichen Diskurs dazu führt, dass dieser die Interessen und das Leid von Migranten und Flüchtlinge aufnimmt,¹³⁷ anstatt diese nur als unpersönliche “Welle” oder “illegale Einwanderung” und damit als latente Bedrohung wahrzunehmen. Es geht hierbei wohlgerne nicht darum, aus dem soziopolitischen Umfeld monokausal dogmatische Ergebnisse abzuleiten, als vielmehr aufzuzeigen, warum im Europa der Gegenwart die beständige Ausweitung von Migrantenrechten *qua* überstaatlicher Rechtsprechung zum Erliegen kommt und teilweise rückgängig gemacht wird. Eine strategische Prozessführung kann insoweit immer nur ein Teilaspekt eines umfassenden Ansatzes sein, der verinnerlicht, dass die Menschenrechte jenseits der liberal-justizförmigen Lesart immer auch der Gegenstand politischer und gesellschaftlicher Auseinandersetzungen waren.¹³⁸

¹³³ Siehe *D. Thym*, Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten, ZAR 38 (2018), 193 ff.; *S. Barbou des Places*, L’Empreinte des nationalismes sur le droit de l’immigration de l’Union européenne, RTDE 2018, 725 ff.

¹³⁴ Weiterführend *A. Skordas*, The European Union as Post-National Realist Power, in: S. Blockmans/P. Koutrakos (Hrsg.), Research Handbook on the EU’s Common Foreign and Security Policy, 2018, 394 ff.; zum geopolitischen Umfeld der GFK früher und heute *D. Thym* (Anm. 87), 2 ff., 14 ff.

¹³⁵ *G. N. Rosenberg*, The Hollow Hope. Can Courts Bring about Social Change?, 2008; *C. R. Epp*, The Rights Revolution, 1998.

¹³⁶ Vgl. *C. Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2015.

¹³⁷ Anschaulich *S. Bonjour*, Speaking of Rights, Law & Policy 38 (2016), 328 (340 ff.); siehe auch *T. Groß*, Europäische Grundrechte als Vorgaben für das Einwanderungs- und Asylrecht, KJ 34 (2001), 100 (101 f.).

¹³⁸ Siehe *M. Dembour*, Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention, 2006; zum verbreiteten Missverständnis der *Arendt’schen* Formel vom “Recht, Recht zu haben” als rechtsbasierte Aussage *A. Günдоğdu*, Rightlessness in an Age of Rights, 2015; *C. Menke*, Am Tag der Krise, 2018, Kap. 4.

V. Fazit

Es gibt Situationen, in denen Grundannahmen in Bewegung geraten. Es entsteht eine Dynamik, in der Rechtsfragen verstärkt an gesellschaftliche Entwicklungen rückgekoppelt sind und konzeptuelle Neujustierungen möglich werden. Für das Migrationsrecht könnten das *N.D. & N.T.*-Urteil sowie der *M.N. und andere*-Beschluss insofern einen Meilenstein darstellen, als sie in zwei symbolisch bedeutsamen Verfahren verdeutlichen, dass drei Dekaden der dynamischen Ausweitung individueller Rechte einer vorsichtigeren Gangart weichen. Zwar bekräftigte der EGMR im Grundsatz, dass das Kollektivausweisungsverbot einen Verfahrenszugang bei Zurückweisungen garantiert und insofern ein faktisches Asylrecht durch die Hintertüre besteht. Zugleich etablierte die Große Kammer jedoch einen neuartigen Verfahrensausschluss für Personen, die illegal einreisten, dessen dogmatische Reichweite in mehrfacher Hinsicht unklar bleibt, im Grundansatz aber dennoch die restriktive Grenzpolitik der europäischen Staaten guthieß. Ungeachtet des spektakulären Ergebnisses werden Folgeurteile die praktischen Auswirkungen der Grundsatzentscheidung relativieren, indem sie die absolute Geltung des Refoulementverbots auch nach einer illegalen Einreise bekräftigen oder strenger prüfen, ob legale Zugangswege praktisch erreichbar waren und eine Person sich daher nicht auf das Kollektivausweisungsverbot berufen kann.

Selbst wenn die dogmatischen Auswirkungen der Rechtsprechung nachträglich eingeschränkt werden, können die beiden Grundsatzentscheidungen des EGMR für die Migrationsforschung als Anlass dienen, um die Rahmenbedingungen der überstaatlichen Menschenrechtsjudikatur intensiver zu berücksichtigen. Wer gehofft hatte, dass der Gerichtshof die offenen Formulierungen im *N.D. & N.T.*-Urteil und in *M.N. und andere* zu einer generellen Forderung nach legalen Zugangswegen ausbauen würde, wurde enttäuscht. Unmissverständlich stellte die Große Kammer klar, dass es nicht nur kein Menschenrecht auf ein humanitäres Visum gibt, sondern auch andere Formen der externalisierten Migrationskontrolle aufgrund eines primär territorialen Jurisdiktionsverständnisses typischerweise nicht an der EMRK zu messen sind. Verfassungstheoretische Überlegungen und sozialwissenschaftliche Studien zeigen, dass diese vorsichtiger Gangart letztlich in einem soziopolitischen Kontext gründet, der kein fruchtbares Umfeld mehr für eine höchstrichterliche Umgestaltung des europäischen Asylrechts in einer Zeit bietet, in der dieses zu einer politisch salienten Thematik erstarkte.

ZaöRV 80 (2020)

Summary

Judicial About-Turn? On the ECHR Rulings on “Hot Returns” at the External Borders of the European Union and Humanitarian Visa for Refugees

Two remarkable rulings of the ECtHR demonstrate structural cleavages at the heart of European asylum law and policy. In the *N.D. & N.T.* judgement on the Spanish pushback practice, the Grand Chamber tried to combine migration control imperatives with the respect for the principle of *refoulement* in open-ended compromise formulae, which created more problems than the judgement solved. A few weeks later, judges rejected claims for legal entry by means of a humanitarian visa in the *M.N. and others* decision. This contribution critically analyses the contents and the effects of the recent case law, with a focus on the judgement vindicating the Spanish practice of “hot returns”. It demonstrates that the apparent indecisiveness of the judicial position reflects deeper tensions underlying international refugee law. Both rulings of the Grand Chamber direct our attention to the role of Europe’s top human rights court more generally. Theoretical and socio-legal arguments help explain why international judges tread carefully in the current sociopolitical context, which hinders dynamic interpretation and can result in a judicial change of direction.