

Grenzen des Verbots von Kollektiv- ausweisungen

Das Urteil des EGMR im Fall N.D. und N.T. gegen Spanien

Im Februar 2020 hat die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall N.D. und N.T. gegen Spanien ein Urteil zu den sog. «hot returns» gefällt, die Spanien in der Enklave Melilla regelmässig praktiziert. Darin stellt die Grosse Kammer überraschend fest, Spanien habe nicht gegen Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls (ZP 4) zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und auch nicht gegen Art. 13 in Verbindung mit Art. 4 ZP 4 verstossen, als es die Beschwerdeführer vom Grenzzaun, auf den die Beschwerdeführer geklettert waren, herunterholte und ohne weitere Abklärungen wieder nach Marokko verbrachte. Die Beschwerdeführer hätten sich durch ihr Verhalten selbst in diese gefährliche Situation gebracht, als sie gemeinsam mit vielen anderen Personen die Grenzzäune stürmten. Daher könnten sie sich nicht auf die EMRK berufen. Das Urteil scheint das Ende der migrantenfreundlichen Rechtsprechung des EGMR einzuläuten.

I. Einleitung	310
II. Das Verbot kollektiver Ausweisungen nach Art. 4 ZP 4	310
III. Leiturteile zu Art. 4 ZP 4	311
1. Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien (2012)	311
2. Georgien gegen Russland (2014)	311
3. Sharifi u.a. (2014)	312
4. Khlaifia u.a. (2016)	312
IV. Das Urteil N.D. und N.T. gegen Spanien	312
1. Zum Sachverhalt	312
2. Das Kammerurteil N.D. und N.T. gegen Spanien (2017)	313
3. Das Urteil der Grossen Kammer im Fall N.D. und N.T. gegen Spanien	313
4. Bewertung und Auswirkungen des Urteils	313
V. Fazit	314

Zitiervorschlag:

SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Grenzen des Verbots von Kollektivausweisungen, *sui generis* 2020, S. 309

Prof. Dr. Sarah Progin-Theuerkauf, Professorin für Europarecht und Migrationsrecht an der Universität Fribourg (sarah.progin-theuerkauf@unifr.ch).

URL: sui-generis.ch/139

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.139>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Einleitung

- 1 Am 13. Februar 2020 hat die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall N.D. und N.T. gegen Spanien¹ ein Urteil zu den sog. «hot returns» gefällt, die Spanien in der Enklave Melilla regelmässig praktiziert. Darin stellt die Grosse Kammer einstimmig fest, Spanien habe nicht gegen Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls (ZP 4) zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und auch nicht gegen Art. 13 EMRK in Verbindung mit Art. 4 ZP 4 verstossen, als es die Beschwerdeführer vom Grenzzaun, der Melilla umschliesst und auf den die Beschwerdeführer geklettert waren, herunterholte und ohne weitere Abklärungen wieder nach Marokko verbrachte. Die Grosse Kammer argumentierte, die Beschwerdeführer hätten sich durch ihr Verhalten selbst in diese gefährliche Situation gebracht, als sie gemeinsam mit vielen anderen Personen die Grenzzäune stürmten. Daher könnten sie sich nicht auf die EMRK berufen. Stattdessen hätten sie andere, legale Möglichkeiten ausschöpfen können und sollen, um in Spanien um Schutz zu ersuchen. Die Grosse Kammer setzte sich damit auch über die Einwände des Menschenrechtskommissars des Europarats und von UNHCR² hinweg.
- 2 Das Urteil hat einen Sturm der Entrüstung ausgelöst; teilweise wurde ein Ende der seit über 25 Jahren bestehenden «migrantenfreundlichen Auslegung» der EMRK durch den EGMR vorhergesagt, die auch dem Handeln der Europäischen Union im Bereich des Migrationsrechts schon wiederholt Grenzen gesetzt hat. Sind diese Befürchtungen berechtigt? Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über das Verbot von Kollektivausweisungen und die bisherige Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 ZP 4 gegeben werden. An-

1 Urteil des EGMR [GK] 8675/15 und 8697/15 vom 13. Februar 2020 (N.D. und N.T. gegen Spanien).

2 Vgl. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), UNHCR's oral intervention before the European Court of Human Rights Grand Chamber hearing in the case of N.D. and N.T. v. Spain (Application Nos. 8675/15 and 8697/15), 26. September 2018; Council of Europe Commissioner for Human Rights, Third party intervention, Applications No. 8675/15 and No. 8697/15 N.D. v. Spain and N.T. v. Spain, 22. März 2018.

3 Vgl. MAXIMILIAN PICHL / DANA SCHMALZ, «Unlawful» may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T., *Verfassungsblog* vom 14. Februar 2020; CARLOS OVIEDO MORENO, A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain, *Verfassungsblog* vom 14. Februar 2020; theguardian.com vom 13. Februar 2020 (European court under fire for backing Spain's express deportations *The Guardian*); DANA SCHMALZ, Die Identifikation Einzelner – Gedanken zum EGMR-Urteil im Fall N.D. und N.T., *Verfassungsblog* vom 4. Oktober 2017; vermittelnd DANIEL THYM, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on «Hot Expulsions», *EU Immigration and Asylum Law and Policy* vom 17. Februar 2020; CONSTANTIN HRUSCHKA, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR, *EU Immigration and Asylum Law and Policy* vom 28. Februar 2020.

schliessend wird das Urteil N.D. und N.T. gegen Spanien zusammengefasst und einer kritischen Analyse unterworfen. Der Beitrag schliesst mit einem Fazit.

II. Das Verbot kollektiver Ausweisungen nach Art. 4 ZP 4

Durch das 4. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 16. September 1963 wurden die materiellen Garantien der EMRK durch verschiedene weitere Rechte und Freiheiten erweitert, darunter das Verbot der Kollektivausweisung von ausländischen Staatsangehörigen. Das Protokoll ist 1968 – nach fünf Ratifizierungen – in Kraft getreten und inzwischen von 43 Staaten ratifiziert. Nicht unterzeichnet haben es lediglich Griechenland und die Schweiz⁴. Die Türkei und das Vereinigte Königreich haben es unterzeichnet, aber nicht ratifiziert.⁵

Art. 4 ZP 4 lautet schlicht: «Kollektivausweisungen ausländischer Personen sind nicht zulässig.»

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 4 ZP 4 lässt der Wortlaut klar erkennen, dass sich nur Nicht-Staatsangehörige eines Vertragsstaats auf das Verbot von Kollektivausweisungen berufen können.

Was den sachlichen Anwendungsbereich angeht, so verlangt Art. 4 ZP 4 eine Kollektivausweisung. Der Terminus «kollektiv» setzt voraus, dass es sich um mehrere Personen handeln muss, die gemeinsam über die Grenze des Vertragsstaats gebracht werden. Eine Einzelperson kann sich somit zwar auf die Garantie berufen, aber eben nur, wenn sie bei der Ausweisung Teil einer Gruppe war. Ob zwei oder mehr als zwei Personen für eine Gruppe nötig sind, ist unklar. Der EGMR hat jedoch betont, dass es keine Minimalanzahl gebe, unterhalb derer der Kollektivcharakter in Frage gestellt würde.⁶ Dies spricht für eine Anwendung der Garantie bereits ab zwei Personen. An die Gruppe werden sonst keine weiteren Anforderungen gestellt, d.h. diese muss sich nicht vorher kennen oder gemeinsame Merkmale (gleiche Staatsangehörigkeit, gleiche Religionszugehörigkeit, etc.) aufweisen.⁷

Um als «kollektiv» zu gelten, darf der Ausweisung weiter keine angemessene und objektive Analyse der individuellen Situation jeder der ausländischen Personen, die

4 Im Schweizer Recht gibt es keine formale Verankerung des Schutzes vor Kollektivausweisungen, jedoch gibt es für diese auch keine Rechtsgrundlage; eine individuelle Prüfung ist stets notwendig. Vgl. SKMR/FRA/EGMR, *Handbuch Migrationsrecht Schweiz*, Bern 2015, S. 132.

5 Siehe Europarat, *Chart of signatures and ratifications of Treaty 046*.

6 N.D. und N.T. gegen Spanien, Ziff. 194.

7 N.D. und N.T. gegen Spanien, Ziff. 195.

Teil der Gruppe sind, vorangehen.⁸ Zu beachten ist, dass durchaus mehrere Personen gemeinsam zurückgeschafft werden können (z.B. mit einem Sammelflug); dass dies simultan geschieht, ist nicht zwangsläufig ein Indiz dafür, dass es sich um eine Kollektivausweisung handelt.⁹ Auch ähnlich formulierte Entscheide sind noch kein Hinweis auf eine Kollektivausweisung.¹⁰ Entscheidend ist, ob zuvor die individuelle Situation der einzelnen Personen jeweils abgeklärt und diesen die reelle und effektive Gelegenheit gegeben wurde, Argumente gegen eine Rückkehr vorzubringen. Die Behörde muss diese in angemessener Weise untersuchen. Eine individuelle Anhörung ist aber nicht erforderlich.¹¹

- 8 Das Ziel von Art. 4 ZP 4 ist damit, ausländischen Staatsangehörigen die Möglichkeit zu geben, das Risiko einer der Konvention widersprechenden Behandlung im Falle einer Rückführung (insbesondere eines Verstosses gegen Art. 3 EMRK) vorzubringen.¹² Wenn eine individuelle Rückkehrentscheidung aufgrund fehlender Kooperation der betroffenen Person nicht erlassen werden kann, ist Art. 4 ZP 4 nicht verletzt.¹³
- 9 Eine Rechtfertigung von Kollektivausweisungen ist nicht möglich. Diese sind grundsätzlich unzulässig.¹⁴
- 10 Art. 4 ZP 4 lässt sich vom Non-Refoulement-Grundsatz¹⁵ nach Art. 3 EMRK insofern abgrenzen, als es hier nicht um Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung im Zielstaat der Ausweisung oder während der Ausweisung geht; bereits der blosse Akt des kollektiven Ausweisens (ohne individuelle Prüfung) ist verboten.

8 N.D. und N.T. gegen Spanien, Ziff. 195; Urteil des EGMR [GK] 16483/12 vom 15. Dezember 2016 (Khlaifia u.a. gegen Italien), Ziff. 237 ff.; Vgl. auch SKMR/FRA/EGMR (Fn. 4), S. 130.

9 Vgl. Khlaifia u.a. gegen Italien.

10 N.D. und N.T. gegen Spanien, Ziff. 199.

11 N.D. und N.T. gegen Spanien, Ziff. 199.

12 N.D. und N.T. gegen Spanien, Ziff. 198.

13 Entscheidung des EGMR 18670/03 vom 16. Juni 2005 (Berisha und Haljiti gegen Ehem. Jugoslav. Republik Mazedonien); Entscheidung des EGMR 2344/02 vom 1. Februar 2011 (Dritsas u.a. gegen Italien).

14 JENS MEYER-LADEWIG / STEFAN HARRENDORF / STEFAN KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Basel 2017, Art. 4 ZP 4 N2; MICHAEL HOPPE, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 2. Aufl., München 2015, Art. 4 ZP 4 N5.

15 Zum Non-Refoulement-Prinzip grundlegend CESLA AMARELLE / MINH SON NGUYEN (Hrsg.), Le principe de non-refoulement, Fondements et enjeux pratiques, Bern 2010; TAMAS MOLNAR, The principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a nutshell, Corvinus Journal Of International Affairs 1/2016, S. 51 ff.; ANA SALADO OSUNA, Treatment proscribed by Article 3 ECHR, in: García Roca/Santolaya (Hrsg.), Europe of Rights, A Compendium on the European Convention on Human Rights, Leiden 2012, S. 65 ff.; JANE MCADAM, Human rights and forced migration, in: Fiddian-Qasimiyeh/Loescher/Long/Sigona (Hrsg.), The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies, Oxford 2014, S. 203 ff.

III. Leiturteile zu Art. 4 ZP 4

Nachdem die Bedeutung von Art. 4 ZP 4 lange Zeit unklar¹⁶ war, wurde auf den Artikel vor allem in jüngerer Zeit intensiver zurückgegriffen und so seine Konturen geschärft.¹⁷ Vier Urteile der Grossen Kammer des EGMR sind besonders hervorzuheben.¹⁸

1. Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien (2012)

Der Fall Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien¹⁹ betraf die Rückführung einer Gruppe von Migranten, die von einem italienischen Militärschiff im Mittelmeer aufgegriffen worden war, nach Libyen. Die Beschwerdeführer waren nicht identifiziert worden und wurden ohne weitere Information nach Libyen zurückgebracht. Italien berief sich dabei auf ein mit Libyen abgeschlossenes bilaterales Abkommen. Die Grosse Kammer des EGMR stellte zunächst klar, dass sich die Beschwerdeführer im Anwendungsbereich der Konvention nach Art. 1 EMRK befunden hätten, da Italien tatsächliche Hoheitsgewalt über sie ausgeübt habe. Zudem stellte der EGMR eine Verletzung von Art. 4 ZP 4 und Art. 3 i.V.m. Art. 13 EMRK und Art. 4 ZP 4 fest. Das Urteil wurde als sehr progressiv begrüsst.²⁰

2. Georgien gegen Russland (2014)

Auch in Georgien gegen Russland²¹ erkannte die Grosse Kammer des EGMR (mit 16 zu einer Stimme) auf eine Verletzung von Art. 4 ZP 4. Der Fall betraf eine Staatenbeschwerde Georgiens gegen Russland, weil dieses wiederholt georgische Staatsangehörige verhaftet und ausgewiesen hatte, insgesamt mehrere Tausend bzw. Hunderte pro Monat. Die Grosse Kammer wiederholte, dass eine objektive und vernünftige Prüfung des Einzelfalls nötig sei. Die Tatsache, dass mehrere Staatsangehörige eines

16 THYM (Fn. 3) bezeichnet Art. 4 ZP 4 gar als «obskur».

17 Vgl. dazu ausführlich DANIEL RIETIKER, Collective Expulsion of Aliens: The European Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of Hope in Stormy Times? Suffolk Transnational Law Review 3/2016, S. 651 ff.

18 Zu weiteren Urteilen: SKMR/FRA/EGMR (Fn. 4), S. 130 ff.

19 Urteil des EGMR [GK] 27765/09 vom 23. Februar 2012 (Hirsi Jamaa gegen Italien); Vgl. SARAH PROGIN-THEUERKAUF / SAMAH OUSMANE / ANNA CHODOROWSKA, L'arrêt Hirsi Jamaa et autres c. Italie de la Cour Européenne des Droits de l'Homme – premières observations, Asyl 2/2012, 25 ff.; VIOLETA MORENO-LAX, Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?, Human Rights Law Review 3/2012, S. 574 ff.; MARIAGIULIA GIUFFRÉ, Watered-down rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v. Italy (2012), International & Comparative Law Quarterly 3/2012, S. 728 ff.; IRINI PAPANICOLOPULU, Hirsi Jamaa v. Italy, The American Journal of International Law 2/2013, S. 417 ff.; JASMINE COPPENS, The Law of the Sea and Human Rights in the Hirsi Jamaa and Others v. Italy Judgment of the European Court of Human Rights, in: Haack/Brems (Hrsg.), Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century, Dodrecht 2014, S. 179 ff.

20 Vgl. RIETIKER (Fn. 17), S. 666 ff.

21 Urteil des EGMR [GK] 13255/07 vom 3. Juli 2014 (Georgien gegen Russland [I]).

Staates gemeinsam ausgewiesen würden, sei an sich noch kein Indiz für einen Verstoss gegen Art. 4 ZP 4, sofern jeder einzelnen Person die Gelegenheit gegeben wurde, Argumente gegen ihre Ausweisung vorzubringen. Art. 4 ZP 4 sei auch nicht nur auf Personen anwendbar, die sich legal in einem Land aufhielten. Auch andere Personen ohne Staatsangehörigkeit dieses Landes, wie Flüchtlinge, Staatenlose oder Staatsangehörige anderer Staaten, die sich dauerhaft oder auch nur vorübergehend im betroffenen Land aufhielten, fielen unter den Anwendungsbereich von Art. 4 ZP 4. Die Grosse Kammer hielt es angesichts der hohen Zahl ausgewiesener GeorgierInnen für unmöglich, dass eine objektive und vernünftige Prüfung des jeweiligen Einzelfalls stattgefunden hatte – obschon formal Gerichtsentscheide zu jeder Person getroffen wurden. Die Grosse Kammer betonte auch, dass Probleme mit der Steuerung von Migrationsströmen eine derartige Praxis nicht rechtfertigen können. Auch eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 und 4 sowie von Art. 3 und von Art. 13 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Art. 3 EMRK wurde angenommen.

3. Sharifi u.a. (2014)

- 14 Im Fall *Sharifi u.a. gegen Italien und Griechenland*²² stellte die Grosse Kammer des EGMR eine Verletzung von Art. 4 ZP 4 sowie von Art. 3 und Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 3 EMRK und Art. 4 ZP 4 durch Italien fest, das dort per Boot ankommende Migranten ohne jegliches Verfahren «quasi-automatisch» nach Griechenland zurückgebracht hatte, wo diese unter schwierigsten Bedingungen in einem provisorischen Camp leben mussten, teilweise inhaftiert oder in die Türkei und dann in ihre Heimatstaaten zurückgewiesen wurden. Ihnen wurde keine Gelegenheit gegeben, ein Asylgesuch zu stellen oder Gründe gegen ihre Ausweisung vorzubringen.

4. Khlaifia u.a. (2016)

- 15 Im Fall *Khlaifia u.a. gegen Italien*²³ musste sich die Grosse Kammer des EGMR zu Zurückweisungen von drei Migranten von Sizilien nach Tunesien äussern. Die Grosse Kammer stellte hier – trotz Bejahung seiner grundsätzlichen Anwendbarkeit – keine Verletzung von Art. 4 ZP 4 fest, da die Beschwerdeführer identifiziert worden waren, ihre Staatsangehörigkeit abgeklärt worden war und diese Argumente gegen ihre Ausweisung vorbringen konn-

22 Urteil des EGMR 16643/09 vom 21. Oktober 2014 (*Sharifi u.a. gegen Italien und Griechenland*); Vgl. auch SKMR/FRA/EGMR (Fn. 4), S. 131.

23 *Khlaifia u.a. gegen Italien*. Vgl. JILL GOLDENZIEL, *Khlaifia and Others v. Italy*, *American Journal of International Law* 2/2018, S. 274 ff.; DUYGU ÇIÇEK, *Khlaifia and Others v. Italy*, *International Legal Materials* 2/2017, S. 358 ff.; DENISE VENTURINI, *The Grand Chamber's ruling in Khlaifia and Others v Italy: one step forward, one step back?*, *Strasbourg Observers* vom 10. Januar 2017; JOHANNA C. GÜNTHER, *Collective Expulsion and the Khlaifia Case: Two Steps Forward, One Step Back*, *Verfassungsblog* vom 16. Dezember 2016.

ten. Die simultane Rückführung der Beschwerdeführer sei auf verschiedene Einzelentscheide zurückzuführen, aber nicht «kollektiv» im Sinne von Art. 4 ZP 4 gewesen. Ein Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 EMRK wurde jedoch bejaht.

IV. Das Urteil N.D. und N.T. gegen Spanien

1. Zum Sachverhalt

Die autonome Stadt Melilla ist eine spanische Enklave von 12 km² Grösse in Nordafrika, die von marokkanischem Territorium umschlossen ist. Als Teil Spaniens und damit der Europäischen Union ist Melilla ein begehrtes Migrationsziel von Migranten aus Afrika, aber auch aus anderen Teilen der Welt, wie z.B. Syrien. Die Grenzen um Melilla sind Schengen-Aussengrenzen. Sie sind mit drei verschiedenen, parallel laufenden Grenzzäunen stark gesichert. Der äussere Zaun ist sechs Meter hoch und leicht konkav, darauf folgt ein zweiter, drei Meter hoher Grenzzaun, sodann eine Strasse, auf der regelmässige Patrouillen stattfinden, und anschliessend ein innerer Zaun, der ebenfalls sechs Meter hoch ist.²⁴ Zudem findet Videoüberwachung statt, u.a. mit Infrarotkameras und Bewegungsmeldern. An der Grenze gibt es insgesamt vier Grenzposten.

Die Grenzzäune um Melilla werden regelmässig, vor allem nachts, von Gruppen von Migranten gestürmt. Migranten, die von der Guardia Civil aufgegriffen werden, werden sofort den marokkanischen Behörden übergeben, es sei denn, sie benötigen medizinische Behandlung.

Seit 2015 regelt ein Gesetz das Aufgreifen und die Ausweisung von Migranten in Ceuta (einer weiteren spanischen Enklave) und Melilla. Bis 2015 war dies durch ein Operationsprotokoll der Guardia Civil und einen entsprechenden Dienstbefehl gedeckt.²⁵

Die beiden Beschwerdeführer, N.D. und N.T., Staatsangehörige Malis und der Elfenbeinküste, gelangten unabhängig voneinander nach Marokko. Am 13. August 2014 gegen 5 Uhr morgens versuchten sie in einer Gruppe von ca. 600 Personen, die Grenzzäune zu überwinden. N.D. und N.T. erkletterten den äusseren Grenzzaun, auf dem sie mehrere Stunden ausharrten. Am frühen Nachmittag wurden sie von spanischen Grenzbeamten mithilfe von Leitern vom Zaun heruntergeholt, mit Handschellen

24 Für eine ausführliche Beschreibung vgl. N.D. und N.T. gegen Spanien, Ziff. 16.

25 Vgl. N.D. und N.T. gegen Spanien, Ziff. 32 ff.

gefesselt und den marokkanischen Behörden übergeben. Sie wurden nicht identifiziert und hatten keine Gelegenheit, ihre individuelle Situation zu erklären. Anwälte oder Übersetzer waren nicht zugegen. Die Beschwerdeführer erklärten, weitere 75 bis 80 Migranten seien ebenfalls am 13. August 2014 den marokkanischen Behörden übergeben worden. N.D. und N.T. wurden ins Kommissariat von Nador gebracht. Später wurden beide nach Fez, ca. 300 km von Nador entfernt, überführt und dort freigelassen. Journalisten und weitere Zeugen haben die Ereignisse des 13. August 2014 gefilmt.

- 20 Beide Beschwerdeführer erreichten bei späteren Grenzerstürmungen Spanien. N.D. wurde nach dem entsprechenden Verfahren wieder nach Mali ausgeschafft. N.T. hält sich nach wie vor illegal in Europa auf, vermutlich in Andalusien. Die Beschwerdeführer leben in prekären Verhältnissen und ohne festen Wohnsitz. Ein Art. 3-Verstoß wurde bereits in einem frühen Verfahrensstadium abgelehnt.²⁶

2. Das Kammerurteil N.D. und N.T. gegen Spanien (2017)

- 21 Im Oktober 2017 entschied eine Kammer von sieben Richtern der dritten Sektion des EGMR im gleichen Fall einstimmig, dass Spanien gegen Art. 4 ZP 4 und Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 4 ZP 4 verstossen habe.²⁷ Eine Ausnahme vom materiellen Anwendungsbereich von Art. 4 ZP 4 nahm die Kammer nicht an und berief sich im Wesentlichen auf das Urteil *Hirsi Jamaa*²⁸. Ferner ging die Kammer hier von einer Kollektivausweisung aus, da die Rückführung ohne jegliches Verfahren und ohne Prüfung der individuellen Situation der Beschwerdeführer vorgenommen wurde. Der Fall wurde von der spanischen Regierung an die Grosse Kammer weitergezogen.

3. Das Urteil der Grossen Kammer im Fall N.D. und N.T. gegen Spanien

- 22 Nachdem die Grosse Kammer ausführlich die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 ZP 4 erläutert hat, geht sie auf die Frage ein, ob sich die Beschwerdeführer hier aufgrund ihres eigenen Verhaltens nicht auf Art. 4 ZP 4 berufen können. Die Grosse Kammer weist darauf hin, dass Personen, die beim irregulären Überschreiten einer Landgrenze bewusst von der Stärke einer grösseren Gruppe profitieren, schwer zu bewältigendes Chaos verursachen und die öffentliche Sicherheit bedrohen. Bedeutsam sei aber die Frage, ob ein Staat reelle und effektive reguläre Einreisewege, besonders Verfahren an den

²⁶ Vgl. Kammerentscheid des EGMR 8675/15 und 8697/15 vom 7. Juli 2015 (N.D. und N.T. gegen Spanien).

²⁷ Vgl. Kammerentscheid des EGMR 8675/15 und 8697/15 vom 3. Oktober 2017 (N.D. und N.T. gegen Spanien).

²⁸ *Hirsi Jamaa* gegen Italien.

Grenzen, vorsehe. Sofern eine solche reguläre Möglichkeit bestehe, der Beschwerdeführer davon aber keinen Gebrauch mache, müsse untersucht werden, ob zwingende Gründe, die auf objektiven Tatsachen beruhen, für die der Staat verantwortlich ist, die Beschwerdeführer davon abgehalten hätten, auf diese zurückzugreifen (Ziff. 201).

Die Grosse Kammer verweist in ihrer Analyse auch auf den Schengener Grenzkodex²⁹, nach dem ein Überschreiten der Aussengrenzen nur an bestimmten Grenzübergängen und innerhalb von festen Zeiten möglich ist (Ziff. 209). Dieser erlaube dann auch die Verweigerung des Zugangs an anderen Grenzabschnitten. Nach Auffassung der Grossen Kammer gebe es zudem verschiedene Möglichkeiten der legalen Einreise, nämlich das Beantragen eines Visums oder das Stellen eines Antrags auf internationalen Schutz an der Grenze oder in den konsularischen oder diplomatischen Vertretungen Spaniens in den Herkunftsländern. Im September 2014, nach den hier relevanten Ereignissen, habe Spanien am Grenzposten Beni-Enzar ein «Büro für Internationalen Schutz» eingerichtet, das während 24 Stunden pro Tag geöffnet sei. Aber auch vorher sei dies möglich gewesen; so seien im Jahr 2014 insgesamt 21 Asylgesuche in Melilla gestellt worden, davon sechs am Grenzposten Beni-Enzar. Nach Eröffnung des Büros von September 2014 bis Dezember 2014 seien dann 404 Asylgesuche in Beni-Enzar gestellt worden. Dies stelle die Zugänglichkeit von Beni-Enzar vor dem 1. September 2014 jedoch nicht infrage. Die geringe Zahl von Asylgesuchen von Staatsangehörigen aus Subsahara-Staaten nach dem 1. September 2014 liesse nicht auf einen fehlenden realen und effektiven Zugang zum Grenzübergang schliessen (Ziff. 217). Die Beschwerdeführer hätten niemals versucht, auf legalem Wege Zugang zum spanischen Territorium zu erhalten (Ziff. 220).

Art. 4 ZP 4 enthalte keine Verpflichtung eines Vertragsstaates, Personen, die sich auf dem Staatsgebiet eines anderen Staates befinden, in das eigene Hoheitsgebiet einreisen zu lassen. Aus diesem Grunde sei eine Verantwortlichkeit Spaniens hier nicht erwiesen und Art. 4 ZP 4 nicht verletzt. Auch eine Verletzung von Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 4 ZP 4 scheide aus.

4. Bewertung und Auswirkungen des Urteils

Vorangestellt sei zunächst, dass Art. 4 ZP 4 in seinem Anwendungsbereich deutlich über das Non-Refoulement nach Art. 3 EMRK hinausgeht, da er nicht voraussetzt, dass die betroffenen Personen in ihrem Herkunfts- oder Transitstaat verfolgt werden. Es können sich somit auch Personen darauf berufen, die keine Chance auf Zuerken-

²⁹ EU-Verordnung 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex).

nung eines internationalen Schutzstatus haben (was bei den Beschwerdeführern inzwischen klar ist). Positiv ist daher, dass der EGMR seine im *Hirsi Jamaa*-Urteil entwickelten Grundsätze zu Art. 4 ZP 4 auch im Urteil N.D. und N.T. aufrechterhält und das Verbot von Kollektivausweisungen weiter stärkt. Das Verbot hat sich damit klar zu einer eigenständigen Norm entwickelt, die nicht nur auf ausländische Staatsangehörige, die sich in einem Land aufhalten, sondern auch in Situationen der Abweisung ausländischer Personen an der Grenze anwendbar ist.³⁰

26 Enttäuschend ist jedoch das «Verwirkungsargument»: Dass Spanien für sein Handeln an den Grenzzäunen nicht verantwortlich sein soll, weil sich die Beschwerdeführer selbst in diese Situation gebracht haben, erscheint nicht nachvollziehbar; immerhin hat Spanien tatsächliche Hoheitsgewalt über diese ausgeübt und sie befanden sich unbestritten auf spanischem Territorium. Allerdings muss bedacht werden, dass sich die Grosse Kammer hier lediglich und ausschliesslich zu Art. 4 ZP 4 geäussert hat – nicht aber zu Art. 3 EMRK. Dieser (ggf. i.V.m. Art. 13 EMRK) verbietet jedoch «hot returns» ohne individuelle Prüfung, da ein Staat ohne Abklärungen nicht sicher wissen kann, was der betroffenen Person im anderen Staat droht.³¹ Nur weil im vorliegenden Fall bereits feststand, dass den Beschwerdeführern in Marokko keine Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung widerfahren war, musste der EGMR hierzu keine Stellung beziehen.³² Es steht aber zu befürchten, dass das Missbrauchsargument, das hier eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Art. 4 ZP 4 rechtfertigen soll, zukünftig auch auf andere Menschenrechte angewandt werden könnte. Marokko ist darüber hinaus nicht etwa generell als «sicherer Drittstaat» bezeichnet worden. Eine derartige Aussage lässt sich dem Urteil nicht entnehmen.

27 Nicht überzeugend ist zudem der Verweis auf die «reell und effektiv» bestehende reguläre Möglichkeit, an einem der spanischen Grenzposten ein Asylgesuch zu stellen: Die extrem niedrigen Zahlen von Asylgesuchen von Staatsangehörigen aus Subsahara-Staaten in Spanien in den letzten Jahren scheinen doch für faktisch stark eingeschränkte Möglichkeiten, Zugang zu diesen Grenzposten zu erhalten, zu sprechen.³³ Gibt es aber keine regulären Möglichkeiten, Anträge auf internationalen Schutz einzureichen, können die Ausführungen des Urteils keine Geltung beanspruchen. Auch die Möglichkeit,

30 Vgl. aber die teilweise abweichende Meinung der Richterin Koskela zum Fall N.D. und N.T. gegen Spanien, Ziff. 26.

31 Siehe auch HRUSCHKA (Fn. 3) zu Art. 3 EMRK.

32 Siehe auch THYM (Fn. 3).

33 Zu einem derartigen Schluss kam der Menschenrechtskommissar des Europarates zur Beschwerde im Fall N.D. und N.T. gegen Spanien (Fn. 2). Auch UNHCR stellte dies fest (Fn. 2).

ein Visum für die legale Einreise nach Spanien zu erhalten, ist verschwindend klein. Das Kriterium des «reellen und effektiven» legalen Zugangs zu einem Staatsgebiet ist zudem extrem schwierig zu überprüfen.

Das Urteil N.D. und N.T. gegen Spanien hat schliesslich 28 erhebliche Konsequenzen für das Gemeinsame Europäische Asylsystem. So könnten nun – neben Spanien – weitere Mitgliedstaaten in Versuchung geraten, illegal eingereiste Personen ohne Verfahren direkt in andere (Herkunfts- oder Dritt-)Staaten zurückzubringen, z.B. von den griechischen Inseln direkt zurück in die Türkei.³⁴ Derartige «hot returns» bergen jedoch nicht nur das Risiko für Non-Refoulement-Verstösse nach Art. 3 EMRK (wie oben erwähnt), sondern sind auch nach Europarecht klar unzulässig: Sofern die betroffene Person ein Asylgesuch stellt, ist dieses nach der Verfahrensrichtlinie³⁵ zunächst zu prüfen. Die Person hat damit ein Recht auf Zugang zum Asylverfahren (Art. 6 der Richtlinie), ein Recht auf Prüfung des Gesuchs (Art. 10) und ein Bleiberecht in der EU während des Verfahrens (Art. 9). Sofern kein Asylgesuch gestellt wird, die Person sich aber illegal auf dem Staatsgebiet eines Mitgliedstaats aufhält, ist ein Rückführungsverfahren nach der Rückführungsrichtlinie³⁶ durchzuführen. In beiden Fällen ist selbstverständlich auch Rechtsschutz möglich. Eine Einreiseverweigerung an der Grenze ist nach Art. 14 des Schengener Grenzkodex nur möglich, wenn ein Drittstaatsangehöriger nicht die für die Einreise nötigen Dokumente vorweist und kein Gesuch auf internationalen Schutz stellt. Auch hier sind Rechtsmittel möglich (Art. 14 Abs. 3 des Schengener Grenzkodex).

V. Fazit

Der EGMR hat in seinem Urteil zwar das Verbot von Kollektivausweisungen nach Art. 4 ZP 4 als eigenständige, 29 prozessuale Garantie gestärkt, gleichzeitig jedoch wieder ausgehöhlt, da man diese Garantie ausnahmsweise nicht in Anspruch nehmen können soll, wenn man sich irregulär Zugang zum Territorium verschafft, obschon legale Einreisemöglichkeiten existieren. Dass dies in der Realität in Melilla – insbesondere für Menschen aus Subsahara-Staaten – nahezu unmöglich ist, sieht der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht – oder möchte dies (vielleicht auch angesichts der aktuell in Europa

34 Vgl. die Kommentare unter PICHL/SCHMALZ (Fn. 3).

35 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes.

36 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger.

herrschenden angespannten Stimmung beim Thema Migration) nicht sehen. So ist eine Tendenz zur Einschränkung des Anwendungsbereichs der Menschenrechte doch erkennbar, die sich seither auch in einem weiteren Urteil bestätigt hat: Im Fall *M.N. gegen Belgien*³⁷ verneinte der EGMR die Anwendung der EMRK (hier: Art. 3 i.V.m. Art. 13 EMRK) bei Anträgen auf humanitäre Visa durch eine syrische Familie, die in der belgischen

37 Urteil des EGMR [GK] 3599/18 vom 5. Mai 2020 (*M.N. u.a. gegen Belgien*); Vgl. auch VLADISLAVA STOYANOVA, *M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas*, EJIL:Talk! vom 12. Mai 2020. Ein paralleler Fall ist zudem bereits – ebenfalls abschlägig – durch den EuGH entschieden worden: Urteil des EuGH C-638/16 PPU vom 7. März 2017 (*X. und X.*); dazu MARGARITE ZOETE-WEIJ-TURHAN / SARAH PROGIN-THEUERKAUF, CJEU Case C-638/16 PPU, *X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe*, European Law Blog vom 10. März 2017.

Botschaft in Beirut / Libanon gestellt worden waren, und erklärte die entsprechende Beschwerde für unzulässig.

Insgesamt bleibt der Zugang zu Schutz in Europa für viele Menschen nach wie vor fast unerreichbar – und die Besorgnis über ein Ende der migrantenfreundlichen Rechtsprechung des EGMR ist leider nicht völlig unberechtigt.³⁸ Im Fall *N.D. und N.T.* ist das letzte Wort noch nicht gesprochen: Das spanische Verfassungsgericht muss sich noch mit der möglichen Verfassungswidrigkeit des Gesetzes befassen, das die «hot returns» ermöglicht. Auch eine Vorlage an den EuGH erscheint noch möglich bzw. ist sogar ratsam.

38 Vgl. auch LENA 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. Februar 2019.