



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

EDITORIAL Berlin Talks: Private International Law (*Andreas Engel, Markus Lieberknecht, Bettina Rentsch, Giesela Rühl, Sophia Schwemmer*)

INTERVIEW Lilith Rein: Feministische Rechtswissenschaft und studentisches Engagement für eine geschlechtergerechte Rechtspraxis

AUS DER LEHRE

Dr. Lukas Böffel, LL.M. (Berkeley) und Dr. Jan Markus Weber
Die Assessorexamensklausur

GRUNDLAGEN

Len Klingelmeyer
Die Freiheitsforderung im Deutschen Bauernkrieg 1525

ZIVILRECHT

Kevin Ambrosius
Urheberrechtliche Implikationen von Deepfakes
İpek Sera Şenyuva
Der Effektivitätsgrundsatz als Grundlage für einen Mindestschaden im Kartellschadensersatzrecht

ÖFFENTLICHES RECHT

Shashwati Wagle
Externalisierung von Asylverfahren: Vereinbarkeit mit europäischem Menschenrechtsschutz?

STRAFRECHT

Morsal Nilofar Azizi
Fehlerquellen im Zwischenverfahren und alternative Verfahrensgestaltung

6. Jahrgang · Seiten 77–156

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2025

Dieses Modell würde sich systematisch an der bereits bestehenden Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB orientieren. Eine Erweiterung um eine widerlegbare Schadenshöhenvermutung würde das Instrumentarium sinnvoll ergänzen, ohne mit dem Totalreparationsprinzip oder dem Verbot der Überkompensation in Konflikt zu geraten.¹³⁶ Der Schädiger hat weiterhin die Möglichkeit, nachzuweisen, dass im konkreten Fall ein geringerer Schaden entstanden ist. Dass der europäische Gesetzgeber bislang keine konkrete Vermutung der Schadenshöhe aufgenommen hat, bedeutet kein Verbot solcher Regelungen auf nationaler Ebene, im Gegenteil sogar.¹³⁷ Die Öffnungsklauseln in der Richtlinie lassen den Mitgliedstaaten bewusst Spielraum, um angemessene Lösungen zu finden. Der Effektivitätsgrundsatz wirkt hier somit als Maßstab, nicht als Grenze.

Ein widerlegbarer Mindestschaden könnte in die deutsche Schadensdogmatik integriert werden, wobei sich die Frage stellt, wie dies mit den bisherigen Prinzipien des Schadensrecht in Einklang gebracht werden kann. § 249 BGB ver-

langt zwar grundsätzlich eine individuelle Kompensation, steht aber pauschalierenden Elementen nicht grundsätzlich entgegen, insbesondere, wenn diese typisierend auf der Grundlage empirischer Erfahrung oder struktureller Erkenntnisse erfolgen.¹³⁸ Die Rechtsprechung des BGH lässt in komplexen Fallkonstellationen bereits jetzt großzügige Schätzspielräume zu, sofern diese auf plausiblen Anknüpfungstatsachen beruhen.¹³⁹

Ob die Einführung einer solchen Regelung durch den Gesetzgeber erfolgt oder sich im Wege der richterlichen Fortbildung des geltenden Rechts herausbildet, bleibt abzuwarten. Auch über eine mögliche Höhe kann nur spekuliert werden. Die unionsrechtliche Entwicklung und die praktische Ineffektivität der derzeitigen Anspruchsdurchsetzung sprechen jedoch eine klare Sprache: Der Mindestschaden, verstanden als widerlegbare Vermutung, erscheint nicht nur als rechtlich möglich, sondern notwendig, um den europäischen Effektivitätsgrundsatz zu erfüllen.

Shashwati Wagle*

Externalisierung von Asylverfahren: Vereinbarkeit mit europäischem Menschenrechtsschutz?

Die Externalisierung von Asylverfahren in Drittstaaten hat sich zu einem zentralen Ansatz europäischer Migrationspolitik entwickelt, wirft jedoch erhebliche menschenrechtliche Herausforderungen im Kontext der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auf. Insbesondere das Verbot der Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) sowie der Schutz vor willkürlicher Freiheitsentziehung (Art. 5) werden durch systematische Merkmale wie kollektive Ausweisungen und de facto Inhaftierungen gefährdet. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) relativiert diese Schutzrechte zunehmend durch das Konstrukt der culpability, das Schutzsuchenden eine Mitverantwortung zuschreibt. Die Arbeit zeigt auf, dass die Praxis der Drittstaatenauslagerung mit den grundlegenden Prinzipien des europäischen Menschenrechtsschutzes nicht im Einklang steht, und fordert eine konsequente menschenrechtliche Rückbesinnung zur Wahrung effektiver Schutzstandards.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	129
B. Aufbau und systematische Bedingungen der Externalisierung	130
I. Begriff und Grundlagen der Drittstaatenauslagerung	130
II. Anwendbarkeit der EMRK bei der Externalisierung von Asylgesuchen	131
III. Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) als systematisches Merkmal der Drittstaatenauslagerung ..	131
1. Schutzgehalt und Funktion des Art. 4 Prot. 4 ..	131
2. Kollektivausweisung in der Drittstaatenauslagerung	131
3. Systematik: kollektive Ausweisung als inhärentes Merkmal der Externalisierung	132
IV. De facto Inhaftierung als strukturelle Bedingung der Drittstaatenauslagerung	132
1. De facto Inhaftierung in der EMRK	132
2. Asyllager in Drittstaaten	133
3. Lagerbedingungen in empirischer Evidenz	133
4. Systematik: Inhaftierung als konzeptionelle Voraussetzung der Externalisierung	134

¹³⁶ Weitbrecht, NZKart 2024, 170 (174).

¹³⁷ Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7 (8); Weitbrecht, WuW 2015, 959 (968 f.); Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332 (334).

¹³⁸ Kersting (Fn. 67), § 33a Rn. 119.

¹³⁹ Prütting (Fn. 59), § 287 Rn. 1.; Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 1, 19 f.

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt Völkerrecht, Europarecht und Menschenrechte an der Freien Universität Berlin und der University of California College of the Law, San Francisco. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Völkerrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust.

C. Einschränkung des Anwendungsbereichs des Kollektivausweisungsverbots durch die Rechtsprechung des EGMR	134
I. <i>ND und NT gegen Spanien</i> und seine Ausstrahlungswirkung	134
II. Die Rolle individueller <i>culpability</i> im Lichte von Art. 4 Prot. 4	135
III. Strukturelle Schutzlücke: Einzelfallprüfung und <i>Refoulement</i> -Risiko	135
D. Rechtliche Relativierung der <i>de facto</i> Inhaftierung durch den EGMR	135
I. Grundlagen der Freiheitsentziehung in der EGMR-Rechtsprechung	136
II. Kontextualisierung als Schranke des Freiheitsschutzes von Art. 5	136
III. Strukturelle Verantwortungsverlagerung als Form impliziter <i>culpability</i>	136
E. Gesenkter Schutzstandard für Asylsuchende wegen <i>culpability</i> zulässig?	136
I. Vermeintliches Anderssein der Asylsuchenden als Grundlage für geringen Schutz in der Rechtsprechung	137
1. Sonderstellung von Asylsuchenden in der EMRK und nach der EGMR-Rechtsprechung	137
2. Rhetorische Konstruktion des Andersseins in der Rechtsprechung	137
3. Menschenrechte v. staatliche Souveränität: ein schiefer Balanceakt	137
4. Narrative der <i>culpability</i> : eine kollektive Schuldzuschreibung statt individuellen Schutzes	138
II. <i>Culpability</i> als schutzminderndes Kriterium in der Rechtsprechung	138
1. Unschärfe des Begriffs – strategische Vagheit?	138
2. Realitätsverknennung bei illegaler Einreise als Grundlage für Schuldzuschreibung	138
3. Schutzminderung durch Verantwortungsverlagerung bei Einzelfallprüfung und Beweislast	139
4. <i>Culpability</i> als unzulässige Einschränkung von Art. 4 Prot. 4 und Art. 5	139
III. Effektivität menschenrechtlicher Garantien als Maßstab für die Drittstaatenauslagerung	140

F. Externalisierung der Asylpolitik: politische Motivationen, rechtliche Herausforderungen und die Rolle des EGMR	140
I. Politische Motivation der Drittstaatenauslagerung.	140
1. Beweggründe für die Externalisierung	140
2. Vom Recht zum Risiko: Drittstaatenauslagerung als System zur Umgehung menschenrechtlicher Verpflichtungen	141
II. Rechtsprechung im Wandel: der EGMR unter politischem Druck	141
1. Kontextualisierung der Rechtsprechung in politischer Realität	141
2. Souveränität contra Menschenrechte als Gefahr für den EGMR	142
3. Drittstaatenauslagerung als rechtlich gestützte Politikstrategie	142
III. <i>Backlash</i> gegen Menschenrechte: Auswirkungen für Asylsuchende	142
G. Fazit	143

A. Einleitung

Die Auslagerung von Asylverfahren in Drittstaaten ist zu einem prägenden Ansatz europäischer Migrationspolitik geworden.¹ Modelle wie das britisch-ruandische Abkommen² oder die italienisch-albanische Kooperation³ zielen darauf ab, Schutzsuchende daran zu hindern, das Territorium der Zielstaaten zu erreichen, und verlagern die Verantwortung für Asylverfahren und Schutzgewährung von den Zielstaaten auf als sicher⁴ eingestufte Drittstaaten.⁵ Diese Praxis wirft erhebliche menschenrechtliche Fragen auf,⁶ insbesondere im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Im Zentrum der Bedenken stehen dabei das Verbot der Kollektivausweisung nach Artikel 4 des Vierten Zusatzprotokolls (Art. 4 Prot. 4 EMRK⁷) und der Schutz vor willkürlicher Freiheitsentziehung gemäß Art. 5. Dessen zum Trotz wird auch in Deutschland die Externalisierung von Asylgesuchen als „Pilotprojekt“⁸ vorgeschlagen, um später ähnliche Auslagerungen auch von Deutschland aus durchzuführen.⁹

¹ Vgl. *Strik/Robbesom*, NILR 2024, 199 (200 ff.); *Shachar*, in: Dies. et al., *The shifting border. Legal cartographies of migration and mobility*. Ayelet Shachar in dialogue, 2020, S. 14 f.; *Nicolosi*, NILR 2024, 1 (2, 6).

² *Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs*, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda for the Provision of an Asylum Partnership Agreement to Strengthen Shared International Commitments on the Protection of Refugees and Migrants, 2023, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/65705fd474693000d4888dc/CS_Rwanda_1.2023_UK_Rwanda_Agreement_Asym_Partner_Protection_Refugees_Migrants.pdf, alle Internetquellen sind zuletzt abgerufen am 25.9.2025.

³ *Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale*, Protocollo tra il Governo della Repubblica Italiana e il Consiglio dei Ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, 2023, <https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2023/12/PROTOCOLLO-ITALIA-ALBANIA-in-materia-migratoria.pdf>.

⁴ *Costello*, HRLR 2012, 287 (310 ff.).

⁵ *Endres de Oliveira*, Asylmagazin 2024, 326 (326 f.).

⁶ *Shachar* (Fn. 1), S. 15.

⁷ Alle in dieser Arbeit genannten Artikel (Art.) sind solche der EMRK.

⁸ *Kornmeier*, Wie könnten externe Asylverfahren funktionieren?, 2024, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/asylverfahren-drittstaaten-102.html>; tagesschau, Asylverfahren in Drittstaaten nur unter Bedingungen, 2023, <https://www.tagesschau.de/inland/migration-asylverfahren-drittstaaten-100.html>.

⁹ *Thym*, Migration und Asyl im Koalitionsvertrag. Wo gibt es juristische Probleme, was ist Rhetorik und wer hat sich durchgesetzt?, 2025, <https://verfassungsblog.de/migration-und-asyl-im-koalitionsvertrag/>; vgl. *Bundesministerium des Inneren und für Heimat (BMI)*, Umfassende Prüfung zu Asylverfahren in Drittstaaten wird fortgesetzt: Bundesinnenministerium veröffentlicht Bericht und Stellungnahmen von Experten, 2024, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2024/06/mpk-drittstaaten.html>.

An Brisanz gewinnt auch die Debatte über die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), in der Schutzrechte von Asylsuchenden durch eine stärkere Betonung individueller und kollektiver Verantwortlichkeit im Sinne einer sog. *culpability* relativiert werden.¹⁰ Damit zeichnen sich mögliche Verschiebungen in der menschenrechtlichen Schutzlogik ab, die im Folgenden näher beleuchtet werden.

Vor diesem Hintergrund untersucht die vorliegende Arbeit, inwiefern die Zuschreibung von *culpability* an Schutzsuchende deren Rechte nach der EMRK – insbesondere das Verbot der Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) und den Schutz vor *de facto* Inhaftierung (Art. 5) – im Kontext der Drittstaatenauslagerung von Asylgesuchen einschränkt. Im Fokus steht die Frage, inwieweit die Praxis der Externalisierung und die aktuelle Rechtsprechung hierzu rechtlich im Rahmen der EMRK sowie politisch einzuordnen sind und zu einer Aushebelung des rechtlichen Schutzes von Asylsuchenden führen.

B. Aufbau und systematische Bedingungen der Externalisierung

I. Begriff und Grundlagen der Drittstaaten-auslagerung

Die Drittstaatenauslagerung beschreibt ein Konzept, bei dem Asylgesuche externalisiert werden. Asylsuchende werden überstellt in einen von ihrem Zielstaat als sicher¹¹ eingestuften Drittstaat.¹² Dort werden die Asylverfahren durchgeführt, während die Betroffenen in Lagern untergebracht werden.¹³ Diese Drittstaaten sind nicht unbedingt – und anders als in üblichen Migrationsfällen – Staaten, deren Gebiet die Asylsuchenden durchquert haben; ein Verbindungskriterium ist insoweit nicht erforderlich.¹⁴ Dieser Externalisierungsprozess ist nicht neu¹⁵ und wurde etwa schon von Staaten wie Australien und Israel durch Koope-

rationen mit Drittstaaten des Globalen Südens praktiziert, wodurch schon belastbare Erkenntnisse vorliegen, die Aufschluss über eine potenzielle Behandlung der Asylverfahren und ihrer Subjekte geben.¹⁶

Für den europäischen Bereich sind vor allem zwei verschiedene Modelle einer Drittstaatenauslagerung relevant. Zum einen beinhaltet die Vereinbarung zwischen Italien und Albanien, das sog. „Albanien-Modell“, dass männlich gelesene Menschen auf der Flucht auf Hoher See mit dem Zielstaat Italien von italienischen Kräften nach Albanien übermittle werden.¹⁷ Dort werden sie in Lagern untergebracht, die von Italien verwaltet und finanziert werden sollen.¹⁸ Die Asylverfahren sollen nach italienischem Recht im Rahmen von Online-Gerichtssitzungen durchgeführt werden.¹⁹

In einer weiteren Variante werden Asylsuchende abgeschoben und die Asylverfahren nach dem Recht des Staates, in den sie abgeschoben wurden, durchgeführt.²⁰ Auf diese Weise handelte das Vereinigte Königreich in Bezug auf Abschiebungen nach Ruanda, welches es im Rahmen eines Vertrags als sicheren Drittstaat einstufte, weshalb es auch als „Ruanda-Modell“ bezeichnet wird.²¹ Auch Dänemark schloss eine Vereinbarung mit Ruanda zur Externalisierung von Asylverfahren, die in ihrer Funktionsweise der britischen Regelung ähnelte.²² In dieser Arbeit wird auf Externalisierungsprozesse von Asylgesuchen im Allgemeinen eingegangen, allerdings werden bei der Analyse insbesondere die genannten Modelle im internationalen sowie deutschen Kontext als Ausgangspunkt genommen. Dabei geht es nicht um die Annahme, dass grundsätzlich ein Recht bestehe, sich einen bestimmten sicheren Zielstaat auszusuchen, aus dem keine Abschiebung erfolgen dürfe, sondern darum, dass Asylgesuche nicht entgegen Menschenrechten umgangen werden dürfen und ihre Umsetzung im Einklang mit den entsprechenden Rechten der EMRK stehen muss.

¹⁰ *Hakiki/Rodrik*, Asyl 2023, 3 (3 ff.); *Pichl/Schmalz*, „Rechtswidrig“ bedeutet nicht gleich rechtslos. Das schockierende Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache N.D. und N.T., 2020, <https://www.fes.de/themenportal-flucht-migration-integration/artikelseite-flucht-migration-integration/rechtswidrig-bedeutet-nicht-gleich-rechtslos>.

¹¹ *Kießling/Kienzle*, Grenzwertige Grenzverfahren. Zum Zusammenspiel von Asylverfahren an den europäischen Außengrenzen mit dem Konzept Sicherer Drittstaaten, 2023, <https://verfassungsblog.de/grenzwertige-grenzverfahren/>.

¹² Vgl. *Endres de Oliveira* (Fn. 5).

¹³ *BMI*, „Asylverfahren in Drittstaaten“: Sachstandsbericht der Bundesregierung, 2024, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-sachstandsbericht-asylverfahren-in-drittstaat.pdf>.

¹⁴ *Mégret*, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.), *Lawless Zones, Rightless Subjects. Migration, Asylum, and Shifting Borders*, 2024, S. 93; *Endres de Oliveira* (Fn. 5).

¹⁵ *Shacknove*, *IJRL* 1993, 516 (516 ff.).

¹⁶ *Amnesty International*, Stellungnahme zur Auslagerung von Asylverfahren im Rahmen des Prüfauftrages des Bundesministeriums des Inneren und für Heimat, 2024, S. 3, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-

[amnesty.pdf?__blob=publicationFile&v=2](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-markard.pdf?__blob=publicationFile&v=2); *Garlick/Tan*, Moving beyond externalisation? Toward lawful cooperation on asylum, <https://externalizingasylum.info/moving-beyond-externalisation-toward-lawful-cooperation-on-asylum/>.

¹⁷ *Markard*, Stellungnahme zum Prüfauftrag bezüglich einer Externalisierung deutscher Asylverfahren, 2024, S. 1 f., https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-markard.pdf?__blob=publicationFile&v=2; *Amnesty International* (Fn. 16).

¹⁸ *Vorländer/Kluth*, Menschenrechte und Genfer Flüchtlingskonvention als Richtschnur. Möglichkeiten und Grenzen einer rechtskonformen Auslagerung von Asylverfahren in Transit- oder Drittstaaten, 2024, S. 4, 7, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-kluth.pdf; *Markard* (Fn. 17), S. 1 f.; *Amnesty International* (Fn. 16).

¹⁹ *Markard* (Fn. 17), S. 1 f.

²⁰ *Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs* (Fn. 2).

²¹ Vgl. *Home Affairs Committee*, UK-Rwanda treaty: provision of an asylum partnership, 2024, <https://publications.parliament.uk/pa/cm5804/cmselect/cmhaff/434/report.html>.

²² *Lemberg-Pedersen*, *DFPR* 2023, 83 (83 ff.).

II. Anwendbarkeit der EMRK bei der Externalisierung von Asylgesuchen

Art. 1 besagt, dass Konventionsstaaten Rechte und Freiheiten der Personen, die sich in ihrer Hoheitsgewalt befinden, zusichern müssen. Dies ist unstrittig gegeben, wenn sich Menschen auf ihrem Territorium befinden und dann Abschiebungen erfolgen sollen, wie es im Ruanda-Modell vorgesehen ist. Besonders an Grenzen bezeugt der EGMR überdies, dass diese zum Gebiet des Staates gehören und somit die EMRK anzuwenden ist.²³ Außerhalb des Gebiets findet die EMRK Anwendung, wenn der Staat effektive Kontrolle ausübt.²⁴ Dies wurde in *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* für die Hohe See und die Zurückbringung von Menschen auf Hoher See nach Libyen bestätigt.²⁵ Physische Kontrolle, die von staatlichen Kräften also auf Schiffen oder in von ihnen betriebenen extraterritorialen Lagern²⁶ ausgeübt wird, ist somit auch erfasst.²⁷ Mithin kann zumindest für die oben genannten Modelle von effektiver Kontrolle und Gerichtsbarkeit der Zielstaaten ausgegangen werden, wodurch diese folglich die Pflicht und Verantwortung tragen, Rechte der EMRK gegenüber den Asylsuchenden zu achten.

III. Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) als systemisches Merkmal der Drittstaatenauslagerung

Im Folgenden wird die Rolle des Kollektivausweisungsverbots gemäß Art. 4 Prot. 4 im Kontext der Verlagerung von Asylverfahren in Drittstaaten untersucht.

1. Schutzgehalt und Funktion des Art. 4 Prot. 4

Art. 4 Prot. 4 besagt, dass Kollektivausweisungen ausländischer Personen nicht zulässig sind. Um den Grundsatz des *Non-Refoulements* gemäß Art. 3 zu wahren, muss gewährleistet werden, dass Abgeschobene im Drittstaat keiner unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt werden und das Verfahren dort fair ist, um zu verhindern, dass sie weiteren Rückführungen und entsprechender Behandlung im Sinne des Ketten-*Refoulement*-Verbots unterworfen werden.²⁸ Dies erfordert eine gründliche Einzelfallprüfung, die auch durch das Verbot der Kollektiv-

ausweisung gemäß Art. 4 Prot. 4 untermauert wird. Letzteres verbietet die pauschale Abweisung oder Abschiebung von Menschen ohne eine Prüfung ihrer individuellen Umstände.²⁹ Bei der Externalisierung von Asylverfahren in Drittstaaten ist es notwendig, sicherzustellen, dass diese Verfahren den Anforderungen des *Non-Refoulement*-Grundsatzes entsprechen. Das Verbot der Kollektivausweisung kann als eine Bedingung für die Umsetzung dieses Grundsatzes verstanden werden, wobei hier die Prüfstandards weniger hoch sein müssen als bei der direkten Anwendung von Art. 3.³⁰ Zudem ist Art. 4 Prot. 4 für die Externalisierungsfälle relevant, da er eine eigenständige Verfahrensgarantie darstellt,³¹ unabhängig davon, ob es eine realistische Chance auf Anerkennung als Flüchtling gibt, das heißt unabhängig von Art. 3.³² Genau das erste Zusammentreffen der potentiell Asylsuchenden und den Behörden eines Staates, der dem *Council of Europe* (CoE) angehört, ist also der Kontext, in dem das Kollektivausweisungsverbot des Art. 4 Prot. 4 verletzt werden kann.³³

Kurzgefasst erfordert das Kollektivausweisungsverbot dementsprechend, dass für jeden Nicht-Staatsangehörigen bei dem Externalisierungsakt durch den Zielstaat eine vernünftige³⁴ und objektive Einzelfallprüfung erfolgt.³⁵ Laut den Zielstaaten soll eine Einzelfallprüfung erfolgen,³⁶ wodurch die Problematik der Kollektivausweisung und die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung anerkannt wird. Allerdings wird dies in Plänen für die Drittstaatenauslagerung erwähnt, ohne dass eine Ausarbeitung oder Planung des Verfahrens diesbezüglich vorliegt.³⁷ Dass die hier relevanten Rechte aus der EMRK in aller Kürze abgehandelt werden, wirkt beinahe floskelhaft und additiv, nicht als unabdingbarer Teil der Drittstaatenauslagerung.

2. Kollektivausweisung in der Drittstaatenauslagerung

Eine Ausweisung gilt als kollektiv, wenn sie ohne angemessene und objektive Prüfung der Einzelfälle erfolgt. Es reicht nicht, dass Menschen mit einem kollektiven Merkmal gemeinsam ausgewiesen werden, wenn eine solche Einzelfallprüfung erfolgt ist.³⁸ Dass im Albanien-Modell männlich gelesene Personen wiederholt gemeinsam nach

²³ EGMR (GK), Ur. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 104 ff.

²⁴ EGMR (GK), Ur. v. 8.7.2004, Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, No. 48787/99, §§ 392, 394; EGMR (GK), Ur. v. 7.7.2011, Al-Skeini and Others v. United Kingdom, No. 55721/07, § 149; EGMR (GK), Ur. v. 23.2.2012, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, No. 27765/09, §§ 81, 169 ff.

²⁵ EGMR (GK), Ur. v. 23.2.2012, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, No. 27765/09, §§ 81, 175 ff.

²⁶ Vorländer/Kluth (Fn. 18), S. 4, 7.

²⁷ Vgl. Uerpmann-Witzack, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl. 2022, Rn. 90.

²⁸ EGMR (GK), Ur. v. 12.11.2019, Ilias and Ahmed v. Hungary, No. 47287/15, §§ 130 ff.

²⁹ EGMR (GK), Ur. v. 31.1.2019, Georgia v. Russia (I), No. 13255/07, §§ 167 ff.; Zölls, Das Verbot der Kollektivausweisung nach Art. 4 Protokoll Nr. 4 EMRK. Diskriminierungs- und Willkürverbot im Ausweisungsrecht, 2021, S. 13 ff.

³⁰ Moreno-Lax, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.), Migration and the European Convention on Human Rights, 2021, S. 49 f.; Hakiki/Rodrik (Fn. 10), 5.

³¹ Sander, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2008, S. 29.

³² Thym, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions' at the Spanish-Moroccan Border, 2020, <https://verfassungsblog.de/a-restrictionist-revolution/>.

³³ Vgl. Zölls (Fn. 29), S. 182 f.

³⁴ EGMR, Ur. v. 5.2.2002, Čonka v. Belgium, No. 51564/99, § 59.

³⁵ Uerpmann-Witzack (Fn. 27), Rn. 89, 94 ff.

³⁶ BMI, Prüfung zu Asylverfahren in Drittstaaten, 2025, <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/migration/asyl-fluechtlings-schutz/asyl-fluechtlingspolitik/mpk-asylantraege-drittstaaten-artikel.html>, s. Mögliche Drittstaatenmodelle.

³⁷ Vgl. BMI (Fn. 36); Markard (Fn. 17), S. 4.

³⁸ EGMR (GK), Ur. v. 31.1.2019, Georgia v. Russia (I), No. 13255/07, §§ 167 ff.; Zölls (Fn. 29), S. 13 ff.

Albanien transferiert werden, reicht also zunächst nicht, um das Merkmal der Kollektivität zu erfüllen, wenn jede einzelne Person eine angemessene Prüfung ihrer Umstände erfahren sollte. Jedoch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass über die Erfassung von Geschlecht und Nationalität hinaus eine weitergehende Einzelfallprüfung vorgesehen ist.³⁹ Wie der Nationalstaat oder das Herkunftsland geprüft werden sollen, ist ebenfalls nicht konkretisiert. Somit werden auf Hoher See alle Menschen, die männlich gelesen werden und bei denen bestimmte Herkunftsstaaten zumindest vermutet werden, im Rahmen einer essentialisierenden Prüfung nach Albanien gebracht. Des Weiteren ist fraglich, ob diese Prüfung ausreicht, um im Fall der Drittstaatenauslagerung Art. 4 Prot. 4 und ggf. Art. 3 gerecht zu werden. Mit dieser Beschränkung kann nicht festgestellt werden, wer Traumata, psychische Belastungen und andere Vulnerabilitäten⁴⁰ hat, die bspw. zu einer stärkeren Belastung bei einer Inhaftierung führen und die bei einem Online-Gerichtsformat womöglich nicht ausreichend in Erwägung gezogen werden könnten, wodurch eine Abschiebung noch wahrscheinlicher ist.⁴¹ Dass nur Männer und nicht Frauen und Kinder Zielgruppe der Externalisierung sind, vermeidet diesen Faktor nicht.⁴²

3. Systematik: kollektive Ausweisung als inhärentes Merkmal der Externalisierung

Es scheint offenbar nicht Ziel oder Bestandteil des systematischen Ablaufs der Externalisierung zu sein, dass eine Einzelfallprüfung der Umstände erfolgt.⁴³ Besonders beim zügigen Ablauf des Transports in den Drittstaat ist es zweifelhaft, ob eine adäquate Einzelfallprüfung erfolgt, die feststellt, dass eine Verletzung von Art. 3 bei der Abschiebung vorliegt. Im Umkehrschluss und genau im Gegenteil zeigt es eher, dass eine Art der Kollektivausweisung in der Externalisierung vorgesehen wird. Dies ist ersichtlich keine Problematik einer fehlerhaften Umsetzung des Konzepts, sondern gehört zum Konzept selbst.⁴⁴ Die schnelle Abwicklung des Prozesses benötigt das Eindämmen einer gründlichen Prüfung, die als objektiv und vernünftig gemäß Art. 4 Prot. 4 eingestuft werden kann.

Stattdessen ist die Kollektivität der Ausweisung in das Prinzip der Externalisierung eingebettet und bildet ein systemisches Merkmal derer, welches notwendig ist, um die Ziele der Auslagerung zu erreichen. Mithin ist eine Verletzung von Art. 4 Prot. 4 in Fällen der Externalisierung von Asylprozessen und somit auch den Asylsuchenden beim Externalisierungsakt immer zumindest möglich. Dies ist dementsprechend als ein systemisches Merkmal der Konzeption der Drittstaatenauslagerung zu verstehen, im Gegensatz zu einer Lösung, die Art. 4 Prot. 4 unberührt lässt.

IV. *De facto* Inhaftierung als strukturelle Bedingung der Drittstaatenauslagerung

Ein weiterer Faktor der Drittstaatenauslagerung sind die Bedingungen der Unterbringung der Schutzsuchenden. In den Drittstaaten können sie sich nicht frei bewegen, sondern müssen sich in sog. Asyllagern aufhalten.⁴⁵ Das System der Drittstaatenauslagerung, wie die Zielstaaten es konzipiert haben, benötigt immer diese Art der Inhaftierung der Asylsuchenden, um ihre Asylgesuche zu bearbeiten.⁴⁶ Denn die Einsperrung in geschlossene Zentren in den Drittstaaten wird als notwendig betrachtet, um sie an weiteren Versuchen der Einreise in die Zielstaaten zu hindern.⁴⁷ Diese Unterbringung könnte eine *de facto* Inhaftierung darstellen, die nicht mit Art. 5 vereinbar ist.

1. *De facto* Inhaftierung in der EMRK

Eine *de facto* Inhaftierung im Gegensatz zu einer formellen Inhaftierung liegt vor, wenn eine Person faktisch ihrer Freiheit beraubt wird, ohne dass dies auf der Grundlage eines rechtlichen Verfahrens angeordnet wäre.⁴⁸ Bei der Drittstaatenauslagerung werden die Schutzsuchenden in Lagern, also geschlossenen Einrichtungen, untergebracht, ohne dass dies explizit als Haft deklariert wird.⁴⁹ Da sie sich dort nicht freiwillig aufhalten, liegt eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 5 vor.⁵⁰ Diese darf gemäß Art. 5 nicht willkürlich sein,⁵¹ also nicht ohne eine Einzelfallprüfung erfolgen, bei der individuelle Faktoren und Alternativen zur Haft, insbesondere mögliche Vulnerabilitäten, angemessen berücksichtigt werden.⁵² Die Problematik der Einzelfallprüfung wurde oben bereits untersucht.

³⁹ Markard (Fn. 17), S. 4.

⁴⁰ Turković, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 106 ff.

⁴¹ Markard (Fn. 17), S. 4.

⁴² Zur Vulnerabilität Asylsuchender s. EGMR (GK), Urt. v. 21.1.2011, M.S.S. v. Belgium and Greece, No. 30696/09, § 236; Turković (Fn. 40), S. 106 ff.

⁴³ Vgl. *The National Archive*, Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024, 2024, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2024/8/enacted>; Endres de Oliveira, Grenzen der Externalisierung, 2024, <https://externalizingasylum.info/de/die-grenzen-der-externalisierung-zur-auslagerung-von-asylverfahren-an-drittstaaten/>.

⁴⁴ Vgl. BMI (Fn. 36); *The National Archive* (Fn. 43).

⁴⁵ Deutsches Institut für Menschenrechte, „Die Bundesregierung wird prüfen, ob die Feststellung des Schutzstatus von Geflüchteten unter Achtung der GFK und der EMRK zukünftig auch in Transit- oder Drittstaaten

erfolgen kann.“ Stellungnahme als Sachverständige zum Prüfauftrag I April 2024, 2024, S. 2, 4 f., https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-DIMR.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁴⁶ Endres de Oliveira (Fn. 43); Gleeson/Yacoub, Cruel, costly and ineffective: The failure of offshore processing in Australia, 2021, S. 15 f., https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/sites/kaldorcentre.unsw.edu.au/files/Policy_Brief_11_Offshore_Processing.pdf.

⁴⁷ Endres de Oliveira (Fn. 43); Gleeson/Yacoub (Fn. 46).

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 6.11.1980, Guzzardi v. Italy, Series A Nr. 39, §§ 90 ff.; Murdoch, treatment of prisoners. European standards, 2006, S. 79 ff.

⁴⁹ Endres de Oliveira (Fn. 43).

⁵⁰ Endres de Oliveira (Fn. 43).

⁵¹ EGMR, Urt. v. 5.4.2011, Rahimi v. Greece, No. 8687/08, §§ 108 f.

⁵² Markard (Fn. 17), S. 4.

Nun stellt sich die Frage, ob die Unterbringung von Schutzsuchenden haftähnlich ist und mithin ungerechtfertigt in die Rechte aus Art. 5 eingreifen könnte. Kriterien für die *de facto* Inhaftierung über die räumliche Beschränkung hinaus sind besonders die Dauer, Rechtsgrundlage und Kontrollmöglichkeit.⁵³ Die unverhältnismäßige Lagerunterbringung ist als *de facto* Inhaftierung einzuordnen.⁵⁴ Das bedeutet, dass eine unverhältnismäßige Überlänge ohne rechtliche Anordnung und Einzelfallprüfung, gegen die keine Anfechtung möglich ist (Art. 5. Abs. 4, Abs. 2), gegen Art. 5 verstoßen würde.

2. Asyllager in Drittstaaten

Asyllager sind restriktive und begrenzte Räume, die zur Kontrolle der Asylsuchenden hierarchisch verwaltet werden und meist zu starken Einschränkungen, Reglementierungen und Gefahren von und für Menschenrechte führen, einschließlich der Bewegungsfreiheit.⁵⁵ Des Weiteren ist vor allem in Externalisierungsfällen nicht zu unterschätzen, wie Vorgaben der Zuständigen für alltägliche und lebensnotwendige Aspekte – wie Zugang zu sanitären Anlagen, sauberem Trinkwasser und Nahrung sowie zu Aufenthaltsumständen – die Schutzsuchenden einschränken, was zu einer psychischen Höchstbelastung führen und in bestimmten Ausprägungen auch eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung im Sinne des Art. 3 darstellen kann.⁵⁶ Bei dem Externalisierungsprozess müssen Menschen auf der Flucht sich während der Durchführung des Verfahrens in den Lagern im Drittstaat aufhalten.⁵⁷ Dies kann bedeuten, dass Asylsuchende über einen langen Zeitraum hinweg in Lagern inhaftiert sind und zugleich die mental belastende Unsicherheit über die Dauer ihres Aufenthalts bewältigen müssen.⁵⁸ Vor allem wegen der benötigten und anvisierten Dauer bei der Drittstaatenauslagerung,⁵⁹ also einer Inhaftierung für den gesamten Ablauf des Asylverfahrens, ist eine Überlänge zu vermuten, die zu einer Verletzung von Art. 5 führen kann.⁶⁰

3. Lagerbedingungen in empirischer Evidenz

Dass insbesondere bei Asyllagern, die in Drittstaaten platziert sind, eine hohe Gefahr für die Menschenrechte der *de facto* Inhaftierten besteht, kann anhand durch Australien praktizierten Externalisierungen von Asylverfahren nachvollzogen werden.⁶¹ In den Zentren, in denen Menschen, die Australien als Zielstaat anvisiert hatten, untergebracht wurden, sind Menschen infolge medizinischer Vernachlässigung, Ermordung durch Wachpersonal und Suizid verstorben.⁶² Psychiatrisches Personal, das in den Lagern arbeitete, bezeichnete die Bedingungen für die Inhaftierten als inhärent toxisch und folterähnlich.⁶³ Weiterhin hatte Australien, das die tatsächliche Kontrolle innehatte, ebenso wie es die CoE-Staaten heute beteuern, zugesichert, die Haftbedingungen zu prüfen, erfüllte dieses Versprechen jedoch nur unzureichend.⁶⁴ Eine angemessene Unterbringung nach Vulnerabilität wurde nicht ermöglicht⁶⁵ und es wurden Verschlechterungen des körperlichen und geistigen Wohlbefindens einschließlich Selbstverletzungen, Depressionen, Nierenstörungen, Schlaflosigkeit, Kopfschmerzen, Gewichtsverlusten und Gedächtnisproblemen festgestellt.⁶⁶ Die Externalisierung von Asylgesuchen durch Australien kann wegen der Parallelen der Stellung von Zielstaat und von ihnen als sicher eingestuftem Drittstaat⁶⁷ von europäischen Staaten als Vorbild gesehen werden,⁶⁸ um ähnliche Vereinbarungen zur Auslagerung von Asylsuchenden zu unternehmen, weshalb die Relevanz der Haftbedingungen nicht zu unterschätzen ist. Solche erheblichen Verletzungen von Menschenrechten⁶⁹ sind auch durch europäische Staaten absehbar. Das wird bereits anhand der vom EGMR festgestellten Verletzung von Art. 5 durch Italien aufgrund der Haftbedingungen im italienischen Aufnahmezentrum auf Lampedusa deutlich.⁷⁰ Hygienische und sanitäre Standards wurden laut der Inhaftierten nicht eingehalten. Bspw. mussten sie auf dem Boden schlafen und essen, lange auf den Zugang zu sanitären Anlagen warten, hatten nur kurzen Zugang zu frischer Luft und erfuhren erniedrigende verbale

⁵³ EGMR, Urt. v. 25.6.1996, *Amuur v. France*, Rep. 1996-III (§§ 43 ff.); EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, § 113.

⁵⁴ EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, §§ 100 ff.

⁵⁵ Krause, Externalisierung von Asylverfahren? Eine kritische Betrachtung politischer Verantwortung, konzeptioneller Probleme und praktischer Risiken, 2024, S. 5 f., https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-krause.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁵⁶ Krause (Fn. 55), S. 5 f.; Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.; Kosin, The Attribution of Torture in the Private Sphere. An Analysis of the Jurisprudence of the ECHR and the UN Committee against Torture, 2020, S. 70 f., 75.

⁵⁷ McDonnell, NILR 2024, 119 (120 ff.).

⁵⁸ Krause (Fn. 55), S. 5 f.; Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.

⁵⁹ Amnesty International, Das „Memorandum of Understanding“ zwischen Italien und Albanien: Verantwortung auslagern, Menschenrechte gefährden, 2024, S. 9 f., <https://www.amnesty.de/sites/default/files/2024-03/Amnesty-Stellungnahme-Asylverfahren-Auslagerung-Italien-Albanien-Januar-2024.pdf>.

⁶⁰ Markard (Fn. 17), S. 4.

⁶¹ Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.

⁶² United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (OHCHR), Australia responsible for arbitrary detention of asylum seekers in offshore facilities, UN Human Rights Committee finds, 2025, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2025/01/australia-responsible-arbitrary-detention-asylum-seekers-offshore-facilities>; Doherty, Australia violated rights of asylum seekers on Nauru, 2025, <https://www.theguardian.com/australia-news/2025/jan/10/australia-violated-rights-of-asylum-seekers-on-nauru-un-watchdog-rules>.

⁶³ OHCHR (Fn. 62); Doherty (Fn. 62).

⁶⁴ Vgl. Doherty (Fn. 62); Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.

⁶⁵ Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.

⁶⁶ OHCHR (Fn. 62); Doherty (Fn. 62).

⁶⁷ Linden-Retek, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 59 ff.

⁶⁸ Vgl. Hyndman/Mountz, Government and Opposition 2008, 249 (250 ff.); Engler, Auslagerung von Asylverfahren – Chance oder Risiko?, 2024, <https://heimatkunde.boell.de/de/2024/12/05/auslagerung-von-asylverfahren-chance-oder-risiko>.

⁶⁹ In Australiens Fall Rechte aus dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, s. OHCHR (Fn. 62).

⁷⁰ EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12.

Behandlungen durch das Wachpersonal.⁷¹ Zudem kann die *de facto* Inhaftierung durch europäische Staaten als Mittel zur Abschreckung verstanden werden,⁷² wodurch es zweifelhaft ist, ob Mindeststandards umgesetzt werden sollen. Folgerichtig ist bei der Unterbringung von Asylsuchenden in Lagern in Drittstaaten von einer *de facto* Inhaftierung auszugehen, die gegen ihre Rechte aus Art. 5 verstößt.

4. Systematik: Inhaftierung als konzeptionelle Voraussetzung der Externalisierung

Die rechtliche Möglichkeit einer Drittstaatenauslagerung ist umstritten, jedoch wird vor allem die anvisierte praktische Umsetzung wegen möglicher Menschenrechtsverstöße abgelehnt. Allerdings ist die Drittstaatenauslagerung so konzipiert, dass sie eine Art der *de facto* Inhaftierung voraussetzt.⁷³ Mithin kann die Externalisierung von Asylgesuchten nicht in einer gesonderten Rechtssphäre als theoretisch menschenrechtlich vereinbar begriffen werden, wenn die Umsetzung Teil des Konzepts ist. Denn die Drittstaatenauslagerung ausschließlich in einer theoretischen, losgelösten Rechtssphäre zu betrachten, in der Zielstaaten behaupten, die EMRK zu achten – ohne jedoch konkret darzulegen, wie eine menschenrechtskonforme Unterbringung gewährleistet wird – wäre rechtlich verfehlt. Eine solche Betrachtung ignoriert, dass gerade die praktische Umsetzung offenlegt, wie das Prinzip tatsächlich verstanden und angewandt wird. Eine solche Betrachtungsweise wird für eine umfassende Bewertung der EMRK-Konformität in dieser Arbeit als unzureichend verstanden. Wie die Kollektivausweisung ist die Inhaftierung als Voraussetzung für die Auslagerung zu verstehen und nicht als Konsequenz einer optimierungsfähigen Umsetzung, die auch anders gestaltet werden könnte. Diese Art der Inhaftierung, die mit Art. 5 unvereinbar ist, ist eine strukturelle Bedingung für die Externalisierung von Asylgesuchten.⁷⁴ Vor diesem Hintergrund wird in dieser Arbeit nicht von der Prämisse ausgegangen, dass die Drittstaatenauslagerung in ihrer theoretischen Konzeption und praktischen Umsetzung getrennt zu betrachten ist, sondern vielmehr davon, dass etwaige Verletzungen der EMRK auf das Gesamtgefüge des Prinzips bezogen zu analysieren sind.

C. Einschränkung des Anwendungsbereichs des Kollektivausweisungsverbots durch die Rechtsprechung des EGMR

Es stellt sich nun die Frage, wann eine Verletzung des Kollektivausweisungsverbots aus Art. 4 Prot. 4 vorliegt. Dafür wird herausgearbeitet, wie der EGMR die Kollektivausweisung versteht, und analysiert, ob er eine Ermöglichung der Kollektivausweisung trotz des eigentlichen Verbotes im Wege einer Ausnahme zulässt.

I. ND und NT gegen Spanien und seine Ausstrahlungswirkung

Der Fall *ND und NT gegen Spanien* vor der Großen Kammer stellt ein zentrales Leiturteil für das Verständnis von Art. 4 Prot. 4 und den Schutz von Menschen, die anstreben, in einem CoE-Staat Asyl zu beantragen, dar. Dort versuchten mehrere Schutzsuchende, darunter ND aus Mali und NT aus der Elfenbeinküste, einen Grenzzaun zu überwinden, um die spanische Exklave Melilla von Marokko aus zu erreichen und dort Asyl zu beantragen.⁷⁵ Jedoch wurden beide, nachdem sie den Zaun überwunden hatten, vom spanischen Grenzschutz direkt nach Marokko zurückgewiesen.⁷⁶ Die Beschwerdeführenden erklärten, dass die Zurückweisung kollektiv erfolgte und Spanien somit eine Verletzung von Art. 4 Prot. 4 verursachte.⁷⁷ Der EGMR bestätigte, dass die Zurückweisung an sich eine kollektive Maßnahme war.⁷⁸ Allerdings verwies der EGMR bei der Anwendung des Schutzbereichs darauf, dass *culpable conduct* der Beschwerdeführer dazu führe, dass sie sich nicht auf das Merkmal der Kollektivität berufen dürfen.⁷⁹ *Culpable conduct* könne den Beschwerdeführern jedoch nicht angelastet werden, soweit es an angemessenen Vorkehrungen für eine legale Einreise fehlt.⁸⁰ Mithin stellt der EGMR hier fest, dass das vermeintlich schuldhafte Verhalten des Einzelnen dazu führt, dass die Kollektivausweisung, deren Bedingungen vorliegen, gerechtfertigt ist.⁸¹

Dass die in *ND und NT gegen Spanien* etablierte Ausnahme keine Ausnahme in der Rechtsprechungslinie und Lesart der EMRK seitens des EGMR ist, wird deutlich durch *MB und RA gegen Spanien*, wo die körperlichen Verletzungen eines Beschwerdeführers trotz der Beweise auf sein eigenes

⁷¹ Herr, Die Würde des Menschen ist unantastbar, 2015, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/egmr-urteil-16483-12-fluechtlinge-lampedusa-menschenwuerte-verletzt>.

⁷² Bast/Endres de Oliveira/Wessels, IJRL 2023, 461 (472).

⁷³ Markard (Fn. 17), S. 4.

⁷⁴ Costello, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law, 2015, S. 279 f., 285 ff.

⁷⁵ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 21 ff.

⁷⁶ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 21 ff.

⁷⁷ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 137 ff.

⁷⁸ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 185 ff.

⁷⁹ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 200 f.

⁸⁰ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 209 ff.

⁸¹ Pichl/Schmalz (Fn. 10).

Verhalten zurückgeführt wurden und die Verletzung des Art. 4 Prot. 4 mit Verweis auf *ND und NT gegen Spanien* erneut wegen *culpable conduct* abgelehnt wurde.⁸² Es kann davon ausgegangen werden, dass diese Umstände auch bei Drittstaatenauflagerungen, einschließlich zukünftigen Implementierungen, den Schutz der betroffenen Asylsuchenden aus Art. 4 Prot. 4 einschränken können.

Eine Schutzminderung ist auch in *Khlaifia u.a. gegen Italien* zu verzeichnen. Dort stuft der EGMR die Einzelfallprüfung als ausreichend ein, wenn von einer konsularischen Autorität ein Identifikationsverfahren ausgeführt wird, bei dem die Beschwerdeführer eine echte und wirksame Möglichkeit haben, Argumente gegen ihre Ausweisung vorzubringen.⁸³ Das ist als sehr niedrige Schwelle und erneute Verantwortungsverlagerung auf die Schutzsuchenden zu sehen, da nun nicht der Staat verpflichtet ist, vorzuweisen, dass eine angemessene individuelle Prüfung stattgefunden hat, sondern stattdessen von den Schutzsuchenden gefordert wird, nachzuweisen, dass keine Möglichkeit bestand, ihre Ausweisung anzufechten.⁸⁴

II. Die Rolle individueller *culpability* im Lichte von Art. 4 Prot. 4

Die Rechtsprechung im Fall *ND und NT gegen Spanien* schwächt den Schutz von Asylsuchenden an den Grenzen europäischer Staaten, die die EMRK ratifiziert haben, erheblich. Der EGMR berücksichtigt dabei wenig die strukturellen Realitäten, die Menschen auf der Flucht dazu zwingen, Grenzen irregulär zu überqueren.⁸⁵ Staaten werden nicht für die Einschränkung legaler Möglichkeiten, eine Grenze zu überqueren und Asyl zu beantragen, verantwortlich gemacht.⁸⁶ Stattdessen entwickelt der EGMR eine Ausnahme zum Schutz gemäß Art. 4 Prot. 4, wenn *culpable conduct* der Menschen auf der Flucht vorliegt.⁸⁷ Zwar gibt es teilweise theoretisch legale Wege, in die Staaten einzuwandern, jedoch ignoriert der EGMR vorliegend, dass diese für die betroffenen Menschen aufgrund struktureller Barrieren und sozioökonomischer Faktoren *de facto* unzugänglich sind.⁸⁸ Statt den Staaten die Verantwortung für die

Verhinderung legaler Einreisen zuzuschreiben, wird die Existenz solcher Wege genutzt, um den Schutzsuchenden eine Schuld zuzuweisen, wenn sie diese nicht nutzen. Dies führt dazu, dass sie keinen Schutz vor kollektiven Ausweisungsmaßnahmen erfahren, obwohl diese Maßnahmen vorliegen. Es besteht folglich eine Diskrepanz zwischen faktischen Bedingungen und rechtlichen Erwägungen. Die Kollektivausweisung wird daher als gerechtfertigt angesehen, basierend auf der *culpability* der Schutzsuchenden, einem Begriff, der in diesem Kontext neu und unklar bleibt.⁸⁹

III. Strukturelle Schutzlücke: Einzelfallprüfung und *Refoulement*-Risiko

Wenn gegen das Verbot der Kollektivausweisung verstoßen wird, sind Verletzungen des *Non-Refoulement*-Grundsatzes absehbar, denn ohne Einzelfallprüfung wird nicht überprüft, ob Kettenabschiebungen oder generell Abschiebungen in Staaten erfolgen, in denen eine Behandlung der Asylsuchenden nach Art. 3 zu erwarten ist.⁹⁰ Art. 3, einschließlich des Prinzips des *Non-Refoulements*, gilt laut dem EGMR absolut.⁹¹ Bei Fällen, in denen diese Art von Deportation vorliegt, sollte das Verhalten der Asylsuchenden, also auch ihre vermeintliche zurechenbare *culpability*, nicht in Betracht gezogen werden.⁹² Dies bei der Kollektivexpulsion, deren Einzelfallprüfung eine Voraussetzung für das *Non-Refoulement*-Verbot ist, einzubeziehen, lässt sich schwerlich mit der eigenen Rechtsprechung in Einklang bringen.⁹³ Die Feststellung, das *Non-Refoulement*-Verbot gelte absolut und sei nicht einzuschränken,⁹⁴ muss mit der konkreten Umsetzung durch eine angemessene Einzelfallprüfung unterfüttert werden und läuft sonst leer.

D. Rechtliche Relativierung der *de facto* Inhaftierung durch den EGMR

Weiterhin gilt zu analysieren, wie die *de facto* Inhaftierung, eine Bedingung für die Drittstaatenauflagerung, rechtlich einzuordnen ist. Dafür wird auf die Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich Asylhaft und Art. 5 eingegangen.

⁸² EGMR, Entsch. v. 5.7.2022, M.B. and R.A. v. Spain, No. 20351/17, § 23; *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 16.

⁸³ EGMR (GK), Ur. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, §§ 247 f.

⁸⁴ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 5.

⁸⁵ *Markard*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain, 2020, <https://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/>; *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 4 ff.

⁸⁶ *Tammone*, NILR 2024, 89 (90 f.); *European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)*, Der Fall N.D. und N.T. gegen Spanien. Rückschlag für den Flüchtlingsschutz: EGMR verwirft Beschwerden gegen Spanien, 2020, <https://www.ecchr.eu/fall/nd-und-nt-gegen-spanien/>.

⁸⁷ *Pichl/Schmalz* (Fn. 10).

⁸⁸ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10).

⁸⁹ *Pichl/Schmalz* (Fn. 10).

⁹⁰ Vgl. *Moreno-Lax* (Fn. 30), S. 49 f.

⁹¹ EGMR, Ur. v. 20.3.2018, *Ireland v. the United Kingdom* (revision), No. 5310/71, § 163; *Mavronicola*, Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR, 2021, S. 164 ff.

⁹² *Mole/Meredith*, Asylum and the European Convention on Human Rights, 2011, 23; *Moreno-Lax* (Fn. 30), S. 50.

⁹³ Vgl. *Lübbe*, The Elephant in the Room. Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T., 2020, <https://verfassungsblog.de/the-elephant-in-the-room/>.

⁹⁴ *Hruschka*, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR, 2020, <https://eumigrationlawblog.eu/hot-returns-remain-contrary-to-the-echr-nd-nt-before-the-echr/>; *van der Berg*, Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlung in der Rechtsprechung des EGMR und die strafprozessualen Konsequenzen, 2019, S. 93 ff.

I. Grundlagen der Freiheitsentziehung in der EGMR-Rechtsprechung

Der EGMR konstatiert in *Engel u.a. gegen die Niederlande*, dass bei Inhaftierungen Art, Dauer, Wirkung und Vollstreckungsweise der Maßnahme zu berücksichtigen sind.⁹⁵ Zudem muss einbezogen werden, dass eine Maßnahme nicht als Strafe ausgeführt wird, sondern gegen Menschen, die oft wegen der Angst um ihr Leben aus dem eigenen Land geflohen sind.⁹⁶ In *Dougoz gegen Griechenland* führt der EGMR weiter aus, dass die Inhaftierung im guten Glauben erfolgen und im engen Zusammenhang damit stehen muss, dass die unerlaubte Einreise verhindert werden soll, und der Ort und die Bedingungen dementsprechend angemessen sein müssen.⁹⁷ Sollten diese Voraussetzungen nicht ausreichend erfüllt sein, kann die Inhaftierung schließlich als willkürlich anerkannt werden. Eine willkürliche Inhaftierung ist nach Art. 5 untersagt.

II. Kontextualisierung als Schranke des Freiheitsschutzes von Art. 5

Allerdings schränkt der EGMR dies wieder ein in *Khlaifia u.a. gegen Italien*, indem er hier betont, dass die Interpretation der einzelnen Aspekte zur Umsetzung des Menschenrechts in der Gesamtbetrachtung gesehen werden muss.⁹⁸ Dies ist keine Aussage, die als floskelhaft abgetan werden kann, sondern wird hierbei zugrunde gelegt, um den Kontext, der in Erwägung gezogen werden müsse, näher zu bestimmen. Nämlich soll hier eine Krisensituation vorliegen, da so viele Menschen gleichzeitig nach Asyl suchen.⁹⁹ Weiterhin hält der EGMR in *Ilias und Ahmed gegen Ungarn* fest, dass die Interpretation von Art. 5 praktisch und realistisch, unter Berücksichtigung der heutigen Bedingungen und Herausforderungen, erfolgen muss.¹⁰⁰ Dies deutet darauf hin, dass der EGMR sich von seinen alten Standards zur Feststellung der Verletzung von Art. 5 abwendet, was er nicht mit einer Veränderung seiner Rechtsprechung wegen einer rechtlichen Bewertung begründet, sondern damit, dass der Kontext von Migration und Asyl sich verändert habe, was in die rechtliche Bewertung einfließen müsse.

III. Strukturelle Verantwortungsverlagerung als Form impliziter *culpability*

In der Bewertung von Sachverhalten führt der EGMR vorausgehend an, dass eine Krisensituation an sich nicht bedeute, dass die Staaten die Menschenrechte nicht achten müssen.

ten.¹⁰¹ Allerdings sollte die Schwierigkeit der Situation für den einzelnen Staat in die Abwägung einbezogen werden.¹⁰²

Zwar bleibt der Staat grundsätzlich dazu verpflichtet, die Rechte der EMRK zu gewährleisten, jedoch wird diese Verantwortung in einem bestimmten Kontext relativiert. In diesem Kontextverständnis lässt sich eine Verschiebung der Verantwortung erkennen. Die bloße Existenz der Situation, unabhängig von einer konkreten Zuschreibung der *culpability*, beeinflusst die Anwendung der EMRK zulasten der Schutzsuchenden. Weiterhin impliziert die im Kontext der Kollektivausweisung thematisierte niedrige Schwelle zur Einzelfallprüfung eine inhaltliche Verlagerung.¹⁰³ Und zwar weg von einer Auslegung, die den Staat verpflichtet, nachzuweisen, dass eine Expulsionsentscheidung individuell getroffen wurde, hin zu einer Auslegung, in der es nun den betroffenen Asylsuchenden obliegt, den Beweis zu erbringen, dass ihnen keinerlei effektive Möglichkeit zur Anfechtung der Ausweisung zur Verfügung stand.¹⁰⁴ Auch darin ist eine klare Verlagerung der Verantwortung auf die Schutzsuchenden bzw. zu deren Lasten zu erkennen.

Die Verantwortungsverlagerung kann als Variante der Zuschreibung von *culpability* verstanden werden. Die kontextbezogene Argumentation wird in dieser Arbeit daher nicht als eigenständiges oder alternatives Konzept neben der *culpability* verstanden, sondern als Teil oder Verstärkung derselben. Dafür spricht auch, dass der EGMR bei seiner Anwendung von *culpability* in *ND und NT gegen Spanien* auf *Khlaifia u.a. gegen Italien* verweist,¹⁰⁵ um aufzuzeigen, dass das Konzept nicht neu sei. Entweder wird den Schutzsuchenden direkte Verantwortung für ihre Situation zugeschrieben, was ihren Schutz mindert, oder es erfolgt eine mittelbare Verantwortungskonstruktion aufgrund der Umstände, die sich ebenfalls schutzmindernd auswirkt. Die *culpability* im Sinne des EGMR manifestiert sich somit in einer strukturellen Verantwortungsverlagerung vom Staat auf Asylsuchende.

E. Gesenkter Schutzstandard für Asylsuchende wegen *culpability* zulässig?

Durch die neue Rechtsprechung des EGMR stellt sich die Frage, ob ein reduzierter Schutzbereich für Asylsuchende wegen ihrer vermeintlichen *culpability* zulässig ist. Wenn dies der Fall ist, wäre auch der Schutz für Asylsuchende, die von der Drittstaatenauslagerung betroffen sind, niedriger, jedenfalls in Bezug auf die Kollektivausweisung und *de facto* Inhaftierung.

⁹⁵ EGMR, Ur. v. 8.6.1976, *Engel and Others v. The Netherlands*, Series A Nr. 22, § 59.

⁹⁶ EGMR, Ur. v. 6.3.2001, *Dougoz v. Greece*, Rep. 2001-II, § 57.

⁹⁷ EGMR, Ur. v. 6.3.2001, *Dougoz v. Greece*, Rep. 2001-II, § 57.

⁹⁸ EGMR (GK), Ur. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, §§ 182 ff.

⁹⁹ EGMR (GK), Ur. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, §§ 182 ff.

¹⁰⁰ EGMR (GK), Ur. v. 14.3.2017, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, No. 47287/15, § 213.

¹⁰¹ *Rainey/McCormick/Ovey*, The European Convention on Human Rights, 8. Aufl. 2020, S. 213; *Feihle*, in: Aust/Demir-Gürsel (Hrsg.), The European Court of Human Rights. Current Challenges in Historical Perspective, 2021, S. 135 f.

¹⁰² *Rainey/McCormick/Ovey* (Fn. 101) S. 213; *Feihle* (Fn. 101), S. 135 f.

¹⁰³ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 5.

¹⁰⁴ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 5.

¹⁰⁵ EGMR (GK), Ur. v. 13.2.2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, No. 8675/15 and 8697/15, § 200.

I. Vermeintliches Anderssein der Asylsuchenden als Grundlage für geringen Schutz in der Rechtsprechung

Die Einordnung des Konzepts der *culpability* in die Rechtsprechung des EGMR erscheint logischer, wenn es im Kontext des strukturell anderen Status von Asylsuchenden und Zwangsmigrierten betrachtet wird. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der EGMR ihnen zulasten ein zumindest rechtliches Anderssein von Schutzsuchenden annimmt.

1. Sonderstellung von Asylsuchenden in der EMRK und nach der EGMR-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EGMR hat sowohl bedeutende Fortschritte zum Schutz der Menschenrechte von Schutzsuchenden gebracht als auch neuerdings eine Kehrtwende, die droht, ihre Rechte einzuschränken.¹⁰⁶ Der ursprüngliche Vertrag enthält kein ausdrückliches Recht auf Asyl und ist dabei sogar eher einschränkend, s. Art. 5 Abs. 1 und Art. 16.¹⁰⁷ Erst durch das vierte Zusatzprotokoll sowie in Teilen durch das siebte Zusatzprotokoll wurden Rechte positiviert. Zuvor beruhte ein entsprechender Schutz auf der sich fortentwickelnden Rechtsprechung des EGMR.¹⁰⁸ Dieser Umstand wird vom EGMR wiederholt erwähnt.¹⁰⁹

2. Rhetorische Konstruktion des Andersseins in der Rechtsprechung

Dass Fälle, die Asyl betreffen, anders behandelt werden, wird durch die Betonung des vermeintlichen Andersseins deutlich.¹¹⁰ Hierbei wird ihre Besonderheit hervorgehoben, ohne dass explizit erläutert wird, erstens auf welche Art anders und zweitens anders als wer Asylsuchende zu behandeln sind.¹¹¹ Rhetorisch bemerkenswert ist die Hervorhebung des EGMR, dass kein expliziter Schutz für Menschen auf der Flucht gewährleistet ist, die Staaten aber trotzdem ihren Verpflichtungen nachkommen müssen, obwohl der Kontext Asyl besonders sei und Migration und Grenzkontrolle in der Entscheidungsmacht der Staaten liegen.¹¹² Mithin ist mit das Erste, was der EGMR in den Fällen feststellt, dass es keinen expliziten Schutz oder ein Recht auf Asyl gibt und die Staaten souverän ihre Grenzkontrollen durchführen sollten.¹¹³ Dass zunächst die Souveränität des Staates betont wird und nicht das möglicherweise verletzte Recht des Schutzsuchenden, spricht erneut für die Andersbehandlung

von Migration, da der EGMR in anderen Kontexten sehr wohl zunächst auf das Recht eingeht.¹¹⁴ Somit ist der Schutz von Asylsuchenden prekär; er soll nur in außergewöhnlichen Umständen möglich und fortwährend beschränkt sein, während Maßnahmen wie Inhaftierung von Migrierenden in Asylkontexten normalisiert werden.¹¹⁵ Die Rechtsprechung des EGMR kann so gelesen werden, dass sie in Fällen zu Asyl und Migration zurückhaltend bezüglich des Schutzes ist und den Staaten einen großen Entscheidungsspielraum lässt.¹¹⁶

3. Menschenrechte v. staatliche Souveränität: ein schiefer Balanceakt

Der EGMR fundiert die *culpability* in *ND* und *NT* gegen *Spanien* damit, dass die Schutzsuchenden in einer im Voraus geplanten Operation unter Gewaltanwendung einreisen,¹¹⁷ was ein trügerisches¹¹⁸ Narrativ unterstreicht, das Migrierende pauschal als gewalttätige Akteur*innen konstruiert und ihnen eine geplante massenhafte Eindringung nach Europa unterstellt.¹¹⁹ Rhetorisch werden Asylsuchende durchweg als Gegner oder Bedrohung der staatlichen Interessen deklariert,¹²⁰ ohne dass zuvor eine gesonderte und sorgfältige Prüfung erfolgt, ob sie die öffentliche Sicherheit eines Staates gefährden. Dies unterstreicht den Widerspruch zwischen menschenrechtlichen Verpflichtungen und dem souveränen Anspruch der Staaten,¹²¹ ihre Grenzen zu kontrollieren sowie den Umgang mit jenen, die diese Grenzen überqueren wollen.¹²² Wenn zwei widersprüchliche und parallele Verpflichtungen dieselben Menschen betreffen, ist also bei der Umsetzung der Verpflichtungen zu vermuten, dass eine priorisiert wird,¹²³ während der anderen nicht gerecht wird. Dies ist eine Abwendung von der Klassifizierung von Asylsuchenden – vor allem solcher, die eine schwierige Reise hinter sich haben oder inhaftiert sind – als besonders vulnerabel¹²⁴ und schutzbedürftig, die auch vom EGMR entwickelt wurde. Die unzureichende rechtliche Fundierung ihrer positiven Besonderheit¹²⁵ in der EMRK birgt die Gefahr, dass ein politischer Wandel und die Aberkennung dieser Außergewöhnlichkeit¹²⁶ zu einem erheblichen Abbau des Schutzrahmens führen könnte, ohne dass dem rechtlich wirksam begegnet werden kann.¹²⁷

¹⁰⁶ *Bianku*, in: Çali/Ders./Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 86 ff.

¹⁰⁷ *Feihle* (Fn. 101), S. 133 ff.

¹⁰⁸ *Feihle* (Fn. 101), S. 133 ff.

¹⁰⁹ S. z.B. EGMR, Urt. v. 30.10.1991, *Vilvararajah and Others v. The United Kingdom*, Series A Nr. 215, § 102.

¹¹⁰ EGMR, Urt. v. 30.10.1991, *Vilvararajah and Others v. The United Kingdom*, Series A Nr. 215, § 102; *Feihle* (Fn. 101), S. 149.

¹¹¹ EGMR, Urt. v. 30.10.1991, *Vilvararajah and Others v. The United Kingdom*, Series A Nr. 215, § 102; *Feihle* (Fn. 101), S. 149.

¹¹² *Dembour*, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, 2015, S. 504; EGMR, Urt. v. 30.10.1991, *Vilvararajah and Others v. The United Kingdom*, Series A Nr. 215, § 102; *Feihle* (Fn. 101), S. 149.

¹¹³ *Feihle* (Fn. 101), S. 135, 149.

¹¹⁴ *Dembour* (Fn. 112).

¹¹⁵ *Feihle* (Fn. 101), S. 150.

¹¹⁶ *Baumgart*, *Effektiver Schutz nationaler Minderheiten durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?*, S. 227 f.

¹¹⁷ EGMR (GK), Urt. v. 13.2.2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 206 ff.

¹¹⁸ *Adema/Alipour*, *Steigert Migration die Kriminalität? Ein datenbasierter Blick*, 2025, <https://www.ifo.de/DocDL/sd-2025-digital-03-adema-alipour-migration-kriminalitaet.pdf>.

¹¹⁹ *Pichl/Schmalz* (Fn. 10).

¹²⁰ *Dembour* (Fn. 112), S. 504.

¹²¹ *Ippolito/Pérez González*, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 138 ff.

¹²² *Benhabib*, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, 2004, S. 2.

¹²³ *Dembour* (Fn. 112), S. 504.

¹²⁴ *Turković* (Fn. 40), S. 106 ff.

¹²⁵ *Feller*, RSQ 4/2005, 27 (28 ff.).

¹²⁶ *Fassin*, in: Pasquetti/Sanyal (Hrsg.), *Displacement: Global conversations on refuge*, 2020, S. x ff.

¹²⁷ *Motomura*, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 32 ff.

4. Narrative der *culpability*: eine kollektive Schuldzuschreibung statt individuellen Schutzes

Die Besonderheit des Schutzes bei Asyl wird auch durch die Schuld- oder Wissenszuweisung deutlich, die den Betroffenen nicht bei der Abwägung und Verhältnismäßigkeit, sondern schon beim Schutzbereich negativ zugerechnet wird. Bspw. wurde im Fall *Omoregie gegen Norwegen* kein Recht auf Familie gemäß Art. 8 gewährleistet, weil die Betroffenen bei Gründung ihrer Familie¹²⁸ wussten, dass der Aufenthaltsstatus unsicher war.¹²⁹ Die vorangegangene Analyse zeigt, dass Art. 4 Prot. 4 bei der illegalen Einreise als Konsequenz einer vermeintlichen Schuld eingeschränkt wird, wenn legale Einreisewege möglich wären. Dieses schuldhaftes Verhalten wird direkt in die Definition der Kollektivität einbezogen, um diese abzulehnen. Insofern wird die vermeintliche *culpability* der Beschwerdeführenden in der Definition der betroffenen Rechte zu ihrer Ablehnung angewandt.¹³⁰ Es ist festzustellen, dass der EGMR ein Anderssein der Schutzsuchenden annimmt. Dies lässt zu, dass eine maßgebliche Verantwortungsverlagerung auf sie vorgenommen wird. Dadurch ist ihr Schutz gemindert.

II. *Culpability* als schutzminderndes Kriterium in der Rechtsprechung

Es stellt sich die Frage, ob die Berücksichtigung von *culpability* als schutzminderndes Kriterium in der Rechtsprechung geeignet ist, die Rechte aus Art. 4 Prot. 4 und Art. 5 einzuschränken, oder ob sie als unzulässig einzustufen ist, was eine manifeste Unzulässigkeit der Drittstaatenauslagerung im Lichte der EMRK nach sich ziehen würde.

1. Unschärfe des Begriffs – strategische Vagheit?

Der EGMR definiert die *culpability* nicht. Anstelle dessen treten Verweise auf Fälle, die aufzeigen sollen, dass der EGMR kein neues Konzept zur Einschränkung oder Rechtfertigung bei Verletzungen von Rechten aus der EMRK entwickelt.¹³¹ Dies erscheint logisch, da die Einschränkung in Einklang mit der sprachlichen Zurückhaltung des EGMR in einer eher subtilen Weise zum Ausdruck gebracht wird, ohne zu benennen, dass es sich um eine neue Beschränkung handelt.¹³² Jedoch erwähnt der EGMR, dass ein Verhalten dann unter *culpable conduct* fällt, wenn legale Einreise-

möglichkeiten nicht genutzt werden, eine Anzahl an Menschen ihre Anzahl nutzt, um Grenzen zu überqueren, sich nicht angemessen ausweist oder Gewalt anwendet.¹³³ Wenn es um die Drittstaatenauslagerung geht, ist davon auszugehen, dass die Betroffenen der Externalisierung ihre Fluchtwege ähnlich antreten werden wie die Beschwerdeführer, denen *culpable conduct* vorgeworfen wurde.¹³⁴ Dadurch, dass nicht abschließend definiert ist, was die *culpability* ist, sie jedoch vom EGMR durch Verweise auf Fälle wie *ND und NT gegen Spanien* und *Khlaifia u.a. gegen Italien* zitierbar ist, lässt sich vermuten, dass *culpable conduct* sich ausweiten und auf verschiedene weitere Verhaltensweisen oder Umstände von Asylsuchenden übertragen lässt, ohne dass die *culpability* konkretisiert wird.

Mithin bleibt die Bedeutung und Reichweite der *culpability* unklar¹³⁵ und damit ausweitbar, weshalb davon auszugehen ist, dass dies auch bei der Drittstaatenauslagerung relevant ist, sei es bei dem Akt der Externalisierung, die eine Kollektivausweisung oder eine Umgehung der Kollektivausweisung gemäß Art. 4 Prot. 4 darstellen könnte, oder der Unterbringung, die eine *de facto* Inhaftierung entgegen Art. 5 aufzeigt.

2. Realitätsverkenennung bei illegaler Einreise als Grundlage für Schuldzuschreibung

Externalisierungsprozesse in der Migration bzw. zu ihrer Verhinderung kennen CoE-Staaten wie Italien schon.¹³⁶ Nicht nur die Zahl an Zurückweisungen im Widerspruch zum *Refoulement*-Verbot sind gestiegen, sondern auch die Methoden, um Migration zu verhindern, bevor Asylsuchende Staatsgebiet erreichen.¹³⁷ Das heißt also, dass Staaten außerhalb ihres Gebietes versuchen, illegale Einreisen zu vermeiden und damit auch nach einer Lesart ihre Grenzen externalisieren.¹³⁸ Die Ausweitung der Externalisierung von Migrationskontrollen und repressive Formen der Zurückweisung an Grenzen wachsen.¹³⁹ Dabei ist auffällig, dass bei den Strategien der CoE-Staaten, illegale Reisewege zu vernichten, parallel die Immigration, die nicht unbedingt irregulär oder illegal ist, generell verhindert wird.¹⁴⁰ In der Rechtssache *ND und NT gegen Spanien* sowie in Fällen, in denen auf sie verwiesen wird, wird der EGMR dafür kritisiert, dass er nicht ausreichend geprüft

¹²⁸ Caroni, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, 1998, S. 171 ff.

¹²⁹ Costello (Fn. 73), S. 80.

¹³⁰ Feihle (Fn. 101), S. 152.

¹³¹ EGMR (GK), Urt. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, § 200.

¹³² EGMR (GK), Urt. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, § 200; Dembour (Fn. 112), S. 504; Feihle (Fn. 101), S. 149; Pichl/Schmalz (Fn. 10).

¹³³ EGMR (GK), Urt. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 200 ff.

¹³⁴ S. Biehler, Schriftliche Stellungnahme zum Prüfauftrag über die Feststellung des Schutzstatus von Geflüchteten unter Achtung der Genfer

Flüchtlingskonvention und der Europäischen Menschenrechtskonvention auch in Transit- oder Drittstaaten, 2024, S. 4, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-biehler.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

¹³⁵ Thym, Kippt in Brüssel das individuelle Asylrecht? EU-Kommission für legale „Pushbacks“ an den EU-Außengrenzen, 2025, <https://verfassungsblog.de/kippt-in-brussel-das-individuelle-asylrecht/>.

¹³⁶ Tammone (Fn. 86), S. 90 f.

¹³⁷ FitzGerald, Refuge beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers, 2019, S. 9; Tammone (Fn. 86), S. 90 f.

¹³⁸ Shachar (Fn. 1), S. 4 ff.; FitzGerald (Fn. 137); Tammone (Fn. 86).

¹³⁹ Pichl/Schmalz (Fn. 10).

¹⁴⁰ ECCHR (Fn. 86).

habe, ob die legale Einreise für die Klagenden überhaupt möglich wäre.¹⁴¹ Neben dieser Prüfung muss jedoch zudem in Betracht gezogen werden, dass Staaten legale Einreisemöglichkeiten einschränken, da sie häufig Migration als Ganzes oder zu einem gewissen Grad vermeiden wollen oder dies in Kauf nehmen.¹⁴² Dies bedeutet, dass Schutzsuchenden negativ angerechnet wird, dass sie legale Möglichkeiten nicht nutzen, obwohl die Staaten in diesem Fall erneut verantwortlich sind für die Ausmerzung solcher Wege. Zwar wird angebracht, dass das Urteil des EGMR für die Staaten als Motivation gesehen werden könne, um legale Einreisewege bereit zu stellen.¹⁴³ Allerdings ist wegen unzureichender oder ungenauer Prüfung seitens des Gerichts hinsichtlich der Möglichkeit solcher Einreisewege für die betroffenen Menschen auf der Flucht nicht davon auszugehen, dass dies einen erheblichen Schutz für diese darstellen würde. Stattdessen ist die Existenz legaler Wege ein Verweis für Staaten, weshalb an anderen Stellen ein Verstoß gegen das Kollektivausweisungsverbot aus Art. 4 Prot. 4 gerechtfertigt wäre. Aus Art. 4 Prot. 4 selbst ergibt sich das Konstrukt der *culpability* folgerichtig nicht.

3. Schutzminderung durch Verantwortungsverlagerung bei Einzelfallprüfung und Beweislast

Die angemessene Einzelfallprüfung ist sowohl für Art. 4 Prot. 4 als auch Art. 5 relevant. Sie ist notwendig, damit das Merkmal der Kollektivität im Sinne des Art. 4 Prot. 4 nicht gegeben ist. Daneben ist eine gesonderte Prüfung der Umstände nötig, damit eine Inhaftierung nicht als willkürlich im Sinne des Art. 5 gilt. Der EGMR senkt dabei die Anforderungen an die Einzelfallprüfung. Beschwerdeführenden wird die Verantwortung gegeben, Nachweise zur Unanfechtbarkeit aufzubringen,¹⁴⁴ also aufzuzeigen, warum ein unzureichendes Identifikationsverfahren *ex post* vorlag. Es ist ungewiss, ob den Asylsuchenden, die sich gezwungen fühlen, eine Reise aufzunehmen, die in einer illegalen Grenzüberschreitung mündet, möglich ist, rechtlich effektiv dagegen anzugehen. Dass die Anforderungen für die Prüfung also gesenkt werden, gleichzeitig aber Schutzsuchende die Beweislast tragen, kann dazu führen, dass Menschenrechtsverletzungen dem EGMR nicht wirksam zugeleitet werden können. Auch die Tatsache, dass die Menge an Schutzsuchenden zu ihren Ungunsten gewertet wird, ist fragwürdig. Denn eine große Anzahl an Asylsuchenden

kann darauf hinweisen, dass diese durch schwerwiegende Umstände zur Migration gezwungen und daher also besonders schutzbedürftig sind. Als Grundlage für das Konstrukt der *culpability* eignet sich dieses Argument somit nicht.

An all diesen Fällen ist erkennbar, dass die Schutzsuchenden für die Situation, in der sie sich befinden, verantwortlich gemacht werden. Mit dieser Vorgehensweise ist es zunächst schlüssig, dass die Konsequenzen auch auf ihnen lasten. Dem EGMR kann dabei vorgeworfen werden, dass er die strukturell limitierten Optionen der Menschen auf der Flucht verkennt.¹⁴⁵ Aufgrund der Lage, in der sich Schutzsuchende befinden, können sie sich nicht in einer Weise verhalten, die im Sinne des EGMR als weniger *culpable* gilt, da ihr Handeln von struktureller Ungleichstellung¹⁴⁶ bestimmt ist, die außerhalb ihres autonomen Einflussbereichs liegt.¹⁴⁷

4. Culpability als unzulässige Einschränkung von Art. 4 Prot. 4 und Art. 5

Die vorangegangene Analyse zeigt auf, dass durch das Konstrukt der *culpability* eine implizite Vorverurteilung vorgenommen wird, die im Lichte der EMRK nicht zulässig ist. Wer illegal einreist, verliert gewisse Rechte, obgleich die Anwendung der EMRK-Rechte nicht von der Einreise abhängig gemacht werden darf. Das läuft dem Telos von Art. 4 Prot. 4 zuwider, da dieser die kollektive Ausweisung unabhängig vom späteren Flüchtlingsstatus verbietet. Wenn also die *culpability* angenommen wird, schränkt das Art. 4 Prot. 4 fundamental in seinem Kern¹⁴⁸ ein.

Das Einreiseverhalten, einschließlich der Menge an Schutzsuchenden, die teilweise gemeinsam anreisen, wird ihnen zu Last gelegt, wenn es um die Verantwortung der Behörden geht, sie angemessen unterzubringen. Die Umstände der *de facto* Inhaftierung allein sind meist schon ausreichend, um die Verletzung von Art. 5 zu bejahen. Die Anzahl der Schutzsuchenden als Art der *culpability* ihrerseits, um die willkürliche oder unwürdige Unterbringung zu rechtfertigen, ist nicht nur ein widersinniges Konstrukt, es unterläuft auch den ausführlichen und systematischen Art. 5. Die Konstruktion führt zu einer faktischen Andersbehandlung Schutzsuchender, deren Begründung nicht aus der EMRK zu schließen ist.

¹⁴¹ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 4 ff., 16.

¹⁴² *ECCHR* (Fn. 86).

¹⁴³ *Feihle* (Fn. 101), S. 153.

¹⁴⁴ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 5 ff.

¹⁴⁵ *Dembour* (Fn. 112), S. 504.

¹⁴⁶ *Dembour* (Fn. 112), S. 504.

¹⁴⁷ Die Aussage intendiert, die Realität von Flucht- und Migrationsprozessen darzustellen, ohne die Asylsuchenden zu infantilisieren oder ihnen

ihre *Agency* absprechen zu wollen. S. weiterführend *Mégret* (Fn. 14), S. 90 ff.; *Mutua*, HILJ 2001, 201 (203 f.) und zum Begriff der Menschenrechte *Rajagopal*, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, 2009, S. 171 ff.

¹⁴⁸ Vgl. *Zöls* (Fn. 29), S. 3 ff.; *Kritzman-Amir/Spijkerboer*, HHRJ 2013, 1 (5 ff.).

Eine Verwässerung der Einzelfallprüfung – namentlich durch sehr niedrige Anforderungen, bei denen Vulnerabilitäten nicht festgestellt werden können, Schutzsuchende die Situation nicht ausreichend verstehen, selbst argumentieren müssen, welche Behandlung sie erhalten sollten, oder schlicht ihr Auslassen wegen vermeintlich schuldhaften Verhaltens – lässt sich auch auf die Idee der *culpability* zurückführen. Das führt zu Verletzungen des Kollektivausweisungsverbots aus Art. 4 Prot. 4 und erfüllt die Bedingungen der Willkür, die nach Art. 5 untersagt ist, und führt folglich auch zu Verletzungen von Art. 5.

Die *culpability* und Verantwortungsverlagerung, die die Rechtsprechung entwickelt, ist kein genügendes Konstrukt, das sich aus Art. 4 Prot. 4 und Art. 5 ergibt und ihre Verletzung negieren, rechtfertigen oder entschuldigen kann.

III. Effektivität menschenrechtlicher Garantien als Maßstab für die Drittstaatenauslagerung

Der EGMR selbst betont, dass die Rechte der EMRK nicht theoretisch und illusorisch, sondern praktisch und effektiv sein müssen.¹⁴⁹ Dass die Rechte in der Praxis gewährleistet werden und nicht bloß symbolisch sind,¹⁵⁰ ist also verpflichtend und auch für das Prinzip der Drittstaatenauslagerung, einschließlich der Schutzsuchenden, unabdingbar. Mithin läuft die negative Anrechnung der vermeintlichen Schuld und die Verantwortungsverlagerung auf die Beschwerdeführenden der EMRK zuwider. Dies bedeutet, dass davon ausgegangen werden kann, dass der EGMR weiterhin Rechte aus der EMRK verwässert, namentlich Art. 4 Prot. 4 und Art. 5, die bei der Drittstaatenauslagerung verletzt werden.

F. Externalisierung der Asylpolitik: politische Motivationen, rechtliche Herausforderungen und die Rolle des EGMR

Es stellt sich nun die Frage, wie sich die Bewertung der Drittstaatenauslagerung entwickeln wird. Neben der juristischen Analyse der Rechtsprechung darf dabei nicht der Kontext der Migrations- und Asylpolitik vergessen werden. Die Regelungen zum Verbleib in Zielstaaten und zur Ver-

hinderung weiterer Migration nach Europa sind politisch umstritten und werden perspektivisch Gegenstand der Rechtsprechung des EGMR sein.¹⁵¹ Deshalb ist es unabdingbar, die politische Entwicklung Europas, die Externalisierungsprozesse fördert, im Zusammenspiel mit dem EGMR und seiner Rechtsprechung zu betrachten.

I. Politische Motivation der Drittstaatenauslagerung

1. Beweggründe für die Externalisierung

Festzuhalten ist zunächst, dass hinter der Drittstaatenauslagerung eine asylsuchendenfeindliche Gesinnung steckt.¹⁵² Die Politik, die die Drittstaatenauslagerung unterstützt, möchte Migration vermeiden und nicht zulassen, dass potentielle Asylsuchende ihr Staatsgebiet erreichen.¹⁵³ Der Diskurs um die Drittstaatenauslagerung ist von einer populistischen und nationalistischen Idee geprägt.¹⁵⁴ Diese wird in CoE-Staaten immer stärker und beeinflusst ganz Europa.¹⁵⁵ Das Ziel der Drittstaatenauslagerung soll generell die Abschreckung sein.¹⁵⁶ Die Ineffektivität der Abschreckung¹⁵⁷ kann rechtlich und somit im Rahmen dieser Arbeit dahinstehen. Dagegen unterstreicht das Ziel der Abschreckung, dass es bei der Drittstaatenauslagerung nicht vordergründig um die würdige Behandlung der Schutzsuchenden geht.

Der Einwand, dass die Drittstaatenauslagerung wegen des vermeintlichen Abschreckungscharakters zu weniger irregulärer Migration und somit weniger Toten führen könnte,¹⁵⁸ überzeugt weiterhin nicht. Er zeigt allenfalls, dass das Sterben von Schutzsuchenden auf der Flucht als Konsequenz ihrer vermeintlichen Entscheidung, irregulär einzureisen, gesehen wird. Wenn das Ziel der Staaten die Vermeidung von toten Flüchtenden wäre, würde dies sich nämlich durch effektive Rettungsmaßnahmen statt Grenzschutzmaßnahmen äußern, was offensichtlich nicht der Fall ist.¹⁵⁹

Die Externalisierung der Asylgesuche kann somit als Zusammenarbeit von Ziel- und Drittstaaten zur Verhinderung von Migration und der daraus resultierenden Verantwortung gesehen werden, die zur kooperativen Abschreckung und systematischen Abstoßung dient.¹⁶⁰

¹⁴⁹ EGMR, Urt. v. 9.10.1979, *Airey v. Irland*, No. 6289/73, § 24.

¹⁵⁰ Baade, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter. Zur Methodik, Legitimität und Rolle des Gerichtshofs im demokratisch-rechtsstaatlichen Entscheidungsprozess, 2017, S. 25.

¹⁵¹ Çali/Cunningham, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 159 ff.

¹⁵² Vgl. Adam/Hess, Fortified Nationalism. Racializing Infrastructures and the Authoritarian Transformation of the Body Politic. A Field Trip to the Bifurcated Polish/EU Border Regime, 2023, <https://movements-journal.org/issues/11.ukraine/05.adam,hess--fortified-nationalism.html>; Biehler (Fn. 134), S. 3 ff.; Endres de Oliveira (Fn. 43); Pro Asyl, Haftlager an den Außengrenzen und Abschiebungen in Drittstaaten: Ist das die Zukunft?, 2023, <https://www.proasyl.de/news/haftlager-an-den-aussen-grenzen-und-abschiebungen-in-drittstaaten-ist-das-die-zukunft/>.

¹⁵³ Biehler (Fn. 134), S. 3 ff.; Engler (Fn. 68); Ahlhaus, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 266.

¹⁵⁴ Benhabib/Shachar, in: Dies. (Hrsg.) (Fn. 14), S. 2 f.; Pro Asyl (Fn. 152).

¹⁵⁵ Adam/Hess (Fn. 152); Pro Asyl (Fn. 152).

¹⁵⁶ Biehler (Fn. 134), S. 5; Endres de Oliveira (Fn. 43).

¹⁵⁷ Biehler (Fn. 134), S. 5; Endres de Oliveira (Fn. 43).

¹⁵⁸ Knaus, Stellungnahme zu Migrationsabkommen mit Sicheren Drittstaaten, 2024, S. 2, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-knaus.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

¹⁵⁹ Rodríguez Sánchez et al., Sci Rep 2023; Amnesty International, Retten verboten, 2023, <https://www.amnesty.de/informieren/amnesty-journal/europa-migration-seenotrettung-aktivismus-resqship-iuventa-crew-emergency-response-center-el-hiblu-3-retten-verboten>; Bachelet, OHCHR, Lethal Disregard, S. 7 ff., 2021, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/OHCHR-thematic-report-SAR-protection-at-sea.pdf>.

¹⁶⁰ Nicolosi (Fn. 1), S. 6.

2. Vom Recht zum Risiko:

Drittstaatenauflagerung als System zur Umgehung menschenrechtlicher Verpflichtungen

Der CoE selbst identifiziert Populismus in seinen Staaten als Herausforderung für Menschenrechte¹⁶¹ und Migration als dessen einfaches Ziel.¹⁶² Es ist davon auszugehen, dass diese politische Entwicklung Europas zu noch mehr Leid und entrechtender Behandlung an den Außengrenzen Europas führen wird.¹⁶³ Denn sie stellt nicht die Befolgung von Menschenrechten, sondern die Ausgrenzung, Inhaftierung und Abschiebung von Asylsuchenden in CoE-Staaten in den Mittelpunkt ihres Ansatzes.¹⁶⁴ Anstatt sich wirksam mit den Ursachen von Flucht und den Menschen, die fliehen, auseinanderzusetzen, werden ebendiese Menschen, die Schutz suchen, selbst zum Problem erklärt.¹⁶⁵

In dem Bestreben, Migration wie die Asylsuchender einzudämmen, üben Staaten Mechanismen aus, um die Migrationskontrollen zu externalisieren, was auch die Anwendung von Menschenrechtsgarantien verhindern kann.¹⁶⁶ Italiens Politikwechsel zu Grenzmaßnahmen nach *Hirsi Jamaa u. a. gegen Italien* verdeutlicht exemplarisch, wie Externalisierungsmaßnahmen dazu beitragen können, staatliche Verantwortung nach der EMRK zu umgehen und zugleich die Möglichkeit Schutzsuchender, rechtlich gegen Menschenrechtsverletzungen vorzugehen, erschweren.¹⁶⁷ Durch die Auflagerung von Asylgesuchen auf andere Staaten wird das Konzept der Grenze durch seine Externalisierung auf die Schutzsuchenden direkt übertragen,¹⁶⁸ die dadurch in einen Zustand der Rechtlosigkeit geraten können.¹⁶⁹

Summa summarum kann die Drittstaatenauflagerung dazu dienen, menschenrechtliche Verpflichtungen der Zielstaaten zu umgehen, indem die Entstehung der Pflichten gegenüber Asylsuchenden verhindert wird, da unter anderem Territorium und Gerichtsbarkeit Grundlage für die Anwendung der EMRK sind.¹⁷⁰ Zwar bleibt die EMRK wegen der effektiven Kontrolle¹⁷¹ der Zielstaaten auf die Drittstaaten-

auslagerung anwendbar, allerdings kann eine immer stärkere Externalisierung von Asylgesuchen als systematischer Schritt gesehen werden, um die Menschenrechte Schutzsuchender zu umgehen. Das ist nicht nur gefährlich für die betroffenen Asylsuchenden, sondern kann auch die Legitimität des Völkerrechtssystems unterminieren.¹⁷²

II. Rechtsprechung im Wandel: der EGMR unter politischem Druck

1. Kontextualisierung der Rechtsprechung in politischer Realität

Wie der EGMR selbst betont, ist es nicht möglich, Recht außerhalb seines Kontextes zu analysieren.¹⁷³ Dieser Kontext und seine Umstände sind aktuell rechtspopulistisch geprägt.¹⁷⁴ Die Abneigung gegenüber der Migration nach Europa, die im politischen Diskurs kundgetan wird, stammt zu einem großen Teil aus der Abneigung gegen das vermeintliche Anderssein der Migrierenden.¹⁷⁵ Dass der EGMR also stets wiederholt, wie anders der Kontext Migration ist, ist nicht überraschend. Staaten stellen oft die Sicherheit ihres Landes der Migration gegenüber.¹⁷⁶ Der EGMR existiert wie das Recht, das er analysiert, auch in einem Kontext. Durch nationalistischere Züge in der Politik ist der Druck auf den EGMR angestiegen, Migration und seine menschenrechtlichen Implikationen unter der souveränen Kontrolle der Staaten einzuordnen.¹⁷⁷ Wenn dieser jene Annahme der Unterordnung nicht bestätigt, könnte seine Autorität infrage gestellt werden. Populistische Bewegungen weisen grundsätzlich nationalistische Züge auf¹⁷⁸ und die politischen Bestimmungen, die darunter eingebracht werden, schränken vor allem Grundrechte ein, was im internationalen Kontext die Menschenrechte betrifft.¹⁷⁹ Rhetorik wie provokante Statements können die Autorität des EGMR auch unterlaufen und beeinflussen, ohne dass die Staaten juristische Wege einleiten, um diese einzuschränken.¹⁸⁰

¹⁶¹ Krieger, EJIL 2019, 971 (972).

¹⁶² Rede des CoE Secretary General, Understanding Populism and Defending Europe's Democracies: The Council of Europe in 2017, 2017, s. CoE, Populism - How strong are Europe's checks and balances? Secretary General 2017 report on democracy, human rights and the rule of law in Europe, 2017, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/populism-how-strong-are-europe-s-checks-and-balances->.

¹⁶³ Böhlo et al., Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein, e.V.: Das Recht auf Schutz darf nicht abgeschafft werden. Offener Brief von Rechtsanwält*innen und Jurist*innen, 2023, <https://www.rav.de/publikationen/mitteilungen/mitteilung/das-recht-auf-schutz-darf-nicht-abgeschafft-werden-949>.

¹⁶⁴ Böhlo et al. (Fn. 163).

¹⁶⁵ Böhlo et al. (Fn. 163).

¹⁶⁶ FitzGerald (Fn. 137), S. 9; Nicolosi (Fn. 1), S. 2, 6.

¹⁶⁷ Pijnenburg, NILR 2024, 59 (84).

¹⁶⁸ Shachar (Fn. 1), S. 33 ff.

¹⁶⁹ Gündoğdu, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 176; s. weiterführend Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 11. Aufl. 2013, S. 607 ff.

¹⁷⁰ FitzGerald (Fn. 137), S. 9; Pijnenburg (Fn. 167), S. 84.

¹⁷¹ EGMR (GK), Urt. v. 8.7.2004, Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, No. 48787/99, §§ 392, 394; EGMR (GK), Urt. v. 7.7.2011, Al-Skeini and Others v. United Kingdom, No. 55721/07, § 149; EGMR (GK), Urt. v. 23.2.2012, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, No. 27765/09, §§ 81, 169 ff., 175 ff.

¹⁷² Ochoa, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 248 ff.

¹⁷³ EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2016, Khlaifia and Others v. Italy, No. 16483/12, § 185.

¹⁷⁴ Böhlo et al. (Fn. 163).

¹⁷⁵ Brems, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 196.

¹⁷⁶ Benhabib (Fn. 122), S. 2.

¹⁷⁷ Madsen, in: Aust/Demir-Gürsel (Hrsg.) (Fn. 101), S. 39.

¹⁷⁸ Krieger (Fn. 161), S. 981.

¹⁷⁹ Krieger (Fn. 161), S. 982.

¹⁸⁰ Vgl. Krieger (Fn. 161), S. 987 f.

2. Souveränität contra Menschenrechte als Gefahr für den EGMR

In CoE-Staaten ist konkret in Bezug auf die Drittstaaten-auslagerung und Migration Kritik am EGMR gefallen und Diskussionen zum Austritt, um die EMRK nicht mehr befolgen zu müssen und die migrationspolitischen Ziele umsetzen zu können, wurden eingeleitet.¹⁸¹ In Großbritannien wird überdies versucht, Ruanda als sicheren Staat zu erklären, wodurch die Möglichkeit der Einstufung seitens des EGMR unterbunden werden würde.¹⁸² Durch Umgehung des Völkerrechts kann förmlich am Recht festgehalten, aber gegen dessen Zweck verstoßen werden.¹⁸³ Dies spricht auch dafür, dass die europäischen Staaten selbst erkennen, dass ihre Maßnahmen gegen Migration und Asyl den Menschenrechten zuwiderlaufen.

Neben der Umgehung des Völkerrechts ist auch eine direkte Herabsetzung von Völkerrechtsdurchsetzungsinstrumenten durch Hinterfragen ihrer Glaubwürdigkeit möglich. Bezeichnend dafür ist auch der in diesem Jahr erschienene sog. Brief der Neun,¹⁸⁴ in dem CoE-Staaten dem EGMR vorwerfen, seine Kompetenzen auszudehnen und dadurch den vermeintlich berechtigten Ermessens- und Handlungsspielraum der Staaten bei Asyl- und Deportationsfragen zu stark einzuschränken. Dabei plädieren sie für eine andere Auslegung der EMRK und werfen dabei vermeintliche mangelnde Integration, Straffälligkeit der Asylsuchenden und sicherheitspolitische Anliegen auf.¹⁸⁵ Parallel versuchen sie also in ihrer Politik, auf die Rechtsprechung des EGMR Einfluss zu nehmen.¹⁸⁶ Insbesondere der Brief der Neun kann als expliziter Versuch gewertet werden, den EGMR in seiner Rolle als Schutzkörper für Menschenrechte zu schwächen, weniger effektiv zu machen und ggf. sogar seine Vertrauenswürdigkeit in Frage zu stellen.

3. Drittstaaten-auslagerung als rechtlich gestützte Politikstrategie

Damit die Entscheidungen des EGMR ernst genommen und umgesetzt werden, kann es also sein, dass der EGMR seine Entscheidungen bezüglich Migration auch im Lichte der politischen Leitlinie der Staaten entwickelt. Das wird weiterhin dadurch untermauert, dass Veränderungen im poli-

tischen Umfeld und Diskurs sich auf das Völkerrecht auswirken, indem sie einen Rahmen vorgeben,¹⁸⁷ in dem Richter*innen Annahmen über seine Entwicklungen und mithin der Auslegung der EMRK formulieren. Niedrigere Schutzstandards bei der Drittstaaten-auslagerung und für Asylsuchende, einschließlich einer Verlagerung der Beweislast, wie sie der EGMR aufstellt, finden auch zunehmend Anklang in der nationalen rechtlichen Umsetzung unter Rechtspopulisten¹⁸⁸ und nun der deutschen Regierung¹⁸⁹.

Da es in der europäischen Politik eine stetige Entwicklung gibt, die sich mit immer mächtigeren Maßnahmen gegen den Schutz von Asylsuchenden und für die Drittstaaten-auslagerung einsetzt,¹⁹⁰ ist eine parallele Entwicklung auch in der Rechtsprechung des EGMR zu erwarten. Im Sinne einer Schadensbegrenzung könnte die Einleitung restriktiver Maßnahmen durch den EGMR durch die Absenkung der Einzelfallprüfungsstandards oder die Beweislastumkehr im Ergebnis dazu beitragen, dass Staaten nicht über die Gerichtsbarkeit des EGMR hinaus externalisieren, was in noch schwerwiegenderen Menschenrechtsverstößen münden könnte.

III. Backlash gegen Menschenrechte: Auswirkungen für Asylsuchende

Das Völkerrecht und seine Entwicklung sind stark davon abhängig, wie die Weltpolitik und internationale Ordnung wahrgenommen werden. Anders als im nationalen Recht wird es oft durch Auslegungen vieler verschiedener Beteiligter geprägt, weswegen sich bestimmte Entwicklungen nur als Trends beschreiben lassen, deren Durchsetzungsfähigkeit wiederum stark davon abhängt, wie das politische Umfeld insgesamt eingeschätzt wird.¹⁹¹

Der EGMR folgt aktuell verstärkt der nationalistischer werdenden Politik Europas. Daraus lässt sich jedoch noch nicht abschließend ableiten, dass eine neue Rechtsprechungslinie etabliert wird, die einen paradigmatischen Wandel im europäischen Menschenrechtsschutz darstellt oder das Verhältnis zwischen nationaler Souveränität¹⁹² und universellen Menschenrechten neu definiert. Dabei ist zu betonen, dass ein sog. *Backlash* gegen Menschenrechte auch zu einer genaueren Untersuchung führen kann, wenn es um ihre

¹⁸¹ *Aust/Krieger*, Die allerneueste deutsche Angst ist Bindungsangst. Auch eine Zeitenwende: Bei deutschen Politikern wird es Mode, Völkerrecht und Europarecht schlechtzureden, 2025, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/so-wenden-sich-deutsche-politiker-vom-voelkerrecht-ab-110277132.html>; *Angenendt et al.*, SWP-Aktuell 12/2024, 1 (5); *Dickinson*, Brexit Wars part II: Tories plot British exit from Europe's human rights treaty. Right-wing Conservatives want Britain out of the European Convention on Human Rights., 2023, <https://www.politico.eu/article/brexit-tories-rishi-sunak-european-convention-on-human-rights/>.

¹⁸² *Angenendt et al.* (Fn. 181), S. 5.

¹⁸³ *Búzás*, EJIR 2017, 857 (862 ff.).

¹⁸⁴ *Presidenza del Consiglio dei Ministri*, Lettera aperta dei Primi Ministri di nove Paesi europei sulla necessità di discutere e riconsiderare l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo 2025, https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Lettera_aperta_22052025.pdf.

¹⁸⁵ *Hilpold*, Challenging Strasbourg. The May 2025 Letter and the Pushback Against the European Court of Human Rights, 2025, <https://verfassungsblog.de/may-2025-letter-and-the-pushback-against-the-european-court-of-human-rights/>.

¹⁸⁶ *Aust*, in: Ders./Demir-Gürsel (Hrsg.) (Fn. 101), S. 3.

¹⁸⁷ *Krieger* (Fn. 161), S. 988 f.

¹⁸⁸ BT-Drucks. 19/30963.

¹⁸⁹ *CDU, CSU und SPD*, Verantwortung für Deutschland. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 21. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, 2025, S. 92 ff., https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag2025_bf.pdf; *Thym* (Fn. 9).

¹⁹⁰ *Pro Asyl* (Fn. 152); *ECCHR* (Fn. 86); *Thym* (Fn. 9).

¹⁹¹ *Krieger* (Fn. 161), S. 988 f.

¹⁹² *Ippolito/Pérez González* (Fn. 121), S. 138 ff.

Verletzung geht, und ihnen mehr Aufmerksamkeit schenken kann.¹⁹³ Womöglich sollte die aktuelle Rechtsprechung des EGMR als nicht zu gewichtig und negativ gegenüber der Menschenrechtsumsetzung und -durchsetzung interpretiert werden.¹⁹⁴ Dafür spricht überdies, dass der EGMR auch im Bereich des Asylrechts eine Rechtsprechung zum Schutz von Asylsuchenden entwickelte, indem er den Grundsatz des *living instrument*¹⁹⁵ anwendet,¹⁹⁶ und so den Schutz dynamisch ausgestaltete, die über ausdrücklich in der EMRK verankerte Rechte hinausgeht.¹⁹⁷ Dazu gehört insbesondere auch die sorgfältige Ausarbeitung der besonderen Schutzbedürftigkeit von Asylsuchenden wegen ihrer Vulnerabilität.¹⁹⁸ Trotz Widerstands der Staaten und Kritik am EGMR war er vor der restriktiven Verschiebung in seiner Interpretation der Konvention dynamischer als von Staaten gewollt,¹⁹⁹ weshalb eine Rückbesinnung nicht ausgeschlossen werden kann.

Auch der Umstand, dass der EGMR seine Rechtsprechung zugunsten von Asylsuchenden nur nach und nach und nicht von Anfang an entwickelte,²⁰⁰ spricht dafür, dass Wandel in der Rechtsprechung weitgehend üblich ist. Womöglich wird der EGMR seine jetzige Priorisierung von staatlicher Souveränität über die Menschenrechte von Schutzsuchenden an Grenzen in der Zukunft für nicht haltbar erkennen.²⁰¹ Lehnt der EGMR die Anwendung der *culpability* ab, stellt er zugleich Menschenrechtsverletzungen fest.²⁰² Internationale Verträge wie die EMRK können dabei als beständig verstanden werden.²⁰³

Abhängig von der weiteren politischen Entwicklung bzw. davon, ob der EGMR eine Rückkehr auf seine alte Rechtsprechungslinie anbahnen wird, könnte er die rechtsdogmatisch unpräzise *culpability* aufgeben. Somit könnte er Externalisierungsprozesse wie die Drittstaatenauslagerung als menschenrechtswidrig erklären.

G. Fazit

Im Ergebnis zeigt die Analyse, dass die Externalisierung von Asylgesuchen in Drittstaaten und ihre zunehmende Normalisierung nicht nur rechtlich, sondern auch normativ und politisch erhebliche Spannungsfelder aufwerfen, die wiederum die Interpretation der EMRK beeinflussen. Diese verlangt einen effektiven und individualisierten Schutz der betroffenen Personen, der durch pauschale Überstellungen in Drittstaaten strukturell gefährdet wird. Die Kollektivausweisung und *de facto* Inhaftierung sind als systemische Bedingungen der Externalisierung von Asylgesuchen in Drittstaaten zu verstehen. Durch das Konstrukt der *culpability*, also einer Verantwortungsverlagerung auf die Schutzsuchenden, werden die Rechte aus Art. 4 Prot. 4 und Art. 5 durch den EGMR nicht in dem Maß berücksichtigt, das zur effektiven Wahrung des Konventionsschutzes erforderlich wäre. Das birgt die Gefahr, dass die Externalisierung von Asylgesuchen als zulässig anerkannt wird, obwohl sie nicht mit der EMRK im Einklang steht.

Es bedarf einer Rückbesinnung auf menschenrechtliche Kernprinzipien, um die Glaubwürdigkeit und Wirksamkeit des europäischen Schutzsystems zu erhalten. Dem EGMR kommt hierbei als Schutzorgan der Menschenrechte eine zentrale Rolle zu, konsequent die Rechte der Asylsuchenden zu wahren, die durch pauschale Auslagerung von Asylgesuchen und Schutzverantwortung gefährdet sind. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Menschenrechte von Schutzsuchenden nicht zu einer inhaltsleeren Formel verkommen,²⁰⁴ sondern konkrete Schutzverpflichtungen der Mitgliedstaaten begründen. Die Behandlung von Asylgesuchen in Drittstaaten ist im Lichte der EMRK nicht zulässig. Dem EGMR kommt nun die Verantwortung zu, im Rahmen seiner Rechtsprechung klarzustellen, dass pauschalisierende Externalisierungspraktiken mit den Anforderungen der EMRK unvereinbar sind und die Schutzverantwortung der Vertragsstaaten nicht relativiert werden darf.

¹⁹³ Vinjamuri, in: Hopgood/Snyder/Dies. (Hrsg.), Human Rights Futures, 2017, S. 116 f.

¹⁹⁴ Aust (Fn. 186), S. 6 ff.

¹⁹⁵ Bjorge, HRLJ 2017, 243 (243 ff.).

¹⁹⁶ Siehe z.B. die Anwendung von Art. 3 in EGMR (GK), Urt. v. 21.1.2011, M.S.S. v. Belgium and Greece, §§ 250 ff.

¹⁹⁷ Feihle (Fn. 101), S. 133 ff.; Demir-Gürsel, in: Aust/Dies. (Hrsg.) (Fn. 101), S. 254 f.

¹⁹⁸ Turković (Fn. 40), S. 106 ff., 114 f.

¹⁹⁹ Demir-Gürsel, (Fn. 197), S. 254 f.

²⁰⁰ Dembour, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 20 ff.

²⁰¹ Oviedo Moreno, A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain, 2020, <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/>.

²⁰² Schmalz, EGMR im Kampf um rechtsstaatliche Asylverfahren in Europa. Der Fall M.D. u.a. gegen Ungarn, 2024, <https://verfassungsblog.de/der-egmr-im-kampf-um-rechtsstaatliche-asylverfahren-in-europa>.

²⁰³ Nußberger, The European Court of Human Rights, 2020, S. 2.

²⁰⁴ Dembour (Fn. 200), S. 19.