

# AUFSÄTZE

Dana Schmalz<sup>1</sup>

## Gruppen, Massen, Kollektive: Perspektiven des Flüchtlingsrechts auf „Migration im Plural“

Wie weit Rechtsgarantien an territorialen Grenzen reichen und wie der Zugang zu Schutz für Asylsuchende sichergestellt werden kann, sind Fragen, die in den letzten Jahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einflussreich verhandelt wurden. Der EGMR war ein wichtiger Akteur im europäischen Flüchtlingschutz und die Verfahren vor dem Gerichtshof waren oft auch Anlässe der öffentlichen Auseinandersetzung über Menschenrechtsschutz im Zusammenhang mit Migration. Zuletzt entschied der EGMR nun in einem lang anhängigen Fall über Rechte an der Grenze von Melilla.<sup>2</sup> Die spanische Exklave auf dem Afrikanischen Kontinent grenzt an Marokko, es konzentrieren sich dort Bemühungen von Migrant\*innen, Europa zu erreichen, einerseits und eine massive Abschottungspolitik andererseits. Der Fall N.D. und N.T. betraf Vorfälle vom August 2014, als die beiden späteren Antragsteller versucht hatten, die Zäune der Grenzanlage zu überwinden und nach Spanien zu gelangen. Sie wurden von spanischen Beamten festgenommen und umgehend nach Marokko zurückgebracht, in Frage stand bei dem Verfahren eine Verletzung des Verbots der Kollektivausweisung. Nach einem bereits im Oktober 2017 ergangenen Kammerurteil,<sup>3</sup> welches die Vorgänge als eine solche Verletzung bewertete, entschied die Große Kammer nun im Februar 2020 anders und sah darin keine Verletzung. Das Urteil rief massive Kritik hervor.<sup>4</sup>

Widersprüchlich ist besonders, wie das Gericht die Migration in Gruppen behandelt: Einerseits soll das Verbot der Kollektivausweisung gerade diejenigen schützen, die als Teil einer Gruppe gesehen werden. Andererseits führt der Gerichtshof aber die Tatsache, dass die Antragsteller als Teil einer Gruppe versuchten, die Zäune zu überwinden, bei der Begründung an, weshalb diese Rechtsgarantie vorliegend eingeschränkt sei. Der Beitrag

1 Für wertvolle Kommentare gilt mein Dank Andreas Fischer-Lescano, Nora Markard, sowie Robin Celikates, Stefan Gosepath und den TeilnehmerInnen ihres Kolloquiums an der FU Berlin vom 3. Juni 2020.

2 EGMR, *N.D. und N.T. gegen Spanien*, Nr. 8675/15 und 8697/15, Urteil der Großen Kammer vom 13. Februar 2020.

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

4 Wolfgang Janisch, *Weltfremdes Urteil*, Süddeutsche Zeitung, 13. Februar 2020; Sam Jones, *European court under fire for backing Spain's express deportations*, The Guardian, 13. Februar 2020; siehe auch Maximilian Pichl/Dana Schmalz, *“Unlawful” may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T.*, Verfassungsblog, 14. Februar 2020.

untersucht diese Aspekte der Entscheidung und ordnet sie in strukturellen Fragen des Flüchtlingsschutzes ein. Die „Migration im Plural“<sup>5</sup> trifft auf ein System, das von Migration als Ausnahme ausgeht und Schutz entlang individueller Rechte gewährt. Diese Ausrichtung an individuellen Rechten ist eine Errungenschaft, deren Gültigkeit aber gerade für die Wirklichkeit von Migration in Gruppen immer neu erstritten werden muss. Die Gefahr, dass die Wahrnehmung von Menschen als Gruppen die dahinterstehenden Individuen verdeckt, erhält besonders im Begriff der Masse ihren Ausdruck. Dieser Begriff kann als Kontrast leitend sein für die Aufgabe, individuelle Rechte von Migrant\*innen zu sichern, ohne dabei Gruppen zu dämonisieren.

### 1. Der Fall N.D. und N.T. gegen Spanien vor dem EGMR

Die beiden Antragsteller im Verfahren waren zwei junge Männer, einer von ihnen aus Mali und einer aus der Elfenbeinküste. Sie hatten gemeinsam mit einigen hundert Personen am 13. August 2014 versucht, die Grenze von Marokko nach Melilla zu überwinden. Die Grenzanlage besteht aus drei Zäunen, zwei davon sechs Meter hoch und einer drei Meter hoch, zusätzlich Kameras und weiteren Vorrichtungen. Es finden dennoch regelmäßig Versuche von Migrant\*innen, nach Spanien zu gelangen, statt und diese sind gelegentlich auch erfolgreich. Meistens jedoch folgen die Abläufe dem Muster, dass spanische Grenzbeamte, die *Guardia Civil*, Migrant\*innen abfängt, sie unmittelbar nach Marokko zurückführt und marokkanischen Beamten übergibt. Das war auch, was am 13. August 2014 passierte. Nachdem N.D. und N.T. jeweils einige Stunden auf einem Zaun ausgeharrt hatten, wurden sie von der *Guardia Civil* in Handschellen nach Marokko zurückgebracht. Dabei fand keine Feststellung der Identität statt und sie hatten keine Gelegenheit, sich zu ihren Umständen zu äußern.

Der Fall kam durch die Mithilfe von Nichtregierungsorganisationen vor den EGMR. Die Rechtmäßigkeit der beschriebenen Praxis von so genannten *hot returns* stand insgesamt in Frage,<sup>6</sup> und zwar insbesondere mit Blick auf das Verbot der Kollektivausweisung nach Artikel 4 des 4. Zusatzprotokolls der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Die Praxis der Zurück- bzw. Ausweisung ohne Prüfung der Identität, ohne Übersetzer und ohne Möglichkeit, sich zu äußern, schien geradezu ein Paradebeispiel einer solchen konventionswidrigen Kollektivausweisung.

Ein erster strittiger Punkt des Falles N.D. und N.T. war die Identifizierbarkeit der Antragsteller als Personen, die am 13. August 2014 aufgegriffen und zurückgeführt worden waren. Spanien bestritt insgesamt nicht, dass derartige Rückführungen ständige Praxis sind. Jedoch bedarf es für ein Verfahren vor dem EGMR individueller Antragsteller, die von behaupteten Konventionsverletzungen selbst betroffen sind. In dem Nachweis der Opfereigenschaft liegt regelmäßig eine Hürde in migrationsrechtlichen Fällen: Wer ohne Gelegenheit sich zu äußern und ohne Feststellung der Identität ausgewiesen wird, hat dafür selten Belege. Die Konstellation migrationsrechtlicher Fragen bringt es oft mit sich, dass mögliche Kläger\*innen abwesend, entfernt, mit beschränkten Kommunikations-

5 Angelehnt an Hannah Arendts Ausdruck von Menschen im Plural, vgl. Hannah Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben* (1960), 10. Auflage 2011, 12, 214.

6 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des UN-Kinderrechtskomitees, das für einen minderjährigen Asylsuchenden eine Verletzung feststellte: UN Committee on the Rights of the Child (CRC), D.D. v. Spain, 1. Februar 2019, CRC/C/80/D/4/2016.

möglichkeiten und erst recht beschränkten Dokumentationsmöglichkeiten, teilweise ganz ohne Dokumente sind. Im Fall N.D. und N.T. waren es die Videoaufzeichnungen von Nichtregierungsorganisationen, welche die Vorfälle belegten und auf welchen die Antragsteller – bestrittenermaßen – zu erkennen waren. Die Aufnahmen der Grenzüberwachungskameras stellte Spanien nicht zur Verfügung. Letztlich bezog der Gerichtshof diese rahmenden Umstände ein und sah die Opfereigenschaft als gegeben an.<sup>7</sup>

Ein nächster strittiger Punkt war die Anwendbarkeit der Konvention. In vielen menschenrechtlichen Fällen zu Migration liegt hier die wesentliche Abgrenzung, bis wohin die Verantwortung eines Staates reicht, beispielsweise auf hoher See. Kriterium für die Bindung staatlichen Handelns an die EMRK ist jeweils, ob betroffene Menschen sich unter der Hoheitsgewalt dieses Staates befinden, was grundsätzlich auf dem Territorium der Fall ist und ausnahmsweise auch jenseits des Territoriums. Bislang bezog der Gerichtshof sich dabei vor allem auf den Maßstab der effektiven Kontrolle.<sup>8</sup> Im Fall N.D. und N.T. schien die Frage insofern unproblematisch, als dass die Ereignisse bereits auf spanischem Territorium stattfanden. Zudem besteht kein Zweifel, dass das Ergreifen und in Handschellen Legen ein Fall von effektiver Kontrolle über Personen ist. Die spanische Regierung hatte angeführt, die Hoheitsgewalt beginne erst hinter der gesamten Grenzanlage und nicht auf dem Territorium als solchem. Das wies der Gerichtshof zurück und betonte, dass es spanische Beamte waren, welche die Migrant\*innen aufgriffen, und offensichtlich Spaniens Kontrolle über das Gebiet der Grenzanlage bestand.<sup>9</sup>

Die wesentliche Diskussion des Falls bezog sich anschließend auf die Bewertung der Vorgänge als Kollektivausweisung. Der Gerichtshof prüfte dabei in zwei Schritten, zunächst das Vorliegen einer Ausweisung und dann deren kollektive Natur. Bei dem Aufgreifen von N.D. und N.T. innerhalb der Grenzanlage und dem umgehenden Rückführen nach Marokko handelte es sich um eine Ausweisung, wie der Gerichtshof festhält.<sup>10</sup> Insbesondere umfasst das Verbot der Kollektivausweisung auch Vorgänge an der Grenze und schützt auch Personen ohne Aufenthaltsrecht.<sup>11</sup> Eine Ausweisung ist kollektiv im Sinne von Art. 4. ZP 4 EMRK, wenn Personen in einer Gruppe ausgewiesen werden und keine Prüfung der jeweils individuellen Umstände stattfindet.<sup>12</sup> Das schien nach den unbestrittenen Tatsachen der Fall, denn N.D. und N.T. wurden zusammen mit sämtlichen anderen an dem Tag im Grenzbereich aufgegriffenen Migrant\*innen nach Marokko zurückgebracht, dabei fand keine nähere Kenntnisnahme ihrer individuellen Umstände statt und keinerlei Prüfung eines Schutzanspruchs.

Der Gerichtshof nimmt in der Argumentation eine unerwartete Wendung, indem er darauf hinweist, dass keine Verletzung des Verbots der Kollektivausweisung vorliege, wo das Fehlen einer individuellen Prüfung dem eigenen Verhalten der betroffenen Person zuzuschreiben ist.<sup>13</sup> Als ein solches eigenes Verhalten, welches der kollektiven Natur der Ausweisung entgegensteht, wertet der Gerichtshof dann den Versuch, über die Zäune zu

7 *N.D. und N.T. gegen Spanien*, para. 87, 88.

8 So im Fall EGMR, *Hirsi Jamaa et al. gegen Italien*, Nr. 27765/09, Urteil der Großen Kammer vom 23. Februar 2012, para. 70-82.

9 *N.D. und N.T. gegen Spanien*, para. 107, 111.

10 *Ibid.*, para. 190, 191.

11 *Ibid.*, para. 184, 185.

12 William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – a Commentary*, 2015, 1077, mit Verweisen auf entsprechende Rechtsprechung.

13 *N.D. und N.T. gegen Spanien*, para. 200.

klettern. Dass darin ein „vorwerfbares Verhalten“ (*culpable conduct*) läge, begründet er damit, dass andere Möglichkeiten, Asyl zu beantragen, bestanden hätten.<sup>14</sup> Entsprechend kommt er zu dem Ergebnis, dass im Verhalten der spanischen Beamten keine Verletzung des Art. 4 ZP 4 EMRK gelegen habe. Auch eine Verletzung von Art. 13 EMRK, dem Recht auf eine wirksame Beschwerde, lehnt der Gerichtshof entsprechend ab.

Zunächst ist die Behauptung, es bestünden legale Zugangswege, um Asyl zu beantragen, sachlich höchst fragwürdig, sie widerspricht den Berichten zahlreicher Organisationen einschließlich des UNHCR.<sup>15</sup> Der Gerichtshof nimmt dabei sogar zur Kenntnis, dass die Möglichkeit am Grenzübergang Beni Enzar Asyl zu beantragen erstens erst nach dem Zeitpunkt des Falls eingerichtet wurde und zweitens Migrant\*innen sub-saharischer Herkunft faktisch verstellt ist. Die rassistisch diskriminierende Beschränkung des Zugangs, auch zu anderen Stellen wie Botschaften, könne aber nicht Spanien angelastet werden.<sup>16</sup> Dieser Befund des Gerichts entspricht nicht der Verantwortungsaufteilung, wie sie das internationale Flüchtlingsrecht vornimmt. Das Refoulement-Verbot gilt bereits an der Grenze. Nach ganz überwiegender Auffassung darf ein Staat daher auch nicht durch eine Grenzanlage jede Möglichkeit, Asyl zu suchen, unterbinden.<sup>17</sup> Wenn wie im Fall von Melilla der Zugang an der Grenze auf einzelne Stellen beschränkt ist, so muss dieser Zugang und damit die Möglichkeit, Asyl zu beantragen, eben nicht nur eventuell, sondern effektiv gegeben sein.

Doch schwerer noch als diese sachlich unzutreffende Einordnung wiegt die als solche widersinnige Argumentation des Gerichtshofs. Er schafft hier eine Ausnahme zum Verbot der Kollektivausweisung, die mit dem Wortlaut und Zweck von Art. 4 ZP 4 EMRK schlichtweg nicht vereinbar ist. Dass vorangegangenes widerrechtliches Verhalten den Schutz von Art. 4 ZP 4 EMRK außer Kraft setzen kann, ergibt sich in keiner Weise aus der Vorschrift.

Das Verbot der Kollektivausweisung sichert als Verfahrensgarantie das Prinzip der Nichtzurückweisung (Non-Refoulement) ab, welches die Grundlage des internationalen Flüchtlingsrechts bildet. Nur wenn Personen als Einzelne gesehen und ihre jeweiligen Umstände zur Kenntnis genommen werden, kann der Staat sicherstellen, dass Flüchtlinge nicht zurückgewiesen werden. Insofern läuft eine Ausnahme, wie sie der Gerichtshof hier erfindet, auch dem Zweck der Vorschrift zuwider. Flüchtlingsschutz ist oftmals nicht anders als durch irreguläre Grenzübertreitte zu erhalten, denn gerade denjenigen, die auf Mobilität angewiesen sind, um sich in Sicherheit zu bringen, stehen Visa und daran geknüpfte Reisemöglichkeiten meist nicht offen. Diese Realität anerkennend enthält schon der Art. 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) ein Pönalisierungsverbot, wonach Staaten „wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts keine Strafen gegen

14 Ibid., para. 208 ff.

15 UNHCR, *Submission in the cases of N.D. and N.T. v. Spain before the European Court of Human Rights*, 15. November 2015; siehe auch Council of Europe, *Report of the fact-finding mission by Ambassador Tomáš Boček, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, to Spain*, 18-24 March 2018.

16 *N.D. und N.T. gegen Spanien*, para. 218.

17 European Union Agency for Fundamental Rights, *Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law*, 2016, 9; siehe auch die *Michigan Guidelines on Refugee Freedom of Movement*, 2017, University of Michigan Law School, [www.refworld.org/docid/592e6614.html](http://www.refworld.org/docid/592e6614.html), para. 10; mit Diskussion Moria Paz, *The Law of Walls*, *The European Journal of International Law* 28 (2017) 2, 601 (613).

Flüchtlinge verhängen“. Eine Einschränkung von Rechtsgarantien mit dem Argument widerrechtlichen Verhaltens ist gerade im Kontext von Migration also unsinnig und gefährlich.

Doch sollte die Rechtsbeschränkung mit vagem Verweis auf nicht rechtmäßiges (*unlawful*), an anderer Stelle noch vager als vorwerfbar (*culpable*) bezeichnetes Verhalten auch über den Migrationskontext hinaus alarmieren. Dass der Gerichtshof Rechtssätze auslegt, ist nicht ungewöhnlich, auch nicht, dass eine Auslegung Rechte begrenzt. Doch wenn neue Konstrukte Rechte einschränken, sollte man zumindest genauer hinsehen. Hier dient die Formel des vorwerfbaren Verhaltens als Ausnahme „aus dem Hut“, welche in direktem Widerspruch zum Wortlaut eine Rechtsgarantie aufweicht. Dabei entpuppt sich der Verweis auf gefestigte Rechtsprechung (*well-established case-law*) als Attrappe. Niemals zuvor hat der Gerichtshof eine Ausnahme anerkannt, welche der des Falls auch nur ähnelt. Drei der zitierten Fälle, der Fall *Hirsi Jamaa et al. gg. Italien*,<sup>18</sup> der Fall *Khlaifia et al. gg. Italien*,<sup>19</sup> sowie der Fall *M.A. gg. Zypern*,<sup>20</sup> verweisen nur formelhaft auf die Möglichkeit einer Einschränkung auf Grund eigenen Verhaltens. Ursprung dieser Formel ist der Fall *Dritsas et al gg. Italien*, der wohlgemerkt in einem gänzlich anderen Kontext stand. Bei einer Demonstration anlässlich des G8-Gipfels war es zu einem Verweis von griechischen Staatsangehörigen durch italienische Beamte gekommen, dieser geschah, nachdem die Demonstrierenden ihre Identitätspapiere zu zeigen verweigert hatten. Hier stellte der Gerichtshof fest, dass das Fehlen einer jeweils individuellen Entscheidung nicht den italienischen Behörden angelastet werden könne, da man das Verhalten der Betroffenen zu beachten habe.<sup>21</sup> Zuvor hatte der Gerichtshof im Fall *Berisha und Haljiti gg. Mazedonien* festgestellt, dass eine gemeinsame Entscheidung für Ehepartner keine Verletzung des Verbots der Kollektivausweisung darstelle, unter anderem, da diese auch einen gemeinsamen Asylantrag gestellt hatten.<sup>22</sup>

Es bedarf wohl keiner Ausführung, wie weit diese beiden Fälle von der Argumentation des Urteils im Fall N.D. und N.T. entfernt sind. Dass Ehepartner, denen gegenüber nach behördlicher Prüfung eine gemeinsame Entscheidung ausgestellt wird, nicht von einer Kollektivausweisung betroffen sind, hätte man auch ohne Verweis auf eigenes Verhalten begründen können. Die Wahrnehmung individueller Umstände blieb hier nicht aus. Ebenso ist nachvollziehbar, dass die Feststellung von Identitäten erlässlich ist, wenn die Personen sich weigern, ihre Papiere zu zeigen. Der Zweck, das Refoulement-Verbot abzusichern, war bei der Entscheidung gegenüber Unionsbürger\*innen rund um die G8-Demonstrationen wohl auch nicht gefährdet – anders als am Grenzzaun von Melilla. Der Verweis auf eigenes Verhalten der späteren Antragsteller eignet sich nicht für eine weitreichende Ausnahme vom Schutz des Art. 4 ZP 4 EMRK, wie sie der Gerichtshof nun erfand.

Es scheint angesichts der Argumentation des Gerichtshofs wichtig zu betonen, dass das Verbot der Kollektivausweisung zwar das Refoulement-Verbot absichert, dass aber

18 Siehe Fn. 7.

19 EGMR, *Khlaifia et al. gegen Italien*, Nr. 16483/12, Urteil der Großen Kammer vom 15. Dezember 2016.

20 EGMR, *M.A. gegen Zypern*, Nr. 41872/10, Urteil vom 23. Juli 2013.

21 EGMR, *Dritsas et al. gegen Italien*, Nr. 2344/02, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 1. Februar 2011, para. 7.

22 EGMR, *Berisha und Haljiti gegen Mazedonien*, Nr. 18670/03, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 16. Juni 2005.

umgekehrt eine Verletzung nicht im Nachhinein damit gerechtfertigt werden kann, es habe sich nicht um Schutzberechtigte gehandelt. Man stelle sich Argumente im Strafprozess vor, wonach nur für später Freigesprochene Verfahrensrechte gesichert werden. Man stelle sich vor, Anhörungsrechte im Verwaltungsverfahren würden verletzt, und ein Gericht urteilte anschließend, dies sei ohne Belang, da ja letztlich kein Anspruch bestanden habe. Derartige Fehlschlüsse widersprechen der Rechtsstaatlichkeit, denn die Garantien sollen ein gerechtes Ergebnis absichern und können gerade nicht mit Verweis auf ein späteres Ergebnis ausgehebelt werden. Ebenso geht der Verweis des EGMR fehl, Asylanträge der Antragsteller zu einem späteren Zeitpunkt seien abgelehnt worden und es habe zum fraglichen Zeitpunkt wohl kein Anspruch auf internationalen Schutz bestanden.<sup>23</sup> Ob ein Schutzanspruch bestand, ist für eine Verletzung des Art. 4 ZP 4 EMRK schlichtweg nicht relevant.

Das Urteil des EGMR im Fall *N.D. und N.T.* ist nicht schlüssig; es markiert die Bereitschaft, im Bereich der Migration den Rechtsschutz nach der EMRK zurückzufahren, um Staaten mehr Handlungsspielräume in der Migrationskontrolle zu gewähren.<sup>24</sup> Die akrobatische Argumentation im Urteil lässt sich nicht verstehen ohne eine dahinterstehende Wahrnehmung der Lage. Die Richter\*innen scheint in der Entscheidung die Wahrnehmung zu leiten, dass die normalen flüchtlings- und menschenrechtlichen Pflichten Spanien hier auf Grund der besonderen geographischen Situation über Gebühr belasten würden. Durch die zwei Landgrenzen auf dem Afrikanischen Kontinent – neben Melilla besteht mit Ceuta eine zweite an Marokko grenzende Exklave – sei Spanien der Anknüpfung von Migrant\*innen geradezu ausgeliefert. Diese Rolle Spaniens als Opfer der Situation betonten deren Anwälte in der mündlichen Verhandlung ausgiebig. Mehrere Fragen der Richter\*innen spiegelten diese Perspektive, das Recht müsse auch für Spaniens Möglichkeit, Migration zu kontrollieren, Sorgen tragen. Die Richterin Angelika Nussberger warf in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob es Spanien denn hypothetisch gestattet wäre, einen „wirklich unüberwindbaren Zaun“ zu bauen.

Eigentlich war es nicht Aufgabe des EGMR, für Spaniens Migrationspolitik Lösungen zu entwickeln, sondern die EMRK auszulegen. Flüchtlings- und menschenrechtliche Vorgaben sind eindeutig: Sie verlangen von Staaten, zumindest einen ersten Zugang zum Zweck der Prüfung eines Schutzbegehrens zu gewähren. Doch genau dieser erste Zugang sei hier eine ungebührliche Belastung für Spanien – anders lässt sich die verbogene Argumentation des Gerichtshofs nicht lesen. Mit diesem Verständnis steht das Urteil nicht allein, und es ist notwendig, den Annahmen nachzugehen. Eine solche Annahme ist, dass eine schier unbegrenzte Zahl von Menschen potentiell nach Europa will. Dieser Aspekt der Zahl von Schutzsuchenden und der Migration in Gruppen soll im Folgenden näher betrachtet werden.

23 *N.D. und N.T. gegen Spanien*, para. 230. Diese Frage des hypothetischen Schutzanspruchs tauchte auch in der mündlichen Verhandlung mehrfach auf.

24 In diesem Zusammenhang sei auf den Prozess verwiesen, der in die Kopenhagen-Erklärung von 2018 mündete. Ein Entwurf sah vor, dass der EGMR nur noch eingeschränkt in asyl- und migrationsrechtlichen Fällen entscheiden solle. Auch wenn dies abgelehnt wurde, zeigte sich hier doch der gewaltige politische Druck, der auf dem Gerichtshof beim Thema Migration lastet.

## 2. Gefährliche Gruppen und zu schützende Individuen

Das Urteil ist methodisch schwach, aber es ist ein Exponat der gegenwärtigen Debatte über Flüchtlingsschutz. Immer öfter wird dabei nicht nur versucht, geltendes Recht zum Schutz von Migrant\*innen zu umgehen, sondern die Angemessenheit dieser Schutzvorschriften als solche wird angezweifelt.<sup>25</sup> Dieses offene Infragestellen geschieht mittels zwei Behauptungen: Zum einen wird darauf verwiesen, es handele sich bei den betreffenden Personen ganz vorwiegend um nicht Schutzberechtigte. Zum anderen geht es regelmäßig um die Gesamtzahl schutzsuchender Personen, es wird also behauptet, das geltende Recht sei zwar im Prinzip richtig, aber nicht für eine solche Zahl ausgelegt.

Beide Argumente laufen letztlich auf die Frage hinaus, inwieweit Flüchtlingsschutz sich wirklich auf einzelne Personen bezieht. Nach dem geltenden Recht der GFK und entsprechenden nationalen und europarechtlichen Vorschriften ist der Schutz jedes einzelnen Flüchtlings sicherzustellen. Daher kann eben keine Grobeinschätzung vorab, ob Personen – bezeichnet dann nur durch ihre Nationalität oder ihren Aufenthaltsort – schutzberechtigt seien, die Prüfung des jeweiligen Falls ersetzen. Doch genau diese Vorgabe wird in Zweifel gezogen. Das zweite Argument, welches sich auf die Gesamtzahl von Schutzsuchenden bezieht, hat ebenfalls unter geltendem Recht wenig Gewicht: Die Ausrichtung an individuellem Schutz bedeutet umgekehrt, dass es keinen Unterschied macht, wie viele andere Menschen gleichzeitig Schutz begehren. Eine Obergrenze für den Flüchtlingsschutz widerspräche eben dieser Ausrichtung am Individuum, dessen Rechte sich nicht unter Vorbehalt einer Zahl stellen lassen. Das bislang nie genutzte europarechtliche Instrument der Massenzustromsrichtlinie sieht zwar eine rechtliche Reaktion auf die gleichzeitige Ankunft einer großen Zahl von Personen vor, aber eben nicht mit der Verweigerung von Schutz, sondern mit der Vereinfachung der Anerkennung.<sup>26</sup>

### a) Das Verbot der Kollektivausweisung

Der Fall N.D. und N.T. illustriert an verschiedenen Stellen, wie das Recht auf die Zahl von Migrant\*innen und die Spannung zwischen Individuen und Gruppen schaut. Zunächst ist das Verbot der Kollektivausweisung als solches gerade auf Gruppen bezogen. Die Aus- oder Zurückweisung von Flüchtlingen wird bereits durch Art. 3 EMRK gewährleistet. Was der Art. 4 ZP 4 EMRK hinzufügt, ist ein besonderer Schutz davor, in einer Gruppe ohne Anschauung des individuellen Falls ausgewiesen zu werden. Das steht einerseits in engem Zusammenhang mit dem Flüchtlingsschutz, als Absicherung, dass überhaupt eine individuelle Betrachtung stattfindet und damit das Refoulement-Verbot gewahrt werden *kann*. Zugleich geht die Vorschrift aber über den Flüchtlingsschutz hinaus und bezieht sich auf alle Nicht-Staatsangehörigen. Die bei der Erarbeitung des 4.

25 Hier sei auch an den Ausdruck der „Anti-Abschiebeindustrie“ und das im Sommer 2018 vom Innenminister „gefühlte Recht“ erinnert, welche dieses Unbehagen mit dem geltenden Recht zum Ausdruck brachten.

26 Art. 3 Abs. 1, Art. 5, Art. 17 der Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten.

Zusatzprotokolls zunächst vorgeschlagene Formulierung war stärker als prozessuale Garantie für individuelle Ausweisungen gefasst.<sup>27</sup> Die dann letztlich beschlossene Vorschrift ist demgegenüber schlichter: „Kollektivausweisungen ausländischer Personen sind nicht zulässig.“ Demnach kommt es lediglich auf die kollektive Natur der Ausweisung an; wann immer ohne Ansehung individueller Umstände ausgewiesen wird, ist dies als solches konventionswidrig.

Das 4. Zusatzprotokoll der EMRK wurde 1963 für Unterschriften geöffnet und trat 1968 in Kraft. Die Vorschrift des Art. 4 spiegelt Erfahrungen von Massenausweisungen in den vorangegangenen Jahrzehnten, aus früheren Menschenrechtsabkommen gab es dafür keine Vorlage.<sup>28</sup> Heute ist eine wortgleiche Vorschrift auch in Art. 19 Abs. 1 der Europäischen Grundrechtecharta enthalten. Die Rechtsprechung zu Art. 4 ZP 4 EMRK bleibt übersichtlich. Das für den Flüchtlingsschutz an Europas Außengrenzen so wegweisende Urteil im Fall *Hirsi Jamaa und andere gegen Italien* von 2012 war überhaupt erst das zweite Mal, dass der Gerichtshof eine Kollektivausweisung feststellte.<sup>29</sup> In diesem Urteil wertete der Gerichtshof das Abfangen von Migrant\*innen auf dem Mittelmeer und ihre Rückführung nach Libyen 2012 als Verletzung sowohl von Art. 3 EMRK als auch von Art. 4 ZP 4 EMRK. Auch in darauffolgenden Fällen zu Kollektivausweisungen ging es um Schutzsuchende an europäischen Grenzen.<sup>30</sup>

Für den Kontext der Migration hat die Vorschrift an Bedeutung gewonnen, gerade weil Instrumente der Migrationskontrolle zunehmend das Erfordernis einer individuellen Prüfung zu umgehen versuchen. Ein Beispiel hierfür ist das EU-Türkei-Abkommen, welches im März 2016 geschlossen wurde und anschließend oft als Modell für die Zusammenarbeit mit außereuropäischen Staaten gehandelt wurde. Das Abkommen sieht vor, dass Personen, die aus der Türkei über das Mittelmeer nach Griechenland ankommen, umgehend in die Türkei zurückgebracht werden und im Gegenzug von den in der Türkei bereits registrierten Flüchtlingen entsprechend viele in der EU aufgenommen werden. Ziel war es einerseits, die Türkei – auch durch finanzielle Unterstützung – dazu zu bringen, dass sie Weitemigration in die EU nach Kräften unterbindet. Andererseits sollte ein Anreiz für Migrierende geschaffen werden, sich zu registrieren und „abzuwarten“, anstatt unter großer Gefahr nach Griechenland überzusetzen.

An dem Abkommen gibt es vieles zu kritisieren,<sup>31</sup> doch vor allem passte die angepriesene Effizienz von Beginn an nicht zur Garantie eines individuellen Verfahrens. Dass so scheinbar problemlos alle in Griechenland Ankommenden zurückgeschoben werden sollten, ignorierte das notwendige Verfahren vor jeder Rückschiebung. Selbst wenn die Umstände der Ankommenden sich ähneln, muss in jedem Fall geprüft werden, ob bei der Zurückweisung womöglich eine Verfolgung oder aber eine unmenschliche oder erniedri-

27 Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice* (1995), 10; Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, 16. November 1963.

28 Schabas (Fn. 11), 1075; Henckaerts (Fn. 26), 11.

29 Zuvor im Fall EGMR, *Çonka gegen Belgien*, Nr. 51564/99, Urteil vom 5. Februar 2002. Für den Fall *Hirsi Jamaa* siehe Fn. 7.

30 Insbesondere EGMR, *Sharifi u.a. gegen Italien und Griechenland*, Nr. 16643/09, Urteil vom 21. Oktober 2014; EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien*, Nr. 16483/12, Urteil vom 1. September 2015.

31 Dazu z.B. Kim Ryeol/Feyzi Baban/Suzan Ilcan, *The Syrian Refugee Crisis: The EU-Turkey 'Deal' and Temporary Protection*, *Global Social Policy* 16 (2016) 3, 315.

gende Behandlung, also ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK, in der Türkei droht. Diese notwendige individuelle Prüfung ist durch Unionsrecht näher bestimmt.<sup>32</sup> Das EU-Türkei-Abkommen stellte zwar einleitend fest, dass es „die Rechte von und die Verfahrensgarantien für Personen unberührt lässt, die nach Maßgabe der jeweiligen Rechtsinstrumente der Union in einem Mitgliedstaat [...] Asyl beantragen“. Doch genau diese Wahrung von Rechten und Verfahrensgarantien widerspricht der angeblich so effizienten Migrationsbeschränkung.

In der gegenwärtigen Situation ist das Verbot der Kollektivausweisung wichtiger denn je. Es gewinnen überall Argumente an Raum, die bei der Zahl von Schutzsuchenden ansetzen und eine Begrenzung von Schutz fordern. Im Hintergrund solcher Argumente steht oft, was B.S. Chimni den Mythos der Differenz genannt hat:<sup>33</sup> die Vorstellung, dass heutige Flüchtlinge und Fluchtbewegungen aus dem Globalen Süden grundlegend anders sind als die früherer Zeiten und dass die bestehenden Normen deshalb nicht passen. Die Geschichte des Flüchtlingsschutzes ist dabei keineswegs so linear, darauf werde ich im Folgenden zurückkommen. Dass Normen des Flüchtlingsrechts und der Menschenrechte zunehmend mit Verweis auf die Zahl von Personen verletzt oder in Frage gestellt werden, lässt sich aber nicht abtun. Das Verbot der Kollektivausweisung schiebt dem nicht nur in bestimmten Situationen rechtlich einen Riegel vor, sondern stellt geradezu einen Gegenentwurf dar: Dass Personen Gruppen angehören, seien es nationale Minderheiten oder Gruppen von Schutzsuchenden, ist nicht Anlass, ihre Rechte zu beschränken, sondern vielmehr Anlass, ihre Rechte in besonderem Maße abzusichern.

#### b) Die Bezugnahme des EGMR auf Gruppen im Fall N.D. und N.T.

Im Urteil des EGMR im Fall N.D. und N.T. findet sich jedoch ein anderer Zugriff auf die Migration in Gruppen. In der Prüfung, ob eine kollektive Ausweisung vorlag, verweist der Gerichtshof mehrfach auf die Tatsache, dass die Antragsteller als Teil einer Gruppe versuchten, die Grenzanlage zu überwinden. Das Handeln als Teil einer Gruppe wird dabei als Aspekt der gewaltsamen Qualität gewertet. Bereits in den allgemeinen Erwägungen, welche die Feststellungen zu Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls einleiten, taucht dieser Aspekt auf. Der Gerichtshof schreibt hier, es sei das erste Mal, dass er über die Anwendbarkeit des Verbots von Kollektivausweisungen entscheiden müsse bei einem „Versuch einer großen Zahl von Migrant\*innen, die Grenze in unautorisierter Weise und *en masse* zu überqueren“.<sup>34</sup> Gleich zu Beginn wird also darauf hingewiesen, dass das Handeln als Gruppe eine Besonderheit darstelle, welche für die Bewertung relevant ist.

Wenn der Gerichtshof dann erörtert, ob es sich bei der Ausweisung um eine kollektive handelte, und dabei, wie oben beschrieben, das eigene Verhalten der Personen als Kriterium heranzieht, verweist er auf Situationen, in denen Personen „willentlich einen Vorteil

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

33 B. S. Chimni, *The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South*, *Journal of Refugee Studies* 11 (1998) 4, 350 (355).

34 Die Passage lautet im englischen Original „following an attempt by a large number of migrants to cross that border in an authorised manner and *en masse*“ (Urteil, para. 166).

aus ihrer großen Zahl ziehen und Gewalt anwenden“.<sup>35</sup> Eine solche disruptive Situation sei dazu angetan, die öffentliche Sicherheit zu gefährden. Daraufhin wird mehrfach auf das Auftreten in großer Zahl verwiesen.<sup>36</sup> Bemerkenswert ist vor allem, dass dieses in einem Atemzug mit der Anwendung von Gewalt genannt wird. Das Auftreten in der Gruppe wird geradezu so gedeutet, dass es Teil der Widerrechtlichkeit der Handlung sei. In den kurzen Erwägungen zu einer Verletzung des Art. 13 EMRK schreibt der Gerichtshof zusammenfassend, die Antragsteller hätten sich, wie zuvor festgestellt, in eine rechtsbrüchige (*unlawful*) Situation begeben, in dem sie gezielt (*deliberately*) versuchten, Spanien zu erreichen, indem sie die Grenzanlage von Melilla am 13. August 2014 als Teil einer großen Gruppe und an einer nicht autorisierten Stelle zu durchqueren versuchten.<sup>37</sup>

Gerade vor dem Hintergrund des Verbots der Kollektivausweisung ist diese Bezugnahme auf das Auftreten als Gruppe doch erstaunlich. Führen wir uns vor Augen: Zu dem besonderen Schutz davor, nicht als Individuum, sondern lediglich als Teil einer Gruppe behandelt zu werden, welchen Art. 4 ZP 4 EMRK gewährt, wurde in bedenklicher Weise eine Ausnahme geschaffen, und zwar bei vorangegangenen widerrechtlichen Verhalten. In der Bewertung, ob ein Verhalten widerrechtlich ist, spielt nun das Auftreten in einer Gruppe eine erhebliche Rolle. Von dem Schutz, lediglich als Teil einer Gruppe behandelt zu werden, sind also, verkürzt gesagt, diejenigen ausgenommen, die als Gruppe auftreten? Damit wäre der Schutz des Art. 4 ZP 4 weitgehend ad absurdum geführt.

Natürlich ist das Auftreten in einer Gruppe hier nicht das einzige Kriterium, dennoch ist die Argumentation des Gerichtshofs diesbezüglich widersinnig. Zunächst findet Migration in den allermeisten Fällen in Gruppen statt. Menschen bewegen sich gemeinsam, sie gehören teilweise zusammen, als Familien oder Freunde, sie bilden Gruppen, die sich unterstützen. Das ist zunächst korrigierend anzumerken zu dem im Urteil gezeichneten Bild, es sei quasi unnatürlich und nur als kalkulierter Gewaltakt zu verstehen, dass Personen hier in großen Gruppen auftreten. Darüber hinaus ist es aber durchaus richtig, dass das gemeinsame Handeln in Gruppen strategisch eingesetzt wird, um die Chance zu erhöhen, es nach Spanien zu schaffen. Wir sprechen hier von Menschen, die eine hochmilitarisierte Grenzanlage zu überwinden versuchen. Das Urteil rückt dieses Auftreten als Gruppe rhetorisch in den Bereich eines Angriffs, wenn es wiederholt von einem „Stürmen des Grenzzauns“ spricht.<sup>38</sup> Tatsächlich hatte Spanien angeführt, das Recht auf Selbstverteidigung gegen einen bewaffneten Angriff gemäß Art. 51 UN-Charta sei hier einschlägig und das Verbot der Kollektivausweisung komme daher nicht zur Anwendung.<sup>39</sup> Das lehnt der Gerichtshof knapp ab.<sup>40</sup>

Dennoch findet sich im Urteil eine erstaunliche Umkehrung der Wertung, wie sie die EMRK vornimmt. Danach sind Menschen, die als Teil einer großen Gruppe migrieren, besonders gefährdet, dass ihr individueller Fall nicht wahrgenommen wird. Wohin verschwindet diese Wertung des Art. 4 ZP 4 EMRK? Wie zuvor beschrieben, lässt sich das

35 Die Passage lautet im englischen Original „deliberately take advantage of their large numbers and use force“ (Urteil, para. 201).

36 „[...] taking advantage of their large numbers and in the context of an operation that had been planned in advance“ (Urteil, para. 206); „taking advantage of their large numbers and using force“ (Urteil, para 210, 231 wortgleich).

37 Urteil, para. 242.

38 Ibid., para. 80-88, para. 231.

39 *N.D. und N.T. gegen Spanien*, para. 126.

40 Ibid., para. 166.

Urteil nicht ohne die dahinterstehenden Beschreibungen der Situation erklären. Dass hier nicht mehr die Schutzbedürftigkeit der Migrant\*innen, sondern der „Schutz des Staates“ vor Migrant\*innen die Interpretation zu leiten scheint, folgt einem Narrativ des Kontrollverlusts. Diese Wahrnehmung, dass Spanien schlechthin außerstande wäre, den ankommenden Migrant\*innen ein ordnungsgemäßes Verfahren zu gewähren, stützt sich ganz wesentlich auf eine vorgestellte Zahl. Es sind einfach zu viele, scheint die Annahme zu lauten, und diese „Bedrohung der Zahl“ schlägt sich in der Argumentation nieder.

### c) Fragen der Identifizierbarkeit

Dass eine Gruppe von Menschen als Bedrohung wahrgenommen wird, hängt eng damit zusammen, ob sie dem Betrachtenden als Individuen oder aber als „gesichtslose Masse“ erscheinen. Das soll später noch näher Thema sein, doch das Urteil weist auf diesen Aspekt der Unterscheidbarkeit und Identität ebenfalls hin. Das Verbot der Kollektivausweisung schreibt gerade vor, dass Menschen identifiziert werden müssen, also als Individuen gesehen werden müssen. Doch während zu klären war, ob Spanien dem hier Genüge getan hat, stellte sich die Frage der Individualisierbarkeit zugleich schon bei der Zulässigkeit der Beschwerde, hinsichtlich der Opfereigenschaft.

Dabei ist wichtig, sich ein Problem von migrationsrechtlichen Fällen vor Augen zu führen. Der EGMR erlaubt nur Individualbeschwerden, bei denen die Beschwerdeführer in eigenen Rechten verletzt sind.<sup>41</sup> Das ist grundsätzlich sinnvoll, führt jedoch auch dazu, dass in migrationsrechtlichen Konstellationen viele Praktiken von Staaten nie einer Kontrolle des EGMR unterworfen werden. In solchen Konstellationen sind regelmäßig Menschen betroffen, die unter prekären Bedingungen leben, eventuell Kontakt zu staatlichen Stellen meiden und sich außerhalb der fraglichen Staaten befinden. Die Wahrscheinlichkeit einer Klage vor dem EGMR ist unter solchen Umständen gering. Zentrale Entscheidungen wie das Hirsi-Urteil ergingen in Fällen, die erst durch die Hilfe von Nichtregierungsorganisationen zum Gerichtshof kamen.

Ebenso war es zwar lange bekannt, dass Rückschiebungen am Grenzzaun von Melilla nach immer gleichem Muster stattfinden, doch um eine Beschwerde vor dem EGMR zu bringen, bedurfte es eines konkreten, dokumentierten Falls und nachweisbar davon betroffener Personen. Wie oben bereits beschrieben, wurde genau diese Identifizierbarkeit von Spanien bestritten. Auch wenn dieser Aspekt im Urteil der Großen Kammer keine erhebliche Rolle mehr spielte, unterstreicht er doch eine weitere Spannung im Blick auf Gruppen. Es war unbestritten, dass die Praktiken der kollektiven Rückschiebungen stattfinden. In Frage stand, ob diese das Verbot der Kollektivausweisung verletzen, in anderen Worten, ob Spanien eine mangelnde Identifikation vorzuwerfen ist. Und einer Prüfung im Weg stand zunächst eine mangelnde Identifizierbarkeit.

Man kann diesen Punkt noch etwas weitertreiben. Wir sehen im Bereich von Migration ein Nebeneinander von extremer Identifizierbarkeit und fehlender Identifikation. Einerseits werden verschiedenste Technologien eingesetzt wie Wärmebildkameras, die Menschen aufspüren können, oder hochauflösende Videoaufnahmen aus der Luft.<sup>42</sup> Mit

<sup>41</sup> Art. 34 EMRK.

<sup>42</sup> Siehe dazu z.B. Max Campbell, *Richard Mosse's "Heat Maps": A Military-Grade Camera Repurposed on the Migrant Trail*, *The New Yorker*, 5. Februar 2017.

Fingerabdrücken sind Asylsuchende überall in der EU verzeichnet und die Versuche, durch das Verbrennen von Fingerkuppen einer Dublin-Überstellung zu entgehen,<sup>43</sup> sind Kämpfe um diese Identifizierbarkeit. Zugleich ist es aber gerade ihre mangelnde Identifikation als Einzelne, welche die Rechte von Migrant\*innen gefährdet. In der öffentlichen Debatte tauchen sie meist als Zahl auf, ihre Meinungen haben politisch kein Gewicht. Hinter den zwischen Staaten verhandelten Zahlen und einem Vokabular von „Migrationsdruck“ und „Migrationsströmen“ verschwindet leicht das Bewusstsein dafür, dass es sich um viele Einzelne mit jeweils individuellen Geschichten und Lebensentscheidungen handelt.

Dass Spanien bestritt, N.D. und N.T. seien auf den Videoaufzeichnungen erkennbar, mutet da geradezu symbolhaft an. Die Aufforderung, aus einer prekären Lage heraus die eigene Betroffenheit von unbestritten stattfindendem staatlichen Handeln zu beweisen, hätte auch einer Erzählung Franz Kafkas entstammen können. Am Zaun von Melilla konzentriert sich insofern das Nebeneinander von Überwachung und mangelnder Individualisierung. Die Verdeckung des Individuellen liegt dabei nicht erst darin, dass bei den Rückführungen die Identität der Personen nicht festgestellt wird und keine Gelegenheit zur Äußerung besteht. Die Gestaltung von Mobilität bestimmt immer auch, inwieweit Menschen als Individuelle erscheinen können oder in Gruppen aufgehen. Wenn wie hier besonders für sub-saharische Migrant\*innen Mobilität aufs Äußerste beschränkt wird, erzeugt es gerade die Bilder von scheinbar so zahlreichen und parallelen Bemühungen, dennoch über die Grenze zu gelangen. Die so beförderte Wahrnehmung dient dann – wie im vorliegenden Fall – wiederum dazu, Rechte zu beschränken. Insofern ist das Ringen um effektiven Rechtsschutz an den Grenzen auch ein Ringen um die Wahrnehmung von Menschen.

### 3. Flüchtlingsschutz zwischen der Ausrichtung auf Einzelne und auf Gruppen

Die Geschichte des Flüchtlingsschutzes durchzieht ein Wechsel zwischen Perspektiven auf Gruppen und auf Einzelne. Heute ist das Flüchtlingsrecht, einschließlich des sich aus Menschenrechtsabkommen ergebenden Schutzes, rechtsbasiert und auf Individuen ausgerichtet. Das ist eine Errungenschaft, aber diese Ausrichtung auf Individuen birgt auch die Gefahr, dass die gleichzeitige Migration von vielen Menschen als ungewöhnlich und geradezu katastrophal erscheint.<sup>44</sup>

Die Ursprünge von Flüchtlingsschutz in einem dem heutigen System verwandten Sinn finden sich im 17. Jahrhundert. Die Hugenotten, die nach dem Edikt von Fontainebleau von 1685 aus Frankreich flohen und als erste Flüchtlinge im modernen Sinne gelten,<sup>45</sup> fanden Aufnahme in verschiedenen Ländern, und zwar durch Entscheidungen der jewei-

43 Das meint die Überstellung aus einem Mitgliedstaat in einen anderen, der nach der Dublin-Verordnung für das Asylverfahren zuständig ist. Vgl. Bzgl. der Praktiken Maryellen Fullerton, *Asylum Crisis Italian Style: The Dublin Regulation Collides with European Human Rights Law*, Harvard Human Rights Journal 29 (2016), 57 (69).

44 Étienne Balibar, *Equaliberty* (2014), 264, siehe auch bei Fn. 52.

45 Das hängt mit dem Aufkommen des Begriffs (*réfugiés*) in dieser Zeit zusammen, welches wiederum in Verbindung mit dem Wandel der politischen Ordnung in Europa hin zu territorialen Staaten zu sehen ist. Dazu Dana Schmalz, *Der Flüchtlingsbegriff – eine rechtstheoretische Betrachtung*, in: Daniel Kersting/Marcus Leuoth (Hrsg.), *Der Begriff des Flüchtlings – rechtliche, moralische und politische Implikationen*, 2020, 61 (66).

ligen Herrscher.<sup>46</sup> Dieser Schutz war nicht rechtsbasiert,<sup>47</sup> und er war auf Gruppen bezogen. Demgegenüber findet sich in der politischen Philosophie des späten 18. und des frühen 19. Jahrhunderts in verschiedenen Formulierungen die Idee eines ausnahmsweisen Rechts auf Zugang: Dass ein Fremder an der Grenze nur abgewiesen werden darf, „wenn es ohne seinen Untergang geschehen kann“, wie Immanuel Kant schreibt,<sup>48</sup> ist ausdrücklich in der Sphäre des Rechts angesiedelt und gedanklich auf eine individuelle Person bezogen.

Es sind dann zwei unterschiedliche normative Stränge, aus denen das internationale Flüchtlingsrecht entsteht. Einerseits bilden sich im 19. Jahrhundert Normen heraus, wonach politisch Verfolgte von Auslieferungsabkommen ausgenommen sind. Staaten arbeiten in Strafverfolgung zusammen und verpflichten sich grundsätzlich zur Auslieferung von Personen, schreiben aber Ausnahmen fest. Diese Ausnahmen von Auslieferungspflichten sind verwandt mit dem alten Begriff des Asyls, sie sind weniger ein Anspruch des Verfolgten selbst als eine Regelung im Verhältnis zwischen den Staaten. Andererseits entwickelt sich die Idee eines Schutzanspruchs, der an den Flüchtlingsbegriff gebunden ist. Während der Schutz politisch Verfolgter stark an individuellen Fällen orientiert ist, richtet sich Flüchtlingschutz zunächst vor allem auf Gruppen. Bis zur Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 gibt es keine abstrakte Definition des Flüchtlings.

Das Mandat des 1921 geschaffenen Hochkommissars für Flüchtlinge des Völkerbunds richtet sich auf situativ bestimmte Gruppen, ebenso findet das Flüchtlingsabkommen von 1933 erklärterweise Anwendung auf russische, armenische und sonstige („angeglichene“) Flüchtlinge.<sup>49</sup> 1938 wird ein gesondertes Abkommen geschlossen, das auf Hilfe für die aus Deutschland Fliehenden zielt.<sup>50</sup> Insofern sind die Anfänge des internationalen Flüchtlingschutzes stark gruppenorientiert. Die Debatte um den zukünftigen Text der GFK dreht sich dann auch um verschiedene Varianten, die Reichweite *ratione personae* festzulegen. Soll eine Institution wie die UN-Generalversammlung jeweils situativ entscheiden oder soll eine abstrakte Definition festgeschrieben werden? Letztlich einigt man sich auf eine Definition, die seither das Flüchtlingsrecht wesentlich strukturiert: Schutz als Flüchtling erhält demnach eine Person, die sich aus der „begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung“ außerhalb ihres Herkunftslandes befindet.<sup>51</sup>

An diese Definition ist das Refoulement-Verbot geknüpft, und entsprechend ist Flüchtlingschutz fortan in jedem individuellen Fall zu bestimmen. Das bedeutet einerseits, dass Personen nicht abgewiesen werden dürfen, so lange nicht geklärt ist, ob es sich um Flüchtlinge handelt. Insofern bringt das Refoulement-Verbot in der Praxis weitreichende Pflichten für Staaten mit sich. Andererseits besteht im internationalen Recht kei-

46 Susanne Lachenicht, *Hugenotten in Europa und Nordamerika: Migration und Integration in der Frühen Neuzeit*, 2010, 14, 106.

47 Im doppelten Sinn, als dass der Schutz nicht auf Recht basierte und nicht auf (subjektiven) Rechten.

48 Immanuel Kant, *Zum Ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*, 1795, BA 41, 42.

49 Art. 1 des Abkommens vom 28. Oktober 1933 über die internationale Rechtsstellung von Flüchtlingen.

50 Abkommen vom 10. Februar 1938 über die Rechtsstellung von Flüchtlingen aus Deutschland.

51 Das ist eine verkürzte Wiedergabe der Definition aus Art. 1 A para. 2 GFK, die neben dieser Kerndefinition noch Erweiterungen und Einschränkungen beinhaltet.

ne Regelung darüber, dass Staaten den Zugang zu Territorium und damit Schutz ermöglichen müssen. Während weitreichende Pflichten bestehen, sobald eine Person die Grenze oder das Territorium erreicht, haben Staaten rechtlich viel Spielraum, diesen ersten Kontakt zu verhindern oder zu umgehen. Das System eines individuellen Schutzanspruchs hat insofern nicht zu einem flächendeckenden Flüchtlingsschutz geführt, sondern vielmehr zu einer Konzentration des Nicht-Individualisierten jenseits der Grenze.

Doch mehr noch: Die Struktur des gegenwärtigen Flüchtlingsrechts ist eine vorgesehener Illegalität. Es bestehen praktisch keine legalen Zugangswege, so dass Flüchtlinge oft zunächst auf irregulärem Weg an einen Ort des Schutzes gelangen müssen, was dann im Nachhinein entschuldigt wird.<sup>52</sup> Die so erzeugte Illegalität wirkt sich erheblich in den Perspektiven auf Individuen und Gruppen aus. Eine irreguläre Grenzüberschreitung eines Einzelnen wird als erträglich gesehen, dieselbe provozierte Irregularität wird aber in der öffentlichen Wahrnehmung schnell zur Bedrohung stilisiert, wenn es sich um eine große Zahl von Personen handelt.

Für das Recht, welches in Territorialstaaten wurzelt, bildet Migration die Ausnahme. Diese Ausnahme können Staaten grundsätzlich frei gestalten, Grenzen sind dem allenfalls durch individuelle Rechtsgarantien gezogen. Étienne Balibar beschreibt, wie auf diese Weise Migration gedanklich Individuen zugeordnet ist, während kollektive Identität an Sesshaftigkeit geknüpft ist.<sup>53</sup> Doch diese Vorstellung von Migration als gänzlich individuell widerspricht der Wirklichkeit von Fluchtbewegungen, in der Vergangenheit ebenso wie heute. Wie kann dem Rechnung getragen werden? Es bedarf zumindest des Bewusstseins dafür, dass individuelle Rechte und kollektive Migration nebeneinander bestehen. Der Fall N.D. und N.T. verdeutlicht, dass die effektive Garantie individueller Verfahren letztlich darauf angewiesen ist, Migration von Gruppen nicht als gefährlich zu konstruieren, sondern als dauernde Realität anzuerkennen. Es geht also nicht um eine Ausrichtung auf Gruppen anstatt auf Individuen, sondern vielmehr um ein dialektisches Verständnis, dass Gruppen sich aus einer Reihe von Individuen zusammensetzen und dass Einzelne nicht in Loslösung aus kollektiven Zusammenhängen existieren.

#### 4. Menschen, nicht Massen

Rechtliche Strukturen und die Wahrnehmung von Personen stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern beeinflussen sich gegenseitig. Die Struktur des Flüchtlingsrechts wirkt in die Wahrnehmung hinein: Der auf Individuen ausgerichtete Flüchtlingsschutz, welcher zugleich keine andere Wahl als den Zugang durch die Illegalität lässt, trägt leicht zu einem Bild der Überforderung durch eine große Anzahl von Schutzsuchenden bei. Umgekehrt bedingt die öffentliche Debatte und Darstellung wiederum die rechtliche Situation von Personen. Das wird besonders greifbar am Begriff der Massen. Dieser zeigt, wie die Wahrnehmung von Menschengruppen mit unterschiedlicher Logik erfolgen kann und sich die jeweilige Logik erheblich auf die Rechte von Menschen auswirkt.

Der Ausdruck „Massen“ wird in unterschiedlichen Nuancen verwendet. Zunächst kann er einfach eine große Zahl von Menschen bezeichnen. Es schwingt jedoch im Ausdruck „Massen“ immer schon mit, dass diese große Zahl keiner näheren Unterscheidung

52 Siehe das Pönalisierungsverbot des Art. 31 Abs. 1 GFK.

53 Étienne Balibar (Fn. 43), 263.

von Individuen bedarf oder keine solche erlaubt. Eine zweite Verwendung bezieht sich auf Massen als Menschengruppe mit gewählt einheitlichem Handeln. In diesem Sinne wurde über Massen als Phänomen der Moderne und als Grundlage totalitärer Regime geschrieben.<sup>54</sup> Hier bereits zeigt sich, dass der Bezug auf eine große Zahl und auf deren Vereinzelung gerade keinen Widerspruch bilden, sondern sich bedingen. Eine dritte Verwendung von Massen schließlich hat einen stärker zuschreibenden Charakter: Menschen, die nicht gewähltermaßen in einer einheitliche Gruppe auftreten, werden dennoch als Masse titulierte.

Die Bezeichnung als „Masse“ spiegelt also einen Blick auf eine Menschengruppe, in welcher der Einzelne verschwindet. Hannah Arendt bezieht sich in ihrem Buch „Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft“ vielfach auf den Begriff „Massen“, dabei wird der Zusammenhang zwischen Massen als beobachtetes Phänomen der Moderne und als einer gefährlichen Zuschreibung deutlich. Arendt spricht von Massen einerseits als Menschen, die ein Gefühl ihrer eigenen Überflüssigkeit leitet.<sup>55</sup> Sie unterscheidet Massen ausdrücklich vom „Mob“ mit Hinweis auf das „Desinteresse am eigenen Wohlergehen“ jener.<sup>56</sup> Massen sind aus einem Gefühl der eigenen Austauschbarkeit heraus manipulierbar und bilden so die Grundlage für totalitäre Herrschaft. Andererseits spricht Arendt aber auch über die „Masse der Staatenlosen“<sup>57</sup> und über die Behandlung von Menschen als Überflüssige.<sup>58</sup>

Beide Gesichtspunkte verbindet, was man mit Arendt als Weltlosigkeit bezeichnen kann: die Lage von Menschen, die nicht als Individuen zählen.<sup>59</sup> Massen, die keine eigenen Meinungen und Interessen haben, kennzeichnet in diesem Sinne ihre Weltlosigkeit,<sup>60</sup> ein Verlust von Öffentlichkeit als Sphäre unterschiedlicher Blickpunkte, welche nur aus selbst denkenden Individuen heraus entstehen. Als Massen behandelte Menschen wiederum werden in eine solche Weltlosigkeit gestoßen, was sich mit Arendt auch als Verlust des „Standorts in der Welt“ bezeichnen lässt, „durch den allein [ein Mensch] überhaupt Rechte haben kann und der die Bedingung dafür bildet, dass seine Meinungen Gewicht haben und seine Handlungen von Belang sind“.<sup>61</sup> Letzteres schreibt Arendt wohlgerne in Zusammenhang mit Flüchtlingen und Staatenlosen. Zygmunt Bauman verbindet beide Aspekte des Massenbegriffs, wenn er die gesellschaftliche Ablehnung und Angst vor Migrant\*innen wesentlich auf ein eigenes Gefühl der Austauschbarkeit und der ständig drohenden Überflüssigkeit bezieht.<sup>62</sup>

Der hier skizzierte Zusammenhang zwischen dem Begriff der Massen, der Relevanz von Meinungen und Handlungen und den Rechten von Menschen ist erhellend für den

54 Gustave le Bon, *Psychologie des foules* (1895, Presses universitaires de France), 2013; Elias Canetti, *Masse und Macht* (1960), 34. Auflage 2017; Siegfried Kracauer, *Das Ornament der Masse* (1963), 13. Auflage 2017, 53; Hannah Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (englisches Original 1951, deutsches Original 1958), 17. Auflage 2014, 558, 629.

55 Hannah Arendt (Fn. 53), 667, 938. Dazu auch Peter Baehr, *The „Masses“ in Hannah Arendt's Theory of Totalitarianism*, *The Good Society* 16 (2007) 2, 12 (13).

56 Hannah Arendt (Fn. 53), 660.

57 Ibid., 590.

58 Ibid., 942.

59 Michael G. Gottsegen, *The Political Thought of Hannah Arendt*, 1994, 6.

60 Vgl. Hannah Arendt (Fn. 53), 624.

61 Ibid., 613.

62 Zygmunt Bauman, *Die Angst vor den anderen. Ein Essay über Migration und Panikmache*, 2016, 16.

gegenwärtigen Kontext von Migration. Die Wahrnehmung von Schutzsuchenden und der Herausforderung, sie aufzunehmen, entwickelt sich im Wechselspiel von rechtlichen Regelungen und öffentlichem Diskurs. In den letzten Jahren haben in Europa Instrumente zugenommen, die Schutzsuchende weiter von den verantwortlichen Öffentlichkeiten fernhalten, sei es in Hotspots auf griechischen Inseln oder jenseits der europäischen Außengrenzen. Unabhängig von einzelnen Rechtsverletzungen gestalten solche Instrumente den Blick auf Migrant\*innen. Diejenigen, die den Zaun von Melilla zu überqueren versuchen, erscheinen für die spanische und die europäische Öffentlichkeit – also den demokratischen Autor\*innen der sie fernhaltenden Gesetze – fast nie mit Meinungen und individuellen Geschichten. Sie werden durch Zahlen dargestellt oder sind namenslos sichtbar auf Bildern der Grenzanlage bei Überquerungsversuchen. Umso mehr müsste ein Bewusstsein kultiviert werden, dass hinter diesen Zahlen und Bildern eine Vielzahl von Individuen steht. Ein solches Bewusstsein ist kein Selbstzweck, sondern sein Fehlen gefährdet letztlich den effektiven Schutz von Rechten. Wer das für esoterische Spekulation hält, sollte noch einmal das Urteil im Fall N.D. und N.T. aufschlagen.

## Menschenrechte in der Global Governance



### Global Governance und Menschenrechte

Konstellationen zwischen Privatheit und Öffentlichkeit

Von PD Dr. Janne Mende

2020, ca. 340 S., brosch., ca. 64,- €

ISBN 978-3-8487-5715-2

(Internationale Politische Theorie, Bd. 8)

Erscheint ca. September 2020

Die Macht privater Global-Governance-Akteure trifft auf das öffentliche Menschenrecht. Wie verändern sich Macht, Global Governance und Menschenrechte in diesem Aufeinandertreffen? Und wie müssen Privatheit und Öffentlichkeit neu diskutiert werden, um die daraus entstehenden Entwicklungen zu fassen?

 Nomos  
eLibrary [www.nomos-elibrary.de](http://www.nomos-elibrary.de)

Portofreie Buch-Bestellungen unter [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**