Nur ausnahmsweise statt absolut

Das Refolument-Verbot in den sogenannten Instrumentalisierungsfällen des EGMR

Dana Schmalz

26.11.2026 doi: 10.59704/841fce4e8fec1300

Für Schutz unter der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) an den europäischen Außengrenzen muss man entweder erkennbar besonders vulnerabel oder aber juristisch sehr gut geschult und begleitet sein. So könnte man das Ergebnis der Urteile in den sogenannten Instrumentalisierungsfällen zusammenfassen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) am 24. November 2026 verkündet hat (*A.R. u.a. gg. Polen*; *C.O.C.G. u.a. gg. Litauen*; *H.M.M. u.a. gg. Lettland*). Die Urteile unterstreichen die generelle Geltung der EMRK auch in Situationen der Instrumentalisierung von Migrant:innen durch einen anderen Staat. Zugleich gelangt der EGMR aber zu einer einschränkenden Auslegung der staatlichen Pflichten aus dem Refoulement-Verbot nach Art. 3 EMRK, die dogmatisch fragwürdig und in den absehbaren Konsequenzen desaströs ist.

Instrumentalisierung als Kehrseite der kooperativen Kontrolle von Migration

Die drei Verfahren vor der Großen Kammer des EGMR betrafen Beschwerden gegen Polen, Litauen und Lettland bezüglich ihres Umgangs mit Asylsuchenden, die in den Jahren 2021 und 2022 aus Belarus in den jeweiligen Staat kamen. Trotz der Unterschiede in den Details war den Fällen also gemein, dass sie staatliches Handeln im Kontext der sogenannten Instrumentalisierung von Migrant:innen durch Belarus ab 2021 betrafen. Der Begriff der Instrumentalisierung wurde auch davor verwendet, ist aber seitdem allgegenwärtig. Das zeigte sich etwa in den Bemühungen auf Ebene der EU, eine Instrumentalisierungsverordnung zu verabschieden; diese scheiterte, aber Instrumentalisierungssituationen werden zentral behandelt in der Krisenverordnung, die seit Juni 2026 in Kraft ist. Auch nachdem Ende Juli 2026 Zehntausende Menschen aus Marokko nach Ceuta geschwommen waren, diskutierte die EU erneut über besondere rechtliche Reaktionsmöglichkeiten in Situationen von Instrumentalisierung. Instrumentalisierung wird dabei immer als außergewöhnlicher Umstand behandelt, der außergewöhnliche Reaktionen rechtfertigen soll.

Doch so außergewöhnlich ist sie dann nicht. Bisher war in Bezug auf Belarus, Russland, die Türkei und Marokko die Rede von Instrumentalisierung von Migrant:innen – anders gesagt: in Bezug auf alle Staaten, durch die Menschen auf dem Landweg in die EU kommen können. Da der Luftweg für Asylsuchende nahezu versperrt ist und der Seeweg extrem gefährlich, zeigen sich Instrumentalisierungssituationen also überall dort, wo Menschen Europa für einen Asylantrag erreichen könnten. Die Möglichkeit der Instrumentalisierung ist die Kehrseite der kooperativen Kontrolle von Migration, also der Strategie europäischer Staaten, durch Abkommen mit Drittstaaten die Migration nach Europa zu verringern.

Die Instrumentalisierung durch Belarus war besonders markant, weil sie im Zuge eines expliziten Konflikts mit der EU stattfand und die Ankunftszahlen binnen kurzer Zeit stark anstiegen. Belarus beging dabei wohl selbst Menschenrechtsverletzungen gegenüber den Schutzsuchenden, aber die Ermöglichung von Durchreise ist als solche nicht verboten (vgl. auch das anhängige IGH-Verfahren). Instrumentalisierung wird also keine Ausnahme bleiben. Das muss vorangestellt werden, bevor ich im Folgenden zusammenfasse, wie der EGMR Artikel 3 EMRK unter Bedingungen der Instrumentalisierung auslegt.

Die Beschwerdeführer:innen

In allen drei Verfahren war am 12. Februar 2025 mündlich verhandelt worden. Dabei war deutlich, dass die

Große Kammer des EGMR die Fälle parallel betrachtet. Im Kern ging es darum, wie das Refoulement-Verbot des Art. 3 EMRK unter Bedingungen der Instrumentalisierung auszulegen ist, also ob die pauschale Rückschiebung von Menschen über die Grenze Art. 3 EMRK verletzt, wenn ihnen dort unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht. Auf diese Frage konzentriere ich mich, weil darin die grundlegende Bedeutung der Fälle liegt. Daneben betrafen die Verfahren im Einzelnen auch noch die willkürliche Inhaftierung der Beschwerdeführer:innen und die inakzeptablen Lebensbedingungen in der Grenzzone. Es gäbe noch sehr viel von den Entscheidungen zu besprechen, was ich hier beiseitelasse.

Das Verfahren *A.R. u.a. gg. Polen* hatte ursprünglich 32 Beschwerdeführer:innen mit afghanischer Staatsangehörigkeit, von denen nur zwei während der Dauer des Verfahrens mit den Anwält:innen in Kontakt blieben. Die übrigen strich der Gerichtshof von der Liste. Sie alle waren im August 2021 zwischen der polnischen und belarussischen Grenze gestrandet und verbrachten mehrere Wochen in einem improvisierten Lager. Dabei war umstritten, ob sie sich zeitweise auf polnischem Territorium befanden. Der EGMR hatte damals eine einstweilige Anordnung getroffen, dass die Personen nicht nach Belarus zurückgeschoben werden dürfen, sofern sie sich auf polnischem Gebiet befinden.

Die vier Beschwerdeführer:innen im Verfahren *C.O.C.G. u.a. gg. Litauen* waren kubanische Staatsangehörige, darunter ein Ehepaar. Sie kamen im März 2022 über Russland nach Belarus, zwischen Ende März und Anfang April überquerten sie die Grenze nach Litauen, wobei die Details umstritten sind. Auch hier traf der EGMR eine einstweilige Anordnung, und zwar am 8. April 2022, dass die Personen nicht nach Belarus zurückgeschoben werden dürfen, sofern sie sich in Litauen befinden.

Das Verfahren *H.M.M. u.a. gg. Lettland* betraf ursprünglich 26 irakische Beschwerdeführer:innen, darunter Familien mit minderjährigen Kindern; auch hier strich der Gerichtshof einige Personen von der Liste, weil kein Kontakt mit den Anwält:innen fortbestand. Die Personen waren im August 2021 an der belarussisch-lettischen Grenze gestrandet, eine einstweilige Anordnung des EGMR verpflichtete Lettland, sie mit dem Nötigsten zu versorgen. Die genauen Anwesenheiten der Personen auf lettischem Territorium waren ebenfalls umstritten.

In allen drei Verfahren war der EGMR aber zumindest für einen Teil der Beschwerdeführer:innen überzeugt, dass sie auf dem Gebiet des jeweiligen Vertragsstaats waren und Rückschiebungen nach Belarus stattgefunden hatten.

Unklare Einschränkungen beim Schutz aus Art. 3 EMRK

Die Urteile enthalten teils wortgleiche Absätze in den Teilen, in denen der Gerichtshof zur Frage kommt, ob die Rückschiebung nach Belarus eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellt. Dabei beginnt der EGMR mit dem „besonderen und neuartigen Kontext des Falls“ (*specific and novel context of the present case*) und stellt dann die These auf, dass die Instrumentalisierung ein Versuch sei, die Konvention auszunutzen, und damit die grundlegende Struktur der Konvention bedrohe. Drittstaaten einen solchen Missbrauch der Konvention zu erlauben, indem sie die Verpflichtungen der Vertragsstaaten ausnutzen, um deren Möglichkeiten des Grenzschutzes zu schwächen und damit ihre Fähigkeit, essenzielle Staatsfunktionen zu leisten, würde die Effektivität des Schutzes von grundlegenden Rechten unterminieren (Rn. 315 in *A.R. u.a. gg. Polen*, Rn. 286 in *C.O.C.G. u.a. gg. Litauen*, Rn. 428 in *H.M.M. u.a. gg. Lettland*). Diesen Absatz muss man mehrmals lesen. Und dann neben den Art. 15 EMRK halten, der ja ein Abweichen im Notstandsfall vorsieht (einer Bedrohung des „Lebens der Nation“), nur eben, dass kein Abweichen von Art. 3 EMRK möglich ist.

Der genannte Absatz bildet den Hintergrund, vor dem der Gerichtshof dann eine konkrete Eingrenzung entwickelt. Dabei betont er zunächst, dass Art. 3 EMRK voll anwendbar bleibt und Staaten eine Ausweisung verbietet, wenn es substanzielle Gründe gibt zu befürchten, dass die Person nach der Ausweisung einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt wäre (vgl. *A.R. u.a.*, Rn. 326). Das gelte auch für Personen, deren Migration instrumentalisiert wurde. Dann aber schränkt der EGMR ein, was daraus

an staatlicher Verpflichtung folgt: Die Staaten müssten bei Umständen der Instrumentalisierung nur diejenigen Personen ausmachen, die entweder besonders vulnerabel sind oder besonders vorbringen und belegen, dass sie bei der Rückschiebung in den Staat, der sie instrumentalisiert, einer realen Gefahr der Misshandlung ausgesetzt wären.

Die neue Maßgabe des Gerichtshofs bleibt insofern vage. Denn die Beteuerung, Art. 3 EMRK bleibe in der beschriebenen Weise anwendbar, hieße eigentlich, dass die bisherige Auslegung weiter gelten müsste. Denn auch jetzt sind Staaten ja nicht verpflichtet, von sich aus ausgedehnte Untersuchungen anzustellen, sondern müssen bei Anhaltspunkten für ein Risiko im Ausweisungsfall dieses Risiko prüfen. Die ebenfalls parallel enthaltene Aussage, die Ausweisung einer Person in den Staat der Instrumentalisierung verletze, als solche, Art. 3 EMRK nicht, ist eine Null-Aussage: Denn niemals war eine Ausweisung als solche eine Verletzung – Instrumentalisierung hin oder her, es kam immer auf die drohende Behandlung nach der Ausweisung an.

Explizit weicht der Gerichtshof von seiner bisherigen Auslegung der aus Art. 3 EMRK folgenden Pflichten ab: beim Fehlen eines Asylverfahrens im Zielstaat der Ausweisung. Das sei, so der EGMR (*A.R. u.a.*, Rn. 327), für Fälle von Instrumentalisierung nicht relevant. Wobei es ja nie darum ging, dass ein fehlendes Asylverfahren eine Menschenrechtsverletzung sei, sondern darum, dass ohne ein solches eine Kettenabschiebung droht und damit eine substanzielle Verletzung von Art. 3 EMRK bzw. Art. 2 EMRK. Die Gefahr einer Kettenabschiebung besteht auch dann, wenn ein Staat Migration instrumentalisiert. Warum das fehlende Asylverfahren im Drittstaat hier keine Rolle spielen soll, erklärt der Gerichtshof nicht.

Tatsächlich umschreibt der EGMR wie erwähnt nun zwei Konstellationen, in denen der Staat nicht ohne weiteres ausweisen bzw. zurückschieben darf: besondere Vulnerabilität und besonderes Vorbringen. Wie sich in der Anwendung der Kriterien in den konkreten Fällen zeigt, läuft das praktisch auf eine starke Verengung des Schutzes hinaus.

Besondere Vulnerabilität

Die erste Kategorie, die der Staat auch unter Bedingungen der Instrumentalisierung laut EGMR besonders beachten muss, sind Personen, die „offensichtliche persönliche Vulnerabilität“, etwa aufgrund von Alter, Krankheit oder Behinderung zeigen („who present evident personal vulnerabilities […] for example, owing to age, ill health or disability“, *A.R. u.a.*, Rn. 328). Hier zeigt sich eine Parallele zum reformierten Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS), das Vulnerabilität im Rahmen des Screenings erfasst und bei Verfahren und Unterbringung beachtet. Doch während das GEAS eindeutig auch verdeckte Vulnerabilität, etwa bei nicht sofort erkennbaren psychischen Erkrankungen oder Traumata, umfasst, stellt die Argumentation des EGMR auf Vulnerabilität ab, die offen erkennbar sein soll. Zugespitzt gesagt also nur Hochschwangere, Menschen mit sichtbarer körperlicher Einschränkung und junge Kinder.

Das ist ein Problem in der Weise, wie Vulnerabilität eng interpretiert bzw. mit Darlegungslasten versehen wird. Es ignoriert, dass vielfach besonderer Schutzbedarf nicht ins Auge springt und dass manchmal der Grund besonderer Vulnerabilität zugleich ein Grund ist, weshalb die Person diese Umstände nicht sofort mitteilt. Das Abstellen auf Vulnerabilität ist aber grundsätzlich problematisch, wenn es den Schutz vor Rückschiebung eingrenzt. Vulnerabilität kann ein sinnvolles Kriterium sein für zusätzliche Vorkehrungen, aber nicht für den generellen Zugang zu Schutz. Ein Asylverfahren soll ja gerade klären, ob jemand Schutzbedarf hat – wenn nun der Zugang zu einem Asylverfahren unter den Vorbehalt der offensichtlichen Vulnerabilität gestellt wird, dann zählt eben dieser erst zu ermittelnde Schutzbedarf nicht mehr.

Außerdem ist Vulnerabilität kein Charakteristikum einer Person, sondern kann aus den Umständen entstehen. Wie verletzlich etwa auch volljährige, männliche und zuvor gesunde Schutzsuchende in der Situation wiederholter Rückschiebungen sind, zeigen die zahlreichen Todesfälle auf dramatische Weise. *Border Forensics* haben über 100 Todesfälle in der Grenzzone von Polen mit Belarus dokumentiert.

Besonderes Vorbringen

Die zweite Kategorie von Personen, für die laut EGMR auch unter Bedingungen der Instrumentalisierung die staatlichen Pflichten gemäß Art. 3 EMRK in vollem Umfang fortbestehen, sind diejenigen, die prima facie Belege für eine besondere Bedrohtheit vorweisen können. Sie müssen also darlegen und untermauern, dass sie im Fall der Rückschiebung „evident" einer unmittelbaren Lebensgefahr oder einer unmittelbaren Gefahr der Misshandlung im Sinne des Art. 3 EMRK ausgesetzt wären.

Während die erste Kategorie besondere Hilflosigkeit unter den Hilflosen fordert, erwartet diese zweite Kategorie von Asylsuchenden nun quasi eine Armada an Rechtsbeistand, jedenfalls aber ein unwahrscheinliches Maß an Rechtskenntnis und Dokumentation. Der EGMR bemerkt zwar selbst die strukturellen Schwierigkeiten für Asylsuchende, Belege für ihre Lage und Behandlung zu sammeln – noch dazu unter Bedingungen der Instrumentalisierung. Dennoch reichten generelle Berichte nicht aus, es brauche ein detailliertes, spezifisches und konsistentes Vorbringen der Asylsuchenden (*A.R. u.a.*, Rn. 329).

Wie hoch die Schwelle für ein solches besonderes Vorbringen angesetzt wird, zeigen die konkreten Fälle. In *A.R. u.a.* war der Gerichtshof nur für den ersten der zwei Beschwerdeführer überzeugt, dass dieser sich zeitweise auf polnischem Staatsgebiet aufgehalten hatte und damit die EMRK anwendbar ist. Ihm gegenüber habe Polen Art. 3 EMRK verletzt, als es ihn nach Belarus zurückschob. Dabei betont der Gerichtshof noch, dass das eigene Vorbringen des Beschwerdeführers nicht ausgereicht hätte, trotz unterstützender Belege (Rn. 338). Der Beschwerdeführer hatte geschildert, über mehrere Wochen in katastrophalen Zuständen in der Grenzzone zwischen den Staaten gestrandet gewesen zu sein. Ausschlaggebend war etwas anderes: Der EGMR hatte in seinem Fall eine einstweilige Anordnung erlassen. Deshalb fiel er in die zweite Ausnahmekategorie, Polen hätte also seinen Schutzbedarf prüfen müssen wegen eines besonderen Risikos der Misshandlung im Fall der Rückschiebung.

Im Fall *C.O.C.G. u.a. gegen Litauen* befand der Gerichtshof, dass die Rückschiebungen nach Belarus keine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellten. Denn weder hätten die Beschwerdeführer:innen „offensichtliche persönliche Vulnerabilität" gezeigt, noch würde ihr Asylbegehren in Litauen ausreichen, damit Litauen vor einer Rückschiebung ihre Situation näher prüfen müsse. Dass Litauen die einstweilige Anordnung des EGMR missachtet hatte, akzeptierte der Gerichtshof in diesem Fall: Die Authentizität der Anordnung sei für die Beamten ja nicht klar ersichtlich gewesen (lesenswert, da kurios *C.O.C.G. u.a.*, Rn. 411 ff.).

Dieser Bewertung widersprechen in einem Sondervotum die Richter:innen Ktistakis, Paczolay, Felici, Krenc, Kovatcheva und Adamska-Gallant. Gleich zu Beginn betont das Sondervotum, dass Schutzsuchende nicht schuld sind an ihrer Instrumentalisierung und deshalb auch nicht den Schutz der Konvention verlieren sollten. Zudem kritisiert es, das Mehrheitsvotum verenge Vulnerabilität auf persönliche Eigenschaften und verliere aus dem Blick, dass sie sich auch aus den Umständen ergeben kann (Sondervotum, Rn. 8). Daher genügten, so das Sondervotum, die Bedingungen von Kälte und extremer Erschöpfung nach mehreren Rückschiebungen, um eine besondere Vulnerabilität der vier Personen anzunehmen. Ansonsten hätte hier zumindest die einstweilige Anordnung Anlass zur näheren Prüfung sein müssen. Das Sondervotum hebt außerdem hervor, dass die Beschwerdeführer:innen letztlich als Flüchtlinge anerkannt wurden.

Aussichten

Lediglich im Fall *H.M.M. u.a. gegen Lettland* beurteilte der EGMR einen Teil der Beschwerdeführer:innen als offensichtlich vulnerabel, nämlich die Kinder. Sie und die sie begleitenden Familienmitglieder hätte Lettland nicht ohne weitere Prüfung zurückschieben dürfen, so der EGMR (*H.M.M. u.a.*, Rn. 456), so dass die Rückschiebung Art. 3 EMRK verletzte.

Es bleibt offen, wie die neuen Maßgaben des EGMR in der Anwendung durch nationale Gerichte und in weiteren Kammerentscheidungen interpretiert werden. Zwischen dem formalen Fortbestehen der Garantien aus Art. 3 EMRK und der Eingrenzung auf

besondere offensichtliche Vulnerabilität oder besonderes Vorbringen eröffnet sich ein recht offenes Feld für Auslegung. Vulnerabilität kann sehr vieles umfassen, wenn man sie denn so verstehen will. Anhaltspunkte für eine unmittelbar drohende Gefahr bei Rückschiebung lassen sich bei sehr vielen Schutzsuchenden finden, wenn man denn bereit ist, sie zu sehen. Verlassen können sich Schutzsuchende darauf nicht. Wahrscheinlicher ist, dass die neuen Maßgaben des EGMR als Freibrief für Rückschiebungen herangezogen werden. Zu erwarten ist, dass die Grenzen zu Belarus nicht die einzigen Orte bleiben, an denen Konventionsrechte mit Verweis auf Instrumentalisierung reduziert werden.

Die Urteile kommen zu einem Zeitpunkt, zu dem in der EU die Frage auf dem Tisch liegt, ob das Recht auf ein Asylverfahren ausgesetzt werden kann. Seit Jahren folgen Verschärfungen auf Verschärfungen. Neben den Initiativen, die das Asylrecht formal weiter einschränken wollen, werden in der Praxis die Rechte von Schutzsuchenden längst in einer Weise missachtet, die in keinem anderen Rechtsbereich denkbar wäre. Die Gerichtsentscheidungen, die solche Rechtsmissachtungen verurteilten, waren immer Wüstenblumen: Nur in den wenigsten Fällen kommt es überhaupt zu einem Verfahren, die Möglichkeiten, staatliches Verhalten zu dokumentieren, sind für Asylsuchende sehr begrenzt. Dennoch hatten die Entscheidungen, besonders die des EGMR, eine erhebliche Wirkung: Sie unterstrichen, dass auch im Bereich Migration noch ein Rest von Rechtsstaatlichkeit besteht, dass auch staatliches Verhalten gegenüber denjenigen, die keine demokratische Repräsentation und kaum öffentliche Sichtbarkeit haben, kontrolliert wird.

Manchmal hatte es etwas Ritualhaftes, wenn der EGMR betonte, die Konvention wolle Rechte garantieren, die nicht theoretisch oder illusorisch seien, sondern praktisch und effektiv („*intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective*“ – vgl. etwa hier, Rn. 171, oder hier, Rn. 175). Es ist nur ehrlich, dass die Große Kammer diesmal auf diesen Satz verzichtet hat.

AUTOR*IN

Dana Schmalz
Dana Schmalz ist Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg/Berlin.

EMPFOHLENE ZITATION
Schmalz, Dana: Nur ausnahmsweise statt absolut: Das Refolument-Verbot in den sogenannten Instrumentalisierungsfällen des EGMR, Verfassungsblog, 26.11.2026, doi: 10.59704/841fce4e8fec1300.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.