

Gedanken zu den Grenzen des Schengener Grenzkodex und zur Wiedererrichtung von Binnengrenzen

MARKUS H.F. MOHLER

Inhaltsübersicht

A.	Zum Schengener Grenzkodex	92
I.	Einleitende Bemerkungen	92
II.	Die Rechtsentwicklung der letzten zehn Jahre im Rahmen des Grenzkodex	94
1.	Das anfänglich einseitig orientierte Rechtsverständnis	94
2.	Die Änderungen der FRONTEX-Verordnung	95
a.	Die erste Änderung von 2007	95
b.	Die Änderungsverordnung von 2011	96
c.	Neuere Gerichtsurteile	97
d.	Die Verordnung (EU) Nr. 656/2014 zur Festlegung von Regelungen für die Überwachung der Seeaussengrenzen	99
e.	Die Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU	100
f.	Zwischenergebnis	101
III.	Gedanken zur Rechtslage und ihrer Umsetzung in der Praxis	102
1.	Die Quadratur des Kreises	102
a.	Die Rechtslage	102
b.	Die praktische Umsetzung	104
aa.	Die FRONTEX-Operation TRITON	104
bb.	EMRK-Konformität?	104
2.	Ergebnis	107
B.	Die Judikative setzt Grenzen: Das Wiedererstehen von Binnengrenzen	108
I.	EGMR-Urteil i.S. <i>M.S.S./Belgien und Griechenland</i>	109
II.	EuGH-Urteil i.S. <i>N.S. und M.E. et al./Vereinigtes Königreich</i>	110
III.	Beschluss des Verwaltungsgerichts Darmstadt von Mai 2014	111
IV.	Das Urteil des EGMR i.S. <i>Tarakhel/Schweiz</i>	111
1.	Zum Sachverhalt	111
2.	Behandlung durch die Schweizerischen Behörden	112
3.	Begründung der Beschwerde an den EGMR	112
4.	Beurteilung durch den EGMR	113
5.	Konsequenzen	113
V.	Weitere Auswirkungen	114
C.	Diskussion: Stresstests für Schengen und Dublin	116
I.	Weitere Probleme an den Aussengrenzen	117
1.	Anforderungen an die Rechtsgrundlagen	117
2.	Probleme an Landgrenzen	118

II.	Wiedererrichtung der Binnengrenzen	118
1.	Revision des Schengener Grenzkodex: Erweiterte Möglichkeiten der Wiedereinführung von Grenzpolizeikontrollen an den Binnengrenzen.....	119
2.	Aktuelle politische Diskussion über eine allfällige Wiedereinführung	119
III.	Rechtsharmonisierung, Grenzen und Konsequenzen.....	120
IV.	Dublin: Rechtswidrige Wirklichkeit oder wirklichkeitsfremdes Recht?	122
D.	Schlussbemerkung	123

A. Zum Schengener Grenzkodex

I. Einleitende Bemerkungen

Die verstärkte Kontrolle der EU-Aussengrenzen als Kompensationsmassnahme zum – anfänglich schrittweisen – Abbau der Binnengrenzkontrollen wurde schon im ursprünglichen Schengen-Übereinkommen vom 14. Juni 1985¹ in Art. 17 (SÜ) vorgesehen und in Art. 3 ff. des Durchführungsübereinkommens vom 19. Juni 1990 (SDÜ)² konkretisiert; das Überqueren der Binnengrenzen ohne grenzpolizeiliche Kontrollen kann als Kernelement des freien Personenverkehrs und somit des Binnenmarkts betrachtet werden, obwohl diese Betrachtungsweise rechtlich keineswegs zwingend erscheint.³ Die Verordnung von 2004 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen (FRONTEX) trat bereits im Jahr 2005 in Kraft.⁴ Ein Jahr später erst folgte der Schengener Grenzkodex.⁵ Die Problematiken, die mit diesem Aussengrenzschutz verbunden sein können und tatsächlich in überaus grossem Mass entstanden sind, waren für dessen „Architekten“ nicht voraussehbar und wurden einer breiten Öffentlichkeit erst mit den Auswirkungen der katastrophalen Entwicklungen in Ländern südlich und südöstlich von Europa bewusst: Die Folgen des „arabischen Frühlings“, die Dürrekatastrophe in Teilen Afrikas, die kriegerischen Auseinandersetzungen und Zerstörungen sowie tyrannische Regimes in der Region des Horns von Afrika wie auch die Kämpfe im Nahen und Mittleren Osten liessen die Migrationsströme

¹ ABl. L 239 v. 22.9.2000, 13 ff.

² Ebd., 19 ff.

³ Vgl. KAY HAILBRONNER, Aktuelle Entwicklungen und Fragen in den Bereichen Schengen und Dublin, in diesem Band, I.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates v. 26.10.2004, ABl. L 349 v. 25.11.2004, 1 ff., abgekürzt FRONTEX (*Frontières Extérieures*).

⁵ Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des EP und des Rates über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen v. 15.3.2006 (Schengener Grenzkodex), ABl. L 105 v. 13.04.2006, 1 ff.

zu Land und zu Wasser in zuvor kaum vorstellbarem Masse anschwellen.⁶ Im Atlantik zwischen der Westküste Afrikas und den Kanarischen Inseln ebenso wie im Mittelmeer zwischen nordafrikanischen Staaten und primär Italien und Malta ertranken abertausende von Migrantinnen und Migranten, die diesen Verhältnissen zu entfliehen suchten. Ob und wie weit die EU sowie ihre Mitglied- und die mit ihr vertraglich in diesem Bereich verbundenen Drittstaaten aufgrund der damaligen Rechtslage im EU-Sekundärrecht für diese Folgen eine Mitverantwortung zu tragen haben, ist eine schwierige und unangenehme Frage.

Da die Schweiz als Binnenland, das selber nur an seinen Flughäfen Aussen- grenzen aufweist, die Verordnung zum Schengener Grenzkodex ebenso wie die FRONTEX-Verordnung und die RABIT-Verordnung⁷ als Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands akzeptiert hat⁸ und dabei auch einen Sitz (mit beschränktem Stimmrecht) im Verwaltungsrat der FRONTEX-Agentur

⁶ Vgl. European Commission, Fifth bi-annual Report on the functioning of the Schengen-area, 1.11.2013 - 28.2.2014, COM(2014) 292, final, 26.5.2014: In den vier Berichtsmonaten betrug die Zahl der entdeckten irregulären Überschreitungen der Aussengrenzen knapp 26'000; im Jahr 2013 waren es nach diesem Bericht insgesamt über 107'000, davon rund 40'000 im zentralen Mittelmeer, was einer Zunahme von ca. 40% gegenüber 2012 bedeutete (der Sixth bi-annual Report der Kommission [27.11.2014, COM(2014) 711 final, 1.5.-31.10.2014] erlaubt keine verwertbaren Zahlenvergleiche). Im Jahr 2014 sollen 170'000 Migranten an den Küsten Italiens gelandet sein; vgl. Tagesanzeiger online v. 31.12.2014 (<http://www.tagesanzeiger.ch/ausland/europa/Italiens-Kuestenwache-verhindert-Massaker-in-letzter-Minute/story/11568393>). Vgl. auch DOROTHÉE MEYER, Le respect des droits fondamentaux par les nouvelles règles en matière de surveillance des frontières maritimes extérieures de l'Union européenne, in diesem Band, Introduction. Für die jeweils aktuellen Zahlen vgl. www.blueborders.ch.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 863/2007 des EP und des Rates über einen Mechanismus zur Bildung von Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates hinsichtlich dieses Mechanismus und der Regelung der Aufgaben und Befugnisse von abgestellten Beamten v. 11.7.2007, ABl. L 199 v. 31.7.2007, 30 ff.

⁸ Botschaft des Bundesrats über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft betreffend die Übernahme der Verordnung zur Errichtung von FRONTEX und der RABIT-Verordnung v. 13.2.2008 (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands), BBl 2008 1455, 1462; Bundesbeschluss über die Genehmigung der Verordnung zur Errichtung von FRONTEX und der RABIT-Verordnung v. 3.10.2008, AS 2009 4583, SR 0.362.380.010 und 0.362.380.18 (Notenaustausche). Zur Entwicklung von FRONTEX vgl. STEPHANIE DEIMEL, FRONTEX, Das EU-Aussengrenzmanagement vor dem Hintergrund kontemporärer Migrationsbewegungen, 2012; MATTHIAS LEHNERT, Frontex und operative Massnahmen an den europäischen Aussengrenzen, Diss. 2013; SIMON NEUMANN, Die Europäische Grenzschutzagentur Frontex, Integrierter Aussengrenzschutz und humanitäre Standards, 2012; JULIANE SEEHASE, Die Grenzschutzagentur FRONTEX, 2013; PETER UEBERSAX/RHEA WEITZEL, FRONTEX und die Schweiz – ein Blick auf die Regelung der Beteiligung der Schweiz und der Verantwortlichkeiten beim europäischen Aussengrenzschutz, in diesem Band, II. 1.

innehat,⁹ ist sie auch für die Umsetzung und Handhabung der verschiedenen auf den Schutz der Schengen-Aussengrenzen bezogenen Erlasse, soweit sie daran mitgewirkt hat, mitverantwortlich.¹⁰

II. Die Rechtsentwicklung der letzten zehn Jahre im Rahmen des Grenzkodex

1. Das anfänglich einseitig orientierte Rechtsverständnis

Die Rechtsentwicklung im Bereich des Aussengrenzschutzes war für die EU, seit dem Vertrag von Amsterdam als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verstanden,¹¹ bemerkenswert einseitig: Die erwähnte FRONTEX-Verordnung enthielt keine konkreten Bestimmungen zum Schutz der Grundrechte von Migranten und zur Respektierung der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK);¹² lediglich in ihrer Erwägung 22 wurde festgehalten, die Verordnung stehe im Einklang mit den Grundrechten, „die in Art. 6 Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union anerkannt wurden und die sich aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ergeben“.¹³ Mit diesem Verweis in der FRONTEX-Verordnung wurde zwar bemerkt, dass der Aussengrenzschutz nicht quasi in einem rechtsfreien, da mindestens teilweise exterritorialen Raum zu vollziehen sei,¹⁴ er genüge aber offenkundig nicht. Bemerkenswert ist zudem, dass die FRONTEX-Verordnung vom 26. Oktober 2004 als Regelung, *wie* die operationelle Zusammenarbeit an den Aussengrenzen funktionieren

⁹ Art. 21 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004, a.a.O. (Fn. 4). Vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Der neue Besitzstand von Schengen und Dublin, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, Weiterentwicklungen der Rechtsgrundlagen, 2010 (Schengen 2010), 11 ff.

¹⁰ Näheres bei UEBERSAX/WEITZEL, a.a.O. (Fn. 8), III. Vgl. auch MARKUS H.F. MOHLER, Polizeiliche Zusammenarbeit Schweiz-EU, Sicherheit & Recht 2013, 136 ff., 149. Mit der Übertragung eines begrenzten Stimmrechts im Verwaltungsrat der FRONTEX-Agentur nimmt die Schweiz in einer Form, wenn auch in engem Umfang, am EU-Verwaltungsverbund teil, womit die Grenze vom rein bilateralen Kooperationsverhältnis zu einer integrativen Zusammenarbeitsform in diesem Bereich überschritten ist.

¹¹ STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Europarecht, 2. Aufl. 2014, Rz. 40.

¹² Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951, UNTS vol. 189, SR 0.142.30.

¹³ In Art. 6 Abs. 2 ex-EUV wurde festgehalten, die Union achte die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind. Das mag damit zu tun gehabt haben, dass die Agentur keine eigenen (polizeilichen) Exekutivbefugnisse hat; die Ausführung der Koordinationsmassnahmen von FRONTEX erfolgt ausschliesslich durch die Mitgliedstaaten bzw. deren für diese Aufgaben zur Verfügung gestellten Grenzschutzangehörige.

¹⁴ Vgl. NEUMANN, a.a.O. (Fn. 8), 227.

soll, *vor* der Verordnung über den Schengener Grenzkodex vom 15. März 2006,¹⁵ d.h. vor den materiell-rechtlichen Bestimmungen über das Überschreiten der Aussengrenzen oder die Zurückweisung, erlassen worden ist.¹⁶

Obwohl alle EU-Mitgliedstaaten neben der EMRK – in der Regel unter Einschluss des 4. Protokolls,¹⁷ dessen Art. 4 kollektive Ausweisungen untersagt – auch die GFK und die UN-Anti-Folterkonvention¹⁸ ratifiziert haben, kam es vor allem – freilich nicht nur¹⁹ – im Mittelmeer zu den erwähnten Tragödien, weshalb sich die Kritik zunehmend gegen die FRONTEX-Agentur richtete.²⁰

2. Die Änderungen der FRONTEX-Verordnung

a. Die erste Änderung von 2007

Eine erste Änderung der FRONTEX-Verordnung erfolgte durch die Verordnung (EG) Nr. 863/2007 über einen Mechanismus zur Bildung von Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke. Zusätzlich zum bisherigen Verweis auf die EU-Grundrechtecharta (GRC)²¹ wird in Erwägung 17 festgehalten, die Verordnung „sollte unter Beachtung der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in den Bereichen internationaler Schutz und Nichtzurückweisung angewandt werden“; ferner sollte diese Verordnung „unter umfassender Einhaltung der sich aus dem internationalen Seerecht ergebenden Verpflichtungen, insbesondere bezüglich Such- und Rettungsmaßnahmen, angewandt werden“ (Erw. 18). In Art. 2, unter der Überschrift „Anwendungsbereich“, werden sodann die

¹⁵ A.a.O. (Fn. 5).

¹⁶ Auch wenn in Art. 2 Abs. 2 bei den Begriffsbestimmungen die Seeaussengrenzen erwähnt werden, ist diese Verordnung inhaltlich auf Landgrenzen und die Seehäfen (vgl. Anhang VI, Ziff. 3) zugeschnitten. In Bezug auf das Asylrecht findet sich in Art. 13 (Einreiseverweigerung) bloss ein genereller Vorbehalt zur „Anwendung besonderer Bestimmungen zum Asylrecht und zum internationalen Schutz“; die Rettung zur See wird nicht erwähnt.

¹⁷ Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind, v. 16.9.1963, CETS Nr. 46 (von der Schweiz bisher nicht unterzeichnet).

¹⁸ Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984, UNTS vol. 1465, 85; SR 0.105.

¹⁹ Vgl. weitere Orte und Beispiele bei DEIMEL, a.a.O. (Fn. 8), 125.

²⁰ Vgl. etwa Spiegel online v. 10.9.2014 (<http://www.spiegel.de/politik/ausland/fluechtlinge-europas-toedliche-grenzen-multimedia-reportage-a-989815.html>). FRONTEX ist auch Gegenstand eines Theaterstücks von Hans-Werner Kroesinger, FRONTEx SECURITY, das u.a. am Theater Basel im Rahmen des Theaterfestivals 2014 aufgeführt worden ist (vgl. z.B. Aargauer Zeitung online v. 26.8.2014, <http://www.aargauerzeitung.ch/kultur/buch-buehne-kunst/was-wenn-wir-die-grenzen-oeffnen-128284165>).

²¹ ABl. C 83 v. 30.3.2010, 391 ff.

Rechte der Flüchtlinge und Personen, die um internationalen Schutz ersuchen, insbesondere hinsichtlich der Nichtzurückweisung (Grundsatz des *Non-Refoulement*), vorbehalten.

b. Die Änderungsverordnung von 2011

Die publik gewordenen Dramen und wohl auch die scharfe Resolution des Europarates im Juni 2011,²² wonach einige Mitgliedstaaten die hinreichend klaren internationalen Verpflichtungen abweichend interpretiert, unter anderem das *Non-Refoulement*-Prinzip in Frage gestellt oder den Begriff *place of safety* zu einschränkend ausgelegt hätten, sorgten für ein weiterführendes Umdenken in der Rechtsetzung. Mit der Verordnung (EU) Nr. 1168/2011 vom 25. Oktober 2011²³ wurde die Verordnung (EU) Nr. 2007/2004 (i.d.F. von 2007²⁴) in dem Sinne geändert,²⁵ als nun vorweg in den Erwägungen 29 und 30 die bisher fehlenden Verweise auf die völkerrechtlichen Grundrechts- und Seerechtsverpflichtungen eingefügt wurden: Die Verordnung sollte von den Mitgliedstaaten im Einklang mit diesen Rechten angewandt werden (Erw. 29) und die Umsetzung der Verordnung sollte weder die Rechtsstellung von Flüchtlingen nach der GFK noch die seerechtlichen Bestimmungen beeinträchtigen (Erw. 30).²⁶

In Art. 1 Abs. 2 dieser Verordnung wird nun entsprechend konkret vorgeschrieben, dass die Agentur – und damit nicht nur die Mitgliedstaaten – alle ihre Aufgaben „unter umfassender Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften der Union, einschliesslich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, dem einschlägigen Völkerrecht, insbesondere des am 28. Juli 1951 in Genf geschlossenen Abkommens über die Rechtsstellung von Flücht-

²² Resolution 1821 v. 21.6.2011 (<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/ERES1821.htm>).

²³ ABl. L 304 v. 22.11.2011, 1 ff., in Kraft seit 11.12.2011. Sie stellt für die Schweiz eine Weiterentwicklung des Schengener Besitzstands dar (Erw. 33; AS 2012 905, SR 0.362.380.050 [Notenaustausch]).

²⁴ A.a.O. (Fn. 7).

²⁵ Leider erfolgte keine Neufassung als konsolidierter Text, die dessen Befolgung in der Praxis wesentlich erleichtern würde.

²⁶ Genannt werden das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (UNTS vol. 1833 Nr. 31363, SR 0.747.305.15), das die EU mit Vorbehalten auch unterzeichnet hat, das Internationale Übereinkommen von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See (International Convention for the Safety of Life at Sea [SOLAS], UNTS vol. 1184 Nr. 18961, SR 0.747.363.33), sowie das Internationale Übereinkommen über den Such- und Rettungsdienst auf See (SAR, UNTS Nr. 18961), das die damalige EG den Mitgliedstaaten am 25.7.1983 zur Ratifizierung empfohlen hat (ABl. L 237 v. 26.8.1983, 34). Entgegen diesen internationalen Bestimmungen (z.B. Art. 98 des Seerechtsübereinkommens) wurde der Kapitän der Cap Anamour, die 37 Schiffbrüchige aufgenommen und nach Italien gebracht hatte, wegen Beihilfe zur illegalen Einwanderung angeklagt und erst nach einem langen Prozess schliesslich freigesprochen (vgl. DEIMEL, a.a.O. [Fn. 8]; NEUMANN, a.a.O. [Fn. 8], 148; Spiegel online v. 7.10.2009).

lingen (im Folgenden ‚Genfer Konvention‘), der Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Zugang zu internationalem Schutz, insbesondere des Grundsatzes der Nichtzurückweisung“, zu erfüllen habe.

In einem neuen Abs. 1a von Art. 2 wird sodann „im Einklang mit dem Recht der Europäischen Union und dem Völkerrecht“ das *Non-Refoulement*-Gebot explizit vorgeschrieben in Bezug auf das Ausschiffen von Geretteten oder andere Arten ihrer Überstellung in Länder, in denen selber oder durch deren weitere Rückführung in ein Drittland, in dem die Gefahr eines Verstosses gegen dieses Prinzip und damit die Gefahr einer Verletzung von Art. 3 EMRK besteht. Ein für alle Personen, die an den Tätigkeiten der Agentur beteiligt sind,²⁷ geltender Verhaltenskodex soll der „Gewährleistung des Rechtsstaatsprinzips und zur Achtung der Grundrechte“ dienen, „wobei unbegleiteten Minderjährigen, schutzbedürftigen Menschen sowie Personen, die um internationalen Schutz nachsuchen, besonderes Augenmerk“ zu gelten habe (Art. 2a). Ferner hat die Agentur eine Grundrechtsstrategie zu erstellen, weiter zu entwickeln und durchzuführen; dazu hat sie auch einen Mechanismus zur Überwachung der Einhaltung der Grundrechte bei allen ihren Tätigkeiten einzuführen (Art. 26a).

c. Neuere Gerichtsurteile

Zuvor noch hatte der Rat mit dem Beschluss 2010/252/EU vom 26. April 2010²⁸ Durchführungsvorschriften für die von der Agentur zu koordinierenden Massnahmen und Leitlinien für die Seerettung erlassen, die durch ein Urteil des EuGH vom 5. September 2012²⁹ für nichtig erklärt worden waren. Massgebend für die Nichtigklärung war, dass „wesentliche Bestimmungen“ einer Materie in der Grundnorm und nicht in delegierten Durchführungsregelungen zu erlassen seien.³⁰ Auch wenn der angefochtene Beschluss das Wort „Leitli-

²⁷ Art. 3b Abs. 4 der Verordnung verpflichtet alle Mitglieder der europäischen Grenzschutzteams, welche die Mitgliedstaaten nach Art. 3b Abs. 1 und 2 bereitzustellen haben, unmittelbar. Damit sind diese nicht nur *qua* völkerrechtlicher Verpflichtung ihres Heimatstaats, sondern auch direkt *qua* EU-Recht an diese Bestimmungen gebunden. Vgl. dazu auch NEUMANN, a.a.O. (Fn. 8), 251.

²⁸ Beschluss des Rates 2010/252/EU zur Ergänzung des *Schengener Grenzkodex* hinsichtlich der Überwachung der Seeaussengrenzen im Rahmen der von der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union koordinierten operativen Zusammenarbeit v. 26.4.2010 (ABl. L 111 v. 4.5.2010, 20 ff.), gestützt auf die Verordnung (EG) Nr. 562/2006, a.a.O. (Fn. 5), 1 ff., in der durch die Verordnung (EG) Nr. 296/2008 des EP und des Rates v. 11.3.2008 (ABl. L 97 v. 9.4.2008, 60 ff.) geänderten Fassung. Die Verordnung (EG) Nr. 562/2006 wurde wiederum geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 610/2013 (ABl. L 182 v. 29.6.2013, 1 ff.), Art. 1.

²⁹ EuGH, *Parlament/Rat*, C-355/10, EU:C:2012:516.

³⁰ *Ibid.*, Rz. 64.

nie“ enthalte und Leitlinien nicht verbindlich seien, ändere das nichts daran, dass es sich um wesentliche Bestimmungen handle, denn die Verleihung von Zwangsbefugnissen an die Grenzschutzbeamten, die Grundrechtseingriffe erlauben, bedürfe präziser Vorgaben des Gesetzgebers.³¹

Nur fünf Monate später folgte die Verurteilung Italiens durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wegen Verletzung von Art. 3 und 13 EMRK sowie von Art. 4 des 4. Protokolls zur EMRK (Verbot der Kollektivausweisung).³² Dem Urteil des EGMR zugrunde lag die Rückführung von auf hoher See aufgegriffenen Flüchtlingen nach Libyen. Im Kernpunkt des Urteils hält das Gericht fest, dass sich die Massgeblichkeit der EMRK nach deren Art. 1 auch auf Schiffe unter der Flagge eines Vertragsstaats auf hoher See erstrecke.³³ Das bedeutete für die Konventionsparteien die Ausdehnung der Anwendbarkeit der EMRK *qua* Flaggenprinzip als Ausdruck ihrer Hoheitsgewalt auch auf extraterritoriales Gebiet, einschliesslich die hohe See.³⁴ Damit bestätigte und konkretisierte der EGMR seine Rechtsprechung zur Verantwortung von EMRK-Vertragsstaaten für die Wahrung der Garantien der EMRK ausserhalb ihres Hoheitsgebiets: Im Ergebnis gleich, aber anders begründet als die Schutzpflicht nach der *Soering*-Praxis,³⁵ sind die Vertragsstaaten bzw. deren Organe unter aussergewöhnlichen Umständen³⁶ verpflichtet, die Grundrechte der EMRK einzuhalten, wenn sie exterritorial im Einzelfall über Personen oder Personengruppen Gewalt und Kontrolle (*authority and control*) ausüben.³⁷

Mit ihren Urteilen haben der EGMR und der EuGH nicht zuletzt die Grenzen des Grenzkodex und seiner Umsetzung, unter bestimmten Voraussetzungen auch ausserhalb der EMRK-gebundenen Staaten, aufgezeigt.³⁸

³¹ *Ibid.*, Rz. 76 ff.

³² EGMR, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, Urteil v. 23.2.2013, Nr. 27765/09.

³³ *Ibid.*, §§ 76 ff.

³⁴ So (*qua* Hoheitsgewalt) bereits EGMR, *Medvedyev/Frankreich*, Urteil v. 29.3.2010, Nr. 3394/03, §§ 62 ff. Vgl. WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl. 2013, Rz. 376 f.

³⁵ EGMR, *Soering/Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 7.7.1989, Nr. 14038/88; vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl. 2012, § 17 Rz. 17 (Schutzpflicht gegenüber Akten von Nicht-Mitgliedstaaten).

³⁶ EGMR, *Hirsi Jamaa/Italy*, a.a.O. (Fn. 32), § 72 („only in exceptional cases“); EGMR, *Medvedyev/Frankreich*, a.a.O. (Fn. 34), § 64.

³⁷ EGMR, *Hirsi Jamaa/Italy*, a.a.O. (Fn. 32), § 74. Vgl. GRABENWARTER/PABEL, a.a.O. (Fn. 35), § 17, Rz. 15; KÄLIN/KÜNZLI, a.a.O. (Fn. 34), Rz. 369 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, Anforderungen der EGMR-Rechtsprechung an die internationale Amts- und Rechtshilfe im Kontext eines europäischen Paradigmenwechsels, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander*, 2011, 998 ff.

³⁸ Zur Frage der nicht ausschliesslich auf den territorialen Raum der EU beschränkten Anwendbarkeit der GRC vgl. nachfolgend Fn. 68.

d. Die Verordnung (EU) Nr. 656/2014 zur Festlegung von Regelungen für die Überwachung der Seeaussengrenzen

Entgegen einer früher mitunter vertretenen Auffassung, wonach die Menschenrechte und insbesondere die GFK in internationalen Gewässern und im Hoheitsgebiet von Drittstaaten nicht umfassend gälten,³⁹ wird nun – ausgehend von der neueren Rechtsprechung des EuGH und des EGMR⁴⁰ – durch die Verordnung (EU) Nr. 656/2014 vom 15. Mai 2014⁴¹ die Anwendbarkeit der EMRK auch auf die hohe See (Art. 3 f.) ausgedehnt; zudem wird den vorgängigen Praktiken in Bezug auf Kooperations-Vereinbarungen über die Rücknahme von Migranten mit Drittstaaten, in denen keine Gewähr für eine menschenrechtskonforme Behandlung besteht, ein Riegel geschoben.⁴²

In Erwägung 8 werden demzufolge verschiedene internationale Übereinkommen genannt, denen die Mitgliedstaaten bei Grenzüberwachungseinsätzen auf See nachkommen sollten.⁴³ Diese sind nach Erwägung 9 auch für die Agentur selber massgebend.

In den Allgemeinen Vorschriften werden die Sicherheit auf See, die für gerettete oder abgefangene Personen wie für die beteiligten Einsatzkräfte in jedem Fall zu gewährleisten ist (Art. 3), ebenso wie der Schutz der Grundrechte und der Grundsatz der Nichtzurückweisung (Art. 4) an den Anfang gestellt. In eingehender Weise wird vorgeschrieben, dass „abgefangene oder gerettete Personen [...] nicht in einen Drittstaat ausgeschifft, einzureisen gezwungen, verbracht oder auf sonstige Weise den Behörden eines Drittstaats überstellt wer-

³⁹ Vgl. SONJA BUCKEL, „Welcome to Europe“, Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts, 2013, 224; SEEHASE, a.a.O. (Fn. 8), 270.

⁴⁰ A.a.O. (Fn. 29 und 32). Diese werden in den Erwägungen jedoch nicht erwähnt.

⁴¹ Verordnung (EU) Nr. 656/2014 des EP und des Rates zur Festlegung von Regelungen für die Überwachung der Seeaussengrenzen im Rahmen der von der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union koordinierten operativen Zusammenarbeit v. 15.5.2014, ABl. L 189 v. 27.6.2014, 93 ff. (in Kraft seit dem 18.7.2014). Diese Verordnung stellt für die Schweiz eine Weiterentwicklung des Schengener Besitzstands dar (Erw. 23), SR 0.362.380.061, AS 2014 2347 (Notenaustausch).

⁴² Erw. 13 verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten nach Unions- und Völkerrecht, auch bei Bestehen von Vereinbarungen mit Drittländern zu prüfen, ob diese systemische Mängel im Asylverfahren aufweisen und insbesondere nicht gegen das *Non-Refoulement*-Prinzip verstossen. Vgl. Ziff. 9.3 und 9.4 der Resolution des Europarates (Fn. 22); BUCKEL, a.a.O. (Fn. 39), 188 ff.; DEIMEL, a.a.O. (Fn. 8), 133, 135 ff.; SEEHASE, a.a.O. (Fn. 8), 269.

⁴³ Genannt werden die spezifischen Seerechtsverträge (Fn. 26), das Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (UNTOC; UNTS vol. 2225 Nr. 39574, SR 0.311.54) mit ZP gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, Luft- und Seeweg (UNTS vol. 2237 Nr. 39574, SR 0.311.541), die EMRK (CETS Nr. 005, SR 0.101), der UN-Pakt II (IPBPR; UNTS vol. 999 Nr. 14668, SR 0.103.2), die UN-Anti-Folterkonvention (UNTS vol. 1465 Nr. 24841, SR 0.105.1), die Kinderrechtskonvention (UNTS vol. 1577, Nr. 27531, SR 0.107) „und andere einschlägige internationale Übereinkünfte“.

den (dürfen), wenn dem Einsatzmitgliedstaat oder den beteiligten Mitgliedstaaten bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass dieser Drittstaat sich an den in Absatz 1 genannten Praktiken⁴⁴ beteiligt“ (Abs. 2). Zudem müssen die Einsatzkräfte „alle Möglichkeiten (nutzen), um die Identität der abgefangenen oder geretteten Personen festzustellen, ihre persönliche Situation zu bewerten, sie über ihren Zielort in einer Weise zu informieren, die die betreffenden Personen verstehen oder bei der vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass sie sie verstehen, und geben ihnen Gelegenheit, etwaige Gründe vorzubringen, aufgrund derer sie annehmen, dass die Ausschiffung an dem vorgeschlagenen Ort gegen den Grundsatz der Nichtzurückweisung verstoßen würde“ (Abs. 3). Diese Vorschriften gelten gemäss Art. 4 Abs. 7 für alle Massnahmen, die von Mitgliedstaaten oder der Agentur nach dieser Verordnung getroffen werden.

In Erwägung 10 stellt die Verordnung sodann klar, dass die Mitgliedstaaten ebenso wie die Agentur in Bezug auf Anträge auf internationalen Schutz in ihrem „Hoheitsgebiet, einschließlich an der Grenze, in den Hoheitsgewässern oder in den Transitzonen der Mitgliedstaaten“ an die Bestimmungen des Besitzstands im Asylbereich, insbesondere an die Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU,⁴⁵ gebunden sind.

e. Die Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU

Die Verfahrensrichtlinie schreibt das zu befolgende Verfahren und Vorgehen vor für die Entgegennahme von Anträgen auf internationalen Schutz oder bei „Anzeichen dafür, dass Drittstaatsangehörige oder Staatenlose, die sich in Gewahrsamseinrichtungen oder an Grenzübergangsstellen an den Außengrenzen, einschließlich Transitzonen, befinden, möglicherweise einen Antrag auf internationalen Schutz stellen möchten“ (Art. 8 Abs. 1); sie gewährt den Verbleib im Mitgliedstaat während der Prüfung des Antrags (Art. 9) und den „Organisationen und Personen, die Beratungsleistungen für Antragsteller erbringen, [den] effektiven Zugang zu Antragstellern an Grenzübergangsstellen an den Außengrenzen, einschließlich Transitzonen“ (Art. 8 Abs. 2, Art. 12 Abs. 1 Bst. c). Sie sichert eine Reihe von Verfahrensgarantien in einer für die Antragstellenden verständlichen Sprache einschliesslich unentgeltlichem Dolmetscher (Art. 12 Abs. 1 Bst. a und b, Art. 15 Abs. 3 Bst. c) zu, wie das Recht der per-

⁴⁴ Abs. 1: „...wegen ihrer Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, sexuellen Ausrichtung, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder aufgrund ihrer politischen Überzeugung gefährdet wäre oder in dem für sie eine ernsthafte Gefahr der Ausweisung, Abschiebung oder Auslieferung in ein anderes Land unter Verstoß gegen den Grundsatz der Nichtzurückweisung besteht...“.

⁴⁵ Richtlinie 2013/32/EU des EP und des Rates zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes v. 26.6.2013 (Neufassung), ABl. L 180 v. 29.6.2013, 60 ff.

sönlichen Anhörung (Art. 14 ff.), der unentgeltlichen Erteilung von Rechts- und verfahrenstechnischen Auskünften in erstinstanzlichen Verfahren ebenso wie der Rechtsberatung und -vertretung (Art. 19 ff.)⁴⁶ sowie auf gerichtliche Überprüfung eines ablehnenden Entscheids (Art. 46). Die Richtlinie verweist in Bezug auf die materiellen Kriterien der Gewährung internationalen Schutzes auf die Aufnahmerichtlinie 2013/33/EU.⁴⁷

f. Zwischenergebnis

Die Verordnung (EU) Nr. 656/2014 zur Festlegung von Regelungen für die Überwachung der Seeaussengrenzen verpflichtet zur Gewährleistung der Sicherheit auf See (Marginale von Art. 3), der Grundrechte und des *Non-Refoulement*-Prinzips (in allen möglichen Varianten) und verpflichtet die Einsatzkräfte, die abgefangenen Personen nach Möglichkeit zu identifizieren sowie ihnen die Möglichkeit zu geben, Gründe für eine Nichtzurückweisung vorzubringen (ohne indessen über Befugnisse zur Entgegennahme von Anträgen auf internationalen Schutz zu verfügen). Nach Erwägung 10 der Verordnung sind die Einsatzkräfte sodann an die Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU gebunden; daher sind sie, sofern Gründe für eine Nichtzurückweisung geltend gemacht werden, verpflichtet, diese Personen in den Anwendungsbereich der Richtlinie, d.h. in den Hoheitsbereich des Mitglied-Flaggenstaats der handelnden Schiffsbesatzung oder eines anderen angelaufenen Mitgliedstaats zu führen.

⁴⁶ Ob im Falle eines Freiheitsentzugs (Art. 6 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EU) Nr. 656/2014 [Fn. 41]) auch die Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs v. 22.10.2013 (ABl. L 294 v. 6.11.2013, 1 ff.) Anwendung findet, bleibt hier offen.

⁴⁷ Richtlinie 2013/33/EU des EP und des Rates zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, v. 26.6.2013 (Neufassung), ABl. L 180 v. 29.6.2013, 96 ff.

III. Gedanken zur Rechtslage und ihrer Umsetzung in der Praxis

1. Die Quadratur des Kreises

a. Die Rechtslage

Nach dem Aufzeigen der Grenzen des Schengener Grenzkodex durch die höchsten Gerichte in Europa wird mit den jüngsten Erlassen in diesem Kontext der Spagat zwischen der Verhinderung „unbefugter Grenzübertritte“ an den Seeaussengrenzen einerseits und der Seerettung sowie der Wahrung des *Non-Refoulement*-Prinzips andererseits versucht. Die sehr eingehenden Vorschriften für komplizierte Vorgehensweisen nach den Art. 4 Abs. 5(2) und Art. 5-10 der Verordnung (EU) Nr. 656/2014 über die Überwachung der Seeaussengrenzen machen deutlich, dass angestrebt wird, die Quadratur des Kreises zu lösen. Dabei stehen sich Ziele auf sehr unterschiedlichen Stufen der rechtlichen Werte- und Rangordnung gegenüber: Das anvisierte Hauptziel besteht in der Verhinderung unbefugter Grenzübertritte,⁴⁸ eines grundsätzlich geringfügigen Rechtsbruchs bzw. Delikts,⁴⁹ das kaum zum vereinfachten Informationsaustausch nach Art. 10 Ziff. 2 des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen⁵⁰ Anlass gibt. Dem stehen als mögliche „Kollateralschäden“ bei diesen Bemühungen höchste Rechtsgüter (das Recht auf Leben und das Verbot der Folter sowie unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung) gegenüber. Als dritte Grösse von hoher Bedeutung kommt die völkervertragliche Pflicht der Bekämpfung der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität und in diesem Zusammenhang besonders der Schleusung von Migranten auf dem Land-, Luft- und Seeweg dazu.⁵¹

Wie dargetan, wurden von der Rechtsetzung her die Prioritäten nun umgekehrt: Der Schutz der Menschenrechte und die Wahrung des *Non-Refoulement*-Prinzips wurden zur *conditio sine qua non* für jegliche Anstrengungen zum

⁴⁸ Vgl. CATHERINE HAGUENAU-MOIZARD, La pénalisation du séjour irrégulier en droit européen, en droit français et en droit suisse, in diesem Band, Introduction.

⁴⁹ Vgl. z.B. Art. 115 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer v. 16.12.2005 (AuG; SR 142.20), der eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe vorsieht.

⁵⁰ Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union v. 18.12.2006, ABl. L 386 v. 29.12.2006, 89 ff.

⁵¹ Vgl. Fn. 43, insb. Art. 16 und Art. 14 Abs. 2 Bst. e dieses Zusatzprotokolls. Dazu auch MEYER, a.a.O. (Fn. 6), Introduction, und UEBERSAX/WEITZEL, a.a.O. (Fn. 8), I. 2. und II. 3.

Schutz der Aussengrenzen einschliesslich und insbesondere aller Einsätze zur See.⁵² Auch die befürchtete Umgehung der extraterritorialen „menschlich-rechtsstaatlichen Grenzkontrolle“ durch von EU-Mitgliedstaaten mit Nicht-EU-Mittelmeer- und Atlantik-Anrainerstaaten vertraglich vereinbarte Kontrollen in deren Küstengewässern⁵³ wird durch die Bestimmungen in der Verordnung (EU) Nr. 656/2014 untersagt: Gemäss Erwägung 13 entbindet das etwaige Bestehen von Vereinbarungen mit einem Drittstaat die Mitgliedstaaten nicht „von ihren Verpflichtungen nach dem Unionsrecht und dem Völkerrecht, insbesondere hinsichtlich der Einhaltung des Grundsatzes der Nichtzurückweisung, wenn ihnen bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass systemische Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für Asylbewerber in diesem Drittstaat wesentliche Gründe für die Annahme darstellen, dass für den Antragsteller die ernste Gefahr besteht, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt zu werden, oder wenn ihnen bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass dieser Drittstaat Praktiken anwendet, die gegen den Grundsatz der Nichtzurückweisung verstossen“. Für die „Beurteilung, ob im Herkunftsstaat eines Antragstellers eine Situation der Unsicherheit herrscht, sollten die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass sie genaue und aktuelle Angaben von einschlägigen Quellen wie dem EASO,⁵⁴ dem UNHCR, dem Europarat und anderen einschlägigen internationalen Organisationen einholen“.⁵⁵

⁵² Vgl. MEYER, a.a.O. (Fn. 6), I.

⁵³ Vgl. BUCKEL, a.a.O. (Fn. 39), 330.

⁵⁴ *European Asylum Support Office*/Europäisches Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO), gestützt auf die Verordnung (EU) Nr. 439/2010 des EP und des Rates zur Einrichtung eines Europäischen Unterstützungsbüros für Asylfragen v. 19.5.2010, ABl. L 132 v. 29.5.2010, 11 ff. Das EASO soll nach Erw. 11 mit der EU-Agentur für Grundrechte zusammenarbeiten; vgl. Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte v. 15.2.2007, ABl. L 53 v. 22.2.2007, 1 ff. Sitz des EASO ist La Valetta/Malta. Die Schweiz hat mit der EU am 28.6.2013 eine Vereinbarung zur Festlegung der Modalitäten ihrer Beteiligung am EASO paraphiert; die Bundesversammlung hat diese Vereinbarung am 20.3.2015 (gestützt auf die Verordnung [EU] Nr. 439/2010) genehmigt (BBl 2015 2769; Ablauf der Referendumsfrist am 9.7.2015). Zur Grundrechte-Agentur vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, a.a.O. (Fn. 11), Rz. 1189.

⁵⁵ Erw. 39 der Richtlinie 2013/32/EU, a.a.O. (Fn. 45); auf diese Richtlinie wird in Erw. 10 der Verordnung (EU) Nr. 656/2014, a.a.O. (Fn. 41) verwiesen. MEYER, a.a.O. (Fn. 6), I, sieht für den Begriff „sicherer Ort“ in dieser Verordnung eine *définition ad hoc plus restrictive*, die jedoch dem Völkerrecht entspreche.

b. Die praktische Umsetzung

aa. Die FRONTEX-Operation TRITON

So eindeutig das nun gesetzte Recht den absoluten Vorrang des Schutzes der Grundrechte und des *Non-Refoulement*-Prinzips „in ausserordentlichen Fällen“ selbst extraterritorial, d.h. ausserhalb des Hoheitsgebiets der EU-Mitgliedstaaten, vorschreibt, so schwierig dürfte sich deren Umsetzung zur See erweisen, ohne den Grenzschutz gleich aufzugeben bzw. lediglich zu kanalisieren zu versuchen. Ob die Operation TRITON, welche die bisherigen *Joint Operations* HERMES und AENEAS ersetzt, die gesteckten Ziele zu erreichen vermag, wird sich weisen.⁵⁶

Ein Vorbehalt besteht in dem Sinne, dass die Operation TRITON weder die rein italienische Operation MARE NOSTRUM ersetze noch die Pflichten Italiens zur Überwachung der Aussengrenzen und zur Gewährleistung der EU- und völkerrechtlichen Verpflichtungen substituieren.⁵⁷

bb. EMRK-Konformität?

Die EU sollte in absehbarer Zeit Partei der EMRK werden. Damit würde die EMRK nach Art. 1 Abs. 3 des revidierten Entwurfs des Übereinkommens über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: E EMRK-BÜ)⁵⁸ auch für die FRONTEX-Agentur – im Rahmen der besonderen Bestimmungen dieses Übereinkommens – massgebend.⁵⁹

Hinsichtlich der Bedeutung des Ausdrucks „allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ in Art. 1 EMRK erfolgt in Ziff. 6 von Art. 1 des E EMRK-BÜ eine insbesondere für den (nachträglichen) Rechtsschutz wesentliche Unterscheidung: Sofern es sich um Personen *im* Hoheitsgebiet eines

⁵⁶ *Médecins sans frontières* kündigte am 10.4.2015 den Beginn eines gemeinsamen Einsatzes zur Rettung und zur medizinischen Versorgung von Bootsflüchtlingen im Mittelmeer an (<https://www.aerzte-ohne-grenzen.at/article/aerzte-ohne-grenzen-und-moas-starten-rettungseinsatz-im-mittelmeer>).

⁵⁷ Vgl. MEYER, a.a.O. (Fn. 6), Introduction und II (fin).

⁵⁸ Bericht über den letzten Stand (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports_en.asp), dessen Ziff. 3 lautet: „3. Accession to the Convention and the protocols thereto shall impose on the European Union obligations with regard only to acts, measures or omissions of its institutions, bodies, offices or *agencies*, or of persons acting on their behalf. Nothing in the Convention or the protocols thereto shall require the European Union to perform an act or adopt a measure for which it has no competence under European Union law” (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁵⁹ Vgl. NEUMANN, a.a.O. (Fn. 8), 227 f.; SEEHASE, a.a.O. (Fn. 8), 301. Der EuGH hat jedoch in seinem Gutachten v. 18.12.2014 festgehalten, dass die Übereinkunft über den Beitritt der EU zur EMRK nicht mit Art. 6 Abs. 2 EUV und dem Protokoll Nr. 8 zu Art. 6 Abs. 2 EUV vereinbar sei (EuGH, Gutachten 2/2013 v. 18.12.2014, EU:C:2014:2454).

EMRK-Vertragsstaats und EU-Mitgliedstaats handelt, sind EUV und AEUV anwendbar. Sofern sich jedoch der Ausdruck auf Personen *ausserhalb* des Territoriums eines EMRK-Vertragsstaats (und EU-Mitgliedstaats) und eine behauptete Konventionsverletzung sich auf einen EMRK-Vertragsstaat, der auch EU-Mitgliedstaat ist, bezieht, bedeutet dies, dass für diese Person gemäss Art. 1 EMRK die ausschliessliche Zuständigkeit (*Jurisdiction*) des EMRK-Vertragsstaats (und nicht der EU) massgebend ist.

Der EU sind in Art. 77 Abs. 2 AEUV die Kompetenzen zur Regelung der „Grenzkontrollen in Bezug auf Personen (...), die die Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union überschreiten“ (Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über den Grenzkodex⁶⁰), übertragen worden.⁶¹ In Art. 78 AEUV wird zudem ausdrücklich festgelegt, dass die Asylpolitik mit der GFK „im Einklang stehen“ muss (Abs. 1).

Art. 28 SDÜ lautet dazu:

„Die Vertragsparteien bekräftigen ihre Verpflichtungen aus der Genfer Konvention vom 28. Juli 1951 über den Flüchtlingsstatus in der Fassung des Protokolls von New York vom 31. Januar 1967, wobei die Anwendung dieser Instrumente *keiner geographischen Beschränkung* unterliegt, sowie ihre Zusage, mit den Dienststellen des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen bei der Anwendung dieser Instrumente zusammenzuarbeiten.“⁶²

Der Einsatzplan, den die FRONTEX-Agentur mit dem Einsatzstaat erstellt, ist für die an der Durchführung beteiligten Einsatzkräfte verbindlich,⁶³ auch wenn die Verordnung (EU) Nr. 1168/2011⁶⁴ dies nicht explizit festhält. Die Verbindlichkeit ergibt sich jedoch aus verschiedenen Bestimmungen, so aus Art. 3a(1), wonach der Exekutivdirektor der FRONTEX-Agentur einen Einsatzplan für die gemeinsamen Aktionen und Pilotprojekte aufstellt (Abs. 1), der unter anderem Angaben enthält über „das räumliche Gebiet, in dem die gemeinsame Aktion oder das Pilotprojekt stattfinden wird“ (Abs. 1 Bst. c) sowie „die technische Ausrüstung, die während der gemeinsamen Aktion oder des Pilotprojekts eingesetzt werden soll“ (Abs. 1 Bst. g).⁶⁵ Da die im Einsatzplan festgelegten Bedingungen eingehalten werden müssen, kann daraus in einem Einzelfall

⁶⁰ Vgl. Fn. 28; die ursprüngliche Grenzkodexverordnung in der Fassung von 2008 wurde geändert durch Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 v. 22.10.2013 (ABl. L 295 v. 6.11.2013).

⁶¹ Der Schengen-Besitzstand ist mit dem Vertrag von Amsterdam bzw. dem Protokoll zu diesem Vertrag zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union Teil des EU-Rechts (ABl. C 340 v. 10.11.1997, 93 ff.) geworden.

⁶² Hervorhebung hinzugefügt.

⁶³ So ausdrücklich EuGH, *Parlament/Rat*, a.a.O. (Fn. 29), Rz. 81 f. Vgl. auch LEHNERT, a.a.O. (Fn. 8), 393.

⁶⁴ A.a.O. (Fn. 23).

⁶⁵ Weitere spezifische Vorschriften betreffen die Informationspflicht über völkerrechtliche Bestimmungen bei Aktionen zur See (Abs. 1 Bst. j).

unter Umständen auf die Mitverantwortung des zuständigen Exekutivdirektors und damit von FRONTEX geschlossen werden.⁶⁶

Schliesslich bestimmt auch die GRC ihren Anwendungsbereich nicht nur in räumlicher Hinsicht. Sie verpflichtet die handelnden „Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen“ der EU, die Rechte der Charta zu achten, sich an deren Grundsätze zu halten und deren Anwendung zu fördern (Art. 51 Abs. 1 GRC), und zwar unabhängig von territorialen Begrenzungen.⁶⁷ Der EuGH hat in Bezug auf die Zuständigkeitsgrenzen des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 2 GRC) festgehalten, der vormalige Art. 227 EGV (heute Art. 52 EUV/Art. 355 AEUV) schliesse nicht aus, „dass die Regeln des Gemeinschaftsrechts auch ausserhalb des Gemeinschaftsgebiets Wirkungen entfalten können“.⁶⁸

Dadurch gewinnt das Urteil des EGMR in Sachen *Hirsi Jamaa gegen Italien* Bedeutung für die FRONTEX-Agentur, wenn diese in Einsatzplänen verbindlich das Vorgehen unter Einbezug der zur Verfügung gestellten Mittel (unter anderem Flugzeuge und hochseegängige Schiffe⁶⁹) gemäss der Verordnung (EU) Nr. 656/2014 – insbesondere Erwägung 9, 17, Art. 4 mit der Verantwortungsklausel für die Agentur in Abs. 7 sowie Art. 9 Abs. 2 – festlegt.

In konstanter Praxis knüpft der EGMR die positiven Grundrechtsschutzpflichten (*obligations positives*) knapp zusammengefasst an drei Voraussetzungen:

- das Vorhandensein von Grundrechtsberechtigten, d.h. von Personen, die einen (subjektiv-rechtlich begründeten) Anspruch auf die Erfüllung einer Schutzpflicht haben;⁷⁰
- das Wissen oder das Hätte-Wissen-Sollen⁷¹ der zuständigen Behörden um die Lage, die diesen Grundrechtsschutzanspruch entstehen lässt;
- die Voraussetzung, dass die schützende (bzw. rettende) Massnahme vernünftigerweise erwartet werden kann.⁷²

⁶⁶ Zur Zuständigkeit von FRONTEX allgemein vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, a.a.O. (Fn. 11), Rz. 372, 1095.

⁶⁷ Vgl. SEEHASE, a.a.O. (Fn. 8), 286.

⁶⁸ EuGH, *Boukhalfa/Bundesrepublik Deutschland*, C-214/94, EU:C:1996:174, Rz. 14; vgl. SEEHASE, a.a.O. (Fn. 8), 287.

⁶⁹ Vgl. oben III.1.b.aa. Dazu BREITENMOSER/WEYENETH, a.a.O. (Fn. 11), Rz. 1253; KÄLIN/KÜNZLI, a.a.O. (Fn. 34), Rz. 264, 268, 292 ff.

⁷⁰ Vgl. GRABENWARTER/PABEL, a.a.O. (Fn. 35), § 19, Rz. 5.

⁷¹ Nach der Formulierung des EGMR „knew or ought to have known“; vgl. z.B. EGMR, *Begheluri/Georgien*, Urteil v. 7.10.2014, Nr. 28490/02, §§ 97, 118, m.w.H.; *Keller/Russland*, Urteil v. 17.2.2014, Nr. 26824/04, §§ 82, 88. Vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, 2012, Rz. 1502.

⁷² Vgl. EGMR, *Bljakaj u.a./Kroatien*, Urteil v. 18.9.2014, Nr. 74448/12, § 121; *Makaratzis/Griechenland*, Urteil v. 20.12.2004, Nr. 50385/99, Rec. 2004, § 71; MARTEN BREUER, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, EnzEuR Bd. 2, 2014, § 7 Rz. 22; KÄLIN/KÜNZLI, a.a.O. (Fn. 34), Rz. 300 ff.; MOHLER, a.a.O. (Fn. 71), Rz. 306 ff.

Die letzte Voraussetzung entspricht auch der Rettungspflicht gemäss der UN-Seerechtskonvention.⁷³

Zur Sichtung von Schiffen oder Booten, bei denen der Verdacht besteht, dass sie Personen befördern, die sich den Grenzkontrollen zu entziehen beabsichtigen, oder dass sie für die Schleusung von Migranten auf dem Seeweg benutzt werden,⁷⁴ stellt die FRONTEX-Agentur die Mittel zusammen, koordiniert diese und erteilt in den Plänen verbindlich Aufträge für deren Einsatz in Küstengewässern, in der Anschlusszone und auf hoher See.⁷⁵ Sie kann sich damit der eigenen Verantwortung für die Seerettung auch ausserhalb der Küstengewässer (oder der Anschlusszone) der Mitgliedstaaten nicht entziehen,⁷⁶ wenngleich in Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 656/2014 die Pflicht der Hilfeleistung lediglich auf die Mitgliedstaaten bezogen wird; in Abs. 2 folgen jedoch Vorschriften darüber, was der (verbindliche) Einsatzplan diesbezüglich zu enthalten hat.

Nach Art. 1 Ziff. 3 des E EMRK-BÜ erstrecken sich die Pflichten aus der EMRK ausdrücklich auch auf Unterlassungen, was in diesem Zusammenhang und mit Blick auf die Pflicht des Exekutivdirektors (Art. 3a der Verordnung [EU] Nr. 1168/2011), „bei Seeinsätzen spezielle Informationen zur Anwendung der einschlägigen Rechtsprechung und Rechtsvorschriften in dem räumlichen Gebiet, in dem die gemeinsame Aktion oder das Pilotprojekt stattfindet“, zu erteilen, von besonderer Bedeutung wäre.

2. Ergebnis

Die dargestellte Rechtslage verpflichtet die EU und ihre Mitgliedstaaten nicht, das gesamte Mittelmeer permanent nach möglichen Schiffbrüchigen abzusuchen. Aber die FRONTEX-Agentur und die Einsatz-Mitgliedstaaten sind verpflichtet, bei ihrer Überwachung der Seeaussengrenzen – auch an der Grenze der Anschlusszone zur hohen See – die verfügbaren Mittel dergestalt einzusetzen, dass Menschen in Seenot in ihrem (Radar-)Blickfeld oder – bei (funk)telefonischem Seenotruf in für eine Rettung genügend naher Distanz –

⁷³ Art. 98 Ziff. 1 Bst. b des Seerechtsübereinkommens („Montego Bay Convention“, a.a.O., Fn. 26).

⁷⁴ So Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 656/2014, a.a.O. (Fn. 41).

⁷⁵ Art. 6-8 Verordnung (EU) Nr. 656/2014, a.a.O. (Fn. 41).

⁷⁶ Ob es sich um eine direkte Verantwortung nach Art. 1 Abs. 3 oder (gegebenenfalls) um eine Mitverantwortung nach Art. 3 des E EMRK-BÜ handelt, werden die Gerichte zu entscheiden haben. BREUER, a.a.O. (Fn. 72), § 7, Rz. 31, äussert sich in Bezug auf die Schutzpflicht (*obligations positives*) zurückhaltend, da die FRONTEX-Mitarbeiter im Wesentlichen im Hintergrund koordinierend tätig seien.

auch auf hoher See erkannt und gerettet werden können.⁷⁷ Daraus können sich unter Umständen entsprechende Verantwortungen und Haftungen ableiten.⁷⁸

Die EU kann sich m.E. – auch solange sie nicht Mitglied der EMRK ist – nicht einfach darauf berufen, dass Art. 1 EMRK auf ihr Handeln nicht anwendbar sei, zumal die GRC – wie vorstehend angeführt – ebenfalls keine Anwendungsbegrenzung in räumlicher Sicht vorsieht. Die GRC verpflichtet die Organe und sonstigen Einrichtungen der EU vielmehr auch in Bezug auf Wirkungen ihrer Handlungen oder Unterlassungen ausserhalb des Gebiets der EU. Andererseits sind alle EU-Mitgliedstaaten auch EMRK-Staaten, für welche Art. 1 EMRK unmittelbar gilt. Das unvergleichlich höherwertige Rechtsgut des Lebens gegenüber demjenigen der Verhinderung einer illegalen Einreise gebietet Seerettungsanstrengungen, wo und wann immer solche rechtlich begründbar sind und vernünftigerweise erwartet werden können. Nach neuen Erkenntnissen verlangt dies zudem auch die völkervertragliche Pflicht der Bekämpfung der organisierten Kriminalität und der Schlepperei, werden doch nach Medienberichten⁷⁹ Migrierende von Schlepperbanden teilweise unter Waffengewalt gezwungen, selbst bei widrigsten See- und Wetterbedingungen völlig untaugliche Schlauchboote zu besteigen.

B. Die Judikative setzt Grenzen: Das Wiedererstehen von Binnengrenzen

Im Protokoll Nr. 24 zu EUV und AEUV über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union⁸⁰ heisst es im einzigen Artikel: „In Anbetracht des Niveaus des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union gelten die

⁷⁷ Vgl. allgemein MEYER, a.a.O. (Fn. 6), I (fin).

⁷⁸ Kritisch auch UEBERSAX/WEITZEL, a.a.O. (Fn. 8), II. 9 d und 10. Art. 19 Abs. 3 der FRONTEX-Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 (Fn. 4) sieht für ausservertraglich verursachten Schaden, der durch die Dienststellen oder Bediensteten von FRONTEX verursacht worden ist, dessen Ersatz vor. Nach einem (allfälligen) Beitritt der EU zur EMRK stellt sich auch die Frage des Rechtsschutzes wieder anders, da nach Art. 1 EMRK unter aussergewöhnlichen Umständen die Hoheitsgewalt und nicht die Gebietshoheit für die Anwendbarkeit der EMRK massgeblich ist, womit die Verbindlichkeit des Einsatzplans der Agentur entscheidend werden dürfte. Zur ausserterritorialen Anwendbarkeit der EMRK vgl. auch EGMR, *Jaloud/Niederlande*, Urteil v. 20.11.2014, Nr. 47708/08, §§ 139, 152 f.

⁷⁹ Vgl. NZZ am Sonntag v. 15.2.2015, 6.

⁸⁰ ABl. C 83 v. 30.3.2010, 305 ff.

Mitgliedstaaten füreinander für alle rechtlichen und praktischen Zwecke im Zusammenhang mit Asylangelegenheiten als sichere Herkunftsländer.“⁸¹

Obwohl sich diese Bestimmung auf Asylanträge von Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats bezieht, gilt die Feststellung, dass alle Mitgliedstaaten als sichere Herkunftsländer gelten, generell, ansonsten eine Diskriminierung *qua* Staatsangehörigkeit und somit ein Verstoss gegen die EU-Grundwerte von Art. 2 EUV i.V.m. Art. 14 EMRK und Art. 67 Abs. 2 AEUV vorläge.

Durch mehrere Gerichtsurteile wurde nun aber in den letzten vier Jahren verbindlich festgestellt, dass das Niveau des Schutzes der Grundrechte in der Praxis nicht in allen Mitgliedstaaten gleichermassen aufrechterhalten wird und diese demnach nicht unbesehen als sichere Länder betrachtet werden können.

I. EGMR-Urteil i.S. *M.S.S./Belgien und Griechenland*

Im Fall eines afghanischen Asylsuchenden, der auf der Grundlage des Dubliner Rechts von Belgien nach Griechenland überstellt wurde, hielt der EGMR⁸² fest, dass die Bedingungen sowohl in Haftzentren (§§ 229 ff.) als auch des Aufenthalts (ohne Freiheitsentzug) für Asylsuchende (§§ 254 ff.) in Griechenland im Widerspruch zu Art. 3 EMRK stünden.⁸³

Gegenüber Belgien hielt das Gericht fest, mit der Rückführung nach Griechenland, wo der Migrant daktyloskopisch registriert worden war, ohne jedoch ein Asylgesuch zu stellen, hätten die Behörden Art. 3 EMRK in Bezug auf die Bedingungen in Haftzentren verletzt (§ 360), da sie auf Grund zahlreicher Berichte wussten oder hätten wissen müssen (§ 358), dass diese offensichtlich dem Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung widersprächen. Gleichermassen stellte der EGMR auch eine Verletzung von Art. 3 EMRK durch Belgien fest hinsichtlich der Aufenthaltsbedingungen in Griechenland für Asylsuchende (§ 367 f.).

⁸¹ Es folgen vier eng begrenzte spezielle Situationen, in denen „ein Asylantrag eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats von einem anderen Mitgliedstaat (nur) berücksichtigt oder zur Bearbeitung zugelassen werden“ darf.

⁸² EGMR, *M.S.S./Belgien und Griechenland*, a.a.O. (Fn. 40).

⁸³ Es wurde auch eine Verletzung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK festgestellt (§§ 294 ff., 321 f.).

II. EuGH-Urteil i.S. *N.S. und M.E. et al./Vereinigtes Königreich*

In dieser Rechtssache wurden vom *Court of Appeal* (England & Wales) dem EuGH mehrere Fragen zur Zuständigkeit für die Prüfung eines Asylantrags gemäss Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 343/2003⁸⁴ vorgelegt. Der EuGH beantwortete diese Fragen in dem Sinne, dass das Unionsrecht „einer unwiderlegbaren Vermutung“, wonach der nach der erwähnten Dubliner Verordnung zuständige Mitgliedstaat die Unionsgrundrechte beachte, entgegenstehe, und dass es nach Art. 4 GRC (Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung) „den Mitgliedstaaten einschliesslich der nationalen Gerichte obliegt, einen Asylbewerber nicht an den ‚zuständigen Mitgliedstaat‘ im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zu überstellen, wenn ihnen nicht unbekannt sein kann, dass die systemischen Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für Asylbewerber in diesem Mitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller tatsächlich Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne dieser Bestimmung ausgesetzt zu werden“.⁸⁵ Damit wurde das Vereinigte Königreich (unter anderem) auf Grund der Feststellung der englischen Vorinstanz (§ 44 des EuGH-Urteils) angehalten, selber die Zuständigkeit für die Prüfung des Asylantrags zu übernehmen und den Beschwerdeführer nicht nach Griechenland zu überstellen.

Wenn es den Mitgliedstaaten einschliesslich der nationalen Gerichte obliegt, einen Asylbewerber nicht an den nach dem Dublin-Rechtssystem zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen, sofern die Gefahr besteht, dass Antragsteller in einem anderen Mitgliedstaat einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt werden könnten, so wird damit innerhalb des EU-Raums asylrechtlich eine Binnengrenze zu einem Mitgliedstaat (oder mehreren) errichtet, die nicht missachtet werden darf. Dabei stützt sich der EuGH auch auf das in diesem Beitrag wiedergegebene EGMR-Urteil in Sachen *M.S.S gegen Belgien und Griechenland*.⁸⁶

⁸⁴ ABl. L 50 vom 25.2.2003, 1.

⁸⁵ EuGH, *N.S. und M.E. et al./Vereinigtes Königreich*, a.a.O. (Fn. 40). Auf die spezifische Frage, ob das Protokoll Nr. 30 zu EUV/AEUV über die Anwendung der GRC auf die Republik Polen und das Vereinigte Königreich anwendbar ist, wird hier nicht eingegangen.

⁸⁶ EGMR, *M.S.S./Belgien und Griechenland*, a.a.O. (Fn. 40).

III. Beschluss des Verwaltungsgerichts Darmstadt von Mai 2014

In einem Beschluss⁸⁷ über eine Klage hielt das Verwaltungsgericht Darmstadt am 7. Mai 2014 fest, es sei nicht auszuschliessen, dass der Antragsteller bei einer Überstellung in die Niederlande – wegen des Verbots der Arbeitsaufnahme und des Fehlens einer staatlicher Unterstützung – wieder obdachlos und ohne Nahrungsmittelversorgung sein werde, so dass angesichts der auf dem Spiel stehenden körperlichen Unversehrtheit das Interesse des Antragstellers gegenüber dem öffentlichen Interesse einer Abschiebung überwiege, weshalb von einer solchen vorläufig abzusehen sei. Es berief sich dabei auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts,⁸⁸ wonach Art. 1 des Grundgesetzes ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums garantiere und die Menschenwürde migrationspolitisch nicht relativiert werden dürfe; ein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum sei nicht zu rechtfertigen.⁸⁹

Auch dieser Beschluss bewirkt eine Binnengrenzziehung, hier zwischen zwei Nachbarstaaten.

IV. Das Urteil des EGMR i.S. *Tarakhel/Schweiz*

1. Zum Sachverhalt

Die beiden erwachsenen Asylgesuchsteller – der Mann stammt aus Afghanistan – lernten sich in Pakistan kennen, heirateten in diesem Land und zogen von dort in den Iran, wo sie fünfzehn Jahre lebten⁹⁰ und fünf Kinder erhielten.⁹¹ An einem unbestimmten Datum reiste die Familie aus dem Iran in die Türkei, von wo sie sich per Schiff nach Italien begab.⁹²

Am 16. Juli 2011 gingen die Asylgesuchsteller in Kalabrien an Land und wurden gleichentags von der italienischen Polizei registriert (einschliesslich EURODAC) – wobei gegenüber den italienischen Behörden falsche Identitäts-

⁸⁷ Az. 4 L 597/14.DA.A (<https://openjur.de/u/690572.html>).

⁸⁸ Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 18.7.2012, Az. 1 BvL 10/10.

⁸⁹ Auf ähnliche Urteile deutscher Verwaltungsgerichte, die vorher ergangen waren, verweist der EGMR in § 51 des Urteils *Tarakhel* (vgl. nachfolgend). Vgl. auch HAILBRONNER, a.a.O. (Fn. 3), I.

⁹⁰ EGMR, *Tarakhel/Schweiz*, Urteil (GC) v. 4.11.2014, Nr. 29217/12, § 9.

⁹¹ *Ibid.*, § 10.

⁹² *Ibid.*, § 10.

ten angegeben wurden⁹³ – und in ein Empfangszentrum verbracht. Zehn Tage später wurde die Familie in ein Zentrum für Asylgesuchsteller in Bari übergeführt, nachdem ihre richtige Identität festgestellt worden war.⁹⁴

Nach nur zwei Tagen, am 28. Juli, verliessen sie – ohne Erlaubnis – das Asylzentrum in Bari und begaben sich nach Österreich, wo sie am 30. Juli erneut ein Asylgesuch stellten, das zwei Tage später abgewiesen wurde. Zu einem unbestimmten Zeitpunkt reisten sie in die Schweiz ein, wo sie am 3. November 2011 wiederum ein Asylgesuch stellten.⁹⁵

2. Behandlung durch die Schweizerischen Behörden

Das Bundesamt für Migration (BFM)⁹⁶ hat das Gesuch, welches damit begründet worden war, dass „les conditions de vie en Italie étaient difficiles et que le premier requérant serait dans l'impossibilité de trouver un emploi dans ce pays“⁹⁷ und die Unterbringungsverhältnisse im Zentrum in Bari schlecht gewesen seien,⁹⁸ abgelehnt und die Rückführung nach Italien angeordnet. Zuvor hatten die italienischen Behörden auf Nachfrage des BFM mitgeteilt, dass die Asylgesuchsteller in einem Zentrum in Bologna, das vom *Fonds européen pour les réfugiés* (FER) finanziert werde, untergebracht würden, worüber die Familie *Tarakhel* informiert worden war.⁹⁹ Das angerufene Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde gegen den Entscheid des BFM ebenso wie ein späteres Revisionsgesuch abgelehnt.¹⁰⁰

3. Begründung der Beschwerde an den EGMR

Die Migrantenfamilie erhob am 10. Mai 2012 Beschwerde wegen Verletzung von Art. 3 und 8 EMRK beim EGMR, wobei sie unter Bezugnahme auf Art. 13 und 3 EMRK zusätzlich vorbrachte, die Schweiz habe ihre persönliche und familiäre Situation nicht genügend berücksichtigt.¹⁰¹

⁹³ *Ibid.*, §§ 10 und 107.

⁹⁴ *Ibid.*, § 10.

⁹⁵ *Ibid.*, § 12.

⁹⁶ Heute: Staatssekretariat für Migration (SEM).

⁹⁷ *Ibid.*, § 14.

⁹⁸ *Ibid.*, § 11.

⁹⁹ *Ibid.*, §§ 58, 75, 121.

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 19.

¹⁰¹ *Ibid.*, §§ 1 und 3. Der EGMR ersuchte die Schweiz, während des Verfahrens die Überstellung nach Italien auszusetzen (*ibid.*, §§ 20 f.).

4. Beurteilung durch den EGMR

Obwohl der EGMR in seiner Urteilbegründung festhält, dass die Verhältnisse in Italien nicht mit jenen in Griechenland (zur Zeit des Falles EGMR in Sachen *M.S.S./Belgien und Griechenland*) zu vergleichen seien, dass der UNHCR keinen Verzicht auf Rückführungen nach Italien für geboten gehalten habe, dass es für die Widerlegung der Vermutung der konventionskonformen Befolgung der Grundrechtsgarantien ernsthafter und durch Tatsachen bestätigter Gründe bedürfe für die Annahme, die Rekurrenten würden tatsächlich Gefahr laufen, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK (bzw. Art. 4 GRC) ausgesetzt zu werden, dass Art. 3 EMRK über dies weder eine Verpflichtung, Wohnmöglichkeiten zu garantieren oder finanzielle Leistungen zu erbringen, umfasse, befand er, eine Rückführung der Familie ohne vorherige konkrete und detaillierte Informationen über den Aufnahmeort würde eine Verletzung von Art. 3 in Verbindung mit Art. 8 EMRK, der vor den nationalen Instanzen weder explizit noch implizit angerufen worden war, bedeuten.¹⁰² Die Schweiz hätte auch auf Grund von Art. 3 Abs. 2 der Dublin II-Verordnung¹⁰³ („Souveränitätsklausel“) das Gesuch auch selber beurteilen können.

5. Konsequenzen

Dieses Urteil fördert mit Blick auf den Sachverhalt just das *forum shopping*, das zu verhindern das Ziel des Dublin-Systems ist.¹⁰⁴ Es verlängert zudem die Praxis eines (quasi erstinstanzlichen) Tatsachengerichts,¹⁰⁵ was der Subsidiari-

¹⁰² Damit wurden die Kriterien und Massstäbe für die Beurteilung der Frage, ob eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung nach Art. 3 EMRK vorliege oder drohe, auf Art. 8 EMRK ausgedehnt.

¹⁰³ Der EGMR legte seinem Urteil jedoch die Dublin III-Verordnung (a.a.O. [Fn. 84]) zu Grunde, die zur Zeit der Entscheide der Schweizer Behörden noch nicht galt, sondern erst seit 1.1.2014 vorläufig angewendet wurde (BBl 2014 2675 ff. und 2014 7371 ff.). Die Übernahme unterlag dem fakultativen Referendum (Ablauf der Frist am 15.1.2015).

¹⁰⁴ Vgl. EuGH, *Abdullahi/Österreich*, C-394/2012, EU:C:2013:813, Rz. 53; vgl. auch die Positionsbezüge der Niederlande, von Schweden, Norwegen und des Vereinigten Königreiches im Urteil *Tarakhel*, § 79, sowie HAILBRONNER, a.a.O. (Fn. 3), III. 1, ebenso SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Neueste Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Asylrecht, in diesem Band, III. 1., in Bezug auf Minderjährige ohne Familienangehörige oder aufnahmebereite Verwandte.

¹⁰⁵ Vgl. STEFAN SCHÜRER, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Tatsacheninstanz, EuGRZ 2014, 512 ff.

tätsfunktion des EGMR¹⁰⁶ abträglich ist und damit unnötige und abträglichpolitische Widerstände in der Bevölkerung befördert.¹⁰⁷

Die enorm grosse Zahl der nach Europa strömenden Asylsuchenden hat andererseits offenkundig gemacht, dass das Dublin-System insbesondere mit Blick auf die Mittelmeer-Anrainerstaaten dysfunktional geworden ist. Diese Problematik dürfte sich aber weder mit einer dem gesetzten Recht strikte nachkommenden noch einer diesem zuwiderlaufenden Anwendung der Dublin-Regeln lösen lassen.

V. Weitere Auswirkungen

Urteile verschiedener Gerichte (EGMR, EuGH, nationale Gerichte) wurden im Zusammenhang mit Dublin-Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats gefällt, der für die Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz zuständig ist. Indessen geht es oftmals im Kern nicht um Verfahrensfragen, sondern um die tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf die Aufnahme und Unterbringung von Schutz Suchenden in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten bzw. in den vorgesehenen Zielstaaten, die nach dem Dublin-System für die Prüfung solcher Anträge gerade nicht zuständig sind.¹⁰⁸

Soweit ersichtlich, wurden bisher in Urteilen¹⁰⁹ drei Mitgliedstaaten genannt, in denen diese Verhältnisse in unterschiedlicher Weise den Anforderungen der EMRK und der GRC nicht entsprechen.

Stellen aber die tatsächlichen Verhältnisse in einzelnen Mitgliedstaaten die Crux dar, sind solche gerichtliche Erkenntnisse auch für andere Formen der Rückschaffung massgebend. Dies gilt namentlich für Kontrollen von Migrantinnen und Migranten an den Binnengrenzen.¹¹⁰ Nach Art. 25 Abs. 2 und 3 BV

¹⁰⁶ Vgl. SCHÜRER, a.a.O. (Fn. 105), 520. Zum hohen Stellenwert des Subsidiaritätsprinzips als Element der Glaubwürdigkeit vgl. DANIEL THÜRER, Verfassungs- und völkerrechtlicher Status der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2007, Bd. VII/2, § 203 Rz. 58.

¹⁰⁷ Der Autor dieses Beitrags betont hierzu, dass er die Institution des EGMR damit in keiner Weise in Zweifel zieht, sondern im Gegenteil – auch für die Schweiz – für unverzichtbar hält.

¹⁰⁸ Daran ändert Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nichts. Gemäss EuGH steht jedem Mitgliedstaat ohne besondere Bedingung die Ausübung des Selbsteintrittsrechts zu (Vgl. EuGH, *Halaf*, C-528/11, EU:C:2013:342, Rz. 35 ff.); vgl. auch PROGIN-THEUERKAUF, a.a.O. (Fn. 104), II. 1 b.

¹⁰⁹ Die Übersicht über die Rechtsprechung unter B. beansprucht keine Vollständigkeit, jedoch sind in den nicht erwähnten Urteilen keine weiteren Mitgliedstaaten genannt, denen abgesprochen wird, die Anforderungen nach Art. 3 EMRK zu erfüllen.

¹¹⁰ Vgl. HAILBRONNER, a.a.O. (Fn. 3), II. 2., der dafür hält, dass die Kriterien nach Art. 23 ff. der Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 (Schengener Grenzkodex) auch subjektive Rechte begründen und somit justiziabel sind.

darf niemand in einen Staat ausgeschafft oder ausgeliefert werden, in dem ihm oder ihr Folter oder eine andere Art grausamer oder unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht. Entsprechen die Verhältnisse in einem Mitgliedstaat im Dublin-Verfahren nicht den Anforderungen, so können an einer Landesgrenze aufgegriffene Migranten mit Kindern – wie im Beispielfall Italien – nach schweizerischem Recht nicht direkt rücküberstellt werden, zumal die vom EGMR verlangte individuelle Garantie *hic et nunc* nicht erhältlich sein dürfte. Im Beispielfall der Niederlande ergäbe sich ein Hinderungsgrund aus der Tatsache, dass – nach den Beurteilungen deutscher Gerichte – das menschenwürdige Existenzminimum nicht gewährleistet ist.¹¹¹

Der Anreiz, das Dublin-System zu unterlaufen und unrechtmässig in einen Mitgliedstaat zu migrieren, in dem mehr als den minimalen Anforderungen genügende Verfahrensabläufe und Unterbringungsverhältnisse zu erwarten sind, wird dadurch geweckt und gefördert, was unter anderem der Erwägung 25 der Dublin III-Verordnung direkt widerspricht. Dies wiederum führt zu vermehrten grenzpolizeilichen Kontrollen mit der Wirkung, Binnengrenzen *de facto* zu schliessen, wie etwa zwischen Italien und Frankreich bei Ventimiglia. Demzufolge stellt sich innerhalb des Dublin-Systems mit Bezug auf Verhältnisse in Mitgliedstaaten, die eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen könnten, die Frage, ob nicht primär Problemlösungsansätze auf politischem Weg unter Hinweis auf die mehrfach stipulierte Solidarität im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS)¹¹² zu suchen seien.¹¹³ Innerhalb dieses Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erscheint eine Verletzung

¹¹¹ Vgl. die entsprechende Frage der Richter mit der abweichenden Meinung im Urteil *Tarakhel*, a.a.O. (Fn. 90), 61. Zum qualifizierten Vertrauen in Bezug auf die Beachtung des europäischen *ordre public* vgl. ROBERT WEYENETH, Die Menschenrechte als Schranke der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, recht 2014, 119 ff., 124.

¹¹² Vgl. in der Dublin III-Verordnung (Verordnung [EU] Nr. 604/2013 des EP und des Rates v. 26.6.2013) die Erw. 7 („Raum des Schutzes und der Solidarität“), 8 (Solidaritätsmassnahmen), 9 („Da ein gut funktionierendes Dublin-System für das GEAS von großer Bedeutung ist, sollten seine Grundlagen und seine Funktionsweise im Zuge des Aufbaus anderer Instrumente des GEAS und der Solidarität der Union überprüft werden.“), 22 („Solidarität, die ein Kernelement des GEAS bildet“: „Durch die Steigerung dieses Vertrauens könnte der Prozess für Frühwarnung, Vorsorge und Bewältigung von Asylkrisen die Lenkung konkreter Maßnahmen echter und praktischer Solidarität gegenüber Mitgliedstaaten verbessern, um den betroffenen Mitgliedstaaten im Allgemeinen und den Antragstellern im Besonderen zu helfen.“) und 25 („Der schrittweise Aufbau eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem der freie Personenverkehr gemäß den Bestimmungen des AEUV gewährleistet wird,... erfordern ausgewogene, im Geiste der Solidarität anzuwendende Zuständigkeitskriterien.“). Vgl. auch MOHLER, Schengen 2010, a.a.O. (Fn. 9), 11; UEBERSAX/WEITZEL, a.a.O. (Fn. 8), II. 10.

¹¹³ Ähnlich auch die Richter mit der abweichenden Meinung im Urteil *Tarakhel*, a.a.O. (Fn. 90), 61, *in fine*.

des *Non-Refoulement*-Prinzips wegen einer damit einhergehenden Verletzung von Art. 3 EMRK als fundamental rechts- und systemwidrig.¹¹⁴

C. Diskussion: Stresstests für Schengen und Dublin

Nicht geplant – wie etwa bei den Banken im EU-Raum – sehen sich sowohl das Schengen- als auch das Dublin-Regelwerk mehr und mehr Stresstests ausgesetzt. Die Gründe für diese Spannungen liegen indessen nicht nur im übermäßig komplizierten, verschachtelten Sekundärrecht,¹¹⁵ sondern teilweise tiefer, konkret in der sowohl völker- als auch staatsrechtlichen Konstruktion der EU und damit auch der Grundverträge. Die EU ist zwar kein Staat,¹¹⁶ denn die beiden Grundverträge sind weder formell noch von ihrer Substanz her eine Verfassung.¹¹⁷ Sie bilden vielmehr eine bisher einzig- und eigenartige verbindende und für viele, aber bei Weitem nicht alle Politik- und Rechtsbereiche (mit Vorbehalten) verbindliche Rechtsgrundlage für eine Vielzahl von Mitgliedstaaten, von denen einigen aber eine unterschiedliche Übernahme des Regelwerks ebenso wie eine divergierende Rechtsanwendung zugestanden wird.¹¹⁸ Diese unterschiedlichen Übernahme- und Anwendungspflichten bzw.

¹¹⁴ Demgegenüber hat die Schweiz ihre Verantwortung im Urteil *Tarakhel*, § 88, gerade diesbezüglich *in casu* nicht bestritten.

¹¹⁵ So auch SCHOMBURG, a.a.O. (Fn. 121), II. Vgl. auch MOHLER, a.a.O. (Fn. 10); DERS., Weiterhin offene Fragen, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, 2013, 257 f.

¹¹⁶ Ebenso nun auch das EuGH-Gutachten, a.a.O. (Fn. 59), § 156. Vgl. KLAUS HÄTSCH, Perspektiven der europäischen Integration, in: Olaf Leisse (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, 69 ff., 73; MATTHIAS HERDEGEN, Europarecht, 16. Aufl. 2014, § 5 Rz. 15 ff.; R. DANIEL KELEMANN, Built to Last?, The Durability of EU Federalism, in: Sophie Meunier/Kate McNamara (ed.), Making History: State of the European Union, Vol. 8, 52 et seq.; J.H.H. WEILER, The EU Constitutional Treaty and its distinction between legislative and non-legislative acts – Oranges into apples?, Jean Monnet Working Paper 01/06, 2006, 45.

¹¹⁷ Vgl. HERDEGEN, a.a.O. (Fn. 116), § 4 Rz. 26 ff.; CHRISTIAN CALLIES, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, 43. A.M. wohl ULRICH HALTERN, Die Quittung für Verfassungsneid, NZZ v. 29.1.2015, 21, wo der Autor den EuGH als Verfassungsgerichtshof bezeichnet.

¹¹⁸ Vgl. z.B. die Protokolle Nr. 14 (Euro-Gruppe), 15 (Beziehungen zum Vereinigten Königreich und Nordirland), 16 (über einzelne Bestimmungen im Verhältnis zu Dänemark), 17 (zu Dänemark bzw. dessen besonderes Verhältnis zur EZB und zum System der Nationalbanken), 19 (Integration des Schengen-*Acquis* in den Rechtsrahmen der EU mit Vorbehalten von und für Dänemark sowie das Vereinigte Königreich und Nordirland), 20 ([Nicht-]Anwendung von Art. 26 durch das Vereinigte Königreich und Nordirland [Weiterführung der Grenzkontrollen auch im Binnenverhältnis], 21 (Stellung des Vereinigten Königreichs und Nordirlands zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts), 22 (Stellung Dänemarks zum Titel V AEUV), 30 (zur Anwendung der Charta der Grundrechte der EU durch Polen und das Vereinigte Königreich), 32 (Vorbehalt zu Gunsten Dänemarks über die Beibehaltung des Rechts des Kaufs von Zweitwohnungen), Art. 34

die Ausnahmen davon führen zu einer enormen Komplexität und Kompliziertheit.¹¹⁹ Dazu kommen die auf einen anvisierten Unionsstaat hinführenden (rechtlichen) Zielsetzungen, die jedoch oft eine konsistente, die Grundrechte und die Rechtsgleichheit auch im Einzelfall wirklich respektierende Rechtsordnung nicht zu schaffen vermögen. Ein Beispiel dafür ist die Ausgestaltung des Europäischen Haftbefehls,¹²⁰ der – wie WOLFGANG SCHOMBURG¹²¹ darlegt – ein solcher nicht sein kann.

I. Weitere Probleme an den Aussengrenzen

1. Anforderungen an die Rechtsgrundlagen

DOROTHEE MEYER¹²² postuliert für die Rettung zur See die Respektierung der Grundrechte – insbesondere des *Non-Refoulement*-Prinzips – und für den Schutz der Aussengrenzen eine noch weit detailliertere Rechtsetzung zu Gunsten der Grundrechte, als sie aus den in Kombination zu beachtenden Vorschriften der Verordnung (EU) Nr. 656/2014 und der Richtlinie 2013/32/EU hervorgeht. Um in der Praxis, d.h. in Notsituationen, ethisch vertretbar und die gesamte Werte- und Rechtsordnung beachtend nach den richtigen Prioritäten zu handeln, bedarf es jedoch einfacher, klarer Regeln, einer entsprechenden Ausbildung und starker Führung;¹²³ rascheste Entscheide gestützt auf diese Werte der klar hierarchisierten Rechtsordnung, die keine Konsultation komplizierter Normstrukturen voraussetzen, sind hierfür erforderlich.

(spezielle Regelung betreffend Grönland) und 35 (Vorbehalt zu Gunsten einer Verfassungsbestimmung von Irland), die alle nach Art. 51 AEUV Teil der Grundverträge sind.

¹¹⁹ Die Spezialbestimmungen für Dänemark, Nordirland und das Vereinigte Königreich grenzen auch an eine Zumutung für alle anderen beteiligten Staaten, schon nur beim Versuch festzustellen, welche Normen namentlich im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit auch für die Mitgliedstaaten mit Sonderregelungen anwendbar sind.

¹²⁰ Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten v. 13.6.2002, ABl. L 190 v. 18.7.2002, 1 ff.

¹²¹ WOLFGANG SCHOMBURG, *Europastrafrecht und Europäischer Haftbefehl, Mogelpackungen zum Nachteil europäischer Bürger*, in diesem Band, II und III.

¹²² Vgl. MEYER, a.a.O. (Fn. 6), II.

¹²³ Vgl. z.B. EGMR, *Şimşek u.a./Türkei*, Urteil v. 26.10.2005, Nr. 35072/97 und 37194/97, § 105 (*mutatis mutandis*) und Recommendation of the Committee of Ministers to the Member States on the European Code of Police Ethics v. 19.9.2001, Rec(2001)10.

2. Probleme an Landgrenzen

Grundrechtsrelevante „Stresssituationen“ ergeben sich jedoch auch zu Lande, so z.B. an den Grenzen der spanischen Exklaven Ceuta und Melilla zu Marokko¹²⁴ ebenso wie an der türkisch-griechischen oder der türkisch-bulgarischen Grenze.¹²⁵ *De facto* widersprüchlich wird die Lage, wenn auf der einen Seite das EU-Recht bei „Anzeichen dafür, dass Drittstaatsangehörige oder Staatenlose, die sich (...) an Grenzübergangsstellen an den Außengrenzen befinden und möglicherweise einen Antrag auf internationalen Schutz stellen möchten“, den Verbleib im Mitgliedstaat während der Prüfung des Antrags und Rechtsschutz gegen negative Entscheide gewährt,¹²⁶ durch Stacheldrahtverhaue oder Mauern die Aussengrenzen für Flüchtlinge aber undurchdringlich gemacht werden (müssen). Das Erreichen der beiden genannten Rechte für Migranten mit „Anzeichen dafür, dass [sie] möglicherweise einen Antrag auf internationalen Schutz stellen möchten“, wird so zur Lotterie. Diejenigen, die unter grössten Risiken auf dem Seeweg als Abgefangene oder Gerettete einen Mitgliedstaat erreichen, sind somit besser gestellt als Flüchtlinge zu Lande, insbesondere falls der angrenzende Staat sie – vor der Möglichkeit, in der benachbarten EU ihre Absicht, einen Antrag auf Schutz zu stellen, anzuzeigen zu können – in ihr Herkunftsland zurückschafft.

II. Wiedererrichtung der Binnengrenzen

Neben der vorstehend (B.) beschriebenen Wiedererrichtung von Binnengrenzen durch die höchstrichterliche Judikatur weisen zwei politische Entwicklungen in die gleiche Richtung.

¹²⁴ Vgl. z.B. Die Zeit online v. 23.10.2014 und 17.2.2014; vgl. auch zur jüngsten Entwicklung in Marokko: Marokko sichert Europas Aussengrenzen, NZZ v. 7.3.2015, 6.

¹²⁵ Vgl. DEIMEL, a.a.O. (Fn. 8), 125; FAZ online v. 20.9.2014 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/eu-aussengrenze-bulgarien-kaempft-gegen-fluechtlingswelle-13162853.html>). Bulgarien und Rumänien haben in Bezug auf den Schengener Besitzstand nach wie vor einen Sonderstatus, indem die Bestimmungen des Besitzstands für sie zwar bindend, aber erst nach einem Beschluss des Rates von ihnen anzuwenden sind; diese Anwendungspflicht besteht vorerst u.a. für den Schutz der Aussengrenzen (vgl. Protokoll über die Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumäniens in die Europäische Union, Art. 4, ABl. L 157 v. 21.6.2005, 29 ff.).

¹²⁶ Art. 8 f. der Richtlinie 2013/32/EU, a.a.O. (Fn. 45); Art. 6 der Verordnung (EU) Nr. 562/2006, a.a.O. (Fn. 5); vgl. HAILBRONNER, a.a.O. (Fn. 3), II. 4.

1. Revision des Schengener Grenzkodex: Erweiterte Möglichkeiten der Wiedereinführung von Grenzpolizeikontrollen an den Binnengrenzen

Über die Regelung in Art. 2 Abs. 2 SDÜ hinaus postulierten insbesondere Deutschland und Frankreich im Frühjahr 2012 die konkretere Ausgestaltung der Möglichkeit der vorübergehenden Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen.¹²⁷ Mit einer Änderung des Schengener Grenzkodex durch die Verordnung (EU) Nr. 1051/2013¹²⁸ wurden die Kriterien und das Verfahren ergänzt und präzisiert sowie die je zulässige Höchstdauer je nach Anlass festgelegt. Neu werden für die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen drei unterschiedliche Gründe bzw. Lagen vorausgesetzt: Bei einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat bei vorausseh- oder „planbaren Ereignissen“¹²⁹ ist diesem Staat unter aussergewöhnlichen Umständen und als letztes Mittel nach vorheriger Konsultation der anderen Mitgliedstaaten und der Kommission die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen für höchstens 30 Tage, jedoch bei Fortdauer der Bedrohung für weitere Zeiträume von je 30 Tagen bis maximal sechs Monate erlaubt (Art. 23 ff.). In Fällen, die sofortiges Handeln erheischen, können Mitgliedstaaten ohne vorherige Konsultation Kontrollen an den Binnengrenzen für Zeiträume von 10 bzw. 20 Tagen (Verlängerung), längstens aber für zwei Monate wieder einführen (Art. 25). Neu ist eine befristete Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen für höchstens sechs Monate (dreimal in diesem Ausmass verlängerbar) möglich, sofern anlässlich einer Schengen-Evaluierung in einem Mitgliedstaat schwerwiegende Missstände bei der Kontrolle der Außengrenzen festgestellt worden sind (Art. 26 ff.).

2. Aktuelle politische Diskussion über eine allfällige Wiedereinführung

Insbesondere auf Grund der terroristischen Verbrechen durch islamistische Täter am 7. Januar 2015 in Paris¹³⁰ forderten Politiker in verschiedenen Län-

¹²⁷ Vgl. z.B. Süddeutsche Zeitung online v. 20.4.2012 (<http://www.sueddeutsche.de/politik/illegale-zuwanderung-berlin-und-paris-wollen-grenzkontrollen-zurueck-1.1337155>).

¹²⁸ Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 des EP und des Rates v. 22.10.2013 (ABl. L 295 v. 6.11.2013, 1 ff.).

¹²⁹ Vgl. Botschaft des Bundesrates über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 v. 9.4.2013 (BB1 2014 3373 ff., 3374).

¹³⁰ Vgl. statt vieler NZZ v. 8.1.2015; Tagesanzeiger v. 8.1.2015.

dem die (vorübergehende?) Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen.¹³¹ Ob sich diese auf die neuen Bestimmungen im Schengener Grenzkodex stützen oder weiter gehen sollten, wurde nicht ausgeführt.

III. Rechtsharmonisierung, Grenzen und Konsequenzen

Als eine Schnittstelle zwischen Schengen-Bestimmungen des EU-Rechts und der Durchsetzbarkeit rechtsstaatlich korrekter Ausweisungsbeschlüsse eines Mitgliedstaats oder assoziierten Staats erweist sich z.B. die komplexe Rechtslage in Bezug auf die Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts, sofern ein Ausweisungsbeschluss ergangen ist.¹³² Das durch die EU-Gesetzgebung erlassene Verbot einer Freiheitsstrafe für rechtswidrigen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat, sofern das Rückschaffungsprozedere gemäss Richtlinie 2008/115/EG¹³³ korrekt durchgeführt und abgeschlossen worden ist, stützt sich auf die (seit dem Lissaboner Vertrag neue) beschränkte Zuständigkeit der EU zum Erlass materieller Strafnormen¹³⁴ und die grundsätzlich umfassende EU-Kompetenz zur Harmonisierung des Asylrechts.¹³⁵ Diese Gesetzgebungskompetenz berührt aber auch den Bereich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, für deren Gewährleistung in erster Linie die Mitgliedstaaten selber und allein zuständig sind. Die Überschneidung führt zu eigenartigen Konsequenzen: So darf z.B. nach der französischen Strafprozessordnung der Polizeigewahrsam zur Abklärung der Identität einer Person, die diese und ihren Aufenthaltstitel nicht sofort nachweisen kann, nicht länger als vier Stunden dauern, um nicht gegen EU-Recht zu verstossen.¹³⁶ Wie das möglich sein soll, falls die betroffene Person keine Auskunft gibt oder nur eine fremde Sprache (allenfalls mit einem fremden Alphabet) spricht, die besondere Sprachkenntnisse für die

¹³¹ Focus online v. 11.1.2015; deutsche wirtschaftsnachrichten v. 11.1.2015 (<http://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2015/01/11/spanien-fordert-wiedereinfuehrung-von-grenzkontrollen-in-der-eu/>); „20 Minuten“ online v. 13.1.2015.

¹³² Vgl. HAGUENAU-MOIZARD, a.a.O. (Fn. 48), insb. III.

¹³³ Richtlinie 2008/115/EG des EP und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, v. 16.12.2008 (ABl. I 348 v. 24.12.2008, 98 ff.); von der Schweiz übernommen: AS 2010 5925, SR 0.362.380.42 (Notenaustausch).

¹³⁴ Art. 82 f. AEUV.

¹³⁵ Art. 78 AEUV. Vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, a.a.O. (Fn. 11), Rz. 1039, 1044.

¹³⁶ Vgl. HAGUENAU-MOIZARD, a.a.O. (Fn. 48), II. A. 1. Vgl. nun auch EuGH, *Zai-zoune/Spanien*, C-38/14, EU:C:2015:260, wonach gegen in einem Mitgliedstaat „illegal aufhältige Drittstaatenangehörige“ ein Rückweisungsentscheid gefällt und dieser auch durchgesetzt werden muss (§§ 31, 33); eine blosser Busse, die eine Ausweisung ausschliesst, verstösst gegen die Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG (§§ 40 f.). Ein Freiheitsentzug im Hinblick auf eine zwangsweise Ausschaffung kann aber länger als vier Stunden dauern.

Übersetzung voraussetzt, oder in dieser auch noch falsche Angaben macht, bleibt wohl das Geheimnis des Gesetzgebers, auch desjenigen der EU. Dabei soll – entgegen einem Urteil der *Cour de cassation* – offenbar auch keine Rolle spielen, wenn die für die Verifikation der Identität unverzichtbare Behörde (in Frankreich *la Préfecture*) zur Nachtzeit nicht arbeitet.¹³⁷

Die Umsetzung der Rückführungsrichtlinie verlangt auch eine peinlich genaue Abklärung, ob gegen die „illegal aufhältige Person“ das ihr zustehende Verfahren der Repatriierung bis zur vollständigen Ausschöpfung des Rechtswegs (erfolglos) durchgeführt worden ist bzw. ob die gleiche Person bei erneuter illegaler Einreise wiederum Anspruch auf ein nochmals durchzuführendes Ausweisungsverfahren hat. Das Bundesgericht hat dies für die illegale Rückkehr mit gutem Grund unter Verweis auf das EuGH-Urteil in Sachen *Achughbaban*,¹³⁸ das zu beachten es sich jedoch nicht gebunden fühlt,¹³⁹ abgelehnt.¹⁴⁰

Eine Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldeliktes kann eine administrative Ausweisung nach sich ziehen, die dann „infolge einer strafrechtlichen Sanktion“ erfolgt, nicht aber durch einen gerichtlichen Landesverweis.¹⁴¹

Eine administrativrechtlich nach allen Kriterien (auch des EU-Rechts) korrekt verfügte und vollstreckbare Ausweisung als Folge einer strafrechtlichen Verurteilung soll aus Gründen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nach nationalem Recht auch vollzogen werden können.

Umgekehrt ist LAGODNY¹⁴² zuzustimmen, wenn er in Bezug auf die Anrechnung von im Ausland unter erschwerten oder erniedrigenden Bedingungen erstandener Auslieferungshaft die Praxis des Bundesgerichts kritisiert und den „Import“ ausländischer Haftbedingungen dem „Export“ in ausländische Haftbedingungen gleichstellt und damit eine Berücksichtigung schlimmer Haftbedingungen – wie dies in Deutschland und Österreich der Praxis entspricht¹⁴³ – postuliert. Im Urteil 1C.319/2014 tritt das Bundesgericht auf eine Beschwerde des Bundesamts für Justiz gegen einen Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, in dem dieses strenge Auflagen an die Auslieferung

¹³⁷ Vgl. HAGUENAU-MOIZARD, a.a.O. (Fn. 48), III. A. 2.

¹³⁸ EuGH, *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807.

¹³⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B.196/2012 v. 24.1.2013, E. 2.1.3.

¹⁴⁰ A.a.O., E. 2.2.2 : „En effet, la jurisprudence de la CJUE doit être interprétée dans ce sens qu'elle couvre tant l'hypothèse de la personne qui n'a en définitive pas pu être refoulée que celle qui l'a été et qui revient.“ Vgl. HAGUENAU-MOIZARD, a.a.O. (Fn. 48), III. B. 2.

¹⁴¹ Der strafgerichtliche Landesverweis (Art. 55 alt-StGB) wurde auf den 1.1.2007 aufgehoben (AS 2006 1359). Ob die Argumentation des Bundesgerichts, der Beurteilte könne seine Verteidigung im weiteren Prozessverlauf auch in Libyen vorbereiten, *in casu* zu jener Zeit trefflich war, braucht hier nicht diskutiert zu werden, da dies eine andere als die besprochene Rechtsfrage betrifft.

¹⁴² OTTO LAGODNY, Anrechnung ausländischer Haft im Inland: Drei verschiedene Wege in den drei Bodenseestaaten, in diesem Band, IV.

¹⁴³ Wenn auch in unterschiedlicher Form.

knüpfte, zwar aus formellen Gründen (kein besonders bedeutender Fall im Sinne von Art. 84 BGG) nicht ein, hält aber implizit die Auflagen für richtig.

Gegen die strikte Anwendung der Anrechnung der Auslieferungshaft 1:1 innerhalb der EU, wie es der Standpunkt des deutschen BGH ist,¹⁴⁴ dürfte unter Beachtung des Vorabentscheids des EuGH, dass das Unionsrecht „einer unwiderlegbaren Vermutung“, wonach alle Mitgliedstaaten die Unionsgrundrechte beachteten, entgegenstehe,¹⁴⁵ ebenso das Verhältnismäßigkeitsprinzip sprechen.

IV. Dublin: Rechtswidrige Wirklichkeit oder wirklichkeitsfremdes Recht?

Die wohl etwas provokative Frage ergibt sich aus den unter B. besprochen gerichtlichen Entscheiden. Diese machen deutlich, dass nach Auffassung dieser Gerichte das Unionsrecht in Bezug auf eines seiner fundamentalen Elemente, den Schutz der Grundrechte nach der GRC, namentlich des Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung, nicht in allen Mitgliedstaaten genügend beachtet bzw. umgesetzt werde. Der EuGH hält fest, dass „(d)ie Prüfung der Rechtstexte, die das Gemeinsame Europäische Asylsystem bilden, ergibt, (...) dass alle daran beteiligten Staaten, ob Mitgliedstaaten oder Drittstaaten, die Grundrechte beachten, einschließlich der (...) Genfer Flüchtlingskonvention und dem Protokoll von 1967 (...) der EMRK (...), und dass die Mitgliedstaaten einander insoweit Vertrauen entgegenbringen dürfen“.¹⁴⁶ Dann folgt die Einschränkung, dass die Vermutung, alle (...) Mitgliedstaaten beachteten die Unionsgrundrechte hinreichend, nicht unwiderlegbar sei.¹⁴⁷ Damit anerkennt der EuGH, dass diese primäre Rechtsgrundlage, auf der das gegenseitige Vertrauen in Bezug auf die Einhaltung der Grundrechte beruht, gar in einem Bereich, der zum zwingenden Völkerrecht gehört, nicht der Wirklichkeit entsprechen muss, also nicht unbesehen darauf Verlass ist.¹⁴⁸ Es stellt sich

¹⁴⁴ LAGODNY, a.a.O. (Fn. 142), V.

¹⁴⁵ Vgl. oben Teil B. II.

¹⁴⁶ EuGH, *N.S. und M.E./Vereinigtes Königreich*, a.a.O. (Fn. 85), Rz. 78.

¹⁴⁷ EuGH, *N.S. und M.E./Vereinigtes Königreich*, a.a.O. (Fn. 85), Erkenntnis 2 Abs. 1.

¹⁴⁸ Der EuGH hielt fest: „Art. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist dahin auszulegen, dass es den Mitgliedstaaten einschließlich der nationalen Gerichte obliegt, einen Asylbewerber nicht an den 'zuständigen Mitgliedstaat' im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zu überstellen, wenn ihnen nicht unbekannt sein kann, dass die systemischen Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für Asylbewerber in diesem Mitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller tatsächlich Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne dieser Bestimmung ausgesetzt zu werden.“ (EuGH, *N.S. und M.E./Vereinigtes Königreich*, a.a.O. [Fn. 85], Erkenntnis 2, 2. Absatz).

die Frage, ob die sonst verbreitete normative Kraft des Faktischen einer rechtlichen Ohnmacht gegenüber dem Faktischen, d.h. den Tatsachen und Folgen der Massenmigration, gewichen ist, welche die Justiz zur besseren Beachtung der Grundrechte durch fallweise Eingriffe in das Dublin-System zu mildern versucht.¹⁴⁹

D. Schlussbemerkung

Die Betrachtung der Entwicklung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und an dessen Aussengrenzen scheint aufzuzeigen, dass auch die ständigen Änderungen und Ergänzungen des spezifischen Sekundärrechts die seit einigen Jahren herrschenden tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf verschiedene grundrechtsrelevante Fragen nicht zu meistern vermögen. Andererseits bewirken die zahlreichen Rechtsänderungen einen Verlust an Homogenität der Rechtsordnung und führen zu einer Zunahme von Rechtsunsicherheit namentlich auch für die Gerichte. Dazu trägt bei, dass die Gewährleistung von Verhältnissen, die allen relevanten Grundrechten gerecht werden sollen, erhebliche finanzielle Mittel für die Infrastruktur ebenso wie personelle Ressourcen für die Verfahrensabwicklung und die Betreuung erheischt, die selbst im vergleichsweise wohlhabenden Europa nicht (mehr) überall zur Verfügung stehen.

Die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit zeigt sich an der grossen Zahl der Vorlagen an den EuGH um Vorabentscheidung: 2014 wurden 426 Ersuchen eingereicht und damit 25% mehr als im Jahr 2010, dem ersten Jahr seit Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags;¹⁵⁰ davon betrafen allein 49 den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

Im Rahmen von Dublin beflüssigt sich der EuGH nicht unerwartet einer Auslegung des Sekundärrechts nach dem genauen Wortlaut,¹⁵¹ was einerseits zu purem Rechtspositivismus führt und andererseits angesichts der Vielzahl von Sprachen innerhalb der EU Fragezeichen aufwirft.¹⁵² Auch diese Praxis kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Dublin-System, mit grossen Zahlen von Asylgesuchstellenden konfrontiert, aus heutiger Sicht an einem Konstruktionsmangel leidet.

Demgegenüber hält der EGMR hinsichtlich des Grundrechtsschutzes an seiner Praxis der „autonomen“ bzw. teleologischen Auslegung nach dem Sinn

¹⁴⁹ Vgl. oben Teil B. III.

¹⁵⁰ EuGH, Jahresbericht 2014, 100, 104 (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/).

¹⁵¹ PROGIN-THEUERKAUF, a.a.O. (Fn. 104), II. 3. B.

¹⁵² Vgl. FRANK SCHORKOPF, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, EnzEuR (Fn. 72), § 3 Rz. 26, spricht von der „geschmeidigen Übersetzung“ zur Verdeckung von Meinungsverschiedenheiten unter den Mitgliedern des Grundrechte-Konvents.

bzw. dem Ziel und Zweck der EMRK und ihrer einzelnen Bestimmungen fest.¹⁵³

Es bleibt zu hoffen, dass mit dem angestrebten Beitritt der EU zur EMRK¹⁵⁴ die derzeit nicht von der Hand zu weisende Gefahr eines Raumes der Rechtsunsicherheit, die auch Unfreiheit bewirken kann,¹⁵⁵ beseitigt wird.

Es lässt sich andererseits aber auch die beklemmende Frage ableiten, ob die bereits bestehenden und sich weiter abzeichnenden Problematiken, andernorts ausgelöst durch von Gewalt und sozialem Elend bewirkte enorme Migrationsströme, unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen und staatspolitischen Gesamtbedingungen in einer dem europäischen Wertekanon und dem Grundrechtsschutz entsprechenden Form überhaupt noch angemessen lösbar sind.

¹⁵³ Vgl. GRABENWARTER/PABEL, a.a.O. (Fn. 35), § 5 Rz. 12 ff.; MARC VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. 1999, Rz. 179.

¹⁵⁴ Vgl. ULRICH HALTERN, Die Quittung für Verfassungsneid, NZZ v. 29.1.2015, 21, der dies bezweifelt und auch nicht für wünschenswert hält.

¹⁵⁵ Vgl. Medienberichte über die von der EU finanzierten Sondergefängnisse für aus Mitgliedstaaten abgeschobene Asylbewerber in der Ukraine (z.B. Tagesanzeiger online v. 14.2.2015).