



Markus H.F. Mohler*

Die EU hat mit dem Kernbereich von «Schengen» und mit «Dublin» den Stresstest bisher nicht bestanden

Die EU strauchelt am Spagat zwischen den Kompetenzen der Union und der einzelstaatlichen Souveränität (nicht nur) im Bereich von Einwanderung und Asyl. Die in EU-Erlassen vielfach beschworene und teilweise konkret geforderte Solidarität existiert nicht; konkrete Schengen/Dublin-Verpflichtungen blieben jahrelang unbeachtet, wurden fast zynisch abgelehnt. Das gleichgelagerte Grundrechtsniveau in den EU-Mitgliedstaaten ist zur Fiktion verkommen. Die Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit ist gross. Eine vertiefte Diagnose der Ursachen der evidenten Krise tut not.

Les écarts entre les compétences de l'Union et la souveraineté des Etats membres dans les domaines de l'immigration et de l'asile (mais pas uniquement) font vaciller l'UE. La solidarité, souvent invoquée dans la réglementation de l'UE et parfois concrètement revendiquée, n'existe pas; des obligations concrètes, imposées par les accords de Schengen et Dublin, ont été négligées durant de nombreuses années, voire rejetées de manière presque cynique. Le parallélisme au niveau des droits fondamentaux dans les Etats membres de l'UE est devenu une fiction. Le décalage entre le droit et la réalité est considérable. Il s'impose d'établir un diagnostic approfondi de cette crise manifeste.

Inhalt

- I. Einleitung: Asylprobleme schon in der Antike
- II. Zusammenfassung der neuzeitlichen Entwicklung im Zusammenhang mit dem Asylrecht bzw. dem subsidiären Schutz
 1. Völkerrechtlich
 - 1.1 Souveränität der Staaten und Nichteinmischung
 - 1.2 Völkerkonventionsrechtliche Einschränkungen des materiellen Entscheidungsrechts der souveränen Staaten
 - 1.3 Humanitäres Völkerrecht
 - 1.4 Zwischenergebnis
 2. Im Rahmen der EG bzw. EU
 - 2.1 Ausgangslage
 - 2.2 Die grossen rechtlichen Entwicklungsschritte seit 1985
 - 2.3 Spezifisches Sekundärrecht vor den Lissabonner Verträgen
 - 2.4 Zwischenergebnis bis vor dem Inkrafttreten der Lissabonner Verträge
 - 2.5 Rechtsänderungen nach Inkrafttreten der Lissabonner Verträge
 - 2.6 Zwischenergebnis
- III. Phasen der Entstehung der Probleme
 1. Aussengrenzen
 - 1.1 Überforderung der Länder an der Südgrenze
 - 1.2 Die terrestrische Massenmigration
 - 1.3 Politische Reaktionen
 2. Innengrenzen
 3. Justizielle Entscheide
 - 3.1 EGMR M.S.S./Belgien und Griechenland
 - 3.2 EuGH Urteil N.S. und M.E. et al./Vereinigtes Königreich

- 3.3 EGMR Tarakhel/Schweiz
4. Konsequenzen
 - 4.1 Direkte Konsequenzen
 - 4.2 Indirekte Konsequenzen
- IV. Problemfelder
 1. Unionsrecht und einzelstaatliche Souveränität
 2. Solidarität
 3. Recht und Wirklichkeit
 - 3.1 Die Komplexität des Rechts
 - 3.2 Durchsetzbarkeit des Rechts und rechtskräftiger Entscheide
 - 3.3 Öffentliche Meinung
 - 3.4 Ausschöpfen der Rechtsordnung
- V. Dilemmata
 1. Akzeptanz von Rechtsgrundlagen
 2. EU-spezifische Problematiken im Asylbereich
- VI. Schlussbemerkungen

I. Einleitung: Asylprobleme schon in der Antike

Ein Blick zurück in die griechische Mythologie lässt erkennen, dass sich Asylprobleme bereits in der Antike – und just im heutigen Griechenland – stellten. Im ältesten Drama der Weltliteratur¹ beschreibt AISCHYLOS, wie die Danaiden, Danaos und seine fünfzig Töchter, Enke-

* Dr. iur. Markus H.F. Mohler, ehem. Lehrbeauftragter für öffentliches, speziell Sicherheits- und Polizeirecht an den Universitäten von Basel und St. Gallen, vormals Kommandant der Kantonspolizei Basel-Stadt.

¹ FRANZ STROESSL, Aischylos – die Tragödien und Fragmente, Lizenzausgabe (Artemis Verlag), Zürich/München 1952, 55. Vgl. auch den diesbezüglichen Hinweis bei SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Das europäische Asylrecht nach dem Vertrag von Lissabon, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis – Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen, Zürich/St. Gallen 2010, 55 ff., 56.

linnen der Königin Libye,² von dort in ihre Urheimat Argos segeln und bei König Pelasgos um Asyl bitten, um der Zwangsheirat mit ihren fünfzig Vettern, Söhne von Agyptos, zu entgehen. Um nicht die alleinige Verantwortung für eine im Falle der Asylgewährung drohende kriegerische Auseinandersetzung mit Agyptos zu tragen, lässt Pelasgos die Bürger von Argos über die Gewährung des Asyls abstimmen. Einstimmig gewähren sie Asyl.³

Ähnliche Problematiken und Fragen, zwar nicht mit Kriegsbefürchtungen belastet, dafür zum Teil in der Auseinandersetzung mit nicht-internationalen und internationalen bewaffneten Konflikten sowie mit der Bedrohung durch Terroristen und angereichert durch auf die Menschenrechte ausgerichtete Werte und Kodifizierungen, stellen sich heute in aller Schärfe wieder – teilweise mit zu damals gegenläufigen Beschlüssen der politischen Behörden europäischer Staaten,⁴ für die es Erklärungen über ihr Zustandekommen gibt (dazu nachfolgend in IV.–VI.).

II. Zusammenfassung der neuzeitlichen Entwicklung im Zusammenhang mit dem Asylrecht bzw. dem subsidiären Schutz

1. Völkerrechtlich

1.1 Souveränität der Staaten und Nichteinmischung

Die Gewährung von *Asyl* liegt – bei allen Bekenntnissen zum vom zwingenden Völkerrecht verlangten Schutz verfolgter Einzelpersonen und zum humanitären Schutz von kriegerischen Ereignissen bedrohter Menschen – seit je⁵ zunächst in der Entscheidungskompetenz einzelstaatlicher Souveränität.⁶ Eine völkerrechtliche

Verpflichtung zur Gewährung von *Asyl als Menschenrecht* besteht (bisher) nicht.⁷ Bereits bei der Ausarbeitung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) wurde die ursprünglich vorgeschlagene Fassung von Art. 14 Ziff. 1 «to grant asylum» für die endgültige Version durch «to enjoy» ersetzt, da die Staaten eine (zu starke) Beschränkung der Souveränität befürchteten,⁸ dies obwohl die AEMR keinen völkerrechtlich verbindlichen Charakter hat. Das Asylrecht ist zunächst umgekehrt ein *Recht der Staaten*, Asyl zu gewähren, ohne gegenüber dem Herkunftsland einen völkerrechtswidrigen Akt zu begehen.⁹ Dennoch hat das Völkerrecht *materiell-rechtlich* die Entscheidungsfreiheit der Staaten eingeschränkt, ohne an ihrer formellen Entscheidungskompetenz qua Souveränität¹⁰ etwas zu ändern.

1.2 Völkerkonventionsrechtliche Einschränkungen des materiellen Entscheidungsrechts der souveränen Staaten

a) EMRK

In chronologischer Hinsicht eine *erste*, allerdings noch *regional begrenzte Einschränkung* der Entscheidungsfreiheit im Zusammenhang mit der Aufnahme von Perso-

HAILBRONNER, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Aufl., Stuttgart 2014, Rz. 157; DERS., Gerechtigkeit bei der Aufnahme von Flüchtlingen im Europäischen Asylsystem (nachfolgend: Gerechtigkeit), in: Giovanni Biaggini/Oliver Diggelmann/Christine Kaufmann (Hrsg.), Polis und Kosmopolis, Festschrift für Daniel Thürer, Zürich 2015, 211; WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. Aufl., Basel 2013, Rz. 1488; REINHARD MARX, Eine menschenrechtliche Begründung des Asylrechts, Baden-Baden, 1984, 101; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 334; REICHEL (FN 5), 33. Vgl. auch UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, Geneva 26 January 2007, A. 1., 8; EGMR *Abdullahi, Cabales and Balkandali/The United Kingdom*, Urteil v. 28.5.1985, No. 9214/80; 9473/81; 9474/81, § 67.

⁷ KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1487. Wohl a.A. in Bezug auf das *Recht auf Asyl* aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR, siehe dazu sogleich nachstehend mehr) MARC BOSSUYT, The European Union Confronted with an Asylum Crisis in the Mediterranean: Reflections on Refugees and Human Rights Issues, in: European Journal of Human Rights 2015/5, 581 f. (nachfolgend: Asylum Crisis), 582. Eine auf *politisch Verfolgte* begrenzte Ausnahme bildet § 16a im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland (BGBl. I S. 2438). Vgl. FRÖHLICH (FN 6), 22 ff.

⁸ KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), a.a.O.; REICHEL (FN 5), 34 f.

⁹ Siehe vorstehend I. Vgl. Resolution 2312 (XXII) v. 14. Dezember 1967 der UNO Generalversammlung (<http://www.un.org/documents/ga/res/22/ares22.htm>), Art. 1, mit Verweis in den Erwägungen auf Art. 13(2) und 14 der AEMR. Council of Europe, Committee of Ministers, Declaration on Territorial Asylum of 18 November 1977, ch. 3. KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), 489; MARX (FN 6), 102 m.w.N.; REICHEL (FN 5), 44 m.w.N. Dies bezieht sich auf das *territoriale* Recht der Asylgewährung; demgegenüber ist das *diplomatische* Asyl für politisch verfolgte völkerrechtlich umstritten: KNUT IPSEN, Völkerrecht, 6. Aufl., München 2014, § 24, Rz. 28. In diesem Beitrag wird nur das territoriale Asyl behandelt.

¹⁰ Zur Souveränität als Rechtsbegriff: Art. 2 Ziff. 1 der UNO Charta. Vgl. MATTHIAS HERDEGEN, Völkerrecht, 14. Aufl. 2015, § 28, Rz. 1; IPSEN (FN 9), § 5, Rz. 138 ff.; PATRICIA PETERMANN/CHRISTINE KAUFMANN, Die subsidiäre Schutzform, in: UNHCR (Hrsg.), Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht, eine Vergleichsstudie, Bern 2009, 67 ff., 70.

² Worauf der heutige Landesname Libyen zurückgeht. Vgl. W.H. ROSCHER (Hrsg.), ausführliches Lexikon der griechischen und römischen Mythologie, 2. Band/2. Abt., Leipzig 1894–1897, 2036 ff.

³ Dabei wird sowohl die Frage nach der Volkssouveränität über die Gewährung von Asyl wie auch der Zwiespalt zwischen Utilitarismus und Pflicht- oder Verantwortungsethik offenbar: ASCHYLOS, die Schutzflehenden (Stroessl [FN 1]): «Euch aber beistehn kann ich nicht ohn' Ungemach;/Nicht unbedacht auch dieses: euer Flehn verschmäh/Ich weiss nicht Rat, und Furcht umfängt mein Herz./ Zu handeln, nicht zu handeln, Schicksalslos zu ziehn.» (a.a.O., 72 [2. Strophe]) und «Ich sagte sonst schon, ohne meiner Bürger Rat/Tät ich es niemals, dürft ich auch; es sage nie/Mein Volk zu mir, wenn's irgend minder glücklich geht:/Den Flüchtigen hilfreich gabst du preis die Vaterstadt.» (a.a.O., 73 [3. Strophe]).

⁴ Vgl. Interview mit JEAN ASSELBORN, Aussen- und Migrationsminister Luxemburgs und Vorsitzender des Rates der EU 2015, 2. Hälfte, in: NZZ v. 28. Dezember 2015, 7.

⁵ Zur historischen Entwicklung des Asylrechts im Völkerrecht: ERNST REICHEL, Das staatliche Asylrecht «im Rahmen des Völkerrechts», Berlin 1987, 33 ff.

⁶ Vgl. etwa FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, 742 f.; DANIEL FRÖHLICH, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, Diss. München 2009, Tübingen 2011, 10 f.; KAY

nen, die in ihrem Herkunftsland der *Folter, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe* (Art. 3) oder der *Sklaverei* (Art. 4 Abs. 1) zu entfliehen suchten, ergab und ergibt sich aus der *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten des Europarates vom 4. November 1950*.¹¹ Die EMRK enthält jedoch keine asylrechtliche Bestimmung und beeinträchtigt die einzelstaatliche Entscheidungskompetenz über Einreise, Aufenthalt und Ausweisung nicht,¹² was darauf schliessen lässt, dass damals auch in Europa trotz der schrecklichen geschichtlichen Erfahrungen, auf welche die EMRK eine grundrechtsbezogene Antwort sein sollte, *Asyl nicht als individuelles Grundrecht angesehen* worden ist.¹³ Die Rechtsentwicklung hat indessen den Schutzbereich von Art. 3 EMRK insofern ausgeweitet, als er nicht nur das Verbot der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Bestrafung oder Behandlung durch die Behörden im eigenen Land, sondern auch eine Aus- oder Rückschaffung in ein Land oder einen Landesteil¹⁴ verbietet¹⁵, in dem jeder Person¹⁶ – sofern sie nicht über einen persönlichen Schutz durch Clan- oder Familienzugehörigkeit genießt¹⁷ – derartige Misshandlungen auch durch nicht staatliche Täterschaften¹⁸ drohen. Solche Zustände, die Art. 3 EMRK widersprechen, können auch in einem Flüchtlingslager auf Grund der miserablen Verhältnisse gegeben sein,¹⁹ auch wenn die unmenschliche oder erniedrigende Behandlung einen minimalen Schweregrad erreichen müsse²⁰ oder umgekehrt, dass nicht jede generelle Lage in Bezug auf Gewaltanwendungen bereits eine Verletzung von Art. 3 EMRK bedeutete.²¹ Die Verantwortung, eine Schutz suchende Person nicht einer gegen Art. 3 EMRK verstossenden Behandlung auszusetzen, geht bei ablehnenden Aufnahmeentscheidungen auf den Staat über, der die Rückschaffung vollzieht.²² Da Art. 3 EMRK, anders als die Genfer Flüchtlingskonvention (dazu nachfolgend, b),

den persönlichen Schutzbereich nicht auf individuell verfolgte Personen einschränkt, sondern alle Menschen vor grausamer und erniedrigender Behandlung zu schützen trachtet, ist dessen *persönlicher Schutzbereich* umfassend und schliesst somit auch den Schutz vor überindividuellen Gewalttätigkeiten, namentlich für *aus internationalen und nicht internationalen bewaffneten Konflikten Flüchtende*, ein. Daraus ergibt sich ein *implizit menschenrechtliches refoulement-Verbot* in Staaten oder Landesteile, in denen solche Verletzungen von Art. 3 EMRK eine konkrete reale Gefahr sind.^{23, 24} Da das Verbot der Folter oder der Misshandlung²⁵ selber zum *ius cogens* gehört, gilt das Verbot der Rückschaffung in solche Gegenden ebenso wie die Vermeidung von «Kettenrückschaffungen» absolut.²⁶

Mit dem Urteil *Hirsi Jamaa u.a./Italien*²⁷ hat der EGMR auch verdeutlicht, dass die *ungeprüfte Rückweisung an der Aussengrenze* eine Verletzung des *non-refoulement-Gebotes* bedeutet.²⁸

b) Genfer Flüchtlingskonvention

Die erste *geografisch unbegrenzte Einschränkung* der souveränen Entscheidung über die Aufnahme von Flüchtlingen als Recht auf Zuflucht vor dem Zugriff des Verfolgerstaates ergibt sich aus dem *expliziten flüchtlingsrechtlichen non-refoulement-Gebot* von Art. 33 Ziff. 1 der *Genfer Flüchtlingskonvention vom 1951* (GFK).²⁹ Das *non-refoulement-Gebot* wird als Teil des zwingenden Völker-

schutzes für Betroffene bewaffneter Konflikte, in Jusletter v. 18. Januar 2016, Rz. 10 f.; KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1454.

²³ EGMR *Vilvarajah/The United Kingdom* (FN 12), § 107; *NA./The United Kingdom* (FN 18), § 110 f.; *Sufi and Elmi/The United Kingdom* (FN 14), § 240, 248, 250. FRÖHLICH (FN 6), 19 f., mit Hinweisen auf weitere diesbezügliche EGMR Urteile; SIMON NEUMANN, Die Europäische Grenzschutzagentur Frontex: integrierter Aussengrenzschutz und humanitäre Standards, Diss. Hamburg 2013, Berlin 2014, 177 f.

²⁴ Der vom EGMR geforderte minutiös zu erbringende Nachweis, dass solche Gewaltakte in den Herkunftsländern und auf den Fluchtwegen praktisch jedermann drohen, ist zumindest in Bezug auf Syrien und den Irak, teilweise auch hinsichtlich der Flüchtlingslager, der Fluchtwege wie auch der Methoden der Schlepper, in einem Ausmass erbracht, dass hier auf diese Fragen nicht weiter eingegangen wird.

²⁵ Worunter u.a. auch die *Vergewaltigung*, ebenso ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, fällt: EGMR *P./Bulgaria*, Urteil v. 24.4.2012, No. 49669/07, §§ 63, 67; MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 15 mit Fn. 55. Vgl. Art. 7 Ziff. 1 Bst. g des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (SR 0.312.1).

²⁶ FRÖHLICH (FN 6), 18.

²⁷ Vom 23. 2.2013, No. 27765/09, §§ 185, 198.

²⁸ HAILBRONNER, *Gerechtigkeit* (FN 6), 21 ff., 213. Vgl. auch MARKUS H.F. MOHLER, Gedanken zu den Grenzen des Schengener Grenzkoдекс, in Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, aktuelle Fragen, Zürich/St. Gallen 2015 (nachfolgend: Schengen 2015), 91 ff., 98.

²⁹ Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, in Kraft getreten am 22. April 1954 (Treaty Series, vol. 189, p. 150) (SR 0.142.30), mit dem Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Treaty Series, vol. 606, p. 267) (SR 0.142.301), in Kraft getreten am 4. Oktober 1967; in der Schweiz in Kraft seit 20. Mai 1968. Das Protokoll eliminiert, gestützt auf die Resolution 2198 (XXI) der UNO Generalversammlung vom 16. Dezember 1966 (Datum, an dem auch der UNO Pakt II [IPBPR] verabschiedet worden ist), die geografischen und zeitlichen Beschränkungen der Anwendbarkeit des Abkommens.

¹¹ CETS 05, in Kraft seit 3. September 1953 (EMRK); SR 0.101, in der Schweiz in Kraft seit 28. November 1974. CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäischen Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl., München 2012, § 21 Rz. 3.

¹² EGMR *Vilvarajah and others/The United Kingdom*, Urteil v. 30 October 1991, No. 13163/87 etc., § 102; *Salah Sheekh/The Netherlands*, Urteil v. 23.5.2007 (final), No. 1948/204, § 135.

¹³ Vgl. FRÖHLICH (FN 6), 12 f.; GRABENWARTER/PABEL (FN 11), § 21 Rz. 3, § 24 Rz. 13.

¹⁴ EGMR *Sufi and Elmi/The United Kingdom*, Urteil v. 28.11.2011 (final), No. 8319/07 and 11449/07.

¹⁵ EGMR *Cruz Vara/The United Kingdom*, Urteil v. 20. März 1991, No. 15576/89, §§ 69 f. FRÖHLICH (FN 6), 18 f.

¹⁶ EGMR *Sufi and Elmi/The United Kingdom* (FN 14), §§ 226, 250, 293.

¹⁷ EGMR *Sufi and Elmi/The United Kingdom* (FN 14), §§ 250, 265 ff., 293.

¹⁸ EGMR *Salah Sheekh/The Netherlands* (FN 12), § 137; *NA./The United Kingdom*, Urteil v. 6.2.2008, (final), No. 25904/07, § 117. FRÖHLICH (FN 6), 19.

¹⁹ EGMR *Sufi and Elmi/The United Kingdom* (FN 14), § 292.

²⁰ EGMR *Salah Sheekh/The Netherlands* (FN 12), § 137.

²¹ EGMR *NA./The United Kingdom* (FN 18), § 115. Zur Frage, nach den Kriterien für das Vorliegen einer Behandlung, die Art. 3 EMRK entgegensteht: *Sufi and Elmi/The United Kingdom* (FN 14), § 241.

²² EGMR *Cruz Varas/The United Kingdom* (FN 15); *Salah Sheekh* (FN 12), § 135 f.; *Sufi and Elmi/The United Kingdom* (FN 14), § 266. SALOMÉ GOEPFERT, Schutz für Flüchtlinge bewaffneter Konflikte, Aufnahmepraxis der EU im Bereich des komplementären Flüchtlings-

rechts betrachtet.³⁰ Die GFK definiert in Art. 1 A. Ziff. 2 einen engen Flüchtlingsbegriff, wonach eine Person Flüchtling ist, die sich «aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung ausserhalb ihres Heimatlandes befindet und dessen Schutz nicht beanspruchen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht beanspruchen will».³¹ Diese Umschreibung *trifft nicht auf Kriegsflüchtlinge zu*, die insofern zumindest nach dieser Rechtsquelle schutzlos geblieben sind.³² Sie bezieht sich auf Personen, die wegen *individuell aus bestimmten und aufgezählten Gründen* sich ergebender *Furcht vor Verfolgung* Schutz suchen, verleiht ihnen aber *kein Recht auf Asyl*.³³

c) Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966³⁴ (IPBPR) enthält *keine Bestimmung zum Asylrecht*. In materiell-rechtlicher Hinsicht enthält der IPBPR jedoch drei Bestimmungen, welche die Entscheidungsfreiheit der souveränen Staaten einschränken: Das *Sklavereiverbot* nach Art. 4, die *Verbote der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe* nach Art. 7 und das *Recht für jedermann, «jedes Land einschliesslich seines eigenen zu verlassen»* in Art. 12 Abs. 2.³⁵ Dem Verbot der Sklaverei und der Folter oder anderer Misshandlung nach dem UNO Pakt II kommt im Zusammenhang mit Aus- oder Rückschaffungen die gleiche Bedeutung zu wie nach der EMRK (vorstehend, a); auch aus dem IPBPR geht ein implizites *menschenrechtliches refoulement-Verbot* hervor.

d) Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe³⁶

Die Anti-Folter-Konvention der Vereinten Nationen (AFK) definiert einerseits in Art. 1 Ziff. 1 den Begriff «Folter» und bestimmt andererseits in Art. 3 *explizit*, «(e)in Vertragsstaat darf eine Person nicht in einen anderen Staat ausweisen, abschieben oder an diesen ausliefern, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort Gefahr liefe, gefoltert zu werden».³⁷

e) Kinderrechtskonvention

Im vorliegenden Zusammenhang schützt das Übereinkommen über die Rechte des Kindes³⁸ in seinem Art. 16 die Minderjährigen bis zum Alter von 18 Jahren wie Art. 17 IPBPR³⁹ und Art. 8 EMRK.^{40, 41} Sie haben jedoch völkerrechtlich Anrecht auf einen gesteigerten Schutz hinsichtlich ihres Bezugs zur Familie und als unbegleitete Flüchtlinge. Dementsprechend gelten für sie in besonderem Mass die menschenrechtlichen *refoulement-Verbote* gemäss EMRK und IPBPR ebenso wie gemäss dem Übereinkommen gegen das Verschwindenlassen (dazu nachfolgend f).

f) Internationales Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen⁴²

Das noch relativ junge Übereinkommen gegen das Verschwindenlassen von Personen umschreibt in Art. 2 das Verschwindenlassen,⁴³ erklärt in Art. 1 Ziff. 2 dieses Verbot als *notstandsfest* und verbietet in Art. 16 auch *explizit*, eine Person in einen anderen Staat auszuweisen, abzuschicken, an diesen zu übergeben oder auszuliefern, «wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen,

³⁰ MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 329; KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1493; völkergewohnheitsrechtlicher Charakter; vgl. zum Unterschied zwischen völkerrechtlichem Gewohnheitscharakter und zwingendem Völkerrecht: HERDEGEN (FN 10), § 16, Rz. 14; IPSEN (FN 9), § 16, Rz. 42 f.

³¹ Nach Art. 1 Bst. f ist der Flüchtlingsbegriff auf Personen nicht anwendbar, «für die ernsthafte Gründe für den Verdacht bestehen:

^{a)} dass sie ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationalen Vertragswerke begangen haben, die Bestimmungen zur Verhinderung solcher Verbrechen enthalten;

^{b)} dass sie ein schweres Verbrechen des gemeinen Rechts ausserhalb des Gastlandes begangen haben, bevor sie dort als Flüchtling aufgenommen worden sind;

^{c)} dass sie sich Handlungen zuschulden kommen liessen, die gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen gerichtet sind». KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1486.

³² KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1490.

³³ BOSSUYT (FN 7), 583; KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1481, 1489.

³⁴ Treaty Series vol. 999, no. 14668, in Kraft getreten am 23. März 1976 (IPBPR, SR 0.103.2); in der Schweiz in Kraft seit 18. September 1992.

³⁵ REICHEL (FN 5), 35.

³⁶ Vom 10. Dezember 1984, Treaty Series vol. 1665, p. 85, in Kraft getreten am 26. Juni 1987, SR 0.105, in der Schweiz in Kraft getreten am 26. Juni 1987.

³⁷ KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1447 ff.

³⁸ Vom 20. November 1989, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, in Kraft seit 2. September 1990, SR 0.107, in der Schweiz in Kraft seit 26. März 1997.

³⁹ «(1) Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden. (2) Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.»

⁴⁰ Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.

⁴¹ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» vom 20. November 2013, BBl 2013 9459, 9502.

⁴² International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance von 20. Dezember 2006, Treaty Series, vol. 2716, p. 3, in Kraft getreten am 23. Dezember 2010; von der Schweiz am 19. Januar 2011 unterzeichnet, bisher aber noch nicht ratifiziert.

⁴³ «Im Sinne dieses Übereinkommens bedeutet «Verschwindenlassen» die Festnahme, den Entzug der Freiheit, die Entführung oder jede andere Form der Freiheitsberaubung durch Bedienstete des Staates oder durch Personen oder Personengruppen, die mit Ermächtigung, Unterstützung oder Duldung des Staates handeln, gefolgt von der Weigerung, diese Freiheitsberaubung anzuerkennen, oder der Verschleierung des Schicksals oder des Verbleibs der verschwundenen Person, wodurch sie dem Schutz des Gesetzes entzogen wird.»

dass sie dort Gefahr liefe, Opfer eines Verschwindenlassens zu werden».⁴⁴ Das entspricht einem *expliziten menschenrechtlichen refoulement-Verbot*.

1.3 Humanitäres Völkerrecht

Gewaltflüchtlinge, d.h. «de-facto-Flüchtlinge i.w.S.»⁴⁵ fallen nicht unter den Status von Flüchtlingen im (engen) rechtlichen Sinn, d.h. nach der Definition gemäss Art. 1 A. Ziff. 2 GFK.⁴⁶ Zwar können auch Gewaltflüchtlinge Verfolgte im Sinne der GFK sein, was deren Anwendbarkeit individuell auf sie bezogen bedeutet,⁴⁷ doch ist damit der Schutz von Gewaltflüchtlingen, die nicht individuell verfolgt werden, nicht gewährleistet. Sie können *aus humanitären Gründen* aufgenommen werden, sofern sie nicht unter den Schutz der verschiedenen *menschenrechtlichen non-refoulement-Gebote*⁴⁸ fallen und daher nicht aus- oder zurückgewiesen werden dürfen. Auch das *Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten von 1949*⁴⁹ bietet keinen Schutz für Gewaltflüchtlinge ausserhalb der von nicht-internationalen bewaffneten Konflikten betroffenen Staaten.⁵⁰

Der Ministerrat des Europarates hat in seiner Empfehlung zum subsidiären Schutz von 2001⁵¹ festgestellt, dass der subsidiäre Schutz eine besondere Kategorie individuellen Schutzes darstelle, die nicht mit dem vorübergehenden Schutz gemäss Empfehlung R (2000) 9⁵² des Ministerrates vermengt werden dürfe und eine ausserordentliche Massnahme zeitlich begrenzter praktischer Art sei, um einen plötzlichen Massenzustrom bewältigen zu können. In Ziff. 1 wird darauf empfohlen:

«1. La protection subsidiaire devrait être accordée par les Etats membres à une personne qui, sur la base d'une décision prise au cas par cas par les autorités compétentes, ne satisfait pas aux critères du statut des réfugiés de la Convention de 1951 et de son Protocole de 1967, mais qui se trouve être en besoin de la protection internationale:

...

⁴⁴ Vgl. KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1447.

⁴⁵ PETERMANN/KAUFMANN (FN 10), 71.

⁴⁶ KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1490; PETERMANN/KAUFMANN (FN 10), 71 f.

⁴⁷ KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1485.

⁴⁸ Vgl. dazu vorstehend a) und c) bis f).

⁴⁹ SR 0.518.51.

⁵⁰ HANS-PETER GASSER/NILS MELZER, *Humanitäres Völkerrecht, eine Einführung*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, 131. Daran ändert auch Art. 73 des Zusatzprotokolls I zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte v. 8. Juni 1977 (SR 0.518.521) nichts: GASSER/MELZER, 131 f.

⁵¹ Rec(2001) 18 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection subsidiaire (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=241721&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>)

⁵² <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=347555&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>.

- Parce qu'elle a été forcée de fuir son pays d'origine ou de rester hors du pays d'origine à la suite d'une menace de sa vie, sa sécurité ou sa liberté, pour des raisons de violence généralisée résultant de situations telles que des conflits armés, ou ...»

Der Schutz von Gewaltflüchtlingen ausserhalb der Konfliktzonen, d.h. die vorübergehende Aufnahme in einem andern, an den Konflikten nicht beteiligten Staat, liegt im alleinigen Ermessen dieser Länder.⁵³

So appelliert auch der UNO Sicherheitsrat in einer Resolution von 2006⁵⁴ an die internationale Gemeinschaft und «11. (u)rges ... to provide support and assistance to enable States to fulfil their responsibilities regarding the protection of refugees and other persons protected under international humanitarian law». Die Frage, ob die Resolution bindend sei, ist bisher nicht geklärt;⁵⁵ immerhin kann im Vergleich zur Wortwahl für die AEMR (vorstehend, II., 1.1) darauf hingewiesen werden, dass das Verb «urges» und nicht «oblige» im Text verwendet wurde.

1.4 Zwischenergebnis

Das Konventionsvölkerrecht hat bisher zwei Kategorien *verbindlicher*, dem *ius cogens* zuzuordnender *Schutzpflichten* gegenüber Flüchtlingen geschaffen:

- der *Schutz individuell Verfolgter* gemäss der Genfer Flüchtlingskonvention mit dem expliziten *flüchtlingsrechtlichen refoulement-Verbot*
- der *Schutz aller Personen vor Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung* und vor *Sklaverei und dem Verschwindenlassen* mit einem expliziten oder impliziten *menschenrechtlichen refoulement-Verbot*. Dieser Schutz kann nur beansprucht werden, wenn die Gefahr solcher Misshandlung konkret und real ist und keine staatlichen oder nicht-staatlichen (Familie, Clan) Schutzmechanismen solche zu verhindern vermögen.

Das humanitäre Völkerrecht bezieht sich primär auf das *ius in bello* bzw. auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte auch mit nicht-staatlichen Akteuren in den eigentlichen Konfliktgebieten, ist jedoch keine Rechtsquelle für den (subsidiären) Schutz von (nicht individuell verfolgten) *Gewaltflüchtlingen i.w.S.* Deren (einstweilige) Aufnahme *aus humanitären Gründen* in einem nicht beteiligten Land liegt in dessen *souveräner Entscheidungskompetenz*.

Weder die GFK noch die Unmöglichkeit der Rückweisung qua *menschenrechtlichem non-refoulement-Gebot* (*subsidiäre Aufnahme*) oder die gewährte *vorübergehende Aufnahme von Gewaltflüchtlingen i.w.S.* führen *stricte sensu* zu einem Recht auf Verleihung des Asylstatus.

⁵³ KÄLIN/KÜNZLI (FN 6), Rz. 1490; PETERMANN/KAUFMANN (FN 10), 72.

⁵⁴ Resolution 1674 (2006), Adopted by the Security Council at its 5430th meeting, on 28 April 2006 (S/RES/1674 (2006)).

⁵⁵ IPSEN (FN 9), § 5, Rz. 139.

Das Bemühen des Europarates und die mannigfachen auf einen rechtlich besser gewährleisteten Schutz von Gewaltflüchtlingen gerichteten völkerrechtsdogmatischen Anstrengungen zeigen die konventionsrechtlich unbefriedigende Situation deutlich.⁵⁶ DANIEL THÜRER hält dazu im Vorwort zum Buch *Humanitäres Völkerrecht*⁵⁷ fest:

«Die Regeln des humanitären Völkerrechts entfalten eine Bindewirkung *erga omnes*, d.h. jeder, auch der in keiner Weise direkt betroffene Staat, kann gegen die Verletzung protestieren und deren Respektierung verlangen. Dieses Fundamentalprinzip des humanitären Völkerrechts ist im gemeinsamen Artikel 1 der Genfer Abkommen niedergelegt, wonach sich Parteien verpflichten, die Abkommen einzuhalten und *ihre Einhaltung* durchzusetzen. Damit wurde der Schutz der Kriegsoffer als Anliegen des öffentlichen Interesses der internationalen Gemeinschaft konzipiert.»⁵⁸

2. Im Rahmen der EG bzw. EU

2.1 Ausgangslage

Der strukturelle Ausgangspunkt für die spätere europarechtliche bzw. staatspolitische Entwicklung, namentlich in Bezug auf die Frage der *Allokation von Souveränitätsrechten*, mit der ein einzelstaatliche Grenzen überwindender Wirtschaftsraum geschaffen werden sollte, liegt im *Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957*.⁵⁹ Darin war nicht nur der

⁵⁶ Dazu auch FRÖHLICH (FN 6), 20 f.

⁵⁷ Vgl. FN 50.

⁵⁸ A.a.O., 7 (Hervorhebungen im Original). Jedoch ist auf Art. 4 Abs. 2 des Genfer Abkommens IV (FN 49) zu verweisen: «Die Angehörigen eines Staates, der durch das Abkommen nicht gebunden ist, werden durch das Abkommen nicht geschützt.» Indessen sind insbesondere die derzeit interessierenden Staaten (und abhängigen Gebiete) alle gebunden, insgesamt 206 (vgl. Liste des Geltungsbereichs der vier Genfer Abkommen [Anhang zum Genfer Abkommen I, SR 0.518.12]).

⁵⁹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957, i.K. seit 1. Januar 1958 (<http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/EWG-Vertrag.pdf>; geänderte konsolidierte Fassung in Abl. C 325 v. 24.12.2002, 33 ff.). In den Erwägungen geht es darum, «die Europa trennenden Schranken zu beseitigen», «Volkswirtschaften zu einigen und deren harmonische Entwicklung zu fördern» und «zur fortschreitenden Beseitigung der Beschränkungen im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr beizutragen». In Art. 2 heisst es, «Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes...durch die Durchführung der in den Artikeln 3 und 4 genannten gemeinsamen Politiken ... den wirtschaftlichen Zusammenhalt und die Solidarität zu fördern». Nach Art. 3 umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft u.a. «die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten» ebenso wie «Maßnahmen hinsichtlich der Einreise und des Personenverkehrs nach Titel IV».

^{59a} JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt 1998, 626; DERS., *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt 1998, 133 ff.; vgl. dazu insbesondere auch ULRICH HALTERN, *Finalität*, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, 311 ff. Aus der Perspektive der hier besprochenen Problematik darf allerdings bezweifelt werden, ob der von der Union gewählte «Weg der Desubstantialisierung, Verflüssigung, Relativierung von politischer Verräumlichung und der

Kern eines fortschreitend hindernisfreien, einheitlich geordneten Wirtschaftsraumes, sondern auch jener der *Übertragung bestimmter und weiterhin zu bestimmender Souveränitätsrechte* der Mitgliedstaaten (MS) an die (neu) geschaffenen Institutionen der Gemeinschaft, ebenso aber auch deren Grenzen, angelegt. In diesem langsam gestarteten Prozess der Übertragung bisher einzelstaatlicher Souveränitätsrechte an die Gemeinschaft bzw. die Union, eine Art der «Verflüssigung der Souveränität» (HABERMAS^{59a}), ist wohl überwiegend eine positive Entwicklung, die fortschreitende Harmonisierung als Grundlage vermehrter Prosperität und vermehrter Freiheiten, nicht aber die Einschränkung oder der Wegfall von *Entscheidungskompetenzen* qua einzelstaatlicher Souveränität, gar in Krisenfällen, gesehen worden. Der mit jedem Unionisierungsschritt übernommenen Vermehrung einzelstaatlicher, aber nicht mehr im Einzelstaat nach eigener Ordnung eingeführter *Pflichten* wurde man erst gewahr, als diese in rationaler (finanziell, rechtlich) und emotionaler (sozial-konservativ, kulturell) Art zu schmerzen begannen. Näheres dazu unten, IV.–VI.

Im Folgenden werden die Entwicklungsschritte deshalb einzeln aufgezeichnet, da die Schweiz durch die Abkommen über die Assoziierung vom 26. Oktober 2004⁶⁰ in die Rechtsrahmen von Schengen und Dublin eingebunden ist.⁶¹

2.2 Die grossen rechtlichen Entwicklungsschritte seit 1985⁶²

a) Schengen Übereinkommen von 1985

Am 19. Juni 1985 wurde das *Schengen Übereinkommen* von den fünf «Gründer»staaten – ausserhalb des Rahmens der EG⁶³ – unterzeichnet. Primäres Ziel dieser *pro-*

für die Integration zentralen Individualisierung als Antwort auf die Substanz, Körperlichkeit, Radiziertheit und Kollektivität nationaler Souveränität» und «(d)ahinter ... die Liquidierung des Körpers des Souveräns» (313) der Faktizität der derzeit massgebenden Kräfte entspricht.

⁶⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA, SR 0.362.31) und Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (DAA, SR 0.142.392.68).

⁶¹ STEPHAN BREITENMOSE/ROBERT WEYENETH, *Europarecht*, Zürich/St. Gallen 2014, § 7, Rz. 767 ff. Die Übernahme der einzelnen Erlasse wird in den jeweiligen Verweisen belegt.

⁶² Am 14. Februar 1984 nahm das Europäische Parlament einen Entwurf eines Vertrags zur Gründung der Europäischen Union an (Abl. C 77 v. 19.3.1984, 33 ff.).

⁶³ Abl. L 239 v. 22.9.2000 (konsolidierte Fassung), abgekürzt: SÜ. Der EG gehörten damals, ausser den «Gründer»staaten, Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg und die Niederlande, bereits zehn Staaten an: Dänemark, Griechenland, Irland, Italien und das Vereinigte Königreich. Von der Schweiz mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004 (SAA, SR 0.362.31)

grammatischen Vereinbarung war der graduelle Abbau der Binnengrenzkontrollen, um im Rahmen des Binnenmarktes die Personenfreizügigkeit spürbar werden zu lassen und den Reiseverkehr zu erleichtern.⁶⁴ Der Schutz der Aussengrenzen wurde noch nicht thematisiert, hingegen eine anzustrebende Verstärkung der polizeilichen und Zollzusammenarbeit im Kampf gegen den illegalen Handel mit Betäubungsmitteln und Waffen und gegen die unerlaubte Einreise.⁶⁵ In der fünften Erwägung wurde der *einzelstaatliche Souveränitätsvorbehalt* durch den Hinweis auf parlamentarische Genehmigungsvoraussetzungen ausdrücklich festgehalten.

b) Einheitliche europäische Akte von 1986

Wenige Monate später folgte die *Einheitliche Europäische Akte* vom 17. Februar 1986.⁶⁶ Ziel war die Errichtung des Binnenmarktes, der «einen Raum ohne Binnengrenzen umfasst, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist».⁶⁷ In den Allgemeinen Erklärungen zu den Art. 13–19 (Binnenmarkt) wird als Gegengewicht indessen festgehalten, dass «(d)iese Bestimmungen (...) in keiner Weise das Recht der Mitgliedstaaten (berühren), diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die sie zur Kontrolle der Einwanderung aus dritten Ländern (...) für erforderlich halten».⁶⁸

c) Entschliessung des Europäischen Parlaments betr. Flüchtlingspolitik von 1986

Am 9. Oktober 1986 verabschiedete das *Europäische Parlament* «in der Erkenntnis, daß die derzeitige Situation betreffend das Asylrecht und die Flüchtlingsprobleme in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft sofortige Initiativen erfordert» eine Entschliessung⁶⁹, worin der Rat aufgefordert wurde, «so schnell wie möglich Verhandlungen mit den Mitgliedstaaten einzuleiten im Hinblick auf die Ausarbeitung von Vereinbarungen und gemeinsamen Regeln für eine europäische Flüchtlingspolitik» und zu versuchen, «akute Probleme, bei denen einzelne Mitgliedstaaten Schwierigkeiten haben, die verhältnismäßig große Zahl an Flüchtlingen, die bei ihnen um Aufnahme ersuchen, aufzunehmen, *solidarisch zu lösen*,

wobei ein «Export» der Probleme von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu vermeiden ist, da eine solche Situation, in der man versucht, den Schwarzen Peter einem anderen zuzuspielen, sowohl für den einzelnen Flüchtling als auch für unsere offene demokratische Gesellschaftsform entwürdigend ist». Des Weiteren schlug das Parlament vor, «dass eine solidarische Lösung u.a. eine einheitliche Definition des Begriffs «politischer Flüchtling», gemeinsame Regeln für eine angemessene und realisierbare Verteilung der Flüchtlinge, die an den Grenzen der Gemeinschaft um Asyl ersuchen, sowie einheitliche Regeln für die Behandlung dieser Personen umfassen sollte» und dass die «Gemeinschaft als solche der VN-Flüchtlingskonvention beiträgt». Dazu stellte JOCHEN FROWEIN schon damals fest, dass «in der letzten Zeit eher eine Nationalisierungstendenz bei den Lösungen anzutreffen ist»;⁷⁰ die europäischen Staaten müssten ihre gemeinsame Verantwortung gegenüber den Flüchtlingen in Europa wahrnehmen und es dürfe «nicht dazu kommen, dass die Staaten mit zum Teil restriktiven Massnahmen lediglich die Probleme dem europäischen Nachbarn zuweisen».⁷¹ Eine Anmahnung weitsichtiger Befürchtungen vor 30 Jahren.

d) Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Strassburg 1989

In den *Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates vom 8./9. Dezember 1989*⁷² «ersucht der Europäische Rat die zuständigen Gremien, so rasch wie möglich, jedoch spätestens bis Ende 1990 die Arbeiten an den zur Prüfung vorliegenden Übereinkommen über das Asylrecht sowie über das Überschreiten der Aussengrenzen der Gemeinschaft und über die Visa abzuschliessen. In diesem Kontext wird eine Bestandsaufnahme der Asylpolitik der Mitgliedstaaten mit dem Ziel einer Harmonisierung vorgenommen. Dabei schränkte er jedoch ein, dass «(d)ie schrittweise Beseitigung der Grenzformalitäten (...) nicht das Recht der Mitgliedstaaten (berühre), diejenigen Massnahmen zu treffen, die sie zur Kontrolle der Einwanderung aus Drittländern» für erforderlich hielten.»⁷³

Dem folgte die Unterzeichnung des *Dublin Übereinkommens* vom 15. Juni 1990,⁷⁴ und unmittelbar darauf das *Schengener Durchführungsübereinkommen* vom 19. Juni 1990. Diese beiden Übereinkommen wurden *ausserhalb der EG* entwickelt und unterzeichnet. Beide belegen die *nicht vorhandene Bereitschaft* der Mitgliedstaaten (MS), ausländer- und asylrechtliche Kompetenzen und solche in Bezug auf die innere Sicherheit an die Gemeinschaft

SAA (FN 60) übernommen (Anhang A, Teil 3, A: SCH/Com-ex (93) 10 14.12.1993).

⁶⁴ STEPHAN BREITENMOSER, Die Grundlagen der polizeilichen Zusammenarbeit im Rahmen von Schengen, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Schengen in der Praxis, Zürich/St. Gallen 2009 (nachfolgend: Schengen 2009), 1; 26. Vgl. auch die Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates v. 25./26. Juni 1984, auf den in den Erwägungen verwiesen wird, wonach ein ad-hoc Ausschuss gebildet wurde, um u.a. die Anregung der «Trivialisierung der Grenzübergänge» zu prüfen (<http://www.consilium.europa.eu/de/european-council/conclusions/1992-1975/>).

⁶⁵ Vgl. BREITENMOSER (FN 64), 25 ff.; MARKUS H.F. MOHLER, Schengen und die Polizei, eine Einführung (nachfolgend: Einführung), in: Schengen 2009 (FN 64), 3 ff.

⁶⁶ ABl. L 169 v. 29.6.1987, 1 ff. Nun beseht die EG aus zwölf Staaten (vgl. FN 63), Portugal und Spanien sind 1986 dazu gestossen.

⁶⁷ Art. 13 als Ergänzung des Art. 8a des EWG Vertrags. Vgl. BREITENMOSER/WEYENETH (FN 61), § 1, Rz. 28 f.

⁶⁸ ABl. L 169 v. 29.6.1987, 24 ff., 25 (Hervorhebung hier).

⁶⁹ ABl. C 283 v. 10.11.1986, 74 f.

⁷⁰ JOCHEN FROWEIN, Asylrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), B 26, 27. Juni 1987, 19 ff, 20.

⁷¹ FROWEIN (FN 70), 24.

⁷² <http://www.consilium.europa.eu/de/european-council/conclusions/1992-1975/>.

⁷³ Abschnitt «F. Freizügigkeit und Europa der Bürger» (Hervorhebung hier).

⁷⁴ Von den damaligen zwölf EG-Mitgliedstaaten unterzeichnet (vgl. FN 76).

zu übertragen,⁷⁵ und beide wurden erst Jahre später in der Praxis wirksam (dazu nachfolgend).

e) Dublin Übereinkommen von 1990

Wie erwähnt, als völkerrechtlicher Vertrag wurde das *Dublin Übereinkommen vom 15. Juni 1990* (DÜ)⁷⁶ von den damaligen zwölf EG-Staaten unterzeichnet. In Kraft getreten ist es am 1. September 1997,⁷⁷ wobei das Vereinigte Königreich und Irland das Übereinkommen, ebenso wie das Schengen Durchführungsübereinkommen, nicht ratifiziert haben.⁷⁸ Der damals beabsichtigte und ab März 1995 realisierte binnengrenzkontrollfreie Schengen-Raum liess auch einen Schengen-weiten Asylraum entstehen, was, um «*asylum shopping*»⁷⁹ ebenso wie enormen Mehrfachaufwand in verschiedenen MS zu vermeiden, zu einer verbindlichen Regelung der Bestimmung des für die Prüfung eines Asylantrages zuständigen MS führte.⁸⁰

f) Schengener Durchführungsübereinkommen von 1990

Das im völkerrechtlichen Rahmen abgeschlossene *Schengener Durchführungsübereinkommen* (SDÜ)⁸¹ wurde in zwei Schritten in die Praxis überführt: Am 1. September 1993 ist es gemäss seinem Art. 139 nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunden^{82, 83} in Kraft getreten. Hingegen ist es für die ersten fünf Signatarstaaten sowie Portugal und Spanien gemäss Ziff. 1 Abs. 2 der *Schlussakte*⁸⁴ erst am 26. März 1995 durch Beschluss des Exekutiv Ausschusses⁸⁵ in Kraft gesetzt worden, als sichergestellt war, dass in den genannten sieben Staaten «die Voraussetzungen der Anwendung des Übereinkommens bei den Unterzeichnerstaaten gegeben sind und die Kontrollen an den Außengrenzen tatsächlich durchgeführt werden».⁸⁶

Während als erste Harmonisierungsmassnahmen zur Kompensation verminderter Sicherheit durch den Bin-

nengrenzkontrollabbau im *Abkommen von 1985* lediglich Massnahmen zur präventiven Verbrechensbekämpfung und zur Fahndung, zur Vereinfachung von Amts- und Rechtshilfe, grenzüberschreitender polizeilicher Interventionen (Art. 18) sowie die Angleichung des Betäubungsmittel-, des Waffen- und Sprengstoff- und des Hotelmelderechts (Art. 19) ins Auge gefasst wurden, folgten *Vorkehrungen zur Verstärkung der Aussengrenzen* erst im Durchführungsübereinkommen von 1990 (Art. 3 ff.). Gleichermassen wurden auch erste – noch zurückhaltende – gemeinsame Bestimmungen für die Erteilung von Visa⁸⁷ erlassen.

Hervorzuheben ist im Zusammenhang mit dem Schutz der Aussengrenzen Art. 28 SDÜ:

«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.»

g) Der Vertrag von Maastricht von 1992

Durch den *Vertrag von Maastricht* vom 7. Februar 1992⁸⁸ wurde die EU mit der Drei-Pfeiler-Konstruktion gegründet.⁸⁹ Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft wurde, in einem ersten «Pfeiler» zusammengefasst, zur Europäischen Gemeinschaft. Diesem ersten «Pfeiler» beigefügt wurden in einem zweiten die Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik sowie in einem dritten Pfeiler das Feld von Justiz und Innerem.⁹⁰ Der zweite und dritte Pfeiler hielten an der einzelstaatlichen Souveränität fest. Im vorliegend interessierenden Kontext geriet dieser Vertrag nicht darüber hinaus, die *Asylpolitik* in Art. K.1 (Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres) zu einer «Angelegenheit von gemeinsamen Interesse» zu erklären (Ziff 1).

h) Der Vertrag von Amsterdam von 1997

Durch den *Vertrag von Amsterdam*⁹¹ wurde der *Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts* eingeführt. Damit verbunden war die Überführung der Regelung der Grenzkontrollen sowie der Zusammenarbeit in der Einwanderungs-, Asyl- und Visapolitik vom dritten (Justiz

⁷⁵ FRÖHLICH (FN 6), 135 f.

⁷⁶ Übereinkommen vom 15. Juni 1990 über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags (Abl. C 254 v. 19.8.1997, 1 ff.).

⁷⁷ ABl. L 242 v. 4.9.1997, 63.

⁷⁸ FRÖHLICH (FN 6), 137.

⁷⁹ HAILBRONNER (FN 28), 214.

⁸⁰ Art. 3 i.V.m. Art. 4–8 DÜ.

⁸¹ Übereinkommen vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 19. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Abl. L 239 v. 22.9.2000, 19 ff.); abgekürzt: SDÜ.

⁸² Gestützt auf die Voraussetzungen nach Art. 139 SDÜ. Vgl. ELISABETH HEER, Schengen: Die polizeiseitige Evaluation der Schweiz, in: Schengen 2009 (FN 64), 95 *passim*.

⁸³ In einzelnen Staaten nicht ohne Bedenken: Vgl. WILHELM KNELANGEN, Das Politikfeld innere Sicherheit im Integrationsprozess – die Entstehung einer europäischen Politik der inneren Sicherheit, Wiesbaden 2001, 110.

⁸⁴ ABl. L 239 v. 22.9.2000, 55.

⁸⁵ Vom 22. Dezember 1994, (SCH/Com-ex (94) 29, 2. Rev.), ABl. L 239 v. 22.9.2000, 130. Von der Schweiz durch SAA (FN 60) übernommen (Anhang A, Teil 3, A)

⁸⁶ Zur Geschichte der Beitritte zum SDÜ s. «Schengener Zusammenarbeit» des Bundesministeriums des Innern Deutschlands (.bmi.bund.de/cae/Servlet/contentblob/.../Umbenennung BGS.pdf)

⁸⁷ Ein einheitliches Schengen-Visum gab es noch nicht.

⁸⁸ ABl. C 191 v. 29.7.1992, 1 ff.

⁸⁹ Vgl. BREITENMOSER/WEYENETH (FN 61), § 1, Rz. 30 ff.

⁹⁰ CHRISTA TOBLER/JACQUES BEGLINGER, *Essential EU Law in Text*, 3rd ed., Budapest 2014, 18 f.

⁹¹ Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte (Abl. C 340 v. 10. 11. 1997), i.K. seit 1. Mai 1999, Art. 1(3), B., K.1.

und Inneres⁹²) in den ersten Pfeiler⁹³ ebenso wie die *Integration des Schengen-Besitzstandes in den EU-Rechtsrahmen*.⁹⁴ Instrumentell wurden die vormaligen «gemeinsamen Massnahmen» durch «Rahmenbeschlüsse» und «Beschlüsse» ersetzt, wobei für die Rahmenbeschlüsse am Einstimmigkeitserfordernis im Ministerrat festgehalten worden ist.⁹⁵ Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) erhielt sodann die Zuständigkeit, auf dem «Wege der Vorabentscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der Rahmenbeschlüsse und Beschlüsse, über die Auslegung der Übereinkommen nach diesem Titel (des Amsterdamer Vertrages) und über die Gültigkeit und die Auslegung der dazugehörigen Durchführungsmaßnahmen» zu entscheiden.⁹⁶ An der formellen Entscheidungskompetenz der einzelnen MS über die Einwanderung und die Gewährung von Asyl hat sich dadurch nichts geändert.

i) Das Asylprotokoll von 1997

Im *Asylprotokoll von 1997*⁹⁷ hält der einzige Artikel fest, dass von einem Staatsangehörigen eines MS, also einem Unionsbürger oder einer Unionsbürgerin gestellte Asylanträge – da in Anbetracht «des Niveaus des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union für alle rechtlichen und praktischen Zwecke im Zusammenhang mit Asylangelegenheiten als sichere Herkunftsländer» gelten – nur in Ausnahmefällen von einem andern MS bearbeitet werden dürfen. Damit wurde der durch den Schengen-Raum ohne Binnengrenzkontrolle de facto bewirkte binnen-unionale Asylraum auch rechtlich geschaffen.⁹⁸ Dabei fällt auf, dass dieser als überall gleichwertig stipulierte unionale Asylraum nur für Unionsbürgerinnen und -bürger gilt, nicht aber für sich rechtmässig in einem MS aufhaltende Drittstaatenangehörige, was Art. 18 AEUV, dem Diskriminierungsverbot nach Staatsangehörigkeit, unmittelbar entgegensteht.

k) Die Verträge von Lissabon

Mit den *Verträgen von Lissabon* über die Europäische Union (EUV)⁹⁹ und die Arbeitsweise der Europäischen Uni-

on (AEUV)¹⁰⁰ wurde die vormalige «Pfeilerstruktur» mit den unterschiedlichen Entscheidungsmechanismen aufgehoben. Die Bestimmungen im Rahmen des *Raumes der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts* sind als Teil des supranationalen Unionrechts in Titel V zusammengefasst.¹⁰¹ Im 2. Kapitel über die *Politik* im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung wird der Union nach Art. 78 Abs. 1 AEUV der Auftrag zur Entwicklung einer *gemeinsamen Politik* im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz und nach Abs. 2 jener für die entsprechenden Gesetzgebungsverfahren für ein *Gemeinsames Europäisches Asylsystem* (GEAS) übertragen. Unterschieden wird demnach zwischen Asyl (Bst. a), einem subsidiären Schutzstatus (Bst. b) «für Drittstaatsangehörige, die keinen europäischen Asylstatus erhalten, aber internationalen Schutz benötigen»¹⁰² und einem «vorübergehende(n) Schutz von Vertriebenen im Falle eines Massenzustroms» (Bst. c).

Die massgebenden Erlasse sind nun «Verordnungen», die in allen Teilen verbindlich und unmittelbar anwendbar sind,¹⁰³ und «Richtlinien», die hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, deren Inhalt jedoch durch die Rechtsetzung des einzelnen MS ins nationale Recht einzuführen ist.¹⁰⁴ An der einzelstaatlichen Kompetenzbefugnis betreffend Einreise-, Asyl- und Schutzgewährung innerhalb des Unionsrechts hat sich dadurch aber nichts geändert. Trotz aller (beschränkten) Harmonisierungsbestrebungen im GEAS auf der sekundärrechtlichen Ebene bleibt das Spannungsverhältnis zwischen dem klassisch völkerrechtlichen Souveränitätsrecht des einzelnen Staates punkto Asyl- und Schutzgewährung gegenüber den Bestimmungen der unionalen Asylpolitik mit materiell-rechtlichen Bestimmungen zur Handhabung des Asyl- und Schutzgewährungsrechts bestehen.¹⁰⁵

l) Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)

Die GRC¹⁰⁶ wurde zusammen mit den Verträgen von Lissabon am 1. Dezember 2009 als Primärrecht in Kraft gesetzt.¹⁰⁷

Im Unterschied zur AEMR enthält sie in *Art. 18 die Gewährleistung des Asylrechts*¹⁰⁸ «nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom

⁹² Der dritte Pfeiler wurde als Titel VI des Vertrages danach in «Bestimmungen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen» umbenannt.

⁹³ BREITENMOSE/WEYENETH (FN 61), § 4, Rz. 22; TOBLER/BEGLINGER (FN 90), 19.

⁹⁴ Art. 1 des Protokolls (zum Vertrag von Amsterdam, FN 91) zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union (ABl. C 340 v. 10.11.1997, 93 ff.). Vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012 (nachfolgend: *Polizeirecht*), Rz. 187; DERS., Polizeiliche Zusammenarbeit Schweiz-EU – eine Annäherung, *Sicherheit&Recht* 3/2012 (nachfolgend: *Zusammenarbeit*), 137.

⁹⁵ Art. K.6(2); MOHLER, *Zusammenarbeit* (FN 94), a.a.O. m.w.N.

⁹⁶ Art. K.7(1).

⁹⁷ ABl. C 340 v. 10.11.1997, 103 ff. (nun Protokoll Nr. 24 zu EUV und AEUV, ABl. C 83 v. 30.3.2010, 305).

⁹⁸ Vgl. FRÖHLICH (FN 6), 159. Zur Entstehung des Asylprotokolls: a.a.O., 282 f.

⁹⁹ Vom 13. Dezember 2007 (ABl. C 83 v. 30.3.2010, 13 ff. (konsolidierte Fassung).

¹⁰⁰ Vom 13. Dezember 2007 (ABl. C 83 v. 30.3.2010, 47 ff. (konsolidierte Fassung).

¹⁰¹ Kapitel 1, Allgemeine Bestimmungen (Art. 67–76), Politik im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung (Art. 77–80); Kapitel 4, Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82–86), und Kapitel 5, Polizeiliche Zusammenarbeit (Art. 87–89) AEUV. Vgl. zu den diesbezüglichen Sonderregelungen für einzelne EU-Mitgliedstaaten: MOHLER (FN 28), 91 ff., 116 f.

¹⁰² Dazu gehören die Menschen, die auf Grund eines expliziten oder impliziten *refoulement-Verbot*es in den Herkunftsstaat aufzunehmen sind.

¹⁰³ Art. 288 Abs. 2 AEUV.

¹⁰⁴ Art. 288 Abs. 3 AEUV.

¹⁰⁵ FRÖHLICH (FN 6), 169 f., 302 f.

¹⁰⁶ ABl. C 83 v. 30.3.2010, 389 ff.

¹⁰⁷ BREITENMOSE/WEYENETH (FN 61), § 10, Rz. 1154.

¹⁰⁸ BOSSUYT (FN 7), 582.

31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge» sowie nach den (Lissabonner) Verträgen.

2.3 Spezifisches Sekundärrecht vor den Lissabonner Verträgen

Durch den «unionalen Asylraum» wurde eine gemeinschaftliche materiell- und verfahrensrechtliche Basis für die Aufnahme in diesen Raum notwendig. Durch den Vertrag von Amsterdam (vorstehend, II., 2.2, h) wurde die Kompetenz zur Regelung der Einwanderungs-, Asyl- und Visapolitik der Gemeinschaft übertragen. Eine nachfolgend chronologisch kurz zusammengefasste, nur schwer überschaubare Flut von detailreichen und komplizierten Regelungen folgte.¹⁰⁹

a) Erste Eurodac-Verordnung¹¹⁰

Zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dublin-Übereinkommens, d.h. um die «Identität von Asylbewerbern und Personen festzustellen, die in Verbindung mit dem illegalen Überschreiten der Außengrenzen der Gemeinschaft aufgegriffen werden» (Erw. 3), und da Fingerabdrücke «wichtiges Mittel zur genauen Identifizierung dieser Personen» sind (Erw. 4), wurde ein «Eurodac» genanntes System eingerichtet (Art. 1). Die Inkraftsetzung erfolgte jedoch erst, nachdem jeder Mitgliedstaat und die Kommission die nötigen technischen Vorkehrungen entsprechend den Durchführungsbestimmungen getroffen hatten (Art. 27).

Dieser Verordnung folgte bald eine weitere mit Durchführungsbestimmungen.¹¹¹ Beide Verordnungen wurden durch die Verordnung (EU) Nr. 603/2013 vom 26. Juni 2013 (dazu nachfolgend, II., 2.5, e) aufgehoben.

b) Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen¹¹²

Sodann wurde, gestützt auf den Vertrag von Amsterdam, eine Richtlinie über die Mindestnormen bei einem allfälligen Massenzustrom von Vertriebenen erlassen. Dabei ging es, wie bereits der vollständige Titel der Richtlinie besagt, auch um die Maßnahmen zur Förderung einer *ausgewogenen* Verteilung der Belastungen, die

mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten. «Vertriebene» sind nach Art. 2 Bst. c «die aus Gebieten geflohen sind, in denen ein bewaffneter Konflikt oder dauernde Gewalt herrscht» bzw. «die ernsthaft von systematischen oder weit verbreiteten Menschenrechtsverletzungen bedroht waren oder Opfer solcher Menschenrechtsverletzungen sind». Die Lastenverteilung beruht danach auf Finanzierungselementen (Erw. 20, Art. 24) ebenso wie auf physischer Verteilung der Schutzsuchenden Personen (Art. 5).¹¹³

c) Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten¹¹⁴

Die Richtlinie zielte, gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip (Erw. 18) als Mindestnormen, auf eine Angleichung der Rechtsstellung von Asylbewerbern innerhalb der Gemeinschaft, einschliesslich gewissen verfahrensrechtlichen Bestimmungen (Art. 5 f.), Vorgaben betr. Wohnsitz und Bewegungsfreiheit, medizinische Versorgung, Schulung und berufliche Bildung, insgesamt zur «uneingeschränkte(n) Wahrung der Menschenwürde» (Erw. 5).¹¹⁵

Diese Richtlinie wurde durch die Richtlinie 2013/33/EU v. 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung) aufgehoben (nachfolgend, II., 2.5, h).

d) Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zur Festlegung des für die Prüfung eines Asylantrages zuständigen Staates, «Dublin-II-Verordnung»¹¹⁶

Inhaltlich übernimmt die sog. «Dublin-II-Verordnung» das Dublin-«System» (vorstehend, II., 2.2, e) und ersetzt das ursprüngliche Dublin-Übereinkommen (Art. 24). Auch wenn die EG damals, wie heute auch die EU, über kein eigenes Hoheitsgebiet verfügt, besteht seit dem Amsterdamer-Vertrag ein durch Aussengrenzen definierter Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts oder eben ein Asylraum.¹¹⁷ Geregelt wird die Bestimmung des zuständigen Staates, der einen Asylantrag zu prüfen hat (Art. 3 und 5, 9-11), die Durchführung des Dublin-Verfahrens einschliesslich Überstellung von Asyl beantragenden Personen (Art. 19), der Selbsteintritt (Art. 3 Abs. 2 [«Souveränitätsklausel»]) und Pflichten des zuständigen Staates (Art. 16, 18 Abs. 7).¹¹⁸ Auch

¹⁰⁹ Vgl. HAILBRONNER, Gerechtigkeit (FN 6), 215.

¹¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11. Dezember 2000 über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens (ABl. L 316 v. 11.12.2000, 1 ff.). Von der Schweiz mit dem DAA (FN 60) übernommen (Art. 1 i.V.m. Erw. 1-2).

¹¹¹ Verordnung (EG) Nr. 407/2002 des Rates vom 28. Februar 2002 zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens (ABl. L 62 v. 5.3.2002, 1 ff.). Von der Schweiz mit dem DAA (FN 60) übernommen.

¹¹² Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten (ABl. L 212 v. 7.8.2001, 12 ff.).

¹¹³ Weiteres bei FRÖHLICH (FN 6), 270 ff.

¹¹⁴ ABl. L 31 v. 6.2.2003, 18 ff. Von der Schweiz mit dem DAA (FN 60) übernommen. Vgl. VICTOR KREUSCHITZ, Grundrechtliche Aspekte des Dublin-Verfahrens, in: Schengen 2015 (FN 28), 305 ff., 307.

¹¹⁵ FRÖHLICH (FN 6), 215 ff.

¹¹⁶ Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (ABl. L 50 v. 25.2.2003, 1 ff.). Von der Schweiz mit dem DAA (FN 60) übernommen.

¹¹⁷ Vgl. FRÖHLICH (FN 6), 196 f.

¹¹⁸ Weiteres bei FRÖHLICH (FN 6), 198 ff.

wenn das Dublin-System auf einer Aufgaben- und Verantwortungsteilung zwischen der Gemeinschaft bzw. der EU und den einzelnen MS beruht, lässt sich die Spannung zwischen den Souveränitätsrechten der einzelnen MS, namentlich bei der Asylgewährung, und der materiell- und verfahrensrechtlichen supranationalen Gesetzgebungsbefugnis nicht beseitigen.

Diese Verordnung wurde durch die «Dublin-III-Verordnung» Nr. 604/2013 geändert (nachfolgend, II., 2.5, d).

e) **«Qualifikationsrichtlinie» oder «Anerkennungsrichtlinie» von 2004**

Einen Schwerpunkt im Kontext des Asyl- und Schutzgewährungsrechts stellte gestützt auf Art. 78 Abs. 1 Bst. b AEUV (vorstehend II., 2.2 k) die Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes¹¹⁹ dar. Sie enthielt Mindestnormen für die Zu- und Aberkennung des Flüchtlings- ebenso wie eines subsidiären Schutzstatus und regelt den Inhalt des subsidiären Schutzes.¹²⁰ Sie wurde durch die Richtlinie 2011/95/EU aufgehoben (nachfolgend, II., 2.5, c).

f) **FRONTEX-Verordnung von 2004**

Die zunehmende Problematik des Schutzes v.a. der südlichen Aussengrenzen im Mittelmeerraum liess den Bedarf an koordinierten Massnahmen entstehen. Mit der ersten FRONTEX-Verordnung¹²¹ wurde für eine FRONTEX-Agentur zur Koordination der operativen Zusammenarbeit (Art. 2 Abs. 1 Bst. a) zur Erzielung eines einheitlichen und hohen Kontroll- und Überwachungsniveau (Erw. 1) die (sekundär-) rechtliche Grundlage geschaffen.¹²² Die Hauptaufgaben waren und sind die Koordination gemeinsamer Operationen, Ausbildung, Risikoanalysen, Forschung im Zusammenhang mit den Aussengrenzkontrollen sowie die Unterstützung der MS beim Aussengrenzschutz und für gemeinsame Rückführungsaktionen (Art. 2 Abs. 1).¹²³ Interessanterweise wird hinsichtlich des Grundrechtsschutzes in Erw. 22 lediglich darauf verwiesen, dass die Verordnung in Einklang mit Art. 6 Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union und

der EU Grundrechtscharta (GRC) stehe. Die Termini «Flüchtlinge» und «Asyl» kommen nicht vor, ebenso wenig ein Verweis auf die Seerechtskonventionen.¹²⁴ Die einzelnen MS sind für die Durchführung aller Massnahmen zuständig und verantwortlich (Erw. 4).¹²⁵

Diese Verordnung wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 863/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über einen Mechanismus zur Bildung von Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke teilweise geändert (nachfolgend, II., 2.3 i).

g) **Richtlinie betr. Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft von 2005**

Ein weiterer Erlass zum Bestehenden (vgl. vorstehend, II., 2.3, e) über das Vorgehen bei Zu- und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft folgte mit der Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft.¹²⁶ Sie ersetzt die bestehende Qualifikationsrichtlinie nicht, sondern ergänzt sie. Es besteht ein Zusammenhang zu Art. 14 (Aberkennung und Beendigung der Flüchtlingseigenschaft) der Richtlinie 2004/83.¹²⁷ Zwingend wird eine genaue, objektive und unparteiische Einzelfallentscheidung vorgeschrieben (Art. 8 Abs. 2), wobei jeder Asylbewerber das «Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht oder Tribunal» hat (Art. 39).¹²⁸

Damit wurden mit den Richtlinien 2003/9/EG (ersetzt), 2004/83/EG und 2005/85/EG (ersetzt) ausführliche Regelungen geschaffen, die ein einheitliches Asylsystem innerhalb des Dublin-Systems – unter Einschluss der einschlägigen Vorgaben des Schengen-Grenzkodex – anvisierten, jedoch auch unübersichtlich waren,¹²⁹ was 2013 auch dem Gesetzgeber nicht entgangen ist. Sie stellten namentlich bei grösserem Zustrom unerfüllbare Anforderungen und führten mindestens theoretisch zu langwierigen Gerichtsverfahren, einschliesslich Staatshaftungen.¹³⁰ Die Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Tampere (15./16. Oktober 1999)¹³¹ umzusetzen, wonach eine «klare und praktikable Formel für die Bestimmung des für die Prüfung eines Asylantrags zuständigen Staates» zu schaffen (Ziff. 14) und «Migrationsströme in sämtlichen Phasen

¹¹⁹ ABl. L 304 v. 30.9.2004, 12 ff. Von der Schweiz durch das DAA (FN 60), Art. 1 Ziff. 3, übernommen.

¹²⁰ Näheres dazu bei FRÖHLICH (FN 6), 225 ff.; PETERMANN/KAUFMANN (FN 10), 97 ff.

¹²¹ Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates vom 26. Oktober 2004 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. L 349 v. 25.11.2004, 1 ff., abgekürzt FRONTEX [*Frontières Extérieures*]). Von der Schweiz durch Notenaustausch vom 28. März 2008 (SR0.362.380.018), gestützt auf das SAA (FN 60) übernommen. Näheres bei NEUMANN (FN 23), 52 ff.; vgl. auch MOHLER (FN 28), 94.

¹²² PETER UEBERSAX/RHEA WEITZEL, FRONTEX und die Schweiz – ein Blick auf die Regelung der Beteiligung der Schweiz und der Verantwortlichkeiten beim europäischen Aussengrenzschutz, in: Schengen 2015 (FN 28), 145 ff., 149 f.

¹²³ UEBERSAX/WEITZEL (FN 122), 152 ff.

¹²⁴ NEUMANN (FN 23), 121.

¹²⁵ MOHLER, Grenzkodex (FN 28), 94 f.

¹²⁶ ABl. L 326 v. 13.12.2005, 13 ff. Gestützt auf das DAA (FN 60) von der Schweiz übernommen. Vgl. KREUSCHITZ (FN 114), 307, 310.

¹²⁷ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. L 304 v. 30.9.2004, 12 ff.).

¹²⁸ Näheres bei FRÖHLICH (FN 6), 246 ff.

¹²⁹ FRÖHLICH (FN 6), 259 ff., 272 ff.

¹³⁰ Vgl. z.B. EGMR *Hirsi Jamaa und others/Italy*, No. 27765/09, Urteil v. 23.12.2012, Urteilsdispositiv Ziff. 12.

¹³¹ http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm.

effizienter gesteuert werden müssen» (Ziff. 22), gelang jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt schon nicht.¹³²

Die Richtlinie 2005/85/EG wurde durch die Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung) ersetzt (vgl. nachfolgend, II., 2.5, g).

h) Schengener Grenzkodex von 2006

Der erste Schritt zum Erlass gemeinsamer *materiell-rechtlicher Vorschriften* zum Sicherstellen, dass Personen beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden sowie bezüglich der Grenzkontrollen an den Außengrenzen erfolgte 2006 mit dem Erlass einer *Verordnung über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen*, dem sog. *Schengener Grenzkodex* (SGK).¹³³ In diesem Zusammenhang fällt Dreierlei auf: a) diese materiell-rechtliche Regelung erfolgt erst *nach* dem Erlass der Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen,¹³⁴ durch die in erster Linie die Zusammenarbeit zum Schutz der Außengrenzen, *das Wie*, koordiniert werden soll;¹³⁵ b) es wird darin in weltfremder Art stipuliert, dass *die Außengrenzen nur an den Grenzübergangsstellen und während der festgesetzten Verkehrsstunden überschritten werden dürfen*,¹³⁶ und c) in Bezug auf den Schutz der Grundrechte erwies sich die Verordnung einerseits als rudimentär,¹³⁷ zugleich aber für die Praxis auch wirklichkeitsfern. Der Verordnungstext war überwiegend einseitig auf den Schutz vor illegalen Einreisen über die (Land-)Außengrenzen ausgerichtet. Die massgebenden

den Konventionen im Zusammenhang mit dem Schutz der Menschenrechte, so die für die einzelnen MS verbindlichen Konventionen (vorstehend, II., 1.2. a–e [das unter f genannte Übereinkommen existierte noch nicht]), wurden nicht explizit in den Kodex integriert, was sich in der Praxis bald als Unterlassung mit verheerenden Folgen¹³⁸ herausstellen sollte und zu Revisionen führte.

i) Verordnung (EG) Nr. 863/2007 zur Bildung von Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke

Die mittlerweile offenkundigen Probleme bei der Bewältigung der Vorgaben des Dublin-Systems führten zu einer Verordnung von 2007,¹³⁹ durch die Solidarität (Erw. 6) gefordert und allen MS die *Pflicht* auferlegt wird, fachkundige «Beamte» für Soforteinsatzteams in der von der Agentur bestimmten Grösse dem «unter aussergewöhnlichen Druck» ausgesetzten MS zur Verfügung zu stellen (Art. 1, Abs. 1; Art. 4, Abs. 1–3). Eine Ausnahme von dieser Pflicht ergäbe sich nur, falls sie sich selber in einer ausserordentlichen Situation befänden, die die Erledigung nationaler Aufgaben erheblich beeinträchtigte (Art. 4 Abs. 3). Von dieser Ausnahmeregelung wird offenbar in übermässiger Weise Gebrauch gemacht (vgl. dazu nachfolgend, IV., I., 2).

k) Richtlinie 2008/115/EG von 2008 betr. Rückführung

Da zu einer «gut geregelte(n) Migrationspolitik» eine wirksame Rückkehrpolitik «mit klaren, transparenten und fairen Vorschriften» gehöre (Erw. 4), dies aber innerhalb der Gemeinschaft auf einzelstaatlicher Basis nicht möglich sei (Erw. 20), wurde die Rückführungsrichtlinie¹⁴⁰ erlassen. Sie regelt die Voraussetzungen für eine (auch zwangsweise, Art. 8) Rückführung (Art. 2) und die Ausnahmen (Art. 4 f.). Dazu gewährt sie den von einem entsprechenden Entscheid betroffenen Personen das Recht, diesen von einer «Justiz- oder Verwaltungsbehörde oder einem zuständigen Gremium, dessen Mitglieder unparteiisch sind und deren Unabhängigkeit garantiert wird», überprüfen zu lassen (Art. 13). Der EuGH hat den Umfang dieses Rechtsanspruches genau festgelegt.¹⁴¹

¹³² Vgl. auch KREUSCHITZ (FN 114), 305 ff., 306.

¹³³ Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlamentes 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.; Von der Schweiz übernommen (AS 2008 5629; Notenaustausch (SR 0.362.380.010). Näheres zum Grenzkodex bei NEUMANN (FN 23), 235 ff.

¹³⁴ FRONTEx-Verordnung (FN 121). Vgl. MOHLER (FN 28), 94.

¹³⁵ Art. 2(1) Bst. a der Grenzkodex-Verordnung.

¹³⁶ Art. 4(1) der Grenzkodex-Verordnung.

¹³⁷ Lediglich in Erwägung 20 wurde festgehalten, die Verordnung stünde im Einklang mit den Grundrechten und den Prinzipien der EU-Grundrechts-Charta und sollte unter Beachtung der Verpflichtungen in den Bereichen internationaler Schutz und Nichtzurückweisung angewandt werden. Das Thema Grundrechte fand dann nur noch einmal als Ausbildungsfach Erwähnung. Das *non-refoulement*-Gebot wurde in Art. 3 als Vorbehalt in Bezug auf die Rechte der Flüchtlinge und Personen, die um internationalen Schutz ersuchen, insbesondere hinsichtlich der Nichtzurückweisung, bei Überschreiten der Aussen- oder Binnengrenzen eingefügt; ein vorläufiger «Aufenthaltsstiel, (der) für die Dauer der Prüfung eines ersten Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Buchstabe a oder eines Asylantrags ausgestellt worden (ist)», zählt nach Art. 1 Ziff. 15 Bst. b nicht als gültiger Aufenthaltstitel. Diese Bestimmung von Art. 3 lehnt sich deutlich an die Erwägung 22 der FRONTEx-Verordnung (FN 121) an, in der indessen zusätzlich auf den Vertrag über die Europäische Union (Vertrag von Maastricht, ABl. C 340 v. 10.11.1997, 145 ff.), Art. 6 Abs. 2 (Grundrechtsschutz unter Hinweis auf die EMRK) verwiesen wird. Die EU-Grundrechts-Charta war vor dem Inkrafttreten der Lissabonner Verträge am 1. Dezember 2009 noch nicht rechtsverbindlich.

¹³⁸ Vgl. die Zahlen der Toten und Vermissten allein im Mittelmeer gemäss Statistik des UNHCR: <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>.

¹³⁹ Verordnung (EG) Nr. 863/2007 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11. Juli 2007 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 (ABl. L 199 v. 31.7.2007, 30 ff.). Von der Schweiz übernommen (AS 2008 4589; Notenaustausch SR 0.362.380.019). Näheres bei NEUMANN (FN 23), 54 ff.

¹⁴⁰ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (ABl. L 348 v. 24.12.2008, 98 ff.). Von der Schweiz übernommen (AS 2010 5935; Notenaustausch SR 0.362.380.042).

¹⁴¹ EuGH, Rs. 249/13, Urteil v. 11.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2431.

2.4 Zwischenergebnis bis vor dem Inkrafttreten der Lissabonner Verträge

Gemessen an den tatsächlichen Verhältnissen erwiesen sich die Erlasse zu erheblichen Teilen als entweder nicht rechtsgenügend umsetzbar oder wurden aus politischen Gründen nicht angewandt. Daraus entstand weiterer Reformbedarf, welcher der Übersichtlichkeit der gesamten Rechtsordnung nicht unbedingt gut bekam, auch wenn mit Art. 78 AEUV die Gesetzgebungskompetenzen zu Gunsten der Union nun klargestellt wurden.¹⁴²

2.5 Rechtsänderungen nach Inkrafttreten der Lissabonner Verträge

a) Beschluss des Rates vom 26. April 2010 (2010/252/EU) hinsichtlich der Überwachung der Seeaußengrenzen¹⁴³

Der Beschluss mit 18 Erwägungen und einem materiell-rechtlichen Artikel sowie einem mehr als dreiseitigen Anhang, in dem in unvollständiger Weise die SGK-Leitlinien für die Überwachungsmassnahmen zur See und Seerettungsmassnahmen ergänzt werden, wurde vom EuGH im September 2012¹⁴⁴ für nichtig erklärt, da es sich um Bestimmungen handle, die vom Gesetzgeber selber erlassen werden müssten.¹⁴⁵ Die Wirkung des Beschlusses wurde bis zum Inkrafttreten einer neuen Regelung (nachfolgend, II., 2.5., k) aufrechterhalten.

b) Verordnung (EU) Nr. 1168/2011 zur Änderung der ursprünglichen FRONTEX-Verordnung¹⁴⁶

Die Dramen im zentralen und östlichen Mittelmeer und wohl die diesbezügliche Reaktion des Europarates¹⁴⁷ führten zu einer massgeblichen Änderung der ursprünglichen FRONTEX-Verordnung (vorstehend, II., 2.3., f). Die völkerrechtlichen Grund- und Seerechtsverpflichtungen ebenso wie das *non-refoulement-Gebot* wurden explizit in den Erlasstext aufgenommen und zudem ein Verhaltenskodex vorgeschrieben. Ebenso werden nun – im Gegensatz zur ursprünglichen FRONTEX-Verordnung – auch Flüchtlinge angesprochen (Art. 1, Art. 26a).¹⁴⁸ Ferner wurde auch die Agentur – und somit nicht nur die MS – verpflichtet, den einschlägigen Rechtsvorschriften der Union, des Völkerrechts, na-

mentlich der GFK, sowie den Vorschriften über den internationalen Schutz nachzukommen.¹⁴⁹

c) Richtlinie 2011/95/EU, Neufassung der «Qualifikations- oder Anerkennungsrichtlinie»¹⁵⁰

Neben den Präzisierungen in Bezug auf die Flüchtlingseigenschaft i.S. der GFK werden die Kriterien für die Anerkennung des subsidiären Schutzes in Art. 18 festgelegt. Danach gilt als ernsthafter Schaden «eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts» (Bst. c).¹⁵¹

d) Verordnung (EU) Nr. 604/2013, «Dublin-III-Verordnung»¹⁵²

Die Zuständigkeitskriterien wurden erneut verfeinert (Art. 8–17, einschliesslich Ermessensklauseln sowie Inhaftnahme, Art. 28), das Rechtsmittelverfahren umrissen (Art. 27) und die Regelung des Datenaustausches überarbeitet (Art. 34). Ferner wurde ein Mechanismus zur Frühwarnung, Vorsorge und Krisenbewältigung eingebaut (Art. 33).¹⁵³

¹⁴² BREITENMOSER/WEYENETH (FN 61), § 9, Rz. 1107; HAILBRONNER, Ge-rechtigkeit (FN 6), 215.

¹⁴³ ABL. L 111 v. 4.5.2010, 20. Wurde von der Schweiz übernommen (AS 2010 3123; Notenaustausch SR 0.362.380.040).

¹⁴⁴ Rs. C-355/10, Urteil vom 5. September 2012.

¹⁴⁵ Vgl. MOHLER (FN 28), 97 f.

¹⁴⁶ Verordnung (EU) Nr. 1168/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. L 304 v. 22.11.2011, 1 ff.). Von der Schweiz übernommen (AS 2012 905, Notenaustausch SR 0.362.380.050).

¹⁴⁷ Resolution 1821 v. 21.6.2011 (<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/ERES1821.htm>).

¹⁴⁸ NEUMANN (FN 23), 58 ff.; Zu FRONTEX und die Schweiz: UEBERSAX/WEITZEL (FN 122), 162 ff.

¹⁴⁹ MOHLER (FN 28), 96 f.; NEUMANN (FN 23), 58 ff., 250 ff.

¹⁵⁰ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung) (ABl. L 337 v. 20.12.2011, 9 ff.). Gilt für die Schweiz, da es sich um eine Neufassung der für die Schweiz verbindlichen Richtlinie 2004/83/EG handelt (vorstehend B., II., 3 e).

¹⁵¹ Vgl. BOSSUYT (FN 7), 583.

¹⁵² Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung, ABl. L 180 v. 29.6.2013, 31 ff.). Von der Schweiz übernommen (AS 2015 1841; Notenaustausch 0.142.392.680.01; AS 2013 5505; Korrektur in AS 2014 407; vorläufige Anwendung; gesamthafte Inkraftsetzung auf den 1. März 2015, AS 2015 535). Vgl. zum etwas aussergewöhnlichen Ablauf der Übernahme des Dublin/Eurodac-Besitzstandes: MARKUS H.F. MOHLER, Anmerkungen zum EGMR-Urteil i.S. Tarakhel c. Schweiz. Überstellung einer afghanischen Familie durch die Schweiz nach Italien gemäss Dublin-Verordnung, in: AJP 5/2015, 818 ff., 825 (Fn. 84).

¹⁵³ Weiteres bei BREITENMOSER/WEYENETH (FN 61), § 9, Rz. 1108 f.; MOHLER (FN 152), 825 f.

e) **Die zweite Eurodac-Verordnung (EU) Nr. 603/2013**¹⁵⁴

Nochmals wird das System «Eurodac» errichtet (Art. 1), jedoch mit ausführlichen Vorschriften über den Aufbau des Systems und das Betriebsmanagement (Art. 3 f.), die zuständigen Behörden (Art. 5 f.), die Erfassung von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Art. 9 f.) bzw. von Personen, die beim illegalen Überschreiten einer Aussengrenze aufgegriffen werden (Art. 14) oder sich illegal in einem MS aufhalten (Art. 17), wobei die Fingerabdrücke unverzüglich abzunehmen und innert 72 Stunden der Zentraleinheit zu übermitteln sind (Art. 9 Abs. 1). Ausführliche Bestimmungen über Datenschutz und -sicherheit folgen (Art. 23 ff.). Die Verordnung trat am 20. Juli 2015 in Kraft; bis zu diesem Zeitpunkt hatten alle MS die technischen Voraussetzungen zu erfüllen (Art. 46). Die Regelung sieht den *Austausch von Fingerabdruckdaten mit EUROPOL* vor (Art. 1 Abs. 2, Art. 7).

f) **Verordnung (EU) Nr. 610/2013 betr. Änderung des Schengener Grenzkodex**¹⁵⁵

Die Verordnung ändert in überwiegend administrativer und technischer Art (Erw. 5 f. und 12) insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 562/2006 betr. Schengener Grenzkodex (vorstehend, II., 2.3, h); überdies werden mehrere weitere Verordnungen über Visa- und Aufenthaltsbestimmungen modifiziert.^{155a}

¹⁵⁴ Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Neufassung) (ABl. L 180 v. 29.6.2013, 1 ff.). Von der Schweiz übernommen (AS 2015 2323; Notenaustausch SR 0.142.392.680.03).

¹⁵⁵ Verordnung (EU) Nr. 610/2013 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlamentes und des Rates über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen, die Verordnungen (EG) Nr. 1683/95 und (EG) Nr. 539/2001 des Rates sowie die Verordnungen (EG) Nr. 767/2008 und (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlamentes und des Rates (ABl. L 182 v. 29.6.2013, 1 ff.). Von der Schweiz übernommen (AS 2013 2827; Notenaustausch: SR 0.362.380.056).

^{155a} Die Verordnung (EG) Nr. 562/2006 und mit ihr diese Verordnung (EU) Nr. 610/2013 wurden eben durch die Verordnung (EU) des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) (Kodifizierter Text), ABl. L 77 v. 23.3.2016, 1 ff., ersetzt. Es handelt sich um eine Neufassung bestehenden Rechts. Die Verordnung gilt für die Schweiz als Weiterentwicklung (Erw. 40).

g) **Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung)**¹⁵⁶

Die *Verfahrensrichtlinie* (mit 25 Seiten Umfang ohne Abschlussbestimmungen) hebt zunächst mit dieser Neufassung die Richtlinie 2005/85 (vorstehend II., 2.3, g) auf und legt im Einzelnen das Verfahren unter Einbezug von Nichtregierungsorganisationen, NRO, (Art. 8, 12, 20 f.) bei der Zu- oder Aberkennung internationalen Schutzes fest ebenso wie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47) unter Mitwirkung von NRO als unentgeltliche Rechtsberatung (Art. 20 Abs. 2).¹⁵⁷ Sie erscheint indessen als *derart kompliziert*, dass ihre Vorschriften nur juristisch speziell ausgebildeten Personen vermittelbar sind. Das betrifft insbesondere Art. 6 ff. (Grundsätze und Garantien) und Art. 42 (Verfahrensvorschriften). Hervorzuheben ist zudem Art. 43 (Verfahren an der Grenze), wonach die Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Grundsätze und Garantien nach Kapitel II Verfahren festlegen können, «um an der Grenze oder in Transitzonen des Mitgliedstaats über Folgendes zu entscheiden:

- a) die Zulässigkeit eines an derartigen Orten gestellten Antrags gemäß Artikel 33 und/oder
- b) die Begründetheit eines Antrags in einem Verfahren nach Artikel 31 Absatz 8».

Die zu berücksichtigten Querverweise betreffen den revidierten SGK und die Neufassung der *Qualifikationsrichtlinie* sowie was unter sicherem Herkunfts-, sicherem Dritt- und sicherem europäischen Staat zu verstehen ist, was insgesamt – bei allem Respekt – die Organe an der Grenze oder in Transitzonen überfordern dürfte.

Von *de facto* buchstäblich entscheidender Bedeutung ist sodann die Fristenregelung in Art. 31 (von mehr als anderthalb Seiten Umfang): Die erstinstanzlichen Entscheide sind innert *sechs Monaten* (Ziff. 3 Abs. 1), nach *zusätzlichen neun Monaten* zu treffen, wenn «a) sich in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht komplexe Fragen ergeben» oder «b) eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen gleichzeitig internationalen Schutz beantragt, so dass es in der Praxis sehr schwierig ist, das Verfahren innerhalb der Frist von sechs Monaten abzuschließen» (Ziff. 3 Abs. 3). Gemäss Ziff. 3 Abs. 4 können zudem die Mitgliedstaaten ausnahmsweise «die Fristen gemäß diesem Absatz in ausreichend begründeten Fällen um höchstens drei Monate überschreiten, wenn dies erforderlich ist, um eine angemessene und vollständige Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz zu gewährleisten».

¹⁵⁶ ABl. L 180 vom 29.6.2013, 60 ff. Die Richtlinie selber enthält keine Weiterentwicklungs-/Übernahmeklausel für die Schweiz. Dennoch ist die Schweiz über die Verordnung (EU) Nr. 656/2014 (nachfolgend k), Erw. 10, daran gebunden («Die Mitgliedstaaten und die Agentur sind ... an die Bestimmungen des Besitzstands im Asylbereich, insbesondere an die Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates (...), gebunden»).

¹⁵⁷ HAILBRONNER, Gerechtigkeit (FN 6), 216 f.

Die *ungeheure Kompliziertheit* dieser Verfahrensregelung verdeutlicht ein Blick auf Art. 46, *Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf*, zusätzlich. Die Antragsteller haben das Recht auf ein gerichtliches Urteil gegen

«a) eine Entscheidung über ihren Antrag auf internationalen Schutz, einschließlich einer Entscheidung,

i) einen Antrag als unbegründet in Bezug auf die Flüchtlingseigenschaft und / oder den subsidiären Schutzstatus zu betrachten;

ii) einen Antrag nach Artikel 33 Absatz 2 als unzulässig zu betrachten;

iii) die an der Grenze oder in den Transitzonen eines Mitgliedstaats nach Artikel 43 Absatz 1 ergangen ist;

iv) keine Prüfung nach Artikel 39 vorzunehmen;

b) eine Ablehnung der Wiederaufnahme der Prüfung eines Antrags nach ihrer Einstellung gemäß den Artikeln 27 und 28;

c) eine Entscheidung zur Aberkennung des internationalen Schutzes nach Artikel 45».

Es folgt Ziff. 6:

«Im Fall einer Entscheidung,

a) einen Antrag im Einklang mit Artikel 32 Absatz 2 als offensichtlich unbegründet oder nach Prüfung gemäß Artikel 31 Absatz 8 als unbegründet zu betrachten, es sei denn,

diese Entscheidungen sind auf die in Artikel 31 Absatz 8 Buchstabe h aufgeführten Umstände gestützt,

b) einen Antrag gemäß Artikel 33 Absatz 2 Buchstaben a, b oder d als unzulässig zu betrachten,

c) die Wiedereröffnung des nach Artikel 28 eingestellten Verfahrens des Antragstellers abzulehnen oder

d) gemäß Artikel 39 den Antrag nicht oder nicht umfassend zu prüfen,

ist das *Gericht befugt*, entweder auf Antrag des Antragstellers oder von Amts wegen darüber zu *entscheiden, ob der Antragsteller im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats verbleiben darf, wenn die Entscheidung zur Folge hat, das Recht des Antragstellers auf Verbleib in dem Mitgliedstaat zu beenden und wenn in diesen Fällen das Recht auf Verbleib in dem betreffenden Mitgliedstaat bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf im nationalen Recht nicht vorgesehen ist.*» (Hervorhebungen hier.)

Diese Prüfung hat nach Ziff. 3 dieses Artikels *ex-nunc* zu erfolgen,¹⁵⁸ was auch der EGMR-Praxis entspricht.¹⁵⁹ Abgesehen von der umständlichen, schwer verständlichen Formulierung führt diese Bestimmung zum Recht, bis zum rechtskräftigen Gerichtsentscheid im Land zu bleiben, was angesichts der grossen Zahl der Fälle sehr

lange dauern kann (vgl. dazu nachfolgend, IV., 3.2) und somit zu einem *nicht mehr terminierten Bleiberecht* führt.

h) **Richtlinie 2013/33/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung)**^{159a}

Diese Richtlinie löst die Richtlinie 2003/9/EG (vorstehend, II., 2.3, c) ab. Sie «gilt für alle Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einschließlich an der Grenze, in den Hoheitsgewässern oder in den Transitzonen internationalen Schutz beantragen» (Art. 3 Abs. 1), aber nicht im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen (Art. 3 Abs. 3). Es handelt sich um Mindestnormen, die einzelnen MS können *günstigere* Bedingungen festlegen (Art. 4). Ferner werden Verfahrensinhalte (Information, Dokumentation), Aufenthaltsort und Bewegungsfreiheit, Haft und Haftbedingungen, die Wahrung von Familien, medizinische Betreuung, Schulung, Berufsbildung und Beschäftigung, materielle Leistungen, die Betreuung von besonders Schutzbedürftigen und die Rechtsbehelfe geregelt.

i) **Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 vom 22. Oktober 2013 betr. die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen**

Mit dieser Verordnung¹⁶⁰ wurden die Bestimmungen über die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen, Art. 23–26 des SGK von 2006 (vorstehend, II., 2.3, h) geändert, ergänzt und der Wirklichkeit angenähert, nachdem Frankreich 2011 bei Ventimiglia an der Grenze zu Italien Kontrollen eingeführt hatte, um den Zustrom von Migranten aufzufangen. Nebst einem viel stärkeren Detaillierungsgrad der bisherigen Regelung (Wiedereinführung bei einer schweren Bedrohung [Grundsachverhalt], bei voraussehbaren Ereignissen, bei sofortigem Handlungsbedarf und einer generellen Verlängerungsregelung) wurden ein allgemeiner Rahmen für die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen (Art. 23), Kriterien für die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen (Art. 23a), ein besonderes Verfahren im Falle aussergewöhnlicher Umstände, unter denen das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist (Art. 26), sowie die massgebenden Kriterien dafür (Art. 26a) eingefügt.¹⁶¹

¹⁵⁸ Vgl. BOSSUYT (FN 7), 588.

¹⁵⁹ MOHLER (FN 152), 825.

^{159a} ABl. L 180 v. 29.6.2013, 96 ff.

¹⁶⁰ Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 zwecks Festlegung einer gemeinsamen Regelung für die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen (ABl. L 295 v. 6.11.2013, 1 ff.). Von der Schweiz übernommen (AS 2015 685, Notenaustausch: SR 0.362.380.063).

¹⁶¹ MOHLER (FN 28), 118 f.

k) **Verordnung (EU) Nr. 656/2014 vom 15. Mai 2014 zur Festlegung von Regelungen für die Überwachung der Seeaußengrenzen**¹⁶²

Mit dieser Verordnung wird in erster Linie der Grundrechtsschutz beim Schutz der Aussengrenzen *auf die hohe See* ausgedehnt. Sie verpflichtet zur Gewährleistung der Sicherheit auf See (mit ausführlichen Hinweisen auf die einzuhaltenden Seerechts- und Seerettungsübereinkommen), der Grundrechte einschliesslich des *refoulement*-Verbot (in allen möglichen Variationen) und gebietet den Einsatzkräften, die abgefangenen Personen wenn möglich zu identifizieren und diesen zu ermöglichen, Gründe für eine Nichtzurückweisung vorbringen zu können. Dabei sind sie an die Verfahrensrichtlinie 2013/32 gebunden (Erw. 10) (vorstehend, II. 2.5, g).¹⁶³ Zudem wird mit zum ersten Mal die Bekämpfung der Schleuserkriminalität^{163a} zu einer Aufgabe der MS und der FRONTEX Agentur gemacht (Art. 6 ff.).

2.6 Zwischenergebnis

Seit dem Inkrafttreten der Lissabonner Verträge wurden allein im spezifischen Kontext der Kontrollen zur Verhinderung von illegalem Überschreiten der Aussengrenzen und des Dublin-Systems zehn wesentliche Rechtsänderungen, zumeist nicht als konsolidierte Rechtstexte, erlassen. Dazu kommt eine sehr grosse Zahl von Visumsbestimmungen, welche bei den Aussengrenzkontrollen ebenso zu berücksichtigen sind.^{164, 165} Die Menge der Vorschriften, die kaum zu bewältigende Regulierungsdichte und Komplexität mit den unzähligen Querverweisen auf andere Erlasse ebenso wie die hohe Kadenz der Rechtsänderungen lassen es, vorsichtig ausgedrückt, als zweifelhaft erscheinen, ob eine rechtsstaatlich genügende *Rechtsverwirklichung* selbst unter normalen Bedingungen noch zu erreichen ist: In einem ersten Schritt geht es jeweils ja darum, die *Verordnungen und Richtlinien* in die jeweiligen Sprachen zu übersetzen, was schon Probleme hervorrufen kann,¹⁶⁶ in einem zweiten durch die massgebenden

Verfahren in den einzelnen MS die Richtlinien *ins nationale Recht zu überführen*¹⁶⁷, in mehreren nachfolgenden Schritten sodann die Angehörigen der verschiedenen Behörden und das Personal zugezogener Organisationen über alle Hierarchiestufen hinweg nicht nur «zu informieren»,¹⁶⁸ sondern daran *auszubilden*, um die im Einzelfall – vorbehalten die Regelungen bei einem Massenzustrom – zutreffenden Normen korrekt anzuwenden.¹⁶⁹ Die *Verwirklichung rechtsstaatlicher Entscheide selber wird dadurch in Frage gestellt*.¹⁷⁰

Im Fall ablehnender erstinstanzlicher Entscheide haben die Betroffenen ein zweifach, wenn auch nicht kongruent verbrieftes Recht auf eine unabhängige Überprüfung: nach Art. 13 EMRK durch eine innerstaatliche (unabhängige) Instanz, nach Art. 47 GRC durch ein Gericht.¹⁷¹ Doch auch die massgeblichen Regelungen für die gerichtliche Überprüfung erstinstanzlicher Entscheide sind ungeheuer kompliziert (vorstehend g).

Diese Regulierungen, insbesondere durch die Verfahrensrichtlinie, setzen die einzelnen MS bzw. ihre Organe unter einen sehr hohen Vollzugsdruck, der jene Länder, die am stärksten von der Zuwanderung betroffen sind, selbst bei bestem Willen und grössten Anstrengungen schlechterdings überfordert.

III. Phasen der Entstehung der Probleme

1. Aussengrenzen

1.1 Überforderung der Länder an der Südgrenze

Die Migrationsproblematik entstand nicht überraschend. Seit mehr als anderthalb Dezennien ist das östliche Mittelmeer die Kernzone (illegaler) Migration

¹⁶² ABl. L 189 v. 27.6.2014, 93 ff. Von der Schweiz übernommen (AS 2014 2347, Notenaustausch: SR 0.362.380.061). Vgl. MOHLER (FN 28), 99 ff.

¹⁶³ Was auf hoher See selbst für mit RABIT-Angehörigen verstärkten Besatzungen von Kriegsmarineschiffen doch schwer umzusetzen sein dürfte, was auch für vorgeschlagene NATO-Einsätze gegen Schlepperbanden gilt.

^{163a} Zusatzprotokoll vom 15. November 2000 gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, SR 0.311.541.

¹⁶⁴ Vgl. die jeweils nachgeführte Liste der Schengen-Weiterentwicklungen, die von der Schweiz zu übernehmen sind auf der diesbezüglichen Website des Bundes: <https://www.admin.ch/opc/de/european-union/international-agreements/008.004.000.000.000.000.html> und bei Recht-Sicherheit: <http://www.recht-sicherheit.ch/international-schengen/articles/schengen-besitzstand-weiterentwicklung.html>.

¹⁶⁵ Dies gilt es auch beim Massenzustrom von Vertriebenen zu beachten, da nicht nur gefälschte Pässe, sondern auch gefälschte Visa käuflich zu erwerben sind.

¹⁶⁶ «Flexible» Übersetzungen können zu materiell-rechtlich nicht unwesentlichen Differenzen führen; FRANK SCHORKOPF, in: Graben-

warter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, EnzEuR (Bd. 2), Zürich/St. Gallen 2014, § 3, Rn. 26, spricht gar in Bezug auf die GRC von der «geschmeidigen Übersetzung» zur Verdeckung von Meinungsverschiedenheiten unter den Mitgliedern des Grundrechte-Konvents.

¹⁶⁷ Vgl. Art. 288(3) AEUV.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 6(1) Abs. 3 der VO 2013/32/EU: «Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass diese anderen Behörden, bei denen wahrscheinlich Anträge auf internationalen Schutz gestellt werden, wie Polizei, Grenzschutz, Einwanderungsbehörden und Personal von Gewahrsamseinrichtungen, über die einschlägigen Informationen verfügen und ihr Personal das erforderliche, seinen Aufgaben und Zuständigkeiten entsprechende Schulungsniveau und Anweisungen erhält, um die Antragsteller darüber zu informieren, wo und wie Anträge auf internationalen Schutz gestellt werden können.» Entsprechend wird dieses – und zusätzliches – Wissen in Art. 10(3) Bst. c und d verlangt.

¹⁶⁹ Es sei daran erinnert, dass die Verordnung (EU) Nr. 656/2004 (Seerettung, vorstehend k) die Einhaltung der zutreffenden Bestimmungen der Verfahrensrichtlinie Nr. 3013/32/EU (vorstehend g) verlangt. Vgl. HEILBRONNER, *Gerechtigkeit* (FN 6), 215 f.; MOHLER (FN 65), 21 f.; DERS., Weiterhin offene Fragen, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), *Rechtsschutz bei Schengen und Dublin*, Zürich/St. Gallen 2013, 255 ff., 262 f.

¹⁷⁰ MOHLER, (FN 28), 122 f., m.w.H.

¹⁷¹ BOSSUYT (FN 7), 585 ff.

vom nördlichen Afrika nach Europa.¹⁷² Nach Schätzungen sind allein im Zeitraum von Anfang 2000 bis Ende März 2014 dort rund 23'000 Menschen ertrunken.¹⁷³ Dies führte zu einer offenkundigen und dokumentierten¹⁷⁴ Überlastung und Überforderung der MS an der südöstlichen EU-Aussengrenze (Griechenland, Italien, Malta). Trotz der immer wiederholten und geforderten *Solidarität*¹⁷⁵ unter den MS fehlt es an dieser weitgehend, was einer der Hauptgründe für das derzeitige Versagen des Schengen/Dublin-Systems sein dürfte.

Art. 12 der Verordnung (EU) Nr. 656/2014 lautet:

«Solidaritätsmechanismen

(1) Ein Mitgliedstaat, der einem plötzlichen und außergewöhnlichen Druck an seinen Außengrenzen ausgesetzt ist, kann

a) um den Einsatz von europäischen Grenzschutzteams gemäß Artikel 8a der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 ersuchen, damit rasche operative Unterstützung für diesen Mitgliedstaat bereitgestellt werden kann;

b) die Agentur um technische und operative Unterstützung gemäß Artikel 8 der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 ersuchen, damit ihm Unterstützung bei der Koordinierung zwischen Mitgliedstaaten geleistet werden kann und/oder damit Experten zur Unterstützung der zuständigen nationalen Behörden abgestellt werden können;

c) um Soforthilfe nach Artikel 14 der Verordnung (EU) Nr. 515/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates ersuchen, damit in einer Notlage dringenden und spezifischen Erfordernissen entsprochen werden kann.

(2) Ein Mitgliedstaat, der sich einem hohen Migrationsdruck gegenüber sieht, wodurch seine Aufnahmeeinrichtungen und Asylsysteme stark beansprucht werden, kann

a) das Europäische Unterstützungsbüro für Asylfragen um Entsendung eines Asyl-Unterstützungsteams ge-

mäß Artikel 13 der Verordnung (EU) Nr. 439/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates (2) ersuchen, damit Fachwissen, wie etwa über Dolmetschdienste, Informationen über Herkunftsländer und Kenntnisse über die Bearbeitung und Verwaltung von Asylvorgängen bereitgestellt werden können;

b) um Soforthilfe nach Artikel 21 der Verordnung (EU) Nr. 516/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates ersuchen, damit in einer Notlage dringenden und spezifischen Erfordernissen entsprochen werden kann.»

Man beachte: Der Mechanismus ist einseitig festgelegt, d.h. ein einem aussergewöhnlichem Druck ausgesetzter Staat darf ersuchen, von einer Hilfestellungspflicht der andern steht hier nichts.^{175a} Demgegenüber bleiben die Unterstützungen für Griechenland und Italien weit hinter den zur Bewältigung der täglichen Massenankünfte geforderten über eintausend Spezialkräfte zurück.¹⁷⁶

1.2 Die terrestrische Massenmigration

Ähnliches gilt auch für die EU-Ostgrenze.¹⁷⁷ Auf der West-Balkan-Route wurden von Januar bis November 2015 nahezu 670'000 Migranten beim illegalen Grenzübertritt festgestellt, im östlichen Mittelmeerraum 716'000 und im zentralen Mittelmeerraum 144'000.¹⁷⁸

Erst jetzt hat die EU-Kommission einen «hot spot»-Ansatz gewählt,¹⁷⁹ der für eine rechtzeitige wirksame Unterstützung jedoch zu spät kommt. Aber auch hier genügt die Hilfestellung bei weitem nicht, denn auch die zusätzlichen Ressourcen scheinen für Vorprüfungen der Herkunft von Asylgesuchstellern und Migranten nur beschränkt zu genügen und geeignet zu sein.¹⁸⁰

1.3 Politische Reaktionen

Am 7. Oktober 2015 erklärte Bundeskanzlerin Angela Merkel vor dem EU-Parlament: «*Let's be honest, the Dublin procedure in its current form is obsolete in practice.*»¹⁸¹ Wenig später äusserte sich Jean-Claude Juncker, der Präsident der EU-Kommission, vor dem EU-Parlament, quasi komplementär dazu: «*The Schengen system is partly comatose.*»¹⁸²

Der Innenminister der Bundesrepublik verkündet an der EU-Innenministerkonferenz: «Wir werden Einfluss ausüben auf Griechenland, dass Griechenland seine

¹⁷² Eine andere der vier hauptsächlichlichen Flucht- oder Migrationsrouten führt vom nordwestlichen Afrika zu den Kanarischen Inseln. Allein zwischen Juni und Dezember 2006 kamen dort rund 20'000 Migranten an (FRONTEX Annual Report 2006, on Joint Operations HERA, 12).

¹⁷³ NZZ online v. 2. April 2014 (http://www.proasyl.de/de/news/detail/news/neue_schaetzung_mindestens_23000_tote_fluechtlin_ge_seit_dem_jahr_2000/).

¹⁷⁴ Vgl. EU Commission, Biannual report on the functioning of the Schengen area 1 November 2011–30 April 2012 (COM[2012] 230 final), 3; Second biannual report on the functioning of the Schengen area 1 May 2012–31 October 2012 (COM[2012] 686 final), 2; Third biannual report on the functioning of the Schengen area 1 November 2012–30 April 2013 (COM[2013] 326 final), 2; Fourth biannual report on the functioning of the Schengen area 1 May–31 October 2013 (COM[2013] 832 final), 2 et seq.; Fifth biannual report on the functioning of the Schengen area 1 November 2013–30 April 2014 (COM[2014] 292 final), 2; Sixth biannual report on the functioning of the Schengen area 1 May - 31 October 2014 (COM[2014] 711 final) et seq.

¹⁷⁵ Art. 2, Art. 3(3) Abs.3, Art. 3(5), Art. 21 (1), Art. 24(2 f.), Art. 67(2), 80 EUV; FRONTEX-Verordnung 2004/2007, Erw. 5, Art. 3(1); Verordnung (EG) Nr. 863/2007 (RABIT), Erw. 1; Verordnung (EU) Nr. 1168/2011 (Änderung der FRONTEX-Vo), Erw. 1, 22, Art. 1 Abs. 3; Verordnung (EU) Nr. 610/2015 (Grenzkodex-Erneuerung), Erw. 1; Verordnung (EU) Nr. 610/2013 («Dublin-II»), Erw. 8 ff., 22, 25, Art. 33(4); Richtlinie 2013/32/EU (Verfahrensrichtlinie), Erw. 2, 8; Richtlinie 2013/33/EU (Aufnahmekriterien), Erw. 2,5; Verordnung (EU) Nr. 656/2014 (Seeaussengrenzen), Erw. 2, Art. 12.

^{175a} Vgl. jedoch Art. 4 Vo (EG) Nr. 863/2007 (vorstehend II., 2.3. i).

¹⁷⁶ Vgl. EU Kommission, Aktueller Stand: Maßnahmen zur Bewältigung der Flüchtlingskrise, Aktueller Stand der Hotspot-Kapazitäten (http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/press-material/docs/state_of_play_-_hotspots_en.pdf).

¹⁷⁷ EU Commission, Seventh biannual report on the functioning of the Schengen area, 1 November 2014 - 30 April 2015 (COM[2015] 236 final), 2 et seq.

¹⁷⁸ EU Commission, Eighth biannual report on the functioning of the Schengen area 1 May - 10 December 2015 (COM[2015] 675 final), 2 et seq.

¹⁷⁹ Eighth biannual report (FN 178), 3.

¹⁸⁰ BOSSUYT (FN 7), 604.

¹⁸¹ Reuters online v. 7.10.2015 (<http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-merkel-idUSKCN0511W120151007>)

¹⁸² 25. November 2015 (<https://euobserver.com/migration/131265>).

Hausaufgaben macht»¹⁸³, ohne sich dazu zu äussern, dass Deutschland mit Blick auf die relevanten EU-Vorschriften am gleichen Problem – der fristgemässen Registrierung und anschliessenden Befragung der illegal Eingewanderten – wie Griechenland scheitert: an der quantitativen Überforderung. Mit den Aussagen der österreichischen Innenministerin Mikl-Leitners, es sei «ein Mythos, dass die griechisch-türkische Grenze nicht kontrolliert werden» könne, und «die griechische Marine (könne) selbstverständlich auch zur Kontrolle und Registrierung der Migrationsströme eingesetzt werden», offenbart sie entweder Unkenntnis oder Ignoranz der massgebenden völkerrechtlichen und EU-Verpflichtungen und des hierfür notwendigen praktischen Umsetzungsbedarfs.¹⁸⁴

2. Innengrenzen

Mit der Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 zur Regelung für die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen unter aussergewöhnlichen Umständen (vorstehend II., 2.5, i) wurden gegenüber der vormaligen Verordnung zwei neue Art. 26 und Art. 26a eingefügt, mit denen das besondere Verfahren im Falle aussergewöhnlicher Umstände, unter denen das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist, festgelegt wird. Wie wohl diese Verordnung am 26. November 2013 in Kraft getreten ist, wurde dieses Verfahren bisher nicht zur Anwendung gebracht, obwohl die Voraussetzungen dafür¹⁸⁵ zweifelsfrei gegeben sind. Der Rat hat diese Massnahme soweit ersichtlich bis anhin nicht empfohlen (Abs. 2).

Bisher haben verschiedene MS lediglich von der vorübergehenden Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen, die sie nach Art. 23–25 der Verordnung selber beschliessen können, Gebrauch gemacht.¹⁸⁶

3. Justizielle Entscheide

Verschiedene Urteile sowohl des EGMR wie des EuGH haben zu der nun herrschenden verworrenen Lage beigetragen.

¹⁸³ Die Welt online v. 25.1.2016 (<http://www.welt.de/politik/ausland/article151427699/De-Maiziere-setzt-Griechenland-Ultimum.html>).

¹⁸⁴ Dieser Aussengrenzschutz ist eine Polizei- und keine Verteidigungsaufgabe (vgl. auch FN 163).

¹⁸⁵ Abs. 1: «Im Falle außergewöhnlicher Umstände, unter denen aufgrund anhaltender schwerwiegender Mängel bei den Kontrollen an den Außengrenzen nach Artikel 19a das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist, und soweit diese Umstände eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit im Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen oder in Teilen dieses Raums darstellen ...».

¹⁸⁶ Vgl. die Liste der vorgeschriebenen Notifikationen: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/index_en.htm.

3.1 EGMR M.S.S./Belgien und Griechenland

In diesem Urteil¹⁸⁷ hat der Gerichtshof (GC) festgehalten, dass sowohl die Bedingungen in den für arrestierte Personen bereitgestellten Sektoren von Haftzentren in Griechenland (§§ 229 ff.) als auch des Aufenthalts im Lande ohne Freiheitsentzug («*fait des conditions d'existence du requérant*») im Widerspruch zu Art. 3 EMRK stünden (§§ 247 ff.).

3.2 EuGH Urteil N.S. und M.E. et al./ Vereinigtes Königreich

Im einzigen Artikel von Protokoll Nr. 24 zu EUV und AEUV¹⁸⁸ betr. Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der EU heisst es: «In Anbetracht des Niveau des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union gelten die Mitgliedstaaten füreinander für alle rechtlichen und praktischen Zwecke im Zusammenhang mit Asylangelegenheiten als sichere Herkunftsländer.» Wiewohl sich diese Bestimmung auf Bürger von EU-MS bezieht, gilt die Feststellung, dass alle MS sichere Länder seien, generell, ansonsten eine Diskriminierung qua Staatsangehörigkeit entgegen Art. 2 EUV, Art. 18 AEUV und Art. 14 EMRK vorläge.¹⁸⁹ Daraus und weiter gestützt auf die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 schloss der EuGH zunächst, müsse «die Vermutung gelten, dass die Behandlung der Asylbewerber in jedem einzelnen Mitgliedstaat in Einklang mit den Erfordernissen der Charta sowie mit der Genfer Flüchtlingskonvention und der EMRK» stehe.¹⁹⁰ Dann folgert er aus Art. 36(2a) der Richtlinie 2005/84 (vorstehend, II., 2.3, g), wonach ein Drittstaat nur dann als sicher gelten könne, wenn er «die Genfer Flüchtlingskonvention ohne geografischen Vorbehalt ratifiziert hat und deren Bestimmungen einhält», dass «die Vermutung der menschenrechtskonformen Behandlung von Asylbewerbern (...) als widerlegbar angesehen werden» müsse.¹⁹¹

3.3 EGMR Tarakhel/Schweiz

Einer afghanischen Familie, die fünfzehn Jahre im Iran gelebt hatte und dann via Türkei nach Italien gereist, von dort – wiewohl sofort registriert und in einem Zentrum untergebracht – illegal nach Österreich und schliesslich auch illegal in die Schweiz gereist war, wurde ihr Asylgesuch abgelehnt und deren Rückführung – nach behördlichem Einholen der Zusicherung der Unterbringung in einem von einem speziellen Fonds finanzierten Zentrum in Bologna – nach Italien angeordnet. Nach erfolglosem Ausschöpfen des Rechtsweges in der Schweiz gelangten die Asylgesuchsteller an den EGMR, da ihre persönliche und familiäre Situation nicht genügend berücksichtigt worden sei. Der EGMR hielt fest,

¹⁸⁷ Urteil (GC) vom 21. Januar 2011, No 30696/09.

¹⁸⁸ ABl. C 83 v. 30.3.2010, 305, vorstehend, II., 2., i.

¹⁸⁹ Vgl. vorstehend II., 2.2 i; MOHLER (FN 28), 108.

¹⁹⁰ EuGH, Rs. C-411/10 und C-493/10, Urteil v. 21. Dezember 2011 (ECLI:EU:C:2011:865), § 80.

¹⁹¹ A.a.O., §§ 102 ff.

dass die Verhältnisse in Italien nicht denjenigen in Belgien (gemäss Urteil M.S.S./Belgien und Griechenland) entsprechen, der UNHCR keinen Verzicht auf Rückführungen nach Italien empfohlen habe, es für die Widerlegung der Vermutung menschenrechtskonformer Behandlung i.S. von Art. 3 EMRK ernsthafter und durch Tatsachen belegter Gründe bedürfe und Art. 3 EMRK seinerseits keine Verpflichtung, Wohnmöglichkeiten und finanzielle Leistungen zu garantieren, umfasse; dennoch befand er, dass die Rückführung ohne konkrete und detaillierte Informationen über den Aufenthaltsort der Familie einer Verletzung von Art. 3 i.V.m. Art. 8 EMRK gleichkäme.¹⁹²

4. Konsequenzen

4.1 Direkte Konsequenzen

Die Rechtsprechung der beiden Gerichte, wonach in den beiden betroffenen Staaten der Grundrechtsschutz nach Art. 3 (und 8) EMRK nicht gewährleistet sei und dass damit «die Vermutung der menschenrechtskonformen Behandlung von Asylbewerbern (...) als widerlegbar angesehen werden» müsse (EuGH), muss dann – entgegen dem Wortlaut von Protokoll Nr. 24 zu EUV und AEUV – auch für *alle* Menschen gelten. Wenn dieses Vertrauen in die Grundrechtskonformität der andern EU-MS nicht vorhanden ist, wird dem *Dublin-System die Grundlage entzogen*;¹⁹³ überdies fragt sich dann, ob auch die Voraussetzungen für einen Raum ohne Binnengrenzkontrollen noch gegeben sind.¹⁹⁴

Für die Praxis bedeutet der Massstab gemäss Urteil Tarakhel, dass selbst bei EU-rechtskonform vorübergehend wieder eingeführten Binnengrenzkontrollen eine Rückweisung an der Binnengrenze – zumindest bei Familien mit Kindern – nicht möglich ist, da die verlang-

ten konkreten und detaillierten Informationen über den allfälligen Aufenthaltsort *stante pede* nicht beizubringen sind.¹⁹⁵ Zudem wäre bei fehlendem Vertrauen in die grundrechtskonforme Behandlung in einem andern MS auch in Bezug auf die Beachtung des *non-refoulement*-Gebotes zumindest für Menschen, die subsidiären oder vorübergehenden Schutz suchen, eine Rückweisung an der Binnengrenze nicht rechtskonform.¹⁹⁶

Wenn die Dublin-Regelung wegen des fehlenden Vertrauens in die menschenrechtskonforme Behandlung in andern MS¹⁹⁷ nicht angewandt werden kann, ist das verschränkte Schengen/Dublin-System als Ganzes in Gefahr¹⁹⁸ (vgl. die politischen Aussagen, vorstehend, III., 1.3).

4.2 Indirekte Konsequenzen

Nicht übersehen werden sollte aber, dass «Schengen» mittlerweile weit mehr bedeutet als sein ursprünglicher Kern, d.h. der grenzkontrollfreie Binnenwirtschaftsraum mit dem verstärkten Schutz der Aussengrenzen. Das komplexe Schengen-Rechtssystem hat sich – zusammen mit den assoziierten Nicht-EU-MS – von der ursprünglichen Zielsetzung, die Personenfreizügigkeit im Rahmen dieses Binnenmarktes spürbar werden zu lassen und den Reiseverkehr zu erleichtern (vorstehend, II., 2., a und f) gelöst und ist seinerseits zum *unverzichtbaren Fundament des Raumes der Freiheit der Sicherheit und des Rechts* (Dritter Teil, Titel V AEUV) geworden. Dazu gehören die grenzüberschreitende polizeiliche Zusammenarbeit¹⁹⁹, der vereinfachte Informationsaustausch,²⁰⁰ die erleichterte Amts- und Rechtshilfe,²⁰¹ das vereinheitlichte Waffenrecht,²⁰² die

¹⁹² Vgl. MARC BOSSUYT, Tarakhel c. Suisse, La Cour de Strasbourg rend encore plus difficile une Politique commune européenne en matière d'asile, in: SZIER Bd./Jg. 25, I/2015, 3 ff.; MOHLER (FN152), passim; DERS. (FN 28), 109 f.

¹⁹³ BOSSUYT (FN 6), 595.

¹⁹⁴ BOSSUYT (FN 6), 598 f., verweist darauf, dass mehrere Autorinnen und Autoren (u.a. mit Hinweis auf JEAN-PAUL JACQUÉ, Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?, Droit de l'Union européenne, 23. déc. 2014) die Ansicht vertreten, dass die EGMR-Urteile M.S.S. und Tarakhel dazu beigetragen haben dürften, dass der EuGH den Beitritt der EU zur EMRK, gestützt auf den Entwurf des entsprechenden Übereinkommens, abgelehnt haben könnte, da das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens als grundlegendes Charakteristikum der EU-Rechtsstruktur in Frage gestellt würde. Dieses Prinzip – so der EuGH im Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2013 (ECLI :EU:C:2014:2451), Ziff. 191 f. – habe fundamentale Bedeutung und sei Voraussetzung für einen an den Binnengrenzen kontrollfreien Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Die MS können «somit unionsrechtlich verpflichtet sein, die Beachtung der Grundrechte durch die übrigen Mitgliedstaaten zu unterstellen, so dass sie weder die Möglichkeit haben, von einem anderen Mitgliedstaat ein höheres nationales Schutzniveau der Grundrechte zu verlangen als das durch das Unionsrecht gewährleistet, noch – von Ausnahmefällen abgesehen – prüfen können, ob dieser andere Mitgliedstaat in einem konkreten Fall die durch die Union gewährleisteten Grundrechte tatsächlich beachtet hat». Dem hat er aber mit seinem Urteil *N.S. und M.E. et al/Vereinigtes Königreich* (vorstehend, III., 3.3) zuvor schon selber widersprochen.

¹⁹⁵ MOHLER (FN 28), 114 f.

¹⁹⁶ Vgl. die Liste der EU-MS, die der EGMR im Falle einer Aus- oder Rückweisung auch in EMRK-Vertragsstaaten für eine indirekte Verletzung von Art. 3 EMRK verantwortlich machte bei BOSSUYT (FN 7) 591, in Fn. 40.

¹⁹⁷ Das Verwaltungsgericht Darmstadt (Beschluss Az. 4 L 59514.DA. A (<https://openjur.de/u/690572.html>) verweigerte 2014 auch eine Überstellung nach den Niederlanden wegen des dortigen Verbotes der Arbeitsaufnahme und des Fehlens staatlicher Unterstützung, gestützt auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 18.7.2012 (Az. 1BvL 10/10), da ein menschenwürdiges Existenzminimum nicht gesichert, ein Absenken des Leistungsstandards nach Art. 1 GG nicht zu rechtfertigen sei (vgl. MOHLER [FN 28], 110 f.).

¹⁹⁸ BOSSUYT (FN 7), 595.

¹⁹⁹ BREITENMOSER (FN 65), 25 ff.; MICHAEL DRÜCK, Die neuen Rechtsgrundlagen der Schweiz zur Polizeizusammenarbeit im Rahmen von Schengen, in: Schengen 2009 (FN 65), 85 ff.; MOHLER (FN 65), 11 ff.; DERS., Der neue Besitzstand von Schengen und Dublin, in: Schengen 2010 (FN 1), 7 ff., 14 f.

²⁰⁰ BREITENMOSER (FN 65), 37 f.; MOHLER (FN 65), 14 ff., 21 ff.

²⁰¹ BREITENMOSER (FN 65), 28 ff.; MATTHIAS HERDEGEN, Die Justiz- und Polizeizusammenarbeit nach dem Vertrag von Lissabon, in: Schengen 2010 (FN 1), 43 ff.; ADRIAN LOBSIGER, Rechtsschutz beim amts-hilfweise Austausch von Finanzinformationen, in: Schengen 2013 (FN 169), 67 ff.; JÜRIG POLAKIEWICZ, Amts- und Rechtshilfe im Rahmen des Europarates und der Europäischen Union, in: Schengen 2010 (FN 1), 121 ff.

²⁰² MOHLER (FN 199), 16 ff.

Visums-Regelungen und ganz zentral das Schengen-Informationssystem (SIS).²⁰³

Die grenzüberschreitende Justiz- und Polizeizusammenarbeit mit einem vereinfachten Informations- und automatisierten Datenaustausch (SIS) beruht jedoch ebenso auf dem gegenseitigen Vertrauen, dass sich alle MS an die Grundrechte gemäss GRC (Art. 6 EUV) und EMRK tatsächlich halten, auch bspw. in Bezug auf Datenschutz und -sicherheit.^{203a} Ist das *Prinzip dieses gegenseitigen Vertrauens als grundlegendes Charakteristikum der EU-Rechtsstruktur*, wie es der EuGH formulierte, jedoch in Frage gestellt, so wird nicht nur dem Dublin-Regelwerk, sondern auch dieser grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, die mit den *Gleichbehandlungs- und Verfügbarkeitsgrundsätzen*²⁰⁴ *bundesstaatliche Formen*²⁰⁵ qua Schengen-Besitzstand angenommen hat, der Boden entzogen.

IV. Problemfelder

1. Unionsrecht und einzelstaatliche Souveränität

Wiewohl in der Literatur die Auffassungen über den verfassungsrechtlichen Charakter der EU auseinandergehen,²⁰⁶ besteht die auch vom deutschen Bundesverfassungsgericht²⁰⁷ bestätigte Einigkeit darüber, dass

²⁰³ BREITENMOSER (FN 65), 42 f.; SANDRA HUSI-STÄMPFLI, Was lange währt, wird endlich gut? Das Schengener Informationssystem der zweiten Generation, in: Schengen 2015 (FN 28), 185 ff.; CAROLINE GLOOR SCHEIDEGGER, Rechtsschutz bei SIS, Eurodac und VIS, in: Schengen 2013 (FN 169), 2013, 119 ff.; THOMAS MEYER, Der polizeiliche Informationsaustausch über das Schengener Informationssystem, in: Schengen 2009 (FN 65), 77 ff.; MARKUS SCHEFER/SANDRA STÄMPFLI, Die Grundlagen des Datenschutzes im Rahmen von Schengen, in: Schengen 2009 (FN 65), 135 ff., 149 ff.

^{203a} So stellt sich die Frage, ob innerhalb der EU diesbezüglich für das Vertrauen in die Erfüllung dieser Massstäbe die gleichen Anforderungen gelten wie sie der EuGH im Falle des Safe Harbour-Abkommens angewendet hat (C-362714, Urteil v. 6. Oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:650).

²⁰⁴ Art. 2 Bst. d und Art. 3 Ziff. 3 des Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates vom 18. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. L 3 86 vom 29.12.2006, 89f.); MOHLER, Einführung, in: Schengen 2010 (FN 1), 14 ff.

²⁰⁵ Vgl. Art. 355c StGB (SR 311.0).

²⁰⁶ Vgl. z.B. CHRISTIAN CALLIES, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen 2010, 43 m.w.H.; KLAUS HÄTSCH, Perspektiven der europäischen Integration, in: Olaf Leisse (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Wiesbaden 2010, 69 ff., 73; MATTHIAS HERDEGEN, Europarecht, 16. Aufl., München 2014, § 5, n. 15 ff., 22 m.w.H.; J.H.H. WEILER, The EU Constitutional Treaty and its distinction between legislative and non-legislative acts – Oranges into apples?, in: Jean Monnet Working Paper 01/06, New York University 2006, 45.

²⁰⁷ BVerfGE 123, 267 (229). Der oft zitierte Kernsatz («Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker – das heisst die Staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben» [229]) trifft jedoch *mutatis mutandis* auch auf die Schweizerische Eidgenossenschaft zu.

die EU trotz mannigfacher Elemente eines Staates²⁰⁸ *kein (föderalistischer) Staat*, sondern ein Staatenverbund sei. Die Lissabonner Verträge sind keine Verfassung, auch wenn ihr Inhalt in Vielem materielles Verfassungsrecht bildet.²⁰⁹ Die Verfassung als völker- und rechtsstaatlicher Begriff hat sich als fundamental für die staatliche Souveränität nach innen und aussen erwiesen.²¹⁰ Trotz der Kompetenz der Union nach Art. 77 AEUV eine gemeinsame *Politik* in den Bereichen Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung zu entwickeln, bleibt den MS ihre Entscheidungskompetenz qua Souveränität, Asyl²¹¹ im Rahmen der völkerrechtlichen Vorgaben²¹² zu gewähren und – unter Vorbehalt der Personenfreizügigkeit innerhalb der Union – Einreise (vorbehältlich der Schengen-Visa-Regelungen) und Einwanderung von Drittstaaten zu erlauben oder zu verweigern. Wegen der mangelnden Verfassungsmässigkeit des primären EU-Rechts gebietet es der EU an der hinreichenden Durchsetzungsfähigkeit qua formeller Souveränität der einzelnen MS in Bezug auf die stipulierten Verfahren. Die kompetenzmässige Gemengelage als konstruktive Eigenheit der EU im Unterschied zu einem Bundesstaat ermöglicht derzeit offene Konflikte zwischen den Unionsorganen und einzelnen MS sowie unter verschiedenen MS, wenn einige MS Drittstaatenangehörige *entgegen völker- und unionsrechtlichen Normen* nicht einreisen lassen, sondern gar auch *manu militari* fernhalten.

2. Solidarität

Art. 80 AEUV bestimmt, für die Politik der Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung der Union und ihre Umsetzung gelte «der Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten, einschliesslich in finanzieller Hinsicht». Solidarität wird auch in einer Vielzahl der Erlassen im Sekundärrecht vorausgesetzt oder konkret gefordert.²¹³ Der *Mangel an dieser Solidarität* wird offiziell und öffentlich beklagt.²¹⁴ Wie dargelegt, geht es nicht nur um die rechtskonforme Behandlung von Migrierenden an der eigenen Grenze, die Durchführung der Verfahrensabläufe nach Art. 78(2)a–c AEUV sowie den massgebenden Erlassen (vorstehend, II., 2.3 und 2.5) und eine allfällige verteilungsgerechte Aufnahme, sondern auch um die Hilfestellung für die vom Massenzustrom am stärksten betroffenen MS.

²⁰⁸ Unionsparlament, Vorrang des Unionsrechts soweit Legiferierungskompetenz der Union gegeben (Einzelermächtigung), Währungsunion, Unionsbürgerschaft, direkte Anwendbarkeit von Verordnungen, Unionsgerichtshof.

²⁰⁹ Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Die demokratische Verfassung, 2. Aufl., Zürich 2009, 88.

²¹⁰ MÜLLER (FN 209), 89. Vgl. dazu aber die in FN 59a zitierte Literatur.

²¹¹ Vorstehend, II., 1.1; Vgl. FRÖHLICH (FN 6), 302 f., 314.

²¹² Vorstehend, III., 1.2.

²¹³ Vgl. FN 175.

²¹⁴ Statt mancher: ASSELBORN (FN 4).

3. Recht und Wirklichkeit

Mit Blick auf die Verwirklichung des gesetzten Rechts zeigen sich vier Aspekte, die je unerwünschte Folgen zeitigen:

3.1 Die Komplexität des Rechts

Nach in der Praxis – insbesondere in Gerichtsurteilen (vorstehend, III., 3.1–3.3) – grundrechtlich als zweifelhaft oder rechtswidrig festgestellten Verfahrensabläufen, Entscheiden oder Einsätzen wurden die entsprechenden Vorschriften mit einem hohen Detaillierungsgrad novelliert. Beispiele sind die Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU (vorstehend, II., 2.5, g) und die Verordnung (EU) Nr. 656/2014 (vorstehend, II., 2.5, k). Damit wurde von der Rechtsetzung her ein hohes Mass an Rechtsstaatlichkeit erreicht, was jedoch noch keineswegs bedeutet, dass diese dadurch, worauf es ankommt, auch in der Praxis erzielt wird. Im Gegenteil führt die enorme Komplexität in einer Vielzahl von nicht notwendigerweise übereinstimmenden Normen zu einer *Rechtsunsicherheit* in der Anwendung und mit dem durchgehend gewährten Recht auf richterliche Überprüfung von erstinstanzlichen Entscheiden zu einer Verlängerung der Verfahren.²¹⁵

Wie Kai HAILBRONNER treffend feststellt,²¹⁶ ist nach Überwindung der EU-Aussengrenze das Bleiberecht für eine grosse Mehrzahl der Migrantinnen und Migrant gegeben, da Rückführungen – ausser in zweifelsfreien Missbrauchsfällen – mit zunehmender Aufenthaltsdauer durch «die Verwurzelung», namentlich im grundrechtlichen Schutzbereich des Familienlebens, als eigenständiges Kriterium gegen eine Rückführung rechtskonform kaum mehr durchsetzbar sind.²¹⁷

3.2 Durchsetzbarkeit des Rechts und rechtskräftiger Entscheide

Abgesehen von jenen Fällen, in denen das Recht selber nicht zur Anwendung gebracht werden kann – da die Anträge auf Schutz stellenden Personen keine Papiere haben, ihre Identifizierung auch erkennungsdienstlich nicht möglich und eine länger dauernde Inhaftierung aber ebenso ausgeschlossen, da grundrechtswidrig ist – können auch vollstreckbare Entscheide oder Urteile nicht durchgesetzt werden, da mit dem Herkunfts- oder Heimatstaat kein Rückübernahmeabkommen besteht oder jener sich weigert, die betreffende Person einreisen zu lassen.

3.3 Öffentliche Meinung

Die öffentliche Meinung, die derzeit in genereller Hinsicht zwischen Einhaltung der asyl- und schutzrechtlichen Vorgaben einerseits und Abwehr illegaler Einwanderung andererseits gespalten ist oder oszilliert, kann im Einzelfall bei länger anwesenden Schutzsuchenden, die auf einen Entscheid warten und deren Antrag dann definitiv abgelehnt worden ist, unversehens kippen; eine Rückführung wird als inhuman empfunden und es werden auch Massnahmen getroffen, um diese zu verunmöglichen oder doch zu verzögern (z.B. «Kirchenasyl»^{217a}), um einen anders lautenden (Härtefall-)Entscheid zu erwirken. Ob ein solcher der gesamten Rechtsordnung entspreche oder nicht, ist dann nicht mehr von Bedeutung (Gerechtigkeitsempfinden v. rechtsstaatlich basierte Gerechtigkeit [Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip, übergeordnete Rechtfertigungsgründe]).²¹⁸

3.4 Ausschöpfen der Rechtsordnung

Im Rahmen des Unionsrechts fällt mit Blick auf die seit Jahren zunehmenden Massen von Zuwandernden einerseits und die in letzter Zeit von einzelnen MS gehäuft verfügte vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen, gestützt auf Art. 23 bis 25 der Verordnung (EU) Nr. 1051/2013, auf,²¹⁹ dass zwei auf solche Situationen gerichtete Rechtsgrundlagen bisher – soweit ersichtlich – noch nie zur Anwendung gebracht worden sind.

a) Art. 26 f. der Verordnung (EU) Nr. 1051/2013

Art. 26 regelt das «(b)esondere Verfahren im Falle außergewöhnlicher Umstände, unter denen das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist», Art. 26 f. bestimmen die «Kriterien für die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen im Falle außergewöhnlicher Umstände». Der Rat kann «als letztes Mittel» «(i)m Falle außergewöhnlicher Umstände, unter denen aufgrund anhaltender schwerwiegender Mängel bei den Kontrollen an den Außengrenzen nach Artikel 19a das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist, und soweit diese Umstände eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit im Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen» oder in Teilen dieses Raums darstellen, «empfehlen, dass ein oder mehrere Mitgliedstaaten beschließen, an allen oder bestimmten Abschnitten ihrer Binnengrenzen Kontrollen wieder einzuführen». Der Zeitraum dafür ist auf eine dreimal verlängerbare Periode von je 6 Monaten begrenzt. Auch wenn die Voraussetzungen nach Abs. 1 und 2 von Art. 26a hoch angesetzt sind, dürfte es doch keinem Zweifel mehr unterliegen, dass das Kriterium der «derzeitigen und voraussichtlichen künftigen Auswirkungen schwerwiegender Mängel bei den Kontrol-

²¹⁵ Vgl. HAILBRONNER, Gerechtigkeit (FN 6), 215 f.

²¹⁶ Gerechtigkeit (FN 6), 216; im gleichen Sinn BOSSUYT (FN 7), 588.

²¹⁷ MOHLER (FN 152), 825 f. m.w.H. Das Abkommen v. 18. März 2016 zwischen der EU und der Türkei will dies auf rechtlich höchst zweifelhafte Art nun zu verhindern versuchen.

^{217a} Vgl. zuletzt in Basel (bz Basel on line v. 9.2.2016, <http://www.basellandschaftlichezeitung.ch/basel/basel-stadt/basler-matthaeuskirche-von-abgewiesenen-asylbewerbern-besetzt-130053447>).

²¹⁸ Vgl. HAILBRONNER, Gerechtigkeit (FN 6), 218.

²¹⁹ Vgl. die Notifikationen (FN 186).

len an den Außengrenzen, ... und dem Ausmaß der von solchen schwerwiegenden Mängeln ausgehenden ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit im Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen» (Abs. 1 Bst. b) erfüllt ist. Die EU-Organe halten jedoch am Schengen-System ohne diese besondere Regelung und an «Dublin» fest,²²⁰ auch wenn politische Exponenten diese als «obsolet» und «komatös» bezeichnet haben.

b) Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen

Zwar wird in Art. 26 Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 die vorstehend geschilderte Massnahme «als letztes Mittel» bezeichnet, doch dürften die in dieser Richtlinie vorgesehenen Massnahmen wohl das letzte Mittel darstellen. Die Richtlinie bestimmt in Art. 2 Bst. d, als «Massenzustrom» werde der Zustrom einer großen Zahl Vertriebenen, die aus einem bestimmten Land oder einem bestimmten Gebiet kommen, bezeichnet, wobei nach Art. 5(1) der Rat das Bestehen eines Massenzustroms festzustellen hat. Kernpunkt ist Kapitel VI «Solidarität», in dem, neben dem europäischen Solidaritätsfonds (Art. 24) bestimmt wird, dass «(d)ie Mitgliedstaaten ... im Sinne der Gemeinschaftssolidarität Personen auf(nehmen), die für den vorübergehenden Schutz in Betracht kommen», wobei sich die Verteilung nach der Kapazität der einzelnen MS richtet (Art. 25[1]). Abgesehen von finanziellen Leistungen aus den Europäischen Flüchtlingsfonds, ist, soweit ersichtlich, auch diese Regelung trotz des offenkundigen Massenzustroms bisher nicht zur Anwendung gekommen.²²¹ Es fragt sich, ob die EU-Organe angesichts der bereits Tatsache gewordenen Verweigerungen der Aufnahme von Schutzsuchenden oder deren unregistrierter Transitierung in nächstgelegene MS vor einem formellen Scheitern der Implementierung dieser Richtlinie zurückschrecken.²²²

V. Dilemmata

Die tatsächlichen Gegebenheiten der letzten Jahre hinsichtlich der Aufnahme von Schutzsuchenden entspricht offenkundig den völker- und unionsrechtlichen Grundlagen nicht. Die Politik versucht mit einzelnen, unmittelbar auf die aufgebrochenen Problematiken ge-

richteten Massnahmen, wie dem Vorschlag der Errichtung einer Europäischen Grenzpolizei als Ausbau der bisherigen FRONTEX-Agentur²²³ oder dem informellen Beschluss der Verteilung der zugeströmten Massen, die Lage zu bewältigen. Die Ursachen für die festgestellten Fehlentwicklungen dürften jedoch tiefer liegen.

1. Akzeptanz von Rechtsgrundlagen

Auch wenn man nicht so weit gehen will, dass nur ein geringer Prozentsatz der stimmberechtigten Bevölkerung in der Lage ist, im rationalen Kontext die für eine diskursive Demokratie notwendige reflexive Stufe zu erreichen,²²⁴ so ist es selbst mit Bezug auf das EU-Primärrecht fraglich, ob die grundlegenden konfliktlösungsrelevanten Bestimmungen (z.B. Art. 78 AEUV, Asyl) auf einem *bewussten Grundkonsens* – nicht nur als Theorie, sondern als dessen praktische Massgeblichkeit – i.S. des *volonté générale* beruhen.²²⁵ Die Erkenntnisse der Entschliessung des Europäischen Parlaments betr. Flüchtlingspolitik von 1986 (vorstehend, II., 2.2, c) scheinen von dieser *volonté générale* in mehreren MS, auch in jenen, die damals bereits zur EG gehörten, nicht (mehr) erfasst zu sein.

Die *parlamentarische Repräsentation* in der EU, das EU-Parlament im Gegensatz zu den einzelstaatlichen Parlamenten, sieht sich einer Verdreifachung der an sich der Repräsentation schon innewohnenden Problematik gegenüber: dieses Parlament soll nicht nur die Differenz zwischen dem rechtsstaatlich und völkerrechtlich Gesollten und dem in der Bevölkerung mit ihren anlassbezogenen Schwankungen und Emotionen unterworfenen (mehrheitlich) Gewollten minimieren,²²⁶ sondern auch die schwierige Harmonisierung der in den einzelnen MS unterschiedlichen, geschichtlich bedingten Konventionen und Vorstellungen darüber, «was Recht ist», anstreben und die um eine grosse Stufe der Entfernung von den Bevölkerungen in den einzelnen MS – abhängig vom Mass der Unabhängigkeit und der Qualität der Medien – überwinden.

Die von KARL POPPER diagnostizierte *Ambivalenz* des Menschen zwischen emotionalen und rationalen Beweggründen,²²⁷ die auch ranghohe Politikerinnen

²²⁰ BOSSUYT (FN 7), 604

²²¹ Vgl. auch HEILBRONNER, *Gerechtigkeit* (FN 6), 222.

²²² Der Europäische Rat hat anlässlich eines *informellen* Treffens vom 23.09.2015 vereinbart, 160'000 Flüchtlinge, die internationalen Schutz benötigen, nach einem Schlüssel umzuverteilen (Europäische Kommission/Nachrichtigen/Wöchentliche Sitzung vom 23.09.2015 (http://ec.europa.eu/news/2015/09/20150923_de.htm). Bis Ende Januar 2016 sind davon nach Medienmeldungen 414 Schutzsuchende aus Griechenland in andere MS umverteilt worden (Die Welt online v. 1.2.2016 [<http://www.welt.de/151706915>]). Allerdings hängt diese tiefe Zahl auch damit zusammen, dass für die Umverteilung eine Registrierung und ein Asylgesuch im Erstaufnahmeland vorliegen muss, bisher in Griechenland aber nur wenige ein Asylgesuch gestellt haben, was für eine Umverteilung Voraussetzung ist.

²²³ Vorschlag der Kommission vom 15. Dezember 2015: *Securing Europe's External Borders, a European Borders and Coast Guard* (EU Commission, Proposal on the European Border and Coast Guard and repealing Regulation [EC] No 2007/2004, Regulation (EC) No 863/2007 and Council Decision 2005/267/EC; COM(2015) 671 final, 2015/0310 (COD), der aber – wie schon beim ersten Anlauf ab 2001 (vgl. NEUMANN [FN 23], 32 ff.) – auf Widerstand mindestens einiger MS wegen des dadurch befürchteten Souveränitätsverlusts stösst. Das scheint sich nun wegen der drohenden Rückführung in die Türkei zu ändern.

²²⁴ MÜLLER (FN 209), 57, mit Hinweis auf den amerikanischen Verhaltensforscher und Psychologen LAWRENCE KOHLBERG.

²²⁵ Vgl. MÜLLER (FN 209), 86.

²²⁶ Vgl. MÜLLER (FN 209), 102.

²²⁷ *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, 8. Aufl., Tübingen 2003, 312 ff., 326 ff.

und Politiker nicht verschont,²²⁸ bewirkt im grösseren Massstab eine Gespaltenheit der Gesellschaft. Der überwiegend emotional ablehnende Bevölkerungsteil gewinnt rasch an Lautstärke (z.B. Pegida) als Teil der *spontanen Öffentlichkeit*, welcher sich auch der Staat nicht einfach verschliessen kann,²²⁹ mindestens sofern keine Referendumsmöglichkeit in Sachfragen besteht. Dabei besteht eine grosse Gefahr der Irreführung durch Simplifizierungen, welche Politiker²³⁰ und Parteien zu populistischen, selbst zwingendes Völkerrecht ignorierenden Äusserungen und Vorschlägen zu verführen versuchen.²³¹ Aus dieser Gefahr kann in Bevölkerungsteilen eine gewisse «Grundrechtsmüdigkeit» kombiniert mit partieller «Rechtsstaatlichkeitsgeringschätzung» – sofern diese nicht zum eigenen Nachteil gereicht – aufkommen.

2. EU-spezifische Problematiken im Asylbereich

Die von den Angehörigen der zuständigen EU-Gremien (Parlament, Rat, Kommission), der Elite²³² i.S. von *élu(e)s*, erlassenen Gesetze (Verordnungen und Richtlinien nach Art. 288[1 und 2] AEUV) sind von einer Komplexität und Kompliziertheit, die zunächst auch den deliberationswilligen und -fähigen Teil der Bevölkerung ebenso wie die Praktiker überfordert;²³³ zudem mangelt es ihnen als Qualitäten des Rechtsstaatsprinzips an Zugänglichkeit und Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit, wenn diese zu begreifen nur mit erheblich viel Sachkunde und Aufwand möglich ist.²³⁴ Das belegen auch die zahlreichen Vorlagen an den EuGH zur Vorabentscheidung.²³⁵ Zudem ist vielen Regelungen eine gewisse Wirklichkeitsfremdheit nicht abzuspüren, so z.B. der Bestimmung, dass die Aussengrenzen nur an den Grenzübergangsstellen und während der festgesetzten Verkehrsstunden überschritten werden dürfen, oder die Überregulierungen in den Verfahrensvorschriften.²³⁶ So kann die *Legitimität* des Sekundärrechts in den einzelnen MS in Frage gestellt werden;²³⁷ unversehens sieht sich die Bevölkerung der MS vor tatsächliche Probleme gestellt, deren

eigentliche Ursachen (z.B. bewaffnete Konflikte) ohnehin ausser Reichweite einer Beeinflussung liegen und deren unmittelbare Folgeprobleme einerseits in entfernten andern MS (Aussengrenzen) entstehen, andererseits durch die auch weit entfernten EU-Gremien nicht mehr beherrscht werden können, was Ohnmachtsgefühle auslösen kann.

Die Mechanismen der MS als überblickbare Nationalstaaten^{237a} sind – just in vermeintlichen oder echten Krisensituationen – durch das supranationale EU-Recht *de iure* ausgekuppelt. Daher wurde als Erstes, auch von sehr EU-treuen MS, die Aussetzung von Dublin gefordert, wozu sich aber die EU-Organe bisher nicht durchringen konnten. Also folgten nach deutlichen Äusserungen der *spontanen Öffentlichkeit* (vorstehend, IV., 3.4.) einzelstaatliche – aber eben nicht EU-weit koordinierte²³⁸ – vorübergehend wieder eingeführte Binnengrenzkontrollen, um fremdenfeindlichen Aktionen Wind aus den Segeln zu nehmen, darüber hinaus ebenso aber, in Verletzung der massgeblichen völkerrechtlichen und EU-Normen, die Abriegelungen von Teilen der Aussengrenzen (was den Schlepperbanden in die Hände spielt), wodurch Schutzsuchenden die Möglichkeit genommen wird, ihre Anträge auf Schutz vorzubringen.²³⁹

VI. Schlussbemerkungen

Vom Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS) ist ausser den Normen in den Dublin-II und III-Verordnungen sowie in den Verfahrens- und Anerkennungsrichtlinien derzeit nicht viel übriggeblieben. Der Aussengrenzenschutz ist seit geraumer Zeit weitgehend dysfunktional. Die EU-Gremien sind trotz der Gerichtsurteile und des Massenzustroms im Wesentlichen untätig geblieben, haben an den beiden Regelungen festgehalten und unwirksame oder gar kontraproduktive Massnahmen getroffen oder zugelassen (vorstehend V., 2). Sie haben, spätestens nach dem EU-Türkei-«Gipfel»,²⁴⁰

²²⁸ Sowohl die «Willkommenskultur» wie die «Obergrenze» im Zusammenhang mit dem internationalen Schutzrecht entstammen den emotionalen Beweggründen. Die Forderung gegenüber der Türkei, die Grenze zu Syrien für Flüchtende von dort zu öffnen, jene zu Griechenland aber zu schliessen, ist weder ethisch noch rechtlich begründbar, sondern nur noch opportunistisch.

²²⁹ MÜLLER (FN 209), 96 f.

²³⁰ Der österreichische Bundeskanzler schlug am Rande der Londoner Syrien-Konferenz am 5.2.2016 vor: «Es müssen alle gerettet werden, aber dann müssen die Menschen zurück in die Türkei geschickt werden» (Die Presse.com, v. 6.2.2016). Dass er damit vorab das *refoulement-Verbot* ignorierte, ist evident.

²³¹ Ähnliches gilt für die Schweiz, insbesondere Verfassungsiniciativen.

²³² Vgl. dazu MÜLLER (FN 209), 57, mit Verweis auf KOHLBERG.

²³³ HAILBRONNER, *Gerechtigkeit* (FN 6), 221.

²³⁴ Vgl. etwa EGMR *M/Germany*, Urteil v. 10.05.2010, No. 19359/04, §§ 90 ff.; *Sanoma Uitgevers B./The Netherlands*, Urteil v. 14.09.2010, No. 38224/03, 81 ff. MOHLER (FN 169), 260.

²³⁵ Vgl. MOHLER (FN 28), 122 f.

²³⁶ Vgl. vorstehend II., 2.3, g und 2.5, f und k.

²³⁷ MÜLLER (FN 209), 101 f.

^{237a} Vgl. RENE RHINOW, *Nation sichert Heimat*, in: NZZ v. 11. April 2016, 10.

²³⁸ Vgl. auch BOSSUYT (FN 7), 605.

²³⁹ In der massgeblichen Richtlinie 2013/32/EU lauten: Art. 8(1) «Gibt es 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, so stellen ihnen die Mitgliedstaaten Informationen über die Möglichkeit hierzu zur Verfügung»; 8(2) «(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Organisationen und Personen, die Beratungsleistungen für Antragsteller erbringen, effektiven Zugang zu Antragstellern an Grenzübergangsstellen an den Außengrenzen, einschliesslich Transitzonen, erhalten»; Art. 9(1) «Antragsteller dürfen ausschliesslich zum Zwecke des Verfahrens so lange im Mitgliedstaat verbleiben, bis die Asylbehörde auf der Grundlage der in Kapitel III genannten erstinstanzlichen Verfahren über den Antrag entschieden hat». Vgl. BOSSUYT (FN 7), 604.

²⁴⁰ 29. 11. 2015, Brüssel (NZZ online v. 30.11.2015; <http://www.nzz.ch/international/europa/tuerkei-soll-fluechtlingsstrom-nach-eu-ropa-reduzieren-1.18654862>).

den Führungsanspruch in diesem Bereich in der Praxis auch mehr oder weniger aufgegeben.²⁴¹

Über die formalrechtlichen Kompetenzausscheidungen und damit tiefgreifenden Rechtsgeltungsfragen hinaus bleibt die beklemmende Erkenntnis, dass das ungeheuer komplizierte, völker- und flüchtlingsrechtliche Grundrechtsansprüche bis in letzte Einzelheiten regelnde Normengebäude angesichts der quantitativen Belastung durch die selbst in einem Erlass vorgesehene Lage des Massenzustroms wie ein Kartenhaus zusammengebrochen ist. Die Glaubwürdigkeit der unzähligen Bekenntnisse zu den Grundrechten und Anmahnungen zu deren Respektierung und Einhaltung (auch gegenüber andern Staaten) leidet buchstäblich e-norm. Die Firnis der so oft beschworenen europäischen Grundrechtskultur scheint derzeit dünn, schlimmer noch, es hat (nicht nur in diesem Zusammenhang) eine Verflüssigung des Rechts eingesetzt, deren Folgen sich nur erahnen lassen.

Der Titel dieses Beitrages ist bewusst so gewählt: Zum einen ist «Schengen» heute mehr als sein ursprünglicher Kernbereich, das Grenzkontrollregelsystem (vorstehend, II., 2.2, f und 2.3, h). Die anderen Bereiche, namentlich die polizeiliche Zusammenarbeit, der Informationsaustausch, die Amts- und Rechtshilfe, das einheitliche Waffenrecht und insbesondere das Schengen-Informationssystem sind heute für die Verbrechensverhütung und -bekämpfung unverzichtbar. Ihre Funktionstüchtigkeit muss durch das berechnete Vertrauen in die *tatsächliche Beachtung von Grundrechtskonformität und Rechtsstaatlichkeit in allen MS* erhalten bleiben. Auch das einheitliche Visa-System ist wertvoll. Zum Zweiten kann und soll Krise auch als Chance genutzt werden, um erkannte Systemfehler genau zu analysieren und zu beheben, vorab aber die immer wieder stipulierte Solidarität mit einem Bonus/Malus-System Wirklichkeit werden zu lassen; mit einer kurzfristig konzipierten Strategie sollten *alle* vom humanitären Völkerrecht geforderten Massnahmen in grossen Dimensionen und unterschiedlicher Art ergriffen werden, um damit den europäischen Wertekanon und die Menschenrechte durch einen der reichsten Kontinente nicht verkümmern zu lassen.²⁴²

Mögen Pelasgos und die Bevölkerung von Argos mit ihrer Haltung auch heute in Europa als Wegleitung dienen (vorstehend, I).²⁴³

²⁴¹ Die deutsche Bundeskanzlerin reist in eigener Mission in die Türkei (Spiegel online; <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/fluechtlinge-angela-merkel-will-tuerkei-zu-besserem-grenzschutz-draengen-a-1076089-druck.html>).

²⁴² Vgl. MOHLER (FN 28), 123.

²⁴³ Was bisher v.a. im Libanon und in Jordanien, aber auch in der Türkei, in einer hier kaum vorstellbaren Weise der Fall zu sein scheint.