

## 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

### 1.11. Ausländer- und Asylrecht / Droit des étrangers et droit d'asile

#### (2) EGMR-Urteil i.S. *Tarakhel c. Schweiz*. Überstellung einer afghanischen Familie durch die Schweiz nach Italien gemäss Dublin-Verordnung.



MARKUS H. F. MOHLER  
Dr. iur., Basel

#### I. Einleitung<sup>1</sup>

Das Urteil des EGMR i.S. *Tarakhel gegen die Schweiz*<sup>2</sup> wirft mehrere Fragen auf. Der EGMR wurde durch die Ehegatten Tarakhel (und deren Kinder) nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts<sup>3</sup> (als letzte Instanz in der Schweiz<sup>4</sup>), mit dem deren Beschwerde vom 2. Februar 2012 gegen die Verfügung des Bundesamtes für Migration vom 24. Januar 2012 abgewiesen und die Überstellung nach Italien damit bestätigt worden war, mit Beschwerde vom 10. Mai 2012 angerufen.<sup>5</sup>

Der EGMR entschied, dass es *eine Verletzung von Art. 3 EMRK bedeutete, falls die Asylgesuchsteller nach Italien zurückgeschickt würden, ohne dass die schweizerischen Behörden zuvor von den italienischen Behörden eine Ga-*

<sup>1</sup> Dieser Text wird im Tagungsband von Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis – aktuelle Fragen, Zürich/St. Gallen und Baden-Baden 2015 (erscheint voraussichtlich im 2. Quartal), als Teil eines Beitrages unter dem Titel «Gedanken zu den Grenzen des Schengener Grenzkodex – und zum Wiedererrichten von Binnengrenzen» publiziert.

<sup>2</sup> Vom 4. November 2014, no. 29217/2 (GC).

<sup>3</sup> D-637/2012 vom 9. Februar 2012. In diesem Urteil fällt auf, dass die Jahrgänge der (auch) Beschwerde führenden Kinder der Ehegatten Tarakhel nicht aufgeführt werden – Fakten, die in Bezug auf das (offenbar nicht substantiierte) Vorbringen der Beschwerdeführer, es gäbe in Italien keine Garantie für eine Aufnahme einer Familie mit fünf Kindern (S. 6, 3. Absatz), von Bedeutung, für deren Nichtpublikation aber keine datenschutzrechtlichen Gründe ersichtlich sind (der EGMR nennt dann nicht nur die Jahrgänge, sondern [im Gegensatz zum BVerwGer] auch die Namen aller Beschwerdeführer. Die Nichtangabe der Jahrgänge der Kinder kann bei der Relevanz von Familien- oder Kinderrecht (Art. 14 und 11 BV; Art. 8 EMRK; KRK) auch als Verletzung von Art. 30 Abs. 3 BV gesehen werden. Anzuführen ist ferner, dass die Urteilsbegründung ohne jede Bezifferung (Zahlen oder Buchstaben) die genaue Referenzierung praktisch verunmöglicht.

<sup>4</sup> Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110).

<sup>5</sup> Urteil *Tarakhel*, § 1.

rantie in Bezug auf eine Übernahme einer altersgemässen Betreuung der Kinder und in Bezug auf den Schutz der Familie erhalten hätten.<sup>6</sup>

Das Urteil wurde nicht einstimmig gefasst; eine überaus deutliche Stellungnahme von drei Richtern (zu denen die beiden aus der Schweiz stammenden nicht gehörten) weicht davon ab.<sup>7</sup>

## II. Zum Sachverhalt

Die beiden erwachsenen Asylgesuchsteller – der Mann stammt aus Afghanistan – lernten sich in Pakistan kennen, heirateten in diesem Land und zogen von dort in den Iran, wo sie fünfzehn Jahre lebten<sup>8</sup> und fünf Kinder erhielten<sup>9</sup>. An einem unbestimmten Datum reiste die Familie aus dem Iran in die Türkei, von wo sie sich per Schiff nach Italien begaben.<sup>10</sup>

Am 16. Juli 2011 gingen die Asylgesuchsteller in Kalabrien an Land und wurden *gleichentags* von der italienischen Polizei registriert (einschliesslich Eurodac) – wobei gegenüber den italienischen Behörden falsche Identitäten angegeben wurden<sup>11</sup> – und *in ein Empfangszentrum verbracht*. Zehn Tage später wurde die Familie in ein Zentrum für Asylgesuchsteller in Bari übergeführt, nachdem ihre richtige Identität festgestellt worden war.<sup>12</sup>

Nach nur zwei Tagen, am 28. Juli, verliessen sie – ohne Erlaubnis – das Asylzentrum in Bari und begaben sich nach Österreich, wo sie am 30. Juli erneut ein Asylgesuch stellten, das zwei Tage später abgewiesen wurde. Zu einem unbestimmten Zeitpunkt verreisten sie in die Schweiz, wo sie am 3. November 2011 wiederum ein Asylgesuch stellten.<sup>13</sup>

## III. Vorgehen des BFM<sup>14</sup>

Die italienischen Behörden hatten dem BFM *auf Nachfrage* vor der Rückführungsverfügung mitgeteilt, dass die Asylgesuchsteller in einem Zentrum in Bologna, das vom *Fonds européen pour les réfugiés* (FER) finanziert werde, untergebracht würden, worüber die Familie Tarakhel informiert worden war.<sup>15</sup>

Ergänzend ist anzumerken, dass die Schweiz permanent eine Verbindungsperson in der «Dublin-Einheit» im ita-

lienischen Innenministerium stationiert hat, die sich um die Verhältnisse in den einzelnen Fällen kümmert.<sup>16</sup>

## IV. Die Begründung des Asylgesuchs nach den Ausführungen im Urteil

### 1. In der Schweiz

Beim Bundesamt für Migration (BFM) begründeten die erwachsenen Migranten in der Befragung vom 15. November 2011 ihr Gesuch mit *«les conditions de vie en Italie étaient difficiles et que le premier requérant serait dans l'impossibilité de trouver un emploi dans ce pays»*.<sup>17</sup>

Die Gesuchsteller gaben an, die Unterbringungsverhältnisse in diesem Zentrum in Bari seien schlecht gewesen, v.a. wegen Fehlens genügender sanitärer Einrichtungen, der Enge und einem Klima der Gewalt, das unter den Aufgenommenen geherrscht habe.<sup>18</sup>

Nach der Ablehnung des Gesuchs durch das BFM am 24. Januar 2012 erhoben die Gesuchsteller am 2. Februar 2012 dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit der Begründung, dass die Aufnahmebedingungen für Asylanten in Italien Art. 3 EMRK verletzen.<sup>19</sup>

Nachdem das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde mit Urteil vom 9. Februar 2012 abgewiesen hatte, ersuchten sie am 13. März 2012 das BFM, das Asylverfahren nochmals zu eröffnen, da ihre individuelle Situation nicht genügend geprüft worden sei. Das BFM leitete das Ersuchen an das Bundesverwaltungsgericht weiter. Dieses behandelte das Begehren als Revisionsgesuch und lehnte es ab, da die Gesuchsteller nichts vorgebracht hätten, was nicht bereits im ordentlichen Verfahren hätte ins Recht gelegt werden können.<sup>20</sup>

### 2. Gegenüber dem EGMR

Am 10. Mai 2012 erhob die Migrantenfamilie Beschwerde wegen Verletzung von Art. 3 und 8 EMRK beim EGMR, wobei sie in Bezug auf Art. 13 und 3 EMRK zusätzlich vorbrachten, die Schweiz habe ihre persönliche und familiäre Situation nicht genügend berücksichtigt.<sup>21,22</sup>

<sup>6</sup> Urteil *Tarakhel*, § 121 f. und Ziff. 2 des Dispositivs.

<sup>7</sup> Urteil *Tarakhel*, S. 57 ff.

<sup>8</sup> Urteil *Tarakhel*, § 9.

<sup>9</sup> Urteil *Tarakhel*, § 10.

<sup>10</sup> Urteil *Tarakhel*, § 10.

<sup>11</sup> Urteil *Tarakhel*, §§ 10 und 107.

<sup>12</sup> Urteil *Tarakhel*, § 10.

<sup>13</sup> Urteil *Tarakhel*, § 12.

<sup>14</sup> Heute Staatssekretariat für Migration (SEM).

<sup>15</sup> Urteil *Tarakhel*, §§ 58, 75, 121.

<sup>16</sup> Urteil *Tarakhel*, § 74.

<sup>17</sup> Urteil *Tarakhel*, § 14.

<sup>18</sup> Urteil *Tarakhel*, § 11.

<sup>19</sup> Urteil *Tarakhel*, § 17.

<sup>20</sup> Urteil *Tarakhel*, § 19.

<sup>21</sup> Urteil *Tarakhel*, §§ 1 und 3.

<sup>22</sup> Der Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass der instruierende Präsident des EGMR die Schweiz ersucht hat, während des Verfahrens die Ausweisung nach Italien auszusetzen (§§ 20 f.).

## V. Bisherige Rechtspraxis zu Art. 3 EMRK im Rahmen von «Dublin»

### 1. Rechtspraxis des EGMR zu Art. 3 EMRK im Konnex des Dublin-Systems

Vom materiellen Recht her bedarf es zur Verletzung der nach Art. 3 EMRK verbotenen Behandlung eines *Minimums an Schwere* – ein allerdings relatives Kriterium.<sup>23</sup> Im Fall *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*<sup>24</sup> hielt der EGMR (GC) fest, eine *inhumane* Behandlung liege vor, wenn diese *mit Absicht* («*préméditation*») während Stunden entweder körperliche Verletzungen oder erhebliche physische oder mentale Leiden bewirke.<sup>25</sup> *Erniedrigend* sei eine Behandlung, wenn sie ein Individuum demütige bzw. entwürdigte, sei es aus Mangel an Respekt gegenüber der Menschenwürde, sei es um Furcht, Angst oder Gefühle der Minderwertigkeit auszulösen und damit physischen oder mentalen Widerstand zu brechen.<sup>26</sup> Schliesslich sei in die Beurteilung miteinzubeziehen, ob es das *Ziel* sei, das Opfer zu demütigen oder zu erniedrigen, wobei das Fehlen eines solchen Zieles jedoch eine Verletzung von Art. 3 nicht absolut ausschliesse.

### 2. Die Auslegung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems durch den EuGH

Das *Gemeinsame Europäische Asylsystem* beruht seit dem Vertrag von Lissabon in Bezug auf die Behandlung von Asylgesuchstellern auf der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)<sup>27</sup>. Die Dublin-III-Verordnung<sup>28</sup>, auf die sich der EGMR stützt<sup>29</sup>, verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten<sup>30</sup>, namentlich Art. 1 (Menschenwürde), Art. 4 (Folterverbot), Art. 7 (Privat- und Familienleben), Art. 24 (Rechte des Kindes) und Art. 47 (Recht auf wirksamen Rechtsbehelf) ausdrücklich zu garantieren.<sup>31</sup> Darauf stützt

sich die *Vermutung*, dass *alle* Mitgliedstaaten diese Garantien einhalten, worauf zunächst beim Entscheid über eine Rückführung in den nach Dublin zuständigen Mitgliedstaat vertraut werden darf.<sup>32</sup> Die *Vermutung* ist jedoch, wie das vom EGMR mehrfach zitierte Urteil des EuGH in der Rechtssache C-411/10 und C-493/10 bereits dargelegt hat, *nicht unwiderlegbar*, wenn «*systemische Mängel* des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingung für Asylbewerber in diesem Mitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller *tatsächlich* Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne dieser Bestimmung ausgesetzt zu werden».<sup>33</sup> Indessen könne «daraus nicht geschlossen werden, dass jede Verletzung eines Grundrechts durch den zuständigen Mitgliedstaat die Verpflichtungen der übrigen Mitgliedstaaten zur Beachtung der Bestimmungen der Verordnung Nr. 343/2003 berühren würde».<sup>34</sup> «Es wäre auch nicht mit den Zielen und dem System der Verordnung Nr. 343/2003 vereinbar, wenn der geringste Verstoss gegen die Richtlinien 2003/9, 2004/83 oder 2005/85 genügen würde, um die Überstellung eines Asylbewerbers an den normalerweise zuständigen Mitgliedstaat zu vereiteln.»<sup>35</sup> was zu einem «*forum shopping*»<sup>36</sup> führte.

Im Vorabentscheidungsurteil Rs. C-394/2012<sup>37</sup> hielt der EuGH fest, «dass in einem Fall, in dem ein Mitgliedstaat der Aufnahme eines Asylbewerbers nach Massgabe des in Art. 10 Abs. 1 der Verordnung niedergelegten Kriteriums zugestimmt hat, d.h. als der Mitgliedstaat der ersten Einreise des Asylbewerbers in das Unionsgebiet, der Asylbewerber der Heranziehung dieses Kriteriums nur damit entgegentreten kann, dass er *systemische Mängel* des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für Asylbewerber in diesem Mitgliedstaat geltend macht, die *ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe* für die Annahme darstellen, dass er *tatsächlich* Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta ausgesetzt zu werden».<sup>38</sup>

<sup>23</sup> Urteil *Tarakhel*, § 94.

<sup>24</sup> EGMR-Urteil *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, No. 30696/09, vom 21. Januar 2011.

<sup>25</sup> A.a.O. (FN 24), § 220.

<sup>26</sup> A.a.O. (FN 24), § 220.

<sup>27</sup> Abl. C 364 vom 18.12.2000, 1 ff.

<sup>28</sup> Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 (Neufassung, ABl. L 180 vom 29.6.2013, 31 ff.).

<sup>29</sup> Urteil *Tarakhel*, § 35.

<sup>30</sup> In Bezug auf deren Gültigkeit für die Schweiz s. BBl 2014 2675, 2683 (Botschaft betr. Übernahme und vorläufige Anwendung) und 2014 2727 (E BB), sowie AS 2014 407 (Notenaustausch, vorläufige Anwendung), wiewohl in den Erwägungen der Verordnung die übliche Formel der Weiterentwicklung für die Schweiz nicht erwähnt wird. Vgl. dazu nachfolgend Ziff. VII., 6. mit FN 84.

<sup>31</sup> Erwägungen Nr. 13, 14, 32 und 39. Vgl. EuGH vom 21. Dezember 2011 (Vorabentscheidung) *N.S.* (C-411/10) sowie *M.E. et al.* (493/10), Ziff. 6 ff., 78 ff.

<sup>32</sup> EuGH Urteil C-411 (FN 31), § 79 («Gerade aufgrund dieses Prinzips des gegenseitigen Vertrauens hat der Unionsgesetzgeber die Verordnung Nr. 343/2003 erlassen...»).

<sup>33</sup> Urteil C-411/10 (FN 31), § 106 (zitiert im Urteil *Tarakhel* in § 33).

<sup>34</sup> A.a.O. (FN 31), § 82. Bei der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 vom 18. Februar 2003 (ABl. L 50 vom 25.2.2003, 1 ff.), in Kraft bis 31.12.2013, handelt es sich um die Vorläuferin der später massgebenden Verordnung (EU) Nr. 604/2013 («Dublin-III-Verordnung [FN 28]), auf die sich der EGMR im Folgenden stützt.

<sup>35</sup> A.a.O. (FN 31), § 84.

<sup>36</sup> A.a.O. (FN 31), § 79.

<sup>37</sup> Urteil vom 10.12.2013 i.S. *Abdullahi*, Rz. 62.

<sup>38</sup> Rz. 62. Hervorhebung hier. Zum Vergleich Urteil des EuGH, Rs. C-199/12 bis C201/12, Urteil vom 7.11.2013 i.S. *X, Y und Z* (Vorabentscheidungsverfahren), in dem das (blosse) Bestehen einer Straf-

## VI. Rechtsanwendung durch den EGMR im vorliegenden Fall

### 1. Generelle Ausführungen

Der EGMR stellte fest, dass Art. 3 EMRK den Vertragsparteien keine Verpflichtung auferlege, jeder Person in ihrer Zuständigkeit eine individuelle Wohnmöglichkeit zu garantieren, ebenso wenig seien sie zu einer finanziellen Leistung für einen bestimmten Lebensunterhalt verpflichtet.<sup>39</sup>

Auch seien die *aktuellen Verhältnisse in Italien keinesfalls mit jenen in Griechenland* (zum Zeitpunkt des Falles *M.S.S.*) zu vergleichen.<sup>40</sup>

### 2. Ausführungen *in casu*

#### 2.1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde

Zur Frage der Zulässigkeit der Beschwerde führte der EGMR unter Hinweis auf den Fall *Bosphours*<sup>41</sup> aus, dass die EMRK-Mitgliedstaaten gewisse Souveränitätsrechte zur Erzielung besserer Zusammenarbeit an eine internationale Organisation übertragen könnten, jedoch trotzdem für die Einhaltung der Konventionsbestimmungen bei Handlungen oder Unterlassungen verantwortlich blieben, die gestützt auf nationales Recht oder der Befolgung internationaler Verpflichtungen erfolgten. Das gelte namentlich für Handlungen, die sich nicht auf eine zwingende internationale Pflicht stützten, vor allem, wenn ein Ermessensspielraum vorhanden sei.<sup>42</sup>

Zudem sei die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 für die Schweiz als assoziierter Staat massgebend. Art. 3 Abs. 2 dieser Verordnung erlaube den EU-Mitgliedstaaten (und assoziierten Staaten) in Abweichung von der Grundregel, Asylgesuche, die an sie gestellt werden, selber zu beurteilen, auch wenn sie nach den Kriterien dieser Verordnung dafür nicht zuständig sind.<sup>43</sup> Der Gerichtshof schliesse daraus, dass die Schweiz daher von einer Rückführung nach Italien absehen könne, wenn sie der Auffassung sei, dieses Land erfülle die Konventionsverpflichtungen nicht.<sup>44</sup>

norm für Homosexualität nicht als ausreichendes Kriterium gelte, da diese (noch) keine Verfolgungshandlung darstelle; hingegen sei eine Freiheitsstrafe, die im Herkunftsland deswegen tatsächlich verhängt werde, eine unverhältnismässige oder diskriminierende Verfolgungshandlung (Rz. 61). Vgl. SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Neueste Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Asylrecht, im angekündigten Buch (FN 1), III. 1.

<sup>39</sup> Urteil *Tarakhel*, § 95; vgl. dazu auch das Urteil des BGer 8C\_706/2013 vom 3. November 2014, Erw. 4.1; ferner KAI HAILBRONNER, Aktuelle Entwicklungen und Fragen in den Bereichen Schengen und Dublin, im angekündigten Buch (FN 1), III. 1.

<sup>40</sup> Urteil *Tarakhel*, § 114.

<sup>41</sup> EGMR Urteil vom 30. Juni 2015 (no. 45036/98), §§ 152 ff.

<sup>42</sup> Urteil *Tarakhel*, § 88.

<sup>43</sup> Urteil *Tarakhel*, § 89.

<sup>44</sup> Urteil *Tarakhel*, § 90.

«*Constatant que cette partie la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention*», erklärte der EGMR die Beschwerde (einstimmig) als zulässig.<sup>45</sup>

#### 2.2. Zu den materiell-rechtlichen Fragen

Der EGMR zitiert Berichte und releviert *in genereller Art* und *in extenso* das Asylverfahren einschliesslich dessen (über)lange Dauer<sup>46</sup> und die Unterbringung von Asylanten<sup>47</sup> in Italien.

Überraschend hält der EGMR, dem die rechtliche Zuordnung der Fakten zukomme, sodann fest, er erachte es als *eher angemessen*, die Beschwerde der Asylbewerber auch betreffend Art. 8 EMRK ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 EMRK zu beurteilen.<sup>48</sup>

Sich auch auf die Einlassungen der Niederlande, Schwedens, Norwegens und des Vereinigten Königreiches beziehend, wird vom EGMR festgestellt, der UNO Hochkommissar für das Flüchtlingswesen (HCR) habe keinen Appell erlassen, nach Italien – anders als im Fall Griechenland – keine Rückführungen vorzunehmen.<sup>49</sup>

Der EGMR zitiert im Weiteren in § 35 des Urteils u.a. den gesamten Artikel 33 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Mechanismus zur Frühwarnung, Vorsorge und Krisenbewältigung), macht aber *nicht* geltend, dass dieser Mechanismus ausgelöst worden sei.<sup>50</sup>

Bezüglich Art. 8 EMRK wird auch das Vorbringen der Rekurrenten angeführt, sie hätten keinen Bezug zu Italien und sprächen auch dessen Sprache nicht, was ihr Recht auf Respekt des Familienlebens verletze.<sup>51</sup>

## VII. Bemerkungen

### 1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde

Angeführt werden ausschliesslich Aspekte der grundsätzlichen Verantwortung der EMRK-Parteien für die Einhaltung der Konventionsbestimmungen im Rahmen der eigenen

<sup>45</sup> Urteil *Tarakhel*, § 92. Interessant und aufschlussreich ist hier die Wendung «*cette partie de la requête*». Vgl. dazu nachfolgend Ziff. VII., 4.

<sup>46</sup> Urteil *Tarakhel*, §§ 57 ff., 69, 76 ff., 107.

<sup>47</sup> Urteil *Tarakhel*, §§ 59 ff., 70 ff., 78 ff., 83 ff., 108 ff.

<sup>48</sup> Urteil *Tarakhel*, § 55.

<sup>49</sup> Urteil *Tarakhel*, § 79.

<sup>50</sup> 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). Vgl. dazu HAILBRONNER (FN 1), III. 1.

<sup>51</sup> Urteil *Tarakhel*, § 54. Ob sich hinsichtlich Bezug zum Land und Sprache ein Unterschied zur Schweiz ergebe, wurde nicht weiter releviert.



nicht nur rein territorial begründete Zuständigkeit (Art. 1 EMRK). Davon ausgehend wird die Brücke geschlagen, die Schweiz habe nach Art. 3 Abs. 2 (sog. «Souveränitätsklausel») der für sie massgebenden Verordnung (EG) Nr. 343/2003 die Möglichkeit, das an sie gerichtete Asylgesuch – in Abweichung von der Grundregel des Dublin-Systems – selber zu beurteilen, sofern sie die Auffassung habe, Italien erfülle die grundrechtlichen Anforderungen nicht konventionskonform. Demzufolge sei die Beschwerde nicht unzulässig (vorstehend, VI. 2., 2.1).

Dies konterkariert das Dublin-System in zweifacher Weise: Auch wenn der Feststellung, wonach die EMRK-Parteien für ihre Handlungen und Unterlassungen auch im Rahmen internationaler Verpflichtungen verantwortlich seien, ohne Weiteres zu folgen ist, kann daraus nicht eine eigenständige und generelle *Pflicht*, das Vertrauensprinzip hinsichtlich der Grundrechtsgarantien (V. 2.) in Frage zu stellen oder gar auszuhöhlen, abgeleitet werden. Darüber hinaus bedeutete dies, die Autorität des institutionellen internationalen Fachorgans, des UN HCR, in Frage zu stellen.

Für die Widerlegung der Vermutung der konventionskonformen Befolgung der Grundrechtsgarantien bedarf es der ernsthaften und durch Tatsachen bestätigten Gründe für die Annahme, dass die Rekurrenten *tatsächlich* Gefahr laufen, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK (bzw. Art. 4 der EU Grundrechtscharta) ausgesetzt zu werden (vorstehend, V.2). Eine solche Darlegung ist – nach den Ausführungen im Urteil – dem Asylgesuch gerade nicht zu entnehmen, da nur in genereller Weise Mängel aufgeführt werden.

Keine Ausführungen sind dem EGMR-Urteil hinsichtlich hinreichender Begründung in *sachlicher* Hinsicht, der genügend substantiierten Verletzung der rubrizierten Konventionsgrundrechte zu entnehmen. Die Rekurrenten haben in keiner Weise vorgebracht, erniedrigend oder demütigend behandelt oder von wenig erfreulichen Verhältnissen übermässig persönlich betroffen worden zu sein, und vermochten auch nicht in konkreter Weise darzutun, dass dem im vorgesehenen Zentrum (mit mindestens erheblicher Wahrscheinlichkeit) so sein werde.<sup>52</sup> Die Folgerung der Zulässigkeit der Beschwerde qua hinreichender Begründung stimmt daher weder mit dem zuvor vom Gericht Ausgeführten noch mit der bisherigen Praxis überein.<sup>53</sup>

## 2. Zu den kritisierten Verhältnissen

In den zitierten Berichten wird die überlange Dauer der Asylverfahrens schon bis zur Identifikation kritisiert, obwohl die Beschwerdeführer feststelltermassen unmittelbar nach ihrer Landung in Italien (gleichentags) registriert und zusammen in ein Empfangszentrum geführt worden waren.<sup>54</sup> Durch ihre unbewilligte Abreise nach zwei Tagen aus dem Zentrum von Bari liessen sie den italienischen Behörden keine Zeit, ihnen eine Unterkunft ausserhalb eines Asylzentrums zur Verfügung zu stellen.

Weder gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht noch dem EGMR haben die Beschwerdeführer vorgebracht, sie seien konkret in erniedrigender oder entwürdigender Weise behandelt oder ihre Familie sei getrennt worden oder es bestehe eine entsprechende konkrete Gefahr. Begründet wurden die schwierigen Unterbringungsverhältnisse mit einem *«risque (qui) découlerait de l'absence de garanties de prise en charge individuelle face aux défaillances systémiques dont pâtirait le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile en Italie»*.<sup>55</sup> Die *«conditions d'hébergement dans ce centre étaient mauvaises, en raison notamment de l'absence d'installations sanitaires appropriées, de la promiscuité et du climat de violence qui aurait régné parmi les occupants»*,<sup>56</sup> ohne jede Konkretisierung in Bezug auf ihre Personen, was für die Darstellung einer tatsächlichen Gefahr der Verletzung von Art. 3 EMRK aber notwendig ist.

In keiner Weise dargetan wurde, dass es Ziel oder gar Absicht der italienischen Behörden sei, Asylbewerber unmenschlich oder erniedrigend zu behandeln. Mit der Beurteilung der Verhältnisse als gegen Art. 3 EMRK verstossend wird diese Zielsetzung jedoch implizit unterstellt (vgl. vorstehend, V.1).

Wiederholt wird von *«certains problèmes»* in *«certains centres d'accueil»* berichtet<sup>57</sup>, dann auf die spezielle Situation der Familie mit fünf Kindern verwiesen<sup>58</sup>, ebenso darauf, dass Italien Familien mit (kleinen) Kindern als der Kategorie der besonders verletzlichen Personen zurechne, und festgestellt, dass die Lage in Italien keineswegs mit derjenigen in Griechenland zur Zeit des Falles M.S.S. zu vergleichen sei (vorstehend, V.1; VI.2., 2.2). Die Regierung Italiens habe jedoch nicht vermocht, *«précisions sur les conditions spécifiques de prise en charge des requérants»*

<sup>52</sup> Umgekehrt stellte das Gericht fest: «les requérants n'avaient pas présenté aux autorités nationales d'éléments laissant présumer un quelconque risque pour leur sécurité dans l'hypothèse d'un renvoi vers l'Italie» (§ 130).

<sup>53</sup> Vgl. die von den Richtern mit abweichender Meinung zitierten Urteile des EGMR, alle aus dem Jahre 2013 (anschliessend an das Urteil *Tarakhel*), S. 60, ebenso wie deren Argumentation S. 57 ff; ferner die Kritik an der Praxis des EGMR hinsichtlich der Beschwerde Zulässigkeit

begründung bei JANNEKE GERARDS, Inadmissibility Decisions of the European Court of Human Rights: A Critique of the Lack of Reasoning, in: Human Rights Law Review, 2014, 0, 1 et seq. Vgl. ferner nachfolgend VII. 3 in fine.

<sup>54</sup> Urteil *Tarakhel*, § 116.

<sup>55</sup> Urteil *Tarakhel*, § 3.

<sup>56</sup> Urteil *Tarakhel*, §§ 3 und 11.

<sup>57</sup> Urteil *Tarakhel*, §§ 111 ff.

<sup>58</sup> Urteil *Tarakhel*, §§ 119 f.

zu liefern, es bedürfe «*d'informations détaillées et fiables quant à la structure précise de destination*».<sup>59</sup>

Damit legt der EGMR seinen rechtlichen Erwägungen einen Sachverhalt zu Grunde, der von demjenigen, von dem gemäss konkreten Abklärungen (vorstehend, III.) das BFM und das Bundesverwaltungsgericht ausgegangen sind, abweicht und der zumindest griechische Verhältnisse insinuiert.<sup>60</sup>

### 3. Zum Einbezug von Art. 8 in Art. 3 EMRK

Mit der knappen Begründung, dass ihm die Zuordnung der Fakten zukomme, hält der EGMR, obwohl bisher von Zuständen oder Verhaltensweisen im Widerspruch zu Art. 3 EMRK konkret nie die Rede war, die Beurteilung der Beschwerde nach Art. 8 EMRK unter dem Blickwinkel von Art. 3 EMRK für «*plus approprié*» (VI. 2.2).<sup>61</sup>

In formeller Hinsicht ist festzustellen, dass die Beschwerdeführer – laut Wortlaut des Urteils des EGMR<sup>62</sup> – vor den nationalen Instanzen eine Verletzung von Art. 8 EMRK weder explizit noch implizit, d.h. der Sache nach geltend gemacht haben. Das wäre allerdings eine Voraussetzung, um die Beschwerde diesbezüglich als zulässig zu beurteilen.<sup>63</sup> Ob der EGMR mit dem Einbezug von Art. 8 in Art. 3 EMRK eine Unzulässigkeitsklärung übergehen wollte, muss hier offen bleiben. Der summarische Hinweis auf Art. 35 Abs. 3 EMRK<sup>64</sup> vermag in diesem Fall mit den unterschiedlich vorgebrachten Begründungen die erheblichen Zweifel an der Zulässigkeit der Beschwerde betr. Art. 8 EMRK nicht auszuräumen.

Durch die Beurteilung der Beschwerde nach Art. 8 (ausschliesslich) unter den Kriterien von Art. 3 EMRK wird der sachliche Schutzbereich der Familie ebenso wie das Kindeswohl (als persönlicher und sachlicher Schutzbereich), deren Bedeutung im Verhältnis zu andern öffentlichen Interessen einem Ermessensspielraum unterliegt (vgl. Ziff. 2 von Art. 8 EMRK),<sup>65</sup> in den Bereich des *absoluten Schutzes*

*des Folterverbotes*, der zum *ius cogens* gehört, einschliesslich strengere Sachverhaltsbeurteilung, durch den EGMR integriert. Ausländer- oder asylrechtliche Massnahmen unterliegen, insbesondere wenn sie vorübergehender Art bzw. von kurzer Dauer sind,<sup>66</sup> jedoch der Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit,<sup>67</sup> was für das Folterverbot gerade nicht zutrifft.<sup>68</sup> Diese «eher angemessene» Betrachtungsweise des EGMR erscheint daher auch dogmatisch als unzulässig.

Ob der EGMR die Beurteilung der Beschwerde nach Art. 8 ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 EMRK als *eher angemessen* empfand (VI.2.2), um damit seiner eigenen Praxis, wonach er – ausgenommen in Fällen von Art. 2 und 3 EMRK – von Sachverhalten, wie sie von den nationalen Instanzen erhoben worden sind, nur abweiche, soweit konkrete «Anhaltspunkte («cogent elements») für ein fehlerhaftes Vorgehen» der nationalen Behörden vorlägen, nicht zu widersprechen,<sup>69</sup> muss auch hier offen bleiben. Jedenfalls dehnte er die strengere Beurteilung von bisher ausschliesslich auf Art. 2 und 3 EMRK als privilegierte bzw. qualifiziert geschützte Grundrechte<sup>70</sup> bezogenen Sachverhalten auf solche nach Art. 8 EMRK aus.

Die Verhältnisse in Italien sind nach der Beurteilung des UN HCR indessen nicht dergestalt, dass er Rückführungen nach diesem Land generell untersagt hätte; also bilden sie auch kein Hindernis in Form hinreichend gravierender systemischer Mängel (vorstehend, V.2) im Sinne eines Verstosses gegen die Anforderungen nach Art. 3 EMRK für die Rückführung einer Familie, namentlich nicht, wenn ein den Anforderungen genügendes Zentrum für Asylsuchende mit Kindern als Aufnahmeort konkret zugesagt worden ist.<sup>71</sup>

Nach seiner eigenen Praxis bedarf es für die Annahme einer inhumanen oder erniedrigenden Behandlung einer entsprechenden Absicht; es sei in die Beurteilung miteinzubeziehen, ob es das Ziel sei, das Opfer zu demütigen oder zu erniedrigen (V.1). Da das Fehlen eines solchen

<sup>59</sup> Urteil *Tarakhel*, § 121,

<sup>60</sup> Zur Praxis des EGMR, andere Sachverhalte als die nationalen Gerichte zur Grundlage seiner Urteile zu machen: STEFAN SCHÜRER, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Tatsacheninstanz, in: EuGRZ 2014, 512 ff., 514, 516.

<sup>61</sup> Das entspricht zunächst einer «dynamischen Interpretation» des Sachverhaltes, die mit Blick auf den absoluten Inhaltscharakter von Art. 3 EMRK höchst problematisch erscheint; vgl. die diesbezügliche Kritik bei CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL Europäische Menschenrechtskonvention, 5. A., München 2012, § 5, Rz. 13.

<sup>62</sup> §§ 14–19.

<sup>63</sup> EGMR *Azinas v. Cyprus* (no. 56679/00), 28 April 2004, §§ 39 ff.; GRABENWARTER/PABEL, a.a.O. (FN 61), Rz. 35; MARC VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. A., Zürich 1999, Rz. 134.

<sup>64</sup> Urteil *Tarakhel*, § 92.

<sup>65</sup> Vgl. HAILBRONNER (FN 1), III. 1. Das gilt namentlich, wenn es sich um positive Massnahmen handelt; so wohl auch JÖRG PAUL MÜL-

LER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, 71 in FN 100.

<sup>66</sup> Vgl. EGMR *Soering c. Royaume-Uni* (Nr. 14038/88) vom 7. Juli 1989, § 106.

<sup>67</sup> GRABENWARTER/PABEL (FN 61), § 22, Rz. 66; RAINER J. SCHWEIZER in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014, N 44 ff. zu Art. 13 BV, mit Hinweisen auf die EGMR-Praxis.

<sup>68</sup> Vgl. MÜLLER/SCHNEIDER (FN 65), 66 («eine Güterabwägung findet nicht statt»).

<sup>69</sup> SCHÜRER (FN 60), 514 m.w.N., 519.

<sup>70</sup> RAINER J. SCHWEIZER/MARKUS H.F. MOHLER, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (FN 67), Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 39.

<sup>71</sup> Vgl. die Argumentation der Richter mit abweichender Meinung, Urteil *Tarakhel*, S. 58.

Zieles eine Verletzung von Art. 3 EMRK nicht absolut ausschliesst, bedeutet dies aber im Rahmen des Vertrauens in die Einhaltung der Grundrechtsgarantien durch die EU-Mitgliedstaaten, dass mindestens die Kriterien für die Widerlegung dieses Vertrauens im konkreten Fall gegeben sein müssen (vorstehend, Rz.15 ff.). Das ist *in casu* gerade nicht der Fall.

Der EGMR hat mit diesem Mehrheitsbeschluss ein weiteres und unklares Kriterium in Bezug auf die Zulässigkeit von Rückführungen nach dem Dublin-System eingeführt, was ihm indessen nicht zusteht.<sup>72</sup>

#### 4. Zur möglichen Anwendung der «Souveränitätsklausel»

Eigenartig erscheint die Logik der Argumentation des EGMR, wonach die Schweiz nach der «Souveränitätsklausel» (vorstehend, V.2.1 und VII.1) das Asylgesuch selber beurteilen könne. Die zu relevierenden Kriterien für die *Gewährung von Asyl* beziehen sich ja auf das *Herkunftsland* der Bewerber und nicht auf den für die Beurteilung des gemäss dem Dublin-System zuständigen EU-Mitgliedstaaten. Der EGMR argumentiert indessen ausschliesslich zu den Verhältnissen in Italien. Selbst wenn die schweizerischen Behörden die Verhältnisse in Italien als nicht hinreichend grundrechtskonform angesehen hätten, hätte es nach den Ausführungen im Urteil an jeglicher Begründung für eine Asylgewährung, die sich auf das *Herkunftsland* bezieht, gefehlt. In Iran haben die erwachsenen Gesuchsteller immerhin fünfzehn Jahre gelebt und dabei fünf Kinder erhalten (vorstehend, II.), was zumindest keine unmittelbare Vermutung auf das Vorliegen von Asylgründen nahelegt. Auch aus dieser Warte erscheint daher die Feststellung, das Gesuch sei nicht «*manifestement mal fondé*» (vorstehend, VI.2.1 und VII.1.) nicht nachvollziehbar.

#### 5. Die Bedingtheit einer allfälligen Verurteilung nach Art. 3 EMRK

Besondere Beachtung verdient sodann die Ziffer 2 des Urteilsdispositivs:

*«qu'il y aurait violation de l'article 3 de la Convention si les requérants devaient être renvoyés en l'Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale».*<sup>73</sup>

Es handelt sich also *nicht* um eine Verurteilung wegen einer *begangenen Verletzung* eines Grundrechtes gemäss EMRK,

sondern um die *gerichtliche Feststellung*, dass es eine Verletzung von Art. 3 EMRK bedeutete, wenn die Asylgesuchsteller nach Italien zurückgeführt würden, ohne dass die schweizerischen Behörden zuvor von den italienischen Behörden eine konkrete, auf die Asylanten bezogene *individuelle Garantie der Sorge um das Kindeswohl und dem Schutz der Familie* erhalten hätten, quasi ein *obiter dictum*.<sup>74</sup> Es handelt sich um eine Hypothese einer nicht auszuschliessenden Verletzung von Art. 3 EMRK durch Italien, wiewohl es sich bei diesem Land keineswegs um einen notorischen Unrechtsstaat, in dem systematisch Verstösse gegen Art. 3 EMRK anzunehmen sind, handelt.<sup>75</sup> Dieses Verdikt kommt einer Art *Vorabentscheidung* gleich, die im Regelwerk des EGMR keine Grundlage findet: Es handelt sich *nicht* um die Vermeidung einer sonst *unausweichlichen* Behandlung entgegen Art. 3 EMRK.<sup>76</sup>

Diese Anforderung an das Vorgehen der beteiligten Verwaltungsbehörden führt zur Frage, ob sie nicht eine Verletzung der Souveränität der Schweiz und von Italien ebenso wie eine Missachtung des Gewaltenteilungsprinzips darstellt. Wenn die italienischen Behörden auf eine entsprechende Anfrage schweizerischerseits die Erklärung abgeben, dass die zurückgeführte Familie in einem konkret genannten, von einem speziellen europäischen Fonds finanzierten Zentrum in Bologna untergebracht würde, so gebieten das Vertrauensprinzip, auf dem das Dublin-System bzw. das ganze EU-Rechtssystem bezüglich Grundrechte<sup>77</sup> beruht, ebenso wie die Pflichten und Gepflogenheiten des Völkerrechts<sup>78</sup> bzw. der internationalen Zusammenarbeit

<sup>74</sup> Vgl. SCHÜRER (FN 60), 519 m.w.N.

<sup>75</sup> Vgl. diejenigen EMRK-Vertragsstaaten, bei denen das Bundesgericht im Rahmen der internationalen Rechtshilfe das Einholen von Zusicherungen in Bezug auf die Einhaltung der Menschenrechte verlangt hat, bei ROBERT WEYENETH, Die Menschenrechte als Schranke der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, in: recht 2014, 114 ff., 124.

<sup>76</sup> Vgl. MARTEN BREUER, in: Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz (EnzRuR Bd. 2), Baden-Baden et al. 2014, § 7, Rn 24. Selbst das Protokoll Nr. 16 zur EMRK vom 2. Oktober 2013, das noch nicht in Kraft getreten ist, sieht kein eigentliches Vorabentscheidungsverfahren vor, sondern ermächtigt ausschliesslich die obersten Gerichte eines EMRK-Mitgliedstaates, in hängigen Fällen eine *advisory opinion* vom EGMR einzuholen (Art. 1), die ihrerseits nicht bindend ist (Art. 5).

<sup>77</sup> Vgl. nun auch das Gutachten des EuGH vom 18. Dezember 2014 betr. Entwurf eines internationalen Übereinkommens – Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Vereinbarkeit des Entwurfs mit dem EU-Vertrag und dem AEU-Vertrag (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>; zuletzt besucht: 3.1.2015), §§ 168, 191, 194.

<sup>78</sup> Vgl. Art. 26 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111): «*Pacta sunt servanda*. Ist ein

<sup>72</sup> Vgl. die im Urteil *Tarakhel* (§ 33) ausführlich wiedergegeben diesbezügliche Argumentation des EuGH im Entscheid *N.S.* (FN 31), § 85.

<sup>73</sup> Hervorhebungen hier.



und gegenseitiger Amtshilfe, diese Erklärung – mindestens bis zum Vorliegen triftiger, d.h. nachweisbarer Gründe für das Gegenteil – als zutreffend und hinreichend zu akzeptieren.<sup>79</sup> Dies gilt umso mehr, als der UN HCR in Italien keine Verhältnisse festgestellt hat, die den Verzicht auf Rückführungen geböten. Die Anforderung in diesem Urteil unterstellt, dass die zuständigen Behörden Italiens und der Schweiz ihre verwaltungsrechtlichen Aufgaben nicht korrekt nach Treu und Glauben erfüllten.<sup>80</sup>

## 6. Neue Rechtslage

Hingewiesen sei schliesslich auf *eine dem intertemporalen Recht zuzuschreibende Differenz*: Das Bundesverwaltungsgericht (ebenso wie das BFM) stützte sich auf die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 («Dublin-II-Verordnung»)<sup>81</sup>, der EGMR jedoch teilweise auf die Verordnung (EU) Nr. 604/2013 («Dublin-III-Verordnung»)<sup>82</sup>, anwendbar seit 1. Januar 2014,<sup>83</sup> in der im Gegensatz zum vorgängigen Erlass des Sekundärrechts ausführliche Bestimmungen über die Behandlung von Minderjährigen und von Familien

eingefügt worden sind.<sup>84</sup> Ob die gerichtlich verbindliche Subsumtion des Sachverhaltes ausschliesslich unter Art. 3 EMRK auf diesen Unterschied, d.h. die neue Sekundär-Rechtslage, zurückzuführen sein soll, geht aus dem Urteil nicht hervor. Es muss daher vorerst offen bleiben, ob allein die unterschiedliche Beurteilung des Sachverhalts zu einem vom Bundesverwaltungsgericht abweichenden Urteil führte oder auch die neue Rechtsgrundlage, die anlässlich der Entscheide der nationalen Instanzen noch nicht galt, dazu beitrug. Hätte der EGMR die Beschwerde betr. Art. 8 EMRK gesondert und nicht im Rechtsrahmen von Art. 3 EMRK beurteilt, wäre diese entscheidende Frage beantwortet worden. Indessen vermag EU-Sekundärrecht die Grundrechtsdogmatik per se nicht zu ändern.

Angemerkt sei hinsichtlich des Zeitablaufs, dass das ganze Verfahren in der Schweiz innert drei Monaten, also sehr schnell, durchgeführt worden ist (Asylgesuch: 3. November 2011; Urteil des Bundesverwaltungsgericht: 9. Februar 2012), während der Prozess vor dem EGMR anschliessend zweieinhalb Jahre dauerte (Beschwerde an den EGMR: 10. Mai 2012; Urteil des EGMR: 4. November 2014). Eine lange Verfahrensdauer begünstigt eine zwischenzeitliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, was einerseits zu den erwähnten unterschiedlichen Beurteilungsgrundlagen führen kann, andererseits den zeitlich umrissenen Schutzbereich des Familienlebens

Vertrag in Kraft, so bindet er die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen.»; WEYENETH (FN 75), 123 f.

<sup>79</sup> Vgl. EGMR Urteil *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (FN 24) die Einlassung der Niederlande in § 330: «Il faut présumer que la Grèce se conforme à ses obligations internationales et considérer qu'une personne transférée pourra saisir les juridictions internes et ensuite, s'il y a lieu, la Cour. Toute autre conclusion reviendrait de facto à révoquer le principe de confiance interétatique sur lequel le système «Dublin» se fonde, à bloquer, par le jeu des mesures provisoires, l'application du règlement ainsi qu'à remettre en cause l'approche équilibrée et nuancée que la Cour a adoptée, notamment dans son arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* ([GC], no 45036/98, CEDH 2005-VI), pour évaluer la responsabilité des Etats quand ils appliquent le droit communautaire.» Für Griechenland ist die Vermutung der Einhaltung der internationalen grundrechtlichen Verpflichtungen inzwischen widerlegt worden, was für Italien gerade nicht der Fall ist.

<sup>80</sup> Die Einigung zwischen Italien und der Schweiz auf das Vorgehen bei Rückführungen gemäss Medienmitteilung des BFM vom 27. November 2014 (<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=55402>; zuletzt besucht: 27.11.2014) ändert nichts Grundsätzliches an dieser Feststellung. Gemäss Medienmitteilung des SEM vom 1. April 2015 ist die Familie am 31. März 2015 nach Italien ausgereist und dort entsprechend den Vorgaben einlogiert ([www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=56756](http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=56756); zuletzt besucht: 1. April 2015).

<sup>81</sup> FN 34.

<sup>82</sup> FN 28; vgl. Urteil *Tarakhel*, § «36. Le règlement Dublin III est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 et a été «repris» par le Conseil fédéral suisse le 7 mars 2014.»

<sup>83</sup> Bedingt (vgl. FN 84 *in fine*) vorläufig in Kraft seit dem 19. Juli 2013 (Art. 49 Abs. 1 der VO; Botschaft des Bundesrates vom 7. März 2014 über die Genehmigung und die Umsetzung ... der Verordnungen (EU) 603/2013 und 604/2013 (BBl 2014 2675 ff.), 2682. Vgl. PROGIN-THEUERKAUF im angekündigten Buch (FN 38), I.

<sup>84</sup> Zum innerschweizerischen Ablauf der Übernahme der Weiterentwicklung des Dublin/Eurodac-Besitzstandes: Mit dem Notenaustausch vom 14. August 2013 betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (AS 2013 5505) wurde festgehalten: «von der Schweiz vorläufig angewendet seit dem 1. Januar 2014», wobei sich dies gemäss FN 2 auf Art. 1–18 Abs. 1, 19–27 Abs. 3, 27 Abs. 4–6, 29–49 bezieht. In der Botschaft des Bundesrates vom 7. März 2014 zu diesem Geschäft (BBl 2014 2675 ff.) steht zu lesen, der Bundesrat habe – gestützt auf Art. 7b Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010) – am 18. Dezember 2013 beschlossen, «im Einklang mit Artikel 4 Absatz 3 DAA die direkt anwendbaren Bestimmungen der Dublin III-Verordnung bereits ab dem 1. Januar 2014 vorläufig anzuwenden» (2724; mit Verweis auf den Notenaustausch vom 14. August 2013; so bereits im Erläuterungsbericht vom August 2013 im Vernehmlassungsverfahren (<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2013.html>, zuletzt besucht: 25.11.2014), 37). Mit der Botschaft wird auch der Notenaustausch vom 14. August 2013 – mit knappem Hinweis als Titelvermerk auf die teilweise vorläufige Anwendung der Verordnung – nochmals publiziert (BBl 2014 2741). Der Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches betreffend Übernahme der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 erfolgte am 26. September 2014 (BBl 2014 7371 ff.); die *Referendumsfrist* lief am 15. Januar 2015 ab, was der EGMR offenbar übersah (Urteil *Tarakhel*, § 36). Darin zeigt sich auch eine Problematik der vorläufigen Anwendung von Bestimmungen eines EU-Sekundärrechtsaktes, der als Ganzes von der Bundesversammlung genehmigt werden muss und dem fakultativen Referendum unterliegt.



(«Verwurzelung»)<sup>85</sup> gegenüber jenem, auf den sich das letztinstanzliche nationale Gericht stützte, ausdehnt.

## 7. Konsequenz

Das Urteil des EGMR *Tarakhel gegen die Schweiz* fördert just das «forum shopping», das zu verhindern das Ziel des Dublin-Systems ist.<sup>86</sup> Es verlängert auch die Praxis eines (quasi erstinstanzlichen) Tatsachengerichts,<sup>87</sup> was seiner *Subsidiaritätsfunktion*<sup>88</sup> abträglich ist und Widerstände provoziert.<sup>89</sup>

Die grosse Zahl der nach Europa strömenden Asylsuchenden hat offenkundig gemacht, dass das *Dublin-System* zumindest mit Blick auf die Mittelmeer-Anrainerstaaten nicht mehr richtig funktioniert, ja eigentlich *dysfunktional* geworden ist. Diese Problematik lässt sich aber weder mit einer dem gesetzten Recht strikte nachkommenden, noch mit einer diesem ebenso klar zuwiderlaufenden Anwendung der Dublin-Regeln lösen. Es bedarf dringend vorab politischer, auf der mehrfach beschworenen *Solidarität*<sup>90</sup> beruhender *Problemlösungsanstrengungen*.

## 8. Weitere Auswirkungen

Urteile verschiedener Gerichte (EGMR, EuGH, niedrigere Gerichte in Deutschland<sup>91</sup>) wurden im Zusammenhang mit dem Dublin-Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates gefällt, der für die Prüfung von Drittstaatenangehörigen oder Staatenlosen gestellten Anträgen auf internationalen Schutz zuständig ist. Indessen geht es im Kern nicht um Verfahrensfragen, sondern um die *tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf die Aufnahme und Unterbringung von Asylgesuchstellern in verschiedenen Mitgliedstaaten* bzw. im vorgesehenen Zielland. Alles andere würde die Verantwortung für die grundrechtskonforme und das *non-refoulement*-Prinzip respektierende *Umsetzung* dieser verbindlichen und teilweise zwingenden Normen auf Mitgliedstaaten übertra-

gen, die nach dem Dublin-System für die Prüfung solcher Anträge eigentlich gerade nicht zuständig sind.<sup>92</sup>

Soweit ersichtlich, wurden bisher in Urteilen<sup>93</sup> drei Mitgliedstaaten genannt, in denen diese Verhältnisse in unterschiedlicher Weise den zu stellenden Anforderungen der EMRK und der GRC nicht entsprechen.

Stellen aber die tatsächlichen Verhältnisse in einzelnen Mitgliedstaaten die Crux dar, sind solche gerichtliche Erkenntnisse auch für andere Formen der Rückschaffung massgebend. Dies gilt demnach insbesondere bei Kontrollen von Migrantinnen und Migranten an den zwischenstaatlichen Binnengrenzen.<sup>94</sup> Nach Art. 25 Abs. 2 und 3 BV darf niemand in einen Staat ausgeschafft oder ausgeliefert werden, in dem ihm oder ihr Folter oder eine andere Art grausamer oder unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht. Entsprechen die Verhältnisse in einem Mitgliedstaat im Dublin-Verfahren nicht den Anforderungen nach den gültigen Massstäben, so können an einer Landesgrenze aufgegriffene Migranten mit Kindern – wie im Beispielfall Italien – nicht direkt zurück übergeben werden, da die vom EGMR verlangte individuelle Garantie *hic et nunc* kaum erhältlich sein dürfte, im Beispielfall der Niederlande, da – nach den Beurteilungen deutscher Gerichte – das menschenwürdige Existenzminimum nicht gewährleistet sei.<sup>95</sup>

Der Anreiz, das Dublin-System zu unterlaufen und unrechtmässig in einen Mitgliedstaat zu migrieren, in dem mehr als den minimalen Anforderungen genügende Verfahrensabläufe und Unterbringungsverhältnisse zu erwarten sind, wird dadurch unmittelbar geweckt bzw. gefördert, was u.a. der Erwägung 25 der Dublin-III-Verordnung direkt widerspricht. Demzufolge stellt sich innerhalb des Dublin-Systems mit Bezug auf Verhältnisse in Mitgliedstaaten, die eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen könnten,

<sup>85</sup> SCHWEIZER, St. Galler Kommentar (FN 67) zu Art. 13 BV, Rz. 45.

<sup>86</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-394/12 (FN 37), Rz. 53; vgl. auch die Positionsbezüge der Niederlande, von Schweden, Norwegen und des Vereinigten Königreiches, Urteil *Tarakhel*, § 79, sowie HAILBRONNER im angekündigten Band (FN 1), III. 1, ebenso PROGIN-THEUERKAUF im angekündigten Buch (FN 38), II. 2. b in Bezug auf Minderjährige ohne Familienangehörige oder aufnahmebereite Verwandte.

<sup>87</sup> SCHÜRER (FN 60), 512 ff.

<sup>88</sup> Vgl. SCHÜRER (FN 60), 520. Zum hohen Stellenwert des Subsidiaritätsprinzips als Element der Glaubwürdigkeit DANIEL THÜRER, Verfassungs- und völkerrechtlicher Status der Grundrechte, in: Delf Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007, Bd. VII/2, § 203, Rz. 58.

<sup>89</sup> Der Autor dieses Beitrages betont hierzu, dass er die Institution des EGMR damit in keiner Weise in Zweifel zieht, sondern im Gegenteil – auch für die Schweiz – für unverzichtbar hält.

<sup>90</sup> Vgl. nachfolgend Rz. 26 mit FN 98.

<sup>91</sup> Besprechung im angekündigten Buch (FN 1).

<sup>92</sup> Daran ändert Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) 343/2003 nichts (gemäss EuGH, Rs. C-528/11 [*Halaff*], Urteil vom 30. Mai 2013, steht jedem Mitgliedstaat ohne besondere Bedingung die Ausübung des Selbsteintrittsrechts zu [Rz. 35 ff.]); vgl. PROGIN-THEUERKAUF im angekündigten Buch (FN 38), II. 1 b.

<sup>93</sup> EGMR *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (FN 24), EuGH i.S. *N.S.* sowie *M.E.* (FN 31) und Beschluss des Verwaltungsgerichts Darmstadt vom 7. Mai 2014 (Az. 4 L 597/14 [<https://openjur.de/u/690572.html>]; zuletzt besucht: 20.11.2014]); die Aufzählung der Urteile ist nicht vollständig, jedoch sind in den nicht erwähnten Urteilen keine weiteren Mitgliedstaaten, denen abgesprochen wird, die Anforderungen nach Art. 3 EMRK zu erfüllen, erwähnt.

<sup>94</sup> Vgl. HAILBRONNER im angekündigten Buch (FN 1), II. 2., der dafür hält, dass die Kriterien nach Art. 23 ff. der Verordnung (EU) Nr. 1051/2013 (Schengener Grenzkodex, Änderung) auch subjektive Rechte begründen und somit justiziabel sind.

<sup>95</sup> Vgl. die entsprechende Frage der Richter mit der abweichenden Meinung, Urteil *Tarakhel*, 61. Zum qualifizierten Vertrauen in Bezug auf die Beachtung der europäischen *ordre public* WEYENETH (FN 75), 119 ff., 124.

die Frage, ob nicht vielmehr diese Mitgliedstaaten primär durch die Behörden der EU mit hinreichender Unterstützung zu einer diese Anforderungen respektierenden Umsetzung der Normen verhalten bzw. durch den EGMR gerügt werden müssen.<sup>96</sup> Innerhalb dieses Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erscheint eine *Verletzung des non-refoulement-Prinzips* wegen einer drohenden Verletzung von Art. 3 EMRK als *fundamental systemwidrig*, ja absurd.<sup>97</sup> Sind einzelne Mitgliedstaaten durch die unerwartet enorm grosse Zahl von ankommenden Migrantinnen und Migranten unvermeidlicherweise überfordert, bedürfte es vorab und dringlich der Umsetzung der wiederholt stipulierten Solidarität im Gemeinsamen europäischen Asylsystem (GEAS).<sup>98</sup>

Ob nach einem gelegentlichen Beitritt der EU zur EMRK<sup>99</sup> der EGMR die Frage der Verantwortung im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK anders beurteilt, wird die diesbezügliche Judikatur zeigen.

Die *derzeit bestehende Rechtsunsicherheit* zeigt sich an der grossen Zahl der Vorlagen um Vorabentscheidungen an

den EuGH: 2014 wurden 476 Ersuchen eingereicht; davon betrafen 49 den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> Ähnlich auch die Richter mit der abweichenden Meinung, Urteil *Tarakhel*, 61, *in fine*.

<sup>97</sup> Demgegenüber hat die Schweiz ihre Verantwortung gerade diesbezüglich *in casu* nicht bestritten, Urteil *Tarakhel*, § 88.

<sup>98</sup> Vgl. die Erwägungen 4, 7 («Raum des Schutzes und der Solidarität»), 8 (Solidaritätsmassnahmen), 9 («Da ein gut funktionierendes Dublin-System für das GEAS von grosser Bedeutung ist, sollten seine Grundlagen und seine Funktionsweise im Zuge des Aufbaus anderer Instrumente des GEAS und der *Solidarität der Union* überprüft werden.»), 22 («Solidarität, die ein Kernelement des GEAS bildet»: «Durch die Steigerung dieses Vertrauens könnte der Prozess für Frühwarnung, Vorsorge und Bewältigung von Asylkrisen die Lenkung konkreter Massnahmen echter und praktischer Solidarität gegenüber Mitgliedstaaten verbessern, um den betroffenen Mitgliedstaaten im Allgemeinen und den Antragstellern im Besonderen zu helfen.»), 25 («Der schrittweise Aufbau eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem der freie Personenverkehr gemäss den Bestimmungen des AEUV gewährleistet wird, ... erfordern ausgewogene, im Geiste der Solidarität anzuwendende Zuständigkeitskriterien.»). Vgl. dazu auch PETER UEBERSAX/RHEA WEITZEL, FRONTEX und die Schweiz – ein Blick auf die Regelung der Beteiligung der Schweiz und der Verantwortlichkeiten beim europäischen Aussengrenzschutz, im angekündigten Buch (FN 1), II. 10; MARKUS H.F. MOHLER, Der neue Besitzstand von Schengen und Dublin, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, Weiterentwicklungen der Rechtsgrundlagen, Zürich/St.Gallen 2010, 11.

<sup>99</sup> Vgl. Letzten Stand der *Verhandlungen*, Stand 10. Juni 2013 ([http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting\\_reports\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports_en.asp); zuletzt besucht: 11.11.2014). Der *EuGH hat in seinem Gutachten vom 18. Dezember 2014* (FN 77) nun jedoch festgehalten, dass «die Übereinkunft über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ... nicht mit Art. 6 Abs. 2 EUV und dem Protokoll (Nr. 8) zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vereinbar (ist)».

<sup>100</sup> EuGH, Jahresbericht 2014 ([http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7000/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/); zuletzt besucht: 15.4.2015), 87, 104.