

Schweizerische Zeitschrift
für Asylrecht und -praxis
Revue suisse pour la pratique
et le droit d'asile

4/2017

Europäische Entwicklungen

2 EDITORIAL/ÉDITORIAL

ABHANDLUNGEN/DÉVELOPPEMENTS

3 Anja Palm

Das Memorandum of Understanding zwischen Italien und Libyen als Basis für einen Politikansatz, der alle Türen nach Europa schliessen will?

8 Nula Frei und Constantin Hruschka

Zur Umgehung des Refoulement-Verbots beim Kampf gegen «illegale Migration»

INFORMATIONEN/INFORMATIONS

15 Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH

Position der SFH zu den Verordnungsanpassungen im Hinblick auf das neue Asylverfahren

RECHTSPRECHUNG/JURISPRUDENCE

18 CJUE: Contrôles à l'intérieur de l'espace Schengen (Lucia Della Torre)

20 EuGH: Beginn der Geltung von Einreiseverboten (Sarah Progin-Theuerkauf/Salome Schmid)

22 EuGH: Dublin-Zuständigkeit während der «Flüchtlingskrise» (Constantin Hruschka)

25 EuGH: Verbindlichkeit von Dublin-Fristen (Adriana Romer)

27 EuGH: Rechtmässigkeit des Relocation-Beschlusses (Sarah Progin-Theuerkauf)

28 EuGH: Dublin-Haft (Thomas Hugli Yar)

Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH
Organisation Suisse d'Aide aux Réfugiés OAR
www.osar.ch



Stämpfli Verlag AG

Nula Frei und Constantin Hruschka*

Zur Umgehung des Refoulement-Verbots beim Kampf gegen «illegale Migration»

Eine rechtliche Bewertung der Massnahmen der EU an der zentralen Mittelmeerroute

I. Einleitung

Die Massnahmen der EU-Staaten (einzeln und kollektiv) zur Verhinderung irregulärer Migration und irregulärer Einreisen finden immer im Spannungsfeld mit den sich aus den völkerrechtlichen Refoulement-Verboten ergebenden Verpflichtungen statt. Für die Massnahmen an den Grenzen und unter der Hoheitsgewalt europäischer Staaten gibt der EGMR einen entsprechenden rechtlichen Kompass vor, der bisher für die Massnahmen in der Zusammenarbeit mit Drittstaaten fehlt. Der nachfolgende Artikel versucht eine solche rechtliche Orientierung am Beispiel der zentralen Mittelmeerroute zu geben.

Am 3. Oktober 2017 hat der EGMR in seinem Urteil *N. D. und N. T. gegen Spanien*¹ betont, dass Grenzkontroll- und Ausweisungsmassnahmen, mit denen ein direktes Zurückschieben in ein anderes Land verbunden ist, verboten sind. Spanien wurde wegen der Zurückschiebung der beiden Beschwerdeführer ohne Registrierung und ohne Möglichkeit einen Asylantrag zu stellen, wegen Verletzung des Verbots der Massenausweisung nach Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls und wegen Verletzung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK im Zusammenhang mit einer Kollektivausweisung verurteilt. Schon in früheren Fällen hatte der EGMR ähnlich geurteilt² und die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, betroffene Personen zu registrieren und diese über ihre Situation und ihre rechtlichen Möglichkeiten zu informieren, als wichtige prozedurale Verpflichtung zur Einhaltung des Refoulement-Verbots gekennzeichnet. Im Urteil *N. D. und N. T.* betont der EGMR auch (nochmals), dass gegebenenfalls auch Übersetzungsdienstleistungen und rechtlicher Beistand verfügbar sein müssen.

Gleichzeitig ist der Kampf gegen Schlepper, Terrorismus und illegale Migration ein erklärtes Ziel der europäischen Politik.³ Unter anderem mit der Erklärung von Valletta⁴ und der Einsetzung der Kontaktgruppe für die zentrale Mittelmeerroute⁵ sowie den entsprechenden Partnerschaftsprogrammen⁶ im Rahmen der Europäischen Migrationsagenda⁷ wurden für die zentrale Mittelmeerroute Mechanismen etabliert, die diesem Ziel dienen sollten. Diesen Sommer haben europäische Staatsoberhäupter weitere Schritte unternommen, um die «unerwünschte» Migration nach Europa auf dieser Route besser zu steuern. So haben sich am 28. August 2017 die Staatsoberhäupter von Frankreich, Deutschland, Italien und Spanien sowie dem Tschad, Niger und der libyschen «Übergangsregierung» in Anwesenheit der EU-Aussenbeauftragten zu einem «kleinen Flüchtlingsgipfel» in Paris getroffen.⁸ Im fünften Fortschrittsbericht über die Partnerschaftsprogramme⁹ werden die im Sommer 2017 getroffenen Massnahmen als Erfolg bezeichnet, da die Zahl der Todesopfer im Mittelmeer erheblich zurückgegangen sei. Kurz darauf, am 14. September 2017, stand das Thema auch am Treffen des Rats der EU (Justiz und Inneres) auf der Tagesordnung. Dort wurde im Wesentlichen die Situation in Libyen in den Fokus genommen und unter anderem die Unterstützung der Grenzkontrollen an der libyschen Südgrenze besprochen.

³ Vgl. dazu insbesondere im aktuellen Kontext: EU-Kommission, Mitteilung zum aktuellen Stand der Umsetzung der Prioritäten im Rahmen der Europäischen Migrationsagenda, COM(2016) 85 final vom 10. Februar 2016.

⁴ Politische Erklärung der Staats- und Regierungschefs anlässlich des Gipfeltreffens in Valletta vom 11. und 12. Dezember 2015.

⁵ Vgl. dazu die Absichtserklärung, die von den zuständigen Ministerinnen und Ministern der Länder Frankreich, Deutschland, Italien, Libyen, Malta, Österreich, Schweiz, Slowenien und Tunesien und vom EU-Kommissar für Migration anlässlich des Gipfeltreffens in Rom am 19. und 20. März 2017 diesbezüglich abgegeben wurde.

⁶ Vgl. die Mitteilung der EU-Kommission über einen neuen Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, COM(2016) 385 vom 7. Juni 2016 und die dazugehörigen Fortschrittsberichte.

⁷ Mitteilung der EU-Kommission, Die EU-Migrationsagenda, COM(2015) 240 final vom 13. Mai 2015.

⁸ Vgl. dazu beispielsweise HANS-JÜRGEN SCHLAMP, Die Vorfeldkontrolle, in: Spiegel online, 28. August 2017.

⁹ EU-Kommission, Fünfter Fortschrittsbericht über den Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, COM(2017) 471 final vom 6. September 2017.

* Dr. Nula Frei, Oberassistentin am Institut für Europarecht der Universität Fribourg; Dr. Constantin Hruschka, Senior Researcher am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München. Dieser Beitrag ist in einer früheren Version am 8. Oktober 2017 auf dem Verfassungsblog sowie auf dem Flüchtlingsforschungsblog online erschienen.

¹ EGMR, Beschwerde-Nrn. 8675/15 und 8697/15, *N. D. und N. T. gegen Spanien*, Urteil vom 3. Oktober 2017. Siehe dazu etwa auch: DANA SCHMALZ, Die Identifikation Einzelner – Gedanken zum EGMR-Urteil im Fall *N. D. und N. T.*, Flüchtlingsforschungsblog vom 5. Oktober 2017.

² Vgl. insbesondere: EGMR, Beschwerde-Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaah u. a. gegen Italien*, Urteil vom 23. Februar 2012 (Zurückschiebung nach Libyen durch die italienische Küstenwache) und EGMR, Beschwerde-Nr. 16643/09, *Sharifi u. a. gegen Italien und Griechenland*, Urteil vom 21. Oktober 2014 (Zurückschiebung von Italien nach Griechenland).

II. Vorverlagerung der Migrationskontrolle, einmal mehr

Schon seit 2004 sucht die EU im Rahmen der im Haager Programm¹⁰ formulierten «externen Dimension von Asyl und Zuwanderung» gezielt den Einbezug von Herkunfts- und Transitstaaten in die Migrationskontrolle, mit dem Zweck, die Kontrollen weit vor die Tore Europas vor zu verlagern.

Die Logik hinter dieser Strategie ist: Je näher an den geographischen Anfang der Migrationsrouten die Migrationskontrolle (oder eher: -verhinderung) gelegt wird, desto unwahrscheinlicher wird es letztlich, dass die Migrierenden das Territorium dieses Staates (oder des Staatenverbunds, im Falle der EU) überhaupt erreichen. Die Staaten begründen diese Strategie gerne mit humanitären Argumenten und der Rettung von Menschenleben: Es gebe «eine ganz klare Korrelation zwischen der Zahl der Menschen, die sich auf den Weg machen, und der Menschen, die umkommen auf diesem Weg», sagte die deutsche Bundeskanzlerin Angela Merkel anlässlich des Gipfels. «Das heisst, wir haben hier auch eine humanitäre Verantwortung, diese illegalen Wege zu ordnen.»¹¹

Rechtlich ist dieses (auch faktisch falsche) Argument zweifelhaft. Aus Art. 2 EMRK bzw. Art. 2 GRC (Recht auf Leben) eine Präventionspflicht für die Verhinderung illegaler Migration herzuleiten, erscheint zumindest ziemlich gewagt. In dieser Logik wäre beispielsweise auch begründungspflichtig, warum das Autofahren nicht verboten wird, da es dabei immer wieder zu tödlichen Unfällen kommt. In dieser Hinsicht wird bei der Bewegungsfreiheit eindeutig mit zweierlei Mass gemessen. Gleichzeitig wird bei Erfolgsmeldungen nur auf die absolute Zahl geachtet: Weitgehend ausser Betracht bleibt, dass der Anteil der Todesfälle seit Jahren ansteigt. Unausgesprochen bleibt die wohl mindestens ebenso starke Motivation der Staaten, migrierende Personen vom Zutritt zum eigenen Territorium abzuhalten, um die dadurch eintretenden rechtlichen Verpflichtungen zu vermeiden, denn sobald ein europäischer Staat Hoheitsgewalt über eine migrierende Person ausübt – was spätestens bei Erreichen des Territoriums eintritt – sind zahlreiche menschenrechtliche Verpflichtungen einschlägig: Neben dem eingangs erwähnten Refoulementverbot, beispielsweise auch noch der Schutz des Familienlebens und sowie die Gewährleistung gewisser Subsistenzrechte.¹²

Die Frage ist also, welche Zielrichtung die Massnahmen tatsächlich haben, wenn die europäischen Staaten die Vorverlagerung der Kontrolle weiter vorantreiben. Mit den afrikanischen Partnerstaaten, die alle an den grossen Routen der subsaharischen Migrationsbewegungen liegen, wurde u. a.

vereinbart, dass Asylanträge durch das UNHCR in «grossen Auffanglagern» in den Transitländern Niger und Tschad geprüft werden sollen. Dadurch solle laut dem französischen Präsidenten Emmanuel Macron, «verhindert werden, dass sich Menschen auf den gefährlichen Weg durch Libyen und das Mittelmeer machen».¹³ Zu diesem Zweck versprachen die Europäischen Staaten einmal mehr, Massnahmen zur Grenzkontrolle, Ausbildung, sowie Waffen für Armeen und Milizen¹⁴ zu finanzieren.¹⁵ Wer es dennoch bis nach Libyen schafft, soll sein Asylgesuch in ebenfalls durch UNHCR betriebenen «Hotspots» stellen. Das Konzept der «Hotspots», das bisher in Italien und Griechenland in rechtlich eher zweifelhafter Weise umgesetzt wird¹⁶ und teilweise zu menschenrechtlich höchst bedenklichen Bedingungen für die dort wartenden Personen geführt hat¹⁷, soll nun also auf aussereuropäischen Boden exportiert werden. Vereinbart wurde im Gegenzug auch eine Verstärkung des Resettlement. Das heisst, wer in einem dieser Lager von UNHCR als schutzbedürftig anerkannt wird, kann darauf hoffen, von Europa als Resettlement-Flüchtling übernommen zu werden.

Die letzte Etappe der Subsahara-Migrationsroute, die Überfahrt übers Mittelmeer nach Italien, wird schon seit einiger Zeit wieder von verschiedenen Seiten versucht unattraktiver zu machen: Die «libysche Küstenwache» (die teils von der libyschen Einheitsregierung, teils von bewaffneten, unkontrollierten Milizen gebildet wird) verhält sich zunehmend aggressiver, nicht nur gegenüber den Flüchtlingsbooten, sondern auch gegenüber den Rettungsschiffen privater Organisationen.¹⁸ Mit zunehmender Repression versucht auch Italien, die privaten Rettungsinitiativen auf dem Mittelmeer zu vergraulen.¹⁹

III. Scheinlösung Resettlement

Insgesamt wird also an allen relevanten Stationen entlang der zentralen Mittelmeerroute versucht, Personen an der Weiterreise zu hindern. Als «Kompensation» für diese Abfangmassnahmen bietet die europäische Politik an, verstärkt Personen über Resettlement aufzunehmen.

¹³ Vgl. dazu die in Fn. 11 zitierte Agenturmeldung.

¹⁴ Vgl. dazu ADRIANA ROMER, Die libysche Küstenwache, ein Mythos für das Gewissen, Fakten statt Mythen Nr. 98 vom 22. August 2017.

¹⁵ Denselben Grundansatz verfolgt das in diesem Heft von ANJA PALM analysierte italienisch-libysche Memorandum of Understanding vom 2. Februar 2017, vgl. S. 3 f.

¹⁶ Vgl. dazu beispielsweise FRANCESCO MAIANI, Hotspots and Relocation Schemes: the right therapy for the Common European Asylum System? In EU Migration Law Blog, 3. Februar 2016.

¹⁷ AMNESTY INTERNATIONAL, Hotspot Italy, How Eu's Flagship Approach Leads to Violations of Refugee and Migrant Rights, Dezember 2016.

¹⁸ Vgl. dazu insbesondere den Bericht des UN-Sicherheitsrats, Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011), S/2017/466 vom 1. Juni 2017. Vgl. auch LENA RIEMER, Draussen bleiben! – Libyens Sperrung der «Such- und Rettungszone» für NGO-Rettungsschiffe als Verstoß gegen das Völkerrecht, Flüchtlingsforschungsblog, 29. September 2017.

¹⁹ Vgl. beispielsweise ESZTER ZALAN, NGOs divided by Italy's new rescue code, in EUobserver, 1. August 2017.

¹⁰ Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, Abl. C 53 vom 3. März 2004, S. 1.

¹¹ Vgl. die entsprechende Agenturmeldung von als/Reuters/dpa auf Spiegel online: Asylanträge sollen schon in Afrika geprüft werden, 28. August 2017.

¹² Vgl. dazu beispielsweise die EGMR-Urteile, Beschwerde-Nr. 30696/09, M. S. S. gegen Belgien und Griechenland

Resettlement bedeutet die Möglichkeit, legal und sicher als Flüchtling nach Europa zu reisen, nachdem ein Asylverfahren ausserhalb Europas (meist durch UNHCR) durchgeführt wurde.²⁰ Eine Verstärkung dieser Möglichkeit zur sicheren Weiterreise ist jetzt für die Länder Niger und Tschad im Gegenzug für die Mitarbeit bei der Migrationskontrolle angedacht. Das heisst, wer in einem der dort geplanten «Hotspots» von UNHCR als schutzbedürftig anerkannt wird, kann darauf hoffen, von Europa als Resettlement-Flüchtling übernommen zu werden.

Damit Resettlement funktionieren kann, müssten die europäischen Staaten aktiv Personen aufnehmen. Ansonsten bleibt die Verantwortung für den Schutz dieser Personen bei UNHCR und/oder den Erstaufnahmeländern, wie dies aktuell noch praktisch überall der Fall ist. Das vielleicht eindrücklichste Beispiel ist diesbezüglich die Türkei: Zwischen Juli 2015 und September 2017 konnten nur etwas mehr als 17 000 Personen im Rahmen des Resettlement-Programms aus der Türkei legal nach Europa einreisen²¹, während die Türkei fast drei Millionen Flüchtlinge aufgenommen hat²².

Ohnehin kann nur eine ernst gemeinte Resettlement-Politik die Migrierenden dazu bringen, sich überhaupt freiwillig in ein «Zentrum» irgendwo in der nigrischen Wüste, im Tschad oder auch in Libyen zu begeben, um dort für eine Einreisebewilligung nach Europa anzustehen. Zudem ist klar: Selbst wenn – was aktuell bei weitem nicht der Fall ist – die Chancen auf einem Boot in Italien anzukommen niedriger wären als die Chance, aus einem «Zentrum» nach Europa resettled zu werden, würde es immer Personen geben, die sich dem europäischen Wunsch nach absoluter Kontrolle und Steuerung der Migration entziehen und auf eigene Faust den Weg nach Europa auf sich nehmen. Ein Abweisen dieser Personen an der Grenze ohne Registrierung und individuelle Prüfung der Schutzbedürftigkeit kommt nach den oben genannten Standards des EGMR nicht in Betracht.

IV. Unterwanderung der europarechtlichen Schutzstandards

Resettlement unterwandert zudem – wie die übrigen hier diskutierten Massnahmen – die europarechtlichen Standards für die Schutzgewährung. Auf einen Zugang über Resettlement können nämlich nur Personen hoffen, die Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention sind.²³ Damit wird der im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem verankerte sog. internationale Schutz auf den Schutz nach der Flüchtlingskonvention reduziert. Die in Art. 15 der EU-Qualifikations-

richtlinie (Richtlinie 2011/95/EU) verankerte Anerkennung des sog. subsidiären Schutzes würde in diesen Lagern nicht zur Anwendung kommen.²⁴ Das bedeutet, dass Personen, die (wenn sie Europa erreichen würden) Schutz erhielten, vom legalen Zugang ausgeschlossen wären. Aktuell wird gesamteuropäisch in fast der Hälfte aller positiven Asylentscheide subsidiärer oder humanitärer Schutz gewährt. Zudem liefe der in fast allen Staaten vorgesehene weitere – über den internationalen Schutz hinausgehende – Rückschiebungsschutz, wie er in der Schweiz beispielsweise in Art. 83 Abs. 4 AuG im Falle der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs gegeben ist, in diesen Lagern leer. Völlig ungeklärt ist auch, was mit Personen ohne Schutzbedarf passieren würde: Dürften sie in Niger resp. Tschad bleiben? Würden sie dort in Haft genommen, um sie in ihre Heimatstaaten rückzuführen? Und wer würde dies finanzieren?

Der Schutz im EU-Recht ist auch in einem anderen Punkt deutlich besser ausgestaltet als der Schutz in Libyen, Niger oder Tschad: Ist ein Asylantrag gestellt, kommt eine Weiterverweisung in einen Drittstaat nur in Frage, wenn dieser ein sicherer Drittstaat ist. Dies ist nach Art. 38 der Asylverfahrensrichtlinie (RL 2013/32/EU) nur der Fall, «wenn die zuständigen Behörden sich davon überzeugt haben, dass eine Person, die um internationalen Schutz nachsucht, in dem betreffenden Drittstaat nach folgenden Grundsätzen behandelt wird:

- a) keine Gefährdung von Leben und Freiheit aus Gründen der Rasse, der Religion, der Nationalität, der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Überzeugung;
- b) keine Gefahr, einen ernsthaften Schaden im Sinne der Richtlinie 2011/95/EU zu erleiden;
- c) Wahrung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung nach der Genfer Flüchtlingskonvention;
- d) Einhaltung des Verbots der Abschiebung, wenn diese einen Verstoß gegen das im Völkerrecht festgelegte Verbot der Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung darstellt, und
- e) Möglichkeit, einen Antrag auf Zuerkennung der Flüchtlings-eigenschaft zu stellen und im Falle der Anerkennung als Flüchtling Schutz gemäss der Genfer Flüchtlingskonvention zu erhalten.»

Auch in den anderen Fällen (ohne Asylantrag) ist das Refoulement-Verbot immer zu beachten, wie sowohl die Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG) als auch der Schengener Grenzkodex (VO (EU) Nr. 399/2016) festhalten.²⁵

²⁰ Vgl. zum gesamten Prozess des Resettlement: UNHCR, Resettlement Handbook, Juli 2011.

²¹ Vgl. Annex 4 zum fünfzehnten Bericht zu Resettlement und Relocation der EU-Kommission (EU-Kommission, Fifteenth report on relocation and resettlement, COM(2017) 465 final vom 6. September 2017).

²² Vgl. UNHCR, Global Trends. Forced Displacement in 2016. Juni 2017. Dort weist UNHCR 2,9 Millionen Flüchtlinge in der Türkei aus.

²³ Vgl. UNHCR, Resettlement Handbook, Juli 2011, S. 73 ff.

²⁴ Dies gilt für die Schweiz in ähnlicher Weise, da Personen, die hier eine vorläufige Aufnahme als Ausländerin oder Ausländer erhalten würden, in aller Regel nicht für Resettlement in Frage kämen.

²⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 4 der Rückführungsrichtlinie und Art. 3 sowie Erwägungsgrund 36 des Schengener Grenzkodex in der Fassung von 2016.

V. Extraterritoriale Durchführung von Asylverfahren

Die Idee, die Migrierenden so früh wie möglich abzufangen, ist wie erwähnt nicht neu. Auch die Idee, Asylgesuche möglichst ausserhalb des europäischen Raumes zu prüfen, geistert schon lange durch die Europäische Migrationsdiskussion. Schon im Jahr 2003 forderte der damalige britische Premierminister Tony Blair solche extraterritorialen Verfahrenszentren.²⁶ Aufgrund der scharfen Kritik an der Menschenrechtskonformität und an der Praktikabilität dieser Idee hat sich diese in Europa bisher nicht durchgesetzt.

Das real existierende Vorbild für diese Strategie wurde vom UN-Menschenrechtsausschuss mehrfach als Verletzung mehrerer Garantien des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte verurteilt²⁷: Seit 2013 schickt Australien konsequent alle ankommenden Bootsflüchtlinge nach Nauru und Manus Island (Papua-Neuguinea), zwei kleine Inselstaaten im Pazifischen Ozean, in denen Asylverfahren in teils geschlossenen Asylzentren durchgeführt werden. Anerkannte Flüchtlinge erhalten kein Aufenthaltsrecht in Australien, sondern werden von Nauru, Papua-Neuguinea oder Indonesien aufgenommen. Berichten zufolge leben die Asylsuchenden unter prekären Umständen, ohne Zugang zu angemessener medizinischer und psychologischer Betreuung. Zudem komme es regelmässig zu Misshandlungen und Vergewaltigungen; Selbstverstümmelungen oder Selbstmorde seien häufig.²⁸ Angesichts der vielen Todesfälle und der anhaltenden Gewalt gegen Migrantinnen und Migranten hat die UN-Sondergesandte für aussergerichtliche, standrechtliche und willkürliche Hinrichtungen in einem kürzlich veröffentlichten Bericht, den Internationalen Gerichtshof aufgefordert, «Ermittlungen wegen schwerster Verbrechen gegen Flüchtlinge und Migranten» aufzunehmen und seine Zuständigkeit zu prüfen.²⁹

Ob die Zustände in solchen «Zentren» in Niger, dem Tschad oder Libyen besser aussehen würden, ist zu bezweifeln, zumal davon auszugehen ist, dass Migrierende angesichts geringer Resettlement-Chancen sich kaum freiwillig in ein solches Zentrum begeben und somit erheblicher staatlicher Zwang notwendig wäre, um solche Zentren zu betreiben. Diese Zweifel sind auch in Bezug auf die Durchführung der anderen, von der EU und den europäischen Regierungen mitfinanzierten Massnahmen wie etwa Grenzschutz oder Gefängnisse, angebracht:

- Dem Tschad bescheinigt der letzte Bericht des UN-Menschenrechtsausschusses aus dem Jahr 2014, dass «Folter allgemein von der Polizei und den Verteidigungs- und Sicherheitskräften eingesetzt wird, die dabei besonders brutale und grausame Methoden benutzen»³⁰;
- In Niger erkennt der letzte UN-Bericht zur Situation von Frauen eine Kultur der Sklaverei («wahaya») und beklagt gleichzeitig die geringen Strafverfolgungs- und Verurteilungsraten von Menschenhändlern³¹;
- Libyen wiederum weist derzeit kaum staatliche Strukturen auf. Faktisch kämpfen Milizen um die Vorherrschaft; Opfer der Auseinandersetzungen sind auch Migrantinnen und Migranten, die sich in das Land begeben. Zahlreiche Berichte belegen, dass Migrierende in Libyen schwerster Arbeits- und sexueller Ausbeutung sowie Misshandlung ausgesetzt sind.³²

Darüber hinaus ist zu befürchten, dass Schutzsuchende aus diesen Staaten unter Verstoß gegen das Refoulementverbot ausgeschafft werden – ohne dass hiergegen effektiver Rechtsschutz bestehen dürfte. Da diese Staaten nicht Vertragsstaaten der EMRK sind, ist der Rechtsweg zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg nicht gegeben. Ein Refoulementverbot ergibt sich zwar auch aus Art. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) und aus Art. 3 der Antifolterkonvention, doch der Weg zum Menschenrechtsausschuss (der Individualbeschwerden gegen Verletzungen von UNO-Pakt II beurteilt) oder auch zum Antifolterausschuss der Vereinten Nationen (CAT) wäre praktisch wohl kaum möglich, selbst wenn durch eine Ausschaffung eine Verletzung dieser Normen droht. Faktisch wäre damit das Vorgehen gegen staatliche und nichtstaatliche Abschiebungsmassnahmen, das bereits an den Europäischen Aussengrenzen in Frage steht, praktisch verunmöglicht. Der vom EGMR geforderte Zugang zu einem regulären Verfahren mit entsprechenden Garantien und Informationen ist somit für die in Drittstaaten festgehaltenen Personen stark erschwert.

VI. Folgen des Rechts auf Ausreise und auf Bewegungsfreiheit für Flüchtlinge

In der Diskussion weitgehend unbeachtet bleibt bisher, dass Ausreiseverhinderungsmassnahmen grundsätzlich ebenfalls menschenrechtswidrig sind. Sie können auch nicht mit dem Ziel der Migrationskontrolle gerechtfertigt werden.³³ Dies

²⁶ Vgl. das Schreiben des britischen Premierministers Tony Blair an die griechische Ratspräsidentschaft vom 10. März 2003.

²⁷ Vgl. dazu etwa die Mitteilung des Menschenrechtsrates vom 20. August 2013 im Fall Nr. 2094/2011, UN-Dokument CCPR/C/108/D/2094/2011.

²⁸ Vgl. zum Ganzen die Berichte über die Monitoring-Besuche von UNHCR in Manus Island und in Nauru: UNHCR; UNHCR monitoring visit to Manus Island, Papua New Guinea, 26. November 2013 und UNHCR, UNHCR monitoring visit to the Republic of Nauru, 26. November 2013.

²⁹ Bericht der UN-Sondergesandte für aussergerichtliche, standrechtliche und willkürliche Hinrichtungen, Unlawful death of refugees and migrants, UN-Dokument A/72/335 vom 15. August 2017.

³⁰ UNO Menschenrechtsausschuss, Concluding observations on the second periodic report of Chad, 15. April 2014, CCPR/C/TCD/CO/2.

³¹ CEDAW, Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Niger, 21. July 2017, CEDAW/C/NER/CO/3-4.

³² Vgl. dazu nur die im Bericht des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte vom Dezember 2016 zusammengetragenen Informationen: UNHCHR, «Detained and dehumanised» – Report on human rights abuses against migrants in Libya, 13. Dezember 2016.

³³ Vgl. dazu NORA MARKARD: Das Recht auf Ausreise zur See. Rechtliche Grenzen der europäischen Migrationskontrolle durch Drittstaaten, in: Archiv des Völkerrechts 2014, S. 449 ff.

liegt wohl auch daran, dass das Recht auf Ausreise nicht mit einem Recht auf Einreise korrespondiert. Die Souveränität der Einreisekontrolle findet ihre Schranke lediglich im Refoulementverbot. Wenn das Recht auf Ausreise allerdings verwirklicht wäre, kämen die rechtlichen Schranken für Ausweisungsmassnahmen, die der EGMR in seiner – eingangs erwähnten – Rechtsprechung definiert, zum Tragen. Dies bedeutet praktisch, dass der Zugang zum Hoheitsgebiet gewährt werden muss und eine Registrierung sowie eine Information der betroffenen Personen erfolgen muss. Dies würde dazu führen, dass auf allfällige Ausschaffungen das Schengen-Recht Anwendung finden würde und dabei die Standards der Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG) nicht unterschritten werden dürften. Hinsichtlich des anwendbaren Rechtsrahmens wären hier europarechtlich zwei Szenarien zu unterscheiden. Welche Rechtsgrundlagen anwendbar wären, ist davon abhängig, ob die Person einen Asylantrag stellt oder nicht. Ist ein Asylantrag gestellt, kommt eine Weiterverweisung in einen Drittstaat nur in Frage, wenn dieser ein sicherer Drittstaat im Sinne des Europarechts ist.

Das Recht auf Ausreise steht auch in enger Beziehung zum Recht auf Bewegungsfreiheit generell. Für Flüchtlinge sind die relevanten Rechtsnormen Art. 26 FK und Art. 31 Abs. 2 FK. Zudem sind Art. 12 und Art. 9 UNO-Pakt II einschlägig. Aus dem Zusammenspiel der Normen ergibt sich, dass Flüchtlinge bei Ankunft bereits das Recht haben sich frei zu bewegen und keiner willkürlichen Inhaftierung ausgesetzt zu sein. Bereits diese Vorgabe lässt sich nur dann mit der Idee von «Hotspots» zur Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens vereinbaren, wenn die Personen diese Verfahrenszentren relativ frei verlassen und wieder betreten können. In dem Moment, in dem ein Flüchtling sich rechtmässig in einem Land aufhält, hat er oder sie das Recht sich frei in diesem Land zu bewegen und niederzulassen. Im Kontext möglichen Resettlements sind diese Vorgaben – insbesondere wenn die Verfahren länger dauern sollten – zumindest nicht leicht einzuhalten. Eine weitgehende Einschränkung der Bewegungsfreiheit für Flüchtlinge kommt nach den flüchtlingsvölkerrechtlichen und menschenrechtlichen Vorgaben daher nicht in Betracht.³⁴ Allfällige extraterritorial durchgeführte Asylverfahren würden zudem noch die Frage der Hoheitsgewalt und damit der Verpflichtung, bestimmte Rechte zu gewähren, aufwerfen.

VII. Völkerrechtliche Verantwortlichkeit?

Die EU-Staaten befinden sich hier mit ihrer Vorgehensweise und den vorgelegten Vorschlägen in einer rechtlichen Grauzone. Nach den völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zur Staatenverantwortlichkeit (kodifiziert im Artikelentwurf für die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Han-

deln der Völkerrechtskommission³⁵) kann einem Staat die Verantwortung für eine völkerrechtswidrige Handlung u. a. nur dann zugerechnet werden, wenn diese unter seiner Anweisung oder direkten Kontrolle stattgefunden hat. Solange also die EU oder einzelne EU-Mitgliedstaaten keine direkte Kontrolle über die Führung der Flüchtlingslager, die Durchführung der Grenzkontrollen oder der Ausreiseverhinderungsmassnahmen ausüben, ist eine direkte Verantwortlichkeit nicht gegeben. Allerdings ist nach Art. 16 des Artikelentwurfs auch die Hilfe oder die Unterstützung bei der Begehung von Völkerrechtsverstössen als Völkerrechtsverstoss anzusehen. Daher stellt sich die Frage, inwieweit die Handlungen der EU-Staaten als Hilfe oder Unterstützung angesehen werden können. Hier ist klar, dass die rechtswidrigen Ausreiseverhinderungsmassnahmen und auch die massiven Menschenrechtsverstösse durch libysche Milizen sowie Niger und Tschad durch die Finanzierung und die Waffenlieferungen aus den EU-Staaten unterstützt werden. Es werden also im Ergebnis mit europäischem Geld und anderweitiger Unterstützung nicht «nur» das Recht auf Ausreise, sondern auch das Refoulement-Verbot sowie das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung verletzt. Durch die Geldflüsse ist Europa auch für diese Rechtsverstösse (mit)verantwortlich. Die europäische Grundrechtagentur hat in diesem Kontext im Dezember 2016 «Leitlinien zur Verringerung des Risikos der Zurückweisung im Rahmen des Aussengrenzen-Managements in oder in Zusammenarbeit mit Drittländern» veröffentlicht³⁶, die menschenrechtlich die Lage sehr klar darlegen:

«Nach dem Völkerrecht hat jede völkerrechtswidrige Handlung eines Staates die völkerrechtliche Verantwortlichkeit dieses Staates zur Folge. Ein Verhalten ist völkerrechtswidrig, wenn es eine Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung des Staates darstellt und diesem zuzuschreiben ist. Eine Staatenverantwortlichkeit besteht in Ausnahmefällen auch dann, wenn ein Staat einen anderen Staat bei einem Verhalten unterstützt, leitet oder kontrolliert, das eine Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung darstellt, oder einen anderen Staat zu einem solchen Verhalten nötigt.

Wenn ein EU-Mitgliedstaat Drittländer um Unterstützung bei Massnahmen bittet, die verhindern sollen, dass MigrantInnen in die EU gelangen, so ergeben sich hieraus mögliche Rechtsfolgen für den EU-Mitgliedstaat. Diese Rechtsfolgen sind von den jeweiligen Umständen der einzelnen Operationen sowie von weiteren Faktoren abhängig, wie beispielsweise davon, unter wessen Kontrolle sich eine Person de jure und de facto befindet oder welchen Einfluss der betreffende EU-Mitgliedstaat auf das Verhalten des Drittlandes hat. Eine Verantwortlichkeit der EU-Mitgliedstaaten ist zwar nur in Ausnahmefällen gegeben, kann jedoch nicht völlig ausgeschlossen werden.»

³⁴ Vgl. insgesamt zu diesem Rechtsrahmen JAMES C. HATHAWAY, The Michigan Guidelines on Refugee Freedom of Movement, in: Michigan Journal of International Law, Bd. 39 Heft 1 (2017).

³⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Draft Articles on State Responsibility, 2001.

³⁶ EU-GRUNDRECHTEAGENTUR (FRA), Leitlinien zur Verringerung des Risikos der Zurückweisung im Rahmen des Aussengrenzen-Managements in oder in Zusammenarbeit mit Drittländern, 2016.

Für den vorliegenden Kontext sind Leitlinie 3 und 9 von besonderer Bedeutung:

Leitlinie 3: *Keine Drittländer ersuchen, MigrantInnen abzufangen, in denen ihnen ernsthafter Schaden droht: Drittländer sollten nicht ersucht werden, Reisende vor Erreichen der EU-Aussengrenze abzufangen, wenn bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass den abgefangenen Personen in der Folge Verfolgung droht oder sie tatsächlich Gefahr laufen, einen anderen ernsthaften Schaden zu erleiden.*

Leitlinie 9: *Aus Seenot gerettete Menschen an Land gehen lassen, wo sie sicher sind: Entsprechend den Leitlinien über die Behandlung von aus Seenot geretteten Personen, die im Jahr 2004 vom Schiffssicherheitsausschuss der Internationalen Seeschiffahrts-Organisation vorgelegt wurden, sollten die mit der Rettung von MigrantInnen aus Seenot beauftragten Schiffe nicht angewiesen werden, die Geretteten in Ländern an Land gehen zu lassen, in denen ihr Leben oder ihre Freiheit bedroht sind, sofern dadurch keine Menschenleben gefährdet werden. Gegebenenfalls könnten die Guten Dienste des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR) in Anspruch genommen werden, um einen sicheren Ort zu ermitteln.*

Gegen beide Leitlinien, die das völkerrechtliche Minimum darstellen, verstösst – wie oben dargelegt – die aktuelle Zusammenarbeit der EU und einzelner Staaten der EU mit Niger, Tschad und Libyen. Angesichts der Vielzahl der Berichte, die inzwischen über die Situation in diesen Staaten vorliegen, ist auch klar, dass den Staaten diese Situation «bekannt sein müsste.»

Rechtlich liegt dieser Schlussfolgerung folgende Überlegung zugrunde: Es ist völkerrechtlich anerkannt, dass jede kausale Handlung, die dazu beiträgt, dass das Folterverbot oder das Refoulement-Verbot verletzt werden, verboten ist. Dies ist bisher vor allem in Fällen anerkannt worden, in denen eine Kettenabschiebung droht.³⁷ Die Situation ist rechtlich genauso zu bewerten, wenn die Kausalität durch eine Finanzierung oder anderweitige Unterstützung entsteht.

Rechtlich ist der Völkerrechtsverstoss durch die europäische Finanzierung somit klar gegeben, praktisch bleibt aber problematisch, dass eine unmenschliche Behandlung in einem Flüchtlingslager, eine Inhaftierung etc., selbst wenn sie gerichtlich geltend gemacht werden könnte oder geltend gemacht würde, ja nicht zu einem Einreiserecht führen würde. Somit wäre auch bei einer Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vorgehens das Hauptziel der europäischen Staaten, dass nämlich die Person nicht bis nach Europa kommt, immer noch erfüllt.

VIII. Durchgezogene Bilanz

Rechtlich kann also von einem Völkerrechtsverstoss durch die europäische Finanzierung ausgegangen werden. Auch die praktische Bilanz der bisherigen Politik ist verheerend: Die

Zahl der Schutzsuchenden, die auf dem Weg nach Europa gestorben sind, ist deutlich gestiegen³⁸, während die Zahl derjenigen, die in Europa Schutz gefunden haben, deutlich zurückgegangen ist. In absoluten Zahlen wurden im Jahr 2016 fast zwei Drittel weniger illegale Einreisen nach Europa registriert als im Jahr 2015³⁹; die Zahl der Asylgesuche in den EU+-Staaten (EU 28 plus Norwegen und Schweiz) ging zwischen dem ersten Halbjahr 2016 und dem ersten Halbjahr 2017 um mehr als die Hälfte zurück⁴⁰, während die Zahl der Flüchtlinge weltweit mit über 17 Millionen auf ein Rekordniveau gestiegen ist⁴¹. Der Anteil der Europäischen Staaten am globalen Flüchtlingsschutz ist also real gesunken.

Eine globale Verantwortungsteilung wird zwar politisch immer wieder gefordert und bekräftigt, doch tun sich die Staaten schwer damit, eine solche rechtlich verbindend zu formulieren. So sollen denn auch die beiden Global Compacts⁴², die derzeit basierend auf der New York Erklärung vom September 2016⁴³ unter dem Dach der UN erarbeitet werden, keine rechtlich bindenden Verträge werden.

Auf europäischer Ebene wird die Auslagerung der Verantwortung derweil weiter vorangetrieben. Ende November bietet sich dazu die nächste Gelegenheit, wenn in Abidjan der fünfte EU-Afrika Gipfel stattfindet.⁴⁴ Einstweilen lässt sich anhand der wieder gestiegenen Einreisezahlen nach Italien im September zudem bilanzieren: Der erste libysche Warlord hat mit europäischem Geld beschlossen, lieber in Libyen die Macht an sich zu reißen, anstatt sich weiter der Ausreiseverhinderung zu widmen. Hier lauert langfristig die grösste Gefahr der europäischen Ausreiseverhinderungsmassnahmen: Mit dem Ziel der Migrationsverhinderung werden Geld, Ausrüstung und Waffen in instabile Gebiete geschickt, ohne die langfristigen Folgen zu bedenken; ein altbekanntes Politikmuster, dessen Folgen in Somalia, Irak, Afghanistan und vielen anderen Ländern zu beobachten sind und die zumindest keine positive Prognose für die Region bedeuten.

Die aktuelle Zusammenarbeit mit Drittstaaten zur Verhinderung «illegaler» Migration umgeht das Refoulement-Verbot und zahlreiche weitere menschenrechtliche Verpflichtungen.

³⁸ Vgl. dazu die regelmässig aktualisierten Statistiken von IOM, Missing Migrants – Tracing deaths along migratory routes.

³⁹ Vgl. FRONTEX, Fewer migrants at EU borders in 2016, Medienmitteilung vom 6. Januar 2017.

⁴⁰ Vgl. dazu die monatlich von Eurostat veröffentlichten statistischen Daten zu Migration und Asyl.

⁴¹ Laut UNHCR, Global Trends: Forced Displacement in 2016, Juni 2017, gab es Ende 2016 17,2 Millionen Flüchtlinge, die unter das Mandat von UNHCR fielen.

⁴² Bis Ende 2018 soll unter der Ägide von IOM ein Globaler Pakt für eine sichere, geordnete und reguläre Migration entstehen und unter der Leitung von UNHCR soll im gleichen Zeitraum ein Globaler Pakt für Flüchtlinge erarbeitet werden.

⁴³ RESOLUTION DER UNO-GENERALVERSAMMLUNG, New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten, 19. September 2016, UN-Dokument A/RES/71/1.

⁴⁴ Am 29. und 30. November 2017 findet der fünfte Afrika-EU Gipfel in der Elfenbeinküste statt.

³⁷ Vgl. dazu beispielsweise die Ausführungen des EGMR im Urteil M. S. S. (Beschwerde-Nr. 30696/09, M. S. S. gegen Belgien und Griechenland, Urteil vom 21. Januar 2011).

Die EU-Staaten finanzieren Massnahmen, die sie selbst so nach europäischem Recht niemals treffen dürften. Aus der vom EGMR in der Melilla-Entscheidung vom 3. Oktober nochmals gestärkten prozeduralen Dimension des Refoulement-Verbots lässt sich herleiten, dass die in der Zusammenarbeit getroffenen Massnahmen nur dann rechtmässig wären,

wenn sichergestellt wäre, dass jede Person registriert wird, vor Refoulement geschützt ist und Zugang zu einem Verfahren hat, das eine vollumfängliche Prüfung des internationalen Schutzbedarfs ermöglicht. Dies ist der Standard, den jede Zusammenarbeit mit Drittstaaten im Migrationsbereich einhalten muss.

Conclusion

La collaboration actuelle avec les Etats tiers en matière de lutte contre la migration « illégale » constitue une manière de contourner l'interdiction de refoulement et de se soustraire à de multiples autres obligations en matière de droits humains. Les Etats de l'UE financent ainsi des mesures qu'ils ne devraient jamais être autorisés à adopter en vertu du droit européen. Il découle de l'arrêt Melilla de la CEDH du 3 octobre dernier – qui vient renforcer l'aspect procédural du principe de non-refou-

lement – que les mesures prises exigent que soient réunies plusieurs conditions, pour être considérées comme juridiquement valables : chaque personne doit être enregistrée, bénéficier d'une protection contre le refoulement et avoir accès à une procédure qui permette un examen complet du besoin de protection internationale. Il s'agit là d'un standard minimum auquel doit être soumise toute collaboration avec des Etats tiers dans le domaine migratoire.