

Luzern, 2. November 2017

Dies Academicus der Universität Luzern vom 2. November 2017

Borderline Decisions – Entscheidungen an der Grenze

Prof. Dr. Martina Caroni, LL.M. (Yale), Prorektorin Lehre und Internationale Beziehungen

Sehr geehrte Gäste, geschätzte Freunde, Angehörige und Partner der Universität Luzern

Es ist mir sowohl eine grosse Ehre als auch eine grosse Freude, Ihnen heute einige Gedanken und Überlegungen zum Thema «*Borderline Decisions – Entscheidungen an der Grenz*» vorstellen zu dürfen.

Das Stichwort «*Borderline Decision*» wird im Allgemeinen nicht unmittelbar mit einer juristischen Fragestellung in Verbindung gebracht. Vielmehr wird das Thema mit medizinischen und ethischen Fragen assoziiert. Wenn ich heute und hier von «*Borderline Decisions*» spreche, so tue ich das aber mit Blick auf einen juristischen Kontext, nämlich in Bezug auf das Ermessen von Staaten bei Entscheidungen an der Staatsgrenze. Dabei handelt es sich um ein Thema, das einerseits von grösster gesellschaftlicher und politischer Aktualität ist. Andererseits weist es völkerrechtliche, menschenrechtliche sowie migrationsrechtliche Aspekte auf und vereinigt somit meine verschiedenen Lehr- und Forschungsgebiete in einem einzigen Thema. Die dem Begriff «*Borderline Decisions*» inhärente Ambiguität passt zudem in hervorragender Weise auf die zu behandelnde Thematik: So geht es um Fragen, die einerseits staatliche Entscheide an der Grenze betreffen, sich andererseits aber auch im Grenzbereich von Recht und Politik bewegen.

1. Begriff und Funktion von (Staats)Grenzen

Politische Grenzen – Staatsgrenzen – umfassen das Hoheitsgebiet eines Staates. Sie sichern die territoriale Integrität und markieren das Ende der territorialen Hoheit des einen und den Anfang der territorialen Hoheit eines anderen Staates. Zwar werden politische Grenzen erst seit dem Ende des Mittelalters systematisch gezogen, – was mit der Entstehung einer moderneren, auch territorial wahrnehmbaren Staatlichkeit zu tun hat – doch finden wir bereits von alters her einzelne Beispiele für Grenzziehungen. Diese Beispiele verdeutlichen denn auch eindrücklich, was heute noch der Zweck von Grenzen ist, nämlich die Abgrenzung und der Schutz des Hoheitsgebietes von Staaten. Mit Grenzen ist zudem seit je die Idee verbunden, dass sie fremde bzw. unerwünschte Personen vom Staatsgebiet fernhalten bzw. ihre Einreise kontrollieren und kanalisieren sollen. Ab und zu wird der Grenzverlauf in der Natur durch Grenzsteine, Zäune oder Mauern gekennzeichnet. So

Luzern, 2. November 2017

wurden bereits in der Antike zum Zwecke der Fernhaltung unerwünschter Personen bzw. der Kontrolle der Einreise zuweilen Grenzmauern erstellt. Man denke in diesem Zusammenhang etwa an die *Chinesische Mauer*, die das chinesische Reich vor dem Einfall mongolischer Barbaren schützen sollte, oder an den *Hadrianswall* in Schottland, der den Handels- und Personenverkehr überwachen und an den dafür vorgesehenen Grenzübergängen kanalisieren sollte.

Grenzmauern und Grenzzäune sind auch heute noch – bzw. wieder – höchst aktuell. Beispiele hierfür sind bekannt: Die Errichtung von Grenzzäunen an den Aussengrenzen des Schengenraumes, z.B. zwischen Ungarn und Serbien, zwischen Norwegen und Russland oder auch der dreifache Grenzzaun zwischen der spanischen Exklave Melilla und Marokko. Nicht unerwähnt bleiben kann zudem das Wahlkampfversprechen des amerikanischen Präsidenten Trump, eine Mauer zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und Mexiko zu errichten.

2. Schliessen von Grenzen?

Politische Grenzen sind heute – mit Ausnahme der bereits erwähnten Beispiele von Grenzzäunen oder Grenzmauern – in aller Regel lediglich mit Marksteinen gekennzeichnet – umgangssprachlich wird auch von der grünen Grenze gesprochen. Eine durchgehende Kennzeichnung oder gar Befestigung wäre schlichtweg nicht möglich, denken wir doch nur schon an die rund 1935 Kilometer lange Aussengrenze der Schweiz, die zu einem beachtlichen Teil durch unwegsames Gelände führt.

Dennoch ertönt heute angesichts des tatsächlich oder auch nur vermeintlich steigenden Migrationsdruckes immer wieder der politische und öffentliche Ruf nach der Schliessung der Grenzen. Ganz abgesehen davon, dass eine solche Grenzschiessung angesichts der weitgehend grünen Grenze praktisch kaum durchführbar ist, stellt sich die rechtliche Frage, ob Grenzschiessungen bzw. die Abweisung bestimmter Personengruppen an der Grenze – denn in der Regel soll nicht die Grenze ganz geschlossen werden, sondern es sollen vielmehr nur bestimmte Menschen nicht durchgelassen werden, – ob also die Abweisung bestimmter Personengruppen aus völker-, flüchtlings- und menschenrechtlicher Sicht zulässig ist. Dieser Frage soll in der Folge zunächst nachgegangen werden.

3. Entscheidungen an der Grenze

Kommen Menschen an die Grenzen – bzw. besser: an einen offiziellen Grenzübergang eines souveränen Staates und möchten in diesen einreisen, stellt sich die Frage, wie der betreffende Staat reagiert. Er muss entscheiden, ob er die Einreise erlauben will oder nicht. Die jeweilige Haltung wird durch politische Entscheide,

Luzern, 2. November 2017

rechtliche und wirtschaftliche Vorgaben sowie gesellschaftliche Befindlichkeiten determiniert. Als Juristin werde ich mich vorliegend hauptsächlich auf die rechtlichen Aspekte beschränken.

4. Welches Ermessen hat der Staat?

Die Souveränität der Staaten, die diesen die Macht einräumt, über ihr Territorium zu bestimmen, beinhaltet traditionell auch die Kompetenz, Regelungen über die Einreise von Fremden zu erlassen. Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung des Ermessens an den Landesgrenzen ist daher die Feststellung, dass das Völkerrecht die Frage, wer in ein Land einreisen kann, als *domaine réservé*, das heisst als Bereich, in dem Staaten frei entscheiden können, bezeichnet. Souveräne Staaten haben somit grundsätzlich das Recht, frei zu entscheiden, wer einreisen darf und wer nicht. Vorbehalten bleiben indes – wenn Juristinnen und Juristen «grundsätzlich» argumentieren, dann ist dies ein untrügliches Zeichen dafür, dass es Ausnahmen gibt – Vorbehalten bleiben daher die von den betreffenden Staaten eingegangenen und sich immerfort wandelnden völkerrechtlichen Verpflichtungen.

Als die Schweiz im 2. Weltkrieg jüdische Flüchtlinge an der Grenze zurückwies, hat sie sich zwar moralisch verwerflich verhalten, aber kein Völkerrecht verletzt. Denn zu jener Zeit kannte das Völkerrecht noch kein Verbot der Abweisung an der Grenze. Ein solches wurde erst mit der Genfer Flüchtlingskonvention im Jahr 1951 geschaffen. Seither ist der Ermessensspielraum, der Staaten bei Entscheidungen an der Grenze zukommt, dem ständigen Wandel und der fortschreitenden Weiterentwicklung des Völkerrechts unterworfen und kann nicht abschliessend umrissen werden. Lassen Sie mich dies kurz ausführen.

Flüchtlingsrecht

Das soeben erwähnte Beispiel der Zurückweisung von jüdischen Flüchtlingen an der Schweizer Grenze während des 2. Weltkrieges war einer der Katalysatoren für die Aufnahme des Rückschiebungsverbotes in die Flüchtlingskonvention. Grundgedanke des Rückschiebungsverbotes ist es, dass Asylsuchende sowie Flüchtlinge nicht in einen Staat zurückgeschafft oder ausgeliefert werden dürfen, in dem sie aus rassischen, religiösen, nationalen oder politischen Gründen beziehungsweise wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe verfolgt werden. Heute ist völkerrechtlich unbestritten, dass auch die Abweisung Schutzsuchender an der Grenze unzulässig ist.

Luzern, 2. November 2017

Menschenrechte

Aus dem Folterverbot ergeben sich ebenfalls Einschränkungen des staatlichen Ermessens an den Landesgrenzen. So verbietet es etwa die 1984 verabschiedete Konvention gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung den Vertragsstaaten, eine Person in einen anderen Staat auszuweisen, abzuschicken oder an diesen auszuliefern, «wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort Gefahr laufe, gefoltert zu werden». In konstanter Praxis wird auch aus den in anderen Menschenrechtsverträgen enthaltenen Folterverboten abgeleitet, dass das Ermessen der Staaten bei Entscheidungen an der Grenze eingeschränkt ist, wenn der betroffenen Person im Falle einer Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat Folter oder menschenrechtswidrige Behandlung oder Bestrafung droht. In zahlreichen Entscheidungen haben internationale Menschenrechtsorgane dieser Verpflichtung klare Kontouren gegeben: So ist heute unbestritten, dass nicht nur die Rückschaffung, sondern auch die Abweisung an der Grenze bzw. auf Hoher See unzulässig ist, wenn nicht entsprechende einzelfallbezogene Abklärungen zu allfällig menschenrechtswidriger Behandlung im Zielland vorgenommen werden. Vor einem Monat wurde zudem vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein Urteil zu Rückweisungen an der spanisch-marokkanischen Grenze in Melilla gefällt: Im Spannungsfeld zwischen legitimem Grenzschutz und konventionswidrigen Praktiken hat der Gerichtshof ausgeführt, dass es bei Abweisungen an der Grenze in jedem Fall einer Identitätsfeststellung bedarf und Möglichkeiten zu Äusserungen gegeben sein müssen.

5. Zwischenfazit

Es ist heute völkerrechtlich unbestritten, dass die Abweisung Schutzsuchender an der Grenze ebenso unzulässig ist wie die Rückschaffung in ein Land, in dem Verfolgung oder menschenrechtswidrige Behandlung droht. Dennoch wird weiterhin um das Ausmass der völkerrechtlichen Verpflichtungen gerungen, da zahlreiche Fragen noch nicht geklärt worden sind. So zum Beispiel:

- Gilt das Verbot der Abweisung Schutzsuchender an der Grenze auch dann, wenn diese nicht direkt aus einem Verfolgerland, sondern aus sogenannten sicheren Drittstaaten, - d.h. Staaten, in denen ein effektiver Schutz vor Rückschiebung besteht – einreisen? Zu denken ist hier etwa an eine Einreise aus Italien, Österreich oder Frankreich.
- Sind die Lebensbedingungen im sicheren Drittstaat bei einer Abweisung an der Grenze zu berücksichtigen? Hier geht es z.B. um die Frage, ob die fehlenden Aufnahmestrukturen in Italien für unbegleitete Minderjährige oder Familien mit Kindern bei der Einschätzung, ob die Einreise zu bewilligen sei, zu berücksichtigen sind.
- Dürfen Schutzsuchende, die lediglich durch ein Land durchreisen möchten, um in einem anderen Land ein Asylgesuch zu stellen, an der Grenze zurückgewiesen werden? Diese Situation stellt sich sehr häufig an

Luzern, 2. November 2017

der Schweizer Südgrenze, wollen doch viele Migrantinnen und Migranten lediglich durch die Schweiz reisen, um nach Deutschland oder Skandinavien zu gelangen.

- Dürfen Schutzsuchende abgewiesen werden, wenn sie in der Schweiz in erster Linie mit Verwandten vereint werden und nur in zweiter Linie um Schutz ersuchen wollen, weil sie z.B. aus dem bürgerkriegsgebeutelten Syrien kommen?

6. Extraterritoriales Grenzmanagement als Ausweg?

Angesichts dieser rechtlichen Unsicherheiten kommt es den Staaten gelegen, dass sich seit einiger Zeit ein neuer Trend beim Grenzschutz abzeichnet. Das Zauberwort lautet nunmehr extraterritoriales Management von Migrationsströmen durch Unterstützung und Finanzierung von Drittstaaten. Ziel der entsprechenden Massnahmen ist es, Migranten gar nicht mehr bis an die Grenzen Europas bzw. europäischer Staaten gelangen zu lassen. Dadurch sollen u.a. Menschenschleppern das Handwerk gelegt, illegale Migration verhindert und Menschenleben gerettet werden. Um dies zu erreichen, werden Kontrollaufgaben an Drittstaaten oder private Personen bzw. Personengruppen delegiert. Diese sollen im Auftrag europäischer Staaten sowie gegen Bezahlung sicherstellen, dass – in Verletzung des völkerrechtlich verankerten Rechts, jeden Staat verlassen zu können – keine Migranten von einem Land in ein anderes gelangen, bzw. dass keine seeuntüchtigen Schiffe in See stechen, um von Afrika nach Italien überzusetzen.

Vorreiter dieser Entwicklung ist Italien, das am Vorabend des von der Europäischen Union im Februar dieses Jahres beschlossenen Neun-Punkte-Plans gegen Migration aus Nordafrika eine Absichtserklärung mit Libyen abgeschlossen hat. Beide Dokumente zielen letztlich auf die Unterbrechung der Migrationsroute von Libyen nach Italien. Gestützt auf diese politischen Entscheide kooperieren nunmehr sowohl die Europäische Union als auch die Schweiz seit einigen Monaten mit der libyschen Küstenwache. Ziel dieser Kooperation ist es, den Aktivitäten von Schleppern Einhalt zu gebieten, indem Boote davon abgehalten werden, übers Mittelmeer nach Europa zu gelangen. Aus der Schweiz fliesst eine Million Franken nach Libyen, um damit, so das Staatssekretariat für Migration, die Ausbildung der Küstenwache zu unterstützen sowie die Beschaffung von Schwimmwesten, Taschenlampen und Erste-Hilfe-Sets zu ermöglichen.

Diese Unterstützung der libyschen Küstenwache ist rechtlich höchst problematisch. Denn zum einen räumt diese Kooperation der Küstenwache faktisch ein Rettungsmonopol in libyschen Hoheitsgewässern ein und verbietet es allen anderen Schiffen, insbesondere auch Schiffen von Hilfsorganisationen, die in den vergangenen Jahren Tausende Migranten vor dem Ertrinken gerettet haben, weiterhin Menschen in Seenot zu retten. Zum anderen ist aber, wie ein im September veröffentlichter Bericht des UNO-Generalsekretärs an den UNO-Sicherheitsrat nunmehr offiziell bestätigt, die Behandlung der von der Küstenwache nach Libyen

Luzern, 2. November 2017

zurückgebrachten Migranten von Gewalt, Vergewaltigungen, Zwangsarbeit und weiteren schweren Menschenrechtsverletzungen geprägt.

Auch die Ende August dieses Jahres von den Staats- und Regierungschefs verschiedener europäischer Staaten, des Tschad und Nigers sowie Vertretern der libyschen Übergangsregierung und der EU-Aussenbeauftragten in einer gemeinsamen Erklärung angekündigten Schutzmissionen stehen im Zeichen des Managements von Migrationsströmen und der Bekämpfung des Schleppertums. Ziel ist es, die Klärung von Asylansprüchen bereits in Afrika – insbesondere in Tschad und Niger – vorzunehmen und damit die Migration über das Mittelmeer einzudämmen. Doch wie ebenfalls zahlreiche internationale Berichte festhalten, hat auch hier die Medaille eine Kehrseite: sowohl im Niger als auch im Tschad ist die Menschenrechtssituation besorgniserregend.

Sollten diese Tatsachen die europäischen Staaten und damit auch die Schweiz kümmern? Dürfen sie Migrationsströme durch gezielte Kooperationen mit Drittstaaten oder gar nichtstaatlichen Milizen ohne Rücksicht auf die Konsequenzen entsprechender Massnahmen für die betroffenen Migranten lenken? Können sie sich durch die Auslagerung von Grenzschutzmassnahmen aus der Verantwortung stehlen, frei nach dem Motto «aus den Augen, aus dem Sinn»? Oder, anders formuliert, ist diese indirekte Beihilfe zu schweren Menschenrechtsverletzungen zulässig?

Wie jede Rechtsordnung kennt auch das Völkerrecht Regeln zur Verantwortlichkeit für rechtswidriges Verhalten. Danach ist ein Staat für eine völkerrechtswidrige Handlung verantwortlich, sofern ihm das betreffende Verhalten zugerechnet werden kann und keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Zentrale Bedeutung kommt dabei der Frage zu, ob das die Rechtsverletzung verursachende Verhalten auch tatsächlich einem Staat zurechenbar ist. Neben dem Verhalten ihrer eigenen Organe ist Staaten unter bestimmten Voraussetzungen auch das Verhalten von Dritten, seien dies Staaten oder private Gruppierungen zurechenbar. Der von der Völkerrechtskommission der UNO in jahrzehntelanger Arbeit verfasste und 2001 von der UNO-Generalversammlung angenommene Entwurf von Regeln zur Staatenverantwortlichkeit führt verschiedene dieser Situationen aus. So ist etwa die Zurechenbarkeit des völkerrechtswidrigen Handelns von Privaten gegeben, wenn dieses auf Anweisung oder unter der effektiven Kontrolle eines Staates erfolgt. Oder ebenso die Zurechenbarkeit der durch einen Drittstaat begangenen Völkerrechtsverletzung, wenn diese mit Hilfe oder Unterstützung dieses Staates begangen wurde.

Wenn nun europäische Staaten und die Schweiz mit afrikanischen Staaten oder Milizen zusammenarbeiten und mit Geld und technischer Ausrüstung für den Grenzschutz letztlich indirekt Beihilfe zu Menschenrechtsverletzungen begehen, dann dürfen sie nicht blauäugig annehmen, dass sie auf sicherem

Luzern, 2. November 2017

Boden stehen und sich so elegant der schwierigen Fragen an den eigenen Grenzen entziehen können. Vielmehr könnten sowohl die Geldzahlungen als auch die materielle Unterstützung dazu führen, dass ihnen die von Drittstaaten bzw. privaten Gruppierungen begangenen völkerrechtswidrigen Handlungen – etwa die Verletzung des Rechts, jedes Land zu verlassen sowie ganz allgemein die menschenrechtswidrige Behandlung – zugerechnet werden und sie hierfür verantwortlich gemacht werden.

Dies sind einige Überlegungen aus dem juristischen Elfenbeinturm, die aber für Hunderte, ja Tausende Menschen von existenzieller und überlebenswichtiger Bedeutung sein können.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.