

Jahrbuch für Annuaire du droit Migrationsrecht de la migration

2018/2019

Alberto Achermann
Véronique Boillet
Martina Caroni
Astrid Epiney
Jörg Künzli
Peter Uebersax
(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Das Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019 enthält ausgewählte Referate der 15. Schweizerischen Migrationsrechtstage zu aktuellen Fragen des Migrationsrechts, namentlich zu den Entwicklungen des Schengen-Rechts betreffend Schutz der Aussengrenzen, zu den neuen integrationsrechtlichen Bestimmungen im Ausländerrecht und den möglichen Auswirkungen des geplanten institutionellen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU auf den Freizügigkeitsbereich. Es dokumentiert im Weiteren für den Zeitraum von Mitte 2018 bis Mitte 2019 die Rechtsprechung internationaler und nationaler gerichtlicher Instanzen zum Migrationsrecht, zeichnet die wesentlichen Rechtsentwicklungen in der Schweiz auf Bundes- und Kantonsebene, in der EU und in weiteren internationalen Gremien nach und enthält eine Bibliografie zum schweizerischen Migrationsrecht.

L'annuaire du droit de la migration 2018/2019 contient une sélection des exposés des 15e Journées suisses du droit de la migration sur des problématiques actuelles du droit des migrations, notamment le développement du droit de Schengen sur la protection des frontières extérieures, les nouvelles dispositions en matière d'intégration dans le droit des personnes étrangères et les conséquences possibles d'un Accord institutionnel entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation. L'annuaire résume également la jurisprudence des tribunaux internationaux et nationaux en matière de droit des migrations pour la période allant de la seconde moitié de 2018 à la première moitié de 2019, retrace les principaux développements juridiques intervenus en Suisse aux niveaux fédéral et cantonal, au sein de l'UE et d'autres instances internationales et contient une bibliographie du droit suisse des migrations.

Jahrbuch für Migrationsrecht

Annuaire du droit de la migration

2018/2019

Alberto Achermann

Rechtsanwalt und assoziierter Professor an der Universität Bern

Véronique Boillet

Professeure associée à l'Université de Lausanne

Martina Caroni

Professorin an der Universität Luzern

Astrid Epiney

Professorin an der Universität Freiburg

Jörg Künzli

Professor an der Universität Bern

Peter Uebersax

Professor an der Universität Basel, Gerichtsschreiber
und wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht in Lausanne

(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Umschlaggestaltung: Magma, Bern

Publiziert mit Unterstützung des Staatssekretariats für Migration.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2019
www.staempfliverlag.com

© Stämpfli Editions SA Berne · 2019
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-1385-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

Print ISBN 978-3-7272-1383-0

printed in
switzerland



Vorwort

Die Sicherung von Grenzen und das Recht von Staaten, frei über die Ein- und Ausreise von «Fremden» zu entscheiden, gehören zum Kernbereich des traditionellen Souveränitätsverständnisses. Insofern ist es nicht erstaunlich, dass Regime wie die Personenfreizügigkeit in Europa oder das Schengener-System mit der Abschaffung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen und der Verlagerung des Grenzschutzes an die Aussengrenzen Emotionen wecken. Wenn dazu der Eindruck entsteht, die Einwanderung gerate ausser Kontrolle oder der Aussengrenzschutz funktioniere nicht, wird es ein Leichtes, Ängste in politische Parolen zu verformen. Die Politik reagiert unter Druck und dabei selten rational. Die sogenannte «Flüchtlingskrise» im Jahr 2015 etwa hat in Europa dazu geführt, dass verschiedene Staaten Grenzkontrollen an den Binnengrenzen wiedereingeführt und das Regime der Reisefreiheit zum Teil ausgehebelt haben. Zum Schutz der Aussengrenzen wurden, auch unter dem Eindruck diverser Terroranschläge, verschiedene Instrumente entwickelt, um die Kontrollen mittels neuer Technologien zu verstärken, namentlich mit der Schaffung einer Reihe von miteinander verknüpften Datenbanken, welche zunehmend die Privatsphäre der Betroffenen gefährden. Im Bereich der Personenfreizügigkeit führt das Unbehagen in der Schweiz dazu, dass der Abschluss eines institutionellen Abkommens, welches die Beziehungen zur EU auf ein festes Fundament stellen sollte, akut in Frage gestellt ist. Auch neuere migrationsrechtliche «Integrationsvoraussetzungen» sind in diesem Kontext zu sehen, indem sie dazu verwendet werden können, die Zuwanderung von Personen aus Drittstaaten zu kontrollieren bzw. unter Umständen einzuschränken.

Mit diesen Themen befassen sich ausgewählte Referate der 15. Schweizerischen Migrationsrechtstage, welche im vorliegenden Jahrbuch veröffentlicht werden. Der Band dokumentiert für den Zeitraum von Mitte 2018 bis Mitte 2019 zudem die Rechtsprechung internationaler und nationaler gerichtlicher Instanzen zum Migrationsrecht, zeichnet die wesentlichen Rechtsentwicklungen in der Schweiz, in der EU und in weiteren internationalen Gremien nach und enthält eine Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts.

An dieser Stelle danken wir Alexandra Büchler, Joël Olivier Müller, Jana Schmid, Lars Schneider und Monika Wyss von der Universität Bern sowie Dr. Anne-Laurence Graf von der Universität Neuchâtel und Dominique Tran von der Universität Lausanne für die grosse Unterstützung bei der Erarbeitung dieses Buches. Ein besonderer Dank gilt dem SEM, das die Herausgabe dieses Jahrbuches wiederum mit einem namhaften Betrag unterstützt hat.

Bern, im Juli 2019

Alberto Achermann
Martina Caroni
Jörg Künzli

Véronique Boillet
Astrid Epiney
Peter Uebersax

Préface

La protection des frontières et le droit des Etats de décider librement de l'entrée et de la sortie des «étrangers» de son territoire constituent l'essence même du principe de la souveraineté. Le régime de la libre circulation en Europe et le système de Schengen provoquent des émois avec la suppression des contrôles aux frontières internes ainsi que le report de la gestion de ces contrôles aux frontières extérieures de l'Union européenne. Avec l'impression que la migration échappe à tout contrôle et que la protection des frontières extérieures ne fonctionne plus, il devient aisé d'utiliser ces craintes pour nourrir le discours politique. Sensible aux différentes pressions, le monde politique réagit rarement de manière rationnelle. En témoigne la «crise des réfugiés» d'Europe en 2015 qui a conduit à la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures dans plusieurs Etats, portant ainsi atteinte au régime de la liberté de mouvement. Suite aux attaques terroristes et dans le but de protéger les frontières extérieures, divers instruments ont dès lors été mis en place pour augmenter les contrôles au moyen de nouvelles technologies. Un ensemble de bases de données connexes et reliées les unes aux autres a notamment été créé, compromettant néanmoins de plus en plus la vie privée des individus concernés. S'agissant de la libre circulation des personnes, un sentiment de malaise conduit à une remise en question de la conclusion d'un accord institutionnel en Suisse, accord qui scellerait pourtant solidement les relations avec l'Union européenne. Enfin, dans ce contexte, les nouveaux «critères d'intégration» prévus par la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) sont à prendre en considération dans le sens où ils peuvent être utilisés pour contrôler et, dans certains cas, restreindre l'immigration de personnes en provenance d'Etats tiers.

Les exposés des 15èmes Journées suisses du droit de la migration, publiés dans cet annuaire, traitent de ces différents thèmes. L'annuaire recense en outre la jurisprudence des instances judiciaires internationales et nationales en matière de droit des migrations pour la période allant de la mi-2018 à la mi-2019, retrace les principaux développements juridiques au niveau cantonal et fédéral suisse, dans l'UE ainsi que dans certaines instances internationales et contient une bibliographie relative au droit de la migration suisse.

Nous souhaitons ici remercier Alexandra Büchler, Joël Olivier Müller, Jana Schmid, Lars Schneider et Monika Wyss de l'Université de Berne, ainsi que Anne-Laurence Graf de l'Université de Neuchâtel et Dominique Tran de l'Université de Lausanne pour leur importante contribution à l'élaboration de cet ouvrage. Nous remercions également le Secrétariat d'Etat aux migrations dont la généreuse contribution a permis encore une fois la publication de cet annuaire.

Berne, juillet 2019

Alberto Achermann
Martina Caroni
Jörg Künzli

Véronique Boillet
Astrid Epiney
Peter Uebersax

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

Teil A / Partie A: Referate – Rapports

Interoperabilität der Informationssysteme im Migrationsbereich – Digitale Grenzkontrollen 2019	3
SARAH PROGIN-THEUERKAUF, MARGARITE ZOETEWELJ-TURHAN UND OZAN TURHAN	
Das Institutionelle Abkommen – unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie	43
ASTRID EPINEY UND SIAN AFFOLTER	
La notion d'intégration dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral.....	83
NOÉMIE GONSETH ET GREGOR T. CHATTON	

Teil B / Partie B: Rechtsprechung – Jurisprudence

La jurisprudence du Tribunal fédéral en droit des personnes étrangères et de la nationalité.....	145
AURÉLIE MARIOTTI	
Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts	159
JOËL OLIVIER MÜLLER, STEFAN SCHLEGEL, LARS SCHNEIDER UND ALBERTO ACHERMANN	
Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Asylrechts	203
ADRIANA ROMER, SARAH FREHNER UND ANGELA STETTLER	
Die Rechtsprechung der Kantone im Migrationsrecht.....	263
JOËL OLIVIER MÜLLER UND LARS SCHNEIDER	
Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen	295
ASTRID EPINEY UND LIVIA MATTER	

Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht	343
CONSTANTIN HRUSCHKA UND SARAH PROGIN-THEUERKAUF	

Die Praxis internationaler Menschenrechtsorgane im Bereich Migrationsrecht	403
MARTINA CARONI	

Teil C / Partie C: Rechtsentwicklungen – Développements juridiques

Rechtsentwicklungen in der Schweiz.....	443
ALEXANDRA BÜCHLER	

Änderungen in der kantonalen Bürgerrechts-, Ausländer- und Asylrechtsgesetzgebung	501
JOËL OLIVIER MÜLLER	

Pratique pertinente pour la Suisse des organes des Nations Unies et du Conseil de l'Europe concernant la migration.....	507
ANNE-LAURENCE GRAF-BRUGÈRE	

Europäische Rechtsentwicklungen und ihre Auswirkungen auf die Schweiz.....	543
SARAH PROGIN-THEUERKAUF	

Teil D / Partie D: Bibliografie – Bibliographie

Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts 2018/2019.....	567
JANA SCHMID	

Abkürzungsverzeichnis – Liste des abréviations.....	577
--	------------

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren und der Herausgeberinnen und Herausgeber – Liste des auteurs et éditeurs	597
--	------------

Teil A **Referate**

Partie A **Rapports**

Interoperabilität der Informationssysteme im Migrationsbereich – Digitale Grenzkontrollen 2019

Sarah Progin-Theuerkauf, Margarine Zoetewij-Turhan und Ozan Turhan*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	3
II.	Der Datenschutzstandard der EU.....	5
III.	Datenbanken im Migrationsbereich.....	8
1.	SIS	9
2.	Eurodac	15
3.	VIS.....	21
4.	Entry-Exit-System (EES).....	24
5.	Europäisches Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS)	29
6.	Europäisches Strafregisterinformationssystem für Drittstaatsangehörige (ECRIS-TCN).....	32
IV.	Interoperabilität	35
1.	Entstehung und Aufbau des neuen Systems	35
2.	Kritik.....	39
V.	Beteiligung der Schweiz	40
VI.	Gesamtbewertung und Fazit	41

I. Einleitung

Im Mai 2019 erhielten vor allem die Wahlen zum Europäischen Parlament und die politischen Konsequenzen, die die neue Zusammensetzung des Parlaments nach sich ziehen dürfte, sowie die nie enden wollende Brexit-Debatte, bei der es jede Woche eine neue dramatische Wendung zu geben scheint, sehr viel Aufmerksamkeit durch die Medien.

So überrascht es nicht, dass zwei Verordnungen, die der Rat am 20. Mai 2019 verabschiedet hat, bislang nahezu unbemerkt blieben. Dies jedoch völlig zu Unrecht, werden sie doch weitreichende Folgen haben: Konkret geht es um

* Die Autoren danken Dr. Nula Frei, Oberassistentin am Institut für Europarecht der Universität Fribourg, und Reto Gruber, Bundesamt für Justiz, für ihre wertvollen Hinweise. Die Forschung zu diesem Artikel wurde durch einen Beitrag der Aargauer Stiftung gefördert.

die Verordnungen 2019/817¹ und 2019/818² zur Schaffung des Rechtsrahmens für die Interoperabilität (d.h. Verknüpfung) der EU-Informationssysteme im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Es bedurfte zwei verschiedener Verordnungen, weil die Datenerhebung innerhalb der Schengen-Zusammenarbeit und jene ausserhalb von Schengen auf verschiedene Rechtsgrundlagen gestützt sind.

Drei der Datenbanken, die in das System der neuen Verordnungen eingebunden wurden, existieren bereits seit vielen Jahren und haben sich bewährt, wie das Schengener Informationssystem (SIS II), das Visa-Informationssystem (VIS) und Eurodac, während die anderen drei, das Entry-Exit-System (EES), das Europäische Strafregisterinformationssystem für Drittstaatsangehörige (ECRIS-TCN) und das Europäische Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS), noch gar nicht eingerichtet bzw. in Betrieb sind.

Die neuen Verordnungen wurden als Massnahmen präsentiert, die zur Verbesserung der Sicherheit in der EU dringend erforderlich sind, weil sie z.B. effizientere Kontrollen von Personen an den Aussengrenzen ermöglichen oder die Aufdeckung multipler Identitäten verbessern und so zur Bekämpfung illegaler Migration beitragen.³

Die zunehmende Verfügbarkeit gespeicherter Daten, die die Interoperabilität der Datenbanken mit sich bringt, wirft allerdings Fragen nach einem ausreichenden Grundrechtsschutz der betroffenen Individuen auf. Ob die Einhaltung der Grundrechte hinreichend gewährleistet wird und der geltende EU-Datenschutzrahmen in der Praxis ausreichend ist, ist zweifelhaft.

Da das gesamte System der Interoperabilität der verschiedenen Datenbanken auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens basiert – Vertrauen in die Rechtmässigkeit der Datenerhebungs- und Entscheidungsprozesse der Mitgliedstaaten und die Arbeit der Behörden, die Zugang zu den Datenbanken haben –, sind schliesslich rechtlich nur begrenzte Möglichkeiten vorhanden, hiergegen anzugehen. Dies erscheint ebenfalls problematisch.

¹ Verordnung (EU) 2019/817 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen Grenzen und Visa und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 und (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Entscheidung 2004/512/EG des Rates und des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, ABl. L 135 vom 22.5.2019, S. 27-84.

² Verordnung (EU) 2019/818 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration) und zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/816, ABl. L 135 vom 22.5.2019, S. 85-135.

³ Vgl. Erwägungsgrund 9 der Verordnung 2019/818 (Anm. 2) und der Verordnung 2019/817 (Anm. 1).

Der folgende Beitrag gibt – nach Ausführungen zum Datenschutzstandard der EU (II.) – einen Überblick über die bestehenden bzw. noch zu schaffenden Informationssysteme (III.), die durch die Interoperabilitätsverordnungen miteinander verbunden werden sollen. In einem zweiten Schritt werden die durch die neuen Verordnungen vorgesehenen Neuerungen dargestellt und diskutiert (IV.). Insbesondere die Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz der betroffenen Individuen, deren Daten erhoben, gespeichert und genutzt werden, sollen erläutert werden. Die Teilnahme der Schweiz an den jeweiligen Systemen wird ebenfalls erörtert (V.). Der Beitrag schliesst mit einem Fazit (VI.).

II. Der Datenschutzstandard der EU

Die Datenbanken, die Gegenstand dieser Untersuchung sind, sehen die Speicherung und Verwendung einer Reihe von personenbezogenen Daten von Migrantinnen und Migranten vor: Dabei handelt es sich um Informationen über identifizierte oder identifizierbare natürliche Personen mit Drittstaatsangehörigkeit, die in den Schengen-Raum eingereist sind oder einreisen möchten. Der allgemeine Rechtsrahmen für den Schutz solcher Daten in Europa ist fragmentiert.⁴

Das erste (und bislang einzige) völkerrechtliche Instrument, das sich mit dem Thema Datenschutz befasste, war die Datenschutzkonvention⁵ des Europarates (also nicht der EU) von 1981. Die Konvention enthält elementare Datenschutzrechte.

2001 wurde ein Zusatzprotokoll zur Datenschutzkonvention angenommen. Es enthält u.a. die Pflicht, nationale Datenschutzbehörden einzurichten.⁶

Eine überarbeitete Fassung der Datenschutzkonvention wurde im Mai 2018 verabschiedet.⁷ In diese wurde auch das Zusatzprotokoll von 2001 integriert. Bislang hat allerdings noch kein Staat die neue Datenschutzkonvention ratifiziert.⁸

⁴ Vgl. für eine Übersicht zu den europäischen Datenschutzregeln FRA (Hrsg.), Handbuch zum europäischen Datenschutzrecht, Luxemburg 2019.

⁵ Vgl. Übereinkommen zum Schutz der Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28.1.1981, SR 0.235.1.

⁶ Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitendem Datenverkehr vom 8.11.2011, SR 0.235.11.

⁷ Protokoll zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz der Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, SEV Nr. 223, 2018.

⁸ Zum Stand der Ratifizierungen vgl. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

Zudem ist die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK⁹) einschlägig. Ein ausdrückliches Recht auf den Schutz personenbezogener Daten enthält die EMRK zwar nicht; es wurde jedoch durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK abgeleitet.¹⁰

Laut EGMR gehören insbesondere Fingerabdrücke, «die einzigartige Informationen über die betroffene Person enthalten, die eine genaue Identifizierung unter den verschiedensten Umständen ermöglichen», zu einer besonderen Kategorie sensibler Daten, auf die strengere Kriterien angewendet werden können.¹¹ Der EGMR betonte in diesem Zusammenhang, dass «die Notwendigkeit solcher Schutzmassnahmen umso grösser [ist], als es um den Schutz personenbezogener Daten geht, die einer automatischen Verarbeitung unterzogen werden, nicht zuletzt, wenn diese Daten für polizeiliche Zwecke verwendet werden. Das innerstaatliche Recht sollte insbesondere sicherstellen, dass diese Daten für die Zwecke, für die sie gespeichert sind, relevant und nicht übermässig sind; und sie sollten in einer Form aufbewahrt werden, die eine Identifizierung der betroffenen Personen nicht länger als für den Zweck, für den diese Daten gespeichert werden, erforderlich ermöglicht. [...] Sie muss auch angemessene Garantien dafür bieten, dass die gespeicherten personenbezogenen Daten wirksam vor Missbrauch und Zweckentfremdung geschützt werden.»¹²

Seit 2009 schützt innerhalb der Europäischen Union (EU) die EU-Grundrechtecharta¹³ das Grundrecht auf Datenschutz. Sie enthält mit Art. 7 eine Parallelnorm zu Art. 8 EMRK. Zudem stellt die Charta in Art. 8 ein ausdrückliches Recht auf den Schutz personenbezogener Daten auf. Dieses wird in Art. 16 Abs. 1 AEUV¹⁴ wiederholt.

Innerhalb der EU bildet Art. 16 Abs. 2 AEUV die Rechtsgrundlage für ein umfassendes Datenschutzsystem. Auf dieser Grundlage wurden die 1995 noch auf der Basis der Kompetenz für den Binnenmarkt von Art. 100a EGV (später Art. 95 EG¹⁵) erlassene EU-Datenschutzricht-

⁹ Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR. 0.101.

¹⁰ EGMR, *Leander v. Schweden*, Nr. 9248/1981, Urteil vom 26.3.1987, Ziff. 48.

¹¹ Explizit auch in EGMR, *S. und Marper v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 30562/04 und 30566/04, Urteil vom 4.12.2008, Ziff. 84.

¹² Ibid., Ziff. 103.

¹³ ABl. C 83/391 vom 30.3.2010.

¹⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47.

¹⁵ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 2.10.1997 (EG), ABl. C 340 vom 10.11.1997, S. 173, mit Wirkung zum 1.12.2009 in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) umbenannt (Anm. 14).

linie¹⁶ überarbeitet und eine neue Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)¹⁷ erlassen, die seit Mai 2018 in Kraft ist.

Gemäss der Verordnung unterliegen Behörden bei der Verarbeitung personenbezogener Daten von natürlichen Personen ebenfalls den Vorschriften der DSGVO.¹⁸ Art. 5 der DSGVO stellt die wesentlichen Grundsätze auf, die bei der Verarbeitung dieser Daten beachtet werden müssen. Diese umfassen insbesondere:

- das Prinzip der Rechtmässigkeit, d.h. die faire und rechtmässige Beschaffung und Verarbeitung der Daten;
- das Prinzip der Zweckbindung, d.h. die Verwendung der Daten entsprechend dem Ziel, zu dem sie gewonnen wurden;
- das Prinzip der Datenminimierung, d.h. die Beschränkung auf Daten, die für den Zweck erheblich und relevant sind.

Komplettiert wird die DSGVO von einer Richtlinie, die spezifische Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten und den freien Verkehr personenbezogener Daten im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen und der polizeilichen Zusammenarbeit enthält.¹⁹ Um die Grundsätze der Datenschutzgrundverordnung auch auf EU-Organe und Einrichtungen ausdehnen zu können, wurde schliesslich im Oktober 2018 eine weitere Verordnung erlassen.²⁰

¹⁶ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31-50.

¹⁷ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1-88. Dazu ausführlich *Jan Philipp Albrecht/Florian Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Grundlagen, Gesetzgebungsverfahren, Synopse, 1. Aufl., Baden-Baden 2017; *Astrid Epiney/Markus Kern*, Zu den Neuerungen im Datenschutzrecht der Europäischen Union, Datenschutzgrundverordnung, Richtlinie zum Datenschutz in der Strafverfolgung und Implikationen für die Schweiz, in: Epiney/Nüesch (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzes in Europa und die Schweiz/La révision de la protection des données en Europa et la Suisse, Zürich u.a. 2016, S. 39 ff.; *Jürgen Kühling/Benedikt Buchner* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 1. Aufl., München 2017.

¹⁸ Vgl. Art. 5 Nr. 7 DSGVO.

¹⁹ Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 89-131.

²⁰ Verordnung (EU) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, zum freien

Diese Regelungen bilden das Grundkorsett des Datenschutzes in der EU, das auch im Migrationsbereich zu beachten ist. Darüber hinaus enthalten aber auch alle Rechtsinstrumente, die im Folgenden analysiert werden, Bestimmungen zum Schutz der Daten, die für den jeweiligen Rechtsakt relevant sind.

In institutioneller Hinsicht ist erwähnenswert, dass 2012 die Europäische Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen (eu-LISA) errichtet wurde.²¹ Eu-LISA ist für das Betriebsmanagement des SIS, des VIS und von Eurodac zuständig und wird dies auch für das EES, ETIAS und ECRIS-TCN sein. Hauptaufgabe von eu-LISA ist es, einen reibungslosen Betrieb der Informationstechnologiesysteme zu gewährleisten. Die Agentur ist aber auch für die Sicherheit der Systeme und der in ihnen gespeicherten Daten verantwortlich. Der Agentur kann die Zuständigkeit für die Konzeption, die Entwicklung und das Betriebsmanagement weiterer IT-Grosssysteme übertragen werden, die künftig geschaffen werden.

Die qualitative und quantitative Ausweitung der Datenverwendung in den einzelnen EU-rechtlich vorgesehenen Datenbanken im Migrationsbereich und die Interoperabilität der Datenbanken erhöhen das Risiko von Datenschutzverletzungen erheblich. Wie bereits eingangs erwähnt, macht es zudem der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, der die Grundlage des EU-Rechts bildet, besonders schwierig, eine wirksame Kontrolle der Umsetzung der einschlägigen Vorschriften zu gewährleisten.

III. Datenbanken im Migrationsbereich

Im Folgenden sollen die einzelnen Datenbanken, die im Migrationsbereich relevant sind und die miteinander verbunden werden sollen, untersucht werden.

Datenverkehr und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und des Beschlusses Nr. 1247/2002/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 295 vom 21.11.2018, S. 39-98.

²¹ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. L 286 vom 1.11.2011, S. 1-17. Die Verordnung wurde inzwischen ersetzt durch die Verordnung (EU) 2018/1726 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.11.2018 über die Agentur der Europäischen Union für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (eu-LISA), zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 und des Beschlusses 2007/533/JI des Rates sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011, ABl. L 295 vom 21.11.2018, S. 99-137.

1. SIS

a) SIS I

Im Jahr 1985 wurde von fünf Mitgliedstaaten der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Deutschland, Frankreich, Belgien, Niederlande, Luxemburg) das Schengener Abkommen unterzeichnet, mit dem ein schrittweiser Abbau der gemeinsamen Grenzen und verstärkte Grenzkontrollen an den Aussengrenzen vereinbart wurden. Durch das 1990 unterzeichnete Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (Schengener Durchführungsübereinkommen, SDÜ)²² wurde als Ausgleich für das Sicherheitsdefizit durch den Verlust der Möglichkeit, Personenkontrollen an den Binnengrenzen durchzuführen, das Schengener Informationssystem (SIS)²³ errichtet.

Zu beachten ist, dass die Schengen-Zusammenarbeit völlig ausserhalb des Rahmens der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft stattfand, da diese keine Kompetenzen im Bereich der Grenzkontrollen besass.

Mit dem Vertrag von Maastricht vom 7.2.1992 wurden einige ausgewählte Kompetenzen auf die Europäische Gemeinschaft übertragen.²⁴

Mit der Einbeziehung des Schengen-Besitzstands unter das Dach der EU durch den Vertrag von Amsterdam von 1997 wurden das Schengener Abkommen und das SDÜ schliesslich für alle EU-Mitgliedstaaten, die an den Schengen-Besitzstand gebunden sind, verbindlich.²⁵ In diesem Zusammenhang wurde jedem Rechtsakt eine Rechtsgrundlage aus den verschiedenen Säulen des Unionsrechts zugeordnet. Ein grosser Teil des ehemaligen Schengen-Acquis (Aussengrenzkontrollen, Teile der Visapolitik, Flüchtlings- und Asylpolitik, Einwanderungspolitik und justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen) wurde in den Titel IV EG-Vertrag (und damit in die erste Säule der EU) integriert; nur die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen verblieb weiterhin auf der intergouvernementalen Ebene der dritten Säule (Titel VI EU-Vertrag). Das EU-Recht hat seither einen Geltungsvorrang vor Schengen-Recht; nur soweit kein neueres EU-Recht erlassen wurde, gelten die Bestimmungen des Schengener Abkommens sowie des Durchführungsübereinkommens fort. Zahlreiche Normen des Schengener Abkommens und

²² Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, ABl. L 239 vom 22.9.2000, S. 19-62.

²³ Art. 92 SDÜ.

²⁴ Vgl. Sarah Progin-Theuerkauf, Vor Art. 77-80 AEUV, Rz. 2, in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 7. Aufl., 2015.

²⁵ Ibid., Rz. 3.

des Durchführungsübereinkommens wurden inzwischen durch EU-Rechtsakte ersetzt.²⁶

Das SIS soll es Behörden der Mitgliedstaaten ermöglichen, Zugang zu Personen- und Sachwarnungen zum Zwecke der Grenzkontrollen und anderer polizeilicher und zollamtlicher Kontrollen, sowie im Falle der in Art. 96 SDÜ genannten spezifischen Kategorie von Ausschreibungen zum Zwecke der Erteilung von Visa, Aufenthaltstiteln und der Verwaltung der Rechtsvorschriften über Ausländer, zu erhalten.

Das SIS umfasst inzwischen über 80 Millionen Datensätze.²⁷ Die meisten Daten betreffen Gegenstände, nur 1% der Daten betreffen Personen.²⁸

Die meisten der in das SIS eingegebenen Personendaten betreffen Drittstaatsangehörige, denen die Einreise gemäss Artikel 96 SDÜ (jetzt Artikel 24 der SIS II-Verordnung)²⁹ verweigert werden soll.³⁰ Eine solche Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung kann von einer zuständigen nationalen Behörde ausgesprochen werden, wenn die Behörde einen Drittstaatsangehörigen als eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit ansieht, wenn der Drittstaatsangehörige einer Massnahme zur Ausweisung, Einreiseverweigerung oder Abschiebung unterworfen war, die ein Einreiseverbot beinhaltet, oder wenn wegen Missachtung der nationalen Vorschriften über die Einreise oder den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsverbot verhängt wurde.³¹

Die Verweigerung der Einreise oder eines Visums stützt sich auf Art. 5 SDÜ (jetzt Art. 6 des Schengener Grenzkodex³²), wonach einer Person, für die im SIS eine Ausschreibung zum Zwecke der Einreiseverweigerung erfolgt ist, die Einreise in die Schengener Gebiete verweigert werden muss. Nur aus humanitären Gründen, aus Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen können die nationalen Behörden von dieser

²⁶ Ibid.

²⁷ Vgl. SIS II anual statistics 2018, <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Reports/SIS%202018%20statistics.pdf> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

²⁸ Ibid.

²⁹ Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.12.2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), ABl. L 381 vom 28.12.2006, S. 4-23.

³⁰ Die Mehrheit der Personenausschreibungen (54%) betrafen Ende 2018 Ausschreibungen gemäss Art. 24 der SIS II-Verordnung (d.h. Personen, denen die Einreise oder der Aufenthalt im Schengen-Raum zu verweigern ist), vgl. <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Reports/SIS%202018%20statistics.pdf> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

³¹ Art. 24(2) (a) und (b) der SIS II-Verordnung (vorher Art. 96 Abs. 2 und 3 SDÜ).

³² Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. L 105 vom 13.4.2006, S. 1.

Pflicht zur Einreiseverweigerung abweichen (Art. 6 Abs. 5c des Schengener Grenzkodex).

Wenn eine Person im SIS erfasst wurde, wurden nach dem SDÜ Vor- und Nachname, besondere unveränderliche physische Merkmale, Geburtsort und -datum, Geschlecht, Staatsangehörigkeit, Ausschreibungsgrund und die zu ergreifende Massnahme bezüglich dieser Person von der Behörde des Mitgliedstaats, die es für angebracht hielt, in das System eingegeben.³³

Da das SIS ausschliesslich auf der Basis «Treffer/kein Treffer» funktioniert, ermöglichte das zur Ergänzung des SIS eingerichtete Netzwerk von nationalen SIRENE-Büros den Austausch zusätzlicher Informationen wie Fingerabdrücke und Fotos. Das SIRENE-Büro, das jeder Mitgliedstaat, der an das SIS angeschlossen ist, eingerichtet hat, ist neben dem Austausch zusätzlicher Informationen auch für die Koordinierung der Tätigkeiten im Zusammenhang mit SIS-Alarmen zuständig.³⁴

b) SIS II

Das SIS wurde als zwischenstaatliches System eingerichtet, das den Austausch von Informationen durch eine relativ kleine Gruppe von Staaten ermöglicht. Mit der Erweiterung der EU und der rasanten Entwicklung der Informationstechnologien wurde die Notwendigkeit deutlich, das SIS durch ein fortschrittlicheres, zentralisiertes System zu ersetzen.

Im Dezember 2006 nahm der Rat die Verordnung 1987/2006 über die Einrichtung des SIS II³⁵ an. Die Entwicklung geeigneter technischer Lösungen dauerte jedoch länger als erwartet. Nach einer Übergangsphase (SISone4all) konnte das SIS II im Jahre 2013 seinen Betrieb aufnehmen.³⁶

Das SIS II besteht aus einem zentralen System (C-SIS), das von der EU-Agentur eu-LISA verwaltet wird, und den nationalen Systemen der Schengen-Staaten (N-SIS) sowie einem Kommunikationsnetz zwischen den Systemen.

Das SIS II, das nationalen Grenzkontrollbehörden, den Polizei-, Zoll-, Justiz- und Fahrzeugregisterbehörden sowie Europol und Eurojust zugänglich ist,

³³ Art. 94 SDÜ.

³⁴ Vgl. dazu auch Sirene-Handbuch, Durchführungsbeschluss (EU) 2017/115/EU der Kommission vom 31.8.2017 zur Ersetzung des Anhangs zum Durchführungsbeschluss 2013/115/EU über das SIRENE-Handbuch und andere Durchführungsbestimmungen für das Schengener Informationssystem der zweiten Generation (SIS II), ABl. L 231 vom 7.9.2017, S. 6-51.

³⁵ Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.12.2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), ABl. L 381 vom 28.12.2006, S. 4-23.

³⁶ Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission IP/14/309 vom 9.6.2013.

speichert und verwendet nun auch biometrische Daten wie Fingerabdrücke und Fotos.³⁷

Fingerabdrücke wurden zunächst nur zur Bestätigung der Identität einer Person verwendet, die als Ergebnis einer Suche gefunden wurde, in der Regel nach Namen und Geburtsdatum. Im Rahmen dieser «Eins-zu-Eins»-Suche wurden die Fingerabdrücke der Person mit einem Satz von im SIS gespeicherten Abdrücken verglichen.

Die Möglichkeit, eine Person anhand ihrer Fingerabdrücke zu identifizieren, erfordert hingegen den Vergleich der Fingerabdrücke dieser Person mit allen im System vorhandenen Abdrücken - eine sog. «One-to-Many»-Suche. Die Möglichkeit hierzu wurde in Art. 22 lit. c der SIS II-Verordnung geschaffen.³⁸ Diese Funktionalität erfordert die Implementierung eines automatischen Fingerabdruckidentifizierungssystems (AFIS). Die erforderliche Technologie war 2016 vorhanden, und nach einer fast zweijährigen Pilotphase ging AFIS für das SIS II im März 2018 in Betrieb.³⁹

Im November 2018 wurde die SIS II-Verordnung noch einmal reformiert.⁴⁰ Nunmehr ist der Einsatz von SIS II AFIS obligatorisch,⁴¹ die Mitgliedstaaten haben jedoch zwei Jahre ab Inkrafttreten der neuen Verordnung Zeit, um die AFIS-Funktion im SIS II umzusetzen.⁴² Mehrere Mitgliedstaaten haben bereits die erforderliche rechtliche und technologische Infrastruktur geschaffen (Deutschland, die Niederlande, Lettland, Malta, Slowenien, Portugal, Ungarn, Österreich, die Schweiz, Liechtenstein und Polen) und nutzen die Möglich-

³⁷ Art. 20 Verordnung 1987/2006 (Anm. 35), jetzt Art. 20 Verordnung (EU) 2018/1861.

³⁸ Vgl. auch Art. 33 Abs. 2 Verordnung (EU) 2018/1861.

³⁹ Vgl. <https://www.eulisa.europa.eu/Newsroom/News/Pages/AFIS-deployment-March-2018.aspx> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

⁴⁰ Verordnung (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.11.2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006, ABl. L 312 vom 7.12.2018, S. 14-55. Vgl. auch Verordnung (EU) 2018/1860 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.11.2018 über die Nutzung des Schengener Informationssystems für die Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 312 vom 7.12.2018, S. 1-13; Verordnung (EU) 2018/1862 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.11.2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit und der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, zur Änderung und Aufhebung des Beschlusses 2007/533/JI des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1986/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und des Beschlusses 2010/261/EU der Kommission, ABl. L 312 vom 7.12.2018, S. 56-106.

⁴¹ Art. 43 Abs. 2 SIS II-Verordnung.

⁴² Art. 74 Abs. 8 SIS II-Verordnung.

keit, Personen im SIS II anhand ihrer Fingerabdrücke zu identifizieren; andere Teilnehmerstaaten planen die baldige Einführung.⁴³

Sowohl die SIS II-Verordnung als auch der SIS II-Beschluss enthalten spezifische Datenschutzvorschriften. Die SIS II-Verordnung sieht unter anderem vor, dass sensible Datenkategorien, wie sie in Artikel 9 Absatz 1 der Allgemeinen Datenschutzverordnung genannt werden⁴⁴, nicht verarbeitet werden dürfen⁴⁵. Sie sieht auch spezifische Rechte für die betroffene Person vor, wie das Recht auf Zugang zu personenbezogenen Daten, das Recht auf Berichtigung sachlich unrichtiger Daten, das Recht auf Löschung unrechtmässig gespeicherter Daten und das Recht auf Information bei einer Ausschreibung gegen die betroffene Person.⁴⁶ Diese Informationen müssen schriftlich und zusammen mit einer Kopie oder einem Verweis auf die nationale Entscheidung über die Ausschreibungen erfolgen.

Die Informationspflicht ist aber nicht vorgesehen, wenn das nationale Recht eine Einschränkung zulässt, die unter anderem auf dem Schutz der nationalen Sicherheit oder der Verhütung von Straftaten beruht.⁴⁷

c) *Kritische Bewertung*

Obwohl die Kriterien für die Registrierung einer Ausschreibung im SIS im SDÜ einheitlich geregelt waren, gab es in den einschlägigen nationalen Gesetzen und in der Praxis erhebliche Unterschiede. Während in einigen Schengen-Mitgliedstaaten bereits geringfügige Straftaten zu einer Ausschreibung im SIS führten, war in anderen Staaten dieselbe Straftat bei weitem nicht ausreichend, um eine Einreiseverweigerung zu bewirken.⁴⁸

Mit der SIS II-Verordnung wurden die Bedingungen für die Aufnahme eines Drittstaatsangehörigen gemäss Art. 96 SDÜ um die Verpflichtung zu einer individuellen Bewertung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ergänzt.⁴⁹ Darüber hinaus sieht die Verordnung vor, dass gegen

⁴³ Vgl. <https://www.eulisa.europa.eu/Newsroom/PressRelease/Pages/eu-LISA-successfully-launches-SIS-II-AFIS-Phase-One.aspx> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

⁴⁴ Dies betrifft Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person.

⁴⁵ Art. 40 SIS II-Verordnung.

⁴⁶ Art. 41 SIS II-Verordnung.

⁴⁷ Art. 42 Abs. 2 SIS II-Verordnung.

⁴⁸ *Evelien Brouwer*, *The other side of the Moon*, Center for European Policy Studies, 2008, S. 13.

⁴⁹ Art. 24 Abs. 1 lit. a und Art. 21 SIS II-Verordnung.

eine solche Entscheidung ein Rechtsmittel bei einem nationalen Gericht eingelegt werden können muss.

Auch wenn diese Bestimmungen, die 2006 in die SIS-II-Verordnung aufgenommen wurden, zu einem eingeschränkten Ermessen des Mitgliedstaats bei der Entscheidung führen sollten, ob eine Ausschreibung für einen bestimmten Drittstaatsangehörigen durchgeführt werden soll oder nicht, stellt die Überprüfung der Grenzen des Ermessens eine Hürde dar, die für viele der von einer Entscheidung zur Ausschreibung betroffenen Drittstaatsangehörigen unüberwindbar sein kann.

Drittstaatsangehörige, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im SIS II registriert werden, werden in der Regel nur dann über das Bestehen der Ausschreibung informiert, wenn sie mit einer Visums- oder Einreiseverweigerung, der (Verlängerung) eines Aufenthaltstitels oder einer Abschiebung konfrontiert sind. Dies erschwert es, SIS-Warnungen rechtzeitig anzufechten.

Auch wenn eine Person auf der Grundlage von Art. 43 SIS II-Verordnung einem Gericht oder der nach dem Recht eines Mitgliedstaats zuständigen Behörde Klage auf Zugang, Berichtigung, Löschung oder Einholung von Informationen oder auf Entschädigung im Zusammenhang mit einer sie betreffenden Ausschreibung erheben kann, verfügen einige Mitgliedstaaten noch nicht über den erforderlichen Rechtsrahmen, um ein solches Rechtsverfahren zu ermöglichen.⁵⁰ Die Anfechtung und Korrektur von falschen oder unrechtmässigen Warnungen bleibt daher ein schwer zu praktizierendes Recht.

In Bezug auf Ausschreibungen, die sich aus einem Einreiseverbot infolge der Anwendung einer Rückführungsentscheidung im Rahmen der Rückführungsrichtlinie⁵¹ ergeben, die gemeinsame Normen und Verfahren für die Rückführung von Drittstaatsangehörigen vorsieht, die sich irregulär in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten, ist dem betroffenen Drittstaatsangehörigen dieses Einreiseverbot hingegen bekannt. Die vorgeschlagene Neufassung der Rückführungsrichtlinie soll eine Verbindung zwischen den nationalen Rückführungssystemen und dem SIS II schaffen,⁵² so dass alle mit einem Einreiseverbot einher-

⁵⁰ *Helsinki Foundation for Human Rights*, Statement in case of detained head of Open Dialogue Foundation, 22.08.2018, <https://www.hfhr.pl/en/hfhr-issues-statement-in-case-of-detained-head-of-open-dialogue-foundation/> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

⁵¹ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98-107.

⁵² *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Neufassung), COM(2018) 634 final, Präambel, Rz. 37 f.

gehenden nationalen Rückführungsentscheidungen automatisch auch im SIS II sichtbar werden.

Die Rückführungsrichtlinie überlässt den Mitgliedstaaten jedoch keinen Ermessensspielraum bei der Verhängung eines Einreiseverbots. Art. 11 der Richtlinie sieht vor, dass Rückführungsentscheidungen mit einem Einreiseverbot einhergehen, wenn der Rückkehrpflicht nicht nachgekommen wird oder keine Frist für die freiwillige Ausreise vorgesehen war.⁵³ In solchen Fällen bleibt für die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Entscheidung, ein Einreiseverbot zu erlassen, kaum Raum – obwohl dies gemäss der SIS II-Verordnung eine Voraussetzung ist, die für alle Einträge in das SIS II gilt.⁵⁴

Daher scheinen die Mechanismen zum Schutz des Einzelnen vor dem Missbrauch seiner personenbezogenen Daten oder vor fehlerhaften Ergebnissen der Verwendung dieser Daten vergleichsweise schwach zu sein; zudem funktionieren sie schlecht.

Im März 2017 verabschiedete der Rat die Verordnung 2017/458 hinsichtlich einer verstärkten Abfrage von einschlägigen Datenbanken an den Aussengrenzen.⁵⁵ Diese Massnahme erhöht die Nutzung des SIS weiter, da sie die Mitgliedstaaten verpflichtet, systematische Kontrollen aller Drittstaatsangehörigen durchzuführen, die in die Union einreisen und aus der Union ausreisen.

2. Eurodac

a) Eurodac 2000

Das Dubliner Übereinkommen von 1990⁵⁶ führte ein Zuständigkeitsverteilungssystem für Asylgesuche ein, wobei sichergestellt wurde, dass Asylsuchende ihren materiellen Asylantrag nur in einem einzigen Mitgliedstaat prü-

⁵³ Sarah Progin-Theuerkauf, The EU Return Directive – Retour à la «case départ»? , in: sui-generis 2019, S. 32, S. 43 f., <https://sui-generis.ch/article/view/sg.91/1026> (zuletzt besucht am 22.7.2019).

⁵⁴ Meijers Committee, Note on the coordination of the relationship between the Entry Ban and the SIS-alert, An urgent need for legislative measures, CM 1203. Zwar wurde die Frage im Zusammenhang mit der SIS II-Verordnung von 2006 aufgeworfen, dies gilt aber auch für die SIS-II-Verordnung von 2018.

⁵⁵ Verordnung (EU) 2017/458 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2017 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 hinsichtlich einer verstärkten Abfrage von einschlägigen Datenbanken an den Aussengrenzen, ABl. L 74 vom 18.3.2017, S. 1-7.

⁵⁶ Dubliner Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags vom 15.6.1990, ABl. C 254 vom 19.8.1997, S. 1.

fen lassen, und dass sie gleichzeitig Anspruch auf effektiven Zugang zum Asylverfahren in diesem Mitgliedstaat haben.

Das Dublin-System basiert auf einer Hierarchie von Bestimmungen, die eine Verbindung zwischen dem Asylsuchenden und dem zuständigen Mitgliedstaat herstellen – wie beispielsweise die irreguläre Einreise in diesen Mitgliedstaat. Einmal festgestellt, entfällt die Verantwortung nur noch in einer begrenzten Anzahl von Szenarien.

Das Dubliner Übereinkommen ersetzte Kapitel VII des Schengener Übereinkommens, das ähnliche Regelungen vorsah, die wiederum auf dem Prinzip des «sicheren Drittlandes» basierten, das bis Ende der 90er Jahre von praktisch jedem westeuropäischen Staat umgesetzt wurde⁵⁷ – der Ursache für das Phänomen der «Refugees in Orbit».

Die Anwendung des Dubliner Übereinkommens stiess in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten und führte dazu, dass Asylsuchende vielfach Reisedokumente bzw. andere Dokumente, die Informationen über den Reiseweg offenlegen könnten, vernichteten, um der Verantwortlichkeit eines bestimmten Staats zu entgehen. Dieses Problem wurde nur teilweise gelöst, indem Reisebüros und Fluggesellschaften verpflichtet wurden, eine Kopie der Ausweispapiere von Passagieren auf bestimmten Flügen aufzubewahren.⁵⁸

Auf einem Treffen der Minister für Migration 1991 wurde daher vereinbart, eine Machbarkeitsstudie über ein System zur Speicherung und zum Vergleich von daktyloskopischen Daten von Asylsuchenden durchzuführen. Nach Abschluss dieser Studie baten die Minister den Juristischen Dienst des Rates um Stellungnahme zur Frage, ob Art. 15 des Dubliner Übereinkommens als Rechtsgrundlage für die Schaffung eines solchen Systems namens «Eurodac» herangezogen werden könne.⁵⁹ Art. 15 bot den Vertragsstaaten des Übereinkommens eine Rechtsgrundlage für den Austausch von Daten, die für die Anwendung des Übereinkommens erforderlich sind. Während der Juristische Dienst bestätigte, dass der Artikel als Rechtsgrundlage für die Einrichtung von Eurodac dienen könnte, wurde in seiner Stellungnahme klargestellt, dass das System *nicht* für andere Zwecke verwendet werden sollte, wie beispielsweise die Funktionsweise anderer internationaler Instrumente oder die Einleitung von Strafverfahren gegen Asylsuchende.⁶⁰ Dieser Vorbehalt wurde durch die Resolution des Europäischen Parlaments von 1998 zu dem Entwurf

⁵⁷ Cathryn Costello, *The European Asylum Procedures Directive in Legal Context*, UNHCR Research Paper No. 134, S. 4.

⁵⁸ Vgl. Evelien Brouwer, *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden/Boston 2008, S. 118.

⁵⁹ SN 1419/93 WGI 1365.

⁶⁰ 5546/93, JUR 25.

eines Eurodac-Übereinkommens wiederholt.⁶¹ Das Parlament erklärte – ohne Mitspracherecht im damaligen Entscheidungsverfahren –, dass «die Nutzung des Eurodac-Systems keinesfalls auf grössere Gebiete oder Zwecke ausgedehnt werden darf». Es schlug sogar eine Änderung der zukünftigen Eurodac-Verordnung vor, wonach «die Beschränkung der Verwendung von Systemen gemäss den vorangehenden Absätzen strikt einzuhalten ist. Das System Eurodac kann in jedem Fall auf weitere Bereiche oder zu umfassenden Zwecken verwendet werden.»⁶²

Nach langen Diskussionen⁶³ und erst nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags wurde im Jahr 2000 die Eurodac-Verordnung⁶⁴ angenommen. Sie war das erste Instrument, das auf der Grundlage des Titel IV des EG-Vertrags erlassen wurde.

Ihr einziges Ziel war es, die Anwendung der Dublin-Kriterien zu erleichtern, um festzustellen, welcher Staat für einen in einem Dublin-Mitgliedstaat eingereichten Asylantrag zuständig ist. Aus diesem Grund enthielt Eurodac nur Fingerabdrücke von Asylsuchenden und Personen, die beim illegalen Überschreiten einer Grenze aufgegriffen wurden. Gespeichert wurden eine Identifikationsnummer sowie Ort und Datum der Ankunft.

Eurodac speicherte keine personenbezogenen Daten wie Namen, Adresse oder Geburtsdatum.⁶⁵

Die erfassten Informationen in Bezug auf Asylsuchende konnten zehn Jahre lang, die in Bezug auf irreguläre Grenzüberschreitungen zwei Jahre lang gespeichert werden. Fingerabdrücke von Drittstaatsangehörigen, die sich irregulär in einem der Mitgliedstaaten aufhielten, konnten zusätzlich mit denen von Asylsuchenden und irregulären Grenzgängern verglichen werden, wurden aber nicht gespeichert.

⁶¹ A4-0402/97 vom 15.1.1998.

⁶² Entwurf eines Rechtsakts des Rates über die Ausarbeitung des Übereinkommens über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich der Fingerabdrücke von Asylbewerbern und das Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich der Fingerabdrücke von Asylbewerbern, (11079/97 - C4-0506/97 - 97/0915(CNS)), Änderungsanträge des Europäischen Parlaments, Änderungsantrag 7, Artikel 1 Absatz 3a.

⁶³ Eurodac: A Solution Looking for a Problem? European Integration online Papers (EIoP) Vol. 10 (2006) N° 6; *Steve Peers/Nicola Rogers*, EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary, Leiden/Boston 2006, S. 263-268.

⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11.12.2000 über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens, ABl. L 316 vom 15.12.2000, S. 1-10.

⁶⁵ *Meijers Committee*, Note on the proposal of the JHA Council to give law enforcement authorities access to Eurodac, CM0712-IV, 18.9.2007, S. 2.

b) *Eurodac 2013*

Bereits 2006 schlug Deutschland – der Mitgliedstaat, der in der Eurodac-Verordnung von 2000 die Möglichkeit der Überprüfung der Fingerabdrücke von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen gefordert hatte – vor, Eurodac den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden zugänglich zu machen, und argumentierte, dass «Asylbewerber und Ausländer, die sich illegal in der EU aufhalten, häufig an der Vorbereitung terroristischer Verbrechen beteiligt sind».⁶⁶

Im Rahmen einer Evaluation des Dublin-Systems – einschliesslich einer Überprüfung des Funktionierens des Eurodac-Systems in den ersten drei Jahren seines Bestehens – stimmte die Kommission zu, dass «obwohl das *Hauptziel* der Eurodac-Verordnung darin besteht, die schnelle Identifizierung des für einen Asylantrag zuständigen Mitgliedstaats zu unterstützen [...] die in der Datenbank enthaltenen Informationen auch andere nützliche Anwendungen haben [könnten]. [...] [D]ie Kommission wird [...] die Möglichkeit einer Erweiterung des Anwendungsbereichs von Eurodac im Hinblick auf die Nutzung seiner Daten für Zwecke der Rechtsdurchsetzung [prüfen]»⁶⁷.

Im September 2009 und erneut im Mai 2012 (nach Inkrafttreten des AEUV) legte die Kommission einen Vorschlag vor, der den Zugang von Strafverfolgungsbehörden zu Eurodac vorsah. Die Kommission argumentierte, dass die Einbeziehung des Zugangs der Strafverfolgungsbehörden zu Eurodac als Teil eines ausgewogenen Abkommens über die Verhandlungen über das Paket des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems erforderlich sei.⁶⁸ Im Rahmen der sog. Asylum-Packages von 2013 wurde die Eurodac-Verordnung neugefasst. Die Verordnung sieht neu einen Eurodac-Zugang für nationale Behörden und EU-Agenturen vor, die mit der Durchführung der von dem Mitgliedstaat zu bestimmenden Anti-Terror-Politik der EU und der Bekämpfung des organisierten Verbrechens betraut sind, falls dies in einem bestimmten Fall erforder-

⁶⁶ *Council of the European Union*, Presidency Programme on Police and Judicial Cooperation, Council doc. 17102/06, 22.12.2006, S. 6.

⁶⁷ *Europäische Kommission*, Bericht der Kommission zur Bewertung des Dublin-Systems, COM(2007) 299 final, S. 11.

⁶⁸ *Europäische Kommission*, Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung von «EURODAC» für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. [...] (zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist) und für der Strafverfolgung dienende Anträge der Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit EURODAC-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, COM(2012) 254 final, S. 3.

lich ist und wenn der Vergleich mit den Eurodac-Daten wesentlich zur Verhütung, Aufdeckung oder Untersuchung von terroristischen oder anderen schweren Straftaten beitragen wird. Der Zugang kann nur gewährt werden, wenn keine Übereinstimmung in den nationalen Datenbanken und den Datenbanken anderer Mitgliedstaaten und keine Übereinstimmung im Visa-Informationssystem gefunden wurde. Dieser Zugang umfasst die Daten über anerkannte und subsidiär geschützte Flüchtlinge bis drei Jahre nach Zuerkennung des Status.

Eu-LISA führt Aufzeichnungen über alle Datenverarbeitungen zur Überwachung des Datenschutzes und zur Gewährleistung der Datensicherheit, während die nationalen Aufsichtsbehörden die betroffenen Personen bei der Ausübung ihrer Rechte unterstützen und beraten sollen.⁶⁹ Für die Verarbeitungstätigkeiten des zentralen Eurodac-Systems durch Eu-Lisa⁷⁰ gilt die Datenschutzverordnung der EU-Institutionen. Die Aufsicht wird durch den Europäischen Datenschutzbeauftragten (EDSB) ausgeübt. Der Herkunftsmitgliedstaat gewährleistet die Datensicherheit und den Datenschutz vor und während der Übermittlung an das Zentralsystem.⁷¹ Für die Nutzung von Eurodac für Strafverfolgungszwecke gilt die Datenschutzrichtlinie für Polizei- und Strafverfolgungsbehörden, während Daten, die für den Hauptzweck der Datenbank, die Erleichterung der Dubliner Verordnung, verwendet werden, durch die Allgemeine Datenschutzverordnung erfasst sind.⁷²

Nach dem Willen der Kommission soll der Geltungsbereich der Eurodac-Verordnung künftig noch weiter gehen.⁷³ So soll es den Mitgliedstaaten möglich gemacht werden, Daten von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen zu speichern und abzufragen, die keinen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, sich aber irregulär in der EU aufhalten. Ferner soll die Speicherung zusätzlicher Angaben zur Person erlaubt werden (u.a. Name, Geburtsdatum und Lichtbilder). Auch soll der Kreis der Zugriffsberechtigten noch mehr erweitert werden. Hier bestehen erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken.

⁶⁹ Art. 28 und 29 Eurodac-Verordnung (Neufassung).

⁷⁰ Art. 31 Eurodac-Verordnung (Neufassung).

⁷¹ Art. 34 Abs. 1 Eurodac-Verordnung (Neufassung).

⁷² FRA-Handbuch (Anm. 4), S. 376.

⁷³ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der [Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist], für die Feststellung der Identität illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten (Neufassung), COM(2016) 272 final.

c) *Kritik*

Bereits in der ursprünglichen Fassung von 2000 warf die Eurodac-Verordnung Fragen nach ihrer Rechtmässigkeit auf. Insbesondere die Möglichkeit, Fingerabdrücke von Drittstaatsangehörigen, die während eines unrechtmässigen Aufenthalts in einem Mitgliedstaat aufgegriffen werden, systematisch zu überprüfen, wurde teilweise als über das für die ordnungsgemässe Anwendung der Dublin-Verordnung erforderliche Mass hinausgehend und daher ohne Rechtsgrundlage erfolgend kritisiert.

Eingriffe in Grundrechte, einschliesslich des Rechts auf ein Privatleben gemäss Art. 8 EMRK, müssen dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechen. Es besteht jedoch nur ein unzureichender Zusammenhang zwischen den Fingerabdruckdaten irregulär aufhältiger Personen und der Anwendung der Dublin-Verordnung, es sei denn, es liegen Anhaltspunkte für einen früheren Asylantrag in einem anderen Mitgliedstaat vor.

Ebenso endet die Verantwortung eines Mitgliedstaats aufgrund des illegalen Überschreitens seiner Grenzen gemäss der Dublin-Verordnung ein Jahr nach diesem Überschreiten (Art. 13 Abs. 2 der Dublin III-VO⁷⁴).

Die Aufbewahrung von Fingerabdrücken von Personen, die beim unregelmässigen Überschreiten einer Grenze registriert wurden, für mehr als ein Jahr ist damit nicht erforderlich. Somit liegt ein Verstoss gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit vor.⁷⁵

In den Erwägungsgründen zur Neufassung der Eurodac-Verordnung von 2013 wird geltend gemacht, dass die in Eurodac enthaltenen Informationen für die Verhütung, Aufdeckung oder Untersuchung terroristischer und anderer schwerwiegender Straftaten erforderlich seien, ohne diese Aussage jedoch weiter zu untermauern.⁷⁶ Die Erwägungsgründe der Verordnung gehen eindeutig von der Prämisse aus, dass es einen Zusammenhang zwischen Sicherheit und dem Aufenthalt von Ausländern gibt; tatsächlich ist dies jedoch umstritten.⁷⁷ Auch die Europäische Datenschutzagentur argumentierte in diesem Zusammenhang, dass sie «keine Beweise von der Kommission gesehen habe, dass ein solcher Zugang [für nationale Behörden und EU-Agenturen, die mit

⁷⁴ Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 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, Dublin III-VO), ABl. L 180, S. 31-59.

⁷⁵ *Peers/Rogers* (Anm. 63), S. 269-270.

⁷⁶ Erwägungsgrund 8.

⁷⁷ *Elspeth Guild*, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge 2009, S. 108-132.

der Durchführung der Anti-Terror-Politik der EU und der Bekämpfung des organisierten Verbrechens betraut sind,] notwendig sei»⁷⁸.

Es dürfte somit an einer Rechtfertigung für die spezielle Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die Eurodac ermöglicht, fehlen. Beispielsweise können Fingerabdrücke eines Asylsuchenden, die an einem Tatort gefunden werden, über einen Eurodac-Treffer zu einer Identifizierung führen. Für andere Personengruppen, für die es keine solchen systematischen Datenbanken gibt, ist dies nicht möglich.

Je mehr Verbindungen zwischen Eurodac-Daten und der organisierten Kriminalität bzw. Terrorismus hergestellt werden, desto mehr Nährboden dürfte es für die Vorstellung geben, dass Asylsuchende untrennbar mit derartigen Verbrechen verbunden sind. Dies dürfte eine verstärkte Stigmatisierung von Asylsuchenden zur Folge haben.⁷⁹

Die Neufassung der Eurodac-Verordnung von 2013 setzt Asylsuchende noch weitreichenderen Grundrechtseingriffen aus, obschon diese eine besonders vulnerable Gruppe der Gesellschaft sind und deswegen eigentlich ein höheres Schutzniveau benötigen.

3. VIS

a) *Entstehung und Inhalt*

1993 verabschiedete der Schengen-Exekutivausschuss auf der Grundlage von Art. 132 des SDÜ Anweisungen in Bezug auf Visa, einschliesslich Kriterien, die bei der Prüfung von Visumanträgen anzuwenden sind.⁸⁰ Der Kern dieser Anweisungen bestand darin, dass diplomatische Vertretungen und Konsulate sorgfältig prüfen sollten, ob die Person, die ein Visum beantragt, ein Sicherheits- oder Einwanderungsrisiko darstellen könnte. Zu diesem Zweck wurde das Visa-Informationssystem (VIS) entwickelt.⁸¹

Die Einrichtung eines Visa-Informationssystems wurde für die EU nach den Attentaten vom 11. September 2001 zu einer Priorität. In den Schlussfolgerungen des Rates Justiz und Inneres vom 20. September 2001 ersuchte der Rat die Europäische Kommission, einen Vorschlag für die Einrichtung eines Netzes für den Informationsaustausch über von den Mitgliedstaaten ausge-

⁷⁸ *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Eurodac: Schleichende Erosion der Grundrechte geht weiter, Pressemitteilung vom 5.9.2012.

⁷⁹ UNHCR comments on Eurodac, November 2012, <https://www.unhcr.org/protection/operations/50adf9749/unhcr-comments-eurodac.html> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

⁸⁰ Gemeinsame Konsularische Instruktion, Anhang A zum Beschluss des Rates 1999/435/EG, ABl. L 176 vom 10.7.1999, S. 1-16.

⁸¹ *Brouwer*, Digital Borders (Anm. 58), S. 38.

stellte Visa vorzulegen.⁸² Die Notwendigkeit der Einrichtung eines Visa-Informationssystems wurde nachfolgend in einer Reihe von EU-Dokumenten und Mitteilungen angesprochen und die vielfältigen Einsatzmöglichkeiten der bereitgestellten Daten, z.B. für die «Lösung von Rückkehrproblemen»⁸³ betont. Im Juni 2004 nahm der Rat einen Beschluss an, der es der Kommission ermöglichte, mit den technischen Vorbereitungen für die Einrichtung des VIS zu beginnen. Im Dezember desselben Jahres wurde ein Vorschlag für eine VIS-Verordnung vorgelegt.⁸⁴ Es dauerte allerdings noch bis Juni 2008, bis die VIS-Verordnung verabschiedet wurde.⁸⁵

Das VIS ist ein wesentlicher Baustein der gemeinsamen Visa-Politik. Die Bedingungen und Garantien für den Zugriff auf VIS-Daten durch nationale Polizeibehörden sowie Europol zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten sind im Beschluss 2008/633/JI des Rates geregelt.⁸⁶

Das VIS enthält nicht nur alphanumerische Daten zu jedem erteilten und verlängerten Visum für einen kurzfristigen Aufenthalt⁸⁷, sondern auch zu jedem Visum, das Drittstaatsangehörigen aus Ländern, deren Staatsangehörige ein Visum benötigen, verweigert, annulliert oder widerrufen wird. Darüber hinaus können Fotos, Fingerabdrücke und Links zu anderen Visumanträgen des Antragstellers oder von mit ihm reisenden Personen erfasst werden. Die nationalen Behörden tragen die Hauptverantwortung dafür, dass die Daten

⁸² SN 3926/6/01 REV 6, 20.9.2001, unter 26.

⁸³ Vgl. *Europäische Kommission*, Grünbuch über eine Gemeinschaftspolitik zur Rückkehr illegal aufhältiger Personen, KOM(2002) 175.

⁸⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Visa-Informationssystem (VIS) und den Datenaustausch zwischen Mitgliedstaaten über Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt, COM(2005) 0835 final.

⁸⁵ Verordnung (EG) Nr. 767/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.7.2008 über das Visa-Informationssystem (VIS) und den Datenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten über Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt (VIS-Verordnung), ABl. L 218 vom 13.8.2008, S. 60-81.

⁸⁶ Rat der Europäischen Union (2008); Beschluss 2008/633/JI des Rates vom 23.6.2008 über den Zugang der benannten Behörden der Mitgliedstaaten und von Europol zum Visa-Informationssystem (VIS) für Datenabfragen zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten, ABl. L 218 vom 13.8.2008.

⁸⁷ Künftig sollen nach dem Willen der Kommission auch Visa für den längerfristigen Aufenthalt und Aufenthaltstitel ins VIS aufgenommen werden, vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 767/2008, der Verordnung (EG) Nr. 810/2009, der Verordnung (EU) 2017/2226, der Verordnung (EU) 2016/399, der Verordnung (EU) 2018/XX [Interoperabilitäts-Verordnung] und der Entscheidung 2004/512/EG sowie zur Aufhebung des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, COM(2018) 302 final.

rechtmässig erhoben, verarbeitet und übermittelt werden. Jeder Datensatz ist für fünf Jahre aufzubewahren.

Die Daten können nur von Visumbehörden eingegeben, gelöscht oder geändert werden, aber auch andere Behörden können für die in der Verordnung vorgesehenen Zwecke auf die Daten zugreifen. In Kapitel III der Verordnung sind die Bedingungen für die Nutzung des VIS durch andere Behörden festgelegt. Das VIS kann von Behörden an den Aussengrenzen und Einwanderungsbehörden im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats genutzt werden, um die Identität einer Person zu überprüfen (Einzelabfrage) und zu bestätigen, dass die Einreisebedingungen erfüllt sind. Auch Einwanderungsbehörden oder Grenzschutzbeamte können eine Abfrage an das VIS richten, um eine Person anhand von Fingerabdrücken zu identifizieren. Darüber hinaus können nationale Asylbehörden zur Anwendung der Dublin-Verordnung und zur Prüfung der Begründetheit eines Asylantrags das VIS anhand von Fingerabdrücken durchsuchen. In all diesen Fällen erhalten die nationalen Behörden nur im Falle eines «Treffers» Zugang zu den Daten, auf die sie Anspruch haben.

Grundsätzlich können die Daten nicht an Drittstaaten oder internationale Organisationen übermittelt werden. Für Drittstaaten oder im Anhang der Verordnung aufgeführte internationale Organisationen (UNHCR, IOM, IKRK) gilt eine Ausnahmeregelung, falls dies zum Nachweis der Identität von Drittstaatsangehörigen, auch zum Zwecke der Rückkehr, erforderlich ist.⁸⁸

Die Datenschutzrechte der betroffenen Personen sind in der VIS-Verordnung selbst geregelt. Die Verordnung sieht das Recht auf Information (zum Zwecke der Datenerhebung und -speicherung, zum Recht auf Zugang zu den Daten und zur Kontaktaufnahme mit der zuständigen Behörde, um von diesem Recht Gebrauch zu machen)⁸⁹, das Recht auf Zugang zu den im VIS gespeicherten Daten, auf Berichtigung unrichtiger Daten und auf Löschung rechtswidrig gespeicherter Daten vor.⁹⁰

b) Kritik

Aufgrund der enormen Anzahl von Visaanträgen, die jährlich gestellt werden (2017 wurden über 14 Millionen Schengen-Visa ausgestellt⁹¹), und des Zeit-

⁸⁸ Art. 31 Abs. 1 und 2 VIS-Verordnung.

⁸⁹ Art. 37 VIS-Verordnung.

⁹⁰ Art. 38 VIS-Verordnung.

⁹¹ Vgl. *Europäische Kommission*, Eine solidere, effizientere und sichere Visumpolitik in der EU, Februar 2019, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20190220_eu-visa-policy_de.pdf (zuletzt besucht am 18.6.2019).

raums, in dem die gesammelten Daten aufbewahrt werden, wird VIS bald die grösste biometrische Datenbank der Welt sein.⁹²

Bis heute wurden allerdings kaum kritische wissenschaftliche Analysen des VIS durchgeführt – anders als in Bezug auf das SIS II. Einer der Gründe könnte darin liegen, dass die Regelungen des VIS in Bezug auf den Zugang zu den Daten und die Gründe, aus denen eine Entscheidung zur Eingabe von Daten in das System getroffen werden kann, viel klarer ist.⁹³

Der Zugang zu den im VIS erfassten Daten durch andere Behörden, wie er in den Verordnungen über die Interoperabilität vorgeschlagen wird, dürfte sich negativ auf diesen Punkt auswirken.

4. Entry-Exit-System (EES)

a) Entstehung und Inhalt

Im Februar 2008 erwähnte die EU-Kommission in ihrer Mitteilung «Vorbereitung der nächsten Schritte für die Grenzverwaltung in der Europäischen Union»⁹⁴ erstmals die Idee der Einrichtung eines Einreise-/Ausreisystems (Entry/Exit System, EES).⁹⁵ In mehreren weiteren Mitteilungen wurde der Vorschlag wiederholt.⁹⁶ Auch der Europäische Rat unterstützte diese Forderung.⁹⁷ In der Europäischen Migrationsagenda vom 13. Mai 2015 forderte die Europäische Kommission einen Übergang in eine neue Phase der «intelligenten Grenzen».⁹⁸

⁹² Steve Peers, EU Justice and Home Affairs Law, 4. Aufl., Oxford 2016, S. 279.

⁹³ Ibid., S. 280.

⁹⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Vorbereitung der nächsten Schritte für die Grenzverwaltung in der Europäischen Union, COM(2008) 69 final, Punkt 3.

⁹⁵ Zusammen mit dem EES-Vorschlag schlug die Kommission im Rahmen des 2013 vorgelegten Smart Borders Package ein Registered Traveller Programme (RTP) vor (COM(2013) 97 final), um häufig Reisenden aus Drittstaaten die Möglichkeit der Vorsortierung (prescreening) zu geben, damit sie die automatisierten Grenzkontrollsysteme wie die Angehörigen der Mitgliedstaaten nutzen können. Der Vorschlag für das RTP wurde von der Kommission im Jahr 2016 zurückgezogen.

⁹⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, «Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Dienste der Bürger», COM(2009) 262 endg.; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Intelligente Grenzen: Optionen und weiteres Vorgehen, KOM(2011) 680 endg.

⁹⁷ EUCO 23/11, Conclusions of 23 and 24 June 2011, Rz. 24; EUCO 19/14, Conclusions of 26 and 27 June 2014, Rz. 9.

⁹⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Die Europäische Migrationsagenda, KOM(2015) 240 endg.

Im November 2017 wurden schliesslich zwei Verordnungen⁹⁹ angenommen, die die Schaffung eines EES ermöglichen.¹⁰⁰

Mit dem EES sollen alle Ein- und Ausreisen von Drittstaatsangehörigen, die für einen Kurzaufenthalt in den Schengen-Raum einreisen, erfasst werden. Das EES registriert den Zeitpunkt und den Ort der Einreise und berechnet die Dauer des zulässigen Aufenthalts (Art.1 Abs. 1 lit. a und b EES-VO¹⁰¹). Das System soll damit an die Stelle der Verpflichtung der Mitgliedstaaten treten, Reisepässe von Drittstaatsangehörigen abzustempeln. Seine Einführung ist für das dritte Quartal 2021 vorgesehen.

Das EES erstellt Warnmeldungen für die Mitgliedstaaten, wenn der zulässige Aufenthalt abgelaufen ist (Art. 1 Abs. 1 lit. c, Art. 12 EES-VO). Die zuständigen nationalen Behörden erhalten eine Liste der «Overstayers» (d.h. von Personen, die trotz abgelaufenen Visums noch nicht ausgereist sind).

Auch Drittstaatsangehörige, denen die Einreise für einen Kurzaufenthalt verweigert wurde, sollen erfasst werden. Das System speichert Zeitpunkt und Ort der Einreiseverweigerung, Behörde und Gründe (Art. 1 Abs. 1 lit. d, Art. 18 EES-VO).

Die Erfassung dieser Personen soll die Berechnung ihrer noch zulässigen Aufenthaltsdauer im Schengen-Raum ermöglichen. Zudem sollen so «Overstayers» einfacher entdeckt und Reisende ohne Ausweispapiere bei Kontrollen im Schengen-Binnenraum u.a. mit der Hilfe von biometrischen Identifikatoren (Gesichtsbild und Fingerabdrücke) identifiziert werden.

Die Verordnung gilt für Drittstaatsangehörige, die für einen Kurzaufenthalt im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zugelassen sind und sich an den Grenzen Grenzübergangskontrollen unterziehen. Auch drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern (oder anderen freizügigkeitsberechtigten Drittstaatsangehörigen), die keine Aufenthaltskarte oder einen Aufenthaltstitel besitzen, sollen erfasst werden (Art. 2 EES-VO).

⁹⁹ Verordnung (EU) 2017/2226 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2017 über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten sowie der Einreiseverweigerungsdaten von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten und zur Festlegung der Bedingungen für den Zugang zum EES zu Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecken und zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen sowie der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008 und (EU) Nr. 1077/2011 (EES-VO), ABl. L 327 vom 9.12.2017, S. 20; Verordnung (EU) 2017/2225 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2017 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 in Bezug auf die Nutzung des Einreise-/Ausreisensystems, ABl. L 327 vom 9.12.2017, S. 1.

¹⁰⁰ Vgl. bereits *Alberto Achermann/Martin Hemmi*, Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2016/17, S. 535, S. 548.

¹⁰¹ Anm. 99.

Auch in der EES-Verordnung wird ein Konnex zwischen Ausländern und Straftaten hergestellt und darauf hingewiesen, dass das EES zur Verhütung, Aufdeckung und Untersuchung terroristischer oder sonstiger schwerer Straftaten beitragen soll (Erwägungsgrund 15, Art. 6 Abs. 2 EES-VO).

Das EES wird an den Aussengrenzen betrieben. Es wird von eu-LISA entwickelt (Art. 5 EES-VO).

Es setzt sich aus einem Zentralsystem, einer einheitlichen nationalen Schnittstelle, einem sicheren Kommunikationskanal mit dem VIS, einem sicheren Kommunikationskanal mit den einheitlichen nationalen Schnittstellen, einem Web-Dienst und einem Datenregister zusammen (Art. 7 EES-VO). Der Web-Dienst soll es Drittstaatsangehörigen selbst, aber auch Beförderungsunternehmen, ermöglichen, jederzeit den verbleibenden zulässigen Aufenthalt überprüfen zu können (Art. 13 EES-VO). Das EES wird mit dem VIS interoperabel (Art. 8 EES-VO).

Zugang zum EES zwecks Eingabe, Änderung, Löschung und Abfrage haben nach Art. 9 EES-VO nur nationale Grenzbehörden, Visumbehörden oder Einwanderungsbehörden, die von den Mitgliedstaaten benannt werden müssen. Daten dürfen nur von ordnungsgemäss befugtem Personal eingegeben, geändert, gelöscht oder abgefragt werden. Der Zugang muss auf das erforderliche Mass beschränkt werden und in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen stehen (Art. 9 Abs. 1 EES-VO).

Art. 10 EES-VO stellt allgemeine datenschutzrechtliche Grundsätze auf, insbesondere den Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

Für jeden Drittstaatsangehörigen wird ein persönliches Dossier angelegt, entweder durch Grenzbehörden oder durch ein Self-Service-System (Art. 14 EES-VO). Das Dossier wird bei Bedarf aktualisiert. Gesichtsbilder werden direkt vor Ort aufgenommen (Art. 15 EES-VO). Dossiers werden für visumpflichtige (Art. 16 EES-VO) und von der Visapflicht befreite Drittstaatsangehörige (Art. 17 EES-VO) erstellt, mit dementsprechend unterschiedlichen Angaben. Die gespeicherten Daten umfassen mindestens den Namen, Reisedokumente, das Gesichtsbild und die Fingerabdruckdaten der rechten Hand. Bei visumbefreiten Drittstaatsangehörigen werden Fingerabdrücke erst ab einem Alter von 12 Jahren erhoben (Art. 17 Abs. 3 EES-VO).

Grenzbehörden haben Zugang zum EES, um die Identität des Drittstaatsangehörigen zu überprüfen. Die Verifizierung erfolgt über das Gesichtsbild oder Fingerabdrücke (Art. 23 EES-VO). Auch andere Behörden wie Visumbehörden (Art. 24 EES-VO) haben Zugang zum EES. Daten aus dem EES dürfen in Einzelfällen in nationalen Dateien gespeichert werden, so lange wie dies unbedingt erforderlich ist (Art. 28 EES-VO).

Schliesslich können auch Behörden der Mitgliedstaaten, die im Bereich der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung tätig sind, Daten aus dem EES abfragen (Art. 29 EES-VO), allerdings nur zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Untersuchung terroristischer und sonstiger schwerer Straftaten und

unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, d.h. wenn die nationalen Datenbanken vorher abgefragt wurden und Fingerabdrücke über AFIS überprüft wurden.

Auch der Zugang von Europol zu EES-Daten ist in der Verordnung geregelt (Art. 33 EES-VO).

Datensätze werden während drei Jahren gespeichert (Art. 34 EES-VO). Wenn nach Ablauf der Dauer des zulässigen Aufenthalts kein Ausreisedatensatz eingegeben wurde, können Daten fünf Jahre gespeichert werden. Daten von Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige von Unionsbürgern sind, werden nur ein Jahr gespeichert. Falls diese nicht ausgereist sind, werden die Daten fünf Jahre gespeichert. Nach Ablauf der Speicherfrist werden die Daten automatisch gelöscht.

Jeder verantwortliche Mitgliedstaat kann Daten berichtigen, vervollständigen oder löschen (Art. 35 EES-VO). Jeder Mitgliedstaat benennt eine verantwortliche Behörde (Art. 39 EES-VO). Die erhobenen und in EES verarbeiteten Daten müssen rechtmässig erhoben und verarbeitet werden. Ein ausdrücklicher Verweis auf die Menschenwürde des betreffenden Drittstaatsangehörigen findet sich in Art. 39 Abs. 1 lit. a EES-VO.

Die alphanumerischen Daten, die ein Mitgliedstaat in das EES eingegeben hat, darf dieser in seinem nationalen Einreise-/Ausreisesystem oder in nationalen Dateien speichern (Art. 40 EES-VO).

Art. 41 EES-VO stellt ein ausdrückliches Verbot der Übermittlung von im EES gespeicherten Daten an Drittstaaten, internationale Organisationen oder private Stellen auf. Dennoch gibt es Ausnahmen, die insbesondere Rückkehrverfahren betreffen.

Die Mitgliedstaaten haften für materielle und immaterielle Schäden, die Personen oder Mitgliedstaaten aus Verstössen gegen die EES-Verordnung entstanden sind (Art. 45 EES-VO).

Die Datenschutzrechte sind in den Art. 50 ff. EES-VO geregelt. Insbesondere hat jeder Drittstaatsangehörige ein Recht auf Information, auf Zugang zu, Berichtigung, Vervollständigung oder Beschränkung der Verarbeitung der Daten. Auch ein Rechtsbehelf ist vorgesehen. Die nationalen Aufsichtsbehörden und der Europäische Datenschutzbeauftragte sorgen für eine koordinierte Überwachung (Art. 57 EES-VO).

b) *Kritik*

Das EES steht vor allem in Hinblick auf datenschutzrechtliche Probleme in der Kritik.¹⁰² Der EDSB rügte insbesondere, dass es keine einheitliche Europäische Politik im Umgang mit «Overstayers» gebe, Grossdatenbanken aber eigentlich nur zur Unterstützung einer im Unionsrecht verankerten EU-Politik geschaffen werden sollten.¹⁰³

Die Erleichterung der Berechnung von Aufenthaltsdauern und die Erstellung von Statistiken seien keine geeigneten Zwecke, die einen Eingriff in das Recht auf Privatleben rechtfertigen. Auch sind terroristische Anschläge von Drittstaatsangehörigen, die sich – ob visabefreit oder mit Visum – für drei Monate in der EU aufgehalten haben, nicht bekannt.¹⁰⁴

Des Weiteren zweifelt der EDSB an, ob es angebracht ist, ein System wie das EES zu errichten, ohne die bereits bestehenden Datenbanken (SIS, VIS, Eurodac) gründlich zu evaluieren. Insbesondere das Arbeiten mit biometrischen Daten sei ein massiver Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen.

Auch sei nicht klar, wie sich Fehler aufgrund einer automatisierten Entscheidung vermeiden lassen. Schliesslich wird auch die Möglichkeit der Abfrage der Daten durch Strafverfolgungsbehörden sowie die mögliche Übermittlung von Daten an Drittstaaten oder Internationale Organisationen gerügt. Die Speicherfrist von fünf Jahren bei «Overstayers» sei schliesslich zu lang.

Die Kritikpunkte sind berechtigt und werfen viele Fragen auf, zumal nach Schätzungen der EU-Kommission die Zahl der Grenzübertritte an den Ausengrenzen zunehmen wird; im Jahr 2025 sollen allein durch Drittstaatsangehörige rund 300 Millionen Grenzübertritte erfolgen.¹⁰⁵

¹⁰² S. <https://www.greens-efa.eu/en/article/document/data-retention-under-the-proposal-for-an-eu-entry-exit-system-ees/> (zuletzt besucht am 18.6.2019); *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zu den Vorschlägen für eine Verordnung über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) und für eine Verordnung über ein Registrierungsprogramm für Reisende (RTP), https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/13-07-18_smart_borders_de.pdf (zuletzt besucht am 18.6.2019); *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Opinion 6/2016, EDPS Opinion on the Second EU Smart Border Package, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-21_smart_borders_en.pdf (zuletzt besucht am 18.6.2019).

¹⁰³ *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zu den Vorschlägen für eine Verordnung über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) und für eine Verordnung über ein Registrierungsprogramm für Reisende (RTP), https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/13-07-18_smart_borders_de.pdf (zuletzt besucht am 18.6.2019).

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ *Europäische Kommission*, Executive Summary, Impact Assessment on the Establishment of an EU Entry Exit System, SWD(2016) 115 final, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/smart-borders_en (zuletzt besucht am 18.6.2019).

5. Europäisches Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS)

a) Entstehung und Inhalt

Im Mai 2016 mahnte die EU-Kommission an, dass Grenzbehörden an den Schengen-Aussengrenzen über keinerlei Informationen über Reisende verfügen, die keiner Visumpflicht unterliegen.¹⁰⁶

Im September 2018 wurden diesbezüglich zwei Verordnungen verabschiedet, die die Einführung eines Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) vorsehen.¹⁰⁷

ETIAS soll für Drittstaatsangehörige gelten, die von der Visumpflicht befreit sind, damit geprüft werden kann, ob mit der Anwesenheit dieser Drittstaatsangehörigen ein Risiko für die Sicherheit, ein Risiko der illegalen Einwanderung oder ein hohes Epidemierisiko verbunden wäre (Art. 1 ETIAS-VO¹⁰⁸). Es soll ebenso wie das EES im dritten Quartal 2021 operativ sein.

Die Ziele von ETIAS gehen in viele Richtungen: Das System soll u.a. zu mehr Sicherheit führen, illegale Einwanderung bekämpfen, einen Beitrag zum Schutz der öffentlichen Gesundheit leisten und die Wirksamkeit der Grenzübertrittskontrollen erhöhen (Art. 4 ETIAS-VO). Auch hier wird eine Verbindung zu terroristischen und sonstigen schweren Straftaten hergestellt (Art. 4 lit. f).

ETIAS besteht aus dem ETIAS-Informationssystem, einer Zentralstelle, die bei Frontex angesiedelt werden soll, und den nationalen ETIAS-Stellen. Eu-LISA soll das System entwickeln und für seine technische Verwaltung sorgen (Art. 5 i.V.m. Art. 6, 7 und 8 ETIAS-VO).

¹⁰⁶ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat, Solidere und intelligentere Informationssysteme für das Grenzmanagement und mehr Sicherheit, COM(2016) 205 final.

¹⁰⁷ Verordnung (EU) 2018/1240 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.9.2018 über die Einrichtung eines Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1077/2011, (EU) Nr. 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 und (EU) 2017/2226, ABl. L 236 vom 19.9.2018, S. 1-71, und Verordnung (EU) 2018/1241 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.9.2018 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/794 für die Zwecke der Einrichtung eines Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS), ABl. L 236 vom 19.9.2018, S. 72-73. Vgl. auch Delegierte Verordnung (EU) 2019/946 der Kommission vom 12.3.2019 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 515/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Zuweisung von Mitteln aus dem Gesamthaushaltsplan der Union zur Deckung der Kosten für die Entwicklung des Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems, ABl. L 152 vom 11.6.2019, S. 41-44.

¹⁰⁸ Anm. 107.

Die ETIAS-Zentralstelle soll 24 Stunden an sieben Tagen pro Woche einsatzfähig sein. Interoperabilität mit den anderen EU-Informationssystemen soll bestehen (Art. 11 ETIAS-VO).

Zugang zu ETIAS sollen ausschliesslich Bedienstete der ETIAS-Zentralstelle und der nationalen ETIAS-Stellen haben. Aber auch Grenzbehörden, Einwanderungsbehörden und Beförderungsunternehmen dürfen bestimmte Abfragen tätigen (Art. 13 ETIAS-VO).

Art. 14 ETIAS-VO bekräftigt die Geltung des Grundsatzes der Nicht-Diskriminierung und der Grundrechte.

In der Praxis soll ETIAS folgendermassen funktionieren: Antragsteller aus Drittstaaten sollen möglichst früh ein Online-Antragsformular (über eine Webseite oder eine Anwendung für Mobilgeräte) ausfüllen, und eine Reise genehmigung beantragen. Hierbei müssen sie eine ganze Reihe von personenbezogenen Daten angeben, u.a. Namen, Staatsangehörigkeit(en), Reisedokumente, E-Mail-Adresse, Bildung, berufliche Tätigkeit und Mitgliedstaat des geplanten Aufenthalts (Art. 17 Abs. 2 ETIAS-VO). Zudem muss der Antragsteller Fragen beantworten, ob er in den letzten zehn Jahren bzw. bei terroristischen Straftaten sogar zwanzig Jahren strafrechtlich verurteilt wurde, ob er sich in den letzten zehn Jahren in einem Kriegs- oder Konfliktgebiet aufgehalten hat oder ob eine Rückkehrentscheidung gegen ihn erlassen wurde. Bejaht der Antragsteller eine dieser Fragen, muss er eine Reihe zusätzlicher Fragen beantworten.

Die IP-Adresse, von der aus das Antragsformular eingereicht wurde, wird erfasst.

Pro Antrag ist eine Reise genehmigungsgebühr von 7 Euro zu entrichten; Antragsteller unter 18 oder über 70 Jahre sind von der Gebühr befreit (Art. 18 ETIAS-VO).

Das ETIAS bearbeitet die Antragsdatensätze automatisch und gleicht die Daten mit dem SIS, dem EES, dem VIS, Eurodac, Europol-Daten und Interpol-Daten ab. Insbesondere prüft das System, ob Reisedokumente gestohlen gemeldet wurden, der Antragsteller zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben wurde, ein Haftbefehl gegen ihn vorliegt, etc.

Ergibt die automatisierte Bearbeitung keinen Treffer, so erteilt das ETIAS-Zentralsystem die Einreisegenehmigung (Art. 21 ETIAS-VO). Mit der Reise genehmigung wird allerdings kein automatisches Recht auf Einreise oder Aufenthalt verliehen.

Ergibt sie einen oder mehrere Treffer, konsultiert das ETIAS-Zentralsystem die ETIAS-Zentralstelle. Sie erhält dann Zugriff auf den Datensatz und kann weitere Prüfungen vornehmen (Art. 22 ETIAS-VO). Falsche Treffer werden gelöscht. Zudem wird der Antrag nach Art. 26 ETIAS-VO durch die nationale ETIAS-Stelle manuell bearbeitet. Andere Mitgliedstaaten oder Europol können konsultiert werden (Art. 28 und 29 ETIAS-VO).

Für Familienangehörige von Unionsbürgern oder andere Drittstaatsangehörige, die nach Unionsrecht ein Recht auf Freizügigkeit geniessen, gelten gewisse Erleichterungen (Art. 24 ETIAS-VO).

Innerhalb von 96 Stunden wird dem Antragsteller mitgeteilt, ob seine Einreisegenehmigung erteilt oder verweigert wurde oder er weitere Angaben machen muss (Art. 30 ETIAS-VO).

Es werden bestimmte ETIAS-Prüfungsregeln aufgestellt, die es ermöglichen, Risiken für die Sicherheit, eine illegale Einwanderung oder eine Epidemie zu ermitteln. Diese basieren auf Statistiken. Es werden verschiedene Risikoindikatoren erstellt, die aus einer Kombination von Daten und einem oder mehreren Elementen wie Alter, Geschlecht oder Staatsangehörigkeit, Land oder Ort des Wohnsitzes, Bildungsniveau oder berufliche Tätigkeit bestehen (Art. 33 ETIAS-VO).

ETIAS erstellt eine Überwachungsliste mit Daten in Bezug auf Personen, die einer terroristischen oder anderen schweren Straftat verdächtigt werden. Diese Daten werden von den Mitgliedstaaten oder Europol eingegeben (Art. 34 ETIAS-VO).

Reisegenehmigungen können auch annulliert oder aufgehoben werden (Art. 40 und 41 ETIAS-VO).

ETIAS kann durch Behörden an den Aussengrenzen (Art. 47), Einwanderungsbehörden (Art. 48) oder Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden der Mitgliedstaaten (Art. 50) genutzt werden. Auch Europol kann Zugriff erhalten (Art. 53 ETIAS-VO).

Jeder Antrag wird für die Gültigkeitsdauer der Reisegenehmigung oder für fünf Jahre im Falle einer Verweigerung, Annullierung oder Aufhebung der Reisegenehmigung gespeichert (Art. 54 ETIAS-VO). Wenn der Antragsteller dies wünscht, kann der Antragsdatensatz für drei Jahre gespeichert werden, um eine erneute Antragstellung zu erleichtern.

Die ETIAS-Zentralstelle und die nationalen ETIAS-Stellen aktualisieren die im ETIAS-Zentralsystem gespeicherten Daten und stellen sicher, dass sie richtig sind (Art. 55 ETIAS-VO). Die Verordnung enthält zudem Regelungen über die Haftung bei Schäden (Art. 63 ETIAS-VO) und den Datenschutz (Art. 56 ETIAS-VO). Ebenso wie beim EES gibt es Regelungen zur Möglichkeit der Übermittlung von personenbezogenen Daten an Drittstaaten, internationale Organisationen und private Stellen (Art. 65 ETIAS-VO). Die nationalen Aufsichtsbehörden und der Europäische Datenschutzbeauftragte koordinieren ETIAS und die nationalen Grenzinfrastrukturen (Art. 68 ETIAS-VO).

b) Kritik

Auch das ETIAS steht wegen datenschutzrechtlicher Probleme in der Kritik.¹⁰⁹ Insbesondere die Fragen zur Ausbildung und zur aktuellen Beschäftigung, die Antragsteller beantworten müssen, wurden kritisiert. Auch die lange Speicherfrist von fünf Jahren bei abgelehnten, annullierten oder aufgehobenen Genehmigungen scheint problematisch. Zudem wurden Risiken für ein gewisses diskriminierendes Profiling angemahnt. Der EDSB stellte insbesondere die ETIAS-Prüfungsregeln und die Ermittlung der Risiken in Frage. Der mögliche Datentransfer an Drittstaaten wird ebenfalls kritisiert.

Nicht zuletzt ist nicht hinreichend klargestellt, dass ETIAS das Recht, einen Asylantrag zu stellen, nicht beeinträchtigt.¹¹⁰

6. Europäisches Strafregisterinformationssystem für Drittstaatsangehörige (ECRIS-TCN)

a) Entstehung und Inhalt

Das Europäische Strafregisterinformationssystem ECRIS, das den Austausch von Informationen über strafrechtliche Verurteilungen, die Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat ergangen sind, erlaubt, gibt es bereits seit 2009.¹¹¹

Im April 2019 wurde ergänzend die Einrichtung von ECRIS-TCN, eines zentralisierten Systems für die Ermittlung der Mitgliedstaaten, in denen Informationen zu Verurteilungen von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen vorliegen, beschlossen.¹¹² Das System soll es erlauben, Informationen zu Verurteilungen von Drittstaatsangehörigen in anderen Mitgliedstaaten auszu-

¹⁰⁹ Vgl. das Gutachten der FRA, The impact on fundamental rights of the proposed Regulation on the European Travel Information and Authorisation System (ETIAS), 30.6.2017, <https://fra.europa.eu/en/opinion/2017/etias-impact> (zuletzt besucht am 18.6.2019) und die Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten 3/2017 zu dem Vorschlag für ein Europäisches Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS), https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-070_etias_opinion_de.pdf (zuletzt besucht am 18.6.2019).

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Beschluss 2009/316/JI des Rates vom 6.4.2009 zur Einrichtung des Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS) gemäß Artikel 11 des Rahmenbeschlusses 2009/315/JI, ABl. L 93 vom 7.4.2009, S. 33-48.

¹¹² Verordnung (EU) 2019/816 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 zur Einrichtung eines zentralisierten Systems für die Ermittlung der Mitgliedstaaten, in denen Informationen zu Verurteilungen von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen (ECRIS-TCN) vorliegen, zur Ergänzung des Europäischen Strafregisterinformationssystems und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1726, ABl. L 135 vom 22.5.2019, S. 1-26.

tauschen, um diese in neuen Strafverfahren zu berücksichtigen oder neue Straftaten verhüten zu können.

ECRIS-TCN setzt sich aus einem Zentralsystem, einer nationalen zentralen Zugangsstelle in jedem Mitgliedstaat, einer Schnittstellensoftware und einer Kommunikationsinfrastruktur zusammen (Art. 4 ECRIS-TCN-VO¹¹³). Das Zentralsystem ist bei eu-LISA angesiedelt.

Für jeden verurteilten Drittstaatsangehörigen legt die Zentralbehörde des Urteilsmitgliedstaats einen Datensatz im Zentralsystem an. Dieser Datensatz enthält neben alphanumerischen Daten wie den Namen, Geburtsdatum, Geschlecht, Staatsangehörigkeit u.a. auch Fingerabdruckdaten und ggf. auch Gesichtsbilder (Art. 5 ECRIS-TCN-VO). Die Fingerabdruckdaten werden erhoben, wenn der Drittstaatsangehörige zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wurde oder der Drittstaatsangehörige für eine Straftat verurteilt wurde, die nach dem Recht des Mitgliedstaats mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmass von mindestens zwölf Monaten bedroht ist.

Die Zentralbehörden nutzen ECRIS-TCN zur Ermittlung der Mitgliedstaaten, in denen Strafregisterinformationen zu einem Drittstaatsangehörigen vorliegen, um Informationen zu früheren Verurteilungen zu erhalten, wenn in dem entsprechenden Mitgliedstaat Informationen zu dieser Person für die Zwecke eines Strafverfahrens oder zu einem anderen in Art. 7 der Verordnung genannten Zwecke, sofern das nationale Recht dies vorsieht, benötigt werden. Unter diese Zwecke fallen u.a. Sicherheitsüberprüfungen oder Überprüfungen bei Einholung einer Genehmigung oder einer Personaleinstellung, oder bei ehrenamtlichen Tätigkeiten in Kontakt mit Kindern, aber auch Visa-, Einbürgerungs- und Migrationsverfahren, einschliesslich Asylverfahren.

Europol, Eurojust und die EUSTa sind berechtigt, das ECRIS-TCN abzufragen. Die zuständigen Behörden dürfen alle oder nur einige Daten für die Abfrage verwenden.

Auch Unionsbürger können dahingehend überprüft werden, ob in einem Mitgliedstaat gegen sie als Drittstaatsangehörige Strafregisterinformationen vorliegen.

Bei einem Treffer stellt das Zentralsystem der zuständigen Behörde automatische Informationen bereit. Wenn es keinen Treffer gibt, wird die zuständige Behörde automatisch informiert (Art. 7 ECRIS-TCN-VO).

Jeder Datensatz wird so lange im Zentralsystem gespeichert, wie die Daten zu der oder den Verurteilung(en) in den Strafregistern gespeichert sind. Spätestens einen Monat nach Ablauf der Speicherfrist werden alle Daten gelöscht, einschliesslich der Fingerabdrücke und Gesichtsdaten (Art. 8 ECRIS-TCN-VO).

¹¹³ Anm. 112.

Die Mitgliedstaaten dürfen die Daten, die sie in das ECRIS-TCN eingespeist haben, ändern oder löschen (Art. 9 ECRIS-TCN-VO).

Drittstaaten und internationale Organisationen können über ein Formblatt für die Zwecke von Strafverfahren um Auskunft über die in ECRIS-TCN zu einem Drittstaatsangehörigen gespeicherten Informationen bitten (Art. 17 ECRIS-TCN-VO). Die Übermittlung von Daten an Private ist nicht erlaubt (Art. 18 ECRIS-TCN-VO).

Die Datenschutzrechte sind in Art. 23 ff. der ECRIS-TCN-VO geregelt. Betroffene haben ein Recht auf Auskunft, Berichtigung, Löschung und Einschränkung der Verarbeitung. Auch ein Rechtsbehelf ist vorgesehen (Art. 27 ECRIS-TCN-VO).

Die Aufsicht erfolgt über die nationalen Datenschutzbehörden und den Europäischen Datenschutzbeauftragten (Art. 28, 29 und 30 ECRIS-TCN-VO).

Eu-Lisa ist für die Entwicklung von ECRIS-TCN zuständig.

b) Kritik

Auch ECRIS-TCN wurde in einigen Aspekten kritisiert, wenn auch weniger stark als EES und ETIAS.¹¹⁴ Insbesondere wurde verlangt, dass unverhältnismässige Folgen von strafrechtlich relevanten Verstössen gegen Einwanderungsnormen vermieden werden sollten. ECRIS-TCN kann, sofern das nationale Recht dies vorsieht, auch für den Entzug oder die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis verwendet werden. Angesichts der erheblichen Unterschiede in den Mitgliedstaaten, was gerade die Strafverfolgung von Delikten gegen Einwanderungsgesetze angeht, erscheint dies nicht zielführend. Der «Freibrief», der den Mitgliedstaaten durch den Verweis ins nationale Recht in Art. 7 Abs. 1 der ECRIS-TCN-Verordnung erteilt wird, ist daher besonders problematisch.¹¹⁵

Auch der mögliche Datentransfer an Drittstaaten wurde gerügt, da dieser zu Grundrechtsverletzungen oder Verfolgung der betroffenen Person im Drittstaat führen kann.

Die Verwendung von Fingerabdruckdaten wurde ebenfalls negativ aufgenommen. Alternativen wie die Speicherung von Aufenthaltserlaubnissen oder Reisedokumenten seien zu wenig geprüft worden.

¹¹⁴ Vgl. *FRA*, Opinion on the exchange of information on third-country nationals under a possible future system complementing the European Criminal Records Information System, <https://fra.europa.eu/en/opinion/2015/fra-opinion-exchange-information-third-country-nationals-under-possible-system> (zuletzt besucht am 18.6.2019); *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Stellungnahme 11/2017 zum Vorschlag für eine Verordnung über ECRIS-TCN, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-12-12_opinion_ecris_tcn_2017_0542_de_1.pdf (zuletzt besucht am 18.6.2019).

¹¹⁵ Vgl. auch *Brouwer*, The other side of the Moon (Anm. 48).

IV. Interoperabilität

1. Entstehung und Aufbau des neuen Systems

Bereits 2016 forderte die Kommission, die Datenverwaltungsarchitektur der Union im Bereich der Grenzkontrollen und der Sicherheit zu verbessern und Interoperabilität zwischen den EU-Informationssystemen herzustellen.¹¹⁶ Der Rat unterstützte dieses Vorhaben.¹¹⁷

Im Dezember 2017 legte die Kommission zwei Vorschläge für Verordnungen zur Interoperabilität vor.¹¹⁸ Im Juni 2018 legte die Kommission noch einmal geänderte Versionen der Vorschläge vor.¹¹⁹

Im Mai 2019 haben Rat und Parlament beschlossen, die drei existierenden und die drei im Aufbau befindlichen bzw. geplanten IT-Systeme im Bereich Asyl, Migration und Sicherheit, nämlich SIS, VIS, Eurodac, EES, ETIAS und

¹¹⁶ *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat, Solidere und intelligentere Informationssysteme für das Grenzmanagement und mehr Sicherheit, COM(2016) 205 final.

¹¹⁷ Vgl. *Rat der Europäischen Union*, Fahrplan zur Verbesserung des Informationsaustauschs und des Informationsmanagements einschliesslich von Interoperabilitätslösungen im Bereich Justiz und Inneres, 9.6.2016-10.6.2016, <https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/jha/2016/06/09-10/> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

¹¹⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (Grenzen und Visa) und zur Änderung der Entscheidung 2004/512/EG des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 767/2008, des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, der Verordnung (EU) 2016/399 und der Verordnung (EU) 2017/2226, COM(2017) 793 final, und Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration), COM(2017) 794 final.

¹¹⁹ Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (Grenzen und Visa) und zur Änderung der Entscheidung 2004/512/EG des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 767/2008, des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, der Verordnung (EU) 2016/399, der Verordnung (EU) 2017/2226, der Verordnung (EU) 2018/XX [ETIAS-Verordnung], der Verordnung (EU) 2018/XX [Verordnung über das SIS im Bereich der Grenzkontrollen] und der Verordnung (EU) 2018/XX [eu-LISA-Verordnung], COM(2018) 478 final, und Geänderter Vorschlag für eine Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration) und zur Änderung der [Verordnung (EU) 2018/XX [Eurodac-Verordnung], der Verordnung (EU) 2018/XX [Verordnung über das SIS im Bereich der Strafverfolgung], der Verordnung (EU) 2018/XX [ECRIS-TCN-Verordnung] und der Verordnung (EU) 2018/XX [eu-LISA-Verordnung], COM(2018) 480 final.

ECRIS-TCN interoperabel zu machen.¹²⁰ Zu diesem Zweck wurden die Verordnungen 2019/817 und 2019/818 erlassen. Es waren zwei verschiedene Verordnungen nötig, da unterschiedliche Rechtsgrundlagen im AEUV einschlägig sind, je nachdem, ob es sich um Schengenrecht (d.h. die Bereiche Grenzschutz und Visa betreffende Zusammenarbeit) oder um ausserhalb der Schengen-Zusammenarbeit angesiedelte Kooperation (dies betrifft vor allem die Bereiche Asyl und Migration, aber auch die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit ausserhalb von Schengen) handelt.

Die Verordnung 2019/817 gilt für EES, VIS, ETIAS und SIS.¹²¹ Sie bezieht sich auf den Schengen-Besitzstand im Bereich Grenzen und Visa und stützt sich dementsprechend auf Art. 16 Abs. 2, Art. 74 und Art. 77 Abs. 2 lit. a, b, d und e AEUV.

Die Verordnung 2019/818 gilt für Eurodac, SIS und ECRIS-TCN sowie für Europol-Daten, soweit es erforderlich ist, damit diese gleichzeitig zu den drei anderen Informationssystemen abgefragt werden können.¹²² Sie betrifft die Bereiche polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration (also Bereiche ausserhalb von Schengen) und stützt sich auf Art. 16 Abs. 2, Art. 74, Art. 78 Abs. 2 lit. e, Art. 79 Abs. 2 lit. c, Art. 82 Abs. 2 lit. d, Art. 85 Abs. 1, Art. 87 Abs. 2 lit. a und Art. 88 Abs. 2 AEUV.

Die Verordnungen sind parallel aufgebaut.¹²³

Inhaltlich sehen beide Verordnungen dieselben Komponenten vor:

- Es werden ein *Europäisches Suchportal* (European Search Portal, ESP) sowie ein *Gemeinsamer Dienst für den Abgleich biometrischer Daten* (Biometric Matching Service, BMS) eingerichtet.
- Die alphanumerischen Kerndaten werden in einen *Gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten* (Common Identity Repository, CIR) zusammengelegt.
- Zudem wird ein *Detektor für Mehrfachidentitäten* (Multiple-identity Detector, MID) angelegt.

Das Europäische Suchportal (ESP) soll den mitgliedstaatlichen Behörden und Stellen der Union einen raschen Zugang zu den EU-Informationssystemen, Europol- und Interpol-Daten gewähren. Das Suchportal soll eine gleichzeitige Abfrage aller Datenbanken ermöglichen.

Die Nutzung des ESP ist den mitgliedstaatlichen Behörden und den Stellen der Union vorbehalten, die auf mindestens eines der EU-Informationssysteme nach Massgabe der für diese EU-Informationssysteme geltenden Rechtsinstrumente, den CIR und den MID, Europol-Daten oder die Interpol-Datenbanken

¹²⁰ Verordnung 2019/817 (Anm. 1) und Verordnung (EU) 2019/818 (Anm. 2).

¹²¹ Vgl. Art. 3 der VO 2019/817.

¹²² Vgl. Art. 3 der VO 2019/818.

¹²³ Die folgenden Hinweise auf Artikel beziehen sich daher auf Artikel in den beiden vorgenannten Verordnungen.

zugreifen können. Die mitgliedstaatlichen Behörden und Stellen der Union dürfen nur für die Ziele und Zwecke, die in den entsprechenden Rechtsgrundlagen festgelegt sind, auf das ESP und die von ihm bereitgestellten Daten zurückgreifen.

Die ESP-Nutzer geben, um Abfragen vorzunehmen, alphanumerische und/oder biometrische Daten in das ESP ein. Bei einer Abfrage fragt das ESP anhand der vom Nutzer des ESP eingegebenen Daten und nach Massgabe des jeweiligen Nutzerprofils gleichzeitig das EES, das ETIAS, das VIS, das SIS, Eurodac, das ECRIS-TCN, den CIR, die Europol-Daten und die Interpol-Datenbanken ab. Sobald Daten aus einem der EU-Informationssysteme, den Europol-Daten oder den Interpol-Datenbanken verfügbar sind, werden dem Nutzer über das ESP Antworten erteilt. Diese Antworten enthalten lediglich die Daten, auf die der Nutzer nach dem Unionsrecht und dem nationalen Recht zugreifen darf. In der vom ESP erteilten Antwort wird angegeben, aus welchem EU-Informationssystem beziehungsweise aus welcher Datenbank die betreffenden Daten stammen.

Der gemeinsame Dienst für den Abgleich biometrischer Daten (gemeinsamer BMS) hat die Aufgabe, biometrische Datensätze, die aus den im CIR und im SIS gespeicherten biometrischen Daten generiert wurden, zu speichern und die systemübergreifende Abfrage mehrerer EU-Informationssysteme anhand biometrischer Daten zu ermöglichen.

Im gemeinsamen Speicher für Identitätsdaten (CIR) wird für jede im EES, im VIS, im ETIAS, in Eurodac oder im ECRIS-TCN erfasste Person eine individuelle Datei mit den in Art. 18 genannten Daten (Nachname, Vorname(n), Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit(en), Geschlecht, gegebenenfalls frühere Namen, soweit vorhanden Pseudonyme und/oder Aliasnamen sowie, soweit vorhanden, Informationen zu Reisedokumenten) angelegt.

Bei jeder Hinzufügung, Änderung oder Löschung von Daten in Eurodac oder im ECRIS-TCN werden die in den individuellen Dateien im CIR gespeicherten Daten nach Artikel 18 automatisch entsprechend hinzugefügt, geändert oder gelöscht.

Abfragen im CIR werden nach Massgabe der Art. 20, 21 und 22 vorgenommen, und zwar nur zur Identifizierung, zur Aufdeckung etwaiger Mehrfachidentitäten oder zur Verhinderung, Aufdeckung oder Untersuchung terroristischer Straftaten oder sonstiger schwerer Straftaten. Die individuellen Dateien werden im CIR nur so lange gespeichert, wie die entsprechenden Daten in mindestens einem der EU-Informationssysteme gespeichert werden dürfen, von dem Daten im CIR enthalten sind.

Zur Unterstützung des Funktionierens des CIR und der Ziele des EES, des VIS, des ETIAS, von Eurodac, des SIS und des ECRIS-TCN wird ein Detektor für Mehrfachidentitäten (MID) eingerichtet, der Identitätsbestätigungsdateien nach Artikel 34 erstellt und speichert, die Verknüpfungen zwischen in den EU-Informationssystemen einschliesslich des CIR und des SIS enthalte-

nen Daten enthält und die Aufdeckung von Mehrfachidentitäten ermöglicht. Die Identitätsbestätigungsdateien und die in ihnen enthaltenen Daten einschließlich der Verknüpfungen werden im MID nur so lange gespeichert, wie die verknüpften Daten in zwei oder mehr EU-Informationssystemen gespeichert werden. Sie werden automatisch aus dem MID gelöscht.

Für die Verarbeitung von Daten im gemeinsamen BMS sind die mitgliedstaatlichen Behörden, die jeweils für die Verarbeitung in Eurodac, im SIS und im ECRIS-TCN zuständig sind, verantwortlich.

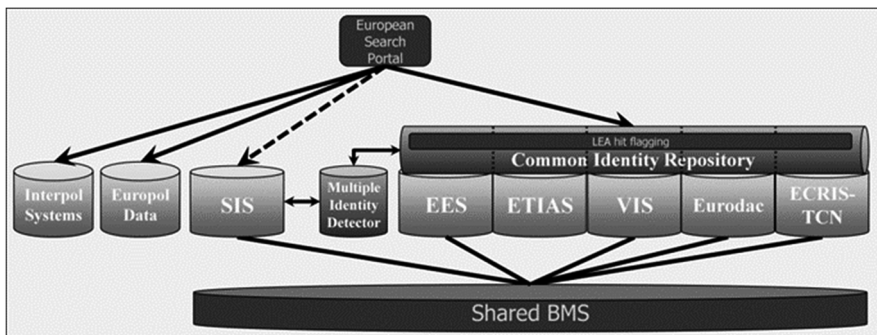
Für die Verarbeitung von Daten im CIR sind die mitgliedstaatlichen Behörden, die jeweils für die Verarbeitung in Eurodac und im ECRIS-TCN verantwortlich sind, verantwortlich.

Für die Verarbeitung von Daten im MID sind die Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache bzw. die Behörden der Mitgliedstaaten verantwortlich. Die betroffenen Personen haben ein Recht auf Information (Art. 47) und auf Auskunft, Berichtigung und Löschung von im MID gespeicherten personenbezogenen Daten sowie auf Einschränkung ihrer Verarbeitung (Art. 48). Um die Ausübung der Rechte auf Auskunft über personenbezogene Daten bzw. Berichtigung, Löschung oder Einschränkung der Verarbeitung personenbezogener Daten zu erleichtern, wird ein Web-Portal eingerichtet (Art. 49).

Personenbezogene Daten, die in den Interoperabilitätskomponenten gespeichert sind, verarbeitet werden oder auf die über die Interoperabilitätskomponenten zugegriffen wird, werden nicht an Drittstaaten, internationale Organisationen oder private Stellen übermittelt oder diesen zur Verfügung gestellt (Art. 50).

Die datenschutzrechtliche Aufsicht erfolgt durch die Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten und den EDSB (Art. 51-53).

Folgende Grafik gibt einen schematischen Überblick über die künftige Architektur der interoperablen Informationssysteme:¹²⁴



¹²⁴ Quelle der Grafik: *Europäische Kommission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on establishing a framework for Interoperability vom 12.12.2017, SWD/2017/0473 final - 2017/0351 (COD).

2. Kritik

Die tatsächlichen Auswirkungen der Interoperabilität sind aktuell nur schwer abschätzbar, da sich die drei neuen Systeme noch im Aufbau befinden. Das gesamte System hat mit sechs Datenbanken sehr viele «bewegliche Teile»¹²⁵. Allerdings lassen sich bereits verschiedene Kritikpunkte ausmachen:

- Der Unionsgesetzgeber scheint davon auszugehen, dass Drittstaatsangehörige *per definitionem* eine Bedrohung der Sicherheit sind. Der EDSB verlangte in diesem Zusammenhang eine Klärung des Ausmasses von Identitätsbetrug unter Drittstaatsangehörigen, um die Verhältnismässigkeit der Datenbank zu prüfen.¹²⁶ Dieser Forderung wurde jedoch nicht nachgekommen.
- Aufgrund der Grösse der zentralen Datenbank CIR und der Art der darin gespeicherten Daten kann jeder Verstoß gegen Datenschutzvorschriften einen immensen Schaden zufügen, und zwar potentiell für Millionen von Menschen.¹²⁷
- Biometrische Datenbanken sind auch ein attraktives Ziel für Hacker. Der Ausbau der Datenbanken erhöht ihre Attraktivität für Angriffe.
- Die Vorgaben für die Abfrage der zentralen Datenbank zur Erleichterung von Identitätskontrollen (Art. 20) sind eher vage; es ist nicht klar, wann genau Zweifel an der Identität oder der Echtheit von Dokumenten bestehen. Dies sollte nur ausnahmsweise erfolgen. Ein routinemässiger Abruf der Daten wäre ein schwerer Verstoß gegen den Grundsatz der Zweckbindung.¹²⁸
- Auch die Erleichterung des Zugriffs von Strafverfolgungsbehörden auf nicht bei der Strafverfolgung angesiedelte Systeme (Art. 22) ist problematisch.¹²⁹
- Nicht zuletzt basiert die Interoperabilität und ein Austausch der gesamten Daten auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, einem tragenden Pfeiler des Unionsrechts.¹³⁰ Angesichts von Korruption¹³¹,

¹²⁵ *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Stellungnahme zu den Vorschlägen für zwei Verordnungen über die Einrichtung eines Rahmens für die Interoperabilität von IT-Grosssystemen der EU, 2018/C 233/07.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Vgl. zum Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und seiner Bedeutung im Asylbereich etwa *Luc Leboeuf*, *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, Limal 2016.

¹³¹ Vgl. <https://www.corruptioneurope.com/> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

Mängeln bei der Rechtsstaatlichkeit¹³² und der Unabhängigkeit einzelner Behörden¹³³ in den Mitgliedstaaten erscheint dieses Vertrauen jedoch zumindest in Bezug auf einige Aspekte aktuell erschüttert zu sein. Den betroffenen Individuen stehen jedoch nur unzureichende individuelle Kontrollmöglichkeiten bzw. Abwehrrechte zu.¹³⁴

V. Beteiligung der Schweiz

Die Schweiz ist aufgrund des Dublin-Assoziierungsabkommens (DAA)¹³⁵ auch an die Eurodac-Datenbank angeschlossen.¹³⁶

Aufgrund der Schengen-Assoziierung¹³⁷ nimmt sie zudem am SIS, am VIS, am EES und an ETIAS teil, da diese zum Schengen-Acquis gehören.¹³⁸ Lediglich bei ECRIS-TCN ist die Schweiz nicht dabei, da es sich dabei nicht um eine Schengen-Weiterentwicklung handelt. Es erscheint aber möglich, dass die Schweiz ein separates Abkommen abschliesst, das ihre Teilnahme an ECRIS-TCN erlauben würde.

¹³² Vgl. die Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen, EuGH, Rs. C-619/18, *Kommission/Polen (Indépendance de la Cour suprême)*, ECLI:EU:C:2019:531; vgl. auch *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/19/1957; Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/19/1912 und https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/rule-law/rule-law-framework_de (zuletzt besucht am 18.6.2019).

¹³³ Vgl. EuGH, Rs. C-508/18 und C-82/19 PPÜ, *OG und PI*, ECLI:EU:C:2019:456. In diesem Fall hat der Gerichtshof die deutschen Staatsanwaltschaften als nicht hinreichend vor dem Einfluss der Politik geschützt erachtet. Insbesondere das Recht des Justizministers (als Teil der Exekutive), Einzelweisungen zu erteilen, wurde kritisiert. Dadurch dürften die aktuell rund 5600 europäischen Haftbefehle deutscher Staatsanwaltschaften überprüft und ggf. erneut ausgestellt werden müssen. Vgl. <https://www.lto.de/recht/justiz/j/eugh-europaeischer-haftbefehl-deutsche-staatsanwaelte-nicht-unabhaengig/> (zuletzt besucht am 18.6.2019).

¹³⁴ Vgl. auch *Brouwer*, *The other side of the Moon* (Anm. 48).

¹³⁵ Abkommen vom 26.10.2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26.10.2004 (DAA), SR 0.142.392.68.

¹³⁶ Art. 1 Abs. 1 DAA.

¹³⁷ Abkommen vom 26.10.2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA), SR 0.362.31.

¹³⁸ Vgl. die Liste der Schengen-Weiterentwicklungen unter <https://www.admin.ch/opc/de/european-union/international-agreements/008.004.000.000.000.000.html> oder <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/schengen-dublin/uebersichten.html> (zuletzt besucht am 18.6.2019). Vgl. auch *Bundesrat*, Medienmitteilung vom 13.2.2019, https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/aktuell/news/2019/ref_2019-02-13.html (zuletzt besucht am 18.6.2019).

Eine Zusatzvereinbarung zur Beteiligung der Schweiz an eu-LISA¹³⁹ ist bereits ausgehandelt. Die Vereinbarung ermöglicht es der Schweiz, vollumfänglich in der Agentur mitzuwirken.

Auch die beiden neuen Interoperabilitätsverordnungen wurden der Schweiz als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes gemäss Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 SAA am 21. Mai 2019 notifiziert. Sie können nur unter Zustimmung des Parlaments übernommen werden. Sofern ein Referendum ergriffen wird, hat die Schweiz damit eine Maximalfrist bis zum 21. Mai 2021, um ihre Antwort zu notifizieren (Art. 7 Abs. 2 lit. b SAA).

VI. Gesamtbewertung und Fazit

Insgesamt lässt sich festhalten, dass eine deutliche Tendenz zur Erhebung und Speicherung von immer mehr Daten in Bezug auf Drittstaatsangehörige in der EU beobachtbar ist. Die EU nähert sich immer mehr dem Kontrollsystem der USA an. So werden die Grenzkontrollen auf eine neue, digitale Stufe gehoben. Die Grenzen sind zwar unsichtbar, wirken aber stärker als physische Grenzen. Migrantinnen und Migranten, gerade aus Drittstaaten, werden immer mehr zu gläsernen Menschen. Mit Sicherheitsaspekten lassen sich nur einige dieser Entwicklungen wirklich rechtfertigen. Es ist nicht nachgewiesen, dass Drittstaatsangehörige *per se* ein Sicherheitsrisiko darstellen. Die pauschale Annahme ihrer Gefährlichkeit führt zu einer nicht rechtfertigbaren Diskriminierung von Drittstaatsangehörigen.

Auch die stetige Erweiterung des Kreises der auf die Daten Zugriffsberechtigten ist kritisch zu sehen. Verletzungen des Grundsatzes der Zweckbindung erscheinen dadurch wahrscheinlich.

Schliesslich wird auch der Grundsatz der Datenminimierung zunehmend missachtet, in dem immer mehr Daten immer länger gespeichert werden.

Insgesamt ist der Trend der interoperablen IT-Grosssysteme aus datenschutz- und grundrechtlichen Erwägungen als sehr beunruhigend einzustufen. Die Schweiz kann sich diesen Entwicklungen aufgrund ihrer Schengen-Assoziierung nur schwer entziehen, so sie dies überhaupt wollte.

¹³⁹ Vereinbarung zwischen der Europäischen Union einerseits und dem Königreich Norwegen, der Republik Island, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein andererseits zur Beteiligung dieser Staaten an der Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2019/2147.pdf> (zuletzt besucht am 18.6.2019). Vgl. auch Botschaft über die Genehmigung der Vereinbarung zwischen der Schweiz, Norwegen, Island und Liechtenstein einerseits und der Europäischen Union andererseits zur Beteiligung dieser Staaten an der Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen (eu-LISA), BBl 2019 2122 ff.

Das Institutionelle Abkommen – unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie

Astrid Epiney und Sian Affolter

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	43
II.	Der Entwurf des Institutionellen Abkommens – ein Überblick.....	45
1.	Anwendungsbereich	47
2.	Zielsetzung.....	48
3.	Auslegung.....	48
4.	Rechtsentwicklung.....	50
5.	Überwachung und Anwendung der Abkommen.....	52
6.	Staatliche Beihilfen.....	52
7.	Streitbeilegung.....	53
8.	Kooperation	55
9.	Verhältnis zu den sektoriellen Abkommen.....	55
III.	Das InstA und die Unionsbürgerrichtlinie	56
1.	Die Unionsbürgerrichtlinie als Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts – ein Überblick	57
2.	Unionsbürgerrichtlinie und InstA: eine Pflicht zur Übernahme? ..	69
IV.	Fazit	80

I. Einleitung¹

Am 7. Dezember 2018 veröffentlichte der Bundesrat den *Entwurf des Rahmenabkommens bzw. des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU (InstA)*.² Im Anschluss an die hierauf folgenden Konsultationen breiter Kreise, in deren Rahmen der Entwurf durchaus kontrovers diskutiert wurde, äusserte sich der Bundesrat Anfang Juni 2019 grundsätzlich positiv, wobei er aber gleichzeitig

¹ Der nachfolgende Beitrag greift in weiten Teilen auf bereits durchgeführte Untersuchungen zurück und nimmt diese auf, siehe insbesondere *Astrid Epiney*, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, in: Jusletter vom 17.12.2018; *Astrid Epiney/Sian Affolter*, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, in: Jusletter vom 11.3.2019.

² Vgl. den Text des Abkommens sowie die Erläuterungen des Bundesrates unter https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf (zuletzt besucht am 26.6.2019). Siehe ansonsten zum Abkommen *Epiney*, Jusletter vom 17.12.2018 (Anm. 1).

beschloss, vor einer Unterzeichnung mit der Europäischen Union drei Themenbereiche zu diskutieren, um auf gewisse in den Konsultationen aufgeworfene Fragen einzugehen und diese einer Klärung zuzuführen.³ Die Kommission reagierte hierauf in einem Schreiben des Präsidenten, in welchem sie auf dieses Anliegen zwar eintrat und gemeinsame Erklärungen in Aussicht stellte, gleichzeitig aber auch sehr deutlich betonte, dass Nachverhandlungen nicht in Frage kämen und die entsprechenden Gespräche sehr rasch stattfinden müssten.⁴ Ein als klärungsbedürftig angesehenes Thema⁵ betrifft die sog. *Unionsbürgerrichtlinie* (RL 2004/38)⁶, welche in dem Abkommensentwurf nicht erwähnt wird. Aufgrund der im Entwurf grundsätzlich vorgesehenen *dynamischen Übernahme von Weiterentwicklungen des EU-Rechts* in den Rahmen der erfassten sektoriellen Abkommen stellt sich jedoch gleichwohl die Frage, ob und ggf. inwieweit sie *a priori* im Rahmen der dynamischen Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts in den Rahmen des einschlägigen sektoriellen Abkommens (das Personenfreizügigkeitsabkommen, FZA)⁷ relevant ist bzw. sein könnte.

Vor diesem Hintergrund will der nachfolgende Beitrag einerseits einen knappen Überblick über Aufbau und Inhalt des InstA geben (II.) und andererseits spezifisch nach der *Tragweite der Unionsbürgerrichtlinie* im Rahmen des Abkommens fragen (III.). Der Beitrag schliesst mit einem kurzen Fazit (IV.).

³ Vgl. *Schweizerische Eidgenossenschaft*, Institutionelles Abkommen Schweiz-EU: Der Bundesrat verlangt Klärungen, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-75346.html> (zuletzt besucht am 1.7.2019).

⁴ Vgl. *Der Ständerat will Zusatzverhandlungen zum Rahmenabkommen*, Neue Zürcher Zeitung vom 12.6.2019, <https://www.nzz.ch/schweiz/rahmenabkommen-staenderat-will-zusatzverhandlungen-ld.1488417> (zuletzt besucht am 1.7.2019).

⁵ Die beiden anderen Themenkomplexe sind die staatlichen Beihilfen sowie der Lohnschutz bzw. die sog. flankierenden Massnahmen.

⁶ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EG, 68/360/EG, 72/194/EG, 73/148/EG, 75/34/EG, 75/35/EG, 90/364/EG, 90/365/EG und 93/96/EG, ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 77 ff. Die Bezeichnung «Unionsbürgerrichtlinie» knüpft an den offiziellen Titel der Richtlinie, der auf «Unionsbürger» Bezug nimmt, an und wird häufig auch in den EU-Mitgliedstaaten gebraucht. Vor dem Hintergrund, dass es in der Richtlinie primär um Freizügigkeitsrechte geht, könnte aber auch der Begriff «Freizügigkeitsrichtlinie» verwendet werden.

⁷ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681.

II. Der Entwurf des Institutionellen Abkommens – ein Überblick

Das InstA ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass es der nach der Ablehnung des Beitritts zum EWR eingeschlagene sog. «*Bilaterale Weg*» der Schweiz erlaubt, in bedeutende *Teile des EU-Binnenmarkts* integriert zu sein sowie in weiteren Gebieten (wie in so unterschiedlichen Bereichen wie der Beteiligung an den EU-Forschungsprogrammen oder der Schengen-/Dublin-Kooperation) *mit der Europäischen Union zu kooperieren* bzw. an weiteren Teilen des unionsrechtlichen Besitzstands teilzunehmen. Insgesamt stellt der in mehreren Volksabstimmungen demokratisch legitimierte Bilaterale Weg für die Schweiz (aber wohl auch für die Union) eine *Erfolgsgeschichte* dar,⁸ was auch für die mitunter umstrittene Personenfreizügigkeit gilt.⁹

Nichtsdestotrotz sieht er sich bereits seit einigen Jahren mit bedeutenden *Herausforderungen* konfrontiert, so u.a. aufgrund des bereits seit mehr als zehn Jahren von der Union formulierten Anliegens der Regelung der sog. *institutionellen Fragen* (deren Regelung aber durchaus auch im Interesse der Schweiz ist),¹⁰ von deren Lösung die Union die Weiterentwicklung der bestehenden Bilateralen Abkommen, den Abschluss neuer Marktzugangsabkommen sowie (implizit) weitere Kooperationen (z.B. im Rahmen der Forschung) abhängig macht. Diese institutionellen Fragen betreffen in erster Linie die *Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes* und seine *Auslegung*, die *Überwachung* der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die *Streitbeilegung*.¹¹ Die Verhandlungen dauerten mehrere Jahre, und

⁸ Siehe insoweit z.B. die Beiträge in: Schellenbauer/Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015.

⁹ Vgl. die Untersuchung der (positiven) Effekte der Freizügigkeit z.B. bei *Patrik Schellenbauer*, *Wirtschaft und Arbeitsmarkt unter neuem Regime*, in: Schellenbauer/Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, S. 81 ff., m.w.N. Aus primär rechtlicher Sicht *Astrid Epiney*, *Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2015/2016, S. 3 ff.

¹⁰ Siehe insoweit *Epiney*, Jusletter vom 17.12.2018 (Anm. 1), Rz. 53 ff.

¹¹ Vgl. zur Problematik *Astrid Epiney*, *Beziehungen Schweiz – EU: Status quo und Perspektiven*, in: Schellenbauer/Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, S. 25 (60 ff.). Siehe sodann z.B. *Andreas Glaser/Lorenz Langer*, *Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie*, in: *SZIER* 4/2013, S. 563 ff.; *Joëlle de Sépibus*, *Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union*, in: *Epiney/Diezig* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2013/2014, Zürich/Bern 2014, S. 397 ff.; *Matthias Oesch/Gabriel Speck*, *Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der EuGH*, in: *Epiney/Hehemann* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2016/2017, Zürich/Bern 2017, S. 257 ff.; *Andreas Glaser/Heidi Dörig*, *Die Streitbeilegung in den*

konnten im November 2018 zumindest vorläufig durch eine Einigung auf den eingangs erwähnten Entwurf eines Institutionellen Abkommens (InstA)¹² abgeschlossen werden.

Das Institutionelle Abkommen besteht aus folgenden *Teilen*:

- Der *Hauptteil* stellt das «Herzstück» des Abkommens dar und enthält die *wesentlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien*.
- In *drei Protokollen* – die integrale Bestandteile des Abkommens sind (Art. 19 InstA) – werden *spezifische Fragen* geregelt: Protokoll 1 betrifft die Massnahmen zum *Schutz des schweizerischen Arbeitsmarkts*, Protokoll 2 enthält eine Reihe von *Ausnahmen vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme* und Protokoll 3 regelt das Verfahren vor dem *Schiedsgericht*.
- Hinzu kommt ein *Anhang*, welcher für das *Luftverkehrsabkommen*¹³ eine Reihe unionsrechtlicher Regelungen und Mitteilungen in Bezug auf staatliche Beihilfen aufführt, die auch für die Schweiz – wie für einen EU-Mitgliedstaat – zu beachten sind (wobei dieser Anhang in das Luftverkehrsabkommen zu integrieren wäre).
- Schliesslich haben die Vertragsparteien *drei gemeinsame Erklärungen* angenommen, die als solche nicht rechtsverbindlich sind, jedoch bei der Auslegung des Abkommens herangezogen werden können und/oder Aufschluss über die zukünftige Entwicklung gewisser Aspekte der Beziehungen Schweiz – EU geben können. In den Erklärungen werden folgende Aspekte angesprochen (wobei auf die beiden erstgenannten Punkte auch in der Präambel des Abkommens hingewiesen wird):
 - Das *Freihandelsabkommen* aus dem Jahr 1972¹⁴ soll vor dem Hintergrund der Entwicklungen modernisiert werden (ohne dass jedoch wirkliche inhaltliche Festlegungen erkennbar sind), und ggf. soll im Rahmen des Gemischten Ausschusses des Freihandelsabkommens beschlossen werden, dass dem durch das Institutionelle Abkommen eingerichteten Schiedsgericht auch im

Bilateralen Abkommen Schweiz–EU, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Zürich/Bern 2018, S. 451 ff.; ausführlich *Clémentine Mazille*, L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse. Recherche sur une construction européenne, Zürich 2018, S. 456 ff.

¹² Siehe Anm. 1. Vertragsparteien des Institutionellen Abkommens (der Begriff Rahmenabkommen wird im Abkommen nicht verwendet) sind die Europäische Union und die Schweiz; die EU-Mitgliedstaaten sind keine Vertragsparteien. Es handelt sich also nicht – im Gegensatz zum FZA – um ein gemischtes Abkommen. Vgl. zu den damit aufgeworfenen Fragen *Epiney*, Jusletter vom 17.12.2018 (Anm. 1), Rz. 4 ff.

¹³ Abkommen vom 21. 6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen), SR 0.748.127.192.68.

¹⁴ Abkommen vom 22.7.1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

Rahmen des Freihandelsabkommens Kompetenzen zur Streitbeilegung zukommen.¹⁵

- Die Sachdienlichkeit des *Kohäsionsbeitrags* der Schweiz wird unterstrichen und ihre Bereitschaft, einen solchen zu leisten, begrüsst.
- Die Integration des *staatliche Beihilfen* betreffenden Anhangs X in das *Luftverkehrsabkommen* wird angekündigt.

1. Anwendungsbereich

Nach Art. 2 Abs. 1 InstA findet das Abkommen nur auf diejenigen Bilateralen Abkommen¹⁶ Anwendung, die sich auf den *Zugang zum EU-Binnenmarkt* beziehen, wobei ausdrücklich auch zukünftige Abkommen erfasst sind (was derzeit insbesondere für das geplante Stromabkommen von Bedeutung ist).

Soweit die *bestehenden Abkommen* betroffen sind, listet Art. 2 Abs. 2 InstA die erfassten Abkommen abschliessend auf. Es handelt sich um folgende Abkommen der Bilateralen I aus dem Jahr 1999:

- Freizügigkeitsabkommen;
- Luftverkehrsabkommen;
- Landverkehrsabkommen;¹⁷
- Landwirtschaftsabkommen;¹⁸
- Abkommen über den Abbau technischer Handelshemmnisse.¹⁹

Deutlich wird damit der insgesamt doch *beschränkte Anwendungsbereich* des Institutionellen Abkommens: Nur die direkt den Zugang zum Binnenmarkt betreffenden Abkommen sind erfasst; andere bedeutende Abkommen – wie

¹⁵ Hierfür gibt es auch einen Entscheidentwurf, der den Dokumenten über das Institutionelle Abkommen beigelegt ist. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen das Streitbeilegungsverfahren im Rahmen des FHA zum Zuge kommen soll, *Clauadia Seitz/André S. Berne*, Das europäische Beihilferecht und die Schweiz: Neuere Entwicklungen unter Berücksichtigung des Entwurfs des institutionellen Abkommens Schweiz – EU, in: Epiney/Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019, Zürich/Bern 2019 (im Erscheinen).

¹⁶ Es ist bemerkenswert, dass das InstA ausdrücklich den Begriff «Bilaterale Abkommen» verwendet, womit eine Anlehnung an die in der Schweiz gebräuchliche Terminologie erfolgte; soweit ersichtlich, wurde in der Union bislang zumindest meist nicht von «bilateralen», sondern von «sektoriellen» Abkommen gesprochen.

¹⁷ Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen), SR 0.740.72.

¹⁸ Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Landwirtschaftsabkommen), SR 0.916.026.81.

¹⁹ Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Abkommen über die technischen Handelshemmnisse), SR 0.946.526.81.

z.B. die Schengen-/Dublin-Assoziierung, aber auch das *Freihandelsabkommen*²⁰ – sind somit von seiner Anwendung ausgeschlossen, dies obwohl auch bei ihnen mitunter eine Parallelität der Rechtsentwicklung und eine eigentliche Einbindung der Schweiz in den relevanten unionsrechtlichen Besitzstand angestrebt (und realisiert) wird.

2. Zielsetzung

Das Institutionelle Abkommen sieht in seinem Anwendungsbereich einen neuen institutionellen Rahmen vor (vgl. Art. 1 Abs. 2 InstA), dies im Hinblick auf die Zielsetzung des Abkommens, für *die Wirtschaftsteilnehmer und die Einzelnen* eine *grössere Rechtssicherheit* zu garantieren und ihre *Gleichbehandlung* soweit sicherzustellen, wie die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt; hierzu sollen «*conditions homogènes*» (also eine umfassende *Homogenität* der anwendbaren Vorschriften und ihrer Auslegung) gewährleistet werden (Art. 1 Abs. 1 InstA).

Art. 1 Abs. 3 InstA listet überblicksartig die durch das *Abkommen* *geregelten Aspekte* auf, welche die durch die Union bereits seit 2008 formulierten Anliegen²¹ aufgreifen. Dabei ist bemerkenswert, dass ausdrücklich auf die Grundsätze des Völkerrechts Bezug genommen wird, und in der Tat sieht das Abkommen zwar einerseits eine umfassende Integration der Schweiz in den von seinem Anwendungsbereich erfassten unionsrechtlichen Besitzstand vor und weist insofern einen Integrationscharakter auf; andererseits greift es aber auch auf klassische völkerrechtliche Grundsätze und Mechanismen zurück.

3. Auslegung

Art. 4 Abs. 1 InstA formuliert den *Grundsatz der parallelen Auslegung* derjenigen Bestimmungen der Abkommen, die auf Unionsrecht verweisen, mit dem Unionsrecht, und Art. 4 Abs. 2 InstA nimmt ausdrücklich auf die *Rechtsprechung des EuGH* Bezug und sieht vor, dass im Fall des Rückgriffs des InstA oder der in seinen Anwendungsbereich fallenden Abkommen die betreffenden Bestimmungen im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werden, wobei ausdrücklich auch die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung einbezogen wird. Dieser Grundsatz der parallelen Auslegung wird durch die Präambel unterstrichen, die darauf hinweist, dass die Vorgaben der Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU teilweise den unionsrechtlichen Bestimmungen entsprechen.

²⁰ Dieses soll aber modernisiert werden, siehe oben II.

²¹ Vgl. oben II., am Anfang, und die Nachweise in Anm. 11.

In der Sache dürfte diese Bestimmung *keine wirkliche Modifikation der Auslegungsgrundsätze der erfassten Abkommen* mit sich bringen: Schon jetzt gehen sowohl das Bundesgericht²² als auch der EuGH²³ im Zusammenhang mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen von einem derartigen Grundsatz der parallelen Auslegung aus, dies in Anknüpfung an die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze. Obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA in Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH nur die bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung aufführt, beziehen das Bundesgericht und der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung auch die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung ein, und das Bundesgericht formulierte gar den Grundsatz, dass auch diese grundsätzlich zu beachten sei.²⁴ In der Literatur ist dieser Ansatz auf breite Zustimmung gestossen.²⁵

Bemerkenswert ist jedoch eine *jüngere Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts*, die betont, das FZA sei primär wirtschaftlicher Natur, so dass die Möglichkeit der Einschränkung der durch das Abkommen garantierten Rechte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 5 Anhang I FZA) nicht

²² Siehe grundlegend BGE 136 II 5; vgl. sodann z.B. BGE 140 II 112; BGE 142 II 35.

²³ Siehe insbesondere EuGH, Rs. C-506/10, *Graf/Engel*, Slg. 2011, I-9345, ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-425/11, *Ettwein*, Urteil vom 28.2.2013, ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Urteil vom 27.2.2014, ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14, *Bukovansky*, Urteil vom 19.11.2015, ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-478/15, *Radgen*, Urteil vom 21.9.2016, ECLI:EU:C:2016:705.

²⁴ Vgl. den Leitscheid in BGE 136 II 5.

²⁵ Vgl. im Einzelnen zur Auslegung der Abkommen (insbesondere des Personenfreizügigkeitsabkommens) *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), in: ZBl. 6/2015, S. 295 (296 ff.); *Francesco Maiani*, La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, in: ZSR 1/2011 I, S. 27 ff.; *Matthias Oesch*, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, in: SJZ 3/2016, S. 53 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: *Altermatt/Casasus* (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, Zürich 2013, S. 141 ff.; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, in: ZBl. 4/2014, S. 171 ff.; *Thomas Cottier*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, in: ZSR 4/2015 I, S. 325 ff.; ausführlich *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich 2012, S. 169 ff. Für einen Überblick über die relevante Rechtsprechung des Bundesgerichts die regelmässigen Berichte im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt *Astrid Epiney/Daniela Nüesch*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018*, S. 273 ff.; *Astrid Epiney/Livia Matter*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen (in diesem Band).

eng, sondern gemäss dem Wortlaut auszulegen sei.²⁶ Da das Bundesgericht aber gleichzeitig auch auf die Rechtsprechung des EuGH verweist und bei der konkreten Anwendung des Art. 5 Anhang I FZA letztlich doch auf den Einzelfall und die Massgeblichkeit der Verhältnismässigkeit verweist, bleibt unklar, inwieweit das Bundesgericht tatsächlich im Ergebnis von der diesbezüglichen Rechtslage im Unionsrecht abweichen will, zumal dieses den Mitgliedstaaten auch in Bezug auf die Beendigung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt. Insoweit bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

Auch das InstA beantwortet jedoch nicht die Frage, ob und inwieweit tatsächlich ein *Rückgriff auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte* erfolgt. Dies ist in einigen Konstellationen zwar klar, so insbesondere im Fall des Verweises auf EU-Sekundärrecht. In anderen Fällen ist diese Frage inzwischen durch die Rechtsprechung geklärt, so z.B. in Bezug auf die Frage, wer als Arbeitnehmende*r anzusehen ist oder unter welchen Voraussetzungen ein rechtmässiger Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beendet werden darf. Es wird aber immer wieder auch Bestimmungen bzw. Konstellationen geben, in denen diese Problematik (noch) nicht geklärt ist. Für solche Fälle könnte in Zukunft der im InstA vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus²⁷ zum Zuge kommen.

4. **Rechtsentwicklung**

Art. 5 InstA sieht den *Grundsatz der schnellstmöglichen Übernahme von Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands*, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, in den Rahmen des jeweiligen Abkommens vor. Auf diese Weise soll die durch die Abkommen angestrebte Parallelität der Rechtslage auch dauerhaft gewährleistet werden, was für die Verwirklichung ihrer Zielsetzungen zentral ist.

Art. 12-14 InstA enthalten die für das *Übernahmeverfahren* massgeblichen Vorgaben:

- Erarbeitung und *Erlass* des betreffenden *Unionsrechtsakts* erfolgen nach den einschlägigen *unionsrechtlichen Regeln* durch die Union, so dass die Schweiz nicht mitentscheiden kann. Jedoch sieht Art. 12 InstA umfangreiche *Beteiligungsmöglichkeiten der Schweiz* vor, die relativ detailliert formuliert sind. In Anbetracht des Umstands, dass die Entscheidungsfindung in der Union weitgehend nach dem Konsensprinzip erfolgt und dass bei (zumindest gewichtigen) Bedenken der Schweiz in aller Regel auch ein oder mehrere EU-Mitgliedstaaten entsprechende Überlegun-

²⁶ BGer 6B_378/2018 vom 22.5.2019.

²⁷ Zu diesem unten II.7.

gen anstellen werden, sollte die Tragweite dieser Beteiligungsmöglichkeiten nicht unterschätzt werden.

- Sobald der betreffende Rechtsakt auf Unionsebene verabschiedet ist, wird die Schweiz informiert, und der zuständige *Gemischte Ausschuss* trifft die für seine *Integration in das jeweilige Abkommen* notwendigen Entscheidungen.
- Sollten für das Inkrafttreten der Modifikation des Abkommens in der Schweiz *spezifische verfassungsrechtliche Anforderungen* zum Zuge kommen (womit insbesondere der Erlass eines dem Referendum unterstehenden Rechtsakts gemeint ist), teilt die Schweiz dies der Union mit. Diesfalls verfügt sie über eine Frist von zwei Jahren, um der Union die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen mitzuteilen; im Falle des Ergreifens des Referendums verlängert sich diese Frist um ein Jahr. In der Zwischenzeit sind die vorgesehenen Modifikationen grundsätzlich provisorisch anzuwenden.

Dieser Übernahmemechanismus entspricht im Wesentlichen demjenigen, der bereits heute im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assozierung zum Zuge kommt. Er impliziert in Bezug auf die vom Institutionellen Abkommen erfassten Abkommen der Bilateralen I insofern eine durchaus bedeutende Entwicklung, als die erfassten Abkommen allesamt zwar bereits heute die Anpassung an die Rechtsentwicklung in der Union vorsehen, indem die Gemischten Ausschüsse die Anhänge modifizieren können;²⁸ allerdings besteht kein Grundsatz und keine Pflicht der Anpassung. Nicht zu verkennen ist, dass damit eine *dynamische Übernahme des weiterentwickelten unionsrechtlichen Besitzstands* vorgesehen wird,²⁹ womit der Handlungsspielraum der Schweiz durchaus spürbar beschränkt wird.

Zu beachten ist jedoch, dass es insofern nicht um eine automatische Übernahme geht, als die innerstaatlichen Gesetzgebungsverfahren vollumfänglich durchlaufen werden können. Angesichts des Umstands, dass zahlreiche unionsrechtliche Rechtsakte im Rahmen der Umsetzung einen mitunter beträchtlichen Gestaltungsspielraum einräumen, ist dies durchaus von grosser Bedeutung. Auch ist die grosse Mehrheit der Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den erfassten Bereichen technischer Natur und impliziert keine wirklich wichtigen gesetzgeberischen Entscheidungen. Schliesslich sei auch nicht unerwähnt, dass die Schweiz in zahlreichen Gebieten durchaus ein grosses Interesse an einer solchen dynamischen Rechtsübernahme hat, so insbesondere in allen Gebieten, in denen es um die Anerkennung technischer Vorschriften geht, was für den Zugang zum Binnenmarkt von zentraler Bedeutung ist.

²⁸ Im Einzelnen zu diesen Übernahmemechanismen und den Weiterentwicklungsmöglichkeiten *Astrid Epiney*, Die Beziehungen Schweiz – EU als Modell für die Gestaltung des Verhältnisses Grossbritanniens zur EU?, in: Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, Baden-Baden 2017, S. 77 (83 ff.).

²⁹ Sollte die Schweiz einen Rechtsakt nicht übernehmen wollen, kann die Union Ausgleichmassnahmen ergreifen, die jedoch verhältnismässig sein müssen, was vom Schiedsgericht (zu diesem unten II.7.) überprüft werden kann.