

# **Der freie Personenverkehr und seine Folgen**

*Astrid Epiney, Fribourg (CH)*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

***Astrid Epiney, Der freie Personenverkehr und seine Folgen, in: Busek, Erhard/Hummer, Waldemar (Hrsg.), Etappen auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, Wien u.a. 2004, S. 113-130. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.***

## **I. Einleitung**

Der freie Personenverkehr – wobei dieser Begriff hier nicht im Sinne der Grundfreiheiten verwendet wird, sondern Bezug auf die im Zusammenhang mit dem Abbau der Grenzkontrollen stehenden Politiken genommen wird – sowie die damit im Zusammenhang stehenden Politiken stellen zwar im Unions- und Gemeinschaftsrecht einen relativ jungen Bereich dar. Allerdings wurden hier in relativ kurzer Zeit doch recht substantielle Fortschritte erzielt, jedenfalls wenn man die Dichte der bestehenden und zu erwartenden Regelungen als Maßstab heranzieht. Gleichzeitig bestehen aber nach wie vor einige teils gewichtige Herausforderungen und auch ungelöste Probleme unterschiedlichen Charakters, die sich im Zuge der Erweiterung eher noch verstärken dürften. Diese sollen denn auch im Zentrum des vorliegenden Beitrages stehen (III.), dies auf der Grundlage einer kurzen Bestandsaufnahme von Entwicklung und (primärrechtlichen) Grundlagen (II.) des freien Personenverkehrs und der wichtigsten hiermit im Zusammenhang stehenden Politiken.

Der Akzent des Beitrages soll damit eher auf der Auseinandersetzung mit den sich stellenden Problemen, dies auf der Grundlage einer Gesamtschau der „Architektur“ der den freien Personenverkehr betreffenden Regelungen, denn auf einer Erörterung der verschiedenen (materiellen) Rechtsgebiete im Einzelnen liegen.

## **II. Von Schengen und Dublin über Maastricht und Amsterdam nach Nizza: die primärrechtlichen Grundlagen**

Die Bemühungen auf dem Weg zur Verwirklichung der Personenverkehrsfreiheit in der Union nahmen ihren Anfang auf der intergouvernementalen Ebene, dies obwohl das Ziel der Verwirklichung eines Binnenmarktes ohne Grenzkontrollen bereits seit 1987 im Vertrag figuriert<sup>1</sup>. Niederschlag in rechtsverbindlichen Akten<sup>2</sup> haben sie im sog. Schengener Durchführungsübereinkommen<sup>3</sup> und im sog. Dubliner Übereinkommen<sup>4</sup> gefunden:

---

<sup>1</sup> Was zu der etwas merkwürdigen Situation führte, dass ein gemeinschaftliches Ziel durch ein völkerrechtliches Instrumentarium verwirklicht wurde.

- Das von allen EU-Mitgliedstaaten abgeschlossene Dubliner Übereinkommen regelt im Wesentlichen die Frage der Zuständigkeit für die Behandlung von Asylgesuchen: Aufgestellt werden eine ganze Reihe von Kriterien, nach denen zu bestimmen ist, welcher Vertragsstaat für einen in einem EU-Staat gestellten Asylantrag zuständig ist<sup>5</sup>.
- Das Schengener Übereinkommen<sup>6</sup> ist im Zusammenhang mit dem (gemeinschaftlichen) Ziel der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen zu sehen: Angesichts des Umstandes, dass man sich auf Gemeinschaftsebene zunächst nicht auf den Erlass der hierfür notwendigen Maßnahmen einigen konnte, wurden die entsprechenden Bemühungen auf die völkerrechtliche Ebene verlagert und führten dann (zunächst nur zwischen den BENELUX-Staaten Deutschland und Frankreich)<sup>7</sup> zu den Schengener Übereinkommen. Das entscheidende Schengener Durchführungsübereinkommen (Schengen II) regelt zunächst den Grundsatz der Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen (Art. 2 Schengen II). Die übrigen Vorschriften betreffen – neben einigen Schlussbestimmungen und Begriffsdefinitionen – die hierfür für notwendig erachteten „Ausgleichsmaßnahmen“. Im Einzelnen geht es hier in erster Linie um die Art der Durchführung der Kontrollen an den Außengrenzen, die Harmonisierung der Sichtvermerke, die Regelung des Reiseverkehrs der Drittausländer, die (inzwischen durch das Dubliner Übereinkommen gegenstandslos gewordene)<sup>8</sup> Regelung der

---

<sup>2</sup> Hinzuweisen ist aber natürlich auf den Umstand, dass es auch durchaus bedeutende Formen der Zusammenarbeit gibt, die sich nicht in rechtsverbindlichen Dokumenten niedergeschlagen haben. Vgl. für den Asylbereich hierzu etwa *Alberto Achermann*, Entwicklung der europäischen Asylrechtsharmonisierung, ASYL 1992, 72 ff. Mit der Vergemeinschaftung weiterer Bereiche des Asylrechts jedoch dürfte die informelle Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten außerhalb der Organe der EU weitgehend verschwinden. Vgl. hierzu aus rechtlicher Sicht noch unten III.1.d).

<sup>3</sup> Vom 19.6.1990. S. den Text in: Achermann/Bieber/Epiney/Wehner, Schengen und die Folgen, Bern u.a. 1995, 193 ff.

<sup>4</sup> Vom 15.6.1990. S. den Text in: Achermann/Bieber/Epiney/Wehner, Schengen und die Folgen, Bern u.a. 1995, 243 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zu diesem Abkommen etwa *Alberto Achermann*, Schengen und Asyl: Das Schengener Übereinkommen als Ausgangspunkt der Harmonisierung europäischer Asylpolitik, in: Achermann/Bieber/Epiney/Wehner, Schengen und die Folgen, Bern u.a. 1995, 79 ff.; *Kay Hailbronner/Claus Thiery*, Schengen II und Dublin – der zuständige Asylstaat in Europa, ZAR 1997, 55 ff., die jeweils auch einen Vergleich zwischen den im Schengener und Dubliner Übereinkommen enthaltenen Bestimmungen anstellen.

<sup>6</sup> Zu diesem Abkommen und seiner Entstehungsgeschichte *Alberto Achermann/Roland Bieber/Astrid Epiney/Ruth Wehner*, Schengen und die Folgen, Bern u.a. 1995; *Monica den Boer* (Hrsg.), The Implementation of Schengen: First the Widening, Now the Deepening, Maastricht 1997; *Vendelin Hreblay*, Les accords de Schengen. Origine, Fonctionnement, Avenir, Brüssel 1998; *Hans Claudius Taschner*, Schengen. Die Übereinkommen zum Abbau der Personenkontrollen an den Binnengrenzen von EU-Staaten, Baden-Baden 1997; *Vendelin Hreblay*, Les accords de Schengen, Brüssel 1998.

<sup>7</sup> Heute sind alle EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Großbritannien und Irland beteiligt.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 142 Schengen II, Art. 1 des Protokolls zu den Konsequenzen des Inkrafttretens des Dubliner Übereinkommens für einige Bestimmungen des Durchführungsübereinkommens zum Schengener Übereinkommen vom 26.4.1994, BGBl. 1995 II 738.

Zuständigkeit zur Behandlung von Asylanträgen, die polizeiliche Zusammenarbeit, die Rechtshilfe in Strafsachen sowie die Einrichtung des „Schengener Informationssystems“.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die „Grundphilosophie“ des „Schengen-Prozesses“, die auch und gerade im Schengener Durchführungsübereinkommen Niederschlag fand: Zwar wird die Abschaffung der Grenzkontrollen als primäres Ziel postuliert; dieses bekommt dann aber einen leicht negativen Beigeschmack, indem der Verzicht auf Grenzkontrollen zunächst einmal als Gefahr gesehen wird, die nur dann hingenommen werden könne, wenn entsprechende Ausgleichsmaßnahmen ergriffen werden; diese Sichtweise wird letztlich in Titel IV EGV (leider) übernommen<sup>9</sup>.

Mit diesem Hinweis soll nicht die Notwendigkeit etwa polizeilicher Zusammenarbeit, sondern nur ihre „notwendige“ Verbindung mit dem Abbau der Grenzkontrollen in Frage gestellt werden. Es ist nämlich durchaus Zweifeln unterworfen, ob die Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung spürbar durch den Abbau von Grenzkontrollen erhöht werden<sup>10</sup>; im Übrigen erscheint eine Kooperation der EU-Mitgliedstaaten<sup>11</sup> in den von den „Ausgleichsmaßnahmen“ erfassten Bereichen auch ganz unabhängig vom Abbau der Grenzkontrollen sinnvoll, so dass sich eine „autonome“ Regelung der verschiedenen Bereiche angeboten hätte.

Beide Abkommen stellen ursprünglich „normale“ völkerrechtliche Verträge der beteiligten EU-Mitgliedstaaten dar, die allerdings insofern schon eine Besonderheit aufweisen, als sie nur EU-Mitgliedstaaten offen stehen<sup>12</sup>. Dieser völkerrechtliche Ansatz war denn auch bis zum Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages – trotz aller institutioneller Mängel<sup>13</sup> – insofern in gewisser Weise systemimmanent, als die Gemeinschaft in den betroffenen Bereichen nur sehr beschränkte Kompetenzen hatte. Auch der Maastrichter Vertrag<sup>14</sup> änderte hieran im Grunde genommen wenig, waren doch die in Frage stehenden Bereiche im Rahmen der sog. „Dritten Säule“ (nur) eine „Angelegenheit von gemeinsamem Interesse“<sup>15</sup>, und das operationelle Instrumentarium erstreckte sich in erster Linie auf völkerrechtliche Abkommen.

---

<sup>9</sup> Vgl. hierzu nur *Bernd Meyring*, Die Reform der Bereiche Justiz und Inneres durch den Amsterdamer Vertrag, EuR 1999, 309 (313 f.).

<sup>10</sup> Vgl. die mit statistischem Material untermauerten Untersuchungen bei *Heiner Busch*, Grenzenlose Polizei? Neue Grenzen und polizeiliche Zusammenarbeit in Europa, Münster 1995, 37 ff.

<sup>11</sup> Und nicht nur dieser Staaten. Vgl. noch unten III.3.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 140 Schengen II, Art. 21 I DÜ.

<sup>13</sup> Hierzu in Bezug auf das Schengener Übereinkommen *Astrid Epiney*, Schengen - ein Modell differenzierter Integration?, in: Fritz Breuss/Stefan Griller (Hrsg.), Flexible Integration in Europa. Einheit oder "Europe à la carte"?, Wien, New York 1998, 127 ff.

<sup>14</sup> Am 1.11.1993 in Kraft getreten.

<sup>15</sup> Art. K.1 EUV, in der Fassung des Maastrichter Vertrages.

Hingegen brachte der Amsterdamer Vertrag hier grundlegende Neuerungen<sup>16</sup>: Durch die Einführung des Titels IV in den EG-Vertrag<sup>17</sup> („Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“) wurden die Politiken, die nach der Konzeption des „Schengen-Prozesses“ in engem Zusammenhang mit der Verwirklichung des freien Personenverkehrs stehen, zu großen Teilen in den Rahmen der Gemeinschaft überführt. Die „dritte Säule“ wird auf die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen begrenzt<sup>18</sup>. Konsequenterweise ist dann auch in dem Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union (Schengen-Protokoll) eine Überführung des sog. Schengen-Besitzstandes in den unionsrechtlichen Rahmen vorgesehen. Der hier vorgesehene Mechanismus geht im Wesentlichen dahin, dass für jede einzelne Bestimmung des Schengen-Acquis eine Rechtsgrundlage festgelegt wird, die sich entweder in der Ersten Säule (häufig Titel IV EGV) oder aber in der (neuen) Dritten Säule befinden kann<sup>19</sup>. Von Bedeutung ist hier auch und gerade, dass im Falle der Festlegung der Rechtsgrundlage in der Ersten Säule dann auch die „normalen“ Bestimmungen der Ersten Säule heranzuziehen sind, was insbesondere für die gerichtliche Kontrolle des EuGH von Bedeutung ist<sup>20</sup>. Die durchaus so schon komplexen Regelungen werden noch durch eine Reihe von Ausnahmeregelungen für Dänemark, Großbritannien und Irland ergänzt, die entweder auf der grundsätzlichen Nichtteilnahme am Titel IV (Dänemark) bzw. auch auf der

---

<sup>16</sup> Vgl. hierzu *Meyring*, EuR 1999 (Fn.9), 309 (312 ff.); *Gerold Simpson*, Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam, EPL 1999, 91 (93 ff.); *P.J. Kuijper*, Some Legal Problems associated with the communitarization of Policy on Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis, CMLRev. 2000, 345 (356 ff.); *Kay Hailbronner/Claus Thiery*, Amsterdam - Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstands auf EU-Ebene, EuR 1998, 583 ff.; *Henri Labayle*, La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale, RTDE 1997, 1 ff.; *Steve Peter*, Justice and home affairs: decision-making after Amsterdam, ELRev 2000, 183 ff.; *Kay Hailbronner*, Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, 179 ff.

<sup>17</sup> Art. 61 ff. EGV.

<sup>18</sup> Wobei aber zu bemerken ist, dass auch die dritte Säule insofern eine gewisse institutionelle Annäherung an die erste Säule erfahren hat, als die Handlungsinstrumente insofern modifiziert wurden, dass auch direkt für die Mitgliedstaaten verbindliche Rechtsakte erlassen werden können, wenn auch grundsätzlich nur durch einstimmigen Ratsbeschluss (sog. Rahmenbeschlüsse, Art. 34 EUV), und dass dem EuGH gewisse Kompetenzen eingeräumt werden, Art. 35 EUV. Vgl. hierzu *Peter-Christian Müller-Graff*, Institutionelle und materielle Reformen in der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, 259 (271 ff.).

<sup>19</sup> Im Einzelnen wurden hier zwei Beschlüsse gefasst: Die Entscheidung 1999/435/EG (ABl. 1999 L 176) definiert den Schengen-acquis, für den eine Rechtsgrundlage festgelegt werden muss, und durch die Entscheidung 1999/436/EG (ABl. 1999 L 176, 17) werden die entsprechenden Rechtsgrundlagen dann festgelegt. Zu diesen Beschlüssen und den sich hier stellenden rechtlichen Fragen *Kuijper*, CMLRev. 2000 (Fn. 16), 345 (347 ff.); *Charles Elsen*, Die Übernahme des „Schengen-acquis“ in den Rahmen der EU, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Rechtsfragen in der Anwendung des Amsterdamer Vertrages, 2001, 39 ff.

<sup>20</sup> Vgl. insoweit auch etwa *Kuijper*, CMLRev. 2000 (Fn. 16), 345 (349 f.).

Nichtmitgliedschaft in „Schengen“ (Großbritannien und Irland) beruhen<sup>21</sup>. Auf die Einzelheiten dieser Regelungen soll hier jedoch nicht eingegangen werden<sup>22</sup>; die hier relevanten Teilaspekte werden dann noch aufgegriffen<sup>23</sup>.

In materieller Hinsicht existieren damit derzeit auf Gemeinschafts- bzw. Unionsebene verbindliche Regelungen im Wesentlichen in den Bereichen, die durch die Schengener und Dubliner Abkommen gedeckt werden, womit in erster Linie folgende Aspekte erfasst werden:

- Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen;
- Art der Durchführung der Kontrollen an den Außengrenzen;
- Harmonisierung der Visabestimmungen (in formeller und materieller Hinsicht);
- Reiseverkehr von Drittausländern im „Schengenraum“;
- polizeiliche Zusammenarbeit;
- Datensammlung und Abrufung (Stichwort: Schengener Informationssystem);
- Zuständigkeit für die Behandlung von Asylbegehren.

### **III. Herausforderungen und Perspektiven – ausgewählte Aspekte**

Wie eingangs bereits angesprochen, werfen aber die derzeitigen rechtlichen Regelungen in dem hier interessierenden Bereich eine Reihe von Fragen auf, die ganz unterschiedliche Ursachen haben: Teilweise gehen sie auf Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten der bestehenden Rechtsnormen, teilweise auf m.E. bestehende Unzulänglichkeiten des bestehenden Rechts, teilweise auf tatsächliche oder politische Schwierigkeiten zurück, wobei die verschiedenen Ursachen auch kumuliert sein können. Im Folgenden sollen nun die m.E. wichtigsten Aspekte aufgegriffen werden, wobei im Einzelnen zwischen drei Gruppen von Problembereichen unterschieden werden kann: gemeinschaftsverfassungsrechtliche Aspekte (1.), materiell-rechtliche Aspekte (2.) und die Frage der Einbindung von Drittstaaten (3.)<sup>24</sup>.

#### *1. Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Aspekte*

##### **a) Gerichtliche Kontrolle**

---

<sup>21</sup> Dies ist in den einschlägigen Protokollen geregelt: Protokoll Nr. 4 zum EU-Vertrag über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands, Protokoll Nr. 5 zum EU-Vertrag über die Position Dänemarks, beide abgedruckt in: Roland Bieber (Hrsg.), *Europarecht. Textausgabe*, Baden-Baden 2000.

<sup>22</sup> Vgl. ausführlich hierzu *Astrid Epiney*, Die Übernahme des "Schengen-Besitzstandes" in die Europäische Union, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), *Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam*, Wien 1998, 103 ff.; *Christoph Thun-Hohenstein*, *Der Vertrag von Amsterdam*, Wien u.a. 1997, 312 ff.; s. auch den Überblick bei *Kuijper*, *CMLRev.* 2000 (Fn. 16), 345 (346 ff.).

<sup>23</sup> Insbesondere III.1.b).

<sup>24</sup> Gewisse Überschneidungen, insbesondere zwischen den beiden ersten Gruppen, sind aber natürlich nicht auszuschließen.

Bekanntlich sind im Bereich des Titels IV des EG-Vertrages<sup>25</sup> einige Besonderheiten im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle zu verzeichnen (Art. 68 EGV)<sup>26</sup>:

- Erstens wird die Anwendung des Vorabentscheidungsverfahrens auf letztinstanzliche Gerichte beschränkt (Art. 68 I EGV). Allerdings ist in diesem Rahmen eine Vorlagepflicht anzunehmen: Im Sinne der Ermöglichung eines Mindestmaßes an einheitlicher Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts und angesichts des Umstandes, daß Art. 68 I EGV als Ausnahmenvorschrift wohl eng auszulegen ist, erscheint diese Sicht - trotz des nicht ganz eindeutigen Wortlautes der Bestimmung - zwingend. Probleme wirft die Bestimmung aber gleichwohl auf, so insbesondere bei der Frage, wie ein nationales Gericht reagieren soll, wenn es eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung für rechtswidrig hält und sie nicht anwenden möchte. Im Hinblick auf das „Monopol“ des EuGH, gemeinschaftliche Rechtsakte für nichtig oder nicht anwendbar zu erklären<sup>27</sup>, spricht in solchen Fällen einiges für die Zulässigkeit einer Vorlage auch für unterinstanzliche Gerichte<sup>28</sup>.
- Zweitens ist die Gerichtsbarkeit des EuGH immer dann ausgeschlossen, wenn im Rahmen von Beschlüssen nach Art. 62 Nr. 1 EGV die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit betroffen ist. Da Art. 62 Nr. 1 EGV alle Maßnahmen erfaßt, die das Überschreiten der Binnengrenzen ohne Kontrollen betreffen, ist der Anwendungsbereich dieser Ausnahme potenziell sehr weit. Allerdings kommt dem EuGH die Kompetenz zu, über die Reichweite dieser Bestimmung und damit seiner Zuständigkeit zu entscheiden; angesichts ihres Ausnahmecharakters ist zu erwarten, daß der EuGH hier eine eher enge Auslegung anlegen wird. Im Übrigen bezieht sich diese Ausnahme nur auf gemeinschaftliche, nicht hingegen auf mitgliedstaatliche Maßnahmen.
- Schließlich sieht Art. 68 III EGV ein neues spezifisches Vorlage- oder Gutachtenverfahren für Titel IV EGV vor: Rat, Kommission oder Mitgliedstaaten können dem EuGH Fragen über die Auslegung des Titels IV oder von auf diesen Titel gestützten Rechtsakten vorlegen; die Gültigkeit hingegen von auf der Grundlage des

---

<sup>25</sup> Auf die Besonderheiten der gerichtlichen Kontrolle in der Dritten Säule soll nachfolgend nicht eingegangen werden. Vgl. hierzu *Carlo Curti Gialdino*, Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam, RMUE 1998, 89 ff.; *Udo Di Fabio*, Die „Dritte Säule“ der Union, DÖV 1997, 89 ff.; *Winfried Brechmann*, Art. 35 EUV, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999. Zu den sich aus der Situation Dänemarks, Großbritanniens und Irlands ergebenden Besonderheiten noch unten III.1.b).

<sup>26</sup> Hierzu etwa *Pascal Girerd*, L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines, RTDE 1999, 239 ff.

<sup>27</sup> Ständige Rechtsprechung des EuGH, s. insbesondere EuGH, Rs. 314/85, Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, Slg. 1987, 4199.

<sup>28</sup> Ebenso *Winfried Brechmann*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999, Art. 68 EGV, Rdnr. 2. A.A. *Lothar Harings*, Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, EuR 1998, Beiheft 2, 81 (87).



Titels IV erlassener Rechtsakte kann nicht Gegenstand dieses Verfahrens sein. Im Übrigen entfaltet die vom EuGH im Rahmen dieses Verfahrens getroffene Entscheidung keine Wirkungen für rechtskräftige Urteile der Gerichte der Mitgliedstaaten.

Insgesamt erscheinen diese Besonderheiten zwar aus politischer Sicht nachvollziehbar; gerade Art. 68 I, II EGV schlagen aber eine Bresche in das Rechtsschutzsystem des Vertrages, das eben grundsätzlich davon ausgeht, dass eine vollumfängliche Kontrolle gemeinschaftlicher Tätigkeit besteht. Besonders bedauerlich ist vor diesem Hintergrund die Einschränkung des Art. 68 II EGV, dies auch deshalb, weil es hier um Bereiche mit potenziell sehr hoher Grundrechtsrelevanz geht. Die Einschränkung des Anwendungsbereichs des Vorabentscheidungsverfahrens ist sowohl vor dem Hintergrund eines effektiven Rechtsschutzes für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger als auch im Hinblick auf die Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens, eine einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen, m.E. nicht sonderlich glücklich.

b) Zum Problem der „Einheitlichkeit“ des Gemeinschaftsrechts

Der Bereich des freien Personenverkehrs ist von einer gewissen Rechtszersplitterung gekennzeichnet: Die Sonderregelungen für Dänemark, Großbritannien und Irland<sup>29</sup> führen dazu, dass es einige unterschiedliche Regime mit divergierenden Regelungen in Bezug auf Inhalt, Rechtscharakter oder/und (gerichtliche) Kontrolle gibt. Verstärkt wird dies noch dadurch, dass für die sog. „Weiterentwicklung“ des Schengen-Besitzstandes besondere Regelungen gelten<sup>30</sup>. Im Einzelnen ist in erster Linie auf folgende Problemfelder hinzuweisen:

- Für Dänemark (ein „Schengen-Staat“) gilt der gesamte Schengen-Besitzstand von vornherein nur als im Rahmen der Dritten Säule zustande gekommenes Recht (Art. 3 S. 1 Schengen-Protokoll). Dies wirkt sich zunächst auf der Ebene der gerichtlichen Kontrolle aus, ist diese doch im Rahmen der Dritten Säule und des Titels IV EGV unterschiedlich ausgestaltet. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die in Bezug auf den „Titel IV Schengen-Besitzstand“ ergangenen Urteile des EuGH auch für Dänemark verbindlich sind<sup>31</sup>. Sodann differieren Rechtscharakter und Rechtswirkungen der in den Rahmen von Titel IV EGV überführten Beschlüsse in Dänemark einerseits und in den übrigen Schengen-Staaten andererseits. Schließlich ist auf die Schwierigkeiten im

---

<sup>29</sup> Vgl. hierzu etwa *Simpson*, EPL 1999 (Fn. 16), 91 (99 ff.); s. auch die Nachweise in Fn. 22.

<sup>30</sup> Und dass die hier grundsätzlich ausgeklammerte „Dritte Säule“ nochmals für die dort erfassten Bereiche spezifische Regelungen vorsieht. S. hierzu *Meyring*, EuR 1999 (Fn. 9), 309 (316 ff.).

<sup>31</sup> Jedenfalls der Vertragstext dürfte es nahelegen, die Verbindlichkeit von Urteilen des EuGH in Bezug auf den in Titel IV EGV angesiedelten Schengen-acquis zu verneinen. Ausdrücklich *Kuijper*, CMLRev. 2000 (Fn. 16), 345 (351).

Zusammenhang mit der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes hinzuweisen, soweit dieser im Rahmen des Titels IV EGV erfolgt: Dänemark kann hier beschließen, solche Maßnahmen zu „übernehmen“, was dann eine „völkerrechtliche Verpflichtung“ zwischen Dänemark und den übrigen Schengen-Staaten<sup>32</sup> begründet. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang jedenfalls, daß auch eine derartige völkerrechtliche Bindung Dänemarks einen unterschiedlichen Rechtscharakter der jeweiligen Beschlüsse mit sich bringt: völkerrechtliches Instrumentarium in Dänemark, Gemeinschaftsrecht in den übrigen Staaten. Konsequenzen entfaltet dies insbesondere auf der Ebene der institutionellen und rechtlichen Einbindung in das System der Europäischen Union, wobei die Gerichtsbarkeit wohl eine zentrale Rolle spielt<sup>33</sup>. Insgesamt ist damit im Hinblick auf die hier relevante Fragestellung festzuhalten, dass dieselben materiellen Regelungen in Dänemark einerseits und in einigen der übrigen Mitgliedstaaten andererseits unter unterschiedlichem „rechtlichen Vorzeichen“ gelten, was zumindest die Gefahr einer unterschiedlichen Auslegung in sich birgt.

- Die Stellung Großbritannien und Irlands<sup>34</sup> unterscheidet sich insofern von derjenigen Dänemarks, als diese beiden Staaten von vornherein nicht am Schengen-Prozess teilnahmen. Im Übrigen – und damit in engem Zusammenhang stehend – waren auch Großbritannien und Irland nicht an einer Teilnahme an Titel IV EGV interessiert. Obwohl damit eine gewisse Parallelität mit der Position Dänemarks besteht, unterscheiden sich doch die Regelungen: In Bezug auf den bestehenden Schengen-Besitzstand besteht die Möglichkeit eines „opt-in“ für Großbritannien und Irland (Art. 4 S. 1 Schengen-Protokoll); für die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes (Art. 5 I Uabs. 2 Schengen-Protokoll) und in Bezug auf sonstige im Rahmen des Titels IV EGV ergriffene Initiativen steht es den beiden Staaten offen teilzunehmen<sup>35</sup>. Im Falle

---

<sup>32</sup> Und ggf. Großbritannien und Irland.

<sup>33</sup> S. aber in diesem Zusammenhang auch *Christoph Thun- Hohenstein*, Der Vertrag von Amsterdam, Wien u.a. 1997, 54 f., der unter Berufung auf Sinn und Zweck der Regelung und einer gewissen institutionellen Kohärenz davon ausgeht, dass die Begründung „völkerrechtlicher“ Pflichten zwischen Dänemark und den übrigen Schengen-Staaten letztlich (nur) bedeute, dass es hier um dem Titel VI EUV (dritte Säule) zuzuordnende Rechtsakte ginge. Hiergegen spricht allerdings der klare Wortlaut dieser Bestimmung. Zudem dürfte die dritte Säule - insbesondere angesichts der erweiterten Rolle des EuGH und der neuen (Rechtssetzungs-) Instrumente im Vergleich zu sonstigen „normalen“ völkerrechtlichen Verpflichtungen einige Besonderheiten aufweisen, so dass die (explizite) Einführung einer anderen „Kategorie“ von Verpflichtungen doch nahelegt, dass hier tatsächlich Unterschiede bestehen sollen. Dies ändert nichts daran, dass dies im Hinblick auf ein damit einhergehendes Defizit an (institutioneller) Homogenität sehr zu bedauern ist.

<sup>34</sup> Vgl. das Protokoll über die Anwendung bestimmter Aspekte des Artikels 14 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf das Vereinigte Königreich und auf Irland und das Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands.

<sup>35</sup> Art. 3 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands, Art. 5 I Uabs. 2 Schengen-Protokoll. Vgl. zu den verfahrensrechtlichen Aspekten *Epiney*, in: Die EU nach dem Vertrag von Amsterdam (Fn.22), 103 (116 ff.).



einer positiven Entscheidung gelten diese Regeln also für Großbritannien und Irland als „echtes“ Gemeinschaftsrecht im Rahmen des Titels IV EGV. Damit besteht für die beiden Staaten im Ergebnis die Möglichkeit, sich die ihnen genehmen Beschlüsse „herauszupicken“, was dazu führen kann, dass die in der „Schengen-Logik“ herrschende Verbindung zwischen dem Abbau der Grenzkontrollen und den „Ausgleichsmaßnahmen“ aufgebrochen werden kann und nur letztere angewandt werden<sup>36</sup>. Im Übrigen wird Großbritannien und Irland zugestanden, die Grenzkontrollen aufrecht erhalten, dies im Gegensatz zu Art. 14 EGV. Damit wird letztlich primärrechtlich eine Ausnahme zu Art. 14 EGV festgelegt, was insofern problematisch ist, als dieser Bestimmung dann in verschiedenen Staaten eine unterschiedliche rechtliche Tragweite zukommt.

In Bezug auf die Ausnahmebestimmungen beider Staaten ist schließlich auf die zentrale Problematik hinzuweisen, was eigentlich unter der „Weiterentwicklung des Schengenbesitzstandes“ zu verstehen ist, dies insbesondere in Abgrenzung zu sonstigen auf Titel IV EGV gestützten Regelungen<sup>37</sup>. Diese Frage ist vor dem Hintergrund der erwähnten, in verschiedener Hinsicht unterschiedlichen rechtlichen Regelungen durchaus von Bedeutung, so dass es überrascht, dass diese wichtige Frage im Vertrag nicht näher erörtert wird<sup>38</sup>. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die „Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes“ in der Sache eine besondere Kategorie von Gemeinschaftsrecht darstellt<sup>39</sup>: Für diesen Teil des Gemeinschaftsrechts ist eine Beteiligung von Nicht-Mitgliedstaaten vorgesehen (Norwegen, Island)<sup>40</sup>, für Dänemark können völkerrechtliche Verpflichtungen entstehen und für Großbritannien und Irland ist eine „à la carte-Zusammenstellung“ der ihnen genehmen Rechtsakte möglich.

### c) Entscheidungsverfahren

Das Verfahren zum Erlass von auf Titel IV EGV gestützten Maßnahmen ist in Art. 67 I, II EGV geregelt<sup>41</sup>: Während fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam (1.5.1999) beschließt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission oder auf Initiative

---

<sup>36</sup> Hierzu etwa *Simpson*, EPL 1999 (Fn. 16), 91 (118).

<sup>37</sup> Angesichts des Umstandes, dass der Schengen-Besitzstand eine in materieller Hinsicht sehr weite Palette von Regelungen erfasst, könnten nämlich potenziell fast alle von Titel IV EG erfassten Bereiche als Fortentwicklung von „Schengen“ angesehen werden.

<sup>38</sup> Vgl. zu diesem Problemkreis schon *Epiney*, in: Die EU nach dem Vertrag von Amsterdam (Fn. 22), 103 (115 f.).

<sup>39</sup> In diese Richtung auch *Kuijper*, CMLRev. 2000 (Fn. 16), 345 (352).

<sup>40</sup> Hierzu noch unten III.3.

<sup>41</sup> Vgl. speziell hierzu *Steve Peter*, Justice and home affairs: decision-making after Amsterdam, ELRev 2000, 183 ff.

eines Mitgliedstaats und nach Anhörung des Parlaments. Nach Ablauf dieser fünf Jahre fällt das Initiativrecht der Mitgliedstaaten weg, und der Rat fasst einstimmig einen Beschluss, wonach auf alle Bereiche oder Teile der Bereiche, die unter Titel IV EGV fallen, das Mitentscheidungsverfahren (Art. 251 EGV) Anwendung findet.

Fraglich ist hier, ob und inwieweit den Rat eine diesbezügliche Pflicht trifft. Im Ergebnis sprechen die überzeugenderen Argumente für die Annahme einer solchen Pflicht<sup>42</sup>: Zunächst deutet schon der Wortlaut des Art. 67 II EGV darauf hin („fasst der Rat...“); sodann entbehrte die Bestimmung, insbesondere auch die Fristsetzung, ansonsten jeglichen Sinns. Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass dem Rat bei der Bestimmung der nach Art. 251 EGV zu entscheidenden Bereiche ein Gestaltungsspielraum eingeräumt wird<sup>43</sup>, wobei es sich aber wohl um Bereiche eines gewissen Ausmaßes, nicht hingegen um Einzelmaßnahmen, handeln muss<sup>44</sup>.

Der Vertrag von Nizza bringt in Bezug auf das Entscheidungsverfahren gewisse Modifikationen: Nach dem neu eingefügten Art. 67 V nEGV soll der Rat abweichend von Art. 67 I EGV (der die Einstimmigkeit während der ersten fünf Jahre nach Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam vorsieht) verschiedene Maßnahmen nach Art. 65 EGV mit Ausnahme der familienrechtlichen Aspekte sowie „die Maßnahmen nach Artikel 63 Nummer 1 Buchstaben a, b, c und d und nach Artikel 63 Nummer 2 Buchstabe a, sofern der Rat zuvor gemäß Absatz 1 des vorliegenden Artikels Gemeinschaftsvorschriften angenommen hat, in denen die gemeinsamen Regeln und wesentlichen Grundsätze für diesen Bereich festgelegt sind“, im Mitentscheidungsverfahren erlassen. Nicht ganz klar wird dabei die Tragweite der zweiten Kategorie von Maßnahmen: Hier wird also zwischen „gemeinsamen Regeln und wesentlichen Grundsätzen“ – die der Einstimmigkeit unterliegen – und sonstigen Maßnahmen unterschieden. Offen bleibt auf der Grundlage dieser Formulierung aber, ob diese grundlegenderen Prinzipien in jedem Fall für jeden einzelnen Buchstaben erlassen werden sollen bzw. müssen oder ob eine allgemeine Grundlegung für den gesamten Bereich ausreichen kann. Sinn und Zweck der Regelung spricht wohl eher für die letztere Variante:

---

<sup>42</sup> I. Erg. ebenso *Josef Heimann*, Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr. Der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Bremen 1999, 50.

<sup>43</sup> Kritisch vor diesem Hintergrund *Simpson*, EPL 1999 (Fn. 16), 91 (109), der diese Verpflichtung als „meaningless“ bezeichnet.

<sup>44</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass dem Vertrag von Nizza eine „Erklärung“ beigelegt ist, in der sich die Vertragsparteien damit einverstanden erklären, ab dem 1.5.2004 (also nach Ablauf der besagten fünf Jahre) u.a. beim Erlass einiger Maßnahmen nach Art. 62, 63 EGV das Verfahren des 251 EGV anzuwenden; der Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts ist damit allerdings nicht angesprochen, wobei aber in Bezug auf die übrigen, in Titel IV EGV erfassten Bereiche eine Absichtserklärung abgegeben wird, wonach auch auf diese das Verfahren des Art. 251 EGV ab demselben Zeitpunkt oder „so bald wie möglich“ anzuwenden sei. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass diese Erklärung nicht schon die nach Art. 67 II EGV notwendige Entscheidung darstellt, sondern den Erlass einer solchen ankündigt.

Denn die Einstimmigkeit soll ja offenbar bewirken, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf die grundlegenden Optionen für den Bereich des Asyls einstimmig entscheiden; diese grundlegenden Optionen können aber nicht nur für jeden einzelnen Buchstaben des Art. 63 Ziff. 1, 2 EGV, sondern auch für die Gesamtheit des durch diese Bestimmungen erfassten Bereichs getroffen werden, so dass die erstere Option letztlich einen schwer einsehbaren Formalismus bedeutete. In jedem Fall wird man dem Rat aber bei der Bestimmung dessen, was als „wesentliche Grundsätze“ anzusehen ist, einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumen müssen. Im Übrigen ist hier noch auf das Protokoll zu Art. 67 EGV hinzuweisen, wonach der Rat ab dem 1.5.2004 (also nach Ablauf der in Art. 67 II EGV vorgesehenen Fünfjahresfrist) Maßnahmen nach Art. 66 EGV mit qualifizierter Mehrheit beschließen kann. Eine Einigung auf das Mitentscheidungsverfahren für diesen Bereich (Zusammenarbeit der Verwaltungen) war offenbar nicht möglich.

Sodann behält Art. 64 I EGV jedoch ganz allgemein die Kompetenz der Mitgliedstaaten zum Erlass von Maßnahmen für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit vor, wobei diese Begriffe jedenfalls gemeinschaftsrechtlich auszulegen sind<sup>45</sup>.

Insgesamt sind diese Entscheidungsverfahren nicht nur kompliziert und lassen letztlich dem Mitentscheidungsverfahren relativ wenig Raum, sondern der Anwendungsbereich der verschiedenen Varianten ist auch – wie gezeigt – zumindest in einigen Fällen nicht ganz klar umrissen.

#### d) Bezug zum Agieren der Mitgliedstaaten auf völkerrechtlicher Ebene

Angesichts der Entstehungsgeschichte des „Schengen-Prozesses“ drängt sich auch nach Amsterdam und Nizza die Frage auf, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten im Bereich des freien Personenverkehrs noch außerhalb des Gemeinschafts- bzw. Unionsrahmens tätig werden können. Jedenfalls allein die Einbeziehung der durch das Schengener Übereinkommen erfassten Bereiche in den Unionsrahmen und die Schaffung von Kompetenzgrundlagen in Titel IV EGV legt noch nicht zwingend den Schluss nahe, dass die Mitgliedstaaten hier nicht außerhalb des Gemeinschaftsrahmens tätig werden dürfen<sup>46</sup>. Denn grundsätzlich sind die Mitgliedstaaten in all den Bereichen (noch) zuständig, in denen die Gemeinschaft keine erschöpfende Regelung getroffen hat. Diese Voraussetzungen können aber durchaus auch in den hier interessierenden Bereichen erfüllt sein. Wenn nun die

---

<sup>45</sup> Hierzu etwa *Heimann*, Visa, Asyl (Fn. 42), 33 f.; zur Auslegung dieser Begriffe auch *Thomas Wiedmann*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Art. 64, Rdnr. 3 ff.; *Winfried Brechmann*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999, Art. 64, Rdnr. 3 ff.

<sup>46</sup> Insofern zumindest missverständlich *Meyring*, EuR 1999 (Fn. 9), 309 (314 f.).

Mitgliedstaaten „einzeln“ (noch) zuständig sind, können sie grundsätzlich auch kooperieren, dies selbstverständlich in den durch das Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen, wobei insbesondere Art. 10 EGV von Bedeutung ist, so dass die völkerrechtliche Kooperation der Mitgliedstaaten nicht die Verwirklichung von Initiativen auf Gemeinschaftsebene verhindern oder wesentlich behindern darf<sup>47</sup>. Auch aus der Existenz vertraglicher Regelungen über die Flexibilität dürfte sich letztlich nichts anderes ergeben, ist doch auch hier keine „Exklusivität“ anzunehmen<sup>48</sup>.

Eine andere Frage ist allerdings, ob eine solche außergemeinschaftliche Kooperation der Mitgliedstaaten auf völkerrechtlicher Ebene in Bereichen, die auch durch Gemeinschafts- oder Unionsrecht geregelt werden können, wünschbar ist. Dies ist sicherlich zumindest grundsätzlich zu verneinen, werden doch auf diese Weise die gemeinschaftlichen Kontroll- und Legitimationsmechanismen „ausgehebelt“.

## 2. *Materiell-rechtliche Aspekte*

Im Hinblick auf die materiell-rechtlichen Aspekte soll im Folgenden auf einige<sup>49</sup>, in unserem Zusammenhang m.E. wichtige Bereiche hingewiesen werden. Allerdings kann es in diesem Rahmen nicht darum gehen, die einzelnen Bereiche selbst erschöpfend zu behandeln; vielmehr soll im Hinblick auf die künftige Entwicklung (unter Einbezug der bevorstehenden Erweiterung) auf die zentralen Problembereiche hingewiesen werden.

### a) *Asylrecht*

Im Bereich des Asylrechts beschränken sich die derzeit geltenden verbindlichen Regelungen auf diejenigen über die Zuständigkeit zur Behandlung von Asylgesuchen, wobei das Dubliner Abkommen im Zentrum steht. Hingegen fehlen (noch) Regelungen im Bereich des materiellen Asylrechts, was insofern von Bedeutung ist, als auch unter dem Dubliner Regime letztlich dem Staat, in dem der Antrag gestellt wird, eine subsidiäre Zuständigkeit zukommt, so dass (zu) unterschiedliche Standards in den verschiedenen Staaten durchaus einen Einfluss auf die Zahl der Asylanträge in den verschiedenen Staaten entfalten können. Es ist zu erwarten und im Übrigen auch notwendig, dass hier auf der Grundlage von Art. 63 EGV

---

<sup>47</sup> Vgl. hierzu schon im Einzelnen *Astrid Epiney*, Das zweite Schengener Abkommen: Entstehung, Konzept und Einbettung in die Europäische Union, in: Achermann/Bieber/Epiney/Wehner, Schengen und die Folgen, Bern u.a. 1995, 21 (37 ff.).

<sup>48</sup> Vgl. schon *Astrid Epiney*, Flexible Integration and Environmental Policy in the EU – Legal Aspects, in: Katharina Holzinger/Peter Knoepfel (Hrsg.), Environmental Policy in a European Union of Variable Geometry? The Challenge of the Next Enlargement, Basel 2000, 39 (53 f.).

<sup>49</sup> Vollständigkeit wird nicht angestrebt. Vgl. etwa zu dem hier ausgesparten Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit *Monica den Boer*, Not Merely a Matter of Moving House: Police Cooperation from Schengen to the TEU, MJ 2000, 336 ff.

Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene getroffen werden. Darüber hinaus dürfte es aber wohl auch sinnvoll sein, das „Zuständigkeitsregime“ des Dubliner Übereinkommens zumindest in Teilbereichen zu hinterfragen<sup>50</sup>.

#### b) Stellung der Drittausländer

Die Stellung der Drittausländer (Einreise und Aufenthalt) wird im Schengener Abkommen geregelt (Art. 3 ff. Schengen II). Insgesamt sind die diesbezüglichen Regelungen von der Tendenz gekennzeichnet, die Pflichten der Vertragsstaaten in Bezug auf die Behandlung von Drittausländern verbindlich festzuschreiben, ohne jedoch mit derselben rechtlichen Präzision und mit demselben Verbindlichkeitsgrad auch deren Rechte festzuschreiben<sup>51</sup>. Aufgezeigt werden kann dies am Beispiel Regelung der Einreise: Hier stellt Art. 5 Schengen II relativ strenge Voraussetzungen auf. Von Bedeutung ist insbesondere, dass im Falle eines Rückweisungsgrundes – der grundsätzlich schon dann vorliegt, wenn die betreffende Person in einem der Vertragsstaaten nicht erwünscht ist – eine Pflicht zur Verweigerung der Einreise besteht, während im Falle der Erfüllung aller formellen Bedingungen für die Einreise deren Genehmigung im Ermessen des für die Kontrolle der Außengrenzen jeweils zuständigen Mitgliedstaates liegt. Stellt man diesen Grundsatz in Zusammenhang mit den relativ detaillierten Kontrollvorschriften der Art. 5, 6 Schengen II, so könnte man sich zumindest die Frage stellen, ob hier nicht grundrechtliche Probleme auftreten können, etwa im Hinblick auf den Schutz des Familienlebens. Auffallend ist hier im Übrigen, dass in einem staatenübergreifenden Kontext letztlich auf nationale Konzepte zurückgegriffen wird: Es werden gemeinsame Regeln über die Einreise von Drittausländern aufgestellt; diese beschränken sich aber letztlich darauf, die verschiedenen nationalen Voraussetzungen zu kumulieren, was noch durch die Ermessensentscheidung über die Einreise in ihren Wirkungen verschärft wird.

#### c) Rechts- und Datenschutz im Zusammenhang mit dem SIS

Der Grundgedanke des Schengener Informationssystems (SIS), Art. 92 ff. Schengen II, geht dahin, dass ein inhaltlich identisches Informationssystem in allen Mitgliedstaaten eingerichtet wird, wobei die Identität durch eine zentrale Einheit sichergestellt wird<sup>52</sup>. Die Datenkategorien, die in das System aufgenommen werden können, sind abschließend im

---

<sup>50</sup> Vgl. für eine Kritik etwa *Achermann*, in: Schengen und die Folgen (Fn. 5), 79 ff.

<sup>51</sup> Vgl. ausführlich zur Rechtsstellung der Drittausländer m.w.N. *Astrid Epiney*, Rechte und Pflichten der Drittausländer, in: *Achermann/Bieber/Epiney/Wehner*, Schengen und die Folgen, Bern u.a. 1995, 51 ff.

<sup>52</sup> Vgl. im Einzelnen hierzu *Susanne M. Scheller*, Das Schengener Informationssystem – Rechtshilfeersuchen „per Computer“, JZ 1992, 904 ff.

Schengener Durchführungsübereinkommen umschrieben (Art. 94 II Schengen II). Im Einzelnen wirft das System verschiedene komplexe juristische Fragen auf, wobei insbesondere vier Aspekte von Bedeutung sind:

- Zunächst fragt es sich, wer nach welchen rechtlichen Vorgaben über die Eingabe von Daten entscheidet. Gemäß Art. 95 II, 96, 99 Schengen II ist hier im Ergebnis das Recht des ausschreibenden Staates entscheidend; die anderen Staaten können nur unter eingeschränkten, insbesondere auch zeitlichen, Voraussetzungen Einwände geltend machen (Art. 95 III, 99 VI Schengen II).
- Die für die Eintragung maßgeblichen Kriterien sind dem Schengener Abkommen selbst zu entnehmen, wobei die Ausschreibung teilweise noch zusätzlich nach dem nationalen Recht zulässig sein muss. Allerdings greift das Abkommen hier in weiten Teilen auf eher unbestimmte Begriffe zurück, so etwa in Art. 99 II lit. a („konkrete Anhaltspunkte (...), dass der Betroffene in erheblichem Umfang außergewöhnlich schwere Straftaten plant oder begeht“) oder in Art. 99 III („erhebliche Gefährdung oder anderer erheblicher Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit des Staates“) Schengen II.
- Sodann ist ein ausreichender Datenschutz sicherzustellen. Schengen II verweist hier zunächst auf die Konvention des Europarates vom 28. Januar 1981<sup>53</sup>, sieht aber auch zusätzliche Anforderungen vor (Art. 102 ff. Schengen II)<sup>54</sup>. Von Bedeutung ist in unserem Zusammenhang, dass sich insbesondere aus Art. 104, 105, 106 Schengen II die im Ergebnis ausschließliche Verantwortlichkeit der ausschreibenden Partei für die Einhaltung der Datenschutzvorschriften und – über den „Schengen-Mindeststandard“ hinaus – das Niveau des Datenschutzes ergibt. Zudem haben die Mitgliedstaaten die Anforderungen der RL 95/46 (Datenschutzrichtlinie)<sup>55</sup> zu beachten.
- Schließlich ist auf den Rechtsschutz hinzuweisen: Art. 109 ff. Schengen II sieht hier u.a. einen sich nach nationalem Recht richtenden Auskunftsanspruch und einen Klageanspruch im Falle einer ungerechtfertigten Ausschreibung vor.

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass sowohl für die Ausschreibung selbst als auch im Zusammenhang mit dem Schutz der Betroffenen dem nationalen Recht eine große Bedeutung zukommt. Trotz gewisser durch das Abkommen und das einschlägige Gemeinschaftsrechts gewährleistete Mindeststandards variieren damit die jeweils heranzuziehenden rechtlichen Bestimmungen. Die konkreten Folgen sind vielfältig: Hingewiesen sei etwa darauf, dass diese Situation im Zusammenhang mit der

---

<sup>53</sup> Zu dieser Konvention *Jean-Philippe Walter*, La Convention de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données, in: Astrid Epiney/Marianne Freiermuth (Hrsg.), Datenschutz in der Schweiz und in Europa, 1999, 83 ff.

<sup>54</sup> Hierzu *Eva Souhrada-Kirchmayer*, Datenschutz in Schengen und Europol, in: Astrid Epiney/Marianne Freiermuth (Hrsg.), Datenschutz in der Schweiz und in Europa, 1999, 45 ff.

<sup>55</sup> RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.



Konsultationsmöglichkeit aller Vertragsstaaten dazu führt, dass in einem Staat ein Zugriff zu von einem anderen Staat eingegebenen Daten möglich ist, der nach den eigenen nationalen Vorschriften unzulässig wäre. Auch besteht zumindest die Gefahr eines nicht immer effektiven (Rechts-) Schutzes der Betroffenen, und auch die Perspektive einer gewissen Absenkung des Daten- und Rechtsschutzniveaus dürfte zumindest nicht von der Hand zu weisen sein. Diese Problematik dürfte sich mit der Erweiterung noch verschärfen, dürften dannzumal die diesbezüglichen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten doch noch zunehmen. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass sich die Problematik durch den Erlass der Datenschutzrichtlinie auf Gemeinschaftsebene doch um einiges entschärft hat, sieht diese doch insgesamt einen recht weitgehenden Mindeststandard vor, wenn auch bei der Umsetzung und beim konkreten Vollzug noch Defizite zu verzeichnen sein dürften.

### 3. *Zur Einbindung von Drittstaaten*

Die Anliegen gerade des Schengener Übereinkommens, aber auch des Dubliner Übereinkommens sowie der jeweiligen möglichen Fortentwicklungen lassen sich teilweise auch in Bezug zu Drittstaaten setzen: So können diese ein Interesse daran haben, am SIS teilzunehmen oder aber in die Zuständigkeitsregelung über die Behandlung von Asylanträgen eingebunden zu werden. Vor diesem Hintergrund und angesichts der engen Bindung von Norwegen und Island an die Union durch den EWR haben diese beiden Staaten mit dem Rat der EU ein Assoziierungsabkommen in Bezug auf den Schengen-Besitzstand<sup>56</sup> und das Dubliner Abkommen<sup>57</sup> abgeschlossen.

Aus rechtlicher Sicht werfen beide Abkommen im Ergebnis ähnliche Probleme auf wie der EWR: Drittstaaten sollen in einen Teilbereich des gemeinschaftlichen Acquis eingebunden und insbesondere soll auch bei der Weiterentwicklung parallele rechtliche Regelungen aufrecht erhalten werden. Angesichts des weiteren sachlichen Anwendungsbereichs ist dabei das Parallelabkommen zum Schengener Übereinkommen von besonderer Bedeutung: Es sieht eine Übernahme des bestehenden Schengen-Acquis durch Norwegen und Island vor. Im Hinblick auf die Weiterentwicklung<sup>58</sup> ist Art. 8 des Abkommens im Ergebnis zu entnehmen,

---

<sup>56</sup> ABl. 1999 L 176, 36. Hierzu *Kuijper*, CMLRev. 2000 (Fn. 16), 345 (350 ff.).

<sup>57</sup> Vgl. den Beschluss des Rates über den Abschluss des Übereinkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Kriterien und Regelungen zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in Island oder Norwegen gestellten Asylantrages vom 15. März 2001, ABl. 2001 L 93, 40 ff.

<sup>58</sup> Wobei sich auch hier die Frage stellt, was genau unter Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes zu verstehen ist. S. schon oben III.1.b). Jedenfalls kommt der Entscheidung 1999/437 (ABl. 1999 L 176, 31) – die im Hinblick auf das Assoziierungsabkommen die Bereiche bezeichnet werden, die als zur „Schengen-Weiterentwicklung“ gehören (sollen) – diesbezüglich keine verbindliche Wirkung zu, sondern ihr können nur Anhaltspunkte entnommen werden. Dies entspricht auch der Ansicht des Rates wie in dessen Erklärung zu diesem Rechtsakt zum Ausdruck kommt.

dass Island und Norwegen zwar eine Übernahme dieser – im Übrigen allein auf Unionsebene entwickelten Bestimmungen – ablehnen können, dies aber grundsätzlich eine Beendigung des Abkommens nach sich zieht; eine gegenteilige Entscheidung des Gemischten Ausschusses bleibt vorbehalten. Das „decision-making“ erfolgt also vollumfänglich auf der Ebene der EG, während ein gewisses „decision-shaping“ auch in Bezug auf die beiden Drittstaaten vorgesehen ist (Information, Beteiligung von Experten).

Aufgeworfen wird damit die Frage, ob zukünftige Abkommen mit anderen Drittstaaten ein ähnliches Muster aufweisen werden (müssen). Dieses Problem wird sich voraussichtlich in näherer Zukunft für die Schweiz stellen. Gerade für diese dürfte die erwähnte „Auflösungsklausel“ im Falle der Nichtübernahme einer Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes nicht ganz unproblematisch sein, könnte doch etwa durch ein Gesetzesreferendum mittelbar das Fortbestehen des Vertrages in Frage gestellt werden.

Im Übrigen ist hier immerhin zu bemerken, dass die enge Einbindung von Drittstaaten zu einer in gewisser Hinsicht neuen Architektur in Europa führt: Es gibt Mitgliedstaaten, die nicht am Unternehmen Schengen teilnehmen bzw. nur insoweit sie es wünschen; auf der anderen Seite aber sind Drittstaaten im Ergebnis zwingend vollumfänglich in „Schengen-Land“ integriert<sup>59</sup>.

Schließlich ist noch auf die institutionellen Schwierigkeiten aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht aufmerksam zu machen: Der Abschluss der Assoziierungsverträge mit Island und Norwegen erfolgte vor der Übernahme von „Schengen“ und „Dublin“ in den unionsrechtlichen Rahmen; damit konnte für diese Bereich eine abgrenzbare Regelung geschaffen werden, die sich allerdings heute in der bereits mehrfach erwähnten Sonderbehandlung des „Schengen-acquis“ und seiner Weiterentwicklung niederschlägt. In Zukunft jedoch müssten aus institutioneller Sicht andere Wege eingeschlagen werden, geht es doch aus rechtlicher Sicht nunmehr um eine teilweise „Übernahme“ von Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht.

#### **IV. Schluss**

Abschließend und zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der freie Personenverkehr in Europa und die sich in diesem Zusammenhang entwickelnde Kooperation in verschiedenen Bereichen im Fluss ist. Hinzuweisen ist auf folgende, sich abzeichnende Entwicklungslinien und Perspektiven:

- Ein einheitlicher Rechtsraum für alle Mitgliedstaaten der EU dürfte sich in absehbarer Zeit hier nicht entwickeln. Dies bezieht sich sowohl auf die Geltung bzw. Verbindlichkeit materieller Regelungen als auch auf die gerichtliche Kontrolle.

---

<sup>59</sup> S. auch schon oben III.1.b), am Schluss.

- Dagegen werden gewisse Drittstaaten auf die ein oder andere Weise eingebunden (werden); dies dürfte sowohl im Interesse der Union als auch der betroffenen Drittstaaten liegen. Einher geht damit eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des einschlägigen Gemeinschafts- und Unionsrechts auf diese Staaten.
- Im Hinblick auf die Erweiterung ist nach Art. 8 Schengen-Protokoll von den neu beitretenden Kandidaten der Schengen-Besitzstand vollumfänglich zu übernehmen. Abgesehen von dem Umstand, dass dieses Postulat angesichts der Sonderregelungen für Großbritannien, Irland und Dänemark etwas merkwürdig anmutet<sup>60</sup>, ist nicht zu verkennen, dass diese Übernahme insofern eine große Herausforderung darstellt, als sie letztlich einen funktionsfähigen Rechtsstaat impliziert, so dass es hier auch und gerade der Grundrechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger zur Debatte steht.
- Aber auch über diesen, speziell auf die Erweiterung bezogenen Aspekt hinaus fragt es sich, ob die dargelegte Rechtszersplitterung dem Schutz der Rechte Betroffener und dem Rechtsschutz allgemein zuträglich ist. Gewisse Zweifel sind hier wohl angebracht.
- Im Übrigen ist in den herausgegriffenen materiellen Bereichen auffallend, dass im Hinblick auf die Beschränkung der Rechte Einzelner bzw. – positiv formuliert – in Bezug auf die Fortschreibung der Kooperation in den betroffenen Bereichen (SIS, Einreise von Drittausländern) eine „Europäisierung“ oder „Internationalisierung“ erfolgt, dies aber nicht oder nur begrenzt einhergeht mit einer entsprechenden Tendenz im Bereich des Schutzes der Rechte Betroffener, einschließlich des Rechtsschutzes. Vor diesem Hintergrund drängt es sich m.E. auf, zumindest einzelne der getroffenen materiellen Regelungen zu hinterfragen.

---

<sup>60</sup> Vgl. auch etwa *Simpson*, EPL 1999 (Fn. 16), 91 (119).