



Jahrbuch für Annuaire du droit Migrationsrecht de la migration

2016/2017

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



Stämpfli Verlag

Alberto Achermann
Cesla Amarelle
Martina Caroni
Astrid Epiney
Jörg Künzli
Peter Uebersax

Jahrbuch für Migrationsrecht
Annuaire du droit de la migration

2016/2017

**Jahrbuch
für Migrationsrecht**

**Annuaire
du droit de la migration**

2016/2017

Alberto Achermann
Rechtsanwalt und assoziierter Professor an der Universität Bern

Cesla Amarelle
Professeure à l'Université de Neuchâtel

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

© Stämpfli Verlag AG Bern

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 · 2017
www.staempfliverlag.com

© Stämpfli Editions SA Berne · 2017
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2773-8

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com, les versions suivantes sont également disponibles :

E-Book ISBN 978-3-7272-2774-5
Judocu ISBN 978-3-0354-1454-7

printed in
switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern



Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht

Sarah Progin-Theuerkauf, Constantin Hruschka und
Margarite Helena Zoetewij-Turhan

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	371
II.	Urteile zu den Instrumenten des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems	372
	1. Zur Dublin-Verordnung: Rechtssachen Ahmed, Al Chodor und C. K. und andere	372
	2. Zur Qualifikationsrichtlinie: Rechtssachen M, Lounani und Danqua	379
III.	Urteile zu den Instrumenten zur Steuerung regulärer Migration von Drittstaatsangehörigen	390
	1. Zur Richtlinie über Studenten: Rechtssache Fahimian	392
	2. Zur Richtlinie über eine kombinierte Erlaubnis: Rechtssache Martinez Silva	395
IV.	Sonstige Urteile aus dem Migrationsbereich: EU-Türkei-Deal, humanitäre Visa und Grenzkontrollen	397
	1. Rechtssache NM, NF und NG	397
	2. Rechtssache X und X	401
	3. Rechtssache El Dakkak und Intercontinental	405
	4. Rechtssache A	406
V.	Fazit	409

I. Einleitung

Dieser Artikel bietet einen Überblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Europäischen Migrationsrecht seit Juli 2016. Er schliesst zeitlich an die Rechtsprechungsübersicht im Beitrag des Jahrbuchs für Migrationsrecht 2015/2016 an.¹

¹ *Constantin Hruschka/Sarah Progin-Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, S. 345. Die Abschnitte II. und IV. basieren auf Recherchen, die die Autoren für folgenden Beitrag durchgeführt haben: *Constantin Hruschka/Sarah Progin-Theuerkauf/Salome Schmid/Margarite Helena Zoetewij-Turhan*, Entwicklungen im Europäischen Asylrecht, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Bern 2017, i.E.

Die besprochenen Urteile werden in Urteile zu den Instrumenten des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (II.), Urteile zu den Instrumenten zur Steuerung regulärer Migration von Drittstaatsangehörigen in die EU (III.) und sonstige Urteile aus dem Migrationsbereich (IV.) unterteilt.

II. Urteile zu den Instrumenten des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems

Im Berichtszeitraum ergingen insgesamt sechs Urteile zu den Instrumenten des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems: Drei davon betreffen die Dublin-III-Verordnung², die anderen drei die Qualifikationsrichtlinie³.

1. Zur Dublin-Verordnung: Rechtssachen Ahmed, Al Chodor und C. K. und andere

Zum Dublin-System ergingen im Berichtszeitraum zwei Urteile und ein begründeter Beschluss gemäss Art. 99 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, die erstmals wichtige Streitfragen um die Dublin-III-Verordnung klären.

a) *Rechtssache Ahmed*

In seinem Beschluss in der Rechtssache *Ahmed*⁴ hat sich der Gerichtshof mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Asylantrag einer Person, die subsidiären Schutz in einem Mitgliedstaat erhalten hat, nach Stellung eines Asylantrages in einem anderen Mitgliedstaat in den Anwendungsbereich der Dublin-III-Verordnung fällt. Der Gesuchsteller hatte im Dezember 2015 in Deutschland ein Asylgesuch eingereicht, das im Juni 2016 formal registriert wurde. Er

² 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 (Dublin-III-Verordnung), ABl. L 180 vom 29.6.2013, S. 31. Diese ersetzte Verordnung (EG) Nr. 343/2003 vom 18.2.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin-II-Verordnung), ABl. L 50 vom 25.2.2003, S. 1.

³ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über die Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung) (QRL), ABl. L 337 vom 20.12.2011, S. 9.

⁴ EuGH, Rs. C-36/17, *Ahmed*, Urteil vom 5.4.2017, ECLI:EU:C:2017:273.

hatte vorher bereits im Oktober 2013 in Italien Asyl beantragt und dort subsidiären Schutz erhalten.

Das Verwaltungsgericht Minden (Deutschland) hatte dem EuGH eine Liste von Fragen zur Asylantragstellung im Sinne von Art. 20 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung sowie zur Geltung und Justiziabilität von Fristen des Dublin-Systems⁵ vorgelegt. Mit seiner ersten Frage wollte das Gericht allerdings vorab wissen, ob die Vorschriften über das Dublin-Übernahmeverfahren gemäss Art. 20-33 Dublin-III-Verordnung auch dann anwendbar sind, wenn der gesuchstellenden Person bereits subsidiärer Schutz in einem Mitgliedstaat zuerkannt worden ist. Der EuGH erliess einen mit Gründen versehenen Beschluss gemäss Art. 99 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs. Ein solcher Entscheid kommt unter anderem dann in Betracht, «wenn die Beantwortung der zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt».

Der Gerichtshof präzisiert in seiner Antwort die Frage des deutschen Verwaltungsgerichts dahingehend, dass er sie auf die Frage reduziert, ob die «unmittelbar oder mittelbar die Fristen für die Stellung eines Wiederaufnahmege-suchts regelnden Vorschriften und Grundsätze der Verordnung Nr. 604/2013 in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens anwendbar sind, in der ein Drittstaatsangehöriger in einem Mitgliedstaat einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, nachdem ihm durch einen anderen Mitgliedstaat subsidiärer Schutz gewährt wurde». Der EuGH verneint diese Frage und begründet seine Entscheidung mit dem Unterschied zwischen einer Unzulässigkeitsentscheidung (Nichteintreten) wegen anderweitiger Zuständigkeit und einer Unzulässigkeit wegen Schutzgewährung in einem (anderen) Mitgliedstaat. Diese Fallkonstellationen seien auch in Art. 33 der Asylverfahrensrichtlinie⁶ klar voneinander unterschieden worden und hätten unterschiedliche Anwendungsbereiche. Das Dublin-System ziele auf effektiven Zugang zu einem Asylverfahren, der hingegen nicht mehr notwendig sei, wenn der Person bereits Schutz gewährt wurde. Zudem sei der Antrag auf internationalen Schutz auch nicht in dem Sinne teilbar, dass die Ablehnung der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft – die notwendigerweise der Gewährung subsidiären Schutzes vorausgeht – als Ablehnung des Antrags auf internationalen Schutz im Sinne von Art. 18 Abs. 1 lit. d Dublin-III-Verordnung angesehen werden

⁵ Vgl. dazu schon *Sabrina Ghielmi/Constantin Hruschka*, Die Wirkung von Fristen in Dublin-Verfahren (Justiziabilität und Berechnung), in: *Asyl* 4/2010, S. 9. Diese Fragen sind Gegenstand einiger Vorabentscheidungsersuchen, die aktuell noch anhängig sind, siehe unter anderen EuGH, Rs. C-670/16, *Mengesteab*, in der die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston am 20.6.2017 (ECLI:EU:C:2017:480) ergangen sind.

⁶ Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung) (Verfahrensrichtlinie), ABl. L 180 vom 29.6.2013, S. 60.

kann. Daraus ergibt sich, dass die Regelungen des Dublin-Systems auf Personen, die in einem Mitgliedstaat internationalen Schutz erhalten haben, nicht anwendbar sind. Möchte ein Mitgliedstaat eine Person in den schutzgewährenden Mitgliedstaat zurückweisen, muss (bei Stellung eines Asylantrages) dieser Staat zuerst eine Unzulässigkeitsentscheidung gemäss Art. 33 Abs. 2 lit. a der Asylverfahrensrichtlinie wegen Schutzgewährung durch einen Mitgliedstaat treffen. Die Ausreise und eine allfällige Ausschaffung richten sich nach den zwischen den beteiligten Staaten bestehenden Rückübernahmeabkommen.

b) *Rechtssache Al Chodor*

In der Rechtssache *Al Chodor*⁷ setze sich der EuGH mit den Voraussetzungen für eine Inhaftierung in Dublin-Verfahren gemäss Art. 28 Dublin-III-Verordnung auseinander.

Der zugrundeliegende Fall betraf drei irakische Staatsangehörige, die ein ungarisches Aufnahmelager verlassen hatten, um sich nach Deutschland zu begeben. Auf dem Weg dorthin wurden sie in der Tschechischen Republik kontrolliert und legten bei dieser Kontrolle keinen Identitätsnachweis vor. Daher wurden sie von der Fremdenpolizei vernommen und es wurde festgestellt, dass sie bereits in Ungarn einen Asylantrag eingereicht hatten, über den noch nicht entschieden war. Die Fremdenpolizei war der Ansicht, dass erhebliche Fluchtgefahr bestehe und nahm die irakischen Staatsangehörigen in Haft. Diese klagten gegen ihre Inhaftierung und wurden freigelassen, weil das *Krajský soud v Ústí nad Labem* (Regionalgericht Ústí nad Labem [Aussig], Tschechische Republik) der Ansicht war, es existiere keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Inhaftierung, weil im tschechischen Recht die für eine Fluchtgefahr sprechenden Gründe nicht gesetzlich festgelegt sind. Dies sei aber gemäss Art. 2 lit. n Dublin-III-Verordnung erforderlich. Die Fremdenpolizei erhob gegen diese Entscheidung Beschwerde beim *Nejvyšší správní soud* (Oberstes Verwaltungsgericht, Tschechische Republik). Sie brachte vor, dass eine gesetzliche Festlegung der Kriterien für eine Fluchtgefahr nicht erforderlich sei und eine Inhaftierung erfolgen könne, wenn die Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung kumulativ vorliegen:

«Es sei eine Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der Umstände des Anlassfalls vorzunehmen, Haft müsse verhältnismässig sein und die Anwendung einer weniger einschneidenden Massnahme müsse sich als unmöglich erweisen. Die Fremdenpolizei habe diese Voraussetzungen beachtet.»

⁷ EuGH, Rs. C-528/15, *Al Chodor*, Urteil vom 15.3.2017, ECLI:EU:C:2017:213.

Das vorliegende Gericht wollte vom EuGH wissen, «ob Art. 2 Buchst. n in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 der Dublin-III-Verordnung dahin auszulegen ist, dass die Mitgliedstaaten aufgrund dieser Bestimmungen verpflichtet sind, im einzelstaatlichen Gesetzesrecht die objektiven Kriterien festzulegen, auf denen die Gründe beruhen, die zu der Annahme Anlass geben, dass sich eine Person, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat [...] und gegen die ein Überstellungsverfahren läuft, diesem Verfahren möglicherweise durch Flucht entziehen könnte, und ob das Fehlen dieser Kriterien im einzelstaatlichen Gesetzesrecht die Nichtanwendbarkeit von Art. 28 Abs. 2 dieser Verordnung zur Folge hat».

Da der Wortlaut von Art. 2 lit. n Dublin-III-Verordnung in den verschiedenen Sprachfassungen nicht eindeutig ist, argumentiert der Gerichtshof zur Begründung der Entscheidung mit den Zielen der Neufassung der Verordnung. Zu diesen Zielen gehört der bessere Rechtsschutz von Personen, die dem Dublin-System unterliegen generell und für inhaftierte Personen im Besonderen.⁸ Der Gerichtshof betont, dass die Ausübung des Grundrechts auf Freiheit gemäss Art. 6 GrCh⁹ bei einer Inhaftierung eingeschränkt ist und dass bei der Haft-Prüfung Art. 5 EMRK¹⁰ als Mindestschutzstandard anzusehen ist. Daraus ergibt sich, dass jede Inhaftierung am Mindestmassstab von Art. 5 EMRK gemessen werden muss. Es ist daher bei der Auslegung die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 5 EMRK heranzuziehen, da nur auf diese Weise gewährleistet werden kann, dass das Willkürverbot nicht verletzt wird.¹¹ Der EuGH hält fest, dass «bei der Inhaftnahme von Antragstellern, die einen schwerwiegenden Eingriff in deren Recht auf Freiheit darstellt, strenge Garantien, nämlich Bestehen einer Rechtsgrundlage, Klarheit, Vorhersehbarkeit, Zugänglichkeit und Schutz vor Willkür, einzuhalten sind.» Daraus zieht er den Schluss, dass die Anordnung einer Dublin-Haft generell rechtswidrig ist, wenn die Gründe, die für die Annahme einer erheblichen Fluchtgefahr sprechen, nicht in einer «zwingende[n] Vorschrift mit allgemeinem Charakter» festgelegt sind. Die Mitgliedstaaten sind somit verpflichtet, eine solche Vorschrift in ihr nationales Recht aufzunehmen, bevor eine Inhaftierung zur Sicherung einer Überstellung nach der Dublin-III-Verordnung rechtmässig angeordnet werden kann.

⁸ Ibid., Rn. 27 f.

⁹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh), ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 391.

¹⁰ Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

¹¹ Vgl. EuGH, *Al Chodor*, Rn. 36-39.

c) *Rechtssache C. K. und andere*

Mit Spannung war das erste Urteil zur Frage erwartet worden, ob unter der Dublin-III-Verordnung auch Gefahren als Überstellungshindernisse zu berücksichtigen sind, bei welchen das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Antragsteller im zuständigen Mitgliedstaat keine «systemischen Schwachstellen» im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Dublin-III-Verordnung aufweisen, «die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechtecharta mit sich bringen». Mit dem Urteil im Fall *C. K. und andere*¹² hat der EuGH diese Frage geklärt und eine umfassende und absolute Anwendung des Verbots der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung im Sinne des Art. 4 GrCh auch für Dublin-Verfahren festgestellt. Gegen das Votum des Generalanwalts¹³ und der EU-Kommission¹⁴ hält der Gerichtshof fest, dass es mit der absoluten Natur von Art. 4 GrCh nicht vereinbar ist, dessen Anwendung auf Fälle systemischer Schwachstellen zu beschränken.

Im konkreten Fall ging es um die Überstellung von Frau C. K., einer syrischen Staatsangehörigen, und Herrn H. F., ägyptischer Staatsangehöriger, die im August 2015 mit einem von Kroatien erteilten Visum in den Dublin-Raum eingereist waren. Diese hatten nach einem kurzen Aufenthalt in Kroatien in Slowenien Asylgesuche gestellt. Frau C. K. war zum Zeitpunkt ihrer Einreise nach Slowenien schwanger. Basierend auf Art. 12 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung richteten die slowenischen Behörden ein Aufnahmeersuchen an Kroatien, da sie von einer Zuständigkeit Kroatiens für die Prüfung der Asylgesuche ausgingen. Kroatien stimmte dieser Anfrage im September 2015 zu und erkannte seine Zuständigkeit für die Prüfung der Asylgesuche an. Aufgrund der fortgeschrittenen Schwangerschaft von Frau C. K. wartete Slowenien die Geburt des Kindes A. S. (Ende November 2015) ab und setzte das Dublin-Verfahren erst danach fort. Für das Kind wurde noch im November 2015 ebenfalls ein Asylgesuch gestellt. Zu diesem Zeitpunkt und auch danach war Frau C. K. erheblich und längerfristig erkrankt und konnte dies auch durch ärztliche Zeugnisse belegen. Die zuständige slowenische Behörde ordnete dennoch die Überstellung nach Kroatien an. Die Klagen gegen diese Anordnung blieben ohne Erfolg. Erst auf eine Verfassungsbeschwerde hin, hob der *Ustavno sodišče* (Verfassungsgerichtshof) das Urteil des *Vrhovno sodišče* (Oberster Gerichtshof) auf und wies die Sache wegen mangelnder Sachverhaltsabklärung an diesen zurück. Der Oberste Gerichtshof setzte daraufhin

¹² EuGH, Rs. C-578/16 PPU, *C. K. und andere*, Urteil vom 16.2.2017, ECLI:EU:C:2017:127.

¹³ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Tanchev vom 9.2.2017 in: EuGH, *C. K. und andere* (ECLI:E:EU:C:2017:108). Siehe dazu auch die Besprechungen von *Constantin Hruschka* in: *Asyl* 2/2017, S. 36, und in: *NVwZ* 2017, S. 691.

¹⁴ Vgl. EuGH, *C. K. und andere*, Rn. 91.

das Verfahren aus und ersuchte den EuGH auf dem Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens um eine Beantwortung verschiedener Fragen zu Art. 3 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung. Im Wesentlichen ging es neben der Frage, ob ein Überstellungsverbot, das sich nicht aus systemischen Mängeln im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung ergibt, auch bei der Prüfung der Rechtmässigkeit der Überstellung zu berücksichtigen ist sowie um die Rechtsnatur und Anwendung des Selbsteintrittsrechts nach Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung.

Der EuGH führt in seiner Antwort auf die erste Vorlagefrage zur Rechtsnatur des Selbsteintrittsrechts aus, dass die gesamte Anwendung der Dublin-III-Verordnung an den Grundsätzen des EU-Rechts zu messen ist. Er betont unter Bezug auf seine Rechtsprechung im Fall *N.S. und andere*¹⁵ aus dem Jahr 2011, dass dies auch bei der Ausübung des Selbsteintrittsrechts gem. Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung gilt. Damit sei auch die Frage, wie das in dieser Bestimmung enthaltene Ermessen auszuüben ist, «eine Frage nach der Auslegung des Unionsrechts [i.S.v.] Art. 267 AEUV^[16]»¹⁷. Der Begriff des Ermessens ist daher europarechtlich auszulegen. Welche Bedeutung dies für die Justiziabilität des Selbsteintrittsrechts hat, führt der EuGH aber in seiner Entscheidung nicht weiter aus. Er betont lediglich, dass der Aufenthaltsmitgliedstaat zur Ausübung des Selbsteintrittsrechts berechtigt, aber nicht automatisch verpflichtet ist, wenn ein individuelles Überstellungsverbot vorliegt.¹⁸ Die Entwicklung der Standards für die europarechtskonforme Ermessensausübung steht damit auch nach der Entscheidung *C. K. und andere* noch aus.

Im Hinblick auf das Verhältnis von Art. 3 EMRK und Art. 4 GrCh war die Besonderheit des Falles, dass nach den Ausführungen des slowenischen Obersten Gerichtshofs zu seinen Vorlagefragen feststand, dass in Kroatien keine systemischen Schwachstellen hinsichtlich der Aufnahme psychisch und physisch schwer kranker Personen bestehen. Im vorliegenden Rechtsstreit waren daher nicht die Bedingungen in Kroatien, sondern die Umstände der von Slowenien geplanten Wegweisung nach Kroatien der wesentliche Gegenstand der Ausführungen des EuGH. Bei der Antragstellerin C. K. hatte nach einer Risikoschwangerschaft «ein psychiatrischer Facharzt [...] eine postpartale Depression und wiederkehrende Selbstmordtendenzen diagnostiziert»¹⁹. Der EuGH macht deutlich, dass in Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK auch in einer solchen Konstellation eine Verletzung des wortlautgleichen Art. 4 GrCh durch den Wegweisungsvollzug drohen

¹⁵ EuGH, Rs. C-411/10 und C-493/10, *N.S. und andere*, Urteil vom 21.12.2011, ECLI:EU:C:2011:865.

¹⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47.

¹⁷ Vgl. EuGH, *C. K. und andere*, Rn. 65.

¹⁸ *Ibid.*, Rn. 88.

¹⁹ *Ibid.*, Rn. 37.

kann, wenn mit der «Überstellung eines eine besonders schwere psychische oder physische Beeinträchtigung aufweisenden Asylbewerbers, [...] die tatsächliche und erwiesene Gefahr einer wesentlichen und unumkehrbaren Verschlechterung seines Gesundheitszustands verbunden wäre»²⁰. In seinen Ausführungen dazu nimmt der EuGH umfassend auf die aktuelle Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK Bezug. Er betont, dass diese Rechtsprechung im Kontext von Gesundheitsgefährdungen durch Zwangsmassnahmen generell und bei Ausschaffungen im Besonderen umfassend zu beachten sei. Damit stellt der EuGH klar, dass Art. 4 GrCh – wie Art. 3 EMRK – absoluten Charakter hat und dass daher vor einem Wegweisungsvollzug umfassend geprüft werden muss, ob eine Verletzung von Art. 4 GrCh durch die Überstellung selbst droht. Der Gerichtshof betont, dass dem Argument, «dass nur die Existenz systemischer Schwachstellen im zuständigen Mitgliedstaat Auswirkungen auf die Pflicht zur Überstellung eines Asylbewerbers in diesen Mitgliedstaat haben könne, nicht zu folgen» ist.²¹ Er begründet dies einerseits mit der absoluten Natur des in Art. 4 GrCh enthaltenen Folterverbots und andererseits (für die Seite des Rechtsschutzes) in Anlehnung an die Entscheidung im Fall *Ghezelbash*²² mit dem verbesserten Rechtsschutz für asylsuchende Personen in der Dublin-III-Verordnung. Diese Auslegung entspricht der Auslegung des EGMR in seiner Rechtsprechung zu Art. 3 (und Art. 13) EMRK.²³

Auch im Hinblick auf den Prüfungsmassstab verweist der EuGH vollumfänglich auf die in der Rechtsprechung des EGMR entwickelten Massstäbe. Er betont daher auch, dass nicht jede Gesundheitsgefährdung oder suizidale Tendenz allein ausreiche, um ein Überstellungsverbot zu rechtfertigen. Vielmehr müsse umfassend geprüft werden, ob die Gefahr einer wesentlichen und unumkehrbaren Verschlechterung des Gesundheitszustandes drohe. Die Abklärungspflicht liegt dabei voll bei der prüfenden Behörde und beim überprüfenden Gericht, sobald die asylsuchende Person «objektive Anhaltspunkte» zum Nachweis der besonderen Schwere des Gesundheitszustandes und den möglichen Folgen einer Überstellung liefert. Der Gerichtshof stellt klar, dass ein solcher Anhaltspunkt eine individuell ausgestellte ärztliche Bescheinigung sein kann. Sind solche Anhaltspunkte gegeben, darf der das Dublin-Verfahren durchführende Mitgliedstaat diese nicht ausser Acht lassen.²⁴ Solche Anhaltspunkte lösen also eine umfassende Prüfungs- und Abklärungspflicht aus, die darauf gerichtet ist, «alle ernstlichen Zweifel» im Hinblick auf die Gefahr einer Verletzung von Art. 4 GrCh zu beseitigen. Bei dieser Abklärung kann

²⁰ Ibid., Rn. 74.

²¹ Ibid., Rn. 91.

²² EuGH, Rs. C-63/16, *Ghezelbash*, Urteil vom 7.6.2016, ECLI:EU:C:2016:409.

²³ Vgl. dazu auch *Constantin Hruschka/Stephanie Motz*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde – die Auswirkungen der neueren Rechtsprechung zu Art. 13 EMRK auf nationale Asylverfahren, in: *Asyl* 1/2014, S. 3.

²⁴ Vgl. EuGH, *C. K. und andere*, Rn. 75.

und muss der das Dublin-Verfahren durchführende Staat mit dem zuständigen Staat zusammenarbeiten und auch die Modalitäten der Ankunft und der Versorgung abklären. Er muss sich insbesondere «vergewissern», dass die Versorgung nach der Ankunft sichergestellt ist.²⁵ Ein die Überstellung prüfendes Gericht muss sicherstellen, dass die überstellenden Behörden eventuell notwendige besondere Modalitäten der Überstellung einhalten und dass der Gesundheitszustand der zu überstellenden Personen «wenn nötig» nochmals überprüft wird. Der EuGH stellt damit klar, dass in Fällen geltend gemachter gesundheitlicher Überstellungshindernisse nicht die asylsuchende Person beweispflichtig ist.

Mit der Entscheidung C. K. betont der EuGH die Einheitlichkeit der europäischen Grundrechtsordnung. Der Gerichtshof stellt klar, dass die Vorgabe von Art. 52 Abs. 3 GrCh, dass gleichlautende Bestimmungen in Grundrechtecharta und EMRK auch die «gleiche Bedeutung und Tragweite» haben und somit gleich auszulegen sind, nicht nur auf dem Papier besteht, sondern auch in der Praxis zwischen den Mitgliedstaaten umgesetzt werden muss.²⁶ Dies erfordert einerseits eine umfassende Prüfung möglicher Anhaltspunkte für Gefährdungen und andererseits eine entsprechende Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten.

2. Zur Qualifikationsrichtlinie: Rechtssachen M, Lounani und Danqua

Zur Qualifikationsrichtlinie ergingen im Berichtszeitraum drei Urteile. Alle drei betreffen die Qualifikationsrichtlinie von 2004²⁷, nicht die Neufassung von 2011²⁸.

a) *Rechtssache M*

Im Rahmen der Entscheidung in der Rechtssache *M*²⁹, die an ein Urteil in der gleichen Sache von 2012 anknüpft³⁰, musste sich der Gerichtshof mit der

²⁵ Ibid., Rn. 82.

²⁶ Ibid., Rn. 66. Vgl. zu Art. 3 EMRK/Art. 4 GrCh auch EuGH, Rs. C-404/15, *Aranyosi und Căldăraru*, Urteil vom 5.4.2016, ECLI:EU:C:2016:198, und zu Art. 5 EMRK/Art. 6 GrCh, die vorstehend besprochene Entscheidung *Al Chodor*.

²⁷ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (QRL), ABl. L 304 vom 30.9.2004, S. 12.

²⁸ Richtlinie 2011/95/EU (Anm. 3).

²⁹ EuGH, Rs. C-560/14, *M*, Urteil vom 9.2.2017, ECLI:EU:C:2017:101.

³⁰ EuGH, Rs. C-277/11, *M.*, Urteil vom 22.11.2012, ECLI:EU:C:2012:744. Vgl. *Constantin Hruschka/Sarah Progin-Theuerkauf/Teresia Gordzielik*, Entwicklungen im

Frage auseinandersetzen, ob das Recht auf rechtliches Gehör im Sinne der Qualifikationsrichtlinie (2004) für eine Person, die subsidiären Schutz beantragt, auch das Recht umfasst, mündlich angehört zu werden, Zeugen aufzurufen und diese einem Kreuzverhör zu unterziehen. Diese Frage stellte sich in Irland, das nach seinem nationalen Recht zwei getrennte und aufeinanderfolgende Verfahren zur Prüfung des Asylantrags und des Antrags auf subsidiären Schutz durchführt.

Der ruandische Staatsangehörige M. migrierte im September 2006 mit einem Studentenvisum nach Irland. Nach Abschluss seines Studiums entschloss er sich, ein Asylgesuch zu stellen, welches jedoch im August 2008 vom *Refugee Applications Commissioner* abgelehnt wurde. Dies bestätigte das *Refugee Appeals Tribunal* im Oktober 2008.

2010 reichte M. einen Antrag auf subsidiären Schutz ein. Dieser wurde ebenfalls abgelehnt und im Oktober 2010 durch einen Wegweisungsentscheid des *Minister for Justice and Equality* ergänzt. Der Minister stützte sich dabei hauptsächlich auf die Entscheidung über das Asylgesuch und machte geltend, Herr M. habe keine schwerwiegenden Gründe darlegen können, bei einer Rückkehr einen ernsthaften Schaden zu erleiden. Insbesondere wurde die Glaubwürdigkeit der Angaben im Asylgesuch von M. bezweifelt.

Hiergegen erhob M. im Januar 2011 Beschwerde beim *High Court*. Dieser legte dem Gerichtshof bereits Fragen zur Stellungnahmemöglichkeit beim Antrag auf subsidiären Schutz vor, wenn dieser nach Ablehnung des Asylgesuchs separat geprüft wird. Dazu stellte der EuGH im November 2012³¹ in einem ersten Urteil fest, dass in einem System wie dem irischen, welches zwei getrennte und aufeinanderfolgende Verfahren zur Prüfung des Asylgesuchs und des Antrags auf subsidiären Schutz kennt, das nationale Gericht dafür sorgen müsse, dass die Grundrechte des Antragstellers und insbesondere sein Recht auf Anhörung gewahrt werden. Letzteres bestehe wesentlich darin, vor dem Entscheid «sachdienlich» zu dem Ergebnis Stellung nehmen zu können. Dies bedeute nicht, dass von dieser Formvorschrift mit dem Argument abgesehen werden könne, dass der Betroffene bereits bei der Prüfung des Asylgesuchs ordnungsgemäss angehört wurde.

Entsprechend entschied der *High Court* im Juni 2013, dass der Minister im Verfahren über den Antrag auf subsidiären Schutz eine «effektive Anhörung» hätte durchführen müssen. Gegen dieses Urteil legte der Minister Beschwerde beim *Supreme Court* ein. M. reagierte mit einem Anschlussrechtsmittel gegen das Urteil.

Im November 2014 stellte der *Supreme Court* im Rahmen des nunmehr entschiedenen Vorabentscheidungsverfahrens dem Gerichtshof die Frage, ob der

Europäischen Asylrecht, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich u.a. 2013, S. 199 f.

³¹ S.o.

Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss der Qualifikationsrichtlinie (2004) einer Person, die subsidiären Schutz beantragt, das Recht verleihe, mündlich angehört zu werden, sowie Zeugen aufzurufen und diese einem Kreuzverhör zu unterziehen.

In seinem Urteil stellt der Gerichtshof fest, dass obwohl die Asylverfahrensrichtlinie von 2005³² bei separat gestellten Anträgen auf subsidiären Schutz nicht anwendbar sei, das Recht auf rechtliches Gehör ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts sei, der immer gelte, da er der Wahrung der Verteidigungsrechte diene. Unter Verweis auf seine Rechtsprechung³³ stellt der EuGH daher klar, dass die Mitgliedstaaten dieses Recht grundsätzlich in allen Verfahren, die in den Geltungsbereich des Unionsrechts fallen und die betroffene Person spürbar beeinträchtigen, gewähren müssen, selbst wenn dies nicht ausdrücklich rechtlich verankert sei. Daraus lasse sich hingegen nicht ableiten, dass das Verfahren zur Prüfung auf subsidiären Schutz zwingend eine mündliche Anhörung des Antragstellers beinhalten müsse.

Der Gerichtshof bezieht sich in seiner Antwort auf das erste Urteil in der Rechtssache *M*³⁴ von 2012. In diesem hatte er klargestellt, dass die Anhörung der Antragstellerin oder des Antragsstellers im Verfahren zur Prüfung der Flüchtlingseigenschaft eine erneute Anhörung in der darauffolgenden Prüfung des Antrags auf subsidiären Schutz nicht überflüssig mache, was aber keine Pflicht konstituiere, unter allen Umständen eine mündliche Anhörung über den Antrag auf subsidiären Schutz durchzuführen.

Es sei Aufgabe der irischen Rechtsordnung die Verfahrensmodalitäten zur Prüfung des Antrags auf subsidiären Schutz festzulegen, da es an einer unionsrechtlich geltenden Regelung fehle. Dabei liege es in der Verantwortung des Mitgliedstaates, dass der wirksame Schutz des Anspruchs auf rechtliches Gehör gewährleistet werde.

Der Gerichtshof betont nochmals ausdrücklich, der Anspruch auf rechtliches Gehör solle dem Antragsteller die Möglichkeit geben, sachdienlich und wirksam seinen Standpunkt zum Antrag auf subsidiären Schutz zu vertreten und Gründe anzuführen, die die Behörde vom Erlass einer für ihn negativen Entscheidung abhalten könnten. Weiter diene der Anspruch auf rechtliches Gehör dazu, den Behörden eine Entscheidung in Kenntnis aller relevanter Gesichtspunkte und die angemessene Begründung des Urteils zu ermög-

³² Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1.12.2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl. L 326 vom 13.12.2005, S. 13.

³³ EuGH, Rs. C-166/13, *Mukarubega*, Urteil vom 5.11.2014, ECLI:EU:C:2014:2336, Rn. 49 und 50; Rs. C-249/13, *Boudjlida*, Urteil vom 11.12.2014, ECLI:EU:C:2014:243, Rn. 39 und 40. Vgl. *Sarah Progin-Theuerkauf/Constantin Hruschka*, Entwicklungen im Europäischen Asylrecht, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, Zürich u.a. 2015, S. 188 ff.

³⁴ S.o. (Anm. 30)

lichen, was wiederum das Recht des Antragstellers gewährleiste, einen Rechtsbehelf einzulegen. Dazu müssten auch die Regelungen des betreffenden Rechtsgebiets herangezogen werden, um eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör beurteilen zu können. Der Gerichtshof verweist auf die Voraussetzungen in Art. 2 lit. e QRL (2004), welche von der Behörde im Rahmen des Antrags auf subsidiären Schutz zu prüfen seien und auf die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäss Art. 4 QRL (2004) unter Mitwirkung des Antragstellers, die für den Antrag massgeblichen Anhaltspunkte zu prüfen. Diese seien unter anderem Angaben und Unterlagen zum Alter, zu seinen Verhältnissen, seiner Identität, der Staatsangehörigkeit, früheren Aufenthaltsländern und Asylanträgen, Reisewegen, den Gründen für seinen Antrag aber auch zu den Schäden, die er erlitten hat oder erleiden könnte. Weiter müsse die Behörde unter Umständen auch die generelle Glaubwürdigkeit sowie die Erklärungen des Antragstellers hinsichtlich des Fehlens von Beweisen in die Entscheidung einbeziehen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhalte, dass dem Antragsteller vor Erlass des Urteils die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, sich zu den besagten Anhaltspunkten zu äussern, um seinen Antrag zu belegen und den Behörden die individuelle Prüfung in voller Kenntnis der Sache nach Art. 4 QRL (2004) zu ermöglichen.

Dabei könne es unter Umständen für die tatsächliche Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ausreichen, wenn dies nur in schriftlicher Form möglich sei, wenn ein solches Verfahren der antragstellenden Person einen ausreichenden Spielraum und eine angemessene Unterstützung biete, um ihren Standpunkt darzulegen. In dieser Hinsicht sei zu beachten, dass die Prüfung des Antrags auf subsidiären Schutz in einem Fall, wie dem des Ausgangsverfahrens im Anschluss an ein Asylverfahren erfolge in dem die Person, die internationalen Schutz beantragt, zu ihrem Asylantrag bereits mündlich angehört wurde, so dass die zuständige Behörde für die Prüfung des Antrags auf subsidiären Schutz auch Informationen berücksichtigen kann, die während einer solchen Anhörung ermittelt wurden.

Das Recht der Person, die subsidiären Schutz beantragt, ihren Antrag schriftlich zu substantiieren, biete ihr somit Gelegenheit, ihren Standpunkt vorzubringen. In bestimmten Fällen könnten es aber besondere Umstände erfordern, eine mündliche Anhörung durchzuführen. Nach Art. 4 Abs. 1 QRL (2004) müsse die Behörde aktiv mit der antragstellenden Person zusammenarbeiten, wenn die vorgetragenen Anhaltspunkte aus irgendeinem Grund nicht vollständig, aktuell oder massgeblich seien.

Die Rechtssache *M* knüpft damit an die im ersten Urteil zu *M*. aufgestellten Grundsätze an und stellt klar, dass bei einer getrennten Prüfung des Asylantrags und des Antrags auf subsidiären Schutz nicht zwingend zwei mündliche Anhörungen durchzuführen sind. Die Anhörung im Rahmen des Asylverfahrens sowie die bei der Prüfung des Antrags auf subsidiären Schutz gewährte Möglichkeit, sich schriftlich zu äussern, reichen normalerweise aus. Nur in

zwei Konstellationen sieht der Gerichtshof die Notwendigkeit zur Durchführung einer zweiten mündlichen Anhörung vor:

- Wenn bestimmte Aspekte für die Entscheidung fehlen und die zuständige Behörde dadurch objektiv nicht in der Lage ist, in voller Kenntnis der Sache über den Antrag auf subsidiären Schutz zu entscheiden.
- Wenn der persönliche oder allgemeine Rahmen des Antrags auf subsidiären Schutz dies erfordere, z.B. wegen besonderer Vulnerabilität des Antragstellers (u.a. wegen seines Alters, Gesundheitszustands oder schwerer Gewalterfahrungen).

Ein Recht auf Aufrufung von Zeugen und zur Durchführung eines Kreuzverhörs umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren nach den Ausführungen des EuGH nicht. Dies scheinen auch eher Elemente eines Strafverfahrens zu sein, die im Asylverfahren nicht üblich sind.

b) *Rechtssache Lounani*

Im Januar 2017 musste sich der EuGH in der Rechtssache *Lounani*³⁵ zur Frage äussern, ob ein Antragsteller von der Anerkennung als Flüchtling ausgeschlossen werden kann, wenn er zwar selbst nie eine terroristische Handlung begangen hat, aber wegen der Beteiligung an Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung strafrechtlich verurteilt wurde. Die Frage bedingte eine Auslegung des Begriffs der «Handlungen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen» nach Art. 12 Abs. 2 lit. c QRL (2004), der an den Wortlaut des Ausschlussgrundes von Art. 1 F lit. c der Genfer Flüchtlingskonvention³⁶ angelehnt ist.

Der Antragsteller, Herr Lounani, ist marokkanischer Staatsangehöriger, der im Jahr 1991 nach Deutschland emigriert war. Dort stellte er einen Asylantrag, der aber abgelehnt wurde. Seit 1997 hielt sich Herr Lounani illegal in Belgien auf.

Im Jahr 2006 wurde Herr Lounani durch das Strafgericht Brüssel wegen Beteiligung als führendes Mitglied an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung – hier der belgischen Zelle der «*Groupe islamique des combattants marocains*» (islamische Gruppe marokkanischer Kämpfer, GICM) –, wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung, Urkundenfälschung, Verwendung gefälschter Urkunden und illegalen Aufenthalts zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Das Gericht befand ihn u.a. der «aktiven Beteiligung an der Ausschleusung Freiwilliger in den Irak» für

³⁵ EuGH, Rs. C-573/14, *Lounani*, Urteil vom 31.1.2017, ECLI:EU:C:2017:71. Vgl. *Sarah Progin-Theuerkauf*, Zur Ablehnung des Asylantrags eines Antragstellers, der an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung beteiligt war, in: *Asyl* 1/2017, S. 28.

³⁶ Abkommen vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK), SR 0.142.60.

schuldig. Insbesondere das betrügerische Überlassen von Pässen wurde im Urteil als «Beteiligung an der Tätigkeit einer Zelle, die einer Terrorbewegung logistische Unterstützung leistet» eingeordnet.

Im März 2010 beantragte Herr Lounani in Belgien Asyl. Er machte dabei Furcht vor Verfolgung in seinem Herkunftsland geltend, da er wegen seiner Verurteilung fürchtete, durch die marokkanischen Behörden als radikaler Islamist und Dschihadist eingestuft zu werden. Der Asylantrag wurde abgelehnt. Im Dezember 2010 erhob Herr Lounani Klage auf Aufhebung der Entscheidung. Der mit der Sache befasste Rat für Ausländerstreitsachen entschied im Juli 2011, dass Herr Lounani als Flüchtling anzuerkennen sei. Der mit einer Kassationsbeschwerde gegen dieses Urteil befasste Staatsrat hob das Urteil des Rats für Ausländerstreitsachen im Juli 2012 auf und verwies die Rechtssache an den Rat für Ausländerstreitsachen (in anderer Besetzung) zurück.

Der erneut befasste Rat für Ausländerstreitsachen bestätigte seine Entscheidung im Februar 2013, da er der Ansicht war, dass keine der Handlungen, wegen derer Herr Lounani verurteilt worden war, die erforderliche Schwere erreiche, um als «Handlung, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwider läuft» (Art. 12 Abs. 2 lit. c QRL), eingestuft zu werden. Dementsprechend erkannte er Herrn Lounani erneut als Flüchtling an.

Gegen dieses Urteil legte der Generalkommissar beim Staatsrat erneut Kassationsbeschwerde ein. Der Staatsrat beschloss, dem EuGH einige Fragen zur Auslegung von Art. 12 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 QRL zur Vorabentscheidung vorzulegen.

In seinem Urteil geht der Gerichtshof zunächst auf die Frage ein, ob ein Ausschlussgrund nach Art. 12 Abs. 2 lit. c QRL nur erfüllt sei, wenn die Person wegen einer der in Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/475³⁷ genannten terroristischen Straftaten verurteilt worden ist. Diese Frage hat drei verschiedene Komponenten: Zum einen musste geklärt werden, ob nur die Begehung der Straftaten (als Täter) den Ausschlussgrund erfüllt, zweitens ob nur im Rahmenbeschluss 2002/475 genannte Straftaten dafür in Frage kommen, und schliesslich, ob bereits eine strafrechtliche Verurteilung vorliegen muss.

In diesem Zusammenhang weist der Gerichtshof zunächst darauf hin, dass die QRL im Lichte der Flüchtlingskonvention auszulegen sei. Art. 12 Abs. 2 lit. c QRL entspreche im Wesentlichen Art. 1 F lit. c FK. Art. 12 Abs. 2 lit. c QRL präzisiere allerdings (anders als Art. 1 F lit. c FK) zusätzlich, dass es sich um Handlungen handeln müsse, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen, «wie sie in der Präambel und in den Artikeln 1 und 2 der

³⁷ Rahmenbeschluss des Rates 2002/475/JI vom 13.6.2002 über EU-Vorschriften zu terroristischen Straftaten und damit zusammenhängenden Straftaten, ABl. L 164 vom 22.6.2002, S. 3.

Charta der Vereinten Nationen verankert sind», zuwiderlaufen. Dieses Detail spielt in der Folge allerdings keine Rolle.

Nach dem 22. Erwägungsgrund der QRL (2004) seien Handlungen entgegen den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen in den Resolutionen der Vereinten Nationen zu Anti-Terror-Massnahmen verankert. Zu diesen zähle zum einen die Resolution 1377 (2001) des Sicherheitsrates. Aus dieser gehe hervor, dass nicht nur «Akte des internationalen Terrorismus», sondern auch die «Finanzierung, Planung und Vorbereitung sowie jegliche andere Form der Unterstützung von Akten des Terrorismus» im Widerspruch mit den Zielen und Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen³⁸ stünden. Zum anderen könne auch aus der Resolution 1624 (2005) des Sicherheitsrates abgeleitet werden, dass die Handlungen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen, nicht auf «Handlungen, Methoden oder Praktiken des Terrorismus» beschränkt seien. In der Resolution würden die Staaten aufgefordert, allen Personen, «die die Finanzierung, Planung, Vorbereitung oder Begehung terroristischer Handlungen unterstützen, erleichtern, sich daran beteiligen oder sich daran zu beteiligen versuchen oder den Tätern Unterschlupf gewähren», einen sicheren Zufluchtsort zu verweigern und sie vor Gericht zu bringen.

Somit sei der in Art. 1 F lit. c FK und Art. 12 Abs. 2 lit. c QRL enthaltene Begriff der «Handlungen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen», dahingehend auszulegen, dass dieser nicht nur auf die Begehung terroristischer Handlungen beschränkt sei.

Weder könne der Begriff dahingehend ausgelegt werden, dass er nur auf terroristische Straftaten im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses anwendbar sei, noch sei es Voraussetzung, dass es zu einer strafrechtlichen Verfolgung wegen einer solchen Straftat gekommen sei. Der Rahmenbeschluss ziele lediglich darauf ab, in allen Mitgliedstaaten die Definition terroristischer Straftaten anzugleichen. Der Rahmenbeschluss zähle hierfür verschiedene Handlungen auf und gliedere sie in vier Kategorien von Straftaten. Hätte der Unionsgesetzgeber den Anwendungsbereich der QRL einschränken wollen, so hätte er dies ohne Schwierigkeiten durch eine ausdrückliche Erwähnung der entsprechenden Straftaten oder durch Bezugnahme auf den Rahmenbeschluss 2002/475 tun können. Es werde aber auf kein Instrument der Europäischen Union im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Terrorismus Bezug genommen.

Nach soeben dargestellter Beantwortung der ersten Frage widmet sich der EuGH kurz der Frage der Entscheidungserheblichkeit (und damit der Zulässigkeit) der dritten Vorlagefrage, die er nach einer kurzen Auslegung bejaht. In inhaltlicher Hinsicht beantwortet der EuGH die zweite und die dritte Vorlagefrage zusammen. Diese betreffen die Frage, ob Handlungen der Beteili-

³⁸ Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945, SR 0.120.

gung (wie jene, wegen deren der Beschwerdeführer verurteilt wurde) unter den Ausschlussgrund nach Art. 12 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 QRL fallen können, obwohl die betreffende Person eine terroristische Handlung weder begangen, noch zu begehen versucht, noch angedroht hat.

Der Gerichtshof wiederholt in dieser Hinsicht, dass der Begriff der «Handlungen, die den Zielen oder Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen», nicht auf terroristische Handlungen beschränkt sei. Die Staaten hätten dafür zu sorgen, dass die Anwerbung, Organisation, Beförderung oder Ausrüstung von Personen, die in einen anderen Staat reisen, um insbesondere terroristische Handlungen zu begehen, zu planen oder vorzubereiten, verhütet oder bekämpft werde. Somit sei der Ausschlussgrund in Art. 12 Abs. 2 lit. c QRL nicht auf Personen zu beschränken, die tatsächlich terroristische Handlungen begehen.

Ausserdem gehe aus Art. 12 Abs. 2 lit. c i.V.m. Abs. 3 QRL hervor, dass der Ausschluss auch auf Personen anwendbar sein, bei denen aus schwerwiegenden Gründen die Annahme gerechtfertigt sei, dass sie andere angestiftet oder sich in sonstiger Weise an den entsprechenden Handlungen beteiligt haben. Die Beteiligung an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung umfasse eine grosse Bandbreite von Verhaltensweisen unterschiedlicher Schwere.

Die zuständige Behörde des betroffenen Mitgliedstaates müsse eine Würdigung der genauen tatsächlichen Umstände des Einzelfalls vornehmen und dürfe Art. 12 Abs. 2 lit. c QRL erst dann anwenden, wenn schwerwiegende Gründe zur Annahme berechtigten, dass die Handlungen des Betroffenen unter diesen Ausschlussstatbestand fallen.

Bezüglich Herrn Lounani obliege die endgültige Beurteilung des Antrags den zuständigen nationalen Behörden unter der Kontrolle der nationalen Gerichte. Allerdings stellt der Gerichtshof bereits klar, dass die Handlungen, wegen derer Herr Lounani verurteilt wurde, den Ausschluss von der Anerkennung als Flüchtling grundsätzlich rechtfertigen können. Auch wenn man es als erwiesen unterstelle, dass die Vereinigung, der Herr Lounani angehörte, keine terroristischen Handlungen begangen hat, und dass auch die von dieser Vereinigung unterstützten Freiwilligen, die sich in den Irak begeben wollten, letztlich keine derartigen Handlungen begangen haben, sei nicht ausgeschlossen, dass die Handlungen von Herrn Lounani als den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufend angesehen werden könnten.

Auf die vierte und fünfte Vorlagefrage musste der EuGH schliesslich nicht mehr eingehen.

Zusammenfassend lassen sich aus dem Urteil *Lounani* folgende Prinzipien ableiten:

- Der in Art. 1 F lit. c der FK und Art. 12 Abs. 2 lit. c QRL enthaltene Begriff der «Handlungen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen», ist nicht nur auf die Begehung terroristischer

Handlungen beschränkt. Auch Hilfstätigkeiten können bereits als solche Handlungen angesehen werden.

- Eine bereits erfolgte strafrechtliche Verfolgung der Tat ist nicht erforderlich.
- Auch Handlungen, die nicht als terroristische Straftaten im Rahmenbeschluss 2002/475 genannt werden, können als «Handlungen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen», eingestuft werden. Der Begriff ist weit zu verstehen; die Beteiligung an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung umfasst «eine grosse Bandbreite von Verhaltensweisen unterschiedlicher Schwere».
- Es ist stets eine individuelle Beurteilung der genauen Handlungen der beschwerdeführenden Person vorzunehmen.
- Es reicht aus, wenn «schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen», dass die Handlungen der betreffenden Person unter diesen Ausschlussstatbestand fallen. Absolute Gewissheit ist nicht erforderlich. Blosser Vermutungen reichen hingegen nicht aus.

Es ist davon auszugehen, dass sich die Behörden in den Mitgliedstaaten im Kampf gegen Terrorismus und «Dschihad-Tourismus» in Zukunft öfter auf die Ausschlussstatbestände des Art. 12 QRL berufen werden. Dasselbe gilt wohl auch für Art. 17 QRL, der den Ausschluss aus dem subsidiären Schutz regelt.

Für die Praxis bedeutet dies, dass die betroffene Person zwar nicht mehr in den Genuss der durch die QRL verbrieften Rechte kommt, die an die Flüchtlingseigenschaft bzw. den subsidiären Schutzstatus geknüpft sind (auch bei letzterem gelten, wie bereits erwähnt, dieselben Ausschlussgründe); sie kann aber trotzdem nicht ohne weiteres ausgewiesen werden. Es ist vielmehr erst noch zu prüfen, ob sie durch Art. 4 Grundrechtecharta (für das Gebiet der EU) und den menschenrechtlichen *Non-Refoulement*-Grundsatz (abgeleitet u.a. aus Art. 3 EMRK) geschützt ist. Diese Rechte gelten absolut, d.h. sie können selbst bei Terrorismusgefahr nicht eingeschränkt werden. Sofern der betroffenen Person im Herkunftsstaat Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung drohen, wird diese also vor dem *Refoulement* geschützt. Zum konkreten Rechtsstatus der betroffenen Person macht das *Non-Refoulement*-Prinzip hingegen keine Vorgaben; dies bleibt dem entsprechenden Aufnahmestaat überlassen.

c) *Rechtssache Danqua*

Im Oktober 2016 hat der EuGH ein weiteres Urteil zur Auslegung der QRL (2004) gefällt. Im Fall *Danqua*³⁹ ging es um die Vereinbarkeit einer natio-

³⁹ EuGH, Rs. C-429/15, *Danqua*, Urteil vom 20.10.2016, ECLI:EU:C:2016:789.

nenen Frist für die Stellung eines Antrags auf subsidiären Schutz mit dem Äquivalenzgrundsatz.

Evelyn Danqua, eine ghanaische Staatsangehörige, hatte im April 2010 in Irland einen Antrag auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestellt, den sie damit begründete, dass sie befürchte, Opfer der Trokosi-Praxis zu werden, einer in Ghana verbreiteten Form ritueller Sklaverei, die hauptsächlich Frauen betrifft. Der *Refugee Applications Commissioner* gab ihrem Antrag mangels Glaubwürdigkeit eine Negativempfehlung. Diese Empfehlung wurde vom *Refugee Appeals Tribunal* bestätigt. Im Februar 2011 teilte der *Minister for Equality and Justice* Frau Danqua seine Absicht mit, ihren Asylantrag abzulehnen und ihre Ausweisung zu verfügen. Zudem wurde sie darüber informiert, dass sie die Möglichkeit habe, innerhalb von 15 Werktagen nach dieser Mitteilung einen Antrag auf subsidiären Schutz zu stellen. Die Rechtsberatungsstelle für Flüchtlinge informierte Frau Danqua darüber, dass ihr wegen der Ablehnung kein Beistand für die Bemühungen um subsidiären Schutz geleistet werde. Sie stellte aber im Namen von Frau Danqua einen Antrag auf ein humanitäres Bleiberecht. Dieser wurde im September abgelehnt und eine Rückkehrentscheidung erlassen.

Im Oktober 2013 reichte Frau Danqua einen Antrag auf subsidiären Schutz ein. Im November informierte der Minister Frau Danqua darüber, dass ihrem Antrag keine Folge geleistet werden könne, weil er nicht innerhalb der Frist von 15 Werktagen eingegangen sei, die ihr im Februar 2011 genannt worden waren.

Hiergegen wandte sich Frau Danqua vor dem *High Court* und machte namentlich einen Verstoß gegen den Äquivalenzgrundsatz geltend, weil für Asylanträge keine vergleichbare Frist gelte. Der *High Court* wies die Klage von Frau Danqua ab. Im November gelangte Frau Danqua an den *Court of Appeal*, der dem EuGH zwei Fragen zur Anwendbarkeit des Äquivalenzgrundsatzes vorlegte.

Der EuGH prüft beide Vorlagefragen zusammen. Zunächst weist er darauf hin, dass die QRL (2004) keine Verfahrensvorschriften enthalte und die Asylverfahrensrichtlinie (2005) nur dann auf Anträge auf Gewährung subsidiären Schutzes anwendbar sei, wenn ein Mitgliedstaat ein einheitliches Verfahren zur Prüfung beider Formen internationalen Schutzes (Flüchtlingseigenschaft und subsidiärer Schutz) eingeführt habe. Dies sei in Irland gerade nicht der Fall.

Mangels Anwendbarkeit unionsrechtlicher Verfahrensvorschriften müsse daher Irland die Verfahrensmodalitäten regeln, wobei der Äquivalenzgrundsatz (die Modalitäten dürfen nicht ungünstiger sein, als diejenigen, die für gleichartige interne Sachverhalte gelten) und der Effektivitätsgrundsatz (die Ausübung der vom Unionsrecht verliehenen Rechte darf nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermässig erschwert werden) beachtet werden müssten.

Der Äquivalenzgrundsatz lasse darüber hinaus keine Differenzierung zwischen Verfahren gestützt auf Unionsrecht und Verfahren gestützt auf innerstaatliches Recht zu.

Im vorliegenden Fall sei der Äquivalenzgrundsatz jedoch nicht anwendbar, da es um zwei auf das Unionsrecht gestützte Anträge gehe. Das irische Asylrecht umfasse auch keine materiellen Vorschriften, die das Unionsrecht ergänzten.

Der Gerichtshof prüft sodann die Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes durch die 15-Tage-Frist. Dies sei unter Berücksichtigung der Stellung der Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen innerstaatlichen Stellen zu prüfen.

Es sei daher zu untersuchen, ob die hier in Rede stehende Ausschlussfrist unter dem Blickwinkel der Gewährleistung des ordnungsgemässen Ablaufs des Verfahrens zur Prüfung eines Antrags auf subsidiären Schutz gerechtfertigt werden könne. Grundsätzlich sei es Sache der Mitgliedstaaten, Fristen festzulegen, die der Bedeutung der entsprechenden Entscheidung für die Betroffenen, der Komplexität der Verfahren und der anzuwendenden Rechtsvorschriften, der Zahl der potenziell Betroffenen und anderen öffentlichen und privaten Belangen Rechnung tragen. Das Verfahren zur Prüfung von Anträgen auf subsidiären Schutz sei insoweit von besonderer Bedeutung, als es Personen, die um internationalen Schutz ersuchen, die Wahrung ihrer grundlegendsten Rechte durch die Zuerkennung eines solchen Schutzes erlaube.

Unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten, denen antragstellende Personen namentlich aufgrund ihrer in menschlicher und materieller Hinsicht potenziell schwierigen Lage begegnen könnten, erweise sich eine 15-tägige Ausschlussfrist als besonders kurz und gewährleiste in der Praxis nicht allen Personen die effektive Möglichkeit, einen Antrag auf subsidiären Schutz zu stellen und gegebenenfalls den betreffenden Schutzstatus zuerkannt zu bekommen. Eine solche Frist könne daher nicht damit annehmbar gerechtfertigt werden, dass der ordnungsgemässe Ablauf des Verfahrens zur Prüfung eines Antrags auf Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus gewährleistet werden solle. Daran könne auch die Notwendigkeit, die Wirksamkeit der Rückkehr- bzw. Rückführungsverfahren sicherzustellen, nichts ändern, da die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Frist nicht unmittelbar mit dem Rückkehr- bzw. Rückführungsverfahren, sondern mit der Ablehnung des Antrags auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft zusammenhänge. Demnach sei die 15-Tage-Frist geeignet, den wirksamen Zugang von Personen, die um subsidiären Schutz ansuchen, zu den ihnen mit der QRL (2004) zuerkannten Rechten zu gefährden. Der Effektivitätsgrundsatz sei daher verletzt.

Der EuGH prüft, anders als von der Klägerin vorgetragen, den Fall also nicht unter dem Gesichtspunkt des Äquivalenzgrundsatzes, sondern vielmehr unter dem des Effektivitätsgrundsatzes. Letzteren sieht er hier als verletzt an, da das Verfahren zur Entscheidung über einen Antrag auf subsidiären Schutz für die

betroffenen Personen von erheblicher Bedeutung sei und die kurze Frist den effektiven Zugang zum subsidiären Schutzstatus gefährde.

Irland muss nun die 15-Tage-Frist abschaffen bzw. verlängern. Anzumerken ist allerdings, dass diese Vorgaben nach den Ausführungen des EuGH grundsätzlich auf Mitgliedstaaten beschränkt sind, die kein einheitliches Verfahren für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft und des Antrags auf subsidiären Schutz eingeführt haben.

III. Urteile zu den Instrumenten zur Steuerung regulärer Migration von Drittstaatsangehörigen

Bereits der Europäische Rat 1999 in Tampere⁴⁰ hat es zur Aufgabe der Union erklärt, eine «gerechte Behandlung von Drittstaatsangehörigen» sicherzustellen, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufhalten. Im Jahr 2001 legte die Europäische Kommission dann erstmals einen Vorschlag für eine «Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer unselbständigen oder selbständigen Tätigkeit»⁴¹ vor. Dieser scheiterte aber am Widerstand der Mitgliedstaaten.

Seither geht der Rechtsetzungsprozess in Bezug auf die Rechtsstellung Drittstaatsangehöriger nur schleppend voran; die Kommission hat sich für ein eher an den Bedürfnissen der mitgliedstaatlichen Arbeitsmärkte orientiertes sektorielles Vorgehen nach bestimmten Kategorien von Personengruppen entschieden, ergänzt durch einige transversale Instrumente.⁴² Es lässt sich eine klare Tendenz dazu erkennen, Auswahlmechanismen zu definieren und nur vom Arbeitsmarkt innerhalb der EU nachgefragten Drittstaatsangehörigen Zugang zu gewähren, alle anderen hingegen auszuschliessen.⁴³

In chronologischer Reihenfolge wurden auf EU-Ebene zunächst die Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG⁴⁴ und die Familienzusammenführungs-

⁴⁰ *Europäischer Rat von Tampere*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SN 200/99, 15. und 16.10.1999, http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm (zuletzt besucht am 5.7.2017).

⁴¹ KOM (2001) 386 endg.

⁴² Vgl. dazu auch *Thomas Gross/Alexandra Tryjanowski*, Der Status von Drittstaatsangehörigen im Migrationsrecht der EU – eine kritische Analyse, *Der Staat*, Bd. 48, Nr. 2, S. 259; *Pieter Boeles/Maarten den Heijer/Gerrie Lodder/Kees Wouters*, *European Migration Law*, 2. Aufl., Antwerpen 2014, S. 127 ff.; *Samah Possoumane/Sarah Progin-Theuerkauf*, L'émergence d'une politique européenne de migration choisie, in: Institut für Europarecht (Hrsg.), *Die Schweiz und die europäische Integration/La Suisse et l'intégration européenne*, 20 Jahre Institut für Europarecht/20 ans de l'Institut de droit européen, Zürich 2015, S. 141.

⁴³ *Gross/Tryjanowski* (Anm. 42), S. 276.

⁴⁴ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (Daueraufenthaltsrichtlinie),

richtlinie 2003/86/EG⁴⁵ erlassen, gefolgt von der Richtlinie 2004/114/EG über Studenten, Schüler, Praktikanten, etc.⁴⁶ und der Richtlinie 2005/71/EG über Forscher⁴⁷. Im Jahr 2009 wurde die Blue Card-Richtlinie 2009/50/EG⁴⁸ und 2011 die Richtlinie 2011/98/EU über eine kombinierte Erlaubnis⁴⁹ erlassen. Zuletzt verabschiedeten Rat und Parlament die Saisonarbeiterrichtlinie 2014/36/EU⁵⁰ sowie die ICT-Richtlinie 2014/66/EU⁵¹. Im Jahr 2016 wurden

ABl. L 16 vom 23.1.2004, S. 44. Dazu *Samah Posse-Ousmane*, Le statut des résidents de longue durée - Analyse de la directive 2003/109/CE et jurisprudence récente de la CJUE, in: Jusletter vom 18.3.2013.

⁴⁵ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (Familienzusammenführungsrichtlinie), ABl. L 251 vom 3.1.2003, S. 12. Vgl. dazu *Samah Posse-Ousmane/Sarah Progin-Theuerkauf*, Le regroupement familial des ressortissants d'Etats tiers en Europe, Régimes juridiques et tendances actuelles, in: Jusletter vom 16.3.2015.

⁴⁶ Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13.12.2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmassnahme oder einem Freiwilligendienst, ABl. L 375 vom 23.12.2004, S. 12. Vgl. dazu *Samah Posse-Ousmane*, L'admission des chercheurs, étudiants, élèves, volontaires et stagiaires dans l'UE - Vers une Europe du savoir?, in: Jusletter vom 17.3.2014. Vgl. auch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einem bezahlten oder unbezahlten Praktikum, einem Freiwilligendienst oder zur Ausübung einer Au-pair-Beschäftigung, KOM (2013) 151 endg.

⁴⁷ Richtlinie 2005/71/EG des Rates vom 12.10.2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, ABl. L 289 vom 3.11.2005, S. 15. Vgl. dazu *Posse-Ousmane*, L'admission des chercheurs (Anm. 46).

⁴⁸ Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung (Blue-Card-Richtlinie), ABl. L 155 vom 18.6.2009, S. 17. Dazu *Samah Posse-Ousmane*, Les conditions d'admission et de séjour des travailleurs hautement qualifiés dans l'UE – Une analyse de la Directive Carte Bleue, Bern 2017.

⁴⁹ Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABl. L 343 vom 23.12.2011, S. 1.

⁵⁰ Richtlinie 2014/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer (Saisonarbeiterrichtlinie), ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 375.

⁵¹ Richtlinie 2014/66/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers (ICT-Richtlinie), ABl. L 157 vom

die bis dahin getrennten Richtlinien zu Forschern und Studenten von 2004 und 2005 in eine Richtlinie fusioniert und überarbeitet; daraus wurde die neue Forscher- und Studenten-Richtlinie 2016/801/EU⁵².

Im Juni 2016 veröffentlichte die Kommission schliesslich einen Vorschlag zur Reform der Blue Card-Richtlinie⁵³. Ob und wann dieser angenommen wird, ist aktuell noch offen.

Wichtig zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang schliesslich noch, dass die Mitgliedstaaten in vielen Bereichen über nationale Vorschriften verfügen, die parallel zu dem entsprechenden EU-Instrument existieren und u.U. mit diesem konkurrieren, z.B. im Bereich der hochqualifizierten Zuwanderung.

Da es also nach wie vor keine horizontalen Unionsvorschriften gibt, die die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen umfassend regeln, ist diese immer noch sehr unterschiedlich, je nachdem, aufgrund welchen Rechtsakts die Einwanderung der betroffenen Person erfolgte, in welchem Mitgliedstaat sie sich aufhält und teils auch, welche Staatsangehörigkeit sie besitzt.

1. Zur Richtlinie über Studenten: Rechtssache Fahimian

Die Studentenrichtlinie aus dem Jahr 2004⁵⁴ regelt u.a. die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt in der Union von Studierenden aus Drittstaat-

27.5.2014, S. 1. Dazu *Sarah Progin-Theuerkauf*, Unternehmensinterne Transfers in der EU – Eine neue Form der Mobilität für Drittstaatsangehörige, in: Jusletter vom 14.3.2016.

⁵² Richtlinie (EU) 2016/801 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2016 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit, ABl. L 132 vom 21.5.2016, S. 21. Dazu *Agne Vaitkeviciute*, Migration and mobility of third-country researchers and students in the European Union and Switzerland, in: Jusletter vom 13.2.2017, Punkt 2. Vgl. bereits den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einem bezahlten oder unbezahlten Praktikum, einem Freiwilligendienst oder zur Ausübung einer Au-pair-Beschäftigung, KOM (2013) 151 endg.

⁵³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer umfassende Qualifikationen voraussetzenden Beschäftigung, KOM (2016) 378 endg. Vgl. Dazu *Sarah Progin-Theuerkauf*, The Reform of the EU Blue Card Directive – Good Things Take Time, 20.9.2016, <http://blog.nccr-onthefly.ch/the-reform-of-the-eu-blue-card-directive-good-things-take-time/?lang=fr> (zuletzt besucht am 12.6.2017); *Elspeth Guild*, A New Blue Card Scheme? The Commission's proposal for highly skilled migration into the EU, 12.7.2016, <http://eumigrationlawblog.eu/a-new-blue-card-scheme-the-commissions-proposal-for-highly-skilled-migration-into-the-eu/> (zuletzt besucht am 12.6.2017).

ten. Die Richtlinie war bislang erst in drei Fällen Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof.⁵⁵

Der Fall Fahimian⁵⁶ betrifft eine iranische Staatsangehörige, Inhaberin eines *Master of science* auf dem Gebiet der Informationstechnologie der *Sharif University of Technology* (Iran), die im November 2012 bei der deutschen Botschaft in Teheran die Erteilung eines Visums zur Aufnahme eines Promotionsstudiums am *Center for Advanced Security Research Darmstadt* (CASED) der Technischen Universität Darmstadt beantragt hatte. Zur Finanzierung ihres Studiums sollte Frau Fahimian ein Stipendium des CASED erhalten.

Die *Sharif University of Technology* (SUT) befindet sich wegen ihres Engagements für die Regierung, insbesondere im militärischen Bereich, allerdings auf einer Liste von Einrichtungen, die restriktiven Massnahmen unterliegen.⁵⁷

Frau Fahimian erhob gegen die Ablehnung ihres Visumsgesuchs Klage beim Verwaltungsgericht Berlin. Die deutsche Regierung rechtfertigte die ablehnende Entscheidung mit der Befürchtung, dass die Kenntnisse, die Frau Fahimian bei ihrer Forschung erwerben könnte, später im Iran missbräuchlich eingesetzt werden könnten (etwa im Rahmen von Cyberprogrammen, mit denen vertrauliche Daten aus der Luft- und Raumfahrt sowie der Rüstungsindustrie beschafft würden, aber auch zur Überwachung der Bevölkerung).

Das Verwaltungsgericht Berlin legte dem EuGH Fragen nach der Auslegung von Art. 6 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 2004/114 vor, wonach ein Drittstaatsangehöriger, der die Zulassung nach der Richtlinie beantragt, keine Bedrohung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit darstellen darf.

⁵⁴ Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13.12.2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmassnahme oder einem Freiwilligendienst (Studentenrichtlinie), ABl. L 375 vom 23.12.2004, S. 12. Die Richtlinie wurde 2016 neu aufgelegt: Richtlinie (EU) 2016/801 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2016 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit, ABl. L 132 vom 21.5.2016, S. 21. Dazu *Agne Vaitkeviciute*, Migration and mobility of third-country researchers and students in the European Union and Switzerland, in: Jusletter vom 13.2.2017, Punkt 2.

⁵⁵ Vgl. bereits EuGH, Rs. C-294/06, *Payir*, Urteil vom 25.2.2008, ECLI:EU:C:2008:36; Rs. C-15/11, *Sommer*, Urteil vom 21.6.2012, ECLI:EU:C:2012:371; Rs. C-491/13, *Ben Alaya*, Urteil vom 10.9.2014, ECLI:EU:C:2014:2187. Dazu *Constantin Hruschka/Sarah Progin-Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht, Jahrbuch für Migrationsrecht 2014/2015, Bern 2015, 302 ff.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-544/15, *Fahimian*, Urteil vom 4.4.2017, ECLI:EU:C:2017:255.

⁵⁷ Vgl. Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1264/2012 des Rates vom 21.12.2012 zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 267/2012 über restriktive Massnahmen gegen Iran, ABl. L 356 vom 22.12.2012, S. 55. Vgl. auch EuGH, Rs. T-181-13, *Sharif University of Technology/Rat*, Urteil vom 3.7.2014, ECLI:EU:T:2014:607.

Der EuGH stellt in seinem Urteil zunächst fest, dass nach Art. 5 der Richtlinie 2004/114 ein Drittstaatsangehöriger zu Studienzwecken nur dann zugelassen werde, wenn er die allgemeinen Bedingungen nach Art. 6 und die besonderen Bedingungen für Aufenthalte zu Studienzwecken nach Art. 7 erfülle. Er betont weiter, dass die nationalen Behörden bei der Beurteilung des Sachverhalts über einen weiten Spielraum verfügten, wenn sie prüfen, ob der Antragsteller eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstelle. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasse laut der Rechtsprechung des Gerichtshofs die innere und die äussere Sicherheit eines Mitgliedstaates.⁵⁸ Bei Drittstaatsangehörigen reiche jedoch – anders als bei Unionsbürgern – eine auch nur potenzielle Gefahr aus.

Die Beurteilung der individuellen Situation des Visumantragstellers könne mit komplexen Bewertungen verbunden sein. Die nationalen Behörden müssten eine Gesamtbetrachtung aller seine Situation kennzeichnenden Umstände vornehmen. Das nationale Gericht müsse dann überprüfen, ob die angefochtene Entscheidung auf einer hinreichend gesicherten tatsächlichen Grundlage beruhe. Die gerichtliche Beurteilung sei aber auf die Prüfung offenkundiger Fehler beschränkt.

Hier sei von besonderer Bedeutung, dass Frau Fahimian einen Hochschulabschluss der SUT besitze, dass diese Universität restriktiven Massnahmen unterliege und dass Frau Fahimian eine Promotion im sensiblen Bereich der IT-Sicherheit plane. Dasselbe gelte auch für die den nationalen Behörden vorliegenden Informationen, die Anlass zur Befürchtung gäben, dass Frau Fahimian ihre erworbenen Kenntnisse später missbräuchlich verwenden könnte.

Art. 6 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 2004/114 hindere eine nationale Behörde nicht daran, einem Drittstaatsangehörigen, der einen Hochschulabschluss einer Universität besitzt, die wegen ihres umfangreichen Engagements gegenüber der iranischen Regierung in militärischen oder militärisch relevanten Bereichen restriktiven Massnahmen unterliegt, und der in dem betroffenen Mitgliedstaat in einem für die öffentliche Sicherheit sensiblen Bereich forschen möchte, die Zulassung zu verweigern, wenn Anlass zur Befürchtung bestehe, dass die erworbenen Kenntnisse später zu Zwecken verwendet werden, die der öffentlichen Sicherheit zuwiderlaufen.

Es sei nun Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die Entscheidung der zuständigen nationalen Behörden, das beantragte Visum nicht zu erteilen, auf einer hinreichend gesicherten tatsächlichen Grundlage beruhe und mit einer ausreichenden Begründung erfolgte.

Das Urteil bestätigt die Union darin, den Mitgliedstaaten bei möglichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit einen erheblichen Beurteilungsspielraum

⁵⁸ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-145/09, *Tsakouridis*, Urteil vom 23.11.2010, ECLI:EU:C:2010:708.

einzuräumen, sofern es um die Zulassung von Drittstaatsangehörigen geht. Es reicht bereits die potenzielle Gefährdung der öffentlichen Sicherheit aus. Bei Unionsbürgern geht die Tendenz hingegen in eine andere Richtung, da der Gerichtshof in diesen Fällen «stets eine konkrete Beurteilung sämtlicher aktuellen, relevanten Umstände des Einzelfalls» fordert.⁵⁹

Das Urteil zeigt zudem, welche erhebliche Bedeutung die Listen der EU von Einrichtungen haben, die restriktiven Massnahmen unterliegen. Hiergegen hatte die SUT bereits erfolglos vor dem Gericht geklagt. Die Tatsache, dass die Universität sich auf einer solchen Liste befindet, kann auch gegen Personen verwendet werden, die dort studiert haben, und sich zu Forschungszwecken in die EU begeben möchten.

2. Zur Richtlinie über eine kombinierte Erlaubnis: Rechtssache Martinez Silva

Die Richtlinie über eine kombinierte Erlaubnis 2011/98/EU von 2011⁶⁰ sieht die Einführung eines einheitlichen Antragsverfahrens für Drittstaatsangehörige in der EU vor, das zur Erteilung einer kombinierten Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis (d.h. in einem einzigen Verwaltungsakt) führt. Ziel der Richtlinie war es in erster Linie, die in den Mitgliedstaaten geltenden Regeln zu vereinfachen und zu harmonisieren. Aber auch materiell stellt die Richtlinie einen gewissen Mindestkatalog an Rechten auf. Insbesondere legt sie fest, in welchen Bereichen Arbeitnehmer aus Drittstaaten, die noch keinen langfristigen Aufenthaltsstatus erworben haben, Inländergleichbehandlung geniessen. Der Erfolg der Richtlinie über eine kombinierte Erlaubnis – und ihre Akzeptanz und Anwendung bei Drittstaatsangehörigen und Behörden der Mitgliedstaaten – ist jedoch bislang eher mässig.

Im Berichtszeitraum fällte der EuGH erstmals ein Urteil zur Auslegung der Richtlinie 2011/98/EU.⁶¹ Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Drittstaatsangehörige Frau Martinez Silva lebt mit ihren drei Kindern in Italien und ist im Besitz einer kombinierten Arbeitserlaubnis für einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten. Im Jahr 2014 beantragte sie die Gewährung einer Beihilfe, die nach italienischem Recht an Haushalte mit mindestens drei minderjährigen Kindern und einem Einkommen von unter 25'384,91 EUR (die Grenze wird jährlich angepasst) gezahlt wird. Dies versagte ihr das zuständige nationale Institut für die soziale Sicherheit. Begründet wurde die Ablehnungsentscheidung damit, die Beihilfe sei nur für Italiener, EU-Bürger, politische Flüchtlinge, Personen, denen subsidiärer Schutz gewährt wurde,

⁵⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-165/14, *Rendon Marin*, Urteil vom 13.9.2016, ECLI:EU:C:2016:675, Rn. 85.

⁶⁰ Richtlinie 2011/98/EU (Anm. 49).

⁶¹ EuGH, Rs. C-449/16, *Martinez Silva*, Urteil vom 21.6.2017, ECLI:EU:C:2017:485.

oder Inhaber einer langfristigen Aufenthaltserlaubnis vorgesehen, nicht aber für Inhaber einer kombinierten Arbeitserlaubnis.

Die Klage von Frau Martinez Silva hiergegen wurde abgewiesen. Das Berufungsgericht Genua hatte Zweifel an der Vereinbarkeit der italienischen Vorschriften mit der Richtlinie über eine kombinierte Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis für Drittstaatsangehörige und legte den Fall dem EuGH vor.

Dieser stellte in seinem Urteil zunächst fest, dass die streitige Beihilfe unter Familienleistungen nach der Verordnung der Union zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit⁶² falle. Danach prüfte er, ob Italien Inhabern einer kombinierten Arbeitserlaubnis den Genuss der umstrittenen Leistung vorenthalten dürfe. Nach der Richtlinie 2011/98/EU hätten Drittstaatsangehörige mit einer kombinierten Arbeitserlaubnis ein Recht auf Gleichbehandlung (Art. 12 der Richtlinie 2011/98/EU). Dabei handele es sich um die allgemeine Regel, wobei die Richtlinie die Ausnahmen von dieser Regel aufführe, die die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht vorsehen könnten.

Hier käme allenfalls die Ausnahme von Art. 12 Abs. 2 lit. b in Betracht, wonach die Rechte gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. e (Gleichbehandlung in Bezug auf Zweige der sozialen Sicherheit nach der Verordnung 883/2004) für Drittstaatsarbeitnehmer beschränkt werden können. Derselbe Artikel präzisiere allerdings, dass die Rechte nicht für solche Drittstaatsarbeitnehmer beschränkt werden dürften, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen oder die mindestens sechs Monate beschäftigt waren und als arbeitslos gemeldet sind. Frau Martinez Silva habe aber eine kombinierte Arbeitserlaubnis für mehr als sechs Monate erhalten. Sie befinde sich daher in keiner der in Art. 12 Abs. 2 lit. b genannten Ausnahmesituationen. Der Gesetzgeber habe zudem nicht die Absicht gehabt, mit dem entsprechenden nationalen Gesetz die ihm überlassene Beschränkungsmöglichkeit von Art. 12 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2011/98/EU auszuüben. Die streitigen Vorschriften seien vielmehr bereits vor der Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht angepasst worden. Somit konnte Frau Martinez Silva die beantragte Familienbeihilfe erhalten.

Der Fall ist insofern von Bedeutung, als der EuGH erstmalig den Anspruch auf Gleichbehandlung nach Art. 12 der Richtlinie 2011/98/EU konkretisiert. Dieser lässt den Mitgliedstaaten zwar einen gewissen Spielraum, entsprechende Einschränkungen müssen aber die entsprechende Intention des Gesetzgebers erkennen lassen, diesen Spielraum auszuüben. Dies kann nicht durch Regelungen erfolgen, die bereits vor der Umsetzung der Richtlinie

⁶² Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1, geändert durch Verordnung (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und zur Festlegung des Inhalts ihrer Anhänge, ABl. L 284 vom 30.10.2009, S. 43.

2011/98/EU in Kraft waren. Der EuGH betont ausdrücklich, dass die Gleichbehandlung die Regel sei, und dass Ausnahmen hiervon ausschliesslich in den von der Richtlinie vorgesehenen Fällen möglich seien.

IV. Sonstige Urteile aus dem Migrationsbereich: EU-Türkei-Deal, humanitäre Visa und Grenzkontrollen

Schliesslich sind weitere Beschlüsse und Urteile zu nennen, die von Bedeutung für den Migrationsbereich sind.

1. Rechtssache NM, NF und NG

Im Februar 2017 musste sich das Gericht der Europäischen Union (EuG)⁶³ im Rahmen von drei Nichtigkeitsklagen⁶⁴ pakistanischer bzw. afghanischer Staatsangehöriger zum umstrittenen Deal mit der Türkei äussern. Das Gericht kommt in seinen Beschlüssen zu dem Ergebnis, der «Deal» sei gar kein Abkommen im rechtlichen Sinne und es handele sich auch nicht um eine Massnahme eines Organs der EU. Daher sei das Gericht nicht zuständig, sich mit den Klagen vertieft zu befassen.

Hintergrund des Falls war folgende Sachlage: Am 18. März 2016 veröffentlichte der Europäische Rat, in dem die Staats- und Regierungschefs der EU vertreten sind, auf der offiziellen Website des Rates eine Pressemitteilung⁶⁵ über einen gemeinsamen Beschluss der EU und der Türkei. Dort heisst es u.a.: «Die EU und die Türkei [haben] heute beschlossen, die irreguläre Migration aus der Türkei in die EU zu beenden». Es folgt eine Liste von Massnahmen, die zusätzlich zu den Massnahmen, die im gemeinsamen Aktionsplan vom 29. November 2015⁶⁶ angekündigt waren, ergriffen werden sollen. Die bedeutendste Massnahme sei dabei die Rückführung in die Türkei aller irregulär eingereisten Migranten, die über die Türkei auf die griechischen Inseln gelangen. Im Gegenzug für diese «Belastung» soll die

⁶³ Das Gericht wurde 1988 zur Entlastung des Gerichtshofs geschaffen. So wurde für bestimmte Klagen ein zweistufiges Gerichtssystem eingerichtet. Vgl. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/de/ (zuletzt besucht am 28.6.2017).

⁶⁴ EuG, Rs. T-257/16, *NM/Europäischer Rat*, Urteil vom 28.2.2017, ECLI:EU:T:2017:130; EuG, Rs. T-192/16, *NF/Europäischer Rat*, Urteil vom 28.2.2017, ECLI:EU:T:2017:128; EuG, Rs. T-193/16, *NG/Europäischer Rat*, Urteil vom 28.2.2017, ECLI:EU:T:2017:129. Vgl. *Margarite Zoetewij*, Der EU-Türkei Deal: «ceci n'est pas un acte juridique européen», in: *Asyl 2/2017*, S. 42.

⁶⁵ *Europäischer Rat*, Erklärung EU-Türkei, Pressemitteilung 144/16 vom 18.3.2016, <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> (zuletzt besucht am 28.6.2017).

⁶⁶ Vgl. *Europäischer Rat*, Meeting of heads of state or government with Turkey, Pressemitteilung 870/15 vom 29.11.2015, <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/29-eu-turkey-meeting-statement/> (zuletzt besucht am 28.6.2017).

Türkei bis 2018 sechs Milliarden EUR zur Verbesserung der Lebensumstände ihrer Flüchtlingsbevölkerung erhalten. Zudem wurde eine Beschleunigung des Visaliberalisierungsverfahrens in Aussicht gestellt. Darüber hinaus verpflichteten sich die EU-Länder, für jede durch die Türkei wieder zugelassene Person einen syrischen Flüchtling direkt aus der Türkei aufzunehmen.

Nur wenige Tage nach der Veröffentlichung dieses «Beschlusses» wurden die ersten Gruppen von Migranten von den griechischen Inseln Lesbos und Chios in die Türkei zurückgebracht. Auch NF, NG und NM, zwei pakistanische und ein afghanischer Staatsangehöriger, die über die Türkei nach Griechenland gelangt waren und dort Asylgesuche gestellt hatten, drohte im Falle der Ablehnung ihrer Asylanträge in Griechenland eine Rückführung in die Türkei. Sie befürchteten, ihre Überstellung in die Türkei werde entweder zur Inhaftierung in der Türkei oder zu einer Kettenabschiebung durch die Türkei nach Pakistan oder Afghanistan führen. Die Asylsuchenden machten zudem geltend, dass sie im Falle ihrer Rückführung nach Pakistan oder Afghanistan der Gefahr von Verfolgung ausgesetzt seien. Nach Ansicht der drei Asylsuchenden würde die Durchführung des EU-Türkei-Deals deswegen zu einem Verstoß gegen Menschenrechte führen. Demzufolge reichten sie beim EuG eine Klage auf Nichtigerklärung des Abkommens gemäss Art. 263 AEUV ein.⁶⁷ Zur Begründung der Klage führten die Asylsuchenden an, der Deal sei unvereinbar mit den Grundrechten der EU, insbesondere mit Art. 1, 18 und 19 GrCh. Das EU-Sekundärrecht erlaube zudem nur die Rückführung in sichere Drittstaaten im Sinne von Art. 36 der Asylverfahrensrichtlinie (2005). Die Türkei erfülle die Voraussetzungen der Richtlinie in Bezug auf sichere Drittstaaten jedoch nicht. Weiter machten NF, NG und NM geltend, der Deal des Europäischen Rates mit der Türkei verstosse gegen Art. 218 AEUV über Übereinkünfte zwischen der Union und Drittländern und gegen Art. 78 Abs. 3 AEUV über die Kompetenz der Kommission im Hinblick auf Massnahmen im Falle eines plötzlichen Zustroms von drittstaatsangehörigen Schutzsuchenden in ein oder mehreren Mitgliedstaaten.

Der Europäische Rat erhob im Juni 2016 die Einrede der Unzulässigkeit der Klage, wobei er von Belgien, Griechenland und der Kommission unterstützt wurde. Der Rat legte dar, dass die Erklärung vom 18. März 2016 weder ein Abkommen noch ein Vertrag mit rechtsverbindlicher Wirkung gegenüber Dritten sei, noch Ergebnis eines offiziellen Treffens des Rates mit der Türkei, sondern bloss «die Frucht eines internationalen Dialogs zwischen den Mitgliedstaaten [der EU] und der Türkei». Die Kommission fügte diesem

⁶⁷ Art. 263 AEUV sieht vor, dass natürliche Personen unter anderem gegen Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten, die diese Personen unmittelbar und individuell betreffen, Nichtigkeitsklage erheben können.

Argument hinzu, die Wortwahl der Erklärung mache klar, dass es sich dabei um ein politisches Arrangement handle, nicht etwa um eine rechtsverbindliche Übereinkunft. Rat und Kommission vertraten die Ansicht, beim Deal handele es sich nicht um eine rechtsverbindliche Handlung einer Einrichtung der EU, weswegen das EuG unzuständig sei.

Ausschliesslich gestützt auf die ihm vorgelegten Schriftstücke nahm das EuG am 28. Februar 2017 in der Tat seine Unzuständigkeit an und wies die Klagen ab. In seinen Vorbemerkungen ruft das Gericht in Erinnerung, dass gemäss ständiger Rechtsprechung Art. 263 AEUV bei allen Massnahmen einer Einrichtung der EU – gleich welcher Art und Form – einschlägig sei, vorausgesetzt diese entfalten Rechtswirkung gegenüber Dritten.

Deswegen sei der Gerichtshof gemäss Art. 263 AEUV zuständig, es sei denn, die Massnahme gehe gerade nicht von einer Einrichtung oder einer sonstigen Stelle der EU aus. Dies sei nach Auffassung des Gerichts der Fall, wenn Vertreter der Mitgliedstaaten, die sich zwar auf dem Gelände einer EU-Einrichtung treffen, ausschliesslich im Rahmen ihrer Funktion als Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten handelten und eine Massnahme beschlössen.

Anschliessend prüft das EuG, ob die umstrittene Massnahme eine Entscheidung einer Einrichtung der EU oder der Mitgliedstaaten ist. Hierzu vertieft sich das EuG in die Einzelheiten der Umstände, unter denen der «Deal» verabschiedet wurde.

Zuerst stellt das Gericht fest, dass das Treffen vom 18. März 2016 das dritte Treffen der Staats- und Regierungschefs der EU mit ihren türkischen Amtskollegen zum Zwecke der Migrationssteuerung war. Anschliessend führt es aus, die Pressemitteilung, mit der über das dritte Treffen berichtet wurde, behaupte abweichend von früheren Mitteilungen, die Mitglieder des Europäischen Rates und ihren türkischen Amtskollegen hätten sich getroffen und die EU und die Türkei hätten während des Treffens weitere Aktionspunkte vereinbart.

Gestützt auf offizielle Unterlagen bezüglich des Treffens vom 18. März 2016, die dem Gericht erst am 18. November 2016 vom Europäischen Rat zugestellt wurden, kommt das EuG aber zum Ergebnis, dass der Rat während des Treffens keine Massnahme verabschiedet habe. Die Unterlagen hätten gezeigt, dass, obschon das Treffen des Rates ursprünglich zwei Tagen hätte dauern sollen, geplant war, sich nur am ersten Tag als Europäischer Rat zu treffen, während am zweiten Tag die Staats- und Regierungschefs der EU mit den türkischen Amtskollegen zusammenkommen sollten. Beide Treffen hätten aus Sicherheit- und Effizienzgründen dann aber im selben Gebäude stattgefunden. Die offizielle Einladungen für das zweitägige Treffen und das Arbeitsprogramm der Direktion «Protokoll und Besuche» der Generaldirektion «Verwaltung» des Rates wiesen ähnliche Bezeichnungen auf.

Für das Gericht sei deswegen aus dem Gesamtzusammenhang im Vorfeld der Pressemitteilung vom 18. März 2016 erkennbar, dass der Europäische Rat keinen Beschluss über den Abschluss eines Abkommens mit der Türkei getroffen habe, und dass sich die Europäische Union nicht nach Art. 218 AEUV zum Ergreifen von bestimmten Massnahmen verpflichtet habe. Das Gericht nimmt daher seine Unzuständigkeit an und keine weitere Rechtmässigkeitskontrolle des Deals mehr vor.

Es ist nur schwer verständlich, weshalb das Gericht seine Zuständigkeit verneint, insbesondere angesichts der seit dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *AETR*⁶⁸ geltenden Rechtsprechung, nach der die Mitgliedstaaten (ob einzeln oder gemeinsam handelnd) das Recht zum Eingehen von Verpflichtungen gegenüber Drittstaaten nicht mehr haben, wenn die Union (ausschliesslich oder teilweise) für den Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens zuständig ist, und nach der der blosser Wunsch einer EU-Einrichtung, ein Abkommen ausserhalb der EU abzuschliessen, die Zuständigkeit der EU – und damit die Zuständigkeit des Gerichtshofs bzw. des Gerichts – nicht beseitigen kann.

Statt sich damit zu beschäftigen, ob die EU für ein Abkommen vergleichbar mit dem mit der Türkei eingegangenen Deal überhaupt Kompetenzen hätte (wofür vieles spricht – vor allem, da sich die EU seit 2009 aktiv darum bemüht, ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem (GEAS) aufzubauen), stellt das Gericht vor allem die Einzelheiten der Einladungen und Protokolle zum Treffen am 18. März 2016 in den Vordergrund. Ohne auf die Frage einzugehen, weshalb die Kommission sich trotz einer angeblich fehlenden rechtlichen Vereinbarung verpflichtet fühlt, der Türkei das durch die Mitgliedstaaten zugesagte Budget von sechs Milliarden EUR zur Verfügung zu stellen, stützt das Gericht seine Entscheidung auf kraftlose Elemente – wie die Behauptung des Rates, der Wortlaut der Pressemitteilung mit Ausdrücken wie «Übereinkommen», «Mitglieder des Rates» und «EU» habe nur dazu gedient, die Verhandlungen des internationalen Gipfels breiteren Kreisen zugänglich zu machen, und nicht etwa dazu, darzustellen, worauf die Parteien sich am 18. März 2016 geeinigt hatten. Das Urteil des Gerichts öffnet somit den Mitgliedstaaten den Weg, sich einer gerichtlichen Rechtmässigkeitskontrolle ihres Handelns im Rahmen der EU zu entziehen.

Dies ist im konkreten Fall besonders problematisch, weil der EU-Türkei-Deal Flüchtlingen das durch das EU-Recht vorgesehene Recht auf Schutz nimmt. Personen, die internationalen Schutz benötigen, und die trotz aller Gefahren in die EU gekommen sind, werden unter Missachtung ihrer individuellen Schutzgründe im beschleunigten Verfahren zurückgeschickt; dies noch dazu in ein Land, dem erhebliche Mängel im Bereich des Menschenrechtsschutzes

⁶⁸ EuGH, Rs. 22/70, *Kommission/Rat («AETR»)*, Urteil vom 31.3.1971, ECLI:EU:C:1971:32.

vorgeworfen werden, in dem sich bereits mehr als drei Millionen syrische Flüchtlinge aufhalten und dessen Asylsystem einige Schwächen aufweist. Das Leid der betroffenen Personen und ihre Schwierigkeiten, Schutz zu erhalten, spielen in der Entscheidung des Gerichts keine Rolle.

Dass sich der Europäische Gerichtshof in heiklen Angelegenheiten aktuell lieber mit formalen Details beschäftigt, ist leider keine Ausnahme und wird auch durch das Urteil in der Rechtssache *X und X*⁶⁹ bestätigt.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Gefahr besteht, dass der EU-Türkei-Deal als Modell für die zukünftige Einbeziehung von Drittstaaten in die EU-Migrationssteuerung dienen wird. Die Härte und der Entzug international anerkannter Rechte von schutzbedürftigen Personen, verursacht durch die Externalisierung der EU-Migrationssteuerung, deren Rechtmässigkeitskontrolle gemäss dem vorstehend diskutierten Entscheid nicht in die Zuständigkeit des Gerichts fällt, wird deswegen voraussichtlich noch zunehmen. Es besteht jedoch die Hoffnung, dass der EGMR sich demnächst mit dem Deal befassen wird. Einmal mehr fungiert dieser als Rettungsanker für Asylsuchende in der Europäischen Union – eine Entwicklung, die den EuGH zum Nachdenken bringen sollte.

2. Rechtssache X und X

Am 7. März 2017 entschied der EuGH in der Rechtssache *X und X*⁷⁰, dass der EU-Visakodex⁷¹ auf Visaanträge von Drittstaatsangehörigen, die vorhaben, unmittelbar nach ihrer Ankunft im Zielstaat einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen, nicht anwendbar sei. Es gelte allein das nationale Recht. Bei dem Verfahren handelte es sich u.a. wegen der dramatischen Situation in Syrien und dem geringen Alter der Kinder der Beschwerdeführer um ein Eilvorabentscheidungsverfahren nach Art. 107 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes.

Das Vorabentscheidungsersuchen, eingereicht durch den belgischen Rat für Ausländerstreitigkeiten, betrifft eine fünfköpfige syrische Familie, Eltern mit drei kleinen Kindern, die in Aleppo leben (nachfolgend: «die Beschwerdeführer»). Diese hatten am 12. Oktober 2016 bei der belgischen Botschaft in

⁶⁹ Dazu sogleich.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, Urteil vom 7.3.2017, ECLI:EU:C:2017:173. Vgl. *Sarah Progin-Theuerkauf*, Keine Pflicht aus EU-Recht zur Erteilung von humanitären Visa an syrische Staatsangehörige aus Aleppo, in: *Asyl* 2/2017, S. 40; *Margarite Helena Zoetewij-Turhan/Andrea Romano*, «X and X v. Belgium»: the need for EU legislation on humanitarian visa, <http://sui-generis.ch/article/view/sg.35> (zuletzt besucht am 28.6.2017).

⁷¹ Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex), ABl L 243 vom 15.9.2009, S. 1.

Beirut (Libanon) nach Art. 25 Abs. 1 lit. a des Visakodex Anträge auf Visa mit räumlich beschränkter Gültigkeit gestellt. Am nächsten Tag kehrten sie nach Syrien zurück. Zur Stützung ihrer Visa-Anträge brachten die Beschwerdeführer vor, dass ihnen die Visa ermöglichen sollten, die belagerte Stadt Aleppo zu verlassen. Sie seien u.a. wegen ihres christlich-orthodoxen Glaubens der Gefahr von Verfolgung wegen ihrer religiösen Überzeugung ausgesetzt. Angesichts der Schliessung der Grenze zwischen dem Libanon und Syrien hätten sie zudem keine Möglichkeit mehr, sich in einem der angrenzenden Länder als Flüchtlinge registrieren zu lassen. Das belgische Ausländeramt lehnte die Anträge der Beschwerdeführer jedoch ab. Das Ausländeramt führte u.a. aus, die Antragsteller beabsichtigten, sich länger als neunzig Tage in Belgien aufzuhalten. Art. 3 EMRK verpflichte die Vertragsparteien der Konvention zudem nicht, «Personen, die eine katastrophale Situation erleben», in ihr Hoheitsgebiet aufzunehmen. Die belgischen diplomatischen Vertretungen seien schliesslich keine Behörden, bei denen man einen Asylantrag stellen könne. Die Beschwerdeführer verwiesen u.a. auf Art. 18 und 4 GrCh. Daraus ergebe sich eine positive Verpflichtung, die Gefahr eines Verstosses gegen Art. 4 GrCh abzuwenden. Sie befänden sich in einer humanitären Ausnahmesituation, weshalb die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 25 Abs. 1 lit. a des Visakodex erfüllt seien. Diese Argumente wies der belgische Staat zurück. Insbesondere befänden sich die Antragsteller nicht in der Hoheitsgewalt Belgiens.

Der mit der Sache befasste Rat für Ausländerstreitsachen beschloss, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH folgende Fragen vorzulegen:

«1. Beziehen sich die «internationalen Verpflichtungen» im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Buchst. a des Visakodex auf sämtliche durch die Charta gewährleisteten Rechte, darunter insbesondere diejenigen, die durch die Art. 4 und 18 gewährleistet werden, und fallen darunter auch die Verpflichtungen, an die die Mitgliedstaaten in Anbetracht der EMRK sowie des Art. 33 des Genfer Abkommens gebunden sind?

2.a) Ist Art. 25 Abs. 1 Buchst. a des Visakodex unter Berücksichtigung der Antwort auf die erste Frage dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat, der mit einem Antrag auf ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit befasst ist, vorbehaltlich des Beurteilungsspielraums, über den er hinsichtlich der Umstände des Falles verfügt, verpflichtet ist, das beantragte Visum zu erteilen, wenn die Gefahr eines Verstosses gegen Art. 4 und/oder Art. 18 der Charta oder gegen eine andere internationale Verpflichtung, an die er gebunden ist, erwiesen ist?

2.b) Hat das Vorliegen von Verbindungen zwischen dem Antragsteller und dem mit dem Visumantrag befassten Mitgliedstaat (beispielsweise familiäre Bindungen, Gastfamilien, Garanten und Förderer usw.) Auswirkungen auf die Beantwortung dieser Frage?»

Nach Ausführungen zum Eilverfahren widmet sich der Gerichtshof in seinem Urteil zunächst der Frage seiner Zuständigkeit, welche von der belgischen

Regierung bestritten wurde. Diese bejaht er, da die Anträge aus humanitären Gründen auf der Grundlage von Art. 25 des Visakodex gestellt wurden. Die Frage, ob der Visakodex hier anwendbar sei, sei untrennbar mit den Antworten verbunden, die auf das vorliegende Vorabentscheidungsverfahren zu geben seien. Daher sei der Gerichtshof für die Beantwortung der Fragen zuständig.

Sodann geht der EuGH zur Beantwortung der ersten Vorlagefrage über. Der Gerichtshof weist zunächst darauf hin, dass der Visakodex auf der Grundlage von Art. 62 Nr. 2 lit. a und b Ziff. ii des EG-Vertrages erlassen wurde, wonach der Rat der Europäischen Union Massnahmen über Visa für geplante Aufenthalte von höchstens drei Monaten einschliesslich der Verfahren und Voraussetzungen für die Visumerteilung durch die Mitgliedstaaten beschliesst.

Mit dem Visakodex würden gemäss seinem Art. 1 die Verfahren und Voraussetzungen für die Erteilung von Visa für die Durchreise durch das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder für geplante Aufenthalte in diesem Gebiet von höchstens neunzig Tagen je Zeitraum von 180 Tagen festgelegt.

Die Antragstellenden hätten jedoch bei der belgischen Botschaft im Libanon ihre auf Art. 25 des Visakodex gestützten Anträge auf Visa aus humanitären Gründen in der Absicht gestellt, sogleich nach ihrer Ankunft in Belgien Asyl zu beantragen. Sie strebten damit die Erteilung eines Aufenthaltstitels an, dessen Gültigkeit nicht auf neunzig Tage beschränkt wäre.

Unabhängig davon ob diese Anträge formal auf Art. 25 des Visakodex gestellt würden, fielen diese nicht in dessen Anwendungsbereich und insbesondere nicht in den Anwendungsbereich von Art. 25 Abs. 1 lit. a, sondern allein unter nationales Recht. Der Unionsgesetzgeber habe keine auf Art. 79 Abs. 2 lit. a AEUV (der aktuell geltenden Rechtsgrundlage) gestützte Norm erlassen, welche die Voraussetzungen betreffe, unter denen Mitgliedstaaten Drittstaatsangehörigen aus humanitären Gründen Visa oder Aufenthaltstitel für einen langfristigen Aufenthalt erteilen.

Da die vorliegende Situation nicht vom Unionsrecht geregelt sei, gelte auch die Charta der Grundrechte nicht.

Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass nach Art. 32 Abs. 1 lit. b des Visakodex «begründete Zweifel an der [vom Antragsteller] bekundeten Absicht [...], das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vor Ablauf der Gültigkeit des beantragten Visums zu verlassen», ein Grund für die Verweigerung des Visums und nicht für die Nichtanwendung des Kodex seien. Die im Ausgangsverfahren bestehende Situation sei nämlich nicht dadurch gekennzeichnet, dass solche Zweifel bestünden. Der Antrag habe vielmehr einen anderen Gegenstand als den eines Visums für einen kurzfristigen Aufenthalt.

Das umgekehrte Ergebnis liefe laut EuGH darauf hinaus, dass Drittstaatsangehörige entgegen der Systematik der Dublin-Verordnung die Gewährung internationalen Schutzes in einem Mitgliedstaat ihrer Wahl erreichen könnten.

Ausserdem wären dann die Mitgliedstaaten verpflichtet, es Drittstaatsangehörigen *de facto* zu ermöglichen, einen Antrag auf internationalen Schutz bei den Vertretungen der Mitgliedstaaten im Hoheitsgebiet eines Drittstaats zu stellen. Die auf der Grundlage von Art. 78 AEUV erlassenen, aktuell geltenden Rechtsakte des GEAS sähen dies jedoch gerade nicht vor. Die Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU⁷² gelte nicht für Ersuchen um diplomatisches oder territoriales Asyl in Vertretungen der Mitgliedstaaten. Auch die Dublin-Verordnung gelte nur für Anträge, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates, an der Grenze oder in Transitzone gestellt würden.

Die belgischen Behörden hätten damit fälschlich die in Rede stehenden Anträge als Anträge auf Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt eingestuft.

Das Urteil im Fall *X und X* wurde von vielen NGOs und im Flüchtlingsschutz aktiven Institutionen mit grosser Spannung erwartet, hatten doch die Schlussanträge von Generalanwalt MENDOZZI⁷³ einen Monat zuvor genau das Gegenteil möglich erscheinen lassen, als das, was der EuGH tatsächlich urteilte. MENDOZZI hatte den Anwendungsbereich des Visakodex – und damit der Grundrechtecharta – bejaht und auch eine aufgrund von Art. 4 GrCh bestehende Pflicht zur Erteilung der humanitären Visa konstruiert.

Dass diese sehr extensive Auslegung durch den EuGH nicht geteilt werden würde, war absehbar: Zwar lässt sich bei der Frage der Anwendbarkeit des Visakodex noch trefflich streiten. Wenn der EuGH aus Art. 4 GrCh eine positive Pflicht hergeleitet hätte, Drittstaatsangehörige aus ihrem Heimatland herauszuholen, weil ihnen dort unmenschliche Behandlung droht, wäre dies wirklich eine Sensation gewesen. Denkbar wäre es jedoch gewesen, hat der Gerichtshof doch in den vielen Jahren seiner Tätigkeit bereits einige überraschend progressive Urteile gefällt und auch positive Schutzpflichten in verschiedenen Zusammenhängen bejaht. Der Gerichtshof hatte zum Beispiel im Fall *N.S. und andere* klargestellt, dass die Grundrechtecharta trotz des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Selbsteintrittsrechts im Dublin-Verfahren zu beachten ist.⁷⁴ Dies hätte also auch bei Art. 25 des Visakodex Massstab sein können bzw. müssen.

Rechtlich möglich wäre aufgrund der stark auslegungsbedürftigen Bestimmungen des Visakodex tatsächlich Vieles gewesen, wenn auch klar zu sein scheint, dass es aktuell jedenfalls keine Einigkeit in den Mitgliedstaaten darüber gibt, humanitäre Visa offiziell einzuführen. Die Argumente, die der Gerichtshof zum Dublin-System und dem unerwünschten «*asylum-shopping*» vorbringt, wurden auch durch die Mitgliedstaaten vehement vorgebracht.

⁷² Richtlinie 2013/32/EU (Anm. 6).

⁷³ Schlussanträge des Generalanwalts Paolo Mengozzi vom 7.2.2017 in: EuGH, *X und X* (ECLI:EU:C:2017:93).

⁷⁴ EuGH, *N.S. und andere*.

Hier wäre es den Beschwerdeführern wirklich zu wünschen gewesen, wenn der EuGH sich zumindest für einen Mittelweg hätte entscheiden können: Er hätte sich etwa auf die besondere Ausnahmesituation der Beschwerdeführer im hart umkämpften Aleppo sowie auf die Tatsache, dass die Nachbarstaaten nicht mehr zur Aufnahme weiterer syrischer Flüchtling bereit sind, berufen können. Eine solche Gemengelage hätte sich in naher Zukunft wohl so schnell kein zweites Mal ergeben.

Es ist nun zu hoffen, dass die belgischen Gerichte den Beschwerdeführern gestützt auf nationales Recht (bzw. die Europäische Menschenrechtskonvention) doch noch Recht geben – oder ihnen die Visa auf frewilliger Basis erteilt werden. Ansonsten droht ihnen entweder der Tod in Aleppo – oder aber, wie vielen anderen vor ihnen, als einziger Ausweg der Rückgriff auf Schlepper und der gefährliche Weg über das Mittelmeer.

3. Rechtssache *El Dakkak und Intercontinental*

In der Rechtssache *El Dakkak und Intercontinental*⁷⁵ hatte der EuGH im Zusammenhang mit Grenzkontrollen über die Frage zu entscheiden, ob die Anmeldepflicht für Barmittel, deren Wert 10'000 EUR übersteigt, auch dann gilt, wenn die Person, die die Barmittel mit sich führt, sich lediglich im Transitbereich eines internationalen Flughafens, der auf dem Gebiet des Schengen-Raumes liegt, aufhält und von dort weiterreisen will.

Der Beschwerdeführer führte im Auftrag von *Intercontinental SARL* Barmittel von 3'900 EUR und 1'607'650 USD mit sich, die er von Cotonou (Benin) nach Beirut (Libanon) transportieren sollte. Im Transitbereich des Flughafens Roissy (Paris) wurde er kontrolliert und ihm die Barmittel wegen Verletzung der Anmeldepflicht gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1889/2005⁷⁶ abgenommen und diese sichergestellt. Mit der Vorlagefrage wollte der französische Kassationsgerichtshof wissen, ob die Verordnung auch im Transitbereich eines internationalen Flughafens gilt und daher der Beschwerdeführer verpflichtet war, den Bargeldbetrag anzumelden.

Dabei kam es unter anderem auf die Frage an, ob das Verbringen von Barmitteln in die Europäische Gemeinschaft, welches die Anmeldepflicht auslöst, bereits vorliegt, wenn die Person den Transitbereich eines internationalen Flughafens erreicht. Der Beschwerdeführer hatte geltend gemacht, dass ein solches Verbringen nicht vorliegt, weil er nicht die Aussengrenze des Schengenraumes im Sinne des Art. 4 Abs. 1 des (früheren) Schengener Grenzko-

⁷⁵ EuGH, Rs. C-17/16, *El Dakkak und Interncontinental SARL*, Urteil vom 4.5.2017, ECLI:EU:C:2017:341.

⁷⁶ Verordnung (EG) Nr. 1889/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Überwachung von Barmitteln, die in die Gemeinschaft oder aus der Gemeinschaft verbracht werden, ABl. L 309 vom 25.11.2005, S. 9.

dex⁷⁷ überschritten hatte. Der Gerichtshof legt in seiner Entscheidung dar, dass ein internationaler Flughafen unstreitig auf dem Gebiet des Schengenraumes liegt und dass die Verordnung (EG) Nr. 1889/2005 kein Überschreiten der Aussengrenze erfordert. Er legt danach die Verordnung im Lichte ihres Sinns und Zwecks dahingehend aus, dass sie auch für Barmittel gilt, die lediglich durch den Transitbereich eines internationalen Flughafens gebracht werden sollen. Das wesentliche Argument des Gerichtshofs ist, dass die Verordnung im Lichte der internationalen Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche und zur Terrorismusfinanzierung auszulegen ist, da mit der Verordnung die Umsetzung dieser Massnahmen ins EU-Recht beabsichtigt war. Zweck der Verordnung sei es, abzuschrecken und zu verhindern, «dass Erlöse aus rechtswidrigen Handlungen in das Finanzsystem eingeleitet sowie im Anschluss an eine Geldwäsche investiert werden, wozu sie u.a. den Grundsatz der obligatorischen Anmeldung für Bewegungen von Barmitteln, die in die Union oder aus der Union verbracht werden, aufstellt, die es ermöglicht, Informationen über diese zu sammeln». Die Wirksamkeit der Verordnung sei gefährdet, wenn die Anmeldepflicht für Barmittel über 10'000 EUR vom Überschreiten der Aussengrenze im Sinne des Schengener Grenzkodex abhängig gemacht werde. Daher bestehe die Anmeldepflicht auch in einer Situation, in der «eine natürliche Person, [...] in einem Flughafen auf dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aus einer Maschine mit Herkunft aus einem Drittstaat von Bord geht und in der internationalen Transitzone dieses Flughafens verweilt, bevor sie an Bord einer anderen Maschine mit Ziel in einem anderen Drittstaat geht.»

4. Rechtssache A

Die Rechtmässigkeit polizeilicher Kontrollmassnahmen in der Nähe einer Binnengrenze sowie in Zügen und auf dem Gebiet von Bahnanlagen war in der Rechtssache A⁷⁸ streitig.

A. hatte gegen eine Kontrolle durch die deutsche Bundespolizei im Bahnhof Kehl, der 500m von der deutsch-französischen Grenze entfernt ist, Widerstand geleistet. Im Strafverfahren vor dem zuständigen Amtsgericht Kehl war nunmehr streitig, ob die Massnahme der Bundespolizei rechtmässig war, da

⁷⁷ 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, inzwischen abgelöst durch Verordnung (EU) Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.12.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. L 77 vom 23.3.2016, S. 1.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-9/16, A, Urteil vom 21.6.2017, ECLI:EU:C:2017:483.

nach § 113 Abs. 3 (deutsches) StGB⁷⁹ Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte nicht nach dieser Bestimmung strafbar ist, wenn die Diensthandlung nicht rechtmässig war und zwar selbst dann, wenn der Täter irrig der Annahme war, die Diensthandlung sei rechtmässig. Das Amtsgericht Kehl legte daher dem EuGH zwei Fragen vor, mit denen es wissen wollte, ob die entsprechenden Normen des deutschen Bundespolizeigesetzes⁸⁰, die Kontrollen im Zusammenhang mit der Verhinderung oder Unterbindung einer unerlaubten Einreise ermöglichen, mit den europarechtlichen Normen, insbesondere mit den Vorgaben des AEUV und des Schengener Grenzkodexes⁸¹ vereinbar sind.

Konkret ging es um die Rechtmässigkeit von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG, der regelt, dass die Bundespolizei «im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von dreissig Kilometern zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet» die Identität einer Person feststellen kann, und um die Rechtmässigkeit von § 22 Abs. 1a BPolG. Letzterer regelt:

«Zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet kann die Bundespolizei in Zügen und auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes (§ 3), soweit auf Grund von Lagekenntnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung anzunehmen ist, dass diese zur unerlaubten Einreise genutzt werden, sowie in einer dem Luftverkehr dienenden Anlage oder Einrichtung eines Verkehrsflughafens (§ 4) mit grenzüberschreitendem Verkehr jede Person kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen, dass mitgeführte Ausweispapiere oder Grenzübertrittspapiere zur Prüfung ausgehändigt werden, sowie mitgeführte Sachen in Augenschein nehmen.»

Bei beiden Bestimmungen hatte das vorlegende Gericht Zweifel, dass sie mit Art. 67 AEUV, der die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen regelt, und Art. 20 und 21 SGK, die die Kontrollen an den Binnengrenzen regeln, vereinbar sind.

Der EuGH betont in seiner Antwort insbesondere, dass der relevante Massstab für die Prüfung der Rechtmässigkeit der Bestimmungen ist, ob diese die gleiche Wirkung wie (systematische) Grenzübertrittskontrollen haben. Die Mitgliedstaaten sind nämlich zur «Schaffung und Wahrung eines Rechtsrahmens [verpflichtet], der gewährleistet, dass die praktische Ausübung der Befugnis zur Durchführung von Identitätskontrollen nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben kann»⁸². An diesem Massstab misst der

⁷⁹ Strafgesetzbuch vom 15.5.1871 in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (StGB), BGBl. I S. 3322.

⁸⁰ Bundespolizeigesetz vom 19.10.1994 (BPolG), BGBl. I S. 2978.

⁸¹ Für die Beurteilung war der Schengener Grenzkodex (Anm. 77) in der Fassung von 2014 also die Verordnung (EU) Nr. 562/2006 einschlägig.

⁸² EuGH, *A*, Rn. 37, unter Verweis auf EuGH, Rs. C-278/12 PPU, *Adil*, Urteil vom 19.7.2012, ECLI:EU:C:2012:508, Rn. 68.

EuGH beide Bestimmungen des BPolG ohne diese einer abschliessenden Beurteilung zu unterziehen, da diese Beurteilung Sache des für die Tatsachenfeststellung zuständigen, vorlegenden Gerichts sei.⁸³ Der EuGH betont, dass der rechtliche Rahmen «hinreichend genau und detailliert sein [muss], damit sowohl die Notwendigkeit der Kontrollen als auch die konkret gestatteten Kontrollmassnahmen selbst Kontrollen unterzogen werden können»⁸⁴.

Der Gerichtshof gibt zudem einige Hinweise, welche Fragen bei der Prüfung zu berücksichtigen sind. Für Kontrollen im Grenzgebiet (30km-Zone) sind dies insbesondere:

- Kontrollen innerhalb des Hoheitsgebiets haben nicht automatisch die (verbotene) gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen, da Kontrollen im Hoheitsgebiet, deren Ziel es ist, die öffentliche Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit zu garantieren oder Straftaten zu verhindern, nicht verboten sind. Es ist also auf die tatsächliche Durchführung und Wirkung der Kontrollen abzustellen (Rn. 50).
- Wird ein räumlicher Sonderbereich definiert (hier die 30km-Zone) spricht dies für das Bestehen einer gleichen Wirkung (Rn. 53).
- Enthält die Bestimmung weder Präzisierungen zu Intensität und Häufigkeit der Kontrollen noch Konkretisierungen und Einschränkungen, die eine gleiche Wirkung verhindern sollen, spricht dies ebenfalls für eine gleiche Wirkung (Rn. 57).
- Daneben ist auch zu prüfen, ob andere gesetzliche Bestimmungen, Verwaltungsvorschriften oder auch Verwaltungserlasse einen hinreichend klaren Rechtsrahmen zur Verhinderung einer gleichen Wirkung ziehen (Rn. 61).

Bei Kontrollen in Zügen oder auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen sind die Voraussetzungen im Wesentlichen ähnlich, da ebenfalls Kontrollen im Inland stattfinden. Da aber der Kontrollbereich durch die (deutsche) Vorschrift nicht räumlich auf den Grenzbereich beschränkt ist und zudem Präzisierungen hinsichtlich der Anwendung enthält, die insbesondere auf Lagekenntnisse und grenzpolizeiliche Erfahrungen Bezug nehmen, sieht der EuGH diese Bestimmung weniger kritisch. Er betont aber auch hier, dass sich diese Kontrollen «eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Aussengrenzen der Union» unterscheiden müssen.⁸⁵ Dies kann nur angenommen werden, wenn die Kontrollen selektiv stattfinden und (nur) auf der Grundlage von Stichproben zur Anwendung kommen.⁸⁶

Der EuGH beantwortet unter Anlegung dieser Massstäbe die beiden Vorlagefragen daher unterschiedlich. Zur Rechtmässigkeit einer Norm, die die Identi-

⁸³ EuGH, *A*, Rn. 61 und 73.

⁸⁴ *Ibid.*, Rn. 41 unter Verweis auf EuGH, *Adil*.

⁸⁵ EuGH, *A*, Rn. 71.

⁸⁶ *Ibid.*, Rn. 74.

tätsfeststellung im Grenzgebiet ermöglicht, hält er fest, dass eine solche gegen europarechtliche Normen verstösst, «es sei denn diese Regelung gibt den erforderlichen Rahmen für die besagte Befugnis vor, der gewährleistet, dass deren praktische Ausübung nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben kann». Während er für die Kontrollen in Zügen und Bahnanlagen von der grundsätzlichen Rechtmässigkeit der Regelung ausgeht, «sofern die Durchführung der Kontrollen im nationalen Recht Konkretisierungen und Einschränkungen unterliegt, die die Intensität, die Häufigkeit und die Selektivität der Kontrollen bestimmen»⁸⁷. Letztlich ist die praktische Wirkung der Kontrollen entscheidend für die Beurteilung: Wenn bei diesen die Möglichkeit besteht, dass diese wie Grenzübertrittskontrollen wirken, muss der rechtliche Rahmen so gestaltet sein, dass eine solche Wirkung in der Praxis ausgeschlossen ist. Für die in Frage stehende deutsche Regelung zu Kontrollen im Grenzgebiet bedeutet dies, dass diese wohl geändert werden muss.

V. Fazit

Die Rechtsprechung des EuGH zwischen Juli 2016 und Juni 2017 hat wieder dazu beigetragen, Probleme und Auslegungsfragen im Zusammenhang mit den Instrumenten des europäischen Migrationsrechts zu klären. Besonders der mit Gründen versehene Beschluss und die beiden Urteile zur Dublin-III-Verordnung sind hier von grosser Bedeutung, da mit ihnen grundlegende Fragen zum Anwendungsbereich der Verordnung, zur Inhaftierung in Dublin-Verfahren und zu Überstellungsverboten beantwortet wurden.

Im Bereich der Rechtsakte des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems sind im Berichtszeitraum nur drei Urteile zur Qualifikationsrichtlinie zu verzeichnen. Zu den übrigen Richtlinien gab es keine Rechtsprechung. Auch zur Rückführungsrichtlinie gab es im vergangenen Jahr kein Urteil; hier sind aber noch viele Vorabentscheidungsverfahren anhängig.

Im Bereich der regulären Migration von Drittstaatsangehörigen hat sich der EuGH erstmals mit der Richtlinie über eine kombinierte Erlaubnis von 2011 befasst. Zudem erging ein Urteil zur Studentenrichtlinie aus dem Jahr 2004.

Von hoher Bedeutung sind in diesem Jahr die Beschlüsse des EuG und die Urteile des EuGH zu Instrumenten, die bislang in der Rechtsprechung noch keine grosse Rolle gespielt haben: Der EU-Türkei-Deal wurde durch das Gericht erster Instanz untersucht. Zudem gab es ein Urteil des EuGH zum Visakodex und zwei Urteile zu Fragen des Schengener Grenzkodex.

Insgesamt zeitigt die stark gestiegene Anzahl (festgestellter) unerlaubter Einreisen und gestellter Asylanträge in der Europäischen Union wohl auch in der Rechtsprechung ihre Auswirkungen. Viele Mitgliedstaaten konzentrieren ihre Anstrengungen derzeit auf die Unterbringung von Asylsuchenden und die

⁸⁷ Ibid., Tenor.

Abarbeitung der Asylanträge. Behörden und Gerichte sehen sich einer hohen Arbeitsbelastung ausgesetzt, was zu einer gewissen Lähmung in Bezug auf Vorlagen an den EuGH geführt haben dürfte.